

**Publicznoprawny
status radcy prawnego**



Publicznoprawny status radcy prawnego

**pod redakcją
Mirosława Pawełczyka i Rafała Stankiewicza**



30 lat Krajowej Izby
Radców Prawnych

Warszawa 2012

Recenzent:
Dr hab. Rafał Blicharz (WPiA UŚ)

Opracowanie redakcyjne:
Małgorzata Baranowska

© Copyright by Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych, 2012

ISBN 978-83-907251-4-7

Skład i łamanie:
MARGINALIA Pracownia Edytorska

Druk i oprawa:
BARTGRAF ul. Piękna 24/26, 00-549 Warszawa

Wydawca:
Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych
Al. Ujazdowskie 18 lok. 4
00-478 Warszawa

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	7
Słowo wstępne	11
Od Redaktorów	15
<i>Mateusz Błachucki</i>	
Radca prawny w postępowaniu przed Prezesem UOKiK	17
<i>Joanna Brylak</i>	
Tajemnica radcowska w Kodeksie postępowania karnego	37
<i>Michał Domagała</i>	
Procedura weryfikacji uchwał organów samorządu zawodowego wydawanych w przedmiocie wpisu na listę radców prawnych	51
<i>Filip Grzegorzczyk</i>	
Przedstawiciele wolnych zawodów prawniczych jako gwaranci optymalizacji nadzoru korporacyjnego w niektórych spółkach akcyjnych – postulaty <i>de lege ferenda</i>	67
<i>Marlena Jankowska</i>	
Autor i prawo do autorstwa opinii prawnej stanowiącej utwór w rozumieniu prawa autorskiego	81
<i>Michał Kania</i>	
Rola radcy prawnego w postępowaniu ze skargi kasacyjnej przed Naczelnym Sądem Administracyjnym	111
<i>Radosław Koper</i>	
Status radcy prawnego w procesie karnym	127
<i>Grzegorz Mikrut</i>	
Świadczenie pomocy prawnej przez radców prawnych i adwokatów dla środowiska kultury fizycznej	145
<i>Maciej Mitera</i>	
Nadzór nad radcami prawnymi (uwagi na tle orzecznictwa)	169
<i>Tomasz Niedziński</i>	
Formy wykonywania zawodu radcy prawnego (wybrane zagadnienia)	187

<i>Mirostaw Pawełczyk</i>	
Radca prawny jako gwarant realizacji zasady wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej	197
<i>Mirostaw Pawełczyk, Rafał Stankiewicz</i>	
Radca prawny jako gwarant bezstronności i niezależności w postępowaniu arbitrażowym	213
<i>Piotr Pinior</i>	
Spółka partnerska radców prawnych. Zagadnienia wybrane	227
<i>Piotr Sokal</i>	
Formy opodatkowania radcy prawnego jako przedsiębiorcy	245
<i>Maciej Sokołowski</i>	
Radcy prawny w prawie energetycznym	289
<i>Rafał Stankiewicz</i>	
Zakres ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego jako „prawnika wewnętrznego” w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji	309
Autorzy	325

WYKAZ SKRÓTÓW

BGH	– Bundesgerichtshof
CCBE	– Rada Adwokatów i Stowarzyszeń Prawniczych Europy
d.k.p.k.	– ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 96 z późn. zm.)
D.N.J	– The United States District Court for the District of New Jersey
Dz. U.	– „Dziennik Ustaw”
Dz. Urz. NBP	– „Dziennik Urzędowy Narodowego Banku Polskiego”
Dz. Urz. UE	– „Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej”
Dz. Urz. UOKiK	– „Dziennik Urzędowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów”
E.D.Pa	– The United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania
ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
ETS	– Europejski Trybunał Sprawiedliwości
k.c.	– ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.)
k.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
k.p.	– ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t. jedn. Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.)
k.p.a.	– ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (t. jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm.)
k.p.c.	– ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.)
k.p.k.	– ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.)
k.s.h.	– ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.)
KRRP	– Krajowa Rada Radców Prawnych
M. P.	– „Monitor Polski”
NBP	– Narodowy Bank Polski
NP	– „Nowe Prawo”
NSA	– Naczelny Sąd Administracyjny
o.p.	– ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t. jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.)

Wykaz skrótów

ONSA i WSA	– „Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego i wojewódzkich sądów administracyjnych”
OSA	– „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych”
OSN	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego”
OSNAPiUS	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych”
OSNC	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna”
OSNCP	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych”
OSNKW	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Karna i Izba Wojskowa”
OSNP	– „Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych”
OSP	– „Orzecznictwo Sądów Polskich”
OTK ZU	– „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy”
p.p.s.a	– ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz. U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.)
pr. aut.	– ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (t. jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.)
r.r.p.	– rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349 z późn. zm.)
r.z.k.r.	– rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 26 lipca 2010 r. w sprawie zwolnień z obowiązku prowadzenia ewidencji przy zastosowaniu kas rejestrujących (Dz. U. Nr 138, poz. 930)
r.z.t.p.	– rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908)
SA	– Sąd Apelacyjny
S.D.N.Y.	– The United States District Court for the Southern District of New York
SN	– Sąd Najwyższy
SOKiK	– Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SPI	– Sąd Pierwszej Instancji
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską
UOKiK	– Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

u.b.r.	– ustawa z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym (Dz. U. Nr 77, poz. 649 z późn. zm.)
u.d.p.	– ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (t. jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 41, poz. 213)
u.e.i.p.p.	– ustawa z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników (t. jedn. Dz. U. z 2004 r. Nr 269, poz. 2681 z późn. zm.)
u.k.p.	– ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (t. jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 171, poz. 1397 z późn. zm.)
u.o.r.	– ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t. jedn. Dz. U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223 z późn. zm.)
u.p.a.	– ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (t. jedn. Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 z późn. zm.)
u.p.d.o.f.	– ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 51, poz. 307 z późn. zm.)
u.p.e.	– ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (t. jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm.)
u.p.p.f.t.	– ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 46, poz. 276 z późn. zm.)
u.p.t.u.	– ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.)
u.p.z.	– ustawa z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (t. jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 126, poz. 1069 z późn. zm.)
u.r.p.	– ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm.)
u.s.d.g.	– ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447)
WSA	– Wojewódzki Sąd Administracyjny
ZNUJ. PWiOWI	– „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej”
ZOTSiSPI	– „Zbiór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Pierwszej Instancji”



SŁOWO WSTĘPNE

Historia zawodu radcy prawnego to proces, który bez ryzyka można nazwać procesem rozwojowym. Mająca charakter sukcesywnego rozszerzania się kognicja zawodu radcy prawnego na przestrzeni ponad pięćdziesięciu lat od jego normatywnego zaistnienia (Uchwała Nr 531 Rady Ministrów z 1961 r. o obsłudze prawnej przedsiębiorstw, zjednoczeń i banków państwowych) powodowała, iż radcowie prawni – jako pomocnicy prawni oraz pełnomocnicy (zastępcy procesowi) – pojawiali się w coraz bardziej rozległych obszarach życia społeczno-gospodarczego i obrotu prawnego w Polsce. Szczególnie dynamiczny wzrost pozycji zawodu radcy prawnego, w szeroko pojętym obrocie prawnym, obserwuje się po przemianach ustrojowych, zachodzących w Polsce po 1989 roku wraz z kształtowaniem się nowych instytucji regulujących funkcjonowanie demokratycznego państwa prawnego, określonego ostatecznie w Konstytucji z 1997 roku. Nie jest przypadkiem, że właśnie w roku uchwalenia obecnie obowiązującej ustawy zasadniczej – stabilizującej demokratyczny ład prawny Rzeczypospolitej – miała miejsce najważniejsza z nowelizacji uchwalonej przed trzydziestu laty ustawy o radcach prawnych. Dzięki tej nowelizacji zawód radcy prawnego został wyraźnie ukształtowany co do jego charakteru, a nadto tytuł zawodowy poddany ustawowej ochronie prawnej, co dowartościowało nie tylko formalnie jego status publiczno-prawny.

Przekazywana Czytelnikom kolejna pozycja wydawnicza Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji zatytułowana *Publicznoprawny status radcy prawnego* pod redakcją radców prawnych dr. Mirosława Pawełczyka i dr. Rafała Stankiewicza – niezależnie od swojej przydatności przy wykonywaniu zawodu oraz w procesie szkolenia aplikantów – stanowi zarazem odniesienie do wspomnianej rozwojowej historii zawodu. Wydanie jej w roku trzydziestolecia od powstania samorządu radców prawnych należy traktować również jako przyczynek do refleksji o wpływie samorządu zawodowego na rozwój zawodu, jego kognicji i form wykonywania, a także pozycji w społeczeństwie obywatelskim demokratycznego państwa.

Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych (powołany w wykonaniu uchwał VIII Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z 2007 roku) jest kontynuatorem skromnej tradycji Ośrodka Badawczego Radców Prawnych, który został utworzony jedną z pierwszych uchwał Krajowej Rady Radców Prawnych. Cieszy fakt, że Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji dynamicznie rozwija swoją działalność wydawniczą. Dowodem tego jest przekazana Czytelnikom monografia, którą z satysfakcją opatruję słowem wstępnym.

Dariusz Sałajewski

Wiceprezes

Krajowej Rady Radców Prawnych

Celem działalności wydawniczej Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych jest podkreślenie potencjału naukowego radców prawnych, którzy wykonując ten zawód, potrafią także znaleźć czas na głębszą refleksję nad istotą prawa i jego rolą w społeczeństwie obywatelskim.

Przedstawianie poglądów na niwie naukowej pozwala nie tylko na analizę konkretnych instrumentów prawnych, ale także na wskazanie właściwego kierunku niezbędnych zmian legislacyjnych. To właśnie radcowie prawni prowadzący praktykę zawodową, a wśród nich pracownicy naukowcy uczelni wyższych, stykają się na co dzień z problemami dotyczącymi stosowania prawa i podejmują wyzwanie ich rozwiązania w ramach obowiązującego systemu, a gdy jest to niemożliwe formułują wnioski *de lege ferenda* zmierzające do zmiany wadliwie zbudowanych przepisów prawa. Ta funkcja środowiska radców prawnych jest niezwykle ważna w oczach obywatela, oczekującego najlepszej pomocy prawnej w istniejącym gąszczu przepisów – często ze sobą sprzecznych, a niekiedy także pełnym luk – z którym samodzielnie nie jest w stanie sobie poradzić.

Panowie Mirosław Pawełczyk i Rafał Stankiewicz – redaktorzy opracowania – oddają w ręce Czytelnika pozycję, która porusza wiele aspektów związanych z wykonywaniem zawodu radcy prawnego, dotyka płaszczyzn, na jakich świadczy on pomoc prawną, gwarantując jednocześnie spojrzenie na przedstawianą problematykę przez radców prawnych pochodzących z kilku ośrodków akademickich w kraju.

Taka działalność stanowi przejaw użyteczności samorządu radcowskiego wobec społeczeństwa obywatelskiego, dążenia do stanowienia dobrego prawa w interesie publicznym, a jednocześnie pozwala na skuteczne wsparcie Kolegów – radców prawnych w ramach świadczonej przez nich pomocy prawnej. Wszystko razem stanowi jeden z filarów budujących prestiż samorządu radców prawnych obchodzącego obecnie jubileusz trzydziestolecia.

dr Arkadiusz Bereza

*Kierownik
Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji*



OD REDAKTORÓW

Zmiany społeczno-polityczne i gospodarcze, jakie zaszły w Polsce w ostatnim dwudziestoleciu, a co za tym idzie gwałtowny przyrost liczby obowiązujących przepisów prawa oraz wielość i różnorodność nowych instytucji prawnych spowodowały, iż rola profesjonalnej pomocy prawnej staje się kwestią o zasadniczym znaczeniu. Kluczową rolę w realizacji bezpieczeństwa obrotu prawnego odgrywa zawód radcy prawnego, który zarówno w założeniach ustawodawcy, co wprost wynika z ustawy o radcach prawnych, jak również w odczuciu społecznym jest strażnikiem praworządności.

Konstrukcja zawodu radcy prawnego nacechowana jest szczególnym oddziaływaniem norm prawa publicznego. Dotyczy to zarówno obszaru prawnego związanego z uzyskiwaniem uprawnień do wykonywania zawodu radcy prawnego, jak i praktycznymi aspektami jego wykonywania. Intencją autorów niniejszej publikacji była analiza tych płaszczyzn w działalności radców prawnych, które w szczególności dotyczą organizacyjno-prawnych form wykonywania zawodu, tajemnicy radcowskiej, opodatkowania działalności radców prawnych, ochrony własności intelektualnej sporządzonych przez nich opinii prawnych i wielu innych problemów.

Do współpracy zostali zaproszeni radcowie prawni, jak również naukowcy – uznani przedstawiciele różnych ośrodków akademickich, reprezentujący poszczególne dyscypliny nauk prawnych, co niewątpliwie podnosi walor niniejszej publikacji i powoduje, iż analizowane problemy posiadają wymiar interdyscyplinarny. Publikacja jest pierwszą w kraju próbą syntetycznego ujęcia publicznego wymiaru wykonywania zawodu radcy prawnego oraz powinna stanowić przyczynek do dyskusji na temat współczesnej roli i znaczenia wolnych zawodów prawniczych.

Niniejsza publikacja jest adresowana zarówno do członków samorządu radcowskiego, w tym aplikantów, jak również do przedstawicieli środowisk naukowych i samych studentów, którzy podejmując decyzje o wyborze aplikacji, mogą dokonać analizy właściwych dla radców prawnych płaszczyzn wykonywanej działalności, a w konsekwencji wybrać odpowiedającą ich zainteresowaniom ścieżkę zawodową.

Autorzy pragną szczególnie podziękować Panu Mecenasowi Maciejowi Bobrowiczowi, prezesowi Krajowej Rady Radców Prawnych i Panu Mecenasowi Dariuszowi Sałajewskiemu, wiceprezesowi Krajowej Rady Radców Prawnych oraz Panu Mecenasowi Arkadiuszowi Berezie, kierownikowi Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych za inspirację do przygotowania tejże publikacji oraz nieocenioną pomoc i okazywaną życzliwość przy finalizacji prac nad jej opublikowaniem.

dr Mirosław Pawełczyk

dr Rafał Stankiewicz

Katowice-Warszawa, 12 stycznia 2012 r.

Mateusz Błachucki

Radca prawny w postępowaniach antymonopolowych przed Prezesem UOKiK

1. Wprowadzenie

Wzrastające znaczenie dla obrotu prawnego prawa antymonopolowego powoduje, że przedsiębiorcy zmuszeni są do uwzględniania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów¹ w swojej działalności gospodarczej. Prawo antymonopolowe, jako relatywnie młoda gałąź prawa administracyjnego, może stanowić wyzwanie nawet dla profesjonalnych pełnomocników procesowych. Prawo antymonopolowe to zespół norm prawa publicznego zapobiegających zachowaniu przedsiębiorców zmierzających do wyeliminowania konkurencji i ustanowieniu w zamian prywatnego monopolu². Jest ono oparte na dwóch filarach: przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym zachowaniom przedsiębiorców o charakterze jedno- (nadużywanie pozycji dominującej), jak i wielostronnym (kartele i inne antykonkurencyjne porozumienia) oraz kontroli łączenia przedsiębiorców.

Zwiększająca się ilość postępowań antymonopolowych oraz wyjaśniających prowadzonych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów powoduje, że warto przybliżyć problematykę reguł procesowych wdrażania polskiego prawa antymonopolowego, ze szczególnym uwzględnieniem roli pełnomocnika procesowego w tych postępowaniach. Prezentację rozwiązań procesowych poprzedzi prezentacja założeń polskiego systemu ochrony konkurencji wraz ze wszystkimi funkcjonującymi w jego ramach instytucjami. Następnie przedstawiony zostanie charakter procedury antymonopolowej, co pozwoli na wskazanie ogólnych cech charakterystycznych procedury antymonopolowej. W kolejnej części artykułu

¹ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm., dalej jako: ustawa antymonopolowa.

² L. Pace, *European Antitrust Law*, Cheltenham-Northampton 2007, s. 35.

zaprezentowane zostaną specyficzne rozwiązania procesowe mające zastosowanie w sprawach antykonkurencyjnych praktyk przedsiębiorców oraz kontroli koncentracji, z zaznaczeniem odrębności rozwiązań procesowych w przypadku antykonkurencyjnych praktyk oraz kontroli koncentracji.

2. Podstawy prawne i instytucjonalne prawnego systemu ochrony praw

Polski system ochrony konkurencji ma charakter systemu administracyjnego. System administracyjny lub inaczej system kontroli administracyjnej³ wywodzi się z Europy kontynentalnej. W modelu tym jeden z członków rządu lub inny niezależny organ administracji państwowej szczebla centralnego jest odpowiedzialny za wdrażanie prawa antymonopolowego, w tym kontrolę koncentracji przedsiębiorców. Rola sądów sprowadza się przede wszystkim do udzielania ochrony prawnej adresatom aktów administracyjnych organu antymonopolowego.

Organ antymonopolowy

Organem antymonopolowym w Polsce, który odpowiada za wdrażanie prawa antymonopolowego, jest Prezes UOKiK⁴. Zgodnie z art. 29 ustawy antymonopolowej, jest on centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. W wykonywaniu swoich kompetencji jest formalnie niezależny, zaś nadzór nad jego działalnością sprawuje Prezes Rady Ministrów. Należy podkreślić, że niezależność organu antymonopolowego jest w dużym stopniu iluzoryczna, szczególnie w porównaniu do rozwiązań, jakie były zawarte w pierwotnym tekście ustawy antymonopolowej z 2000 r. Brak dwóch podstawowych atrybutów niezależności, tj. kadencyjności oraz ustawowych gwa-

³ D.J. Gerber, *Law and competition in the twentieth century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford 2001, s. 173 i n.

⁴ Pierwotnie zgodnie z ustawą z dnia 28 stycznia 1987 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej, Dz. U. Nr 3, poz. 18, funkcję organu antymonopolowego sprawował Minister Finansów. Jednakże to rozwiązanie okazało się nieskuteczne i kolejna ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, Dz. U. Nr 14, poz. 88, dalej jako: ustawa antymonopolowa z 1990 r., powołała do życia odrębny organ, tj. Urząd Antymonopolowy. W wyniku nowelizacji ustawy antymonopolowej z 1990 r. przez ustawę z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zmianie niektórych ustaw normujących funkcjonowanie gospodarki i administracji publicznej, Dz. U. Nr 106, poz. 496, i poszerzenia się kompetencji tego organu została zmieniona jego nazwa na Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

rancji nieodwołalności. W istocie obecna ustawa antymonopolowa, nawet po likwidacji państwowego zasobu kadrowego i nowelizacji ustawy antymonopolowej⁵, petryfikuje stan, w którym organ antymonopolowy nie ma żadnej niezależności i może być w każdym czasie oraz na każdej podstawie odwołany przez premiera. Taka sytuacja oceniana jest negatywnie⁶.

Przy wykonywaniu swoich kompetencji Prezes UOKiK ma do dyspozycji Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W skład urzędu wchodzi: centrala w Warszawie oraz delegatury urzędu w Bydgoszczy, Gdańsku, Katowicach, Krakowie, Lublinie, Łodzi, Poznaniu, Warszawie oraz Wrocławiu. Właściwość miejscową i rzeczową delegatur określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁷. Z rozporządzenia tego wynika, że delegatury są upoważnione do prowadzenia postępowań antymonopolowych w sprawach antykonkurencyjnych praktyk przedsiębiorców, natomiast postępowania z zakresu kontroli koncentracji zastrzeżone są dla centrali urzędu. Jak stanowi art. 34 ustawy antymonopolowej, organizację UOKiK określa statut nadany w drodze zarządzenia przez Prezesa Rady Ministrów. Statut taki został nadany zarządzeniem nr 146 Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2008 r.⁸ Zgodnie z tym statutom, w UOKiK funkcjonuje 13 komórek organizacyjnych⁹. W zakresie kontroli łączenia przedsiębiorców zadania wykonuje Departament Kontroli Koncentracji, natomiast w przypadku antykonkurencyjnych praktyk przedsiębiorców za wykonywanie powierzonych funkcji odpowiedzialny jest Departament Ochrony Konkurencji.

Sądy właściwe w sprawach antymonopolowych

Analizując właściwość sądów w sprawach antymonopolowych, można wskazać, że podstawowa rola w tym zakresie przypada sądom powszechnym, w tym szczególnie Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Warto jednak podkreślić, że sąd ten przestał być wyłącznie sądem antymo-

⁵ Ustawa z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej, Dz. U. z 2009 r. Nr 18, poz. 97.

⁶ M. Król-Bogomilska, *Kierunki najnowszych zmian polskiego prawa antymonopolowego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 6, s. 5.

⁷ Dz. U. Nr 107, poz. 887.

⁸ Zarządzenie nr 146 Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2008 r. w sprawie nadania statutu Urzędowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów, M. P. Nr 97, poz. 846.

⁹ Są to: Departament Prawny, Departament Ochrony Konkurencji, Departament Analiz Rynku, Departament Kontroli Koncentracji, Departament Monitorowania Pomocy Publicznej, Departament Polityki Konsumenckiej, Departament Nadzoru Rynku, Departament Współpracy z Zagranicą i Komunikacji Społecznej, Departament Budżetu i Administracji, Departament Inspekcji Handlowej, Laboratoria specjalistyczne, Sekretariat Prezesa UOKiK i Biuro Dyrektora Generalnego.

nopolowym w ścisłym tego słowa znaczeniu, a jego kompetencja poszerzyła się o rozpoznawanie spraw regulacyjnych oraz z zakresu publicznoprawnej ochrony konsumentów. Co istotne, rozszerzenie kompetencji sądu antymonopolowego dotyczyło zarówno spraw ze swojej istoty administracyjnych (rozpoznawanie odwołań od decyzji), jak i orzekania w sprawach o materialnym charakterze cywilnym (kontrola wzorców umownych)¹⁰. Mimo tego stopniowego rozszerzania kognicji sądu antymonopolowego i powierzenia mu do rozpoznawania coraz to nowych rodzajów spraw, ustawodawca nie zdecydował się na uczynienie z SOKiK sądu sprawującego uniwersalną jurysdykcję nad całością prawnie relewantnej aktywności organu antymonopolowego oraz organów regulacyjnych. Od początku widoczny był dualizm jurysdykcyjny sądów administracyjnych i sądu antymonopolowego w stosunku do wspomnianych organów administracji. Co istotne, ten dualizm dotyczył nie tylko różnych rodzajowo spraw rozpatrywanych przez dany organ¹¹, ale mógł mieć miejsce w tej samej sprawie¹². Dodatkowo powstawały sytuacje, kiedy trudno było ustalić jurysdykcję właściwego sądu. W tym miejscu należy podkreślić, że w zakresie omawianego zagadnienia mamy do czynienia z dualizmem jurysdykcyjnym, a nie z konkurencją jurysdykcyjną. Oznacza to, że nawet jeżeli pozornie ta sama sprawa mogłaby być rozpoznawana zarówno przez sąd administracyjny, jak i przez sąd powszechny, należy przyjąć, że takie rozwiązanie jest systemowo niedopuszczalne i tylko jeden sąd może być właściwy w danej sprawie¹³.

Właściwość i rola sądów powszechnych

Sąd Antymonopolowy został utworzony na podstawie art. 20 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych¹⁴ oraz na podstawie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 1990 r. w sprawie utworzenia sądu antymonopolowego¹⁵. Z ustrojo-

¹⁰ Formalnie wszystkie sprawy rozpatrywane przez SOKiK są sprawami cywilnymi.

¹¹ Przykładowo, organ antymonopolowy sprawuje orzecznictwo w zakresie spraw antymonopolowych oraz spraw z zakresu ogólnego bezpieczeństwa produktów. W przypadku pierwszego rodzaju spraw właściwy do rozpoznawania odwołań od decyzji jest SOKiK, w zakresie drugiego rodzaju spraw zachowany jest standardowy tryb kontroli administracyjnej i sądownoadministracyjnej.

¹² Przykładowo, w jednej sprawie sąd administracyjny rozpatruje skargę na bezczynność, a SOKiK rozpatruje środki prawne od wydanych aktów administracyjnych.

¹³ Szerzej na temat rozgraniczenia właściwości sądów administracyjnych i sądów powszechnych w sprawach antymonopolowych zob. M. Błachucki, *Właściwość sądów administracyjnych i sądów powszechnych w sprawach antymonopolowych*, [w:] M. Błachucki, T. Górzyńska (red.), *Aktualne problemy rozgraniczania właściwości sądów administracyjnych i sądów powszechnych*, Warszawa 2011, s. 141 i n.

¹⁴ Dz. U. z 1994 r. Nr 7, poz. 25 z późn. zm.

¹⁵ Dz. U. Nr 27, poz. 157.

wego punktu widzenia jest to sąd powszechny będący wydziałem Sądu Wojewódzkiego w Warszawie (Wydział XVII Antymonopolowy). Zgodnie z przepisami ustawy antymonopolowej z 1990 r., Sąd Antymonopolowy był właściwy do rozpoznawania odwołań od decyzji Urzędu Antymonopolowego lub jego delegatur. W kolejnych latach kompetencja do rozpoznawania odwołań od decyzji organów administracji państwowej została rozszerzona na odwołania od decyzji organu regulacyjnego energetyki (Prezes Urzędu Regulacji Energetyki)¹⁶, organu regulacyjnego telekomunikacji (d. Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji – obecnie Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej)¹⁷, organu regulacyjnego transportu kolejowego (Prezes Urzędu Transportu Kolejowego)¹⁸, organu regulacyjnego pocztowego (d. Prezes Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty – obecnie Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej)¹⁹. Co istotne, do momentu wejścia w życie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów²⁰, tj. do 1 kwietnia 2001 r., postępowanie sądowe we wszystkich tych rodzajach spraw, tj. w sprawach antymonopolowych oraz sprawach regulacyjnych, toczyło się według tych przepisów zawartych w tym samym rozdziale Kodeksu postępowania cywilnego²¹. Dopiero wspomniana ustawa antymonopolowa z 2000 r. znowelizowała k.p.c., tworząc cztery odrębne procedury, odpowiadające rozpoznawaniu środków prawnych od rozstrzygnięć administracyjnych czterech organów administracji publicznej. Ponadto kognicja sądu antymonopolowego poszerzyła się jeszcze o dwie kategorie spraw. Po pierwsze, zostały powierzone mu do rozpoznawania sprawy o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone²². Po drugie, sądowi antymonopolowemu zostało powierzone orzecznictwo

¹⁶ Art. 58 pkt 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne, Dz. U. Nr 54, poz. 348 z późn. zm.

¹⁷ Art. 126 pkt 1 ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. Nr 73, poz. 852 z późn. zm.

¹⁸ Art. 5 pkt 1 ustawy o zmianie ustawy o szkolnictwie wyższym, ustawy o wyższych szkołach zawodowych, ustawy o transporcie kolejowym i ustawy o usługach turystycznych oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych i ustawy o działach administracji rządowej – w związku z dostosowaniem do prawa Unii Europejskiej z dnia 8 grudnia 2000 r., Dz. U. Nr 122, poz. 1314. W tym miejscu należy dodać, że przepisy te były martwe, do momentu powołania Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego, tj. do 1 czerwca 2003 r.

¹⁹ Art. 71 pkt 3 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe, Dz. U. Nr 130, poz. 1188 z późn. zm.

²⁰ Dz. U. Nr 122, poz. 1319 z późn. zm.

²¹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm., dalej jako: k.p.c.

²² Ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, Dz. U. Nr 22, poz. 271.

w sprawach rozpatrywania odwołań od decyzji wydawanych przez organ antymonopolowy w sprawach z zakresu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów²³.

Właściwość SOKiK w odniesieniu do aktów administracyjnych wydawanych przez Prezesa UOKiK w postępowaniach antymonopolowych reguluje art. 479²⁸ § 1 k.p.c., który wskazuje, że Sąd Okręgowy w Warszawie – sąd ochrony konkurencji i konsumentów jest właściwy w sprawach:

- 1) odwołań od decyzji Prezesa UOKiK;
- 2) zażaleń na postanowienia wydawane przez Prezesa UOKiK w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów lub przepisów odrębnych;
- 3) zażaleń na postanowienia wydawane przez Prezesa UOKiK w postępowaniu zabezpieczającym prowadzonym na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów;
- 4) zażaleń na postanowienia wydawane w postępowaniu egzekucyjnym prowadzonym w celu wykonania obowiązków wynikających z decyzji i postanowień wydawanych przez Prezesa Urzędu.

Właściwość i rola sądów administracyjnych

Kognicja sądów administracyjnych została wskazana w art. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²⁴. Powtarzając normę konstytucyjną § 1 tego przepisu, określa, że sądy administracyjne sprawują kontrolę działalności administracji publicznej i stosują środki określone w p.p.s.a.²⁵ Z powodu tego, że sądy powszechne są właściwe do rozpoznawania środków prawnych od aktów administracyjnych wydawanych przez Prezesa UOKiK sądy administracyjne są właściwe w innych sprawach z zakresu kontroli prawnie nieobo-

²³ Ustawa z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. Nr 129, poz. 1102.

²⁴ Dz. U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm., dalej jako: p.p.s.a.

²⁵ Kontrola ta obejmuje orzekanie w sprawach skarg na: 1) decyzje administracyjne; 2) postanowienia wydane w postępowaniu administracyjnym, na które służy zażalenie albo kończące postępowanie, a także na postanowienia rozstrzygające sprawę co do istoty; 3) postanowienia wydane w postępowaniu egzekucyjnym i zabezpieczającym, na które służy zażalenie; 4) inne niż określone w pkt 1-3 akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa; 5) akty prawa miejscowego organów jednostek samorządu terytorialnego i terenowych organów administracji rządowej; 6) akty organów jednostek samorządu terytorialnego i ich związków, inne niż określone w pkt. 5, podejmowane w sprawach z zakresu administracji publicznej; 7) akty nadzoru nad działalnością organów jednostek samorządu terytorialnego; 8) bezczynność organów w przypadkach określonych w pkt. 1-4.

jętnej aktywności organu antymonopolowego w sprawach antymonopolowych. W tej grupie można wskazać następujące sprawy:

- 1) bezczynności organu antymonopolowego;
- 2) przewlekłego prowadzenia postępowania antymonopolowego;
- 3) niektórych sytuacji umorzenia postępowania antymonopolowego (art. 75 ustawy antymonopolowej);
- 4) pozostawienia podania bez rozpoznania z powodu nieopłacenia mimo wezwania wniosku (art. 94 ust. 4 ustawy antymonopolowej);
- 5) pozostawienia podania bez rozpoznania, kiedy w podaniu nie wskazano adresu wnoszącego i nie można go ustalić (art. 64 § 1 k.p.a.²⁶);
- 6) zwrotu wniosku (art. 95 ust. 1 ustawy antymonopolowej).

3. Charakter prawny postępowania antymonopolowego

Stworzeniu organu antymonopolowego towarzyszyła kreacja form proceduralnych jego działania. Formy te w mniejszym lub większym stopniu (w zależności od okresu) odbiegały od wzorca rozpatrywania spraw administracyjnych przewidzianego w k.p.a. Na tym tle pojawiły się wątpliwości, co do charakteru prawnego postępowania antymonopolowego²⁷.

W początkowym okresie rozwoju polskiego ustawodawstwa antymonopolowego postępowanie antymonopolowe określane było jako postępowanie administracyjne²⁸. Pogląd ten uzasadniano tym, że w postępowaniu antymonopolowym stosowane są zasadniczo przepisy k.p.a., ale z uwzględnieniem zmian wynikających z ustawy antymonopolowej (przede wszystkim w zakresie postępowania odwoławczego)²⁹.

Postępowanie antymonopolowe bywa traktowane jako szczególne postępowanie administracyjne lub postępowanie administracyjne specjalne³⁰. Można także spotkać się z określeniem „antymonopolowe postępowanie administracyjne”³¹. Wskazuje się, że odmienność niektórych przepisów

²⁶ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, t. jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm., dalej jako: k.p.a.

²⁷ Rozważania o charakterze postępowania antymonopolowego mają tutaj, ze względu na charakter opracowania, charakter ograniczony. Szerzej na ten temat zob. M. Błachucki, *Charakter prawny postępowania antymonopolowego*, [w:] J. Boć, A. Chajbowicz (red.), *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, Wrocław 2009, s. 70 i n.

²⁸ J. Olszewski, *Jak zwalczać: nieuczciwą konkurencję, praktyki monopolistyczne, dumping*, Katowice 1993, s. 21.

²⁹ I. Wiszniewska, *Polska ustawa antymonopolowa z 1990 r.*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1990, nr 8-9, s. 129.

³⁰ Pojęcie te używane są zamiennie w zależności od konwencji terminologicznej autora.

³¹ Tak S. Gronowski, *Polskie prawo antymonopolowe (zarys wykładu)*, Warszawa 1998, s. 290. Bliższa analiza tego pojęcia prowadzi do wniosku, że nie różni się ono znacze-

tego postępowania od wzorca k.p.a. jest uzasadniona specyfiką spraw rozpoznawanych przez organ antymonopolowy, które to sprawy charakteryzują się wysokim stopniem skomplikowania w kategoriach ekonomicznych i prawnych³².

Postępowanie antymonopolowe określane jest także jako postępowanie hybrydowe³³. Pojęcie procedury hybrydowej wywodzi się z amerykańskiej doktryny prawa publicznego i oznacza szczególne postępowanie o charakterze prawotwórczym, prowadzone przy wykorzystaniu instytucji procesowych typowych dla działalności orzeczniczej³⁴. Zgodnie z tym poglądem wprowadzenie systemu odesłań oraz zespolenie instytucji z różnych procedur, a także szczególny sposób uregulowania środków prawnych i instancji odwoławczej powoduje, że nie można poprzestać na określeniu postępowania antymonopolowego jako administracyjnej procedury specjalnej, ale należy określić je jako procedurę hybrydową³⁵.

Analizując pojęcie postępowania administracyjnego ogólnego i szczególnego oraz różnice, jakie zachodzą pomiędzy postępowaniem jurysdykcyjnym a postępowaniem antymonopolowym, należy dojść do wniosku, że postępowanie antymonopolowe stanowi przykład postępowania administracyjnego szczególnego. Przeciwno przyjęciu odmiennych poglądów przemawia wiele argumentów. Postępowanie antymonopolowe nie może być określane tylko jako postępowanie administracyjne. O ile w pierwszym okresie rozwoju ustawodawstwa antymonopolowego takie twierdzenie byłoby w części uzasadnione, to obecnie jest ono niewystarczające. Istnieje bowiem zbyt wiele różnic pomiędzy postępowaniem jurysdykcyjnym określonym w k.p.a. a postępowaniem antymonopolowym. Różnice te powodują, że postępowanie antymonopolowe przekształciło się w postępowanie administracyjne szczególne.

Za przyjęciem tezy, że postępowanie antymonopolowe stanowi przykład procedury administracyjnej szczególnej można wskazać wiele argumentów, oprócz tych wymienionych wcześniej. Skoro istotą postępowania administracyjnego jest rozstrzygnięcie sprawy administracyjnej przez właściwy organ administracji publicznej w drodze decyzji, to postępowanie antymonopolowe spełnia ten warunek. Sprawy antymonopolowe są

niowo od pojęcia szczególnego postępowania administracyjnego lub postępowania administracyjnego specjalnego.

³² R. Janusz, T. Skoczny, *Postępowanie antymonopolowe jako szczególne postępowanie administracyjne*, [w:] I. Skrzydło-Niznik, P. Dobosz, D. Dąbek, M. Smaga (red.), *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Prof. dra hab. J. Filipka*, Kraków 2001, s. 274.

³³ Z. Kmiecik, *Postępowanie w sprawach ochrony konkurencji a koncepcja procedury hybrydowej*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 4.

³⁴ *Ibidem*, s. 31.

³⁵ *Ibidem*, s. 47.

sprawami administracyjnymi, Prezes UOKiK jest zaś centralnym organem administracji rządowej i rozstrzyga sprawy w formie decyzji administracyjnej. Ramy postępowania administracyjnego stanowią optymalne rozwiązanie dla rozstrzygania spraw antymonopolowych. Charakter postępowania administracyjnego jest najlepiej dostosowany do celu, jakiemu ma służyć prawo antymonopolowe. Celem tym jest ochrona interesu publicznego poprzez zagwarantowanie istnienia wolnej konkurencji, na skutek niedopuszczenia do działań przedsiębiorców o charakterze antykonkurencyjnym. Ochrona interesu publicznego stanowi właśnie o wyrażnie administracyjnym charakterze tego postępowania. Sąd Najwyższy wyraźnie podkreśla, że nie każde naruszenie prawa przez przedsiębiorcę uzasadnia wdrożenie postępowania o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Decyduje o tym naruszenie przez przedsiębiorcę w następstwie stosowania zabronionych praktyk monopolistycznych interesu publicznoprawnego³⁶. Celem ustawodawstwa antymonopolowego nie jest bowiem ochrona indywidualnego interesu przedsiębiorcy³⁷. Podkreśleniu realizacji celu ochrony interesu publicznego w tym postępowaniu służy także wyeliminowanie wnioskowego trybu wszczynania postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję³⁸.

4. Szczególne rozwiązania procesowe postępowań antymonopolowych

Postępowania antymonopolowe wykazują odrębności w stosunku do ogólnego postępowania administracyjnego. Jest to w znacznym stopniu pochodna przedmiotu regulacji, choć w niektórych sytuacjach poszczególne przepisy są wynikiem arbitralnej decyzji ustawodawcy. W analizie poniższej wskazane zostaną najistotniejsze cechy obydwu procedur, które determinują ich charakter prawny.

4.1. Zasady ogólne

Zasady ogólne pełnią istotną rolę dla każdej procedury, kształtując m.in. model procesu³⁹. Porównując zasady ogólne obowiązujące w postę-

³⁶ Wyrok SN z dnia 27 sierpnia 2003 r., sygn. akt I CKN 527/01, niepubl.

³⁷ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 19 listopada 2001 r., sygn. akt XVII Ama 2/01, Dz. Urz. UOKiK 2002, nr 1, poz. 47.

³⁸ M. Sieradzka, *Postępowanie przed Prezesem UOKiK według regulacji nowej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów – cz. II*, „Monitor Prawniczy” 2008, nr 1, s. 30.

³⁹ A. Wiktorowska, *Rola i znaczenie zasad ogólnych KPA (funkcje zasad)*, „Studia Iuridica” 1996, nr 32, s. 265.

powaniu jurysdykcyjnym oraz w postępowaniu antymonopolowym, można wskazać:

- 1) zasady wspólne dla tych postępowań,
- 2) podobne zasady obowiązujące w tych postępowaniach, ale częściowo różniące się treścią,
- 3) zasady odmienne.

Do pierwszej grupy należy zaliczyć zasady:

- 1) praworządności,
- 2) oficjalności,
- 3) prawdy obiektywnej,
- 4) budzenia zaufania,
- 5) czynnego udziału strony,
- 6) pisemności,
- 7) przekonywania,
- 8) szybkości,
- 9) informowania stron i uczestników postępowania.

W przypadku tej grupy zasad nie istnieją różnice w ich rozumieniu pomiędzy administracyjnym postępowaniem jurysdykcyjnym oraz postępowaniem antymonopolowym.

Do drugiej grupy należą zasady: jawności oraz trwałości decyzji administracyjnej. Zasada jawności doznaje dalej idących ograniczeń w postępowaniu antymonopolowym, ze względu na częste występowanie w tym postępowaniu tajemnic prawnie chronionych (w szczególności tajemnicy przedsiębiorstwa) oraz dodatkowe przepisy, które chronią te tajemnice⁴⁰. Ponadto zasada trwałości decyzji administracyjnej jest ściślej przestrzegana na gruncie postępowania antymonopolowego, co wynika z wyłączenia możliwości wszczynania trybu nadzwyczajnego postępowania antymonopolowego na wniosek strony.

W trzeciej grupie znajdują się zasady: ugodowego załatwiania spraw, dwuinstancyjnego postępowania oraz sądowej kontroli decyzji. Na gruncie postępowania antymonopolowego wyłączono możliwość zawierania ugód. Nastąpił natomiast rozwój innych form koncyliacyjnego zakończenia postępowania – ma to miejsce w sytuacji wydawania decyzji zobowiązującej w przypadku spraw antymonopolowych z zakresu praktyk ograniczających konkurencję oraz tzw. zgody warunkowej w przypadku spraw antymonopolowych z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorstw. Postępowanie antymonopolowe w odróżnieniu od postępowania jurysdykcyjnego jest postępowaniem jednoinstancyjnym. Na gruncie postępowania an-

⁴⁰ Szerzej na ten temat zob. G. Materna, *Ograniczenie prawa wglądu do materiału dowodowego w postępowaniu przed Prezesem UOKiK*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 4, s. 27 i n.

tymonopolowego występuje sądowa kontrola decyzji – jednakże pomimo formalnej zbieżności, zasada ta jest treściowo odmienna od takiej samej zasady obowiązującej w postępowaniu jurysdykcyjnym. Na gruncie postępowania antymonopolowego sądem właściwym do kontroli decyzji Prezesa UOKiK jest sąd powszechny, zaś kryteria kontroli wykraczają poza legalność. SOKiK rozpatruje sprawę jeszcze raz, przeprowadza swoje postępowanie dowodowe i samodzielnie rozstrzyga sprawę co do meritum. Właściwość sądów administracyjnych, o czym była mowa wcześniej, ma charakter subsydiarny.

4.2. Uczestnicy postępowań antymonopolowych

4.2.1. Strona

Ustawa antymonopolowa określa, kto może być stroną postępowań antymonopolowych. Na gruncie ustawy antymonopolowej z 2000 r. regulacja pojęcia strony była krytykowana jako zawiła i skomplikowana⁴¹. Obecnie obowiązująca ustawa antymonopolowa eliminuje szereg niejasności. W sprawach antymonopolowych z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorców, zgodnie z art. 94 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stroną postępowania jest każdy, kto zgłasza zamiar koncentracji. Oznacza to, że w odróżnieniu od wielu ustawodawstw zagranicznych, bierny uczestnik koncentracji nie jest stroną postępowania.

Natomiast w postępowaniu antymonopolowym w sprawach antykonkurencyjnych praktyk przedsiębiorców stroną postępowania jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję (art. 88 ust. 1 ustawy antymonopolowej).

Należy podkreślić także, że zarówno w postępowaniu antymonopolowym w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, jak i w sprawach z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorców, stronami nie są konkurenci czy kontrahenci przedsiębiorców będących stronami tego postępowania.

4.2.2. Podmioty na prawach strony

Udział podmiotów na prawach strony w postępowaniu antymonopolowym nie odbiega od regulacji w k.p.a. Kontrowersje może wzbudzać udział w postępowaniu antymonopolowym organizacji społecznych. Z istoty spraw antymonopolowych wynika ograniczenie możliwości uczestnictwa w postępowaniu podmiotów innych niż strony. W świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r., organizacja społeczna mogła być stroną postępowania antymonopolowego, jeśli była organizacją konsumencką i wnioskuje o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję. To uzasadniało pogląd,

⁴¹ Z. Kmiecik, *op. cit.*, s. 35.

że organizacje społeczne mogły uczestniczyć w tym postępowaniu, wyłącznie w takiej sytuacji. Obecna ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zlikwidowała możliwość wszczynania tego rodzaju postępowań antymonopolowych na wniosek. Oznacza to zatem, że zastosowanie będą tu miały ogólne reguły wynikające z k.p.a.

4.2.3. Podmioty zainteresowane

Ustawa antymonopolowa z 2000 r. dopuszczała do udziału w postępowaniu antymonopolowym podmioty zainteresowane. Jednakże obecnie obowiązująca ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zniosła taką możliwość, eliminując tym samym istniejące odrębności.

4.3. Sformalizowane postępowanie wyjaśniające

Wszczęcie postępowania antymonopolowego może poprzedzić sformalizowane postępowanie wyjaśniające. Specyficzną cechą ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest regulacja postępowania wyjaśniającego. Sformalizowanie postępowania wyjaśniającego zostało ustanowione w celu wyposażenia organu antymonopolowego w skuteczne instrumenty prawne zbierania informacji. Postępowanie takie jest wszczynane, jeżeli okoliczności wskazują na możliwość naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej w sprawach dotyczących określonej gałęzi gospodarki i w sprawach dotyczących ochrony interesów konsumentów. Zgodnie z art. 48 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, postępowanie wyjaśniające może mieć na celu w szczególności:

- 1) wstępne ustalenie, czy nastąpiło naruszenie przepisów ustawy uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego, w tym, czy sprawa ma charakter antymonopolowy;
- 2) wstępne ustalenie, czy nastąpiło naruszenie uzasadniające wszczęcie postępowania w sprawie zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów;
- 3) badanie rynku, w tym określenie jego struktury i stopnia koncentracji;
- 4) wstępne ustalenie istnienia obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji;
- 5) ustalenie, czy miało miejsce naruszenie chronionych prawem interesów konsumentów uzasadniające podjęcie działań określonych w odrębnych ustawach.

Wszczynane i zamykane jest ono w formie niezaskarżalnego postanowienia i winno być zakończone w terminie do 60 dni od daty jego wszczęcia. Postępowanie wyjaśniające nie dotyczy niczych praw czy obowiązków, w związku z czym nie ma w nim stron postępowania. Przedsiębiorcy

nie mają zatem dostępu do akt tego postępowania, ani nie mogą zaskarżać postanowień o wszczęciu lub zamknięciu tego postępowania.

4.4. Wszczęcie postępowania

W stosunku do przepisów k.p.a. normujących wszczęcie postępowania administracyjnego⁴², tj. art. 61 i n., można wyróżnić następujące różnice obowiązujące w postępowaniu antymonopolowym:

- 1) postępowanie antymonopolowe w sprawach z zakresu praktyk ograniczających konkurencję wszczynane jest z urzędu w formie niezaskarżalnego postanowienia;
- 2) ustawa antymonopolowa określa dodatkowe podstawy odmowy wszczęcia postępowania antymonopolowego (zob. art. 87 ustawy antymonopolowej);
- 3) wprowadzono nową instytucję zwrotu wniosku w sprawach koncentracji (art. 95 ust. 1), która ma charakter czynności faktycznej, zasadniczo niezaskarżalnej, w skutkach równoważnej z odmową wszczęcia postępowania;
- 4) ustawa antymonopolowa określa okresy przedawnienia, które ograniczają możliwość wszczęcia postępowania antymonopolowego (art. 76 i 93) lub modyfikują treść podejmowanych rozstrzygnięć (art. 21 ust. 3).

Obecnie obowiązująca ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zniósł możliwość wszczynania postępowania w sprawach antykonkurencyjnych na wniosek uprawnionych podmiotów. Postępowania te mogą toczyć się teraz jedynie z urzędu. Pewną pozostałością starej regulacji jest sformalizowanie doniesienia o możliwości stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Zgodnie z art. 86 ust. 1 ustawy antymonopolowej, każdy może zgłosić Prezesowi UOKiK na piśmie zawiadomienie dotyczące podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję wraz z uzasadnieniem. Zawiadomienie takie może zawierać w szczególności:

- 1) wskazanie przedsiębiorcy, któremu jest zarzucane stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję;
- 2) opis stanu faktycznego będącego podstawą zawiadomienia;
- 3) wskazanie przepisu ustawy antymonopolowej lub Traktatu WE, którego naruszenie zarzuca zgłaszający zawiadomienie;
- 4) uprawdopodobnienie naruszenia przepisów ustawy lub Traktatu WE;
- 5) dane identyfikujące zgłaszającego zawiadomienie.

⁴² Szerzej na temat wszczęcia postępowania administracyjnego zob. R. Hauser, *Wszczęcie postępowania administracyjnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1998, z. 1, s. 3 i n.

Ponadto do zawiadomienia należy dołączyć wszelkie dokumenty, które mogą stanowić dowód naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Organ antymonopolowy powinien rozpatrzyć zawiadomienie w ciągu 2 miesięcy, z tym że termin ten może ulec faktycznemu przedłużeniu, jeżeli zostanie wszczęte postępowanie wyjaśniające. Po rozpoznaniu zawiadomienia Prezes UOKiK przekazuje zgłaszającemu informację na piśmie o sposobie jego rozpatrzenia. Informacja ta nie ma charakteru decyzji i nie może być kwestionowana na drodze sądowej przez składającego zawiadomienie.

Szczególna regulacja dotyczy także wszczęcia postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji. Zasadniczo postępowania wszczynane są na wniosek. Z urzędu wszczyna się jedynie postępowania, gdy zachodzi potrzeba sankcjonowania naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej dotyczących kontroli koncentracji przedsiębiorców. Zgodnie z art. 62 § 2 k.p.a., wniosek o wszczęcie postępowania powinien zawierać co najmniej wskazanie osoby, od której pochodzi, jej adres i żądanie oraz czynić zadość innym wymaganiom ustalonym w przepisach szczególnych. Przepis ten określa minimalne wymaganie dotyczące składanych podań/wniosków, odsyłając jednocześnie do przepisów prawa materialnego, które mogą określać dodatkowe wymagania. W postępowaniu antymonopolowych w sprawach koncentracji takie dodatkowe wymogi formalne określa rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców⁴³. Rozporządzenie to zawiera załącznik określający Wykaz Informacji i Dokumentów (WID), które należy przedstawić we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji.

Każdy wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie oceny zamiaru koncentracji podlega stałej opłacie. Zgodnie z § 12 rozporządzenia WID, przedsiębiorca występujący z wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji dołącza do wniosku dowód uiszczenia opłaty. Wysokość opłaty wynika z § 10 rozporządzenia WID i wynosi 5000 zł. Opłatę uiszcza się w gotówce do kasy lub na rachunek bankowy urzędu skarbowego właściwego ze względu na siedzibę przedsiębiorcy dokonującego zgłoszenia. W wypadku przedsiębiorców zagranicznych, którzy nie mają siedziby w Polsce, opłatę uiszcza się na konto II Urzędu Skarbowego w Warszawie.

⁴³ Dz. U. Nr 134, poz. 937, dalej jako: rozporządzenie WID.

4.5. Terminy

Ustawa antymonopolowa wprowadza – odrębne od przepisów k.p.a. (art. 35 i n.)⁴⁴ – terminy załatwiania spraw, tj. 5 miesięcy w przypadku spraw z zakresu praktyk ograniczających konkurencję oraz 2 miesiące dla spraw z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorstw. Pierwszy termin jest terminem instrukcyjnym i jego upływ prowadzi zasadniczo jedynie do przedłużenia postępowania. Analiza faktycznej długości trwania postępowań antymonopolowych w sprawach praktyk ograniczających konkurencję prowadzi do wniosku, że prawie nigdy termin ten nie jest dotrzymywany, a zdarzają się postępowania trwające kilka lat. Drugi ze wskazanych terminów ma charakter przedawniający i jego upływ pozbawia organ antymonopolowy kompetencji do zajmowania się sprawą. Zastosowanie ma wtedy domniemanie wydania decyzji pozytywnej o zgodzie na dokonanie zgłoszonej koncentracji. Jednakże ustawa antymonopolowa zawiera przepisy pozwalające na legalne wydłużanie terminu rozpatrzenia sprawy z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorstw zawarte w art. 95 ust. 1, co w pewien sposób relatywizuje charakter przedawniający tego terminu. W praktyce skomplikowane sprawy koncentracyjne są zawisłe nawet do 9 miesięcy.

4.6. Postępowanie dowodowe

Regulacja postępowania dowodowego w k.p.a. ma charakter ramowy. Ustawa antymonopolowa zawiera o wiele bardziej rozbudowane w tym względzie przepisy. Co więcej, zgodnie z art. 81 ustawy antymonopolowej z 2007 r., odpowiednie stosowanie przepisów k.p.a. jest wyłączone, a ustawa wprost odsyła do stosowania odpowiedniego art. 227-315 k.p.c. (jest to Dział III – *Dowody*). Nie jest to jedyne odesłanie, gdyż w zakresie nieuregulowanym przepisami ustawy antymonopolowej, do przeszukania stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego⁴⁵. Takie rozbudowanie postępowania dowodowego jest uzasadnione tym, że organ antymonopolowy wykracza poza tradycyjnie rozumianą policję administracyjną. Z tego powodu przepisy k.p.a. dotyczące dowodów są dalece niewystarczające. Sprawy antymonopolowe są na tyle skomplikowane, że dotarcie do dowodów wymaga zastosowania metod śledczych.

⁴⁴ Na temat regulacji terminów w k.p.a. zob. R. Hauser, *Terminy załatwiania spraw w k.p.a. w doktrynie i orzecznictwie sądowym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1997, z. 1, s. 1 i n.

⁴⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm., dalej jako: k.p.k.

4.6. Zawieszenie i umorzenie postępowania

Instytucja zawieszenia postępowania nie wykazuje odrębności w świetle przepisów k.p.a. oraz ustawy antymonopolowej⁴⁶. Kontrowersje wywołuje natomiast regulacja umorzenia postępowania w ustawie antymonopolowej. Zgodnie z art. 105 k.p.a., organ umarza postępowanie w formie decyzji, gdy stało się ono bezprzedmiotowe z jakiegokolwiek przyczyny. Może uczynić to również na wniosek strony, gdy nie sprzeciwiają się temu inne strony oraz gdy nie jest to sprzeczne z interesem społecznym. Ustawa antymonopolowa, w art. 75, dodaje do tego jeszcze cztery dodatkowe przesłanki, kiedy organ antymonopolowy musi lub może umorzyć postępowanie. Co istotne, ustawa antymonopolowa wskazuje, że formą prawną działania organu antymonopolowego w tych sytuacjach jest postanowienie. To oznacza, że umarzając postępowanie antymonopolowe, z uwagi na ogólną przesłankę bezprzedmiotowości, wydawana jest decyzja administracyjna, natomiast w przypadku, kiedy postępowanie antymonopolowe umarzane jest na podstawie szczególnych przesłanek wskazanych w ustawie antymonopolowej, dokonuje się tego w formie niezaskarżalnego postanowienia. Regulacja ta jest niezrozumiała i trudno wytłumaczyć *ratio legis* użycia formy postanowienia dla umorzenia postępowania.

4.7. Rozstrzygnięcia organu antymonopolowego

4.7.1. Decyzje

Regulacje ustawy antymonopolowej nie odbiegają od k.p.a. w tym zakresie. Można się zastanawiać, czy w postępowaniu antymonopolowym mogłoby dojść do wydania decyzji w formie ustnej. Jednakże charakter spraw oraz interes stron przemawiają przeciwko takiej możliwości.

Warto zwrócić uwagę na pewne szczególne decyzje, które mogą zapaść w postępowaniu antymonopolowym, wprowadzone wraz z wejściem w życie zmian unijnego prawa konkurencji, w szczególności rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasad konkurencji ustanowionych w art. 101 i 102 Traktatu⁴⁷:

1. Decyzje „zobowiązujące” (ang. *commitments*) są podejmowane, jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione – na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania z urzędu – że doszło do praktyk ograniczających konkurencję lub nadużycia pozycji dominującej, a przedsiębiorca

⁴⁶ Na temat zawieszenia postępowania administracyjnego przykładowo zob. G. Łaszczycza, *Zawieszenie ogólnego postępowania administracyjnego*, Kraków 2005.

⁴⁷ Dz. Urz. WE L 1 z 4.01.2003 r., s. 1-25.

lub związek przedsiębiorców, któremu jest to zarzucane naruszenie, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom. W takiej sytuacji organ antymonopolowy może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę lub związek przedsiębiorców do wykonania tych zobowiązań. Jeżeli w przyszłości decyzja taka zostałaby uchylona, wtedy organ antymonopolowy orzeka co do istoty sprawy⁴⁸.

2. Decyzje tymczasowe (ang. *interim measures*) są podejmowane, jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione, że dalsze stosowanie zarzucanej praktyki może spowodować poważne i trudne do usunięcia zagrożenia dla konkurencji. Organ antymonopolowy może przed zakończeniem postępowania, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę lub związek przedsiębiorców, do zaniechania określonych działań w celu zapobieżenia tym zagrożeniom. Wniesienie odwołania nie wstrzymuje wykonania decyzji. W decyzji takiej określa się czas jej obowiązywania, ale nie dłużej niż do czasu wydania decyzji kończącej postępowanie.

Należy też wskazać, że ustawa antymonopolowa ogranicza moc wiążącą pozytywnych decyzji wydawanych w sprawach koncentracji przedsiębiorców. Są one źródłem praw i obowiązków przedsiębiorców w okresie 2 lat od ich doręczenia. Dodatkowo ich moc wiążąca może być wydłużona o 1 rok.

4.7.2. Postanowienia

Regulacja prawna postanowień nie odbiega od przepisów kodeksowych. Należy jednak zwrócić uwagę na pewną właściwość postępowania antymonopolowego. Postanowienia odgrywają w nim większą rolę, niż w postępowaniu jurysdykcyjnym, w szczególności mogą one rozpocząć i zakończyć postępowanie. W drodze niezaskarżalnego postanowienia następuje też umorzenie postępowania antymonopolowego w sytuacjach określonych w ustawie.

⁴⁸ Na temat decyzji zobowiązujących zob. M. Stefaniuk, *Decyzje administracyjne wydawane w oparciu o zobowiązania składane przez przedsiębiorców jako przykład działań organów administracji w prawie antymonopolowym, opartych na idei zastosowania środków alternatywnego rozstrzygania sporów (Zarys problematyki)*, [w:] J. Olszewski (red.), *Arbitraż i mediacja. Praktyczne aspekty stosowania przepisów*, Rzeszów 2007, s. 271 i n.; A. Gil, M. Swora, *Decyzja zobowiązująca jako metoda rozstrzygnięcia sporów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 3, s. 105 i n.

4.7.3. Uгода

Możliwość zawarcia ugody w postępowaniu antymonopolowym była zawsze przedmiotem kontrowersji⁴⁹. Nigdy nie ulegało wątpliwości, że ugody nie można było zawierać w sprawach z zakresu kontroli łączenia przedsiębiorców, co wynikało z charakteru tych spraw i braku dwóch stron postępowania o przeciwstawnych interesach. Natomiast możliwość zawarcia ugody istniała w sprawach antymonopolowych z zakresu przeciwdziałania antykonkurencyjnym praktykom przedsiębiorców wywoływała wiele wątpliwości. Podstawowym argumentem przeciw możliwości ugodowego załatwiania tych spraw był trudny, wręcz niemożliwy, do pogodzenia cel postępowania antymonopolowego z istotą instytucji ugody. Podstawowym argumentem za był jednoznaczny przepis ustawy antymonopolowej dopuszczający ugodę jako formę zakończenia sprawy antymonopolowej. Obecnie przepis ten został uchylony, co oznacza, że formalnie zastosowanie będą miały przepisy k.p.a. (w szczególności art. 114 i n.). Zważywszy na przesłanki zawarcia ugody wynikające z k.p.a., a także wyeliminowanie możliwości wszczynania postępowania antymonopolowego w sprawach praktyk ograniczających konkurencję na wniosek strony, należy uznać, że nie ma już możliwości zawierania ugód w postępowaniach antymonopolowych, z uwagi na brak stron o spornych interesach.

4.8. Środki prawne

Od decyzji i postanowień wydanych przez organ antymonopolowy na podstawie ustawy antymonopolowej służą odpowiednio: „odwołanie” i „zażalenie”. Mimo tożsamości nazw nie są to środki, o których mówi k.p.a. „Odwołanie” i „zażalenie” z ustawy antymonopolowej to w rzeczywistości klasyczne pozwy w rozumieniu k.p.c.⁵⁰ Są one rozpatrywane przez sąd antymonopolowy, który jest sądem reformacyjnym. Są składane do sądu za pośrednictwem organu antymonopolowego w terminie, odpowiednio: 14 i 7 dni od dnia otrzymania rozstrzygnięcia.

4.9. Samokontrola

Samokontrola decyzji przez organ antymonopolowy jest uregulowana w odmienny od k.p.a. sposób. Zgodnie z art. 81 ust. 3 ustawy antymonopolowej, jeżeli organ antymonopolowy uzna odwołanie za słuszne, może uchylić albo zmienić swoją decyzję w całości lub w części. Ponadto Prezes

⁴⁹ Zob. dyskusję na łamach „Państwa i Prawa” 1995, z. 8 pomiędzy B. Iwańską (*Uгода w postępowaniu przed Urzędem Antymonopolowym*) oraz T. Ławickim (*Nieadekwatność instytucji ugody w postępowaniu antymonopolowym*).

⁵⁰ A.G. Harla, *Postępowanie przed Urzędem Antymonopolowym (wybrane zagadnienia)*, „Palestra” 1990, nr 11-12, s. 36.

UOKiK może w uzasadnionych przypadkach przeprowadzić dodatkowe czynności zmierzające do wyjaśnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Taka regulacja samokontroli sprawia, że organ antymonopolowy ma o wiele szersze kompetencje, niż te wynikające z przepisów k.p.a. Może on bowiem uwzględnić odwołanie w całości lub w części, co oznacza, że ocenę słuszności odwołania pozostawia się uznaniu organu antymonopolowego⁵¹. Prezes UOKiK może także przeprowadzić dodatkowe postępowanie dowodowe. Powoduje to, że nie można już tutaj mówić o zwykłej samokontroli, ale nawet o *quasi*-drugiej instancji. Taka regulacja samokontroli sprawia, że można traktować tę instytucję jako kompensację skutków braku dwuinstancyjnego postępowania.

4.10. Sądowa kontrola decyzji

Decyzje organów administracji państwowej są kontrolowane z punktu widzenia ich zgodności z prawem przez sądy administracyjne. Decyzje organu antymonopolowego wydane w trakcie postępowania antymonopolowego mogą być zaskarżane wyłącznie do sądu antymonopolowego, którym jest obecnie SOKiK. Sąd ten, jak każdy sąd powszechny, rozpatruje sprawy pod względem merytorycznym. Kryterium orzekania stanowi nie tylko legalność, ale też celowość czy słuszność. W tym miejscu należy wskazać, że w niestypizowanych sytuacjach właściwe do kontroli zachowania Prezesa UOKiK są sądy administracyjne, o czym była mowa wcześniej.

4.11. Nadzwyczajne sposoby wzruszania rozstrzygnięć organów administracji

W zakresie regulacji trybu nadzwyczajnego występują istotne różnice pomiędzy postępowaniem jurysdykcyjnym i postępowaniem antymonopolowym. W postępowaniu antymonopolowym strona została w ogóle pozbawiona uprawnienia do skutecznego żądania wszczęcia trybu nadzwyczajnego. Natomiast organ antymonopolowy uprawnienie to zachował. Co istotne, stronie przysługują jednak uprawnienia do żądania wszczęcia w trybie nadzwyczajnym postępowania przez sąd, w sprawie zakończonej przed sądem powszechnym.

4.12. Koszty

Regulacja kosztów w postępowaniu antymonopolowym jest dobrym przykładem odchodzenia od rozwiązań przejętych z postępowania cywil-

⁵¹ J. Borkowski, *Od procedury zwalczania praktyk monopolistycznych do postępowania w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów*, [w:] W. Czapliński (red.), *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006, s. 138.

nego. Ustawa antymonopolowa z 1990 r. w art. 21a wprost odsyłała do odpowiednich przepisów o kosztach zawartych w k.p.c. W ustawie antymonopolowej z 2000 r. nie było już odesłań do k.p.c. w tym zakresie, zaś przepisy o kosztach zostały przeniesione do ustawy antymonopolowej. Należy wskazać, że przepisy o kosztach w sposób jaskrawy stały w sprzeczności z istotą postępowania jurysdykcyjnego. Przewidywały one bowiem, że koszty ponosi strona przegrywająca sprawę. Pojęcie strony przegrywającej lub wygrywającej sprawę, o ile ma swoje uzasadnienie w postępowaniu cywilnym, jest obce postępowaniu administracyjnemu⁵². Postępowanie administracyjne jest postępowaniem bezspornym – nie występuje w nim spór o prawo, tak jak ma to miejsce w postępowaniu cywilnym. Stosowanie tych przepisów rodziło szereg praktycznych problemów ujawniających się np. w sytuacji zakończenia postępowania z przyczyn formalnych. Ponadto niedostosowanie tych przepisów do charakteru postępowań antymonopolowych było jaskrawo widoczne w przypadku postępowań w sprawach z zakresu kontroli koncentracji. Obecna ustawa antymonopolowa w art. 77 ust. 1 przewiduje, że koszty postępowania ponosi przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Prezesowi UOKiK przysługują uprawnienia do częściowego lub całkowitego zwolnienia strony od kosztów postępowania.

5. Uwagi końcowe

Postępowanie antymonopolowe wykazuje wiele odrębności od ogólnego postępowania administracyjnego. Z punktu widzenia pełnomocnika procesowego poznanie ich może być wielce pomocne, w sytuacji uczestnictwa w postępowaniu antymonopolowym przed Prezesem UOKiK. Przeprowadzona analiza uwypukliła te cechy procedury antymonopolowej, które sprawiają, że jest ona postępowaniem administracyjnym szczególnym. Postępowanie to, mimo kilku mankamentów, jest interesującym przykładem nowych zjawisk w prawie administracyjnym i stanowi skuteczne ramy procesowe realizacji prawa antymonopolowego w ciągle ewoluującej gospodarce. Biorąc powyższe pod uwagę, zasadny jest pogląd, że postępowanie antymonopolowe jest w swym kształcie porównywalne z naturą i skalą zjawisk ekonomicznych Europejskiego Obszaru Gospodarczego i jego miejsca w świecie⁵³.

⁵² M. Król-Bogomilska, *Zasady procedury cywilnej w postępowaniu przed Urzędem Antymonopolowym*, cz. II, „Glosa” 1995, nr 9, s. 2.

⁵³ J. Borkowski, *op. cit.*, s. 142.

Joanna Brylak

Tajemnica radcowska w Kodeksie postępowania karnego

1. Rola radcy prawnego w postępowaniu karnym wskutek ewolucji Kodeksu postępowania karnego¹ uległa znacznemu rozszerzeniu i modyfikacji. Ustawodawca umożliwił radcy prawnemu występowanie w charakterze pełnomocnika, czyli przedstawiciela ustawowego przy reprezentacji interesu oskarżyciela posiłkowego, prywatnego czy też powoda cywilnego. Pokrzywdzony może korzystać z pomocy pełnomocnika już w postępowaniu przygotowawczym jako strona tego postępowania, również we wstępnej fazie postępowania sądowego, gdy zachowuje określone uprawnienia strony. Poprzez pełnomocnika może zgłosić swój udział w postępowaniu, zatem złożyć pisemne zawiadomienie o przestępstwie, oświadczenie o działaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego ubocznego, wniesić prywatny akt oskarżenia lub pozew adhezyjny. Ponadto wniesienie własnego aktu oskarżenia o czyn ścigany z urzędu przez oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego jest obwarowane przymusem adwokacko-radcowskim, zatem tu udział adwokata jest obowiązkowy, zaś radcy prawnego w pewnych wyjątkach. Pełnomocnika może też ustanowić interwenient i odpowiedzialny posiłkowo².

Z pełnomocnika może korzystać również podmiot niebędący pokrzywdzonym lub stroną postępowania, niejednokrotnie ustawa daje możliwość uczestnikowi do ustanowienia sobie pełnomocnika, przykładowo w trybie art. 416 § 4 k.p.k. Jednocześnie ustawy szczególne dają możliwość ustanawiania pełnomocników, np. ustawa z dnia 21 stycznia 1999 r. o sejmowej

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm., dalej jako: k.p.k.

² Zob. Z. Krzemiński, *Pełnomocnictwo a tzw. stosunek podstawowy*, „Palestra” 1970, nr 2, s. 47 i n.; S. Oczki, *Pełnomocnik osoby nie będącej stroną w procesie karnym*, NP 1988, nr 2-3, s. 20 i n.; W. Posnow, *Pełnomocnik w procesie karnym*, [w:] *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, t. 2, Wrocław 1997, s. 145 i n.; R. Stefański, *Pełnomocnik w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 2, s. 12 i n.; A. Światłowski, *Radca prawny jako pełnomocnik w postępowaniu karnym*, „Radca Prawny” 2002, nr 4-5, s. 30 i n.

komisji śledczej³, zgodnie z którą należy stosować przepisy k.p.k. do przesłuchiwania świadków i zapewnia im prawo ustanowienia pełnomocnika.

Ograniczenia, o których mowa w art. 87 § 3 k.p.k. mają zastosowanie w tych sytuacjach, w których pełnomocnika powołuje się dla uczestnika postępowania niebędącego jego stroną. Pełnomocnika może zatem powołać zatrzymany, poręczyciel, osoba, u której zarządzono przeszukanie niebędąca podejrzanym lub pokrzywdzonym, podsłuchiwany itp. W takich jednak przypadkach kwestia potrzeby ochrony interesu takiego podmiotu każdorazowo jest uznaniowa i podlega wszechstronnej ocenie w oparciu o art. 87 § 3 k.p.k.

Strona niebędąca oskarżonym jest uprawniona do pomocy pełnomocnika, jak stanowi art. 87 § 1 k.p.k. Przepis jednak uwzględnia oskarżyciela publicznego, którym jest prokurator działający zawsze osobiście. „Nieprokuratorscy” oskarżyciele publiczni jako organy lub instytucje działają głównie przez funkcjonariuszy lub pracowników, np. Straż Graniczna, Inspekcja Pracy czy Policja. Podmiot niebędący stroną ustanawia pełnomocnika jedynie, gdy wykaże, że wymaga tego jej interes w toczącym się postępowaniu.

2. Istota i cele procesu karnego sprowadzają się do realizacji kilku podstawowych zasad, mianowicie priorytetem postępowania jest wykrycie i pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawcy czynu zabronionego poprzez zastosowanie odpowiedniej sankcji karnej. Na tym tle warto dodać, że pełnomocnikiem w postępowaniu karnym może być od nowelizacji z dnia 5 listopada 2009 r. zarówno adwokat, jak i radca prawny, bez względu na to, którą stroną niebędącą oskarżonym ma reprezentować w danym postępowaniu⁴.

Specyfika instytucji tajemnicy zawodowej radcy prawnego pojawia się zwłaszcza na tle kolizji dóbr, które w państwie prawa winny być chronione odpowiednimi przepisami. Dobra chronione przez prawo są ułożone według pewnej rangi ważności, zaś istota tej hierarchiczności sprowadza się do stworzenia określonych ram świadczenia pomocy prawnej w ramach wykonywania zawodu radcy prawnego z uwagi na zasadę prawa do prywatności i ochrony powierzonych w ramach pełnomocnictwa spraw przysługujących podmiotowi nawiązującemu stosunek pełnomocnictwa, w tym reprezentacji jego interesu przez profesjonalnie działającego radcę prawnego. Należy także dodać, że Kodeks karny⁵ chroni pewną paletę dóbr i interesów wykazywanych przez ogół społeczeństwa, szczególnie objętych nadzorem organów wymiaru sprawiedliwości ze względu na

³ Dz. U. Nr 151, poz. 1218 z późn. zm.

⁴ Dz. U. Nr 206, poz. 1589 i art. 88 k.p.k.

⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

ich wymiar, rangę i zasięg oddziaływania. Na tle powyższego pojawia się wątpliwość o kwalifikację ważności dóbr, bowiem powszechnie wiadomo, że przegrywa w ochronie prawnej dobro jednostki z dobrem interesu społecznego. Depozytariusz tajemnicy, którym jest każdy powierzający tajemnicę w ramach udzielanego pełnomocnictwa w takiej sytuacji może być postawiony w gorszej sytuacji procesowej. Szczególnego problemu nastroczają sprawy karne, w których wybór musi być dokonany pomiędzy dochowaniem tajemnicy zawodowej radcy prawnego bądź adwokata a ustaleniem prawdy materialnej, obiektywnej z perspektywy faktów. Bez pewności co do faktów nie można mówić o sprawiedliwym wyroku, zatem niezwykle ważne jest jej stosowanie. Niewątpliwie w procesie karnym istnieją okoliczności i podstawy, przy zaistnieniu których nie można mówić o realizacji w sposób pełny tej zasady. Prawodawca przewiduje katalog interesów państwowych, które wyłączają odpowiedzialność karną sprawcy i tym samym powodują zaniechanie w ustaleniu prawdy materialnej po to, by uwzględnić wagę i rangę tych właśnie dóbr mających charakter nadrzędny⁶.

3. Ochrona tajemnicy zawodowej radcy prawnego ma istotne znaczenie i zakres oddziaływania na tle tajemnicy państwowej, zawodowej czy służbowej, do których przecież odnosi się k.p.k. Niepodważalną kwestią jest dbałość o ochronę tajemnicy zawodowej. Problematyczne zagadnienie jednak stanowi stopień ograniczenia tajemnicy zawodowej, regulowany przez organy procesowe i wymiaru sprawiedliwości przy weryfikacji rangi przeciwstawnych interesów procesowych⁷.

Tajemnica zawodowa radcy prawnego występującego w charakterze świadka ewoluowała na przełomie lat, w zależności od obowiązujących zapisów ustawowych. Pod rządami k.p.k. z 1969 r.⁸ wszystkie tajemnice: zawodowe i służbowe były reglamentowane jednakowo. Przepis art. 163 d.k.p.k. przewidywał zakaz dowodzenia okoliczności objętych obowiązkiem dochowania tajemnicy, jeśli osoba doń zobowiązana odmawiała skła-

⁶ M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, t. 1, Warszawa 1955, s. 37.

⁷ A. Ważny, *Problemy zwolnienia z tajemnicy adwokackiej, dziennikarskiej i lekarskiej w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 10, s. 113; P.K. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004, s. 156; J. Waliszewski, *Uwagi o uprawnieniu świadka do nieujawniania faktów mających znaczenie w sprawie*, „Palestra” 1973, nr 12, s. 83-84; B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim procesie karnym*, Warszawa 1972, s. 164-165; K. Broclawik, M. Czajka, *Prawnokarne aspekty ochrony tajemnicy zawodowej radców prawnych. Część II: Zagadnienia procesowe*, „Radca Prawny” 2001, nr 4, s. 44; Z. Klatka, *Nie koniec problemów z tajemnicą radcy prawnego*, „Radca Prawny” 1998, nr 3, s. 15 i n.; A. Kalwas, *Umacnianie statusu zawodu i zagrożenia jego samorządności*, „Radca Prawny” 2003, nr 6, s. 8.

⁸ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 13, poz. 96, dalej jako: d.k.p.k.

dania zeznań w tym wymiarze. Jednakże obowiązujący wówczas zakaz miał charakter warunkowy, bowiem z zachowania tajemnicy sąd lub prokurator mógł zwolnić świadka zależnie od etapu postępowania. W sposób szczególny potraktowano tajemnicę zawodową adwokata, która nabrała charakteru obrończego, czyli obejmowała fakty, o których obrońca dowiedział się podczas udzielania porady prawnej lub prowadzenia sprawy. W tym wypadku obowiązywał bezwzględny zakaz dowodowy.

Obowiązywanie względnego charakteru tajemnicy zawodowej i możliwości zwolnienia z niej na mocy postanowienia prokuratorskiego niosło za sobą możliwość nadużyć po stronie organów wymiaru sprawiedliwości. Nie sposób bowiem wyobrazić sobie świadomej decyzji o rezygnacji z przesłuchania świadka, a jak wiadomo tego rodzaju materiał dowodowy jest powszechny i sprzyjający wyczerpującemu zgromadzeniu wszelkich dowodów w sprawie⁹.

4. Kwestia ochrony tajemnicy zawodowej znalazła szczególną potrzebę unormowania w przypadku radców prawnych, adwokatów i dziennikarzy. Istotnie, w interesie tych grup był jak najszerszy zakres objęcia ich działalności zawodowej tajemnicą zawodową i nadanie jej bezwzględnie obowiązującego charakteru¹⁰. Obowiązywała jednak możliwość zwolnienia z zachowania tajemnicy zawodowej adwokata zgodnie z art. 6 Prawa o adwokaturze¹¹, jeśli nie była to tajemnica obrońca w rozumieniu art. 161 d.k.p.k., według której przepisy k.p.k. stanowiły przepis szczególnie wobec Prawa o adwokaturze.

Wskutek nowelizacji z dnia 6 marca 1997 r. ustaw regulujących ustrój poszczególnych samorządów prawniczych: radcowskiego i adwokackiego, prawodawca określił zakres tajemnicy zawodowej w brzmieniu art. 3 ust. 5 i art. 6 ust. 3, nadając jej charakter bezwzględny. Stanowisko to przeważało aż do końca obowiązywania d.k.p.k., a więc do 30 sierpnia 1998 r.¹²

Po wejściu w życie nowego k.p.k. (1 września 1998 r.) zaczęła obowiązywać trzyetapowa ochrona tajemnicy zawodowej – każda osobno: lekarska, dziennikarska i adwokacka¹³. Tajemnica zawodowa radców prawnych

⁹ Zob. art. 261 d.k.p.k.

¹⁰ Por. uchwała 7 sędziów SN z dnia 19 stycznia 1995 r., sygn. akt I KZP 5/94, OSNKW 1994, nr 7-8, poz. 41.

¹¹ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, t. jedn. Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188.

¹² O charakterze tajemnicy zawodowej radcy prawnego i adwokata zob. m.in. Z. Klatka, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 23 i n. wraz z podaną tam literaturą; idem, *Nie koniec...*, s. 15 i n.; S. Maciejewska, *Adwokat świadkiem w procesie karnym a problem tajemnicy zawodowej*, [w:] L. Bogunia (red.), *Nowa kodyfikacja karna*, t. 3, Wrocław 1998, s. 103-111.

¹³ W takim samym zakresie, jak w d.k.p.k. pozostała w art. 178 pkt 1 k.p.k. tajemnica obrończa.

należała do grupy tzw. „innych tajemnic zawodowych”, przy zachowaniu jej wcześniejszego względnego charakteru¹⁴. Obostrzono jednakże zasady zwalniania z tajemnicy zawodowej adwokatów, lekarzy i dziennikarzy w sytuacji, kiedy jest to uzasadnione dobrem wymiaru sprawiedliwości, zaś przeprowadzenie innego dowodu nie pozwala na ustalenie treści, które można pozyskać w ramach tajemnicy zawodowej. W zakresie zwolnienia nadano kompetencję wyłącznie sądowi.

Zmiana ochrony tajemnicy zawodowej nie objęła zatem radców prawnych, którzy nadal z zachowania tajemnicy zawodowej mogli być w trybie art. 180 § 1 k.p.k. zwolnieni przez prokuratora lub sąd bez dodatkowych warunków. Mieliśmy zatem do czynienia z lepiej chronioną tajemnicą adwokacką i słabo chronioną tajemnicą radcowską. Taka dysproporcja godziła w przemiany w sferze pomocy prawnej, która w przypadku radców prawnych ulegała rozszerzeniu¹⁵.

Znowelizowany k.p.k. zmianą z dnia 20 lipca 2000 r., obowiązującą od dnia 1 września 2000 r.¹⁶, zrównał tajemnicę radcowską z adwokacką, dziennikarską i lekarską, a więc przesunął ją do drugiego stopnia ochrony tajemnic zawodowych. Z powyższego można przyjąć, że tajemnica zawodowa radcy prawnego dopiero poprzez tę nowelizację została objęta szczególną regulacją. W świetle aktualnych przepisów celem przesłuchania radcy prawnego w zakresie objętych tajemnicą zawodową okoliczności organ procesowy winien zwolnić go lub wystąpić z wnioskiem o zwolnienie z tajemnicy zawodowej, zgodnie z art. 3 ustawy o radcach prawnych¹⁷.

5. Zwolnienie z tajemnicy zawodowej radcy prawnego sprowadza się do określenia, czy zostały spełnione przesłanki uzasadniające zwolnienie, wskazanie organu do tego uprawnionego i wskazanie środków odwoławczych od rozstrzygnięcia o zwolnieniu z tajemnicy zawodowej radcy prawnego¹⁸.

Zarówno przesłanka dobra wymiaru sprawiedliwości, jak i niemożliwości ustalenia okoliczności na podstawie innych dowodów muszą zaistnieć łącznie, aby mówić o możliwości zwolnienia z tajemnicy zawodowej radcy prawnego. Organem władnym do rozstrzygania w przedmiocie

¹⁴ S. Zabłocki, *Nowela k.p.k. z dnia 20 lipca 2000 r. – komentarz*, Warszawa 2000, s. 85-88; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 211-219.

¹⁵ Por. Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska a obowiązki składania zeznań w procesie karnym*, Warszawa 1997, s. 113.

¹⁶ Dz. U. Nr 62, poz. 717.

¹⁷ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm., dalej jako: u.r.p.

¹⁸ Por. M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, <http://www.scribd.com/doc/46789644/Tajemnica-Zawodowa-i-Jej-Ochrona-w-Polskim-Procesie-Karnym-ebook>.

zwolnienia na przesłuchanie w postępowaniu przygotowawczym bądź przesłuchania jest wyłącznie sąd. Regulacja art. 180 § 2 *in fine* k.p.k. jest częścią szerszego zagadnienia odnajdującego fundament w reformie prawa karnego procesowego. Sąd bowiem jest organem uprawnionym do podejmowania w szerokim zakresie czynności w postępowaniu przygotowawczym na zasadzie wyłącznej właściwości. To niezawisły i bezstronny sąd rozpoznaje w przedmiocie zwolnienia z tajemnicy zawodowej radcy prawnego, co eliminuje ewentualne ryzyko nadużyć w zwolnieniach, gdy władnym był ponadto prokurator. Decyzję w postępowaniu przygotowawczym podejmuje sąd właściwy do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji (art. 329 k.p.k.), wydając lub odmawiając zezwolenia na przesłuchanie świadka. Przesłuchania takiego dokonuje organ prowadzący postępowanie (w postępowaniu przygotowawczym, a także policja). W stadium postępowania sądowego decyzję podejmuje sąd, przed którym toczy się postępowanie. Decyzja sądu o zwolnieniu z tajemnicy radcy prawnego ma formę postanowienia, które będzie wymagało uzasadnienia (zob. art. 98 § 1 i 3 k.p.k.). Uzasadnienie musi zawierać fakty, które przemawiają za istnieniem dobra wymiaru sprawiedliwości i niemożliwość ustalenia okoliczności na podstawie innego dowodu. Niezbędne jest również, a może przede wszystkim, wskazanie okoliczności, których ma dotyczyć przesłuchanie. One bowiem wyznaczają zakres zwolnienia z tajemnicy zawodowej i umożliwiają kontrolę istnienia przesłanek do podjęcia decyzji przez sąd odwoławczy. Uzasadnienie takiej decyzji nie może powtarzać jedynie słów ustawy, a powinno odnosić się do konkretnego zagadnienia prawnego¹⁹.

6. Rozstrzygnięcie o zwolnieniu z zachowania tajemnicy zawodowej przybiera postać postanowienia sądu skarżonego zażaleniem. Istotna jest jednak kwestia zakresu zaskarżania tak wydawanych postanowień o zezwoleniu lub przesłuchaniu bądź oddalających wniosków o uchylenie tajemnicy radcowskiej. R. Stefański uważa, że zażalenie jest dopuszczalne zarówno na pozytywne, jak i negatywne rozpoznanie sądu w kwestii zwolnienia z tajemnicy zawodowej, bowiem wynika to z ostatniego zdania art. 180 § 2 k.p.k., które przewiduje, że wniesienie tego środka zaskarżenia od rozstrzygnięcia sądu nie powinno być interpretowane w ścisłym połączeniu z poprzedzającym je zdaniem, że o zezwoleniu lub przesłuchaniu decyduje sąd. Odnosi się ono bowiem do jakiegokolwiek decyzji sądu, niekoniecznie pozytywnej²⁰. Zażalenie przysługuje stronom, a także osobie, której bezpośrednio dotyczy (art. 459 § 3 k.p.k.).

¹⁹ K. Rychter, *Wymiar sprawiedliwości: tajemnica zawodów zaufania publicznego. Adwokat i radca nie musi zeznawać przed sądem*, „Gazeta Prawna” z 31.01.2007 r.

²⁰ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska a obowiązek...*, s. 117-118.

Bezpośrednio związaną z zaskarżaniem postanowienia – zwłaszcza zezwalającego na przesłuchanie radcy prawnego – jest cecha suspensywności wniesionego zażalenia. Zasadniczo zażalenie ma charakter względnie suspensywny i wstrzymanie jego wykonania zależy od organu wydającego takie rozstrzygnięcie (art. 462 § 1 k.p.k.). Natychmiastowe wykonanie postanowienia o zezwoleniu lub przesłuchaniu świadka w zakresie jego tajemnicy zawodowej wyklucza sens uprawnienia do kontroli procesowej tej decyzji. Dlatego też w obecnym stanie prawnym sąd decydujący zawsze będzie wstrzymywał wykonanie postanowienia do czasu jego prawomocności²¹.

Wymaga podkreślenia, że jeżeli zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej następuje na rozprawie głównej, to sąd dokonuje przesłuchania z wyłączeniem jawności, w trybie art. 181 k.p.k. Wówczas protokół z przesłuchania jest wyłączany z akt sprawy, opatrzony klauzulą poufności i zabezpieczony celem ochrony tajemnicy zawodowej, także w postępowaniu przygotowawczym²².

7. W tym miejscu warto także podkreślić znaczenie zakazów dowodowych mających na celu ochronę dóbr poszczególnych dysponentów. Zakazom dowodowym podlegają osoby wykonujące zawody zaufania publicznego, takie jak: adwokaci, radcy prawni, notariusze występujący w roli świadka. Według A. Ważnego, dobro związane z zachowaniem tajemnicy zawodowej w porównaniu z dobrem wymiaru sprawiedliwości jest na straconej pozycji²³. Zatem rodzaj dobra chronionego przez prawo nakreśla ramy i zasięg oddziaływania zakazów dowodowych o charakterze względnym. Jak już wielokrotnie powiedziano, ze względu na treść art. 180 k.p.k. przyjmujący tajemnicę zawodową, np. lekarz, dziennikarz, radca prawny lub adwokat może odmówić składania zeznań odnośnie okoliczności, które obejmuje ten szczególny rodzaj ochrony. Pamiętać należy, że uprawnienie do zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy pozostającej w związku z wykonywaniem zawodu innego niż zawód adwokata, radcy prawnego, notariusza, dziennikarza czy lekarza lub funkcji publicznej przysługuje prokuratorowi lub sądowi, stosownie do etapu postępowania.

Wskutek zwolnienia radcy prawnego z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej, po jego stronie rodzi się zobowiązanie do składa-

²¹ Zob. R.A. Stefański [w:] J. Bratoszewski [et al.], *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, t. 1, Warszawa 1998, s. 488; P. Hofmański (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1999, s. 683. Odmienne Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska a obowiązki...*, s. 119-129.

²² P. Sowiński, *Kilka uwag na marginesie art. 180 § 2 k.p.k. z 1997 roku*, „Rzeszowskie Zeszyty Naukowe” 1999, t. XXVII, s. 49-50.

²³ A. Ważny, *Problemy zwolnienia z tajemnicy adwokackiej, dziennikarskiej i lekarskiej w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” s 1998, nr 10, s. 113.

nia zeznań, co tyczy się wszelkich świadków na jednakowych zasadach (zob. art. 177 § 1 k.p.k.). W tak nakreślonej sytuacji odmowa zeznań przez radcę prawnego o cesze bezzasadności odmowy składania zeznań będzie skutkowała nałożeniem nań kary, np. kary pieniężnej nieprzekraczającej najniższego miesięcznego wynagrodzenia (art. 287 § 1 w związku z art. 285 § 1 k.p.k.). Uporczywość w postępowaniu uchylającego się radcy prawnego może skutkować karą aresztu na okres nieprzekraczający 30 dni, o czym zawsze orzeka sąd w trybie art. 287 § 2 k.p.k. i art. 290 § 1 k.p.k.

Po stronie tak postępującego radcy prawnego może pojawić się także dodatkowy koszt, jeśli został spowodowany odmową zeznań (art. 289 § 1 k.p.k.).

Sytuacja radcy prawnego odmawiającego zeznań jest szczególnie trudna ze względu na nakładane na niego odmienne obowiązki. Z jednej strony k.p.k. każe ujawnić powierzoną w ramach tajemnicy wiedzę, z drugiej strony przepisy ustawy samorządowej wskazują na bezwzględny charakter tej tajemnicy wsparty zasadami uczciwości wobec powierzającego tajemnicę.

8. W obecnym stanie prawnym k.p.k. traktuje tajemnicę zawodową radcy jako względną, dlatego rezygnacja w całości z kar porządkowych jest mało prawdopodobna, zaś instytucja zwalniania z tajemnicy straciłab sens, nie byłoby możliwości egzekwowania obowiązku zeznawania, co czyniłoby przepisy martwymi. Niekonsekwencją jest także rozdzielenie kompetencji stosowania kary pieniężnej i stosowania zwolnienia z tajemnicy na odmienne sądy. Uprawnienie do nakładania kary pieniężnej należałoby scedować w postępowaniu przygotowawczym na sąd. W ten sposób organ decydujący o zezwoleniu na przesłuchanie jednocześnie decydowałby o celowości nałożenia kary za ewentualną odmowę zeznań. Można rozważyć też rezygnację z kar porządkowych w sytuacji realizacji zachowania nakazanego, jednak stoi to w konflikcie z cechą względności natury tajemnicy radcowskiej. Warto także rozważyć możliwość pozostawienia radcy prawnemu swobodnej decyzji w kwestii odmowy składania zeznań, bez możliwości zwolnienia go z tajemnicy zawodowej, albo też całkowitego zrezygnowania z możliwości przesłuchiwanie radcy co do okoliczności objętych tajemnicą zawodową (nadanie jej charakteru bezwzględnego). W pierwszym z tych przypadków odmowa złożenia zeznań nie byłaby bezpodstawna, a więc zniknąłby problem stosowania kar porządkowych. Taka możliwość nadal godzi w stosunek zaufania radcy prawnego i jego klienta. Wprowadzenie bezwzględnego charakteru tajemnicy radcy prawnego mogłoby rozwiązać wszystkie niekonsekwencje legislacyjne i moralne²⁴.

²⁴ Por. G. Musialik, *Dopuszczalność stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego w stosunku do osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej na gruncie k.p.k. z 1997 r.*, „Palestra” 1998, nr 11-12, s. 86 i n.

Nowelizacja k.p.k. z września 2000 r.²⁵ nie wprowadza nadzwyczajnych zmian w brzmieniu przepisów o tajemnicy zawodowej radcy prawnego. Proponuje się wprowadzenie 7-dniowego terminu dla sądu dla rozpoznania wniosku prokuratora o przesłuchanie lub zezwolenie na przesłuchanie radcy prawnego. Nakreślenie terminu, mimo iż o charakterze instrukcyjnym, to swoista dyscyplina pod adresem składów orzekających. Proponowano także zmianę art. 180 § 2 k.p.k. poprzez wprowadzenie zdania drugiego określającego termin rozpoznania wniosku złożonego przez prokuratora, instytucję wniosku o przesłuchanie istotnego w postępowaniu sądowym lub zezwolenia na przesłuchanie, istotnego w postępowaniu przygotowawczym. Zatem w świetle powyższego, uprawnionym do złożenia obu wniosków w postępowaniu przygotowawczym jest wyłącznie prokurator i tego zakresu dotyczy ta zmiana.

9. Poddając ocenie dotychczasowe regulacje ustawowe w przedmiocie i zakresie tajemnicy zawodowej radcy prawnego występującego w charakterze świadka, należy zauważyć następujące problemy.

K.p.k. z 1997 r. nie eliminuje problemów związanych z rozumieniem i zwalnianiem z tajemnicy zawodowej radców prawnych. Mimo to, w kwestii ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego, przepisy znacznie ewoluowały na korzyść, bowiem wprowadzono ustawowe ograniczenia możliwości zwalniania z tajemnicy zawodowej, poddanie tej decyzji wyłącznej właściwości sądu we wprowadzenie kontroli instancyjnej w formie zażalenia. Warto byłoby rozważyć wprowadzenie bezwzględnego charakteru tajemnicy zawodowej radcy prawnego oraz uregulować tę tajemnicę, nadając jej charakter tajemnicy obrończej (zob. art. 178 k.p.k.).

Rola radcy prawnego w postępowaniu karnym nabiera coraz większego znaczenia i ma coraz szerszy zakres. Specyfika stosunku obrończego na tle adwokata niebędącego obrońcą przemawia za wyodrębnieniem tajemnicy adwokackiej. Jeśli rzecz dotyczy radcy prawnego przy uwzględnieniu jego „pełnomocniczej” roli w postępowaniu karnym, relacja ta oraz tajemnica zawodowa nabiera zbliżonego do stosunku obrończego charakteru. Z uwagi na to istotne jest nadanie tajemnicy radcowskiej analogicznego charakteru, jak tajemnicy obrońcy.

Okolicznością specyficzną jest pozycja procesowa radcy prawnego, któremu postawiono zarzuty i oskarżono o popełnienie czynu zabronionego. Niewątpliwie, na tle rozważanej sytuacji, należy rozważyć zakres zwolnienia, a przede wszystkim wskazać podstawy odpowiedzialności oskarżonego radcy prawnego. Bezspornie ma on prawo do złożenia wyjaśnień w trybie art. 175 § 1 k.p.k., posiada prawo do obrony przez co może wskazywać wszelkie okoliczności i fakty przemawiające na jego korzyść nawet,

²⁵ Dz. U. Nr 62, poz. 717.

jeżeli będą one objęte tajemnicą radcowską. Nie istnieje przy tym przepis, który mógłby uznać takie wyjaśnienia za nieprawidłowe, wadliwe bądź sprzeczne. Ustawodawca nie odbiera również skorzystania z takiej możliwości radcy prawnemu postawionemu w stan oskarżenia, który analogicznie do każdego innego oskarżonego może przytaczać wszelkie ustalenia, fakty i okoliczności przemawiające w jego interesie. Ponadto, nie ma obowiązku wyrażania zgody przez organy wymiaru sprawiedliwości na złożenie wyjaśnień uwzględniających fakty lub okoliczności objęte tajemnicą zawodową radcy prawnego. Zastanawia, czy można oskarżonego radcę prawnego, który na swoją obronę przytacza treści objęte tajemnicą zawodową pociągnąć do odpowiedzialności dyscyplinarnej lub karnej. Wydaje się, że odpowiedzialności takiej raczej nie poniesie. Tajemnica zawodowa radcy prawnego może być też zachwiana poprzez konstruowanie przez takiego pełnomocnika pism procesowych i ujawnianie informacji na nośnikach w trybie art. 217 k.p.k. lub znalezione przy przeszukaniu (art. 219 k.p.k.)²⁶.

Dokumenty zawierające tajemnicę obrończą i materiały zawierające treści tajemnic zawodowych lub służbowych podlegają ochronie, lecz sposób postępowania przy wydawaniu takich dokumentów ustawodawca zróżnicował (zob. art. 225 i 226 k.p.k.). Materiały zawierające tajemnicę radcowską są rozumiane jako dokumenty zawierające tajemnicę inną niż obrończą. Wydanie lub przekazanie znajdującego dokumentu o charakterze tajemnicy obrończej po uprzednim dokonaniu czynności procesowej przez uprawniony organ powinno odbyć się przy powiadomieniu radcy prawnego o potrzebie zatrzymania takiego specyficznego dokumentu, którym jest dokument o treściach objętych tajemnicą zawodową radcy prawnego. Taki dokument bez zbędnej zwłoki jest przekazywany bez zapoznania się z jego treścią prokuratorowi lub sądowi, zależnie od etapu postępowania w trybie art. 225 § 1 k.p.k. Taka procedura nie obowiązuje w przypadku, gdy władający dokumentem radca prawny jest podejrzanym lub oskarżonym o popełnienie przestępstwa (zob. art. 225 § 3 k.p.k. i art. 178-181 k.p.k.)²⁷.

Wykorzystanie treści dokumentu objętego ochroną ze względu na objęcie tajemnicą zawodową będzie mogło nastąpić tylko w oparciu o stosowne postanowienie sądu. Czym innym bowiem jest wydanie lub zatrzymanie dokumentu objętego tajemnicą radcowską, czym innym zaś wykorzysta-

²⁶ Zob. m.in. P. Sowiński, *Kilka uwag...*, s. 49-50; rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 1 grudnia 1998 r. w sprawie sposobu przechowywania protokołów zeznań obejmujących okoliczności, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy państwowej, służbowej albo związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji, Dz. U. Nr 145, poz. 975.

²⁷ Zob. Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 10, s. 16-18.

nie, inaczej puszczenie w obieg ujawnionych treści w nim zawartych. Na mocy art. 230 § 2 k.p.k. dokumenty, których możliwość wykorzystania treści nie jest przewidziana prawem, nie będzie wykorzystany jako dowód i będzie zwrócony jako nieprzydatny dla toczącego się procesu. W tym miejscu kontrowersje budzi upoważnienie prokuratora do zapoznawania się w trakcie postępowania przygotowawczego z treścią dokumentu mającego zawierać tajemnicę radcowską na potrzeby wystąpienia z odpowiednim wnioskiem do sądu. Takie upoważnienie stawia pod znakiem zapytania sens wyłącznej właściwości sądu do podjęcia w tej mierze decyzji. Niezależnie od jej treści, nawet jeżeli nie będzie można wykorzystać zatrzymanego dokumentu ze względu na odmowę sądu zwolnienia z tajemnicy zawodowej, to i tak zapoznanie się z dokumentem przez prokuratora naruszy zawartą w nim tajemnicę, przez co może oddziaływać na postępowanie. Takie dokumenty winny trafiać bezpośrednio do sądu, aby ten rozważył, czy istnieje potrzeba włączenia zawartych w nim danych do postępowania. Takie uregulowanie uderza jednak w interesy organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze z racji tego, że nie wiedząc o treściach w nim zawartych, organ nie może zaprezentować swojego stanowiska w celu dążenia do zwolnienia z tajemnicy zawodowej radcy prawnego występującego w danym procesie²⁸.

10. Należy także w tym miejscu przytoczyć spoczywający na każdym radcy prawnym reprezentującym w postępowaniu karnym mający społeczny charakter obowiązek denuncjacji uregulowany w art. 304 k.p.k. Zauważyć należy również pewne odstępstwo od tej reguły, mianowicie brak znamion przestępstwa w zachowaniu polegającym na niedoniesieniu o niektórych typach zachowań natury kryminalnej. W tym miejscu warto sięgnąć do treści art. 240 k.k. Mimo iż priorytet ma obowiązek prawny dotyczący zawiadomienia o czynach lub działaniach przestępczych, to pojawia się możliwość poniesienia odpowiedzialności karnej z art. 240 k.k., jeśli radca prawny w stosunku pełnomocniczym dysponuje wiadomościami, które spełniają znamiona czynów zabronionych wymienionych w art. 240 k.k. i nabył je w ramach wykonywania czynności zawodowych. Tego rodzaju wątpliwość w aktualnym stanie prawnym jest interpretowana na korzyść radców prawnych z uwagi na to, że nie można karać za zachowania nakazane prawem²⁹.

²⁸ Zob. R.A. Stefański, *Wykorzystanie dokumentów zawierających tajemnicę państwową, służbową lub zawodową w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 5, s. 113 i n.

²⁹ Zob. Rządowy projekt Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia. Druk sejmowy nr 2465 złożony w Sejmie RP 12 grudnia 2000 r., dostępny na stronie: www.sejm.gov.pl. Zob. M. Szewczyk [w:] A. Zoll, *Komentarz do Kodeksu karnego*, t. 2, Warszawa 2008, s. 830.

Zwolnienie z tajemnicy adwokackiej, radcowskiej, notarialnej, lekarskiej i dziennikarskiej jest zależne od decyzji sądu. Świadek winien wówczas złożyć odpowiednie zeznania. Wydaje się, że świadek obciążony obowiązkiem dochowania tajemnicy zawodowej, mimo zwolnienia z tegoż obowiązku, winien miarkować swoją wypowiedź i zasygnalizować organowi przesłuchującemu o powściągliwości swojej wypowiedzi tak, aby zeznawać prawdziwie, a jednocześnie nie ujawniać wszelkich innych okoliczności, które nie mają większego znaczenia dla sprawy. Świadek taki pogodzi zarówno obowiązek współpracy z organami wymiaru sprawiedliwości, które w sposób uzasadniony zwolniły go z tajemnicy zawodowej, a jednocześnie pozostanie w zgodzie z moralnością i zachowa właściwą postawę wobec swojego mocodawcy. Kontrowersje budzi także kwestia pozyskania materiału dowodowego zamiennie, inną drogą niż poprzez zwolnienie z tajemnicy radcowskiej. Cytując za K. Broclawik i M. Czajką, należy zastanowić się, czy niemożność ustalenia okoliczności na podstawie innego dowodu oznacza niemożność obiektywną, czy też subiektywną. Jak słusznie wskazują Autorzy jedynie wąska interpretacja, a zatem obiektywne ujęcie umożliwi uniknięcie zarzutu upraszczania czynności przez organy prowadzące postępowanie karne³⁰. Ponadto należy rozważyć, czy dana okoliczność może być ustalona na podstawie innego, niż zwolnienie z tajemnicy radcowskiej dowodu. Wszystko to jednak będzie zależało od wypracowanej przez konkretny sąd praktyki i zasad prowadzenia tego rodzaju procesów, od zaangażowania sądu w prowadzoną sprawę oraz jego indywidualnego podejścia do sposobu pozyskiwania materiału dowodowego.

Pamiętając o tym, że obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej przez radców prawnych został ujęty w ustawie samorządowej w art. 3, 4, 5 i 6 u.r.p., należy zauważyć, że na radcę prawnego, który wykonuje zawód w ramach własnej działalności gospodarczej ustawodawca nakłada obowiązek rejestrowania transakcji, której wartość przekracza równowartość 15 000 euro lub rejestracji transakcji niezależnie od jej wartości, gdyby mogło zaistnieć przypuszczenie, że kwota może pochodzić ze źródeł nieujawnionych lub nielegalnych. Nie dotyczy to jednak reprezentacji przez radców prawnych w oparciu o pełnomocnictwo procesowe w postępowaniu sądowym albo udzielania porad prawnych. Wskazane obowiązki informacyjne są bardzo szerokie i mogą godzić w Konstytucję RP. Zagadnienie tajemnicy zawodowej radcy prawnego zostało omówione także w Zasadach etyki radcy prawnego, który jest zobowiązany w świetle tychże do zachowania wszystkiego, o czym dowiedział się przy okazji albo w związku z wykonywaniem zawodu. Przy czym obowiązek ten obejmuje

³⁰ K. Broclawik, M. Czajka, *op. cit.*, s. 44.

wszystkie uzyskane przez radcę prawnego informacje, w tym dokumenty, notatki, akta, materiały utrwalone metodą elektroniczną albo innymi środkami technicznymi (art. 17 ust. 2 u.r.p.), co potwierdza tzw. bezwzględny zakaz dowodowy. Dodatkowo radca prawny nie może wykonywać czynności zawodowych na rzecz jakiegokolwiek podmiotu, jeśli groziłoby to naruszeniem obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej.

11. Rzeczywistość procesowa ujawnia fakt nadmiernego, wręcz nagminnego zwalniania radców prawnych z powinności dochowania tajemnicy zawodowej, co wskazuje na niechęć sądów do stosowania innych metod pozyskiwanych w postępowaniu karnym i użycie najprostszego z punktu widzenia metodyki procesowej środka dowodowego, jakim jest przesłuchanie świadka w osobie radcy prawnego. Słusznym rozwiązaniem była likwidacja niczym nieuzasadnionego odmiennego uregulowania ochrony tajemnicy zawodowej adwokata i radcy prawnego. Warto także dopracować zasady zwalniania z tajemnicy radcowskiej tę szczególną kategorię podmiotów w taki sposób, aby wyeliminować ewentualne nadużycia ze strony organów wymiaru sprawiedliwości i ochronić radcę prawnego przed prawnie dozwolonym, lecz niekoniecznie zgodnym z moralnością lub etyką ingerowaniem w jego relacje z mocodawcą.



Michał Domagała

Procedura weryfikacji uchwał organów samorządu zawodowego wydawanych w przedmiocie wpisu na listę radców prawnych

1. Wstęp

Wykonywanie zawodu radcy prawnego, z racji na przynależność do zawodów zaufania publicznego wiąże się, jak wiadomo, z koniecznością spełnienia szeregu warunków o charakterze nie tylko merytorycznym, ale także etycznym. Innymi słowy, osoba wnioskująca o wpis na listę, ale również osoba prowadząca praktykę radcy prawnego bezwzględnie musi dawać rękojmię rzetelnego wykonywania zawodu. Gwarancją takiego stanu rzeczy jest wskazanie przez ustawodawcę licznych przesłanek umożliwiających dokonanie wpisu na listę radców prawnych, który stanowi warunek konieczny podjęcia praktyki w zawodzie. Dość szeroki zakres przedmiotowy wymogów przewidzianych dla wydania pozytywnej uchwały rady okręgowej izby radców prawnych w przedmiocie wpisu, jak również oparcie niektórych przesłanek na pojęciach niedookreślonych prowadzi do stwierdzenia, iż niezwykle istotnym jest stworzenie precyzyjnej procedury weryfikacji kompetencji kandydatów na członków korporacji. Oprócz oczywistych środków potrzebnych do osiągnięcia wskazanego celu, takich jak np. opracowanie trybu przeprowadzania egzaminu, również istotnym jest określenie procedur weryfikacji rozstrzygnięć organów właściwych w sprawie wpisu na listę radców prawnych.

W kontekście wykonywania konstytucyjnych uprawnień przysługujących samorządowi radców prawnych tzn. sprawowania pieczy nad należyтым wykonywaniem zawodu w powiązaniu z dość szerokim zakresem

autonomii tego samorządu¹ niezwykle ważnym jest określenie roli, jaką mają pełnić organy zewnętrzne sprawujące kontrolę jego działalności, a także wskazanie zakresu oraz istoty uprawnień nadzorczych. Z racji na fakt administracyjnego charakteru wpisu na listę radców prawnych nieodzownym wydaje się wskazanie roli sądów administracyjnych sprawujących kontrolę działalności organów właściwych w sprawach wpisu.

Odnosząc się do wskazanych wyżej zagadnień, ze względu na przedmiot opracowania celowym będzie dokonanie analizy instytucji, mających podstawowy wpływ na kształt procedury wpisu na listę radców prawnych, a przez to najczęściej są poddawane ocenie sądów administracyjnych prowadzących postępowanie w tym przedmiocie.

W pierwszej kolejności przedstawione zostanie zagadnienie specyficznej procedury weryfikacji negatywnych rozstrzygnięć organów samorządu zawodowego radców prawnych, czyli w istocie trzystopniowa procedura odwoławcza. Następnie omówiona zostanie instytucja sprzeciwu ministra właściwego do spraw sprawiedliwości dotycząca pozytywnej uchwały okręgowej rady radców prawnych² lub Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych³ w zakresie wpisu na listę radców prawnych. Jako ostatnia zostanie poruszona kwestia kontroli sądów administracyjnych rozstrzygnięć Ministra Sprawiedliwości podejmowanych w zakresie wpisu (lub jego odmowy) na listę radców prawnych.

2. Postępowanie w przypadku beczynności organów samorządu radców prawnych

Wpis na listę radców prawnych dokonywany jest w drodze uchwały Rady⁴. To dość lakoniczne stwierdzenie ustawodawcy może powodować istotne wątpliwości interpretacyjne. Pierwsza z nich dotyczy charakteru prawnego uchwały oraz związanych z tym obowiązków organu. Ustawa nie wskazuje jednoznacznie na charakter procedury, według której dokonywany jest wpis. Jeżeli przyjąć *a priori*, zgodnie z dorobkiem doktryny oraz linią orzecznictwa, że uchwała Rady jest w istocie decyzją administracyjną, konsekwentnie należałoby zakładać, iż wpis dokonywany jest po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego opartego na regułach

¹ Art. 17 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm., dalej jako: Konstytucja RP. Szerzej na ten temat zob. B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 115.

² Dalej jako: Rada.

³ Dalej jako: Prezydium.

⁴ Art. 24 ust. 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm., dalej jako: u.r.p.

określonych w Kodeksie postępowania administracyjnego⁵. Odrębność tych dwóch postępowań jest jednak wyraźna. Wskazują na to następujące przesłanki.

W pierwszej kolejności należy wskazać na procedurę określającą działania Rady w zakresie dokonania wpisu. Rada podejmuje uchwałę o wpisie na listę radców prawnych na wniosek zainteresowanego w terminie 30 dni od złożenia wniosku⁶. O ile wskazanie terminu, w którym organ zobowiązany jest rozstrzygnąć sprawę nie jest rzadkim zjawiskiem w ustawodawstwie, to konsekwencje niezakończania jej w terminie, u.r.p. reguluje w sposób szczególny. W tym wypadku nie znajdują zastosowania przepisy regulujące kwestię tzw. milczenia administracji, lecz ustawa dopuszcza bowiem skargę do sądu administracyjnego. Pełne wyjaśnienie różnic przedmiotowych postępowań wymaga jednak szerszego odniesienia się do przedstawianych zagadnień.

W ogólnym postępowaniu administracyjnym, sprawy oprócz tych, które powinny być załatwiane niezwłocznie oraz tych, dla których ustawy szczególne przewidują odmienne terminy rozstrzygnięcia, powinny być załatwiane w terminie miesiąca od daty wszczęcia postępowania lub 2 miesięcy, jeżeli sprawa ma charakter szczególnie skomplikowanej⁷. W wypadku niezakończania sprawy w terminie organ administracji zobowiązany jest zawiadomić o tym strony, podając przyczynę zwłoki oraz nowy termin załatwienia sprawy⁸. Jeżeli obowiązek ten nie zostanie dopełniony, stronie służy zażalenie do organu wyższego stopnia lub w przypadku braku takiego organu – wezwanie do usunięcia naruszenia prawa⁹. Jeżeli jednak organ administracji publicznej nie zastosuje się do wskazań organu wyższego stopnia lub, mimo wezwania, nie usunie naruszenia prawa – stronie służy skarga do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Warunkiem jednak w tej sytuacji jest wypełnienie drogi administracyjnej.

Inaczej zdecydował się uregulować ustawodawca kwestię milczenia organu w wypadku wpisu na listę radców prawnych. Różnice zarysowują się na następujących płaszczyznach. W pierwszej kolejności należy wskazać na brak konieczności wykorzystania drogi instancyjnej w razie braku uchwały Rady w zakresie wpisu na listę. Wnioskodawca nie musi wykorzystywać drogi instancyjnej, czyli wniesienia zażalenia do Prezydium na bezczynność Rady. Takie uprawnienie przysługuje wnioskującemu w razie negatywnej uchwały w przedmiocie wpisu. Jedyną drogą w tej sytuacji

⁵ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, t. jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm., dalej jako: k.p.a.

⁶ Art. 31 ust. 1 u.r.p.

⁷ Art. 35 § 3 k.p.a.

⁸ Art. 36 § 1 k.p.a.

⁹ Art. 37 k.p.a.

jest skarga do sądu administracyjnego. Przy analizie takiego rozwiązania na pierwszy plan wysuwają się dwa zagadnienia: po pierwsze – pytanie o *ratio legis* takiego kształtu omawianej regulacji, po drugie – o zakres kontroli sądu administracyjnego.

Ocenę uzasadnienia konieczności czy też prawa do złożenia skargi do sądu administracyjnego należy zacząć od wskazania istniejących rozwiązań proceduralnych służących ochronie praw wnioskującego o wpis. Wydaje się, że procedura wskazana w k.p.a. mogłaby stanowić wystarczającą gwarancję realizacji prawa strony do szybkiego procesu. Oczywiście nie daje to pewności podjęcia działań w sprawie. Przy założeniu jednak, że strona dysponuje dodatkowo możliwością złożenia skargi do sądu administracyjnego, zażalenie stanowi niejednokrotnie wystarczający bodziec do podjęcia aktywności organu. Podkreślenia warty jest również fakt, iż złożenie zażalenia do organu wyższej instancji stanowi jedynie warunek formalny złożenia skargi do sądu administracyjnego. Może ona być zatem środkiem ochrony praw strony stosowanym jednocześnie z zażaleniem na bezczynność¹⁰.

W wypadku braku działania Rady, wnioskującemu o wpis przysługuje skarga do sądu administracyjnego, bez konieczności wniesienia zażalenia do organu wyższego stopnia, którym w przedmiocie wpisu na listę radców prawnych, tak jak w przypadku odwołania, mogłoby być Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych. Zaznaczyć należy, że istnieją podstawy uzasadniające tego rodzaju rozwiązanie. Kodeks postępowania administracyjnego przewiduje bowiem, iż organem wyższego stopnia w stosunku do organów organizacji społecznych, do których zalicza się w rozumieniu k.p.a. samorząd zawodowy¹¹, są odpowiednie organy wyższego stopnia tych organizacji. Zatem jak najbardziej dopuszczalnym wydaje się być zastosowanie tego rodzaju rozwiązania także w przypadku niedziałania Rady.

Drugim ze wskazanych zagadnień towarzyszącym analizie milczenia organu administracji, do których bez wątpienia zalicza się w tym wypadku Radę oraz Prezydium, jest zakres kontroli sądu administracyjnego w przypadku złożenia skargi przez wnioskującego o wpis. Omówienia jednak wymaga także zagadnienie przesłanek formalnych oraz materialnych złożenia skargi.

Do warunków materialnych zalicza się przede wszystkim naruszenie interesu prawnego. W razie uprawnienia do wniesienia skargi interes prawny należy rozumieć jako żądanie oceny przez sąd administracyjny

¹⁰ Zob. orzeczenie NSA w Warszawie z dnia 24 maja 2001 r., sygn. akt IV SA 572/99, LEX nr 54803. Szerzej na ten temat zob. G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 420.

¹¹ Art. 5 § 2 pkt 5 k.p.a.

zgodności zaskarżonego aktu lub czynności czy też jej braku, mimo określonego obowiązku działania organu z obiektywnym porządkiem prawnym¹². Interes prawny powinien być jednocześnie ściśle związany ze sferą praw i obowiązków wnoszącego skargę. Inaczej rzecz ujmując, interes prawny musi być „własny”, tzn. odnosić się do działania lub niedziałania organów administracji mających wpływ na uprawnienia lub obowiązki skarżącego.

W wypadku wnioskującego o dokonanie wpisu na listę radców prawnych poza sporem pozostaje istnienie oraz charakter interesu prawnego uprawniającego do wniesienia skargi w razie niedziałania właściwych organów. Wątpliwości mogą dotyczyć jednak obowiązku wyczerpania drogi administracyjnej jako warunku koniecznego do wniesienia skargi¹³. Ustawa o radcach prawnych nie przewiduje jednak konieczności wniesienia zażalenia na beczynność, jedyną przesłanką do wniesienia skargi jest upływ 30-dniowego terminu do wydania uchwały w przedmiocie wpisu¹⁴. W tym wypadku rodzi się kolejne pytanie – czy wnioskujący o wpis jest zobowiązany do poprzedzenia skargi żądaniem usunięcia naruszenia prawa?¹⁵ Pytanie to zyskuje na znaczeniu w kontekście nowych regulacji ogólnego postępowania administracyjnego, nakazującego w razie braku organu wyższego stopnia, uprzednie wezwanie do usunięcia naruszenia prawa¹⁶.

Wydaje się jednak, że aktualnym pozostaje pogląd, uznający unormowania zawarte w u.r.p. za przepisy szczególne w stosunku do k.p.a., a zatem określający jako warunek wystarczający do wniesienia skargi upływ 30-dniowego terminu podjęcia uchwały w przedmiocie wpisu. Wskazane uprawnienie wnioskującego o wpis ma na celu dyscyplinowanie organów samorządu do podejmowania uchwał w określonym terminie, odmiennie niż to przewidują terminy wskazane w k.p.a.¹⁷ Można zatem uznać, że mimo podobieństw regulacji k.p.a. i u.r.p. – prawa i obowiązki podmiotu, którego interes prawny zostaje naruszony w przypadku beczynności or-

¹² T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 242. Na ten temat zob. B. Dauter, B. Gruszczyński, A. Kabat, M. Niezgodka-Medek, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 127.

¹³ Art. 52 § 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz. U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm., dalej jako: p.p.s.a.

¹⁴ Art. 31 ust. 3 u.r.p.

¹⁵ Art. 52 § 3 p.p.s.a.

¹⁶ Art. 37 § 1 k.p.a. zmieniony ustawą z dnia 3 grudnia 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz. U. z 2011 r. Nr 6, poz. 18.

¹⁷ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 3 kwietnia 2007 r., sygn. akt II GSK 367/06, LEX nr 322789.

ganu – zostały określone odmiennie. Ustawa o radcach prawnych określa zatem swoistą czy też własną procedurę, wykluczającą w tym obrębie stosowanie przepisów k.p.a.

Jednak mimo odmienności określenia przesłanek do wniesienia skargi w przypadku beczynności organu, przepisy u.r.p. nie wyłączają zupełnie stosowania p.p.s.a., jak i k.p.a. Oznacza to, że przepisy dotyczące samokontroli organu administracji w razie złożenia skargi będą miały zastosowanie. Dlatego też Rada będzie mogła w takim wypadku podjąć odpowiednią uchwałę bez konieczności rozpoczęcia rozprawy przez sądem. Spornym jest natomiast to, czy w wypadku uwzględnienia skargi i podjęcia właściwej uchwały, Rada będzie zobowiązana przesłać skargę wraz z właściwą uchwałą do sądu. W doktrynie zarysowują się dwa poglądy. Jeden z nich wskazuje, że obowiązek taki nie istnieje, ponieważ w sytuacji uwzględnienia skargi w całości, czyli w wypadku beczynności organu, będzie to podjęcie właściwej aktywności, staje się ona bezprzedmiotowa. Dokonanie samokontroli doprowadziło bowiem do uwzględnienia skargi, czyli realizacji celu jej wniesienia¹⁸. Innymi słowy, skarga traci zatem swój byt, nie istnieje już bowiem zaskarżana decyzja¹⁹. Drugi z poglądów jednoznacznie wskazuje na konieczność przekazania skargi do sądu administracyjnego mimo zastosowania samokontroli organu. Przemawia za tym przede wszystkim treść art. 54 § 2 p.p.s.a, który poprzez wskazanie, iż organ przekazuje sądowi skargę wraz z odpowiedzią w terminie 30 dni od dnia jej wniesienia jasno określa ten obowiązek, nie przewidując w tym zakresie żadnych wyłączeń. Według tego modelu działania organ pozostający w beczynności, czyli w wypadku wniosku o wpis na listę radców prawnych Rada lub Prezydium, winien przedmiotową uchwałę przekazać wraz ze skargą do sądu, który zgodnie z art. 161 § 1 pkt 3 powinien umorzyć postępowanie jako bezprzedmiotowe, orzekając jednocześnie zwrot kosztów postępowania²⁰. Z punktu widzenia sprawności postępowania pierwszy z przytaczanych poglądów wydaje się bardziej uzasadniony, szczególnie w wypadku beczynności organu. Wnioskujący o wpis, z chwilą wydania uchwały Rady, osiąga skutek wskazany w skardze. Przekazanie jej zatem do sądu wydaje się więc bezcelowe. Nie można jednakże odmówić zasadności twierdzeń drugiego ze wskazanych rozumowań. Wykładnia językowa art. 54 § 2 p.p.s.a. jednoznacznie przewiduje obowiązek przekazania skargi. Ponadto w tym wypadku w sposób konstytucyjny, poprzez wydanie postanowienia, sąd kończy postępowanie

¹⁸ J.P. Tarno, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 188.

¹⁹ *Ibidem*, s. 189.

²⁰ T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, *op. cit.*, s. 295.

wszczęte w skutek wniesienia skargi. W pierwszym wypadku postępowanie kończy się niejako w sposób dorozumiany.

W razie skutecznego wniesienia skargi na bezzynność Rady lub Prezydium, sąd uwzględniając ją, zobowiązuje właściwy organ do wydania decyzji w określonym terminie. Jednocześnie sąd stwierdza, czy bezzynność miała miejsce z rażącym naruszeniem prawa. Sąd na wniosek strony może ponadto orzec o wymierzeniu Radzie lub Prezydium grzywny²¹.

3. Weryfikacja uchwał Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych w trybie postępowania administracyjnego

Zgodnie ze wskazaniami Konstytucji RP, każdy posiada prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji²². Zasada ta została potwierdzona i uszczegółowiona w k.p.a., gdzie ustawodawca określił, że postępowanie administracyjne jest dwuinstancyjne²³. Nie posiada ona jednak charakteru absolutnego i w niektórych ustawowo przewidzianych sytuacjach może doznawać ograniczeń. Dzieje się tak w sytuacji, gdy w pierwszej instancji decyzję wydaje minister lub samorządowe kolegium odwoławcze. Wtedy to stronie przysługuje jedynie wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy²⁴. Niezwykle rzadko zdarza się jednak, aby uprawnienie do weryfikacji rozstrzygnięcia organu ulegało rozszerzeniu. Ustawodawca zdecydował się na taki krok w ramach procedury odwoławczej w zakresie wpisu na listę radców prawnych. Postępowanie w tym przedmiocie jest w istocie trójinstancyjne, ponieważ od uchwały Rady stronie przysługuje odwołanie do Prezydium. Decyzje ostatniego z tych organów nie mają jednak statusu ostatecznych, bowiem przysługuje od nich odwołanie do ministra właściwego do spraw sprawiedliwości²⁵. Mimo że charakter prawny postępowania wydaje się być jednoznaczny, głębsza analiza przepisów w tym zakresie budzi wiele wątpliwości, na których odpowiedź wydaje się być warunkiem koniecznym prawidłowego przedstawienia zagadnienia.

Pierwszą, a zarazem podstawową kwestią związaną z oceną cech postępowania w przedmiocie wpisu na listę radców prawnych jest odpowiedź na pytanie, w jakim zakresie w tym wypadku ma zastosowanie k.p.a. Usta-

²¹ Art. 149 p.p.s.a.

²² Art. 78 Konstytucji RP.

²³ Art. 15 k.p.a.

²⁴ Art. 127 § 3 k.p.a.

²⁵ Art. 31 ust. 2a u.r.p.

wa o radcach prawnych nie zawiera bowiem jednoznacznego wskazania na ten temat, co więcej zawiera regulacje, które mogą wprowadzać pewne wątpliwości interpretacyjne.

Zakres przedmiotowy regulacji k.p.a. obejmuje, oprócz postępowań przed organami administracji publicznej w sprawach indywidualnych rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnej, także postępowanie przed innymi organami państwowymi oraz przed innymi podmiotami, gdy są one powołane z mocy prawa lub na podstawie porozumień do załatwiania spraw administracyjnych²⁶. Ustawodawca dopuszcza więc, a nawet nakazuje, stosowanie reguł określonych w k.p.a. w postępowaniach prowadzonych przed podmiotami niebędącymi organami administracji publicznej, którym jednak została powierzona rola załatwiania określonej kategorii spraw administracyjnych. Przykładem takiego podmiotu mogą być bez wątpienia organy samorządu zawodowego, a więc także samorządu radców prawnych²⁷. Przy czym założyć należy, że organy te będą zobowiązane stosować k.p.a. tylko w wypadku, gdy przedmiotem ich działania będą sprawy administracyjne. Ich powstanie warunkowane jest dwoma przesłankami. Po pierwsze, istnieniem przepisów regulujących prawa lub obowiązki wymagające indywidualizacji, co pozostaje we właściwości organów administracji publicznej. Po drugie, dla zaistnienia sprawy administracyjnej konieczne jest istnienie podmiotu mającego legitymację strony²⁸. W wypadku postępowania przed organami samorządów radców prawnych wskazane warunki zostają spełnione. Ponieważ rozstrzygają one indywidualną sprawę w przedmiocie wpisu na listę radców prawnych uprawniającą do wykonywania tego zawodu. Niezwykle istotną konsekwencją takiego założenia będzie to, że sprawy takie rozstrzygane są w drodze decyzji administracyjnej. Tę formę przybierają więc uchwały Rady oraz Prezydium²⁹.

Pewne wątpliwości do zakresu stosowania k.p.a. w ramach postępowania w przedmiocie wpisu pojawiają się jednak przy okazji wskazania dopuszczalności odwołania od uchwały Prezydium. Przepis wskazuje, że od negatywnej uchwały odmawiającej wpisu na listę radców prawnych służy zainteresowanemu odwołanie do Ministra Sprawiedliwości zgodnie z k.p.a. Takie stwierdzenie mogłoby sugerować, iż w ramach trójinstan-

²⁶ Art. 1 pkt 2 k.p.a.

²⁷ G. Łaszczyca, C. Martysz, A. Matan, *op. cit.*, s. 51.

²⁸ B. Adamiak, J. Borkowski, A. Skoczylas, *Prawo procesowe administracyjne*, [w:] R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *System prawa administracyjnego*, t. 9, Warszawa 2010, s. 45.

²⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt VI SA/Wa 1656/07. Wyrok – uznając, że uchwały organów samorządu radców prawnych nie mają charakteru decyzji uznaniowych – pośrednio przesądza także o ich formie.

cyjnej procedury odwoławczej k.p.a. ma zastosowanie wyłącznie w tym wypadku. Natomiast w razie odwołania od decyzji Rady, należy stosować przepisy szczególne, czyli regulacje u.r.p. Konsekwencje takiego zamożnienia byłyby niezwykle istotne z punktu widzenia wnioskującego o wpis. Wydaje się, że zmianie uległby mianowicie katalog uprawnień przysługujących stronie wnioskującej o weryfikację rozstrzygnięcia.

Ustawodawca nie określa szczegółowo zasad wnoszenia odwołania. Należy zatem przyjąć, że strona powinna tego dokonać w oparciu o regulacje kodeksowe, korzystając z wynikających z tego uprawnień, takich jak np. brak konieczności uzasadniania odwołania czy też możliwości jego oparcia na zarzutach odnoszących się wyłącznie do uzasadnienia. W wypadku oparcia postępowania na regulacjach k.p.a., Rada mogłaby także skorzystać z uprawnień wynikających z instytucji samokontroli organu pierwszej instancji i w razie uznania w całości zarzutów wskazanych w odwołaniu wydać nową decyzję, w której uchyli lub zmieni zaskarżone rozstrzygnięcie³⁰.

Zupełnie inna sytuacja powstaje w wypadku odwołania od decyzji Prezydium. W tej sytuacji ustawodawca wskazuje, że odwołanie przysługuje stronie wyłącznie od decyzji odmawiającej wpisu jednak na zasadach określonych w k.p.a. Ustawodawca wyraźnie ogranicza więc katalog decyzji podlegających zaskarżeniu. Sformułowanie art. 31 ust. 2a *in fine* wskazujące, iż odwołanie służy „zgodnie z Kodeksem postępowania administracyjnego” mogłoby sugerować, że zaskarżeniu podlegają wszystkie decyzje Prezydium zapadłe w przedmiocie wpisu na listę, tak jak określa to art. 127 k.p.a. Przepis ten uprawnia do wniesienia odwołania także w przypadku decyzji pozytywnej. Co więcej, będzie ono dopuszczalne także wtedy, gdy zarzuty dotyczą wyłącznie treści uzasadnienia lub postanowienia, na które nie przysługiwało zażalenie, a które zapadło w postępowaniu³¹.

Wewnętrzna sprzeczność treści art. 31 ust. 2a u.r.p. powoduje zatem dość istotne wątpliwości interpretacyjne. Wydaje się, iż zgodnie z zasadą uwzględniania słusznego interesu strony można założyć, że odwołanie będzie przysługiwało stronie na zasadach ogólnych określonych w k.p.a. Choć nie bez znaczenia pozostanie z pewnością założenie, że zawężenie zakresu decyzji, od których przysługuje odwołanie do Ministra Sprawiedliwości nie będzie w istocie ograniczeniem prawa strony do weryfikacji decyzji administracyjnej w wyższej instancji. Prawo to jest już bowiem realizowane na etapie odwołania od uchwały Rady. Należy również zauważyć, że ograniczenie możliwości wniesienia odwołania do decyzji negatywnych

³⁰ Art. 132 k.p.a.

³¹ Szerzej na ten temat zob. K. Glibowski, *Komentarz do art. 127 k.p.a.*, [w:] M. Wierzbowski, A. Wiktorowska (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 707.

może mieć swoje źródło w modelu nadzoru Ministra Sprawiedliwości nad orzekaniem przez organy samorządu radców prawnych. Ponadto w różnieniu środków nadzoru w zależności od treści decyzji. Jeżeli zatem Rada lub Prezydium wyda decyzję negatywną, stronie służy odwołanie. W wypadku wydania decyzji pozytywnej, Minister posiada prawo zgłoszenia sprzeciwu w formie decyzji administracyjnej.

Podsumowując, wydaje się, że choć analiza regulacji dotyczących weryfikacji decyzji organów samorządu radców prawnych posiada charakter czysto teoretyczny, to z uwagi na wagę przedmiotowej decyzji, tj. dopuszczenia do wykonywania zawodu zaufania publicznego, jak również wpływu tej decyzji na dalsze losy zawodowe wnioskującego o wpis jest, jak najbardziej uzasadniona. Regulacje prawne obowiązujące w tej materii powinny być w jak największym stopniu wolne od wątpliwości interpretacyjnych.

Niezwykle istotnym zagadnieniem jest także treść decyzji Ministra Sprawiedliwości w sytuacji podjęcia postępowania odwoławczego. Zgodnie z postanowieniami k.p.a., organ odwoławczy może utrzymać w mocy zaskarżoną decyzję, uchylić zaskarżoną decyzję w całości lub w części i w tym zakresie orzec co do istoty sprawy albo, uchylając tę decyzję, umorzyć postępowanie przed organem pierwszej instancji w całości lub w części. Organ odwoławczy może także w razie zaistnienia ku temu przesłanek umorzyć postępowanie odwoławcze³². Minister Sprawiedliwości, wykonując funkcję organu odwoławczego, może także uchylić zaskarżoną decyzję w całości i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia organowi pierwszej instancji, gdy decyzja została wydana z naruszeniem przepisów postępowania, a konieczny do wyjaśnienia zakres sprawy ma istotny wpływ na jej rozstrzygnięcie. W tym wypadku Minister, przekazując sprawę, powinien wskazać, jakie okoliczności należy wziąć pod uwagę przy ponownym jej rozpatrzeniu³³. Tak określone uprawnienia organu odwoławczego wskazują jednoznacznie, że jego rozstrzygnięcie może mieć charakter reformatoryjny. Konsekwencją tego założenia jest wskazanie, iż w ramach tego postępowania organ odwoławczy w istocie ponownie rozpatruje sprawę i może ją rozstrzygnąć co do jej istoty³⁴, a więc np. dokonać wpisu na listę radców prawnych, jeżeli zgromadzony materiał dowodowy pozwoli na ustalenie istnienia przesłanek pozytywnych jego dokonania. W tej sytuacji należy zakładać, że decyzja o wpisie na listę ma charakter ostateczny i w wypadku nieskorzystania z możliwości wniesienia skargi podlega wykonaniu. Logicznym wydaje się także, to iż w takiej sytuacji Minister Sprawiedliwości

³² Art. 138 § 1 k.p.a.

³³ Art. 138 § 2 k.p.a.

³⁴ R. Kędziora, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 699.

ści nie może wnieść sprzeciwu co do wpisu na listę radców prawnych³⁵, w przeciwnym razie kwestionowałby własne rozstrzygnięcia.

4. Sądowo-administracyjna kontrola decyzji Ministra Sprawiedliwości w zakresie wpisu na listę radców prawnych

Charakterystykę postępowania w zakresie kontroli sprawowanej przez sądy administracyjne w przedmiocie wpisu na listę radców prawnych należy zacząć od wskazania szczególnego katalogu podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi. Zasady ogólne określone w p.p.s.a. wskazują, że może ją wnieść każdy, kto ma w tym interes prawny, prokurator, Rzecznik Praw Obywatelskich oraz organizacja społeczna w zakresie jej statutowej działalności, w sprawach dotyczących interesów prawnych innych osób, jeżeli brała udział w postępowaniu administracyjnym³⁶. Uprawnionym do wniesienia skargi jest także inny podmiot, któremu ustawy przyznają prawo do wniesienia skargi. Ustawa dopuszcza zatem możliwość rozszerzenia katalogu podmiotów uprawnionych. Niezwykle rzadko zdarza się jednak, aby był to organ, który rozpatrywał daną sprawę w niższej instancji w ramach postępowania administracyjnego. Tak właśnie dzieje się w wypadku ostatecznych decyzji Ministra Sprawiedliwości w przedmiocie wpisu na listę radców prawnych, gdzie uprawnionymi do wniesienia skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego są zarówno strona, która wniosła odwołanie, jak i Prezydium, które jako organ drugiej instancji wydało zaskarżoną uchwałę³⁷. Prezydium – co należy traktować jako wyjątek od reguły – jako organ, który wydał decyzję w ramach postępowania administracyjnego będzie uprawnione do zaskarżenia decyzji organu wyższego stopnia, jakim jest Minister Sprawiedliwości. Należy przypomnieć w tym miejscu, że wydane przez niego rozstrzygnięcie w sprawie opiera się na materiale dowodowym zebranym w niższej instancji, a więc także, choć tylko uzupełniająco, przez Prezydium. Organ ten będzie więc występował w podwójnej roli. Z jednej strony skarżącego, z drugiej strony podmiotu, którego decyzja podlegała ocenie przez Ministra Sprawiedliwości.

Takie rozwiązanie wydaje się być jednak uzasadnione. Przesądzają o tym następujące argumenty. Artykuł 50 § 2 p.p.s.a. w zasadzie dopuszcza możliwość określenia przez ustawy szczególnego katalogu podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi. Wtedy niezależnie od posiadania in-

³⁵ Art. 31² u.r.p.

³⁶ Art. 50 p.p.s.a.

³⁷ Art. 31 ust. 2b u.r.p.

teresu prawnego możliwe jest zaliczenie do grupy podmiotów uprawnionych do wniesienia skargi³⁸. W tym wypadku istnienie legitymacji skargowej Prezydium jest bezsporne. Warto jednak wskazać na *ratio legis* takiego rozwiązania.

Zasady ogólne określone w p.p.s.a. uzależniają możliwość wniesienia skargi od istnienia interesu prawnego. W kontekście zadań samorządu zawodowego radców prawnych możliwym jest wykazanie istnienia materialnej przesłanki posiadania interesu prawnego Prezydium jako organu reprezentującego samorząd zawodowy, do którego podstawowych zadań należy nadzór nad należytym wykonywaniem zawodu przez radców prawnych oraz aplikantów radcowskich³⁹. W ramach tego uprawnienia samorząd jest zobowiązany badać, czy osoba wpisywana na listę radców prawnych daje rękojmię, rozumianą jako pewność lub gwarancja rzetelnego i prawidłowego wykonywania zawodu⁴⁰. Wyposażenie korporacji w tego rodzaju uprawnienia ma więc na celu zapewnienie odpowiedniego poziomu moralnego oraz zawodowego jej członków⁴¹. Jak najbardziej uzasadnionym jest zatem, aby organy samorządu, w tym wypadku Prezydium, miały możliwość inicjowania postępowania sądowo-administracyjnego poprzez złożenie skargi do sądu administracyjnego. Wydaje się także, iż ewentualny zarzut dotyczący „ustrojowej” kolizji wpływającej na brak możliwości udziału Prezydium jako organu niższej instancji w stosunku do Ministra Sprawiedliwości w postępowaniu sądowo-administracyjnym także nie znajduje uzasadnienia. W pełni racjonalne wyłączenie organu pierwszej instancji z grupy podmiotów uprawnionych do złożenia skargi jest uwarunkowane także tym, że organ ten należy w zasadzie do tej samej kategorii organów administracji publicznej reprezentującej jeden interes publiczny. Dzieje się tak także wtedy, gdy organ pierwszej instancji jest organem administracji samorządowej, wykonujący zadania zlecone, natomiast organ drugiego stopnia zaliczany jest do organów administracji rządowej.

Zauważyć należy, że tego rodzaju zależność nie zachodzi w przypadku Prezydium oraz Ministra Sprawiedliwości. Organy, będąc zaliczanymi do różnej kategorii podmiotów, reprezentują odmienne, choć niekoniecznie sprzeczne interesy. Minister reprezentuje szeroko pojęty interes publicz-

³⁸ Zob. postanowienie NSA z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt II GSK 821/10, LEX nr 743937.

³⁹ Art. 41 pkt 5 u.r.p.

⁴⁰ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt VI SA/Wa 2070/09, LEX nr 577285; wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt VI SA/Wa 1656/07, LEX nr 510829.

⁴¹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 13 czerwca 2007 r., sygn. akt VI SA/Wa 651/07, LEX nr 352709.

ny, Prezydium zaś interes korporacji rozumiany jako dbałość o wysoki poziom wykonywania zawodu. Uzasadnionym jest zatem, aby w przypadku różnej interpretacji wyżej wskazanych interesów w konkretnym stanie faktycznym możliwe było dokonanie oceny przez niezależny oraz niezawisły sąd. Nawet, jeśli jedynym kryterium tej oceny jest legalność zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Niezwykle istotnym zagadnieniem dotyczącym sądowno-administracyjnej weryfikacji rozstrzygnięć zapadających w ramach postępowania dotyczącego wpisu na listę radców prawnych jest możliwość zaskarżenia sprzeciwu Ministra Sprawiedliwości wydawanego w formie decyzji administracyjnej. Minister posiada uprawnienie wniesienia sprzeciwu od ostatecznej pozytywnej decyzji Rady lub Prezydium w przedmiocie wpisu na listę. Sprzeciw może być podpisany w terminie 30 dni od dnia doręczenia Ministrowi uchwały o wpisie wraz z aktami osobowymi kandydata⁴². Zarówno Rada, jak i Prezydium mają obowiązek przesyłania wraz z aktami osobowymi kandydata wszystkich uchwał o wpisie na listę radców prawnych w terminie 30 dni od dnia jej uchwalenia. W tym samym terminie organy te zobowiązane są powiadomić Ministra o odmowie wpisu⁴³.

Analiza przytoczonych regulacji prowadzi do wniosku, iż treść uchwały Rady, a szczególnie Prezydium w przedmiocie wpisu posiada pierwszorzędny wpływ na kształt dalszego postępowania. Jeżeli uchwała ma charakter negatywny, jak wskazano wyżej, postępowanie w zasadzie jest trójinstancyjne, ponieważ strona uprawniona jest do wniesienia odwołania od decyzji Prezydium. Założyć należy, że wobec braku uregulowań szczególnych, odwołanie powinno być prowadzone w oparciu o regulacje określone w k.p.a. Minister, rozpatrując odwołania, rozstrzyga sprawę co do jej istoty lub w inny sposób kończy postępowanie. W wypadku decyzji pozytywnej procedura wygląda już zgoła inaczej. Minister, wszczynając postępowanie, którego efektem może być podpisanie sprzeciwu wobec uchwały Rady lub Prezydium, realizuje jedynie uprawnienia nadzorcze w stosunku do dwuinstancyjnego postępowania prowadzonego przez organy samorządu radców prawnych. Nie można zatem w tej sytuacji uznać, że Minister Sprawiedliwości wykonuje w tym wypadku funkcję trzeciej instancji. Wobec powyższego należy założyć, że postępowanie w przedmiocie wniesienia sprzeciwu jest w istocie postępowaniem odrębnym mającym na celu ustalenie istnienia ewentualnych wad decyzji wydanych przez organy samorządu radców prawnych⁴⁴. Można więc stwierdzić, że wykazuje ono cechy postępowania o stwierdzenie nieważności decyzji,

⁴² Art. 31² ust. 1 u.r.p.

⁴³ Art. 31¹ ust. 1 u.r.p.

⁴⁴ Postanowienie NSA w Warszawie z dnia 24 maja 2007 r., sygn. akt II GSK 8/07, LEX nr 351065.

w którym organ administracji ocenia prawidłowość rozstrzygnięcia pod kątem istnienia przesłanek wskazanych w art. 156 § 1 k.p.a. Pamiętać należy jednak, że postępowanie to jest dwuinstancyjne. W tym miejscu pojawia się pytanie, czy wniesienie skargi dotyczącej sprzeciwu Ministra do wojewódzkiego sądu administracyjnego uwarunkowane jest wcześniejszym wnioskiem skarżącego o ponowne rozpatrzenie sprawy, a zatem wyczerpaniem administracyjnej drogi weryfikacji decyzji. Analizując treść regulacji u.r.p. w tym zakresie, należy uznać, iż mają one charakter *lex specialis* w stosunku do postanowień p.p.s.a. Nie będzie więc w tym wypadku miał zastosowania art. 52 § 1 tej ustawy. Wniesienie skargi do sądu administracyjnego, choć pogląd ten nie uzyskał początkowo potwierdzenia w orzecznictwie⁴⁵, nie będzie wymagało złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy w trybie art. 127 § 3 k.p.a. Kluczowym dla takiej oceny wydaje się być uznanie postępowania w przedmiocie sprzeciwu za odrębne postępowanie nadzorcze mające szczególny charakter. Przy założeniu, że uprawnienie do weryfikacji decyzji w wyższej instancji realizowane jest już na poziomie postępowania przed organami samorządu radców prawnych, możliwe jest dopuszczenie braku obowiązku złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Tym bardziej, że wykładnia językowa art. 31² ust. 2 u.r.p. daje podstawę do takiego twierdzenia.

W kontekście przedstawionych wniosków nie jest możliwa do przyjęcia argumentacja, że wyłączenie warunku wyczerpania drogi administracyjnej dla wniesienia skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego podyktowane jest również tym, iż chronić interes publiczny w ramach ponownego rozpoznania sprawy, Minister i tak wydałby decyzję negatywną⁴⁶. Ponadto niecelowość takiego postępowania uzasadniona jest także koniecznością procedowania przez ten sam organ w oparciu o ten sam materiał dowodowy, który nie może ulec rozszerzeniu. Wydaje się, że tego rodzaju tok rozumowania podważa w ogóle instytucję ponownego rozpatrywania sprawy w wypadku wydania decyzji przez Ministra lub samorządowe kolegium odwoławcze. W każdym przypadku przecież sprawę będzie rozpatrywał organ, który już raz wydał decyzję w tej samej sprawie. Na tym polega przecież istota tego uprawnienia procesowego strony. Przytoczenie tego rodzaju argumentów wydaje się więc raczej oceną samej instytucji przewidzianej w k.p.a. niż odniesieniem do przypadku

⁴⁵ Por. postanowienie NSA w Warszawie z dnia 24 maja 2007 r., sygn. akt II GSK 8/07, LEX nr 351065 oraz uchwała NSA w Warszawie z dnia 30 października 2007 r., sygn. akt II GPS 3/07, LEX nr 322545.

⁴⁶ S. Błaszczak, Tryb zaskarżania do sądu administracyjnego sprzeciwu ministra sprawiedliwości od uchwały samorządu zawodowego radców prawnych o wpisie na listę aplikantów radcowskich, glosa do Uchwały NSA z dnia 30 października 2007 r., sygn. akt II GPS 3/07, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa” 2008, nr 3, s. 11.

sprzeciwu Ministra dotyczącego uchwały organów samorządu radców prawnych.

Nie znajduje także uzasadnienia pogląd wskazujący, iż uwarunkowanie wniesienia skargi od wcześniejszego wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy w przypadku wpisu na listę aplikantów radcowskich, gdzie postępowanie przybiera tę samą formę, skutkowałoby jedynie wydłużeniem postępowania, i nie niosłoby za sobą możliwości zmiany wcześniejszej decyzji. Efektem tego mogłoby dojść do przesunięcia o rok terminu rozpoczęcia aplikacji. Zarzut taki można przecież odnieść do postępowania przed sądem administracyjnym, które także przedłuża ostateczne rozstrzygnięcie sprawy. Choć w tym wypadku należałoby rozważyć, czy minister lub sąd, uwzględniając wniosek skarżącego o wstrzymanie wykonania decyzji w przedmiocie sprzeciwu w wypadku złożenia skargi, nie uprawniałby w istocie do dokonania przez Radę lub Prezydium wpisu warunkowego, który uprawniałby skarżącego do podjęcia aplikacji. To zagadnienie jednak wymaga szerszego odniesienia w odrębnym opracowaniu.

Wskazać należy również, iż w zasadzie pominięcie warunku złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy nie wyłącza możliwości ponownego jej procedowania przez ten sam organ. W myśl art. 54 § 3 p.p.s.a., organ w zakresie swojej właściwości, uznając skargę w całości, może zmienić zaskarżony akt, wskazując jednocześnie, czy działanie, które podjął miało miejsce bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa. Choć instytucja ponownego rozpatrzenia sprawy oraz instytucja samokontroli organu w ramach wszczętego postępowania administracyjnego nie są tożsame, to w istocie prowadzą, jak już wskazano wyżej, do ponownego procedowania w tej samej sprawie. Organ, uznając skargę, niezależnie od charakteru tego postępowania, ma obowiązek jeszcze raz przeanalizować zgromadzony, czy też – jak to się dzieje w przypadku postępowania o wpis – przedstawiony materiał dowodowy. Być może zatem *ratio legis* wyłączenia obowiązku złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy jako warunku do wniesienia skargi na sprzeciw Ministra należy upatrywać w woli uniknięcia niepotrzebnego dublowania instytucji, z których i tak może skorzystać zarówno strona wnosząca skargę, jak i organ rozpatrujący ją we wstępnej fazie postępowania sądowo-administracyjnego.

5. Zakończenie

Podsumowując rozważania dotyczące sądowo-administracyjnej procedury kontroli decyzji administracyjnych wydawanych w postępowaniu dotyczącym wpisu na listę radców prawnych, należy zauważyć dość dużą

nieprecyzyjność regulacji w tej dziedzinie. Może to prowadzić do istotnych wątpliwości interpretacyjnych. Dotyczą one zarówno przesłanek, jak i procedury dokonania wpisu. Na uwagę zasługuje niejednoznaczność normowań w zakresie odwołań od decyzji Rady oraz Prezydium. Nie bez znaczenia dla realizacji uprawnień strony pozostają także dość nieprecyzyjne przepisy w zakresie wnoszenia skarg do sądu administracyjnego dotyczących uchwał organów samorządu.

Wydaje się jednak, że działalność sądów administracyjnych w przedmiotowym obszarze nie tylko służy realizacji zasady praworządności, ale także buduje swoistą praktykę orzecniczą przez co odgrywa dużą rolę w ujednoliceniu wątpliwości interpretacyjnych. Nie mniej jednak zasadnym byłoby doprecyzowanie, poprzez ewentualną nowelizację regulacji u.r.p., szczególnie unormowań dotyczących sprzeciwu Ministra Sprawiedliwości odnoszącego się do uchwał organów samorządu. Jako stan niepożądany należy określić sytuację, w której regulacje dotyczące uzyskania uprawnień do wykonywania zawodu zaufania publicznego pozostawiają wątpliwości interpretacyjne. Nie oznacza to oczywiście, że właściwe organy powinny działać w ramach wydawania związanych decyzji administracyjnych. Pozostawienie zarówno Radzie, jak i Prezydium możliwości orzekania w ramach uznania administracyjnego wydaje się, ze względu na wymagania zawodowe i etyczne członków korporacji, jak najbardziej uzasadnione. Czym innym jest jednak działanie w ramach uznania administracyjnego, gdzie przepisy prawa jasno przewidują taką sytuację, a czym innym powstawanie rozbieżności w rozstrzyganiu spraw, której przyczyną jest nieprecyzyjność regulacji w danej dziedzinie.

Filip Grzegorzcyk

Przedstawiciele wolnych zawodów prawniczych jako gwaranci optymalizacji nadzoru korporacyjnego w niektórych spółkach akcyjnych – postulaty *de lege ferenda*

1. Uwagi ogólne

Niniejsze opracowanie dotyczy radców prawnych¹ i adwokatów², jako osób wykonujących wolne zawody prawnicze. Wynika to ze szczególnego charakteru prawnego wspomnianych zawodów, który istotny jest w pierwszym rzędzie z punktu widzenia szeroko rozumianego interesu publicznego. Nie umniejsza to jednak roli odgrywanej przez przedstawicieli innych wolnych zawodów, np. doradców podatkowych³ czy biegłych rewidentów⁴.

Celem opracowania jest wskazanie na określone cechy „jakościowe” charakteryzujące w szczególności radców prawnych i adwokatów (omówione w pkt. 2 opracowania), które powodują, że w interesie państwa leży lepsze wykorzystanie osób wykonujących wspomniane zawody w różnych sferach działalności gospodarczej – rozumianej szerzej, aniżeli wyłącznie jako świadczenie pomocy prawnej.

¹ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm., dalej jako: u.r.p.

² Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, t. jedn. Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 z późn. zm.

³ Ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym, t. jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 41, poz. 213.

⁴ Ustawa z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym, Dz. U. Nr 77, poz. 649 z późn. zm., dalej jako: u.b.r.

W sposób choćby intuicyjny, istotnym polem wykorzystania cech „jakościowych” osób wykonujących wolne zawody prawnicze (radców prawnych i adwokatów) wydaje się być nadzór korporacyjny, sprawowany nad najistotniejszymi z punktu widzenia interesu publicznego podmiotami, tj. nad spółkami publicznymi⁵ oraz spółkami z udziałem Skarbu Państwa. Zagadnienia te omówiono odpowiednio w pkt. 3 i 4 opracowania.

2. Cechy „jakościowe” przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych na przykładzie radców prawnych

Zawód radcy prawnego może wykonywać osoba spełniająca wymagania określone ustawowo, a czynić to powinna ze starannością wynikającą z wiedzy prawniczej oraz zasad etyki radcowskiej⁶. Podstawową treścią działalności radców prawnych jest świadczenie pomocy prawnej, w szczególności zaś udzielanie porad prawnych, sporządzanie opinii prawnych, opracowywanie projektów aktów prawnych oraz zastępstwo prawne i procesowe⁷.

W celu zapewnienia wysokich kwalifikacji merytorycznych osób wykonujących zawód radcy prawnego, ustawodawca przewidział złożony system uzyskiwania uprawnień zawodowych oraz surowe wymogi stawiane kandydatom do zawodu. Wystarczy nadmienić, że na listę radców prawnych może być wpisany ten, kto:

- ukończył wyższe studia prawnicze w Rzeczypospolitej Polskiej i uzyskał tytuł magistra (lub ukończył zagraniczne studia prawnicze uznane w Rzeczypospolitej Polskiej);
- korzysta w pełni z praw publicznych;
- ma pełną zdolność do czynności prawnych;
- jest nieskazitelnego charakteru i swym dotychczasowym zachowaniem daje rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu radcy prawnego;
- odbył w Rzeczypospolitej Polskiej aplikację radcowską i złożył egzamin radcowski⁸.

Wyjątki od wymogu odbycia aplikacji radcowskiej i złożenia egzaminu radcowskiego⁹, choć niekiedy oceniane są jako kontrowersyjne, nie wy-

⁵ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych, t. jedn. Dz. U. z 2009 r. Nr 185, poz. 1439.

⁶ Art. 3 ust. 1 i 2 u.r.p.

⁷ Art. 6 i 7 u.r.p.

⁸ Art. 24 u.r.p.

⁹ Art. 25 u.r.p.

dają się negatywnie weryfikować tezy o wysokim poziomie merytorycznym i etycznym osób wpisujących się na listę radców prawnych w trybach odrębnych. Trzeba bowiem nadmienić, że wymogu odbycia aplikacji radcowskiej i złożenia egzaminu radcowskiego nie stosuje się do:

- profesorów i doktorów habilitowanych nauk prawnych;
- osób, które co najmniej 3 lata zajmowały stanowisko radcy lub starszego radcy Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa;
- osób, które zajmowały stanowisko sędziego, prokuratora lub wykonywały zawód adwokata albo notariusza;
- osób, które zdały egzamin sędziowski lub prokuratorski oraz spełniły dodatkowe warunki¹⁰;
- osób, które posiadają stopień naukowy doktora nauk prawnych i spełniły dodatkowe warunki¹¹.

Na wysoki poziom merytoryczny i etyczny wykonywania zawodu wpływ ma także system sankcji dyscyplinarnych. Zgodnie z art. 64 ust. 1 u.r.p., radca prawny i aplikant radcowski podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za zawinione, nienależyte wykonywanie zawodu radcy prawnego oraz za czyny sprzeczne ze ślubowaniem radcowskim lub zasadami etyki radcy prawnego.

¹⁰ To jest w okresie 5 lat przed złożeniem wniosku o wpis na listę radców prawnych, łącznie przez okres co najmniej 3 lat:

- a) zajmowały stanowisko asesora sądowego, asesora prokuratorskiego, referendarza sądowego, starszego referendarza sądowego, aplikanta sądowego, aplikanta prokuratorskiego, aplikanta sądowo-prokuratorskiego, asystenta sędziego, asystenta prokuratora lub
- b) wykonywały wymagające wiedzy prawniczej czynności bezpośrednio związane ze świadczeniem pomocy prawnej przez adwokata lub radcę prawnego na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej w kancelarii adwokackiej, zespole adwokackim, spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej, o których mowa w art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188, Nr 166, poz. 1317, Nr 210, poz. 1628 i Nr 216, poz. 1676), lub kancelarii radcy prawnego, spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej, o których mowa w art. 8 ust. 1.

¹¹ To jest w okresie 5 lat przed złożeniem wniosku o wpis na listę radców prawnych, łącznie przez okres co najmniej 3 lat:

- a) zajmowały stanowisko referendarza sądowego, starszego referendarza sądowego, aplikanta sądowego, aplikanta prokuratorskiego, aplikanta sądowo-prokuratorskiego, asystenta sędziego, asystenta prokuratora lub
- b) wykonywały wymagające wiedzy prawniczej czynności bezpośrednio związane ze świadczeniem pomocy prawnej przez adwokata lub radcę prawnego na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej w kancelarii adwokackiej, zespole adwokackim, spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej, o których mowa w art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, lub kancelarii radcy prawnego, spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej, o których mowa w art. 8 ust. 1.

Przegląd postanowień Kodeksu Etyki Radcy Prawnego¹² potwierdza cechy jakościowe osób wykonujących ten zawód. W Preambule do Kodeksu znajdujemy stwierdzenie, że istnienie zawodu radcy prawnego, jako **zawodu zaufania publicznego** [podkr. F.G.] oraz ukształtowane w toku jego wykonywania ideały i obowiązki etyczne są jedną z gwarancji realizowania zawartej w Konstytucji RP zasady demokratycznego państwa prawnego. Samo zaś wykonywanie zawodu, nakłada na radcę prawnego obowiązki o charakterze prawnym i etycznym nie tylko wobec klienta, sądów i innych organów, ale także wobec społeczeństwa jako takiego. Powyższe zdanie wyraża publiczny charakter zawodu radcy prawnego, co najmniej w tym sensie, że istnienie tego zawodu oraz jego wykonywanie przez osoby posiadające określone cechy jakościowe, stanowi samo w sobie ważny interes publiczny.

Artykuł 1 Kodeksu wyraźnie nakazuje radcy prawnemu, by kierował się przepisami prawa powszechnego, jak i samorządowego. Radca prawny obowiązany jest także dbać o godność zawodu, ale nie tylko przy wykonywaniu czynności zawodowych. Obowiązek ten rozciągnięty jest bowiem także na wszelką działalność publiczną i życie prywatne¹³. Pozwala to radcom prawnym z jednej strony na wykonywanie działalności publicznej innej aniżeli samo wykonywanie zawodu, z drugiej zaś – gwarantuje, że wspomniana działalność publiczna wykonywana będzie z szeroko rozumianą dbałością o godność zawodu, z czym oczywiście wiązać się odpowiednie wymogi merytoryczne i etyczne.

Jedną z podstawowych wartości zawodu radcy prawnego jest jego niezależność. Artykuł 7 Kodeksu stanowi, że niezależność radcy prawnego oznacza, iż musi on być wolny od wszelkich wpływów, a szczególnie tych, które mogą wynikać z jego osobistych interesów czy nacisków zewnętrznych, ograniczeń, gróźb ingerencji bezpośredniej lub pośredniej z jakiegokolwiek strony lub z jakiegokolwiek powodu. Od radcy prawnego wymaga się nieulegania wpływom – zwłaszcza tym, które mogą wynikać z jego osobistych interesów lub nacisków z zewnątrz. Radca prawny powinien unikać wszelkich ograniczeń własnej niezależności i nie może odstępować od zasad etyki w celu spełnienia oczekiwań klienta, sądu lub osób trzecich¹⁴.

Do kwestii wysokiego poziomu merytorycznego osób wykonujących zawód radcy prawnego odnosi się art. 23 Kodeksu, który wymaga od radcy prawnego dbałości o rozwój zawodowy poprzez kształcenie ustawicz-

¹² Zob. Uchwała nr 8/VIII/2010 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 28 grudnia 2010 r. w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, dalej jako: Kodeks.

¹³ Art. 6 ust. 2 Kodeksu.

¹⁴ Art. 11 ust. 3 Kodeksu.

ne. Dlatego też radca prawny obowiązany jest brać udział w szkoleniach zawodowych.

Analogiczne przepisy, zawarte zarówno w aktach powszechnie obowiązujących, jak i samorządowych, funkcjonują w odniesieniu do adwokatów. Jedynie z powodu ograniczeń ilościowych oraz wymogów redakcyjnych nie są one omówione w tym opracowaniu. Jednakże wszystkie uwagi odnoszące się do radców prawnych, odnoszą się w równym stopniu do adwokatów.

Regulacje prawne odnoszące się do osób wykonujących zawód radcy prawnego czy adwokata wskazują niezbicie, że osoby te cechują się niewątpliwie wysokimi kwalifikacjami merytorycznymi oraz niewątpliwie wysokimi kwalifikacjami etycznymi, pośród których na szczególną uwagę zasługuje niezależność. Trudno także poddawać w wątpliwość znajomość przez nich zagadnień związanych z funkcjonowaniem spółek kapitałowych, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki nadzoru korporacyjnego. Chodzi jednak nie tylko o znajomość przepisów, ale także o znajomość praktycznych aspektów funkcjonowania spółek, której przedstawicielom zawodów prawniczych nie można odmówić. Z powyższych przyczyn, poniżej wskazane zostaną obszary, w których niemal naturalne wydaje się sformułowanie postulatu wykorzystania wiedzy, umiejętności oraz przymiotów etycznych radców prawnych czy adwokatów.

3. Komitety do spraw audytu

Kryzys finansowy na przełomie lat 2000 i 2001 obfitował w upadłość wielu podmiotów notowanych na nowojorskiej giełdzie, a przede wszystkim spółki *Enron*. Rynki kapitałowe Unii Europejskiej także nie były wolne od spektakularnych upadłości spółek publicznych, jak np. *Vivendi Universal* w 2002 r., *Ahold* i *Parmalat* w 2003 r.¹⁵ Wydarzenia te ujawniły wady systemu rachunkowości, rewizji finansowej oraz nadzoru korporacyjnego¹⁶.

Zdarzenia, które występowały w Stanach Zjednoczonych na przełomie lat 2000 i 2001, skłoniły ustawodawcę amerykańskiego do szybkiej inter-

¹⁵ I. Cevlovsky, F. Allemand, *Le contrôle légal de comptes dans l'Union européenne: évolution et mutation suite aux affaires Enron, Parmalat et Ahold*, „Les petites affiches” 2005, nr 184, s. 3.

¹⁶ K.-A. Heeren, O. Rieckers, *Legislative response in Times of financial crisis: New Deal Securities legislation, Sarbanes-Oxley Act and their impact on future German and EU regulation*, „European Business Law Review” 2003, nr 5, s. 595. Należy do nich zaliczyć niedoskonałości: systemu kontroli wewnętrznej, systemu kontroli zewnętrznej (audyt sprawozdań finansowych), w sferze uczciwości kadry zarządzającej, w zakresie funkcjonowania *corporate governance*, w funkcjonowaniu banków inwestycyjnych.

wencji legislacyjnej, która znalazła wyraz w przyjęciu *Sarbanes-Oxley Act*¹⁷. Unia Europejska, wzorując się poniekąd na ustawodawcy amerykańskim, przyjęła dyrektywę 2006/43/WE¹⁸.

Dyrektywa 2006/43/WE reguluje istotne, z punktu widzenia rewizji finansowej, zagadnienia¹⁹, lecz kluczową płaszczyznę instytucjonalną, gdzie zbiega się problematyka prawa bilansowego i ładu korporacyjnego stanowi funkcjonowanie komitetu ds. audytu. Usankcjonowany dyrektywą komitet ds. audytu należy postrzegać jako istotny element funkcjonowania ładu korporacyjnego, ściśle powiązany z zadaniami stawianymi przed prawem bilansowym. Kluczem do rozwiązania problemu jakości informacji prezentowanych w sprawozdaniach finansowych jest rzetelnie sprawowany nadzór korporacyjny²⁰. Celem obligatoryjnego wprowadzenia komitetu ds. audytu do niektórych, najważniejszych podmiotów było dążenie do zapewnienia nad nimi maksymalnie skutecznego nadzoru²¹. Prawodawca unijny wskazuje, że komitety ds. audytu pomagają w minimalizacji ryzyka finansowego, operacyjnego oraz ryzyka niezachowania zgodności z wymogami prawnymi, podnoszą one także jakość sprawozdawczości finansowej²².

¹⁷ *Sarbanes Oxley Act of 2002*, Public Law 107-204, 116 Stat. 745-810, dalej jako: SOX.

¹⁸ Dyrektywa 2006/43/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie ustawowych badań rocznych sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych, zmieniająca dyrektywy Rady 78/660/EWG i 83/349/EWG oraz uchylająca dyrektywę Rady 84/253/EWG, Dz. Urz. UE L 157 z 8.06.2006 r., s. 87-107.

¹⁹ Szerzej na temat analizy wybranych przepisów dyrektywy zob. F. Grzegorzczak, *Dyrektywa 2006/43/WE w sprawie sprawozdań finansowych w kontekście funkcjonowania rynku wewnętrznego UE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 3, s. 25-35.

Należą do nich: zatwierdzanie, doskonalenie i wzajemne uznawanie biegłych rewidentów i firm audytorskich (rozdział II), rejestr biegłych rewidentów i firm audytorskich (rozdział III), normy wykonywania zawodu przez biegłych rewidentów (rozdział IV), standardy rewizji finansowej i sprawozdawczości z badania (rozdział V), objęcie biegłych rewidentów i firm audytorskich systemem jakości (rozdział VI), sankcje (rozdział VII), nadzór publiczny nad biegłymi rewidentami i firmami audytorskimi (rozdział VIII), wybór biegłego rewidenta i firmy audytorskiej oraz zakończenie współpracy z nimi (rozdział IX), jednostki zainteresowania publicznego (rozdział X) oraz wybrane aspekty międzynarodowe (rozdział XI).

²⁰ S.T. Surdykowska, *Kryzysy finansowe XX wieku i ich wpływ na systemowe regulacje jakości informacji wykorzystywanych przez inwestorów giełdowych*, [w:] M. Kutera, S.T. Surdykowska (red.), *Kryzysy gospodarcze a wiarygodność sprawozdań finansowych*, Warszawa 2009, s. 28.

²¹ K. Sawicki, *Komisja nadzoru publicznego i komitety audytu nowymi organami zapewnienia jakości zbadanych sprawozdań finansowych*, „Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości” 2010, nr 56, s. 190.

²² Preambuła do dyrektywy 2006/43/WE, pkt 24

Przedstawiciele nauki, badający funkcjonowanie komitetów ds. audytu na świecie, sformułowali kryteria efektywności ich działania. D. Dobija uważa, że do kwestii kluczowych zaliczyć trzeba uprawnienia komitetu (szczególnie w zakresie dorocznego publikowania raportu z działalności), zasoby oddane do dyspozycji komitetowi, zaangażowanie członków w wykonywanie powierzonych funkcji (mierzone choćby częstotliwością posiedzeń) oraz właściwy skład komitetu (oceniany zarówno w kontekście niezależności członków – co najmniej dwóch – jak i ich kwalifikacji)²³. A. Helin i J. Wisłowski uzależniają efektywność funkcjonowania komitetu ds. audytu od spełnienia kryteriów związanych z niezależnością członków, ich kwalifikacjami, zaangażowaniem oraz właściwym określeniem formalnych ram procedowania (regulamin, roczny harmonogram, dokumentacja)²⁴.

Uregulowanie prawne komitetu ds. audytu w dyrektywie 2006/43/WE budzi wątpliwości z wielu powodów, ale również z powodu niezagwarantowania odpowiedniego poziomu niezależności i kompetencji jego członków²⁵. Przyjęcie zasady, że wystarczające jest, by w składzie komitetu funkcjonowała jedna osoba, spełniająca kryterium niezależności²⁶, oraz jedna osoba mająca kwalifikacje z zakresu rachunkowości lub rewizji finansowej²⁷, w kontekście regulacji amerykańskiej, budzi zdumienie. Nie wydaje się bowiem, aby standard minimalny, określony na tak niskim poziomie, sprzyjał niezależności i jakości pracy tego komitetu. Trudno tu nie dodać, że niezależność i fachowość to kwestie fundamentalne z punktu widzenia efektów, które może przynieść działalność komitetów ds. audytu²⁸.

Funkcjonowanie komitetu ds. audytu w Polsce uregulowano w art. 86 u.b.r. Ma on stanowić część rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej. Oznacza to przede wszystkim, że jego kompetencje ograniczone są kompetencjami organu, w ramach którego funkcjonuje. Trudno sobie bowiem wy-

²³ D. Dobija, *Problemy ustalania efektywności efektywności komitetów audytu – istniejący dorobek i kierunki dalszych badań*, „Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości” 2009 nr 50, s. 40-41. Warto zauważyć, że autorka podsumowała także światowe badania naukowe prowadzone w tym zakresie.

²⁴ A. Helin, J. Wisłowski, *Odpowiedzialność członków rad nadzorczych za sprawozdawczość finansową spółek, zasady i tryb funkcjonowania komitetu audytu*, Warszawa 2008, s. 85-93.

²⁵ Szerzej na temat krytycznej analizy postanowień dyrektywy oraz implementujących ją przepisów u.b.r. zob. F. Grzegorzcyk, *Uwagi o potrzebie prawidłowego uregulowania komitetu do spraw audytu w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2010, nr 11, s. 39-46; idem, *Komitet Audytu jako instytucja wspomagająca bezpieczne funkcjonowanie instytucji finansowych*, „Bezpieczny Bank” 2010, nr 1(40), s. 114-136.

²⁶ Podczas gdy, według powoływanej już SOX, wszyscy członkowie muszą być niezależni.

²⁷ Art. 41 ust. 1 zd. 2 dyrektywy 2006/43/WE.

²⁸ Zob. D. Dobija, *op. cit.*, s. 40-41; A. Helin, J. Wisłowski, *op. cit.*, s. 86 i 87, Zalecenie pkt. 11 i 13.

obrazić, by u.b.r. modyfikowała pozycję prawną rady nadzorczej i komisji rewizyjnej w ramach ładu korporacyjnego.

Polski ustawodawca przyjął, niestety, w tym zakresie minimalne wymogi wynikające z dyrektywy²⁹. Komitety ds. audytu muszą funkcjonować w niektórych „jednostkach zainteresowania publicznego”. Zgodnie z art. 2 pkt 4 u.b.r., jednostkami zainteresowania publicznego są mający siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej emitenci papierów wartościowych dopuszczonych do obrotu na rynku regulowanym państwa Unii Europejskiej (z wyłączeniem jednostek samorządu terytorialnego) oraz instytucje finansowe i niektóre inne podmioty funkcjonujące na rynku finansowym³⁰.

Kompetencje komitetu ds. audytu zostały uregulowane w art. 86 ust. 7 i 8 u.b.r. Należą do nich:

- monitorowanie procesu sprawozdawczości finansowej;
- monitorowanie skuteczności systemów kontroli wewnętrznej, audytu wewnętrznego oraz zarządzania ryzykiem, monitorowanie wykonywania czynności rewizji finansowej;
- monitorowanie niezależności biegłego rewidenta i podmiotu uprawnionego do badania sprawozdań finansowych;
- rekomendowanie radzie nadzorczej (lub innemu organowi nadzorującemu) podmiotu uprawnionego do badania sprawozdań finansowych i do przeprowadzenia czynności rewizji finansowej jednostki.

Uregulowanie kompetencji komitetu ds. audytu w ustawie jest wprost przeniesione z dyrektywy, przy czym kompetencje te ujęto w katalogu otwartym. Otwarty katalog tych kompetencji nakazuje rozważenie ich granic. Należy zauważyć, że kompetencje komitetu ds. audytu stanowią mogą co najwyżej pochodną kompetencji rady nadzorczej i/lub komisji rewizyjnej, ze względu na usytuowanie komitetu jako części tych organów. Przyznanie komitetowi ds. audytu kompetencji szerszych, aniżeli wyni-

²⁹ Art. 86 ust. 4 u.b.r.

³⁰ Banki krajowe, oddziały instytucji kredytowych i oddziały banków zagranicznych, spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, zakłady ubezpieczeń i główne oddziały zakładów ubezpieczeń oraz zakłady reasekuracji, instytucje pieniądza elektronicznego, otwarte fundusze emerytalne oraz powszechne towarzystwa emerytalne, fundusze inwestycyjne otwarte, specjalistyczne fundusze inwestycyjne, otwarte oraz fundusze inwestycyjne zamknięte, których publiczne certyfikaty inwestycyjne nie zostały dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym, podmioty prowadzące działalność maklerską z wyłączeniem podmiotów prowadzących działalność wyłącznie w zakresie przyjmowania i przekazywania zleceń nabycia lub zbycia instrumentów finansowych lub w zakresie doradztwa inwestycyjnego

kające z ustawy nie jest prawidłowe, gdyż musiałoby powodować przyznanie tych kompetencji samej radzie nadzorczej lub komisji rewizyjnej³¹.

Zadania komitetu ds. audytu nakazują postawić pytanie o konieczne kompetencje osób zasiadających w nim. Ustawa o biegłych rewidentach w art. 86 ust. 4 i 5 wprowadza minimalny wymóg co do liczby członków komitetu ds. audytu. Ma on się składać z co najmniej trzech osób, a jedna z nich winna mieć kwalifikacje w dziedzinie rachunkowości lub rewizji finansowej, jak też cechować się niezależnością w rozumieniu art. 56 ust. 3 pkt 1, 3 i 5 u.b.r. Wymogi kwalifikacyjne u.b.r. przeniesiono wprost z dyrektywy 2006/43/WE, choć z całą mocą należy podkreślić, że nie było to jedyne dopuszczalne rozwiązanie legislacyjne. Biorąc bowiem pod uwagę fakt, że dyrektywa posługuje się metodą harmonizacji minimalnej, ustawodawca krajowy minimalne wymogi kwalifikacyjne członków komitetu ds. audytu może zaostriżyć, bądź doprecyzować.

Analizowany przepis u.b.r. w obecnym kształcie wykazuje dwie niedoskonałości. Po pierwsze, powołanie wyłącznie jednego członka komitetu spełniającego wymóg niezależności stoi w sprzeczności z uzasadnionymi postulatami nauki i praktyki – komitet ds. audytu winien składać się w większości z członków niezależnych. Po drugie, posiadanie wiedzy z zakresu rachunkowości bądź rewizji finansowej jest kryterium ewidentnie nieostrym, pozwalającym na powoływanie do składu komitetu osób, które co prawda wiedzę taką posiadają, ale jej poziom nie jest faktycznie wystarczający³². Wydaje się więc, że omawiany przepis u.b.r. wymaga refleksji i nowelizacji. Trzeba także wziąć pod uwagę, że postulowana nowelizacja nie może dotyczyć wyłącznie podniesionych kwestii. Należy rozważyć szerszą zmianę.

Punktem wyjścia do dalszych analiz powinna być kwestia kompetencji komitetu ds. audytu. Warto zauważyć, że kompetencje komitetu ds. audytu mają dwa aspekty: merytoryczny oraz formalny (proceduralny). Nie-

³¹ Radę nadzorczą charakteryzuje swoisty „dualizm” kompetencyjny. Z jednej strony podejmuje ona decyzje merytoryczne (o charakterze nadzorczym), a z drugiej zajmuje się badaniem zgodności działania spółki z pewnym wzorcem (działania o charakterze kontrolnym). Pomimo istniejących w odniesieniu do tego zagadnienia rozbieżności doktrynalnych, można przyjąć, że kompetencje komitetu do spraw audytu mają raczej charakter kontrolny, choćby ze względu na brak jakiegokolwiek elementu władztwa. Działalność komitetów rady sprowadza się do czynności przygotowawczych i sprawozdawczych, ponieważ stanowią one wewnętrzną strukturę tej rady i tym samym nie są organami w rozumieniu art. 38 Kodeksu cywilnego; szerzej zob. A. Szumański, *Spółka akcyjna*, [w:] A. Szumański, W. Pyziół, I. Weiss, *Prawo spółek*, Bydgoszcz 2003, s. 764; A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2007, s. 448; M. Michalski, *Spółka akcyjna*, Warszawa 2008, s. 452.

³² Najlepszym przykładem jest wiedza osoby uprawnionej do usługowego prowadzenia ksiąg konfrontowana z wiedzą biegłego rewidenta.

wątpliwie, zadania z zakresu np. monitorowania zarządzania ryzykiem wymagają dogłębnej wiedzy z zakresu finansów. Ale jest to aspekt merytoryczny kompetencji komitetu.

Wydaje się jednak, że w dzisiejszych czasach zwracać należy uwagę na rolę procedur w funkcjonowaniu korporacji. Otwiera to dyskusję nad formalnym (proceduralnym) aspektem kompetencji komitetu. *Nota bene*, formalny aspekt monitorowania określonych sfer działalności korporacji bywa nie mniej istotny, aniżeli aspekt merytoryczny. Często przecież niewłaściwe decyzje merytoryczne wynikały z naruszenia obowiązujących procedur. I tutaj właśnie może aktualizować się rola radcy prawnego czy adwokata. Z jednej strony ma on pełne kwalifikacje odnośnie zagadnień formalno-proceduralnych, a z drugiej – jego niezależność nie budzi wątpliwości. Fakt nieuwzględnienia osób niejako predestynowanych do wykonywania określonych funkcji w interesie publicznym, budzić musi zdumienie.

Podsumowując, należy postulować zmianę u.b.r. w kierunku klarownego określenia kwalifikacji osób zasiadających w Komitecie ds. audytu. Postulować należy uregulowanie przewidujące, że komitet ds. audytu winien składać się z co najmniej trzech osób, przy czym:

- co najmniej jedna osoba powinna posiadać uprawnienia biegłego rewidenta lub co najmniej stopień doktora nauk ekonomicznych i specjalizację w zakresie rachunkowości lub rewizji finansowej;
- co najmniej jedna osoba powinna posiadać uprawnienia radcy prawnego lub adwokata albo co najmniej stopień doktora nauk prawnych i specjalizację w zakresie prawa gospodarczego;
- większość członków komitetu powinno spełniać kryterium niezależności w rozumieniu art. 56 ust. 3 pkt. 1, 3 i 5 u.b.r.

Uważam, że zaproponowane rozwiązanie legislacyjne służyć będzie interesowi publicznemu. Trzeba bowiem pamiętać, że właściwie wykonywany nadzór korporacyjny nad spółkami publicznymi leży nie tylko w interesie ich akcjonariuszy, ale także w interesie szerszym – tj. całego rynku kapitałowego, którego niezakłócone funkcjonowanie jest istotne dla całokształtu stosunków gospodarczych.

4. Rady nadzorcze istotnych spółek z udziałem Skarbu Państwa

Spółki handlowe z udziałem kapitałowym Skarbu Państwa są w Polsce stosunkowo liczne – ich ilość szacuje się na ponad tysiąc³³. Nie są to

³³ Uzasadnienie projektu ustawy o zasadach nadzoru właścicielskiego Skarbu Państwa, www.msp.gov.pl, s. 25.

jednak dane pełne, ponieważ dotyczą wyłącznie spółek, w których Skarb Państwa zaangażowany jest bezpośrednio. W wielu wypadkach spółki z udziałem Skarbu Państwa tworzą liczne spółki zależne³⁴, których ilość można szacować na kilka, kilkanaście tysięcy³⁵. Skala zjawiska, jakim jest zaangażowanie państwa w gospodarkę, poprzez jego udział kapitałowy w spółkach handlowych, jest ogromna. Pojawiać się musi w tym miejscu pytanie o potrzebę, a nawet konieczność regulowania zagadnień związanych z nadzorem właścicielskim tak licznej grupy podmiotów.

Polski ustawodawca nie przewidział kompleksowego uregulowania prawnego w zakresie zarządzania swoją domeną, gdyż przepisy o funkcjonowaniu spółek Skarbu Państwa były w głównej mierze podporządkowane procesowi prywatyzacji. W ubiegłym wieku wagę przykładano bardziej do procesów prywatyzacyjnych niż nadzorczych³⁶. Spółki z udziałem Skarbu Państwa poddano ogólnemu reżimowi prawa spółek, wynikającemu z przepisów Kodeksu spółek handlowych³⁷, lecz charakteryzującemu się daleko idącymi odmiennościami wynikającymi z ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji³⁸, ustawy o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa³⁹ oraz wielu ustaw szczegółowych.

Obecnie, Skarb Państwa stoi na czele prawdopodobnie największej grupy kapitałowej w Polsce. Sprawowanie nadzoru właścicielskiego nad ponad tysiącem spółek handlowych niewątpliwie nie jest zadaniem łatwym i wymaga odpowiedniego zorganizowania tego procesu.

Według art. 2 pkt 5a ustawy o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa, minister właściwy do spraw Skarbu Państwa wykonuje uprawnienia wynikające z praw majątkowych Skarbu Państwa, także w zakresie praw z akcji i udziałów należących do Skarbu Państwa. Oznacza to uprawnienie do powoływania członków rad nadzorczych spółek Skarbu Państwa. W prawie polskim przyjęto zasadę, że członkowie rad nadzorczych reprezentujący w nich Skarb Państwa powinni posiadać określone kwalifikacje. Artykuł 12 pkt 7 u.k.p. przewiduje delegację

³⁴ Np. Polska Grupa Energetyczna S.A. powstała w wyniku realizacji rządowego Programu dla elektroenergetyki z roku 2006, www.mg.gov.pl.

³⁵ Skarb Państwa zakłada także nowe spółki i wnosi na podniesienie ich kapitału akcje podmiotów dotychczas nadzorowanych, co jedynie pozornie prowadzi do zmniejszenia ilości podmiotów pozostających w domenie.

³⁶ Szerzej o procesach prywatyzacyjnych zob. Z. Gawlik, *Oddanie przedsiębiorstwa państwowego do odpłatnego korzystania w celu prywatyzacji*, *Przemyśl* 2005, s. 22-64.

³⁷ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.

³⁸ Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji, t. jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 171, poz. 1397 z późn. zm., dalej jako: u.k.p.

³⁹ Ustawa z dnia 8 sierpnia 1996 r. o zasadach wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa, Dz. U. Nr 106, poz. 493.

ustawową do wydania przez Radę Ministrów rozporządzenia określającego warunki, jakie powinni spełniać kandydaci na członków rad nadzorczych. Wydano je w 2004 r.⁴⁰

Ogólnie rzecz ujmując, cały system szkolenia i egzaminowania należy ocenić jako wysoce niedoskonały⁴¹. Radcowie prawni, adwokaci i doktorzy nauk prawnych (lub ekonomicznych), na mocy § 5 ww. rozporządzenia, zostali (słusznie) zwolnieni z obowiązku składania egzaminu. Ustawodawca wyszedł bowiem z oczywistego założenia, że wiedza i umiejętności tych osób są co najmniej ekwiwalentne (by nie powiedzieć, że nieporównywalnie wyższe), aniżeli osób legitymujących się złożonym egzaminem. Zatem regulacja ta zasługuje na aprobatę. Występują jednak przepisy, które ocenić można jedynie negatywnie.

Przykładowo, zarządzenie nr 14 z 2005 r. Ministra Skarbu Państwa przewiduje, że przy powoływaniu członków rad nadzorczych należy uwzględniać wymagany skład zawodowy rad (tj. prawnik, ekonomista, specjalista branżowy). Wydaje się, że przepis ten należałoby skorelować z rozporządzeniem. Należy wyrazić przekonanie, że radcowie prawni, adwokaci, czy osoby posiadające co najmniej stopień doktora nauk prawnych, powinni zasiadać obligatoryjnie w radach nadzorczych spółek Skarbu Państwa. Stanowią oni bowiem element gwarancyjny kompetentnego wykonywania nadzoru właścicielskiego.

Kompetencje merytoryczne to jednak zbyt mało. Rozporządzenie wymaga także posiadania „predyspozycji i nieskazitelnej opinii”. Jakkolwiek są to przesłanki nieostre – radcowie prawni, adwokaci i pracownicy naukowemu zatrudnieni w uczelniach – przesłanki te spełniają automatycznie.

Warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden element, tj. niezależność członków rad nadzorczych. Załącznik II do Zalecenia Komisji Europejskiej w sprawie roli dyrektorów niewykonawczych lub będących członkami rady nadzorczej⁴² określa tzw. „profil” dyrektora niewykonawczego, akcentując jego niezależność. Kryterium to radcowie prawni i adwokaci spełniają *ex lege*. Warto tę kwestię podkreślić, szczególnie wobec faktu, że praktyka powoływania do rad nadzorczych spółek wskazuje na preferowanie urzędników Ministerstwa Skarbu Państwa, którzy w najmniejszym stopniu nie spełniają kryterium niezależności.

⁴⁰ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 7 września 2004 r. w sprawie szkoleń i egzaminów dla kandydatów na członków rad nadzorczych spółek, w których Skarb Państwa jest jedynym akcjonariuszem, Dz. U. Nr 198, poz. 2038 z późn. zm.

⁴¹ Szerzej zob. F. Grzegorzczak, *Zasady i tryb doboru kandydatów do rad nadzorczych spółek akcyjnych Skarbu Państwa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2010, nr 816, s. 76-78.

⁴² Zalecenie nr 2005/162/WE Komisji Europejskiej z dnia 15 lutego 2005 r. dotyczące roli dyrektorów niewykonawczych lub będących członkami rady nadzorczej spółek giełdowych i komisji rady (nadzorczej), Dz. Urz. UE L 52/51 z 25.02.2005 r.

Powyższe uwagi nakazują rozważenie formalnego i rzeczywistego wzmocnienia roli określonych kategorii osób w wykonywaniu nadzoru właścicielskiego nad spółkami Skarbu Państwa, szczególnie wzięwszy pod uwagę fakt, że zarówno ich kwalifikacje merytoryczne, jak i etyczne predestynują je do wykonywania omawianych funkcji. Jest to rozwiązanie dużo bardziej oczywiste, aniżeli tworzenie nowych i wysoce wątpliwych instytucji, jak np. Komitet Nominacyjny⁴³.

5. Podsumowanie

Ustalenia poczynione w tym krótkim opracowaniu pozwalają na sformułowanie jednej zasadniczej tezy. Mianowicie, istnieje wiele obszarów życia społeczno-gospodarczego, w których potrzeba dobrze wykwalifikowanych kadr, cechujących się wysokimi standardami etycznymi. Do obszarów tych zaliczyć można choćby nadzór korporacyjny nad spółkami publicznymi (coraz bardziej istotny w kontekście trwającego kryzysu finansowego) czy spółkami Skarbu Państwa (stanowiącymi wciąż niezwykle liczną kategorię podmiotów, pomimo podejmowanych wysiłków prywatyzacyjnych). Nadzór korporacyjny wymaga intensyfikacji i ma swoje potrzeby kadrowe. Dlatego musi nasuwać się refleksja o konieczności wykorzystania w tym względzie osób, które z racji wykonywanego zawodu, będą mogły stać się gwarantami właściwie sprawowanego nadzoru korporacyjnego. Do osób tych zaliczyć wypada radców prawnych, adwokatów czy przedstawicieli środowisk akademickich. Niewykorzystywanie kwalifikacji i standardów etycznych cechujących wymienione osoby, trzeba ocenić jako marnotrawstwo zasobów ludzkich, na które Państwa Polskiego nie stać.

⁴³ Uregulowany w Dziale III projektu ustawy o zasadach nadzoru właścicielskiego Skarbu Państwa z dnia 10 kwietnia 2009 r., druk sejmowy nr 3580, www.orka.sejm.pl.



Marlena Jankowska

Autor i prawo do autorstwa opinii prawnej stanowiącej utwór w rozumieniu prawa autorskiego

1. Mit autorstwa czy rzeczywistość – wprowadzenie

Teoretycy zajmujący się komparatystyką prawa autorskiego wydają się już nie mieć wątpliwości, a wręcz – po podnoszeniu licznych dyskusji poświęconych filozofii szeroko pojętego prawa własności intelektualnej – przyjmują na zasadzie paradygmatu, że to dwie teorie zbudowały podwaliny prawa autorskiego. Są to: utilitaryzm, stanowiący uzasadnienie dla rozwoju systemu *copyright* oraz teoria praw naturalnych, stanowiąca swoistą „latarnię” ku rozpoznaniu w powoli przyznawanych w XIX wieku prawach autora fundamentalnych praw człowieka. Całkiem niedawno J. Silbey zaproponowała jeszcze inne spojrzenie na prawa autorskie, a przede wszystkim na osobę autora, będącą jego centralnym punktem odniesienia¹. Autorka ta teoretyczne uzasadnienia, które legły u podstaw rozwoju prawa autorskiego, jak np. romantyczna wizja geniuszu tworzącego *ex nihilo* wypracowana w XVIII wieku, nazywa „mitami o powstaniu”, mającymi w tym przypadku w barwny sposób uzasadniać nabywanie praw autorskich przez twórcę. Uzasadnienie objęcia ochroną utworu z uwagi na zakotwiczoną w nim cechę „twórczości” lub „oryginalności” sprowadzano bowiem początkowo do niemalże mitycznych opowieści o autorze, geniuszu, posiadającym dar transcendentalnego wejrzenia w otaczającą go rzeczywistość², o którym mawiano, iż gdy przemawia,

¹ J. Silbey, *The Mythical Beginnings of Intellectual Property*, „George Mason Law Review” 2008, vol. 15, s. 319.

² „The author is presumed to have an almost transcendent insight – something which cuts beneath the mundane world of everyday appearance”. J.D.A. Boyle, *Search for an Author: Shakespeare and the Framers*, 37 „American University Law Review” 1988, nr 625, s. 626-628.

jego słowa nabierają nieskończenie nowych znaczeń³, który niczym prorok posiada unikalne wejrzenie w sprawę świata doczesnego. „Twórczy geniusz” (*creative genius*) czy też „twórcza iskra” (*creative spark*), terminy używane niezwykle często w literaturze i orzecznictwie amerykańskim, to pozostałości tej dawnej doktryny zdające się z całą mocą podkreślać tkwiące w autorze siły twórcze. Ludzkie upodobanie do snucia opowieści i układania mitów – czy to kosmologicznych o powstaniu świata, czy to antropogenicznych o powstaniu człowieka nie wydaje się być domeną jedynie starożytnych Greków lub Rzymian. Liczne teorie prawno-polityczne poświęcone chociażby umowie społecznej zawsze odwoływały się do wyobrażenia o pierwotnym stanie natury, w którym ludzie mieli tworzyć społeczną harmonię. W XVIII wieku niemieccy pisarze, tacy jak Kant czy Goethe, oraz francuscy encyklopedyści, czyniąc użytek z ludzkiego przywiązania do mitów i opowieści, zaczęli szerzyć w społeczeństwie romantyczną koncepcję autorstwa. Miała ona okazać się nie tylko kamieniem węgielnym dla rozwoju teorii prawa autorskiego, lecz nade wszystko miała wynieść osobę autora ponad inne osoby przyczyniające się do powstania książki, takie jak: składacze, edytorzy, wytwórcy papieru, drukarze i wydawcy. Twórca, uważany do tej pory za zwykłego rzemieślnika, zaczął zdobywać sławę, uznanie, a co za tym idzie, także lepsze usytuowanie finansowe. W XX wieku prawo autorskie, bazując wprawdzie na romantycznej wizji autorstwa, przyjęło liberalne podejście pozwalające na objęcie ochroną prawną możliwie obszernej grupy przedmiotów, w tym dóbr o ściśle użytkowym charakterze. Obecnie widoczne jest, że prawo autorskie, konfrontowane z postępem technicznym i użytkowym podejściem do przedmiotów ochrony, coraz częściej zmuszone jest do rozwiązywania wielu kwestii o praktycznym znaczeniu, które jeszcze kilka lat temu nie były przedmiotem szerszej debaty. Uwidacznia się wtedy, jak bardzo prawo autorskie zakorzenione jest w romantycznej koncepcji autorstwa. Przykładem na poparcie powyższego spostrzeżenia może być próba zakwalifikowania programu komputerowego jako utworu. W pierwszych ujęciach przedstawiania twórcy programu komputerowego jako autora w rozumieniu prawa autorskiego ponownie z odsieczą przyszła romantyczna teoria autorstwa, której w udziale przypadło wypracowanie wizji programisty, który „jak poeta [...] buduje swoje zamki w powietrzu, z powietrza, tworząc z wysiłku swojej wyobraźni”⁴. Tym samym ponownie uwzględniona została mocno zakorzeniona w umyśle człowieka potrzeba

³ D.L. Lange, *At Play in the Fields of the World: Copyright and the Construction of Authorship in the Post-Literate Millennium*, „Law & Contemporary Problems” 1992, nr 55, s. 143.

⁴ A.L. Clapes, P. Lynch, M.R. Steinberg, *Silicon Epics and Binary Bards: Determining the Proper Scope of Copyright Protection for Computer Programs*, 34 „UCLA Law Review” 1987, s. 1497.

usymbolicznienia pewnych aktów, sakralizowania świata oraz wsparcia się na pozarozumowych wyobrażeniach, przybierających postać mitów. Przedmiotem zainteresowania niniejszej publikacji jest autorstwo i prawo do autorstwa opinii prawnej, która stanowiąc przedmiot o charakterze użytkowym oraz przedmiot codziennego obrotu w praktyce prawniczej, rzadko postrzegana jest jako dobro niematerialne, a więc rezultat twórczości objęty ochroną prawa autorskiego.

2. Pojęcie opinii prawnej

Pojęcie opinii prawnej stanowi jedną z nadrzędnych kategorii pojęciowych, którymi posługują się na co dzień prawnicy. Okazuje się przy tym, że w praktyce stosowania prawa uważa się to pojęcie za tak oczywiste i jednoznaczne, że nie wymaga ono wyjaśnień, zwłaszcza definicyjnych. Z pewną dozą zainteresowania można dostrzec, że opinia prawna nie stanowi nie tylko pojęcia prawnego, lecz nie poświęca się jej jako kategorii pojęciowej zbyt wiele uwagi w orzecznictwie i piśmiennictwie. Wszelkie spostrzeżenia odnoszące się do opinii prawnej jako kategorii pojęciowej ogniskują się na jej merytorycznej zawartości, czasem, lecz rzadko, poświęca im się trochę uwagi w świetle rozważań natury autorskoprawnej.

Orzecznictwo, zajmując się opinią prawną jako przedmiotem ochrony, próbuje rozstrzygnąć zagadnienia ochrony informacji zawartych w opinii prawnej, często dochodząc do wniosku, że treść opinii prawnej stanowi informację publiczną⁵. Warto wskazać na orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2010 r., w którym odniesiono się przy tym do relacji ochrony informacji i ochrony autorskoprawnej⁶. Sąd zauważył, że „informacją publiczną są nie tylko dokumenty bezpośrednio zredagowane i technicznie wytworzone przez organ administracji

⁵ Por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 czerwca 2007 r., sygn. akt II SAB/Wa 175/06, LEX nr 340013 („opinia prawna sporządzona przez pracownika organu dla potrzeb załatwienia konkretnej sprawy, czy też bliżej nieokreślonej liczby spraw, jako dokument wewnętrzny, służący załatwianiu spraw i realizacji zadań organu, posiada walor informacji publicznej”); wyrok WSA w Lublinie z dnia 17 sierpnia 2010 r., sygn. akt II SAB/Lu 44/10, LEX nr 607201 („opinia prawna sporządzona przez pracownika organu dla potrzeb załatwienia konkretnej sprawy, czy też bliżej nieokreślonej liczby spraw, jako dokument wewnętrzny, służący załatwianiu spraw i realizacji zadań organu, posiada walor informacji publicznej”); inaczej wyrok NSA w Warszawie z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt I OSK 89/09, LEX nr 590773 („opinia prawna sporządzona na użytek organu administracji publicznej w przedmiocie zasadności wszczęcia w przyszłości postępowania w konkretnej sprawie cywilnej, nie stanowi informacji publicznej w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej”).

⁶ Sygn. akt I OSK 1774/10, LEX nr 745166.

publicznej, ale przymiot taki będą posiadać także te, których organ używa do zrealizowania powierzonych prawem zadań nawet, gdy prawa autorskie należą do innego podmiotu. Bez znaczenia wówczas jest to, w jaki sposób znalazły się one w posiadaniu organu i jakiej sprawy dotyczą. Ważne natomiast jest to, by dokumenty takie służyły realizowaniu zadań publicznych przez organ i odnosiły się do niego bezpośrednio. [...] Wszak nie chodzi tu o rozporządzanie prawami autorskimi, lecz o dostęp do treści dokumentu stworzonego na zlecenie organu administracji publicznej, realizowany w trybie i na zasadach ustawy o dostępie do informacji publicznej”. W podobnym ujęciu było rozważane pojęcie „opinii prawnej” przez Sąd Pierwszej Instancji w wyroku z dnia 23 listopada 2004 r. w sprawie *Maurizio Turco v. Rada Unii Europejskiej*⁷.

Biorąc pod uwagę, że pojęcie opinii prawnej nie zostało uściślone na poziomie orzecznictwa, przy czym doktryna też nie zajmuje się tym przedmiotem prawa zbyt obszernie, niezbędne będzie uściślenie pojęcia opinii prawnej na niniejsze cele. Jest to tym bardziej istotne, że powszechnie nie kwestionuje się, że opinia prawna może stanowić utwór w rozumieniu prawa autorskiego. Praktyczny wymiar takiej kwalifikacji prawnej jest przy tym najbardziej widoczny w aspekcie podatkowym co do możliwości zastosowania 50% kosztów uzyskania przychodów⁸, przy czym w literaturze i orzecznictwie niewiele poświęca się uwagi kwestiom, takim jak: autorstwo opinii prawnej, zakres jej ochrony prawnej, sporządzanie opinii prawnej na zlecenie organów publicznoprawnych lub aspektom praktycznym, takim jak poszanowanie prawa do autorstwa opinii prawnej lub *ghostwriting*.

Nie próbując definiować tego pojęcia przy użyciu słowników języka polskiego, można na potrzeby niniejszej publikacji oprzeć się na definicji, zgodnie z którą opinią prawną jest „pomocniczy materiał analityczny związany z praktycznymi problemami prawnymi dotyczącymi jednostkowej sprawy lub konkretnego przypadku. Zazwyczaj sporządzany jest na zamówienie przez wykwalifikowanego prawnika, najczęściej adwokata lub radcę prawnego. W zależności od specyfiki i złożoności przedmiotu opinii

⁷ Sprawa *Maurizio Turco v. Rada Unii Europejskiej*, sygn. T-84/03, ZOTSiSPI 2004/11-12/II-04061. W przedmiotowym wyroku stwierdzono, że „pojęcie »opinia prawna«, o którym mowa w art. 4 ust. 2 tiret drugie rozporządzenia nr 1049/2001 w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji, należy rozumieć w ten sposób, że ochrona interesu publicznego może stać na przeszkodzie ujawnieniu treści dokumentów sporządzanych przez Służbę Prawną Rady w ramach postępowania sądowego, jak również do wszelkich innych celów [...]. W niniejszym przypadku pojęcie »opinii prawnej« samo w sobie nie powoduje trudności wykładni, wobec czego nie można przyjmować, że obejmuje ono jedynie opinie sporządzone w ramach postępowania sądowego”.

⁸ Por. pismo Ministra Kultury z dnia 29 kwietnia 2002 r., sygn. DP/WPA.024/118/02.

może być ona mniej lub bardziej obszerna i kompleksowa, może w szczególności obejmować wiele dziedzin prawa, odnosić się do norm, orzecznictwa oraz doktryny i teorii prawa⁹. Należy dodać, że opinia prawna posiada bardzo szeroki zakres znaczeniowy. Pojęcie to można odnosić do kwalifikacji stanu faktycznego w świetle powinnościowego zachowania wytyczonego przez normy prawa i orzecznictwo, analizy prawnej dokumentu, interpretacji normy prawnej lub wskazania procedury prowadzącej do pożądanego przez zamawiającego celu. Nie ma to jednak najczęściej istotnego znaczenia dla rozważań o charakterze autorskoprawnym, które w równym stopniu mogą dotyczyć każdego z wyżej wymienionych dokumentów. Z tego też względu należy zauważyć, że podjęte w niniejszej publikacji rozważania w pewnych przypadkach można rozszerzyć także na obszerniejszą informację prawną i analizę prawną.

3. Opinia prawna jako utwór

Zgodnie z art. 1 § 1 ustawy o prawie autorskim¹⁰, utworem jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. W szczególności przedmiotem prawa autorskiego są utwory:

- wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe);
- plastyczne;
- fotograficzne;
- lutnicze;
- wzornictwa przemysłowego;
- architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne;
- muzyczne i słowno-muzyczne;
- sceniczne, sceniczno-muzyczne, choreograficzne i pantomimiczne;
- audiowizualne (w tym filmowe).

Powyższa definicja ustawowa pozwala na określenie cech utworu, na które składają się twórcze i indywidualne opracowanie tematu oraz możliwość ustalenia dzieła. Wymóg twórczości wskazuje na związek z pojęciem oryginalności, czyli samoistości lub – inaczej mówiąc – brakiem powtórzenia. Pojęcie utworu dopełnia się, gdy spełniona jest przesłanka indywi-

⁹ Definicja pochodzi ze strony: http://pl.wikipedia.org/wiki/Opinia_prawna [stan na dzień 05.11.2011 r.].

¹⁰ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, t. jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm., dalej jako: pr. aut.

dualności dzieła. Przy wielu próbach definiowania tego pojęcia bez wątpienia sprawdza się teoria jednorazowej statystyczności Maxa Kummera, zgodnie z którą bada się, czy rezultat pracy twórczej jest wystarczająco niepowtarzalny przy założeniu, że temat opracowywałoby samodzielnie kilku twórców. Jak wskazano w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2005 r., „możliwość uzyskania analogicznego rezultatu przez różnych autorów nie stanowi samodzielnej przesłanki wykluczającej przypisanie danemu przejawowi działalności twórczej charakteru indywidualnego w rozumieniu art. 1 ust. 1 pr. aut. Nawet wtedy, gdy możliwe jest, że różne osoby zdołają osiągnąć taki sam rezultat, cecha indywidualnego charakteru dzieła nie powinna być negowana, jeżeli poszczególne elementy twórczego wyboru i przedstawienia nie są tożsame, zwłaszcza gdy przy kształtowaniu treści i formy dzieła twórca korzystał z obszaru swobody, a niezależnie od pewnych wymogów z góry postawionych, rezultat pracy nie był przez te wymagania całkowicie zdeterminowany”¹¹. Elementami wpływającymi na dostrzeżenie cechy indywidualności są: wybór, układ, forma opracowania, które przy częściowo zdeterminowanym wyniku pracy lub metod badawczych pozwoli na indywidualne ukształtowanie dzieła. Nawet prace o małej objętości, takie jak informacja prawna lub krótka interpretacja postanowień umowy, mogą być uznane za utwór w rozumieniu prawa autorskiego, jeżeli wykaże się istnienie cechy „osobliwości pomysłu umiejętności ujęcia i wyrażenia tematu”¹². Dzieło nie podlega przy tym badaniu pod względem jakościowym i ilościowym w aspekcie spełnienia tej cechy, co prowadzi do wniosku, że „ochrona zanika dopiero tam, gdzie ustaje sama możliwość indywidualnej pracy lub gdzie odtworzenie faktów jest tylko powtórzeniem w formie pozbawionej wszelkiej samodzielności (tablica mnożenia, ogłoszenia)”¹³. Wydaje się, że w celu zobrazowania tych wymogów, warto porównać opinię prawną do projektu technicznego lub ekspertyzy, które wymagają również specjalistycznej wiedzy i fachowego opracowania. W jednej z takich spraw Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 9 listopada 2006 r. uznał, że „nie jest utworem w rozumieniu prawa autorskiego opracowanie stanowiące jedynie zastosowanie nawet wysokospecjalistycznej wiedzy technicznej, jeżeli jego treść jest z góry zdeterminowana obiektywnymi warunkami i wymaganiami technicznymi oraz charakterem realizowanego (rozwiązywanego) problemu (zadania) technicznego”¹⁴.

¹¹ Sygn. akt IV CK 763/04, OSNC 2006, nr 5, poz. 92.

¹² Tak w uzasadnieniu wyroku SN z dnia 21 marca 1938 r., sygn. akt II 2531/37.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Sygn. akt I ACa 490/06, LEX nr 298567; sprawa dotyczyła projektu wykorzystania ciepła odpadowego z maszyn drukarskich zlokalizowanych w halach produkcyjnych. Powódka sporządziła projekt koncepcyjny dotyczący instalacji odzysku ciepła i eg-

4. Pojęcie utworu naukowego a opinia prawna

W świetle powyższych rozważań należy wskazać, że szczególnie wiele wątpliwości co do ochrony prawnej i jej zakresu budzą dzieła niefikcyjne – wśród których wyróżnić można utwory naukowe i utwory techniczne – oraz drobne przedmioty prawa autorskiego. Należy także uwzględnić okoliczność, że opinia prawna może stanowić utwór naukowy. Chociaż ustawa nie wprowadza definicji legalnej terminu „utwór naukowy”, to w doktrynie określa się go zgodnie jako „rezultat naukowego procesu poznawczego i który jednocześnie, w swej podstawowej funkcji komunikacyjnej, nie jest zorientowany »na siebie«, jak utwory artystyczne, lecz na przedstawienie obiektywnie istniejącej rzeczywistości”¹⁵. Zważywszy na fakt, że opinia prawna stanowić może analizę składającą się z określonych metodologicznie elementów, jest zbiorem logicznie i rzeczowo uporządkowanych twierdzeń prawniczych oraz jest wynikiem wnioskowań prawniczych prowadzonych zgodnie z zasadami teorii prawa wykazywać ona będzie wiele cech charakterystycznych dla utworu naukowego. Z tego względu, zastanawiając się nad zakresem ochrony autorskoprawnej opinii, należy uwzględnić uwagi dotyczące tekstowych i pozatekstowych składników dzieła naukowego, zwłaszcza z tego względu, że te drugie co do zasady znajdują się poza ochroną prawa autorskiego. Zgodnie ze sprostowaniem A. Szewca, składniki pozatekstowe dzieła stanowią:

- 1) temat pracy,
- 2) pomysł badawczy,
- 3) fakty naukowe,

zemplarz zawierający dopisek, że stanowi on autorskie opracowane powódki i jako własność intelektualna podlega prawnej ochronie, udostępniła pozwanej. W oparciu o projekt pozwana zleciła sporządzenie opracowania, w związku z czym sąd ustalał, czy projekt podlegał ochronie prawa autorskiego. W powyższej sprawie uznał, że „w judykaturze przyjmuje się, że w pewnych okolicznościach również »dzieło techniczne« (projekt, dokumentacja, opinia techniczna) może być uznane za utwór w rozumieniu prawa autorskiego. Warunkiem przyznania ochrony prawnoautorskiej jest jednak, aby tego rodzaju opracowanie charakteryzowało się specyficznymi, będącymi wynikiem indywidualnej kreacji autora, elementami, wyrażającymi się w sposobie doboru i prezentacji danych oraz ich interpretacji, a także w formie osobistego i swobodnego (w pewnym chociaż zakresie) ich ujęcia (por. wyrok SN z dnia 30 czerwca 2005 r., sygn. akt IV CK 763/04, OSNC 2006, z. 5, poz. 92; zob. też J. Barta, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Dom Wyd. ABC, Warszawa 2001, s. 85 i podane tam przykłady z orzecznictwa”.

¹⁵ A. Szewc, *Dzieła naukowe i ich status w prawie autorskim*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 10, s. 24-26, cyt. za: J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiakalski, R. Markiewicz, E. Traple, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Warszawa 1995, s. 129.

- 4) rozumowanie (wyjaśnianie, wnioskowanie, dowodzenie, interpretacja),
- 5) dobór faktów i rozumowań,
- 6) synteza naukowa,
- 7) systematyzacja, klasyfikacja.

Powyższe uwagi można zobrazować istniejącym w doktrynie sporem co tego, czy prawo autorskie chroni tylko formę, czy także treść. Należy podkreślić, że dyskusja poświęcona formie i treści utworu toczy się w doktrynie od dawna i nie sposób w całości przywołać jej przy okazji niniejszych rozważań. Można tylko krótko nakreślić jej rozmiar poprzez naświetlenie sporu pojęciowego stanowiącego podstawę ujęcia tematu, zaczynając już od kwestii tak podstawowych, jak wyjaśnienie pojęć „treść” i „forma”, co do których chociażby R. Ingarden zaproponował 7 par tych pojęć i ich wzajemnego stosunku względem siebie¹⁶. Na potrzeby niniejszej analizy można opowiedzieć się za aktualnością rozważań A. Kopffa, który w oparciu o doktrynę germańską dzielił strukturę utworu na trzy warstwy:

- 1) formę wewnętrzną (dobór, gradacja, następstwo argumentów, kompozycja całości pracy);
- 2) formę zewnętrzną (aspekt językowo-stylistyczny, dobór słów, budowa zdań);
- 3) obraz zindywidualizowany.

W oparciu o taki podział wyraził pogląd, że utwór naukowy korzysta z węższej ochrony w porównaniu z utworem artystycznym ze względu na to, że w tych drugich obraz zindywidualizowany jest stworzony w całości przez autora, podczas gdy w utworach naukowych jest jedynie odkryciem istniejącego stanu faktycznego (np. prawdy naukowej, prawa fizyki). W związku z powyższym, jego zdaniem, w utworach naukowych na ochronę zasługiwała tylko forma wewnętrzna i zewnętrzna, a nie treść, czyli obiektywna prawda¹⁷.

5. Autor opinii prawnej

Kwestia struktury utworu oraz ustalenie zakresu jej ochrony ma istotne znaczenie z punktu widzenia ustalenia autora utworu, a tym samym najczęściej osoby pierwotnie uprawnionej z tytułu praw autorskich. Przypo-

¹⁶ R. Ingarden, *Ze studiów nad zagadnieniem formy i treści dzieła sztuki*, [w:] idem, *Studia z estetyki*, t. 2, Warszawa 1958, s. 319.

¹⁷ A. Kopff, *Co chronimy w dziełach naukowych?* (Polemika z E. Czepitą i M. Staszkowem), „Państwo i Prawo” 1978, z. 6, s. 122.

mniana pokrótce dyskusja poświęcona podziałowi na formę i treść przekłada się bardzo wyraźnie na ustalenie twórcy dzieła. Zastanawiać przecież może, kto stanie się autorem opinii prawnej – czy tylko osoba dokonująca opracowania pisemnego, czy także osoba pomagająca przy tworzeniu opinii prawnej poprzez dyskusję, wskazanie kwestii wymagających opisanie lub kwestii, które mogą nakierować na właściwe wnioski. Można w tym miejscu przytoczyć spór prawny, jaki zaistniał pomiędzy A. Kopffem a E. Czepitą i M. Staszkiem na gruncie dość ciekawego wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 września 1976 r.¹⁸ W przedmiotowej sprawie rozstrzygano, czy udział profesora w powstaniu skryptu stanowił wystarczający wkład twórczy, by uznać go za skutkujący nabyciem przez niego miana współautora skryptu. Jego udział miał polegać na wsparciu młodszego pracownika w postaci dostarczenia notatek, pomocy w opracowaniu konspektu i poprawie tekstu. Przywołany stan faktyczny mógłby także dotyczyć przykładowo opinii prawnej powstającej przy udziale kilku osób, z których jedna ją opracowuje, a zespół ustala rozwiązania prawne, które należy uznać za słuszne w konkretnej sprawie. W wyroku Sąd uznał, że „wkład twórczy profesora wyższej uczelni przy opracowywaniu wspólnie z adiunktem tejże uczelni skryptu służącego do nauki przedmiotu wykładanego przez tego profesora może polegać nie tylko na wspólnym pisanii skryptu, ale także na wykorzystaniu notatek z wykładów, będących owocem pracy naukowej profesora. Dla uznania profesora za współautora skryptu wystarczające jest także opracowanie go przez adiunkta w porozumieniu z profesorem na podstawie wyników badań naukowych i koncepcji naukowych będących owocem pracy naukowej profesora oraz według jego wskazówek co do układu i treści”. W oparciu o powyższe orzeczenie prezentowane było stanowisko, że ochroną autorskoprawną objęta jest także treść utworu naukowego. Wnioskowanie tego rodzaju wydaje się uzasadnione tylko przy bardzo pobieżnej analizie tezy orzeczenia. Należy przy tym wskazać, że już w uzasadnieniu do wyroku Sąd przyjął, że „o prawie autorskim decyduje wkład twórczy, bez którego dzieło nie powstałoby. Wkład twórczy może przejawiać się w różnej postaci, m.in. w zależności od rodzaju utworu (literacki, naukowy, artystyczny)”. Należy uściślić, że wkładu twórczego nie mogą stanowić same wyniki naukowe lub ogólne koncepcje, czyli składniki tworzące treść. Stanowisko to Sąd Najwyższy rozwinął w wyroku z dnia 29 października 1979 r., w którym powołując się na poprzednie orzeczenie, wskazał, że „w orzecznictwie przyjmuje się taką właśnie wykładnię, według której autorstwo utworu literackiego, naukowego czy artystycznego nie wymaga osobistego napisania [...] utworu przez jego autora”, a więc utrwalenia, lecz istotne jest przy tym, by wkład

¹⁸ Sygn. akt IV CR 329/76, OSNCP 1977, z. 9, poz. 163.

miał charakter indywidualizujący i konkretyzujący osobę autora¹⁹. Należy mieć w związku z tym na uwadze możliwość ustalenia wkładu danej osoby przybierającego postać formy, a nie tylko treści. Także R. Markiewicz na podstawie opisanego stanu faktycznego w sprawie z 1976 r. słusznie pyta, czy kwestia współautorstwa mogłaby wypaść w ocenie sądu inaczej, gdyby udział profesora był ograniczony tylko do koncepcji naukowych niepełniających przesłanki twórczości²⁰.

W literaturze przyjmuje się, że współautorstwo może wyglądać różnie na przykładzie różnych gatunków twórczości i w różnych dyscyplinach naukowych. Względem prac o charakterze humanistycznym, w tym prawniczych, stwierdza się, że samo przedstawienie problemu naukowego, pomoc w sprecyzowaniu tematu lub konsultacje nie będą prowadziły do rozszerzenia ilości współautorów jednego dzieła²¹. Ma to istotne znaczenie w punktu widzenia określenia autorstwa opinii prawnej, która często jest wynikiem pracy sztabu osób w kancelarii, z których jedna ją pisze, kilka konsultuje w zespole, uzgadniając wnioski, jeszcze inna osoba dostarcza pomysłu na ujęcie tematu, kolejna wskazuje na potrzebę rozszerzenia określonego wątku opinii, następna poprawia opinię pod względem stylistycznym²², a jeszcze inna prezentuje uzyskane wnioski na spotkaniu z klientem. Zgodnie ze stanowiskiem R. Markiewicza, przedmiotem ochrony prawa autorskiego jest wkład twórczy, nie zaś samodzielnie wynik naukowy pracy jako pozbawiony cech indywidualności²³. W związku z tym współautorstwo zachodzi wówczas, gdy każdy podmiot wniesie własny wkład twórczy wyróżniający się tą cechą. W takim ujęciu wartość lub odkrywczy charakter pracy będą pozbawione ochrony autorskiej. W literaturze postawiono tezę o dopuszczeniu do miana autora kierownika projektu tylko na podstawie udziału w wyszukiwaniu problemu,

¹⁹ Sygn. akt IV CR 353/79, OSNC 1980, z. 1-2, poz. 40. W tej sprawie sąd zajmował się zagadnieniem wkładu twórczego polegającego na wykorzystaniu scenariusza w filmie *Biały samochódzik*. Scenariusz nie został przekazany w utrwalonej formie, w związku z czym sąd musiał zdecydować na czym polega różnica między pomysłem na scenariusz a ustaleniem scenariusza, co istotnie decydowało o nieistnieniu lub istnieniu ochrony prawnej.

²⁰ R. Markiewicz, *Ochrona prac naukowych*, ZNUJ. PWiOWI 1990, z. 50, s. 52.

²¹ Wyrok SN z dnia 18 listopada 1969 r., sygn. akt V KRN 267/69, OSNKW 1970, z. 1, poz. 4; K. Daszkiewicz, W. Daszkiewicz, *Glosa do wyroku SN z dnia 18 listopada 1969 r., V KRN 267/69, „Państwo i Prawo” 1973, z. 5, s. 169-175.*

²² Por. wyrok SN z dnia 7 listopada 2003 r., sygn. akt V CK 391/2002, w którym uznano, że „wprowadzenie do utworu [...] poprawek niemających charakteru merytorycznego, a jedynie będących poprawkami stylistycznymi czy korektorskimi, nie jest przejawem działalności twórczej i nie uzasadnia przyznania osobie, która dokonała takich poprawek, przymiotu współtwórcy utworu”, *„Biuletyn Sądu Najwyższego” 2004, nr 4.*

²³ R. Markiewicz, *op. cit.*, s. 53.

kierowania pracami i formułowania wniosków końcowych do projektu. Przykładu dostarczają projekty nauk eksperymentalnych, które wymagają kierowania pracami typu badawczego i laboratoryjnego. Należałoby wtedy co najmniej wykazać, że wkład osoby kierującej badaniami polega na zleceniu pracownikom nieuczestniczącym bezpośrednio w rozwiązaniu określonego problemu badawczego czynności technicznych i badawczych prowadzących do odpowiedniego ujęcia zagadnienia²⁴. Takie wnioskowanie wydaje się być powszechnie przyjęte. Także w literaturze amerykańskiej, w której przesłanka utrwalenia dzieła stanowi element konstytutywny istnienia utworu, szczególnie dużo uwagi poświęcono statusowi osoby utrwalającej utwór²⁵, co pozwoliło także na zajęcie się statusem osoby kierującej procesem powstania utworu. W zgodzie z poprzednimi uwagami pozostaje także orzecznictwo amerykańskie, zwłaszcza teza przyjęta w sprawie *Lindsay v. R.M.S. Titanic* z 1999 r.²⁶ Uznano w niej, że osoba sprawująca wysoki stopień kontroli nad procesem wykonywania fotografii, może zostać uznana za autora, nawet jeżeli to nie ona fizycznie robi zdjęcie. Kontrola ta powinna jednakże prowadzić do zamieszczenia w utworze twórczych elementów i nie powinna ograniczać się do zwykłego zatwierdzania zmian utworu.

W piśmiennictwie, zwłaszcza niemieckim, coraz częściej pojawia się stanowisko, że ochrona utworu naukowego powinna zostać rozszerzona na treść utworu naukowego, co istotnie wpłynęłoby na zakres podmiotowy współtwórców dzieła. Szczególnie wyraźnie ujął to H.G. Hauffe, który dopuszczał sytuację, w której lekarz asystujący mógłby zobowiązać się wobec lekarza głównego, że poda go jako współautora publikacji niezależnie od ilości wkładu tego drugiego, uznając że każde zdanie jest „współpisane przez ducha kliniki”²⁷. W takim rozumieniu można byłoby mówić

²⁴ K. Daszkiewicz, W. Daszkiewicz, *op. cit.*, s. 175.

²⁵ Por. orzeczenie *Meltzer v. Zoller*, 520 F. Supp. 847, D.N.J. 1981; *Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Lab. Inc.*, 609 F. Supp. 1307, E.D.Pa 1985; *Adrien v. Southern Ocean County Chamber of Commerce*, 927 F.2d 132, 3d. Cir., 1991; T.M. Brady, *Note, Manifest Intent and Copyrightability: The Destiny of Joint Authorship*, „Fordham Urban Law Journal” 1989, nr 17, s. 292-293.

²⁶ *Lindsay v. R.M.S. Titanic*, 52 „United States Patents Quarterly” 2d 1609, S.D.N.Y. 1999, w przedmiotowej sprawie Lindsay robił reportaż o Titaniku za pomocą sprzętu rozjaśniającego scenię. Jego wkład twórczy polegał na tym, że rozrysował poszczególne kadry filmu, wskazał dokładnie kąt rozsyłu blasku kamer, sekwencję kamerowania, skonstruował wieżyczki do rozświetlania. Ekipa sporządzająca reportaż nie uznała wkładu Lindsaya za twórczy i bez jego zgody udzieliła licencji stacji Discovery Channel na emisję programu. Lindsay żądał przed sądem uznania jego praw autorskich.

²⁷ H.G. Hauffe, *Der Künstler und sein Recht*, München 1956, s. 137, cyt. za: D. Leuze, *Die Urheberrechte der wissenschaftlicher Mitarbeiter*, „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht” 2006, z. 7, s. 553.

także o „duchu kancelarii”, co pozwoliłoby na zaliczanie do grupy współautorów opinii prawnej niebezpiecznie dużej grupy osób niezależnie od tego, czy ich wkłady byłyby twórcze, czy nie. Nie budzi wątpliwości, że o ile zapatrywanie H.G. Hauffe’a należy do ciekawych, to nie sposób się za nim opowiedzieć. Nie zmienia to faktu, że w doktrynie prawa niemieckiego coraz częściej pojawia się stanowisko, że ochrona prawa autorskiego powinna zostać rozszerzona na treść utworu naukowego. Takie szerokie ujęcie zaproponował H. Haberstumpf, przy czym poparcie dla niego wyrazili w literaturze D. Leuze, M. Altenpohl, O. Smidt i P. Götting. Należy wskazać, że w literaturze, zwłaszcza amerykańskiej, prezentowana była także koncepcja tzw. *de minimis approach*, zgodnie z którą brak spełnienia wymogu twórczości względem wkładu do dzieła jeszcze nie przesądzałby o braku możliwości uznania jego twórcy za współautora dzieła. Ten nurt liberalny prezentowany był przez M.B. Nimmera. W takim ujęciu nawet pomysłodawca mógłby stać się współautorem dzieła, jeżeli jego wkład, który nie spełnia przesłanki oryginalności, stanowić będzie utwór w połączeniu z wkładem innego autora. Kierunek ten w Stanach Zjednoczonych został zarzucony, z uwagi na fakt, że niebezpiecznie rozszerzał zakres podmiotowy twórców na pomysłodawców, przy czym nawet w amerykańskiej ustawie o prawie autorskim (§ 102 b) wyrażono zasadę, że pomysły nie są objęte ochroną prawa autorskiego²⁸.

Powszechnie dostrzega się, że w Polsce, Niemczech, Anglii i Francji przychylniejsze jest stanowisko obejmujące ochroną prawa autorskiego możliwie najszerszy zakres przedmiotowy, co widoczne jest w obejmowaniu ochroną prawną nawet rozkładu kolejowego lub instrukcji obsługi maszyn²⁹. Potwierdza to wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 października 1997 r., w którym wskazano, że „uzależnienie ochrony od występowania w utworze cechy indywidualności nie oznacza, aby cecha ta miała przejawiać się w jakimś określonym stopniu jej natężenia. Także w razie minimalnego stopnia indywidualności dopuszczalne jest kwalifikowanie ujawniającego tę cechę utworu jako przedmiotu prawa autorskiego”³⁰. Stanowisko liberalne w doktrynie prawa polskiego pojawiło się już w latach 30. XX wieku, kiedy Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 8 listopada 1932 r. wskazał, że przedmiot ochrony powinien być rozumiany bardzo szeroko, w związku z czym ochronie podlega „wszelka twórczość bez

²⁸ T.M. Brady, *Note...*, s. 287-288.

²⁹ Por. K. Jasińska, *Glosa do wyroku SN z dnia 27 lutego 2009 r., I CSK 337/08, LEX/el.* 2009, cyt. za: M.B. Nimmer, P.E. Geller, *International Law and Practice*, § 2[1][b] [i] UK-19 i 20; § 2[1][b][iii], Fra-20; § 2[1][b] Ger-26 i 27, § 2[4][c] Ger-35-37; W.J. Kopacz, *Nestlé v. General Foods Get up Protection in France*, „European Intellectual Property Review” 1980, nr 2, s. 56-57.

³⁰ Sygn. akt I ACa 477/97, LEX nr 533708.

względem na jej postać, jakość i rozmiary oraz bez względu na to, czy uze-
wnętrzniła się ona w treści dzieła, czy też w samej tylko formie”³¹. W tym
przypadku zgodzić się należy tylko co do tego, że chroniony jest wkład
twórczy „niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia”.
Poza tym nie jest to takie oczywiste, czy wystarczy, by wkład twórczy uwi-
dadniał się w treści dzieła. Enumeracja ta, wyrażona w art. 1 ust. 1 pr. aut.,
nie wskazuje, by treść dzieła miała zyskiwać ochronę autorskoprawną.

W odniesieniu do opinii prawnej tworzonej „przez kancelarię” należy
uściślić, że autorem może być tylko osoba fizyczna. Nabycie statusu twór-
cy następuje na podstawie faktu prawnego, na który składa się „przejaw
działalności twórczej o indywidualnym charakterze”, możliwy do wyka-
zania tylko przez człowieka³². Zasada ta określana jest jako tzw. zasada
twórcy, której szczególnie dużo uwagi poświęcono w doktrynie prawa
niemieckiego. Jest to tzw. *Schöpferprinzip*. Zasada twórcy ma poza tym na
celu nie tylko przypisanie autorstwa osobie fizycznej, lecz przede wszyst-
kim rzeczywistemu twórcy. W szerokim ujęciu można wskazać, że na za-
sadę twórcy składają się dwa elementy:

- 1) pochodzenie utworu od osoby fizycznej,
- 2) podanie jako autora rzeczywistego twórcy.

Dlatego też w literaturze prawa niemieckiego pojawia się także określe-
nie tej zasady jako „zasady prawdziwości autorstwa”, tzw. *Urheberwahrhe-
itsprinzip*³³. Chociaż kwestii autorstwa osób prawnych poświęcono wiele
miejsca w literaturze zagranicznej, to należy zauważyć, że osoba praw-
na nie może być autorem. Zasada ta przejawia się także w ten sposób, że
niezależnie od tego, czy twórca stworzył dzieło, będąc w stosunku pracy,
umowy zlecenia lub umowy o dzieło, pozostaje on autorem tego utworu.
Ma to szczególne znaczenie z punktu widzenia nabycia praw osobistych
i majątkowych do opinii prawnej jako utworu, których istnienie istotnie
może ograniczać rozpowszechnianie dzieła przez kancelarię lub wprowad-
zanie do niego zmian przez pozostałych pracowników kancelarii.

³¹ OSN (Zb. Urz. Karny) 1933, nr 1, poz. 7, cyt. za: K. Jasińska, *op. cit.*, por. także orze-
czenie SN z dnia 31 marca 1953 r., w którym stwierdzono, że „pod ochroną prawa
znajduje się każde dzieło o cechach osobistej twórczości, bez względu na jego war-
tość, także wtedy, gdy dzieło stworzono dla celów praktycznych, byle tylko dzieło
przynajmniej pod względem formy wykazywało pewne elementy twórcze”, cyt. za:
J. Barta, *Wzory przemysłowe w prawie autorskim krajowym i międzynarodowym*, ZNUJ.
PWiOWI 1983, z. 32, s. 111.

³² R.M. Sarbiński, *Utwór fotograficzny i jego twórca w prawie polskim*, Kraków 2004, s. 205.

³³ M. Rehbindler, *Urheberrecht, Ein Studienbuch*, München 1998, s. 114; H. Hubman,
Urheber- und Verlagsrecht, München 1966, s. 110; H. Püschel, *Urheberrecht im Überblick*,
Freiburg 1991, s. 42.

6. Pomysł, koncepcja, styl jako elementy pozbawione ochrony autorskoprawnej

Powszechnie nie budzi wątpliwości, że nie są objęte ochroną odkrycia, idee, procedury, metody i zasady działania oraz koncepcje matematyczne. Wynika to także z przepisu art. 1 ust. 2¹ pr. aut. Jest to postanowienie, które znalazło swoją normatywną postawę wiążącą w ustawach autorskoprawnych wielu krajów. Więcej problemu sprawia ustalenie, czy w konkretnej sprawie mamy do czynienia już ze sposobem wyrażenia, czy z desygnatem wyżej wskazanych pojęć.

Relacja pomysłu i sposobu jego wyrażenia stanowi konkretyzację teoretycznych rozważań na temat stosunku treści i formy utworu. W praktyce bardzo trudno ustalić, czy w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z pomysłem, czy z formą wyrażenia³⁴. Dość dobrego zobrazowania powyższej kwestii dostarcza orzecznictwo amerykańskie, które wielokrotnie pokazywało, że nakreślenie granicy między abstrakcyjnym pomysłem a jego sposobem realizacji, przy braku jakichkolwiek obiektywnych podstaw teoretycznych, ma charakter incydentalny i niepewny³⁵.

Szczególnie interesujące z punktu widzenia zakresu ochrony opinii prawnej jest zagadnienie dopuszczalności ochrony stylu tej opinii. Jak wiadomo, coraz częściej dba się w kancelariach prawnych o jednolitość stylu pism prawnych, obejmującego najdrobniejsze szczegóły, takie jak czcionka, jej rozmiar, rozstawienie poszczególnych części pism, sposób przytaczania ustaw, sposób zaznaczania ważnych fragmentów tekstu, już nie wspominając o używaniu rozpoznawalnego papieru (np. kolor i grubość kartki) oraz o dodawaniu logo kancelarii w wybranym miejscu na stronie. W literaturze można znaleźć opracowania opisujące pojęcie stylu w szerszym i węższym znaczeniu³⁶. Niewątpliwie w odniesieniu do stylu opinii prawnej szczególne znaczenie mają rozważania dotyczące stylu w węższym znaczeniu. Pod tym pojęciem rozumie się często indywidualizację osobowości twórcy. W tym ujęciu pojęcie to jest używane od dawna, czego

³⁴ A. Cruz, *What's the Big Idea behind the Idea-Expression Dichotomy? – Modern Ramifications of the Tree of Porphyry in Copyright Law*, 18 „Florida State University Law Review” 1990, nr 221, s. 222; F.W. Grosheide, *When Ideas Take the Stage*, „European Intellectual Property Review” 1994, nr 6, s. 220.

³⁵ L.S. Waltrip, *Copyright Law – the Idea-Expression Dichotomy: Where has it gone?*, „Southern Illinois University Law Journal” 1987, nr 11, s. 417-418; A. Rosen, *Reconsidering the Idea/Expression Dichotomy*, „University of British Columbia Law Review” 1992, nr 2/26, s. 280; G.W.G. Karnell, *The Idea/Expression Dichotomy – A Conceptual Fallacy*, „Copyright World” 1989, nr 7, s. 17.

³⁶ Pojęcie stylu w szerszym znaczeniu można rozumieć jako termin służący klasyfikacji zjawisk w sztuce, w związku z czym nie ma ono istotnego znaczenia z punktu widzenia przedmiotowych rozważań.

przykładem może być stwierdzenie C. de Buffona z 1735 r., że „stylem jest człowiek” (franc. *le style c'est l'homme même*)³⁷. Dostrzeżenie wagi indywidualizacji stylu skutkowało licznymi próbami określenia granicy ochrony autorskoprawnej oraz określenia jakiego rodzaju są rzeczywiście elementy wchodzące w skład stylu. Pojęciem tym zajmował się już A. Kopff, który starał się ustalić, czy zgodne z prawem jest korzystanie z mocno zindywidualizowanego stylu innego twórcy. W jego funkcjonalnym podejściu do tej kwestii było widać próbę bardzo szerokiego zabezpieczenia ochrony twórcy, którą rozszerzał nawet na styl autora. Dostrzegał potrzebę ochrony twórcy w sytuacji, gdy naśladowanie cudzego stylu powodowałoby istnienie ogólnego przekonania o pochodzeniu dzieła nie od rzeczywistego autora, lecz od twórcy stylu³⁸. Rozważania te prowadzone były jednakże w oparciu o styl artystyczny, który rzeczywiście może być rozpoznawalny w określonym środowisku. Wydaje się, że nie mają one znaczenia z punktu widzenia zakresu ochrony opinii prawnej, w przypadku której walory estetyczne mają stosunkowo małe znaczenie i mają na celu zbudowanie marki, a nie uzyskanie rozpoznawalności wśród klientów.

Poza ochroną prawa autorskiego pozostają także teorie, idee naukowe, rezultaty badawcze, odkrycia naukowe oraz prawda naukowa³⁹. W literaturze uzasadnia się brak tej ochrony faktem, że naukowcy mogą uzyskiwać dokładnie takie same rezultaty z uwagi na to, że mają one charakter obiektywny i nie są one twórczymi wytworami intelektu⁴⁰. Prawdy naukowe nie są stwarzane przez naukowca, lecz odtwarzane przez niego. Są prezentacją czegoś, co istnieje obiektywnie. Podobne wnioski można odnieść względem koncepcji prawniczych, które nawet przy twórczym ujęciu trudnego tematu, nie będą objęte ochroną prawa autorskiego. Po-

³⁷ Por. ciekawe orzeczenie holenderskiego Sądu Najwyższego z 1946 r. odmawiające stylowi ochrony autorskoprawnej w sprawie *Van Gelder v. Van Rijn*, por. H.C. Jehoram, *The Dutch Supreme Court Recognises „Dilution of Copyright” by Degeneration of a Copyright Design into unprotected Style: the Flying Dutchman: All Sails, No Anchor*, „European Intellectual Property Review” 2007, nr 6/29, s. 606, przyp. 2.

³⁸ W związku z powyższym posługiwał się pojęciem „twórczości autorskiej”, którą rozumiał jako „jakość przewijająca się przez szereg utworów” oraz „ogólny wyraz artystycznego widzenia czy budowania obrazów zindywidualizowanych, zawierających w sobie to wszystko, co składa się na rzeczową psychologiczną i ideologiczną treść dzieła sztuki oraz wyposażenia ich w odpowiednią, a więc właściwą formę wewnętrzną i zewnętrzną”, por. A. Kopff, *Dzieło sztuk plastycznych i jego twórca w świetle przepisów prawa autorskiego*, ZNUJ. Rozprawy i Studia, t. XXXVI, Kraków 1961, s. 64-66.

³⁹ M. Czajkowska-Dąbrowska, *Glosa do wyroku SN z dnia 8 lutego 1978 r., II CR 515/77*, OSPiKA 1979, nr 3, poz. 52, s. 125.

⁴⁰ A. Kopff, *Dzieło...*, s. 14; P. Podrecki, *Środki prawne ochrony informacji naukowej, w szczególności ochrony opartej na przepisach prawa autorskiego i prawa nieuczciwej konkurencji*, ZNUJ. PWiOWI 1996, z. 67, s. 101; J. Szwaia, *Ochrona dóbr osobistych twórców nauki*, ZNUJ. PWiOWI 1985, z. 41, s. 173-174.

twierdza to orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 1978 r.⁴¹ Stanowić one mogą jedynie pomysł lub koncepcję. Ochronie może podlegać dopiero forma wyrazu takiej koncepcji prawnej.

7. Prawo do autorstwa twórcy opinii prawnej

Zgodnie z art. 16 pr. aut., jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem. Szczególne znaczenie z punktu widzenia niniejszej publikacji ma prawo do autorstwa utworu.

Prawo do autorstwa utworu obejmuje aspekt negatywny oraz aspekt pozytywny. W ujęciu negatywnym oznacza to, że autor ma prawo żądać, by nikt nie rozpowszechniał jego dzieła pod swoim nazwiskiem lub pseudonimem. Można uznać, że kategoria ta jest dość wąska i dotyczy przypadków przywłaszczania sobie cudzego autorstwa. Aspekt pozytywny wyraża się w tym, że każdy ma obowiązek poszanowania oznaczenia twórcy w postaci nazwiska, pseudonimu lub anonimu w sposób zwyczajowo przyjęty. Podział ten nie ma większego znaczenia praktycznego, przy czym stanowi uściślenie redakcji art. 16 pkt. 1 i 2 pr. aut., który w tych dwóch punktach ustanawia ustawową treść prawa do autorstwa.

Z punktu widzenia przedmiotu tego artykułu znaczenie mają uwagi dotyczące ustalenia istnienia prawa do autorstwa utworu pracownika. Załóżmy oczywiście, że opinia prawna jest tworzona przez osobę pozostającą w stosunku pracy z kancelarią. W systemie prawa niemieckiego, francuskiego i polskiego powszechnie przyznaje się pracownikowi prawo do autorstwa utworu stworzonego w stosunku pracy. Stanowczo nawet w literaturze niemieckiej podkreśla się znaczenie w tym aspekcie także zasady tzw. *Schöpferprinzip*. Niemniej jednak wskazuje się, że uprawnienie to może zostać ograniczone z uwagi na stosowaną praktykę, trudności techniczne, celowość umieszczania oznaczenia twórcy na każdym egzemplarzu. Powyższe kategorie powinny być interpretowane wąsko, tym bardziej że coraz powszechniej wskazuje się na to, iż sama praktyka nie wystarcza, by uznać określone ograniczenie za godne zaakceptowania. Dlatego praktyka narzucania autorowi sposobu oznaczenia lub jego braku powinna być najpierw zbadana z punktu widzenia jej zgodności z dobrymi obyczajami. Okoliczności długotrwałości czy powszechnego przyzwyczajenia nie stanowią jeszcze uzasadnienia dla określonej praktyki⁴². Do ciekawych

⁴¹ Sygn. akt II CR 515/77, OSP 1978, nr 3, poz. 52.

⁴² Por. orzeczenie BGH z dnia 16 czerwca 1994 r., sygn. akt I ZR 3/92, „Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht” 1995, nr 1, s. 40-42; H. Schack, *Kunst und Recht, Bildende*

wniosek dochodzi przy tym J.T. Hoecht, który uważa, że ograniczenie uprawnienia do zamieszczania nazwiska twórcy na egzemplarzu utworu może wynikać z treści i celu zawartej umowy o pracę⁴³. Nie jest to stanowisko posiadające pełną akceptację w doktrynie. Przykładowo, A.A. Wandtke nawet w tego rodzaju przypadkach nie wyklucza możliwości dochodzenia przez twórcę prawa do autorstwa dzieła, zwłaszcza wtedy, gdy jest on powszechnie znany⁴⁴.

W polskiej literaturze kwestia prawa do autorstwa utworów pracowniczych jest najczęściej pomijana ogólnym stwierdzeniem, że pracownikowi takie prawo przysługuje. W wyjaśnieniu zakresu zastosowania art. 16 pr. aut. nie pomaga redakcja tego przepisu, która w przeciwieństwie do ustaw obowiązujących w Grecji, Danii, Szwecji, Finlandii, Holandii czy Włoszech, nie zawiera klauzuli generalnej pozwalającej na uchylenie się od obowiązku atrybucji⁴⁵. Bardzo rygorystyczne stanowisko na podstawie powyższego prezentuje A. Wojciechowska, która zgodnie z literalnym brzmieniem art. 16 pkt 2 pr. aut. przyjmuje, że skoro ustawa nie wprowadza *expressis verbis* żadnego odstępstwa od bezwzględności przestrzegania prawa do autorstwa, bezprawność zachowania polegającego na ominięciu nazwiska twórcy uchyla tylko wyraźna zgoda⁴⁶. Uznaje ona, że nie wystarczy w tym zakresie zgoda domniemana lub wywiedziona z treści i celu umowy. Stanowisko odmiennie prezentuje K. Grzybczyk, która na przykładzie utworów reklamowych proponuje wykładnię funkcjonalną prowadzącą do ograniczenia wykonywania prawa do autorstwa⁴⁷. Wprowadza jednak granice stosowania tego rodzaju wykładni tylko do eksploatacji promocyjnej. W razie wykorzystania dzieła w innym celu niż reklama także przyjmuje stanowisko, że jest to już naruszenie autorskich praw osobistych autora. Także E. Traple zauważa, że w stosunku do niektórych kategorii utworów wykształciła się praktyka niepodawania nazwiska twórcy. Wydaje się, że autorka ta przyjmuje stanowisko, że tylko brak możliwości technicznych może uzasadniać niepodawanie nazwiska twórcy⁴⁸. Moim

Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht, Berlin 2004, s. 315.

⁴³ J.T. Hoecht, *Urheberrechte im Arbeitsverhältnis*, Duisburg 2006, s. 103-104.

⁴⁴ A.A. Wandtke, *Die Rechte der Urheber und ausübenden Künstler im Arbeits- und Dienstverhältnis*, Berlin 1993, s. 58.

⁴⁵ Por. M. Salokannel, A. Strowel, E. Derclaye, *Final Report. Study contract no ETD/99/B5-3000/E°28 concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology*, tekst dostępny na stronie: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd1999b5300e28_en.pdf [stan na dzień 5.10.2011 r.].

⁴⁶ A. Wojciechowska, *Autorskie prawa osobiste twórców dzieła audiowizualnego*, ZNUJ. PWiOWI 1992, z. 72, s. 120.

⁴⁷ K. Grzybczyk, *Dzieło reklamowe i jego twórca*, Warszawa 1999, s. 136-137.

⁴⁸ Autorka ta pisze, że „prawo do żądania podania autorstwa dzieła dotyczy wszystkich stosunków umownych, a więc także umów, których przedmiotem są utwory re-

zdaniem, uwagi A. Wojciechowskiej budzą przekonanie. Sama praktyka nie powinna wystarczająco uzasadniać braku możliwości wykonywania danego uprawnienia. W takim ujęciu wykonywanie prawa do autorstwa utworu zdaje się zyskiwać bardzo silne wzmocnienie zarówno w przepisie ustawy, jak i w literaturze, w związku z czym ograniczać je może w konkretnym przypadku powołanie się na nadużycie prawa podmiotowego. Kwestia ta nie była w doktrynie jeszcze szeroko analizowana, przy czym niewątpliwie początek takim rozważaniom może dawać orzeczenie Sądu Apelacyjnego z dnia 17 kwietnia 2008 r., w którym w konkretnym przypadku uznano, że „nie sposób [...] uznać, że domaganie się twórcy, by dzieło będące wynikiem jego działań twórczych udostępniono innym z podaniem nazwiska, jest sprzeczne z zasadami etycznymi, które przestrzega społeczeństwo. Uznany i szanowany bowiem zasadami są zasada uczciwości, słuszności i rzetelności”⁴⁹.

Prawo do autorstwa jest niezbywalne i niezrzekalne. Znaczenie niezbywalności i niezrzekalności autorskich praw osobistych dostrzega E. Traple w odniesieniu do takiego ukształtowania stosunków kontaktowych, w których dochodzi do przeniesienia autorskich praw majątkowych. Zauważa, że podmiot eksploatujący utwór jest szczególnie zainteresowany takim ukształtowaniem stosunku prawnego, by możliwie ograniczyć wykonywanie autorskich praw osobistych przez autora. W związku z powyższym powszechnie stosuje się klauzule, w których autor upoważnia nabywcę praw majątkowych do niepodawania jego autorstwa względem utworu lub udziela zgody na modyfikacje dzieła, w tym na dokonywanie opracowań⁵⁰.

Autorskie prawa osobiste, będąc prawami niezbywalnymi i niezrzekalnymi, wielokrotnie były przedmiotem szczegółowej analizy zwłaszcza w odniesieniu do istoty i znaczenia tych dwóch, immamentnie związanych z prawami osobistymi, cech. W literaturze sporo miejsca poświęcono rozważaniom dotyczącym ustalenia faktu, czy istnieją dozwolone sposoby ingerowania w wykonywanie autorskich praw osobistych niepozbawiające w zupełności autora tych praw. J. Barta i R. Markiewicz stoją na stanowisku, że autor może zobowiązać się do niewykonywania względem określonej osoby danego prawa osobistego lub nawet zezwolić jej na wykonywanie tego prawa w jego imieniu⁵¹. E. Traple określa to uprawnienie jako zobowiązanie się twórcy do niepodnoszenia roszczeń, jakie przysługi-

klamowe, utwory wzornictwa przemysłowego oraz utwory architektoniczne”, por. E. Traple, *Umowy o eksploatację utworów w prawie polskim*, Warszawa 2010, s. 62 i n.

⁴⁹ Sygn. akt ACa 1416/07, niepubl.

⁵⁰ E. Traple, *op. cit.*, s. 62.

⁵¹ J. Barta, R. Markiewicz [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Kraków 2005, s. 29.

wałyby mu z tytułu naruszenia praw osobistych⁵². Jest to szczególna konstrukcja prawna, która pozwala na istotne ingerowanie w autorskie prawa osobiste przy zachowaniu istoty tego prawa i ochrony *erga omnes*. Uzasadnienie stosowania odpowiedniego rodzaju klauzul wzmacnia także to, że mają one zastosowanie tylko *inter partes*. O ich znaczeniu świadczy częste ich stosowanie w praktyce oraz akceptowanie w orzecznictwie⁵³. Poza tym, że w pewnym zakresie autor może dysponować swoimi uprawnieniami, to należy wskazać na dwa istotne przepisy ustawy, które mają charakter *iuris cogentis*. Zgodnie z art. 56 ust. 1 pr. aut., twórca może odstąpić od umowy lub ją wypowiedzieć ze względu na swoje istotne interesy twórcze⁵⁴. Także na podstawie art. 58 pr. aut., jeżeli publiczne udostępnienie utworu następuje w nieodpowiedniej formie albo ze zmianami, którym twórca mógł słusznie się sprzeciwić, może on po bezskutecznym wezwaniu do zaniechania naruszenia, odstąpić od umowy lub ją wypowiedzieć, zachowując wynagrodzenie określone umową. Zmiany te mogą także dotyczyć podania jego autorstwa w niewłaściwy sposób.

8. Przygotowywanie opinii prawnej a *ghostwriting*

W praktyce często zdarza się, że pracownik kancelarii lub osoba z nią współpracująca przygotowuje zleconą przez właściciela kancelarii opinię prawną, po czym przed oddaniem jej klientowi jest ona podpisywana nazwiskiem właściciela kancelarii. Zastanawiać może, czy zachowanie to mieści się w zakresie przedmiotowym instytucji *ghostwritingu*, który polega na stworzeniu dla zamawiającego dzieła, które następnie w obiegu publicznym będzie rozpowszechniane nie pod oznaczeniem twórcy, lecz zamawiającego. W związku z powyższym niezbędne będzie przybliżenie instytucji *ghostwritingu* jako zjawiska charakteryzującego się pewnymi cechami, które pozwolą na ustalenie powyższej kwestii.

Ghostwriting nie jest zjawiskiem nowym, lecz z nieznanym powodów umieszczonym na skraju rozważań doktryny, która pomijała je milcze-

⁵² E. Traple, *op. cit.*, s. 62.

⁵³ Por. wyrok SA w Warszawie z dnia 14 maja 2007 r., sygn. akt I ACa 668/2006, w którym przyjęto, że „przy zachowaniu zasady niezbywalności autorskich praw osobistych dopuszczalne jest zrzeczenie się przez twórcę wykonywania części tych praw na rzecz osób trzecich, w tym przedsiębiorców”, OSA 2008, nr 12, poz. 39, s. 48.

⁵⁴ Por. uwagi R. Ciska, który pisze, że „okolicznością [taką – *przyp. M.J.*] mogłaby być np. całkowita zmiana poglądów naukowych i wiedzy na dany temat – o takiej wadze jakościowej, iż wszelkie nawet »głębokie« korekty nie miałyby sensu, bo w istocie należałoby stworzyć dzieło od samego początku”, por. R. Cisek, *Wycofanie dzieła z obiegu w internecie jako szczególny przypadek realizacji autorskiego prawa osobistego do nadzoru nad sposobem korzystania z utworu*, „Palestra” 2003, nr 3-4, s. 36.

niem lub kilkoma ogólnymi sugestiami. Należy zauważyć, że instytucja ta zawiera w sobie wiele stanów faktycznych, jak też znajduje zastosowanie w tak wielu dziedzinach, że czasami może umykać jednoznacznej kwalifikacji. Co ciekawe, instytucja ta istniała zanim jeszcze zyskała swoją nazwę. Już z czasów starożytnych znane są bogate opowieści o tym, jak autorzy mieli pozwalać na odpłatne rozpowszechnianie ich utworów pod cudzym nazwiskiem⁵⁵.

Jedna z pierwszych sądowych spraw dotyczących *ghostwritingu* pochodzi z 1858 r., kiedy to Sąd Apelacyjny w Paryżu orzekał w sprawie *Maquet v. Dumas*. W tamtym czasie sąd zaprezentował niezwykle funkcjonalne, a nawet kontrowersyjne, podejście, że „nazwisko autora lub współautora dzieła literackiego lub naukowego, jako odnoszące się do tych utworów, ma w stosunku do nich charakter subsydiarny oraz stanowi określenie prawne własności prywatnej; w rezultacie nazwisko może być przedmiotem kontraktowania”⁵⁶. Orzeczenie to jest niezwykle interesującym przedmiotem badań z uwagi na fakt, że dostarcza licznych sposobności do zastanawiania się, co tak naprawdę miał na myśli sąd, wydając taki wyrok w sprawie. Zastanawia obecnie, czy dopuścił możliwość prawną porozumienia się co do oznaczenia utworu cudzym nazwiskiem, czy być może nawet uznał prawo do autorstwa za przenoszalne. Do roku 1957, w którym wprowadzono we Francji Kodeks Własności Intelektualnej, w literaturze reprezentowano dwa skrajnie odmienne poglądy dotyczące relacji dwóch podmiotów: „autora rzeczywistego” (*auteur véritable*) i „autora pozornego” (*auteur apparent*), jak dychotomię tę określił M. Renouard. Zgodnie z pierwszym, który reprezentowali R.P. Lepaulle i M. Renouard, dopuszczalne było szeroko pojęte zrzeczenie się prawa do autorstwa utworu, lecz autorzy ci zgodnie przyjmowali, że pomimo to autor miał nadal uprawnienie do dochodzenia swojego prawa do autorstwa utworu⁵⁷. R.P. Lepaulle uznawał nawet, że zrzeczenie się prawa do autorstwa stanowiło naturalną konsekwencję umowy o pracę lub umowy o dzieło. Zgodnie z drugim poglądem, prawo do autorstwa nie podlegało zbyciu ani zrzeczeniu się. Ożywione dyskusje w tym przedmiocie zostały zaprzestane w 1957 r. na

⁵⁵ Marcjalis pisał, że sprzedają swoich utworów parali się Gallus i Lupercus, podczas gdy podobno Paulus chętnie kupował cudze utwory i prezentował jak własne. O powszechności tego rodzaju zachowań pewnie też świadczy fakt, że Marcjalis zwracał się do swego plagiatora Fidentinusa, by ten odkupił jego autorstwo do tych utworów, które już traktuje jak własne. Nawet jeżeli słowa te miały być wypowiedziane w prześmiewczym i złośliwym tonie, to podkreślają, jak silnie rozwijał się ten proceder. Por. Marcjalis, *Epigramy*, ks. 12, wiersz 46, ks. 2, wiersz 20.

⁵⁶ 1859 „*Annales de la Propriété Industrielle Artistique et Littéraire*”, s. 359, cyt. za: J.C. Ginsburg, *The Author's name as Trademark: A Perverse Perspective on the Moral Right of 'Paternity'?*, „*Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*” 2005, nr 23, s. 379.

⁵⁷ R.P. Lepaulle, *Le droits de l'auteur sur son oeuvre*, Paris 1927, s. 60.

skutek przyjęcia w art. 6 francuskiej ustawy, że prawo do autorstwa jest niezrzekalne i nieprzenoszalne⁵⁸.

Sporo miejsca poświęcono instytucji *ghostwritingu* w doktrynie prawa niemieckiego. Instytucją tą zajmowali się J. Kohler, O.F. Gamm i H. Amtmann⁵⁹. W początkowej fazie dyskusji na temat kwestii z nią związanych poszukiwano takich rozwiązań jak przypisanie autorstwa osobie, która w jakiś sposób mogła być wiązana z utworem jako współautor. Jedni z najstarszych reprezentantów doktryny, O.F. Gamm oraz C. Schramm, uznawali, że współautorstwo istnieje w przypadku, gdy można wskazać wspólne zamierzenie, które jest bezpośrednio ukierunkowane na ostateczne sformułowanie utworu. W taki sposób zastanawiano się nad możliwością przyznawania autorstwa osobie mającej wpływ na treść, lecz nie na formę. Koncepcje te w późniejszym czasie nie zyskały zwolenników. W doktrynie niemieckiej poświęcono wiele uwagi strukturze prawa do autorstwa oraz na tej podstawie starano się wypracować koncepcję najbardziej je chroniącą przy umożliwieniu stworzenia ram prawnych dla *ghostwritingu*. Rozważano konstrukcje zrzeczenia się prawa do autorstwa oraz wykonywania prawa do oznaczenia utworu przy użyciu nazwiska zlecającego jako pseudonimu autorskiego twórcy. W prawie niemieckim przyjęła się koncepcja porozumienia zezwalającego o charakterze zobowiązującym. Polega ona na tym, że rzeczywisty twórca zobowiązuje się względem zleceniodawcy nie umieszczać swojego nazwiska na dziele oraz znosić oznaczenie utworu jego nazwiskiem. Koncepcja ta przyjmowana przez różnych autorów niemieckich podlega konkretyzacji skutkującej wielością poglądów co do zakresu stosowania tego rodzaju porozumień i ich skuteczności prawnej. Przykładowo, H. Stolz ogranicza możliwość porozumienia tylko względem utworów, które są powiązane z osobą zleceniodawcy w określony sposób. Autor ten dopuszcza stosowanie tego rodzaju porozumień tylko w przypadku przemówień politycznych i biografii. Należy przy tym zaznaczyć, że w literaturze niemieckiej możliwość zrzeczenia się prawa poprzez tzw. *Namensabrede* jest raczej akceptowana. Ogranicza się przy tym skuteczność tego rodzaju porozumień do 5 lat oraz wskazuje się, że zrzeczenie się prawa do autorstwa może wywoływać tylko skutek rozporządzający, lecz nie rzeczowy⁶⁰. Konstrukcja ta nie narusza w swoich założeniach zasady nieprzenoszalności praw osobistych i wywołuje skutek tylko pomiędzy stronami porozumienia.

⁵⁸ A. le Tarnec, *Manuel de la propriété littéraire et artistique*, Paris 1966.

⁵⁹ H. Stolz, *Der Ghostwriter im deutschen Recht*, München 1971, s. 46.

⁶⁰ G. Schulze, *Meine Rechte als Urheber, Urheber- und Verlagsrecht*, München 2000, s. 81; A. Dietz [w:] G. Schricker, *Urheberrecht, Kommentar*, München 2006, s. 280, 281.

W polskiej literaturze prawniczej zgodnie uznaje się, że umowa o *ghostwriting* jest nieważna. Zdania takiego są J. Barta i R. Markiewicz⁶¹, E. Wojnicka⁶² oraz A. Wojciechowska⁶³. Jedyne odstępstwo pojawia się w wypadku opracowywania przemówień dla polityków. Powszechnie uznaje się, że przemówienie polityczne nie ma na celu uzewnętrznienia osobowości jego twórcy, lecz zaprezentowanie opinii przedstawiciela określonej partii lub osoby pełniącej określoną funkcję. Także J. Bleszyński wyraził zapatrzywanie, że „trzeba [...] odróżnić autorstwo utworu od autorstwa tekstu politycznego, mającego charakter pewnej deklaracji lub wypowiedzi konstruowanej z myślą o określonych uwarunkowaniach”⁶⁴. Jedyną osobą, która przychyliła się do możliwości dysponowania prawem do autorstwa w ten sposób, by uzyskać skutek charakterystyczny dla *ghostwritingu* jest D. Flisak. Autor ten dopuszcza tego rodzaju umowy, argumentując, że z punktu widzenia autora dysponowanie jego prawem jest korzystne dla niego, a nawet wymagają tego względy marketingowe. W jego opinii dysponowanie prawem do autorstwa jest możliwe przy zamieszczeniu w umowie trzech klauzul:

- 1) zobowiązania rzeczywistego twórcy do rezygnacji z czynienia użytku z prawa do oznaczania utworu według własnego uznania;
- 2) zobowiązania twórcy do rezygnacji z możliwości wzbronienia oznaczania utworu oznaczeniem pochodzącym od osoby trzeciej;
- 3) zobowiązania twórcy do zachowania w tajemnicy prawdziwego autorstwa utworu.⁶⁵

W świetle powyższego zastanawiać się można, jak kształtuje się sytuacja prawna w przypadku tworzenia opinii prawnej przez pracownika kancelarii.

Należy uściślić, że umowa o *ghostwriting* rozumiana jest jako umowa, w której twórca zobowiązuje się do stworzenia dzieła i jego wydania, przeniesienia autorskich praw majątkowych do niego oraz właściwego zachowania w sferze autorskich praw osobistych, którego skutkiem jest możliwość rozpowszechniania dzieła pod nazwiskiem zamawiającego, w zamian za zobowiązanie się zamawiającego do zapłaty wynagrodze-

⁶¹ J. Barta, R. Markiewicz, *Autorskoprawne problemy prac magisterskich i doktorskich*, [w:] E. Wosik (red.), *Raport o zasadach poszanowania autorstwa w pracach dyplomowych oraz doktorskich w instytucjach akademickich i naukowych*, Warszawa 2005, s. 14.

⁶² E. Wojnicka [w:] J. Barta (red.), *System prawa prywatnego. Prawo autorskie*, t. 13, Warszawa 2003, s. 252.

⁶³ A. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 107.

⁶⁴ J. Bleszyński, *Podstawy prawne i możliwości przeciwdziałania przywłaszczaniu sobie autorstwa cudzej twórczości w pracach dyplomowych i doktorskich*, [w:] *Raport o zasadach...*, s. 20.

⁶⁵ D. Flisak, *Ghostwriting na tle zasad prawa autorskiego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 13, s. 18.

nia. Najistotniejszym elementem tej umowy jest zobowiązanie twórcy w sferze praw osobistych. Należy zastanowić się, czy stworzenie opinii prawnej przez pracownika kancelarii podlega powyższej kwalifikacji. Opinia prawna może powstawać w oparciu o umowę o pracę lub zlecenia. W zależności od tego, jaka jest to podstawa prawna, różnie może wyglądać kwestia nabycia autorskich praw majątkowych. Należy przy tym zauważyć, że rzadko w praktyce zwraca się uwagę na to, kto jest posiadaczem praw majątkowych do opinii. Najczęściej, zamawiając lub zlecając napisanie opinii prawnej, właściciel kancelarii ma myśli otrzymanie gotowego rezultatu pracy rozumianego jako „rzecz” przeznaczoną do obrotu. Opinia prawna rzadko występuje w obrocie jako dobro niematerialne. Względem autorstwa opinii prawnej także należy uściślić, że klauzule w zakresie zobowiązania się twórcy do nieujawniania swojego nazwiska i uprawnieniu pracodawcy do oznaczenia opinii swoim nazwiskiem najczęściej nie występują. W praktyce sporządzania opinii prawnych przyjmuje się, że opinia prawna jest przedmiotem o charakterze użytkowym i rzadko zwraca się uwagę na jej aspekty artystyczne, naukowe czy na autorstwo. Najczęściej pracodawcę i klienta interesuje podsumowanie dotyczące możliwości prawnych co do określonego postępowania oraz jasność interpretacji prawnej. Podpisywanie się przez pracodawcę pod opinią pełni funkcję przejęcia odpowiedzialności za skutki prawne przyjętego stanowiska w sprawie. Ma to również znaczenie z punktu widzenia przepisów prawa dotyczących wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata. Zgodnie z art. 8a ustawy – Prawo o adwokaturze⁶⁶ adwokat podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności, do których należą świadczenie pomocy prawnej, a w szczególności udzielanie porad prawnych, sporządzanie opinii prawnych, opracowywanie projektów aktów prawnych oraz występowanie przed sądami i urzędami. Podobny przepis został zamieszczony w art. 22⁶⁷ ustawy o radcach prawnych⁶⁷. Dlatego też należy uznać, że podpisanie opinii przez radcę prawnego lub adwokata nie może być traktowane co do zasady jako przypisanie sobie autorstwa opinii prawnej. Należy także wskazać, że najczęściej także właściciel kancelarii nie ma na celu zatajenia rzeczywistego autorstwa, podając w kontaktach z klientem, kto opinię sporządził, co dodatkowo wpływa na wartość i walory naukowe opinii prawnej. Praktyka ta może mieć korzystny wpływ na osiągnięcie przez kancelarię dobrego imienia i renomy kancelarii, gdy bierze się pod uwagę ilość specjalistów współpracujących z kancelarią i ja-

⁶⁶ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, t. jedn. Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 z późn. zm.

⁶⁷ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm.

kość świadczonych przez nich usług. Można przy tym także dopatrzeć się wyjątków, w których właściciel kancelarii będzie podawać siebie jako autora różnych specjalistycznych opinii prawnych, chcąc rozślawić swoje nazwisko. Najczęściej takie przypadki będą stanowiły przykłady *ghostwritingu*, który nawet z uwagi na użytkowy charakter utworu nie będzie uzasadniony i uznany za zgodny z prawem. Co do zasady jednak nazwisko rzeczywistego twórcy nie jest podawane z uwagi na wykształconą praktykę niepodawania nazwiska twórcy opinii. Z prawnego punktu widzenia należy uznać, że autor wyraża zgodę na anonimowe rozpowszechnianie jego dzieła, przy czym nazwisko właściciela kancelarii na opinii pełni funkcję oznaczenia kancelarii, w której opinia została napisana.

9. Opinia prawna sporządzana na zlecenie organu państwowego

Szczególnie dużo trudności może sprawiać pytanie o autorskoprawny charakter opinii prawnej pisanej dla urzędu przez kancelarię prawną lub przez prawników zatrudnionych w urzędzie na potrzeby urzędu. Jak wskazuje M. Brzozowska, „w tej kwestii istnieje spór w doktrynie [...] sądownictwo nie jest [...] w tej materii jednoznaczne”⁶⁸. Trudność ta może wynikać z faktu, że opinia prawna powstaje w takim przypadku w powiązaniu ze sprawami urzędowymi i na użytek urzędu. Zastanawia w takim przypadku, czy opinia prawna sporządzana przez urząd państwowy nie powinna zostać wyłączona spod ochrony prawa autorskiego jako materiał urzędowy. Zgodnie z art. 4 pkt 2 pr. aut., nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole⁶⁹.

⁶⁸ M. Brzozowska, *Prawo autorskie w administracji publicznej*, Wrocław 2010, s. 39.

⁶⁹ Jak słusznie wskazuje G. Wierczyński, „w systemie prawnym, który respektuje zasadę jawności prawa, ustawodawca może się zdecydować na zniesienie lub ograniczenie ochrony prawnoautorskiej w stosunku do aktów prawnych i ewentualnie innych utworów zawierających informacje prawne (takich jak np. projekty aktów prawnych, dokumenty zawierające urzędową wykładnię prawa itd.). Kwestia ta nie jest regulowana w jednolity sposób. Konwencja berneńska o ochronie dzieł literackich i artystycznych z dnia 9 września 1886 r. w art. 2 ust. 4 stanowi jedynie, że określenie, jakiej ochrony udziela się urzędowym tekstom aktów prawodawczych, administracyjnych lub sądowych oraz urzędowym tłumaczeniom tych tekstów, zastrzega się ustawodawstwu poszczególnych państw. W Polsce przyjęto w tej kwestii rozwiązanie optymalnie sprzyjające zasadzie jawności prawa” – G. Wierczyński, *Urzędowe ogłoszenie aktu normatywnego*, Oficyna 2008, LEX/el. W świetle powyższych rozważań zauważa się, że w praktyce wykształciły się dwa modele regulacji prawa autorskiego w tym zakresie. Pierwszy model zakłada, że akty prawne są powszechnie udostępniane, przy czym są objęte prawem autorskim. W praktyce w celu ich

Konstrukcja zastosowana w art. 4 pr. aut. ma charakter wyłączenia wprowadzonego z mocy ustawy w stosunku do wytworów intelektu, które standardowo zyskałyby ochronę prawa autorskiego, przy czym z uwagi na interes państwa, przeznaczenie lub potrzebę szybkiego obrotu ustawodawca postanowił wyłączyć ochronę autorskoprawną. Zasadnicze dla ustalenia istnienia ochrony autorskoprawnej, w tym autorstwa i prawa do autorstwa, urzędowej opinii prawnej, istotne będzie określenie desygnatów tego niezwykle pojemnego terminu, jakim jest „materiał urzędowy”. Powszechnie nie kwestionuje się, że pojęcie to jest znacznie szersze od terminu „dokumentu urzędowego”, co zwalnia od żmudnej analizy, kiedy opinia prawna stanowi dokument urzędowy, lecz otwiera niebezpieczną drogę ku przekonaniu, że sporządzenie jej w urzędzie lub na cele urzędu skutkuje pozbawieniem jej ochrony prawa autorskiego. Do takiego przekonania wiedzie nas wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 21 listopada 1996 r.⁷⁰ stanowiący, że materiał zyskuje cechę urzędowego, jeżeli „pochodzi od urzędu lub innej instytucji państwowej bądź dotyczy sprawy urzędowej, bądź wreszcie dlatego, że powstał w rezultacie zastosowanej procedury urzędowej”⁷¹. Znaczenie przedmiotowego orzeczenia z punktu widzenia naszych rozważań wzmacnia fakt, że zostało ono wydane w stosunku do zbieżnych z opinią prawną przedmiotów – opinii biegłych. Podobnie uznał Naczelny Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z dnia 19 lutego 1997 r., stwierdzając, że „opinie i raporty biegłych rewidentów, powstające w rezultacie zastosowania swojej procedury urzędowej, nie są przedmiotem prawa autorskiego”⁷². Co ciekawe, sąd nie zawsze jest w tej kwestii zgodny i czasem, zamiast wykluczyć ochronę opinii biegłych rewidentów z uwagi na zastosowanie art. 4 pkt 2 pr. aut., odmawia ochrony opiniom i raportom biegłych rewidentów z badania sprawozdań finansowych już na podstawie art. 1 ust. 1 pr. aut., wskazując, że są one pozbawione koniecznych cech oryginalności i indywidualności z uwagi na fakt, że z „założenia odpowiadają (i muszą odpowiadać) wymogom co do treści i formy [...], a ich zróżnicowanie zde-

komercyjnego wykorzystania należy uzyskać licencję od podmiotu uprawnionego. Taka regulacja często występuje w krajach UE, w związku z czym opracowano dyrektywę 2003/98/WE z dnia 17 listopada 2003 r. w sprawie ponownego wykorzystywania informacji sektora publicznego, Dz. Urz. UE L 345, s. 90. Drugi model pozwala na wyłączenie spod ochrony prawa autorskiego aktów prawnych, w związku z czym rozpowszechnianie materiałów nie wymaga licencji autorskoprawnych. Por. W.R. Wiewiórowski, G. Wierczyński, *Informacja prawnicza. Technologia informacyjna dla prawników i administracji publicznej*, Warszawa 2008, s. 147.

⁷⁰ Sygn. akt I SA/Kr 829/96, LEX nr 28932.

⁷¹ Por. wyrok SN z dnia 26 września 2001 r., sygn. akt IV CKN 458/00, LEX nr 52711. Przedmiotowa sprawa dotyczyła pytań testowych stosowanych na prawo jazdy.

⁷² Sygn. akt I SA/Kr 1062/96, LEX nr 29303.

terminowane jest jedynie danymi wyjściowymi charakteryzującymi każdy z opisywanych podmiotów gospodarczych”⁷³. Względem opinii prawnej należy przyjąć, że co do zasady nie jest ona pozbawiona cech twórczych, kreacyjnych lub oryginalnych, nawet jeżeli opiera się na tekstach prawnych w postaci aktów prawnych i przy podobnym stanie faktycznym powinna prowadzić do podobnych wniosków, które osiąga specjalista podejmujący się podobnego zadania. Przede wszystkim wielokrotnie zawilość prawna może prowadzić do zróżnicowanych wniosków, co wzmacnia oryginalny charakter opinii. Poza tym należy uznać, że nawet jeżeli ochronie podlega sama warstwa językowa, to nadal jest w tym zakresie wystarczająco dużo miejsca na wykazanie się twórczym i indywidualnym ujęciem tematu. Szczególnie dużo trudności może za to sprawiać należyta wykładnia art. 4 pkt 2 pr. aut. w odniesieniu do opinii prawnych sporządzanych przez prawników dla urzędów.

Ustalenie tej okoliczności, czy opinia prawna zamawiana przez urząd państwowy może zostać wyłączona spod ochrony prawa autorskiego nie-
sie istotne skutki prawne. Konsekwencje prawne opisuje przykładowo G. Wierczyński na przykładzie projektu aktu prawnego dostarczanego przez kancelarię prawną. Zauważa, że „zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych urzędowe projekty aktów normatywnych nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego. Jak wynika z tego przepisu, projekty aktów normatywnych nie są objęte ochroną prawnoautorską dopiero od momentu, kiedy stają się projektami urzędowymi, a więc od momentu, gdy stają się one własnością urzędu (organu) wyposażonego w kompetencje legislacyjne dotyczące tego projektu”⁷⁴. Autor ten zastanawia się nad cechą urzędowego charakteru pisma – w tym przypadku jest to projekt aktu prawnego – która warunkuje swobodne przetwarzanie i rozpowszechnianie treści. Zauważa, że w praktyce często sporządzenie projektu aktu prawnego powierzane jest zewnętrznemu podmiotowi, w tym kancelarii prawnej, co skutkuje znaczącym ograniczeniem dostępności do takiego projektu – jak pisze – do chwili „nabycia” go przez dany organ państwowy. Jego zdaniem, dopiero od tego momentu projekt przestaje być objęty ochroną autorskoprawną⁷⁵. Jest to kwestia, która nie jest w literaturze jednolicie postrzegana. J. Barta i R. Markiewicz przyjmują zupełnie odmienne stanowisko, wskazując, że

⁷³ Por. wyrok NSA w Lublinie z dnia 30 czerwca 1999 r., sygn. akt I SA/Lu 407/98, LEX nr 40048; wyrok NSA w Lublinie z dnia 15 kwietnia 1998 r., sygn. akt SA/Lu 306/97, LEX nr 33593; wyrok NSA w Lublinie z dnia 3 kwietnia 1998 r., sygn. akt SA/Lu 274/97, LEX nr 33837; wyrok NSA w Lublinie z dnia 12 lutego 1999 r., sygn. akt I SA/Lu 29/98, LEX nr 36605; por. K. Jasińska, *op. cit.*

⁷⁴ G. Wierczyński, *op. cit.*

⁷⁵ *Ibidem.*

ochrona autorskoprawna aktu prawnego ustaje dopiero w chwili przyjęcia go przez odpowiednie organy Sejmu do rozpatrywania⁷⁶. L. Jaworski, zajmując się także powyższą istotną kwestią, zauważył, że „uzyskanie przez określony tekst statusu dokumentu urzędowego nie ma charakteru automatycznego od momentu samego jego ustalenia. Status taki tekst uzyskuje zgodnie z przyjętymi w danej dziedzinie zasadami dopiero w określonym momencie od swojego powstania (np. z chwilą ogłoszenia) i dopiero z tą chwilą ulega przekształceniu w dokument urzędowy”⁷⁷. W odniesieniu do powyższych uwag dotyczących projektu aktu prawnego przygotowywanego przez kancelarię prawną należy wskazać, że przygotowywane dzieło będzie na początku jego przygotowywania bardzo często objęte ochroną prawną. Ochrona ta może ustać dopiero w chwili uzyskania przez niego kwalifikacji materiału urzędowego. Oznacza to, że w istocie nie zawsze zamówiony przedmiot musi doznać wyłączenia z art. 4 pr. aut. Szczególnie obrazowo opisuje tę kwestię L. Jaworski, który zajmując się sprawą zlecenia tłumaczenia aktu normatywnego, wskazuje tu na pewien dualizm. W jego opinii, tłumaczenie może zostać wyłączone spod zakresu wiążącej ustawy, jeżeli jest przeznaczone do rozpowszechniania w urzędowym charakterze. Nastąpi to dopiero z chwilą ogłoszenia tego dokumentu jako tłumaczenia urzędowego. Jeżeli tłumaczenie nie będzie miało takiego celu, wtedy cały czas pozostaje pod ochroną prawa autorskiego.

W odniesieniu do opinii prawnej należy mieć na uwadze powyższe poglądy, przy czym trzeba także uwzględnić charakter takiego dokumentu i jego rolę w pracy organów państwowych. Pojęcie materiału urzędowego było przedmiotem rozważań Z. Pinkalskiego, który słusznie zauważył tendencję sądów do dokonywania szerokiej interpretacji tego pojęcia prowadzącej w rezultacie do mechanicznego kwalifikowania wszelkich dokumentów jako wyłączonych spod ochrony prawa autorskiego. Autor ten skupia się na zaprezentowaniu niewłaściwej interpretacji orzecznictwa opartego na rozwijaniu tezy, że materiałem urzędowym jest to, co:

- pochodzi od urzędu, bądź
- dotyczy sprawy urzędowej, bądź też
- powstało w rezultacie procedury urzędowej.

Nie rozpisując się szeroko co do poszczególnych właściwości wymienionych wyżej, należy wspomnieć, że przyjmuje on, iż przesłanki te mogą stanowić punkt odniesienia przy czym zamiast alternatywy pomiędzy nimi powinna zachodzić koniunkcja przesłanki pierwszej z jedną z dwóch pozo-

⁷⁶ G. Wierczyński, W.R. Wiewiórowski, *op. cit.*, s. 148; J. Barta, R. Markiewicz [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkański, R. Markiewicz, E. Traple, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, wyd. 4, Kraków 2005, s. 132.

⁷⁷ L. Jaworski, *Twórczość pracownicza. Prawo do utworu w świetle art. 12 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Warszawa 2003, s. 52.

stałych przesłanek⁷⁸. Ustalenie okoliczności, czy opinia prawna może stanowić materiał urzędowy można oprzeć na słusznych wnioskach Z. Pinkalskiego, który przyjmuje za materiał urzędowy przedmiot wykazujący kumulatywnie trzy właściwości:

- 1) powinien być wydany przez podmiot sprawujący funkcje władcze lub przez podmiot sektora publicznego działający w ważnej dziedzinie życia publicznego;
- 2) powinien pochodzić od urzędu, a nie od petenta załatwiającego sprawę zgodnie z określoną procedurą;
- 3) powinien być bezpośrednio związany z pełnioną przez urząd funkcją publiczną, a więc stanowić rezultat wykonywania zadań w ramach kompetencji urzędu.⁷⁹

W świetle powyższych uwag należy stwierdzić, że wyłączenie spod ochrony prawa autorskiego opinii prawnej przygotowanej przez kancelarię prawną nie jest możliwe na podstawie art. 4 pr. aut. Dlatego też względem opinii prawnych przygotowanych dla urzędów zastosowanie mają rozważania dotyczące pojęcia autora oraz instytucji prawa do autorstwa utworu. Wydaje się, że wyłączenie spod ochrony prawa autorskiego będzie w głównej mierze dotyczyć projektów aktów prawnych przygotowanych przez kancelarię od chwili przyjęcia ich do rozpatrywania przez odpowiednie organy państwowe. W odniesieniu do powyższych rozważań należy podzielić pogląd Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 26 września 2001 r.⁸⁰ zauważył, że wyłączenia ochrony wynikające z art. 4 pr. aut. nie mogą także być utożsamiane z pozostawieniem całkowitej swobody reprodukowania i rozpowszechniania wymienionych w tym przepisie materiałów. Wskazano, że swoboda ta może podlegać ograniczeniom, jednak ograniczenia te wynikać będą z innych przepisów, takich jak przepisy chroniące dobra osobiste, tajemnicę czy przeciwdziałające nieuczciwej konkurencji. Reprodukowanie lub rozpowszechnianie materiałów urzędowych może także stanowić szkodę, której naprawienia dochodzić można na zasadach ogólnych.

10. Podsumowanie

Należy zgodzić się z tezą postawioną przez J. Silbey, która romantyczną wizję autorstwa uznaje za tzw. mit o poznaniu mający na celu w przejrz-

⁷⁸ Z. Pinkalski, *Wyłączenie spod ochrony prawnoautorskiej – art. 4 pr. aut. i pr. pokr.*, ZNUJ. PWiOWI 2009, z. 106, s. 48.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 43.

⁸⁰ Sygn. akt IV CKN 458/00, LEX nr 52711.

sty sposób uzasadnić przyznanie twórcy praw autorskich bez sięgania po ramy utylitaryzmu i koncepcje praw naturalnych. Powszechnie dostrzega się bowiem, jak bardzo romantyczna wizja autorskiej unikalności oraz niemalże uświęcania dzieła⁸¹ przenika już nasze współczesne „przedrozumienie”, które towarzyszy nam podczas percepcji literatury i sztuki, a opiera się skutecznie upływowi czasu i rozwojowi techniki. Łatwo to dostrzec w naukowych wywodach z zakresu psychologii twórczości czy socjologii sztuki. Wprawdzie M. Gołaszewska zaznaczała, że „[...] nie o dawną legendę geniusza chodzi we współczesnym, wysoce zrationalizowanym świecie”, lecz o „przekonanie żywione zarówno przez samych artystów, jak odbiorców, iż sens sztuki leży w jej sile przekształcającej, odnawiającej świat człowieka”, aczkolwiek gdyby przyjrzeć się bliżej spostrzeżeniu tej autorki, to zastanawia, czy rzeczywiście jedynie o tę siłę sprawczą, przekształcającą chodzi⁸². Okazuje się przecież, że także dobra o charakterze użytkowym mogą stanowić przedmiot ochrony prawa autorskiego, czego przykładem może być opinia prawna. Szczególnej uwagi wymaga fakt, że opinia prawna, stanowiąc przedmiot pracy prawników, nie jest często analizowana pod względem aspektów prawa autorskiego, w tym autorstwa i prawa do autorstwa. Niniejsza publikacja ma na celu ukazanie opinii prawnej jako utworu, który podlega zasadom prawa autorskiego, posiada autora i ochronę autorskich praw osobistych jej twórcy.

⁸¹ Tak C. Bruyère, *The Author: Alive or Dead?*, [w:] R.L. Salper (ed.), *Cultural Studies: Crossing Boundaries*, „Critical Studies” 1991, vol. 3, nr 1, s. 141.

⁸² M. Gołaszewska, *Zarys estetyki. Problematyka, metody, teorie*, Kraków 1973, s. 159.



Michał Kania

Rola radcy prawnego w postępowaniu ze skargi kasacyjnej przed Naczelnym Sądem Administracyjnym

1. Wprowadzenie

Przedmiotem analizy zawartej w niniejszym opracowaniu będzie problematyka roli radcy prawnego w postępowaniu ze skargi kasacyjnej przed Naczelnym Sądem Administracyjnym, w szczególności zaś zagadnienie tak zwanego przymusu adwokacko-radcowskiego. Powyższe zagadnienie wydaje się być interesujące szczególnie w aspekcie charakteru prawnego skargi kasacyjnej, która na gruncie postępowania przed sądami administracyjnymi pełni *de lege lata* funkcję zwyczajnego środka zaskarżenia, czym w zasadniczy sposób różni się od skargi kasacyjnej, wykorzystywanej w procedurze cywilnej¹. Przypomnieć jedynie należy, iż *lege iuris* skarga kasacyjna w postępowaniu cywilnym posiada charakter nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Wskazana różnica nakazuje w ostrożny sposób oceniać zasadność wprowadzenia instytucji przymusu adwokacko-radcowskiego w procedurze sądownoadministracyjnej poprzez bezkrytyczne odwoływanie się do uwag przedstawionych na gruncie doktryny postępowania cywilnego. Analiza obu występujących *lege iuris* skarg kasacyjnych prowadzi do konstatacji o istnieniu pomiędzy nimi zasadniczych różnic. Różnice te dotyczą również omawianej instytucji przymusu adwokacko-radcowskiego.

W pierwszej kolejności zasygnalizowana zostanie jedynie geneza instytucji przymusu adwokacko-radcowskiego na gruncie polskich regulacji prawnych. Następnie wskazane zostaną podstawy i cel wprowadzenia przedmiotowej instytucji w zakres procedury sądownoadministracyjnej.

¹ Por. np. J. Grabowski, M. Kania, *Skarga kasacyjna jako zwyczajny środek zaskarżenia w modelu dwuinstancyjnego sądownictwa administracyjnego*, [w:] C. Martysz, Z. Tobor, A. Matan (red.), *Zasady prawa. Materiały konferencyjne*, Katowice 2007.

W szczególności zostanie zwrócona uwaga na zagadnienie specyfiki skargi kasacyjnej, jako zwyczajnego środka zaskarżenia wnoszonego w postępowaniu przed sądami administracyjnymi. W dalszej kolejności omówiona zostanie kwestia zakresu przymusu radcowskiego w postępowaniu ze skargi kasacyjnej.

2. Geneza instytucji przymusu adwokacko-radcowskiego

Szczegółowe omówienie genezy przymusu adwokacko-radcowskiego na gruncie polskich regulacji prawnych znacznie przekracza ramy niniejszego opracowania. Z tego powodu poniżej zasygnalizowane zostaną jedynie główne kwestie dotyczące historii przedmiotowej instytucji. Początki instytucji przymusu adwokackiego-radcowskiego na gruncie polskich regulacji prawnych związane są z procedurą cywilną. Przymus adwokacki wprowadzony został do polskiej procedury cywilnej ustawą – Kodeks postępowania cywilnego z 1930 r.² Na gruncie przepisów tej ustawy zastępstwo adwokata obowiązywało w postępowaniu przed Sądem Najwyższym, sądami apelacyjnymi i sądami okręgowymi jako sądami pierwszej instancji. Przymus adwokacki został zniesiony wraz z wprowadzeniem reformy procedury cywilnej w 1950 r. ustawą z dnia 20 lipca o zmianie przepisów postępowania w sprawach cywilnych³. Wskazaną ustawą skreślone zostały przepisy k.p.c. dotyczące obowiązkowego zastępstwa adwokackiego. Stan taki utrzymany został pod rządami k.p.c. z 1964 r.⁴ W zamian przymusu adwokackiego za wystarczające uznano rozwiązanie wprowadzone w art. 5 k.p.c. polegające na obowiązku, ciążącym na sędzie, udzielania stronom i uczestnikom postępowania występującym w sprawie bez adwokata potrzebnych wskazówek, co do czynności procesowych oraz pouczeń o skutkach prawnych tych czynności oraz zaniechań. Ponadto, zgodnie z art. 117 k.p.c., pozostawiono możliwość ustanowienia adwokata dla strony zwolnionej z kosztów sądowych, jeżeli sąd uznał udział adwokata w sprawie za potrzebny.

Argumentem przemawiającym za koniecznością przywrócenia przymusu adwokackiego na grunt procedury cywilnej stała się – jak stwierdza M. Zychowicz – chęć praktycznej realizacji zasady równości stron, jak również potrzeba podniesienia poziomu sądownictwa przez wykorzysta-

² Dz. U. Nr 83, poz. 651.

³ Dz. U. Nr 38, poz. 349.

⁴ Dz. U. Nr 43, poz. 296.

nie adwokatury jako istotnego czynnika wymiaru sprawiedliwości⁵. Przywrócenie na grunt postępowania cywilnego przymusu adwokackiego nastąpiło na mocy ustawy z 1996 r.⁶ Artykuł 393² ust. 1 k.p.c. stanowił, iż kasacja powinna być zostać sporządzona przez pełnomocnika będącego adwokatem lub radcą prawnym. **Od 1996 r. pojęcie przymusu adwokackiego zastąpione zostało pojęciem przymusu adwokacko-radcowskim.**

Od początku dyskusji na temat zmian w zakresie modelu procedury sądownoadministracyjnej jednym z zasadniczych zagadnień stała się kwestia wprowadzenia przymusu adwokacko-radcowskiego związanego ze sporządzeniem oraz ewentualnie wniesieniem zwyczajnych środków zaskarżenia⁷.

3. Potrzeba wprowadzenia przymusu radcowskiego na grunt postępowania przed Naczelnym Sądem Administracyjnym

W tym miejscu należy przejść do analizy zasadności wprowadzenia przymusu radcowskiego na grunt postępowania przed Naczelnym Sądem Administracyjnym. Na wstępie warto w zwięzły sposób przedstawić ogólne tło wprowadzonych zmian oraz zasygnalizować specyfikę skargi kasacyjnej jako środka odwoławczego. **Specyfika ta bowiem kształtuje odpowiedź na pytanie o zasadność wykorzystywania przymusu adwokacko-radcowskiego przy sporządzaniu skargi kasacyjnej.**

⁵ Por. M. Zychowicz, *Przymus adwokacko-radcowski*, „Palestra” 1996, nr 7-8, s. 28.

⁶ Dz. U. Nr 43, poz. 189.

⁷ Uchwalona w 1997 r. Konstytucja RP radykalnie zmieniła sytuację w przedmiocie sądowej kontroli administracji publicznej poprzez zawarcie w art. 236 ust. 2 Konstytucji RP wymogu uchwalenia w okresie 5 lat od wejścia w życie Konstytucji ustaw reformujących sądownictwo administracyjne. Przepisy Konstytucji RP z 1997 r. nakładające obowiązek wprowadzenia co najmniej dwuinstancyjnego sądownictwa administracyjnego wywołały dyskusje, co do przyszłego modelu sądownictwa administracyjnego. Z początkiem 1998 r. prace nad projektem przyszłej ustawy rozpoczął zespół złożony z Prezesa i wiceprezesów Naczelnego Sądu Administracyjnego, sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego, Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego oraz Zastępcy Rzecznika Praw Obywatelskich. Przygotowany projekt skierowany został do Kancelarii Prezydenta RP. Prace nad projektem ustaw zakończono zostały skierowaniem projektów jako prezydenckich do łaski marszałkowskiej 30 maja 2001 r. W nowej kadencji Sejmu projekt prezydencki złożony został 22 października 2002 r. Obok projektu prezydenckiego 22 listopada 2001 r. zgłoszono z inicjatywy poselskiej trzy projekty ustaw dotyczących reformy sądownictwa administracyjnego.

Wprowadzone z początkiem 2004 r. zmiany w zakresie procedury sądowej kontroli administracji publicznej stanowią niewątpliwie jedno z najistotniejszych wydarzeń legislacyjnych ostatnich lat w polskim porządku prawnym⁸. Trudno przecenić również znaczenie praktyczne wprowadzonych zmian. Długo oczekiwana reforma postępowania sądowoadministracyjnego poprzez uchwalenie ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych⁹ oraz ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁰ stała się faktem. Twórcami reformy sądownictwa administracyjnego w obecnym kształcie, którzy podjęli zwieńczony sukcesem trud przygotowania ustrojowych i procesowych rozwiązań w omawianym zakresie, byli członkowie zespołu powołanego przez Prezesa NSA prof. dr. hab. Romana Hausera¹¹. Wprowadzenie instancyjnej kontroli sądowoadministracyjnej przewidziane zostało na mocy przepisu art. 176 Konstytucji RP w związku z art. 236 ust. 2 Konstytucji, który to przepis przewidywał pięcioletni okres czasu na uchwalenie ustaw reformujących sądownictwo administracyjne od dnia wejścia w życie Konstytucji. **Osią reformy sądownictwa administracyjnego stało się wprowadzenie na grunt procedury zwyczajnych środków zaskarżenia – środków odwoławczych.** Po raz pierwszy w blisko dwustuletniej historii polskiego sądownictwa administracyjnego ustawodawca stworzył możliwość korzystania przez uczestników postępowania z wniesienia zwyczajnych środków zaskarżenia, uruchamiających weryfikację orzeczeń zapadających w toku instancji¹². Na skutek reformy sądownictwa administracyjnego Polska dołączyła do grona krajów europejskich posiadających instancyjne sądownictwa administracyjne. Model taki występuje m.in. w:

- Niemczech¹³,

⁸ Szerzej na temat genezy wprowadzenia reformy sądownictwa administracyjnego zob. np. M. Kania, *Zwyczajne środki zaskarżenia w postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2009; idem, *Reforma sądownictwa administracyjnego – zagadnienia ustrojowe*, „Zeszyty Naukowe Górnośląskiej Wyższej Szkoły Handlowej w Katowicach” 2003, nr 17.

⁹ Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych, Dz. U. Nr 137, poz. 1543.

¹⁰ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz. U. Nr 153, poz. 1170 z późn. zm., dalej jako: ustawa lub p.p.s.a.

¹¹ Projekty ustaw reformujących sądownictwo administracyjne opracowane przez Zespół sędziów NSA przedstawione zostały po raz pierwszy w Popowie 18-20 października 1999 r. podczas konferencji sędziów NSA.

¹² Szerzej na temat rozwoju modeli środków zaskarżenia w postępowaniu przed sądami administracyjnymi zob. np. M. Kania, *Geneza środków zaskarżenia na tle historycznego rozwoju sądownictwa administracyjnego w Polsce*, „Ius es Administratio – Kwartalnik Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego”, Rzeszów 2007.

¹³ Por. M. Kania, *Środki zaskarżenia wnoszone w postępowaniu sądowoadministracyjnym na gruncie niemieckiego postępowania przed sądami administracyjnymi*, „Zeszyty Naukowe

- Szwajcarii¹⁴,
- Włoszech¹⁵,
- Grecji¹⁶,
- Estonii¹⁷,
- Holandii¹⁸,
- Francji¹⁹.

Katedry Prawa Administracyjnego Górnośląskiej Wyższej Szkoły Handlowej w Katowicach”, Katowice 2007; idem, *Kassationsklage im Modell einer zweinstanzenwegigen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, „Silesian Journal of Legal Studies”, Katowice 2009.

¹⁴ Por. M. Kania, *Sądownictwo administracyjne w Szwajcarii*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego. Zeszyty NSA” 2007, nr 1.

¹⁵ Struktura włoskiego sądownictwa administracyjnego oparta została o zasadę dwuinstancyjności postępowania. Sądami pierwszej instancji są Regionalne Trybunały Administracyjne (*Tribunali Amministrativi Regionali*), sądem drugiej instancji jest zaś Rada Stanu (*Consiglio di Stato*). Sądy administracyjne orzekają o legalności wydanych w postępowaniu administracyjnym decyzji. Wartym podkreślenia jest fakt, iż możliwość wniesienia zwyczajnego środka zaskarżenia, jakim jest apelacja nie jest ograniczana ani ze względu na przedmiot, ani na wartość przedmiotu zaskarżenia. Przepisy ustawy o ustroju regionalnych trybunałów administracyjnych z dnia 6 grudnia 1971 r. przewidują szeroki dostęp do drugiej instancji sądowej w postępowaniu sądowoadministracyjnym. Należy podkreślić, iż sądowy model kontroli administracji publicznej we Włoszech jest modelem mieszanym, w którym istotną część kompetencji kontrolnych przekazana została sądom powszechnym.

¹⁶ Strukturę greckiego trójinstancyjnego sądownictwa administracyjnego tworzą sądy pierwszej instancji, apelacyjne sądy administracyjne oraz Rada Stanu działające na podstawie przepisów ustawy nr 1406/83 z 1985 r.

¹⁷ Estoński model sądowej kontroli administracji publicznej „tradycyjnie” zakłada istnienie trójinstancyjnego sądownictwa z sądami pierwszej instancji, izbami administracyjnymi w sądach okręgowych jako sądami drugiej instancji oraz Izbą Administracyjną Sądu Najwyższego jako sądem trzeciej instancji. Postępowanie sądowoadministracyjne regulowane jest przepisami ustawy o postępowaniu sądowoadministracyjnym z dnia 23 października 1993 r.

¹⁸ Regulacja dotycząca sądowej kontroli administracji publicznej w Holandii zawarta została w ustawie – Ogólne prawo administracyjne. Sądami pierwszej instancji są sądy okręgowe. Sądem drugiej instancji jest Centralna Rada Odwoławcza z siedzibą w Utrechcie, właściwym w sprawach rozstrzygania sporów dotyczących statusu prawnego urzędników służby cywilnej oraz spraw związanych z opieką społeczną oraz Sekcja Prawa Administracyjnego Rady Stanu z siedzibą w Utrechcie. Wartym podkreślenia jest fakt, iż sąd okręgowy w holenderskim postępowaniu przed sądami administracyjnymi posiada uprawnienia merytorycznego rozpatrzenia odwołania.

¹⁹ Historia francuskiego modelu sądownictwa administracyjnego sięga utworzonej przez Napoleona I Rady Stanu (*Conseil d'Etat*). Obecna regulacja dotycząca funkcjonowania sądownictwa administracyjnego zawarta została w Kodeksie sądownictwa administracyjnego (*Code de justice administrative*). Kodeks stanowiący usystematyzowanie przepisów dotyczących funkcjonowania sądownictwa administracyjnego wszedł w życie 1 stycznia 2001 r. Strukturę francuskiego sądownictwa administracyjnego tworzą sądy trzech instancji. Najniższymi sądami administracyjnymi są Trybunały

Przy konstruowaniu modelu środka odwoławczego na gruncie postępowania sądowoadministracyjnego koniecznymi okazały się zmiany, które spowodowane są faktem, iż kontrola kasacyjna w postępowaniu sądowoadministracyjnym jest kontrolą drugiej instancji, uruchamianą przez wniesienie kasacji jako zwyczajnego środka zaskarżenia. Stwierdzić należy, iż wprowadzenie skargi kasacyjnej jako środka odwoławczego, będącego realizacją zasady instancyjności postępowania sądowego, stanowi filar, na którym oparta została cała reforma postępowania przed sądami administracyjnymi. Wprowadzenie takiego środka zaskarżenia orzeczeń sądowych wymagało ukształtowania wielu nowych rozwiązań umożliwiających funkcjonowanie systemu sądowej kontroli instancyjnej, w tym utworzenia nowych rozwiązań w płaszczyźnie ustrojowej sądownictwa administracyjnego. Należy podkreślić, iż wprowadzenie możliwości kontroli instancyjnej, stanowiące nową jakość na gruncie postępowania sądowoadministracyjnego, wzorowane zostało na rozwiązaniach wypracowanych i przyjętych na gruncie postępowania cywilnego.

Skarga kasacyjna na gruncie postępowania sądowoadministracyjnego ma charakter środka zaskarżenia zwyczajnego, wnoszona jest od wyroku lub od postanowienia kończącego postępowanie w sprawie wydanego w postępowaniu przed wojewódzkim sądem administracyjnym²⁰. Skarga kasacyjna ma charakter dewolutywny. Jej wniesienie powoduje przeniesienie sprawy do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Jest to środek suspensywny, zgodnie bowiem z art. 168 ust. 1 p.p.s.a., wniesienie skargi kasacyjnej powoduje wstrzymanie uprawomocnienia zaskarżonego orzeczenia.

Skarga kasacyjna jako zwyczajny środek zaskarżenia w postępowaniu sądowoadministracyjnym nie ogranicza się jedynie do ochrony interesu

Administracyjne. Sądami drugiej instancji są Administracyjne Sądy Apelacyjne powstałe na mocy ustawy z dnia 31 grudnia 1987 r. Obecnie istnieje 8 sądów apelacyjnych mających swoje siedziby w Paryżu, Bordeaux, Lyonie, Nancy, Nantes, Marsylii, Douai oraz w Wersalu. Sądem najwyższej instancji jest Rada Stanu. W obecnym stanie prawnym Rada Stanu pełni funkcje sądu kasacyjnego, rozpatrującego skargi kasacyjne wniesione od wyroków wydawanych przez Apelacyjne Sądy Administracyjne, kasację od wyroków Trybunałów Administracyjnych w sprawach drobnych. Ponadto Rada Stanu jest sądem apelacyjnym od wyroków Trybunałów Administracyjnych w sprawach określonych w przepisach szczególnych oraz sądem pierwszej i ostatniej instancji w sprawach skarg na dekrety wydawane przez Prezydenta Republiki oraz Premiera, akty o charakterze generalnym wydawane przez ministrów oraz w innych sprawach regulowanych przez przepisy szczególne. Francuskie postępowanie sądowoadministracyjne zna następujące rodzaje środków zaskarżenia: skargę apelacyjną, skargę kasacyjną oraz sprzeciw, a ponadto nadzwyczajny środek zaskarżenia skargę o wznowienie postępowania sądowoadministracyjnego.

²⁰ Por. wyrok NSA z dnia 5 maja 2004 r., sygn. akt FSK 19/04, niepubl. Skarga kasacyjna nie przysługuje od orzeczeń, które wydane zostały przez NSA. Por. postanowienie NSA z dnia 25 lutego 2004 r., sygn. akt FSK 63/04, ONSA i WSA 2004, nr 1, poz. 8.

publicznego, jak ma to miejsce w wypadku skargi kasacyjnej w postępowaniu cywilnym. Warto w tym miejscu wskazać, iż w postępowaniu cywilnym skarga kasacyjna – jak konstatuje J. Gudowski – od swych początków jest środkiem procesowym funkcjonującym na rzecz państwa, a więc w interesie publicznym. Podstawowym celem funkcjonowania kasacji jest stanie na straży wykonywania prawa oraz jego jednolitej wykładni. Interes prywatny przy wniesieniu kasacji schodzi na dalszy plan i może zostać uwzględniony tylko i wyłącznie o tyle, o ile może stać się podłożem zaspokojenia interesu ogólnego²¹.

Ze względu na przedmiot analizy zawartej w niniejszym opracowaniu należy wskazać, że **skarga kasacyjna ma charakter sformalizowanego środka prawnego i aby była skutecznie wniesiona musi czynić zadość wymaganiom stawianym temu środkowi w p.p.s.a.** Zasadnym staje się przyjęcie podziału wymagań skargi kasacyjnej na wymagania formalne stawiane wszystkim pismom procesowym oraz na wymagania materialne, które są właściwe dla skargi kasacyjnej²². Do wymogów formalnych skargi kasacyjnej należy zaliczyć, zgodnie z art. 46 p.p.s.a., następujące elementy:

- oznaczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego jako sądu właściwego do rozpatrzenia sprawy;
- wskazanie imion i nazwisk lub nazw stron, ich przedstawicieli ustawowych i pełnomocników;
- oznaczenie pisma jako skargi kasacyjnej;
- podpis strony lub jej przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika;
- dołączenie odpisów skargi kasacyjnej i odpisów załączników dla doręczenia ich stronom;
- dołączenie pełnomocnictwa, jeżeli skargę kasacyjną wnosi pełnomocnik.

Wymogi materialne skargi kasacyjnej określone zostały w art. 176 p.p.s.a. Wymogami tymi są: **po pierwsze, oznaczenie zaskarżonego orzeczenia ze wskazaniem, czy jest ono zaskarżone w całości, czy w części.** Wskazanie zakresu zaskarżenia wywołuje daleko idące skutki, wyznacza bowiem granice rozpoznania sprawy przez Naczelny Sąd Administracyjny w postępowaniu kasacyjnym. NSA rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej, biorąc jednakże pod uwagę z urzędu nieważność postępowania. **Wnoszący skargę kasacyjną musi zatem, w sposób niebudzący wątpliwości, wskazać – czy zaskarża wyrok w całości, czy też w określonej części.** Oznaczenie to musi zostać jasno sprecyzowane, określa ono bowiem

²¹ Por. J. Gudowski, *Kasacja w postępowaniu cywilnym po zmianach dokonanych ustawami z dnia 12 i 24 maja 2004 r.*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 2, s. 12.

²² Por. A. Skoczylas, *Glosa do postanowienia NSA z 16 marca 2004 roku*, FSK 209/04, OSP 2004, nr 6, poz. 73.

przedmiot kasacji ze względu na związanie przez Naczelny Sąd Administracyjny granicami skargi²³ i decyduje jednocześnie o uprawomocnieniu się wyroku w części niezaskarżonej. Oznaczenie orzeczenia nastąpić powinno w sposób, który nie będzie budził wątpliwości, o jakie orzeczenie wojewódzkiego sądu administracyjnego chodzi. Oznaczenie zaskarżonego orzeczenia powinno zatem zawierać wskazanie wojewódzkiego sądu administracyjnego, który orzeczenie wydał, sygnaturę akt, datę wydania, oznaczenie stron oraz przedmiot sprawy. **W świetle orzecznictwa sądów administracyjnych odnoszących się do art. 178 p.p.s.a., niemożność zidentyfikowania orzeczenia spowoduje konieczność odrzucenia skargi kasacyjnej jako niedopuszczalnej.**

Po drugie, przytoczenie podstaw kasacyjnych i ich uzasadnienie. Podstawy skargi kasacyjnej stanowią najistotniejszy, jak się wydaje, element jej wymogów materialnych. Skarga kasacyjna, aby mogła zostać dopuszczona do rozpoznania, musi zostać oparta wyłącznie na podstawach określonych w art. 174 p.p.s.a. Należy wskazać, iż ustawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi wymaga, aby w części dotyczącej wymogów materialnych skargi kasacyjnej przytoczone zostały nie tylko podstawy, a więc konkretne przepisy prawa materialnego lub procesowego, które zostały naruszone, ale również, aby podstawy te zostały odpowiednio uzasadnione²⁴. Na pojęcie podstawy kasacyjnej składa się wskazanie przepisów prawa, które według wnoszącego skargę kasacyjną zostały naruszone oraz wskazanie, co i z jakiego powodu skarżący uważa za naruszenie przepisów prawa. Należy więc podzielić niekwestionowany w doktrynie postępowania cywilnego w omawianym zakresie pogląd, iż niewystarczającym będzie jedynie ogólne powołanie się na art. 174 p.p.s.a. jako czyniący zadość warunkowi materialnemu skargi kasacyjnej. Również w świetle dotychczasowego orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego uznać należy, iż pogląd ten zaakceptowany został na gruncie postępowania przed sądami administracyjnymi²⁵. Przyjęcie powyższego rozwiązania uzasadnia konstatację, iż nie leży w gestii NSA ustalanie, na czym w konkretnym przypadku mogło polegać naruszenie prawa materialnego lub pogwałcenie przepisów postępowania²⁶. Ustalenie takiego związku mogłoby być ponadto sprzeczne z intencją wnoszącego skargę kasacyjną. Niedopuszczalne jest również

²³ Por. T. Ereciński, *Apelacja i kasacja w procesie cywilnym*, Warszawa 1996, s. 117.

²⁴ Samo przytoczenie przepisów prawa materialnego lub procesowego, które zostały naruszone bez ich odpowiedniego uzasadnienia skutkować będzie odrzuceniem skargi kasacyjnej. Por. orzeczenie SN z dnia 6 grudnia 1996 r., sygn. akt II UKN 24/26, niepubl.

²⁵ Por. postanowienie NSA z dnia 8 marca 2004 r., sygn. akt FSK 41/04, ONSA i WSA 2004, nr 1, poz. 9.

²⁶ Por. uzasadnienie wyroku NSA z dnia 22 lipca 2004 r., sygn. akt GSK 356/ 04, ONSA i WSA 2004, nr 3, poz. 72.

wskazanie przez wnoszącego skargę kasacyjną jedynie przepisu prawa materialnego, który – zdaniem wnoszącego skargę kasacyjną – został naruszony bez uzasadnienia naruszenia²⁷. Przedstawienie podstaw skargi kasacyjnej i jej uzasadnienia powinno być do tego stopnia szczegółowe, aby Naczelny Sąd Administracyjny bez poszukiwania w pismach procesowych postępowania przed wojewódzkim sądem administracyjnym otrzymał omówienie wskazanej wady²⁸.

Pierwszą podstawą określoną w p.p.s.a., na której oparta może zostać skarga kasacyjna jest zatem naruszenie prawa materialnego poprzez błędną jego wykładnię lub niewłaściwe zastosowanie. Zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego, niemożliwym jest naruszenie w jednym przypadku przepisu prawa materialnego w obu możliwych postaciach²⁹. Za normy prawa materialnego należy uznać te, które zawarte są w przepisach prawa administracyjnego powszechnie obowiązującego, które określają treść praw i obowiązków ich adresatów. Jak wskazuje się w doktrynie postępowania cywilnego, naruszenie prawa materialnego może polegać na zaistnieniu jednej z trzech sytuacji³⁰:

- 1) błędne przyjęcie istnienia normy prawnej, która faktycznie nie istnieje lub też zaprzeczenie istnienia normy prawnej faktycznie istniejącej. Naruszenie takie nazywane jest pogwałceniem prawa;
- 2) naruszenie prawa materialnego polegać może na błędnym zrozumieniu treści lub znaczenia prawa. Naruszenie prawa polegać będzie na błędnej wykładni przepisów prawa³¹;
- 3) naruszenie prawa polegać może na błędnym przyjęciu lub zaprzeczeniu związku, jaki zachodzi pomiędzy faktem ustalonym w procesie a normą prawną. W takiej sytuacji dochodzi do błędu na etapie subsumcji³².

²⁷ Por. wyrok NSA z dnia 30 czerwca 2004 r., sygn. akt FSK 208/04, ONSA i WSA 2004, nr 2, poz. 55. W postanowieniu NSA z dnia 8 września 2004 r., sygn. akt FSK 363/04, ONSA i WSA 2005, nr 2, poz. 41, NSA wskazał, iż nie jest dopuszczalnym ogólne powołanie się na naruszenie norm konstytucyjnych bez podania, kto owe normy naruszył, w jakim postępowaniu oraz w jaki konkretnie sposób.

²⁸ Por. też T. Ereciński, *Apelacja i kasacja...*, s. 115 i n.

²⁹ Por. wyrok NSA z dnia 7 października 2004 r., sygn. akt FSK 558/04.

³⁰ Por. T. Wiśniewski, *Apelacja i kasacja. Nowe środki odwoławcze w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1996, s. 165-166.

³¹ Nie stanowi podstawy skargi kasacyjnej polegającej na błędnej wykładni prawa żądanie skarżącego dokonania interpretacji jasnego w swej treści prawa. Por. wyrok NSA z dnia 20 lipca 2004 r., sygn. akt FSK 154/04, ONSA i WSA 2004, nr 2, poz. 35.

³² Podział taki wprowadza T. Ereciński [w:] T. Ereciński (red.), J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Komentarz do Kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza: Postępowanie rozpoznawcze*, t. 1, Warszawa 2004, s. 772.

W świetle art. 174 pkt 2 p.p.s.a., drugą podstawę wniesienia skargi kasacyjnej stanowi naruszenie przepisów postępowania, o ile naruszenie to mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy. W przypadku naruszenia przepisów postępowania skarżący powinien wskazać, jaki przepis prawa został naruszony, na czym polegało naruszenie, ponadto powinien wskazać na związek pomiędzy naruszeniem przepisu a wynikiem sprawy oraz wykazać, iż naruszenie przepisów postępowania miało istotny wpływ na wynik sprawy. Podobnie w przypadku naruszenia przepisów prawa materialnego należy wskazać konkretny przepis prawa materialnego, który – zdaniem skarżącego – został naruszony oraz wykazać, na czym polegało owo naruszenie w zakresie błędnej wykładni lub niewłaściwego zastosowania.

Po trzecie, skarga kasacyjna powinna zawierać wniosek o uchylenie lub zmianę orzeczenia z oznaczeniem zakresu żądanego uchylenia lub zmiany. Wniosek o uchylenie lub zmianę wraz z oznaczeniem żądanego uchylenia lub zmiany stanowi niezbędny element wyznaczający granicę, w ramach których Naczelny Sąd Administracyjny będzie rozpatrywał sprawę. Skarga kasacyjna, w której brak będzie wniosku, co do sposobu rozstrzygnięcia sprawy nie będzie odpowiadać wymaganiom stawianym temu środkowi odwoławczemu w przepisach p.p.s.a.³³ Oświadczenia woli wnoszącego skargę kasacyjną nie można domniemywać z samego faktu wniesienia skargi kasacyjnej.

Warto w tym miejscu wskazać, iż Naczelny Sąd Administracyjny w jednym ze swoich orzeczeń zwrócił uwagę, iż wniesienie skargi kasacyjnej wywołuje skutek w postaci wszczęcia postępowania sądu drugiej instancji, jeżeli łącznie spełnionych zostaje pięć warunków:

- 1) skarga kasacyjna wniesiona musi zostać w terminie określonym w art. 177 p.p.s.a. Skarga kasacyjna wnoszona jest w terminie 30 dni od dnia doręczenia stronie odpisu orzeczenia wraz z uzasadnieniem do sądu, który wydał zaskarżony wyrok lub postanowienie;
- 2) skarga kasacyjna musi zostać wniesiona przez uprawniony podmiot;
- 3) **skarga kasacyjna musi zostać sporządzona przez adwokata, radcę prawnego lub inny uprawniony podmiot;**
- 4) skarga kasacyjna wniesiona musi zostać z zachowaniem wymagań formalnoprawnych;
- 5) skarga kasacyjna musi zostać należycie opłacona.

³³ Por. postanowienie SN z dnia 3 kwietnia 1997 r., sygn. akt I PKN 57/97, OSNAPiUS 1997, nr 24, poz. 495.

Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny, niedopełnienie któregośkolwiek z wymienionych warunków czyni skargę kasacyjną niedopuszczalną, a w konsekwencji skutkuje jej odrzuceniem³⁴.

W literaturze przedmiotu wyrażane były poglądy, zgodnie z którymi ustanowienie przymusu adwokacko-radcowskiego na gruncie postępowania przed sądami administracyjnymi stanowi ograniczenie prawa strony do rozpatrzenia sprawy przez sąd drugiej instancji³⁵. B. Gruszczyński stwierdza, iż ze względu na omawiany przymus trudno skargę kasacyjną uznać za środek odwoławczy³⁶. Podobne wątpliwości wyraża A. Zieliński, którego zdaniem zasady funkcjonowania instytucji przymusu adwokacko-radcowskiego na gruncie postępowania sądowoadministracyjnego mogą stanowić ograniczenie prawa strony do drugiej instancji sądowej³⁷. Za przeciwnym stanowiskiem przemawiają następujące argumenty.

Po pierwsze, fachowa reprezentacja uczestników postępowania ma zapewnić profesjonalne przygotowanie skargi kasacyjnej. Działanie takie leży w interesie samych stron, bowiem próby przygotowania przez nie samodzielnie prawidłowej skargi kasacyjnej kończyłyby się w praktyce niepowodzeniem. Naczelny Sąd Administracyjny w jednym z postanowień wskazał, iż „w świetle art. 175 p.p.s.a. skargę kasacyjną sporządzają profesjonaliści, od których można wymagać właśnie profesjonalizmu”³⁸. Jak konstatuje R. Hauser, to właśnie gwarantowany przez adwokatów, radców prawnych poziom świadczonych usług zapewnia pełną ochronę interesów skarżącego³⁹. Kasacja powinna ograniczyć się wyłącznie do badania zagadnień jurydycznych i zarzutów przygotowanych przez profesjonalistów⁴⁰.

Po drugie, wiedza fachowa ma zagwarantować wnoszenie skarg kasacyjnych tylko w tych sprawach, w których istnieją rzeczywiste podstawy do ich wniesienia.

Po trzecie, obciążenie sporządzenia skargi kasacyjnej przymusem adwokacko-radcowskim zapobiegać ma przewlekłości postępowania poprzez

³⁴ Por. uchwała składu 7 sędziów NSA z dnia 11 kwietnia 2005 r., sygn. akt OPS 1/04, ONSA i WSA 2005, nr 4, poz. 62.

³⁵ Por. B. Gruszczyński [w:] B. Dauter [et al.], *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Kraków 2005, s. 399.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Por. A. Zieliński, *Konstytucyjny standard instancyjności postępowania sądowego*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 11, s. 11.

³⁸ Por. postanowienie NSA z dnia 16 marca 2004 r., sygn. akt FSK 209/04, ONSA i WSA 2004, nr 1, poz. 13.

³⁹ Por. R. Hauser, J. Drachal, E. Mzyk, *Dwuinstancyjne sądownictwo administracyjne*, Warszawa-Zielona Góra 2003, s. 115.

⁴⁰ Por. R. Hauser, *Reforma sądownictwa administracyjnego – podstawowe założenia*, „Przegląd Podatkowy” 2003, nr 10, s. 56.

dokonywanie czynności przez strony nieposiadające dostatecznej wiedzy prawnej. Wadliwie sporządzona skarga kasacyjna oznacza dodatkowe obciążenie sędziów dodatkową, niepotrzebną pracą, co powoduje zaległości w rozpoznawaniu spraw⁴¹.

Po czwarte, ewentualne przeszkody materialne związane z koniecznością skorzystania w przedmiotowym zakresie z usług profesjonalnych podmiotów zmniejszone zostają poprzez możliwość wykorzystania przez uczestników postępowania prawa pomocy określonego w art. 243-263 p.p.s.a.⁴²

Po piąte, przygotowane profesjonalnie skargi kasacyjne pod względem formalnym i materialnym ułatwią ich rozpoznanie Naczelnego Sądu Administracyjnego. Trudności w sporządzeniu prawidłowej skargi kasacyjnej widoczne były nawet wśród radców i adwokatów sporządzających skargi kasacyjne. W praktyce podnosi się, iż w pierwszym okresie orzekania odsetek skarg kasacyjnych odrzuconych ze względu na ich nieprawidłowe skonstruowanie był znaczny⁴³. Trudno zatem wyobrazić sobie sytuację, w której skargi kasacyjne sporządzane mogłyby być przez podmioty nieprzygotowane do tego zadania profesjonalnie.

Również na gruncie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przedstawiony został pogląd, zgodnie z którym istnienie w postępowaniu przed sądem kasacyjnym obowiązku występowania przed tym sądem profesjonalnego reprezentanta, jakim jest np. adwokat, nie pozbawia strony możliwości przedstawienia sprawy oraz nie powoduje niekorzystnej dla strony sytuacji, przyczyniając się do eliminacji nadmiaru skarg kasacyjnych niemających prawem przewidzianych podstaw. Należy jednakże zaznaczyć, iż pogląd taki przedstawiony został w odniesieniu do postępowania przed sądem kasacyjnym traktowanym jako instancja sądowa, do której wnoszona jest kasacja po rozpatrzeniu sprawy przez sądy dwóch instancji mających pełną jurysdykcję⁴⁴.

Reasumując powyższe uwagi, należy wskazać, że wymogi materialne skargi kasacyjnej powodują, iż wniesienie tego środka zaskarżenia przez stronę nieposiadającą odpowiedniej wiedzy profesjonalnej wydaje się być nader trudnym zadaniem. W związku z tym przepis art. 175

⁴¹ Por. H. Knysiak-Molczyk [w:] T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 737.

⁴² *Ibidem*. Możliwość skorzystania z pomocy adwokata czy radcy prawnego przez osoby ubogie przewidziana została na etapie przygotowania projektów reformujących sądownictwo administracyjne, na co wskazywał R. Hauser, *Założenia reformy sądownictwa administracyjnego*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 12, s. 33.

⁴³ Por. B. Gruszczyński, *op. cit.*, s. 398.

⁴⁴ Por. orzeczenie ETPC z dnia 26 lipca 2002 r. w sprawie *Meftah i inni v. Francji*, skarga Nr 32911/96 i 24595/97, http://www.bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawa_czlowieka/raport_2008.pdf.

ust. 1 p.p.s.a. nakłada na skargę kasacyjną **przymus adwokacko-radcowski**. Rozwiązanie takie, mające na celu zapewnienie profesjonalnej reprezentacji, już od momentu sporządzenia skargi kasacyjnej, należy ocenić na gruncie przyjętych rozwiązań w pełni pozytywnie pomimo pewnych wątpliwości, które dotyczą ograniczenia możliwości skorzystania ze zwyczajnego środka zaskarżenia.

4. Zakres przymusu radcowskiego na gruncie postępowania przed Naczelnym Sądem Administracyjnym

Przymus adwokacko-radcowski na gruncie procedury przed sądami administracyjnymi oznacza, że skargi kasacyjnej nie może sporządzić strona, w tym także organ administracji publicznej. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi wprowadza pojęcie „sporządzenie skargi kasacyjnej”, przez co należy rozumieć napisanie skargi kasacyjnej, podpisanie jej oraz wskazanie podmiotu, który skargę sporządził⁴⁵. Jak wskazał Naczelny Sąd Administracyjny, sporządzenie obejmuje również podpisanie, ponieważ to podpis wprost wskazuje osobę, która skargę sporządziła⁴⁶. W opinii Sądu jedynie podpis złożony pod skargą kasacyjną potwierdza z punktu widzenia sądu oceniającego jej dopuszczalność, że przy konstruowaniu tego środka zaskarżenia brał udział, zgodnie z obowiązkiem nałożonym w świetle art. 175 p.p.s.a. uprawniony „fachowy podmiot”⁴⁷. Fakt posiadania przez osobę, która podpisała skargę kasacyjną w imieniu organu uprawnień do wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego, albo posiadania kwalifikacji wskazanych w art. 175 § 2 i 3 p.p.s.a. musi być udokumentowany wraz ze złożeniem skargi kasacyjnej lub przed upływem terminu do jej wniesienia⁴⁸. Podzielić należy pogląd przedstawiony przez W. Chróścielewskiego i J.P. Tarno, iż w przypadku, kiedy skarga kasacyjna sporządzona została przez uprawniony podmiot, w postępowaniu kasacyjnym, strona jest uprawniona występować sama lub być reprezentowana przez inną uprawnioną osobę⁴⁹. Taka interpretacja

⁴⁵ Por. W. Chróścielewski, J.P. Tarno, *Postępowanie administracyjne i postępowanie przed sądami administracyjnymi*, Warszawa 2006, s. 497.

⁴⁶ Postanowienie NSA z dnia 15 maja 2008 r., sygn. akt II GSK 503/07, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/8667B96D95>.

⁴⁷ Postanowienie NSA z dnia 18 grudnia 2006 r., sygn. akt IFZ 548/06, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/8BF0E0B075>.

⁴⁸ Postanowienie NSA z dnia 19 czerwca 2007 r., sygn. akt II FSK 1652/06, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/E1CDAEF1D6>.

⁴⁹ Por. W. Chróścielewski, J.P. Tarno, *op. cit.*, s. 498.

ma zasadnicze znaczenie dla oceny wprowadzenia przymusu adwokacko-radcowskiego w aspekcie braku ograniczenia zasady dwuinstancyjności postępowania sądowoadministracyjnego. O ile bowiem sporządzenie skargi kasacyjnej pozostawione zostało podmiotom profesjonalnym, o tyle samo występowanie strony przed sądem nie jest w żaden sposób ograniczone przez przepisy prawa. Nowa zatem na gruncie przepisów postępowania instytucja sporządzenia środka zaskarżenia oceniona winna być pozytywnie jako uwzględniająca specyfikę postępowania sądowoadministracyjnego i jednocześnie zasady ekonomii procesowej. Przyjęte *de lege lata* rozwiązanie różni się od rozwiązania, jakie obowiązuje na gruncie procedury cywilnej. W procedurze tej bowiem przymusem adwokacko-radcowskim objęte jest nie tylko sporządzenie skargi kasacyjnej, ale również występowanie przed Sądem Najwyższym w postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia wskazanego środka zaskarżenia.

Skargę kasacyjną w imieniu organu administracji publicznej może sporządzić adwokat, radca prawny czy doradca podatkowy zajmujący stanowisko upoważniające go do działania jako organ lub do reprezentowania organu, zatrudniony w organie administracji publicznej na innym stanowisku lub świadczący pomoc prawną na podstawie umowy⁵⁰. Fakt posiadania uprawnień do wykonywania powyższych zawodów musi być udokumentowany najpóźniej przed upływem terminu do wniesienia skargi kasacyjnej⁵¹.

Należy podkreślić, iż art. 175 p.p.s.a. bez wątpienia wprowadza zasadę przymusu adwokacko-radcowskiego, zwrot „powinien sporządzić” należy rozumieć jako obowiązek dokonania tejże czynności, nie jako jedynie wskazówkę czy też czynność o charakterze fakultatywnym. W jednym z orzeczeń Naczelny Sąd Administracyjny dokonał analizy tego sformułowania, wskazując, iż w słownikach języka polskiego wyrażeniu „powinno się” nadaje się znaczenie obowiązkowego, należnego, pożądanego, oczekiwanego, spodziewanego. W języku prawniczym używany w aktach normatywnych i orzecznictwie sądowym zwrot „powinno być sporządzone” rozumiane jest jako obowiązek takiego działania⁵². W innym orzeczeniu Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że „wywody skarżących, iż użyte w przepisie art. 175 sformułowanie »skarga kasacyjna powinna być sporządzona przez adwokata lub radcę prawnego« nie oznacza, iż musi być sporządzona przez adwokata lub radcę prawnego należy uznać za dowolną wykładnię omawianego przepisu. Wyraz powinien, powinna, powinno oznaczają mieć obowiązek zrobienia czegoś, być zobowiązanym do wy-

⁵⁰ Por. H. Knysiak-Molczyk, *op. cit.*, s. 742.

⁵¹ Postanowienie NSA z dnia 8 września 2004 r., sygn. akt FSK 371/04, LEX POLONICA nr 371107.

⁵² Postanowienie NSA z dnia 27 lipca 2004 r., sygn. akt FZ 178/04, niepubl.

konania czegoś, podlegać konieczności odpowiadania pewnym warunkom”⁵³. Za wskazaną interpretacją przemawia ponadto cel i funkcja, jaką ma spełniać omawiana instytucja w postępowaniu sądowoadministracyjnym.

Brak zachowania przymusu adwokacko-radcowskiego przy sporządzeniu skargi kasacyjnej jest brakiem, który nie podlega uzupełnieniu⁵⁴. Z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o odrzuceniu skargi kasacyjnej z powodu niedopełnienia wymogu sporządzenia jej przez pełnomocnika w osobie adwokata bądź rady prawnego, nie jest dopuszczalne ponowne skorzystanie z prawa do wniesienia środka odwoławczego, bowiem prawo to zostało już skutecznie skonsumowane⁵⁵.

Przymus zastępstwa nie obowiązuje, zgodnie z art. 175 ust. 2 p.p.s.a., w sytuacji, kiedy skargę kasacyjną sporządza sędzia, prokurator, notariusz albo profesor lub doktor habilitowany nauk prawnych będący stroną w postępowaniu sądowym, jej przedstawicielem bądź też pełnomocnikiem. Pojęcia „profesor” i „doktor habilitowany nauk prawnych” powinny być interpretowane w oparciu o przepisy ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki⁵⁶. Powyższym osobom zwolnienie od przymusu adwokacko-radcowskiego przysługuje niezależnie od tego, czy i gdzie są zatrudnione⁵⁷. Przymus ten nie obowiązuje również, kiedy skargę kasacyjną wnosi prokurator bądź Rzecznik Praw Obywatelskich. Ponadto przymus ten został wyłączony w sprawach obowiązków podatkowych, o ile skargę kasacyjną sporządza doradca podatkowy oraz w sprawach własności przemysłowej, o ile skarga kasacyjna sporządzana jest przez rzecznika patentowego. Zgodnie z orzecznictwem Naczelnego Sądu Administracyjnego, doradca podatkowy jest uprawniony do sporządzenia skargi kasacyjnej jedynie w zakresie określonym w p.p.s.a. Ustawa stanowi, iż doradca podatkowy może sporządzić skargę kasacyjną jedynie w sprawach podatkowych. Zakres takich spraw określony został w art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym⁵⁸. Doradca podatkowy nie jest zatem uprawniony do sporządzenia skargi kasacyjnej w sprawach celnych⁵⁹. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż zdolność postulacyjna w postępowaniu przed sądami administracyjnymi określona została szerzej niż w postępowaniu cywilnym.

⁵³ Postanowienie NSA z dnia 14 czerwca 2004 r., sygn. akt OSK 219/04, niepubl.

⁵⁴ Postanowienie NSA z dnia 5 kwietnia 2006 r., sygn. akt II OZ 349/06, niepubl.

⁵⁵ Postanowienie NSA z dnia 20 października 2005 r., sygn. akt II OZ 960/05, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/5180D59802>.

⁵⁶ Dz. U. Nr 65, poz. 595 z późn. zm.

⁵⁷ Postanowienie NSA z dnia 19 lutego 2004 r., sygn. akt OSK 169/04, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/61AE18AE79>.

⁵⁸ Dz. U. Nr 102, poz. 96.

⁵⁹ Por. wyrok NSA z dnia 14 lipca 2004 r., sygn. akt GSK 693/04, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/829FC7D206>.

Rozwiązanie przyjęte w art. 175 ust. 2 i 3 p.p.s.a. jest wynikiem założenia, iż wymienione w tych artykułach osoby posiadają dostateczną wiedzę do sporządzenia skargi kasacyjnej na odpowiednim poziomie. Niedopełnienie obowiązku sporządzenia skargi kasacyjnej przez adwokata lub pozostałe podmioty wymienione w art. 175 ust. 1 i 3 p.p.s.a. skutkować będzie odrzuceniem skargi kasacyjnej jako niedopuszczalnej⁶⁰. Sytuacja taka zaistnieje w szczególności, kiedy pojawią się wątpliwości, czy skarga kasacyjna podpisana przez uprawniony podmiot została przez niego w rzeczywistości sporządzona. Wątpliwość taka powinna zostać usunięta poprzez wezwanie osoby do oświadczenia w wyznaczonym terminie, czy jest autorem skargi⁶¹.

5. Podsumowanie

W świetle art. 175 p.p.s.a., na gruncie procedury sądowoadministracyjnej wprowadzony został po raz pierwszy w polskim porządku prawnym przymus adwokacko-radcowski przy sporządzaniu zwyczajnego środka zaskarżenia, jakim jest skarga kasacyjna. Konieczność wprowadzenia takiego przymusu uzasadnia w pełni specyfika skargi kasacyjnej, jako dalece sformalizowanego środka odwoławczego. W szczególności ukształtowane *lege iuris* podstawy skargi kasacyjnej uzasadniają konstatację, zgodnie z którą nie wydaje się być zasadnym ani możliwym sporządzanie skarg kasacyjnych w postępowaniu przed Naczelnym Sądem Administracyjnym przez podmioty nieposiadające profesjonalnego przygotowania i odpowiedniej wiedzy prawniczej. Należy wskazać, iż przymus adwokacko-radcowski na gruncie postępowania sądowoadministracyjnego oznacza konieczność sporządzenia skargi kasacyjnej przez podmiot wymieniony w art. 175 § 1 p.p.s.a., tj. napisanie skargi kasacyjnej, podpisanie jej oraz wskazanie podmiotu, który skargę sporządził.

⁶⁰ Por. B. Adamiak, J. Borkowski, *Postępowanie administracyjne i sądowoadministracyjne*, Warszawa 2007, s. 458.

⁶¹ Por. M. Zychowicz, *op. cit.*, s. 37.

Status radcy prawnego w procesie karnym

We współczesnym postępowaniu karnym możliwość zagwarantowania niektórym jego uczestnikom profesjonalnej pomocy realizowanej przez radcę prawnego nie należy do kanonów karnoprocesowych, czyli okoliczności inherentnie powiązanych z celem i strukturą tego postępowania, okoliczności, bez których nie sposób wyobrazić sobie każdego, pojedynczego procesu i niewymagających zarazem rozległego uzasadnienia. W zasadzie potrzeba dopuszczenia radcy prawnego do czynności postępowania karnego podlega procesowi swoistej ewolucji, gdyż nieuchronnie łączy się z kształtowaniem i modyfikowaniem zakresu udziału tego podmiotu w ramach procedury karnej. Fakt ten, silnie naznaczony w polskich uwarunkowaniach prawno-społecznych, determinuje dość specyficzny status radcy prawnego w toku postępowania karnego. Niemniej jednak nie świadczy bynajmniej o krystalizowaniu się instytucji prawnej o charakterze drugorzędnym czy ubocznym, zwłaszcza że nikt w sumie nie kwestionuje zasadności pojawienia się we wskazanym postępowaniu radcy prawnego jako przedstawiciela procesowego pewnych kategorii osób.

Zakres możliwości proceduralnych radcy prawnego, a tym samym zapewnienie jak najskuteczniejszej i jak najbardziej efektywnej ochrony reprezentowanych przezeń interesów, zależy wszakże od określenia jego sytuacji prawnej przez ustawodawcę, czyli od sposobu ukształtowania jego pozycji procesowej. To z kolei dowodzi wyodrębnienia pewnego modelu udziału radcy prawnego w toku procedury karnej, a zatem wskazuje na wydzielenie zasadniczych elementów regulujących status prawny tego podmiotu i pozwalających na odróżnienie powstałego w ten sposób układu od innych układów dotyczących tego samego zagadnienia.

W ramach rozważań poświęconych pozycji radcy prawnego, kwestię pierwszoplanową stanowi określenie charakteru prawnego tego podmiotu na tle innych uczestników postępowania. W tej kwestii właściwy i jedyny punkt odniesienia tworzy koncepcja przedstawicielstwa procesowego. Jest bowiem naturalną konsekwencją istoty zawodu radcy prawnego oraz tradycyjnego zakresu jego praw i obowiązków sprowadzonych do

wspólnego mianownika w postaci świadczenia pomocy prawnej. Według unormowania art. 6 ust. 1 ustawy o radcach prawnych¹, do immanentnych form wykonywania tej profesji należy zaliczyć między innymi udzielanie porad prawnych, sporządzanie opinii tego rodzaju, a nadto występowanie przed sądami i urzędami.

Rozważanie koncepcji przedstawicielstwa procesowego to jednak nie tylko podjęcie dyskursu o niewątpliwych walorach teoretyczno-prawnych. To także prowadzenie analiz o doniosłych konsekwencjach praktycznych związanych z wyznaczeniem rzeczywistej pozycji radcy prawnego w toku procesu karnego. Już nawet aprioryczne spojrzenie na ten problem może sugerować sformułowanie wniosku, że status reprezentanta procesowego jednej ze stron lub innych osób, oznacza przyznanie radcy prawnemu możliwości realnego i całkiem skutecznego wpływania na tok postępowania i jego ostateczny rezultat dotyczący przedmiotu procesu. Skoro bowiem takim przedstawicielem jest podmiot działający w imieniu strony (lub innego podmiotu) i na jej (jego) rzecz, to tym samym jesteśmy w stanie od razu wyjaśnić zakres uprawnień przysługujących radcy prawnemu, który – zgodnie z istotą reprezentacji procesowej – powinien korzystać z zasady z takich praw, jakimi dysponuje mocodawca², a w ten sposób może wywierać rzeczywisty wpływ na rozwój wypadków procesowych.

Co ważne i wymagające zaakcentowania – tak określony cel jest osiągnięty poprzez recypowanie na grunt karnoprocessowy typowej dla prawa prywatnego instytucji pełnomocnika. W świetle cywilnoprawnego charakteru tej regulacji³, realizacja zadań stawianych przed radcą prawnym w obrębie procesu karnego, zasadniczo musi odbywać się według reguł działania znamienych dla prawa cywilnego i postępowania cywilnego. Ta okoliczność wymusza na ustawodawcy obowiązek takiego uregulowania stosownych przepisów, aby wspomniane reguły, jakkolwiek ukształtowane w innych zupełnie uwarunkowaniach, były respektowane także w ramach procedury karnej. W rezultacie ustawodawca karnoprocessowy z jednej strony kreuje autonomiczne zasady udziału w postępowaniu karnym radcy prawnego będącego pełnomocnikiem (art. 87-88 Kodeksu postępowania

¹ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm., dalej jako: u.r.p.

² M. Cieślak, *W kwestii stosunku obrończego i substytucji obrońcy*, „Palestra” 1962, nr 1-2, s. 50; T. Grzegorzczak, *Sytuacja obrońcy w postępowaniu w sprawach o wykroczenia*, „Palestra” 1987, nr 3-4, s. 51; idem, *Strony, ich procesowi przedstawiciele i inni uczestnicy postępowania karnego*, Warszawa 1998, s. 92, 97, 118.

³ Co trafnie akcentuje doktryna, np. R. Szarek, *Z problematyki pełnomocnika w procesie karnym*, „Palestra” 1972, nr 5, s. 50; S. Oczki, *Pełnomocnik a obrońca w procesie karnym*, „Problemy Praworządności” 1989, nr 10, s. 16.

karnego⁴, z odesłaniem do innych przepisów k.p.k. dotyczących obrońcy), zaś z drugiej strony potwierdza normatywnie konieczność odpowiedniego (z natury rzeczy w tym wypadku) stosowania przepisów obowiązujących w postępowaniu cywilnym, z mocy klauzuli odsyłającej zamieszczonej w art. 89 k.p.k.⁵ Przedstawione uwagi w pewnym sensie dowodzą prawidłowości opierającej się na istnieniu silnych związków zawodu radcy prawnego z rozpoznawaniem spraw w ramach procedury cywilnej.

W analizowanym kontekście powstaje zatem pytanie: jak zakwalifikować karnoprocesową działalność radcy prawnego z punktu widzenia rodzaju chronionych interesów? Innymi słowy, rzecz dotyczy się ustalenia, czy jego udział w postępowaniu karnym służy poszanowaniu dobra indywidualnego, czy też, a jeśli tak – to w jakim zakresie – ochronie interesu społecznego?

Przystępując do nieco bliższej analizy sygnalizowanej kwestii, za punkt wyjścia powinno posłużyć zapatrywanie sytuujące radcę prawnego, a ściślej rzecz ujmując – wykonywany przez niego zawód, w grupie profesji zaufania publicznego⁶. Z tym stwierdzeniem znajdującym silne umocowanie w Konstytucji RP⁷ (art. 17) koresponduje norma zawarta w art. 3 ust. 2 u.r.p., w myśl której zawód radcy prawnego winien być wykonywany ze starannością wynikającą z wiedzy prawniczej oraz zasad etycznych. W każdym razie konstrukcja i cele tego zawodu zostały tak ukształtowane, aby móc osiągnąć stan owego zaufania publicznego, relewantnego w wymiarze społecznym, będącego w istocie fundamentalnym warunkiem bytu i sensu utrzymywania każdego zawodu powiązanego z pomocą prawną.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm., dalej jako: k.p.k.

⁵ Szerzej co do znaczenia i sposobu interpretacji tej klauzuli zob. np. K. Marszał [w:] K. Marszał (red.), S. Stachowiak, K. Zgryzek, *Proces karny*, Katowice 2005, s. 223; R. Szarek, *Z problematyki...*, s. 51; S. Oczki, *Problem odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego do pełnomocnika w procesie karnym*, „Palestra” 1990, nr 2-3, s. 41-50.

⁶ Tak też np. P. Sarnecki, *Radca prawny jako zawód zaufania publicznego*, „Radca Prawny” 2002, nr 4-5, s. 23; S. Serafin, B. Szmulik, *Organy ochrony prawnej RP*, Warszawa 2007, s. 468. Można wszakże żywić wątpliwości, czy w pełni rację ma P. Sarnecki, twierdząc, że wagę problemów roztrząsanych przez radcę prawnego nie mierzy się przy użyciu kryteriów obiektywnych, lecz subiektywnych uwzględniających odczucia osoby, na rzecz której pomoc prawna jest wykonywana. Problem bowiem w tym, że skoncentrowanie uwagi wyłącznie na miernikach subiektywnych nie może mieć nieograniczonego charakteru, napotykać na bariery związane z zadośćuczynieniem wymogom prawa i regułom deontologicznym wiążącym radcę prawnego w trakcie jego działalności.

⁷ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

Dostrzec więc można określoną kompatybilność zawodu radcy prawnego i potrzeby respektowania dobra ogółu.

W zasadzie można nawet zaryzykować twierdzenie o publicznym charakterze funkcji pełnionej przez radcę prawnego – pełnomocnika w sprawie karnej. Nie wynika ono z faktu, że proces karny stanowi zjawisko publiczne, a bardziej z przedmiotu działań podejmowanych w tym postępowaniu zmierzających do rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności oskarżonego za zachowanie naruszające pewien porządek społeczny. Innymi słowy, skoro społeczeństwo jest zainteresowane w przywróceniu ładu naruszonego na skutek popełnienia przestępstwa, radca prawny, występując w procesie karnym po stronie czynnej, działa na rzecz dobra ogółu, pomimo że musi zarazem zadbać o interesy pokrzywdzonego. Ta okoliczność mogłaby oznaczać zbliżenie się w stronę realizacji zadań publicznoprawnych.

Niemniej jednak, gdyby zestawić ze sobą oba interesy chronione w ramach działalności radcy prawnego, to nie będzie ulegać najmniejszym wątpliwości, że jej zasadniczym celem jest przede wszystkim dążenie do respektowania interesów reprezentowanego podmiotu. Jak stanowi art. 2 u.r.p., pomoc prawna jest w tym wypadku świadczona w celu ochrony prawnej interesów podmiotów, na rzecz których jest wykonywana. Oznacza to, że ochrona dobra społecznego w toku wykonywania funkcji przez radcę prawnego ma charakter drugoplanowy i realizuje się przy okazji bronięcia interesów indywidualnych (mając na myśli nie tylko interesy jednostek, lecz także tzw. podmiotów zbiorowych, kolektywnych). Radca prawny nie występuje zatem jako rzecznik interesu społecznego, choć nie da się ukryć, że biorąc udział w procesie karnym – jako swoisty strażnik praworządności – może wydatnie przyczynić się do realizacji zasady prawdy, do wszechstronnego wyjaśnienia danej sprawy, a w konsekwencji do wydania prawidłowego rozstrzygnięcia⁸. Jeżeli więc jego uczestnictwo w postępowaniu sprzyja głównie stworzeniu odpowiednich warunków do realnej ochrony praw konkretnego podmiotu, koncepcja przedstawicielstwa jest najlepiej i w pełni dostosowana do wyjaśnienia istoty działalności radcy prawnego w toku procedury karnej.

⁸ Co powszechnie przytacza się w doktrynie analogicznie pod kątem obrońcy, zob. np. W. Daszkiewicz, *Obowiązki obrońcy a jego osobiste przekonanie o winie oskarżonego*, „Państwo i Prawo” 1957, z. 1, s. 78-79; S. Kalinowski, *Stanowisko obrońcy w polskim procesie karnym*, „Palestra” 1962, nr 8, s. 3-8; M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1971, s. 310; T. Grzegorzczak, *Pozycja obrońcy w procesie karnym*, „Palestra” 1979, nr 4, s. 8; a także C. Kulesza, powołując się na dorobek doktryny niemieckiej, *Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Kraków 2005, s. 75-81, 84.

Niekoniecznie natomiast analogiczna hipoteza byłaby całkowicie możliwa, gdyby odnieść się do wypowiedzianych w literaturze poglądów, iż radca prawny jako pełnomocnik jest pomocnikiem prokuratora⁹. Zważyć należy, że nawet gdyby mieć na uwadze wyłącznie etap śledztwa lub dochodzenia, używanie sformułowania „pomocnik procesowy” (a do tego w gruncie rzeczy to się sprowadza) nie jest wskazane co najmniej z dwóch przyczyn. Przede wszystkim, to określenie posiada już utrwaloną konotację w doktrynie polskiego procesu karnego, obejmując swym zakresem podmioty ułatwiające organom procesowym wykonywanie ich funkcji, poprzez pomaganie w przeprowadzeniu czynności lub w utrwaleniu ich przebiegu¹⁰. Nazwa „pomocnik” wywołuje więc nieodłączne skojarzenia z rolą drugorzędną, zależną lub nawet techniczną. Poza tym, pełna konwergencja interesów i celów realizowanych przez podmioty występujące po stronie czynnej (oskarżyciela publicznego i pokrzywdzonego) stanowi wprawdzie stan pożądaný i wręcz idealny, ale nie w każdym układzie procesowym możliwy do urzeczywistnienia. Może się zdarzyć, że koncepcja ścigania, a następnie oskarżenia, przyjęta przez prokuratora nie będzie zbieżna z obiektywnie pojmowanym interesem pokrzywdzonego. Abstrahując w tym miejscu od przyczyn takiego stanu rzeczy, należy zauważyć, że można ewentualnie zaakceptować przyznanie radcy prawnemu roli „naturalnego sojusznika oskarżenia”¹¹, ponieważ takie podejście w ujęciu rozpatrywanej kwestii zdaje się lepiej oddawać tę nieformalną relację zachodzącą między oboma podmiotami, uwypuklającą konieczność tożsamego dążenia do rozstrzygnięcia odpowiedzialności karnej i cywilnej oskarżonego w sposób adekwatny z punktu widzenia szkód, krzywd i cierpień poniesionych przez pokrzywdzonego przestępstwem.

Precyzując ogólnie rolę radcy prawnego w postępowaniu karnym, należy zwrócić uwagę na pogląd zasadzający się na przekonaniu, że upowszechnienie udziału tego podmiotu w charakterze pełnomocnika powinno przysłużyć się podniesieniu sprawności i szybkości postępowania, zwłaszcza w sprawach o złożonym stanie faktycznym lub prawnym¹².

⁹ Tak M. Lipczyńska, W. Posnow, *Adwokat – pełnomocnik pokrzywdzonego w stadium przygotowawczym procesu karnego*, „Palestra” 1980, nr 8-9, s. 48; W. Posnow, *Pełnomocnik w procesie karnym (uwagi na tle regulacji w kpk z 1997 r.)*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 1998, t. 2, s. 153.

¹⁰ Np. K. Marszał, *op. cit.*, s. 227; T. Grzegorzczak, *Strony...*, s. 120. Por. definicję pomocnika procesowego autorstwa S. Śliwińskiego (*Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1959, s. 192) oraz M. Cieślaka (*Polska...*, s. 44).

¹¹ Tak S. Oczki, *Pełnomocnik a obrońca...*, s. 23.

¹² Stwierdzenia zawarte w uzasadnieniu rządowego projektu zmian kodeksu karnego i innych ustaw, ten projekt wpłynął do Sejmu w dniu 21 listopada 2008 r. Na ten projekt powołuje się M. Świetlicka, która też w pełni aprobuje wskazaną w tekście tezę, zob. M. Świetlicka, *Niektóre zagadnienia dotyczące udziału radcy prawnego w postę-*

Wydaje się, że powyższe zapatrywanie nie odznacza się pełną ścisłością. Rzeczywiście, poszerzenie zakresu spraw, w odniesieniu do których radca prawny występuje w procesie karnym, może *in concreto* przyczynić się do usprawnienia czy przyspieszenia postępowania, ale trudno byłoby mówić w tym wypadku o zależnościach ścisłych i bezpośrednich, zwłaszcza w odniesieniu do realizacji zasady szybkości. Ta realizacja jest wypadkową różnych w swej istocie czynników, a na ich tle szeroki zakres możliwości procesowych radcy prawnego zdaje się nie pełnić roli zasadniczej determinanty przesądzającej o przyspieszeniu procedury (tak jak analogiczny wniosek można by sformułować w stosunku do adwokata będącego obrońcą). Zasadnym jest natomiast przyjmować istnienie odpowiednich powiązań, ale ułożonych na płaszczyźnie pośredniej.

Istotnym elementem składowym modelu udziału radcy prawnego w postępowaniu karnym jest zakres tego uczestnictwa, sprowadzający się do dychotomicznego zróżnicowania wykonywanej ochrony. Innymi słowy, chodzi o wyodrębnienie grupy podmiotów, na rzecz których ta ochrona jest sprawowana oraz zespołu podejmowanych w tym celu czynności procesowych.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do aspektu podmiotowego, nie sposób pominąć kontekstu historycznego w tym przedmiocie. Aby właściwie odczytać sens dyspozycji zamieszczonej *de lege lata* w treści art. 88 k.p.k. i dostrzec wynikające z tego faktu zalety, należy dokonać skrótowego chociażby przeglądu wskazanej kwestii w historycznym rozwoju postępowania karnego.

Uprawnienia radcy prawnego w procesie karnym podlegały licznym modyfikacjom zmierzającym w efekcie do sukcesywnego poszerzania możliwości występowania tego podmiotu w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów k.p.k. Z uwagi na ukształtowanie się w administracji państwowej i gospodarczej okresu PRL-u tego zawodu jako nowej profesji prawniczej uprawniającej do reprezentowania instytucji państwowych i społecznych m.in. w postępowaniu sądowym, pojawiła się konieczność usankcjonowania tego zjawiska w przepisach karnoprocesowych dla ochrony dobra związanego z własnością społeczną¹³. W rezultacie k.p.k. z 1969 r. zawierał w art. 79 § 2 wzmiankę upoważniającą radcę prawnego w zakresie reprezentowania pokrzywdzonej instytucji państwowej lub społecznej, z tym że tożsame uprawnienie przysługiwało nadto innemu pracownikowi tej instytucji lub jej organu nadrzędnego. Nie brakowało wówczas w piśmiennictwie głosów opowiadających się za

powaniu karnym po nowelizacji kodeksu postępowania karnego i kodeksu karnego, „Radca Prawny” 2010, nr 4, s. 19-20, 21-22.

¹³ A. Sznicer, W. Bober, *Rola radcy prawnego w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1972, nr 3, s. 395.

szerszym udziałem radców prawnych w sprawach karnych¹⁴. Kodeks postępowania karnego z 1997 r., w swej pierwotnej wersji, tylko częściowo uwzględnił te postulaty – twórcy tej kodyfikacji próbowali bowiem dostosować odpowiednią regulację do nowych realiów społeczno-ekonomicznych. W rezultacie utrzymano wyżej powołaną normę art. 79 § 2 poprzedniej kodyfikacji (dodając instytucje samorządowe), a jednocześnie w art. 88 § 3 k.p.k. statuowano możliwość uzyskania przez radcę prawnego statusu pełnomocnika w zakresie roszczeń majątkowych osoby prawnej innej niż instytucja państwowa, samorządowa lub społeczna, jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej oraz w zakresie identycznych roszczeń osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą. Warunkiem wstąpienia radcy prawnego do procesu było jednak zastrzeżenie, iż musi być to radca danej osoby fizycznej lub prawnej. Powyższe uregulowania znacząco osłabiały (nie mówiąc już nawet o adwokacie, radca prawny nie był wyłącznie uprawniony do bycia pełnomocnikiem) i zarazem ograniczały zasięg karnoprocessowych uprawnień radcy prawnego. W 2003 r. wyeliminowano możliwość działania w charakterze pełnomocnika przez podmiot inny niż radca prawny lub adwokat oraz zlikwidowano wymóg reprezentowania osoby prawnej lub fizycznej tylko przez jej radcę prawnego¹⁵. Kontrowersyjna okazała się jednak kwestia granic występowania radcy prawnego w związku z interpretacją wyrażenia językowego „w zakresie roszczeń majątkowych”, zamieszczonego wówczas w art. 88 § 3 k.p.k., co nie sprzyjało utrwalaniu stanu związanego z uznaniem karnoprocessowej legitymacji radcy prawnego, a poza tym generowało zawężenie jego możliwości w ramach procedury karnej¹⁶. Dopiero ustawa nowelizacyjna

¹⁴ Np. W. Szóstak, *Udział radcy prawnego w sprawie karnej w charakterze pełnomocnika na tle obowiązujących i proponowanych przepisów kodeksu postępowania karnego*, „Radca Prawny” 1996, nr 11-12, s. 26. Por. rozważania S. Oczkiego, *Radca prawny w procesie karnym*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1990, nr 1, s. 22-23.

¹⁵ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, Dz. U. Nr 17, poz. 155.

¹⁶ W orzecznictwie SN zaznaczył się wtedy trend, aby powołane w tekście sporne sformułowanie wyklądać w kierunku dopuszczenia radcy prawnego do reprezentowania określonego podmiotu tylko, gdy działa on jako powód cywilny. Zob. postanowienie SN z dnia 24 lutego 2006 r., sygn. akt I KZP 50/05; uchwała SN z dnia 23 maja 2006 r., sygn. akt I KZP 7/06, OSNKW 2006, nr 6, poz. 53. Sąd Apelacyjny w Katowicach rozszerzył tę ewentualność na sytuację, w której pokrzywdzony będący stroną złożył wniosek o orzeczenie obowiązku naprawienia szkody w trybie art. 46 § 1 k.k., wyrok SA w Katowicach z dnia 27 września 2006 r., sygn. akt II Aka 230/06. Nic więc dziwnego, że unormowanie art. 88 § 3 k.p.k. w ówczesnym brzmieniu stało się przedmiotem krytyki w doktrynie, np. S. Zabłocki, *Znaczenie ustawy nowelizującej kodeks postępowania karnego dla korporacji radców prawnych*, „Radca Prawny” 2000, nr 6, s. 9-11; A.R. Świątłowski, *Radca prawny jako pełnomocnik w postępowaniu*

z 2009 r.¹⁷ usunęła sygnalizowane nierówności, dopuszczając radcę prawnego do występowania w charakterze pełnomocnika w warunkach braku jakichkolwiek ograniczeń podmiotowych uzależnionych od statusu prawnego mocodawcy, prowadzenia przezeń działalności gospodarczej czy charakteru czynności dokonywanej w imieniu reprezentowanego.

Tej generalnej zmianie w regulacji sytuacji procesowej radcy prawnego towarzyszy zasadnicza aprobata ze strony doktryny. Z jednej strony trafnie akcentuje się wzmocnienie tym sposobem pozycji pokrzywdzonego na skutek poszerzenia zakresu dostępności pomocy prawnej¹⁸, natomiast wprowadzona zmiana jest poniekąd także odbiciem podnoszonej w piśmiennictwie potrzeby szerszego udziału radców prawnych w procesie karnym ze względów funkcjonalno-celowościowych powiązanych z posiadaną wiedzą i doświadczeniem, jako przymiotami niezbędnymi zwłaszcza w sprawach o przestępstwa gospodarcze lub skarbowe¹⁹. Wyekspozycja wymaga fakt, że radca prawny został upoważniony do dochodzenia w sprawie karnej tych interesów mocodawcy, które nie mają charakteru majątkowego, *ergo* wiążą się z szeroko rozumianą ochroną dóbr osobistych (w znaczeniu niepokrywającym się z zakresem ochrony oferowanej normą art. 24 Kodeksu cywilnego²⁰) jednostki lub podmiotu kolektywnego. Tę okoliczność należy ocenić pozytywnie, ponieważ trudno byłoby wskazać racjonalne uzasadnienie dla utrzymywania wyraźnej nierówności w zakresie uregulowania statusu karnoprosesowego radcy prawnego i adwokata, zwłaszcza w świetle tego, iż w postępowaniu cywilnym reprezentacja stron w związku z ochroną spraw osobistych została zarezerwowana dla obu podmiotów wykonujących pomoc prawną²¹. Zadekretowana zmiana dowodzi więc troski ustawodawcy co do zapewnienia koherentności systemu prawnego. Usuwa ponadto stan dysharmonii, jaki pojawił się pomiędzy uregulowaniem karnoprosesowym a art. 4 ust. 1 u.r.p., jako przepisem ogólnoustrojowym, przyznającym radcy prawnemu generalną legitymację

karnym, „Radca Prawny” 2002, nr 4-5, s. 34-35; Ł. Trznadel, *Radca prawny jako pełnomocnik na tle przepisów kpk i ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary*, „Radca Prawny” 2009, nr 6, s. 37-38, 41.

¹⁷ Dz. U. Nr 206, poz. 1589.

¹⁸ Tak, z powołaniem się na uzasadnienie rządowego projektu zmian, A. Baj, *Radca prawny w procesie karnym w świetle zmiany kodeksu postępowania karnego z 5 listopada 2009 r.*, „Radca Prawny” 2010, nr 4, s. 10; a nadto B. Rycerz, *Radca prawny w procesie karnym – zagadnienia wybrane*, „Radca Prawny” 2011, nr 1, s. 20, 22.

¹⁹ W tym duchu: A.R. Światłowski, *op. cit.*, s. 41; R. Szarek, *Ograniczenia udziału radcy prawnego w postępowaniu karnym*, „Radca Prawny” 2007, nr 5, s. 63.

²⁰ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

²¹ Odmienne przyjął R. Szarek, który postuluje, aby udział radcy prawnego w procesie karnym był ograniczony wyłącznie do obsługi wszelkich podmiotów dochodzących roszczeń majątkowych, R. Szarek, *Ograniczenia...*, s. 70.

do świadczenia pomocy prawnej we wszelkich dopuszczalnych formach, z wyjątkiem występowania w charakterze obrońcy w postępowaniu karnym i postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe²².

Za nowo przyjętą regulacją kryje się także, aczkolwiek w formie zawołowanej, tendencja łącząca się z dążnością do unifikacji obu zawodów: radcy prawnego i adwokata. Ujmując ten problem bardziej precyzyjnie, należałoby podkreślić, że w następstwie normatywnej modyfikacji zakresu udziału radcy prawnego w procesie karnym odpadła kolejna przeszkoda blokująca możliwość połączenia obu zawodów, a najbardziej wyrazista różnica, jaka nadal między nimi się utrzymuje, dotyczy monopolu adwokata w kwestii prowadzenia obrony oskarżonego (na ten temat szerzej w dalszej części opracowania). Wydaje się zatem, że poszerzenie zakresu możliwości karnoprosesowych radcy prawnego stanowi znaczny krok w stronę wspomnianej unifikacji, która – nawiasem mówiąc – jest chyba przesądzona, a jej przeprowadzenie jest w zasadzie tylko kwestią czasu i odpowiedniej formy w ramach podjęcia stosownych działań²³.

Powyższe uwagi pozwalają na stwierdzenie, że warunkiem zagwarantowania radcy prawnemu możliwości rozległego uczestnictwa w czynnościach procedury karnej jest nie tylko posiłkowanie się cywilnoprawną koncepcją pełnomocnictwa. O rzeczywistej pozycji tego podmiotu przesądza ostatecznie wyznaczenie klasy osób mogących potencjalnie występować względem radcy prawnego w roli mocodawcy.

Skoro zatem, w myśl art. 87 § 1 k.p.k., z pomocy pełnomocnika może korzystać strona czynna, zaś w treści art. 88 k.p.k. nie przewidziano żadnych limitów natury podmiotowej – trzeba przyjąć, że radca prawny jest uprawniony reprezentować bez żadnych ograniczeń pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym, a także oskarżyciela posiłkowego,

²² Nawiasem mówiąc, na gruncie stanu prawnego sprzed nowelizacji art. 88 k.p.k., Sąd Najwyższy trafnie wówczas (tj. w świetle obowiązującego stanu prawnego) przyjął, że art. 4 u.r.p. nie stanowi przepisu szczególnego w stosunku do unormowań zawartych w k.p.k., a w szczególności art. 88 § 1 i 2. Por. postanowienie SN z dnia 25 marca 2009 r., sygn. akt IV KZ 13/09, OSNKW 2009, nr 8, poz. 67. Zob. także postanowienie SN z dnia 24 lutego 2006 r., sygn. akt I KZP 50/05, niepubl., omówione wraz z krytyczną analizą ówczesnego stanu prawnego przez S. Steinborna [w:] J. Grajewski (red.), K. Papke-Olszauskas, S. Steinborn, K. Woźniewski, *Prawo karne procesowe – część ogólna*, Warszawa 2007, s. 298.

²³ Podobnie S. Steinborn, *op. cit.*, s. 298. Więcej na temat tej unifikacji zob. np. P. Szustakiewicz, J. Zaleśny, *Organy pomocy prawnej*, Warszawa 2009, s. 106, 134-135. Zob. także wywody poświęcone nierówności sytuacji prawnej przedstawicieli obu zawodów w części dotyczącej możliwości wzajemnego udzielenia substytucji oraz powoływane w literaturze judykaty SN próbujące tę nierówność zniwelować: W. Cajselski, J. Turczynowicz-Kosmowska, *Radca prawny substytutem adwokata*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 1, s. 91 i n.; D. Świecki, *Czynności procesowe obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych*, Warszawa 2010, s. 42.

oskarżyciela prywatnego lub powoda cywilnego na etapie stadium jurysdykcyjnego. Warto nadmienić, że dodatkowo w ramach specyficznej odmiany procedury karnej, jaką jest postępowanie karne skarbowe, radca prawny jest władny pełnić funkcję pełnomocnika stron szczególnych: interwenienta i podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej (art. 123 Kodeksu karnego skarbowego²⁴)²⁵.

Wyraźne, niebudzące wątpliwości wykluczenie oskarżonego z kręgu uczestników procesowych reprezentowanych przez pełnomocnika (art. 87 § 1 k.p.k.) implikuje niemożność rozważania, czy radca prawny mógłby udzielić ochrony oskarżonemu w zakresie odpierania wytoczonego powództwa cywilnego. Doktryna wykazuje zresztą pełną zgodność w kwestii sposobu rozwikłania tej problematycznej nieco sytuacji. Przyjmuje się mianowicie, że jedynym uprawnionym w zakresie ochrony tego rodzaju interesów oskarżonego jest obrońca, co świadczy o swoistej kumulacji tej roli procesowej z funkcją pełnomocnika w osobie konkretnego adwokata²⁶. Podzielając przedstawione stanowisko, można doprecyzować, że za przyjęciem rozwiązania wyłączającego radcę prawnego ze wskazanej sytuacji i uzasadniającego dopuszczenie faktycznej kumulacji w rękach adwokata przemawiają także przyczyny natury funkcjonalnej.

Przedstawiona kwestia aktualizuje postawienie pytania o możliwość powierzenia radcy prawnemu pełnienia funkcji obrońcy w procesie karnym. Oczywiście prowadzenie takich rozważań mieści się w sferze *de lege ferenda*²⁷, a w świetle dotychczasowych wywodów niniejszego opracowania wcale nie jest bezzasadne. Jeszcze kilka czy kilkanaście lat temu można było sformułować zasadniczo odmienny wniosek w tym przedmiocie. Tymczasem znaczące rozszerzenie udziału radcy prawnego po stronie czynnej w postępowaniu karnym sprawiło, że niemożność bycia obrońcą oskarżonego jawi się jako jedyna praktycznie okoliczność wpływająca na dywersyfikację pozycji karnoprocessowej adwokata i radcy prawnego.

Prima facie rozpatrywana ewentualność budzi zastrzeżenia z tego powodu, że wyłączenie uprawnienia adwokata w kwestii reprezentowania

²⁴ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy, t. jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 111, poz. 765 z późn. zm.

²⁵ Szeroko w tych kwestiach zob. np. T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 436-439; C. Kulesza, *Radca prawny jako pełnomocnik w postępowaniu karnym skarbowym*, „Radca Prawny” 2001, nr 3, s. 22 i n.; M. Świątlicka, *Udział radcy prawnego w postępowaniu karnym skarbowym*, „Radca Prawny” 2008, nr 1, s. 11 i n.

²⁶ Np. S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 206; T. Grzegorzczak, *Strony...*, s. 114; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego. T. 1: Komentarz do art. 1-424 k.p.k.*, Kraków 2003, s. 285; P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. T. 1: Komentarz do artykułów 1-296*, Warszawa 2004, s. 442; D. Świecki, *op. cit.*, s. 36.

²⁷ W piśmiennictwie zastanawia się nad tym także A. Baj, *op. cit.*, s. 8.

oskarżonego jest do tego stopnia mocno zakorzeniona w polskim procesie karnym, iż funkcjonuje w charakterze nieodłącznego nawyku myślowego. Wspomniane zastrzeżenia nie są jednak oparte tylko na oporach natury psychologicznej i odwołaniu się do tradycji stanowiącej element kultury prawnej. Łączą się także z dostrzeżeniem oczywistego faktu dotyczącego odpowiedniego przygotowania zawodowego adwokatów w przedmiocie obrony oskarżonego oraz ich niewątpliwym w tej kwestii doświadczeniem. Jednakowoż nie można zbagatelizować znaczenia postępującego procesu integracji obu zawodów, co determinuje możliwość zastanowienia się nad objęciem przez radcę prawnego obrony oskarżonego w określonej przyszłości. Wydaje się, że gdyby dopuścić tę radykalną w pewnym sensie innowację, to raczej jako konsekwencję przeprowadzonej unifikacji tych profesji. Podniesione wyżej wątpliwości tracą wtedy swą ostrość, a ich siła oddziaływania ulega pewnemu osłabieniu. Nie trzeba szeroko dodawać, że musiałoby to wiązać się z wdrożeniem zmian o charakterze systemowym, obejmujących nowe rozwiązania natury organizacyjnej, ustrojowej, proceduralnej itd. Wreszcie, upowszechnianiu tych rozwiązań musiałyby towarzyszyć zmiany mentalne powodujące większe zorientowanie w stronę spraw karnych wśród osób tworzących obecnie korporację radców prawnych, zorientowanie połączone z dostrzeżeniem odrębności i specyfiki postępowania karnego na tle innych procedur prowadzonych przed organami państwa. Zresztą potrzeba tego typu szerszego ukierunkowania jest wskazana i niezbędna w ramach współczesnych uwarunkowań jurydycznych, bo przecież faktyczne rozszerzenie możliwości proceduralnych radcy prawnego w związku z reprezentowaniem pokrzywdzonego także zależy od odpowiedniego nastawienia, a zatem subiektywnego podejścia osób wykonujących ten zawód. Co więcej, można nawet zaryzykować tezę, że weryfikacja zakresu i charakteru uczestnictwa radców prawnych w procesie karnym w następstwie zmian nowelizacyjnych do k.p.k. z 2009 r., może wywrzeć zasadniczy wpływ na rozważanie w wymiarze futurologicznym sensu i celu powierzenia radcom prawnym funkcji obrońcy oskarżonego.

Wyrazem wzmocnienia sytuacji karnoprosesowej radcy prawnego jest także ustanowiona przepisem art. 87 § 2 i 3 k.p.k. możliwość świadczenia pomocy prawnej na rzecz osoby niebędącej stroną. To bez wątpienia przejaw intensyfikacji poszanowania praw tych uczestników postępowania, którzy nie legitymują się statusem strony procesowej stwarzającym największe szanse w zakresie ochrony swych interesów. Zakres podmiotowy kategorii osób, o której mowa w powołanych przepisach, nie jest może szczególnie szeroki, ale nie odznacza się też jakimś wielkim zubożeniem. W ramach egemplifikacji odnajdującej swe źródło w literaturze można wskazać na:

- poręczyciela majątkowego biorącego udział w posiedzeniu sądu poświęconym orzeczeniu przepadku przedmiotu tego poręczenia (art. 270 k.p.k.);
- świadka, biegłego, tłumacza, specjalistę ukaranych karą porządkową (art. 285, 286, 290 § 2 k.p.k.);
- osobę, u której dokonano przeszukania lub od której odebrano rzecz mogącą stanowić dowód w sprawie (art. 217, 219, 236 k.p.k.);
- świadka anonimowego (art. 184 k.p.k.);
- świadka koronnego (ustawa o świadku koronnym²⁸);
- świadka domagającego się zwrotu kosztów podróży;
- pokrzywdzonego niebędącego stroną w postępowaniu sądowym w zakresie stosowania instytucji o konsensualnym rodowodzie (art. 335 w związku z art. 343 § 3 i 5 k.p.k., art. 387 k.p.k.);
- pokrzywdzonego o identycznym statusie, w związku ze zgłoszeniem wniosku o orzeczenie obowiązku naprawienia szkody (art. 46 Kodeksu karnego²⁹ w związku z art. 49a k.p.k.).³⁰

O ile ustawowy warunek, mający przesądzać o prawie osoby niebędącej stroną do ustanowienia pełnomocnika, nie budzi większych wątpliwości, gdyż łączy się z ustaleniem, że wymagają tego interesy tej osoby w toczącym się postępowaniu (art. 87 § 2 k.p.k.), o tyle na niejednoznaczną ocenę zasługuje unormowanie art. 87 § 3 k.p.k. pełniące funkcję właściwego – w ocenie ustawodawcy – regulatora możliwości pojawienia się w procesie radcy prawnego – pełnomocnika podmiotu niebędącego stroną. Zgodnie z treścią powołanego przepisu, sąd (zaś w postępowaniu przygotowawczym prokurator) może odmówić dopuszczenia takiego pełnomocnika do udziału w procesie, jeżeli uzna, że nie uzasadnia tego ochrona interesów osoby niebędącej stroną. Jak się więc okazuje, wola takiej osoby nie jest wystarczającym czynnikiem decydującym o wstąpieniu radcy prawnego do postępowania w charakterze jej pełnomocnika. Tego typu uregulowanie wywołało krytykę przedstawicieli doktryny. Zarzucono mu brak obiektywnych kryteriów adresowanych do sądu lub prokuratora w związku z podejmowaniem przez te organy stosownej decyzji, a w re-

²⁸ Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym, t. jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 36, poz. 232 z późn. zm.

²⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

³⁰ T. Grzegorzczak, *Strony...*, s. 115; idem, *Kodeks postępowania karnego: wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, Kraków 2003, s. 303; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 193; P. Hofmański (red.), E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 443; S. Steinborn, *op. cit.*, s. 295-296; S. Oczki, *Pełnomocnik osoby nie będącej stroną w procesie karnym*, „Nowe Prawo” 1988, nr 2-3, s. 126, 130; W. Posnow [w:] Z. Świda (red.), R. Ponikowski, W. Posnow, *Postępowanie karne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 212-213; idem, *Pełnomocnik...*, s. 148-149; R.A. Stefański, *Pełnomocnik w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 2, s. 48-49.

zultacie kreowanie rozwiązania dającego szeroki margines swobodnej oceny, rzutującego ujemnie na skuteczność środków odwoławczych składanych przez osoby niebędące stronami lub w ogóle na realność wykorzystania przez te osoby uprawnień wymagających wiedzy prawniczej³¹.

Rzeczywiście nie da się ukryć, że sposób skonstruowania spornego uregulowania jest tego rodzaju, że nie wyklucza możliwości podjęcia przez organ procesowy decyzji arbitralnej przekreślającej udzielenie fachowej pomocy ze strony radcy prawnego. Sąd czy prokurator nie są związani koniecznością analizy jakiegokolwiek okoliczności – przesłanki, gdyż ta *de facto* w rozpatrywanym przepisie nie została przewidziana. Można, rzecz jasna, optymistycznie zakładać, że podczas podejmowania odpowiedniego rozstrzygnięcia organy decyzyjne będą kierować się zobiektywizowanym interesem osoby niebędącej stroną, z tym że treść art. 87 § 3 k.p.k. niekoniecznie zachęca do takiego sposobu postępowania. Trudno byłoby zatem uznać, że racjonalnie działający ustawodawca w art. 87 § 2 k.p.k. wprowadza domniemanie istnienia potrzeby ochrony interesów danej osoby³², a następnie w art. 87 § 3 k.p.k. apriorycznie tę potrzebę podważa. Unormowanie zawarte w ostatnim z przywołanych przepisów z pewnością nie jest zadowalające z punktu widzenia respektowania praw osób niebędących stronami, zwłaszcza że negatywna decyzja sądu lub prokuratora nie należy do kategorii zaskarżalnych (arg. z art. 459 § 1 i 2 k.p.k.).

Z drugiej strony należy zauważyć, że rzecz dotyczy się osób nieposiadających interesu prawnego w uzyskaniu korzystnego rozstrzygnięcia co do przedmiotu procesu, a nadto odgrywających incydentalną na ogół rolę w tym procesie. Gdyby zatem zadekretować uprawnienie określone w art. 87 § 2 k.p.k. w nieograniczonym zakresie, istnieje niebezpieczeństwo, że osoby nie posiadające zasadniczej pozycji w postępowaniu karnym mogą nadużywać tego uprawnienia, co spowoduje zamieszanie w procesie. Byłoby ono szczególnie widoczne w wypadku świadków i mogłoby oddziaływać w kierunku wydłużenia postępowania.

Dlatego wydaje się, że treść art. 87 § 3 k.p.k. powinna ulec modyfikacji w kierunku skonstruowania regulacji ułatwiającej sądowi lub prokuratorowi wydanie decyzji pozytywnej, natomiast nie byłoby wskazane, aby uprawnienie do powołania pełnomocnika miało charakter bezwzględny i zostało całkowicie wyłączone spod kontroli organu procesowego.

To normatywne przesunięcie akcentów w stronę rozwiązania zwiększającego szanse na wyrażenie aprobaty przez sąd lub prokuratora, nie powinno być raczej uzależnione od konfrontowania zasadności udziału

³¹ W. Daszkiewicz, *Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne*, t. 1, Bydgoszcz 1999, s. 282; W. Posnow, *Pełnomocnik...*, s. 149; idem [w:] Z. Świda (red.), R. Ponikowski, W. Posnow, *op. cit.*, s. 213; R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 47.

³² Tak natomiast przyjmuje R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 47.

pełnomocnika z interesem stron procesowych³³. Uczestnictwo w postępowaniu pełnomocnika osoby niebędącej stroną będzie sprowadzać się do dokonywania ściśle określonych czynności dopuszczalnych dla tej osoby na podstawie obowiązujących przepisów. Oznacza to, że sam fakt potencjalnego ujemnego oddziaływania na sytuację strony procesowej w następstwie działania wspomnianego pełnomocnika nie może być przeciwskazaniem dla jego ustanowienia, jeżeli obiektywny, znajdujący oparcie w prawie, interes danego podmiotu wymaga właśnie powołania pełnomocnika. Poza tym, strony dysponują najszerszym wachlarzem uprawnień, stąd będą mogły ewentualnie działać na rzecz zniwelowania tych ujemnych dla nich skutków, wykorzystując stosowne, przysługujące im prawa.

Przechodząc do omówienia pokrótce zasadniczych elementów kształtujących status karnoprosesowy radcy prawnego od strony przedmiotowej, należy wskazać na typowe dla konstrukcji przedstawicielstwa procesowego dualistyczne zróżnicowanie relacji prawnej łączącej ten podmiot jako pełnomocnika z mocodawcą. Ten stosunek w obrębie procesu wyznacza obowiązek reprezentowania mocodawcy na zasadach – jak już wyżej zaznaczono – uregulowanych w k.p.k. oraz posiłkowo – przewidzianych w przepisach stosowanych w postępowaniu cywilnym; natomiast w obszarze pozaprosesowym relacja ta może przybrać kształt umowy cywilnoprawnej bądź stosunku pracy³⁴.

Ponieważ – o czym też już wcześniej była mowa – uprawnienia radcy prawnego stanowią pochodną uprawnień mocodawcy jako strony procesowej lub osoby pozbawionej analogicznego statusu, ten swoisty przywilej pełnomocnika implikuje oddziaływanie na płaszczyźnie procesowej w dwóch kierunkach. Po pierwsze, radca prawny nie powinien korzystać z szerszej palety praw niż reprezentowany przezeń podmiot. Po drugie, radca prawny jest władny dokonać każdej czynności, do której upoważniony jest mocodawca lub generalnie strony, chyba że z określonego przepisu lub z kontekstu konkretnego uregulowania wynika, że dana czynność przypisana jest tylko mocodawcy³⁵. Nie trzeba więc szeroko uzasadniać

³³ S. Oczki wyraził pogląd, że dopuszczenie takiego pełnomocnika nie może powodować szkód dla stron procesowych, zob. S. Oczki, *Pełnomocnik osoby...*, s. 130.

³⁴ A.R. Świątłowski, *op. cit.*, s. 32. Zob. uwagi Z. Krzezińskiego poświęcone samodzielności pełnomocnictwa w aspekcie stosunku zlecenia, Z. Krzeziński, *Pełnomocnictwo a tak zwany stosunek podstawowy*, „Palestra” 1970, nr 2, s. 32-37.

³⁵ S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 209; T. Grzegorzczak, *Strony...*, s. 118; D. Świecki, *op. cit.*, s. 34; W. Posnow [w:] Z. Świda (red.), R. Ponikowski, W. Posnow, *op. cit.*, s. 216. Por. wywody W. Łukasiewicza dotyczące skonkretyzowanej kwestii, a mianowicie zgłoszenia przez pełnomocnika udziału w postępowaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego, *Zgłoszenie udziału w charakterze oskarżyciela posiłkowego przez pełnomocnika*, „Palestra” 1971, nr 4, s. 79-81.

niemożliwości dokonania przez radcę prawnego tych czynności, które łączą się z występowaniem przez mocodawcę w roli osobowego źródła dowodu. Radca prawny z natury rzeczy nie jest więc w stanie złożyć zeznań, do których uprawniony jest wyłącznie świadek (także ten, który jednocześnie jest pokrzywdzonym).

Samoistność stanowiska radcy prawnego w postępowaniu karnym podlega ograniczeniom sprowadzającym się generalnie do tego, że w zakresie sposobu wykonywania pełnomocnictwa radca prawny jest związany wolą mocodawcy, jego zaleceniami czy instrukcjami, czyli treścią pełnomocnictwa i nie może podejmować czynności procesowych wbrew stanowisku swego klienta – tę ewentualność przyjmuje się w literaturze przedmiotu w sposób bezdyskusyjny³⁶. To istotny atrybut działalności radcy prawnego, rzutujący na określenie charakteru relacji łączącej go z reprezentowanym podmiotem. Wbrew pozorom, można jednak mówić o rozluźnieniu w pewnym zakresie zależności pełnomocnika od mocodawcy w ich wzajemnych stosunkach. Tak jak bowiem mocodawcy służy prawo odwoływania czynności procesowych pełnomocnika, tak pełnomocnik jest wyposażony w analogiczne uprawnienie względem mocodawcy, ale w tym drugim wypadku pod warunkiem, że odmienne rozwiązanie nie wynika z treści umocowania³⁷.

Z tego co zostało powiedziane wynika, że może wystąpić sytuacja dowodząca sprzeczności stanowisk reprezentowanej osoby oraz jej pełnomocnika – radcy prawnego w określonej kwestii. Co do sposobu rozwikłania tej kolizji, w pełni należy podzielić wskazówkę doktryny, że organ procesowy powinien uznać za miarodajną tę czynność, która została przedsięwzięta przez mocodawcę³⁸. To generalne założenie jest konsekwencją zasadniczej konstrukcji przedstawicielstwa, która nie doznaje modyfikacji w wypadku radcy prawnego, tak jak to się dzieje w ramach stosunku wiążącego obrońcę i oskarżonego.

Pewien pułap trudności wprowadza problem inicjatywy dowodowej radcy prawnego przejawianej w obiektywnym interesie mocodawcy, ale

³⁶ T. Grzegorzczak, *Strony...*, s. 118; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1998, s. 334; R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *Proces karny. Część ogólna*, Warszawa 2009, s. 174; K. Marszał, *op. cit.*, s. 223; W. Daszkiewicz, *Prawo...*, s. 283; R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 56-57; D. Świecki, *op. cit.*, s. 41.

³⁷ Por. S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 209; R. Kmiecik, E. Skrętowicz, *op. cit.*, s. 174; D. Świecki, *op. cit.*, s. 41; zwłaszcza szerokie rozważania w tym względzie I. Nowikowskiego, *Zagadnienie odwołalności czynności dokonanej przez pełnomocnika w procesie karnym w kontekście zasady kontradyktoryjności*, [w:] J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll (red.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 400-404.

³⁸ S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 209; I. Nowikowski, *op. cit.*, s. 404; R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 57; D. Świecki, *op. cit.*, s. 41.

wbrew jego woli. Spotęgowanie trudności pojawi się wtedy, gdy brak stosownej zgody wynika z negatywnych następstw, jakie mogłoby spowodować przeprowadzenie danego dowodu, następstw zahaczających o prywatność pokrzywdzonego czy jego sprawy zawodowe, mogących wywołać dyskredytację społeczną, komplikacje osobiste czy poczucie upokorzenia. Innymi słowy, w kolizji z potrzebą wydania rozstrzygnięcia w sprawie karnej, prawidłowego w aspekcie interesu pokrzywdzonego, stoi tutaj konieczność ochrony dóbr osobistych jednostki. Postępowanie karne nie toczy się jednak przeciwko pokrzywdzonemu, który też, siłą rzeczy, nie stoi pod zarzutem dokonania przestępstwa zagrożonego karą kryminalną. Oznacza to brak silnego oddziaływania interesu społecznego mogącego stanowić ewentualne przyzwolenie dla przyjęcia wiążącego charakteru stanowiska zajętego przez radcę prawnego, podczas gdy takie oddziaływanie ewidentnie może być zauważalne w ramach relacji: obrońca – oskarżony. Rozważana sytuacja nie wprowadza zatem zmian w zakresie reguły dotyczącej uznawania za miarodajne oświadczeń mocodawcy. Zresztą taki, a nie inny, sposób rozwikłania rozpatrywanego problemu wpisuje się w ogólny schemat uwzględniania stanowiska pokrzywdzonego w niektórych wypadkach łączących się ze swoistym monopolem tego podmiotu w kwestii decydowania o uruchomieniu maszyny karnoprocesowej, gdy mogłoby to wywołać dotkliwe skutki w sferze dóbr osobistych (np. oskarżenie prywatne, ściganie wnioskowe).

Pełnomocnictwa wykonywanego przez radcę prawnego nie wyróżnia specyfika przedstawicielstwa procesowego realizowanego przez obrońcę, ponieważ w tym drugim wypadku istnieje jednokierunkowa możliwość reprezentowania danej osoby – obrońca może przedsięwziąć czynności procesowe jedynie na korzyść oskarżonego. To ograniczenie działalności obrończej z logicznych względów nie może dotyczyć radcy prawnego o statusie pełnomocnika. Niemniej jednak fakt ten powoduje daleko idące następstwa w ramach sprawowanej ochrony prawnej. Skoro więc działanie pełnomocnika w ramach umocowania uważane jest za wolę mocodawcy, a czynność dokonana przez tego pierwszego wywołuje skutki bezpośrednio dla tego drugiego, radca prawny jest uprawniony do podejmowania także czynności niekorzystnych dla reprezentowanego podmiotu, oczywiście w granicach wyznaczonych treścią pełnomocnictwa³⁹.

W efekcie orzecznictwo Sądu Najwyższego charakteryzuje jednolite niemalże stanowisko zasadzające się na twierdzeniu, że brak ograniczenia pełnomocnika co do kierunku czynności podejmowanych w imieniu mocodawcy i fakt wywołania dla reprezentowanego każdego skutku tych czynności, także tego niekorzystnego, stanowią okoliczności, które uwidacznia-

³⁹ M.in. K. Marszał, *op. cit.*, s. 223; R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 57.

ją się w szczególności w razie zaniechania dokonania przez pełnomocnika odpowiednich czynności i usprawiedliwiają brak możliwości przywrócenia terminu do wniesienia środka zaskarżenia dla mocodawcy⁴⁰. Rzetelnie należy jednak odnotować, że w jednym z judykatów najwyższa instancja sądowa złagodziła restrykcyjność powyższego stanowiska, przyjmując, iż przyczyną niezależną od strony lub innej osoby uprawnionej, uzasadniającą w szczególnych wypadkach przywrócenie terminu zawitego, może być element złej wiary pełnomocnika i działania poza granicami umocowania⁴¹. Z takim zapatrywaniem zharmonizowany jest w pewnym sensie pogląd, w myśl którego dodatkowym warunkiem dopuszczalności podejmowania przez pełnomocnika czynności niekorzystnych dla strony (lub innej osoby) jest jego dobra wiara pozostająca w związku z przejawianym zachowaniem⁴². Sygnalizowana kwestia jest dość złożona, a jej omówienie wykracza poza ramy niniejszego opracowania, stąd należy się ograniczyć do stwierdzenia, że zaprezentowany pogląd stanowi interesującą próbę zrelatywizowania rygorystycznego stanowiska doktryny i orzecznictwa, dążąc do uwzględnienia zróżnicowania poszczególnych wypadków, a w rezultacie do wzmocnienia interesów podmiotu reprezentowanego przez pełnomocnika, w tym przez radcę prawnego.

Należy jeszcze zwrócić skrótowo uwagę na jedną kwestię relewantną w aspekcie modelu udziału radcy prawnego w postępowaniu karnym. Mianowicie, możliwość dokonywania czynności – tych korzystnych, jak i niekorzystnych z punktu widzenia mocodawcy – doznaje ograniczeń, które mają zapobiec nadużywaniu przez radcę prawnego jego funkcji. Jest rzeczą oczywistą, że granice jego działania wyznaczają przepisy obowiązującego prawa. Należy mieć na względzie zarówno przepisy prawa karnego materialnego, jak i te karnoprocesowe, a nadto zasady etyki⁴³. To ograniczenie jest konsekwencją w pełni uzasadnionego przekonania, że nawet wykonywanie funkcji i zadań odznaczających się doniosłością w wymiarze jednostkowym i poniekąd także ogólnospołecznym musi napotykać na pewne bariery wiążące się z potrzebą zadośćuczynienia wymogom prawa i etyki. Inaczej ujmując ten problem: wysoka ranga działalności procesowej

⁴⁰ Np. postanowienie SN z dnia 19 czerwca 1996 r., sygn. akt II KZ 22/96, OSNKW 1996, nr 9-10, poz. 57; postanowienie SN z dnia 28 maja 1997 r., sygn. akt V KZ 45/97, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 11, wkładka; postanowienie SN z dnia 14 grudnia 2006 r., sygn. akt III KZ 74/06; postanowienie SN z dnia 10 września 2008 r., sygn. akt III KZ 86/08.

⁴¹ Postanowienie SN z dnia 25 marca 1998 r., sygn. akt V KZ 28/98, na to orzeczenie powołuje się R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 58.

⁴² S. Waltoś, *op. cit.*, s. 194; pogląd ten aprobuje R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 57.

⁴³ P. Kruszyński w odniesieniu do obrońcy, *Obrońca w postępowaniu sądowym*, Warszawa 1994, s. 20.

Radosław Koper

wej radcy prawnego nie może usprawiedliwiać podejmowania zabiegów będących w istocie zaprzeczeniem jej sensu, a łączących się z naruszeniem prawa lub z pogwałceniem norm etycznych.

Grzegorz Mikrut

Świadczenie pomocy prawnej przez radców prawnych i adwokatów dla środowiska kultury fizycznej

Próba określenia specyfiki świadczenia pomocy prawnej przez radców prawnych i adwokatów dla środowiska kultury fizycznej wymaga w pierwszej kolejności opisanie kultury fizycznej oraz środowiska, w jakim funkcjonuje. Środowisko to, w ostatnich dziesięcioleciach, ulegało przeobrażeniom, na które olbrzymi wpływ wywierało otoczenie prawne¹. Kształtujący się system norm w obrębie ciągle odmiennie definiowanej przestrzeni aktywności człowieka, stanowiło i nadal stanowi źródło wielu pytań i wątpliwości. Stawiane są one nie tylko przez osoby postronne czy też przypadkowych obserwatorów, ale także przez samych uczestników aktywności uznawanej za realizację celów i zadań kultury fizycznej. W związku z powyższym niezbędnym jest uwzględnienie zarówno rozwiązań historycznym, jak i współczesnym ponieważ dopiero całościowe ujęcie zagadnienia w sferze regulacji prawnych oraz administracji kulturą fizyczną pozwoli na zrozumienie przyczyn i okoliczności stanu faktycznego będącego przedmiotem pomocy prawnej, o którą zwraca się zainteresowany. Niejednokrotnie znajdujące się w obiegu dokumenty w postaci umów, oświadczeń, regulaminów i statutów nie tylko bazują na rozwiązaniach dawno już nieobowiązujących, ale też stanowią kolorową mozaikę, atrakcyjną w formie, treści i pojęć wzajemnie się wykluczających.

1. Środowisko kultury fizycznej

Środowisko jest to określony obszar funkcjonowania podmiotów objętych ramami przyjętego kryterium wyodrębnienia. To również wzajemne powiązania, oddziaływania i zależności między tymi podmiotami. Wyodrębnienia tego obszaru można dokonać poprzez przyjęcie konkretnych

¹ Por. T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1999, s. 6-12.

parametrów, przy uwzględnieniu wielowymiarowości świata, zarówno pod kątem przestrzeni, jak i czasu. Wskazane, niezależne względem siebie parametry pozwolą na wytyczenie granic i opisanie treści analizowanego zbioru bądź wydzielonej przestrzeni². Wyodrębnienie środowiska kultury fizycznej poprzez zastosowanie odpowiednich kryteriów i parametrów wymaga znajomości definicji pojęcia kultury fizycznej. Zakres desygnatów tejże nazwy pozwoli nakreślić zbiór w postaci obszaru, w którym przyjdzie działać świadczącemu przedmiotową pomoc prawną.

Pojęcie kultury fizycznej z jednej strony wydaje się być oczywistym dopełnieniem kultury duchowej. Z drugiej to świadomy system zachowań i działań popartych wynikami naukowych dociekań. Szeroko pojęta kultura (z łac. *colere* – „uprawa, dbać, pielęgnować, kształcenie”) bywa rozumiana zarówno jako dotychczasowy dorobek ludzkości (materialny i niematerialny), ale i jako zespół działań stawiających sobie za cel pielęgnację i dbałość o człowieka w wymiarze indywidualnym i zbiorowym³.

Kultura fizyczna pozwala spojrzeć na człowieka przez pryzmat jego ciała. *Kalokagathia* (z gr. *kalos kagathos* – dosł. „piękny i dobry”) to antyczny ideał wychowania greckiej młodzieży w starożytności, poprzez dbałość o harmonijne połączenie doskonałości duchowej i cielesnej. Zespół fizycznych i moralnych zalet dobrego obywatela znalazł swoje odzwierciedlenie w teorii nauk o kulturze fizycznej. Harmonijne łączenie zalet duchowych i cielesnych, rozumiane jako prawidłowy rozwój psychofizyczny człowieka, stanowi wciąż podstawę formułowania ram współczesnej kultury fizycznej⁴.

Specjaliści kultury fizycznej, zarówno teoretycy i praktycy, na przestrzeni lat konstruują kolejne definicje kultury fizycznej o wzajemnie przenikających się zakresach⁵. Zakres desygnatów przesuwany jest w zależności od przyjętego punktu wyjścia procesu definiowania, wyznaczonego celu, uwzględnionych kryteriów, przyjętych jako obowiązujące wewnętrznych podziałów, w tym sposobów realizacji tej formy kultury⁶. Wielość i różnorodność definicji nie ułatwia nakreślenia ram środowiska kultury fizycznej. W związku z tym, na poczet niniejszych rozważań przyjęto za punkt wyjścia jedynie definicje legalne tych ustaw, które swymi regulacjami wkraczają w przedmiotową sferę aktywności człowieka.

² Por. Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1993, s. 40-51.

³ Por. J. Opara, C. Kucio, G. Mikrut, *Standardy bioetyczne badań naukowych w naukach o kulturze fizycznej*, „Fizjoterapia. Kwartalnik Polskiego Towarzystwa Fizjoterapii”, Wrocław 2008, s. 1-16.

⁴ Por. A. Ziemiński, *Wokół sportu*, Warszawa 2002.

⁵ Por. W. Osiński, *Zarys teorii wychowania fizycznego*, Poznań 1996, s. 28-35.

⁶ Por. I. Ryguła, *Proces badań w naukach o sporcie*, Katowice 2004, s. 28-50.

2. Historia regulacji kultury fizycznej

Historię regulacji kultury fizycznej od zakończenia drugiej wojny światowej do chwili obecnej podzielić można na dwa okresy:

- lata 1945-1983,
- lata 1984-2011.

Pierwszy z powyższych etapów to czas innego spojrzenia na ustrój państwa, gdzie w atmosferze tzw. demokracji ludowej, organizowało się nowe w swej formie i treści państwo polskie pod nazwą Polska Rzeczpospolita Ludowa (PRL od 1952 roku)⁷. Zainteresowanie w wymiarze aktywności administracji oraz prawodawstwa wkroczyło w sferę dotychczas wolną od szczegółowej reglamentacji. Początkowo były to akty prawne wskazujące na obowiązki państwa, gdzie pod pozorem dbałości o społeczeństwo, tak w wymiarze indywidualnym, jak i zbiorowym, nastąpiła stopniowa ingerencja organów państwowych w sferę aktywności fizycznej człowieka. Wymienić można tu w szczególności:

- ustawę z dnia 25 lutego 1948 r. o powszechnym obowiązku przysposobienia zawodowego, wychowania fizycznego i przysposobienia wojskowego młodzieży oraz o organizacji spraw kultury fizycznej i sportu⁸,
- ustawę z dnia 30 grudnia 1949 r. o organizacji spraw kultury fizycznej i sportu⁹,
- dekret z dnia 18 stycznia 1956 r. o organizacji spraw kultury fizycznej¹⁰,
- ustawę z dnia 17 lutego 1960 r. o organizacji spraw kultury fizycznej i turystyki¹¹,
- ustawę z dnia 26 maja 1978 r. o utworzeniu Głównego Komitetu Kultury Fizycznej i Sportu¹².

Drugi wyodrębniony etap to czas odmiennego spojrzenia na potrzebę regulacji kultury fizycznej. Działania dotychczasowe z biegiem czasu przekonały naszego prawodawcę do opracowania całościowej regulacji wyodrębnionego obszaru. Efektem prac parlamentu była ustawa z dnia 3 lipca 1984 r. o kulturze fizycznej¹³. Ustawodawca, uznając potrzebę udokumentowania powodów swojej decyzji i znacznie głębszej od dotych-

⁷ Por. H. Olszewski, M. Zmierczak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Poznań 1993, s. 361-364.

⁸ Dz. U. Nr 12, poz. 90.

⁹ Dz. U. Nr 65, poz. 526.

¹⁰ Dz. U. Nr 2, poz. 12.

¹¹ Dz. U. Nr 10, poz. 65.

¹² Dz. U. Nr 14, poz. 59.

¹³ Dz. U. Nr 34, poz. 181 z późn. zm.

czasowej reglamentacji i ingerencji w sferę kultury fizycznej, wprowadził do treści dokumentu jednozdaniowe uzasadnienie. W tym okresie normalną była obecność preambuły (łac. *praeambulum*, od *praeambulare* – „iść wcześniej”) jako wstępu do aktu prawnego, zwykle o istotnym znaczeniu politycznym, opisującego okoliczności wydania aktu oraz określającego cele, jakim powinien on służyć. Formuła ta, często używana w czasach PRL jako ideologiczna wykładnia normatywnego charakteru aktu prawnego, dziś rzadziej stosowana przez ustawodawcę zarezerwowana jest dla aktów o szczególnym charakterze. W poprzednim systemie w ustawach zwykłych była wręcz zasadą dla większości rozwiązań systemowych w różnych sferach aktywności państwa i jego obywateli¹⁴. W przypadku ustawy z dnia 3 lipca 1984 r. o kulturze fizycznej zapis ten brzmiał następująco: „Uznając doniosłą rolę kultury fizycznej, służącej wszechstronnemu rozwojowi człowieka, oraz potrzebę pełniejszego jej upowszechniania, stanowi się, co następuje [...]”. Po raz wtóry prawodawca podkreślił, iż to człowiek jest w centrum jego zainteresowania, jest on przedmiotem szczególnej dbałości oraz znajduje się on pod ochroną państwa i prawa. Zapewnienie przez państwo dbałości o kulturę fizyczną, w tym jej pełniejszego upowszechniania, służyć miało wszechstronnemu rozwojowi człowieka. Tak sformułowane zadanie państwa stanowiło podstawę i punkt wyjścia dla bardziej szczegółowych rozwiązań, a zarazem działań faktycznych organów państwowych.

Kilkukrotnie nowelizowana ustawa z 1984 roku została zastąpiona kolejnym kompleksowym rozwiązaniem o tym samym tytule, tj. ustawą z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej¹⁵. W przypadku tej ustawy preambuła nie występuje, co jest z pewnością efektem przemian ustrojowych wraz z nowym spojrzeniem na system prawa oraz organy państwowe działające z jego upoważnienia. Poszukiwanie coraz skuteczniejszych rozwiązań prawnych w sferze kultury fizycznej, w szczególności mających na celu poprawę kondycji polskiego sportu spowodowało korektę dotychczasowych rozwiązań poprzez wprowadzenie nowej, równolegle obowiązującej na przestrzeni kolejnych kilku lat ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym¹⁶. Korekta, o której mowa to w szczególności wyłączenie z ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej rozwiązań dotyczących sportu wyczynowego, w tym profesjonalnego, które po części zyskały nowe oblicze pod szyldem sportu kwalifikowanego¹⁷.

¹⁴ Por. A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa 1993, s. 164-185.

¹⁵ Dz. U. Nr 25, poz. 113 z późn. zm.

¹⁶ Dz. U. Nr 155, poz. 1298 z późn. zm.

¹⁷ Por. W. Cajsels, *Ustawa o sporcie kwalifikowanym. Komentarz*, Warszawa 2006, s. XI-XII.

Jak pokazała historia, wprowadzony w 2005 roku zakres i treść systemu równoległych rozwiązań ustawowych wraz z całym wachlarzem regulacji wykonawczych, po raz kolejny uznano za nieidealny. Lekarstwem miała stać się ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie¹⁸.

W myśl art. 93 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. utraciły swą moc obowiązującą:

- ustawa z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej¹⁹, z wyjątkiem art. 43,
- ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym²⁰.

3. Administracja do spraw kultury fizycznej

Przedstawione powyżej zestawienie ustawowych aktów kreacji oraz ich nowelizacji w przedmiocie kultury fizycznej w Polsce to tylko jeden z punktów odniesienia do przemian zachodzących w tym środowisku i jego otoczeniu. Źródłem analizy środowiska kultury fizycznej w kontekście państwa i prawa mógłby być chronologicznie uporządkowany katalog specjalistycznego aparatu państwowego na poziomie centralnych i naczelných organów administracji. W szczególności należy wymienić następujące podmioty, w nazwach których pojęcie kultury fizycznej przeplata się z pojęciem sportu:

- Główny Komitet Kultury Fizycznej przy Prezesie Rady Ministrów (ustawa z dnia 30 grudnia 1949 r. o organizacji spraw kultury fizycznej i sportu²¹);
- Główny Komitet Kultury Fizycznej i Sportu jako centralny organ administracji państwowej w sprawach kultury fizycznej (ustawa z dnia 26 maja 1978 r. o utworzeniu Głównego Komitetu Kultury Fizycznej i Sportu²²);
- Komitet do Spraw Młodzieży i Kultury Fizycznej jako centralny organ administracji państwowej do spraw młodzieży, kultury fizycznej i wypoczynku (ustawa z dnia 23 października 1987 r. o utworzeniu Komitetu do Spraw Młodzieży i Kultury Fizycznej²³);

¹⁸ Dz. U. Nr 127, poz. 857 z późn. zm.

¹⁹ Dz. U. z 2007 r. Nr 226, poz. 1675 z późn. zm.

²⁰ Dz. U. Nr 155, poz. 1298 z późn. zm.

²¹ Dz. U. Nr 65, poz. 526.

²² Dz. U. Nr 14, poz. 59.

²³ Dz. U. Nr 33, poz. 179.

- Urząd Kultury Fizycznej i Sportu – Prezes Urzędu jest centralnym organem administracji rządowej (ustawa z dnia 25 stycznia 1991 r. o utworzeniu Urzędu Kultury Fizycznej i Sportu²⁴);
- Urząd Kultury Fizycznej i Turystyki – Prezes Urzędu jest centralnym organem administracji rządowej (ustawa z dnia 20 stycznia 2000 r. o zmianie ustawy o utworzeniu Urzędu Kultury Fizycznej i Turystyki (Sportu)²⁵);
- Minister Edukacji Narodowej (rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 listopada 1999 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Edukacji Narodowej²⁶). Do zakresu działania ministra właściwego do spraw kultury fizycznej i sportu przeszły zadania i kompetencje należące dotychczas do Prezesa Urzędu Kultury Fizycznej i Sportu, z wyjątkiem zadań i kompetencji w zakresie sportu wyczynowego, które przejęła Polska Konfederacja Sportu na mocy odrębnej ustawy (ustawa z dnia 1 marca 2002 r. o zmianach w organizacji i funkcjonowaniu centralnych organów administracji rządowej i jednostek im podporządkowanych oraz o zmianie niektórych ustaw²⁷);
- Polska Konfederacja Sportu – jej celem było tworzenie warunków do funkcjonowania, rozwoju i promocji sportu wyczynowego, w tym profesjonalnego (ustawa z dnia 7 czerwca 2002 r. o Polskiej Konfederacji Sportu²⁸; zlikwidowana ustawą z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym²⁹);
- Minister Edukacji Narodowej i Sportu (rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2002 r. w sprawie szczegółowego zakresu działania Ministra Edukacji Narodowej i Sportu³⁰);
- Minister Sportu (rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 23 sierpnia 2005 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Sportu³¹);
- Minister Sportu i Turystyki (rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 lipca 2007 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie utworzenia Ministerstwa Sportu³²).

Uwzględniając przeprowadzoną w dalszej części analizy weryfikację obowiązujących na przestrzeni lat definicji legalnych kultury fizycznej,

²⁴ Dz. U. Nr 16, poz. 74.

²⁵ Dz. U. Nr 9, poz. 116.

²⁶ Dz. U. Nr 96, poz. 1117.

²⁷ Dz. U. Nr 25, poz. 253.

²⁸ Dz. U. Nr 93, poz. 820.

²⁹ Dz. U. Nr 155, poz. 1298.

³⁰ Dz. U. Nr 97, poz. 866.

³¹ Dz. U. Nr 165, poz. 1368.

³² Dz. U. Nr 135, poz. 952.

w szczególności uwzględniając zakres znaczeniowy jej składowych w postaci wychowania fizycznego, rehabilitacji ruchowej i rekreacji ruchowej, należałoby rozważyć, czy przedstawiony powyżej katalog podmiotów państwowych nie powinien zostać rozszerzony o organy administracji właściwe w sprawach oświaty, zdrowia i turystyki.

Następujące po sobie kolejne jednostki struktur państwowych bez wątpienia z założenia realizować miały fundamentalne zadanie administracji, jako celowej i ukierunkowanej służby na rzecz społeczeństwa w wymiarze kultury fizycznej (łac. *administrare* – „być pomocnym, obsługiwać, zarządzać”, *ministrare* – „służyć”)³³. Wielokrotne przemianowanie, zmiana miejsca usytuowania, zakresu zadań oraz form ich realizacji, jak każda reforma wymaga dodatkowych nakładów. Jeśli ciężar zaangażowania z meritum przesunięty zostanie na pole nowelizacji to prawdziwym może stać się twierdzenie, iż przyczyną stagnacji administracji jest jej ciągła reforma. Przeniesienie oceny efektów dotychczas przeprowadzonych reform, na kolejne zmiany z pewnością wpłynie nie tylko na poziom dalszego funkcjonowania aparatu państwowego, ale i poziom zaufania społecznego.

4. Ustawowa definicja kultury fizycznej

Powracając do kwestii ustalenia ram dla środowiska kultury fizycznej na podstawie definicji ustawowych przywołać, należy wskazane i wymienione uprzednio regulacje. W pierwszym z wyodrębnionych okresów, tj. 1945–1983, prawodawca nie widział potrzeby legalnego definiowania tego pojęcia. Postawa ta nie uległa zmianie z chwilą całościowego objęcia kultury fizycznej ramami jednej ustawy. W ustawie z dnia 3 lipca 1984 r. o kulturze fizycznej³⁴ jednoznacznie brzmiący tytuł nie spotkał się z rozwinieciem w formie definicji. Biorąc jednak pod uwagę treść art. 1 ust. 1, brzmiący: „Ustawa reguluje sprawy: 1) wychowania fizycznego, 2) rekreacji ruchowej, 3) sportu, 4) rehabilitacji ruchowej”, uznać można, iż powyższe (1-4) stanowią elementy składające się na kulturę fizyczną.

Następnie w ust. 2 każda z tych czterech składowych została z osobna zdefiniowana:

- wychowanie fizyczne jest procesem pedagogicznym kształtującym aktywne uczestnictwo dzieci i młodzieży w kulturze fizycznej oraz sprzyjającym harmonijnemu ich rozwojowi i ochronie zdrowia,

³³ Por. Z. Leoński, *Nauka administracji*, Warszawa 2002, s. 1-2.

³⁴ Dz. U. Nr 34, poz. 181 z późn. zm.

- rekreacja ruchowa jest procesem służącym utrzymaniu i przedłużaniu funkcji życiowych człowieka oraz kształtowaniu obyczajów kulturalnego wypoczynku,
- sport jest procesem polegającym na doskonaleniu sprawności psychofizycznej, zaspokajającym potrzeby rywalizacji i dążenia do osiągania wyników w ramach społecznie akceptowanych zasad współzawodnictwa,
- rehabilitacja ruchowa jest procesem służącym przywracaniu osobom czasowo lub trwale niepełnosprawnym aktywności życiowej oraz sprawności psychofizycznej przy wykorzystywaniu zajęć fizycznych i sportu oraz wiedzy medycznej.

Pierwsza ustawowa definicja kultury fizycznej znalazła swoje miejsce w polskim porządku prawnym wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej³⁵. W myśl art. 3 pkt 1 w rozumieniu tejże ustawy kulturą fizyczną jest wiedza, wartości, zwyczaje, działania podejmowane dla zapewnienia rozwoju psychofizycznego, wychowania, doskonalenia uzdolnień i sprawności fizycznej człowieka, a także dla zachowania oraz przywracania jego zdrowia. Rozszerzeniem zakresu znaczeniowego pojęcia kultury fizycznej jest uwzględnienie przepisów art. 1 i 2.

Kultura fizyczna została uznana za część chronionej przez prawo kultury narodowej (art. 1 ust. 1). Podstawowymi celami kultury fizycznej jest dbałość o prawidłowy rozwój psychofizyczny i zdrowie wszystkich obywateli. Cele powyższe realizowane są w szczególności poprzez wychowanie fizyczne, sport, rekreację ruchową i rehabilitację ruchową (art. 2 ust. 1 i 2).

Następnie ustawodawca zdefiniował wyliczone uprzednio podstawowe formy realizacji celów kultury fizycznej (art. 3 pkt. 2, 3, 8 i 9):

- wychowanie fizyczne jest procesem kształtującym harmonijny rozwój psychofizyczny dzieci i młodzieży,
- sport jest formą aktywności człowieka, mającą na celu doskonalenie jego sił psychofizycznych, indywidualnie lub zbiorowo, według reguł umownych,
- rekreacja ruchowa jest formą aktywności fizycznej, podejmowaną dla wypoczynku i odnowy sił psychofizycznych,
- rehabilitacja ruchowa jest procesem mającym na celu przywrócenie, poprawę lub utrzymanie psychofizycznej sprawności osób czasowo lub trwale niepełnosprawnych za pomocą specjalnych zabiegów i ćwiczeń fizycznych – w oparciu o wiedzę medyczną.

³⁵ Dz. U. Nr 25, poz. 113 z późn. zm.

Kolejne nowelizacje ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej³⁶, w tym wprowadzenie do porządku prawnego równoległej ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym³⁷, nie dokonały zmian zakresu treści ustawowej definicji kultury fizycznej, ani też form jej realizacji w postaci wychowania fizycznego, sportu, rekreacji ruchowej i rehabilitacji ruchowej. Istotnym elementem tych zmian było natomiast odrębne ustawowe unormowanie sportu kwalifikowanego. W myśl art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym³⁸ sport kwalifikowany jest formą aktywności człowieka związaną z uczestnictwem we współzawodnictwie sportowym, organizowanym lub prowadzonym w określonej dyscyplinie sportu przez polski związek sportowy lub podmioty działające z jego upoważnienia.

Rok 2010 wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie³⁹ wniósł nowe spojrzenie na kulturę fizyczną. Stanowi ono próbę odejścia państwa od szczegółowej reglamentacji kultury fizycznej, uznając ją za sferę wolności i dobrowolności w wymiarze zarówno organizacji, jak i uczestnictwa. Prawodawca uznał, iż szczegółowej, ustawowej regulacji wymaga jedynie sfera sportu dotychczas zwanego kwalifikowanym, to jest aktywności sportowej organizowanej w ramach polskich związków sportowych, których liczbę oraz zakres tym razem powiązano z aktywnością międzynarodowego ruchu olimpijskiego. Moc obowiązującą utraciły ustawy: z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej⁴⁰ (z wyjątkiem art. 43) oraz z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym⁴¹. Z obiegu prawnego wyeliminowano definicje kultury fizycznej, wychowania fizycznego, sportu, rekreacji ruchowej i rehabilitacji ruchowej.

Będąca następcą dotychczasowych regulacji ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁴² wprowadza nową definicję sportu, która w myśl art. 1 ust. 1 brzmi następująco: „Sportem są wszelkie formy aktywności fizycznej, które przez uczestnictwo doraźne lub zorganizowane wpływają na wypracowanie lub poprawienie kondycji fizycznej i psychicznej, rozwój stosunków społecznych lub osiągnięcie wyników sportowych na wszelkich poziomach”. Z punktu widzenia niniejszych rozważań niezwykle istotnym jest zapis ust. 2 tego artykułu wskazujący na elementy składowe kultury fizycznej: „Sport wraz z wychowaniem fizycznym i rehabilitacją ruchową składają się na kulturę fizyczną”.

³⁶ Dz. U. Nr 25, poz. 113 z późn. zm.

³⁷ Dz. U. Nr 155, poz. 1298 z późn. zm.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Dz. U. Nr 127, poz. 857 z późn. zm.

⁴⁰ Dz. U. Nr 25, poz. 113 z późn. zm.

⁴¹ Dz. U. Nr 155, poz. 1298 z późn. zm.

⁴² Dz. U. Nr 127, poz. 857 z późn. zm.

Fakt, iż w obowiązującej regulacji nie występuje wyodrębnione pojęcie rekreacji ruchowej, nie oznacza, iż ta forma aktywności została przeniesiona poza nawias kultury fizycznej. Rozwiązaniem tej wątpliwości jest analiza powyższej definicji sportu (art. 1 ust. 1 ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁴³). Zakres tak szeroko zdefiniowanego sportu obejmuje dotychczas odrębnie traktowaną rekreację ruchową. Rozwiązanie takie jest tym bardziej uzasadnione, iż wielokrotnie wcześniej pojawiało się, a wśród teoretyków kultury fizycznej nadal stawiane jest pytanie: „Gdzie kończy się rekreacja ruchowa, a zaczyna sport? Czy kryterium rozróżnienia ma być fakt dobrowolności, cele uczestnictwa czy też element rywalizacji? Źródłem tychże wątpliwości były między innymi zapisy ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej⁴⁴, w szczególności art. 3 obejmujący definicje legalne form realizacji kultury fizycznej (Rozdział 4 – *Sport* oraz Rozdział 7 – *Rekreacja i rehabilitacja ruchowa*). Każde ze wspomnianych powyżej kryteriów, w myśl dotychczasowych regulacji mogłoby zostać obalone, ponieważ:

- 1) zarówno rekreacja, jak i sport są dobrowolnymi formami aktywności, należą do sfery wolności człowieka. Patrząc szerzej na kulturę fizyczną, jedynie wychowanie fizyczne w wymiarze programów nauczania w systemie oświaty stanowi element obligatoryjnej edukacji młodego pokolenia;
- 2) cel, jakim jest wypoczynek i odnowa sił psychofizycznych poprzez dbałość o swoje zdrowie fizyczne towarzyszyć może tak zwolennikom rekreacji, jak i sportowcom. Stosując zasadę dowodu nie wprost, czy prawdziwym jest twierdzenie, iż wszyscy sportowcy stawiają sobie za cel wyłącznie maksymalizację wyniku sportowego bez dbałości oraz z narażeniem na szwank swego zdrowia? Ustawowe doskonalenie sił psychofizycznych, będące celem sportu nie stoi w sprzeczności z ich odnową, a wręcz przeciwnie, stwierdzić można, iż odnawiając te siły, człowiek może je doskonalić⁴⁵. Zarówno w nomenklaturze nauk o kulturze fizycznej, jak i w praktyce funkcjonują pojęcia trening zdrowotny oraz trening sportowy. Odpowiedź na pytanie: „Czy trening sportowy z natury rzeczy, co do zasady jest niezdrowy?” stanowi rozstrzygnięcie przywołanej wątpliwości;
- 3) rywalizacja stawiana jako kryterium została włączona do katalogu form realizacji zadań rekreacji ruchowej (art. 42 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej⁴⁶). Odwołując się do sfe-

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Dz. U. Nr 25, poz. 113 z późn. zm.

⁴⁵ Por. J. Januszewski, J. Żarek, *Teoria sportu*, Kraków 1995, s. 5-9.

⁴⁶ Dz. U. Nr 25, poz. 113 z późn. zm.

ry sportowej, zawodnicy, rywalizując między sobą, mają za zadanie pokonać przeciwnika, limit czasu, przestrzeni bądź odległości. Porównywanie ich wyników jako efektów uczestnictwa w zawodach, wykraczać może jednak poza te kryteria, gdzie współdecydującą rolę odgrywa nie tylko ocena poprawności wykonanych czynności, ale i styl, forma przekazu, aranżacja *etc.* Wszystkie te elementy mogą mieć i mają zastosowanie w rywalizacji licencjonowanej i amatorskiej w wymiarze wyczynowym i rekreacyjnym.

Przedstawiona powyżej analiza ustawowego stanu prawnego w Polsce w przedmiocie kultury fizycznej wskazuje, iż sfera ta znalazła się w zainteresowaniu prawa w różnym wymiarze i zakresie. Podejmowane próby definiowania pojęć występujących w tym specyficznym środowisku okazały się nader nietrwałe, czego efektem jest bieżąca sytuacja, gdzie jedyną zdefiniowaną składową jest sport. Aktualny stan prawny stanowić ma potwierdzenie obecnego stanowiska państwa, iż sfera fizycznej aktywności człowieka, jak również większości innych działań mających na celu dbałość o rozwój psychofizyczny człowieka, należy do obszaru wolności, w którą państwo nie zamierza ingerować, jeśli nie ma w tym względzie szczególnych powodów. Oznacza to, iż zasadą będzie ocena stanu faktycznego poprzez pryzmat powszechnie obowiązujących przepisów prawa cywilnego, karnego, administracyjnego, prawa pracy itd.

Powracając do podejmowanych prób zdefiniowania całości środowiska kultury fizycznej w oparciu o dorobek polskiego porządku prawnego, na poczet niniejszego opracowania, a zarazem oceny zakresu świadczonych usług w postaci pomocy prawnej radców prawnych i adwokatów, bezsprzeczne jest stwierdzenie, iż kultura fizyczna, będąca formą aktywności człowieka w sferze jego wolności, obejmująca swoim zakresem sport, wychowanie fizyczne i rehabilitację ruchową, znajduje się pod ochroną prawa. Środowiskiem kultury fizycznej jest więc obszar funkcjonowania podmiotów w zakresie wychowania fizycznego, sportu i rehabilitacji ruchowej.

Opisanie wymiaru, zakresu oraz charakteru świadczenia pomocy prawnej przez radców prawnych i adwokatów dla środowiska kultury fizycznej wymaga wskazania specyfiki i cech różnicujących względem innych środowisk na następujących poziomach:

- podmioty,
- stosunki prawne – rodzaje,
- stosunki prawne – treść.

5. Podmioty kultury fizycznej

Pomoc prawna może być świadczona wszystkim podmiotom prawa obecnym w środowisku kultury fizycznej. Są to zarówno osoby fizyczne, osoby prawne, jak i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, jeśli posiadają zdolność prawną. Podmioty powyższe podzielić można ze względu na kilka różnych kryteriów: status prawny, pełnioną rolę, usytuowanie w strukturach systemu (np.: sportu, oświaty bądź opieki zdrowotnej).

Prezentując poniżej wybrane grupy podmiotów, podział przeprowadzony został w kontekście szeroko pojętych usług świadczonych w środowisku kultury fizycznej.

Podmioty kultury fizycznej (kryterium usług):

1) usługobiorca:

- bezpośredni (np. uczeń, zawodnik, pacjent),
- pośredni (np. widz, kibic);

2) usługodawca:

- bezpośredni (np. nauczyciel, instruktor, trener i pozostali członkowie zespołu szkoleniowego, sędzia, menedżer sportu, fizjoterapeuta),
- pośredni (np. szkoła i inne jednostki systemu oświaty, klub sportowy, związek sportowy, publiczna i niepubliczna jednostka świadcząca usługi fizjoterapeutyczne).

Należy podkreślić, iż każda z przykładowo wymienionych grup podmiotów mogłaby się stać przedmiotem odrębnej, szczegółowej, nader obszernej analizy. Powyższy katalog należy traktować jedynie jako przykładowe zestawienie, w którym chociażby nie uwzględniono obszaru kształcenia w zakresie szkolnictwa wyższego na kierunkach związanych z kulturą fizyczną, gdzie szczególną rolę odgrywają akademie wychowania fizycznego. Wyliczenie to pomija również administrację do spraw kultury fizycznej, która w wymiarze historycznym na poziomie centralnych i naczelných organów administracji państwowej została już uprzednio opisana.

6. Kadry kultury fizycznej

Do momentu wejścia w życie ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁴⁷, prawo o kulturze fizycznej posługiwało się pojęciem kadr kultury fizycznej (Rozdział 8 – *Kadry kultury fizycznej* ustawy z dnia 18 stycznia

⁴⁷ Dz. U. Nr 127, poz. 857 z późn. zm.

1996 r. o kulturze fizycznej⁴⁸). Rozwiązanie takie na poziomie ustawowym stanowiło ułatwienie identyfikacji podmiotów, a zarazem ograniczenie mobilności środowiska, w szczególności w zakresie możliwości dopasowania się do potrzeb uczestników kultury fizycznej. Wprowadzenie ustawowych pojęć, zakresu uprawnień i kwalifikacji, popartych uprzednio uzyskanym wykształceniem, stanowiło podstawę dla ujednolichenia systemu. Niemniej jednak takie rozwiązania dotyczyły jedynie wybranych grup. Na przestrzeni lat obowiązywania ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej⁴⁹ byli to: nauczyciele wychowania fizycznego, trenerzy, instruktorzy, menedżerowie sportu, sędziowie. Ustawa ta wymieniała również:

- fizjoterapeutów;
- absolwentów szkół wyższych ze specjalnością rehabilitacja lub gimnastyka lecznicza;
- techników fizjoterapii uprawnionych do prowadzenia zajęć rehabilitacji ruchowej oraz wykonywania zabiegów fizjoterapeutycznych;
- osoby uprawnione do prowadzenia zajęć o charakterze profilaktycznym i korektywnym: absolwenci szkół wyższych lub średnich zawodowych i absolwenci zakładów kształcenia nauczycieli – o kierunku (specjalności) wychowanie fizyczne, jeżeli w trakcie nauki lub po jej ukończeniu nabyli kwalifikacje do prowadzenia tego typu zajęć, oraz absolwenci szkół wyższych lub średnich zawodowych i absolwenci zakładów kształcenia nauczycieli – o kierunku (specjalności) wychowanie przedszkolne lub nauczanie początkowe, po uzyskaniu kwalifikacji w zakresie gimnastyki korekcyjno-kompensacyjnej – art. 43 ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej⁵⁰.

Od momentu wejścia w życie ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁵¹ reglamentacja kadr kultury fizycznej ograniczona została do instruktorów i trenerów sportu. Wymóg posiadania tytułu zawodowego trenera lub instruktora sportu stawiany jest osobom prowadzącym zorganizowane zajęcia w zakresie sportu w klubie sportowym uczestniczącym we współzawodnictwie organizowanym przez polski związek sportowy. Wprowadzona zmiana dowodzi, iż ustawodawca skupił nie tylko swoją uwagę, ale i ograniczył się jedynie do ingerencji w sport realizowany pod szyldem polskich związków sportowych. Prawodawca pozostawił natomiast pełną dowolność w sferze pozostałej aktywności sportowej, w tym dotychczasowej rekreacji ruchowej, gdzie do niedawna jeszcze szkolono

⁴⁸ Dz. U. Nr 25, poz. 113 z późn. zm.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Dz. U. Nr 127, poz. 857 z późn. zm.

instruktorów rekreacji ruchowej w 36 różnych specjalnościach (rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 27 czerwca 2001 r. w sprawie kwalifikacji, stopni i tytułów zawodowych w dziedzinie kultury fizycznej oraz szczegółowych zasad i trybu ich uzyskiwania⁵²).

7. Uczestnicy wychowania fizycznego

Regulacje dotyczące podmiotów uczestniczących w wychowaniu fizycznym w szczególności uczniów, nauczycieli, szkół (w tym szkół sportowych oraz szkół mistrzostwa sportowego) obecnie zostały objęte ramami unormowań systemu oświaty. W tym zakresie jako podstawowe ustawy wymienić należy: ustawę z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty⁵³ oraz ustawę z dnia 26 stycznia 1982 r. – Karta Nauczyciela⁵⁴. Obowiązujące dzisiaj przepisy prawa o kulturze fizycznej w ramach ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie ograniczają się z jednej strony do potwierdzenia, iż wychowanie fizyczne jest elementem kultury fizycznej, z drugiej do wytyczenia norm dla funkcjonowania uczniowskich klubów sportowych. W myśl art. 4 cytowanej ustawy uczniowski klub sportowy, którego członkami są przede wszystkim uczniowie, rodzice i nauczyciele uznany został za szczególny rodzaj klubu sportowego. Jego działanie oparte jest na zasadach przewidzianych w przepisach ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach⁵⁵, z wyłączeniem przepisów dotyczących rejestracji.

8. Kluby sportowe

Klub sportowy jest jednym z pojęć występujących w analizowanym środowisku, wydawać by się mogło, jednoznacznie rozumianym. Ta jednoznaczność ulegała jednak zmianie na kolejnych etapach regulacji kultury fizycznej. W pierwszej ustawie o kulturze fizycznej nie występowało pojęcie klubu sportowego, prawodawca za to kilkakrotnie, opisując podmiot organizujący działania w zakresie kultury fizycznej, w tym rekreacji ruchowej i sportu, posługiwał się pojęciem stowarzyszeń kultury fizycznej, co bezpośrednio wskazywało na ich formę prawną (art. 3, 12, 15

⁵² Dz. U. Nr 71, poz. 738.

⁵³ Dz. U. Nr 95, poz. 425 z późn. zm.

⁵⁴ Dz. U. Nr 3, poz. 19 z późn. zm.

⁵⁵ T. jedn. Dz. U. z 2001 r. Nr 79, poz. 855 z późn. zm.

ustawy z dnia 3 lipca 1984 r. o kulturze fizycznej⁵⁶). Klub sportowy jako podstawowa jednostka organizacyjna realizująca cele i zadania w zakresie kultury fizycznej pojawia się dopiero w zapisach ustawy z dnia 18 stycznia 1996 r. o kulturze fizycznej⁵⁷ (art. 6). Początkowo klub mógł być tworzony w formie stowarzyszenia, jako „stowarzyszenie kultury fizycznej” lub spółki akcyjnej, jako „sportowa spółka akcyjna”. Następnie od wejścia w życie ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym⁵⁸ zakres form prawnych został diametralnie poszerzony, w skutek czego klub mógł działać jako osoba prawna utworzona na podstawie odrębnych przepisów, albo jako osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁵⁹. Przedstawione nowelizacje to nie koniec zmian. W myśl art. 3 ust. 2 w związku z art. 83 obecnie obowiązującej ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁶⁰, nowo utworzony klub sportowy może działać wyłącznie jako osoba prawna. Kluby sportowe działające na podstawie dotychczasowych przepisów mają 2 lata od dnia wejścia w życie tejże ustawy na dostosowanie swojej formy do nowych wymagań. Oczywiście odnosi się to w szczególności do osób fizycznych, które jako przedsiębiorcy posiadają status klubu sportowego.

9. Związki sportowe

Spojrzenie na tak zwany wielki sport poprzez pryzmat igrzysk olimpijskich, mistrzostw świata, mityngów, mundiali skupia uwagę światowego widza tak ze względu na wymiar konkurencji, jak i uzyskiwanych przez zawodników rezultatów. Organizatorami tychże przedsięwzięć są podmioty prywatnoprawne takie jak światowe czy też kontynentalne federacje sportowe oraz komitet olimpijski. Na poziomie krajowym struktury te reprezentowane są poprzez organizacje narodowe zwane w prawie polskim polskimi związkami sportowymi (Rozdział 3 – *Polski związek sportowy* ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁶¹). Polskie związki sportowe to z jednej strony efekt inicjatywy oddolnej zawodników oraz zrzeszających ich klubów, z drugiej natomiast związki te jako członkowie federacji międzynarodowych w danym sporcie są jedynymi reprezentantami Polski na arenie międzynarodowej. Organizacja polskich związków sporto-

⁵⁶ Dz. U. Nr 34, poz. 181 z późn. zm.

⁵⁷ Dz. U. Nr 25, poz. 113 z późn. zm.

⁵⁸ Dz. U. Nr 155, poz. 1298 z późn. zm.

⁵⁹ T. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447.

⁶⁰ Dz. U. Nr 127, poz. 857 z późn. zm.

⁶¹ *Ibidem*.

wych oparta na konstytucyjnej wolności zrzeszania się (art. 12 w związku z art. 68 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁶²), uszczegółowiona ramami ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach⁶³, została ograniczona przez unormowania prawa o kulturze fizycznej w obrębie ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁶⁴. W myśl zapisów tej ustawy katalog polskich związków powinien zostać ograniczony do tych, które przynależą do międzynarodowych federacji sportowych działających w sporcie olimpijskim lub paraolimpijskim lub innych uznanych przez Międzynarodowy Komitet Olimpijski. Minister właściwy do spraw kultury fizycznej może zwolnić wnioskodawcę z powyższego wymogu w przypadku, gdy wniosek dotyczy sportu osób niepełnosprawnych. Dotychczasowa możliwość tworzenia kolejnych polskich związków sportowych, których źródłem poniekąd była inicjatywa nowych, zorganizowanych form aktywności, przeniesiona została w wymiarze decyzyjnym na zewnątrz, gdyż element tego władztwa oddano w ręce międzynarodowego ruchu olimpijskiego. Jak już wskazano, bez przynależności do ruchu olimpijskiego bądź akceptacji ze strony jego organów, złożony wniosek o wyrażenie zgody na utworzenie nowego polskiego związku sportowego nie spotka się z pozytywną decyzją ministra właściwego do spraw kultury fizycznej. Uwzględniając wskazany udział międzynarodowej organizacji pozarządowej w procesie decyzyjnym polskiego organu administracji państwowej, w ustach potencjalnego, niezadowolonego wnioskodawcy pojawić się może pytanie: „Czy w interesie ruchu olimpijskiego jest poszerzanie katalogu sportów, nie tylko w wymiarze nowych form konkutowania, ale i kolejnych struktur organizacyjnych, które będą miały swoje oczekiwania, roszczenia oraz własne pomysły na szeroko pojęty olimpizm?”. Biorąc pod uwagę przestrzeganie fundamentalnych zasad olimpizmu zapisanych w Karcie Olimpijskiej⁶⁵, należy liczyć, iż nie będą ograniczane inicjatywy społeczne w ramach nowych w swej formie i charakterze sportów.

10. Widzowie

Następną grupą podmiotów, bez których współczesny sport nie istniałby, są widzowie. Ze względu na potrzebę zapewnienia im bezpieczeństwa podczas widowisk sportowych wprowadzona została odrębna regulacja

⁶² Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁶³ T. jedn. Dz. U. z 2001 r. Nr 79, poz. 855 z późn. zm.

⁶⁴ Dz. U. Nr 127, poz. 857 z późn. zm.

⁶⁵ *Olympic charter*, published by the International Olympic Committee, July 2011, Lausanne, Switzerland, s. 10-11.

w postaci ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych⁶⁶. Zarówno tytuł, jak i treść tejże regulacji wskazuje na ograniczony zakres stawianych organizatorom imprez wymogów i wytycznych. Podstawowym ograniczeniem jest status imprezy, spełnienie ustawowych znamion, poprzez co uznanie jej za masową w znaczeniu ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych⁶⁷. W takim wypadku w środowisku kultury fizycznej pojawić mogą się kolejne pytania, wątpliwości, poszukiwanie źródeł i wytycznych dla organizatorów imprez ze względu na obecność publiczności⁶⁸. W pewnych sytuacjach, odnoszących się do sportowych imprez organizowanych w określonym sporcie przez polski związek sportowy lub podmiot działający z jego upoważnienia, rozwiązaniem mogą być wewnętrzne przepisy związkowe. Wewnętrzny system licencji dla organizatorów, a następnie weryfikacji spełnienia postawionych wymogów bezpieczeństwa będzie w tym wypadku gwarantem jakości produktu sportowego, jakim jest impreza bądź widowisko. Co w sytuacji, gdy ze względu na rozmiar bądź jej charakter impreza nie jest masową oraz znajduje się poza ramami aktywności związków sportowych? Jakie kryteria winien zastosować i jakie normy spełnić organizator w sytuacji, gdy impreza jest na przykład amatorska o liczbie uczestników mniejszej od ustawowej wartości granicznej? Takowe pytania będzie sobie stawiał odpowiedzialny organizator, który w poszukiwaniu formalnoprawnych ram gwarantowanego widzom bezpieczeństwa pojawi się u radcy prawnego bądź adwokata.

11. Fizjoterapeuci

Fizjoterapeuci stanowią grupę zawodową będącą nieodłącznym elementem kultury fizycznej⁶⁹. W poszukiwaniu formalnoprawnych źródeł umocowania fizjoterapeutów należy po raz wtóry sięgnąć do ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁷⁰. Jak już wspomniano, zgodnie z art. 93 pkt 1 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie uchylona została ustawa z dnia 18 stycznia 1996 o kulturze fizycznej z wyjątkiem art. 43. W myśl pozostawionego artykułu fizjoterapeuci i absolwenci szkół wyższych ze specjalnością rehabilitacja lub gimnastyka lecznicza oraz technicy fizjote-

⁶⁶ Dz. U. Nr 62, poz. 504 z późn. zm.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Por. G. Mikrut, K. Müller, *Bike Maraton, cykl powszechnych maratonów rowerowych*, Gliwice 2007, s. 33-35.

⁶⁹ Por. G. Mikrut, B. Bacik, M. Czuba, *Status prawny zawodu fizjoterapeuty w Polsce*, „Fizjoterapia. Kwartalnik Polskiego Towarzystwa Fizjoterapii”, Wrocław 2011, s. 1-16.

⁷⁰ Dz. U. Nr 127, poz. 857 z późn. zm.

rapii mogą prowadzić zajęcia z rehabilitacji ruchowej oraz zabiegi fizjoterapeutyczne. Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 27 kwietnia 2010 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania⁷¹ wpisuje fizjoterapeutów do grupy „specjalistów” (grupa 2). W ramach wewnętrznego podziału tej grupy, elementarna grupa fizjoterapeutów (2283) została zawarta w grupie „innych specjalistów ochrony zdrowia” (228), która z kolei jest składową grupy „specjalistów do spraw zdrowia” (22). Odwołując się do treści rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 12 lipca 2010 r. w sprawie limitów przyjęć na studia medyczne⁷², wydanego w oparciu o ustawę z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym⁷³, należy podkreślić, iż kierunek fizjoterapia został uwzględniony w załączniku nr 5. Biorąc pod uwagę powyżej wskazaną regulację, fizjoterapia objęta katalogiem studiów medycznych realizowana jest również w akademiach wychowania fizycznego, dla których podstawową domeną są nauki o kulturze fizycznej.

12. Pacjenci

W przypadku usług fizjoterapeutycznych pacjentami są osoby fizyczne, które w oparciu o skierowanie od lekarza specjalisty czy też bez takiego skierowania korzystają z usług fizjoterapeutów. Fakt udziału w zabiegu zależny jest od woli, potrzeby i decyzji usługobiorcy, jakim jest pacjent, jednakże należy podkreślić, iż istnieje reglamentacja niektórych ze świadczeń. Uwzględniając specyfikę usług fizjoterapeutycznych, właściwe skierowanie od specjalisty zawiera wytyczne dla przeprowadzającego czynności fizjoterapeutyczne. Brak takiego skierowania oraz ewentualna dodatkowa ocena stanu zdrowia pacjenta przez fizjoterapeutę stanowić może podstawę dla odmowy wykonania zabiegu. Zasada ta jest charakterystyczna dla wielu świadczeń medycznych.

Wskazane powyższej przykładowo grupy podmiotów obecnych w środowisku kultury fizycznej to tylko niektóre z całego wachlarza obejmującego swym zasięgiem poszczególne składowe w obszarze wychowania fizycznego, sportu oraz rehabilitacji ruchowej. Podmioty te wchodzą zarówno względem siebie, jak również z otoczeniem w nieograniczoną liczbę interakcji, z których każda może być przedmiotem świadczonej pomocy prawnej.

⁷¹ Dz. U. Nr 82, poz. 538.

⁷² Dz. U. Nr 128, poz. 864.

⁷³ Dz. U. Nr 164, poz. 1365 z późn. zm.

13. Przedmiot oraz zakres pomocy prawnej

Pomoc prawna świadczona jest podmiotom, które uznają, iż sytuacja faktyczna, w której się znalazły wymaga znajomości specjalistycznej wiedzy prawniczej. Potrzeba ta poparta różnym poziomem świadomości co do obowiązujących zasad w obrębie porządku prawnego, może pojawić się na różnych etapach interakcji zachodzących między podmiotami bądź też w inny sposób kształtujących sytuację prawną podmiotu. Poszukiwanie pomocy może nastąpić zarówno przed podjęciem działań przez podmiot, w trakcie bądź *post factum*. Doświadczenia wielu zawodowych prawników wskazują, że zasadniczo im wyższa świadomość prawna, tym większe poczucie odpowiedzialności za swoje działania, a co za tym idzie wola skorzystania z usług prawnika.

Z punktu widzenia świadczącego pomoc najwygodniejszą sytuacją jest sprawowanie stałej opieki nad podmiotem. W przypadku usług prawniczych przybiera ona formę pełnej obsługi prawnej. W każdej sytuacji, w tym również przy działaniach jednostkowych i incydentalnych najlepszym rozwiązaniem jest uprzedzenie ciągu zdarzeń z możliwością pełnego uświadomienia klienta zarówno o istniejących związkach przyczynowo-skutkowych, jak i o konsekwencjach jego decyzji. Każdy następny punkt na osi czasu obciążony jest już większym ryzykiem, a zarazem stanowi dodatkowe wyzwanie dla świadczącego pomoc.

W środowisku kultury fizycznej każdy z uprzednio wymienionych podmiotów może być usługobiorcą pomocy prawnej. Jeśli chodzi o osoby fizyczne, będą to np. uczniowie i ich rodzice bądź prawni opiekunowie, nauczyciele (w ramach wychowania fizycznego); zawodnicy i ich rodzice bądź prawni opiekunowie, instruktorzy, trenerzy, pozostali członkowie kadry szkoleniowej, sędziowie, działacze związkowi, menedżerowie sportu, specjaliści innych branż działający na rzecz sportu w tym lekarze, psychologzy, fizjolodzy, inżynierowie, dziennikarze, konferansjerzy *etc.* (w ramach sportu); fizjoterapeuci, technicy fizjoterapii, lekarze, pacjenci (w ramach fizjoterapii). W grupie osób prawnych i jednostek organizacyjnych wskazać można np. szkoły, kluby sportowe (z wyjątkiem przedsiębiorców posiadających status klubu), związki sportowe, polskie związki sportowe, ligi zawodowe, komitet olimpijski, międzynarodowe organizacje sportowe, jednostki świadczące usługi fizjoterapeutyczne w tym zakłady opieki zdrowotnej. Dodatkowo można wymienić grupy podmiotów, które mogą przybrać różną formę prawną, np. organizatorzy imprez, producenci, serwisanci sprzętu i infrastruktury szkolnej, sportowej i rehabilitacyjnej (fizjoterapeutycznej). Nie można również pominąć podmiotów świadczących usługi w zakresie kształcenia na kierunkach związanych z kulturą fizyczną, takich jak: sport, wychowanie fizyczne, fizjoterapia,

turystyka i rekreacja, jak również na poziomie studiów trzeciego stopnia w zakresie nauk o kulturze fizycznej, czy też prowadzących proces szkolenia kadr kultury fizycznej, a w szczególności instruktorów i trenerów sportu. Wśród instytucji publicznych wskazać należy na organy administracji samorządowej oraz rządowej będące stroną relacji z podmiotami kultury fizycznej, ze szczególnym uwzględnieniem organów naczelnych i centralnych odpowiedzialnych za kulturę fizyczną (na tę chwilę ministra właściwego do spraw kultury fizycznej).

Bez wątpienia podmiotami zatrudniającymi prawników bądź w innej formie korzystającymi ze stałej pomocy prawnej są jednostki, które decyzję tę podjęły ze względu na swoją formę prawną, wielkość budżetu oraz zakres aktywności. Przykładem będą tu duże stowarzyszenia, spółki akcyjne, szkoły wyższe. Charakter interakcji zachodzących w środowisku kultury fizycznej wskazuje, iż zachodzące w nim stosunki prawne dotyczą obszaru zarówno prawa cywilnego, administracyjnego, pracy, ale i prawa karnego. Podstawą relacji między podmiotami prawa są poparte uprzednio złożonymi oświadczeniami woli umowy. W przypadku kultury fizycznej będą to w szczególności typowe umowy cywilnoprawne oraz umowy o pracę. Specyficzne w swej treści są kontrakty zawodnicze, trenerskie i menedżerskie. Wskazać również należy na umowy sponsorskie, stanowiące niejednokrotnie podstawowe źródło finansowania klubów, a nawet całych związków sportowych. Przy całej swobodzie zawierania umów uwadze nie może ująć katalog ograniczeń, dla których źródłem są normy powszechnie obowiązującego prawa. Dotyczyć mogą one np. miejsca, sposobu i przedmiotu promocji. Ograniczeniem są również wewnętrzne przepisy związkowe bądź inne przepisy sportowe regulujące na przykład szczegóły umieszczania oznaczeń, logotypów i haseł na strojach, banerach, bandach stadionowych.

Specyfika poszczególnych składowych każdego z elementów kultury fizycznej w wymiarze wewnętrznych regulacji, zasad i regulaminów może okazać się nie tylko cennym drogowskazem dla świadczonej pomocy, ale wręcz niezbędnym minimum dla poprawności sporządzanego dokumentu. W sporcie bez wiedzy co do zasad uczestnictwa w rozgrywkach na różnych poziomach i szczeblach, istniejących możliwości przenoszenia się zawodników czy też trenerów z klubu do klubu, w ramach jednej organizacji związkowej, bądź w wymiarze międzynarodowym, sformułowanie satysfakcjonującego, korzystnego i bezpiecznego dla zlecającego prawnikowi usługę projektu kontraktu może okazać się niemożliwe, a zarazem dyskwalifikujące.

Projektowanie sformalizowanych stosunków cywilnoprawnych, winno być poprzedzone analizą ryzyk, czy to w środowisku szkolnym, sportowym, czy fizjoterapeutycznym. Wymaga to znajomości wyodrębnionego

zakresu działania podmiotów, pozyskania odpowiedniej wiedzy popartej symulacją oraz weryfikacją studium przypadku. Dokonana przez pryzmat odszkodowawczego charakteru odpowiedzialności cywilnej ocena pozwoli przygotować uwzględniające wymiar ryzyka umowy w tym polisy ubezpieczeniowe. Narażenie na szwank zdrowia zawodnika, za którego klub zapłacił miliony, spotka się z pewnością z roszczeniem, którego wartość odpowiadać będzie rozmiarom potencjalnej szkody. Analogiczne sytuacje, typowe dla zasad prawa cywilnego, będą miały miejsce w przypadku oceny szkody na osobie, sprzęcie, niewykonaniu bądź nienależytym wykonaniu umowy zarówno w ramach wychowania fizycznego, działalności sportowej, jak również usług fizjoterapeutycznych. Przywołując po raz kolejny specyfikę kultury fizycznej, należy podkreślić, iż jest to sfera aktywności, w której przedmiotem jest człowiek, w szczególności jego sfera fizyczna w obrębie dbałości o rozwój psychofizyczny. Nieumiejętna, szkodliwa, bez niezbędnych kwalifikacji działalność może stanowić źródło nie tylko odpowiedzialności cywilnej, ale i karnej. W tym też zakresie mogą pojawić się zlecenia w zakresie pomocy prawnej ze strony poszkodowanych, np. uczniów, zawodników, kibiców, pacjentów, bądź ze strony świadczących swe usługi nauczycieli, instruktorów, trenerów, fizjoterapeutów w tym wypadku uznanych za sprawców czynów niedozwolonych. Dokonując oceny stanu faktycznego, należy uwzględnić wszelkie okoliczności zdarzenia, w szczególności te, które można uznać za kontratypy – jako wyłączające bezprawność czynu.

Środowisko kultury fizycznej to również sfera aktywności administracji, a zarazem obszar stosunków administracyjnych. Przykładowo występują one zarówno w systemie oświaty obejmującej wychowanie fizyczne jako obligatoryjny element zajęć szkolnych, w sporcie w zakresie relacji o charakterze nadzoru ministra właściwego do spraw kultury fizycznej nad polskimi związkami sportowymi oraz w systemie opieki zdrowotnej w ramach usług fizjoterapeutycznych w publicznych zakładach opieki zdrowotnej.

Na koniec dla zobrazowania wielokrotnie podnoszonej specyfiki środowiska kultury opisano fragment analizy w przedmiocie tzw. licencji sportowej.

Formalnym dokumentem relacji zachodzących między zawodnikiem a związkiem sportowym jest licencja zawodnicza. W niektórych sportach w charakterze pośrednika może występować klub sportowy. Licencja zawodnicza będąca uprawnieniem zawodnika do uczestnictwa w danym sporcie organizowanym przez właściwy związek sportowy jest potwierdzeniem złożonego oświadczenia o znajomości ogółu reguł panujących w związku, w tym zasad uprawiania sportu, jak również zobowiązaniem do przestrzegania tychże norm i zasad. Przynależność związkowa

jest oczywiście dobrowolna. Zawodnik, a tak naprawdę jeszcze kandydat na zawodnika, bez przymusu (dobrowolnie i świadomie) ubiega się o przynależność związkową. To właśnie poziom świadomości, a raczej jej brak przy wielokrotnie bezwiednie składanych na dokumentach podpisach może w następstwie być przyczyną świadczonej pomocy prawnej. W chwili składania własnoręcznego podpisu na wniosku, kandydat na licencjonowanego zawodnika, nie zwraca lub nie przywiązuje uwagi do tego, iż deklaracja o przynależności związkowej może być połączona z przeniesieniem prawa do rozstrzygania sporów powstałych z wyżej wymienionej przynależności na rzecz organów związkowych, takich jak komisje dyscyplinarne, sądy koleżeńskie i inne kolegia orzekające. Naruszenie tej zasady skutkować może pozbawieniem członkostwa w organizacji, a zarazem pozbawieniem licencji⁷⁴. Utrata licencji przez zawodnika, osoby, dla której sport to profesja, jest niczym innym jak utratą prawa do wykonywania zawodu. Jest to jeden z przykładów obrazujących jak silna jest pozycja związków sportowych względem swoich członków. Powyższy przykład porównywalny jest do orzekanego w sądach karnych środka karnego w postaci zakazu wykonywania określonego zawodu (art. 39 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny⁷⁵). Dla zawodnika nie będzie w tym konkretnym przypadku satysfakcjonującym tłumaczenie, iż związek nie zabrania osobom znajdującym się poza jego ramami uprawiać sportu. Amatorska forma aktywności nie daje zawodnikowi bez licencji możliwości rywalizacji na dotychczasowym, często międzynarodowym poziomie oraz nie pozwala na traktowanie tego zajęcia jako formy zarobkowania, a tym samym wykonywania zawodu sportowca.

Nie jest to jedyna kwestia działalności związkowej, która budzi wiele emocji. Prócz wskazanych powyżej sytuacji indywidualnych zawodników, bądź tracących licencje niepokornych klubów, mają miejsce zdarzenia, gdy to państwo zostaje analogicznie potraktowane. Jest to oczywiście swoistego rodzaju skrót myślowy, ponieważ odnosi się to do sytuacji utraty przez organizację krajową praw do uczestnictwa w rozgrywkach międzynarodowych w danym sporcie. Ma to miejsce najczęściej w przypadku ingerencji organów państwa w sprawy wewnątrzwiązkowe. Gdy administracja do spraw kultury fizycznej, w szczególnych okolicznościach określonych ustawowo, skorzysta z uprawnienia w postaci wstrzymania wykonania, bądź uchylenia decyzji władz związku, czy też gdy sąd zawieści władze związku i wyznaczy kuratora, wtedy federacja europejska lub światowa uznać może takie działania za naruszenie jej statutu, grożąc czasową utratą członkostwa organizacji krajowej bądź ograniczeniem praw do udziału w rozgrywkach międzynarodowych. Te nader wszechstronne

⁷⁴ Por. M. Ossowska, *Normy moralne*, Warszawa 1970, s. 157-171.

⁷⁵ Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

i różnorodne stosunki występujące w środowisku kultury fizycznej wymagają od świadczącego pomoc prawną niezwyklej mobilności i elastyczności. Równocześnie stanowią one punkt wyjścia dla dyskusji o pozycji międzynarodowych federacji sportowych oraz ich relacji z podmiotami państwowymi. Stabilności struktury systemu prawnego, może zostać zachwiana, jeśli w praktyce ponad prawem krajowym na poziomie ustaw parlamentarnych umieszczone zostaną wewnętrzne regulacje organizacji pozarządowych⁷⁶. Czy kraje ulegają presji federacji światowych? Praktyka różnie to pokazuje. Z pewnością siła pieniądza, patrząc choćby na budżety najbogatszych federacji, porównywalne do środków, którymi dysponuje niejeden kraj, nie budzi w tym względzie wątpliwości.

⁷⁶ Por. J. Raz, *Autorytet prawa*, Warszawa 2000, s. 80-103.



Nadzór Ministra Sprawiedliwości nad radcami prawnymi (uwagi na tle orzecznictwa)

1. Zawody prawnicze (w tym zawód radcy prawnego) są niewątpliwie zawodami zaufania publicznego. Radca prawny, podobnie jak adwokat czy notariusz, może być uznany przez przepis rangi ustawowej również za osobę pełniącą funkcję publiczną.

Wyjątkowy charakter wymienionych zawodów prawniczych sprawia, iż profesje te zostały z woli ustawodawcy poddane nadzorowi administracyjnemu Ministra Sprawiedliwości.

W stosunku do radców prawnych Minister Sprawiedliwości sprawuje nadzór nad działalnością samorządu w zakresie i formach określonych ustawą zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy o radcach prawnych¹. Analogiczny nadzór Minister Sprawiedliwości sprawuje nad działalnością samorządu adwokackiego (art. 3 ust. 2 ustawy – Prawo o adwokaturze²) oraz nad działalnością notariuszy (zgodnie z art. 42 ustawy – Prawo o notariacie³). Uprawnienia nadzorcze organu administracji państwowej w osobie Ministra Sprawiedliwości w żaden sposób nie naruszają art. 17 ust. 1 Konstytucji RP⁴. Podstawową zasadą samorządności jest niezależność samorządu radcowskiego, adwokackiego oraz notarialnego. Konstytucja w art. 17 ust. 1 nakłada na organy samorządu radcowskiego (adwokackiego, notarialnego) obowiązek sprawowania pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu przez członków korporacji oraz sprawowania nadzoru nad poziomem merytorycznym i etycznym swoich członków.

¹ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65, dalej jako: u.r.p.

² Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, t. jedn. Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 z późn. zm.

³ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, t. jedn. Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 z późn. zm.

⁴ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

Naczelną zasadą korporacyjności jest niezależność samorządów. Oczywiście jest, że nadzór Ministra Sprawiedliwości nad samorządami prawniczymi nie może przyjmować dowolnych form, ograniczających niezależność samorządu radcowskiego, adwokackiego czy notarialnego. Wyrażona w Konstytucji RP zasada decentralizacji przewiduje, iż państwo świadomie pozbywa się swojego imperium w zakresie wykonywania zadań publicznych poprzez swoje organy. Jednocześnie państwo przyznaje takie uprawnienia innym podmiotom – w tym wypadku samorządowi radcowskiemu (adwokackiemu, notarialnemu).

Powstanie samorządu zawodowego wiąże się niewątpliwie z decentralizacją władzy państwowej, w wyniku której państwo przekazuje część swoich prerogatyw publicznych jak również wyposaża samorząd zawodowy w potencję stosowania władztwa państwowego (imperium). Nie należy jednak utożsamiać takiego rozwiązania z całkowitym wyzbyciem się tych prerogatyw przez państwo, gdyż w dalszym ciągu jest ono odpowiedzialne i zainteresowane wykonywaniem władztwa. Wynika to z założenia, iż organy samorządu zawodowego – pomimo otrzymanej samodzielności i niezależności od władzy państwowej – nadal działają na terytorium państwa oraz adresują swoje działania do obywateli.

Nadzór Ministra Sprawiedliwości nad działalnością samorządu radcowskiego i adwokackiego nie jest na pewno tak rozległy jak nadzór administracyjny tego organu nad działalnością administracyjną sądów. Nadzór nad samorządem radcowskim (adwokackim) sprawuje Minister Sprawiedliwości tylko w takim zakresie, który jest niezbędny – jest to poniekąd rezultat niezależności będącej atrybutem samorządów zawodu radcy prawnego i adwokata.

Trybunał Konstytucyjny zdefiniował pojęcie nadzoru w odniesieniu do sprawowanego nadzoru Ministra Sprawiedliwości nad działalnością administracyjną sądów⁵. Z wyroku tego wynika, iż określenia „nadzór” używa się do sytuacji, w której organ jest wyposażony w środki oddziaływania na postępowanie podmiotów i jednostek nadzorowanych, nie może jednak wyłączać tych organów w ich działalności. Organ – jak dalej wywodził Trybunał – może stosować tylko takie środki, w jakie wyposażył go ustawodawca i tylko w celach określonych przez te regulacje. Nadzór nie implikuje istnienia relacji hierarchicznego podporządkowania podmiotu nadzorowanego temu organowi, który nadzór sprawuje.

Samorząd radców prawnych skupia osoby wykonujące niewątpliwie zawód zaufania publicznego. Samorząd ten posiada określone w ustawie kompetencje wobec swoich członków. Jednak inne organy państwowe, w tym Minister Sprawiedliwości, mogą oczywiście rozstrzygać sprawy do-

⁵ Wyrok TK z dnia 15 stycznia 2009 r., sygn. akt K 45/07, OTK ZU 2009, nr 1A, poz. 3.

tyczące członków korporacji radcowskiej oraz osób, które dopiero ubiegają się o to, aby wykonywać ten zawód. Trybunał Konstytucyjny potwierdził, iż kwestia naboru do zawodów prawniczych to kwestia publiczna i jako taka podlega regulacji ustawowej⁶. Natomiast realizacja dyspozycji ustawowych powinna spoczywać na Ministrze Sprawiedliwości. W treści art. 5 ust. 3 u.r.p. można dostrzec konstytucyjną zasadę praworządności (art. 7 Konstytucji RP). W myśl tej zasady, organy państwowe mogą działać wyłącznie na podstawie i w granicach prawa. Tak więc art. 5 ust. 3 u.r.p. wymaga, by podstawa prawna działań nadzorczych Ministra Sprawiedliwości miała rangę ustawową.

Przepis ten odsyła w odniesieniu do zakresu i formy sprawowania nadzoru do uregulowań ustawowych. Nie określa jednak ogólnych zasad sprawowania nadzoru, lecz odsyła do regulacji precyzujących zakres i formę sprawowania konkretnych kompetencji nadzorczych. Stąd Minister Sprawiedliwości nie może podejmować działań nadzorczych, których zakres oraz forma nie są ustawowo określone przepisami u.r.p. Zakres upoważnienia Ministra Sprawiedliwości wyrażony w u.r.p. musi niewątpliwie uwzględniać to, że samorząd radcowski ma swoistego rodzaju obowiązek sprawować pieczę nad wykonywaniem zawodu zaufania publicznego, jakim jest zawód radcy prawnego. Z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP można wywodzić, iż zakres kompetencji Ministra Sprawiedliwości w zakresie powierzonego mu nadzoru nad samorządem radcowskim wymaga równoważenia z zadaniami korporacji radcowskiej w zakresie, o którym mowa w tej normie konstytucyjnej.

Z Konstytucji RP wynika, że każdy samorząd ma podwójne zadania, tj. reprezentowanie osób wykonujących zawód zaufania publicznego oraz sprawowanie pieczy nad należyтым wykonywaniem tego zawodu w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Zakres, w jakim Państwo przekazuje władztwo publiczne samorządom zawodowym obejmuje: przymusowe reprezentowanie interesów określonych zawodów wobec władz państwowych, nadzór nad należyтым wykonywaniem zawodu, dopuszczanie do wykonywania zawodu i prowadzenie rejestru osób posiadających prawo wykonywania danego zawodu, czuwanie nad etyką wykonywania zawodu, doskonalenie zawodowe i wreszcie sądownictwo dyscyplinarne.

Artykuł 17 Konstytucji RP tworzy konstytucyjną podstawę do tworzenia samorządów zawodowych dla zawodów określanych jako zawody zaufania publicznego. Zawód określany jako zawód zaufania publicznego stanowi szczególną kategorię „zawodu regulowanego”. Pojęcie to zostało implementowane do polskiego porządku prawnego z prawa europej-

⁶ Wyrok TK z dnia 19 kwietnia 2006 r., sygn. akt K 6/06, OTK 2006, nr 4A, poz. 45.

skiego, a początek stanowiła ustawa z dnia 26 kwietnia 2001 r. o zasadach uznawania nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej kwalifikacji do wykonywania zawodów regulowanych⁷. Każdy zawód, dla którego tworzony jest samorząd korporacyjny, jest zawodem regulowanym, pośrednio uznanym za zawód zaufania publicznego, i którego zadania regulacyjne powierzono (w całości bądź części) powołanemu w tym celu samorządowi. W Preambule Kodeksu Etyki Radcy Prawnego zapisano, iż „istnienie zawodu radcy prawnego jako zawodu zaufania publicznego oraz ukształtowane w toku jego wykonywania ideały i obowiązki etyczne są jedną z gwarancji realizowania zawartej w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasady demokratycznego państwa prawnego”⁸.

2. Nadzór Ministra Sprawiedliwości przewidziany został m.in. w art. 22 ust. 5 u.r.p., z którego wynika ministerialny nadzór nad wykonywaniem przez rady okręgowe izb radców prawnych kontroli wypełniania przez radców prawnych obowiązku zawarcia umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy świadczeniu pomocy prawnej. W tym celu Dziekani rad okręgowych izb radców prawnych obowiązani są do składania Ministrowi Sprawiedliwości raz w roku, w terminie do dnia 15 marca – sprawozdań z kontroli przeprowadzonych w poprzednim roku kalendarzowym.

Zgodnie z art. 47 ust. 1 u.r.p., organy samorządu są zobowiązane przysłać Ministrowi Sprawiedliwości odpis każdej uchwały w terminie 21 dni od daty jej podjęcia. Wówczas Minister Sprawiedliwości może zrealizować kolejne swoje uprawnienie nadzorcze, wyrażone w art. 47 ust. 2 u.r.p., tj. zwrócić się do Sądu Najwyższego o uchylenie sprzecznych z prawem uchwał organów samorządu w terminie 3 miesięcy od dnia ich doręczenia. Natomiast, jeżeli zaskarżona uchwała rażąco narusza prawo, termin ten ulega wydłużeniu do 6 miesięcy. Swoje uprawnienie Minister Sprawiedliwości realizuje w formie skargi do Sądu Najwyższego. Zgodnie z art. 45 u.r.p., „organy samorządu podejmują uchwały w obecności co najmniej połowy członków danego organu”. W jednej z uchwał organu samorządu radcowskiego dopuszczono możliwość podejmowania przez organy samorządu radcowskiego uchwał w trybie obiegowym.

Z takim stanowiskiem nie zgodził się Minister Sprawiedliwości, który w skardze do Sądu Najwyższego zakwestionował taki sposób podejmowania uchwał, uznając, iż narusza to obowiązujące prawo. Sąd Najwyższy przychylił się do argumentacji Ministra Sprawiedliwości zaprezentowa-

⁷ Dz. U. Nr 87, poz. 954.

⁸ Załącznik do uchwały nr 8/VIII/2010 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 28 grudnia 2010 r.

nej w przedmiotowej skardze i stwierdził sprzeczność zakwestionowanej uchwały z obowiązującym prawem⁹.

Według Sądu Najwyższego, przewidziany w przepisach u.r.p. tryb podejmowania uchwał przez organy samorządu nie przewiduje żadnych wyjątków.

Zdaniem Sądu, ustawodawca nie przewidział możliwości głosowania obiegowego i nie ma żadnej możliwości, aby odstąpić od osobistego głosowania i sprawdzenia *quorum*.

Sąd stwierdził, iż art. 45 u.r.p. ma jednoznaczne brzmienie, co oznacza, że uchwała organów samorządu radcowskiego musi być podjęta w obecności co najmniej połowy członków rady. Wyklucza to możliwość podejmowania przez organy samorządu radcowskiego uchwał w trybie obiegowym. W konsekwencji Sąd Najwyższy uchylił przedmiotową uchwałę. Ponadto z art. 48 u.r.p. wynika, iż Minister Sprawiedliwości może zwrócić się do Krajowego Zjazdu Radców Prawnych lub Krajowej Rady Radców Prawnych o podjęcie uchwały w określonej sprawie należącej do właściwości samorządu.

3. Kolejne uprawnienia Ministra Sprawiedliwości w zakresie nadzoru nad samorządem radcowskim mają związek z odpowiedzialnością dyscyplinarną radców prawnych. Obligatoryjność prowadzenia postępowania dyscyplinarnego została przewidziana wobec osób wykonujących szereg profesji prawniczych, w szczególności zaś prokuratorów, sędziów, adwokatów, radców prawnych, notariuszy. Wymóg regulacji trybu dyscyplinowania członków prawniczych korporacji niezwykle istotnych dla państwa z punktu widzenia interesu publicznego oraz społecznego powinien znajdować oparcie w specyfice wyszczególnionych grup zawodowych, jak również ochronie ich autonomii oraz samorządności. Niezbędnym jest respektowanie zasad ogólnosystemowych i podstawowych standardów konstytucyjnych w odniesieniu do sposobu kształtowania przepisów dotyczących postępowań dyscyplinarnych odnoszących się do wyszczególnionych prawniczych grup zawodowych. Określona w art. 32 Konstytucji RP zasada równości stanowi, iż tylko podmioty charakteryzujące się w równym stopniu cechą relewantną (podmioty wyodrębnione w ramach określonej relewantnej klasy), powinny być traktowane równo, według jednakowej miary. To właśnie poprzez art. 32 Konstytucji niezbędne jest ustalenie cechy istotnej oraz zasadności wyboru danego kryterium zróżnicowania¹⁰.

Zarówno z orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak i wspomnianego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego wynika, iż postępowania dyscyplinarne, pomimo ich represyjnego charakteru, nie muszą

⁹ Wyrok SN z dnia 5 sierpnia 2011 r., sygn. akt III ZS 4/11, niepubl.

¹⁰ Wyrok TK z dnia 2 września 2008 r., sygn. akt K35/06, OTK 2008, nr 7A, poz. 120.

spełniać wszystkich norm gwarancyjnych, które charakteryzują postępowanie karne. Odpowiedzialność dyscyplinarna rodzi sankcje karne za zachowania zwane deliktami dyscyplinarnymi. Bez wątpienia odpowiedzialność ta dotyczy zachowań związanych z naruszeniem obowiązków, którym podlega radca prawny czy adwokat. Taką wzmocnioną odpowiedzialność wymienionych podmiotów rodzi wyjątkowa waga zadań wykonywanych przez członków korporacji prawniczych. Zasada demokratycznego państwa prawnego w pełni uzasadnia potrzebę zagwarantowania poprzez określone regulacje prawne przestrzegania przez członków korporacji prawniczych rygorystycznej dyscypliny i ustalonego porządku prawnego. Zgodnie z art. 68 ust. 1a u.r.p., Minister Sprawiedliwości może polecić wszczęcie dochodzenia (inicjować postępowanie dyscyplinarne) przeciwko radcy prawnemu lub aplikantowi radcowskiemu. Wówczas Ministrowi Sprawiedliwości przysługują prawa strony (art. 68 ust. 1b u.r.p.). Aby sąd korporacyjny radców prawnych wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie przewinienia dyscyplinarnego członka korporacji, konieczna jest skarga uprawnionego oskarżyciela. Z wyroku Sądu Najwyższego wynika, iż „niedopuszczalne jest wszczęcie z urzędu przez sąd dyscyplinarny postępowania dyscyplinarnego w stosunku do radcy prawnego w wyniku rozpoznania odwołania od postanowienia Rzecznika dyscyplinarnego o odmowie wszczęcia tego postępowania”¹¹. W myśl art. 68² u.r.p., Rzecznik dyscyplinarny jest zobowiązany doręczać Ministrowi Sprawiedliwości odpisy postanowień o wszczęciu dochodzenia oraz informować o wniesieniu do sądu dyscyplinarnego wniosku o wszczęcie postępowania dyscyplinarnego lub o skierowaniu wniosku o ukaranie do dziekana rady okręgowej izby radców prawnych.

Kolejnym uprawnieniem nadzorczym Ministra Sprawiedliwości będzie możliwość złożenia odwołania od orzeczeń i postanowień kończących postępowanie dyscyplinarne w terminie 14 dni od dnia doręczenia odpisu wraz z uzasadnieniem (art. 70⁴ u.r.p.). Ponadto Minister Sprawiedliwości (oraz osoby przez niego upoważnione) ma możliwość na każdym stadium postępowania dyscyplinarnego wglądu do akt i żądania informacji o wynikach toczącego się postępowania. Ustawa przewiduje, że Minister Sprawiedliwości może również żądać nadesłania prawomocnych orzeczeń dyscyplinarnych wraz z aktami sprawy (art. 70⁵ u.r.p.). Sąd dyscyplinarny zobowiązany jest niezwłocznie przesłać odpis prawomocnego orzeczenia dyscyplinarnego do wiadomości Ministra Sprawiedliwości (art. 71 ust. 1 u.r.p.).

Istniejąca w polskim systemie prawnym odpowiedzialność dyscyplinarna radców prawnych jest gwarancją zapewnienia rzetelnego, sprawne-

¹¹ Wyrok SN z dnia 1 września 2004 r., sygn. akt SDI 39/04, LEX nr 568848.

go i efektywnego wykonywania przez członków tej korporacji prawniczej – nałożonych na nich ustawowych zadań i obowiązków. Natomiast ewentualne postępowanie dyscyplinarne powinno służyć jako sposób reagowania na ujawnione przewinienia. Od orzeczenia wydanego przez Wyższy Sąd Dyscyplinarny w drugiej instancji Ministrowi Sprawiedliwości przysługuje środek w postaci kasacji do Sądu Najwyższego. W tym celu doręcza się Ministrowi Sprawiedliwości orzeczenie wraz z uzasadnieniem. Przy czym takie orzeczenie, od którego Ministrowi Sprawiedliwości służy kasacja, nie podlega wykonaniu do czasu jej wniesienia lub bezskutecznego upływu terminu do jej wniesienia. Jak wynika z postanowienia Sądu Najwyższego, „w postępowaniu dyscyplinarnym o przewinienia dyscyplinarne radców prawnych i aplikantów radcowskich kasacja do Sądu Najwyższego, zgodnie z art. 62(2) ust. 1 ustawy o radcach prawnych przysługuje od orzeczenia wydanego przez Wyższy Sąd Dyscyplinarny w drugiej instancji co oznacza, że nie przysługuje ona od postanowienia wydanego przez ten sąd”¹².

Orzeczenie w postępowaniu dyscyplinarnym o przewinienie dyscyplinarne radców prawnych i aplikantów jest więc odrębną od postanowienia procesową formą rozstrzygnięcia, które może zostać wydane tylko po przeprowadzeniu rozprawy. Kasacja może zostać wniesiona tylko z powodu rażącego naruszenia prawa, jak również rażącej niewspółmierności kary dyscyplinarnej (art. 62³ u.r.p.). „Tym samym w treści tego nadzwyczajnego środka zaskarżenia strona nie może ograniczyć się do wyrażenia ocen, iż czuje się zaskarżonym orzeczeniem pokrzywdzona, czy też do polemiki z ustaleniami faktycznymi, dokonanymi przez korporacyjny sąd odwoławczy lub do kwestionowania ocen dokonanych przez ten organ, bez jednoczesnego wskazania które przepisy prawa zostały w toku korporacyjnego postępowania dyscyplinarnego naruszone i bez wykazania nadto, że naruszenie to miało charakter rażący”¹³. O oczywistej i rażącej obrazie przepisów prawa można mówić, gdy naruszenie prawa jest oczywiste, wyraźne, bezsporne. Rażące naruszenie prawa ma miejsce w przypadku naruszenia przepisu, którego treść bez żadnych wątpliwości interpretacyjnych może być ustalona w bezpośrednim rozumieniu bez odwoływania się do prawnych reguł interpretacyjnych. Pojęcie „prawa” w użytym w przepisie zwrocie „rażąca obraza przepisów prawa” należy interpretować szeroko, obejmując tym zakresem przepisy prawa materialnego, prawa procesowego, jak również przepisy o charakterze ustrojowym.

Warto przytoczyć w tym miejscu wyrok Sądu Najwyższego, z którego wynika, iż oczywiste naruszenie prawa dotyczy: rodzaju, wagi i rozmiaru

¹² Postanowienie SN z dnia 11 maja 2005 r., sygn. akt SDI 11/05, LEX nr 568793.

¹³ Postanowienie SN z dnia 1 października 2004 r., sygn. akt SDI 7/04, LEX nr 568870.

błędu przy wykładni prawa. Natomiast rażąca obraza prawa powinna odnosić się do skutków błędnych rozstrzygnięć¹⁴. Natomiast niewspółmierność kary dyscyplinarnej może mieć miejsce, gdy jest ona nieadekwatna do stopnia zawinienia ukaranego radcy, natężenia jego złej woli, motywacji i pobudek zasługujących na napiętnowanie, jak również, gdy pozostawienie jej w dotychczasowym rozmiarze byłoby społecznie szkodliwe i godziło w prestiż korporacji radcowskiej. Ocena co do współmierności lub niewspółmierności orzeczonej kary może być dokonana dopiero po dokonaniu prawidłowych ustaleń faktycznych w wyniku przeprowadzenia zgodnego z procedurą postępowania dyscyplinarnego¹⁵. O wyborze środka dyscyplinarnego decydują nie tylko warunki oraz właściwości osobiste obwinionego, ale także stopień społecznej szkodliwości czynu¹⁶.

Natomiast za sprawę mniejszej wagi uznać należy sprawę, „w której po stronie obwinionego nie było umyślności czy niedbalstwa, a pokrzywdzeni nie doznali szkody. Nie należy też obejmować takim postępowaniem czynów, których wykazanie wymaga postępowania dowodowego. W zasadzie powinno ono obejmować czyny, do których popełnienia obwiniony się przyznaje, gdyż postępowanie to nie przewiduje postępowania wyjaśniającego”¹⁷. Zgodnie z art. 4 ust. 1 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego, nieprzestrzeganie zasad etyki zawodowej przez radcę prawnego stanowi podstawę odpowiedzialności dyscyplinarnej.

Podstawą odpowiedzialności dyscyplinarnej radcy prawnego może być bez wątpienia okoliczność braku opłat składek członkowskich. Obowiązek uiszczania składek członkowskich, wynikających z faktu przynależności do określonej korporacji, jest jednym z podstawowych obowiązków jej członków. W przypadku korporacji radcowskiej fakt nieuiszczania składek za okres dłuższy niż 1 rok powoduje – zgodnie z art. 29 pkt 4a u.r.p. – skreślenie z listy radców prawnych, a ponadto jest to sprzeczne z zasadami etyki radcy prawnego (art. 45 ust. 3 zasad etyki radcy prawnego). Odpowiedzialność dyscyplinarna została uregulowana w sposób samodzielny i pełny w u.r.p. Odpowiedzialności dyscyplinarnej podlegają jedynie radcowie prawni i aplikanci radcowscy.

Wiadomym jest, iż sądy korporacyjne nie mają uprawnień, aby rozstrzygać w sprawach osób, które nie są członkami korporacji radcowskiej (nie figurują na liście). Konsekwencją tego będzie fakt, iż odpowiedzialności dyscyplinarnej nie będzie podlegała osoba skreślona już z listy radców prawnych.

¹⁴ Wyrok SN z dnia 27 czerwca 2002 r., sygn. akt SNO 18/02, OSNSD 2002, nr 1, poz. 9.

¹⁵ Wyrok SN z dnia 20 marca 2003 r., sygn. akt SNO 11/03, niepubl.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 11 lutego 2003 r., sygn. akt SNO 4/03, niepubl.

¹⁷ W. Sarnowski, *Postępowanie dyscyplinarne*, „Radca Prawny” 2004, nr 4, s. 20.

4. Prawo wykonywania zawodu radcy prawnego powstaje z chwilą dokonania wpisu na listę radców prawnych i złożenia ślubowania (art. 23 u.r.p.).

Zgodnie z art. 24 u.r.p., na listę radców prawnych może być wpisany ten, kto: ukończył wyższe studia prawnicze w Rzeczypospolitej Polskiej i uzyskał tytuł magistra lub zagraniczne studia prawnicze uznane w RP, korzysta w pełni z praw publicznych, ma pełną zdolność do czynności prawnych, jest nieskazitelnego charakteru i swym dotychczasowym zachowaniem daje rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu radcy prawnego, odbył w Rzeczypospolitej Polskiej aplikację radcowską i złożył egzamin radcowski. Ten ostatni wymóg nie dotyczy m.in. profesorów i doktorów habilitowanych nauk prawnych oraz osób zajmujących stanowisko sędziego, prokuratora lub wykonywały zawód adwokata bądź notariusza (art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 u.r.p.). Wpis osoby, która uzyskała pozytywny wynik z egzaminu radcowskiego, następuje na jej wniosek, na podstawie uchwały rady okręgowej izby radców prawnych. Kandydat ubiegający się o wpis powinien do wniosku dołączyć m.in. informację o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego (z datą nie wcześniejszą niż miesiąc przed złożeniem wniosku) oraz oświadczenie i informację wynikające z ustawy o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990¹⁸ oraz treści tych dokumentów. Zgodnie z przywołaną ustawą, obowiązek złożenia oświadczenia lustracyjnego ciąży na osobie, która ubiega się o objęcie funkcji publicznej. Osobami pełniącymi funkcje publiczne w rozumieniu tej ustawy są: adwokat, radca prawny i notariusz. Obowiązek złożenia oświadczenia dotyczącego pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z tymi organami w okresie od 22 lipca 1944 r. do 31 lipca 1990 r. zwanego „oświadczeniem lustracyjnym” – mają osoby urodzone przed 1 sierpnia 1972 r. Zgodnie z art. 31 ust. 1 u.r.p., uchwała rady okręgowej izby radców prawnych w sprawie wpisu na listę radców prawnych powinna być podjęta w terminie 30 dni od dnia złożenia wniosku przez kandydata. Od uchwały tej służy odwołanie do Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych. Natomiast uchwała Prezydium, która odmawia wpisu na listę radców prawnych może zostać zaskarżona przez zainteresowanego w drodze odwołania do Ministra Sprawiedliwości (obowiązywać tu będą regulacje Kodeksu postępowania administracyjnego¹⁹). Niezwykle ważnym uprawnieniem Ministra Sprawiedliwości jest uprawnienie do samodzielnego dokonania wpisu na listę radców prawnych. Należy podzielić poglądy wyrażone przez sądy administracyjne i Sąd Najwyższy, że organ nadzoru, tj. Minister Sprawiedliwości, badając legalność uchwał organów

¹⁸ Ustawa z dnia 18 października 2006 r., Dz. U. z 2007 r. Nr 63, poz. 425.

¹⁹ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, t. jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm., dalej jako: k.p.a.

samorządu radcowskiego i stwierdzając naruszenie prawa, może działać reformatoryjnie w oparciu o art. 138 § 1 pkt 2 k.p.a., a nie tylko i **wyłącznie** [podkr. M.M.] kasacyjnie²⁰.

Problem dotyczy więc kwestii, czy Minister Sprawiedliwości, rozpoznając odwołanie od decyzji w przedmiocie odmowy wpisu na listę radców, może w momencie uchylenia takiej decyzji orzec o wpisie kandydata, czy ma wyłącznie uprawnienia kasacyjne (może jedynie uchylić decyzję i zwrócić sprawę do ponownego rozpoznania). Należy przyjąć, iż Minister Sprawiedliwości jest organem również reformatoryjnym. Minister Sprawiedliwości w przypadku wniesienia odwołania ma obowiązek rozpoznać sprawę tak, jak każdy organ odwoławczy w toczącym się postępowaniu. Rodzaj rozstrzygnięcia wyraźnie określa art. 138 k.p.a. Wyłączenie stosowania w sprawie w przedmiocie odmowy wpisu na listę radców prawnych jakiegokolwiek z rozstrzygnięć wymienionych w art. 138 k.p.a. wymagałoby wykazania, że wynika to z określonego przepisu. Faktem jest, iż wpis na listę radców prawnych następuje na mocy uchwały właściwej rady radców prawnych. Jednak w żadnym razie nie oznacza to, że tylko ten organ jest władny wydać pozytywne rozstrzygnięcie w tym zakresie. Zasadą powszechnie stosowaną w ustawodawstwie polskim jest, że w poszczególnych sprawach określa się organ pierwszej instancji, jako właściwy dla rozpatrzenia danej sprawy, natomiast właściwość organu odwoławczego do załatwiania sprawy na skutek wniesienia odwołania wynika z tego, że organ ten jest organem wyższego stopnia (chyba że ustawa przewiduje inny organ odwoławczy). W żadnym razie nie można stwierdzić, że wskazanie organu pierwszej instancji jako organu właściwego do rozpoznania sprawy oznacza, że tylko ten organ może wydać decyzję pozytywną, natomiast organ odwoławczy nie posiada takiej kompetencji. Wręcz przeciwnie, organ odwoławczy ma kompetencje do uchylenia decyzji negatywnej i wydania orzeczenia co do istoty sprawy, a więc decyzji pozytywnej, kończącej postępowanie w danej sprawie²¹.

Minister Sprawiedliwości został uznany za trzecią instancję postępowania administracyjnego uprawnionym do rozpatrywania odwołania od uchwały organu drugiej instancji samorządu radcowskiego odmawiającej wpisu na listę radców prawnych bądź aplikantów radcowskich²². Tak więc Ministrowi Sprawiedliwości, w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, zostały powierzone uprawnienia trzeciej instancji *contra* art. 15 k.p.a.

²⁰ Uchwała 7 sędziów SN z dnia 30 września 1988 r., sygn. akt III PZP 53/87 oraz uchwała SN z dnia 12 października 1989 r., sygn. akt III PZP 27/89.

²¹ Uzasadnienie wyroku NSA z dnia 10 czerwca 2011 r., sygn. akt II GSK 240/11, niepubl.

²² Uchwała 7 sędziów NSA z dnia 30 października 2007 r., sygn. akt II GPS 3/07, niepubl.

Wcześniejsze stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego prowadziło do odmiennych wniosków. Sąd stwierdził, iż przepisy u.r.p. (art. 31 ust. 1 i 2) nie dają podstaw do przyjęcia, że w przypadku postępowania wywołanego wniesieniem przez Ministra Sprawiedliwości sprzeciwu, mamy do czynienia z wyjątkiem od zasady dwuinstancyjnego postępowania administracyjnego²³. Dalej Naczelny Sąd Administracyjny wywodził, iż postępowanie wywołane wniesieniem sprzeciwu jest postępowaniem odrębnym, a przedmiotem tegoż postępowania jest ustalenie przez Ministra bliżej nieokreślonych w ustawie wad ostatecznej decyzji o wpisie, uzasadniających pozbawienie jej mocy prawnej. Sąd argumentował, iż „administracyjne postępowanie weryfikacyjne wszczynane przez Ministra Sprawiedliwości z urzędu i kończące się wydaniem decyzji o sprzeciwie, jest postępowaniem nadzorczym w stosunku do dwuinstancyjnego postępowania z wniosku o dokonanie wpisu, a prowadzonego przez organy samorządu radcowskiego. Wynika z tego, że Minister Sprawiedliwości nie może zostać uznany za trzecią instancję w sprawach o dokonanie wpisu”. Przepis art. 31 ust. 3 u.r.p. jest przepisem proceduralnym szczególnym względem przepisów k.p.a., które mają zastosowanie w sprawie dokonania wpisu na listę radców prawnych. Uchwały okręgowej rady izby radców prawnych o wpisie na listę radców prawnych lub o odmowie dokonania wpisu stanowią akty administracyjne, tj. decyzje administracyjne podejmowane w trybie k.p.a. przez organ samorządu radcowskiego, który pełni w tych sprawach funkcję organu administracji publicznej.

Uchwała o wpisie na listę radców prawnych ma charakter konstytutywny, kształtujący stosunek administracyjnoprawny w chwili jej wydania, a więc obowiązkiem organu wpisowego jest orzekanie na podstawie przepisów obowiązujących w dacie podejmowania uchwały o wpisie²⁴. W uzasadnieniu tego orzeczenia Wojewódzki Sąd Administracyjny zwrócił uwagę na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego – Ośrodek Zamiejscowy we Wrocławiu²⁵, z którego wynika, że rozstrzygnięcie w kwestii, jakie przepisy prawa materialnego powinien stosować organ administracji, wydając decyzję, zależy od tego, czy w sprawie ma być wydana decyzja konstytutywna, czy też deklaratoryjna. W wypadku decyzji konstytutywnych – kształtujących stosunek administracyjnoprawny w chwili ich wydania, należy stosować przepisy obowiązujące w tej właśnie chwili. Zaś w wypadku decyzji deklaratoryjnych – stwierdzających ukształtowanie się stosunku administracyjnoprawnego z mocy samego prawa we wcześniejszym okresie, należy stosować przepisy obowiązujące w chwili

²³ Postanowienie NSA z dnia 24 maja 2007 r., sygn. akt II GSK 8/07 NSA, LEX nr 351065.

²⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 stycznia 2008 r., sygn. akt VI S.A./Wa 1700/07.

²⁵ Wyrok NSA z dnia 28 września 1999 r., sygn. akt I S.A./Wr 926/98, OSP 2000, nr 5, poz. 83.

konkretyzacji tego stosunku, na mocy których doszło do powstania stosunku prawnego.

Ostateczną decyzję Ministra Sprawiedliwości będą mogli – kandydat, jak i Prezydium – skarżyć do sądu administracyjnego w terminie 30 dni od dnia doręczenia. Rada okręgowej izby radców prawnych ma obowiązek przesłać Ministrowi Sprawiedliwości (wraz z aktami osobowymi) każdą uchwałę o wpisie na listę radców oraz każdą uchwałę o wpisie na listę aplikantów radcowskich. Ustawodawca przewidział na ten obowiązek 30 dni.

Ponadto Rada w terminie 30 dni zobowiązana jest zawiadomić Ministra Sprawiedliwości o każdej uchwale odmawiającej wpisu na listę radców bądź aplikantów radcowskich.

Bezczynność rady okręgowej izby radców prawnych w sprawie niepoodejmowania uchwały o wpisie na listę radców prawnych podlega zaskarżeniu do sądu administracyjnego na podstawie art. 31 ust. 3 u.r.p. i art. 3 § 2 pkt 8 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²⁶. Określony w tym przepisie termin 30 dni odnosi się do obowiązku podjęcia uchwały przez radę okręgową izby radców prawnych od złożenia wniosku lub uchwały przez Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych i od doręczenia odwołania, a nie jest to termin do złożenia skargi do sądu administracyjnego na niepodjęcie uchwały – beczynność organu²⁷. W sytuacji gdy zawarty w aktach osobowych kandydata wniosek o wpis nie zawierał wszystkich przewidzianych przez ustawę informacji lub dokumentów, wówczas Minister Sprawiedliwości zwraca uchwałę Radzie wraz z aktami osobowymi kandydata celem uzupełnienia (zazwyczaj jest to pismo Dyrektora Departamentu Organizacyjnego). Minister Sprawiedliwości może zgłosić sprzeciw od wpisu na listę radców prawnych lub aplikantów radcowskich. Sprzeciw przybiera formę decyzji administracyjnej (art. 31² ust. 1 u.r.p. *in fine*). Jeżeli Minister Sprawiedliwości nie wyrazi w terminie ustawowym 30 dni sprzeciwu, to wówczas wpis na listę radcy prawnego jest dokonany z mocy prawa²⁸. Koncepcja przepływu międzyzawodowego opiera się przede wszystkim na tym, iż w pierwszej kolejności należy mieć status zawodowy w ramach danego zawodu, który następnie poprzez odpowiednią praktykę i doświadczenie zostanie sprofilowany (dostosowany) do zawodu radcy prawnego, w takim zakresie jaki wynika z art. 6 u.r.p.²⁹ Na decyzję Ministra Sprawiedliwości przysługuje skarga

²⁶ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz. U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm.

²⁷ Wyrok NSA z dnia 3 kwietnia 2007 r., sygn. akt II GSK 367/06.

²⁸ Wyrok NSA z dnia 25 marca 1993 r., sygn. akt II S.A. 994/92, „Radca Prawny” 1994, nr 6, s. 29.

²⁹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 29 września 2009 r., sygn. akt VI S.A./Wa 1222/09, niepubl.

do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego zarówno zainteresowanemu, jak i organowi samorządu w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia.

Wniesienie skargi do sądu administracyjnego nie wymaga wyczerpania środka zaskarżenia w postaci wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy w trybie art. 127 § 3 k.p.a.³⁰ Stanowisko Naczelnego Sądu Administracyjnego było wyrażane także wcześniej przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, który twierdził, iż wskazana w przepisie art. 31 ust. 3 u.r.p. droga zaskarżenia sprzeciwu jest uregulowaniem szczególnym, zatem nie ma w tej sytuacji zastosowania przepis art. 127 § 3 k.p.a.³¹ W uzasadnieniu tego orzeczenia WSA stwierdził ponadto, iż z istoty sprzeciwu [który przysługuje Ministrowi Sprawiedliwości – *przyp. M.M.*] wynika, iż organ ten dokonuje oceny całkowicie odmiennej niż dokonał tego organ samorządu korporacyjnego. Decyzja Ministra Sprawiedliwości w tym zakresie powinna zawsze cechować się bardzo starannym i wnikliwym uzasadnieniem, tzn. ocena całego materiału dowodowego powinna zostać dokonana w sposób wyjątkowo dogłębny i wyważony. Sprzyja to – jak podkreślił Wojewódzki Sąd Administracyjny – poszanowaniu zasady ogólnej pogłębiania zaufania obywateli do organów Państwa sformułowanej w art. 8 k.p.a. Konieczność skrupulatnego wyważenia przez organy reglamentujące dostęp do wolnych zawodów dwóch sprzecznych racji: z jednej strony – interesu indywidualnego w nieskrępowanym rozwijaniu działalności zawodowej (art. 65 Konstytucji RP), z drugiej – interesu publicznego obejmującego m.in. ochronę potencjalnych klientów jest wymuszona m.in. konstrukcją decyzji uprawniającej do wykonywania wolnego zawodu, w której nie zamieszcza się zaleceń ani warunków. Sterowanie zatem zachowaniem osób uprawnionych do wykonywania zawodu – w tym wypadku zawodu radcy prawnego – będzie mogło mieć miejsce dopiero na etapie wykonywania obowiązków. Stąd skonkretyzowany wymiar procesu wzajemnego wyważania wartości i przyznawania jednej z nich silniejszej ochrony dokonuje się w toku indywidualnego wartościowania sytuacji każdej z osób, która aspiruje do tego, aby wykonywać wolny zawód.

Konkludując: „Zasada formułowana w art. 8 k.p.a. ma fundamentalne znaczenie dla siły państwa i skuteczności jego działania. Z uwagi na występujące w sprawie sprzeczne interesy stron – organ [Minister Sprawiedliwości – *przyp. M.M.*] nie może bezkrytycznie uwzględnić tylko jednego z wchodzących w grę interesów, tj. interesu publicznego.

Ustawa o radcach prawnych (podobnie jak inne pragmatyki zawodów prawniczych) przyjmuje jako zasadniczy wymóg wykonywania zawodu radcy prawnego (notariusza, adwokata) posiadanie przymiotu nieskazi-

³⁰ Wyrok NSA z dnia 30 października 2007 r., sygn. akt II GSK 3/07, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 22, s. 1227.

³¹ Wyrok WSA z dnia 13 czerwca 2007 r., sygn. akt VI S.A./Wa 651/07, LEX nr 352709.

telnego charakteru, posługując się tym samym rozumieniem tego pojęcia i stawiając te same wysokie kryteria oceny przymiotu.

Przez pojęcie nieskazitelności charakteru należy rozumieć całokształt cech indywidualnych, zdarzeń i okoliczności składających się na wizerunek radcy prawnego jako osoby zaufania publicznego (podobnie sędziego, notariusza, prokuratora, adwokata). Nie bez znaczenia dla ukazania tego wizerunku są fakty i zdarzenia ze sfery życia pozazawodowego, które podważyłyby pozytywną ocenę postawy moralno-etycznej, naganne z punktu widzenia opinii publicznej, zasługujące na powszechne potępienie, uznane jako uchybienie godności nie zawsze skutkujące odpowiedzialnością dyscyplinarną, przy czym koniecznym jest przeprowadzenie granicy pomiędzy sferą życia prywatnego i rodzinnego z życiem osobistym podlegającej ochronie zgodnie z art. 47 Konstytucji RP, a niewłaściwym zachowaniem i postawą względem innych osób świadczących o lekceważeniu norm moralnych i społecznych oraz zasad współżycia społecznego³². W świetle art. 24 ust. 1 pkt 5 u.r.p., przedmiotem oceny rękoi wykonywania zawodu radcy prawnego jest nieskazitelność charakteru i dotychczasowe zachowanie osoby ubiegającej się o status radcy prawnego. Sądy administracyjne w swym orzecznictwie podkreślają, że nieskazitelność charakteru to szlachetność, prawość, uczciwość, wiarygodność, czyli cechy wartościujące osobę ubiegającą się o wykonywanie profesji prawniczej (zawodu radcy prawnego) wyłącznie w sferze etycznej³³. Dyskwalifikować kandydata może popełnienie przestępstwa (szczególnie umyślnego), chociaż i naruszenie zasad bezpieczeństwa w ruchu drogowym, skutkujące wypadkiem może być potraktowane jako zachowanie nieodpowiedzialne (pomimo nieumyślnego charakteru przestępstwa z art. 177 § 1 Kodeksu karnego³⁴).

Nie można na podstawie takich okoliczności wywodzić tezy, iż w przyszłości kandydat będzie przestrzegał zasad etycznych niezbędnych przy wykonywaniu zawodu radcy prawnego w celu ochrony interesów wymiaru sprawiedliwości oraz jego potencjalnych klientów.

Nie można jednak automatycznie przesądzać, że w dłuższej perspektywie czasowej można będzie odmiennie ocenić cechy charakterologiczne kandydata i wówczas będzie on zapewniał rękoi prawidłowego wykonywania zawodu radcy prawnego.

Należy zauważyć, iż spełnienie warunku rękoi prawidłowego wykonywania zawodu prawniczego [w tym wypadku radcy prawnego – *przyp. M.M.*] – nie jest oceniane w skali punktowej czy stopniowej. Kandydat na

³² Wyrok NSA z dnia 18 listopada 1999 r., sygn. akt II SA 1131/99, LEX nr 46696.

³³ Wyrok WSA z dnia 23 maja 1997 r., sygn. akt II S.A. 1148/96, niepubl.; wyrok WSA z dnia 10 lutego 1998 r., sygn. akt II S.A. 1445/97, niepubl.; wyrok WSA z dnia 30 listopada 2004 r., sygn. akt II S.A. 4535/03, niepubl.

³⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

radcę prawnego albo daje rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu, albo takiej rękojmi nie daje³⁵. Przyjęte przez ustawodawcę kryterium „rękojmi prawidłowego wykonywania zawodu” ma służyć zagwarantowaniu odpowiedniego poziomu etycznego i zawodowego członka korporacji radcowskiej. Wojewódzki Sąd Administracyjny oraz Naczelny Sąd Administracyjny stwierdzały wielokrotnie, że rękojmię prawidłowego wykonywania zawodu daje tylko osoba posiadająca wiedzę zweryfikowaną w trybie przewidzianym prawem, której postępowanie odpowiada przyjętym w społeczeństwie normom etycznym, i której dotychczasowe zachowanie w sferze zawodowej i prywatnej składa się na wizerunek osoby zaufania publicznego, na której nie ciąży żadne zarzuty podważające jej wiarygodność.

Minister Sprawiedliwości, podejmując stosowne decyzje co do spełniania przesłanek przez kandydatów do wpisu na listę radców prawnych, zobowiązany jest badać, czy kandydaci posiadają wymaganą praktykę w zawodzie prawniczym po zdanych egzaminach sędziowskim, prokuratorskim. Zasadnicze znaczenie dla analizy przedmiotowych zagadnień będzie miał wyrok Trybunału Konstytucyjnego³⁶, w którym Trybunał orzekł, iż art. 25 ust. 1 pkt 2 u.r.p. w brzmieniu nadanym przez art. 2 pkt 6 lit. a ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo o awokaturze i niektórych innych ustaw³⁷ w zakresie, w jakim stwarza możliwość dopuszczenia do wykonywania zawodu radcy prawnego osób, które po złożeniu wskazanych w nim egzaminów nie wykazują się odpowiednią praktyką w zawodzie prawniczym – jest niezgodny z Konstytucją RP, a konkretnie z art. 17 ust. 1 Konstytucji RP. Trybunał podkreślił, iż umożliwienie dostępu do zawodu radcy prawnego osobom bez praktycznego doświadczenia tzn. po odbyciu innej aplikacji niż radcowska – rodzi niebezpieczeństwo niewłaściwego (nienależytego) wykonywania zawodu radcy prawnego. Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego zostało zaaprobowane przez Wojewódzki Sąd Administracyjny, który uznał, iż niedopuszczalne jest – z racji naruszenia konstytucyjnej zasady sprawowania pieczy przez samorząd zawodowy nad należytym wykonywaniem zawodu radcy prawnego – wprowadzenie do zawodu radcy prawnego osób, które wprawdzie zdały egzamin adwokacki, radcowski, sędziowski, prokuratorski, notarialny jednak nie wykonywały w późniejszym okresie realnie żadnego zawodu prawniczego³⁸. Niejako w nawiązaniu do wyroku Trybunału Konstytucyjnego swój pogląd wyraził Naczelny Sąd Administracyjny, który stwierdził, iż niekonstytucyj-

³⁵ Wyrok NSA, sygn. akt II GSK 302/06, niepubl.; wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 lipca 2005 r., sygn. akt VI S.A./Wa 2272/04, niepubl.

³⁶ Wyrok TK z dnia 8 listopada 2006 r., sygn. akt K 30/06, OTK 2006, nr 10A, poz. 149.

³⁷ Dz. U. Nr 163, poz. 1361 z późn. zm.

³⁸ Wyrok WSA z dnia 20 listopada 2006 r., sygn. akt VI S.A./Wa 1601/06, LEX nr 306525.

ność normy prawnej pomijającej w swej części praktyczne doświadczenie zawodowe kandydata po zdanym egzaminie, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 u.r.p., w stanie prawnym w chwili wydania zaskarżonej decyzji, nakazywała dostosować ocenę rękojmi należytego wykonywania zawodu przez kandydata w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 5 u.r.p. poprzez jej rozszerzenie o staż praktyczny w innym zawodzie po zdanym egzaminie, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2³⁹. Przed dokonaniem wpisu na listę radców prawnych należy więc dokonać analizy, czy kandydat może wykazać się stażem i doświadczeniem zawodowym, profilującym umiejętności praktyczne aplikacji zakończonej egzaminem. W pierwszej kolejności koniecznym jest nabycie kwalifikacji, a dopiero później można dostosowywać je do innego profilu zawodowego.

5. Radca prawny może zostać zawieszony w prawie do wykonywania zawodu, a nawet skreślony z listy radców prawnych.

Zawieszenie prawa do wykonywania zawodu następuje z momentem wykonywania zawodu adwokata, podjęcia pracy w organach wymiaru sprawiedliwości (organach ścigania lub kancelarii notarialnej), podjęcia pracy w Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (art. 28 ust. 1 pkt 1-3 u.r.p.). Zawieszenie następuje także z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia dyscyplinarnego o zastosowaniu tej kary. O zawieszeniu decyduje rada okręgowej izby radców prawnych w formie uchwały. Od uchwały zainteresowanemu służy odwołanie do Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych. Natomiast od uchwały Prezydium zainteresowany może odwoływać się do Ministra Sprawiedliwości zgodnie z wymogami k.p.a. Ostateczna decyzja Ministra Sprawiedliwości może być poddana kontroli sądu administracyjnego wskutek skargi zainteresowanego bądź Prezydium.

Skreślenie z listy radców prawnych następuje wobec wniosku zainteresowanego, choćby częściowego ograniczenia zdolności do czynności prawnych, utraty z mocy wyroku sądowego praw publicznych, nieuiszczania składek członkowskich za okres dłuższy niż 1 rok, śmierci radcy, orzeczenia dyscyplinarnego lub wyroku sądowego o pozbawieniu prawa do wykonywania zawodu (art. 29 u.r.p.). O skreśleniu z listy decyduje rada w formie uchwały, którą można skarżyć do Prezydium KRRP. Od rozstrzygnięcia Prezydium służy odwołanie do Ministra Sprawiedliwości, którego decyzja podlega kontroli sądu administracyjnego.

Nadzorem administracyjnym w stosunku do radców prawnych zajmuje się umiejscowiony w Ministerstwie Sprawiedliwości Departament Organizacyjny (wydział adwokatów i radców prawnych). Natomiast nadzór nad aplikacją i aplikantami radcowskimi sprawuje Departament Nadzoru nad Aplikacjami Prawniczymi.

³⁹ Wyrok NSA z dnia 18 grudnia 2008 r., sygn. akt II GSK 552/08, niepubl.

To właśnie Minister Sprawiedliwości powołuje komisje kwalifikacyjne do przeprowadzenia egzaminu wstępnego – jest dla komisji organem wyższego stopnia (art. 33 ust. 2 u.r.p.). Komisja powinna składać się z osób, które dają rękojmię prawidłowego przebiegu egzaminu wstępnego. Minister Sprawiedliwości ma prawo odwołania członka komisji kwalifikacyjnej (w pewnych sytuacjach musi to uczynić).

Minister Sprawiedliwości wyznacza termin egzaminu wstępnego na aplikację radcowską (może wyznaczyć dodatkowy termin w razie wystąpienia okoliczności z art. 33 ust. 5 u.r.p.) – do 30 czerwca każdego roku zamieszcza w dzienniku ogólnopolskim i Biuletynie Informacji Publicznej ogłoszenie o egzaminie wstępnym. Ponadto Minister Sprawiedliwości po zasięgnięciu opinii Krajowej Rady Radców Prawnych określa wysokość opłaty rocznej za aplikację radcowską. Kandydat na aplikanta powinien m.in. złożyć do komisji kwalifikacyjnej swoje zgłoszenie. Gdy nie spełnia ono wymagań formalnych, wówczas przewodniczący komisji wzywa kandydata do usunięcia braków. Nieuzupełnienie braków skutkuje pozostawieniem zgłoszenia bez rozpoznania. Przewodniczący komisji wydaje wtedy postanowienie, które może zostać zaskarżone do Ministra Sprawiedliwości (podobnie gdy kandydat nie uiszcza opłaty za udział w egzaminie). W wypadku złożenia zgłoszenia już po terminie, przewodniczący komisji wydaje decyzję o odmowie dopuszczenia kandydata do udziału w egzaminie. Od decyzji takiej służy odwołanie do Ministra Sprawiedliwości.

Z przebiegu egzaminu wstępnego sporządza się protokół, który przewodniczący komisji przesyła Ministrowi Sprawiedliwości w terminie 7 dni od jego sporządzenia.

Już po przeprowadzeniu egzaminu komisja ma obowiązek ustalenia wyniku każdego kandydata – przybiera to formę uchwały (jej odpis doręcza się zainteresowanemu i Ministrowi Sprawiedliwości). Kandydatowi od uchwały służy odwołanie do Ministra Sprawiedliwości w terminie 14 dni od jej doręczenia. Rozstrzygnięcie Ministra Sprawiedliwości przybiera formę decyzji administracyjnej.

Minister Sprawiedliwości zawiadamia o wynikach egzaminu rady okręgowe izb radców prawnych. Publikuje również w Biuletynie Informacji Publicznej personalia osób, które uzyskały pozytywny wynik z egzaminu.

Minister Sprawiedliwości powołuje każdego roku zespół, który przygotowuje zestaw pytań oraz zadań na egzamin radcowski (zapewnia obsługę administracyjno-biurową zespołu).

Ponadto wyznacza termin egzaminu radcowskiego, określa wysokość opłaty egzaminacyjnej, publikuje personalia osób, które uzyskały pozytywny wynik z egzaminu radcowskiego, powołuje komisję odwoławczą (ta rozpoznaje odwołanie od uchwały egzaminacyjnej).

Zgodnie ze stanowiskiem NSA, „rola komisji egzaminacyjnych składających się z wykwalifikowanych prawników nie ogranicza się w sytuacji wystąpienia błędów w sformułowaniu pytań egzaminacyjnych i odpowiedziach traktowanych jako prawidłowe jedynie do technicznego sprawdzenia testu, ale obejmuje także weryfikowanie prawidłowości odpowiedzi i reagowanie na dostrzeżone błędy”⁴⁰. Kompetencje do sprawowania kontroli prawidłowości ocen dokonywanych przez komisje egzaminacyjne, w razie pojawienia się w tym względzie wątpliwości, ma Minister Sprawiedliwości w ramach postępowania w sprawie wyrażenia sprzeciwu od uchwały rady okręgowej izby radców prawnych. Uchwała rady okręgowej izby radców prawnych o wpisie na listę aplikantów radcowskich ma charakter uchwały podjętej pod warunkiem rozwiązującym. Wpis uważa się za dokonany, jeżeli Minister Sprawiedliwości nie sprzeciwi się wpisowi w terminie 30 dni od dnia otrzymania materiałów.

Skorzystanie z instytucji sprzeciwu sprawia, że taka uchwała jest nieważna od dnia jej podjęcia *ex tunc*⁴¹. Podobne stanowisko można odczytać też z wcześniejszego wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, który stwierdził, iż „w postępowaniu w sprawie sprzeciwu brane są pod uwagę wyłącznie materiały przedstawione przez radę okręgowej izby radców prawnych, a więc nadesłana uchwała o wpisie wraz z aktami osobowymi wpisanego”⁴². Oznacza to m.in. że Minister Sprawiedliwości, podejmując decyzję o sprzeciwie wraz z jej uzasadnieniem, nie może wyjść poza granice informacji zawartych w przedstawionych materiałach. Postępowanie wyjaśniające, a zwłaszcza postępowanie dowodowe ma więc w sprawie sprzeciwu wyraźnie ograniczony, na mocy ustawy, zakres.

6. System nadzoru sprawowanego przez Ministra Sprawiedliwości nad radcami prawnymi w żaden sposób nie ogranicza suwerenności korporacyjnej ich samorządu zawodowego. Należy pamiętać, że nadzór nad radcami prawnymi z samego założenia nie może być tak szeroki, jak ma to miejsce w przypadku chociażby notariuszy. Wynika to jednak z faktu, że radcowie prawni nie są wyposażeni w *imperium*, wręcz przeciwnie – działają w warunkach gospodarki rynkowej przy ostrej konkurencji na rynku usług prawnych. Nadzór administracyjny Ministra Sprawiedliwości nad ich działalnością ma na celu kontrolę i zabezpieczenie działań podejmowanych na rzecz klientów. Szczęólnego znaczenia nabiera w tym kontekście możliwość Ministra Sprawiedliwości wydania polecenia wszczęcia dochodzenia przeciwko radcy prawnemu bądź aplikantowi radcowskiemu, jak również prawo do informacji o każdym stadium postępowania dyscyplinarnego wobec członka korporacji.

⁴⁰ Wyrok NSA z dnia 22 marca 2007 r., sygn. akt II GSK 22/07, LEX nr 321255.

⁴¹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 września 2006 r., sygn. akt VI S.A./Wa 1150/06.

⁴² Wyrok WSA z dnia 7 lipca 2006 r., sygn. akt VI S.A./Wa 901/06, LEX nr 243767.

Tomasz Niedziński

Formy wykonywania zawodu radcy prawnego (wybrane zagadnienia)

Zawód radcy prawnego, według art. 88 Kodeksu spółek handlowych¹, zaliczany jest do grupy wolnych zawodów. Pojęcie wolnego zawodu nie jest określone w ustawodawstwie polskim. Przepisy nie zawierają definicji wolnego zawodu. Konstrukcja wolnych zawodów przyjmowana jest w porządku prawnym państw Unii Europejskiej, w których wolne zawody definiuje się w oparciu o kryterium samodzielności wykonywania zawodu, niezależnie i na własną odpowiedzialność, przy czym świadczenie tych usług zakłada występowanie szczególnego węzła zaufania między osobą świadczącą a klientem, w tym konieczność zachowania tajemnicy zawodowej. Kwalifikacje zawodowe wymagane do wykonywania określonej pracy lub zajmowania określonego stanowiska są z reguły ustalane w odrębnych aktach prawnych. Według słownika języka polskiego² kwalifikacje oznaczają „zasób wiedzy umiejętności wymaganych do wykonywania jakiegoś zawodu” lub „zajmowania jakiegoś stanowiska [...]”. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy korporacyjnej³, zawód radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej, a w szczególności na udzieleniu porad prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed sądami i urzędami. Ustawa o radcach prawnych wymienia jeszcze udzielanie konsultacji prawnych oraz zastępstwo prawne. Wykonywanie zawodu radcy prawnego odbywa się w określonych ramach prawnych. Formy prawne wykonywania zawodu wymienione zostały w art. 8 u.r.p. Wykonywanie zawodu może mieć formę indywidualnego wykonywania zawodu radcy prawnego lub

¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm., dalej jako: k.s.h.

² B. Dunaj (red.), *Popularny słownik języka polskiego*, Warszawa 2000, s. 26.

³ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm., dalej jako: u.r.p. lub ustawa korporacyjna.

złożoną formę organizacyjno-prawną⁴. Zgodnie z brzmieniem art. 8 u.r.p., radca prawny wykonuje zawód w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego, a także w spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej lub komandytowej z wyłącznym udziałem radców prawnych albo radcy prawnego i adwokata oraz prawników zagranicznych wykonujących stałą praktykę w Polsce (świadczących pomoc prawną w Rzeczypospolitej Polskiej). Z treści u.r.p. wynika, iż wykonywanie zawodu radcy prawnego jest ustawowo reglamentowane przez wymóg uzyskania wpisu na listę radców prawnych prowadzoną przez Okręgową Radę Radców Prawnych. Wpis na listę radców prawnych po zmianach ustawy ma charakter konstytutywny, posiada formę decyzji administracyjnej⁵. W świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego zawód radcy prawnego zaliczany jest do zawodu „zaufania publicznego” podobnie jak ma to miejsce w odniesieniu do zawodu adwokatów. Wskazać tu należy na wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. akt SK 22/02; z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03; z dnia 2 lipca 2007 r., sygn. akt K 41/05. Także we wcześniejszych wyrokach, na przykład w 2001 roku, Trybunał Konstytucyjny prezentował pogląd, że radca prawny ma przymiot zawodu „zaufania publicznego”, jaki charakteryzuje unormowanie art. 17 ust. 1 Konstytucji RP⁶. Rzecznik Praw Obywatelskich stwierdził, że „świadczanie pomocy prawnej przez radcę prawnego w ramach wykonywania zawodu zaufania publicznego objęte jest wzmocnionymi gwarancjami konstytucyjnymi jako forma systemu pomocy prawnej”. Wzmocnione gwarancje prawne, zdaniem Rzecznika, nie obejmują natomiast pomocy prawnej świadczonej przez radcę prawnego w ramach umowy o pracę, gdyż nie mają one ustawowych gwarancji niezależności⁷.

Zakres przedmiotowy (rzeczowy) świadczenia pomocy prawnej przez radcę prawnego w porównaniu do adwokata po ostatnich zmianach przepisów w zasadzie nie doznaje ograniczeń – wyjątek stanowi jedynie możliwość bycia obrońcą w sprawach karnych i karnych skarbowych⁸. Ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy,

⁴ Warunek osobistego wykonywania zawodu odnosi się do zawodu radcy prawnego. M. Szydźiak, *Wykonywanie radcy prawnego w formie kancelarii*, „Radca Prawny” 2005, nr 2, s. 79.

⁵ Do dnia 1 stycznia 2007 r. wpis do ewidencji radców prawnych był czynnością techniczno-organizacyjną, miał charakter deklaratoryjny.

⁶ Wyrok TK z dnia 22 maja 2001 r., sygn. akt K 37/00.

⁷ Fragmenty uzasadnienia wyroku TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03, sentencja wyroku ogłoszona 1 grudnia 2004 r., Dz. U. Nr 255, poz. 2568.

⁸ L. Wilk, *O uprawnieniach do spełnienia funkcji obrońcy w sprawach karnych skarbowych*, „Radca Prawny” 2009, nr 4.

ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw ustawodawca wprowadził generalne zmiany dotyczące pozycji radcy prawnego w procesie karnym⁹. Zasadniczą różnicą pomiędzy uprawnieniami radcy prawnego a adwokata jest obecnie wyłączność adwokata do pełnienia funkcji obrońcy w procesie karnym. Aktualnie jednak w postępowaniach karnych radca prawny może działać jako pełnomocnik pokrzywdzonego, oskarżyciela posiłkowego w sprawach ściganych z oskarżenia publicznego, oskarżyciela prywatnego w pozostałych sprawach albo powoda cywilnego. Zatem obecnie po zmianach ustaw karnych, radca prawny ma możliwość występowania w pełnym zakresie jako pełnomocnik w procesie karnym strony innej niż oskarżony pokrzywdzonej (osoby fizycznej bądź podmiotu zbiorowego). Rozpatrując aspekt podmiotowy świadczenia pomocy prawnej przez radcę prawnego, krąg podmiotów, na rzecz których radca prawny może świadczyć, obejmuje wszystkie podmioty występujące w obrocie prawnym. Zaznaczyć jednak należy, że świadczenie pomocy prawnej przez radcę prawnego osobie fizycznej nie jest już ograniczone wymogiem wykonywania zawodu w kancelarii radcy prawnego lub w spółce prawniczej.

1. Wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej. Pomoc ta może być wykonywana w ramach **stosunku pracy**. Pojęcie stosunku pracy określone zostało w art. 22 § 1 Kodeksu pracy¹⁰. W ujęciu art. 22 § 1 k.p. stosunek pracy to zasadniczo określana relacja prawna między pracodawcą a pracownikami, której główną treść stanowi zobowiązanie się pracownika do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy oraz zobowiązanie się pracodawcy do zatrudnienia za wynagrodzeniem. Na treść stosunku pracy składają się przy tym różnego rodzaju prawa i obowiązki pracodawcy oraz pracowników wynikające z różnorodnych norm prawa pracy, a także aktów prawnych kreujących stosunki pracy. W świetle ustalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego konstytutywne cechy stosunku pracy odróżniające go od innych stosunków prawnych to: dobrowolność, osobiste świadczenie pracy w sposób ciągły, podporządkowanie, wykonywanie pracy na rzecz pracodawcy ponoszącego ryzyko związane z zatrudnieniem i odpłatny charakter zatrudnienia¹¹. Ustawodawca w k.p. ustalił jako podstawę stosunku pracy „umowę o pracę” jako najczęściej stosowaną w praktyce oraz cztery podstawy szczególne. Artykuł 2 k.p. podaje legalną definicję pracowni-

⁹ A. Baj, *Radca prawny w procesie karnym w świetle zmiany kodeksu postępowania karnego z 5 listopada 2009 r.*, „Radca Prawny” 2010, nr 4.

¹⁰ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy, t. jedn. Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm., dalej jako: k.p.

¹¹ Zob. wyrok SN z dnia 23 października 2006 r., sygn. akt I PK 110/09, „Monitor Prawa Pracy” 2007, nr 1, s. 43.

ka. Pracownikiem jest osoba fizyczna zatrudniona na podstawie umowy o pracę, spółdzielczej umowy o pracę, powołania, wyboru oraz mianowania. Każda osoba fizyczna zatrudniona na podstawie jednej z wymienionych podstaw zatrudnienia pozostaje z pracodawcą w tzw. pracowniczym stosunku pracy. Nawiązanie stosunku pracy na podstawie powołania, ogólnie biorąc dotyczy tylko pracowników na stanowiskach kierowniczych. Zakres podmiotowy powołania jako podstawy nawiązania stosunku pracy w praktyce został ograniczony do sytuacji, w których odrębny przepis rangi ustawowej tak stanowi. Przepis art. 73 k.p. stanowi, że nawiązanie stosunku pracy następuje na podstawie wyboru, jeżeli z wyboru wynika obowiązek wykonywania pracy w charakterze pracownika. Ta forma nawiązania stosunku pracy dotyczy stosunkowo wąskiego kręgu radców prawnych, mianowicie tych, którzy wybrani zostali do pełnienia funkcji kierowniczej w organizacjach politycznych, społecznych i stowarzyszeniach. Te szczególne tryby nawiązania stosunku pracy w odniesieniu do radców prawnych w praktyce nie występują. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 kwietnia 2000 r.¹² stwierdzono, że o wyborze rodzaju podstawy prawnej zatrudnienia decydują zainteresowane strony (art. 353¹ Kodeksu cywilnego¹³ w związku z art. 300 k.p.), kierując się nie tylko przesłanką przedmiotu zobowiązania, ile sposobu jego realizacji. Zgodnie z brzmieniem ustawy korporacyjnej, radca prawny może świadczyć pomoc prawną, pozostając w stosunku pracy, podmiotom gospodarczym w rozumieniu ustawy o działalności gospodarczej¹⁴ osobom prawnym, jednostkom organizacyjnym bez ograniczeń.

Z treści art. 8 ust. 5 u.r.p. wynika, że ilekroć w ustawie tej jest mowa o „stosunku pracy”, „zatrudnieniu”, „wynagrodzeniu”, rozumie się przez to również odpowiednio „stosunek służbowy”, „pełnienie służby” i „uposażenie”¹⁵. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 u.r.p., radca prawny wykonujący zawód na podstawie stosunku pracy ma prawo do wynagrodzenia i innych świadczeń określonych w układzie zbiorowym pracy lub w przepisach o wynagradzaniu pracowników, obowiązujących w jednostce organizacyjnej zatrudniającej radcę prawnego. Przepis ten ma charakter gwarancyjny, należy jego brzmienie odnieść do wszystkich radców prawnych, zatrudnionych w podmiotach prawa prywatnego, ale także wszystkich instytucjach publicznych. W myśl art. 1 ust. 1 u.r.p., wykonywanie zawodu nie dotyczy wykonywania przez radców innych zawodów

¹² Sygn. akt I PKN 594/99, OSNAPiUS 2001, nr 21, poz. 637.

¹³ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

¹⁴ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.

¹⁵ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt II SA/Wa 1491/2010, LEX POLONICA nr 2562559.

(zajmowania innych stanowisk), nie zabrania pracodawcom zatrudniania radców prawnych (osób wpisanych na listę radców prawnych) na innych stanowiskach, czy w innym charakterze. Przepisy u.r.p. nie stanowią przeszkody w daniu zatrudnionemu na umowie o pracę radcy prawnego wypowiedzenia zmieniającego warunki pracy przez zaoferowanie innego stanowiska. Zdaniem Sądu Najwyższego, na innym stanowisku bowiem do osoby wpisanej na listę radców prawnych, po prostu nie stosowałoby się przepisów u.r.p.¹⁶ Podkreślenia wymaga, że zwolnienie radcy prawnego nie zawsze musi być konsultowane z Radą Okręgową Izby Radców Prawnych. Obowiązek pracodawcy uprzedniego zasięgnięcia opinii Okręgowej Izby Radców Prawnych i dokonywania oceny pracy radcy prawnego w razie rozwiązania z nim za wypowiedzeniem stosunku pracy nie dotyczy sytuacji, w której przyczyną rozwiązania stosunku pracy jest reorganizacja (likwidacji) stanowiska pracy radcy prawnego, niełącząca się z negatywną oceną jego pracy. Nie dotyczy zatem sytuacji, gdy ustanie zatrudnienia jest podyktowane względami organizacyjnymi¹⁷.

2. Z analizy przepisu wynika, że radca prawny może wykonywać zawód w **spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej lub komandytowej** przy czym współnikami w spółkach cywilnej, jawnej partnerskiej oraz komplementariuszami w spółce komandytowej mogą być wyłącznie radcowie lub radcowie i adwokaci, także prawnicy zagraniczni, a wyłącznym przedmiotem działalności takich spółek jest świadczenia pomocy prawnej. Usługi prawnicze obejmujące działalność zawodową radców prawnych, a także adwokatów niezależnie od sposobu ich zlecenia stanowią działalność gospodarczą. W myśl art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej – radcowie prawni są przedsiębiorcami. Należy podkreślić, że przepisy u.r.p. regulujące zasady wykonywania zawodu i przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej są niespójne – na co zwracają uwagę autorzy monografii *Zawód radcy prawnego*¹⁸. Krystyna Stoga podkreśla, że w odniesieniu do działalności zawodowej radcy prawnego wykonywanej na podstawie umów cywilnoprawnych, trudno zdefiniować tę działalność jako gospodarczą, gdyż nie jest wykonywana w sposób „ciągły” i w formie „zorganizowanej”. Należy jednak brać pod uwagę, że pogląd ten może być negowany przez organy podatkowe, które za działalność gospodarczą uznają każdą działalność „zarobkową”, wykonywanie wolnego zawodu we własnym imieniu i na własny lub cudzy rachunek,

¹⁶ Wyrok SN z dnia 5 marca 1999 r., sygn. akt PKN 621/98, LEX POLONICA nr 335346.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 14 grudnia 2010 r., sygn. akt I PK 117/10, „Prawo Pracy. Personel”, aktualizacja kwiecień 2011, s. 29.

¹⁸ K. Stoga, *Radca prawny jako przedsiębiorca*, [w:] A. Bereza (red.), *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, Warszawa 2010, s. 85-101.

czyli zarobkowo (art. 3 pkt 9 ustawy – Ordynacja podatkowa¹⁹). W rezultacie może to świadczyć o poddaniu radców prawnych wykonujących zawód reżimowi prawnemu ogółu przedsiębiorców.

Forma organizacyjna, w jakiej radca prawny wykonuje zawód, może mieć wpływ na opodatkowanie świadczonej pomocy prawnej, zarówno na gruncie podatku dochodowego od osób fizycznych, jak i w sferze podatku od towarów i usług. Radca prawny, który wykonuje zawód w ramach spółki osobowej świadczy pomoc prawną, nie jest podatnikiem tych podatków z uwagi na wynikające z umowy spółki ograniczenia możliwości świadczenia pomocy prawnej wyłącznie do działania w imieniu i na rachunek spółki. Podatnikiem z tytułu usług prawniczych wykonywanych przez radcę prawnego jest spółka, w której wykonuje on zawód. W takiej sytuacji usługodawcą jest więc spółka osobowa, bez znaczenia pozostaje, czy pomoc jest świadczona na podstawie umowy z klientem, czy też świadczona z urzędu²⁰.

3. Wspólnikiem spółki partnerskiej może być wyłącznie osoba fizyczna, uprawniona do wykonywania wolnego zawodu, o którym mowa w art. 88 k.s.h. Jednak art. 87 § 2 k.s.h. wskazuje, że sam fakt posiadania uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego nie upoważnia do tworzenia i przystępowania do spółki partnerskiej. Zgodnie z art. 8 ust. 1 pkt 2 u.r.p., radca prawny będzie mógł być wspólnikiem spółki partnerskiej świadczącej pomoc prawną osobom fizycznym tylko wtedy, gdy nie pozostaje w stosunku pracy i nie jest równocześnie zatrudniony w charakterze pracownika²¹. Wspólnikiem w spółce partnerskiej nie może być więc w szczególności spółka handlowa (osobowa lub kapitałowa) z udziałem radców prawnych bądź adwokatów, lecz tylko bezpośrednio radcowie prawni i adwokaci uprawnieni do wykonywania zawodu. Artykuł 88 k.s.h. wymienia m.in. zawody adwokata i radcy prawnego, które mogą być wykonywane w ramach spółki partnerskiej. Nie jest dopuszczalne uczestnictwo spółki partnerskiej w charakterze wspólnika w innej spółce handlowej (w tym w innej spółce partnerskiej). Spółka partnerska może bowiem być utworzona wyłącznie w celu wykonywania wolnego zawodu (art. 86 § 1 k.s.h.), a zatem uczestnictwo spółki partnerskiej w innej spółce byłoby zaprzeczeniem celu ustawowego określonego w omawianym przepisie²². W ramach spółki

¹⁹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, t. jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.

²⁰ K. Zaorski, *Świadczenie pomocy prawnej z urzędu – aspekty prawnopodatkowe*, „Temidium” 2010, nr 4/5 (60/61), s. 54.

²¹ T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Komentarz do kodeksu spółek handlowych*, Warszawa 2010, LEX POLONICA nr 267193.

²² W. Pyziół, *Komentarz. Prawo handlowe*, Warszawa 1996-2006, LEX POLONICA nr 216685.

partnerskiej można wykonywać wyłącznie zawód świadczenia pomocy prawnej określony w u.r.p., natomiast nie można w ramach takiej spółki łączyć wykonywania zawodu radcy prawnego z inną działalnością, niestanowiącą takiego zawodu, np. spółka partnerska radców prawnych i adwokatów nie może jednocześnie zajmować się nauczaniem języków obcych²³. Ustawa o radcach prawnych nie przewiduje w ramach spółki partnerskiej wykonywanie innego niż wymienionego w niej zawodu radcy prawnego i adwokata. Dopuszcza utworzenie spółki partnerskiej z udziałem adwokatów i radców prawnych, ale nie jest dopuszczalne w rozumieniu tej ustawy utworzenie takiej spółki z udziałem radców prawnych i lekarzy.

4. Ustawa o radcach prawnych określa, że radca prawny może wykonywać zawód w **kancelarii** (jest to jedyna forma wykonywania zawodu, samodzielnie we własnym imieniu i na własny rachunek)²⁴. Przepisy ustawy nie zawierają ograniczeń co do ich liczby i miejsca ich rejestrowania. Ustawa o radcach prawnych, w przeciwieństwie do ustawy o adwokaturze, przy wpisie na listę radców nie wyznacza siedziby zawodowej, a sam wpis dotyczy miejsca zamieszkania, które potrzebne jest do celów ewidencji. Ustawa o radcach prawnych nie stawia wymogu, że zawód radcy prawnego można wykonywać tylko w kancelarii okręgu izby radcowskiej, która prowadzi listę radców prawnych. Natomiast art. 8 ust. 1 u.r.p. o formach wykonywania zawodu nie należy rozumieć w sposób ścisły; możliwość prowadzenia przez radcę prawnego kancelarii, nie wyklucza zarazem zakładania oddziałów, filii tych kancelarii lub przedstawicielstw w kancelarii radcy prawnego. Przepis ten używa sformułowania „kancelaria radcy prawnego” i posługuje się tym pojęciem dla określenia prowadzenia działalności zawodowej pod jedną firmą i w ramach jednego podmiotu (radcy prawnego). Kancelaria radcy prawnego może przybierać przykładowo nazwy: „kancelaria radcy prawnego”, „kancelaria radców prawnych i adwokatów”, „kancelaria radcy prawnego i adwokata”, „kancelaria adwokata i radcy prawnego”. Natomiast nie można uznać, że nazwa „kancelaria prawna” spełnia wymóg prowadzenia działalności w formie kancelarii radcy prawnego, nawet gdy zatrudniony w niej jest radca prawny, gdyż nie jest to prowadzenie kancelarii przez radcę prawnego, mimo przyjmowania zleceń klientów przez taką „kancelarię.” Przepisy u.r.p. przyznają organom samorządu radcowskiego uprawnienia do występowania do organów rejestrowych lub ewidencyjnych z wnioskiem o wszczęcie postępowania o wykreślenie z rejestru lub ewidencji podmiotu prowadzącego działalność w zakresie pomocy prawnej niezgodnie z przepisami tej ustawy (art. 52 ust. 3 pkt 4). Trzeba również nadmienić, że siedzibą kancelarii

²³ M. Rodzynekiewicz, *Komentarz. Kodeks spółek handlowych*, Warszawa 2009, LEX POLO-NICA nr 220697.

²⁴ Z. Klatka, *Pomoc prawna*, [w:] *Zawód radcy prawnego...*, s. 59.

radcy prawnego może być jego mieszkanie. Jednakże, gdy kancelaria radcy prawnego znajduje się w mieszkaniu radcy prawnego, wówczas istnieje przesłanka do uznania, iż indywidualna kancelaria radcy prawnego jest jednostką organizacyjną nie mającą osobowości prawnej w rozumieniu art. 67 § 1 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²⁵. W tej sytuacji należy doręczać pisma sądowe radcy prawemu jak osobie fizycznej z możliwością wykorzystania trybu doręczenia zastępczego określonego w art. 72 p.p.s.a., zwłaszcza wówczas, gdy siedziba kancelarii znajduje się w mieszkaniu radcy prawnego²⁶.

5. Czas pracy radców prawnych jako grupy zawodowej w ramach stosunku pracy jest regulowany w sposób szczególny art. 18 ust. 2 u.r.p. Przepisy regulują dopuszczalny wymiar czasu pracy radcy prawnego w miejscu wykonywania zawodu (w siedzibie jednostki organizacyjnej). Do czasu pracy radcy prawnego zalicza się również czas niezbędny do załatwienia spraw poza lokalem jednostki organizacyjnej, gdzie świadczona jest praca (wykonywanie zawodu radcy prawnego), w szczególności w sądach i innych organach, łącznie z przygotowaniem się do tych czynności (np. przeglądanie akt w sądzie, korzystanie ze źródeł prawnych w bibliotece i inne czynności związane z charakterem pracy). Według reguły przyjętej w art. 18 ust. 2 u.r.p., czas pracy radcy prawnego w lokalu jednostki organizacyjnej nie może być krótszy niż dwie piąte czasu ustalonego w zawartej z radcą umowy. Z uwagi na to, że regulacja ta umieszczona jest w grupie przepisów dotyczących zatrudnienia radców prawnych, można wprowadzić wniosek, iż określony tym przepisem wymiar czasu pracy, stanowi o normie obowiązującej konkretnego radcy prawnego u pracodawcy. Za takim stanowiskiem przemawia argumentacja, że ustawa o radcach prawnych jest regulacją szczególną w stosunku do przepisów k.p. (art. 5) i jest źródłem prawa pracy w rozumieniu art. 9 k.p. Zaznaczyć należy, że ustawa korporacyjna nie przewiduje ograniczeń w podejmowaniu dodatkowego zatrudnienia pracowniczego, radca prawny może być zatrudniony u kilku pracodawców. Ustawa nie nakłada na radcę prawnego obowiązku zawiadomienia o podjęciu dodatkowego zatrudnienia, ograniczenie w zakazie podejmowania dodatkowego zatrudnienia może wynikać z innej ustawy. Regulacje tego typu zawierają pragmatyki służbowe funkcjonariuszy państwowych, zarówno służby cywilnej, pracowników urzędów państwowych, pracowników szeroko rozumianej sfery publicznej.

²⁵ Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz. U. Nr 153, poz. 1270 z późn. zm., dalej jako: p.p.s.a.; uchwała SN z dnia 22 kwietnia 1994 r., sygn. akt III CZP 53/94, OSNCP 1994, nr 11, poz. 214.

²⁶ Postanowienie NSA z dnia 28 lutego 2005 r., sygn. akt II FZ 37/2005, LEX POLONICA nr 391920.

6. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 9 maja 2001 r.²⁷ wskazał, że radca prawny pozostający w stosunku pracy nie może świadczyć pomocy prawnej osobom fizycznym. Pogląd ten został zaakceptowany przez większość autorów zajmujących się tą problematyką, w tym m.in. K. Stoga, Z. Klatka, Ł. Błaszczyk. Autorzy ci wychodzili z założenia, że wykonywanie zawodu na podstawie umowy o pracę przez radcę prawnego jest wykonywaniem zawodu na rzecz pracodawcy w ramach stosunku pracy. Omawiane ograniczenie wyklucza również nie tylko udzielenie przez radcę prawnego pomocy prawnej osobie fizycznej na podstawie umowy o pracę, ale także umowy cywilnoprawnej zawartej z tą osobą. Zakaz taki wynikał wprost z art. 8 ust. 2 u.r.p. w brzmieniu obowiązującym przed dniem 10 września 2005 r. radca prawny mógł świadczyć pomoc prawną osobom fizycznym tylko w ramach wykonywania zawodu w kancelarii radcy prawnego lub w spółkach, o których mowa w ust. 1, bez jednoczesnego pozostawania w stosunku pracy. Jednak od dnia 10 września 2005 r. zaszła zmiana stanu prawnego w zakresie możliwości reprezentowania osoby fizycznej przed sądem przez radcę prawnego pozostającego w stosunku pracy, wynikającą ze zmiany przepisów u.r.p. Skreślenie art. 8 ust. 2 u.r.p. spowodowało brak przeszkód prawnych do umocowania radcy prawnego pozostającego w stosunku pracy do zastępowania osoby fizycznej przed Sądem. Obecnie bez względu na to, czy radca prawny pozostaje, czy nie pozostaje w stosunku pracy, może on reprezentować osobę fizyczną. Zwrócił na to uwagę Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 27 stycznia 2011 r.²⁸ Zdaniem Sądu, radca prawny w ramach obowiązków zawodowych nałożonych przepisami u.r.p. może być wyznaczony do świadczenia pomocy prawnej na zlecenie sądu jako pełnomocnik z urzędu w postępowaniach przed sądem. Ani umowa spółki, ani żadne inne postanowienie umowne nie wyłącza usług pomocy prawnej radcy z urzędu. Nie ulega przy tym wątpliwości, że radca prawny ma obowiązek prowadzenia sprawy z urzędu, jeśli zostanie wyznaczony przez właściwą Izbę Radców Prawnych. Obowiązek ten ma charakter korporacyjny i zawodowy, obciąża radcę prawnego bez względu na sposób wykonywania zawodu²⁹. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, świadczenie pomocy prawnej z urzędu jest jednym z przejawów wykonywania zawodu radcy prawnego. Wskazał on również, że nie ma wyodrębnionej kategorii radców prawnych, wykonujących swój zawód tylko w zakresie pełnomocnictwa z urzędu, ustawodawca nie stworzył na te potrzeby odrębnych unormowań prawnych.

²⁷ Uchwała SN z dnia 9 maja 2001 r., sygn. akt CZP 13/01.

²⁸ Sygn. akt I FSK 1312/2010, LEX POLONICA nr 2478238.

²⁹ Zob. wyrok TK z dnia 29 sierpnia 2006 r., sygn. akt SK 23/2005, OTK ZU 2006, nr 8A, poz. 94.

Mimo zmiany stanu prawnego uważam, że ustawa korporacyjna wyznacza warunki i ramy prawne wykonywania działalności zawodowej przez radcę prawnego w odniesieniu do udzielenia pomocy prawnej osobie fizycznej. Wyznaczenie radcy prawnego jako pełnomocnika z urzędu wynika z przepisów regulujących procedury sądowe, co nie jest tożsame z wyborem formy wykonywania zawodu w rozumieniu ustawy korporacyjnej, nie ma to wpływu na wybór formy wykonywania zawodu. Także okoliczność, że określonego z imienia i nazwiska radcę prawnego, jako pełnomocnika z urzędu, wskazuje samorząd radcowski jest kwestią techniczną, na co zwraca uwagę Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 23 czerwca 2010 r.³⁰ Jest to kolejny argument za tym, że wykonywanie zawodu radcy prawnego powinno odbywać się w określonych formach wymienionych w art. 8 u.r.p. Uważam, że opinie autorów zajmujących się tą problematyką, mimo zmiany stanu prawnego, w dalszym ciągu pozostają aktualne.

³⁰ Sygn. akt III SA/Wa 1762/2009, LEX POLONICA nr 2480857.

Mirostaw Pawełczyk

Radca prawny jako gwarant realizacji zasady wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej

1. Uwagi ogólne

Skuteczność każdego systemu gospodarczego niezależnie od jego modelu zależy od tego, jak jego uczestnicy stosują i pojmują znaczenie legalizmu w podejmowanych działaniach, a w szczególności jak silne są mechanizmy władczego oddziaływania norm prawnych na kreowane lub kształtowane stosunki prawne. W założeniu tzw. racjonalność ustawodawcy pozwala sądzić, iż adresaci norm prawnych są w stanie samodzielnie je stosować, jak również samodzielnie je interpretować. Dopelnieniem bowiem takiego twierdzenia jest zasada *ignorantia iuris nocet*, której skutkiem jest obowiązek przestrzegania przez wszystkie podmioty prawa norm, wynikających z obowiązujących przepisów pod rygorem zastosowania sankcji wprost z nich wynikających. Bez wątpienia bogactwo zmieniających się stosunków prawnych, będących wynikiem zmian ustrojowych (politycznych) i gospodarczych, zmusza uczestników do działania zarówno w granicach, jak i na podstawie przepisów prawa. Powoduje to jednakże konieczność daleko posuniętego profesjonalizmu w działaniu jego uczestników, wymagającego korzystania z pomocy profesjonalistów w doradztwie prawnym. W Polsce *de lege lata*, co do zasady, świadczenie pomocy prawnej w zakresie wykwalifikowanego doradztwa prawnego jest wykonywane przez radców prawnych lub adwokatów, jak również doradców podatkowych w sprawach podatkowych. Przedstawiciele tych zawodów należą do wąskiej grupy profesjonalnych doradców świadczących swoje usługi zarówno na rzecz osób fizycznych w zakresie ochrony ich obywatelskich praw, jak również na rzecz innych podmiotów prawa, a w szczególności podmiotów wykonujących działalność gospodarczą, czyli przedsiębiorców. W sfer-

rze obrotu gospodarczego dochodzi do licznych stosunków prawnych, których poziom skomplikowania i złożoności wymaga ogromnej wiedzy prawniczej i doświadczenia zawodowego ich uczestników. Bez wątpienia wejście Polski w struktury unijne, wymagało przyjęcie jako własnego całego *acquis communautaire*, czyli dorobku prawnego Wspólnot Europejskich i Unii Europejskiej, obejmującego wszystkie traktaty założycielskie i akcesyjne oraz umowy międzynarodowe zmieniające je (tzw. prawo pierwotne), przepisy wydawane na ich podstawie przez organy Wspólnot (prawo wtórne), umowy międzynarodowe zawarte przez Wspólnoty i Unię Europejską, orzecznictwo sądów unijnych, a także deklaracje i rezolucje oraz zasady ogólne prawa wspólnotowego. W konsekwencji, począwszy od 1 maja 2004 r., zwiększył się radykalnie zbiór norm prawnych i przepisów obowiązujących wszystkie podmioty prawa, a tym samym zwiększył się poziom skomplikowania normowanych stosunków społecznych oraz gospodarczych. W tej sytuacji obywatele, a zwłaszcza podmioty posiadające status przedsiębiorcy, są zobowiązani do szczególnej dbałości o przestrzeganie przepisów prawa. Zatem kluczowym gwarantem takiego stanu mogą być wyłącznie profesjonalni prawnicy, czyli radcowie prawni lub adwokaci, którzy świadcząc na ich rzecz swoje usługi, zabezpieczają ich interesy zarówno w wymiarze publicznoprawnym, czyli względem aparatu państwowego i środków przymusu państwowego, jak i prywatnoprawnym, w relacjach kontraktowych.

2. Wolność gospodarcza jako element społecznej gospodarki rynkowej

Wolność gospodarcza jest jedną z podstawowych zasad współczesnej gospodarki rynkowej¹. Historycznie wolność gospodarcza wywodzi się z prawa własności i wolności osobistych kwalifikowanych jako przynależne człowiekowi od urodzenia niezbywalne prawa naturalne. Rolą prawa pozytywnego zaś jest wyłącznie wykreowanie norm, które je zagwarantują, natomiast wszelkie ograniczenia powinny być wprowadzane, jeśli jest to uzasadnione szczególnie ważnym interesem publicznym². Sama konstrukcja wolności gospodarczej, jako prawnej dyrektywy, ukształtowała się pod koniec XVII wieku w Anglii w postaci programu gospodarczego

¹ Zwana również zarówno w doktrynie prawa, jak i ekonomii: wolnością przemysłową, wolną przedsiębiorczością, wolnością gospodarowania, wolnością ekonomiczną, wolnością handlu, wolnością zawodu, wolnością zarobkowania lub swobodą gospodarczą.

² Por. M. Pawełczyk, *Zasada wolności gospodarczej – próba uplasowania w systemie społecznej gospodarki rynkowej*, „Radca Prawny” 2010, nr 4.

prekursorów tzw. szkoły klasycznej ekonomii politycznej (w zasadniczej mierze W. Petty'ego i J. Locke'a). Był to zarówno odzew, jak i sprzeciw na merkantylistyczną reglamentację i kontrolę życia gospodarczego. Pierwowzorem współczesnego neoliberalizmu jest właśnie osiemnastowieczny liberalizm gospodarczy, który opierał się głównie na wolności gospodarczej, traktowanej jako wolność publiczna, oraz zasadzie ogólnej prawa³. Rozkwit idei wolności gospodarczej miał miejsce w XIX wieku. Wówczas przyjmowano nieskrępowane reguły gry rynkowej jako podstawy ustroju gospodarczego, aczkolwiek wyłącznie na potrzeby obrotu gospodarczego wewnątrz państwa, albowiem obrót międzynarodowy podlegał znacznej reglamentacji⁴.

Pierwsze normy odnoszące się do wolności gospodarczej zostały zawarte w ustawodawstwie Wielkiej Rewolucji, następnie w liberalnej Konstytucji Republiki z 1793 r. oraz w Konstytucji z 1848 r. W Stanach Zjednoczonych wolność gospodarcza ujawniła się w Deklaracji Praw Człowieka z dnia 4 lipca 1776 r. Dopiero koniec XIX wieku przyniósł zerwanie z absolutną zasadą wolności gospodarczej. W USA pierwszym aktem, który zawierał reglamentację dotychczasowej swobody gospodarczej, o zasięgu federalnym, była ustawa o międzystanowym handlu z 1887 r. (*Interstate Commerce Act*) oraz pochodząca z 1890 r. ustawa antytrustowa (*Sherman Act*). W okresie międzywojennym rozpoczął się proces ostatecznego przemodelowania zasady wolności gospodarczej w kierunku znacznej reglamentacji. Związane było to z rozwojem koncepcji państwa dobrobytu, którego cechą jest znaczny interwencjonizm państwa lub nacjonalizacja niemalże całości sfer gospodarki (jak to miało miejsce w większości krajów bloku radzieckiego) bądź fragmentów gospodarki w krajach zachodnich.

W prawie polskim w okresie międzywojennym na szczęblu konstytucyjnym zasadę swobody gospodarczej w Konstytucji RP z dnia 17 marca 1921 r.⁵ wywodzono z gwarantowanych praw obywatelskich wyboru zajęcia i zarobkowania (art. 101). Konstytucja z dnia 23 kwietnia 1935 r.⁶ nie zawierała odniesień wprost do wolności gospodarczej, stanowiąc niejako odwrót do liberalnej, w tym zakresie, poprzedniczki z 1921 roku. Aktem prawnym, który w okresie międzywojennym normował kwestie tzw. wolności przemysłowej było rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 7 czerwca

³ Zob. E. Kosiński, *Wolność gospodarcza i konkurencja jako elementy ustroju gospodarczego państwa*, „Radca Prawny” 2005, nr 5, s. 8 i n.

⁴ Uzasadnienie takiego postępowania znajdowały wyraz m.in. w niemieckiej koncepcji państwa-stróża, angielskiego *let-alone* oraz zasadzie, iż najlepsze, co może zrobić rząd, to nic nie robić, oprócz pełnienia funkcji ochronnych i stabilizujących istniejący stan.

⁵ Dz. U. Nr 44, poz. 267.

⁶ Dz. U. R.P. Nr 30, poz. 227.

1927 r. o prawie przemysłowym⁷, które formalnie obowiązywało aż do 1 stycznia 1973 r. Eliminacji z systemu powszechnie obowiązującego prawa zasady wolności gospodarczej dokonała już ówczesna Konstytucja PRL z dnia 22 lipca 1952 r.⁸ W świetle art. 1 rozporządzenia o prawie przemysłowym, za „przemysł” uważane było wszelkie zatrudnienie zarobkowe lub przedsiębiorstwo, wykonywane samoistnie i zawodowo, bez względu na to, czy polegało na wytwarzaniu, przetwarzaniu, handlu, czy też na świadczeniu usług. Zasadę wolności gospodarczej przewidywał przepis art. 3 powyższego rozporządzenia, który stanowił, iż prowadzenie przemysłu jest wolne i dozwolone każdemu, o ile rozporządzenie niniejsze nie przewiduje w tym względzie wyjątków lub ograniczeń. Przywrócenie zasady wolności gospodarczej po II wojnie światowej miało miejsce ustawą z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej⁹. W regulacji ustawowej, przedmiotowa zasada została później zawarta w ustawie z dnia 19 listopada 1999 r.¹⁰, a następnie w obecnie obowiązującej ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹¹.

Konstytucyjne normy chroniące wolność gospodarczą zawarte w art. 6 znowelizowanej Konstytucji (RP) z 1952 r., w którym przyjęto zasadę swobody działalności gospodarczej, bez względu na formę własności. Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.¹² nie kreuje zasady wolności gospodarczej jako podstawy ustroju gospodarczego kraju. Obecnie podłożem tegoż ustroju jest społeczna gospodarka rynkowa, natomiast wolność działalności gospodarczej jest wyłącznie jednym z jej elementów obok własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych¹³.

Mając na uwadze powyższe, można skonstatować, że zasada wolności gospodarczej w prawodawstwie poszczególnych państw europejskich, posługujących się pojęciem swobody przedsiębiorczości tworzy podstawy

⁷ Dz. U. Nr 53, poz. 468 z późn. zm.

⁸ T. jedn. Dz. U. z 1976 r. Nr 7, poz. 36 z późn. zm.

⁹ Dz. U. Nr 41, poz. 324.

¹⁰ Dz. U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.

¹¹ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, dalej jako: u.s.d.g.

¹² Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

¹³ Współcześnie jedynie część państw posiada regulację zasady wolności gospodarczej na szczeblu konstytucyjnym wraz z konstytucyjnymi gwarancjami jej ochrony, bowiem wprowadzono ją wyraźnie w konstytucjach: Grecji z 1975 r., Hiszpanii z 1978 r., Meksyku z 1917 r., Norwegii z 1814 r., Szwajcarii z 1999 r., Szwecji z 1974 r., Włoch z 1947 r. czy Izraela z 1994 r. W szeregu państwach konstytucja zawiera wyłącznie wolność wyboru zawodu i zarobkowania (Konstytucja Austrii z 1920 r.), prawo do pracy i swobodnego wyboru aktywności zawodowej (Konstytucja Belgii z 1831 r.), wolność wyboru zajęcia (Konstytucja Niemiec z 1947 r.).

integracji europejskiej. Jej zadaniem jest wszak zapewnienie nieskrępowanej możliwości wyboru miejsca prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium UE przez osoby fizyczne oraz przedsiębiorstwa. Swoboda ta jest regulowana w art. 49-54 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako: TFUE) i posiada szczególny charakter, bowiem art. 26 ust. 2 TFUE *expressis verbis* jej nie wskazuje. Pojmowana jest jako część swobody przepływu osób, gdyż do swej realizacji wymaga tzw. mobilności podmiotów, czyli przekraczania granic państwowych i swobodnego wyboru miejsca wykonywanej działalności gospodarczej. Unijna swoboda przedsiębiorczości jest również pojmowana jako element swobody świadczenia usług, skorelowana z tworzeniem i funkcjonowaniem rynku wewnętrznego, obejmującego szeroko rozumianą politykę gospodarczą i społeczną. Wszelkie procesy integracyjne wymagają, dla swej skuteczności, zagwarantowania swobód w zakresie działalności gospodarczej, czego konsekwencją jest unijny obowiązek realizacji ochrony wolności gospodarczej przy ujednoliconych warunkach, na obszarze całego rynku wewnętrznego, realizowanej z zachowaniem różnorodności form wykonywanej działalności gospodarczej. Zatem swoboda przedsiębiorczości jest pojęciem szerszym, niż swoboda działalności gospodarczej.

Pojęcie wolności gospodarczej jest niejednolicie pojmowane w doktrynie. Zdaniem A. Walaszek-Pyziół, zasada wolności gospodarczej jest tzw. publicznym prawem podmiotowym o charakterze negatywnym, któremu odpowiada ogólny obowiązek państwa nienaruszania swobody działania beneficjentów tego prawa w sferze działalności gospodarczej¹⁴. W ujęciu przedmiotowym wolność gospodarcza stanowi wiązkę swobód dotyczących podejmowania, organizacji i prowadzenia działalności gospodarczej. Nie podlega dyskusji to, iż prawne zagwarantowanie przedsiębiorcom jedynie swobody podejmowania działalności gospodarczej nie miałoby większego sensu, gdyby następnie nie było możliwości swobodnego jej organizowania i prowadzenia. W ocenie S. Biernata wolność gospodarcza jest konstrukcją danego porządku prawnego i oznacza domniemanie swobody podejmowania i prowadzenia działalności przez przedsiębiorców, o ile nic innego nie wynika z przepisów ustawowych¹⁵. W ujęciu legislacyjnym wolność gospodarcza jest kategorią wolności prawnie chronionej. Jak konstatują S. Wronkowska i M. Zieliński: „Jest to sytuacja prawna, która powstaje dla podmiotu A w następstwie ustanowienia normy zakazującej wszystkim, czy też niektórym podmiotom innego rodzaju niż podmiot A,

¹⁴ A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, s. 8 i n. Podobny pogląd wyraża W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 1, s. 36 i n.

¹⁵ S. Biernat, *Podejmowanie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994, nr 9, s. 10.

realizowania działań interweniujących w jakąś sferę zachowań podmiotu A. [...] Dla stworzenia jakiegos podmiotowi sytuacji określonej jako wolność prawnie chroniona trzeba wskazać w przepisach prawnych: (a) zakres spraw (dziedzinę), w które zakazana jest ingerencja, (b) podmiot, w którego sprawy ingerować nie wolno, (c) adresatów normy, tj. podmioty, które zobowiązuje się do nieingerowania”¹⁶. Z kolei zdaniem J. Grabowskiego wolność gospodarcza jako konstrukcja prawna jest zasadą prawa. Z zasady tej bowiem wynika domniemanie swobody, zarówno co do podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, jak i wolności od ingerencji państwa w sferę gospodarki. Wolność gospodarcza stanowi swobodę tworzenia przedsiębiorstwa i wyboru miejsca prowadzenia działalności, a także swobodę wyboru przedmiotu i zakresu prowadzonej działalności¹⁷. Spotkać się można również z poglądem, iż na pojęcie wolności gospodarczej składają się: prawo własności, wolność osobista, wolność wyboru zajęcia miejsca zamieszkania, prawo do przedsiębiorczości, prawo do równości wobec prawa, prawo do konkurencji czy wolność umów¹⁸. Natomiast C. Kosikowski w ramach wolności gospodarczej wyróżnia trzy aspekty, które należy interpretować łącznie¹⁹. Po pierwsze, aspekt ekonomiczny, który jest warunkiem funkcjonowania gospodarki rynkowej i nie można z niej czynić użytku, zakładając jednocześnie ograniczenie funkcjonowania prawa popytu i podaży, prawa wartości i konkurencji. Po drugie, aspekt polityczny, tj. bezwzględne związanie tej zasady z wolnością polityczną, jako warunkiem jej funkcjonowania. Po trzecie, aspekt prawny, bowiem z norm prawnych wynika zakres wolności gospodarczej oraz jej treść. Natomiast K. Strzyczkowski wywodzi, iż wolność gospodarcza oznacza nie tylko i wyłączenie prawo samostanowienia przedsiębiorców, ale stanowi obiektywną zasadę organizującą gospodarkę w sposób zakładający ścisły związek między prywatną autonomią, swobodą umowną, gwarancją własności a mechanizmem konkurencji²⁰.

W konsekwencji można przyjąć, że uznanie zasady wolności gospodarczej zarówno jako prawa podmiotowego, jak i zasady prawa nie wyklucza się wzajemnie, co więcej, można traktować je jako zasady subsydiarne względem siebie. Wolność gospodarcza jest stosowana głównie przez organy państwa w postępowaniu podmiotów prawa. Z kolei wolność

¹⁶ S. Wronkowska, M. Zieliński, *Problemy i zasady redagowania tekstów prawnych*, Warszawa 1993, s. 43.

¹⁷ J. Grabowski, *Prawne granice wolności gospodarczej. Rozprawy z prawa cywilnego i ochrony środowiska*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego” 1992, nr 1298.

¹⁸ K. Pawłowicz, *Prawo i społeczeństwo obywatelskie*, Warszawa 1990, s. 103.

¹⁹ C. Kosikowski, *Wolność gospodarcza w prawie polskim*, Warszawa 1995, s. 28.

²⁰ K. Strzyczkowski, *Kilka uwag o istocie i granicach wolności gospodarczej*, [w:] *Granice wolności gospodarczej w systemie społecznej gospodarki rynkowej. Księga jubileuszowa z okazji 40-lecia pracy naukowej prof. dr. hab. Jana Grabowskiego*, Katowice 2004, s. 288.

gospodarcza, jako prawo podmiotowe, określa granice praw przysługujących podmiotowi prawa. Kluczowym dla pełnej analizy przedmiotowej zasady jest jasne wskazanie metod i granic ograniczenia zasady wolności gospodarczej²¹. W ocenie autora nie można oderwać zasady wolności gospodarczej od zasady konkurencji, albowiem zasada ta traktowana jako prawo podmiotowe kształtowana jest przez reguły funkcjonowania gospodarki konkurencyjnej, gdzie podstawowym czynnikiem weryfikującym jest osiągnięty rezultat pojmowany w wymiarze ekonomicznym prowadzonej działalności gospodarczej. Tymczasem pojmowanie zasady wolności gospodarczej powinno uwzględniać również inne, niż osiągnięcie optymalnego wyniku ekonomicznego (czyli poprzestanie wyłącznie na rozumieniu właściwym dla *homo economicus* zgodnie z koncepcjami A. Smitha), właściwe czynniki o charakterze etycznym czy moralnym. Działalność gospodarcza nie jest bowiem uplasowana w przestrzeni pozbawionej zasadniczych elementów o wymiarze konstytucyjnym związanych z zasadą społecznej gospodarki rynkowej, wraz ze stanowiącymi jej sens, obok zasady wolności gospodarczej, własności prywatnej, solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych, o których mowa w art. 20 Konstytucji RP. Natomiast kryteriami, które powinny być bezwzględnie uwzględniane w ramach prowadzonej działalności gospodarczej opartej na zasadzie wolności gospodarczej są normy etyczno-moralne. Termin „społeczna” wskazuje, że jest to ustrój gospodarczy, który z jednej strony akceptuje zasadę liberalizmu i gospodarkę rynkową, z drugiej zaś ustanawia pewne regulatory przebiegu procesów gospodarczych w celu zapewnienia realizacji postulatów społecznych. Socjalna gospodarka różni się zatem tym od gospodarki wolnorynkowej, że odrzuca jej skrajności, dopuszcza interwencję państwa w gospodarce i zakłada ocenę stosunków gospodarczych według kryterium równości społecznej²².

Zasada wolności gospodarczej, biorąc pod uwagę jej uplasowanie konstytucyjne w art. 20, jako element społecznej gospodarki rynkowej nie posiada waloru zasady absolutnej i niewzruszalnej. Wszelkie jej ograniczenia powinny odbywać się zgodnie z regułą określoną w art. 22 Konstytucji, zgodnie z którym ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Zatem za regułą ogólną należy uznać wolność przedsiębiorcy, natomiast wyjątkiem są zakazy i ograniczenia. Względem tych ostatnich nie można wyprowadzać ich domniemań, albowiem muszą być wyraźnie wprowadzone przepisem prawa, a wszelkie domniemania powin-

²¹ Zob. również A. Powałowski, *Wolność gospodarcza a konkurencja*, [w:] *Granice wolności...*, s. 204. Ciekawą charakterystykę wolności gospodarczej zob. idem, *Leksykon prawa gospodarczego publicznego*, Warszawa 2009, s. 312 i n.

²² W. Skrzydło (red.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 1998, s. 157-158.

ny realizować zasadę działania w każdym przypadku na rzecz swobody przedsiębiorcy (*in dubio pro libertate*)²³. Konstytucja w art. 22 zawiera dwie przesłanki, które muszą być łącznie spełnione celem wprowadzenia jakiegokolwiek postaci ograniczenia wolności gospodarczej. Po pierwsze, konieczność stosowania drogi ustawowej, oraz po drugie, ograniczenie przedmiotowej wolności może mieć miejsce wyłącznie z uwzględnieniem kryterium ważnego interesu publicznego. W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego regulacja ustawowa jest jedyną dopuszczalną formą ustanawiania ograniczeń swobody. Konstytucyjnie zakazane jest samoistne, tzn. nie oparte na odpowiednio precyzyjnym upoważnieniu ustawowym, ustanawianie takich ograniczeń przez akty nie mające ustawowej rangi²⁴. Z kolei ocena, czy zachodzi ważny interes publiczny, powinna być dokonywana z uwzględnieniem art. 31 Konstytucji, który wskazuje płaszczyzny podlegające szczególnej ochronie przez państwo, tj. bezpieczeństwo, porządek publiczny, środowisko, zdrowie, moralność publiczna oraz wolności i prawa innych osób. Zatem tylko na polach chronionych i zastrzeżonych w Konstytucji dla sfery publicznej można wprowadzać regulacje ograniczające wolność gospodarczą. Niewątpliwie pomocniczą dla łącznej interpretacji konstytucyjnych przesłanek ograniczenia wolności gospodarczej jest uwzględnianie tzw. zasady proporcjonalności, oznaczającej, iż przy dążeniu do pełnej realizacji określonego celu należy stosować ograniczenia wolności gospodarczej jak najmniej dla niej uciążliwe. Co ciekawe, niektórzy przedstawiciele doktryny dopatrują się jeszcze dodatkowych warunków, które muszą być spełnione, aby skutecznie ograniczać wolność gospodarczą, tj. musi być spełniona przesłanka legalności

²³ Takie stanowisko zajął również Sąd Najwyższy – uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 10 stycznia 1990 r., sygn. akt III CZP 97/89, OSN 1990, poz. 74, s. 6.

²⁴ Zob. m.in. orzeczenie TK z dnia 12 lutego 1991 r., sygn. akt K. 6/90, OTK 1991, s. 22. Trybunał Konstytucyjny dokonał również określenia mierników oceny wprowadzanych ograniczeń, tj. skuteczność regulacji, niezbędność regulacji dla ochrony interesu publicznego oraz proporcję efektów do ciężarów nałożonych na jednostkę. W zakresie drugiej przesłanki, tj. kryterium ważnego interesu publicznego aktualnie staje się orzeczenie SN z dnia 19 listopada 1993 r., zgodnie z którym w państwie prawa nie ma miejsca dla mechanicznie i sztywno pojmowanej zasady nadrzędności interesu ogólnego nad interesem indywidualnym. Oznacza to, że w każdym przypadku działający organ ma obowiązek wskazać, o jaki interes ogólny (publiczny) chodzi, i udowodnić, iż on jest na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień indywidualnych obywateli. Zarówno istnienie takiego interesu, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym wypadku interesu publicznego nad indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli instancyjnej i sądowej, a już szczególnie wówczas, gdy chodzi o udowodnienie, iż w interesie publicznym leży ograniczenie (lub odjęcie) określonego przez Konstytucję RP prawa własności. Zob. wyrok SN z dnia 18 listopada 1993 r., sygn. akt III ARN 49/93, OSNC 1994, nr 9, poz. 181.

interesu społecznego chronionego ograniczeniem oraz adekwatności celu i środków²⁵.

Co do zasady, pojęcie wolności gospodarczej podmiotowo obejmuje swoim zakresem przedsiębiorców w rozumieniu przepisów u.s.d.g., tj. podmiotów wyraźnie zdefiniowanych w ustawie, czyli osób fizycznych, osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych niebędących osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą, w tym również wspólników spółek cywilnych w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, normatywnie określanej jako zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Zatem każdy podmiot, który wykazuje aktywność gospodarczą podlega konstytucyjnej regulacji wolności gospodarczej. Jednakże, jak wywiódł Trybunał Konstytucyjny²⁶, zasada wolności działalności gospodarczej – patrząc pod kątem podmiotowym – nie obejmuje w jednakowym stopniu wszystkich podmiotów faktycznie zajmujących się jej prowadzeniem. Z użycia w art. 20 i art. 22 Konstytucji zwrotu „wolność działalności gospodarczej” wynika, że chodzi o działalność jednostek osób fizycznych oraz instytucji „niepaństwowych” czy też – szerzej rzecz ujmując – niepublicznych, które mają prawo samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, o zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej. Chodzi tu więc o osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi. Formuły wolnościowej nie można używać w odniesieniu do państwa i innych instytucji publicznych, których bezpośredni udział lub pośredni wpływ na gospodarkę nie jest wykluczony, ale których działalność podlegać musi innemu reżimowi pod względem konstytucyjnym niż działalność podmiotów prywatnych. Państwo i inne instytucje publiczne (w tym władze publiczne) nie mogą być adresatem uprawnień, wynikających z konstytucyjnej gwarancji dla wolności działalności gospodarczej. Państwo może być bowiem w tym przypadku jedynie podmiotem zobowiązanym do poszanowania uprawnień jednostek i innych podmiotów spoza „sektora publicznego”. Państwo nie może być na podstawie samej konstytucji zobowiązane wobec samego siebie, ani wobec swoich jednostek organizacyjnych. Z konstytucyjnej zasady wolności działalności gospodarczej nie mogą wynikać żadne uprawnienia instytucji publicznych

²⁵ R.W. Kaszubski, K. Radzikowski, *Wolność gospodarcza i warunki dopuszczalności jej ograniczeń*, „Glosa” 2000, nr 3, s. 1.

²⁶ Zob. wyrok TK z dnia 7 maja 2001 r., sygn. akt K 19/00, OTK 2001, nr 4, poz. 82.

wobec samego państwa, w tym także roszczenie o zaniechanie ingerencji, instytucje te działają bowiem na podstawie i w granicach ustaw. Tak więc pod względem podmiotowym państwowe jednostki organizacyjne, w szerokim tego słowa znaczeniu, nie są adresatem konstytucyjnej gwarancji wolności działalności gospodarczej.

Państwo i organy państwowe nie mogą również całkowicie swobodnie kształtować swego udziału (lub całkowicie zaniechać udziału) w życiu gospodarczym. Po pierwsze, z art. 20 Konstytucji wypływa wniosek, iż prowadzenie przez państwo i jego agendy działalności gospodarczej winno mieć charakter wyjątku, co może budzić określone wątpliwości, biorąc pod uwagę znaczny udział państwa w gospodarce, co jest w znacznej mierze pozostałością po poprzednim ustroju nakazowo-rozdzielczym. Po drugie, prowadzenie przez państwo działalności gospodarczej winno być uzasadnione realizacją innych wartości konstytucyjnych, w szczególności powinno służyć zapewnieniu społecznego charakteru gospodarki narodowej i zrównoważonemu rozwojowi (art. 5 Konstytucji). Po trzecie, działalność państwa nie może naruszać fundamentalnej dla gospodarki rynkowej zasady swobodnej konkurencji, co polega w szczególności na zakazie preferencji dla podmiotów państwowych. Łączy się to ściśle z zakazem jakiegokolwiek dyskryminacji w tym zakresie podmiotów niepaństwowych. Po czwarte, zasada społecznej gospodarki rynkowej wymaga, aby państwo oraz inne instytucje publiczne w stosunkach z podmiotami z sektora prywatnego (w stosunkach zewnętrznych z punktu widzenia instytucji publicznych) działały w formach i na zasadach rynkowych. Niewątpliwie obecnie obowiązujące normy prawa pomocy publicznej wyraźnie wskazują granice udziału państwa i środków państwowych w gospodarce, stanowiąc skuteczny mechanizm zachowania tzw. równowagi rynkowej.

W ujęciu przedmiotowym wolność gospodarcza jest pojęciem, które obejmuje swym zakresem całą wiązkę wolności, przysługujących podmiotom uczestniczącym w obrocie gospodarczym. Zatem wyróżnić można cztery sfery wolności gospodarczej: po pierwsze, wolność organizacyjną, czyli swobodę wyboru formy organizacyjno-prawnej, w której zainteresowany podmiot zamierza aktywnie uczestniczyć w obrocie gospodarczym; po drugie, wolność kierowania, czyli swobodę w zakresie prowadzenia spraw oraz reprezentacji danego podmiotu; po trzecie, wolność podejmowania działań rynkowych, oznacza to swobodę kreowania podstawowych wskaźników o charakterze ekonomicznym; po czwarte, prawną ochronę bytu danego przedsiębiorcy, czyli zbiór przepisów, które chronią przedsiębiorców, a zawartych m.in. w Kodeksie cywilnym²⁷, ustawie o zwal-

²⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U Nr 16, poz. 93 z późn. zm.

czaniu nieuczciwej konkurencji²⁸, ustawie antymonopolowej²⁹ czy Prawie własności przemysłowej³⁰. Granicą powyższych płaszczyzn wolności są wszelkie przepisy, które wprowadzają jej reglamentację na zasadach określonych w art. 22 Konstytucji. Dokonując rozbioru pojęcia wolności gospodarczej, wyróżniamy następujące jej swobody, obejmujące pojęcie podejmowania działalności gospodarczej (tj.: swobodę wyboru przedmiotu działalności gospodarczej, swobodę wyboru formy organizacyjnej działalności gospodarczej, swobodę doboru środków majątkowych służących podjęciu działalności, swobodę w kwestii podjęcia działalności gospodarczej osobiście lub przy wykorzystaniu pracowników najemnych), jak i swobodę prowadzenia działalności gospodarczej (swobodę w zakresie nabywania zbywania towarów i usług, swobodę umów, swobodę ustalania cen, swobodę konkurowania, swobodę wyboru koncepcji i programu gospodarowania, swobodę wyboru miejsca prowadzenia działalności gospodarczej czy swobodę w zakresie zorganizowania przedsiębiorstwa)³¹.

3. Radca prawny jako przedsiębiorca i gwarant bezpieczeństwa prawnego przedsiębiorców

W Polsce działa prawie dwa miliony przedsiębiorców, z czego zdecydowaną większość stanowią osoby fizyczne wykonujące działalność gospodarczą. Do tej grupy wchodzi wielotysięczna rzesza radców prawnych wykonujących, co do zasady, swój zawód w ramach indywidulanej kancelarii albo osobowej spółki prawa handlowego³². Podmioty te w obrocie gospodarczym występują często w podwójnej roli, tj. jako przedsiębiorcy jednocześnie świadczący swoje usługi na rzecz innych przedsiębiorców. Kreuje to szczególnie stosunek korelacji interesów, bowiem radcowie prawni, gwarantując – poprzez swoje usługi bezpieczeństwo prawne przedsiębiorców, realizują ideę przedsiębiorczości, wykonując działalność gospodarczą, której immanentną cechą jest ciągły, zorganizowany i zarobkowy charakter.

²⁸ Ustawa z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa, Dz. U. Nr 34, poz. 173.

²⁹ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r., Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm., dalej jako: ustawa antymonopolowa.

³⁰ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej, t. jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.

³¹ Zob. A. Powałowski, *Wolność gospodarcza...*, s. 202. Por. również M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19 listopada 1999 r.*, Zakamycze 2000, s. 71 i n.

³² Pamiętając o licznej grupie radców prawnych wykonujących zawód w ramach stowarzyszenia.

Bez wątpienia posiadanie statusu przedsiębiorcy przez radców prawnych wzmacnia ich pozycję w obrocie gospodarczym, poprzez nadanie im partnerskiego miejsca względem innych przedsiębiorców.

Dochodzenie radców prawnych do statusu przedsiębiorcy było procesem długofalowym i *de lege lata* nie budzi już jakichkolwiek wątpliwości teza, iż zawodowa działalność radców prawnych jest działalnością gospodarczą *sensu stricto* w rozumieniu u.s.d.g.

Przełomowym dla rozwoju przedsiębiorczości radców prawnych było wprowadzenie w ustawie z dnia 6 kwietnia 1990 r. o zmianie ustawy o działalności gospodarczej³³ kluczowego dla zawodu radcy prawnego art. 24 ustawy o działalności gospodarczej³⁴ (uchylony został po 7 latach ustawą z dnia 22 maja 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych i niektórych innych ustaw³⁵). Mocą tego przepisu radca prawny, który dotąd wykonywał obsługę prawną jednostek gospodarki uspołecznionej, wyłącznie na podstawie umowy o pracę lub zlecenia, uzyskał prawo podjęcia działalności gospodarczej w zakresie świadczenia pomocy prawnej, doradztwie, sporządzaniu opinii prawnych oraz świadczenia zastępstwa procesowego ówczesnym podmiotom gospodarczym w zakresie ich działalności gospodarczej. Skutkiem wejścia w życie tego przepisu było tworzenie indywidualnych kancelarii, a także spółek z udziałem przedstawicieli wolnych zawodów prawniczych jako podmiotów gospodarczych wykonujących działalność gospodarczą. Jak podkreśla się w literaturze, przyjmując za kryterium przedmiotowe zakres zmian uchwalanych przepisów poczynawszy od 1989 r., można wyróżnić trzy kluczowe okresy w procesie kształtowania i dochodzenia przez radców prawnych do statusu przedsiębiorcy³⁶, tj.:

- 1) okres od 1990 r. do 15 września 1997 r. – obejmujący okres od uchwalenia ustawy zmieniającej ustawę o działalności gospodarczej z 1988 r. poprzez wprowadzenie art. 24, traktującego świadczenie pomocy prawnej przez radców prawnych i adwokatów w kancelariach indywidualnych oraz spółkach z ich udziałem jako działalność gospodarczą, do uchylenia tego przepisu przez ustawę z dnia 22 maja 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw;
- 2) okres od 15 września 1997 r. do 2 lipca 2004 r. – w którym świadczenie pomocy prawnej przez radców prawnych nie było traktowane

³³ Dz. U. Nr 26, poz. 149.

³⁴ Ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej, Dz. U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.

³⁵ Dz. U. Nr 75, poz. 471.

³⁶ Zob. K. Stoga [w:] A. Bereza (red.), *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, Warszawa 2010.

jako prowadzenie działalności gospodarczej. Wynikało to z uchylenia przepisu art. 24 ustawy o działalności gospodarczej, a w konsekwencji podstawą działalności zawodowej radców prawnych była ustawa o radcach prawnych. Ponadto ustawa z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej³⁷ w art. 87 wprost stanowiła, iż świadczący pomoc prawną nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów niniejszej ustawy, a działalność polegającą na świadczeniu pomocy prawnej określają przepisy ustawy – Prawo o adwokaturze i ustawy o radcach prawnych;

- 3) okres od 2 lipca 2004 r. do chwili obecnej – w którym świadczenie pomocy prawnej przez radców prawnych, za wyjątkiem wykonywania jej na podstawie umowy o pracę, zgodnie z przepisami u.s.d.g. jest uznawane jako wykonywanie działalności gospodarczej, a zatem radca prawny wykonujący działalność zawodową wprost został uznany za przedsiębiorcę. Powyższe jest wynikiem włączenia działalności zawodowej do pojęcia działalności gospodarczej obok działalności wytwórczej, budowlanej, handlowej, usługowej oraz poszukiwania, rozpoznawania i wydobywania kopaliny ze złóż.

De lege lata wykonywanie zawodu radcy prawnego, jako przedsiębiorcy, podlega tzw. podwójnej rejestracji, tj.: korporacyjnej, czyli we właściwych organach samorządu zawodowego oraz administracyjnej, czyli centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej (w przypadku wykonywania zawodu radcy prawnego w ramach indywidualnej kancelarii) lub Krajowym Rejestrze Sądowym (w przypadku wykonywania zawodu w ramach spółki osobowej prawa handlowego). Jednakże z zastrzeżeniem, iż w przypadku wykonywania zawodu radcy prawnego w ramach:

- 1) spółki jawnej, w której wspólnikami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej³⁸;
- 2) spółki partnerskiej, w której partnerami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej;
- 3) spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, w której komplementariuszami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy paten-

³⁷ Dz. U. Nr 101, poz. 1178.

³⁸ Dz. U. Nr 126, poz. 1069 z późn. zm.

towi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, wówczas przedsiębiorcą jest spółka, która wykonuje działalność gospodarczą we własnym imieniu.

Zatem radca prawny wykonujący działalność zawodową w ramach indywidualnej kancelarii staje się przedsiębiorcą, spełniając jednocześnie przesłanki zarobkowe działalności zawodowej wykonywanej we własnym imieniu w sposób zorganizowany i ciągły. Cechą działalności zawodowej jest profesjonalizm, oparty na prawniczym wykształceniu, posiadaniu uprawnień radcy prawnego, potwierdzonych wpisem na listę radców prawnych. Zorganizowany charakter działalności oznacza, iż działalność radcy prawnego jest zorganizowana, czyli mająca odpowiedni substrat organizacyjny i majątkowy w postaci indywidualnej kancelarii lub spółki. Natomiast ciągłość wskazuje, iż ta działalność jest wykonywana z zamiarem wykonywania w sposób stały, nie zaś jednorazowy czy też incydentalny.

Należy podkreślić, iż *de lege lata* pomimo uznania wykonywania zawodu radcy prawnego jako zawodowej działalności gospodarczej występuje swoisty stan „niedoregulowania”. Pomimo bowiem wyraźnego uregulowania zawodu radcy prawnego (w ramach implementacji unijnych dyrektyw dotyczącymi zawodów regulowanych w ustawie z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej³⁹) w dalszym ciągu wykonywanie tej działalności nie jest działalnością regulowaną w rozumieniu art. 64 u.s.d.g.⁴⁰ Bezpośrednią tego konsekwencją jest praktyczna dopuszczalność rozpoczęcia działalności gospodarczej przez każdą osobę, bez zbadania ich kompetencji i kwalifikacji, w tym nawet posiadania wykształcenia prawniczego. Przepisy bowiem w tym stanie „niedoregulowania” odmawiają prawa żądania przedłożenia przez wnioskodawcę jakichkolwiek dokumentów, które potwierdzają, iż dana osoba posiada kwalifikacje i kompetencje do wykonywania zawodu radcy prawnego czy adwokata.

Potwierdzona właściwym, prawniczym wykształceniem, odpowiednimi kwalifikacjami oraz czynnościami o charakterze konstytutywnym (wpis na listę radców prawnych), wysoka jakość świadczonych przez radców prawnych usług doradztwa prawnego stanowi w ocenie autora przesłankę wykonywania działalności gospodarczej w sposób prawidłowy, mając na względzie zasadę legalizmu podejmowanych działań przez

³⁹ Dz. U. Nr 63, poz. 394.

⁴⁰ Objęto natomiast działalnością regulowaną m.in. zawód lekarza czy dentysty, zob. art. 49a ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i dentysty, Dz. U. Nr 136, poz. 857.

przedsiębiorcę. Konieczność – zabezpieczona przymusem państwowym bądź regulami cywilnoprawnej odpowiedzialności kontraktowej – przestrzegania przez przedsiębiorców przepisów prawa, zwłaszcza w dobie dynamicznych zmian legislacyjnych, powoduje wręcz stan niemożliwości prawidłowego funkcjonowania. Ogromna ilość tworzonych lub zmienianych przepisów powoduje trudności interpretacyjne, częste nowelizacje ustaw powodują, iż ustawy tracą swoją spójność i powoduje to trudności w wykładni przepisów prawa. Prostą tego konsekwencją jest to, iż staje się fikcją założenie o powszechnej znajomości przepisów prawa przez przedsiębiorców. Natomiast konsekwencje naruszenia przepisów prawa posiadają, często wymiar majątkowy, jak np. kara nakładana przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który ma możliwość nakładania na przedsiębiorców kar finansowych, m.in. za praktyki ograniczające konkurencję, czyli za nadużywanie pozycji dominującej i zawieranie niedozwolonych porozumień antykonkurencyjnych, a maksymalna wysokość sankcji może wynieść nawet 10% przychodów przedsiębiorcy w roku poprzedzającym wydanie decyzji⁴¹.

4. Podsumowanie

De lege lata zasada wolności gospodarczej w Polsce nie posiada waloru zasady bezwzględnej. Jest to m.in. konsekwencją jej uplasowania w ustawie zasadniczej, jako tylko jednego z kilku założeń systemu społecznej gospodarki rynkowej zgodnie z art. 20 Konstytucji. Ciągłe zmiany i przeobrażenia gospodarcze, konieczność uwzględniania specyfiki pozostałości po poprzednim systemie gospodarki nakazowo-rozdzielczej, obowiązek dostosowania unormowań prawnych do regulacji unijnej oraz postępujące mechanizmy globalizacyjne powodują, iż poruszanie się przez przedsiębiorców w gąszczu przepisów obarczone jest dużym ryzykiem. Głównym środkiem przeciwdziałania niebezpieczeństwom i konsekwencjom naruszenia przepisów prawa jest profesjonalizm usług prawniczych świadczonych przez radców prawnych i adwokatów. Bez wątpienia również postulować należy *de lege ferenda* takie zmiany legislacyjne, które rozszerzą katalog stosunków prawnych, gdzie udział radcy prawnego lub adwokata będzie zabezpieczony przepisami rangi ustawowej. Dotyczyć to może zarówno dotychczasowych instytucji w ramach procedury sądowej (przy-

⁴¹ Szerzej na temat przedsiębiorcy zob. komentarz do art. 4 u.s.d.g. – M. Pawełczyk [w:] A. Powałowski (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2009; idem, *Prawo działalności gospodarczej – uwagi krytyczne*, „Rejent” 2001, nr 3; M. Pawełczyk, R. Blicharz, *Przedsiębiorca, czyli kto*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 3, s. 5 i n.

mus adwokacki), jak również kreowanych nowych instytucji o istotnym znaczeniu dla danej społeczności (np. lokalnej czy regionalnej w ramach instytucji partnerstwa publiczno prywatnego). Rozumienie przez radców prawnych (zazwyczaj będących również przedsiębiorcami) specyfiki przedsiębiorczości pozwala dodatkowo wesprzeć przedsiębiorców, stawiając ich nie tylko na pozycji doradców prawnych, ale również nadając im pozycję doradcy strategicznego prowadzonych przedsięwzięć gospodarczych.

Wprowadzenie mechanizmów swoistego obligatoryjnego udziału radcy prawnego (wynikającego wprost z przepisów prawa) w określonych procedurach sądowych czy administracyjnych, bądź realizowaniu nowych konstrukcji prawnych w obrocie gospodarczym nie będzie stanowić naruszenia zasady wolności gospodarczej, lecz w ocenie autora będzie jej gwarancją. Tylko bowiem legalizm podejmowanych działań, warunkuje realizację podstawowych zasad społecznej gospodarki rynkowej opartej nie tylko na zasadzie wolności gospodarczej, ale również na zasadzie własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych.

Radca prawny jako gwarant bezstronności i niezależności w postępowaniu arbitrażowym

1. Uwagi ogólne

Przystępując do analizy przesłanek zachowania zasady bezstronności i niezależności w postępowaniu arbitrażowym, należy zdefiniować pojęcia bezstronności i niezależności, poczynając od ich potocznego znaczenia. W tym kontekście pojęcie „bezstronność” może być rozumiane jako wolne od wszelkich nacisków, wpływów, przesądów zachowanie arbitra, mogące być uznane za takie w ocenie którejkolwiek ze stron sporu. Tak rozumiana bezstronność powinna stanowić punkt wyjścia dla rozważań, jak również prawidłowego funkcjonowania pojęcia w prawodawstwie, zwłaszcza jeżeli ma on pełnić samodzielną przesłankę omawianego zagadnienia. Bezstronność arbitra powinna być postrzegana poprzez pryzmat bezstronności sądu. Wskazując za A. Szumańskim, zarówno bezstronność, jak i niezależność należą do fundamentalnych cech jego statusu prawnego¹.

W rozważaniach sposobu interpretacji bezstronności sądu w pierwszej kolejności należy odnieść się do brzmienia art. 87 ust. 1 Konstytucji RP². Analizie powinny zostać poddane przepisy ustawy zasadniczej, a dopiero w dalszej kolejności wiążące Polskę akty prawa międzynarodowego oraz inne powszechnie obowiązujące źródła prawa krajowego. Ważnym uzupełnieniem powyższych odniesień jest odwołanie się do kodeksu etyki sędziowskiej, radcowskiej, którym trudno odmówić istotnego znaczenia dla kształtowania standardu bezstronności sądu mimo ich dość wąskiego zakresu obowiązywania. Przyjmując stanowisko I. Kanta, zakładające, że

¹ A. Szumański, *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego*, Warszawa 2010, s. 365 i 366.

² Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

etyka i prawo zawierają wiele wspólnych obowiązków, a różnią się podłożem zobowiązania³, to niewątpliwie sposób definiowania bezstronności w ramach etyki zawodu sędziowskiego będzie przenikał także na grunt tej definicji. Treść zasad etyki zawodowej jest – najogólniej mówiąc – wyznaczona przez treść roli społecznej przypisywanej osobom wykonującym określony zawód. Wyraźne artykułowanie zasad deontologicznych jest charakterystyczne jednak tylko dla niektórych zawodów, zwłaszcza tych cieszących się szczególnym prestiżem społecznym, których wykonywanie wymaga szczególnego zaufania. Przedstawiciele takich zawodów zrzeszają się w zawodowe korporacje, stawiające sobie za cel m.in. kontrolowanie przestrzegania zasad deontologicznych przez członków korporacji i wymierzanie kar dyscyplinarnych za ich łamanie. Tego rodzaju działania korporacji zawodowych, zwłaszcza poprzez spisywanie (czyli kodyfikowanie) zasad deontologicznych i reagowanie na przypadki ich łamania, są uważane za zachowania powodujące podniesienie lub ochronę prestiżu zawodu.

Przez zawody – ang. *professions* (najbliższym polskim odpowiednikiem jest termin „wolny zawód”) – rozumie się zawody, których uprawianie związane jest z kontraktem społecznym wynikającym ze szczególnej roli spełnianej w społeczeństwie przez profesjonalistów wykonujących dany zawód. Zawodom społecznie kwalifikowanym jako tzw. zawody zaufania publicznego społeczeństwo stawia wymóg posiadania bardzo wysokich kwalifikacji fachowych, stałego doskonalenia poziomu umiejętności i zasobu wiedzy fachowej, a także bardzo wysokich, wyższych niż przeciętne, wymogów etycznych, nienarzucanych z zewnątrz, natomiast tradycyjnie kształtowanych przez samo środowisko korporacji zawodowej⁴.

Podstawowe zasady etyki prawniczej spełniają bardzo istotne funkcje. Po pierwsze, zasady te spełniają funkcje integrujące. Dzięki bowiem zasadom podstawowym możliwa jest odpowiedź na pytania o powinności etyczne, powinności wynikające z łączenia różnych zawodów prawniczych czy też z przechodzenia od jednego zawodu do drugiego, szczególnie pomiędzy zawodami wolnymi a zawodami ze sfery służby publicznej. Po drugie, zasady podstawowe pełnią funkcje swoistych reguł kolizyjnych pomiędzy pozostałymi normami etyki prawniczej. Takie konflikty są rzeczą dość powszechną w praktyce prawniczej. Konflikt pomiędzy obowiązkiem działania w każdy dopuszczalny sposób w interesie swego klienta a lojalnością wobec członków własnego zawodu. Rozstrzygać go można jedynie w oparciu o podstawowe zasady etyki prawniczej. Po trzecie wreszcie, zasady podstawowe mogą uzupełniać istniejące zbiory zasad etycznych, które w wielu sytuacjach nie dają odpowiedzi, jak powinien postąpić

³ I. Kant, *Metafizyka moralności*, przeł. E. Nowak, Warszawa 2005, s. 26-27.

⁴ P. Sarnecki, *Radca prawny jako zawód zaufania publicznego*, „Radca Prawny” 2002, nr 4-5.

prawnik wykonujący dany zawód. Sytuacje te mogą stać się przedmiotem postępowań dyscyplinarnych, w których rzecznicy i sądy dyscyplinarne orzekają właśnie w oparciu o zasady podstawowe. Trudno sformułować wyczerpujący katalog zasad podstawowych etyki prawniczej, jak zasada zaufania (lojalność), integralności, niezależności, niezawisłości, bezstronności. Jednakże to właśnie tym dwóm ostatnim cechom, zostanie poświęcone niniejsze opracowanie, gdzie konkluzje stanowić będą puentę tytułu.

2. Bezstronność i niezależność arbitra

Pojęcie „bezstronności” pojawia się niemalże we wszystkich regulaminach sądów arbitrażowych, zasadach etyki arbitrów, zasadach etyki radców prawnych, a także w tzw. krajowej ustawie arbitrażowej (art. 1173 i art. 1174 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego⁵) i nadal pozostaje ono niezdefiniowane w sposób jednolity, co w sposób znaczący wpływa na rozbieżności przy jego interpretacji. Bezstronność zakłada równoprawne traktowanie stron oraz rozstrzyganie sporu tylko w oparciu o dopuszczony materiał dowodowy i na podstawie miarodajnych, obiektywnych zasad, bez kierowania się motywami, które są nie do pogodzenia z takimi zasadami. Obiektywne rozpatrzenie sprawy definiowane bywa jako przyznanie faktom znaczenia odpowiadającego ich realnemu wpływowi na przedmiot sprawy. Bezstronność, jako jedna z przesłanek pozytywnych, przemawiających za prawidłowym w znaczeniu materialnoprawnym postępowaniem, oznacza brak faworyzowania jednej ze stron z przyczyn nie mających wpływu na merytoryczne jej rozstrzygnięcie, wyłączenie wszelkich uprzedzeń o charakterze osobistym, mogących znaleźć swe uzasadnienie w naciskach zewnętrznych lub materialnych. Można zatem twierdzić, że nieetyczne jest kierowanie się racjami określonego typu przy podejmowaniu rozstrzygnięcia oraz w trakcie postępowania, poprzedzającego wydanie ostatecznej decyzji. Przeciwnieństwem bezstronności jest stronniczość. Zachodzi ona wówczas, gdy arbiter pomimo nierozpoznania sprawy, przychylił się do twierdzeń jednej ze stron, względnie jest do którejś ze stron uprzedzony. W konsekwencji arbiter powinien orzekać obiektywnie na podstawie ustalonego stanu faktycznego oraz dobrej znajomości odpowiednich przepisów prawnych, ogólnych zasad prawa albo słuszności⁶. Według innego poglądu, bezstronność arbitra powinna oznaczać, że orzekać on będzie na

⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm., dalej jako: k.p.c.

⁶ J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część piąta: Sąd polubowny*, Warszawa 2006, s. 399.

podstawie obiektywnie ustalonego stanu faktycznego oraz dobrej znajomości odpowiednich dla sprawy przepisów prawnych⁷.

Bezstronność unormowana została w art. 45 ust. 1 Konstytucji, który stanowi, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Potocznie bezstronność jest ujmowana jako podstawowy obowiązek sędziowski. Bezstronność sądu w katalogu praw i wolności każdego obywatela Konstytucja akcentuje poprzez nie tylko sam obowiązek unikania stronniczości przez sędziego, ale także w uprawnieniu podmiotu stojącego przed obliczem wymiaru sprawiedliwości do bezstronnego rozpoznania jego sprawy, mogące w przypadku jego naruszenia stanowić podstawę ewentualnych roszczeń jednostki⁸. Nie bez znaczenia jest orzeczenie Sądu Najwyższego, gdzie w uzasadnieniu do tegoż orzeczenia z dnia 11 maja 2007 r.⁹ Sąd wyraził pogląd, stosownie do którego: „[...] przyjmując zapis na sąd polubowny, strony samoograniczają swoje konstytucyjne prawo do sądu”. Pogląd ten, znajdujący wsparcie w polskiej i zagranicznej doktrynie zajmującej się badaniem relacji między sądownictwem państwowym i prywatnym, wywołuje poważne wątpliwości¹⁰. Przyjęcie konstatacji pomiędzy art. 45 ust. 1 Konstytucji, zapewniającym konstytucyjne prawo do sądu, a art. 77 ust. 2 Konstytucji stanowiącym, że nikomu nie można zamykać drogi sądowej w celu dochodzenia naruszonych praw lub wolności¹¹, jednocześnie mając na uwadze swobodę kształtowania zapisu na sąd polubowny przez Strony, należy stwierdzić, że swoiste ograniczenia wynikające z charakteru arbitrażu są wynikiem praw podmiotowych jednostki, które mając wybór pomiędzy sądem państwowym a polubownym, stosują alternatywę na skutek umowy o arbitraż dopuszczonej przez ustawodawcę.

⁷ T. Ereciński [w:] J. Ciszewski, T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część czwarta: Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta: Sąd polubowny (arbitrażowy)*, t. 5, Warszawa 2007, s. 401.

⁸ Por. uwagi ogólne w odniesieniu do obowiązku państwa, który kreowany jest przez prawo do sądu: Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej (ogólna charakterystyka)*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11-12, s. 89; H. Mądrzak, *Prawo do sądu jako gwarancja ochrony praw człowieka (studium na tle polskiego prawa konstytucyjnego, prawa cywilnego materialnego i procesowego)*, [w:] L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich ochrona sądowa*, Warszawa 1997, s. 197.

⁹ Sygn. akt I CSK 84/07, „Monitor Prawniczy” 2007, nr 11, s. 586.

¹⁰ Zob. przegląd literatury w: T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, Warszawa 2008, s. 21-22; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, s. 47-55.

¹¹ M. Romanowski, *Znaczenie niezależności i bezstronności arbitra w postępowaniu arbitrażowym w świetle konstytucyjnego prawa do sądu*, [w:] *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie: 1950-2010*, Warszawa 2010, s. 377.

W przepisach zarówno ustawowych, jak i deontologicznych obejmujących organizację i funkcjonowanie zawodów prawniczych termin „bezstronność” występuje w odniesieniu do zawodów wykonywanych w ramach służby publicznej. „Bezstronność” oznacza neutralność wobec interesów stron. Z kolei, „neutralność” dotyczy zewnętrznych sygnałów świadczących o tym, że arbiter jest w taki sam sposób związany ze stronami postępowania także w aspekcie jego przekonań¹². Ta ostatnia staje się środkiem ochrony przed stronniczością. Stanowi ona gwarant ochrony praw podmiotowych stron postępowania polubownego oraz ich niedyskryminowania. Prawidłowym jest utożsamianie bezstronności ze stanem świadomości osoby rozstrzygającej spór w połączeniu z wewnętrznym nastawieniem arbitra do stron oraz przedmiotu rozpatrywanej sprawy. Mówiąc o „bezstronności sędziego”, należy pamiętać, że obowiązuje ona nie tylko sędziów zawodowych, ale i inne osoby orzekające w ramach wykonywania funkcji sądowniczej.

Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie wskazywał, iż dla oceny odnoszącej się do tej kwestii nie jest istotne jak strona subiektywnie odbiera nastawienie sędziego, decydować powinny bowiem fakty, a więc okoliczności obiektywne, które mogłyby świadczyć o zróżnicowanym traktowaniu uczestników postępowania przez sędziego i wywołać zarówno u strony, jak i postronnego obserwatora wątpliwości co do obiektywizmu sędziowskiego. Dalej, jak wskazuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego, to właśnie usunięciu takich wątpliwości oraz stworzeniu „gwarancji bezstronnego wymiaru sprawiedliwości mają [...] służyć przepisy o wyłączeniu sędziego”¹³. Sąd Najwyższy wskazał także, iż wyłączenie sędziego może uzasadniać także taki układ stosunków osobistych, który rodziłby dla sędziego trudność w zachowaniu przez niego bezstronnej postawy w rozstrzyganiu sporu ze względu na emocjonalne nastawienie do danej osoby lub powiązania wpływające na interesy lub pozycję życiową sędziego¹⁴. Kryteria bezstronności sędziów powinny mieć charakter kwalifikowany i spełnione powinny być w sposób nie budzący żadnych wątpliwości.

Przywołać należy także orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, który podkreślał w swych wyrokach znaczenie bezstronności i niezawisłości sądu w odbiorze społecznym. Instytucja wyłączenia sędziego służy właśnie umocnieniu bezstronności i niezawisłości sądów w ocenie społecznej.

¹² A. Krysiak, M. Wierzbowski, *Bezstronność i niezależność jako kluczowe cechy każdego arbitra*, [w:] *Księga pamiątkowa...*, s. 361.

¹³ Zob. postanowienie SN z dnia 4 grudnia 1969 r., sygn. akt I CZ 124/69, LEX POLONICA; postanowienie SN z dnia 7 listopada 1984 r., sygn. akt II CZ 117/84, LEX POLONICA nr 320886.

¹⁴ Zob. postanowienie SN z dnia 14 września 1977 r., sygn. akt I PO 15/77, LEX POLONICA.

W uzasadnieniu do wyroku z dnia 20 lipca 2004 r.¹⁵ Trybunał wskazał, iż nakaz zachowywania wewnętrznych znamion niezawisłości dowodzi, że ważne jest nie tylko to, aby sędzia orzekający w sprawie zachowywał się zawsze rzeczywiście zgodnie ze standardami niezawisłości i bezstronności, lecz także, by w ocenie zewnętrznej zachowanie sędziego odpowiadało takim standardom. Reguły wyłączenia sędziego służą bowiem budowie społecznego zaufania do wymiaru sprawiedliwości. Co więcej, znaczenie społecznej oceny bezstronności sędziego i potrzebę szerokiej interpretacji przesłanek stanowiących podstawę wyłączenia sędziego akcentował Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 13 grudnia 2005 r.¹⁶ W uzasadnieniu do tego orzeczenia Trybunał stwierdził, że o potrzebie zastosowania instytucji wyłączenia nie może decydować jedynie zasadność *in casu* zarzutu braku obiektywizmu z punktu widzenia konkretnego sędziego, ale ocena, czy dla postronnego obserwatora, a także – jak się wskazuje w orzecznictwie Sądu Najwyższego – z punktu widzenia strony, zachodzą wystarczające okoliczności, które mogą budzić wątpliwości co do bezstronności sędziego¹⁷. Podobnie w orzecznictwie strasburskim podkreśla się, że bezstronność sądu oznacza, iż sąd jest wolny od osobistych uprzedzeń i istnieją wystarczające gwarancje, aby wykluczyć jakiegokolwiek uzasadnione wątpliwości co do bezstronności sądu¹⁸.

W konsekwencji, konieczne jest uprawdopodobnienie istnienia takich okoliczności, które mogą wywołać wątpliwości co do bezstronności sędziego. Uprawdopodobnienie takich okoliczności należy rozumieć jako obowiązek wnioskodawcy uprawdopodobnienia wiarygodności podnoszonych zarzutów co do bezstronności w stosunku do wskazanych sędziów. Uprawdopodobnienie okoliczności oznacza więc konieczność przedstawienia przez wnioskodawcę i należytego uzasadnienia twierdzeń w oparciu, o które powziął on wątpliwość co do bezstronności sędziego. Na sądzie rozpoznającym sprawę wyłączenia sędziego ciąży zaś szczególnie obowiązek uwzględnienia wszystkich aspektów i okoliczności rozpatrywanej sprawy o wyłączenie sędziego, aby usunąć wszelkie wątpliwości co do bezstronności sędziego, a tym samym wątpliwości co do jego niezawisłości. Obowiązkiem sądu jest nadto usunięcie wszelkich wątpliwości, które mogłyby powstać w odbiorze społecznym. W stosunku do sędziów nie mogą zachodzić powiązania, które mogłyby wpływać na ich interesy lub na ich pozycję życiową, a polegające na obejmowaniu osoby danego sędziego, czy też osób mu bliskich, dyspozycją zaskarżo-

¹⁵ Sygn. akt SK 19/02, OTK ZU 2004, nr 7A, poz. 67.

¹⁶ Sygn. akt SK 53/04, LEX POLONICA.

¹⁷ Postanowienie SN z dnia 19 listopada 1981 r., sygn. akt IV PZ 63/81, LEX POLONICA.

¹⁸ Wyrok ETPC z dnia 8 lutego 2007 r., *Svaric i Knavic v. Słowenii*, sprawa nr 75617/01, LEX POLONICA nr 1272957.

nego przepisu, chociażby przedmiotowa relacja zachodziła w przeszłości lub mogłaby zachodzić w przyszłości. Przedmiotem kontroli powinny być odpowiednie przepisy ustawy, tj. art. 40 ust. 2 i art. 65 ust. 2c oraz art. 2 w związku z art. 1 ust. 2 ustawy o radcach prawnych¹⁹, dotyczące samorządu zawodowego radców prawnych. Warto w tym miejscu podkreślić, że przynależność radców prawnych do ich samorządów zawodowych jest obowiązkowa. Jeżeli przyjrzymy się art. 28 ust. 1 pkt 2 u.r.p. dotyczącego zawieszenia prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego, to następuje to w wypadku podjęcia pracy w organach wymiaru sprawiedliwości. W związku z treścią tych przepisów konieczne jest zapewnienie pełnej obiektywności sędziów rozstrzygających zagadnienia. Brak niezależności lub bezstronności godzi bezpośrednio w konstytucyjne prawo do sądu²⁰. Jak wskazywał Trybunał Konstytucyjny, wykonywanie zawodu radcy prawnego w odległej przeszłości nie stanowi uzasadnienia przyjęcia sugerowanego przez Prokuratora Generalnego poglądu w badanej sprawie, że ta okoliczność może wpłynąć na pogląd sędziego²¹. Nie jest zadaniem wnioskodawcy rozważanie, co należy rozumieć przez ową „odległą przeszłość”.

Podkreślenia wymaga, że wyłączenie sędziego służyć ma realizacji zewnętrznych znamion niezawisłości, do których zalicza się bezstronność w stosunku do uczestników postępowania, niezależność wobec organów (instytucji) pozasądowych, niezależność od wpływu grup nacisku, w tym zwłaszcza partii politycznych oraz mediów, czy wewnętrzna niezależność sędziego.

Niektórzy przedstawiciele doktryny wyrażają pogląd, że pojęcie bezstronności odgrywa główną rolę w kwestii wyłączenia arbitra²². Niekiedy uważa się, że arbiter jest bezstronny wówczas, gdy relacje pomiędzy nim a którąś ze stron bądź też samą sprawą są tego rodzaju, że nie rodzą wątpliwości co do racji, jakimi będzie się on kierował przy podejmowaniu rozstrzygnięć²³. Niewątpliwie bezstronność arbitra przejawia się przede

¹⁹ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm., dalej jako: u.r.p.

²⁰ M. Romanowski, *op. cit.*, s. 384.

²¹ Sygn. akt K 30/06, LEX POLONICA.

²² M. Tomaszewski, *Przyczyny wyłączenia arbitra w świetle prawa polskiego*, [w:] *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, Warszawa 2008, s. 247; por. B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, *Kilka uwag w przedmiocie konfliktu interesów w przypadku arbitrów pochodzących z wieloosobowych kancelarii prawnych*, [w:] *Międzynarodowy i krajowy...*, s. 17.

²³ Z. Tobor, T. Pietrzykowski, *Bezstronność jako pojęcie prawne*, [w:] I. Bogucka, Z. Tobor (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Kraków 2003, s. 273 i n.

wszystkim w jednakowym, równym traktowaniu stron, bez okazywania przychylności bądź niechęci którejkolwiek z nich. Innymi słowy, bezstronność oznacza neutralność wobec interesów stron²⁴. W tym miejscu, warto zwrócić uwagę na kilka orzeczeń, w których została podważona bezstronność arbitra. I tak, w przypadku brytyjskich adwokatów pochodzących z tej samej izby adwokackiej (ang. *Barristers*), z których jeden był arbitrem, a drugi pełnomocnikiem strony postępowania²⁵, w przypadku poczynienia przez arbitra słownego komentarza, iż „Portugalczyki to kłamcy” w czasie postępowania, gdzie jedną ze stron była spółka portugalska²⁶, w przypadku, gdy arbiter w sprawie wcześniej był pełnomocnikiem jednej ze stron postępowania²⁷, czy w końcu, gdy arbiter dzielił pokój hotelowy z pełnomocnikiem jednej ze stron²⁸.

Gwarancją bezstronności sędziego w osobie radcy prawnego jest rota ślubowania. Stosownie do jego treści, gdzie składający zobowiązuje się do zgodnego z własnym sumieniem i bezstronnego samodzielnego podejmowania decyzji w toku postępowania przed sądami powszechnymi, w tym i polubownymi. Wiele postanowień dotyczących bezstronności zawartych jest w kodeksach etycznych. Obowiązkiem etycznym sędziego jest bezstronne wykonywanie swoich uprawnień i niestwarzanie swoim zachowaniem jakichkolwiek wątpliwości zarówno o charakterze ekonomicznym, jak i finansowym.

Niezawisłość oznacza nieuleganie przez sędziego żadnym, płynącym z zewnątrz wpływom i naciskom, które mogłyby zmienić treść orzeczenia. Jest ona więc jego konstytucyjnym obowiązkiem. Niezależność natomiast oznacza zespół gwarancji, w które powinien być wyposażony sędzia, aby móc skutecznie opierać się tym wpływom i naciskom. Jest ona więc uprawnieniem sędziego. Obie zasady są konieczne, lecz oczywiście niewystarczające do prawidłowego orzekania przez sądy. W Polsce mają one rangę konstytucyjną. Istotnymi cechami niezawisłości są prawo i obowiązek podejmowania wiążących rozstrzygnięć w pełni obiektywnych, autonomicznych, suwerennych. Natomiast istotnymi cechami niezależności są prawo i obowiązek przedstawiania w sposób samodzielny, nieskrępowa-

²⁴ M. Eliaż, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 506-1217*, Warszawa 2007, s. 748.

²⁵ W sprawie *Laker Airways, Inc. v. FLS Aerospace LTD.* [2000]1 WRL 113, cyt. za: N. Alam, *Independence and Impartiality in International Arbitration – an assement*, „Transnational Dispute Management” Vol. I, May 2004.

²⁶ W sprawie *Re The Owners of the Steamship „Catalina” and Others and The Owners of the Motor Vessel, „Norma”* (1938) 61 L.I.L. Rep. 360, cyt. za: N. Alam, *op. cit.*

²⁷ W sprawie *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co.*, 393 U.S. 145 (1968), cyt. za: N. Alam, *op. cit.*

²⁸ W sprawie *Re The Owners of the Steamship „Catalina” and Others and The Owners of the Motor Vessel, „Norma”* (1938) 61 L.I.L. Rep. 360, cyt. za: N. Alam, *op. cit.*

ny, wolnych poglądów, które umożliwią konkretnej osobie i konkretnemu organowi podjęcie właściwej decyzji i wydanie jasnego rozstrzygnięcia. W obszarze wymiaru sprawiedliwości atrybut niezawisłości winien być łączony z działalnością sędziego (sądu) podejmującego rozstrzygnięcia, a atrybut niezależności z działalnością radcy prawnego pomocy prawnej. Niezależność oznacza obiektywne korzystanie przez arbitra z wiedzy i doświadczenia, brak zależności arbitra od jednej ze stron postępowania, brak stosunku podporządkowania którejkolwiek ze stron. Niezależność to również samodzielne podejmowanie decyzji, niepodyktowane naciskami zarówno w trakcie trwania postępowania, jak i samego momentu podejmowania decyzji.

Niezawisłość sędziowska nie jest gwarantem bezstronności sędziego w każdym przypadku. Co więcej, niektórzy przedstawiciele międzynarodowej doktryny wyrażają pogląd, że niezależność arbitra odnosi się do jego pozycji społecznej, finansowej i zawodowej, zarówno obecnej, jak i tej minionej. Natomiast polska doktryna wyraża pogląd, że pojęcie niezależności winno być rozumiane jako niezależność w stosunku do stron postępowania. Powyższe oznacza, że arbiter nie powinien opowiadać się za interesem jednej ze stron, demonstrować swojej przychylności uzasadnianej okolicznościami osobistymi czy też naciskami politycznymi bądź w wyniku zależności łączącej arbitra ze stroną. Takie rozumienie niezależności arbitra jest bardzo odmienne niż te przyjmowane na gruncie unormowań prawa międzynarodowego. Bowiem w aspekcie międzynarodowym jawi się ona jako sytuacja prawna lub faktyczna, będąca wynikiem obiektywnej oceny, podczas gdy bezstronność rozumiana jest jako pewna dyspozycja umysłu, stan psychologiczny z natury swej dość obiektywny. Przyjmuje się, że skoro bezstronność jest nieodłączną cechą sędziego, a z uwagi na subiektywny jej charakter – trudna do udowodnienia, to zasadnym wydaje się wymaganie, co najmniej niezależności, która z założenia jest cechą w rozumieniu obiektywną, wobec czego łatwiejszą do udowodnienia, tym zapewniającą co do zasady swobodę osądu²⁹.

Według poprzednio obowiązujących przepisów prawnych, uregulowanych w k.p.c. strona mogła żądać wyłączenia arbitra z tych samych przyczyn, które uzasadniały wyłączenie sędziego państwowego. Artykuł 49 k.p.c. odnosi się do sytuacji, kiedy sędzia ulega wyłączeniu na jego własny wniosek lub na wniosek strony tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zachodzą uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności. Kodeks nie precyzuje, co należy rozumieć pod pojęciem uzasadnionych wątpliwości, ale ostra i subiektywna reakcja sędziego na postawione mu zarzuty, może stanowić przesłankę wystarczającą do jego wyłączenia na podstawie art.

²⁹ P. Fauchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1996, s. 582, cyt. za: M. Tomaszewski, *op. cit.*, s. 248.

49 k.p.c. Warta rozważenia jest również okoliczność, czy niekorzystne stanowisko, jakie reprezentuje sędzia dla strony jest podstawą jego wyłączenia w myśl art. 49 k.p.c. Wydaje się, że nie może stanowić takiej podstawy, bowiem wyłącznie zewnętrzne przejawy reprezentowane przez stronniczego sędziego, w stosunku do jednej ze stron, mogą stanowić podstawę jego wyłączenia. Zatem niechętny stosunek do jednej ze stron, w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, jest wystarczającą przesłanką do jego wyłączenia. Odnośnie wykładni pojęcia stosunku osobistego określonego w art. 49 k.p.c., pokreślić należy, iż nie musi on wynikać z bezpośredniej znajomości lub bliskiego związku sędziego i osoby występującej w procesie w charakterze strony, lecz może być tylko pochodną zaistniałej sytuacji interpersonalnej, która doprowadza do wywołania wątpliwości, co do bezstronności sędziego. Orzeczenie o wyłączeniu jest niezbędne zawsze wtedy, gdy przynajmniej u jednej ze stron powstały choćby subiektywne (ale uzasadnione) wątpliwości o bezstronności sędziego. Warto zwrócić uwagę, że charakter znajomości przejawiający się jedynie w przelotnych kontaktach służbowych nie uzasadnia wyłączenia sędziego na podstawie art. 49 k.p.c.³⁰, natomiast zarzut niewłaściwego prowadzenia procesu przez sędziego nie uzasadnia wniosku o wyłączenie³¹. O wyłączeniu sędziego nie decyduje fakt znajomości, nawet osobistej strony, lecz szczególnie układ stosunków osobistych, które powodowałyby trudności w zachowaniu przez sędziego bezstronnej postawy w rozstrzyganiu sporu dotyczącego tej strony. Cechą tych stosunków może być emocjonalne nastawienie do danej osoby lub powiązanie wpływające na interesy lub pozycję życiową sędziego³².

Regulacji wyłączenia arbitra został poświęcony art. 1174 k.p.c. W § 1 tego przepisu został określony obowiązek ujawnienia wszelkich okoliczności mogących mieć wpływ na ocenę bezstronności i niezależności arbitra. Natomiast § 2 stanowi o możliwości wyłączenia arbitra z postępowania na wniosek jednej ze stron, jeżeli zajdą uzasadnione wątpliwości co do jego bezstronności lub niezależności. Oczywiście jest, iż dorobek doktryny zarówno polskiej, jak i międzynarodowej jest nieoceniony przy właściwej interpretacji tych pojęć, ale jak już zostało wskazane powyżej, ma on jedynie charakter pomocniczy. Oba pojęcia stanowią z zakresu międzynarodowego arbitrażu, w związku z czym ich interpretacja winna opierać się o tę wykładnię o charakterze międzynarodowym. Pojęcia te zostały po raz pierwszy użyte w Regulaminie Arbitrażowym UNCITRAL z 1977 r.³³

³⁰ Wyrok SN z dnia 12 września 2000 r., sygn. akt III CKN 48/99, niepubl.

³¹ Postanowienie SN z dnia 21 sierpnia 1970 r., sygn. akt I PZ 41/70, niepubl.

³² Postanowienie SN z dnia 14 września 1977 r., sygn. akt I PO 15/77, niepubl.

³³ Tekst Regulaminu Arbitrażowego w języku polskim został opublikowany w: „Problemy Prawne Handlu Zagranicznego” 1979, t. 3, s. 161-175.

W doktrynie podkreśla się, że zarówno niezależność, jak i bezstronność arbitra, są komplementarne w stosunku do siebie, przez co rozumie się wymóg jednoczesnego istnienia zarówno bezstronności, jak i niezależności, bez których arbiter nie mógłby zachować szeroko rozumianego dystansu do stron w postępowaniu arbitrażowym. Oczywiście potoczne rozumienie tych dwóch pojęć może rodzić pewne wątpliwości co do rzeczywistej bezstronności czy niezależności arbitra.

Przyczyną wyłączenia arbitra muszą być tylko takie okoliczności, które budzą uzasadnione wątpliwości co do bezstronności lub niezależności. Uzasadnione wątpliwości mają być wynikiem oceny z obiektywnego punktu widzenia, osoby rozsądnie oceniającej potencjalne naruszenie. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na obowiązek arbitra, który jak się może wydawać stanowi korelat jego powinności wynikającej z zasad etyki arbitra oraz ustawy o radcach prawnych jak również w ustawie modelowej UNICTRAL w sprawie międzynarodowego arbitrażu handlowego z 1985 r. Powinność wynikająca wprost z tej ustawy dotyczy ujawnienia wszelkich okoliczności, które mogłyby rzutować na brak bezstronności czy niezależności arbitra w stosunku do danego postępowania. Jest to obiektywna przesłanka, nie mniej subiektywnie rzecz ujmując, strona postępowania ocenia, czy może zachodzić wątpliwość co do jego bezstronności lub niezależności. Obowiązek ujawniania informacji ma za cel przede wszystkim umożliwienie stronom wyłączenie arbitra w razie wątpliwości, które skutkowałyby negatywnymi konsekwencjami postępowania arbitrażowego z jego udziałem. W polskim ustawodawstwie obowiązek ten wyznacza *explicite* art. 1174 § 1 k.p.c. Jasno wynika z jego treści, że arbiter jest zobowiązany do niezwłocznego ujawnienia wszelkich okoliczności mogących budzić kontrowersje, przy czym kwestia wyjaśniająca lub co najmniej wskazująca na kontekst tych okoliczności jest kontrowersyjna. Szczegółowa analiza wskazuje, iż zasada obiektywnej oceny będzie utrudniona, bowiem trudno oczekiwać od arbitra obiektywnej oceny dotyczącej jego osoby czy też mającej bezpośredni związek z okolicznościami osobistymi jego osoby. Co więcej, trudna jest ocena, czy arbiter posiada kompetencje do samodzielnej oceny własnych okoliczności. Wobec czego rysuje się pewne rozgraniczenie, tj. obowiązek arbitra polega na ujawnieniu wszelkich okoliczności związanych bezpośrednio z jego osobą i z rozpatrywaną sprawą, a ich ewentualny wpływ pozostawiony jest ocenie stronom postępowania. Przy czym warto podkreślić, że wnioskowanie o wyłączenie arbitra, przez stronę, która go sama powołała, będzie zasadne tylko i wyłącznie, jeżeli będzie on dotyczył okoliczności, o których strona nie wiedziała przed powołaniem i przy należytej staranności nie mogła się dowiedzieć. Aby móc korzystać z zalety, jaką jest wiarygodność, potencjalny arbiter powinien ujawniać absolutnie wszelkie okoliczności, które mogą

sugerować jego związek ze stroną lub jej pełnomocnikiem. Przy czym nie ma znaczenia jak bardzo te informacje są nieistotne z punktu widzenia arbitra, bowiem to strona postępowania posiada wyłączne kompetencje w tym zakresie.

Hierarchia dwóch przedmiotowych pojęć również jest kontrowersyjna, bowiem można zająć stanowisko, że przede wszystkim – jak to zostało wskazane powyżej – kryterium niezależności stoi ponad bezstronnością. Bez względu na przyjętą hierarchię, oba pojęcia podlegają obiektywnej, a nie subiektywnej ocenie osoby postronnej względem okoliczności nie mających związku z meritum sprawy. Podnosi się nawet, że te okoliczności nie powinny być ujawniane stronom, bowiem mogłoby to zaburzyć w istotny sposób konstrukcję budowania zaufania stron w stosunku do arbitra. Niezależność jest warunkiem bezstronności, co równocześnie jest jej gwarantem. Relacja niezawisłości do bezstronności wymaga wręcz włączenia treści pojęcia bezstronności w zakres pojęciowy niezawisłości sędziowskiej.

3. Profesjonalizm radcy prawnego gwarantem bezstronności i niezależności arbitrażu

Gwarancją utrzymania wysokiego poziomu rozstrzygnięć sądów polubownych jest bardzo wysoka pozycja zawodowa i społeczna arbitrów. W wielu przypadkach w roli arbitrów występują doskonali prawnicy, wybitni znawcy przedmiotu i często są to osoby ze środowiska naukowego. Przede wszystkim są to osoby z dużym zawodowym doświadczeniem.

Szczególny charakter arbitrażu polega przede wszystkim na tym, że arbiter nie jest pełnomocnikiem strony (w żaden sposób nie reprezentuje jej interesów). Zakorzenione przekonanie, że arbiter wybierany przez stronę postępowania arbitrażowego jest związany interesami strony wybierającej, jest wynikiem błędnego wyobrażenia o charakterze postępowania. O ile błędy interpretacyjne stron postępowania mogą wynikać z niewiedzy, to błędy popełniane przez arbitrów, przejawiające się między innymi w demonstrowaniu poparcia drugiej stronie poprzez sposób, w jaki są zadawane pytania czy też w aspekcie dopuszczalności tylko niektórych dowodów godzą w nieskazitelność profesjonalizmu (ale to stanowi przedmiot odrębnych wywodów). Arbitrzy, dając gwarancję swej niezależności i bezstronności, pozwalają utrzymać wysokie zaufanie do sądownictwa polubownego.

Profesjonalizm w zawodzie radcy prawnego oznacza wykonywanie tego zawodu przy uwzględnieniu wszystkich zasad jego wykonywania

wynikających z ustawy o radcach prawnych oraz z zasad zawartych w Kodeksie Etyki Radcy Prawnego. Oznacza to, że osoba wykonująca ten zawód akceptuje i stosuje wszystkie zasady w nich zawarte. Profesjonalizm w zawodzie radcy prawnego oznacza zatem, że radca prawny nie tylko musi mieć głęboką teoretyczną wiedzę prawniczą, ale także musi umieć ją stosować w praktyce. Konieczne jest akceptowanie, przestrzeganie i stosowanie zasad etyki zawartych w Kodeksie Etyki Radcy Prawnego. Szczególnie trzeba zwrócić uwagę na bezwzględną konieczność przestrzegania trzech podstawowych wartości zawodu radcy prawnego. Wartości te wymienia Rozdział II Kodeksu Etyki Radcy Prawnego. Są nimi: niezależność radcy prawnego, unikanie konfliktu interesów oraz obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej. Radca prawny, który nie respektuje tych wartości, z pewnością nie będzie zasługiwać na miano profesjonalisty w swoim zawodzie. Nie oznacza to jednak, że radca prawny chcący mianować się specjalistą musi uwzględniać tylko te podstawowe wartości, a może pominąć pozostałe zasady etyki i nie stosować się do nich. Sprzeniewierzenie się przez radcę prawnego podstawowym wartościom tego zawodu nakazuje zadać pytanie, czy radca prawny nie narusza wówczas podstawowych wartości konstruujących dostęp do tego zawodu. Odpowiedź na to pytanie będzie uzależniona oczywiście od oceny konkretnego przypadku.

Niebagatelne znaczenie ma zrozumienie przez radcę prawnego istoty samorządności tego zawodu. Z tego powodu powinien stawiać na wysokim miejscu wśród priorytetów zawodu właściwe stosunki z samorządem, angażować się w jego pracę i dbać o jego rozwój. Zatem potencjalne głosy doktryny, że przynależność radcy prawnego dyskwalifikuje jego osobę jako bezstronną i niezależną są bezzasadne w świetle art. 40 u.r.p. stanowiącego zresztą słusznie o obowiązkowej przynależności radców i aplikantów do samorządu. Nie może budzić obligatoryjna (obowiązkowa w znaczeniu przymusowym) przynależność do samorządu w rozumieniu przepisów u.r.p., bowiem stanowi to *conditio sine qua non* wykonania zadań samorządu określonych w ustawie. Należy w tym kontekście podkreślić, iż orzekanie przez będącego radcą prawnym sędziego może mieć istotny wpływ na jego sytuację osobistą. Warto zauważyć, że skład sędziowski powinien składać się wyłącznie z sędziów mających zaangażowany stosunek do przedmiotu rozpoznania. Niemniej czym innym jest zaangażowany stosunek będący wynikiem posiadanych przemyśleń i procesu przygotowania się do rozprawy, a czym innym zaangażowany stosunek, który może rodzić obawę braku bezstronności. Z tego względu wskazana wcześniej przynależność poszczególnych sędziów do samorządów zawodowych radców prawnych w sposób niewystarczający uprawdopodobnia możliwość zaangażowanego stosunku tych sędziów do przedmiotu rozpoznania w taki sposób, który

uzasadnia okoliczność powodującą powstanie wątpliwości, co do ich bezstronności.

W podsumowaniu powyższej rozważań, dotyczących naturalnych predyspozycji radców prawnych do pełnienia funkcji arbitra prawnego wskazać można na kantowskie zalecenia, imperatywu, iż traktujmy innych tak, jak sami chcielibyśmy być traktowani w naszym człowieczeństwie. Staranność i poczucie odpowiedzialności za drugiego człowieka, który o pomoc czy poradę się zwraca, towarzyszą każdemu działaniu radcy. Samo zwrócenie się o pomoc prawną oznacza obdarzenie zaufaniem osoby, która pomocy tej ma udzielić. Poczucie odpowiedzialności i staranność w każdej sytuacji czynią zadość lekceważeniu osoby szukającej porady czy wsparcia i nadużyciu jej zaufania.

Spółka partnerska radców prawnych. Zagadnienia wybrane

1. Zagadnienia wstępne

Spółka partnerska jest szczególnym typem spółki handlowej tworzonej przez osoby fizyczne wykonujące wolne zawody, określone w ustawie. Katalog wolnych zawodów, które mogą być wykonywane w formie spółki partnerskiej został zawarty w przepisie art. 88 Kodeksu spółek handlowych¹, który spośród zawodów prawniczych wymienia w szczególności radców prawnych, a także adwokatów oraz notariuszy, którzy mogą prowadzić działalność w formie spółki partnerskiej. Poza k.s.h. ustawy szczególne mogą dopuszczać tworzenie spółek partnerskich². W ramach spółki partnerskiej może być wykonywany więcej niż jeden wolny zawód, chyba że z ustawy szczególnej wynika co innego. Cechą charakterystyczną wolnych zawodów jest ustawowa regulacja zasad dopuszczania do wykonywania danego zawodu oraz sposobu jego wykonywania (tzw. ustawy korporacyjne). Ustawy szczególne modyfikują w niektórych przypadkach zasady tworzenia spółek partnerskich, jak ma to miejsce w przypadku ustawy o radcach prawnych³ (art. 8 ust. 1 pkt 2), która przewiduje możliwość łączenia wykonywania zawodu radcy prawnego w ramach jednej spółki partnerskiej z osobami wykonującymi zawód adwokata, rzecznika

¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm., dalej jako: k.s.h.

² Dopuszczalność tworzenia spółek partnerskich przewidziana została m.in. w art. 18 ustawy z dnia 8 czerwca 2001 r. o zawodzie i samorządzie psychologów, Dz. U. Nr 73, poz. 763 z późn. zm., która dopuszcza prowadzenie działalności gospodarczej przez osoby wykonujące zawód psychologa w formie spółki partnerskiej. Dopuszczalność tworzenia spółek partnerskich przewidywał też projekt ustawy o licencjach prawniczych.

³ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm., dalej jako: u.r.p.

patentowego, doradcy podatkowego, także z udziałem prawników zagranicznych wykonujących stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej⁴. W przypadku spółek partnerskich z udziałem radców prawnych wyłącznym przedmiotem działalności spółki może być świadczenie pomocy prawnej (art. 8 ust. 2 u.r.p.)⁵.

Cechą charakterystyczną spółki partnerskiej jest wyłączenie odpowiedzialności partnera za zobowiązania wynikające z wykonywania wolnego zawodu przez pozostałych partnerów oraz możliwość wyboru modelu zarządzania pomiędzy modelem charakterystycznym dla spółek osobowych, czyli prowadzeniem spraw i reprezentacją spółki bezpośrednio przez partnerów, albo modelem charakterystycznym dla spółek kapitałowych, tj. powierzeniem prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania zarządowi. W dalszej części niniejszego opracowania przedstawione zostaną niektóre aspekty dotyczące odpowiedzialności partnerów w spółce partnerskiej, a także zarządzania spółką partnerską.

2. Odpowiedzialność za zobowiązania spółki partnerskiej

2.1. Odpowiedzialność partnera za zobowiązania wynikające z wykonywania wolnego zawodu

Ustawa reguluje zasady odpowiedzialności w spółce partnerskiej jedynie za zobowiązania wynikające z wykonywania wolnego zawodu (art. 95 k.s.h.). Podstawową zasadą wynikającą z przepisu art. 95 § 1 k.s.h. jest wyłączenie odpowiedzialności partnerów za zobowiązania wynikające z wykonywania wolnego zawodu powstałe na skutek działań pozostałych partnerów, jak również osób zatrudnionych w spółce pozostających pod kierownictwem pozostałych partnerów. Przepis ten należy traktować ściśle w odniesieniu tylko do jednej kategorii zobowiązań, tj. zobowiązań wynikających z wykonywania wolnego zawodu. Wszelkie inne zobowiązania, powstałe na skutek zaciągnięcia kredytu, pożyczki, z tytułu zawartych umów najmu, zobowiązania wynikające z umów o pracę czy

⁴ Ustawa z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, t. jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 126, poz. 1069 z późn. zm.

⁵ Zob. także E.J. Krześniak, *Spółka partnerska ze szczególnym uwzględnieniem spółek adwokatów i radców prawnych*, Kraków 2002, s. 181-188; idem, *Odpowiedzialność partnerów za zobowiązania spółki partnerskiej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 3, s. 37; A. Nowacki, *Przedmiot działalności spółki partnerskiej*, „Prawo Spółek” 2011, nr 5, s. 9-14.

zobowiązania publicznoprawne, nie mieszczą się w tej kategorii, a zatem za zobowiązania inne niż związane z wykonywaniem wolnego zawodu w spółce partnerzy ponoszą odpowiedzialność tak samo jak wspólnicy spółki jawnej. Wyłączenie odpowiedzialności partnerów za tzw. „błędy w sztuce” pozostałych partnerów bądź osób zatrudnionych w spółce, pozostających pod kierownictwem innego partnera jest cechą charakterystyczną spółki partnerskiej, świadczącej o odrębności typologicznej spółki partnerskiej. Wyłączenie odpowiedzialności partnera na podstawie art. 95 § 1 k.s.h. („Partner nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania spółki...”) oznacza, że za zobowiązania powstałe w związku z wykonywaniem wolnego zawodu w spółce odpowiedzialność ponosi partner, który działał bezpośrednio przy wykonywaniu określonego zadania, czy też partner, który nadzorował realizację zadania przez osoby zatrudnione w spółce pozostające pod jego kierownictwem (np. aplikantów, asystentów itp.), jak również odpowiedzialność ponosi spółka partnerska, która jest podmiotem w stosunkach cywilnoprawnych z kontrahentami. Odpowiedzialność będzie miała z reguły kontraktowy charakter (niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z umowy pomiędzy spółką partnerską a kontrahentem spółki), może jednak również mieć charakter odpowiedzialności deliktowej⁶. Partner odpowiedzialny za zobowiązania powstałe przy wykonywaniu wolnego zawodu ponosi odpowiedzialność w sposób nieograniczony, całym swoim majątkiem, osobiście i solidarnie ze spółką, a także subsydiarnie, czyli egzekucja z majątku odpowiedzialnego partnera jest możliwa dopiero wówczas, gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna.

Ustawodawca wprowadził także możliwość rozszerzenia odpowiedzialności partnera za zobowiązania wynikające z wykonywania wolnego zawodu. Zgodnie z przepisem art. 95 § 2 k.s.h., umowa spółki może prze-

⁶ Przyjęcie tego rozwiązania w aktualnym stanie prawnym wynika z odesłania zawartego w przepisie art. 33¹ § 1 k.c., zgodnie z którym do jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną stosować należy odpowiednio przepisy o osobach prawnych. Pogląd, że odpowiedzialność, o której mowa w art. 95 § 1 k.s.h. może dotyczyć zarówno zobowiązań powstałych *ex contractu*, jak również *ex delicto*, przyjmują m.in. S. Sołtysiński [w:] S. Sołtysiński [et al.], *Kodeks spółek handlowych. T. 1: Komentarz do art. 1-150*, wyd. 2, Warszawa 2006, s.622; A. Kidyba, *Handlowe spółki osobowe*, Kraków 2005, s. 266, 270; U. Promińska [w:] S. Włodyka (red.), *Prawo spółek handlowych, seria System Prawa Handlowego*, t. 2A, Warszawa 2007, s. 606; E.J. Krześniak [w:] A. Kidyba (red.), *Prawo spółek 2007/2008, seria Meritum*, Warszawa 2007, s. 390; M. Aslanowicz [w:] A. Szajkowski (red.), *Prawo spółek osobowych, seria System Prawa Prywatnego*, t. 16, Warszawa 2008, s. 850; A.J. Witosz, *Subsydiarna odpowiedzialność wspólników spółek osobowych. Zasady naczelnne*, Warszawa 2009, s. 189; M. Spyra [w:] J. Bieniak [et al.], *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 304.

widować, że jeden albo większa liczba partnerów godzą się na ponoszenie odpowiedzialności tak jak w spółce jawnej. Możliwe jest zatem rozszerzenie odpowiedzialności partnera w umowie spółki, poprzez wskazanie, że ponosi on również odpowiedzialność za zobowiązania powstałe przy wykonywaniu wolnego zawodu przez pozostałych partnerów bądź powstałych na skutek działań osób zatrudnionych w spółce pozostających pod kierownictwem innego partnera, przy czym fakt ten należy ujawnić wówczas w rejestrze przedsiębiorców (art. 93 § 1 pkt 6 k.s.h.). *Ratio legis* tego rozwiązania oparte zostało na założeniu, że z rozszerzeniem odpowiedzialności partnera będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy znany na rynku „lider” prowadzący profesjonalną działalność związaną z wykonywaniem wolnego zawodu, aby nie utracić renomy i uznania w oczach klientów, tworząc spółkę partnerską, rozszerzy swoją odpowiedzialność także na działania pozostałych partnerów, gwarantując tym samym zachowanie dotychczasowych standardów przy wykonywaniu wolnego zawodu w spółce partnerskiej⁷. W praktyce może okazać się jednak zupełnie inaczej, że przystępowanie nowych osób do spółki partnerskiej bądź tworzenie spółki partnerskiej z przedstawicielami wolnych zawodów z mniejszym doświadczeniem, może być uzależniane od przyjęcia na siebie odpowiedzialności za działania innych partnerów⁸. W moim przekonaniu regulacja ta „wypacza” w pewien sposób zasady funkcjonowania spółki partnerskiej, dla której cechą charakterystyczną miało właśnie być wyłączenie odpowiedzialności partnera za „błędy w sztuce” pozostałych partnerów⁹.

2.2. Odpowiedzialność spółki partnerskiej za zobowiązania powstałe przy wykonywaniu wolnego zawodu

Jak już wcześniej zaznaczono, odpowiedzialność za zobowiązania spółki partnerskiej powstałe przy wykonywaniu wolnego zawodu przez partnerów ponosi spółka partnerska, gdyż to ona jest podmiotem w umowach z kontrahentami, są to jej własne zobowiązania, a przepis art. 95 § 1 k.s.h. wyłączył jedynie odpowiedzialność partnerów, którzy nie działali bezpośrednio przy realizacji konkretnego zadania związanego z wykony-

⁷ Zob. S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 627.

⁸ Jednak w obronie wspomnianego rozwiązania zob. m.in. S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 627-628; A. Klank, *Odpowiedzialność w spółce partnerskiej notariuszy*, „Prawo Spółek” 2002, nr 7-8, s. 66; E.J. Krześniak [w:] *Prawo...*, s. 394; W. Pyziół [w:] J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 176; A.J. Witosz, *Subsydiarna...*, s. 173.

⁹ Por. np. A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Objasnienia*, wyd. 2, Kraków 2001, s. 146; M. Asłanowicz, *Spółka partnerska*, Warszawa 2004, s. 111-112; U. Promińska [w:] *Prawo...*, s. 611.

waniem wolnego zawodu. Spółka partnerska ponosi wobec tego odpowiedzialność całym swoim majątkiem za wszelkie zobowiązania spółki, w tym zobowiązania powstałe przy wykonywaniu wolnego zawodu przez partnerów. Odpowiedzialność ta ma charakter pierwotny, gdyż w pierwszej kolejności egzekucja będzie prowadzona z majątku spółki, a dopiero gdy egzekucja z majątku spółki okaże się bezskuteczna, wierzyciel będzie mógł dochodzić roszczeń od partnera, który działał bądź nadzorował osoby zatrudnione w spółce, ponieważ odpowiedzialność partnera za zobowiązania powstałe przy wykonywaniu wolnego zawodu ma charakter subsydiarny¹⁰. Fakt, iż to spółka ponosi w pierwszej kolejności odpowiedzialność za zobowiązania powstałe wskutek wykonywania wolnego zawodu, może niekorzystnie odbijać się na sytuacji majątkowej pozostałych partnerów, którzy nie doprowadzili do powstania zobowiązania wynikającego z wykonywania wolnego zawodu, gdyż na skutek zmniejszenia majątku spółki, dochodzi do obniżenia wartości udziałów kapitałowych partnerów w spółce¹¹. Możliwe jest wprowadzenie do umowy spółki postanowień, które będą przewidywały obowiązek rekompensaty partnerom uszczerbku powstałego w związku ze spełnieniem roszczeń wierzycieli przez spółkę, jednakże mogą mieć one wyłącznie wewnętrzny charakter, w ramach rozliczeń pomiędzy partnerami. W szczególności możliwe jest odmienne uregulowanie roszczeń regresowych pomiędzy partnerem a spółką, gdyż partner odpowiedzialny jest solidarnie ze spółką za zobowiązania powstałe przy wykonywaniu przez niego wolnego zawodu w spółce¹². Za dopuszczalne należy uznać wprowadzenie do umowy spółki postanowień, że partner, którego działania przyczyniły się do powstania zobowiązania związanego z wykonywaniem wolnego zawodu, zobowiązany jest do pełnego wyrównania uszczerbku powstałego w majątku spółki.

¹⁰ Por. A. Kidyba, *Kodeks... Objaśnienia*, wyd. 2, s. 147; S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 622; A. Klank, *op. cit.*, s. 65; E.J. Krześniak, *Spółka partnerska ze...*, s. 317; H. Urbańczyk [w:] J.A. Strzępka [et al.], *Kodeks spółek handlowych. Komentarz, objaśnienia*, wyd. 2, Warszawa 2003, s. 178; M. Aslanowicz, *Spółka...*, s. 85; U. Promińska [w:] *Prawo...*, s. 603; M. Litwińska-Werner, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 330; J.A. Strzępka, E. Zielińska [w:] J.A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2009, s. 146; A.J. Witosz, *Subsidiarna...*, s. 157; M. Zając, *Spółka partnerska jako pracodawca*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2010, nr 3, s. 25; M. Spyra, *op. cit.*, s. 303; odmiennie W. Pyziół, *op. cit.*, s. 174.

¹¹ Por. T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz [w:] R. Potrzeszcz, T. Siemiątkowski (red.), *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółki osobowe*, Warszawa 2001, s. 239; A. Klank, *op. cit.*, s. 65.

¹² Por. M. Aslanowicz, *Spółka...*, s. 96; M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2007, s. 142; M. Spyra, *op. cit.*, s. 317.

W przypadku spółki partnerskiej, aby uniknąć niekorzystnego dla wspólników zmniejszenia majątku spółki i obniżenia wartości udziałów kapitałowych w spółce, możliwe jest takie ukształtowanie stosunków majątkowych w spółce, aby wartość majątku spółki nie była zbyt wielka. Przede wszystkim wkłady wnoszone przez wspólników do spółki mogą mieć charakter pieniężny, jak i niepieniężny, a w szczególności partnerzy mogą wносить do spółki tytułem wkładu świadczenie pracy bądź usług¹³, co spowoduje, że wartość majątku spółki partnerskiej nie będzie znaczna. Po drugie, możliwe jest wnoszenie wkładów do spółki nie tylko na własność, ale również do używania, co powoduje, że wkłady wniesione do używania nie stają się własnością spółki partnerskiej. Po trzecie, możliwe jest prowadzenie przedsiębiorstwa w oparciu o składniki majątkowe, które nie będą własnością spółki partnerskiej, ale z których spółka partnerska korzystać będzie na podstawie innych tytułów prawnych, takich jak najem, dzierżawa, leasing. Stąd spółka partnerska nie musi być właścicielem np. lokalu, w którym prowadzone jest jej przedsiębiorstwo. Jeżeli zatem majątek spółki partnerskiej nie będzie zbyt duży, wówczas partnerzy nie poniosą negatywnych skutków zmniejszenia majątku spółki partnerskiej, w związku z jej odpowiedzialnością za zobowiązania powstałe przy wykonywaniu przez partnerów wolnego zawodu.

2.3. Przypadki szczególne odpowiedzialności za zobowiązania powstałe przy wykonywaniu wolnego zawodu

2.3.1. Udział tzw. ekspertów zewnętrznych

W przypadku kancelarii prawniczych działających w formie spółki partnerskiej¹⁴, często w praktyce występuje sytuacja, w której w trakcie realizacji określonej sprawy na rzecz klienta korzysta się z opinii tzw. ekspertów zewnętrznych. Osoba ta przygotowuje opinię na zlecenie spółki part-

¹³ Na marginesie warto w tym względzie zwrócić uwagę na wyrok NSA w Warszawie z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt I FSK 876/08, LEX nr 607695, w którym wskazano, że wniesienie tytułem wkładu świadczenia do jakiegoś wspólnicy się zobowiązują, a więc wykonywanie w ramach spółki partnerskiej wolnego zawodu doradcy podatkowego, nie może być zarazem przedmiotem świadczenia przez partnerów usług na rzecz spółki. Jak wskazał Sąd, jeżeli na podstawie umów zawartych przez spółkę jej partnerzy świadczyli usługi kontrahentom spółki, to były one wykonywane w imieniu i na rachunek spółki, a nie przez poszczególnych partnerów we własnym imieniu i na własny rachunek. Zatem jeżeli za te same usługi faktury kontrahentom wystawiała spółka, a następnie poszczególni partnerzy wystawiali za te usługi fakturę dla spółki jako jej „podwykonawcy”, to nie ulega wątpliwości, że faktury wystawiane przez partnerów stwierdzały czynności, które nie zostały wykonane.

¹⁴ Szeroko na temat odpowiedzialności w spółce partnerskiej z udziałem radców prawnych zob. E.J. Krześniak, *Spółka partnerska ze...*, s. 275-305.

nerskiej, gdyż spółka jest zawsze stroną w stosunkach cywilnoprawnych. W przypadku, gdy zobowiązanie spółki partnerskiej w stosunku do klienta powstaje na skutek sporządzenia przez zewnętrznego eksperta opinii, powstaje pytanie, jak kształtuje się w tym przypadku odpowiedzialność partnerów (pomijam kwestię odpowiedzialności eksperta zewnętrznego, która wynikać może z odrębnego stosunku prawnego, łączącego spółkę z taką osobą, np. z umowy zlecenia). Niewątpliwie w stosunku do osób trzecich odpowiedzialność ponosi spółka partnerska za zobowiązania wynikającego z wykonywania wolnego zawodu, bez względu na to, czy powstały one na skutek działań zewnętrznych ekspertów, czy też samych partnerów. Jeżeli natomiast wziąć pod uwagę odpowiedzialność partnerów, kwestia jest bardziej złożona. Przede wszystkim możemy założyć, że odpowiedzialność ponoszą wówczas wszyscy partnerzy, na tych samych zasadach, jak w przypadku odpowiedzialności wspólników spółki jawnej, gdyż przepis art. 95 § 1 k.s.h. nie znajduje w tym przypadku zastosowania¹⁵. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia w szczególności wówczas, gdy praktyką w spółce jest wyrażanie zgody przez wszystkich partnerów na powierzanie („zlecenie”) sporządzenia opinii osobom zewnętrznym, a także gdy sprawa całkowicie jest prowadzona w oparciu o „pomoc” eksperta zewnętrznego, gdyż zastosowanie znaleźć może w tym przypadku przepis art. 474 k.c.¹⁶ Może jednak wystąpić w spółce sytuacja, w której jeden z partnerów pozostaje odpowiedzialny za „prowadzenie” sprawy, w której wykorzystuje pomoc ekspertów zewnętrznych¹⁷. Jeżeli zatem partner ten *de facto* nadal samodzielnie prowadzi daną sprawę, a jedynie posiłkowo korzysta z opinii eksperta zewnętrznego, to wówczas należałoby uznać, że za zobowiązania powstałe w związku z wykonywaniem wolnego zawodu przez tego partnera odpowiedzialności nie można przypisać pozostałym partnerom¹⁸. Przyjąć zatem trzeba, że w przypadkach korzystania przez spółkę z pomocy ekspertów wewnętrznych nie da się *a priori*

¹⁵ Por. A. Kidyba, *Handlowe...*, s. 267-268; S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 625; E.J. Krześniak, *Spółka partnerska ze...*, s. 300; U. Promińska [w:] *Prawo...*, s. 609; J.A. Strzępka, E. Zielińska, *op. cit.*, s. 146; A.J. Witosz, *Subsydiarna...*, s. 165; T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz [w:] T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2010, s. 450; M. Spyra, *op. cit.*, s. 313.

¹⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm., dalej jako: k.c.

¹⁷ Eksperta zewnętrznego nie należy utożsamiać z osobą zatrudnioną w spółce, podlegającą kierownictwu jednego z partnerów, w rozumieniu art. 95 § 1 k.s.h., gdyż pomimo że pojęcie zatrudnienia należy rozumieć szeroko, czyli nie tylko chodzi o umowę o pracę, ale także umowę zlecenia, umowę o dzieło, to jednak ekspert zewnętrzny z reguły sporządza jednostkową opinię i nie jest związany stałymi umowami ze spółką.

¹⁸ Por. E.J. Krześniak [w:] *Prawo...*, s. 392.

założyć, że odpowiedzialność zawsze ponosi spółka i wszyscy partnerzy, ale należy zbadać, czy i w jakim stopniu ustalić można obowiązek działania konkretnego partnera przy prowadzeniu danej sprawy.

2.3.2. Udział osób posiadających uprawnienia do wykonywania wolnego zawodu, niebędących partnerami

W praktyce nie rzadko mamy do czynienia z sytuacją, w której w ramach kancelarii prawniczej współpracują osoby niebędące partnerami, natomiast posiadające uprawnienia do wykonywania wolnego zawodu, będące jednocześnie pracownikami spółki. Stroną umów z kontrahentami jest wówczas spółka partnerska, przy czym powierzenie prowadzenia konkretnej sprawy może nastąpić na rzecz pracownika posiadającego uprawnienie do wykonywania wolnego zawodu. W takiej sytuacji odpowiedzialność za zobowiązanie powstałe przy wykonywaniu wolnego zawodu uzależniona jest od tego, czy pracownik spółki posiadający uprawnienia do wykonywania wolnego zawodu pozostaje „pod nadzorem” jednego z partnerów, czy prowadzi sprawę samodzielnie. Jeżeli pracownik spółki posiada uprawnienia do wykonywania wolnego zawodu i pozostaje pod kierownictwem jednego z partnerów, wówczas odpowiedzialność za zobowiązania powstałe w związku z wykonywaniem wolnego zawodu ponosi spółka partnerska oraz partner, pod którego kierownictwem pozostawała osoba prowadząca daną sprawę, na podstawie art. 95 § 1 k.s.h.¹⁹ Jeżeli natomiast osoba niebędąca partnerem, zatrudniona w spółce, posiadająca uprawnienia do wykonywania wolnego zawodu, działała samodzielnie, wówczas odpowiedzialność ponosi spółka partnerska i wszyscy partnerzy w związku z art. 474 k.c.²⁰ Odrębną kwestią pozostaje oczywiście odpowiedzialność osoby zatrudnionej w spółce w stosunku do samej spółki.

2.3.3. Współodpowiedzialność kilku partnerów

Ze szczególnym przypadkiem współodpowiedzialności partnerów możemy mieć do czynienia wówczas, gdy kilku partnerów wspólnie prowadzi określoną sprawę na rzecz kontrahenta spółki. Na podstawie przepisu art. 95 § 1 k.s.h. nie ponoszą wówczas odpowiedzialności partnerzy, którzy nie dokonują czynności związanych z wykonywaniem wolnego zawodu w stosunku do tego kontrahenta. Natomiast odpowiedzialność, obok spółki partnerskiej, może wówczas ponieść jeden bądź większa liczba partnerów, w zależności od okoliczności danej. Jeżeli kilku partnerów

¹⁹ Por. A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 1, wyd. 5, Warszawa 2007, s. 378; M. Asłanowicz, *Spółka...*, s. 133; U. Promińska [w:] *Prawo...*, s. 608; E.J. Krześniak [w:] *Prawo...*, s. 392; A.J. Witosz, *Subsydiarna...*, s. 165; M. Spyra, *op. cit.*, s. 314.

²⁰ Por. U. Promińska [w:] *Prawo...*, s. 609; J.A. Strzępka, E. Zielińska, *op. cit.*, s. 146; A.J. Witosz, *Subsydiarna...*, s. 164.

współdziałało przy wykonywaniu wolnego zawodu, a żaden z nich formalnie nie był odpowiedzialny za prowadzenie tej sprawy, wówczas odpowiedzialność powinien ponieść partner, który bezpośrednio przyczynił się do powstania zobowiązania²¹. Jeżeli współdziałało kilku partnerów i nie można ustalić, który z nich przyczynił się do powstania zobowiązania, odpowiedzialność powinni ponieść wszyscy partnerzy, współdziałający przy prowadzeniu danej sprawy²². Jeżeli jednak kilku partnerom na podstawie uchwały bądź umowy spółki formalnie powierzono prowadzenie określonej sprawy, to wówczas należałoby przyjąć, że odpowiedzialność powinni ponieść wszyscy ci partnerzy, którym sprawa ta została powierzona, chyba że do powstania zobowiązania przyczynił się bezpośrednio tylko jeden z partnerów, zaś pozostali partnerzy nie ponoszą winy w związku z powstaniem szkody²³.

W przypadku współodpowiedzialności kilku partnerów powstaje pytanie, czy ponoszą oni odpowiedzialność solidarnie. Przede wszystkim w tej sytuacji odpowiednie postanowienie można zamieścić w umowie spółki, że w przypadku wspólnego prowadzenia sprawy przez kilku partnerów ponoszą oni odpowiedzialność solidarnie za zobowiązania powstałe przy wykonywaniu wolnego zawodu. Jeżeli jednak umowa nie rozstrzyga tych kwestii, wówczas mogą powstać wątpliwości, czy odpowiedzialność kilku partnerów będzie miała charakter odpowiedzialności solidarnej. Zauważyć jednak należy, przepis art. 95 § 1 k.s.h. nie jest podstawą odpowiedzialności partnerów za zobowiązania powstałe przy wykonywaniu wolnego zawodu, a jedynie wyłącza odpowiedzialność tych partnerów, którzy nie działali przy prowadzeniu konkretnej sprawy. W stosunku do partnerów działających podstawą odpowiedzialności pozostaje w związku z art. 89 k.s.h., przepis art. 22 § 2 k.s.h. z uwzględnieniem przepisu art. 31 k.s.h., stąd odpowiedzialność solidarna partnerów współdziałających przy wykonywaniu wolnego zawodu wynika z przepisów o spółce jawnej²⁴, skoro przepisy o spółce partnerskiej nie modyfikują tych zasad poza wyłączeniem odpowiedzialności tych partnerów, którzy bezpośrednio przy prowadzeniu określonej sprawy nie działali.

²¹ Por. M. Asłanowicz, *Spółka...*, s. 127; E.J. Krześniak [w:] *Prawo...*, s. 389.

²² Por. A. Kidyba, *Kodeks...Komentarz*, s. 377.

²³ Por. M. Asłanowicz, *Spółka...*, s. 127; E.J. Krześniak [w:] *Prawo...*, s. 389; M. Spyra, *op. cit.*, s. 307.

²⁴ Odpowiedzialność solidarną kilku partnerów przyjmują m.in. S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 623; H. Urbańczyk, *op. cit.*, s. 178; M. Asłanowicz [w:] *Prawo...*, s. 874; W. Pyziół, *op. cit.*, s. 174; A.J. Witosz, *Subsydiarna...*, s. 160, 188; M. Spyra, *op. cit.*, s. 303; odmiennie M. Rodzynkiewicz, *op. cit.*, s. 142, który przyjmuje, że przyjęcie zasady odpowiedzialności solidarnej musiałoby wynikać z umowy spółki partnerskiej.

3. Prowadzenie spraw i reprezentacja spółki partnerskiej

3.1. Model osobowy

W spółce partnerskiej jako zasadę kodeksową przyjęto model charakterystyczny dla spółki osobowej, w której prowadzenie spraw spółki i jej reprezentowanie powierzone zostało bezpośrednio partnerom. Z niewielkimi modyfikacjami, wynikającymi z przepisu art. 96 k.s.h., zastosowanie znajdują w tym przypadku przepisy o spółce jawnej.

Prawo prowadzenia spraw spółki przysługuje wszystkim partnerom, o ile umowa spółki nie wprowadza modyfikacji w tym zakresie. Możliwe jest wyłączenie niektórych partnerów od prowadzenia spraw spółki w umowie, a także umowa spółki powierzać może prowadzenie spraw spółki osobom trzecim, przy czym zawsze przynajmniej jeden z partnerów musi zachować prawo prowadzenia spraw spółki (art. 38 w związku z art. 89 k.s.h.). Stosowanie zasad kodeksowych w zakresie prowadzenia spraw spółki oznacza, że partnerzy samodzielnie mogą prowadzić sprawy (podejmować decyzje) w czynnościach zwykłego zarządu, natomiast w sprawach przekraczających zwykły zarząd wymagana jest uchwała wszystkich partnerów, w tym także partnerów wyłączonych od prowadzenia spraw spółki.

Prawo reprezentacji przysługuje co do zasady indywidualnie każdemu partnerowi, o ile umowa spółki nie stanowi inaczej (art. 96 § 1 k.s.h.). Umowa spółki może wprowadzać wymóg reprezentacji łącznej partnerów, polegający np. na współdziałaniu dwóch partnerów albo partnera wraz z prokurentem. Imiona i nazwiska osób uprawnionych do reprezentowania spółki oraz sposób reprezentacji podlega zgłoszeniu do rejestru. Zauważyć należy, że k.s.h. zawiera w tym zakresie nieprecyzyjną regulację odnośnie danych zgłaszanych do rejestru. Mianowicie, zgodnie z przepisem art. 93 § 1 pkt 4 k.s.h., do rejestru należy zgłosić imiona i nazwiska partnerów uprawnionych do reprezentacji spółki partnerskiej; „nie dotyczy to przypadku, gdy umowa spółki nie przewiduje ograniczeń prawa reprezentacji przez partnerów”. Przepis ten błędnie wskazuje, jakoby do rejestru nie trzeba było zgłaszać imion i nazwisk partnerów uprawnionych do reprezentowania, jeżeli umowa spółki nie zawiera w tym względzie ograniczeń. Po pierwsze, umowa spółki nie może zawierać skutecznych na zewnątrz ograniczeń dotyczących zakresu reprezentacji, zaś wszelkie ograniczenia nie wywołują skutku w stosunku do osób trzecich. Umowa spółki może skutecznie wyłączyć niektórych partnerów od reprezentowania spółki i zmienić sposób reprezentacji. W każdym jednak przypadku, bez względu na to, czy wszyscy partnerzy mają prawo reprezentowania

spółki, czy też tylko niektórzy z nich, zawsze do rejestru na odrębnym formularzu podaje się imiona i nazwiska partnerów uprawnionych do reprezentowania spółki (wszystkich partnerów albo tylko tych, którzy nie zostali w umowie pozbawieni prawa reprezentowania) oraz zgłoszeniu podlega sposób reprezentacji (reprezentacja indywidualna bądź reprezentacja łączna). Zatem w przypadku regulacji spółki partnerskiej przepis art. 93 § 1 pkt 4 *in fine* k.s.h. jest wysoce nieprecyzyjny.

Przepisy dotyczące spółki partnerskiej zmodyfikowały sposób pozbawienia partnera prawa reprezentacji w drodze zmiany umowy spółki. Pozbawienie partnera prawa reprezentowania spółki może nastąpić z ważnych powodów w drodze zmiany umowy spółki, podjętej większością trzech czwartych głosów przy obecności co najmniej dwóch trzecich ogólnej liczby partnerów (art. 96 § 2 k.s.h.). Pozbawienie partnera prawa reprezentacji na mocy uchwały partnerów, staje się skuteczne z momentem wpisu do rejestru (art. 96 § 3 k.s.h.). Zauważyć trzeba, że pozbawienie partnera prawa reprezentacji spółki na mocy uchwały partnerów powinno nastąpić z ważnych powodów, przy czym ocena zaistnienia ważnych powodów leży wyłącznie w gestii samych partnerów, stąd mogłoby dojść do sytuacji, w której dojdzie do pokrzywdzenia partnera na skutek podjęcia uchwały pozbawiającej go prawa reprezentowania spółki pomimo braku ważnych powodów po jego stronie. Brak jest w przypadku przepisów o spółce partnerskiej ochrony partnera przed skutkami takiej uchwały (por. np. art. 137 k.s.h., który przewiduje, że pozbawienie komplementariusza w spółce komandytowo-akcyjnej prawa reprezentacji wbrew jego sprzeciwowi może nastąpić wyłącznie na mocy prawomocnego orzeczenia sądu). W takiej sytuacji partner może wypowiedzieć umowę spółki, jeżeli została ona zawarta na czas nieoznaczony (art. 61 w związku z art. 89 k.s.h.), ewentualnie może wystąpić do sądu z żądaniem rozwiązania spółki przez sąd z ważnych powodów (art. 63 § 1 w związku z art. 89 k.s.h.), zaś ważnym powodem w tym przypadku może być konflikt pomiędzy współnikami. W takim przypadku sąd może również postanowić o wyłączeniu tego partnera ze spółki (art. 63 § 2 w związku z art. 89 k.s.h.). Zgodzić należy się ponadto z wyrażonym w literaturze poglądem, że istnieje możliwość wystąpienia przez partnera do sądu o stwierdzenie nieważności uchwały pozbawiającej go prawa reprezentacji na podstawie przepisu art. 189 k.p.c.²⁵

²⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm. Por. S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 631; T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz [w:] *Komentarz...*, s. 242; H. Urbańczyk, *op. cit.*, s. 184; A. Kidyba, *Kodeks... Komentarz*, s. 384; U. Promińska [w:] *Prawo...*, s. 609; J.A. Strzępka, E. Zielińska, *op. cit.*, s. 146; M. Spyra, *op. cit.*, s. 325.

W przypadku, gdy istnieją ważne powody do pozbawienia partnera prawa reprezentacji, jednak nie da się uzyskać wymaganej większości głosów bądź kworum dla podjęcia uchwały, istnieje możliwość pozbawienia partnera prawa reprezentacji przez sąd z ważnych powodów (art. 30 § 2 w związku z art. 89 k.s.h.), gdyż wprowadzenie przez ustawodawcę możliwości pozbawienia partnera prawa reprezentacji na mocy uchwały partnerów, nie wyłącza zastosowania przepisów o spółce jawnej dotyczących sądowego pozbawienia partnera prawa reprezentowania spółki²⁶.

3.2. Model kapitałowy

3.2.1. Powoływanie i odwoływanie członków zarządu

Spółka partnerska jest jedyną spółką osobową, w której dopuszczalne jest ustanowienie zarządu. W przypadku, gdy partnerzy zamierzają powierzyć prowadzenie spraw spółki i jej reprezentowanie zarządowi, konieczne jest zamieszczenie w umowie spółki stosownego postanowienia. Postanowienie to może zostać zamieszczone w umowie już na etapie tworzenia spółki, przy czym wszyscy partnerzy wyrażają wówczas zgodę na powierzenia prowadzenia spraw spółki i jej reprezentowania zarządowi, gdyż podpisanie przez nich umowy stanowi jednocześnie taką zgodę. Jeżeli w pierwotnej umowie brak jest takiego postanowienia, wówczas dopuszczalna jest zmiana umowy, która wymaga zgody wszystkich partnerów (art. 9 k.s.h.). Powstaje wątpliwość, czy jeżeli partnerzy wprowadzą do umowy spółki postanowienie, że zmiana umowy spółki dokonywana jest większością głosów, to również wprowadzenie postanowienia dotyczącego ustanawiania zarządu wymaga już tylko przyjętej w umowie większości głosów. Podkreślić przy tym trzeba, że takie postanowienie umowy pozbawia *de facto* partnerów podstawowych praw związanych z ich uczestnictwem w spółce. Przyjąć zatem należy, że wprowadzenie do umowy spółki partnerskiej postanowienia przekazującego prowadzenie spraw i reprezentowanie spółki zarządowi wymaga zawsze zgody wszystkich partnerów, gdyż następuje w ten sposób pozbawienie praw partnerów związanych bezpośrednio z ich uczestnictwem w spółce osobowej²⁷.

Do zarządu spółki partnerskiej mogą zostać powołani zarówno partnerzy, jak również osoby spoza spółki. W odniesieniu do spółek osobowych generalnie obowiązuje zasada, że nie można powierzyć prowadzenia spraw spółki osobom trzecim z wyłączeniem wspólników, zatem w przypadku spółki osobowej przynajmniej jeden ze wspólników musi zachować

²⁶ Por. A. Kidyba, *Kodeks... Komentarz*, s. 383; E.J. Krześniak, *Spółka partnerska ze...*, s. 263; M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 144; M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 332; W. Pyziół, *op. cit.*, s. 177; odmiennie H. Urbańczyk, *op. cit.*, s. 183.

²⁷ Por. M. Spyra, *op. cit.*, s. 329.

prawo prowadzenia spraw spółki (art. 38 § 1 k.s.h.). W spółce partnerskiej przepis ten nie znajduje zastosowania i zarząd spółki partnerskiej może składać się wyłącznie z osób niebędących partnerami²⁸, gdyż do zarządu spółki partnerskiej stosować należy przepisy dotyczące zarządu spółki z o.o. (art. 201-211 k.s.h.), zatem w tym przypadku zastosowanie znajduje przepis art. 201 § 3 k.s.h.²⁹.

Zarząd w spółce partnerskiej powoływany jest i odwoływany uchwałą partnerów (art. 201 § 4 w związku z art. 97 § 2 k.s.h.). W takim przypadku wymagana jest jednomyślność partnerów w zakresie powoływania i odwoływania członków zarządu, gdyż przepisy o spółce partnerskiej nie regulują zasad powoływania członków zarządu i należy to potraktować w kategoriach czynności przekraczających zwykły zarząd³⁰. O ile jednak stosowanie zasady jednomyślności przy powoływaniu członków zarządu uznać można za zasadne (każdy partner powinien zachowywać wpływ na skład osób wchodzących w skład zarządu), to już odwoływanie członków zarządu na podstawie jednomyślnej uchwały partnerów może okazać się niepraktyczne, gdyż weto jednego z nich skutecznie zablokuje możliwość odwołania członka zarządu³¹. Natomiast trzeba przyjąć ponadto, że jeżeli członek zarządu jest jednocześnie partnerem, wówczas nie bierze on udziału w podejmowaniu uchwały o jego odwołaniu³², gdyż w przeciwnym razie jego odwołanie byłoby uzależnione całkowicie od jego woli, co uniemożliwiałoby praktycznie realizację dyspozycji przepisu art. 203 § 1 w związku z art. 97 § 2 k.s.h., przewidującego możliwość odwołania człon-

²⁸ T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz [w:] *Komentarz...*, s. 244; S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 634; A. Witosz [w:] J.A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz z orzecnictwem*, Warszawa 2001, s. 151; P. Szmitkowski, *Stosunki wewnętrzne w spółce partnerskiej posiadającej zarząd*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001, nr 10, s. 14; M. Rudnicki, *Spółka partnerska jako forma organizacyjno-prawna prowadzenia działalności gospodarczej i wykonywania zawodu przez radców prawnych*, „Radca Prawny” 2002, nr 2, s. 31; E.J. Krześniak, *Spółka partnerska adwokatów (radców prawnych) – wybrane zagadnienia*, „Palestra” 2003, nr 1-2, s. 22; H. Urbańczyk, *op. cit.*, s. 186; M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 144; M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 332; D. Wajda, *Zarząd w spółce partnerskiej*, „Prawo Spółek” 2007, nr 6, s. 15; J.A. Strzępka, E. Zielińska, *op. cit.*, s. 150; A.J. Witosz, *Subsydiarna...*, s. 179; M. Spyra, *op. cit.*, s. 330; odmiennie U. Promińska, *Uwagi w sprawie zarządzania i reprezentacji spółki partnerskiej*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2002, nr 11, s. 21.

²⁹ Na marginesie zaznaczyć trzeba, że odesłanie zawarte w przepisie art. 97 § 2 k.s.h. nie jest wyczerpujące, gdyż do zarządu spółki partnerskiej znajduje zastosowanie również np. przepis art. 18 k.s.h. Por. A. Kidyba, *Handlowe...*, s. 246; S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 634; A. Witosz [w:] *Kodeks...*, s. 150; M. Spyra, *op. cit.*, s. 328.

³⁰ S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 635; P. Szmitkowski, *op. cit.*, s. 15; M. Asłanowicz [w:] *Prawo...*, s. 882; D. Wajda, *op. cit.*, s. 15; M. Spyra, *op. cit.*, s. 330.

³¹ M. Rudnicki, *op. cit.*, s. 33; M. Spyra, *op. cit.*, s. 330.

³² P. Szmitkowski, *op. cit.*, s. 15; D. Wajda, *op. cit.*, s. 15.

ka zarządu w każdym czasie. Jeżeli zatem w spółce partnerskiej powołuje się zarząd, postulować należy wprowadzenie do umowy spółki postanowienia, umożliwiającego odwoływanie członków zarządu większością głosów. W przypadku powoływania zarządu w spółce partnerskiej zasadne jest wprowadzenie do umowy spółki także postanowienia precyzującego liczbę członków zarządu, która może zostać podana sztywno lub widełkowo. W przypadku braku w umowie spółki partnerskiej liczby członków zarządu, przyjąć należy, że składa się on z takiej liczby, jaka zostanie określona w uchwale partnerów.

W przypadku powoływania członków zarządu mogą oni skutecznie pełnić swoją funkcję już od momentu podjęcia stosowanej uchwały przez partnerów, przy założeniu, że osoba powołana do zarządu wyraziła na to zgodę w sposób wyraźny bądź dorozumiany. Członkowie zarządu podlegają wówczas zgłoszeniu do Krajowego Rejestru Sądowego, jednak wpis ten ma deklaratoryjny charakter³³. Uchwała o powołaniu członka zarządu powinna mieć formę pisemną, gdyż dokument potwierdzający powołanie członków zarządu należy dołączyć do zgłoszenia zarządu do rejestru. Członkowie zarządu pełnią swoją funkcję do czasu wygaśnięcia mandatu, co może nastąpić wskutek ich rezygnacji, śmierci, odwołania czy upływu kadencji. W przypadku spółki partnerskiej, do umowy spółki należałoby wprowadzić postanowienia dotyczące długości kadencji³⁴, a przede wszystkim należy określić moment wygaśnięcia mandatu, w związku z upływem kadencji. Przepisy art. 202 § 1 i 2 w związku z art. 97 § 2 k.s.h. łączą wygaśnięcie mandatu, z chwilą odbycia się zwyczajnego zgromadzenia wspólników zatwierdzającego sprawozdanie finansowe za poprzedni rok obrotowy. W spółce partnerskiej zgromadzenie takie co do zasady nie odbywa się, co nie wyklucza zatwierdzania sprawozdania finansowego, gdy spółka partnerska zostanie objęta obowiązkiem sporządzania sprawozdania, zgodnie z ustawą o rachunkowości. Jeżeli zatem w spółce partnerskiej zatwierdzanie sprawozdania nie występuje, zaś umowa spółki nie określi, z jaką chwilą wygasa mandat, w związku z upływem kadencji powstaje istotna wątpliwość co do określenia momentu wygaśnięcia mandatu. W takiej sytuacji jedynym rozwiązaniem wydaje się być założenie, że mandat trwa do czasu powołania nowego zarządu, uchwałą partnerów, co powinno nastąpić po zakończeniu roku obrotowego³⁵. Odwołanie człon-

³³ Por. A. Kidyba, *Handlowe...*, s. 259; w tym zakresie aktualne pozostaje orzecznictwo dotyczące zarządu spółki z o.o. por. np. wyrok SN z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt I PK 182/08, „Monitor Prawa Pracy” 2009, nr 10, s. 533.

³⁴ W przypadku braku określenia długości kadencji można przyjąć domniemanie kadencji jednorocznej, wynikające z przepisu art. 202 § 1 k.s.h.

³⁵ Można by zakładać, że powinno to nastąpić w ciągu 6 miesięcy od zakończenia roku obrotowego, poprzez zastosowanie analogii, do przepisów o spółce z o.o., skoro za-

ków zarządu może nastąpić w każdym czasie i staje się skuteczne z chwilą podjęcia stosowanej uchwały przez partnerów.

Podobnie jak w przypadku zarządu spółki z o.o., również w spółce partnerskiej pełnienie funkcji członka zarządu może odbywać się na podstawie samego tylko aktu powołania, możliwe jest również zawarcie z członkami zarządu dodatkowej umowy, regulującej sprawowanie funkcji np. umowy o pracę, umowy zlecenia, kontraktu menedżerskiego³⁶. Do zawarcia umowy z członkiem zarządu zastosowanie znajduje przepis art. 210 k.s.h., co oznacza, że partnerzy uchwałą powinni powołać pełnomocnika do zawarcia umowy z członkiem zarządu spółki³⁷. Uchwała powinna zapaść jednomyślnie, o ile umowa spółki partnerskiej nie stanowi inaczej, gdyż przepisy o spółce partnerskiej nie precyzują większości głosów wymaganej dla skutecznego podjęcia takiej uchwały, natomiast w spółkach osobowych zasadą jest podejmowanie uchwał jednomyślnie w sprawach przekraczających zwykły zarząd³⁸.

3.2.2. Ograniczenia kompetencji członków zarządu w stosunku do partnerów

Pozbawienie partnerów prawa prowadzenia spraw spółki i przekazanie tej kompetencji zarządowi powoduje, że wpływ partnerów na działalność spółki partnerskiej zostaje w znacznym stopniu ograniczony. Najlepszym rozwiązaniem w takim przypadku jest określenie w umowie spółki partnerskiej czynności, wymagających zgody partnerów³⁹. W szczególności za dopuszczalne uznać należy postanowienie wskazujące, że rozporządzanie prawem lub zaciąganie zobowiązań za kwotę przewyższającą np. 10 000 zł wymaga zgody partnerów. W takim przypadku zarząd będzie musiał uzyskać zgodę partnerów na dokonanie czynności przekraczających tę kwotę, zaś w przypadku braku wspomnianej zgody, czynności prawne dokonane przez zarząd będzie wprawdzie ważne, jednak członkowie zarządu ponosić będą odpowiedzialność za szkody wyrządzone spółce na podstawie przepisu art. 293 w związku z art. 97 § 2 k.s.h. Postulować należy wprowadzenie tego rodzaju postanowień do umowy spółki partnerskiej, gdyż

twierdzenie sprawozdania (o którym mowa w art. 202 § 1 i 2 k.s.h.), powinno nastąpić w ciągu 6 miesięcy od zakończenia roku obrotowego. Por. np. S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 638, który dopuszcza w drodze analogii stosowanie przepisu art. 231 k.s.h.

³⁶ A. Kidyba, *Handlowe...*, s. 260.

³⁷ M. Asłanowicz [w:] *Prawo...*, s. 883.

³⁸ Nie jest jednoznaczne, czy można w tym przypadku powoływać się na przepis art. 43 k.s.h., skoro partnerzy są pozbawieni prawa prowadzenia spraw spółki, jednakże poza tym przepisem nie mamy żadnych innych wskazówek co do podjęcia uchwały przez partnerów, a brak jest podstaw do przyjęcia, aby można było w drodze analogii stosować przepisy o uchwałach wspólników w spółce z o.o.

³⁹ M. Rudnicki, *op. cit.*, s. 32.

w przeciwnym razie powstaną istotne wątpliwości, czy i w jakim zakresie partnerzy zachowują wpływ na działalność członków zarządu.

W literaturze dominują dwa odmienne stanowiska dotyczące podstaw prawnych podejmowania uchwał przez partnerów w spółce, w której powołano zarząd. Pierwsza koncepcja oparta jest na założeniu, że pomimo pozbawienia partnerów prawa prowadzenia spraw spółki, zachowują oni wpływ na dokonywanie czynności przez zarząd, gdyż zastosowanie znajduje poprzez odesłanie z przepisu art. 89 k.s.h. przepis art. 43 k.s.h., zgodnie z którym zgoda partnerów wymagana jest w czynnościach przekraczających zwykły zarząd, czyli dotyczy ona także wspólników pozbawionych prawa prowadzenia spraw spółki⁴⁰. Druga koncepcja oparta jest na założeniu, że przepis art. 43 k.s.h. nie może w tym przypadku znaleźć zastosowania, zaś do zarządu spółki, w tym ograniczeń zarządu w stosunku do spółki zastosowanie znaleźć mogą wyłącznie przepisy o zarządzie spółki, a w tym przypadku przepis art. 207 w związku z art. 97 § 2 k.s.h., zgodnie z którym zarząd zobowiązany jest stosować się do przepisów ustawy, postanowień umowy i uchwał wspólników⁴¹. Zatem członkowie zarządu zobowiązani będą do stosowania się do każdej uchwały podjętej przez partnerów, jednakże w tej sytuacji zarząd nie jest zobowiązany uzyskiwać zgodę przed dokonaniem określonych czynności, ponieważ ustawa nie precyzuje kompetencji partnerów, a jedynie zobowiązany jest stosować się do uchwał partnerów, jeżeli zostaną podjęte. Możliwe jest jednak podjęcie w tym przypadku uchwały określającej czynności wymagające zgody partnerów. Osobiście jestem zwolennikiem drugiej koncepcji, w związku z tym, że do zarządu spółki powinniśmy stosować przepisy o zarządzie spółki z o.o., nie zaś przepisy o spółce jawnej⁴², jednak za obiema koncepcjami przemawiają istotne argumenty, stąd w celu uniknięcia wątpliwości w praktyce należy wprowadzić do umowy spółki partnerskiej postanowienia jednoznacznie wskazujące, kiedy członkowie zarządu zobowiązani są uzyskać zgodę partnerów na dokonanie określonej czynności prawnej.

⁴⁰ T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz [w:] *Komentarz...*, s. 244; P. Szmitkowski, *op. cit.*, s. 16; U. Promińska, *Uwagi...*, s. 22; H. Urbańczyk, *op. cit.*, s. 186-187.

⁴¹ Por. S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 638; E.J. Krześniak, *Spółka partnerska adwokatów...*, s. 22; D. Wajda, *op. cit.*, s. 16-17; W. Pyziół, *op. cit.*, s. 178; J.A. Strzępka, E. Zielińska, *op. cit.*, s. 151; w tym kierunku także M. Spyra, *op. cit.*, s. 332.

⁴² Z drugiej jednak strony równie dobrze można przyjąć, że przepis art. 43 w związku z art. 89 k.s.h. stosuje się nie do zarządu spółki partnerskiej, ale do uprawnień partnerów w spółce partnerskiej, stąd też nie zachodziłaby kolizja z odesłaniem z przepisu art. 97 § 2 k.s.h.

3.2.3. Odpowiedzialność odszkodowawcza członków zarządu w stosunku do spółki

Podstawą odpowiedzialności członków zarządu spółki partnerskiej za szkody wyrządzone spółce jest przepis art. 293 w związku z art. 97 § 2 k.s.h., zgodnie z którym członkowie zarządu odpowiadają wobec spółki za szkody wyrządzone działaniem lub zaniechaniem sprzecznym z prawem lub postanowieniami umowy spółki, chyba że nie ponoszą winy, przy czym przy wykonywaniu swoich obowiązków powinni oni dołożyć staranności wynikającej z zawodowego charakteru tej działalności. W przypadku wyrządzenia spółce szkody przez zarząd należy rozstrzygnąć w jaki sposób partnerzy powinni dochodzić roszczeń w stosunku do spółki. W przypadku dochodzenia odpowiedzialności w stosunku do członków zarządu spółki z o.o. zastosowanie znajduje przepis art. 228 pkt 2 k.s.h., który wymaga podjęcia uchwały przez wspólników w przypadku dochodzenia roszczeń powstałych przy sprawowaniu zarządu. W przepisach o spółce partnerskiej brak jest odpowiednika tego przepisu, ani też przepisy o spółce partnerskiej nie odsyłają do stosowania przepisów o zgromadzeniu wspólników w spółce z o.o.⁴³ Zauważyć trzeba, że na skutek powołania zarządu partnerzy pozbawieni są prawa reprezentowania spółki, stąd nie mogą samodzielnie wystąpić o odszkodowanie przeciwko członkom zarządu. Niezbędne jest podjęcie przez partnerów uchwały o powołaniu pełnomocnika do reprezentowania spółki w sporze z członkami zarządu, na podstawie przepisu art. 210 § 1 w związku z art. 97 § 2 k.s.h.⁴⁴ Jak już wcześniej zaznaczono, o ile umowa spółki partnerskiej nie stanowi inaczej, uchwała o powołaniu pełnomocnika w trybie art. 210 § 1 w związku z art. 97 § 2 k.s.h. powinna zapaść jednomyślnie. Wobec powyższego może powstać problem dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w przypadku braku zgody wszystkich partnerów na podjęcie wspomnianej uchwały⁴⁵. Jeżeli partnerzy nie ustanowią pełnomocnika do wystąpienia z powództwem odszkodowawczym przeciwko członkom za-

⁴³ Stosowanie przepisu art. 228 pkt 2 k.s.h. w drodze analogii przyjmuje S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 638.

⁴⁴ Por. A. Kidyba, *Handlowe...*, s. 278; S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 638.

⁴⁵ Kolejną wątpliwością, która powstanie w trakcie podejmowania uchwały jest to, czy partner wchodzący w skład zarządu powinien brać udział przy podejmowaniu takiej uchwały przez partnerów, gdyż przepisy o spółce partnerskiej nie zawierają odesłania do przepisów o zgromadzeniu wspólników, a w przypadku spółki z o.o. zastosowanie znalazłby wówczas przepis art. 244 k.s.h., gdyż uchwała dotyczyłaby odpowiedzialności wspólnika wobec spółki. Niewątpliwie wykładnią celowościową przemawia za przyjęciem, aby partner, będący jednocześnie członkiem zarządu, nie brał udziału przy podejmowaniu uchwały o powołaniu pełnomocnika, gdyż mógłby ją zawsze skutecznie zablokować i uniemożliwić spółce dochodzenie roszczeń odszkodowawczych.

rzędu, zastosowanie znajdzie przepis art. 295 w związku z art. 97 § 2 k.s.h. Jeżeli w ciągu roku od ujawnienia czynu wyrządzającego szkodę spółka nie wytoczy powództwa o naprawienie jej szkody, wówczas każdy partner samodzielnie może wnieść pozew o naprawienie szkody wyrządzonej spółce (tzw. *actio pro socio*).

4. Zakończenie

Uregulowanie spółki partnerskiej w prawie polskim spotkało się z powszechną aprobatą w literaturze i praktyce, w szczególności w związku z możliwością wyłączenia odpowiedzialności osobistej partnerów za błędy w sztuce pozostałych partnerów. Zastosowanie spółki partnerskiej umożliwia dość elastyczne ukształtowanie zasad funkcjonowania spółki poprzez możliwość wyboru pomiędzy modelem charakterystycznym dla spółek osobowych albo kapitałowych. Zauważyć jednak trzeba, że w przypadkach, w których ustawodawca stosuje odesłania do stosowania innych przepisów (w tym przypadku art. 89 i art. 97 § 2 k.s.h.), pojawiają się wątpliwości interpretacyjne w związku z „odpowiednim” ich stosowaniem, wymagającym nierzadko istotnych modyfikacji. W związku z czym na znaczeniu nabiera umowa spółki partnerskiej, w której można, a w niektórych wypadkach wręcz trzeba, doprecyzować wiele kwestii związanych ze strukturą i funkcjonowaniem spółki.

Formy opodatkowania radcy prawnego jako przedsiębiorcy

Bazę wyjściową do tematu form opodatkowania radcy prawnego jako przedsiębiorcy stanowi niewątpliwie ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych¹. **Ustawa ustrojowa nie zawiera w zasadzie regulacji podatkowych, które można by było uznać za mające charakter *leges speciales*, wobec przepisów zamieszczonych w ustawach podatkowych.** Znaczenie jedynie incydentalne może mieć tu art. 24 ust. 2a pkt 3 u.r.p., stanowiący, że do wniosku, o którym mowa w ust. 2 tego przepisu, osoba ubiegająca się o wpis obowiązana jest dołączyć umowy o pracę wraz z dokumentami określającymi zakres obowiązków lub zaświadczeniami od pracodawcy określającymi zakres obowiązków, lub umowy cywilnoprawne wraz z oświadczeniem o złożeniu deklaracji do właściwego urzędu skarbowego oraz zapłaceniu podatku wynikającego z tytułu tych umów – w przypadku osób, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 4 i 5 u.r.p.²

¹ T. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm., dalej jako: u.r.p.

² Dla porządku: osobami tymi są te, które zdały egzamin sędziowski lub prokuratorowski po dniu 1 stycznia 1991 r. oraz w okresie 5 lat przed złożeniem wniosku o wpis na listę radców prawnych, łącznie przez okres co najmniej 3 lat:

- a) zajmowały stanowisko asesora sądowego, asesora prokuratorskiego, referendarza sądowego, starszego referendarza sądowego, aplikanta sądowego, aplikanta prokuratorskiego, aplikanta sądowo-prokuratorskiego, asystenta sędziego, asystenta prokuratora, lub
- b) wykonywały wymagające wiedzy prawniczej czynności bezpośrednio związane ze świadczeniem pomocy prawnej przez adwokata lub radcę prawnego na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej w kancelarii adwokackiej, zespole adwokackim, spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej, o których mowa w art. 4a ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (t. jedn. Dz. U. z 2009 r. Nr 146, poz. 1188 z późn. zm., dalej jako: u.p.a.), lub kancelarii radcy prawnego, spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej, o których mowa w art. 8 ust. 1 u.r.p. (por. pkt 4);

oraz osoby, które posiadają stopień naukowy doktora nauk prawnych oraz w okresie 5 lat przed złożeniem wniosku o wpis na listę radców prawnych, łącznie przez okres co najmniej 3 lat:

W powołanym przepisie, chodzi jedynie o pewne wymagania formalne, do spełnienia jakich zobligowana jest osoba, która uzyskała pozytywny wynik z egzaminu radcowskiego. Wpis takiej osoby następuje na jej wniosek na podstawie uchwały rady okręgowej izby radców prawnych właściwej ze względu na miejsce odbycia aplikacji radcowskiej, a w przypadku osoby, o której mowa w art. 25 ust. 2 u.r.p.³, ze względu na miejsce jej zamieszkania. **Szczególną natomiast, jak można przyjąć, regulację ustawodawca zawarł w § 2 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu⁴.** W powołanym akcie prawnym, wydanym na podstawie art. 22³ ust. 2 i art. 22⁵ ust. 2 i 3 u.r.p., Minister Sprawiedliwości, po zasięgnięciu opinii Krajowej Rady Radców Prawnych oraz Naczelnej Rady Adwokackiej, określił szczegółowe zasady ponoszenia kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego z urzędu, z uwzględnieniem sposobu ustalania tych kosztów, wydatków stanowiących podstawę ich ustalania oraz maksymalnej wysokości opłat za udzieloną pomoc, wysokość opłat za czynności radców prawnych przed organami wymiaru sprawiedliwości, stanowiących podstawę do zasądzenia przez sądy kosztów zastępstwa prawnego, mając na względzie, że ustalenie opłaty wyższej niż stawka minimalna za czynności radców prawnych, lecz nieprzekraczającej sześciokrotności tej stawki, może być uzasadnione rodzajem i zawartością sprawy oraz niezbędnym nakładem pracy radcy prawnego.

Stosownie do postanowień ust. 3 § 2 r.r.p., w sprawach, w których strona korzysta z pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu, opłaty, o których mowa w ust. 1, sąd podwyższa o stawkę podatku od towarów i usług, przewidzianą dla tego rodzaju czynności w przepisach o podatku od towarów i usług, obowiązującą w dniu orzekania o tych opłatach. Zasądzoną w ten sposób, prawomocnym orzeczeniem kwotę netto, powiększoną o VAT, pełnomocnik z urzędu otrzymuje tytułem zwrotu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej, udzielo-

a) zajmowały stanowisko referendarza sądowego, starszego referendarza sądowego, aplikanta sądowego, aplikanta prokuratorskiego, aplikanta sądowo-prokuratorskiego, asystenta sędziego, asystenta prokuratora, lub

b) wykonywały wymagające wiedzy prawniczej czynności bezpośrednio związane ze świadczeniem pomocy prawnej przez adwokata lub radcę prawnego na podstawie umowy o pracę lub umowy cywilnoprawnej w kancelarii adwokackiej, zespole adwokackim, spółce cywilnej, jawnej, partnerskiej, komandytowej, o których mowa w art. 4a ust. 1 u.p.a., o których mowa w art. 8 ust. 1 u.r.p.

³ Przepis ten wskazuje na krąg podmiotów, do których nie stosuje się wymogu odbycia aplikacji radcowskiej i złożenia egzaminu radcowskiego.

⁴ Dz. U. Nr 163, poz. 1349 z późn. zm., dalej jako: r.r.p.

nej z urzędu, ponoszonych przez Skarb Państwa. Z mocy § 15 r.r.p., koszty nieopłaconej pomocy prawnej ponoszone przez Skarb Państwa obejmują:

- 1) opłatę w wysokości nie wyższej niż 150% stawek minimalnych, o których mowa w rozdziałach 3 i 4, regulujących stawki minimalne w sprawach cywilnych, ze stosunku pracy i ubezpieczeń społecznych, stawki minimalne w innych sprawach, oraz
- 2) niezbędne, udokumentowane wydatki radcy prawnego.

Z tą nadto wzmianką, że zgodnie z § 2 ust. 1 i 2 r.r.p., zasądzając opłatę za czynności radcy prawnego z tytułu zastępstwa prawnego, sąd bierze pod uwagę niezbędny nakład pracy pełnomocnika, a także charakter sprawy i wkład pracy pełnomocnika w przyczynienie się do jej wyjaśnienia i rozstrzygnięcia. Podstawę zasądzenia opłaty, o której mowa w § 2 ust. 1, stanowią stawki minimalne określone w ww. rozdziałach 3 i 4. Opłata ta nie może być wyższa niż sześciokrotna stawka minimalna ani przekraczać wartości przedmiotu sprawy. Przepisy Kodeksu postępowania cywilnego⁵ statuują natomiast zasadę, że strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony (koszty procesu) – por. art. 98 § 1 k.p.c.⁶ Do niezbędnych kosztów procesu strony reprezentowanej przez adwokata zalicza się wynagrodzenie, jednak nie wyższe niż stawki opłat określone w odrębnych przepisach i wydatki jednego adwokata, koszty sądowe oraz koszty nakazanego przez sąd osobistego stawiennictwa strony. Chodzi tu o § 3 art. 98 k.p.c. oraz r.r.p., w tym odpowiednio w zakresie opłat za czynności radców prawnych przed organami wymiaru sprawiedliwości, stawek minimalnych w sprawach cywilnych, ze stosunku pracy i ubezpieczeń społecznych, stawek minimalnych w innych sprawach, oraz wspomnianych wyżej kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, ponoszonych przez Skarb Państwa. Wysokość kosztów sądowych, zasady zwrotu utraconego zarobku lub dochodu oraz kosztów stawiennictwa strony w sądzie, a także wynagrodzenie adwokata, radcy prawnego i rzecznika patentowego regulują odrębne przepisy. (Zob. art. 98 § 4 k.p.c. w związku z art. 22³ i art. 22⁵ u.r.p., art. 29 u.p.a. oraz r.r.p.). Warto dodać również, że w piśmiennictwie na tle regulacji dotyczących profesjonalnych pełnomocników, subsydiarnie niejako do regulacji r.r.p., wskazuje się, iż ustalenie stawek na zbyt niskim poziomie oznacza, że ciężar finansowy dochodzenia swoich uzasadnionych roszczeń ponosić więc

⁵ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm., dalej jako: k.p.c.

⁶ Szerzej zob. J. Gudowski [w:] T. Ereciński (red.), J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, t. 1, Warszawa 2002, s. 254 i n.; T. Demendecki, *Komentarz bieżący do art. 98 kodeksu postępowania cywilnego*, LEX/el. 2011.

musi przede wszystkim sama strona, a nie jej przeciwnik procesowy. To z kolei może powodować rezygnację z dochodzenia swoich praw⁷.

Dodatkowe wymogi, które nakłada na radcę prawnego r.r.p., w związku z przyznaniem kosztów nieopłaconej pomocy prawnej, określone zostały w § 16 i 17 r.r.p. Po pierwsze, wniosek o przyznanie kosztów nieopłaconej pomocy prawnej powinien zawierać oświadczenie, że opłaty nie zostały zapłacone w całości lub w części. Po drugie, w sprawie cywilnej, w której kosztami procesu został obciążony przeciwnik procesowy strony korzystającej z pomocy udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu, koszty, o których mowa w § 15 r.r.p., sąd przyznaje po wykazaniu bezskuteczności ich egzekucji.

Istotny krok naprzód, a zarazem alternatywę dla opodatkowania działalności radców prawnych, stanowił wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2010 r.⁸ W orzeczeniu tym, WSA stwierdził, że: „Radca prawny wykonujący zawód w formie spółki osobowej, nie staje się podatnikiem podatku od towarów i usług z tytułu pomocy prawnej świadczonej z urzędu. Podatnikiem zobowiązanym do wystawienia faktury VAT jest w takim przypadku spółka”. Oznacza to, że pomoc prawna wykonywana przed radcą prawnego z urzędu nie jest zleceniem udzielonym przez sąd. *Eo ipso*, radca prawny będący współnikiem spółki osobowej nie staje się podatnikiem z tego powodu. W sprawie tej, kontroli Sądu poddana została interpretacja indywidualna w przedmiocie podatku od towarów i usług. Spór stron sprowadzał się do kwestii, kto jest podatnikiem z tytułu pomocy prawnej świadczonej z urzędu: spółka osobowa czy też radca prawny wykonujący zawód w jej ramach. Skarżący, jako radca prawny, wykonujący zawód wyłącznie w ramach kancelarii będącej spółką osobową, domagał się potwierdzenia prawidłowości stanowiska, że świadcząc pomoc prawną z urzędu, nie stanie się z tego tytułu odrębnym od kancelarii podatnikiem podatku od towarów i usług. Zdaniem Ministra Finansów, jako że świadczenie pomocy prawnej z urzędu jest działalnością wykonywaną osobiście w rozumieniu art. 13 pkt 6 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych⁹ i nie podlega wyłączeniu z opodatkowania podatkiem od towarów i usług na podstawie art. 15 ust. 3 pkt 3 u.p.d.o.f., radca prawny jest podatnikiem podatku od towarów i usług z tytułu pomocy prawnej świadczonej z urzędu. Zgodnie z art. 13 pkt 6 u.p.d.o.f., za przychody z działalności wykonywanej osobiście, o której mowa w art. 10 ust. 1 pkt 2 u.p.d.o.f.¹⁰, uważa się przychody osób, któ-

⁷ Por. A. Kappes, *Uwagi o nowym rozporządzeniu w sprawie opłat za czynności adwokackie*, „Palestra” 2002, nr 11-12, s. 63 i n.

⁸ Sygn. akt III SA/Wa 1762/09, LEX nr 599729.

⁹ T. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 51, poz. 307 z późn. zm., dalej jako: u.p.d.o.f.

¹⁰ *Verba legis*: Źródłami przychodów są [...] działalność wykonywana osobiście.

rym organ władzy lub administracji państwowej albo samorządowej, sąd lub prokurator, na podstawie właściwych przepisów, zlecił wykonanie określonych czynności, a zwłaszcza przychody biegłych w postępowaniu sądowym, dochodzeniowym i administracyjnym oraz płatników, z zastrzeżeniem art. 14 ust. 2 pkt 10, i inkasentów należności publicznoprawnych, a także przychody z tytułu udziału w komisjach powoływanych przez organy władzy lub administracji państwowej albo samorządowej, z wyjątkiem przychodów, o których mowa w pkt. 9, tj. przychody uzyskane na podstawie umów o zarządzanie przedsiębiorstwem, kontraktów menedżerskich lub umów o podobnym charakterze, w tym przychody z tego rodzaju umów zawieranych w ramach prowadzonej przez podatnika pozarolniczej działalności gospodarczej – z wyjątkiem przychodów, o których mowa w pkt. 7 art. 13 u.p.d.o.f., tj. otrzymywanych przez osoby, niezależnie od sposobu ich powoływania, należące do składu zarządów, rad nadzorczych, komisji lub innych organów stanowiących osób prawnych. Przy czym obowiązuje tu zasada ogólna, zgodnie z którą wyjątków od niej, nie należy interpretować rozszerzająco – *exceptiones non sunt extendendae*. Zdaniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, świadczenie przez radcę prawnego usług przypisywanych temu zawodowi (art. 4 ust. 1 u.r.p.) wpisuje się w tak rozumianą działalność gospodarczą. Będzie ona podlegała opodatkowaniu niezależnie od tego, do jakiego źródła przychodu w rozumieniu u.p.d.o.f., zostanie zakwalifikowany osiągnięty z tytułu tej działalności przychód. Ocena, kto uzyska status podatnika podatku od towarów i usług, powinna uwzględniać z jednej strony sposób, w jaki dochodzi do ustanowienia radcy prawnego pełnomocnikiem z urzędu, z drugiej zaś specyfikę samego wykonywania zawodu radcy prawnego, obejmującego również świadczenie pomocy prawnej z urzędu. Poza sporem podatkowym *sensu stricto* jest fakt, iż radca prawny ma w zasadzie obowiązek prowadzenia sprawy z urzędu, jeżeli zostanie wyznaczony przez właściwą izbę radców prawnych. Obowiązek ten, o charakterze korporacyjnym i zawodowym, obciąża radcę prawnego bez względu na sposób wykonywania zawodu (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 sierpnia 2006 r.¹¹). We wspomnianym wyroku, wydanym na tle przepisów r.r.p., Trybunał Konstytucyjny orzekł, że „§ 11 ust. 1 pkt 1 oraz § 15 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. Nr 163, poz. 1349, z 2003 r. Nr 97, poz. 888 i Nr 212, poz. 2074 oraz z 2005 r. Nr 41, poz. 393 i Nr 219, poz. 1873) są zgodne z art. 2¹² i art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”.

¹¹ Sygn. akt SK 23/05, OTK 2006, nr 8A, poz. 94.

¹² Z powołanej normy konstytucyjnej wynika m.in. zasada poprawnej legislacji. Zob. m.in. wyrok TK z dnia 12 kwietnia 2011 r., sygn. akt SK 62/08, Dz. U. Nr 87, poz. 492.

Trybunał wskazał również, że nie ma wyodrębnionej kategorii radców prawnych, wykonujących swój zawód tylko w zakresie pełnomocnictwa z urzędu. Powyższe potwierdza, że **świadczenie pomocy prawnej z urzędu jest jednym z przejawów wykonywania zawodu radcy prawnego**. Poza określeniem sposobu wyznaczenia radcy prawnego do świadczenia tej pomocy w konkretnej sprawie oraz wskazania podmiotu ponoszącego koszt działania pełnomocnika z urzędu, ustawodawca nie stworzył na jej potrzeby odrębnych unormowań prawnych. Pełnomocnictwo procesowe zawsze ma charakter osobisty w tym znaczeniu, że wskazuje ono konkretną osobę fizyczną (radcę prawnego). Wynika to jednakże z przepisów regulujących poszczególne procedury sądowe. W ocenie sądów, tak rozumiany osobisty charakter pełnomocnictwa procesowego (także substytucyjnego), który nie ma wpływu na wybór formy wykonywania zawodu, sam w sobie nie może również mieć znaczenia, z punktu widzenia podatku od towarów i usług. W przytoczonym wyroku z dnia 23 czerwca 2010 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny uznał, że świadcząc pomoc prawną z urzędu, radca prawny działa na zlecenie sądu, które to zlecenie na gruncie przepisów o podatku od towarów i usług odczytywać należy jako skierowany do radcy prawnego nakaz reprezentowania osoby wskazanej w postanowieniu przyznającym prawo pomocy. Okoliczność, że określonego z imienia i nazwiska radcę prawnego wskazuje samorząd radcowski jest kwestią techniczną, racjonalnym rozwiązaniem, pozwalającym na wybór konkretnego radcy prawnego przez podmiot działający niejako w imieniu radców prawnych, będący ich zrzeszeniem, a zatem dysponujący wiedzą niezbędną do wyznaczenia osoby właściwej w danej sprawie. Istotą, przedmiotem, powyższego zlecenia (nakazu) sądu jest właśnie owo reprezentowanie określonej osoby w postępowaniu sądowym, nie zaś poszczególne czynności składające się na tę reprezentację. Sposób reprezentacji, czynności podejmowane w jej ramach, zależą już od woli podmiotu reprezentowanego i radcy prawnego. Bez stosownego postanowienia sądu w przedmiocie prawa pomocy, nie mógłby powstać stosunek umocowania między radcą prawnym i osobą, na rzecz której ma on działać. Tym niemniej, radca prawny nie jest podporządkowany sądowi w znaczeniu organizacyjnym. Argumenty organu podatkowego, nawiązujące do przepisów u.p.d.o.f., w istocie bardziej przystawałyby do sporu w kwestii, czy usługi prawne świadczone z urzędu, podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług. To jednak nie było zagadnieniem budzącym wątpliwości skarżącego. Zdaniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, brak było powodów, aby przychody zaliczane w podatku dochodowym do działalności wykonywanej osobiście, uznawać niejako automatycznie za czynności niebędące działalnością gospodarczą w rozumieniu ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów

i usług¹³, z uwagi na wyłączenie zawarte w art. 15 ust. 3 pkt 3 u.p.t.u. i dopiero poprzez brak możliwości zastosowania tego wyłączenia w konkretnym przypadku, uznawać te czynności za działalność gospodarczą. Jest to nieuzasadnione również z tego względu, że w u.p.d.o.f. pozarolnicza działalność gospodarcza oraz działalność wykonywana osobiście, to odrębne źródła przychodów, natomiast w u.p.t.u., podlegająca opodatkowaniu działalność wykonywana osobiście traktowana jest jak działalność gospodarcza. Każda z tych ustaw, zawiera własną definicję działalności gospodarczej. W efekcie, odwołanie się w u.p.t.u. do art. 13 u.p.d.o.f. miało jedynie stworzyć możliwość wyeliminowania z opodatkowania czynności, generalnie rzecz ujmując, świadczonych w warunkach zbliżonych do stosunku pracy, nie zaś determinować skutki działań, które u.p.t.u. uznaje za działalność gospodarczą, w szczególności zaś status podatnika tego podatku.

Akceptując *meritii* stanowisko podatnika, Wojewódzki Sąd Administracyjny przyjął z jednej strony, że Minister Finansów naruszył przepisy prawa materialnego, tj. art. 15 ust. 1 i 2 u.p.t.u., uznając stanowisko prezentowane przez organy podatkowe za wadliwe. Z drugiej strony stwierdził jednak, że zaskarżona interpretacja nie została wydana z naruszeniem przepisów Konstytucji, które to zarzuty skarżącego w tym zakresie Sąd uznał za całkowicie niezasadne. Stwierdzając, że nie może być traktowana jako ograniczenie wykonywania zawodu okoliczność, że czynności dokonywane w ramach tego zawodu mogłyby powodować powstanie obowiązku podatkowego w podatku od towarów i usług, czego dalszym rezultatem byłby obowiązek dopełnienia określonych formalności, uiszczenia opłat i dokumentowania zdarzeń istotnych dla rozliczeń podatkowych. Nie są to przy tym żadne czynności inne niż te, które obciążają pozostałych podatników tego podatku, ani koszty inne niż ponoszone przez wszystkich podatników i pomniejszające ich przychód. Nie sposób zatem przyjąć, iż obciążenia te naruszałyby zasadę proporcjonalności. Nadto, Sąd wyraził pogląd, iż Minister Finansów nie dokonywał interpretacji przepisów u.r.p., które istotnie nie należą do przepisów prawa podatkowego, a także nie stwierdził, aby w rozpatrywanej sprawie doszło do naruszenia przepisów postępowania, w szczególności zaś art. 14b § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa¹⁴. Przepis ten stanowi, że minister właściwy do spraw finansów publicznych, na pisemny wniosek zainteresowanego, wydaje, w jego indywidualnej sprawie, pisemną interpretację przepisów prawa podatkowego (interpretację indywidualną). Nawiązując pokrótce do wątku interpretacji przepisów prawa podatkowego, zasygnalizować wypada, iż możliwe jest zwrócenie się do właściwego Dyrektora Izby Skarbowej o wydawanie w imieniu ministra właściwego do spraw finansów

¹³ Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm., dalej jako: u.p.t.u.

¹⁴ T. jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm., dalej jako: o.p.

publicznych, interpretacji indywidualnej w zakresie interpretacji przepisów prawa podatkowego w rozumieniu art. 3 pkt 2 o.p. Zgodnie z § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie upoważnienia do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego¹⁵, w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 kwietnia 2011 r., upoważnia się Dyrektorów Izb Skarbowych w: Bydgoszczy, Katowicach, Łodzi, Poznaniu i Warszawie do wydawania, w imieniu ministra właściwego do spraw finansów publicznych, interpretacji indywidualnych. Upoważnienie obejmuje wydawanie interpretacji indywidualnych w zakresie interpretacji przepisów prawa podatkowego w rozumieniu art. 3 pkt 2 o.p. w sprawach pozostających we właściwości naczelników urzędów i dyrektorów izb skarbowych oraz naczelników urzędów i dyrektorów izb celnych (por. § 2 ust. 2 ww. rozporządzenia). *De lege lata*, jak stanowi art. 14 f § 1 i 2 o.p., wniosek o wydanie interpretacji indywidualnej podlega opłacie w wysokości 40 zł, którą należy wpłacić w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku. W przypadku wystąpienia w jednym wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej odrębnych stanów faktycznych lub zdarzeń przyszłych pobiera się opłatę od każdego przedstawionego we wniosku odrębnego stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego. W razie negatywnej oceny stanowiska wnioskodawcy interpretacja indywidualna zawiera wskazanie prawidłowego stanowiska wraz z uzasadnieniem prawnym (art. 14c § 2 o.p.). Wzór wniosku o wydanie w indywidualnej sprawie pisemnej interpretacji przepisów prawa podatkowego (interpretacji indywidualnej) oraz sposób uiszczenia opłaty od wniosku określa rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie wzoru wniosku o wydanie interpretacji przepisów prawa podatkowego oraz sposobu uiszczenia opłaty od wniosku¹⁶. Wspomnieć w tym miejscu można, że przygotowany przez Ministerstwo Finansów projekt założeń zmian legislacyjnych do o.p.¹⁷ przewiduje zwiększenie wysokości opłaty za wydanie interpretacji indywidualnych do 1000 zł dla niemalże wszystkich podmiotów. Projekt przewiduje także, ale tylko dla niektórych grup podmiotów, obniżenie opłaty do wysokości 40 zł, tj. jedynie tych, które nie prowadzą działalności gospodarczej, małych i mikroprzedsiębiorstw oraz podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w przypadku, gdy wniosek dotyczyć będzie stanu faktycznego albo zdarzenia przyszłego, niezwiązanego z prowadzoną działalnością. W związku z planowanymi zmianami legislacyjnymi, oprócz dość powszechnej krytyki ze strony pracodawców, wyrażane są poglądy, iż podniesienie stawki opłaty za wydanie interpretacji nie jest dobrym rozwiązaniem, wprowadzenie specjalnej, obniżonej, stawki również nie jest wolne

¹⁵ Dz. U. Nr 112, poz. 770 z późn. zm.

¹⁶ Dz. U. Nr 112, poz. 771 z późn. zm.

¹⁷ Zob. <http://bip.rcl.gov.pl>.

od wad. Ci wnioskodawcy, którzy zechcą skorzystać z przysługującego im prawa, będą musieli dołączyć oświadczenie, że spełniają wymogi formalne zezwalające na niższą opłatę. To dodatkowa formalność, która może zniechęcać przedsiębiorców, a także opóźniać wydanie interpretacji, a w niektórych przypadkach nawet ograniczać dostęp do niej, w przypadku, gdy organ będzie podważać treść takiego oświadczenia¹⁸. W wypowiedziach prasowych sugeruje się w związku z tym również, że interpretacje wydane na podstawie obecnych przepisów mogą od 2011 r. być nieaktualne, zalecając występowanie o nowe interpretacje¹⁹.

W uzupełnieniu powyższego, dodając, że na podstawie art. 10 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej²⁰, przedsiębiorca może złożyć do właściwego organu administracji publicznej lub państwowej jednostki organizacyjnej wniosek o wydanie pisemnej interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania przepisów, z których wynika obowiązek świadczenia przez przedsiębiorcę daniny publicznej oraz składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, w jego indywidualnej sprawie. Wniosek o wydanie interpretacji podlega opłacie w wysokości 40 zł, którą należy wpłacić w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku. W przypadku wystąpienia w jednym wniosku o wydanie interpretacji odrębnych stanów faktycznych lub zdarzeń przyszłych pobiera się opłatę od każdego przedstawionego we wniosku odrębnego stanu faktycznego lub zdarzenia przyszłego. Interpretacja nie jest wiążąca dla przedsiębiorcy, jednakże przedsiębiorca nie może być obciążony jakimikolwiek daninami publicznymi, sankcjami administracyjnymi, finansowymi lub karami w zakresie, w jakim zastosował się do uzyskanej interpretacji. Interpretacja jest wiążąca dla organów administracji publicznej lub państwowych jednostek organizacyjnych właściwych dla przedsiębiorcy i może zostać zmieniona wyłącznie w drodze wznowienia postępowania. Nie zmienia się interpretacji, w wyniku której nastąpiły nieodwracalne skutki prawne. Odwołanie do o.p., znalazło się w art. 10a ust. 4 u.s.d.g., stanowiącym, że zasady i tryb udzielania interpretacji przepisów prawa podatkowego, reguluje o.p.

Dla rozstrzygnięcia przytoczonego powyżej sporu istotny był również fakt, że pełnomocnictwo procesowe, w tym tzw. urzędówka, zawsze jest pełnomocnictwem udzielonym osobiście konkretnemu radcy prawnemu, niezależnie od tego, czy działa on indywidualnie, czy też w spółce. Każda jednak pomoc prawna świadczona przez takiego radcę prawnego, w tym

¹⁸ Por. K. Sobczak, *Pracodawcy RP: MF chce drastycznie obciążyć przedsiębiorców*, rozmowa z E. Amielanczyk, <http://lex.pl>.

¹⁹ Zob. H. Kozłowska, *Warto wnioskować o nowe interpretacje podatkowe*, „Gazeta Prawna” nr 242 z 14.12.2010 r. Por. też *Interpretacje indywidualne a zmiana stawki VAT*, www.serwispodatkowyvat.pl, nr 406 z 2.12.2010 r.

²⁰ T. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447, dalej jako: u.s.d.g.

również ta z urzędu, jest wykonywana w ramach działalności spółki. W ostateczności to spółka będzie podatnikiem VAT. Skoro bowiem, radca prawny wykonuje swój zawód w ramach spółki osobowej, to nie powinien być zmuszany do odrębnej rejestracji dla potrzeb podatku VAT, jako osoba fizyczna, gdyż podatnikiem tego podatku powinna być *in concreto* spółka. Potwierdza to poniekąd również wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 grudnia 2008 r.²¹, którego sentencja brzmi: „Adwokat świadczący z urzędu usługi w postępowaniu sądowym nie korzysta z wyłączenia określonego w art. 15 ust. 3 pkt 3 u.p.t.u. i w konsekwencji posiada w tym zakresie status podatnika podatku od towarów i usług, ponieważ powołane czynności stanowią działalność gospodarczą w ujęciu art. 15 ust. 2 ustawy podatkowej”. W związku z czym można spotkać wypowiedzi, że dla potrzeb rozliczenia nawet jednorazowej usługi, radca prawny musi zarejestrować się na potrzeby VAT, gdyż podatnikiem VAT staje się z mocy prawa. Radca na etacie, który dostanie urzędówkę, musi więc złożyć w urzędzie skarbowym zgłoszenie rejestracyjne w zakresie podatku od towarów i usług na formularzu VAT-R²². Gdyby zaakceptować to stanowisko, jak można je określić „profiskalne”, wielu radców prawnych z powodu jednej urzędówki musiałoby zarejestrować dodatkową działalność²³. Wydane na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 2 u.p.t.u. rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 5 kwietnia 2004 r. w sprawie wzorów dokumentów związanych z rejestracją podatników w zakresie podatku od towarów i usług²⁴, określa wzór:

- 1) zgłoszenia rejestracyjnego w zakresie podatku od towarów i usług,
- 2) potwierdzenia zarejestrowania podmiotu jako podatnika VAT,
- 3) potwierdzenia zarejestrowania podmiotu jako podatnika VAT UE,
- 4) zgłoszenia o zaprzestaniu wykonywania czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, stanowiące odpowiednio – załączniki nr 1-4 do ww. rozporządzenia.

W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 16 marca 2006 r.²⁵, przyjęto, że: „Analiza przepisów VATU [...] nie pozwalała na przyjęcie, iż podatnik, który nie złożył zgłoszenia rejestracyjnego (aktualizacyjnego) na określonym w § 1 rozporządzeniu z 2004 r. wzorze, ale powiadomił organ w stosownym terminie (przed dokonaniem pierwszej dostawy wewnątrzwspólnotowej) oraz przy uwzględnieniu

²¹ Sygn. akt I FSK 1569/08, LEX nr 518750.

²² Por. też E. Matyszevska, *Nie trzeba aktualizować VAT-R po każdej zmianie danych*, rozmowa z P. Skorupą, „Gazeta Prawna” nr 10 z 17.01.2011 r.

²³ Zob. też Ł. Zalewski, *Świadczenie pomocy prawnej z urzędu nie nakłada na pełnomocnika obowiązku zapłaty VAT*, „Gazeta Prawna” nr 136 z 15.07.2010 r.

²⁴ Dz. U. Nr 55, poz. 539 z późn. zm.

²⁵ Sygn. akt III SA/Wa 2016/05, „Monitor Podatkowy” 2006, nr 9, s. 38.

wszelkich danych zawartych w formularzu VAT-R/UE, stanowiącym Załącznik nr 1 do ww. rozporządzenia, może być pozbawiony prawa do zastosowania 0% stawki przy wewnątrzwspólnotowych dostawach towarów – bez wcześniejszego wezwania do uzupełnienia braków formalnych dokonanego zgłoszenia [...]”. Szczegółowe natomiast zasady wystawiania faktur, dane, które powinny zawierać oraz sposób i okres ich przechowywania określone zostały w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 28 marca 2011 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług²⁶. **Zgodnie z § 4 ust. 1 ww. rozporządzenia, zarejestrowani podatnicy jako podatnicy VAT czynni, posiadający numer identyfikacji podatkowej, wystawiają faktury oznaczone wyrazami „FAKTURA VAT”.**

Podobnie orzekł Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2010 r.²⁷, w którym czytamy: „Radca prawny, wspólnik spółki osobowej, świadczący pomoc prawną z urzędu, uzyskuje przychód z działalności gospodarczej, a nie z działalności wykonywanej osobiście”. **Radca prawny zatem, wykonujący zawód wyłącznie w spółce osobowej (jako wspólnik) osiąga przychody z udziału w spółce, które należy uznać za przychody z działalności gospodarczej.** Przychodem z działalności jest również przychód uzyskany ze świadczenia pomocy prawnej, do której radca jest wyznaczony z urzędu. Sąd w rzeczonym wyroku, nie zgodził się z interpretacją Ministra Finansów, który twierdził, że radca prawny będący wspólnikiem spółki osobowej i świadczący usługę pomocy prawnej z urzędu, osiąga przychód z działalności wykonywanej osobiście, o której mowa w art. 13 ust. 6 u.p.d.o.f. Wojewódzki Sąd Administracyjny przyznał rację skarżącemu, że wszystkie dochody, które uzyskuje, wykonując zawód radcy prawnego, są dochodem z jednego źródła, czyli działalności gospodarczej. Skarżący podkreślał bowiem, że umowa spółki, której jest wspólnikiem, ogranicza wykonywanie przez niego zawodu radcy prawnego w ten sposób, że może on świadczyć pomoc prawną wyłącznie w spółce, co oznacza, że może on świadczyć usługi prawne wyłącznie w imieniu i na rachunek kancelarii. Sąd zgodził się, że przychody z udziału w spółce osobowej (kancelarii) należy uznać na podstawie art. 5b ust. 2 u.p.d.o.f. za przychody z pozarolniczej działalności gospodarczej. Przepis ten stanowi, że jeżeli pozarolniczą działalność gospodarczą prowadzi spółka niemająca osobowości prawnej, przychody wspólnika z udziału w takiej spółce, określone na podstawie art. 8 ust. 1²⁸, uznaje się

²⁶ Dz. U. Nr 68, poz. 360.

²⁷ Sygn. akt III SA/Wa 1961/09, LEX nr 590186.

²⁸ Przychody z udziału w spółce niebędącej osobą prawną, ze wspólnej własności, wspólnego przedsięwzięcia, wspólnego posiadania lub wspólnego użytkowania

za przychody ze źródła, o którym mowa w art. 10 ust. 1 pkt 3 [tj. przychody z pozarolniczej działalności gospodarczej – *przyp. P.S.*]. W oparciu o ust. 2 art. 5b u.p.d.o.f., za pozarolniczą działalność gospodarczą nie uznaje się czynności, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

- odpowiedzialność wobec osób trzecich za rezultat tych czynności oraz ich wykonywanie, z wyłączeniem odpowiedzialności za popełnienie czynów niedozwolonych, ponosi zlecający wykonanie tych czynności;
- są one wykonywane pod kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonych przez zlecającego te czynności;
- wykonujący te czynności nie ponosi ryzyka gospodarczego związanego z prowadzoną działalnością.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 12 sierpnia 2010 r. konsekwentnie przyjął również, że sądy i inne organy władzy publicznej wypłacające radcy wynagrodzenie z tytułu pomocy prawnej z urzędu, nie mają prawa ani obowiązku poboru zaliczek na podatek dochodowy, jeżeli radca wykonuje swój zawód w spółce osobowej²⁹.

Zgodzić się należy, że świadczenie pomocy prawnej z urzędu może zatem odbywać się w formie spółki osobowej. W takim przypadku, mimo że faktycznym wykonawcą tej pomocy będzie ustanowiony radca prawny, usługodawcą, a tym samym podatnikiem podatku od towarów i usług będzie spółka osobowa. Jeżeli bowiem radca prawny zdecyduje się na wykonywanie zawodu w formie spółki osobowej, jako jej wspólnik, brak jest powodu, dla którego należałoby przyjąć, że pomoc prawna świadczona z urzędu, stanowi odrębną działalność gospodarczą tego radcy prawnego. Byłoby to nie tylko nieuzasadnione w świetle art. 15 ust. 1 u.p.t.u., uznającego za podatników również osoby prawne i jednostki. (Zob. ww. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2010 r.³⁰, oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 7 lutego 2008 r.³¹). W drugim z wymienionych wyroków stwierdzono, że: „W sytuacji, gdy pomoc prawną z urzędu na zlecenie sądu świadczy radca prawny wykonujący zawód w spółce cywilnej, podatnikiem podatku od towarów i usług zobowiązanym do wystawienia faktury VAT

rzeczy lub praw majątkowych u każdego podatnika określa się proporcjonalnie do jego prawa do udziału w zysku (udziału) oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a, łączy się z pozostałymi przychodami ze źródeł, z których dochód podlega opodatkowaniu według skali, o której mowa w art. 27 ust. 1. W przypadku braku przeciwnego dowodu przyjmuje się, że prawa do udziału w zysku (udziału) są równe.

²⁹ Por. też Ł. Zalewski, *Od pomocy prawnej z urzędu podatek jak od firmy*, „Gazeta Prawna” nr 157 z 13.08.2010 r.

³⁰ Sygn. akt III SA/Wa 1762/09, LEX nr 599729.

³¹ Sygn. akt I SA/Gd 981/07, LEX nr 421493.

z tytułu wykonanej usługi jest spółka cywilna”. Zdaniem sądów, nie sposób przyjąć, że zamysłem ustawodawcy było stworzenie sytuacji, gdy w zakresie jednego podatku takie same czynności, wykonywane przez tę samą osobę w ramach tego samego zawodu, opodatkowane są jako różnego rodzaju działalność gospodarcza, a dokładnie jako działalność dwóch różnych podmiotów. Innymi słowy, skoro ustawodawca w art. 8 ust. 1 u.r.p. dopuszcza wybór formy wykonywania zawodu przez radcę prawnego i nie wyłącza z tego wyboru pomocy prawnej świadczonej z urzędu, za uprawniony uznać należy wniosek, że wybrana forma wykonywania zawodu dotyczy również świadczenia pomocy prawnej z urzędu. Jest przy tym logiczne, że decydując się na wykonywanie zawodu w spółce osobowej, radca prawny w ramach tej spółki będzie świadczył wszystkie usługi składające się na wykonywany zawód. Wypada zwrócić uwagę także na to, że sąd rozważył, czy następstwem powyższego nie mógłby być taki skutek, że wybierając jako formę wykonywania zawodu stosunek pracy, radca prawny mógłby traktować pomoc prawną świadczoną z urzędu jako realizowaną w ramach stosunku pracy. Słusznie, zdaniem Sądu, nie byłoby to możliwe z uwagi na specyfikę samego stosunku pracy. Z jego istoty wynika bowiem, że praca wykonywana jest na rzecz pracodawcy, który płaci za nią stosowne wynagrodzenie, zwykle w stałej miesięcznej kwocie. Sąd nie może nakazać pracownikowi innej firmy (radcy prawnemu), wykonania jakichkolwiek czynności w ramach łączącej go z tą firmą umowy o pracę. Nie może tego uczynić również okręgowa izba radców prawnych. Czynności wykonywane w ramach stosunku pracy, określa i zleca pracodawca. Z tego między innymi względu, **wykonywanie czynności w ramach stosunku pracy wyłączone jest z zakresu opodatkowania podatkiem od towarów i usług, ponieważ nie może być uznane za samodzielną działalność gospodarczą**. Sąd nie podzielił natomiast poglądu skarżącego, iż nie będzie on podatnikiem podatku od towarów i usług z uwagi na wynikające z umowy spółki ograniczenie możliwości świadczenia pomocy prawnej wyłącznie do działania w imieniu i na rachunek kancelarii. Ograniczenie tego rodzaju jest skuteczne wyłącznie w relacjach między spółką a radcą prawnym wykonującym zawód w jej ramach. Niezasadny był również argument skarżącego, o braku zamiaru wykonywania pomocy prawnej z urzędu w sposób częstotliwy. Ponieważ pomoc ta jest elementem wykonywanego przezeń zawodu, wpisując się na listę radców prawnych skarżący potwierdził, że ma zamiar w sposób częstotliwy wykonywać czynności składające się na jego zawód.

Orzecznictwo w tej materii, ugruntował Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie, w jednym z najnowszych wyroków z dnia 27 stycznia 2011 r.³², mającym ogromne znaczenie dla wszystkich radców praw-

³² Sygn. akt I FSK 1312/10, niepubl.

nych, którzy działają tylko w ramach kancelarii będących spółkami: „**Radca prawny, który prowadzi praktykę tylko w ramach spółki osobowej, nie musi sam płacić VAT od spraw z urzędu. Płatnikiem VAT jest w tym przypadku kancelaria**”. Nie ma zatem, ani prawnego, ani pozaprawnego uzasadnienia dla odrębnego rejestrowania jako podatnika VAT radcy prawnego, który jest jej współnikiem. Gdyby uznać, że fiskus ma rację, wielu radców prawnych z powodu jednej urzędówki musiałoby zarejestrować dodatkową działalność. Spór w sprawie powstał po tym, jak organ interpretacyjny uznał, że radca prawny staje się podatnikiem VAT w związku z udzielaniem pomocy prawnej, przydzielonej przez sąd z urzędu. W praktyce oznaczało to, że radca, który wykonywał zawód bez rejestrowania indywidualnej działalności gospodarczej, musiałby to zrobić dla rozliczenia VAT od kilkuset złotych wynagrodzenia za urzędówkę. Sądy administracyjne obu instancji uznały, że taka interpretacja nie ma żadnego umocowania w przepisach³³. Wspominając również, na zakończenie wątku tzw. urzędówek, iż zgodnie z uchwałą nr 152/VII/2010 Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 15 października 2010 r. w sprawie wyznaczania radców prawnych do prowadzenia spraw z urzędu, pełnienie obowiązków pełnomocnika z urzędu dotyczy wszystkich radców prawnych bez względu na formę wykonywania zawodu radcy prawnego (por. § 1 ust. 2). Z tym, że w oparciu o § 7 ust. 1 Regulaminu postępowania rad okręgowych izb radców prawnych przy wyznaczaniu radców prawnych do prowadzenia spraw z urzędu w trybie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, stanowiącego załącznik do ww. uchwały, z ważnych przyczyn radca prawny może wnosić do sądu o zwolnienie go od obowiązku zastępowania strony. Przytoczona regulacja wewnętrzna, uszczegóławia treść art. 22 ust. 1 u.r.p., stanowiącego, że radca prawny może odmówić udzielenia pomocy prawnej tylko z ważnych powodów.

Reasumując powyższe rozważania, stwierdzić można, iż w świetle w szczególności orzecznictwa sądów administracyjnych (por. zwłaszcza wyrok WSA z dnia 23 czerwca 2010 r.), radcowie prawni, adwokaci, a także doradcy podatkowi³⁴, którzy świadczą pomoc prawną z urzędu, jako współnicy spółek osobowych, nie są podatnikami VAT³⁵.

Przechodząc *stricte* na grunt podatku od towarów i usług, podkreślić w pierwszej kolejności trzeba, iż stosownie do art. 41 ust. 1 w związku z art.

³³ Szerzej zob. A. Tarka, *Radca zatrudniony w kancelarii nie musi płacić VAT od pomocy prawnej udzielonej z urzędu*, rozmowa z D. Szubielską, „Gazeta Prawna” nr 20 z 31.01.2011 r.

³⁴ Por. ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym, t. jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 41, poz. 213, dalej jako: u.d.p.

³⁵ Zob. Ł. Zalewski, *Świadczenie...*

146a pkt 1 u.p.t.u.³⁶, stawka podatku w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. wynosi 23%, z zastrzeżeniem ust. 2–12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Zgodnie zresztą z założeniami *de lege ferenda*, przyjętymi w rządowym projekcie ustawy o zmianie niektórych ustaw związanych z realizacją ustawy budżetowej (druk sejmowy nr 3430)³⁷, ustanowiono zasadę, że stawka podstawowa 23%, obowiązuje w wyżej wymienionym okresie dla wszystkich czynności opodatkowanych tym podatkiem, z wyjątkiem tych, które zostały jednoznacznie wyłączone z tego kręgu i poddane opodatkowaniu stawkami obniżonymi (8%, 5%, 0%) lub podlegają zwolnieniu od podatku. Nie ma zatem w zasadzie zamkniętej listy (*numerus clausus*) czynności towarów i usług, która enumeratywnie określałaby zakres opodatkowania stawką podstawową wynoszącą 23%. Prymat natomiast powinna stanowić okoliczność, iż dla zastosowania „starej” stawki podatku, decydujący jest moment faktycznego wykonania czynności podlegających podatkowi³⁸. Brak jest również jakichś odrębnych definicji legalnych (tzw. słowniczka pojęć ustawowych) w tym zakresie. Z tym zastrzeżeniem, że niekiedy problematyczne może być określenie momentu świadczenia usług, zwłaszcza w przypadku tych o charakterze ciągłym, których wykonanie rozpoczęło się pod rządami starych przepisów, zaś zakończenie następuje już pod rządami nowych. Wskazuje się, iż przepisy przejściowe przewidują w tym przypadku dwie regulacje szczególne:

- jeśli możliwe jest podzielenie usługi ciągłej na części, stosownie do faktycznie wykonanych czynności, to należy usługę podzielić na część wykonaną do 31 grudnia 2010 r. oraz po 31 grudnia 2010 r. i opodatkować właściwymi stawkami (22% lub 23%);
- jeśli nie jest możliwe podzielenie usługi ciągłej na części, stosownie do faktycznie wykonanych czynności, to wówczas należy podzielić usługę na części proporcjonalnie do długości trwania okresów pod rządami starych i nowych stawek³⁹.

³⁶ Stanowiącym, że w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r., z zastrzeżeniem art. 146f stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23%.

³⁷ Dostępny na: <http://orka.sejm.gov.pl>. Por. też uchwałę nr 119 Rady Ministrów z dnia 3 sierpnia 2010 r. w sprawie Wieloletniego Planu Finansowego Państwa 2010–2013, M. P. Nr 57, poz. 773, oraz uchwałę nr 36 Rady Ministrów z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie aktualizacji Wieloletniego Planu Finansowego Państwa na lata 2011–2014, M. P. Nr 29, poz. 324, w związku z art. 106 i 107 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, t. jedn. Dz. U. Nr 157, poz. 1240 z późn. zm.

³⁸ Por. J. Zubrzycki, *Leksykon VAT*, t. 2, Wrocław 2011, s. 39 i 623.

³⁹ Zob. A. Bartosiewicz, *Rosną stawki, rosą ceny usług*, „Kancelaria” 2010, nr 12, s. 37; por. też *Najważniejsze zmiany w VAT od dnia 1 stycznia 2011 r.*, www.mf.gov.pl.

Dalej przypomnieć należy, że **usługi prawnicze świadczone przez radców prawnych z racji wykonywania tego zawodu, podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług**. Dotyczy to również, wspominanej już pomocy prawnej świadczonej z urzędu. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 1 pkt 3 p.t.u.u., przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7, w tym również świadczenie usług zgodnie z nakazem organu władzy publicznej lub podmiotu działającego w jego imieniu lub nakazem wynikającym z mocy prawa. Stosownie do art. 7 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁴⁰, organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Do organów władzy publicznej, w rozumieniu art. 7 Konstytucji RP należą również sądy i trybunały, co potwierdził w wyroku z dnia 4 grudnia 2001 r. Trybunał Konstytucyjny⁴¹. Sądy i Trybunały są władzą odrębną i niezależną od innych władz. Sądy i Trybunały wydają wyroki w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej (zob. art. 173 i 174 Konstytucji RP). Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD)⁴², działalność prawnicza sklasyfikowana została pod symbolem 6911.Z⁴³. Podklasa ta obejmuje:

- a) reprezentowanie interesów jednej strony przeciw drugiej stronie przed sądem lub innym ciałem orzekającym, prowadzone przez adwokatów, radców prawnych lub pod ich nadzorem:

⁴⁰ Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁴¹ Sygn. akt SK 18/00, OTK 2001, nr 8, poz. 256. Por. szerzej M. Haczkowska, *Glosa do wyroku TK z dnia 4 grudnia 2001 r.*, SK 18/00, „Państwo i Prawo” 2002, z. 8, s. 100 i n.; W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Zakamycze 2002, LEX/el.; D.R. Kijowski, P.J. Suwaj, *Patologie w administracji publicznej*, Oficyna 2009, LEX/el.

⁴² Dz. U. Nr 251, poz. 1885 z późn. zm.

⁴³ W poprzedzającym je rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), Dz. U. Nr 33, poz. 289 z późn. zm., działalność prawnicza oznaczona była jako 7411.Z. Podobnie, podklasa ta obejmowała: 1) reprezentowanie interesów jednej strony przeciw drugiej stronie przed sądem lub innym ciałem orzekającym, prowadzone przez adwokatów, radców prawnych lub pod ich nadzorem; 2) doradztwo i reprezentowanie w sprawach cywilnych; 3) doradztwo i reprezentowanie w sprawach karnych; 4) doradztwo prawne w przypadkach sporów pracowniczych; 5) doradztwo prawne i ogólne konsultacje, przygotowywanie dokumentów prawnych w zakresie: a) porozumień i umów zawieranych między podmiotami gospodarczymi i innych dokumentów związanych z działalnością społeczno-gospodarczą, b) dokumentacji patentowej i praw autorskich, c) testamentów, aktów darowizn, umów powierniczych itp., d) działalność notariuszy, komorników, rzeczników patentowych, radców prawnych, rzeczoznawców, sędziów polubownych. Podklasa ta nie obejmowała działalności sądów, sklasyfikowanej w 75.23.Z.

- doradztwo i reprezentowanie w sprawach cywilnych,
 - doradztwo i reprezentowanie w sprawach karnych,
 - doradztwo i reprezentowanie w przypadkach sporów pracowniczych;
- b) doradztwo prawne i ogólne konsultacje, przygotowywanie dokumentów prawnych w zakresie:
- statutów, umów, porozumień i innych dokumentów związanych z prowadzeniem firm,
 - dokumentacji patentowej i praw autorskich,
 - przygotowywanie innych dokumentów prawnych, np.: testamentów, pełnomocnictw;
- c) działalność notariuszy, komorników, sędziów polubownych, rzeczników patentowych, radców prawnych, mediatorów sądowych.
- Podklasa ta nie obejmuje:
- działalności sądów, sklasyfikowanej w 84.23.Z.

Z tym zastrzeżeniem, że jeśli chodzi o same organy władzy publicznej, to na podstawie art. 15 ust. 6 u.p.t.u., nie uznaje się tych organów za podatnika, oraz urzędów obsługujących te organy w zakresie realizowanych zadań nałożonych odrębnymi przepisami prawa, dla realizacji których zostały one powołane, z wyłączeniem czynności wykonywanych na podstawie zawartych umów cywilnoprawnych. Z jednej bowiem strony, wykonanie czynności niepodlegającej opodatkowaniu przez podatnika jest neutralne z punktu widzenia u.p.t.u. Z drugiej strony, podatnik działający w charakterze podatnika VAT wykonuje czynności opodatkowane określonym rodzajem podatku (ang. *taxable person acting as such*). **Przejawem zasady neutralności podatkowej jest prawo podatnika do odliczenia określonych kwot podatku naliczonego od przypadającego do zapłaty podatku VAT, a ściślej prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego⁴⁴.** Co stanowi pewien przywilej dla podatnika VAT, gdyż jak wynika m.in. z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, nie zawsze podmioty ubiegające się o przyznanie im statusu tego podatnika, spełniają określone ku temu przesłanki. **ETS w swoim orzecznictwie**

⁴⁴ Por. art. 86 i n. u.p.t.u., a także art. 1, 167 i n. dyrektywy Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dz. Urz. UE L 347 z 11.12.2006 r. z późn. zm., dalej jako: dyrektywa Rady 2006/112/WE. W kwestiach tych, na tle d. I dyrektywy Rady 67/227/EWG z dnia 14 kwietnia 1967 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących podatków obrotowych, Dz. Urz. UE L 67 z 14.04.1967 r. z późn. zm., oraz d. VI dyrektywy Rady 77/388/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku, Dz. Urz. UE L 145 z 13.06.1977 r., zob. L. Wilk, *Dostosowanie polskiego prawa podatkowego do prawa unii europejskiej – zagadnienia ogólne*, „Radca Prawny” 2003, nr 6, s. 126 i n.

wielokrotnie podkreślał, że prawo do odliczenia zostało wprowadzone, aby całkowicie uwolnić przedsiębiorcę od kosztów VAT zapłaconego lub podlegającego zapłacie, w toku jego działalności gospodarczej. Tytułem przykładu, judykaty dotyczące tej tematyki, zapadły w sprawach:

- C-268/83 – *D.A. Rompelman and E.A. Rompelman-Van Deelen v. Minister van Financiën* (Holandia) – wyrok z dnia 14 lutego 1985 r.;
- C-110/94 – *Intercommunale voor Zeewaterontziltling (INZO) v. Belgia State* (Państwo Belgia) – wyrok z dnia 29 lutego 1996 r.;
- C-37/95 – *Ghent Coal Terminal NV v. Belgia State* – wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r.;
- w połączonych sprawach (*in joined cases*): C-177/99 i C-181/99 *Ampafrance SA vs. Directeur des services fiscaux de Maine-et-Loire* oraz *Sanofi Synthelabo a Directeur des services fiscaux de Val-de-Marne* (Francja) – wyrok z dnia 19 września 2000 r.⁴⁵

W aspekcie unormowań unijnych, podkreślić należy, iż prawodawca krajowy dokonywał implementacji kolejnych dyrektyw podatkowych. *Acquis communautaire* (dorobek prawny wspólnoty, unijny porządek prawny) obejmuje wszelkie postanowienia traktatowe, ustawodawstwo wykonawcze do traktatów, orzecznictwo ETS i d. Sądu Pierwszej Instancji (*Court of the First Instance*)⁴⁶ umowy międzynarodowe, dyrektywy, deklaracje, uchwały i postanowienia⁴⁷.

W orzecznictwie sądowym zaobserwować można tendencję do uznawania za ww. organy władzy publicznej, określone kategorie podmiotów. Przykładowo, jednostki samorządu terytorialnego, wykonując na podstawie umów cywilnoprawnych, zadania wykraczające poza zakres zadań publicznych, mają status podatników VAT⁴⁸. W wyroku z dnia 27 lutego 2007 r.⁴⁹ Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie trafnie zauważył,

⁴⁵ Zob. A. Kucharski, *Podatek VAT od dostawy niezabudowanych gruntów a zdrowy rozsądek*, „Radca Prawny” 2006, nr 1, s. 83; J. Zubrzycki, *Leksykon VAT*, t. 1, Wrocław 2011, s. 6, 1080 i n., w tym odnośnie tzw. klauzuli stałości (*standstill clause*), przewidującej utrzymanie w mocy krajowych wyłączeń prawa do odliczenia podatku VAT, które funkcjonowały przez wejściem w życie VI dyrektywy w państwach członkowskich – *ibidem*, s. 1188; A. Wesołowska, *Glosa do wyroku TS z dnia 15 kwietnia 2010 r., C-538/08 i C-33/09, LEX/el. 2011*; E. Miśkowicz, *Klauzula stałości (standstill clause) jako podstawa utrzymywania w legislacjach krajowych wyłączeń w zakresie prawa do odliczania VAT*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 4, s. 13 i n.

⁴⁶ Od dnia wejścia w życie, tj. 1 grudnia 2009 r., Traktatu z Lizbony z dnia 13 grudnia 2007 r., zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, Dz. Urz. UE C 306 z 17.12.2007 r. – *General Court*.

⁴⁷ Zob. też I. Kienzler, *Leksykon Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 9.

⁴⁸ Por. A. Derkacz, *Podmiotowość podatkowa jednostki samorządu terytorialnego na gruncie ustawy o VAT*, „Finanse Komunalne” 2009, nr 3, s. 38 i n.

⁴⁹ Sygn. akt III SA/Wa 4312/06, „Monitor Podatkowy” 2007, nr 4, s. 41.

że: „Należy uznać, że kryterium decydującym o uznaniu organu (urzędu) władzy publicznej za podatnika VAT jest zachowywanie się nie jak organ władzy, lecz jak podmiot gospodarczy (przedsiębiorca) w stosunku do określonych transakcji lub czynności. Szczególnie jest to uzasadnione w tych przypadkach, gdzie identyczne lub bardzo zbliżone czynności bądź transakcje mogą być dokonywane przez podmioty prywatne (np. przedsiębiorców)”. Z kolei Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 5 marca 2009 r.⁵⁰ stwierdził, że: „Użyte przez ustawodawcę w art. 15 ust. 6 ustawy z 2004 r. o podatku od towarów i usług określenie »organy władzy publicznej« nie zostało sprecyzowane. Niemniej jednak, wychodząc z celu tej regulacji, należałoby uznać, że obejmuje ono także jednostki samorządu terytorialnego (w tym gminy), skoro niewątpliwie realizują zadania publiczne, nałożone nań przepisami prawa”. W innym wyroku, z dnia 15 września 2005 r.⁵¹, Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie skonstatował, że: „Przez organy władzy publicznej należy rozumieć organy rządowej administracji centralnej, administracji terenowej (zarówno zespolonej, jak i niezespolonej) oraz organy administracji samorządowej”. W piśmiennictwie spotkać można poglądy, że gmina jako jednostka samorządu terytorialnego jest podmiotem podlegającym prawu publicznemu. Stąd, jej szczególna pozycja jako podatnika podatku VAT. W zakresie bowiem czynności oraz transakcji, w których uczestniczy ona jako organ publiczny i w związku z którymi pobiera opłaty i należności, jest traktowana jako niepodatnik podatku VAT. W sytuacji jednak, w której gmina zawiera umowy cywilnoprawne, musi być traktowana jako podatnik podatku VAT. I to nawet wówczas, gdy czyni to, wykonując zadania publiczne. Dotyczy to także gminnych jednostek organizacyjnych: zakładów budżetowych, jednostek budżetowych czy też gospodarstw pomocniczych jednostek budżetowych. One też mogą być odrębnymi podatnikami podatku VAT i mogą zawierać umowy cywilnoprawne⁵². Również w interpretacjach indywidualnych (por. Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 13 kwietnia 2010 r.⁵³) potwierdza się, że „Gmina, jako osoba prawna, a nie urząd gminy, w zakresie czynności wykonywanych na podstawie umów cywilnoprawnych jest podatnikiem podatku od towarów i usług, natomiast urząd gminy, będący jedynie aparatem pomocniczym gminy, służącym do realizacji jej zadań, nie spełnia warunków do posiadania statusu podatnika”. Przez organy administracji publicznej, jak wyżej zasygnalizowano, należy rozumieć organy rządowej administracji

⁵⁰ Sygn. akt I SA/Wr 1045/08, LEX nr 491808.

⁵¹ Sygn. akt I SA/Ol 278/05, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl>.

⁵² Zob. E. Rogala, *Kilka ważnych pytań o podatek VAT w gminach, cz. II*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 12, s. 38 i n.

⁵³ Sygn. ITPP1/443-56c/10/AP, www.mofnet.gov.pl.

centralnej, administracji terenowej (zarówno zespolonej, jak i niezespolonej) oraz organy administracji samorządowej. Będą to więc ministrowie, centralne organy administracji rządowej, wojewodowie, działające w ich lub we własnym imieniu inne terenowe organy administracji rządowej (zespolonej i niezespolonej), organy jednostek samorządu terytorialnego oraz inne organy państwowe. Urzędami administracji publicznej są natomiast urzędy obsługujące organy administracji publicznej. Będą to odpowiednio ministerstwa, urzędy danego organu administracji centralnej, urzędy wojewódzkie i inne urzędy terenowych organów administracji rządowej oraz urzędy miasta (gminy), starostwa powiatowe, urzędy marszałkowskie. Status danego urzędu, jako urzędu administracji publicznej, jak i rozstrzygnięcie, czy dana czynność stanowi realizację zadania nałożonego przepisami prawa, dla wypełniania których organ lub urząd zostały powołane, będzie następować przede wszystkim w oparciu o prawo ustrojowe, tj. przepisy powołujące dany organ (urząd) i określające zakres jego działania. Przepisy u.p.t.u., korelują w tej materii z przepisami dyrektyw, zawierających regulacje dotyczące organów publicznych, jako podatników VAT. Zgodnie zwłaszcza z art. 13 ust. 1 akapit pierwszy Dyrektywy Rady 2006/112/WE, krajowe, regionalne i lokalne organy władzy oraz inne podmioty prawa publicznego nie są uważane za podatników w związku z działalnością, którą podejmują lub transakcjami, których dokonują jako organy władzy publicznej, nawet jeśli pobierają należności, opłaty, składki lub płatności w związku z takimi działaniami lub transakcjami. Nadmienając w związku z tym, iż według § 13 ust. 1 pkt 12 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług⁵⁴, zwalnia się od podatku czynności związane z wykonywaniem zadań publicznych nałożonych odrębnymi przepisami, wykonywane w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność przez jednostki samorządu terytorialnego, z wyłączeniem czynności wykonywanych na podstawie zawartych umów cywilnoprawnych.

Abstrahując po części od powyższych deliberacji zaznaczyć należy, iż stosownie do art. 15 ust. 1 u.p.t.u., podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 2, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. Podkreślenia wymaga, iż określenie pojęcia „podatnik” ma zasadnicze znaczenie dla zakresu opodatkowania. O ile bowiem, określenie czynności podlegających opodatkowaniu określa zakres przedmiotowy opodatkowania, to określenie „podatnika” wskazuje na podmiotowy zakres opodatkowania. *In effectu*, opodatkowaniu mogą podlegać te czynności, w przypadku których speł-

⁵⁴ Dz. U. Nr 73, poz. 392.

niony został zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy zakres opodatkowania, tzn. zaistniała czynność określona jako opodatkowana, która została wykonana przez podmiot mający cechę podatnika. Należy w tym miejscu zauważyć, że obie te cechy powinny zostać spełnione jednocześnie, co oznacza, że w odniesieniu do danej czynności konkretny podmiot powinien występować w charakterze podatnika. Wykonanie czynności podlegającej opodatkowaniu przez podmiot niewystępujący w tym przypadku w charakterze podatnika, nawet jeśli tak w ogóle jest on podatnikiem z innego tytułu, pozostaje więc poza zakresem opodatkowania. Tak samo, wykonanie czynności niepodlegającej opodatkowaniu przez podatnika jest neutralne z punktu widzenia u.p.t.u.⁵⁵

W świetle natomiast art. 15 ust. 2 u.p.t.u., działalność gospodarcza obejmuje wszelką działalność producentów, handlowców lub usługodawców, w tym podmiotów pozyskujących zasoby naturalne oraz rolników, a także działalność osób wykonujących wolne zawody, również wówczas, gdy czynność została wykonana jednorazowo w okolicznościach wskazujących na zamiar wykonywania czynności w sposób częstotliwy. Działalność gospodarcza obejmuje również czynności polegające na wykorzystywaniu towarów lub wartości niematerialnych i prawnych w sposób ciągły dla celów zarobkowych. Jednakże, z mocy art. 15 ust. 3 u.p.t.u., za wykonywaną samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 1 tegoż przepisu, nie uznaje się czynności:

- 1) z tytułu których przychody zostały wymienione w art. 12 ust. 1-6 u.p.d.o.f.⁵⁶, jak również
- 2) z tytułu których przychody zostały wymienione w art. 13 pkt 2-9 u.p.d.o.f., jeżeli z tytułu wykonania tych czynności osoby te są związane ze zlecającym wykonanie tych czynności prawnymi więzami tworzącymi stosunek prawny pomiędzy zlecającym wykonanie czynności i wykonującym zlecane czynności co do warunków wykonywania tych czynności, wynagrodzenia i odpowiedzialności zlecającego wykonanie tych czynności wobec osób trzecich.

W piśmiennictwie, aprobowane jest stanowisko, wedle którego przychody adwokatów i radców prawnych pochodzące z wykonywania zadań

⁵⁵ Zob. J. Bodio [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Oficyna 2008, LEX/el.

⁵⁶ Ustęp 1 który stanowi, że za przychody ze stosunku służbowego, stosunku pracy, pracy nakładczej oraz spółdzielczego stosunku pracy uważa się wszelkiego rodzaju wypłaty pieniężne oraz wartość pieniężną świadczeń w naturze bądź ich ekwiwalenty, bez względu na źródło finansowania tych wypłat i świadczeń, a w szczególności: wynagrodzenia zasadnicze, wynagrodzenia za godziny nadliczbowe, różnego rodzaju dodatki, nagrody, ekwiwalenty za niewykorzystany urlop i wszelkie inne kwoty niezależnie od tego, czy ich wysokość została z góry ustalona, a ponadto świadczenia pieniężne ponoszone za pracownika, jak również wartość innych nieodpłatnych świadczeń lub świadczeń częściowo odpłatnych.

zleconych przez sąd też zaliczane są do źródła przychodu, określonego w art. 15 ust. 3 pkt 3 u.p.t.u. w związku z art. 13 pkt 6 u.p.d.o.f. **Czynności wykonywane przez adwokatów i radców prawnych na zlecenie sądu, w zakresie opodatkowania ich przychodów z tytułu nieodpłatnej pomocy prawnej udzielanej z urzędu, nie korzystają z wyłączenia w zakresie opodatkowania VAT, gdyż nie jest spełniony jeden z warunków określonych w art. 15 ust. 3 pkt 3 u.p.t.u., dotyczący istnienia odpowiedzialności zlecającego wykonanie czynności za ich wykonanie przez zlece-niobiorcę⁵⁷.**

Zauważyć wreszcie trzeba, iż **definicja zamieszczona w art. 15 u.p.t.u. jest definicją inną, aniżeli występująca w prawie działalności gospodarczej, a ściślej w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej.** Według autonomicznej definicji, zamieszczonej w art. 2 u.s.d.g., działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Z mocy art. 3, przepisów ww. ustawy nie stosuje się do działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego, a także wynajmowania przez rolników pokoi, sprzedaży posiłków domowych i świadczenia w gospodarstwach rolnych innych usług związanych z pobytem turystów. Przedsiębiorcą w rozumieniu u.s.d.g. jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej (zob. art. 4 u.s.d.g.). **Ustawa o podatku od towarów i usług, definiuje działalność gospodarczą także inaczej, niż czyni o.p.,** stanowiąca w art. 3 pkt 9, że przez działalność gospodarczą rozumie się każdą działalność zarobkową w rozumieniu przepisów u.s.d.g., w tym wykonywanie wolnego zawodu, a także każdą inną działalność zarobkową wykonywaną we własnym imieniu i na własny lub cudzy rachunek, nawet gdy inne ustawy nie zaliczają tej działalności do działalności gospodarczej lub osoby wykonującej taką działalność – do przedsiębiorców.

W literaturze dostrzega się, iż dla uznania określonej przedmiotowo działalności za działalność gospodarczą, konieczne jest łączne zaistnienie trzech jej cech funkcjonalnych: zarobkowości, zorganizowania i ciągłości. Brak którejkolwiek z nich oznacza, że dana działalność nie może być zakwalifikowana do kategorii działalności gospodarczej⁵⁸. Analogicznie

⁵⁷ Por. J. Zubrzycki, *Leksykon VAT*, t. 1, s. 462-463.

⁵⁸ Zob. A. Bartosiewicz [w:] *VAT. Komentarz*, 2010, LEX/el.

w orzecznictwie prezentowane są poglądy, wedle których: „Dla uznania określonej przedmiotowo działalności za działalność gospodarczą konieczne jest łączne zaistnienie trzech jej cech funkcjonalnych: zarobkowości, zorganizowania formalnego (czyli wyboru formy prawnej przedsiębiorczości) oraz ciągłości. Brak którejkolwiek z nich oznacza natomiast, że dana działalność nie może być zakwalifikowana do kategorii działalności gospodarczej”⁵⁹. Ciągłość działalności gospodarczej to, biorąc pod uwagę znaczenie językowe tej cechy, powtarzające się, regularnie występujące i trwające czynności. Jest przeciwstawna incydentalności, sporadyczności (działalność sporadyczna nie jest działalnością gospodarczą okazjonalności i jednorazowości, nie jest natomiast zaprzeczeniem sezonowości, którą można odnieść do ciągłości działania w pewnym okresie (sezonie)⁶⁰. Ciągłość jest – jak można co do zasady przyjąć – elementem zamiaru podmiotu podejmującego działalność gospodarczą. Nie byłby on skłonny dokonywać wielu czynności legalizujących działalność gospodarczą i przygotowujących ją, gdyby miała ona mieć wymiar jedynie incydentalny. Wątpliwa byłaby racjonalność takiego działania, choćby z uwagi na ponoszone koszty. Doświadczenie życiowe wskazuje raczej na dążenie do uczynienia z działalności gospodarczej stałego (ciągłego) źródła dochodu i czerpania z niej wymiernych korzyści, które pojawiają się w związku i na skutek kontynuacji określonych czynności noszących znamiona działalności gospodarczej. Należy przy tym zauważyć, że ciągłość nie jest tożsama z obowiązkiem nieprzerywania działalności, ponieważ pozostawałoby to w sprzeczności z wolnością zaprzestania (zakończenia) działalności gospodarczej.

W nawiązaniu do tak skonstruowanych definicji działalności gospodarczej, zwłaszcza na tle u.p.t.u., zapadały liczne wyroki sądów administracyjnych. Przykładowo, Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu orzekł, że: „Przyjmując, że dana osoba fizyczna działa w charakterze podatnika VAT, należy ustalić, czy jej działalność przybiera formę zawodową (profesjonalną), czyli stałą (przejawia się w powtarzalności czynności i zamiarze ich kontynuacji), a w konsekwencji zorganizowaną. Już nabycie gruntów musi nastąpić w celach wykonywania takiej działalności, a nie w innych celach”⁶¹. Jak również, że: „1. Ani formalny status danego podmiotu jako podatnika zarejestrowanego, ani okoliczność, że dana czynność została wykonana wielokrotnie lub jednorazowo, lecz z zamiarem częstotliwości, nie mogą przesądzać o opodatkowaniu tej czynności bez każdorazowego ustalenia, że w odniesieniu do tej konkretnej czynności podmiot

⁵⁹ Por. wyrok WSA w Poznaniu z dnia 28 kwietnia 2009 r., sygn. akt III SA Po 374/08, LEX nr 550514.

⁶⁰ Por. wyrok NSA z dnia 17 września 1997 r., sygn. akt II SA 1089/96, „Prawo Gospodarcze” 1998, nr 1, s. 32.

⁶¹ Zob. wyrok z dnia 16 grudnia 2009 r., sygn. akt I SA/Wr 1353/09, LEX nr 549992.

ten występował w charakterze podatnika podatku od towarów i usług. 2. Nie zawsze nabycie gruntu w celu jego dalszej odsprzedaży należy kwalifikować w momencie tej sprzedaży jako działalność gospodarczą⁶². W innym wyroku, z dnia 24 lutego 2010 r.⁶³, Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu podkreślił, że: „Użycie frazy w treści art. 30b ust. 4 u.p.d.o.f. »w wykonywaniu działalności gospodarczej« wskazuje na to, że ustawodawca wykonywanie działalności gospodarczej pojmuje bardzo szeroko”. Zdaniem Sądu, oznacza ona dokonywanie przez przedsiębiorcę czynności faktycznych i prawnych, zmierzających w sposób zorganizowany i ciągły do osiągnięcia celu zarobkowego. Chodzi tu o ogół czynności wchodzących w zakres działalności gospodarczej przedsiębiorcy, pozostających w normalnym, funkcjonalnym związku z tą działalnością, w szczególności podejmowanych w celu realizacji zadań związanych z przedmiotem działalności, czynności związane w sposób pośredni z ową aktywnością gospodarczą. W innym orzeczeniu skonstatowano, że: „Wpis do KRS nie konstytuuje wprowadzie działalności gospodarczej, która jest faktem i kategorią o charakterze obiektywnym, jednakże wystąpienie z wnioskiem o wpis działalności gospodarczej oraz wpisu takiego przez właściwy, adekwatny w tym przedmiocie organ dokonanie, nie może być zasadnie pomijane w ocenie istnienia i funkcjonowania działalności gospodarczej bądź też przy analizie, czy określone działanie podatnika zakwalifikować można jako działalność gospodarczą. Zagadnienie ustalenia i zakwalifikowania, na podstawie wszystkich dostępnych w sprawie i zgodnych z prawem dowodów, czy podatnik prowadzi działalność gospodarczą, jest istotne i znaczące także wówczas, jeżeli podmiotem tym jest stowarzyszenia”. (Zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 27 maja 2009 r., sygn. akt II FSK 163/08, LEX nr 513321, pkt 2 tezy)⁶⁴. Nadmienając, iż stosownie do art. 50 ustawy o KRS, jeżeli podmiot wpisany do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 tej ustawy⁶⁵ podejmuje działalność gospodarczą, podlega obowiązkowi wpisu także do rejestru przedsiębiorców, z wyjątkiem samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej i kolumny transportu sanitarnego.

W najnowszym piśmiennictwie natomiast, akcentuje się, że definicja działalności gospodarczej z art. 15 ust. 2 u.p.t.u. ma charakter uniwersalny,

⁶² Zob. wyrok z dnia 16 grudnia 2009 r., sygn. akt I SA/Wr 1352/09, LEX nr 549991.

⁶³ Sygn. akt I SA/Wr 1424/09, LEX nr 590785.

⁶⁴ Zob. także art. 3 i n. ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, t. jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 z późn. zm.

⁶⁵ Stanowiącym, że stowarzyszenia, inne organizacje społeczne i zawodowe, fundacje oraz publiczne zakłady opieki zdrowotnej podlegają obowiązkowi wpisu do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej, zgodnie z przepisami Rozdziału 2 – *Rejestr przedsiębiorców*, jeżeli przepisy poniższe nie stanowią inaczej.

pozwalający na objęcie pojęciem podatnika tych wszystkich podmiotów, które prowadzą określoną działalność, występując w profesjonalnym obrocie gospodarczym. Aczkolwiek ustawa nie wyraża tego wprost, przyjąć należy, że działalnością gospodarczą jest w zasadzie tylko ta aktywność, która wykonywana jest zawodowo, w sposób profesjonalny. **Dokonywanie określonych czynności incydentalnie, poza sferą prowadzonej działalności gospodarczej, nie pozwala na uznanie danego podmiotu za podatnika w zakresie tych czynności**⁶⁶. Wspominając zarazem, iż w powyższym *passim* wyroku z dnia 23 czerwca 2010 r., Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie nie podzielił argumentu skarżącego, o braku zamiaru wykonywania pomocy prawnej z urzędu w sposób częstotliwy. Ponieważ pomoc ta jest elementem wykonywanego przezeń zawodu, wpisując się na listę radców prawnych. Należy mieć na względzie to, że rozstrzygnięcia zarówno organów podatkowych, jak i sądów, nie powinny pozostawać co do zasady w sprzeczności z zasadą rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika (*in dubio pro tributario*). Zapatrywanie się jedynie z punktu widzenia polityki finansowej (skarbowej) państwa, poprzez wprowadzanie różnych, nadmiernych form opodatkowania, nie powinno stanowić nadrzędnego celu w zasilaniu dochodów budżetu państwa. Praktykę rozstrzygania wątpliwości na niekorzyść podatnika (*in dubio pro fisco*), w tym na gruncie prawa podatkowego uznaje się za nieuzasadnioną. Stanowiącą przejaw pejoratywnie rozumianego fiskalizmu, polegającego m.in. na pobieraniu nadmiernych podatków w celu osiągnięcia jak największych wpływów. Co, w oczywisty sposób, prowadzić może do naruszenia zasady prawdy obiektywnej⁶⁷. W kontekście powyższego, warto wskazać, iż w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 marca 2008 r.⁶⁸ Wojewódzki Sąd Administracyjny w Rzeszowie stwierdził m.in.: „Obowiązek podatkowy jest obowiązkiem zobiektywizowanym, określonym przez ustawę, przez co być zrealizowany w takiej wysokości, w jakiej określił go ustawodawca. Skoro organy działają »za podatnika«, to muszą uwzględnić nie tylko jego obowiązki, ale i uprawnienia, aby ostateczne rozstrzygnięcie było zgodne z prawem”. W nawiązaniu do powyższych rozważań warto nadmienić, iż stosownie do postanowień § 147 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”⁶⁹, jeżeli w ustawie lub innym akcie normatywnym ustalo-

⁶⁶ Tak A. Bartosiewicz, *Komentarz do art. 15 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług*, [w:] A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *VAT. Komentarz*, LEX/el. 2011.

⁶⁷ Zob. B. Dauter [w:] S. Babiarz [et al.], *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 589 i cytowana tam literatura, oraz wyrok NSA z dnia 18 stycznia 1988 r., sygn. akt III SA 964/87, ONSA 1989, nr 1, poz. 5.

⁶⁸ Sygn. akt I SA/Rz 918/07, LEX nr 478662.

⁶⁹ Dz. U. Nr 100, poz. 908, dalej jako: r.z.t.p.

no znaczenie danego określenia w drodze definicji, w obrębie tego aktu nie wolno posługiwać się tym określeniem w innym znaczeniu. Jeżeli zachodzi konieczność odstąpienia od zasady wyrażonej w ust. 1, wyraźnie podaje się inne znaczenie danego określenia i ustala się jego zakres odniesienia (por. ust. 2 ww. przepisu). W akcie normatywnym niższym rangą niż ustawa, bez upoważnienia ustawowego nie formułuje się definicji ustalających znaczenia określeń ustawowych; w szczególności w akcie wykonawczym nie formułuje się definicji, które ustalałyby znaczenia określeń zawartych w ustawie upoważniającej (por. § 149). W § 146 r.z.t.p., sformułowane zostały przesłanki wprowadzania definicji do tekstu aktu prawnego. Nadto, są one uzupełniane przez bardziej ogólne zasady posługiwania się wyrażeniami językowymi w tekstach aktów prawnych, wyrażone w § 8-10 r.z.t.p. Stosownie do nich, zasady te służą redagowaniu przepisów prawnych tak, aby dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażały intencje prawodawcy. W ustawie należy posługiwać się poprawnymi wyrażeniami językowymi (określeniami) w ich podstawowym i powszechnie przyjętym znaczeniu⁷⁰. Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 25 maja 1998 r.: „Jeśli zatem jest więcej niż jedno powszechnie przyjęte znaczenie danego określenia, a jednocześnie określenia tego nie można zastąpić określeniem jednoznacznym, należy sformułować definicję tego określenia. Brak takiej definicji stanowi istotną lukę w regulacji ustawowej i technicznolegislacyjną wadę ustawy”⁷¹.

Przyjąc w tym stanie rzeczy można, iż generalnie świadczenie pomocy prawnej przez radców prawnych, w tym z urzędu, mieści się w *definiens* działalności gospodarczej w rozumieniu art. 15 ust. 2 u.p.t.u., tak samo jak pomoc prawna świadczona „z wyboru”. Oznacza to, że do obu tych przypadków świadczenia pomocy prawnej, jako działalności gospodarczej, zastosowanie mają formy wykonywania zawodu radcy prawnego wskazane przez ustawodawcę w art. 8 ust. 1 u.r.p. Jak można przyjąć, zgodnie z *opinio communis*, w tym utrwaloną linią orzecznictwa, określona czynność podlega co do zasady podatkowi od towarów i usług, gdy w odniesieniu do tej konkretnej czynności dany podmiot, w tym radca prawny, występował będzie w charakterze podatnika.

Przechodząc dalej do u.r.p., wskazać należy, iż zgodnie z jej art. 1 ust. 1, ustawa określa zasady wykonywania zawodu radcy prawnego oraz zasady organizacji i działania samorządu radców prawnych. Zawód radcy prawnego może wykonywać osoba, która spełnia wymagania określone niniejszą ustawą (art. 3 ust. 1 u.r.p.). Wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej, z wyjątkiem występowania

⁷⁰ Por. G. Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Oficyna 2010, LEX/el.

⁷¹ Sygn. akt U 19/97, OTK 1998, nr 4, poz. 47.

nia w charakterze obrońcy w postępowaniu karnym i w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe (art. 4 ust. 1 u.r.p.). **Za sztandarowy przepis ustawy korporacyjnej, mający znaczenie dla materii podatkowej, uznać można art. 8 u.r.p.** W świetle tego unormowania, radca prawny wykonuje zawód w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce:

- cywilnej⁷² lub jawnej⁷³, w której współnikami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej⁷⁴;
- partnerskiej⁷⁵, w której partnerami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patentowi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów u.p.z.;
- komandytowej⁷⁶ lub komandytowo-akcyjnej⁷⁷, w której komplementariuszami są radcowie prawni, adwokaci, rzecznicy patento-

⁷² Jak stanowi art. 860 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm., przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Szerzej zob. A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3: Zobowiązania. Część szczególna*, Warszawa 2010, s. 1067 i n.

⁷³ Zgodnie z art. 22 § 1 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm., dalej jako: k.s.h., spółką jawną jest spółka osobowa, która prowadzi przedsiębiorstwo pod własną firmą, a nie jest inną spółką handlową. Por. K. Kruczałak [w:] K. Kruczałak (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 59 i n.

⁷⁴ T. jedn. Dz. U. z 2002 r. Nr 126, poz. 1069 z późn. zm., dalej jako: u.p.z.

⁷⁵ Spółką partnerską jest spółka osobowa, utworzona przez wspólników (partnerów) w celu wykonywania wolnego zawodu w spółce prowadzącej przedsiębiorstwo pod własną firmą. Spółka może być zawiązana w celu wykonywania więcej niż jednego wolnego zawodu, chyba że odrębna ustawa stanowi inaczej (art. 86 § 1 k.s.h.). Zgodnie z art. 4 § 3 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, t. jedn. Dz. U. z 2008 r. Nr 189, poz. 1158 z późn. zm., kilku notariuszy może prowadzić jedną kancelarię na zasadach spółki cywilnej lub partnerskiej. W takim jednak wypadku każdy z notariuszy dokonuje czynności notarialnych we własnym imieniu i ponosi odpowiedzialność za czynności przez siebie dokonane.

⁷⁶ Spółką komandytową jest spółka osobowa mająca na celu prowadzenie przedsiębiorstwa pod własną firmą, w której wobec wierzycieli za zobowiązania spółki co najmniej jeden wspólnik odpowiada bez ograniczenia (komplementariusz), a odpowiedzialność co najmniej jednego wspólnika (komandytariusza) jest ograniczona (art. 102 k.s.h.).

⁷⁷ Spółką komandytowo-akcyjną jest spółka osobowa mająca na celu prowadzenie przedsiębiorstwa pod własną firmą, w której wobec wierzycieli za zobowiązania spółki co najmniej jeden wspólnik odpowiada bez ograniczenia (komplementariusz), a co najmniej jeden wspólnik jest akcjonariuszem (art. 125 k.s.h.).

wi, doradcy podatkowi lub prawnicy zagraniczni wykonujący stałą praktykę na podstawie przepisów u.p.z.

Ex iure, radcowie prawni nie mogą prowadzić kancelarii w formie spółek kapitałowych, tj. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółki akcyjnej. Nie wyklucza to oczywiście świadczenia pomocy prawnej w podmiotach o takiej formie prawnej⁷⁸. Wszystkie spółki, zarówno osobowe, jak i kapitałowe, posiadają na kanwie k.s.h., status prawny spółki handlowej (por. art. 1 § 2 k.s.h.). Partnerami w spółce partnerskiej mogą być osoby uprawnione do wykonywania m.in. następujących zawodów: adwokata, doradcy podatkowego, notariusza i radcy prawnego (art. 88 k.s.h.). Jednak wykonywanie przez radców prawnych czynności wchodzących również w zakres czynności doradztwa podatkowego, nie przestaje być świadczeniem pomocy prawnej i nie staje się zawodowym wykonywaniem czynności doradztwa podatkowego. Ustawa o doradztwie podatkowym potwierdza tylko rzecz oczywistą, że pomoc prawna świadczona przez radcę prawnego, obejmuje również sprawy z zakresu obowiązków podatkowych⁷⁹. Stosownie do art. 3 pkt 2 u.d.p., podmiotami uprawnionymi do zawodowego wykonywania czynności, o których mowa w art. 2 ust. 1 ww. ustawy, są adwokaci i radcowie prawni. Ostatnio wspomniany przepis stanowi, że czynności doradztwa podatkowego obejmują:

- udzielanie podatnikom, płatnikom i inkasentom, na ich zlecenie lub na ich rzecz, porad, opinii i wyjaśnień z zakresu ich obowiązków podatkowych i celnych oraz w sprawach egzekucji administracyjnej związanej z tymi obowiązkami;
- prowadzenie, w imieniu i na rzecz podatników, płatników i inkasentów, ksiąg podatkowych i innych ewidencji do celów podatkowych oraz udzielanie im pomocy w tym zakresie;
- sporządzanie, w imieniu i na rzecz podatników, płatników i inkasentów, zeznań i deklaracji podatkowych lub udzielanie im pomocy w tym zakresie;
- reprezentowanie podatników, płatników i inkasentów w postępowaniu przed organami administracji publicznej i w zakresie sądowej kontroli decyzji, postanowień i innych aktów administracyjnych w sprawach wymienionych w pkt 1.

Przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio do czynności wykonywanych na rzecz osób trzecich odpowiedzialnych za zaległości podatkowe oraz następców prawnych podatników, płatników lub inkasentów w rozumieniu przepisów o.p. (por. art. 2 ust. 1a u.d.p.). Zawodowe wykonywanie czynności, o których mowa w ust. 1, zastrzeżone jest wyłącznie dla podmiotów

⁷⁸ Odnośnie wykonywania doradztwa podatkowego zob. art. 4 u.d.p.

⁷⁹ Por. Z. Klatka, *Wykonywanie zawodu radcy prawnego i adwokata*, Warszawa 2004, s. 8.

uprawnionych w rozumieniu ustawy (art. 2 ust. 2 u.d.p.). Potwierdził to m.in. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 18 października 2005 r., który orzekł, że: „Czynności doradztwa podatkowego mogą być wykonywane tylko zawodowo, przez podmioty uprawnione w rozumieniu ustawy o doradztwie podatkowym. Jeżeli w innych przepisach tej ustawy jest przywoływane pojęcie czynności doradztwa podatkowego, to należy przyjmować, że chodzi o ich zawodowe wykonywanie”⁸⁰.

Nadto, jak stanowi art. 4 ust. 2 u.d.p., podmioty wymienione w ust. 1 pkt 1-3 tego przepisu, np. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, które spełniają łącznie określone w tym przepisie warunki⁸¹, uprawnione do wykonywania doradztwa podatkowego, wykonują doradztwo podatkowe wyłącznie przez doradców podatkowych, radców prawnych lub biegłych rewidentów zatrudnionych w tych podmiotach.

Regułą jest, że podatnikami podatku od towarów i usług są spółki osobowe z k.s.h. oraz spółka cywilna. Podmioty te wystawiają faktury VAT. Oznacza to, że podatku VAT wspólnicy tych spółek nie rozliczają według posiadanych udziałów (np. proporcjonalnie do prawa w udziale w zysku), jak ma to miejsce w przypadku podatku dochodowego, ale rozliczają go wspólnie. **W przedmiocie podatku dochodowego, podatnikami są bowiem poszczególni wspólnicy.** Generalnie, każdy z nich podlega opodatkowaniu od dochodu stanowiącego jego udział w zyskach spółki⁸².

Zasady ewidencji podatników, płatników podatków, a także płatników składek na ubezpieczenia społeczne oraz ubezpieczenia zdrowotne, zasady i tryb nadawania numerów identyfikacji podatkowej oraz zasady posługiwania się tymi numerami, określone zostały w ustawie z dnia 13 października 1995 r. o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników⁸³. **Zgodnie z obowiązującymi od dnia 1 września 2011 r. zmienionymi regulacjami w u.e.i.p.p., wprowadzonymi ustawą z dnia 29 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1016 – por. art. 76), osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki orga-**

⁸⁰ Sygn. akt VI SA/Wa 1340/05, LEX nr 191309.

⁸¹ Mianowicie: a) większość członków zarządu stanowią doradcy podatkowi, a jeżeli zarząd składa się z nie więcej niż dwóch osób, to jedna z nich jest doradcą podatkowym; b) większość głosów w zgromadzeniu wspólników (akcjonariuszy) oraz w organach nadzoru przysługuje doradcom podatkowym; c) w spółce akcyjnej wydawane są wyłącznie akcje imienne; d) zbycie akcji lub udziałów albo ustanowienie na nich zastawu wymaga zezwolenia udzielonego przez zarząd spółki.

⁸² Por. też E. Matyszewska, *Wszyscy wspólnicy muszą rozliczyć dochody uzyskane z tytułu udziału w spółce cywilnej*, „Gazeta Prawna” nr 14 z 21.01.2011 r.

⁸³ T. jedn. Dz. U. z 2004 r. Nr 269, poz. 2681 z późn. zm., dalej jako: u.e.i.p.p. Odnośnie zdolności podatkowej spółki cywilnej zob. np. M. Pawełczyk, *Przedsiębiorca w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Radca Prawny” 2005, nr 6, s. 46.

nizacyjne niemające osobowości prawnej, które na podstawie odrębnych ustaw są podatnikami, podlegają obowiązkowi ewidencyjnemu. Obowiązkowi ewidencyjnemu podlegają również inne podmioty niż wymienione w ust. 1, jeżeli na podstawie odrębnych ustaw są podatnikami, oraz płatnicy podatków. Obowiązkowi ewidencyjnemu podlegają także podmioty będące, na podstawie odrębnych ustaw, płatnikami składek ubezpieczeniowych (art. 2 u.e.i.p.p.). Zwrócić należy uwagę, że z mocy art. 69 ustawy z dnia 29 lipca 2011 r., w okresie od dnia 1 września 2011 r. do dnia 31 grudnia 2011 r. nie można żądać numeru identyfikacji podatkowej od osób fizycznych, o których mowa w art. 5 ust. 2a u.e.i.p.p.⁸⁴, w brzmieniu nadanym ustawą zmieniającą, jeżeli obowiązek jego przedstawienia nie wynika z przepisu prawa⁸⁵. Co uzupełnia również art. 67 ustawy z dnia 29 lipca 2011 r. stanowiący, że z dniem 1 stycznia 2012 r. znosi się numer identyfikacji podatkowej nadany osobom fizycznym objętym rejestrem PESEL, nieprowadzącym działalności gospodarczej lub niebędącym zarejestrowanymi podatnikami podatku od towarów i usług. Od tej daty jedynym identyfikatorem podatkowym ww. osób jest numer PESEL. Przy czym, identyfikatorem podatkowym jest:

- numer PESEL – w przypadku podatników będących osobami fizycznymi objętymi rejestrem PESEL nieprowadzących działalności gospodarczej lub niebędących zarejestrowanymi podatnikami podatku od towarów i usług;
- NIP – w przypadku pozostałych podmiotów podlegających obowiązkowi ewidencyjnemu, o którym mowa w art. 2.

NIP nie może mieć ukrytego lub jawnego charakteru znaczącego, określającego pewne cechy podatnika, płatnika podatku albo płatnika składek ubezpieczeniowych (art. 3). Nowelizacją dodano również nowe przepisy, w tym art. 8a i art. 8b ust. 1 stanowiące, że nadanie NIP następuje przy użyciu Centralnego Rejestru Podmiotów – Krajowej Ewidencji Podatników, po dokonaniu zgłoszenia identyfikacyjnego. Naczelnik urzędu skarbowego wydaje potwierdzenie nadania NIP. W przypadku osób fizycznych objętych rejestrem PESEL potwierdzenie nadania NIP zawiera również numer PESEL. Podatnicy rozpoczynający działalność gospodarczą w ramach wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców albo do ewidencji działalności gospodarczej składają zgłoszenie identyfikacyjne albo aktualizacyjne (art. 5a ust. 1). Podatnicy podatku od towarów i usług lub podatku akcyzowego są obowiązani dokonać zgłoszenia identyfikacyjne-

⁸⁴ Zgłoszenia identyfikacyjnego nie dokonują podatnicy będący osobami fizycznymi objętymi rejestrem PESEL nieprowadzący działalności gospodarczej lub niebędący zarejestrowanymi podatnikami podatku od towarów i usług.

⁸⁵ Zob. też E. Matyszevska, *Podatnik od dziś stosuje tylko PESEL. Kiedy zniknie NIP?*, rozmowa z R. Domasiewicz, „Gazeta Prawna” nr 169 z 1.09.2011 r.

go przed dokonaniem pierwszej czynności podlegającej opodatkowaniu jednym z tych podatków (art. 6 ust. 1). Podatnicy podatku dochodowego od osób fizycznych, którym płatnik na podstawie przepisów o podatku dochodowym od osób fizycznych: 1) pobiera zaliczki miesięczne, dokonując zmniejszenia kwot pobieranych zaliczek, lub 2) dokonuje rocznego rozliczenia podatku, a nie dokonywał zmniejszenia kwot zaliczek, albo 3) pobiera zaliczkę wyłącznie od dochodu z tytułu umowy o dzieło lub umowy zlecenia – dokonują zgłoszenia identyfikacyjnego za pośrednictwem tego płatnika (por. art. 8 ust. 1 u.e.i.p.p.)⁸⁶. Dodając, iż zgodnie z art. 14 ust. 1 i 2 u.s.d.g., przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do ewidencji działalności gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym. Wpisowi do ewidencji podlegają przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi.

Dla podatników, *implicite* radców prawnych, ważne znaczenie ma zasada optymalizacji podatkowej. Etymologia słowa „optymalizacja” (od łac. *optimus* – „najlepszy”), wskazuje, że chodzi tu przede wszystkim o uzyskanie najlepszych (optymalnych) wyników, wybór najlepszego wariantu czy też ustalenie najkorzystniejszych rozwiązań, tu: w dość skomplikowanej materii podatkowej⁸⁷. Przykładem poniekąd optymalizacji podatkowej jest możliwość wyboru przez radcę prawnego formy opodatkowania na zasadach ogólnych według skali podatkowej, w stawce 18% i 32% (por. art. 27 i n. u.p.d.o.f.) lub zryczałtowany podatek dochodowy, według stawki liniowej, wynoszącej 19% podstawy obliczenia podatku (por. art. 30c w związku z art. 9a u.p.d.o.f.). Optymalizacja podatkowa przejawiać się może również w formie wykonywania zawodu przez radcę prawnego; różnice te widoczne będą szczególnie w zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę i tzw. samozatrudnieniu. Co się z tym wiąże, wykonywanie zawodu w spółce osobowej, w której co do zasady dochód jest opodatkowany jednorazowo, jak również podatek do zapłaty, pozostaje tylko raz. Innym przejawem optymalizacji, będzie możliwość zaliczania niektórych wydatków do kosztów prowadzonej działalności gospodarczej, w tym nabycia środków trwałych czy też dopuszczalności amortyzacji (odpisów amortyzacyjnych)⁸⁸. Wspomnieć pokrótce należy, iż do kosztów uzyskania przychodów zaliczyć można składkę członkowską uiszczaną przez radcę prawnego. Zgodnie z art. 22 ust. 1 u.p.d.o.f., kosztami uzyskania przychodów są koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodów lub zachowania

⁸⁶ Por. też M. Olszewska, *Kiedy i jak aktualizować dane z zakresu identyfikacji podatkowej*, „Gazeta Prawna” nr 201 z 14.10.2008 r.

⁸⁷ Zob. np. *Słownik wyrazów obcych PWN*, red. nauk. J. Tokarski, Warszawa 1980, s. 531; *Słownik języka polskiego PWN*, oprac. E. Sobol, Warszawa 2009, s. 589.

⁸⁸ Por. zwłaszcza art. 22a i n. u.p.d.o.f.

albo zabezpieczenia źródła przychodów, z wyjątkiem kosztów wymienionych w art. 23 u.p.d.o.f.⁸⁹ *A contrario*, w świetle art. 23 ust. 1 pkt 30 *in princ.*, nie uważa się za koszty uzyskania przychodów składki na rzecz organizacji, do których przynależność podatnika nie jest obowiązkowa. Jak stanowi art. 40 ust. 2 u.r.p., przynależność radców prawnych i aplikantów radcowskich do samorządu jest obowiązkowa⁹⁰. Kwestie te dopełnia uchwała nr 7/VIII/2010 Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 10 grudnia 2010 r. w sprawie wysokości składki członkowskiej i składki ubezpieczeniowej, zasad ich uiszczania i podziału oraz funduszy celowych Krajowej Rady Radców Prawnych, zgodnie z postanowieniami której radcowie prawni i aplikanci radcowscy są zobowiązani do uiszczania składki członkowskiej oraz składki ubezpieczeniowej na zasadach określonych w niniejszej uchwale (§ 1). Zawieszenie prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego nie zwalnia z obowiązku uiszczania składki członkowskiej i nie wpływa na jej wysokość (§ 2). Wysokość składki członkowskiej radców prawnych wynosi 78 zł miesięcznie, z zastrzeżeniem ust. 2 i 3 (por. § 3 ust. 1). Wysokość składki członkowskiej aplikantów radcowskich wynosi 20 zł miesięcznie (por. § 3 ust. 2). Radcowie prawni wykonujący zawód radcy prawnego uiszczają składkę ubezpieczeniową w wysokości 22 zł miesięcznie. Składka ubezpieczeniowa jest uiszczana wraz ze składką członkowską (por. § 6).

W kwestii porządkowej należy wskazać również przepis art. 10¹ k.s.h., zgodnie z którym, jeżeli spółka osobowa nie jest obowiązana do prowadzenia ksiąg rachunkowych na podstawie ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości⁹¹ przepisy k.s.h., które przewidują konieczność sporządzania sprawozdania finansowego, wykonuje się w oparciu o podsumowanie zapisów w podatkowej księdze przychodów i rozchodów oraz innych ewidencji prowadzonych przez spółkę dla celów podatkowych, spis z natury, a także inne dokumenty pozwalające na sporządzanie tego sprawozdania. Literalne brzmienie art. 10¹ k.s.h. potwierdza, że dotyczy on tylko spółek osobowych. Z u.o.r. wynikają dla spółek osobowych następujące konsekwencje: spółki komandytowe i komandytowo-akcyjne są obowiązane do prowadzenia ksiąg rachunkowych. Wedle art. 4 § 1 pkt 11 k.s.h., sprawozdanie finansowe oznacza sprawozdanie w rozumieniu u.o.r. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 7 u.o.r., przepisy ustawy o rachun-

⁸⁹ Autor przedstawia tylko zarys tych zagadnień, gdyż szczegółowe omówienie problematyki związanej z kosztami uzyskania przychodów, wykracza poza ramy niniejszego komentarza i wymaga odrębnego opracowania.

⁹⁰ Zob. też M. Józefiak, *Składki członkowskie i opłata za aplikację mogą być kosztem w podatku dochodowym dla aplikantów wykonujących czynności na podstawie umowy zlecenia, umowy o dzieło i umów pokrewnych*, „Radca Prawny” 2009, nr 4, s. 75 i n.

⁹¹ T. jedn. Dz. U. z 2009 r. Nr 152, poz. 1223 z późn. zm., dalej jako: u.o.r.

kowości, stosuje się, z zastrzeżeniem ust. 3, do mających siedzibę lub miejsce sprawowania zarządu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej:

- pkt 1 – spółek handlowych (osobowych i kapitałowych, w tym również w organizacji) oraz spółek cywilnych, z zastrzeżeniem pkt. 2, a także innych osób prawnych, z wyjątkiem Skarbu Państwa i Narodowego Banku Polskiego;
- pkt 2 – osób fizycznych, spółek cywilnych osób fizycznych, spółek jawnych osób fizycznych, spółek partnerskich oraz spółdzielni socjalnych, jeżeli ich przychody netto ze sprzedaży towarów, produktów i operacji finansowych za poprzedni rok obrotowy wyniosły co najmniej równowartość w walucie polskiej 1 200 000 euro;
- pkt 5 – jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, z wyjątkiem spółek, o których mowa w pkt. 1 i 2;
- pkt 7 – jednostek niewymienionych w pkt. 1-6, jeżeli otrzymują one na realizację zadań zleconych dotacje lub subwencje z budżetu państwa, budżetów jednostek samorządu terytorialnego lub funduszy celowych – od początku roku obrotowego, w którym dotacje lub subwencje zostały im przyznane.

Z tym zastrzeżeniem, iż w świetle ust. 2 art. 2 u.o.r., osoby fizyczne, spółki cywilne osób fizycznych, spółki jawne osób fizycznych oraz spółki partnerskie mogą stosować zasady rachunkowości określone ustawą również od początku następnego roku obrotowego, jeżeli ich przychody netto ze sprzedaży towarów, produktów i operacji finansowych za poprzedni rok obrotowy są niższe niż równowartość w walucie polskiej 1 200 000 euro (*i.a.* tzw. pełna księgowość). W tym przypadku, osoby te lub wspólnicy przed rozpoczęciem roku obrotowego są obowiązani do zawiadomienia o tym urzędu skarbowego, właściwego w sprawach opodatkowania podatkiem dochodowym. W doktrynie, w związku z tym wskazano, że przepisy odróżniające sytuację spółek jawnych w zależności od poziomu sprzedaży mają odniesienie tylko do spółek jawnych osób fizycznych (por. ww. art. 2 ust. 1 pkt 2 u.o.r.). Oznacza to, że w przypadku spółek jawnych osób prawnych i innych spółek osobowych, zawsze istnieje obowiązek prowadzenia rachunkowości zgodnie ze wskazaną powyżej ustawą, bez względu na osiągnięty poziom sprzedaży. Problem taki nie występuje, w przypadku spółki partnerskiej, bowiem mogą być one stworzone tylko przez osoby fizyczne. Z ww. przepisu wynika *explicite*, że **w odniesieniu m.in. do osób fizycznych, spółek cywilnych osób fizycznych, spółek jawnych osób fizycznych, spółek partnerskich, zasady prowadzenia dokumentów księgowych zależą od tego, czy ich przychody netto ze sprzedaży towarów, produktów i operacji finansowych za poprzedni rok obrotowy wyniosły co najmniej równowartość w walucie polskiej 1 200 000 euro.** Jeżeli spółki te osiągnęły wskazany poziom, obligatoryj-

nie stosuje się do nich u.o.r. w zakresie prowadzenia ksiąg rachunkowych. W przypadku nieosiągnięcia takiego poziomu przychodów, mogą poprzestać na prowadzeniu podatkowej księgi przychodów i rozchodów⁹². W tej sytuacji, do określonych podmiotów, które nie osiągnęły poziomu sprzedaży o równowartości 1 200 000 euro, zastosowanie znajdzie, wydane na podstawie art. 24a u.p.d.o.f., rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 26 sierpnia 2003 r. w sprawie prowadzenia podatkowej księgi przychodów i rozchodów⁹³. W świetle § 2 ust. 1 ww. rozporządzenia, osoby fizyczne, spółki cywilne osób fizycznych, spółki jawne osób fizycznych oraz spółki partnerskie, o których mowa w art. 24a ust. 1 i 2 u.p.d.o.f., są obowiązane prowadzić księgę, z zastrzeżeniem ust. 2⁹⁴, według wzoru ustalonego w Załączniku nr 1 do ww. rozporządzenia (*Podatkowa księga przychodów i rozchodów*), w sposób określony w jego Rozdziale 2, noszącym tytuł – *Sposób prowadzenia księgi przez podatników niebędących rolnikami*.

Niemarginalne znaczenie, dla formy opodatkowania radcy prawnego jako przedsiębiorcy, będzie miało odniesienie się do statusu oraz funkcjonowania kancelarii. W literaturze przedmiotu podaje się, że pojęcie „kancelaria radcy prawnego” bądź „kancelaria adwokacka” („kancelaria indywidualna”) występuje jako:

- ustawowa forma wykonywania zawodu, wymieniona wśród innych form, a więc różna od nich – w tym znaczeniu jest podmiotem profesjonalnej działalności;
- infrastruktura – wyodrębniony zespół środków (zorganizowane biuro) służących do prawidłowego wykonywania zawodu; również zakład pracy dla pracowników w niej zatrudnionych;
- nazwa: „kancelaria radcy prawnego” („kancelaria adwokacka”) lub „kancelaria radców prawnych i adwokatów” (bądź „radcy prawnego i adwokata” itp.)⁹⁵.

Kancelarię jako formę prawną wykonywania zawodu należy odróżnić od kancelarii w znaczeniu formy organizacyjnej lub nazwy, pod którą zawód jest wykonywany⁹⁶. W rozumieniu kolokwialnym, „kancelaria” (śrdw. – łac. *cancellaria*) oznacza m.in. biuro prawnika⁹⁷ czy też zespół

⁹² Por. A. Kidyba, *Komentarz bieżący do art. 10(1) kodeksu spółek handlowych*, LEX/el. 2011.

⁹³ Dz. U. Nr 152, poz. 1475 z późn. zm.

⁹⁴ Jest w nim mowa o rolnikach prowadzących gospodarstwo rolne bez zatrudnienia w nim pracowników, członkach rolniczych spółdzielni produkcyjnych oraz pracownikach rolnych, wykonujących działalność gospodarczą, osobiście lub z udziałem członków rodziny pozostających we wspólnym gospodarstwie domowym, po spełnieniu określonych warunków.

⁹⁵ Zob. Z. Klatka, *Wykonywanie...*, s. 30.

⁹⁶ Por. Z. Klatka, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 98.

⁹⁷ Zob. *Słownik języka polskiego...*, s. 304.

pracowników kancelarii⁹⁸. Zgodnie z definicją pracodawcy, zamieszczoną w art. 3 k.p. jest nim jednostka organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej, a także osoba fizyczna, jeżeli zatrudniają one pracowników⁹⁹. O ile zgodzić się można z tym, że wobec braku normatywnej definicji kancelarii radcy prawnego, może być ona rozumiana w różny sposób, to trudno *de lege lata* zaaprobować pogląd, że wykonywanie przez radcę prawnego zawodu w formie prawnej kancelarii, nie jest jednoznaczne z prowadzeniem działalności gospodarczej¹⁰⁰. Przeciwno przywołanej wyżej koncepcji, przemawia w szczególności to, iż *de iure* i *de facto*, podatnikiem podatku VAT oraz podatku dochodowego od osób fizycznych jest radca prawny prowadzący indywidualną kancelarię radcy prawnego¹⁰¹. Powstający na tym tle stosunek prawnopodatkowy jest stosunkiem łączącym podmiot uprawniony z tytułu podatku, czyli wierzyciela podatkowego, z podmiotem obowiązany z tytułu podatku¹⁰². Ponadto, o czym wspomniano, z mocy art. 14 ust. 1 *in princ.* u.s.d.g., oraz ust. 2 tego przepisu, przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do ewidencji działalności gospodarczej. Wpisowi do ewidencji podlegają przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi.

Zwrócić należy uwagę, że ust. 2 art. 8 u.r.p. *expressis verbis* stanowi, iż wyłącznym przedmiotem działalności spółek, o których mowa w ust. 1, jest świadczenie pomocy prawnej. Jak wskazał w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 czerwca 2010 r.¹⁰³ Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, przypisane zawodowi radcy prawnego „osobiste” wykonywanie zawodowych czynności nie może przesądzać o jego statusie jako podatnika. Ustawodawca przyznał zatem radcom prawnym prawo wyboru formy wykonywania zawodu, aczkolwiek równocześnie formy te reglamentując. Określając również przedmiot działalności tych spółek, ograniczając go do świadczenia pomocy prawnej oraz wskazał podmioty, które mogą

⁹⁸ Por. Słownik wyrazów obcych..., s. 335.

⁹⁹ Na temat stosunku pracy radcy prawnego por. H. Wierzińska, *Właściwości stosunku pracy radcy prawnego*, cz. I, „Radca Prawny” 2002, nr 4-5, s. 51 i n.; eadem, *Właściwości stosunku pracy radcy prawnego*, cz. II, „Radca Prawny” 2003, nr 1, s. 20 i n.

¹⁰⁰ Przeciwno uznaniu wykonywania przez radcę prawnego zawodu w formie kancelarii, za działalność gospodarczą, opowiedział się M. Szydźiak, *Wykonywanie zawodu radcy prawnego w formie kancelarii*, „Radca Prawny” 2005, nr 2, s. 85. Choć jednocześnie Autor ten stwierdza, że „[...] wykonywanie zawodu radcy prawnego w formie kancelarii oznacza nie tyle prowadzenie działalności gospodarczej, ale działalność zawodową, która odbywa się w ramach działalności gospodarczej” – *ibidem*, s. 86.

¹⁰¹ Por. też D. Szubielska, *Wpis do ewidencji działalności gospodarczej w trybie art. 67 ustawy przepisy wprowadzające u.s.d.g. a obowiązki podatkowe*, „Radca Prawny” 2005, nr 2, s. 147.

¹⁰² Zob. L. Ciesielski, *Nadpłata podatku pobrana przez płatnika*, „Radca Prawny” 2006, nr 1, s. 74.

¹⁰³ Sygn. akt III SA/Wa 1762/09, LEX nr 599729.

być współnikami tego rodzaju spółek. Forma wykonywania zawodu, nie jest środkiem pomocniczym do wykonywania zawodu. Jej wybór określa formę organizacyjno-prawną, w jakiej działalność ta będzie wykonywana, wyznaczając tym samym relacje radcy prawnego z potencjalnymi odbiorcami jego usług. W zależności od formy wykonywania zawodu będą to klienci radcy prawnego lub spółki. Innymi słowy, formy wykonywania zawodu określają sposób, w jaki radca prawny funkcjonuje na rynku usług prawnych. Gwarantując swobodę wyboru tej formy, spośród uznanych za dopuszczalne, ustawodawca zgodził się tym samym, że radca prawny będzie miał wpływ na swój status w sferze prawnopodatkowej.

Wedle kolejnych ustępów art. 8 u.r.p., **radca prawny jest zobowiązany zawiadomić radę właściwej okręgowej izby radców prawnych o podjęciu wykonywania zawodu i formach jego wykonywania, o adresie i nazwie kancelarii lub spółki, a także o każdej zmianie tych informacji** (por. ust. 3). Artykuł ten rodzi dla radcy prawnego obowiązek zawiadomienia wskazanego organu korporacyjnego o wykonywaniu zawodu w ramach stosunku pracy, na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce. Co implikuje jednocześnie, określonymi przepisami prawa, uprawnieniami i obowiązkami radcy prawnego jako przedsiębiorcy, w sferze podatkowej. Zakres pomocy prawnej, terminy i warunki jej wykonywania oraz wynagrodzenie określa umowa (por. ust. 4). Ilekroć w ustawie jest mowa o „stosunku pracy”, „zatrudnieniu”, „wynagrodzeniu”, rozumie się przez to również odpowiednio „stosunek służbowy”, „pełnienie służby” i „uposażenie” (zob. ust. 5). Do art. 8 ust. 4 u.r.p., nawiązuje również art. 22⁵ ust. 1 u.r.p., stanowiąc, że opłaty za czynności radców prawnych wykonujących zawód w kancelariach radców prawnych lub w spółkach, o których mowa w art. 8 ust. 1, oraz zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej ustala umowa z klientem. Nie można pominąć również art. 17 u.r.p., który dopełnia regulacje w zakresie stosunku pracy, stanowiąc, że radca prawny wykonujący zawód w ramach stosunku pracy może być zatrudniony jednocześnie w więcej niż jednej jednostce organizacyjnej i w wymiarze przekraczającym jeden etat.

Bezpośrednie odwołanie do pojęcia „pomocy prawnej”, przewiduje art. 4 ust. 1 u.r.p., brzmiący, że wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej, z wyjątkiem występowania w charakterze obrońcy w postępowaniu karnym i w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe. **Podobnie, w myśl art. 6 ust. 1 u.r.p., zawód radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej, a w szczególności na udzielaniu porad prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed sądami i urzędami.** Pomocą prawną jest w szczególności udzielanie porad i konsultacji prawnych, opinii prawnych, zastępstwo prawne i procesowe

(art. 7 u.r.p.). W sposób analogiczny stanowi art. 4 ust. 1 u.p.a. – zawód adwokata polega na świadczeniu pomocy prawnej, a w szczególności na udzielaniu porad prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed sądami i urzędami¹⁰⁴. Inny przepis – art. 2 u.r.p. stanowi, że pomoc prawna świadczona przez radcę prawnego ma na celu ochronę prawną interesów podmiotów, na których rzecz jest wykonywana. Zgodnie natomiast z ust. 3-5 art. 6 u.r.p., radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie. Radca prawny nie może być zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę. W piśmiennictwie wyrażono stanowisko, zgodnie z którym, skoro radca prawny (także adwokat) nie może być zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej poza sytuacjami wskazanymi wprost w przepisach o randze ustawowej, zwolnienia takiego nie może udzielić także klient radcy lub adwokata¹⁰⁵. W postanowieniu z dnia 15 maja 2008 r.¹⁰⁶ Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że: „Art. 3 ust. 3 ustawy o radcach prawnych zobowiązuje radcę prawnego do utrzymania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Analogicznie należy uznać, iż dokumentami zawierającymi tajemnicę radcy prawnego będą tylko takie dokumenty, pisma czy też notatki, które zawierają treści, o których radca prawny dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej i dotyczą przedmiotu świadczonej pomocy prawnej”. W uzasadnieniu do będącego przedmiotem zainteresowania orzeczenia, Sąd Apelacyjny wyeksplikował *inter alia*, co następuje: „W sytuacji, gdy Sąd uzna, iż dany dokument nie zawiera treści objętych tajemnicą zawodową radcy prawnego, winien to jednoznacznie stwierdzić, bowiem tylko w takim wypadku prokurator będzie miał możliwość ich wykorzystania w toczącym się procesie. Pokreślić należy, iż z uwagi na obowiązujące uregulowania prokurator nie jest władny sam decydować o tym, czy dane dokumenty są objęte tajemnicą radcy prawnego, czy też nie. W każdej bowiem sytuacji, gdy radca prawny poinformuje organ przeprowadzający czynność procesową przeszukania, iż dokumenty zawierają tajemnicę zawodową, winny zostać one przekazane prokuratorowi, który następnie, chcąc te dokumenty

¹⁰⁴ Szerzej na ten temat zob. R. Kierończyk, *Zawody prawnicze. Orzecznictwo*, Sopot 1999, s. 28 i n.; Z. Klatka, *Wykonywanie...*, s. 7 i n.

¹⁰⁵ Por. R. Baszuk, *Tajemnica zawodowa: nie łamać zasad*, „Rzeczpospolita” z 15.06.2010 r.

¹⁰⁶ Sygn. akt II AKz 294/08, OSA 2010, nr 3, poz. 18.

wykorzystać w toczącym się procesie, występuje do Sądu z odpowiednim wnioskiem [...]”¹⁰⁷.

Co się z powyższym wiąże, art. 3 ust. 6 u.r.p. głosi, że obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji udostępnianych na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu¹⁰⁸ – w zakresie określonym tymi przepisami. Regulację z art. 3 ust. 6 u.r.p., potraktować można jako *lex specialis* do u.p.p.f.t., nie stanowiącą tym samym *superfluum* ustawowego. **Zasygnalizować jednocześnie warto, że swego rodzaju *iunctim* z opodatkowaniem radców prawnych, przejawiać się mogą w sferze obowiązków tej grupy zawodowej, wynikających właśnie z u.p.p.f.t.** (por. zwłaszcza art. 8 ust. 3 i 3b u.p.p.f.t., odnośnie rejestracji tzw. transakcji podejrzanych¹⁰⁹. Radcowie prawni, wykonujący zawód poza stosunkiem pracy w urzędach obsługujących organy administracji rządowej i jednostkach samorządu terytorialnego, mieszczą się w kategorii pojęciowej instytucji obowiązanej, o której mowa w art. 2 pkt 1 lit. n) u.p.p.f.t. *Ex definitione* z kolei, art. 2 pkt 1 lit. t) u.p.p.f.t., do instytucji obowiązanej zalicza się przedsiębiorców w rozumieniu u.s.d.g., przyjmujących płatności za towary w gotówce o wartości równej lub przekraczającej równowartość 15 000 euro, również gdy należność za określony towar jest dokonywana w drodze więcej niż jednej operacji¹¹⁰. Z tym zastrzeżeniem, że w myśl art. 22 u.s.d.g., dokonywanie lub przyjmowanie płatności związanych z wykony-

¹⁰⁷ Zob. zwłaszcza art. 226, art. 180 § 2 k.p.k., a także ustawę z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, t. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228.

¹⁰⁸ T. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 46, poz. 276 z późn. zm., dalej jako: u.p.p.f.t.

¹⁰⁹ Więcej na temat „prania pieniędzy” (ang. *money laundering*) zob. W. Filipkowski, *Rola domów maklerskich w przeciwdziałaniu praniu pieniędzy*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 11, s. 81 i n.; J. Jałtoszuk, *Kancelarie notarialne a obowiązek przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2003, nr 4, s. 30 i n.; Z. Klatka, *Prace nad zmianą ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzania do obrotu finansowego tzw. „brudnych pieniędzy”*, „Radca Prawny” 2004, nr 2, s. 132 i n.; T. Stecyk, *Nowe zadania wolnych zawodów prawniczych w świetle znowelizowanej ustawy o przeciwdziałaniu procederowi „prania brudnych pieniędzy”*, „Radca Prawny” 2004, nr 3, s. 93 i n.; eadem, *Obowiązki radców prawnych w świetle ustawy o przeciwdziałaniu procederowi „prania brudnych pieniędzy”* – w tym obowiązek ustalenia procedury, „Radca Prawny” 2006, nr 6, s. 142 i n.; M. Wach, *Orzeczenie francuskiej Rady Stanu w sprawie przeciwdziałaniu praniu brudnych pieniędzy*, „Radca Prawny” 2008, nr 3, s. 149 i n.; eadem, *Streszczenie zasad i procedur FATF odnoszących się do zawodów prawniczych w zakresie zwalczania prania pieniędzy finansowania terroryzmu*, „Radca Prawny” 2008, nr 6, s. 85 i n.; eadem, *Projekt nowelizacji ustawy o praniu brudnych pieniędzy*, „Radca Prawny” 2009, nr 3, s. 66 i n.

Teza nieaktualna w zakresie kwoty transakcji.

¹¹⁰ Por. też rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 21 września 2001 r. w sprawie określenia wzoru rejestru transakcji, sposobu jego prowadzenia oraz trybu dostarczania danych z rejestru Generalnemu Inspektorowi Informacji Finansowej, Dz. U. Nr 113, poz. 1210.

waną działalnością gospodarczą następuje za pośrednictwem rachunku bankowego przedsiębiorcy w każdym przypadku, gdy:

- 1) stroną transakcji, z której wynika płatność, jest inny przedsiębiorca (przesłanka podmiotowa) oraz
- 2) jednorazowa wartość transakcji, bez względu na liczbę wynikających z niej płatności, przekracza równowartość 15 000 euro przeliczonych na złote według średniego kursu walut obcych ogłaszanego przez NBP ostatniego dnia miesiąca poprzedzającego miesiąc, w którym dokonano transakcji (przesłanka przedmiotowa)¹¹¹.

Zakres regulacji zawartej w przepisie art. 22 u.s.d.g. odnosi się do przedsiębiorców zdefiniowanych w art. 4 u.s.d.g. oraz działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 tejże ustawy. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, wprowadzenie obowiązku przewidzianego w art. 22 u.s.d.g. ma zapobiegać niekontrolowanemu przepływowi środków finansowych w gospodarce prywatnej, zwalczając w ten sposób zjawiska patologiczne (np. oszustwa podatkowe, „pranie brudnych pieniędzy”, wyłudzenie kredytów)¹¹². W ten sposób wprowadzenie obowiązku przeprowadzania rozliczeń pieniężnych za pośrednictwem rachunków bankowych uzasadniał zwłaszcza Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 26 kwietnia 1995 r.¹¹³ Jednocześnie zwrócić należy uwagę na to, że niezależnie od stanowiska Trybunału, nałożenie omawianego obowiązku spotyka się z krytyką w literaturze¹¹⁴. Podnosi się m.in., że pozostaje on w sprzeczności z zasadami gospodarki wolnorynkowej i w krajach o tego typu ustroju gospodarczym, nie jest on spotykany, będąc na porządku dziennym w państwach o ustroju socjalistycznym, obejmującym tzw. jednostki gospodarki społecznej¹¹⁵. Przyjmuje się również, że przepis art. 22 u.s.d.g. jest *lex imperfectae*, co

¹¹¹ Zob. uchwałę Nr 51/2002 Zarządu NBP z dnia 23 września 2002 r. w sprawie sposobu wyliczania i ogłaszania bieżących kursów walut obcych (Dz. Urz. NBP Nr 14, poz. 39 i Nr 20, poz. 51, z 2004 r. Nr 2, poz. 3 oraz z 2007 r. Nr 1, poz. 2 i Nr 18, poz. 35), w oparciu o którą podawane są tabele kursów na dany dzień (<http://www.nbp.pl/kursy>). Wahania kursu przeliczanej waluty, mogą ulegać w różnych okresach czasu fluktuacjom *in plus/in minus*, zależnie m.in. od kursu złotego.

¹¹² Por. K. Kohutek, M. Brożyna, M. Chudzik, J. Molis, S. Szuster, *Komentarz do art. 22 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej*, LEX/el. 2005.

¹¹³ Sygn. akt K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12.

¹¹⁴ Zob. A. Janiak [w:] A. Koch, J. Napierała (red.), *Prawo handlowe*, Kraków 2002, s. 801. Zob. też W.J. Katner [w:] J. Rajski (red.), *System prawa prywatnego*, t. 7, Warszawa 2001, s. 90; M. Koperkiewicz-Mordel, *Polskie prawo bankowe*, Warszawa 2000, s. 126-127, cyt. za: K. Kohutek, *Komentarz...*

¹¹⁵ Odnośnie zasady wolności działalności gospodarczej por. M. Pawełczyk, *Zasada wolności gospodarczej – próba uplasowania w systemie społecznej gospodarki rynkowej*, „Radca Prawny” 2010, nr 4, s. 34 i n.; W. Skrzydło, *op. cit.*; J. Ciapała, *Konstytucyjna zasada wol-*

oznacza głównie, że akt prawny nie ustanawia sankcji (ujemnych skutków prawnych, zwłaszcza sankcji karnych) za zachowania z nim niezgodne¹¹⁶. Jak stanowi art. 3 ust. 1-4 u.p.p.f.t., organami administracji rządowej właściwymi w sprawach przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, zwanymi dalej „organami informacji finansowej”, są:

- 1) minister właściwy do spraw instytucji finansowych, jako naczelny organ informacji finansowej;
- 2) Generalny Inspektor Informacji Finansowej.

Kolejne, **niebagatelne w praktyce radców prawnych zagadnienia, wiązać się mogą z zastosowaniem *sui generis* ewidencji podatkowej w postaci kas rejestrujących**, nazywanych potocznie także kasami fiskalnymi¹¹⁷. Problematyka ta, w związku z ostatnimi zmianami legislacyjnymi, nabrała istotnego znaczenia. Rozważania nie tylko w tej materii podatkowej można poprzedzić konstatacją, iż nie będzie iluzorycznym jedynie przyjęcie, że dążenie do zmniejszenia obciążeń podatkowych jest naturalnym dążeniem podatników. Nieracjonalnym byłoby płacenie maksymalnych podatków, w przypadkach, gdy możliwe jest skorzystanie przez podatnika ze zwolnień i ulg podatkowych. Opór antypodatkowy wydaje się czymś naturalnym, dlatego ustawodawca winien uwzględniać reakcje podatników na nałożony przymus podatkowy. Zwłaszcza w sytuacji, gdy podatek postrzegany jest jako nadmierny ciężar, nie mający bezpośredniego związku ze świadczeniami na rzecz obywatela¹¹⁸. W tym aspekcie, przytoczyć można dość znamienny, wyrażony w jurysprudencji pogląd, że: „Nie ma bowiem żadnej ku temu podstawy prawnej, aby przyjąć masochistyczną zasadę, że strony powinny zawsze regulować swoje stosunki cywilnoprawne w sposób najbardziej dla fiskusa korzystny”¹¹⁹. Zaznaczyć należy, że podatnik ma prawo do legalnego unikania opodatkowania (ang. *tax avoidance*)¹²⁰, m.in. wykorzystując określone formy działalności gospodarczej, co składa się na tzw. planowanie podatkowe (*tax planning*).

Odnotać należy, iż co do zasady obowiązek prowadzenia ewidencji za pomocą kas rejestrujących powstaje z chwilą rozpoczęcia sprzedaży na

ności działalności gospodarczej, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, nr 4, s. 15 i n.

¹¹⁶ Por. J. Nowacki [w:] J. Nowacki, Z. Tobor, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1994, s. 44.

¹¹⁷ Szerzej zagadnienia dotyczące kas rejestrujących omawia J. Zubrzycki, *Leksykon VAT*, t. 1, s. 1377 i n.; idem, *Leksykon VAT, suplement*, t. 3, Wrocław 2011, s. 49 i n.

¹¹⁸ Zob. M. Sobuś, *Zjawisko ucieczki przed opodatkowaniem*, „Radca Prawny” 2002, nr 3, s. 46.

¹¹⁹ Tak Z. Radwański, *Glosa do wyroku NSA z dnia 10 listopada 1999 r., SA/Bk 289/99*, OSP 2009, nr 9, poz. 135, s. 456.

¹²⁰ Por. np. D. Zalewski, *Firmanctwo jako oszustwo podatkowe*, „Radca Prawny” 2010, nr 2, s. 19.

rzecz podmiotów wymienionych w ust. 1 art. 111 u.p.t.u. *Lege non distinguente* przyjmuje się, że dotyczy on wszystkich podatników VAT, a więc zarówno podatników VAT czynnych, jak i podatników VAT zwolnionych¹²¹. Z tym zastrzeżeniem, że obowiązek ewidencjonowania w kasie dotyczy bowiem tych transakcji (usług prawniczych), w przypadku których nie ma bezwzględnego obowiązku wystawiania faktur je dokumentujących. Na podstawie art. 106 ust. 4 u.p.t.u., podatnicy, o których mowa w ust. 1-3, nie mają obowiązku wystawiania faktur, o których mowa w ust. 1 i 2, osobom fizycznym nieprowadzącym działalności gospodarczej. Jednakże na żądanie tych osób podatnicy są obowiązani do wystawienia faktury. Inna sprzedaż, na rzecz innych podmiotów, nie podlega obowiązkowi ewidencji w kasie rejestrującej, choć jest taka możliwość¹²². Zgodnie z art. 111 ust. 1 u.p.t.u., podatnicy dokonujący sprzedaży na rzecz osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej oraz rolników ryczałtowych są obowiązani prowadzić ewidencję obrotu i kwot podatku należnego przy zastosowaniu kas rejestrujących. Pewne preferencje podatkowe z tego tytułu zawiera ust. 4 art. 111, stanowiąc, że podatnicy, którzy rozpoczną ewidencjonowanie obrotu i kwot podatku należnego w obowiązujących terminach mogą odliczyć od tego podatku kwotę wydatkowaną na zakup każdej z kas rejestrujących zgłoszonych na dzień rozpoczęcia (powstania obowiązku) ewidencjonowania w wysokości 90% jej ceny zakupu (bez podatku), nie więcej jednak niż 700 zł. Na podstawie art. 111 ust. 7 pkt 1 i 2 u.p.t.u., Minister Finansów wydał rozporządzenie z dnia 27 grudnia 2010 r. w sprawie odliczania i zwrotu kwot wydatkowanych na zakup kas rejestrujących¹²³, w którym określił sposób, warunki i tryb odliczania od kwoty podatku należnego (zwrotu) kwoty, o której mowa w art. 111 ust. 4 i 5 oraz przypadki, warunki i tryb zwrotu przez podatnika kwot, o których mowa w art. 111 ust. 6 u.p.t.u., oraz inne przypadki naruszenia warunków związanych z ich odliczeniem (zwrotem), powodujące konieczność dokonania przez podatnika zwrotu tych kwot. Warunkami, które winien spełnić podatnik, by móc odliczyć lub otrzymać zwrot kwoty, o której mowa w art. 111 ust. 4 u.p.t.u., w świetle § 2 ust. 1 ww. rozporządzenia są:

- 1) złożenia przez podatnika do właściwego naczelnika urzędu skarbowego, przed terminem rozpoczęcia ewidencjonowania obrotu i kwot podatku należnego, pisemnego zgłoszenia o liczbie kas rejestrujących i miejscu (adresie) ich używania, które podatnik zamierza stosować do tego ewidencjonowania;

¹²¹ Zob. A. Bartosiewicz, *Komentarz do art. 111 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług*, [w:] A. Bartosiewicz, R. Kubacki, VAT. Komentarz, LEX/el. 2011.

¹²² Zob. A. Bartosiewicz, *Kasy fiskalne dla radców – niekoniecznie*, „Kancelaria” 2010, nr 10, s. 36.

¹²³ Dz. U. Nr 257, poz. 1733.

- 2) rozpoczęcia ewidencjonowania obrotu i kwot podatku należnego nie później niż w obowiązujących terminach, przy użyciu kas rejestrujących nabytych w okresie, kiedy kasy te były objęte ważnym potwierdzeniem ministra właściwego do spraw finansów publicznych;
- 3) posiadania przez podatnika dowodu zapłaty całej należności za kasę rejestrującą.

Pomimo istniejącej tendencji do stopniowego zawężania zakresu zwolnień ewidencjonowania przy użyciu kas rejestrujących, zostały one utrzymane na mocy wydanego w ramach delegacji ustawowej rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 26 lipca 2010 r. w sprawie zwolnień z obowiązku prowadzenia ewidencji przy zastosowaniu kas rejestrujących¹²⁴, wydanym na podstawie art. 111 ust. 8 u.p.t.u., określono podmiotowe zwolnienia na czas określony niektórych grup podatników i niektórych czynności z obowiązku prowadzenia ewidencji obrotu i kwot podatku należnego przy zastosowaniu kas rejestrujących, oraz warunki korzystania ze zwolnienia. Zgodnie z postanowieniami § 2 ust. 1 pkt 1 r.z.k.r., zwalnia się z obowiązku ewidencjonowania do dnia 31 grudnia 2012 r. sprzedaż w zakresie czynności wymienionych w Załączniku do rozporządzenia – *Czynności zwolnione z obowiązku ewidencjonowania*. W części II ww. Załącznika, noszącej tytuł – *Sprzedaż dotycząca szczególnych czynności*, pod poz. 34, wymieniono świadczenie usług na rzecz osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej oraz rolników ryczałtowych, o ile łącznie zostaną spełnione następujące warunki:

- 1) każde świadczenie usługi dokonane przez podatnika jest dokumentowane fakturą, w której zawarte są w szczególności dane identyfikujące odbiorcę;
- 2) liczba wszystkich dokonanych operacji świadczenia usług, o których mowa w pkt 1, w poprzednim roku podatkowym nie przekroczyła 50, przy czym liczba odbiorców tych usług w tym okresie była mniejsza niż 20¹²⁵.

Jak stanowi § 3 ust. 1 pkt 2 r.z.k.r., zwalnia się z obowiązku ewidencjonowania do dnia 31 grudnia 2012 r. również: podatników, u których kwota obrotu z działalności¹²⁶, o której mowa w art. 111 ust. 1 u.p.t.u., nie prze-

¹²⁴ Dz. U. Nr 138, poz. 930, dalej jako: r.z.k.r.

¹²⁵ Nadto, w cz. I – *Sprzedaż towarów lub świadczenie usług*, wymieniono wyroby i usługi, w tym węższe niż określone w danym grupowaniu Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, oznaczone w r.z.k.r. – ex. Zob. też rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU), Dz. U. Nr 207, poz. 1293 z późn. zm.

¹²⁶ Zgodnie z art. 29 ust. 1 u.p.t.u., podstawą opodatkowania jest obrót, z zastrzeżeniem ust. 2-21, art. 30-32, art. 119 oraz art. 120 ust. 4 i 5. Obrotem jest kwota należna z ty-

kroczyła w poprzednim roku podatkowym kwoty 40 000 zł i jeżeli wcześniej nie powstał wobec nich obowiązek ewidencjonowania, z zastrzeżeniem ust. 6, przewidującym, że powyższe zwolnienie traci moc po upływie 2 miesięcy, licząc od pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym nastąpiło w ciągu roku podatkowego przekroczenie kwoty obrotów w wysokości 40 000 zł z działalności, o której mowa w art. 111 ust. 1 u.p.t.u.

tułu sprzedaży, pomniejszona o kwotę należnego podatku. Kwota należna obejmuje całość świadczenia należnego od nabywcy lub osoby trzeciej. Obrót zwiększa się o otrzymane dotacje, subwencje i inne dopłaty o podobnym charakterze mające bezpośredni wpływ na cenę (kwotę należną) towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika, pomniejszone o kwotę należnego podatku. W przypadku, gdy pobrano zaliczki, zadatki, przedpłaty lub raty, obrotem jest również kwota otrzymanych zaliczek, zadatków, przedpłat lub rat, pomniejszona o przypadającą od nich kwotę podatku. Dotyczy to również otrzymanych zaliczek na dotacje, subwencje i na inne dopłaty o podobnym charakterze (art. 29 ust. 2).



Maciej M. Sokołowski

Radca prawny w prawie energetycznym

Zawód radcy prawnego wydaje się być zawodem prawniczym dobrze przystającym do potrzeb gospodarczych społeczeństwa i kraju. Jest on na tyle elastyczny i właściwie uregulowany, iż wykonująca go osoba ma możliwość sprawnego działania w wielu obszarach prawa. Z drugiej strony coraz większa specjalizacja regulacji prawnych i normowanych dziedzin życia społeczno-gospodarczego powoduje niejako „lustrzaną” specjalizację radców prawnych, którzy zawężają swoją działalność do konkretnych zagadnień prawa.

Jedną z takich dziedzin prawa może być prawo energetyczne. Jest to rozbudowana gałąź prawa, cechująca się licznymi odmiennościami oraz swoistymi rozwiązaniami, jak również licznymi nowelizacjami. Między innymi czynniki te, potęgowane dodatkowo koniecznością dokonania niezbędnych implementacji prawa europejskiego, spowodowały przedstawienie w grudniu 2011 r. propozycji szerokich zmian w systemie prawa energetycznego, w tym uchwalenie nowej ustawy – Prawo energetyczne. Okoliczności te powodują, iż prawo energetyczne staje się interesującym tematem badań.

W swoim artykule postaram się zaprezentować najistotniejsze zagadnienia umożliwiające radcy prawnemu poznanie specyfiki prawa energetycznego poprzez analizę uwarunkowań materialnych i proceduralnych z zakresu przedmiotowej problematyki w oparciu o obowiązujące regulacje prawne.

1. Kilka uwag o energetyce

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w dobie XXI wieku energetyka jest jednym z ważniejszych, jak nie najważniejszym, katalizatorem przemian gospodarczych i cywilizacyjnych. Rosnący poziom uzależnienia światowych gospodarek od wahań cen surowców energetycznych (węгля, gazu, ropy naftowej), zmieniające się trendy na rynkach energii, czy wreszcie

digitalizacja (by nie powiedzieć elektronizacja) przestrzeni społecznej powodują, iż w dzisiejszych czasach efektywne wykorzystanie energii staje się warunkiem *sine qua non* rozwoju cywilizacyjnego oraz gospodarczego każdego państwa i społeczności. Chodzi tu przede wszystkim o posiadanie zasobów energetycznych, produkcję energii, jej przesyłanie i dystrybucję czy też sprzedaż¹.

W nawiązaniu do powyższego należy zaznaczyć, że projekty infrastrukturalne w sektorze energetycznym należą od grupy najbardziej kapitałochłonnych inwestycji. Ich wymiar liczy się dziś w milionach, a nawet miliardach złotych. Sytuacja ta wymaga od inwestorów podjęcia zintensyfikowanych starań zmierzających do zakumulowania odpowiednich zasobów finansowych². Sprawia to m.in., że sektor energetyczny charakteryzuje się wysokim poziomem zaangażowania państwa. Dotyczy to zarówno sfery właścicielskiej, jak i regulacyjnej. Obecność państwa, przy zmieniających się formach tej obecności, wydaje się nieunikniona, co wynika ze specyfiki sektora. Uznaje się, że dostęp do energii jest niezbędny dla społeczeństwa, co skutkuje tym, że państwo nakłada na przedsiębiorstwa obowiązek jej dostarczania, jednocześnie kontrolując ceny i koszty produkcji oraz sprzedaży. Pomędzy poszczególnymi elementami sektora energetycznego pojawia się także dodatkowo daleko idąca współzależność i integracja³.

Sektor energetyczny jest sektorem zróżnicowanym. Analizując go, można dokonywać licznych podziałów i klasyfikacji. Do najważniejszych z nich należy podział przedmiotowy, w którym można wyróżnić sektory: gazowy, paliwowy oraz energoelektryczny. W ramach tego ostatniego można wyróżnić sektor odnawialny oraz konwencjonalny. Istotny jest także podział podmiotowy na producentów i konsumentów (odbiorców energii), czy też prosumentów (konsumentów i producentów), jak również na operatorów systemu przesyłowego, operatorów systemów dystrybucyjnych oraz sprzedawców energii.

¹ M.M. Sokołowski, *Bezpieczeństwo energetyczne w polskim systemie prawnym*, [w:] Z. Dziemianko (red.), *Bezpieczeństwo współczesnego świata – informatyka, technika, gospodarka*, Poznań 2011, s. 102.

² Por. F. Elżanowski, M.M. Sokołowski, *Proces inwestycyjny w kontekście pakietu klimatyczno-energetycznego Unii Europejskiej*, [w:] M. Cherka et al. (red.), *Energetyka i ochrona środowiska w procesie inwestycyjnym*, Warszawa 2010, s. 75.

³ *Ibidem*, s. 77; por. M. Błachucki [w:] M. Wierzbowski, R. Stankiewicz (red.), *Współczesne problemy prawa energetycznego*, Warszawa 2010, s. 17.

2. Specyfika prawa energetycznego

System prawa energetycznego w Polsce jest kształtowany przez mającą dla niego charakter konstytucyjny ustawę z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne⁴. Ten wielokrotnie nowelizowany akt prawny jest zasadniczym rdzeniem dla innych aktów prawnych właściwych w obszarze energetyki (np. ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o efektywności energetycznej⁵) jednak w ostatnim czasie można zauważyć tendencję zmierzającą do wyjęcia kilku istotnych obszarów spod zakresu jej oddziaływania. Wymienić tu należy chociażby odnawialne źródła energii czy też sektor gazownictwa, które zgodnie z zapowiedziami płynącymi z gremiów rządowych, mają znaleźć swoje odrębne przepisy, co znalazło uregulowanie w przedstawionych w grudniu 2011 r. propozycjach.

Niemniej jednak to właśnie wokół ustawy – Prawo energetyczne tworzone są szczegółowe konstrukcje prawne właściwe dla różnych subsektorów energetyki, takich jak wymieniona już efektywność energetyczna czy też energetyka jądrowa (w zakresie, w jakim nie normuje się tego ustawą z dnia 29 listopada 2000 r. – Prawo atomowe⁶). Przepisy u.p.e. dokonują także wielu ważnych dla systemu prawa energetycznego implementacji prawa europejskiego. Będą to np. implementacje dyrektywy 96/92/WE z dnia 19 grudnia 1996 r. dotyczącej wspólnych zasad dla rynku wewnętrznego energii elektrycznej⁷, dyrektywy 98/30/WE z dnia 22 czerwca 1998 r. dotyczącej wspólnych zasad w odniesieniu do rynku wewnętrznego gazu ziemnego⁸, dyrektywy 2001/77/WE z dnia 27 września 2001 r. w sprawie wspierania produkcji na rynku wewnętrznym energii elektrycznej wytwarzanej ze źródeł odnawialnych⁹, jak również dyrektywy 2003/54/WE dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 96/92/WE¹⁰, czy też dyrektywy 2003/55/WE dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 98/30/WE¹¹.

O konstytucyjnym charakterze ustawy – Prawo energetyczne w kontekście obecnego systemu prawa energetycznego przeświadcza także same postanowienia art. 1 u.p.e. Zgodnie z tym przepisem ustawa określa zasady kształtowania polityki energetycznej państwa, zasady i warunki

⁴ T. jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 625 z późn. zm., dalej jako: u.p.e.

⁵ Dz. U. Nr 94, poz. 551.

⁶ T. jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 276.

⁷ Dz. Urz. WE L 27 z 30.01.1997 r.

⁸ Dz. Urz. WE L 204 z 21.07.1998 r.

⁹ Dz. Urz. WE L 283 z 27.10.2001 r.

¹⁰ Dz. Urz. WE L 176 z 15.07.2003 r.

¹¹ Dz. Urz. WE L 176 z 15.07.2003 r.

zaopatrzenia oraz użytkowania paliw i energii, w tym ciepła, oraz działalności przedsiębiorstw energetycznych, a także określa organy właściwe w sprawach gospodarki paliwami i energią. Chociaż nie jest to katalog zamknięty i ustawodawca w ramach ustawy rozszerza zakres jej oddziaływania¹², to i tak uznać go należy za szeroki i odnoszący się do materii mającej istotne znaczenie dla funkcjonowania systemu energetycznego w relacjach publiczno-prywatnych, multisektorowych, jak również producencko-konsumenckich.

3. Pozycja prawna radcy prawnego na tle sektora energetycznego

Pozycję prawną radcy prawnego w Polsce regulują zasadniczo postanowienia ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych¹³. Zgodnie z art. 4 u.r.p., wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej, z wyjątkiem występowania w charakterze obrońcy w postępowaniu karnym i w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe. Materia ta odpowiada dużej liczbie spraw, które można połączyć z energetyką. Wyłączając bowiem ogólne unormowania postępowania karnego i karnego skarbowego, które mogą korespondować z funkcjonowaniem sektora energetycznego, czy też szczegółowe regulacje prawne mające swoje odniesienie do tego sektora¹⁴, szereg spraw z zakresu energetyki dotyczy stosunków gospodarczych. Z uwagi na ten fakt, określone w ramach u.r.p. świadczenie pomocy prawnej przed radcą prawnym, polegające w szczególności na udzielaniu porad prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed sądami i urzędami, jak również udziela-

¹² Zob. M. Swora, Z. Muras, *Zakres i cele ustawy, wyłączenia*, [w:] M. Swora, Z. Muras (red.), *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 72.

¹³ T. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65, dalej jako: u.r.p.

¹⁴ W tym drugim przypadku wymienić należy przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm., tj. art. 163 § 1 pkt 4 – zgodnie z którym, kto sprowadza zdarzenie, które zagraża życiu lub zdrowiu wielu osób albo mieniu w wielkich rozmiarach, mające postać gwałtownego wyzwolenia energii jądrowej lub wyzwolenia promieniowania jonizującego, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10, art. 165 § 1 pkt 3 – w świetle którego, kto sprowadza niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach, powodując uszkodzenie lub unieruchomienie urządzenia użyteczności publicznej, w szczególności urządzenia dostarczającego wodę, światło, ciepło, gaz, energię albo urządzenia zabezpieczające przed nastąpieniem niebezpieczeństwa powszechnego lub służącego do jego uchylenia, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8, jak również art. 278 § 5 dotyczący kradzieży energii.

niu porad i konsultacji prawnych, opinii prawnych, zastępstwo prawne i procesowe – jest w sektorze energetycznym jak najbardziej potrzebne i wskazane. W kontekście pracy radcy należy pamiętać, iż zgodnie z postanowieniami u.r.p. radca prawny przy wykonywaniu czynności zawodowych korzysta z wolności słowa i pisma w granicach określonych przepisami prawa i rzeczową potrzebą oraz nie jest związany poleceniem co do treści opinii prawnej. Radca prawny dba natomiast o należyte wykorzystanie przewidzianych przez prawo środków dla ochrony uzasadnionych interesów jednostki organizacyjnej.

Zasadność wykorzystywania umiejętności i wiedzy radców prawnych w sektorze energetycznym wynika przede wszystkim ze skomplikowanego charakteru samego sektora. Dotyczy to zarówno materialnego aspektu sprawy, tj. uwarunkowań ekonomicznych i technicznych, jak również formalnego – szeregu regulacji prawnych, które są właściwe w odniesieniu do energetyki. Sytuacja ta powoduje, iż podmioty funkcjonujące na rynku coraz częściej korzystają z wyspecjalizowanej pomocy prawnej w postaci usług radców prawnych. Wymienić tu można pewne obszary, w ramach których może być wykorzystywana pomoc radców prawnych. Najbardziej interesujące z nich zostaną opisane bardziej szczegółowo w dalszej części tekstu.

Po pierwsze, radcowie prawni funkcjonują jako pracownicy przedsiębiorstw energetycznych. Są oni członkami zespołów prawnych – departamentów lub biur prawnych przedsiębiorstw energetycznych. Wykonują obsługę prawną, w której wyróżnić można bieżącą obsługę prawną niezwiązaną z sektorem energetycznym (np. sprawy z zakresu prawa pracy), jak również sprawy dotyczące bezpośrednio energetyki. W tej działalności można wyróżnić m.in. sprawy dotyczące umów z kontrahentami – umów przyłączeniowych, umów dystrybucyjnych, umów sprzedaży energii, kontraktów inwestycyjnych, modernizacyjnych itd. Ważnym punktem tego obszaru są również sprawy procesowe dotyczące postępowań przed Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki¹⁵ oraz postępowań sądowych przed sądami powszechnymi, ze szczególnym uwzględnieniem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹⁶.

Po drugie, radcowie prawni są zatrudnieni w ramach organów państwowych. W tej grupie, korespondującej z wymienionymi już radcami-pracownikami przedsiębiorstw energetycznych znaleźć można radców prawnych pracujących w centralnych urządach państwowych właściwych w obszarze energetyki. Wymienić tu należy radców prawnych zatrudnionych w Ministerstwie Gospodarki oraz Urzędzie Regulacji Energetyki. Ci pierwsi wspierają Ministra Gospodarki w odniesieniu do materii opraco-

¹⁵ Dalej jako: Prezes URE.

¹⁶ Dalej jako: SOKiK.

wywanych przez ten organ aktów prawnych. Drugi pełni istotną rolę w zakresie rozstrzygnięć podejmowanych przez Prezesa URE, jak również w stosunku do prowadzonych postępowań sądowych, w których uczestniczy Prezes URE. Pamiętać jednak należy, iż radca prawny zatrudniony zarówno w przedsiębiorstwie energetycznym, jak i w organie państwowym wykonujący zawód w ramach stosunku pracy zajmuje samodzielne stanowisko podległe bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej, o czym stanowi się w art. 9 ust. 1 u.r.p. Natomiast jeżeli jednostka organizacyjna zatrudnia dwóch lub więcej radców prawnych, jednemu z nich powierza się koordynację pomocy prawnej w tej jednostce. Zgodnie z art. 9 ust. 3 u.r.p., w organie państwowym lub samorządowym radca prawny wykonuje pomoc prawną w komórce lub w jednostce organizacyjnej, w biurze, w wydziale lub na wyodrębnionym stanowisku do spraw prawnych podległym bezpośrednio kierownikowi tego organu. W organie państwowym radca prawny może być zatrudniony także w innej wyodrębnionej komórce lub jednostce organizacyjnej i podlegać jej kierownikowi. Radcy prawnemu nie można także polecać wykonania czynności wykraczającej poza zakres pomocy prawnej.

Po trzecie, radcowie prawni prowadzą swoją aktywność w tradycyjnych formach organizowania ich działalności, tj. kancelariach prawnych. Obecnie w Polsce można już wyróżnić kancelarie specjalizujące się w zakresie prawa energetycznego. Podmioty te świadczą szereg usług prawnych właściwych dla sektora energetycznego. Są to postępowania przed Prezesem URE i Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹⁷. Sprawy te dotyczyć mogą sporów, jak również stałej działalności przedsiębiorstw energetycznych, np. w zakresie taryfy czy koncesji. Ta ostatnia może także dotyczyć opracowywania wzorów umów sprzedaży i dystrybucji energii elektrycznej i gazu lub opiniowanie instrukcji ruchu i eksploatacji sieci przesyłowej, co ma miejsce w elektroenergetyce oraz gazownictwie.

Ważnym elementem tej aktywności są również uwarunkowania prawne związane z opracowywaniem i negocjowaniem umów o przyłączenie do sieci. Pewnych odrębności kwestia ta nabiera w odniesieniu do odnawialnych źródeł energii. Pomimo postanowień dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/28/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych zmieniającej i w następstwie uchylającej dyrektywy 2001/77/WE oraz 2003/30/WE¹⁸ dotyczących intensyfikacji i możliwości ustanowienia pierwszeństwa przyłączeń odnawialnych źródeł energii oraz niezależnie od faktu, iż zgodnie z art. 7 ust. 1 u.p.e. przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesy-

¹⁷ Dalej jako: Prezes UOKiK.

¹⁸ Dz. Urz. UE L 140 z 5.06.2009 r.

laniem lub dystrybucją paliw gazowych lub energii jest obowiązane do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci z podmiotami ubiegającymi się o przyłączenie do sieci¹⁹, inwestorzy chcący przyłączyć odnawialne źródło energii spotykają się niejednokrotnie z niemożliwością dokonania przyłączenia. Z reguły przesądza o tym brak technicznych i ekonomicznych warunków przyłączenia do sieci. Spór w tym zakresie przenosi się na grunt wykazania tych okoliczności, a więc nie ma charakteru *stricte* prawnego, co na kanwie prawa energetycznego nie jest rzadkością.

Z racji tych uwarunkowań praktyka radcy prawnego w przywołanym obszarze może również polegać na opracowaniu planów rozwoju przedsiębiorstwa energetycznego, w tym planów inwestycji w moce wytwórcze. Mogą to być także indywidualne negocjacje z inwestorami, odbiorcami energii lub dostawcami paliw, użytkownikami infrastruktury. Aktywność radcy prawnego w zakresie energetyki może być również związana z przeprowadzeniem badania prawnego przedsiębiorstwa oraz doradztwem w podczas prywatyzacji czy też restrukturyzacji lub innych przekształceń własnościowych (fuzjach, przejęciach), które często mają miejsce w energetyce. Praca radcy prawnego to także przygotowanie prospektu emisyjnego dla podmiotu z branży energetycznej. Jej elementem jest również przygotowanie umów inwestycyjnych i energetycznych projektów infrastrukturalnych. Radca prawny może także wspierać klientów w ramach postępowań przetargowych lub projektów partnerstwa publiczno-prywatnego. Nie można zapominać również o doradzaniu inwestorom zagranicznym prowadzącym lub chcącym podjąć działalność na terenie Polski.

Przywołane aspekty pracy radcy prawnego są tylko pewnym wyborem możliwych kierunków aktywności przedstawicieli tej profesji na gruncie prawa energetycznego. W dalszej części artykułu odwołam się do obszaru mającego najbardziej jurydyczny charakter z szerokiego spektrum działań radcy prawnego w ramach prawa energetycznego, tj. postępowania przed Prezesem URE oraz postępowania przed SOKiK.

4. Postępowanie przed Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki

Problematyka postępowania przed Prezesem URE znajduje swoje unormowanie już w przepisach u.p.e. Regulacja ta ma raczej ogólny charakter. Ogranicza się ona zaledwie do jednego, dość krótkiego (zaledwie cztery

¹⁹ Na zasadzie równoprawnego traktowania, jeżeli istnieją techniczne i ekonomiczne warunki przyłączenia do sieci i dostarczania tych paliw lub energii, a żądający zawarcia umowy spełnia warunki przyłączenia do sieci i odbioru.

ustępy) w porównaniu do innych postanowień ustawy, art. 30. Zaledwie jeden jego ustęp dotyczy samego postępowania przed Prezesem URE, trzy pozostałe odnoszą się do postępowania odwoławczego. Nie można jednak nie doceniać roli tego artykułu dla systemu prawa energetycznego. Wynika z niego bowiem podstawowa zasada prowadzenia postępowań przed Prezesem URE, jaką jest zasada administracyjnego charakteru postępowania przed Prezesem URE. Stanowi się o tym *expressis verbis* w ust. 1. Z zastrzeżeniem regulacji art. 30 ust. 2, 3 i 4 u.p.e., od zasady tej nie ma wyjątków. Determinuje ona konieczność stosowania – w ramach opisanego postępowania na etapie pozostającym przed Prezesem URE – ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego²⁰. Zaznaczyć należy, iż wymienione zastrzeżenie odmienności wynikające z postanowień art. 30 u.p.e. skutkuje niemożliwością stosowania Rozdziału 10 k.p.a. – *Odwołania*.

W kontekście tak sformułowanej zasady przywołać należy poglądy doktryny dotyczące instancyjności postępowania w prawie energetycznym. Pojawia się tu pewien dwugłos, który polega na przyjęciu stanowiska o jednoinstancyjności²¹ albo dwuinstancyjności²² tego postępowania. Zwolennicy koncepcji jednoinstancyjności postępowania przed Prezesem URE wskazują tu na odmienny charakter postępowania przed tym organem oraz odmienny charakter postępowania przed SOKiK. Autorzy wskazują, iż na gruncie art. 30 ust. 2 u.p.e. mamy do czynienia z przekazaniem sprawy, mającej swój początek w postępowaniu administracyjnym, na drogę postępowania przed sądami powszechnymi. Przyjęcie jednak takiego toku postępowania jest oparte na założeniu, że sądowi powszechnemu powierza się dalsze załatwienie spraw mających swój początek w postępowaniu administracyjnym, a nie sprawowaniu kontroli działalności administracji publicznej w rozumieniu art. 184 Konstytucji RP²³, jak ma to miejsce w przypadku sądów administracyjnych²⁴. Orędownicy koncepcji dwuinstancyjności postępowania przed Prezesem URE powołują się z kolei na brzmienie ust. 2 art. 30 u.p.e., w świetle którego od decyzji Prezesa URE służy odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu antymonopolowego²⁵. Tym samym uważają oni, iż w przepisach u.p.e. zasada dwuin-

²⁰ T. jedn. Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071 z późn. zm., dalej jako: k.p.a.

²¹ J. Baehr, A. Stawicki, J. Antczak, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Kraków 2003, s. 208; A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 80. Zob. A. Skoczyła, *Postępowanie przed Prezesem URE i postępowanie odwoławcze*, [w:] M. Swora, Z. Muras (red.), *op. cit.*, s. 1048.

²² M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 408.

²³ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

²⁴ Zob. A. Skoczyła, *op. cit.*, s. 1048–1049.

²⁵ Obecnie jest to Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

stancyjności postępowania administracyjnego, wyrażona w art. 15 k.p.a., w tym wypadku w pełni znajduje zastosowanie²⁶. Z uwagi na charakter postępowania przed SOKiK, odbiegający od modelu właściwego dla sądownictwa administracyjnego przychylić się jednak należy do pierwszej koncepcji, w myśl której postępowanie administracyjne przed Prezesem URE jest postępowaniem jednoinstancyjnym. Tym samym jest to swoisty wyjątek od zasady dwuinstancyjności. Brak drugiej instancji jest tu jednak rekompensowany możliwością odwołanie się do SOKiK, a tym samym przejściem na drogę postępowania cywilnoprawnego.

Jak już ustalono, postępowanie przed Prezesem URE jest postępowaniem administracyjnym. Z uwagi na ten fakt obowiązują w nim wszystkie zasady postępowania administracyjnego wynikające z postanowień Konstytucji RP oraz k.p.a. Wymienić tu należy: zasadę praworządności, zasadę prawdy obiektywnej, zasadę pogłębiania świadomości i kultury prawnej obywateli, zasadę pogłębiania zaufania do organów państwa oraz zasadę ugodowości.

Jeżeli chodzi o tę ostatnią, to nakłada ona na Prezesa URE obowiązek dążenia do polubownego załatwienia sprawy. Marzena Czarnecka i Tomasz Ogłódek wskazują tu jako przykład jej praktycznego zastosowania art. 8 ust. 1 u.p.e. Zgodnie z nim Prezes URE rozstrzyga na wniosek strony w sprawach spornych dotyczących odmowy zawarcia umowy o przyłączenie do sieci, umowy sprzedaży, umowy o świadczenie usług przesyłania lub dystrybucji paliw lub energii, umowy o świadczenie usług transportu gazu ziemnego, umowy o świadczenie usługi magazynowania paliw gazowych, umowy określającej warunki udostępniania pojemności magazynowej, umowy o świadczenie usługi skraplania gazu ziemnego oraz umowy kompleksowej, a także w przypadku nieuzasadnionego wstrzymania dostarczania paliw gazowych lub energii. Sprawy te charakteryzują się elementem sporności, co jest bezwzględną przesłanką konieczną do rozstrzygnięcia spraw w formie ugody. Ponadto spełnione są kryteria podmiotowe, ponieważ Prezes URE nie jest stroną w rozumieniu art. 28 k.p.a., a ugoda jest dopuszczalna jedynie, jeżeli występuje wielość stron. W przypadku postępowania przed Prezesem URE, będzie to np. odbiorca i przedsiębiorca energetyczny²⁷.

Jeżeli chodzi o sam zakres spraw rozpoznawanych przez Prezesa URE, to należy zaznaczyć, iż dotyczą one czterech kategorii spraw:

- wymienione już odmowy zawarcia umów²⁸,
- udzielania koncesji,
- zatwierdzania taryf,

²⁶ M. Czarnecka, T. Ogłódek, *op. cit.*

²⁷ *Ibidem*, s. 408.

²⁸ Umów, o których mowa w art. 8 u.p.e.

- wymierzania kar pieniężnych²⁹.

Zaznaczyć trzeba, iż w postępowaniu administracyjnym przed Prezesem URE w przedmiocie taryf paliw gazowych, energii elektrycznej i ciepła, odbiorcom paliw lub energii elektrycznej i ciepła nie przysługuje przymiot strony w rozumieniu art. 28 k.p.a. Odbiorca taki nie jest zatem legitymowany do wniesienia odwołania od decyzji Prezesa URE do SOKiK³⁰. W praktyce powstała również wątpliwość, czy Prezes URE jest właściwy do rozstrzygania w formie decyzji administracyjnej sporu pomiędzy odbiorcą a przedsiębiorstwem energetycznym o to, czy pobór energii elektrycznej był nielegalny. Na powyższą wątpliwość Naczelny Sąd Administracyjny postanowieniem z dnia 6 grudnia 2000 r. udzielił odpowiedzi negatywnej³¹.

Jeżeli chodzi o koncesjonowanie działalności gospodarczej w energetyce, to materia ta jest określona w art. 32 u.p.e.³² Zgodnie z tym przepisem, uzyskania koncesji wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania paliw lub energii, magazynowania paliw gazowych i ciekłych oraz skraplania i regazyfikacji skroplonego gazu ziemnego, jak też przesyłania albo dystrybucji paliw lub energii, a także obrotu paliwami lub energią. Obszary te podlegają jednak pewnym wyłączeniom (np. wytwarzania paliw lub energii, z wyłączeniem wytwarzania paliw stałych lub paliw gazowych, czy też energii elektrycznej w źródłach o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej nieprzekraczającej 50 MW niezaliczanych do odnawialnych źródeł energii lub do źródeł wytwarzających energię elektryczną w kogeneracji z wyłączeniem wytwarzania energii elektrycznej z biogazu rolniczego). Koncesji udziela się na czas oznaczony, nie krótszy niż 10 lat i nie dłuższy niż 50 lat, chyba że przedsiębiorca wnioskuje o udzielenie koncesji na czas krótszy.

Mechanizm kar pieniężnych uregulowano natomiast w art. 56 u.p.e. Jak słusznie zauważa Anna Walaszek-Pyziół, funkcją kar jest zapewnienie zgodności działania przedsiębiorstw energetycznych z celami prawa energetycznego³³. Podstawą ich wymierzania jest naruszenie enumeratywnie wymienionych obowiązków normatywnych. Obowiązki te polegają na działaniu lub na zaniechaniu³⁴. Warto nadmienić, iż normy prawa energetycznego stanowią samoistną przesłankę wymiaru kary – a więc naruszenie przez przedsiębiorcę przepisów niezależnie od możliwości przypisania

²⁹ Por. J. Brol [w:] K. Piasecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego*, t. 2, Warszawa 2010, s. 613.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*, s. 614.

³² Zob. A. Szafranski, *Zagadnienie blokowania inwestycji przez wymóg otrzymania koncesji wydawanych przez Prezesa URE*, [w:] M. Cherka (red.), *op. cit.*, s. 75, 96-109.

³³ A. Walaszek-Pyziół, *Energia i prawo*, Warszawa 2002, s. 81.

³⁴ Zob. M. Sachajko, *Kary pieniężne*, [w:] M. Swora, Z. Muras (red.), *op. cit.*, s. 1350.

im winy stanowi podstawę zastosowania tego środka. Prezes URE ocenia wyłącznie obiektywne okoliczności wynikające z prawa energetycznego³⁵. Mając tak zarysowane tło, można odnieść się do bardziej szczegółowych aspektów odwołania od decyzji Prezesa URE.

5. Uwarunkowania odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki

Stosownie do postanowień art. 30 ust. 2 u.p.e., od decyzji Prezesa URE służy odwołanie do SOKiK w terminie 2 tygodni od dnia doręczenia decyzji. Podobnie jak, pozew odwołanie to inicjuje postępowanie sądowe³⁶. Zgodnie z art. 30 ust. 3 u.p.e., postępowanie w sprawie odwołania od decyzji Prezesa URE toczy się według przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego³⁷ o postępowaniu w sprawach gospodarczych. Abstrahując od kwestii kontrowersji związanych z utrzymaniem odrębnej procedury dla spraw gospodarczych, nadmienić należy, iż zasadność włączenia spraw z zakresu energetyki w ramy prawne postępowania odrębnego, jakim jest postępowanie gospodarcze argumentować można pewnymi uwarunkowaniami zbliżającymi je do katalogu cech właściwych dla spraw gospodarczych *sensu stricto*, tj. tych uregulowanych w art. 479¹ § 1 k.p.c. Przede wszystkim będzie to bardzo często skomplikowany charakter spraw z zakresu energetyki, zarówno pod względem faktycznym, jak i prawnym, czy też w profesjonalizacji prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorstwa energetyczne biorące udział w postępowaniu³⁸.

Jak zauważa Jan Brol, z kontekstu systemowego regulacji dotyczącej trybu odwoławczego należałoby wnioskować, że ta droga sądowa dotyczy wszystkich spraw, w których Prezes URE wydaje decyzję, w tym też decyzję dotyczącą koncesji. Autor ten powołuje się przy tym na umiejscowienie ww. przepisu w rozdziale dotyczącym zasad ustrojowych organu do spraw regulacji gospodarki paliwami i energią i nie przewiduje wyjątku. Autor zaznacza, iż z punktu widzenia specjalizacji SOKiK i jego kompetencji w innych kategoriach spraw taka regulacja może budzić wątpliwości. Nie wszystkie bowiem sprawy mają związek z ochroną konkurencji i konsumenta. Jednak przepis ten, jako szczególny, uchyla w tym zakresie

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ P. Telenga, *Nota do art. 479⁴⁹*, [w:] A. Jakubecki (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 715.

³⁷ Dz. U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm., dalej jako: k.p.c.

³⁸ Por. J. Lapierre, *Postępowania odrębne*, [w:] J. Jodłowski [et al.], *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2009, s. 379-380.

możliwość stosowania art. 127 k.p.a. do decyzji w sprawach niezwiązanych z tą ochroną. Ponadto, trzeba uznać taką regulację za zamierzoną skoro obowiązywała już pod rządem poprzednich przepisów i nie została zmieniona mimo nowelizacji tak u.p.e., jak i k.p.c.³⁹

Termin 14 dni do wniesienia odwołania jest ustawowym terminem procesowym. Mają do niego zastosowanie postanowienia Rozdziału 5 k.p.c. dotyczące uchybienia i przywrócenia terminu. Z racji tego nie może być on przedłużony w razie jego uchybienia, może być natomiast na ogólnych zasadach przywrócony⁴⁰. W odniesieniu do przywrócenia terminu, warto pamiętać o przesłance braku winy w zakresie przywrócenia czynności procesowej, jak również niemożliwości przywrócenia terminu, jeżeli uchybienie terminu nie pociąga za sobą ujemnych dla strony skutków procesowych. Stosownie do postanowień art. 169 k.p.c. pismo z wnioskiem o przywrócenie terminu wnosi się do sądu, w którym czynność miała być dokonana, w ciągu tygodnia od czasu ustania przyczyny uchybienia terminu. W piśmie tym należy uprawdopodobnić okoliczności uzasadniające wniosek. Równocześnie z wnioskiem należy dokonać czynności procesowej. Bezprzedmiotowe jest powołanie się na negatywne konsekwencje wynikające z uprawomocnienia się decyzji w przypadku uzasadnienia wniosku o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania od decyzji organu⁴¹. Podobnie brak jest podstaw do uwzględnienia wniosku o przywrócenie terminu do opłacenia wpisu sądowego, jeżeli poza stwierdzeniem, że opóźnienie w dokonaniu opłaty jest nieznaczne, wniosek nie wskazuje na brak winy w niedopełnieniu obowiązku uiszczenia wpisu przy wniesieniu odwołania⁴².

SOKiK odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu do jego wniesienia, niedopuszczalne z innych przyczyn, a także wtedy, gdy nie uzupełniono w wyznaczonym terminie braków odwołania. SOKiK musi zatem zweryfikować, czy odwołujący się nie uchybił terminu oraz, czy odwołanie spełnia warunki formalne z nim związane. Warunki te m.in. określono w art. 479⁴⁹ k.p.c. Odwołanie od decyzji Prezesa URE powinno czynić zadość wymaganiom przepisany dla pisma procesowego oraz zawierać oznaczenie zaskarżonej decyzji i wartości przedmiotu sporu, przytoczenie zarzutów, zwięzłe ich uzasadnienie, wskazanie dowodów, a także za-

³⁹ J. Brol, *op. cit.*, s. 615-616.

⁴⁰ Zob. T. Ereciński, *Postępowanie w sprawach gospodarczych*, [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, Warszawa 2009, s. 747.

⁴¹ Postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lutego 1998 r., sygn. akt XVII Ama 65/97, niepubl.

⁴² Postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 6 grudnia 1993 r., sygn. akt XVII Amr 33/93, niepubl.; K. Flaga-Gieruszyńska, *Nota do art. 479⁴⁷*, [w:] A. Zieliński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2006, s. 1415.

wierać wniosek o uchylenie albo zmianę decyzji w całości lub w części. Z uwagi na okoliczność, iż jest to pismo procesowe, należy posiłkować się postanowieniami art. 126 k.p.c., zgodnie z którymi każde pismo procesowe powinno zawierać oznaczenie sądu, do którego jest skierowane, imię i nazwisko lub nazwę stron, ich przedstawicieli ustawowych i pełnomocników, oznaczenie rodzaju pisma, osnovę wniosku lub oświadczenia oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności, podpis strony albo jej przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika, jak również wymienienie załączników. Do pisma należy dołączyć pełnomocnictwo, jeżeli pismo wnosi pełnomocnik, który przedtem nie złożył pełnomocnictwa.

Prezes URE przekazuje odwołanie wraz z aktami sprawy do SOKiK. Powinien wykonać to niezwłocznie, tj. bez nieuzasadnionej zwłoki. Jeżeli Prezes Urzędu uzna odwołanie za słuszne, może – nie przekazując akt sądowi – uchylić albo zmienić swoją decyzję w całości lub w części, o czym bezzwłocznie powiadamia stronę, przesyłając jej nową decyzję, od której stronie służy odwołanie.

W tym kontekście warto przywołać także przypadek skutecznego cofnięcia odwołania od decyzji Prezesa URE. O takiej sytuacji wypowiedział się Sąd Najwyższy w swoim postanowieniu z dnia 17 stycznia 2003 r.⁴³ W jego świetle sąd wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, jeżeli powód cofnął ze skutkiem prawnym pozew. Zgodnie z tym przepisem, skuteczne w świetle art. 479¹³ § 1 k.p.c. cofnięcie odwołania od decyzji Prezesa URE powoduje dokonane postanowieniem umorzenie postępowania sądowego wywołanego wniesieniem odwołania. Skutek tego postanowienia powinien więc objąć całe postępowanie sądowe, ale tylko to postępowanie, natomiast zaskarżona decyzja powinna stać się ostateczna. Umorzenie w wyniku cofnięcia odwołania także postępowania administracyjnego, tj. pierwszego etapu postępowania w sprawach z zakresu regulacji energetyki, byłoby możliwe tylko w razie istnienia szczególnej do tego podstawy prawnej (por. np. art. 446 k.p.c.).

Zgodnie z art. 479⁵⁰ k.p.c., w sprawach z zakresu regulacji energetyki stronami są także Prezes URE i zainteresowany. W świetle § 2 zainteresowanym jest ten, czyje prawa lub obowiązki zależą od rozstrzygnięcia procesu. Jeżeli zainteresowany nie został wezwany do udziału w sprawie, SOKiK wezwie go na wniosek strony albo z urzędu. Jak słusznie zauważa Tadeusz Ereciński, art. 479⁵⁰ k.p.c. jest niefortunnie sformułowany i *prima facie* sugeruje, że w postępowaniu w sprawach z zakresu energetyki występuje obok stron procesowych także Prezes URE i zainteresowany jako „strona” trzecia⁴⁴. Wbrew jego treści nie ma w postępowaniu w sprawach z zakresu regulacji energetyki żadnych dodatkowych stron, a jedynie

⁴³ Sygn. akt I CK 214/02, OSNC 2004, nr 4, poz. 59.

⁴⁴ T. Ereciński, *op. cit.*, s. 748–749.

występują dwie strony – powód i pozwany. Powodem jest strona, która występowała w postępowaniu administracyjnym i złożyła odwołanie do SOKiK. Z kolei pozwanym jest Prezes URE, który jest organem wydającym akt administracyjny będący przedmiotem postępowania⁴⁵. Jeżeli chodzi o reprezentowanie Prezesa URE, to w ramach art. 479⁵¹ k.p.c. rozszerza się katalog pełnomocników w postępowaniu cywilnym o pracownika Urzędu Regulacji Energetyki.

Trzeba dodać, iż na gruncie procedury administracyjnej możliwe jest również wzruszenie ostatecznych rozstrzygnięć (decyzji i niektórych postanowień) wydawanych przez Prezesa URE, jednak wszczęcie postępowania w sprawie ich uchylenia lub zmiany, stwierdzenia ich nieważności oraz wznowienia postępowania może nastąpić tylko w przypadkach przewidzianych w k.p.a. lub w ustawach szczegółowych. Tryby te unormowane są na zasadzie niekonkurencyjności, ponieważ każda z nich opiera się na odmiennych przesłankach⁴⁶.

6. Charakterystyka postępowań przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów

W tym miejscu warto odnieść się do charakteru postępowania przed SOKiK. W orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje pogląd prawny, wedle którego postępowanie przed SOKiK (sądem antymonopolowym) było i jest postępowaniem pierwszoinstancyjnym⁴⁷. Z punktu widzenia charakteru prawnego i pozycji ustrojowej ważnym dla funkcjonowania SOKiK jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2004 r.⁴⁸ Zgodnie z nim, SOKiK nie może ograniczyć rozpoznania sprawy wynikającej z odwołania od decyzji właściwego organu administracyjnego tylko do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowanie sądowe. Celem postępowania sądowego nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający dopiero po wydaniu decyzji przez właściwy organ administracyjny. Do SOKiK ostatecznie należy zastosowanie odpowiedniej normy prawa materialnego, na podstawie wyjaśnienia podstawy

⁴⁵ K. Flaga-Gieruszyńska, *op. cit.*, s. 1417–1418.

⁴⁶ Zob. A. Skoczylas, *op. cit.*, s. 1065.

⁴⁷ Por. wyrok z dnia 29 maja 1991 r., sygn. akt III CRN 120/91, OSNCP 1992, nr 5, poz. 87; postanowienie z dnia 7 października 1998 r., sygn. akt I CKN 265/98, OSPiKA 2000, nr 5, poz. 68; postanowienie z dnia 11 sierpnia 1999 r., sygn. akt I CKN 351/99, OSNC 2000, nr 3, poz. 47.

⁴⁸ Sygn. akt III SK 44/04, OSNP 2005, nr 9, poz. 136.

faktycznej, obejmującej wszystkie elementy faktyczne przewidziane w hipotezie tej normy. W przeciwnym razie nie sposób twierdzić, że przepis prawa materialnego został prawidłowo zastosowany⁴⁹. W innym ważnym wyroku z dnia 20 września 2005 r.⁵⁰ Sąd Najwyższy zauważył, iż SOKiK powinien zmierzać do ustalenia, czy zachodzą – sporne między stronami – okoliczności faktyczne, a następnie – po ich ustaleniu – do oceny prawnej zasadności wniesionego odwołania, której skutkiem może być – w wyjątkowych sytuacjach – uchylenie zaskarżonej decyzji.

SOKiK sprawuje zatem kontrolę legalności, a także zasadności i celowości decyzji, z wpływającym stąd wnioskiem, że „uchylenie zaskarżonej decyzji może nastąpić jedynie w wypadku, gdy sąd antymonopolowy konstatuje brak podstaw do jej wydania, np. na skutek niewystępowania praktyk monopolistycznych, błędnie stwierdzonych przez Urząd (Prezesa) w zaskarżonej decyzji”⁵¹, w którym Sąd Najwyższy wyraźnie opowiedział się za stanowiskiem, określającym charakter postępowania przed sądem antymonopolowym jako – z punktu widzenia struktury k.p.c. – postępowania rozpoznawczego i pierwszoinstancyjnego.

Postępowanie sądowe przed SOKiK jest zatem postępowaniem kontradyktoryjnym. W jego ramach należy uwzględnić materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym. Nie wyklucza to jednak możliwości zgłoszenia nowych twierdzeń faktycznych i nowych dowodów, według zasad obowiązujących w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 r. podkreśla się również, iż przyjęte rozwiązanie – łączące elementy jednoinstancyjnego postępowania administracyjnego oraz dwuinstancyjnego merytorycznego postępowania sądowego (z możliwością wniesienia kasacji lub skargi kasacyjnej) – wskazuje na to, że przedmiotem sprawy cywilnej jest decyzja właściwego Prezesa (np. Prezesa URE). Sąd musi zatem ustosunkować się w wyroku do tej decyzji. Przepisy zezwalają przy tym, aby SOKiK wydał rozstrzygnięcie co do istoty sprawy, co może być porównane z wydaniem nowej decyzji. Tego nigdy nie czyni sąd administracyjny, który co do zasady może albo uchylić zaskarżoną decyzję, albo oddalić skargę. Skoro SOKiK powinien przede wszystkim rozpoznać sprawę i wydać orzeczenie merytoryczne, bez względu na rodzaj i charakter dostrzeżonych wad postępowania administracyjnego, to wydaje się, że z uwagi na charakter wad

⁴⁹ Zob. wyrok SN z dnia 18 września 2003 r., sygn. akt I CK 81/02, niepubl.

⁵⁰ Sygn. akt III SZP 2/05, OSNP 2006, nr 19, poz. 312.

⁵¹ Por. uzasadnienie postanowienia SN z dnia 11 sierpnia 1999 r., sygn. akt I KKN 351/99, OSNC 2000, nr 3, poz. 47.

(wady kwalifikowane) powinien uchylić zaskarżoną decyzję i po rozpoznaniu sprawy wydać orzeczenie zastępujące tę decyzję⁵².

Sytuacja ta jest regulowana w ramach art. 479⁵³ k.p.c., zgodnie z którym SOKiK oddala odwołanie od decyzji Prezesa URE, jeżeli nie ma podstaw do jego uwzględnienia albo w razie uwzględnienia odwołania, zaskarżoną decyzję albo uchyla, albo zmienia w całości lub w części i orzeka co do istoty sprawy. Odnosząc się do drugiej sytuacji, za wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2005 r., trzeba nadmienić, iż w przepisach regulujących postępowania antymonopolowe i regulacyjne ustawodawca – odmiennie niż w art. 386 § 4 k.p.c. – nie określił, w jakich sytuacjach SOKiK może lub powinien uchylić zaskarżoną decyzję i przekazać sprawę do ponownego rozpoznania w postępowaniu administracyjnym. Jest tak dlatego, że przepisy k.p.c. w ogóle nie przewidują możliwości uchylenia decyzji organu regulacyjnego i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu administracyjnym. Uchylenie zaskarżonej decyzji właściwego Prezesa oznacza jej definitywne wyeliminowanie z obrotu prawnego jako dotkniętej istotnymi wadami, uniemożliwiającymi pozostawienie jej w tym obrocie. Nie jest to zatem uchylenie decyzji w celu przekazania sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu administracyjnym, ale swoistego rodzaju zmiana stanu prawnego polegająca na ostatecznym wyeliminowaniu tej decyzji. Po wyroku sądu antymonopolowego uchylającym zaskarżoną decyzję nie może być kontynuowane postępowanie administracyjne w tej samej sprawie, może natomiast zostać wszczęte od początku nowe postępowanie administracyjne⁵³.

Do kwestii uchylenia decyzji w postępowaniu w sprawach gospodarczych odniósł się w wyroku z dnia 12 czerwca 2002 r. Trybunał Konstytucyjny⁵⁴. W ocenie Trybunału, w postępowaniach odrębnych przed SOKiK dotyczących odwołań od decyzji Prezesa URE, Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej czy Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego ustawodawca *expressis verbis* wskazuje możliwość uchylenia decyzji, od której wniesiono odwołanie (por. art. 479⁵³ § 2, art. 479⁶⁴ § 2, art. 479⁷⁵ § 2 k.p.c.). Różnica między tzw. postępowaniami regulacyjnymi w sprawach z zakresu regulacji energetyki, telekomunikacji i transportu kolejowego a postępowaniem w sprawach o ochronę konkurencji dotycząca możliwości uchylenia decyzji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania przez organ ją wydający w postępowaniach regulacyjnych nie jest przypadkowa i dotyczy istoty oraz przedmiotu tych postępowań. W postępowaniach regulacyjnych bowiem konieczne jest wydanie przez odpowiedni organ rozstrzygnięcia co do

⁵² Por. wyrok SN z dnia 29 maja 1991 r., sygn. akt III CRN 120/91, OSNCP 1992, nr 5, poz. 87.

⁵³ Sygn. akt III SZP 2/05, OSNP 2006, nr 19, poz. 312.

⁵⁴ Sygn. akt P 13/01, OTK 2002, nr 4A, poz. 42.

obowiązujących taryf. Jak zauważył dalej Trybunał, działania te wymagają specjalistycznej, fachowej wiedzy i tym samym konieczne jest każdorazowe ustalanie okoliczności dotyczących przesłanek wprowadzenia takich taryf i ustalania ich wysokości. Odmienne jest w przypadku postępowania w sprawach o ochronę konkurencji, gdzie spór dotyczy pozycji rynkowej przedsiębiorcy względnie praktyk rynkowych przez niego stosowanych. Te ostatnie kwestie mogą być w całości przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego i nie wymagają przeprowadzenia odrębnie całościowych ustaleń takich, jak we wspomnianych postępowaniach regulacyjnych. Wydanie orzeczenia w takim wypadku nie wymaga wkroczenia w zakres kompetencji decyzyjnej organu.

Jeżeli chodzi o wniesienie odwołania od decyzji Prezesa URE, warto przywołać jeszcze postanowienia art. 479⁵² k.p.c., w świetle których na wniosek strony odwołującej się SOKiK może wstrzymać wykonanie decyzji do czasu rozstrzygnięcia sprawy. SOKiK orzeka w tym zakresie w formie postanowienia, które może być wydane na rozprawie lub na posiedzeniu niejawnym. Regulacja ta koresponduje z art. 108 k.p.a., zgodnie z którym decyzji, od której służy odwołanie, może być nadany rygor natychmiastowej wykonalności, gdy jest to niezbędne ze względu na ochronę zdrowia lub życia ludzkiego albo dla zabezpieczenia gospodarstwa narodowego przed ciężkimi stratami bądź też ze względu na inny interes społeczny lub wyjątkowo ważny interes strony. W tym ostatnim przypadku organ administracji publicznej może w drodze postanowienia zażądać od strony stosownego zabezpieczenia. Rygor natychmiastowej wykonalności może być nadany decyzji również po jej wydaniu. W tym przypadku organ wydaje postanowienie, na które służy stronie zażalenie. W doktrynie pojawia się pogląd, iż w art. 479⁵² k.p.c. nie uzależnia się wstrzymania wykonania od tego, czy w ocenie sądu spełniona jest jedna z przesłanek z k.p.a. uzasadniających nadanie decyzji rygoru natychmiastowej decyzji Prezesa URE w tym zakresie, jednak motywy wniosku mające uzasadnić wstrzymanie wykonania decyzji powinny być rozważane w kontekście nadania decyzji tego rygoru⁵⁵. W ocenie Stanisława Gronowskiego, SOKiK powinien nawet odpowiednio stosować kryteria podane w art. 108 § 1 k.p.a.⁵⁶

Od decyzji Prezesa URE przysługuje również zażalenie. Stosuje się do nich odpowiednio większość norm postępowania w sprawach z zakresu regulacji energetyki dotyczących Prezesa URE⁵⁷. Przesądza się o tym w art. 479⁵⁵ k.p.c. Zażalenia należy kierować do SOKiK za pośrednictwem Prezesa URE w terminie tygodnia od dnia doręczenia odpisu postanowie-

⁵⁵ J. Brol, *op. cit.*, s. 621.

⁵⁶ S. Gronowski, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym*, Warszawa 1994, s. 109.

⁵⁷ T. Ereciński, *op. cit.*, s. 751.

nia. Jest to termin procesowy, jego uchybienie skutkuje bezskutecznością zażalenia, które podlega w takim wypadku odrzuceniu, jednak termin ten można przywrócić⁵⁸.

Do postępowania w zakresie zażaleń ma również – w związku z brzmieniem art. 479³² ust. 2 k.p.c. – odpowiednie zastosowanie art. 479^{30a} k.p.c. Nie wydaje się jednak potrzebne odpowiednie stosowanie art. 479³⁰ k.p.c. – wystarczy bowiem odpowiednie stosowanie art. 479⁵² k.p.c., co jest możliwe na podstawie art. 479⁵⁵ k.p.c.⁵⁹ Oba przepisy odwołują się bowiem do wstrzymania wykonania decyzji, a na ich zaaplikowanie na potrzeby zażaleń pozwala regulacja właściwa dla postępowań w zakresie energetyki, czyli art. 479⁵⁵ k.p.c. Zgodnie natomiast z postanowieniami art. 479^{31a} k.p.c., stosowanymi odpowiednio w zakresie zażaleń SOKiK oddala zażalenie od postanowienia Prezesa Urzędu, jeżeli nie ma podstaw do jego uwzględnienia, odrzuca zażalenie wniesione po upływie terminu do jego wniesienia, niedopuszczalne z innych przyczyn, a także wtedy, gdy nie uzupełniono w wyznaczonym terminie braków zażalenia.

W razie uwzględnienia zażalenia SOKiK uchyla postanowienie albo zmienia je w całości lub w części, i orzeka co do istoty sprawy. SOKiK stwierdza przy tym, czy takie postanowienie zostało wydane bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa. Ze względu na przedmiot postępowania wywołanego wniesieniem zażalenia należy przyjąć, że SOKiK, oceniając zasadność zażalenia, orzeka co do zasady postanowieniem⁶⁰. Z uwagi na fakt, iż SOKiK jest sądem pierwszej instancji, od jego rozstrzygnięć przysługuje odwołanie. Sądem właściwym w tym zakresie jest Sąd Apelacyjny w Warszawie (Wydział Cywilny). Właściwymi regulacjami w tym obszarze są natomiast postanowienia Działu V k.p.c. – *Środki odwoławcze dotyczące apelacji, zażalenia i skargi kasacyjnej*. W kontekście skargi kasacyjnej należy nadmienić, iż przysługuje ona także od wyroku sądu drugiej instancji uchylającego decyzje Prezesa Urzędu, o czym stanowi się w art. 479⁵⁶ k.p.c. Warto dodać, iż w doktrynie⁶¹, jak i w orzecznictwie⁶² za- uważa się, że skarga kasacyjna przysługuje także od wyroku sądu drugiej instancji uchylającego decyzje Prezesa Urzędu.

⁵⁸ Por. J. Brol, *op. cit.*, s. 623.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ T. Ereciński, *op. cit.*, s. 724.

⁶¹ P. Telenga, *op. cit.*, s. 706.

⁶² Postanowienie SN z dnia 11 sierpnia 1999 r., sygn. akt I CKN 351/99, OSNC 2000, nr 3, poz. 47.

7. Tytułem podsumowania

Praca radcy prawnego w sektorze energetyki to zajęcie wymagające wielu umiejętności mających nie tylko prawniczy charakter. Dzieje się tak z uwagi na dużą specjalizację energetyki oraz jej wielkoskalowość dotyczącą szeregu różnych uwarunkowań, z których wymienię tu uwarunkowania techniczne i ekonomiczne. Coraz więcej jest jednak innych okoliczności i czynników determinujących konieczność pogłębiania wiedzy prawniczej potrzebnej do pracy w sektorze. Dotyczy to przede wszystkim kwestii środowiskowych, tworzących niejako paralelną – pod względem szerokości i głębokości materii – dziedzinę do energetyki i właściwych dla niej regulacji. Również przedstawione w artykule kwestie proceduralne wpisują się w te założenia.

Ilość regulacji, zarówno będących na poziomie ustawowym, ale i nieporuszanych w niniejszym artykule unormowań rangi wykonawczej powoduje, iż system prawa energetycznego staje się coraz bardziej wyspecjalizowaną i rozbudowaną dziedziną prawa. Chcąc w sposób skuteczny prowadzić swoje sprawy, podmioty działające na rynku coraz częściej sięgają po pomoc profesjonalnych doradców prawnych. Pomoc ta jest niejako rękojmnią właściwego rozstrzygnięcia i osiągnięcia korzystnego rezultatu. Z drugiej jednak strony aktualne pozostaje pytanie o przejrzystość przepisów oraz ich łatwość w odczytaniu i zastosowaniu przez zwykłego odbiorcę energii czy początkującego przedsiębiorcę. Z pewnością jest to postulat, do którego należy dążyć, mając jednak na uwadze, iż obszar normowania, jakim jest energetyka, nie zawsze umożliwia na wprowadzenie tego typu uproszczeń.



Rafał Stankiewicz

Zakres ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego jako „prawnika wewnętrznego” w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji

1. Przedmiotem zainteresowania niniejszego artykułu jest problematyka zakresu zachowania tajemnicy radcowskiej w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych przez Komisję Europejską. Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości¹ w sprawie *Akzo Nobel Chemicals Ltd* oraz *Akcros Chemicals Ltd v. Commission*² potwierdziło dotychczasową linię orzecznictwa odmawiającego ochrony opartej na wykorzystaniu instytucji tajemnicy radcowskiej tym informacjom, które zawarte są w dokumentach pisemnych, czy też zapisane na nośnikach informacyjnych a przekazywane w kontakcie pomiędzy kierownictwem lub pracownikami przedsiębiorcy a prawnikiem wewnętrznym. Przez „prawnika wewnętrznego” rozumieć się będzie w tym przypadku prawnika zatrudnionego u danego przedsiębiorcy, niezależnie od tego, czy będzie on wykonywał kwalifikowany zawód prawniczy³, czy też wyłącznie posiadał tytuł zawodowy magistra prawa. W warunkach polskich rozważania Trybunału zawarte w przedmiotowym wyroku należy zatem odnieść przede wszystkim do radców prawnych. Tylko członkowie tej korporacji mogą bowiem świadczyć pomoc prawną na podstawie stosunku pracy, a zatem to właśnie oni mogą być zarówno „adwokatami wewnętrznymi” w takim sensie, w jakim terminu tego używa Trybunał, jak i „adwokatami

¹ Dalej jako: ETS lub Trybunał.

² Wyrok ETS z dnia 14 września 2010 r. w sprawie C-550/07 P, Dz. U. C 37 z 9.02.2008.

³ W przedmiotowym wyroku Trybunał posługuje się angielskim pojęciem *in-house lawyer* (odpowiednio również pojęciem niemieckim *Syndikusanwalt* bądź francuskim *l'avocat interne*).

zewnątrznymi". Niniejsze opracowanie będzie jednak posługiwało się pojęciem „prawnika wewnętrznego”⁴.

Relacje pomiędzy klientem a prawnikiem wykonującym kwalifikowany zawód prawniczy – adwokatem lub radcą prawnym objęte są tajemnicą zawodową. Zasada powyższa – choć występuje pod różnymi nazwami i w różnym zakresie – jest respektowana we wszystkich państwach Unii Europejskiej. Znajduje ona swoje podstawy w stosunku zaufania, jaki powstaje między radcą prawnym (adwokatem) a jego klientem, co powoduje, że w celu uzyskania pomocy prawnej klient udziela prawnikowi informacji, jakich nie udziela i nie udzieliłby innym. Radca prawny (adwokat) może w sposób prawidłowy wykonywać swój zawód tylko wówczas, gdy klient przedstawi mu swoją sytuację w sposób obiektywny. Zenon Klatka słusznie wskazuje, iż „zaufanie klienta, oparte na szczególnej poufności i dyskrecji, jest uznawane za dobro szczególnie chronione”⁵.

Jak zostanie to wskazane w dalszej części niniejszego opracowania, problematyka specyficznego podejścia unijnych organów ochrony konkurencji⁶ do problematyki zakresu tajemnicy adwokatów i radców prawnych w postępowaniach rozpoczęła się już niemalże 30 lat temu. Zasada się ona głównie na założeniu konieczności wyważenia swoistego konfliktu pomiędzy wartościami opartymi na realizacji interesu publicznego a respektowaniem konieczności ochrony tajemnicy zawodowej. Interesy podmiotów korzystających z pomocy prawnej, jak i zobowiązanych do zachowania tajemnicy zawodowej (w tym tajemnicy radcy prawnego) mogą bowiem pozostawać w konflikcie z innymi wartościami.

Wskazać należy, że na gruncie stosowania regulacji unijnych w zakresie prawa ochrony konkurencji wypracowano doktrynę *legal privilege*⁷. Pod tym pojęciem rozumie się zasadę, „według której pewne wiadomości uzyskane na linii prawnik – klient nie mogą być przedmiotem przymusowego ujawnienia w postępowaniu prowadzonym przez organ. Jeśliby jednak zostały ujawnione, wbrew woli klienta, takie wiadomości są niedopuszczalne jako dowody w tym postępowaniu”⁸. Można więc przyjąć, że pojęcie *legal privilege* oznacza zakaz dowodowy związany z tajemni-

⁴ Nadmienić należy także w tym miejscu, że polski oficjalny tekst tłumaczenia opinii rzecznika generalnego przedstawionej Trybunałowi w sprawie *Akzo Nobel Chemicals Ltd* oraz *Akcros Chemicals Ltd v. Commission* posługuje się pojęciem „radca prawny” obok pojęcia „adwokat”.

⁵ Z. Klatka, *Wykonywanie zawodu radcy prawnego i adwokata*, Warszawa 2004, s. 64.

⁶ Komisji Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

⁷ Czasami również nazywane *legal professional privilege*.

⁸ B. Turno, *Zagadnienie tajemnicy adwokackiej na gruncie prawa konkurencji*, [w:] *Aktualne problemy polskiego i europejskiego prawa ochrony konkurencji*, Warszawa 2006, s. 180, cyt. za: E. Gippini-Fourier, *Legal Professional Privilege in Competition Proceedings before the European Commission: Beyond the cursory Glance*, s. 4, <http://www.ssrn.com>.

cą zawodową (adwokacką lub radcowską)⁹. Na gruncie unijnego prawa ochrony konkurencji wszelkie tezy odnoszące się do tak pojmowanej tajemnicy zawodowej określonych prawników reprezentujących zawody zaufania publicznego i związane z nią zakazy dowodowe wyprowadzane są z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.

Mówiąc o postępowaniach w sprawach ochrony konkurencji prowadzonych przez Komisję Europejską, mam tutaj na myśli przede wszystkim postępowania prowadzące do przeciwdziałania nadużywaniu siły rynkowej poprzez zachowanie pojedynczych podmiotów, jak i współdziałanie pomiędzy nimi (m.in. poprzez tworzenie karteli). Komisja Europejska, jako unijny organ ochrony konkurencji, wykonuje swoje uprawnienia w tym zakresie na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 TWE¹⁰. Do innych aktów prawa unijnego przyznających Komisji kompetencje do kontroli procesów koncentracji gospodarczych o wymiarze wspólnotowym na podstawie rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorców¹¹.

Zauważyć trzeba w tym miejscu, że krajowe organy ochrony konkurencji, w tym Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹², mogą wydawać rozstrzygnięcia na podstawie rozporządzenia nr 1/2003. Zgodnie z art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹³, Prezes UOKiK wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdзи naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 tejże ustawy czy art. 81 lub 82 TWE. W tym kontekście podjęta w niniejszym opracowaniu problematyka nabiera szczególnego znaczenia. Warto dodać w tym miejscu, iż z uwagi na genetyczne, jak i funkcjonalne powiązania polskiego prawa antymonopolowego z unijnym prawem ochrony konkurencji mogą występować tendencje zmierzające do recypowania pewnych rozwiązań przyjmowanych na gruncie orzecznictwa unijnego w praktycznym stosowaniu prawa krajowego przez Prezesa UOKiK. Niniejsze opracowanie odniesie się również do tej kwestii.

Warto zauważyć, iż zarówno na gruncie europejskiego prawa ochrony konkurencji, jak i polskiego prawa antymonopolowego prawodawca dopuszcza daleko posuniętą ingerencję w sferę indywidualnych praw i wolności podmiotów gospodarczych poddanych tym regulacjom. Ingerencja

⁹ B. Turno, *Zagadnienie...*, s. 181.

¹⁰ Dz. Urz. UE L 1 z 4.01.2003 r., dalej jako: rozporządzenie nr 1/2003.

¹¹ Dz. Urz. UE L 24 z 29.01.2004 r., dalej jako: rozporządzenie nr 139/2004.

¹² Dalej jako: Prezes UOKiK.

¹³ Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm., dalej jako: ustawa antymonopolowa.

ta ma miejsce na etapie gromadzenia materiału dowodowego, a czynności dowodzenia w znacznym stopniu zostały sformalizowane. Jak się wydaje, jest to konsekwencja przyjęcia przez prawodawcę – zwłaszcza w sferze wykonywania przez odpowiednie organy uprawnień dochodzeniowych – prymatu skuteczności działania. Postępowania prowadzone przez unijny organ ochrony konkurencji, jak i krajowe organy antymonopolowe opierają się w dużej mierze na daleko idącej ingerencji w sferę aktywności podmiotów gospodarczych, wykorzystujących instrumenty pozwalające w sposób skuteczny kompletować materiał dowodowy, jak również kontrolować wykonywanie przepisów prawa ochrony konkurencji przez te podmioty¹⁴. I tak na przykład, uprawnienia Komisji do przeprowadzania kontroli podmiotów gospodarczych przewidziane zostały w art. 20 rozporządzenia nr 1/2003. W polskiej ustawie antymonopolowej znajdują się one w odrębnym Rozdziale V¹⁵. Interesujące jest również to, iż Prezes UOKiK może wykonywać kontrolę u przedsiębiorców na wniosek Komisji Europejskiej¹⁶. Na podstawie tych przepisów, upoważnieni pracownicy właściwego organu ochrony konkurencji (organu antymonopolowego) mają prawo m.in. żądać udostępnienia akt, ksiąg, wszelkiego rodzaju dokumentów i nośników informacji (w tym komputerów lub osobistych notatników) związanych z przedmiotem kontroli oraz ich odpisów i wyciągów, a także sporządzania z nich notatek. W każdym z powyższych przypadków w toku właściwej kontroli, kontrolujący mogą stykać się z dokumentami opracowanymi przez profesjonalnych pełnomocników działających na podstawie udzielonego przez określony podmiot gospodarczy pełnomocnictwa do reprezentowania go. Powstaje w związku z tym pytanie o zakres możliwego wglądu do tychże dokumentów przez właściwy organ oraz o możliwość skutecznego (zgodnego z prawem) wykorzystania ich treści w toku konkretnego postępowania.

To właśnie w trakcie prowadzenia postępowania dowodowego przez właściwy organ ochrony konkurencji lub w toku postępowania kontrolnego może dojść do pojawienia się konfliktu pomiędzy wartością, jaką jest zachowanie w tajemnicy wszystkiego, o czym radca prawny (adwokat) dowiedział się w związku z udzielaniem porady prawnej a dążeniem tegoż organu do obiektywnego wyjaśnienia sprawy. Do eskalacji tegoż konfliktu prowadzą niewątpliwie bardzo rozbudowane przepisy przyznające

¹⁴ Szerzej o kontroli w toku postępowania antymonopolowego zob. R. Stankiewicz, D. Szafrński, *O niektórych aspektach kontroli przedsiębiorcy prowadzonej na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów*, [w:] E. Bieńkowska, D. Szafrński (red.), *Problemy prawa polskiego i obcego w ujęciu historycznym, praktycznym i teoretycznym*. Część 3, Warszawa 2011, s. 245-260.

¹⁵ Por. art. 105a)-105l) ustawy antymonopolowej.

¹⁶ Por. art. 105i) ustawy antymonopolowej.

organowi ochrony konkurencji (organowi antymonopolowemu) dokonywać w toku przeprowadzanej kontroli przeszukań w lokalu podmiotu gospodarczego, oraz poza nim, jak i specyficzne uprawnienia w postępowaniu wyjaśniającym. Nie będą one jednak szczegółowo omawiane w niniejszym opracowaniu.

2. Rozważania dotyczące rzeczywistego wpływu wyroku ETS z dnia 14 września 2010 r. na instytucję *legal privilege* poprzedzone zostaną krótką prezentacją zagadnień związanych z regulacjami dotyczącymi ochrony tajemnicy zawodowej prawników. Dodać należy na wstępie, że na poziomie unijnym brak jest odrębnych regulacji w tym zakresie. Kwestie dotyczące tajemnicy zawodowej regulowane są w orzecznictwie. Wyłącznie prawodawstwo krajowe odnosi się w szeroki sposób do tychże zagadnień. W Polsce można wskazać na istnienie tajemnicy adwokackiej oraz tajemnicy radcy prawnego (tajemnicy radcowskiej).

W polskim prawie zasada tajemnicy radcowskiej została sformułowana w art. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych¹⁷. Zgodnie z art. 3 ust. 2 u.r.p., radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie (ust. 4). Ponadto, radca prawny nie może być zwolniony z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę (ust. 5). Obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej nie dotyczy informacji udostępnianych na podstawie przepisów ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu¹⁸ w zakresie określonym tymi przepisami (art. 4 ust. 5 u.r.p.). O obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej wspomina również Kodeks Etyki Radcy Prawnego¹⁹. Zgodnie z art. 9 tegoż dokumentu, obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej w stosunku do wszelkich informacji uzyskanych od klienta w związku ze świadczeniem pomocy prawnej jest podstawą zaufania klienta do radcy prawnego i właściwego świadczenia usług prawnych. Zachowanie tajemnicy zawodowej stanowi istotę gwarancji wolności jednostki oraz prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Zgodnie z art. 12 Kodeksu, do istoty zawodu radcy prawnego należy uzyskiwanie od klienta w zaufaniu informacji, których klient nie ujawniłby nikomu. Radca prawny zobowiązany jest do zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się w związku z wykonywaniem czynno-

¹⁷ T. jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 10, poz. 65 z późn. zm., dalej jako: u.r.p.

¹⁸ Dz. U. Nr 11, poz. 1216 z późn. zm.

¹⁹ Por. uchwała nr 8/VIII/2010 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 28 grudnia 2010 r. w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Kodeksu Etyki Radcy Prawnego.

ści. Obowiązek zachowania tajemnicy obejmuje wszystkie uzyskane przez radcę prawnego informacje, niezależnie od ich formy lub sposobu ich utrwalenia. W powoływanych przepisach nie różnicuje się więc zakresu chronionej tajemnicy w zależności od formy wykonywania zawodu przez radcę prawnego.

3. Wspomnieć należy, iż zasadniczym dla zdefiniowania zakresu zakazu dowodowego związanego z zagadnieniem *legal privilege* było orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 maja 1982 r. w sprawie 155/79 *Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) v. Commission*²⁰. Była to również pierwsza sprawa przed Trybunałem, w której CCBE wystąpiła jako interwenient. Stąd nie można przecenić znaczenia tego sporu dla ustalenia zasad wykonania zawodu i roli prawnika na podstawie prawa unijnego – zapewne również w innych sprawach normowanych prawem unijnym.

Trybunał dokonał w nim analizy przepisów należących do systemów prawnych państw członkowskich, odnoszących się do tajemnicy zawodowej oraz związanych z nią zakazów dowodowych. Sformułowano w nim również pewne założenia instytucji *legal privilege*, oparte w głównej mierze na tradycji funkcjonowania ww. instytucji, w niektórych państwach członkowskich Wspólnot. Trybunał zauważył, że to do samej Komisji, a nie do podmiotu gospodarczego, od którego żąda ona przekazania pism, należy decyzja o tym, czy dany dokument winien być jej przedłożony. ETS zauważył jednocześnie, iż krajowe systemy prawne chronią w podobnych okolicznościach poufność korespondencji między prawnikiem a jego klientem, jeżeli korespondencja prowadzona jest w ramach prawa klienta do obrony i „przez niezależnych adwokatów”, tzn. prawników, którzy nie są związani z mandantem umowy o pracę²¹.

Trybunał wskazał, że na gruncie stosowania unijnego prawa ochrony konkurencji podmioty gospodarcze powinny korzystać z zasady poufności korespondencji wymienianej pomiędzy nimi a ich pełnomocnikiem. Korespondencja ta powinna być więc objęta tzw. zakazem dowodowym, o ile posiada ona związek z prowadzonym przez Komisję postępowaniem. Aby można było mówić o braku możliwości użycia w postępowaniu przed Komisją określonych informacji, muszą zostać spełnione następujące warunki:

- dowody takie powinny wynikać z treści dokumentów pisemnych,
- korespondencja musi być prowadzona z „zewnętrznym prawnikiem” (ang. *external lawyer*), oraz

²⁰ Zbiór orzecznictwa 1982, 1575, cyt. za: *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. Tom 1: Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962-1989*, oprac. i wprowadz. A. Jurkowska, T. Skoczny, Warszawa 2004, s. 297-299.

²¹ *Ibidem*, s. 298.

- prawnik ten musi być dopuszczony do zawodu w jednym z państw członkowskich Wspólnot.

Przez pojęcie „zewnętrznego prawnika” Trybunał każe rozumieć prawnika, który nie jest związany umową o pracę z podmiotem poddanym postępowaniu.

W tym znaczeniu zasadą *legal privilege* obejmuje się korespondencję, która jest prowadzona w związku z realizacją prawa do obrony w ramach toczącego się bądź przewidywanego postępowania (jest z nią powiązana merytorycznie), nie chodzi tu przy tym o moment powstania dokumentu, ale o cel jego wytworzenia (tj. realizację prawa do obrony).

Przedstawiona powyżej koncepcja zakazu dowodowego wynikającego z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej nie spotkała się z akceptacją korporacji prawniczych. Przyczyną takiego stanowiska był fakt, że zakaz dowodowy nie obejmował korespondencji prowadzonej z prawnikiem zatrudnionym w danym podmiocie gospodarczym na podstawie umowy o pracę²², a także że nie obejmował pomocy prawnej świadczonej przez prawników niedopuszczonych do wykonywania zawodu w jednym z państw członkowskich²³.

Rozstrzygnięcie w sprawie *Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) v. Commission* posiadało w omawianej sprawie zasadnicze znaczenie, gdyż pozwoliło na ustalenie, że zawodowe reguły, w szczególności dotyczące poufności korespondencji między klientem a prawnikiem, powinny być respektowane na płaszczyźnie wspólnotowej. Tym samym, instytucje wspólnotowe zostały ograniczone w swoich uprawnieniach i nałożono na nie obowiązek przestrzegania zasady poufności. To niewątpliwe zwycięstwo zawodu zostało jednak ograniczone o tyle, że przywilej poufności ograniczano tylko do prawników niezależnych, rozumianych jako prawnicy zewnętrzni, niezwiązani z klientem stosunkiem pracy. Trybunał dokonał podziału prawników wykonujących kwalifikowane zawody prawnicze (adwokatów, radców prawnych) na dwie kategorie: prawników zatrudnionych i wynagradzanych na podstawie umowy o pracę oraz prawników, którzy nie są związani żadną umową o pracę. Wyłącznie dokumenty sporządzone przez prawników należących do drugiej kategorii są uważane przez Trybunał za chronione na podstawie zasady tajemnicy komunikacji. Tylko kiedy prawnik podlega zwyczajowym w Unii Europejskiej więzom korporacyjnym jako adwokat i oprócz tego nie pozostaje w żadnym stosunku zatrudnienia w odniesieniu do swojego mandanta, komunikacja między nimi zgodnie z prawem wspólnotowym (unijnym) jest chroniona przez tajemnicę zawodową regulowaną w prawie krajowym.

²² Ang. *in-house lawyers*.

²³ B. Turno, *Zagadnienie...*, s. 182.

Trybunał podkreślił, że wymóg dotyczący pozycji i status niezależności prawnika (adwokata, radcy prawnego), od którego pochodzi komunikacja podlegająca ochronie, wynika z koncepcji jego roli jako podmiotu faktycznie współkształtującego wymiar sprawiedliwości. Adwokat (radca prawny) powinien świadczyć pomoc prawną potrzebną klientowi w sposób niezależny i w interesie wymiaru sprawiedliwości. Szczególna ochrona przyznana działaniom adwokata jest przy tym równoważona przez dyscyplinę zawodową nałożoną i kontrolowaną w interesie publicznym.

Wypracowanie wspólnotowego standardu *legal privilege* ochrony tajemnicy adwokackiej Trybunał uznał za niezbędne w odniesieniu do spraw z zakresu prawa ochrony konkurencji podlegających kompetencji organów unijnych. Stwierdzenie to zostało oparte na przekonaniu o konieczności zapewnienia efektywnej realizacji zasad prawa unijnego. Bezpośrednie (bez koniecznych zmian) zastosowanie krajowych regulacji dotyczących tajemnicy zawodowej mogłoby bowiem doprowadzić do zaistnienia znacznych różnic w poziomie ochrony informacji.

4. Kolejną istotną sprawą rozpatrywaną przez Trybunał, mającą zasadnicze odniesienie do wykonywania zasady *legal privilege* jest wspomniana już na początku niniejszego opracowania sprawa *Akzo Nobel Chemicals Ltd* oraz *Akcros Chemicals Ltd v. Commission*.

W lutym 2003 r. w siedzibie tych dwóch spółek w Wielkiej Brytanii przeprowadzono kontrolę prowadzoną w celu udowodnienia ewentualnego prowadzenia nieuczciwych praktyk sprzecznych z zasadami konkurencji prowadzonych przez tych przedsiębiorców. W ramach tej kontroli urzędnicy Komisji Europejskiej sporządzili kopie licznych dokumentów. Podczas tych czynności przedstawiciele skarżących zwrócili uwagę urzędnikom Komisji, że pewne dokumenty mogą być objęte *legal privilege*. Podczas kontroli tych dokumentów zaistniała różnica zdań w odniesieniu do pięciu dokumentów, które potraktowano w dwojaki sposób.

Ostatecznie, dokumenty zaliczone do serii A przez Komisję obejmowały sporządzone w edytorze teksty memorandum przygotowane przez pracującego w *Akcros Chemicals Ltd* dyrektora generalnego oraz kopię tego memorandum zawierające ręczne adnotacje sporządzone przez prawnika wewnętrznego. Memorandum to zostało przygotowane – w opinii skarżących – celem uzyskania porady prawnej odnośnie przestrzegania przez *Akzo Nobel Chemicals* wymogów prawa ochrony konkurencji. Z kolei, dokumenty zaliczone do Serii B obejmowały odręczne notatki pracującego w *Akcros Chemicals* dyrektora generalnego, które zostały przygotowane po rozmowach z innymi pracownikami celem przygotowania ww. memorandum, a także dwa e-maile – korespondencję pomiędzy pracującym w *Akcros Chemicals* dyrektorem generalnym a koordynatorem ds. prawa ochrony konkurencji *Akcros Chemicals*. Ten ostatni był prawnikiem wpisanym

na listę adwokatów w Holandii, a równocześnie w chwili zajścia opisywanych zdarzeń był zatrudnionym na stałe pracownikiem działu prawnego Akzo Nobel Chemicals.

Urzędnicy Komisji nie byli pewni po bieżącym przejrzeniu tychże dokumentów co do statusu dokumentów zaliczonych do serii A. Co do dokumentów określonych jako Seria B, urzędnicy Komisji uznali, że z pewnością nie są one objęte ochroną tajemnicy komunikacji między adwokatem i klientem. Sporządzili zatem ich kopie i dołączyli je do pozostałej dokumentacji. Skarżące podmioty gospodarcze zajęły jednakże stanowisko, że dokumenty zaliczone do Serii B podlegają ochronie z uwagi na tajemnicę komunikacji pomiędzy adwokatem i klientem.

Wobec dokumentów z pierwszej grupy Komisja zastosowała procedurę polegającą na wstępnym uznaniu, iż mogą one zawierać informacje chronione, nie zapoznała się bezpośrednio z ich treścią i zabrała je w zabezpieczonej kopercie. Kilka miesięcy później Komisja wydała decyzję, w której odrzuciła wysunięte przez uczestniczące w postępowaniu podmioty gospodarcze żądanie zwrotu wszystkich dokumentów z obu grup. Poinformowała przy tym o zamiarze otwarcia koperty z dokumentami z pierwszej grupy i wykorzystania ich jako dowodów w prowadzonym postępowaniu w sprawie naruszenia art. 81 TWE. Odrzuciła w ten sposób żądanie o uznanie tych dokumentów za objęte ochroną wynikającą z przyjęcie zasady *legal privilege*. W konsekwencji, oba podmioty zaskarżyły²⁴ powyższe orzeczenia do Sądu Pierwszej Instancji²⁵.

Sąd Pierwszej Instancji stanął przed rozwiązaniem następujących zagadnień. Po pierwsze, musiał rozstrzygnąć, jakie dokumenty znalezione podczas przeszukania korzystają z ochrony wynikającej z zasady *legal privilege*. Po drugie, musiał odpowiedzieć na pytanie, czy zakresem powyższej zasady objęta jest także korespondencja pomiędzy prawnikiem wewnętrznym a przedsiębiorstwem, z którym pozostaje on w stosunku pracy

Odnosząc się do pierwszej z powyższych kwestii, SPI oddalił odwołanie, stwierdzając, że obie grupy dokumentów jako niespełniające wymogów ustalonych w dotychczasowym orzecznictwie nie zasługują na ochronę wynikającą z zasady *legal privilege*. Dosyć istotne było jednakże stwierdzenie, iż nawet jeśli dokumenty przygotowane w przedsiębior-

²⁴ Oba podmioty gospodarcze wniosły wspólnie dwie skargi o stwierdzenie nieważności do Sądu Pierwszej Instancji, z których jedna była skierowana przeciwko decyzji o zarządzeniu kontroli (sprawa T-125/03), a druga przeciwko decyzji o odmowie realizacji zasady *legal privilege* w niniejszej sprawie (sprawa T-253/03). W odniesieniu do obu decyzji żądały one również zastosowania środków tymczasowych zgodnie z art. 242 TWE i art. 243 TWE (obecnie art. 278 TFUE i art. 279 TFUE), (sprawy połączone T-125/03 R i T-253/03 R).

²⁵ Dalej jako: SPI.

stwie nie zostały wymienione z prawnikiem albo nie powstały w celu ich fizycznego wysłania prawnikowi, to niemniej jednak mogą być objęte ochroną wynikającą z powyższej zasady, pod warunkiem, że powstały wyłącznie w celu uzyskania porady prawnej, w toku realizacji prawa do obrony²⁶. Co do drugiego z zarzutów, SPI odrzucił argumenty przemawiające za rozszerzeniem zakresu zasady *legal privilege* i przyznaniem ochrony również korespondencji pomiędzy prawnikiem wewnętrznym a przedsiębiorstwem, z którym pozostaje on w stosunku pracy.

Oba przedsiębiorstwa wniosły apelację od wyroku SPI. Oba podmioty gospodarcze starały się w toku postępowania przed Trybunałem przekonać go do modyfikacji bądź nawet odstąpienia od stanowiska zajętego w sprawie. Skarżące podmioty wskazały na istotne zmiany „krajobrazu prawnego”, jakie nastąpiły od 1982 r., które powinny prowadzić do „reinterpretacji” tez zawartych w wyroku w sprawie *Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) v. Commission*. W treści skargi spółki wskazywały, iż zasady etyki wykonywania zawodu oraz dyscypliny zawodowej mające zastosowanie w tym przypadku czynią stosunek pracy zgodnym z pojęciem niezależnego adwokata. Skarżące podmioty wskazywały ponadto, iż odmowa ochrony komunikacji z prawnikiem wewnętrznym na podstawie zasady tajemnicy narusza zasadę równego traktowania. Niezależność gwarantowana przez zasady etyki wykonywania zawodu i dyscypliny zawodowej stosowane w niniejszym przypadku powinny stanowić podstawowe kryterium dla określenia zakresu tej zasady. Zgodnie z tym kryterium, sytuacja prawników wewnętrznych wpisanych na listę adwokacką lub listę stowarzyszenia adwokatów nie różni się od sytuacji prawników zewnętrznych.

Jak wskazał w swojej opinii rzecznik generalny ETS, tajemnica zawodowa służy ochronie komunikacji mandanta z niezależnym od niego prawnikiem, wykonującym zawód na własny rachunek. Takie stanowisko skutkuje wyłączeniem ochrony w stosunku do prawników związanych z przedsiębiorcą umową o pracę. Przeciwno dostatecznej niezależności etatowego prawnika przemawia przede wszystkim fakt, że ten, jako pracownik, podlega w wielu przypadkach służbowym poleceniom swojego pracodawcy i w każdym przypadku jest na stałe związany w strukturach przedsiębiorstwa albo grupy przedsiębiorstw. Etatowy prawnik jest – rzecznik odwołuje się tu wprost do sformułowań Trybunału z wyroku w sprawie *Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) v. Commission* – „strukturalnie, hierarchicznie i funkcjonalnie” zależny od swojego

²⁶ Szerzej por. B. Turno, *Ciąg dalszy sporu o zakres zasady legal professional privilege – glosa do wyroku SPI z 17.09.2007 r. w połączonych sprawach: T-125/03 i T-253/03 Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akros Chemicals Ltd przeciwko Komisji WE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 6, s. 42.

pracodawcy, podczas gdy nie dotyczy to prawnika zewnętrznego w stosunku do jego mandanta.

Rzecznik generalny podkreślał w dalszej części swojej opinii, iż odpowiednio do ekonomicznej zależności prawnika wewnętrznego od swojego pracodawcy występuje z reguły o wiele silniejsza osobista identyfikacja z danym przedsiębiorstwem, jak również z jego polityką i strategią, niż miałyby to miejsce w przypadku zewnętrznych adwokatów w odniesieniu do działalności ich mandantów. Większe ryzyko popadnięcia prawnika wewnętrznego w sytuację konfliktu interesów utrudnia mu także skuteczne przeciwstawianie się ewentualnym nadużyciom tajemnicy zawodowej. Jak wskazano w opinii, nadużycie takie może na przykład polegać na tym, że działowi prawnemu przedsiębiorstwa pod pretekstem prośby o doradztwo prawne zostaną przekazane środki dowodowe i informacje w wyłącznym albo przeważającym celu uniemożliwienia dostępu do nich organom ochrony konkurencji.

Zdaniem rzecznika, za objęciem ochroną tajemnicy adwokackiej wewnętrznej komunikacji przedsiębiorstw lub grup przedsiębiorstw z prawnikami wewnętrznymi nie przemawia też ani wzrastające ich znaczenie, ani niekwestionowana przydatność ich porad prawnych.

Jak zauważył rzecznik generalny w pkt. 60 i 61 swojej opinii, pojęcie niezależności adwokata jest zdefiniowane nie tylko w sposób pozytywny, a mianowicie w odniesieniu do dyscypliny zawodowej, ale również w sposób negatywny, to znaczy przez brak stosunku pracy. Prawnik wewnętrzny, pomimo wpisu na listę adwokacką (radcowską) i stosowania doń wynikających z wpisu zasad etyki zawodowej, nie korzysta w stosunku do swego pracodawcy z tego samego stopnia niezależności, co adwokat wykonujący zawód w ramach kancelarii zewnętrznej wobec klienta. W tych okolicznościach eliminacja ewentualnych konfliktów pomiędzy obowiązkami zawodowymi a celami realizowanymi przez klienta jest trudniejsza w przypadku adwokata wewnętrznego niż w przypadku adwokata zewnętrznego.

14 września 2010 r. ETS wydał długo oczekiwany wyrok w tejże sprawie. Ostatecznie, Trybunał oddalił odwołanie skarżących spółek. Ku rozczarowaniu przedsiębiorstw i ich doradców sąd potwierdził, że w świetle prawa unijnego Komisja Europejska może zająć korespondencję podmiotu gospodarczego z jej wewnętrznym prawnikiem, nawet jeśli jest on kwalifikowanym radcą prawnym lub adwokatem. Sąd przyjął tym samym, że kontakty w obrębie firmy prowadzone z wewnętrznymi prawnikami nie są objęte przywilejem *legal privilege*.

Tym samym, ETS potwierdził swoje stanowisko zawarte w wyroku w sprawie *Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) v. Commission*. Zdaniem Trybunału, wskazany w przywołanym orzeczeniu wymóg

niezależności adwokata oznacza brak jakiegokolwiek stosunku zatrudnienia pomiędzy adwokatem a jego klientem. W związku z tym ochrona z tytułu zasady tajemnicy nie obejmuje wymiany korespondencji w ramach przedsiębiorstwa lub grupy przedsiębiorstw z prawnikami wewnętrznymi. W ocenie Trybunału, wymóg niezależności oznacza brak jakiegokolwiek stosunku zatrudnienia pomiędzy adwokatem a jego klientem, tak że ochrona z tytułu zasady tajemnicy nie obejmuje wymiany korespondencji w ramach przedsiębiorstwa lub grupy przedsiębiorstw z adwokatami wewnętrznymi²⁷.

Co się tyczy zasad etyki zawodowej wiążących prawników należących do korporacji, Trybunał wskazał, że choć jest prawdą, iż zapisane w prawie krajowym reguły organizacji zawodowej mogą wzmacniać pozycję prawnika wewnętrznego w przedsiębiorstwie, to jednak nie mogą one zapewnić niezależności porównywalnej z niezależnością prawnika zewnętrznego.

Bez względu na reżim zawodowy mający zastosowanie w niniejszej sprawie na podstawie szczególnych przepisów prawa krajowego, prawnik wewnętrzny nie może – niezależnie od gwarancji, którymi dysponuje w wykonywaniu swego zawodu – być traktowany jak prawnik zewnętrzny ze względu na status pracownika, którym jest objęty status, ze swej natury niepozwalający prawnikowi wewnętrznemu na pominięcie strategii handlowych jego pracodawcy, a tym samym stawia pod znakiem zapytania jego zdolność do działania w sposób niezależny zawodowo²⁸.

ETS podkreślił, że pomimo ewentualnego wpisu na listę adwokacką oraz podlegania pewnej liczbie zasad zawodowych, adwokat zatrudniony nie korzysta z tego samego stopnia niezależności od swego pracodawcy, co adwokat wykonujący zawód w ramach kancelarii zewnętrznej w stosunku do swego klienta²⁹.

Trybunał zgodził się ze stanowiskiem rzecznika generalnego wyrażonej w pkt. 83 swojej opinii, iż różnica niezależności pomiędzy prawnikami wewnętrznymi i zewnętrznymi zachowuje swe znaczenie pomimo tego, że ustawodawca krajowy stara się zrównać adwokatów wewnętrzných i zewnętrznych. Ta integracja obejmuje tylko formalny aspekt dopuszczenia prawnika przedsiębiorstwa do wykonywania zawodu adwokata i obowiązków zawodowych, które ciążyą na nim z tytułu wpisu na listę adwokacką. Jednakże te ramy prawne nie mają żadnego wpływu na zależność ekonomiczną i osobistą identyfikację adwokata pozostającego w stosunku pracy z jego przedsiębiorstwem. Z powyższych rozważań rzecznika ge-

²⁷ Por. pkt 44 przedmiotowego wyroku.

²⁸ Por. pkt 47 przedmiotowego wyroku.

²⁹ Por. pkt 56 przedmiotowego wyroku.

neralnego – zdaniem ETS – wynika, że pozycja adwokata wewnętrznego jest zasadniczo odmienna od sytuacji adwokata zewnętrznego, tak że ich sytuacje nie są porównywalne w rozumieniu orzecznictwa unijnego w zakresie równego traktowania.

W orzeczeniu z dnia 14 września 2010 r. Trybunał stwierdza zatem, że sytuacja prawna w państwach członkowskich Unii Europejskiej nie zmieniła się na przestrzeni lat, które upłynęły od wydania ww. wyroku w sprawie *Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) v. Commission*, w zakresie uzasadniającym rozwój orzecznictwa w kierunku przyznania adwokatom wewnętrznym przywileju ochrony tajemnicy. Trybunał zgodził się wprawdzie, że o ile istotnie uznanie szczególnej roli doradców prawnych przedsiębiorstw oraz ochrony poufności wymienianych z nimi informacji jest relatywnie bardziej powszechne współcześnie, niż było to w czasach, kiedy zapadał wyrok w sprawie *Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) v. Commission*, to nie jest możliwe zidentyfikowanie w porządkach prawnych państw członkowskich jednolitych tendencji w tym zakresie ani nawet tendencji wyraźnie większościowych. Nadal istnieje znaczna liczba państw członkowskich, które wyłączają prawników przedsiębiorstw z ochrony tajemnicy komunikacji pomiędzy adwokatem i klientem. Ponadto wiele państw członkowskich nie pozwala prawnikom przedsiębiorstw na uzyskanie wpisu na listę adwokacką, a zatem na uzyskanie statusu adwokata³⁰. Trybunał stwierdził zatem, że sytuacja prawna w państwach członkowskich Unii Europejskiej nie zmieniła się na tyle, aby uzasadnić odstępstwo od reguł wskazanych w wyroku w sprawie *Australian Mining & Smelting Europe Limited (AM&S) v. Commission*³¹.

5. Zaprezentowane orzeczenie dotyczy wyłącznie wąskiego obszaru spraw – z zakresu ochrony konkurencji. Zauważyć należy jednak, że Trybunał w swoim orzeczeniu „oderwał” zagadnienia ochrony tajemnicy zawodowej różnych grup prawników od obszaru prawnego, w którym orzekano. Kryteria sformułowane przez Trybunał mają charakter uniwersalny, możliwy do zastosowania w odniesieniu do każdej praktycznie dziedziny prawa.

³⁰ W niemieckiej literaturze przedmiotu, już po wydaniu przedmiotowego wyroku przez Trybunał pojawiły się również wątpliwości związane z tym, iż w praktyce pozycja prawnika jako pracownika przedsiębiorstwa nie różni się specjalnie od pozycji „niezależnego prawnika zewnętrznego” będącego związanym z danym przedsiębiorcą długoletnią, cywilną umową. Wskazuje się, iż tego typu „zależność” może być również przedmiotem oceny Trybunału w przyszłości – por. A. Gronemeyer, D. Slobodenjuk, *Legal Professional Privilege in Kartellverfahren – Vertraulichkeitsschutz am Scheideweg?*, „Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht” 2010, s. 313-314.

³¹ W. Marchwicki, M. Niedużak, *Tajemnica zawodowa prawnika wewnętrznego*, „Monitor Prawniczy” 2011, nr 4, s. 222.

W rzeczywistości jednak sprawa ta pociąga za sobą dalsze implikacje, także dla wewnętrznych prawników z innych państw, którzy mogą być członkami samorządów zawodowych, w tym w szczególności polskich radców prawnych. Nie można bowiem wykluczyć, że taki a nie inny sposób pojmowania zakresu zasady *legal privilege* również w innych postępowaniach prowadzonych przez organy unijne może spowodować, iż gwarantowana przepisami ustawy korporacyjnej tajemnica radcowska radców prawnych zatrudnionych na podstawie umowy o pracę może podlegać próbie ograniczenia³².

Nie można jednakże zapominać o stosownych rozwiązaniach przewidzianych treścią ustawy o radcach prawnych, które faktycznie mają kreować niezależność wykonywania przez nich zawodu również w stosunku pracy z przedsiębiorcą. Zgodnie z przepisem art. 9 ust. 1 u.r.p., radca prawny wykonujący zawód w ramach stosunku pracy zajmuje samodzielne stanowisko podległe bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej. Stosownie do brzmienia art. 9 ust. 4 u.r.p., radcy prawnemu nie można polecać wykonania czynności wykraczającej poza zakres pomocy prawnej, a przy wykonywaniu czynności zawodowych radca prawny korzysta z wolności słowa i pisma (art. 11 ust. 1 u.r.p.). Podkreślić należy również, że radca prawny nie jest związany poleceniem co do treści opinii prawnej (art. 13 ust. 1 u.r.p.). Powyżej wskazywano już, że radca prawny jest związany uchwalanymi przez władze korporacji zasadami etyki zawodowej. Szczególnie art. 11 ust. 3 Kodeksu Etyki Radcy Prawnego stanowi, że od radcy prawnego wymaga się nieulegania wpływom – zwłaszcza tym, które mogą wynikać z jego osobistych interesów lub nacisków z zewnątrz. Radca prawny musi unikać wszelkich ograniczeń własnej niezależności i nie może odstępować od zasad etyki w celu zadowolenia klienta, sądu lub osób trzecich.

Powyższe regulacje prawne mają gwarantować niezależność wykonywania zawodu radcy prawnego zatrudnionego na podstawie umowy o pracę. Trudno byłoby więc twierdzić, że przyjęty w orzecznictwie ETS pojęcie prawnika wewnętrznego, którego nie obejmuje zasada *legal privilege* odnosi się do radcy prawnego zatrudnionego na podstawie stosunku pracy.

Sąd, niestety, oparł takie ujednolicenie na najniższym możliwym standardzie ochrony prawa do obrony, zakładającym najniższy stopień niezależności, z jakiego prawnik wewnętrzny mógłby korzystać w którymkolwiek krajowym systemie prawnym w Unii Europejskiej. Należy zgodzić się z poglądem, jaki wyraził Bartosz Turno (jeszcze przed wydaniem wyroku przez Trybunał), iż rozwiązań ograniczających zasadę *legal privilege*

³² Podobnie J. Kosuniak, *Dlaczego powinniśmy pamiętać o sprawie Akzo Nobel*, „Radca Prawny” 2011, nr 115-116, s. 10.

„[...] nie da się łatwo i w całości implementować na grunt polskiego systemu prawnego”³³.

Trudno jednoznacznie przewidzieć sposób, w jaki omawiane orzeczenie wpłynie na podejście krajowych organów antymonopolowych do instytucji *legal privilege* pod rządami krajowych systemów prawa ochrony konkurencji (prawa antymonopolowego). Takie rozumienie ochrony tajemnicy radcowskiej może mieć wpływ na praktykę orzeczniczą.

Nie można zakładać, iż w postępowaniach prowadzonych wyłącznie na podstawie przepisów ustawy antymonopolowej przez Prezesa UOKiK może zostać oparte na omawianym orzecznictwie ETS. Pewne wątpliwości mogą jednakże być związane z tymi postępowaniami, które Prezes UOKiK prowadzi jednocześnie na podstawie przepisów prawa unijnego. Również w przypadku prowadzenia przeszukania przez Komisję Europejską na podstawie art. 20 ust. 5 rozporządzenia nr 1/2003 z udziałem pracowników UOKiK możliwe jest wykorzystanie omawianego orzecznictwa przez tych ostatnich.

Można się jednakże spodziewać, że w obszarze funkcjonowania krajowego organu ochrony konkurencji może pojawić się pokusa wykorzystania wskazywanego orzecznictwa ETS do ograniczania zasady *legal privilege* wobec radców prawnych w postępowaniach antymonopolowych. Należy jednakże twierdzić, iż tego typu działanie stanowiłoby w praktyce naruszenie prawa – przepisy korporacyjne gwarantują radcom prawnym ochronę tajemnicy zawodowej niezależnie od formy wykonywania przez nich zawodu.

Wyrok Trybunału faktycznie prowadzi do ujednolicenia instytucji *legal privilege*. Instytucja ta powinna być jednakże ujednolicona w kierunku możliwie pełniejszej ochrony tajemnicy zawodowej. Takie ujednolicenie samo w sobie pozbawia autonomię prawodawczą państw członkowskich istotnego znaczenia, przy uwzględnieniu wpływu, jaki interpretacja zakresu tej instytucji dokonana przez ETS pod rządami prawa unijnego może wywrzeć na krajową praktykę orzeczniczą.

Jak się wydaje, niezależnie od powyższego, omawiane orzeczenie ETS nie wyłącza wszystkich wewnętrznych kontaktów spod przywileju *legal privilege*. Wydaje się, iż pisma przygotowawcze prawników mogą zostać objęte tym przywilejem, o ile zostały stworzone wyłącznie na potrzeby uzyskania porady od prawnika w ramach wykonywania swojego prawa do obrony.

Bez wątpienia, pisemna komunikacja „prawnika wewnętrznego” należącego do niezależnego samorządu zawodowego (radcy prawnego zatrudnionego na podstawie stosunku pracy u przedsiębiorcy) powinna podlegać ochronie na podstawie zasady *legal privilege*.

³³ B. Turno, *Zagadnienie...*, s. 185.



AUTORZY



dr Mateusz Błachucki — adiunkt w Zakładzie Prawa Administracyjnego w Instytucie Nauk Prawnych PAN. Radca Prezesa w Departamencie Kontroli Koncentracji w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Szkoły Głównej Handlowej.

Ekspert w grupach roboczych międzynarodowych organizacji ds. ochrony konkurencji, tj.: Europejska Sieć Konkurencji (ECN), Międzynarodowa Sieć Konkurencji (ICN), Komitet Konkurencji OECD, Grupa Robocza ds. Koncentracji przy Komisji Europejskiej (MWG) czy Europej-

skie Organy ds. Konkurencji (ECA). Przedstawiciel Polski w Komitecie Doradczym ds. Koncentracji przy Komisji Europejskiej. Członek Polskiego Towarzystwa Legislacji, Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego oraz stały współpracownik OBSiL Krajowej Rady Radców Prawnych.

Specjalizuje się w postępowaniu administracyjnym, prawie antymonopolowym i prawie pomocy publicznej.

Prelegent na licznych konferencjach krajowych i zagranicznych. Autor i redaktor wielu publikacji naukowych.



dr Joanna Brylak — radca prawny, adwokat, LL.M., praktykuje w Warszawie, współpracuje z kancelariami prawniczymi w Niemczech.

Absolwentka Uniwersytetu Warszawskiego i Uniwersytetu w Bochum, wykładowca akademicki, członkini Polskiego Stowarzyszenia Ekonomicznej Analizy Prawa, wykładowca procedury karnej na aplikacji radcowskiej przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie, ekspert i członkini OIRP w Warszawie, arbiter Sądu Polubownego tej Izby. Prowadzi własną kancelarię prawną ukierunkowaną na obsługę podmiotów polskich i zagranicznych.

dr Michał Domagała — absolwent Wydziału Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II. Specjalizuje się w prawie energetycznym; do podstawowych obszarów jego zainteresowań należą prawne oraz administracyjne aspekty bezpieczeństwa energetycznego. Zajmuje się także postępowaniem administracyjnym i sądownoadministracyjnym oraz publicznym prawem gospodarczym, w szczególności zagadnieniami związanymi z reglamentacją działalności gospodarczej.



dr Filip Grzegorzczak — adiunkt w Zakładzie Prawa Cywilnego i Gospodarczego Katedry Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie. Adwokat, członek Zespołu Prawa Gospodarczego Komisji Legislacyjnej Naczelnej Rady Adwokackiej.

Autor dwóch monografii oraz ponad 30 artykułów z zakresu szeroko rozumianego prawa gospodarczego.



dr Marlena Jankowska — adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego i Prawa Prywatnego Międzynarodowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego, należy do Pracowni Prawa Ochrony Własności Intelektualnej i na Dobrach Kultury przynależącej do tej katedry. Autorka kilkudziesięciu publikacji z zakresu prawa autorskiego, cywilnego i gospodarczego.



dr Michał Kania – adiunkt w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

Autor publikacji z zakresu prawa administracyjnego, publicznego prawa gospodarczego, postępowania administracyjnego oraz postępowania sądowoadministracyjnego.

dr hab. Radosław Koper – adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Procesowego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego. Autor i współautor licznych publikacji o charakterze naukowym i dydaktycznym głównie z zakresu postępowania karnego i w mniejszym stopniu – prawa karnego materialnego oraz prawa konstytucyjnego. Najważniejszą pracą w zbiorze publikacji jest wykazująca charakter interdyscyplinarny monografia *Jawność rozprawy głównej a ochrona prawa do prywatności w procesie karnym* (2010). W kręgu zainteresowań naukowych autora znajdują się zagadnienia dotyczące m.in. ochrony praw człowieka w procesie karnym, konstytucyjnoprawnych uwarunkowań procesu karnego, konsensusalizmu w ramach procedury karnej, sytuacji prawnej dziennikarzy w relacji do postępowania karnego oraz funkcjonowania instytucji świadka koronnego.



dr Grzegorz Mikrut – adiunkt, kierownik Samodzielnego Zakładu Prawa i Edukacji dla Bezpieczeństwa na Wydziale Wychowania Fizycznego Akademii Wychowania Fizycznego im. Jerzego Kukuczki w Katowicach, gdzie równocześnie pełni funkcję Prodziekana Wydziału WF. Członek Polskiego Towarzystwa Prawa Sportowego z siedzibą w Poznaniu, członek Działu Szkolenia Polskiego Związku Kolarskiego – konsultant ds. sportu akademickiego MTB, Kierownik Sekcji Kolarstwa Górskiego oraz członek zarządu Klubu Sportowego AZS AWF Katowice.



Maciej Mitera – sędzia Sądu Rejonowego w Warszawie, od 2007 r. delegowany do Sądu Okręgowego w Tarnowie; były główny specjalista w Ministerstwie Sprawiedliwości (Departament Organizacyjny), pełnomocnik Ministra Sprawiedliwości przed WSA i NSA, wykładowca akademicki, współpracuje z Krajową Szkołą Sądownictwa i Prokuratury, specjalizuje się w prawie administracyjnym i egzekucji w administracji, uczestnik seminarium doktoranckiego na UW.



dr Tomasz Niedziński – radca prawny, adiunkt w Instytucie Polityki Społecznej Uniwersytetu Warszawskiego, rzecznik dyscyplinarny przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie, wykładowca na Podyplomowym Studium Prawa Pracy na Wydziale Prawa i Administracji UW, ekspert OIRP w Warszawie. Wspólnik kancelarii Tomasz Niedziński i Wspólnicy Sp.k. Autor kilkudziesięciu publikacji z zakresu prawa pracy i ochrony danych osobowych.



dr Mirosław Pawełczyk – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego. Od 2003 r., po złożeniu egzaminu radcowskiego z wynikiem celującym, radca prawny w OIRP w Opolu oraz partner zarządzający w Kancelarii Radców Prawnych Pawełczyk & Szura Spółka Partnerska. Od 2002 r. – po wyróżnionej uchwale Rady Wydziału publicznej obronie doktorskiej – adiunkt w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego oraz adiunkt w Katedrze Prawa

i Administracji Górnośląskiej Wyższej Szkoły Handlowej im. W. Korfante-
go w Katowicach (w latach 2002–2009).

Członek Rady Narodowego Programu Redukcji Emisji przy Ministrze Go-
spodarki oraz członek zwyczajny Towarzystwa Obrotu Energią. Wiceprze-
wodniczący Zarządu Górnośląskiego Towarzystwa Gospodarczego.

Członek Rady Programowej czasopism „Radca Prawny” i „Zeszyty Nauko-
we Prawa Gospodarczego i Handlowego”. Członek Rady Programowej
Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji przy KRRP.

Autor ponad 60 publikacji naukowych m.in. z zakresu prawa gospodar-
czego, prawa konkurencji, prawa energetycznego i prawa rynku kapitało-
wego, w tym pierwszej w kraju monografii z zakresu gwarantowania pro-
cesów emisyjnych w spółkach publicznych.



dr Piotr Pinior — adiunkt w Katedrze Prawa Go-
spodarczego i Handlowego na Wydziale Prawa
i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Kato-
wicach; specjalizuje się w zakresie prawa spółek.
Autor licznych artykułów dotyczących proble-
matyki prawa spółek oraz monografii *Podział
spółek kapitałowych w prawie polskim i niemiec-
kim* (2003), współautor komentarza do Kodek-
su spółek handlowych pod red. J.A. Strzępki
(2012).



dr Piotr Sokal — radca prawny, ukończył rów-
nież studia podyplomowe o kierunku zarządza-
nie i marketing na Akademii Ekonomicznej
w Katowicach.

Autor kilkudziesięciu publikacji naukowych
m.in. z zakresu prawa cywilnego, prawa gospo-
darczego i prawa finansowego.



Maciej M. Sokołowski – doktorant w Instytucie Nauk Prawno-Administracyjnych Uniwersytetu Warszawskiego. Absolwent Wydziału Prawa i Administracji UW oraz Centrum Prawa Amerykańskiego. Stypendysta Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego za wyniki w nauce. Odbył liczne staże i praktyki, m.in. w RWE Polska, Urzędzie Regulacji Energetyki, Ministerstwie Gospodarki, Państwowej Agencji Atomistyki. Obecnie Dyrektor Wykonawczy w Społecznej Radzie ds. Narodowego Programu Redukcji Emisji przy Ministrze Gospodarki.

Współpracownik polskich i zagranicznych kancelarii prawnych.

Autor opracowań dotyczących energetyki odnawialnej i konwencjonalnej oraz publikacji z dziedziny prawa administracyjnego, gospodarczego, energetycznego, ochrony środowiska i atomowego.



dr Rafał Stankiewicz – prawnik, ekonomista i politolog. Od 2004 r. adiunkt w Instytucie Nauk Prawno-Administracyjnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

Opiekun Koła Naukowego Prawa Administracyjnego UW. Członek Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych na Wydziale Zarządzania UW. Członek Stowarzyszenia Prawa Konkurencji, Polskiego Towarzystwa Ekonomicznego, Grupy Polskiej Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego.

Radca prawny w Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie. Członek Rady Programowej Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji przy Krajowej Radzie Radców Prawnych.

W latach 2004–2008 doradca oraz pełnomocnik procesowy Krajowej Rady Notarialnej. W latach 2004–2006 adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie.

Reprezentował KRRP przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie ze skargi na przepisy ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, w której zapadł wyrok w dniu 2 lipca 2007 r. (sygn. akt K 41/05).

Kieruje działem prawa ochrony konkurencji w kancelarii Marek Wierbowski i Partnerzy – Adwokaci i Radcowie Prawni.

Autorzy

Specjalista z zakresu prawa ochrony konkurencji, prawa sektorów infrastrukturalnych, prawa farmaceutycznego, prawa i postępowania administracyjnego.

Autor ponad 70 artykułów naukowych, podręczników, współautor komentarzy.

