Prace naukowe aplikantów radcowskich

Zbiór drugi

Prace naukowe aplikantów radcowskich

Zbiór drugi

Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych

Warszawa 2015

Redakcja naukowa:
Dr Sławomir Pilipiec

Recenzent:
Dr hab. Arkadiusz Bereza, prof. nadzw.

Opracowanie redakcyjne:
Małgorzata Baranowska

Projekt okładki:
Olgierd Zbychorski

© Copyright by Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych, 2015

ISBN 978-83-941028-6-9

Skład i łamanie:
MARGINALIA Pracownia Edytorska, marginalia.eu

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

Wydawca:
Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji
Krajowej Rady Radców Prawnych
Al. Ujazdowskie 41 lok. 2
00-540 Warszawa

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów 7

Przedmowa 9

Bartosz Zalewski
Logografowie, oratorzy, juryści – formy świadczenia pomocy prawnej w starożytnych Atenach i Rzymie 11

Mariola Szewczak-Daniel
„Przegląd Sądowy" – czasopismo prawnicze w Królestwie Polskim u schyłku Szkoły Głównej (1868–1872) 25

Joanna Lalak-Krzyżanowska
Pełnomocnik procesowy z urzędu w postępowaniu cywilnym i sądowoadministracyjnym w świetle wybranego orzecznictwa Sądu Najwyższego, sądów powszechnych i sądów administracyjnych 41

Paweł Dryk
Niezależność radcy prawnego w ujęciu normatywnym. Próba bilansu 61

Maciej Jarota
Polubowne rozwiązywanie sporów zbiorowych w Polsce. Wybrane zagadnienia prawne 79

Agata Duda
Mediator w sprawach rodzinnych. Wybrane zagadnienia 93

Zuzanna Barbara Gądzik
Prawnokarna ocena tzw. porwań rodzicielskich 109

Krzysztof Danielak
Zasadność stosowania przepisów dotyczących bezpodstawnego wzbogacenia w stosunku do zwrotu tzw. opłaty likwidacyjnej 119

Małgorzata Wilczek
Klauzule niedozwolone w umowach kredytu hipotecznego denominowanego w walucie obcej 135

Marcin Jędrejek
Zakres przedmiotowy prokury a obrót nieruchomościami 153

WYKAZ SKRÓTÓW

AUWr	–	„Acta Universitatis Wratislaviensis”
CBOSA	–	Centralna Baza Orzeczeń Sądów Administracyjnych (dostępna: orzeczenia.nsa.gov.pl)
CCBE	–	Rada Palestr i Organizacji Prawniczych Unii Europejskiej
CPH	–	„Czasopismo Prawno-Historyczne”
Dz. U.	–	„Dziennik Ustaw”
Dz. Urz. UE/WE	–	„Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej/Wspólnot Europejskich”
Dz. Urz. UOKiK	–	„Dziennik Urzędowy Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów”
ETS	–	Europejski Trybunał Sprawiedliwości
k.c.	–	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.)
k.h.	–	rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz. U. Nr 57, poz. 502 z późn. zm.)
k.k.	–	ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
KNF	–	Komisja Nadzoru Finansowego
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 (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1502 z późn. zm.)
k.p.c.	–	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 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.)
MPiPS	–	Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej
M. Praw.	–	„Monitor Prawniczy”
M.P.Pr.	–	„Monitor Prawa Pracy”
NSA	–	Naczelny Sąd Administracyjny
ONSA	–	„Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego”
ONSA 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 Wojskowa”
OSNP	–	„Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych”
OSP	–	„Orzecznictwo Sądów Polskich”
OTK	–	„Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego”
OTK-A	–	„Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy, seria A”
PIP	–	Państwowa Inspekcja Pracy
PiP	–	„Państwo i Prawo”
PiZS	–	„Praca i Zabezpieczenie Społeczne”
PPH	–	„Przegląd Prawa Handlowego”
PPP	–	„Przegląd Prawa Publicznego”
p.p.s.a.	–	ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 270 z późn. zm.)
Prz. Sejm.	–	„Przegląd Sejmowy”
PS	–	„Przegląd Sądowy”
PUG	–	„Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”
RE	–	Rada Europy
RIDA	–	„Revue Internationale des Droits de l’Antiquité”
SA	–	Sąd Apelacyjny
SN	–	Sąd Najwyższy
SO	–	Sąd Okręgowy
SOKiK	–	Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
SR	–	Sąd Rejonowy
TK	–	Trybunał Konstytucyjny
UE	–	Unia Europejska
UOKiK	–	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
u.o.k.k.	–	ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.)
u.r.p.	–	ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 507 z późn. zm.)
u.r.s.z.	–	ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 295)
u.s.c.	–	ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o służbie cywilnej (Dz. U. Nr 89, poz. 402 z późn. zm.)
u.z.z.	–	ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 167 z późn. zm.)
WSA	–	Wojewódzki Sąd Administracyjny
ZEKS	–	Zrewidowana europejska karta społeczna z dnia 3 maja 1996 r.
ZNSA	–	„Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego”
ZNUJ	–	„Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”

PRZEDMOWA

Prezentowany zbiór artykułów zatytułowany *Prace naukowe aplikantów radcowskich* powstał z zamiarem zwrócenia uwagi czytelników na teoretyczne, naukowe aspekty kształcenia aplikantów radcowskich.

Jest to drugi tom w serii wydawanej przez Ośrodek Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych w Warszawie. Pierwszy tom pod tytułem *Prace aplikantów radcowskich. Zbiór pierwszy*, Warszawa 2014, przygotowany został przez aplikantów radcowskich Okręgowej Izby Radców Prawnych w Krakowie. W związku z bardzo ciepłym przyjęciem wydawnictwa nie tylko w samorządzie radców prawnych, ale również w środowisku naukowym, seria pod nieco zmienionym, kładącym nacisk na „naukę", tytułem jest kontynuowana. W związku z powyższym recenzentem naukowym artykułów zawartych w zbiorze drugim jest dr hab. prof. nadzw. Arkadiusz Bereza.

Autorzy – aplikanci OIRP w Lublinie pokazują w tej publikacji, że są gotowi sprostać wyzwaniom stawianym członkom samorządu radców prawnych, do którego należą, że są otwarci wobec nowych oczekiwań i wyzwań oraz że najlepszą praktyką jest dobre opanowanie teorii. Zbiór zawiera dziesięć artykułów naukowych. Ich autorzy skupiają się na praktycznych formach i skutkach działania prawa obowiązującego, nawiązują do historii prawa polskiego i powszechnego, zajmują się ważnym tematem alternatywnych sposobów rozstrzygania sporów i mediacją, a także opisują rolę zawodu radcy prawnego. Prezentowane artykuły, choć stanowią jedynie wycinek analiz podejmowanych przez aplikantów, ukazują stopień złożoności polskiej kultury prawnej, a w jej ramach polskiego systemu prawnego; stanowią również dowód potrzeby wyjaśniania złożonych zjawisk prawnych.

Wydaje się, że ten pierwszy zbiór artykułów aplikantów OIRP w Lublinie (drugi tom w serii) zapoczątkuje tradycję dzielenia się aplikantów radcowskich swoją wiedzą i zainteresowaniami badawczymi ze wszystkimi członkami samorządu radców prawnych. Należy mieć również nadzieję, że prace te wpłyną na zwiększenie świadomości prawnej wszystkich czytelników.

dr Sławomir Pilipiec

Zastępca kierownika szkolenia aplikantów OIRP w Lublinie

Bartosz Zalewski

Logografowie, oratorzy, juryści – formy świadczenia pomocy prawnej w starożytnych Atenach i Rzymie

Wprowadzenie

Od 1 lipca 2015 roku wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej; z datą tą odpadły uprzednio obowiązujące ograniczenia w tym przedmiocie[1]. Skłania to do podejmowania refleksji naukowej nad statusem prawnym radców prawnych[2]. Wydaje się, że pożądanym uzupełnieniem toczącej się aktualnie dyskusji będzie podjęcie studiów o charakterze historycznoprawnym odnośnie form świadczenia pomocy prawnej na przestrzeni dziejów. Pozwoli to trafniej zdefiniować miejsce, jakie powinni zajmować radcowie prawni pośród zawodów prawniczych. Przyczynkiem dla tego rodzaju studiów pozostać musi ana-

[1] W poprzednim brzmieniu art. 4 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 637, 993, 1778) stanowił: „Wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej, z wyjątkiem występowania w charakterze obrońcy w postępowaniu karnym i w postępowaniu o w sprawach o przestępstwa skarbowe". Z dniem 1 lipca 2015 r. zmieniono treść art. 4, który uzyskał brzmienie: „Wykonywanie zawodu radcy prawnego polega na świadczeniu pomocy prawnej" – zob. ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 507 z późn. zm.). Dyspozycję art. 4 należy uzupełnić o treść art. 6 ust. 1 znowelizowanej u.r.p.: „Świadczenie pomocy prawnej przez radcę prawnego polega w szczególności na udzielaniu porad i konsultacji prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed urzędami i sądami w charakterze pełnomocnika lub obrońcy".

[2] Por. A. Kidyba, *Radca prawny: zawód wolny, regulowany czy przedsiębiorca?*, „Radca prawny. Zeszyty naukowe" 2014, nr 1, s. 1 i n.; J. Jacyszyn, *Wokół statusu prawnego radcy prawnego*, „Radca prawny. Zeszyty naukowe" 2014, nr 1, s. 9 i n.

liza sposobów świadczenia pomocy prawnej już w okresie antyku grecko-rzymskiego[3].

Zarówno dla prawa attyckiego, jak i rzymskiego, charakterystyczny był kontradyktoryjny model procedury sądowej, co skutkowało złożeniem na barki stron ciężaru związanego z przeprowadzeniem postępowania, w którym organ rozstrzygający pełnił jedynie rolę bezstronnego arbitra[4]. Co więcej, symptomatyczne dla tych starożytnych porządków prawnych było powierzenie funkcji sądowych osobom, które nie musiały legitymować się wykształceniem prawniczym[5]. Specyficznym dla prawa rzymskiego rozwiązaniem pozostawało także oddzielenie funkcji pomocnika strony w postępowaniu przed sądem od osoby uprawnionej do sporządzania w jej imieniu pism procesowych[6]. Odrębnym wreszcie zagadnieniem była działalność w zakresie poradnictwa prawnego. Wszystko to musiało rzutować na zapotrzebowanie społeczeństwa starożytnych Aten oraz Rzymu na określone usługi, jakie mieszczą się we współczesnym pojęciu pomocy prawnej.

Logografowie ateńscy

Wymiar sprawiedliwości w antycznych Atenach, jak zostało to już zasygnalizowane, funkcjonował bez udziału czynnika profesjonalnego[7]. Według Arystotelesa wyznacznikiem przynależności jednostki do grupy obywateli ateńskich było, obok możności udziału w Zgromadzeniu Ludowym,

---

[3] Warto zauważyć, że brak obecnie monograficznego opracowania tematyki świadczenia pomocy prawnej w starożytności – zarówno kompleksowego, jak i cząstkowego. Problem ten – odnośnie do rozważań dotyczących historii notariatu oraz jego związków z prawem rzymskim – dostrzegł M. Kuryłowicz w artykule *Notariat i prawo rzymskie*, „Rejent" 2000, nr 4, s. 43.

[4] Por. W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Bérier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2011, s. 159–160.

[5] Por. W. Litewski, *Rzymski proces cywilny*, ZNUJ 1988, z. 123, s. 20, 38. W literaturze podkreśla się obywatelski charakter funkcji sędziego w rzymskiej procedurze sądowej – zob. L. Wenger, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, New York 1940, s. 210 (pierwotnie wydane w języku niemieckim: *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925). Analogicznie odnośnie do sądownictwa ateńskiego – zob. M.H. Hansen, *Demokracja ateńska w czasach Demostenesa. Struktura, zasady i ideologia*, Warszawa 1999, s. 187; M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne. Wykłady z historii najstarszych praw świata*, Lublin 2006, s. 147.

[6] Zob. W. Litewski, *Rzymski proces cywilny*…, s. 83–84; M. Kuryłowicz, *Agoranomos i tabellio. Z historii antycznego notariatu*, „Rejent" 1992, nr 9, s. 16.

[7] M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne*…, s. 147; M.H. Hansen, *op. cit.*, s. 188; A. Lanni, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge 2005, s. 31.

prawo do sprawowania funkcji sędziego (*dikastes*)[8]. Skład sądów ustalany był w drodze losowań, spośród obywateli, którzy ukończyli lat trzydzieści, nie byli dłużnikami skarbu państwa i nie zostali pozbawieni praw[9]. Częstym zjawiskiem było oddawanie się sędziowskim obowiązkom przez osoby starsze i słabsze fizycznie, które dzięki otrzymywanym skromnym dietom (*heliastikon*) zapewniały byt sobie i swoim najbliższym[10]. Warto też zauważyć, że wymiar sprawiedliwości w państwie ateńskim nieustannie przeplatał się z polityką, a przyjęty model sądownictwa uważany był za jeden z filarów demokratycznego ustroju[11]. Wszystko to, w połączeniu z wielką liczebnością składów orzekających[12], wpłynęło na okoliczność, że sądy ateńskie nie były podatne na subtelną prawniczą argumentację, a raczej na retoryczne popisy odwołujące się do zbiorowych emocji[13].

Według prawa attyckiego na stronach procesowych ciążył obowiązek osobistego występowania przed sądem[14]. Jak podaje Kwintylian, w czasach Sokratesa zwyczajną praktyką było zatem przygotowywanie przez osoby trzecie mów dla uczestników postępowania, które ci musieli jednak samodzielnie wygłosić[15]. Tego rodzaju profesjonalnych mówców, piszących odpłatnie wystąpienia sądowe na zamówienie stron, przyjęto nazywać w historiografii logografami[16].

---

[8] Arystoteles, *Politica*, [w:] Arystoteles, *Aristotelis opera ex recensione Immanuelis Bekkeri. Accedunt Indices Sylburgiani*, ed. A.I. Bekker, Oxonii 1837, 3, 1275 a, dalej: Arist., *Pol.*

[9] M.H. Hansen, *op. cit.*, s. 188.

[10] R. Turasiewicz, *Wstęp*, [w:] Demostenes, *Wybór mów*, tłum. R. Turasiewicz, Wrocław 2005, s. 24. Autor zauważa, że sędziowie tacy byli szczególnie podatni na demagogiczne wystąpienia oskarżycieli argumentujących, iż skazując oskarżonych na grzywny zasilające Skarb Państwa, zapewnią sobie wypłatę wynagrodzenia.

[11] Por. Ch. Carey, *Trials from Classical Athens*, New York 2012, s. 4.

[12] Jak podaje M. Kuryłowicz w skład Sądu Ludowego (*heliaia*, *dikasterion*) wchodziło 6000 członków, z których tworzono sekcje sądowe orzekające w składach obejmujących od 201 do 501 osób. W sprawach większej wagi skład orzekający mógł obejmować nawet 2001 sędziów – M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne*…, s. 156–147.

[13] Por. Ch. Carey, *op. cit.*, s. 18; M. Jońca, *Ateńskie procesy o zabójstwa*, [w:] *Współczesna romanistyka prawnicza w Polsce*, pod red. A. Dębińskiego, M. Wójcik, Lublin 2004, s. 125.

[14] Zastępstwo procesowe strony przez osobę trzecią uznawano za przestępstwo – M.H. Hansen, *op. cit.*, s. 188.

[15] Kwintylian, *Kształcenie mówcy*, przekład i oprac. M. Brożek, Wrocław 2005, 2, 15, 31, dalej: Quint., *Inst. orat.*; zob. również M. Jońca, *op. cit.*, s. 133. Istniała jedynie możliwość powołania osoby zwanej *synegoros* – z reguły krewnego lub przyjaciela – która przemawiała razem ze stroną w czasie dla niej zarezerwowanym – M.H. Hansen, *op. cit.*, s. 200; A. Lanni, *op. cit.*, s. 36.

[16] Nazwa etymologicznie pochodzi od *logos* – słowo, oraz *grapho* – pisać. Szczegółowo na temat znaczenia terminu *logograf* – zob. J. Rominkiewicz, *Logografowie ateńscy*, AUWr nr 2620, Prawo CCXC, Wrocław 2004, s. 8–9. Określenie *rhetor* oznaczało natomiast jakiegokolwiek obywatela zabierającego głos przed Zgromadzeniem Ludowym. Zważywszy na fakt, że podejmowali się tego jedynie nieliczni, zdarzało

Logografowie byli zatem zawodowymi mówcami. Czy byli jednak przy tym prawnikami? Według poglądów Platona niepożądanym było oddzielanie nauki wymowy od nauki zasad sprawiedliwości[17]. Nie oznacza to jednak nawet postulatu filozofa, by łączyć edukację prawniczą z kształceniem mówcy. Biorąc pod uwagę fakt, iż Grecy w ogóle nauki prawa analogicznej do Rzymian nie stworzyli, tego rodzaju interpretacja byłaby zbyt daleko idąca[18]. Pomimo tego, logografowie musieli mieć pewne rozeznanie w prawie[19]. Przygotowywane przez nich oracje sądowe (*dikanikos logos*) miały swój określony porządek: część narracyjną, połączoną z prezentacją dokumentów, dalej następowała argumentacja i wieńcząca całość rekapitulacja[20]. Obowiązkiem mówcy, który – jak możemy domyślać się realizowano przy pomocy logografa – było przytoczenie na poparcie swego stanowiska cytatów z ustaw, znajdujących się na kamiennych stelach w różnych punktach miasta bądź udostępnionych w budynkach użyteczności publicznej[21].

Z powodzeniem można zatem określić logografów jako pomocników stron, z tym jednak zastrzeżeniem, że usługi przez nich świadczone nie zawsze miały charakter udzielania pomocy prawnej. Niekiedy bowiem służyli oni jedynie własnym talentem literackim, przy pomocy którego bardziej wpływali na emocje sędziów niż kreowali merytoryczną argumentację strony, opierającą się na treści norm prawnych. Stąd też dostrzegalne są wpływy myśli greckiej na rzymską praktykę prawniczą zwłaszcza w zakresie sztuki retorycznej; świetnie rozwinięta helleńska filozofia, pomimo że

się niekiedy pejoratywne użycie wskazanego terminu, jako synonimu osoby profesjonalnie zajmującej się polityką w celu osiągnięcia zysku – M.H. Hansen, *op. cit.*, s. 154–155.

[17] Quint., *Inst. orat.*, 2, 15, 31.

[18] Por. R.A. Bauman, *The Interface of Greek and Roman Law*, RIDA 1996, nr 48, s. 41; M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne*…, s. 150. Przez naukę prawa rozumieć przy tym systematyczną refleksję nad prawem obowiązującym, prawoznawstwo – por. F. Schulz, *History of Raman Legal Science*, Oxford 1953, s. 1.

[19] Por. Demosthenes, *Orations. Vol. IV: Orations 27–40. Private Cases*, transl. A.T. Murray, Cambridge 1936, 27, 2. Mówca wskazuje, że chodzi o znajomość tzw. kruczków prawnych. Zob. również J. Rominkiewicz, *op. cit.*, s. 11–12. Autor uważa, że przesadą byłoby określać logografów mianem prawników, mimo iż byli jedynym w zasadzie elementem profesjonalnym, który mógł udzielić porady prawnej. Dalej wskazuje, że wiedzę prawniczą zdobywali oni w drodze działalności praktycznej. Szczegółowe porównanie dotyczące sposobów zdobywania wiedzy prawniczej w starożytnej Grecji i Rzymie – zob. J. Kodrębski, *Sabinianie i prokulianie. Szkoły prawa w Rzymie wczesnego cesarstwa*, Łódź 1974, s. 52 i n.

[20] M.H. Hansen, *op. cit.*, s. 153. Podział mów na wygłaszane w trakcie debat politycznych (*symbouleutikos logos*), sądowe (*dikanikos logos*) oraz mowy popisowe (*eipdeiktikos logos*) zaproponowany został przez Arystotelesa w jego *Retoryce* – B. McComiskey, *Gorgias and the New Sophistic Rethoric*, Carbondale 2002, s. 90.

[21] A. Lanni, *op. cit.*, s. 37–38. Autor zauważa, że obowiązek ten nie był ściśle przestrzegany – znane są bowiem mowy, które w ogóle nie zawierają cytatów z ustaw.

dobrze niektórym jurystom znana, to nie odcisnęła wyraźniejszego piętna na prawie rzymskim, głównie ze względu na cechującą ich tendencję do kazuistyki[22].

Pozycja społeczna logografów nie była zbyt prestiżowa. W ateńskim wymiarze sprawiedliwości, który z zasady swej nie miał opierać się na podmiotach profesjonalnych, logografów milcząco tolerowano, jednakże nigdy nie cieszyli się oni zbytnim poważaniem[23]. Niektórzy spośród nich zdobyli jednak sławę; do tych zaliczyć można: Lizjasza (445–378 r. p.n.e.), Izajosa (390–340 r. p.n.e.) oraz przede wszystkim Demostenesa (ok. 385–322 r. p.n.e.)[24]. Talent oratorski był w starożytnych Atenach przepustką do politycznej kariery, stąd wielu ateńskich przywódców zaczynających kariery od profesji logografa, możliwie szybko ją porzucało[25].

Inne zawody prawnicze w świecie greckim

Prawo attyckie jest stosunkowo najlepiej znanym z praw greckich[26]. Miało ono także znaczny wpływ na porządki prawne innych państw greckich, a na skutek podbojów Aleksandra Wielkiego – także na rozległych terytoriach Azji Mniejszej, Syrii oraz Egiptu. Dobrze potwierdzone są zatem wpływy attyckie na procedurę sądową obowiązującą w państwie Ptolemeuszy, rezydujących w Aleksandrii egipskiej[27]. Odmiennie jednak niż w Atenach, prawo ptolemejskiego Egiptu znało funkcję profesjonalnych pełnomocników procesowych stron (*synegori*)[28], zorganizowanych w kor-

[22] M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne*…, s. 150–151. Przesadą zatem można zatem określić określanie jurysprudencji późnoklasycznej mianem „hellenistycznej", jak czyni to F. Schulz, *op. cit.*, s. 38 i n. Krytykę tego stanowiska przeprowadził W. Litewski (*Jurysprudencja*…, s. 19).

[23] M.H. Hansen, *op. cit.*, s. 201; J. Rominkiewicz, *op. cit.*, s. 13 i n. Autor wskazuje, że zawód ten pozostawał jednocześnie bardzo intratny.

[24] M. Kuryłowicz, M. Żołnierczuk, J. Kosiorkiewicz, *Historia prawa państw antycznych* (*ze szczególnym uwzględnieniem prawa rzymskiego*), Lublin 1980, s. 21.

[25] Było tak w wypadku Demostenesa i Hyperejdesa – M.H. Hansen, *op. cit.*, s. 201; zob. też R. Turasiewicz, *op. cit.*, s. 33.

[26] Obok praw miasta Gortyna na Krecie – M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne*…, s. 129.

[27] Por. R. Taubenschlag, *The ancient-Greek-City Laws in Ptolemaic Egypt*, [w:] idem, *Opera minora*, Warszawa 1959, s. 620–621. W państwie Ptolemeuszy fundamentalne znaczenie zachowywała zasada personalizmu: rodzimych mieszkańców kraju nad Nilem obowiązywało dawne prawo egipskie, greccy imigranci posługiwali się natomiast konglomeratem praw greckich. Odrębne znaczenie zachowywało ustawodawstwo królewskie – zob. M. Kuryłowicz, *Prawa antyczne*…, s. 44.

[28] Genezy *synegori* doszukiwać się jednak można w prawie ateńskim – byli to najczęściej przyjaciele stron, którzy wyjątkowo mogli zastąpić je w wygłaszaniu mowy obrończej lub oskarżycielskiej – por. J. Rominkiewicz, *op. cit.*, s. 17.

poracje zawodowe oraz pozostających pod kontrolą państwa[29]. Jak wskazuje się w literaturze, z zachowanych źródeł wynika, że *synegori* legitymowali się znajomością prawa[30]. Nie byli więc oni jedynie mówcami bez prawniczego przygotowania.

W państwach greckich znani byli również prywatni pisarze, których zadaniem była pomoc w sporządzaniu czynności prawnych w formie pisemnej[31]. Cechą charakterystyczną tak greckich, jak i orientalnych antycznych porządków prawnych było poświadczanie dokonanych czynności przy pomocy pisma, co musiało się łączyć z powstaniem grupy zawodowej świadczącej usługi w tym przedmiocie[32]. W Egipcie Ptolemeuszy, który cechował się rozrostem biurokracji, funkcjonował urząd będący historycznym pierwowzorem dzisiejszego notariatu, zwany *agoranomos*. Genezy *agoranomoi* doszukiwać się należy w starożytnych Atenach, gdzie odpowiadali za nadzór nad rynkiem oraz sprawowali inspekcję poszczególnych sklepów[33]. Początkowo pełnili oni zbliżone funkcje również w Egipcie, jednak z czasem ich kompetencje uległy znacznemu rozszerzeniu[34]. Do zadań tych urzędników należało sporządzanie dokumentów w zakresie obrotu prywatnoprawnego, testamentów, ksiąg gruntowych, różnego rodzaju oświadczeń oraz pokwitowań[35]. Stopniowo wykształciło się wiele urzędów o charakterze pomocniczym lub zbliżonym do *agoranomoi*[36].

[29] Utrzymywali się oni z państwowych pensji – R. Taubenschlag, *The Legal Profession in Greco-Roman Egypt*, [w:] idem, *Opera…*, s. 160–161; zob. również – idem, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, Warszawa 1955, s. 507.

[30] R. Taubenschlag, *The Law…*, s. 507–508.

[31] M. Kuryłowicz, *Agoranomos i tabellio…*, s. 12.

[32] Por. H. Kapiszewski, *Minima de notariis romanis*, AUWr nr 927, Prawo CLIV, Wrocław 1987, s. 17–18. Jak wskazuje Autor, zupełnie inaczej było w prawie rzymskim, w którym dominowała forma ustna dokonywania czynności prawnych połączona początkowo z charakterystyczną obrzędowością. Kontrakty literalne miały w prawie rzymskim znaczenie marginalne, a genezy ich doszukiwać się należy w prawach helleńskich – zob. M. Kuryłowicz, *Chirographa i syngrapha. Z historii antycznych zobowiązań pisemnych*, „Rejent" 1994, nr 10, s. 12–13.

[33] Plato, *Laws*, [w:] idem, *Plato in Twelve Volumes*, vol. 10, 11, transl. R.G. Bury, London 1967–1968, 8, 849a; Arist., *Pol.*, 6, 1322 b.

[34] M. Kuryłowicz, *Agoranomos i tabellio…*, s. 13.

[35] *Ibidem.* Szczególne znaczenie dla obrotu prawnego miały pisemne akty poświadczające zawarcie różnorakich umów dwustronnych, zwanych *syngrapha* – M. Kuryłowicz, *Chirographa i syngrapha…*, s. 14–15.

[36] Chodzi o urzędy takie jak *grapheios*, *nomographos* czy *synallagmatographos* – zob. M. Kuryłowicz, *Agoranomos i tabellio…*, s. 13–14.

Działalność rzymskiej jurysprudencji

Zagadnienie świadczenia pomocy prawnej w starożytnym Rzymie różniło się nieco od przedstawionych rozwiązań greckich i hellenistycznych. Wiązało się to przede wszystkim z działalnością jurysprudencji, która nie znajdowała odpowiednika w innych starożytnych kulturach prawnych, stanowiąc fenomen oryginalnie rzymski[37]. Trzeba zaznaczyć, iż jakakolwiek próba ogólniejszego nawet zarysowania całokształtu działalności rzymskiej jurysprudencji wykracza daleko poza ramy tego skromnego opracowania[38]. Skupić się zatem należy na działalności uczonych prawników w zakresie poradnictwa prawnego oraz na sporządzaniu formuł prawnych, jako formach świadczenia pomocy prawnej[39].

Przedstawiciele rzymskiej jurysprudencji mieli świadomość własnej wyjątkowości. Świadczyć o tym może wywód Ulpiana określający uczonych prawników mianem kapłanów czczących sprawiedliwość, wyznających dobro i słuszność, którzy potrafią oddzielić to, co szlachetne od tego, co niesłuszne:

> Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes[40].

Do głównych nurtów działalności jurysprudencji zalicza się tradycyjnie *respondere*, tj. udzielanie porad prawnych – tak osobom prywatnym, jak i urzędnikom magistraturalnym oraz sędziom, *cavere* – pomoc przy doko-

---

[37] Por. W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 7; J. Rominkiewicz, *op. cit.*, s. 10–11. O innych czynnikach, które wpłynęły na zupełnie wyjątkową pozycję prawa rzymskiego na tle innych praw antycznych – zob. M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie. Historia, tradycja, współczesność*, Lublin 2003, s. 16 i n.

[38] Należy przy tym odesłać do prac obszerniejszych, w szczególności do przywoływanej już monografii W. Litewskiego, *Jurysprudencja*… (tu szczegółowa bibliografia, s. 157 i n.), jak również do pracy J. Kodrębskiego, *op. cit*.

[39] Na temat działalności piśmienniczej jurystów – zob. W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 59 i n.; F. Schulz, *op. cit.*, s. 141 i n.

[40] *Digesta*, [w:] *Corpus Iuris Civilis*, vol. 1, ed. Th. Mommsen, P. Krüger, Berlin 1954, 1, 1, 1, dalej: *D.* „Dlatego ktoś słusznie nazwie nas kapłanami, ponieważ czcimy sprawiedliwość, wyznajemy dobro i słuszność, oddzielamy to, co szlachetne od tego, co niesłuszne, rozgraniczamy między tym, co dozwolone a niedozwolone, pragniemy sprawić, by ludzie byli dobrzy nie tylko przez obawę przed karami, ale także ze względu na zachętę, jaką stanowią nagrody; zajmujemy się, jeśli się nie mylę, filozofią rzeczywistą, a nie pozorną." [tłum. za: M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*…, s. 65].

nywaniu czynności prawnych, *agere* – doradztwo i pomoc w prowadzeniu procesu, czy wreszcie *instituere*, czyli działalność dydaktyczną[41].

Respondere było podstawową funkcją jurystów okresu republikańskiego[42]. Początkowo porady udzielane były ustnie i niepublicznie, lecz z upływem czasu zdarzało się, że prawnicy udzielali odpowiedzi na pytania osób zainteresowanych na *forum*, a zatem w miejscu publicznym[43]. Powstawać również zaczęły *responsa* udzielane w formie pisemnej, które stanowią istotną część intelektualnej spuścizny jurystów[44]. W okresie pryncypatu, prawdopodobnie już od czasów Oktawiana Augusta (27 r. p.n.e. – 14 r. n.e.), prawnikom wyróżniającym się wiedzą przyznawano szczególny **przywilej** – *ius publicae respondendi ex auctoritate principis*, tj. prawo do udzielania z upoważnienia cesarza odpowiedzi na zadawane pytania dotyczące treści obowiązującego prawa[45]. Zgodne opinie jurystów wyposażonych w to uprawnienie były w określonej sprawie wiążące. Z tego względu Gaius mógł pisać o prawotwórczej działalności jurysprudencji[46], która w perspektywie historycznej miała przesądzić o wielkości prawa rzymskiego. Prawnicy wyposażeni w *ius publicae respondendi* nadal pozostawali jednak osobami prywatnymi; ich grono pozostawało jednak wąskie i elitarne[47].

Poza udzielaniem porad prawnych do istotniejszych zajęć rzymskich *iuris prudentes* należało układanie wzorców umownych (*cautiones*), innych oświadczeń woli, a także aktów o charakterze procesowym[48]. U schyłku republiki, w czasach Cycerona, praktyką było jednak, że wybitni juryści parali się tym zajęciem jedynie dla swoich przyjaciół lub znanych postaci

[41] M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*…, s. 69; zob. również F. Schulz, *op. cit.*, s. 49 i n. Do trzech głównych nurtów działalności jurysprudencji Cyceron zalicza trzy: *cavere, respondere* oraz *agere* – Cicero, *De oratore*, [w:] idem, *Cicero in Twenty–Eight Volumes*, vol. 3, transl. E.W. Sutton, London 1967, 1, 48, 212, dalej: Cic., *De orat.*

[42] F. Schulz, *op. cit.*, s. 112. Jak zauważa Autor, w okresie klasycznym uprawiane przez jurystów poradnictwo prawne w znacznej mierze zamiera. Wiadomo jednak, że porad prawnych udzielali uczeni prawnicy jeszcze w V w. n.e., choć działalność ich była o wiele skromniejsza niż wybitnych poprzedników – W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 48.

[43] Niejednokrotnie dochodziło do dysput *iuris prudentes* dotyczących zagadnień prawnych będących przedmiotem porady – W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 46. Por. również M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*…, s. 67.

[44] Przy czym istnieje w literaturze przedmiotu wątpliwość, czy zbiory te zostały spisane przez słuchaczy, czy stanowiły odrębny gatunek literacki uprawiany przez jurystów – J. Kodrębski, *op. cit.*, s. 51. Jak wskazuje W. Litewski (*Jurysprudencja*…, s. 46), początkowo *responsa* były najpewniej spisywane po śmierci jurysty przez jego uczniów.

[45] M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*…, s. 68; W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 46. Szerzej na temat *ius publicae respondendi* – zob. K. Tuori, *The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence*, RIDA 2005, nr 51, s. 295–337, wraz ze wskazaną tam literaturą.

[46] Gaius, *Instytucje*, tłum. C. Kunderewicz, oprac. J. Rezler, Warszawa 1982, 1, 7.

[47] W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 47.

[48] Por. M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*…, s. 69; W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 49.

życia publicznego, ewentualnie w sprawach dotyczących szczególnie interesujących zagadnień prawnych[49]. Działalność jurysprudencji w zakresie *cavere* nie była przy tym pozbawiona historycznej doniosłości. Przede wszystkim na kanwie formuł wypracowanych przez uczonych prawników powstało wiele ważnych konstrukcji jurydycznych. Wspomnieć wystarczy *cautio Muciana, stipulatio Aquiliana* czy poszczególne rodzaje legatów[50]. W okresie klasycznym zanika powoli działalność *iuris prudentes* polegająca na *cavere*; sami juryści zaczynają natomiast coraz aktywniej uczestniczyć w działalności cesarskiej administracji, piastując niekiedy wysokie funkcje państwowe[51].

Inaczej niż w przypadku ateńskich logografów, rzymscy juryści cieszyli się dużą społeczną estymą, pochodząc z reguły z wyższych warstw społecznych[52]. Najdawniejsza jurysprudencja pontyfikalna wywodziła się zatem z patrycjuszowskiej arystokracji, która jako jedyna miała dostęp do udziału w kolegiach kapłańskich[53]. Pomimo następujących w Rzymie przemian społecznych, zachodzących początkowo w związku z walką stanów, a dalej z dynamicznym rozwojem terytorialnym, który pociągnął za sobą przemodelowanie rzymskich stosunków gospodarczych, jurysprudencja zachowała swój elitarny, choć już nie sakralny, charakter[54]. Należeli najczęściej *iuris prudentes* do nowej arystokracji (*nobilitas*) pochodzenia plebejskiego, częstokroć jednak skupionej wokół dawnych, wielkich rodów[55]. W okresie późnej republiki coraz częściej pojawiają się juryści pochodzący ze stanu ekwitów oraz pierwsi drobni prawnicy utrzymujący się ze swej pracy[56]. Dostrzec zatem można większe rozwarstwienie społeczne pośród

---

[49] Czynności tego rodzaju dla osób z niższych warstw społecznych wykonywali pomniejsi juryści lub zwyczajni skrybowie – F. Schulz, *op. cit.*, s. 49.

[50] *Ibidem*; zob. również W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 50–51.

[51] M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*…, s. 72.

[52] Szerzej na temat społecznej przynależności jurystów – zob. K. Kolańczyk, *O pochodzeniu i stanowisku społecznym prawników rzymskich*, CPH 1955, t. 7, z. 1, s. 227–284.

[53] Por. F. Schulz, *op. cit.*, s. 6 i n.; W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 16. Na temat pozycji patrycjuszy w okresie Rzymu archaicznego – zob. G. Alföldy, *Historia społeczna starożytnego Rzymu*, tłum. A. Gierlińska, Poznań 2003, s. 25 i n.

[54] Tradycyjnie przyjmuje się, że pierwszym krokiem ku laicyzacji rzymskiej jurysprudencji było ujawnienie do publicznej wiadomości trzymanego dotychczas w ukryciu zbioru skarg procesowych oraz kalendarza sądowego przez Gnejusza Flawiusza, sekretarza cenzora Appiusza Klaudiusza Ślepego. Miało to nastąpić około 300 r. p.n.e. W połowie III w. p.n.e. pierwszy pochodzący z plebsu najwyższy kapłan (*pontifex maximus*), Tyberiusz Coruncanius zaczął nauczać prawa wszystkich zainteresowanych – M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*…, s. 69. Zob. również G. Alföldy, *op. cit.*, s. 46.

[55] W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 33.

[56] Por. J. Kodrębski, *op. cit.*, s. 46; M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*…, s. 74. Jak zauważa Autor, arystokracja senatorska, ustępująca w tym okresie pochodzącym z różnych części Italii ekwitom, odzyskała pozycję dominującą w pryncypacie.

iuris prudentes. Zaznaczyć jednak trzeba, że najwybitniejsi spośród nich wciąż pełnili wysokie urzędy państwowe – by wspomnieć jedynie Papiniana, Paulusa oraz Ulpiana piastujących urząd prefekta pretorianów[57]. Powolny upadek rzymskiej jurysprudencji rozpoczął się w okresie dominatu. Nastąpiła wówczas jej biurokratyzacja, a z kart historii zanikają wielkie indywidualności rzymskich prawników[58].

Oratores, tabelliones, notarii

Rzymscy juryści jedynie z rzadka i niechętnie podejmowali się funkcji sędziego czy pełnomocnika procesowego strony[59]. Trzeba przy tym zaznaczyć, że mimo gruntownego wykształcenia, nie odnosili zbytnich sukcesów jako mówcy sądowi[60]. W okresie późnej republiki i pryncypatu wyraźnie zresztą odróżniano jurystów i adwokatów (*advocati*, *causidici*)[61]. Do historii przeszły słowa Akwiliusza Gallusa, twórcy stypulacji akwiliańskiej, w których osoby pytające go o interpretację faktów odsyłał do swego przyjaciela, Cycerona:

> Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem, inquiebat Gallus noster, si quo ad eum talem rettulerat, ut de facto quaereretur[62].

W okresie republikańskim wykształciły się dwie zasadnicze grupy pomocników procesowych stron: *advocati* – występujący zazwyczaj w pierwszej fazie postępowania (*in iure*), oraz *oratores* – czyli mówcy sądowi, którzy

---

[57] W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 39.

[58] Por. M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*…, s. 73; F. Schulz, *op. cit.*, s. 262 i n.

[59] M. Kuryłowicz, *Prawo rzymskie*…, s. 72.

[60] W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 42. Za najlepszego mówcę wśród jurystów uchodził według Cycerona Kwintus Mucjusz Scaevola *pontifex* – Cic., *De orat.*, 1, 39, 180. Pochlebna opinia o Scaevoli może wynikać również z tego, iż należał on do grona nauczycieli młodego Cycerona – K. Kumaniecki, *Cyceron i jego współcześni*, Warszawa 1959, s. 58–59.

[61] Por. Cic., *De orat.* 1, 36, 165–167; 1, 37, 168–172. Odmienny pogląd wyraził J.W. Tellegen, który uważał, że rozróżnienie to zostało wprowadzone sztucznie przez Teodora Mommsena na podstawie źródeł pochodzących od Cycerona – J.W. Tellegen, *Oratores, Iurisprudentes and the „Causa Curiana"*, RIDA 1983, nr 30, s. 294. Z okresu królestwa oraz wczesnej republiki żadne przekazy dotyczące adwokatów nie zachowały się. Pewne jest natomiast, że nie pełnili funkcji pomocników procesowych stron kapłani (*pontifices*), jedyni podówczas *iuris prudentes* – W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 42.

[62] Słowa te przytoczył sam Cyceron – Cicero, *Topica*, [w:] Cicero, M. Tullius Ciceronis, *Orator, Brutus, Topica, de optimo genere oratorum*, Turici 1830, 12, 51. „Nic to nie ma do prawa, idź do Cycerona – odpowiadał nasz Gallus, jeśli ktoś taką przedstawił mu sprawę, która dotyczyła badania faktów." [*tłum. własne*].

za pomocą środków retorycznych mieli wpływać na postawę emocjonalną sędziów w fazie *apud iudicem*[63]. Ścisłe rozgraniczenie obu grup na podstawie źródeł nie jest precyzyjnie możliwe, już bowiem w okresie pryncypatu różnice między nimi zanikają[64]. Zostaną one zatem potraktowane dalej łącznie.

Przez długie wieki prawo rzymskie nie znało wymogu, aby występujący w charakterze pomocnika strony mówca legitymował się formalnie potwierdzoną wiedzą prawniczą. Jednakże od kompetentnego i rzetelnego oratora oczekiwano, by posiadał przynajmniej podstawowe informacje w jej zakresie[65]. Pomimo tego, przygotowanie, jakie zdobywali adepci retoryki w trakcie swojej edukacji pozostawiało na ogół wiele do życzenia. Nauczyciele zadawali zatem swym uczniom do opracowania mowy na temat zupełnie od rzeczywistości oderwanych stanów faktycznych, bazując na przepisach prawnych, które częstokroć od dawna już nie obowiązywały[66]. Kwintylian kładł jednakże nacisk na to, by mówca sądowy dobrze orientował się w zagadnieniach dowodowych[67].

Jednakże niektórzy spośród oratorów mogli poszczycić się dobrą znajomością prawa. Do tej grupy niewątpliwie zaliczyć należy Cycerona[68]. Ten jednak zajmował się głównie zagadnieniami filozoficznymi, które jurystów na ogół nie interesowały[69]. Dobrą orientację w zagadnieniach prawnych miał również Pliniusz Młodszy, uchodzący za jednego z najlepszych mówców swoich czasów[70].

W okresie dominatu mówców sądowych zaczęto również określać jako *iuris periti*, *scholastici*, *togati*[71]. Oratorzy podporządkowani zostali kontroli państwa poprzez zorganizowanie ich w przymusowe korporacje[72]. Ustanowiono również określone limity ilościowe – cesarze w swych konstytucjach określali, ilu adwokatów może wykonywać swe funkcje w danej

---

[63] W. Litewski, *Rzymski proces cywilny*…, s. 42.

[64] *Ibidem.* Na ogół w literaturze przyjmuje się ogólną kategorię mówców sądowych, zawierających w sobie i właściwych *oratores* i *advocati.*

[65] W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 43.

[66] Niekiedy nawet na ustawach zupełnie fikcyjnych – J. Carcopino, *Życie codzienne w Rzymie w okresie rozkwitu cesarstwa*, tłum. M. Pąkcińska, Warszawa 1960, s. 141–142.

[67] Por. Quint., *Inst. orat.*, 5. Trzeba przy tym zauważyć, że Rzymianie prawa dowodowego w dzisiejszym rozumieniu nie stworzyli, a zainteresowanie jurystów zagadnieniami dowodowymi datuje się dopiero od czasów pryncypatu. Początki teorii dowodów związane są z epoką dominatu – W. Litewski, *Rzymski proces karny*, Kraków 2003, s. 92.

[68] Por. O. Tellegen-Couperus, J.W. Tellegen, *Nihil Hoc ad Ius, ad Ciceronem*, RIDA 2006, nr 53, s. 382.

[69] Por. W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 102 i n.

[70] J.W. Tellegen, *op. cit.*, s. 295.

[71] W. Litewski, *Rzymski proces cywilny*…, s. 83.

[72] *Ibidem.*

prowincji[73]. Żyjący w IV w. n.e. historyk rzymski, Ammian Marcelinus, wyróżniał cztery rodzaje obrońców sądowych, o których nie miał zresztą zbyt pochlebnej opinii[74]. Warto przy tym zauważyć, że jedynie jedna z tych kategorii musiała legitymować się znajomością prawa:

> Secundum est genus eorum, qui iuris professi scientiam, quam repugnantium sibi legum abolevere discidia, velut vinculis ori inpositis reticentes, iugi silentio umbrarum sunt similes propriarum[75].

Zmiany nastąpiły w V w. n.e. w cesarstwie wschodniorzymskim, gdzie od profesjonalnych pełnomocników stron wymagać zaczęto wykształcenia prawniczego, które zdobywali w szkołach prawniczych funkcjonujących w Berycie i Konstantynopolu[76]. Szczegółowe wymagania w stosunku do pomocników procesowych stron sformułował cesarz Leon w konstytucji z roku 460:

> Nemini licere sancimus aliquem sub adsidendi colore statutis centum quinquaginta advocatis, quos sibi eminentissima praefectura in consilium adsumpserit, adgregare. 1. Non aliter vero consortio advocatorum tuae sedis aliquis societur, nisi prius in examine viri clarissimi rectoris provinciae, ex qua oriundus est, praesentibus cohortalibus gesta conficiat, quibus aperte pateat cohortali statui ac fortunae eundem minime subiacere, si praesens vir clarissimus rector provinciae fuerit in eius examine: si vero afuerit, apud defensorem sui oppidi gesta conficiat. 2. Iuris peritos etiam doctores eorum iubemus iuratos sub gestorum testificatione depromere, esse eum, qui posthac subrogari voluerit, peritia iuris instructum: filios autem togatorum excellentiae tuae, qui vel nunc causas agunt vel futuris temporibus actitaverint, ceteris supernumerariis anteferri. 3. Illud insuper decernimus, ut etiam his, qui ultra centum quinquaginta advocatos eminentissimae tuae sedis reperiuntur, liceat et apud virum spectabilem proconsulem vel praefectum Augustalem vel comitem Orientis, viros etiam spectabiles vicarios et apud rectores provinciarum negotia perorare[77].

---

[73] Por. *Codex Iustinianus*, [w:] *Corpus Iuris Civilis*, vol. 2, ed. P. Krüger, Berlin 1963, 2, 7, 8; 2 , 7, 11, dalej: *C*.

[74] Por. Ammianus Marcellinus, *Rerum gestarum libri qui supersunt*, vol. 2, ed. W. Seyfarth, Leipzig 1978, 30, 4, 8–20, dalej: Amm. Marc., *Res gestae*.

[75] *Ibidem*, 30, 4, 11. „Druga jest klasa tych, którzy posiadają wiedzę dotyczącą nauki prawa, którzy sprzecznych ustaw usuwają rozterki, [którzy] jak gdyby usta mieli związane milczeniem, a jarzmem ciszy podobni są własnym cieniom." [*tłum. własne*].

[76] W. Litewski, *Jurysprudencja*…, s. 43.

[77] *C*., 2, 7, 11. „Postanawiamy, iż nikt nie może ustanowić pod pozorem wspierania [przed sądem], liczby większej niż stu pięćdziesięciu adwokatów, których Najdostojniejszy Prefekt dobierze do udzielania porad. 1. Nie wcześniej ktokolwiek zrze-

Cesarz w przytoczonej konstytucji statuuje wymóg, aby adwokaci legitymowali się wykształceniem prawniczym potwierdzonym egzaminem złożonym przed namiestnikiem prowincji, z której pochodzą. Namiestnik musiał być przy egzaminie obecny osobiście; gdyby nie było to możliwe, egzamin składano przed urzędnikiem zwanym *defensor civitatis*. Wiedzę prawniczą adepta powinien również potwierdzić uznany znawca prawa lub profesor. Oświadczenie składane było pod przysięgą.

Państwo zapewniało mówcom sądowym określone przywileje, takie jak zwolnienie od opłat sądowych czy z pełnienia niektórych urzędów lub funkcji, które odciągałyby ich od obowiązków sądowych[78]. Z drugiej jednak strony podlegali oni władzy dyscyplinarnej sądu, przy którym wykonywali swą funkcję. Nie mogli również oddalać się od siedziby tego sądu na dłużej[79].

Inną, znaną w antycznym Rzymie grupą zawodową świadczącą usługi prawne byli *tabelliones*. Pierwotnie byli to pisarze, którzy pomagali przygotowywać zainteresowanym osobom różnego rodzaju dokumenty[80]. Z czasem przyjęło się, że to nie mówcy sądowi, ale właśnie *tabelliones* sporządzali dla stron pisma procesowe[81]. Od III w. n.e. podlegali oni kontroli państwa[82]. Dokumenty przez nich sporządzane wciąż nie miały jednak waloru pism urzędowych[83]. Ustawowe wymogi stawiane pewnym kate-

szy się w radzie adwokatów w siedzibie Twojej [Prefektury], jak po wcześniejszym egzaminie przed Najjaśniejszym Mężem, Gubernatorem Prowincji, w której się urodził, przeprowadzonym przy obecności jego świty, która publicznie poświadczy, że status i los [kandydata] nie zależały od uznania urzędnika. Jeżeli Najjaśniejszy Mąż, Gubernator Prowincji, jest obecny [w mieście], niech uczestniczy w egzaminie; jeżeli jest nieobecny, niech [egzamin] odbędzie się przed obrońcą [defensore] tego miasta. 2. Zarządzamy także, by uczeni prawnicy, a zwłaszcza doktorzy [prawa], zaprzysięgli na piśmie świadectwo tego zdarzenia, iż ten, kto odtąd pragnie być wybrany, posiada przygotowanie prawnicze; co więcej synowie adwokatów [pracujących w prefekturze] Waszej Dostojności, którzy bądź to już teraz prowadzą sprawy sądowe, bądź też będą to robić w przyszłości, winni być preferowani przed pozostałymi. 3. Ponadto decydujemy by, także ci adwokaci, którzy znajdują się w stolicy Waszej Dostojności ponad liczbę stu pięćdziesięciu, mogli prowadzić czynności sądowe także przed Szacownym Mężem Prokonsulem, Cesarskim Prefektem, Komesem Wschodu, Szacownymi Wikariuszami Diecezji oraz przed Gubernatorami Prowincji." [*tłum. własne*].

[78] *Ibidem*, 2, 7, 6.

[79] W. Litewski, *Rzymski proces karny*…, s. 87.

[80] M. Kuryłowicz, *Agoranomos i tabellio*…, s. 16. Jak wskazuje Autor, nazwa *tbaelliones* pochodzi od rzeczownika *teblla*, oznaczającego drewnianą, pokrytą woskiem tabliczkę, która służyła jako materiał do zapisywania.

[81] W. Litewski, *Rzymski proces cywilny*…, s. 42.

[82] M. Kuryłowicz, *Agoranomos i tabellio*…, s. 16.

[83] M. Kuryłowicz, *Rzymskie przepisy o dokumentach i czynnościach notarialnych* (*Z historii notariatu*), „Rejent" 1996, nr 4–5, s. 36.

goriom dokumentów sporządzanych przez *tabelliones* wskazywała konstytucja cesarza Justyniana z 528 roku[84].

Znani byli również *notarii*, stenografowie zapisujący wypowiedzi innych osób przy pomocy specjalnych znaków (*notae*)[85]. W okresie dominatu nazwą tą określano urzędników kancelarii cesarskiej[86].

Podsumowanie

W antycznych Atenach i Rzymie znano różnorakie formy świadczenia pomocy prawnej. Niekiedy nie wiązały się one z posiadaniem określonych kwalifikacji, zwłaszcza osoby świadczące pomoc prawną nie musiały legitymować się prawniczym wykształceniem. Wystarczająca była na ogół podstawowa znajomość obowiązujących norm prawnych, nabywana częstokroć w drodze działalności praktycznej. Zmiany nastąpiły dopiero w schyłkowym cesarstwie rzymskim – dążenie do regulowania wszelkich dziedzin życia uwidoczniło się również w stosunku do różnych zawodów prawniczych, co przejawiało się w ich biurokratyzacji. Trzeba zauważyć, że do pozytywnych następstw tych tendencji zaliczyć należy okoliczność, iż pomocnicy procesowi stron posiadali niezbędne wykształcenie, które we wschodniej części państwa rzymskiego miało rzeczywiście odpowiedni poziom. Odmiennie należy ocenić natomiast utworzenie korporacji, które dalekie były od współczesnych samorządów prawniczych. Miały one na celu podporządkowanie mówców sądowych państwu. Różny od dzisiejszego był zakres pomocy prawnej, jakiej można było oczekiwać od przedstawicieli poszczególnych zawodów prawniczych. W antycznym Rzymie po poradę prawną należało udać się do jurysty, pomocy w prowadzeniu procesu udzielał orator, zaś pisma procesowe przygotowywał tabellion.

[84] *C.*, 4, 21, 17. Znosiły się one w zasadzie do kompletności dokumentu oraz podpisów stron i tabelliona. Dalsze wymogi wprowadziła Nowela 44, która wymagała by dokumenty sporządzane przez *tabelliones* zawierały nagłówek (*protocollum*), w którym wskazane byłoby nazwisko cesarskiego ministra skarbu oraz datę produkcji karty. Szczegółowe omówienie wskazanych aktów prawnych – zob. M. Kuryłowicz, *Rzymskie przepisy*…, s. 39 i n.

[85] M. Kuryłowicz, *Agoranomos i tabellio*…, s. 9.

[86] *Ibidem*, s. 17.

Mariola Szewczak-Daniel

„Przegląd Sądowy" – czasopismo prawnicze w Królestwie Polskim u schyłku Szkoły Głównej (1868–1872)

Odwilż posewastopolska w Rosji przyniosła wiele reform, które odbiły się pozytywnym echem również w Królestwie Polskim. Niewątpliwie zmianie na lepsze uległa sytuacja społeczno-polityczna, ze względu na amnestię dla zesłańców i emigrantów. Szczególnie wśród polskiego środowiska prawniczego ujawniły się silne tendencje patriotyczne i postępowe. Polacy po raz kolejny uwierzyli w odzyskanie autonomii. W 1862 r. w Warszawie utworzono kilkuwydziałową uczelnię, pod nazwą Szkoła Główna[1]. Złagodzeniu uległa również cenzura, co zachęciło szeregi polskich aktywistów do powoływania do życia nowych periodyków. Szczególnie prężnie rozwijały się czasopisma o tematyce prawniczej.

W powyżej opisanych warunkach w 1868 r. powstał „Przegląd Sądowy" – pismo naukowe poświęcone teorii i praktyce prawa[2]. Prawnicy polscy pomni świetności „Themis Polskiej" – pierwszego w Polsce periodyku naukowego z zakresu nauki prawa, pragnęli kontynuować tę wzniosłą tradycję[3]. Sama idea utworzenia „Przeglądu Sądowego" stanowiła niewątpliwie pokłosie kilkuletniego funkcjonowania Szkoły Głównej[4]. Wśród czołowych założycieli czasopisma możemy znaleźć nazwiska zacnych dydaktyków i młodych absolwentów tejże uczelni.

Celem niniejszego artykułu, poza ogólną charakterystyką czasopisma, jest przedstawienie aktywności naukowej środowisk prawniczych Królestwa Polskiego na łamach „Przeglądu Sądowego" w latach 1868–1872.

---

[1] *Profesorowie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 1808–2008*, pod red. G. Bałtruszajtys, Warszawa 2008, s. 15.

[2] S. Milewski, A. Redzik, *Themis i Pheme. Czasopiśmiennictwo prawnicze w Polsce do 1939 roku*, Warszawa 2011, s. 130–131.

[3] S. Milewski, *Pisma Temidy*, „Rzeczpospolita" 2000, nr 96(5566), s. 3.

[4] S. Milewski, A. Redzik, *op. cit.*, s. 131–133.

W opracowaniu przedmiotowego problemu pragnę zwrócić szczególną uwagę na stopień zaangażowania dydaktyków Szkoły Głównej w organizację procesu wydawniczego periodyku. Kolejnym zakładanym celem jest ukazanie zainteresowania poszczególnymi dziedzinami prawa na łamach „Przeglądu". Pogłębiając analizę, pragnę zbadać, jakim kwestiom prawnym w ramach poszczególnych gałęzi prawa autorzy poświęcali najwięcej uwagi.

Powołanie do życia periodyku prawniczego, podobnie jak każdego innego czasopisma, w myśl wówczas obowiązującego prawa prasowego, wymagało uzyskania koncesji[5]. Decyzję w przedmiocie udzielenia koncesji wydawał minister spraw wewnętrznych[6]. Wnioskujący o udzielenie zezwolenia byli zobligowani do przedstawienia programu periodyku, który musiał uzyskać akceptację Głównego Zarządu Prasy[7]. Ponadto każdorazowa zmiana programu czasopisma, a także zmiany na stanowisku redaktora pociągały za sobą konieczność uzyskania zgody Głównego Zarządu Prasy za pośrednictwem Warszawskiego Komitetu Cenzury[8]. Ze względu na objęcie prasy cenzurą prewencyjną każdy wydawany egzemplarz „Przeglądu" opatrzony był umieszczoną na karcie stron tytułowych adnotacją: „Za pozwoleniem Cenzury Rządowej".

Pierwszym redaktorem naczelnym „Przeglądu Sądowego" został Ignacy Bielicki, którego na tym stanowisku w 1869 r. zastąpił Wincenty Prokopowicz. Zamieszczona w tomie I *Przedmowa* dostarcza informacji na temat składu osobowego redakcji[9]. Było to grono dość liczne, bo składające się aż z czternastu członków. Warto odnotować, że w gremium osób odpowiedzialnych za proces wydawniczy znalazło się czterech profesorów Szkoły Głównej. Członkami redakcji byli ludzie młodzi, wywodzący się głównie z rodzin mieszczańskich, którzy gorliwie dążyli do reform politycznych, społecznych czy ekonomicznych[10].

W zamierzeniach redaktorów, zgodnie z przyjętym programem, „Przegląd Sądowy" miał być miesięcznikiem[11]. Jednakże rzeczywistość bardzo szybko zweryfikowała owe ambitne założenia. Wydawany co trzy miesią-

---

[5] Z. Kmiecik [*et al.*], *Prasa polska w latach 1864–1918*, Warszawa 1976, s. 11–13.

[6] *Ibidem*, s. 12.

[7] Główny Zarząd Prasy – centralny organ cenzury, powołany na mocy ukazu cara Aleksandra II z 1865 r., w 1867 r. scentralizował wszystkie agendy cenzury, w tym Warszawski Komitet Cenzury. Do jego kompetencji należało: 1) cenzura wszelkich pism i dzieł wydawanych w Warszawie; 2) cenzura czasopism sprowadzanych z zagranicy; 3) nadzór nad warszawskimi drukarniami. *Ibidem*, s. 11.

[8] *Ibidem*, s. 11–13.

[9] I. Bielicki, *Przedmowa od redakcji*, PS 1868, t. I, s. 5.

[10] S. Milewski, *Początki czasopiśmiennictwa prawniczego w Polsce*, PiP 1979, z. 12, s. 91.

[11] S. Milewski, A. Redzik, *op. cit.*, s. 133.

ce, po trzy zeszyty łącznie, w praktyce okazał się być kwartalnikiem[12]. Nie bez znaczenia dla objętości czasopisma pozostawał fakt wydawania trzech zeszytów w jednym tomie. Szczególnie czasopisma wydawane w początkowym okresie prenumeraty odznaczały się obszernością. Dla przykładu należy odnotować, iż tom I liczył 385 stron, II – 402 strony, z kolei tom X i kolejne – poniżej 300 stron. Powyższe dane statystyczne niewątpliwie odzwierciedlają słabnący stopień zaangażowania autorów w rozwój periodyku.

„Przegląd Sądowy" początkowo drukowano w jednej z warszawskich drukarń mieszczącej przy Krakowskim Przedmieściu, należącej do Józefa Ungera. Począwszy od tomu VIII wydanego w 1870 r. rozpowszechnianie czasopisma zlecono drukarni należącej do Samuela Orgelbranda, usytuowanej na ulicy Bednarskiej. Nakład każdego z tomów wahał się od 400 do 500 egzemplarzy[13]. Była to ilość niewielka w porównaniu z wydawanymi w tym samym czasie czasopismami naukowymi i społeczno-kulturalnymi, których nakład sięgał nawet do kilku tysięcy egzemplarzy[14].

Periodyk publikowano zaledwie cztery lata i doczekał się raptem wydań dziewiętnastu tomów. Warto podjąć próbę odpowiedzi na pytanie, dlaczego jego żywotność była tak krótka? Co przesądziło o niepowodzeniu „Przeglądu Sądowego"? Na ową nietrwałość istnienia czasopisma niewątpliwie wpływ miało szereg czynników. Po pierwsze, ogólna sytuacja w kraju, brutalna rusyfikacja ośrodków nauki, w tym Szkoły Głównej, której przyszło istnieć w okresie najsilniejszego ucisku, skupiała uwagę dydaktyków na próbie uchronienia polskiego ducha nauki przed podporządkowaniem czynnikom obcym[15]. Personel wydawniczy „Przeglądu Sądowego" zaangażował się w heroiczną walkę egzystencjalną, odkładając na bok kwestię tworzenia naukowych dysertacji[16]. Ponadto podłożem rozkładu czasopisma stał się zmierzch twórczości znamienitych publicystów, w tym profesorów wywodzących się z ówcześnie funkcjonujących uczelni oraz brak zainteresowania w podtrzymywaniu pomnych tradycji czasopisma w kręgu młodych absolwentów Wydziału Prawa. Do niepowodzenia periodyku przyczyniła się również ciężka sytuacja ekonomiczna, z którą przyszło zmagać się jego wydawcom. Brak środków na wydawanie periodyku oraz brak zainteresowania wśród odbiorców nie pozwoliły na kontynuację prenumeraty.

---

[12] *Ibidem*, s. 131–133.
[13] *Ibidem*, s. 134.
[14] Z. Kmiecik [*et al.*], *op. cit.*, s. 164–165.
[15] S. Borowski, *Szkoła Główna Warszawska 1862–1869. Wydział Prawa i Administracji*, Warszawa 1937, s. 255–257.
[16] S. Milewski, A. Redzik, *op. cit.*, s. 131.

Redakcja „Przeglądu" w przywoływanej *Przedmowie* wskazała główne motywy powołania do życia czasopisma oraz cele, jakie miało ono spełniać. Odwołując się do świetności swej wielkiej poprzedniczki – „Themis Polskiej", redakcja tak sformułowała pryncypia egzystencji pisma: „Idąc za wzorem licznych tego rodzaju pism zagranicznych, pamiętni świetnego przebiegu od dawna ustałej Temidy, pragniemy dokładnego pojęcia i rozpowszechniania nauki"[17]. Podobnie w *Słowie od redakcji* w zeszycie pierwszym tomu V czytamy: „Sądownictwo nasze jak i każde inne, stojąc na moralnej sile, potrzebuje jak największej jawności i światła. Obowiązkiem wszystkich jego przedstawicieli jest przykładać się do rozwinięcia tych warunków stanowiących naszą siłę żywotną"[18]. Owe niesienie jawności i światła oraz systematyzacja i rozpowszechnianie wiedzy prawniczej stały się głównymi wytycznymi powołanego do życia czasopisma. Przede wszystkim opracowania poświęcone teorii prawa miały stać się bodźcem do podejmowania działań legislacyjnych oraz pożywką dla miejscowej jurysprudencji[19]. Jak pokazała przyszłość, cele przyświecające redakcji okazały się ulotne w konfrontacji z ówczesnymi realiami życia politycznego w Królestwie Polskim.

Wydawcy „Przeglądu Sądowego" apelowali do przedstawicieli nauki i praktyki prawa o nadsyłanie artykułów dotyczących materii ściśle związanych z szeroko pojętą nauką prawa. Zgodnie z zapowiedzią członków redakcji publikowane w czasopiśmie artykuły miały dotyczyć: „zdarzeń sądowych, spraw obudzających zajęcie, wiadomości statystycznych, kroniki Sądowej, obron łączących ważność przedmiotu prawnego, z starannością opracowania"[20]. Różnorodność podejmowanej materii determinowała o układzie wewnętrznym czasopisma. Na końcu każdego tomu znajdował się spis treści, zwany *Spisem rzeczy*, w którym w oparciu kryterium przedmiotowe grupowano artykuły zamieszczone w wydawanym egzemplarzu.

Wiodącą rolę odgrywały dzieła poświęcone głównym gałęziom prawa: postępowaniu cywilnemu, prawu cywilnemu, prawu karnemu (bez rozróżnienia na prawo karne materialne i procedurę karną) oraz historii prawa. W kilku spośród wydanych tomów znalazły się prace stanowiące o prawie handlowym i prawie międzynarodowym. Najwięcej spośród opublikowanych artykułów poświęcono procedurze cywilnej (około 33% wszystkich publikacji poświęconych poszczególnym dziedzinom prawa). Kolejne miejsce pod względem ilości przedstawionych publikacji zajmują: prawo

[17] I. Bielicki, *op. cit.*, s. 5–6.
[18] W. Prokopowicz, *Od Redakcyi, z powodu zaczęcia drugiego roku wydawnictwa*, PS 1869, t. V, s. 3.
[19] S. Milewski, A. Redzik, *op. cit.*, s. 130–133.
[20] I. Bielicki, *op. cit.*, s. 5–6.

cywilne materialne oraz prawo karne (każda z gałęzi po około 20%). Stosunkowo często autorzy podejmowali problematykę opracowań dotyczących historii prawa (około 16%). Incydentalnie zajmowano się tematyką prawa handlowego i międzynarodowego (odpowiednio: około 7% i 4%). Przytaczane dane liczbowe są efektem badań polegających na określeniu liczby poszczególnych opracowań, abstrahują natomiast od obszerności poszczególnych artykułów. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że wydawane publikacje znacznie różniły się pod względem ilości zajmowanych stronic. W „Przeglądzie Sądowym" niejednokrotnie pojawiały się dzieła, które ze względu na rozbudowaną treść wymagały podziału na kilka części.

Poza dysertacjami poświęconymi konkretnym gałęziom prawa wyodrębniono działy szczególne, traktujące o rozmaitej tematyce. W zdecydowanej większości wydanych tomów wyszczególniono dział zatytułowany *Prawodawstwo*. Publikowano tam głównie „Spostrzeżenia prawodawczo-organiczne Prokuratora Naczelnego zawarte w sprawozdaniach z czynności IX Departamentu Senatu Rządzącego". Przedmiotowe spostrzeżenia dotyczyły głównie organizacji wewnętrznej oraz postępowania przed IX Departamentem, począwszy od 1842 r.[21] Ponadto w „Przeglądzie Sądowym" wyodrębniono dział zwany *Kroniką sądową*. Przedstawiano w niej sprawy z jednej strony absorbujące pod względem jurydycznym, z drugiej strony nieco nieszablonowe ze względu na złożoność stanu faktycznego, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez sądy królewskie i cesarskie. W odrębnym dziale *Rozmaitości* znaleźć możemy nekrologi osób zasłużonych dla nauki i praktyki prawa, skierowane do czytelników mowy od redakcji, wiadomości bieżące dotyczące funkcjonowania organów wymiaru sprawiedliwości oraz mowy wygłaszane przy zagajaniu doktorskich dysput. W dziale *Bibliografia* zamieszczano recenzje dzieł prawnych publikowanych zarówno w kraju, jak i za granicą, głównie we Francji.

Jak już zaznaczono na wstępie, utworzenie czasopisma było pokłosiem kilkuletniego funkcjonowania warszawskiej Szkoły Głównej[22]. Spośród dydaktyków tej uczelni w „Przeglądzie Sądowym" publikowali: Walenty Miklaszewski, Walenty Dutkiewicz, Antoni Okolski oraz Hipolit Chwalibóg[23]. W składzie redaktorów czasopisma znaleźli się ponadto inni profesorowie Szkoły Głównej, tj. Ignacy Bielicki i Władysław Okęcki. Jednakże nie przyczynili się do rozwoju wydawniczego „Przeglądu", ponieważ nie zamieścili żadnego artykułu. Ze względu na znaczący udział dydaktyków Szkoły Głównej w tworzeniu i działalności czasopisma, warto bliżej przyjrzeć się ich sylwetkom.

---

[21] W. Witkowski, *Aleksander This i Jan Kanty Wołowski – wybitni prawnicy Królestwa Polskiego*, Lublin 2001, s. 183.

[22] S. Milewski, A. Redzik, *op. cit.*, s. 131–135.

[23] *Ibidem*, s. 131–135.

Największy wkład w rozwój czasopisma wniósł Hipolit Chwalibóg, i od jego osoby należy rozpocząć rozważania poświęcone publicystom wywodzącym się z kręgów nauczycielskich warszawskiej Szkoły Głównej. Chwalibóg urodził się w 1824 r., zmarł w 1902 r.[24] Ukończył gimnazjum gubernialne w Łodzi, następnie Kursy Prawnicze Warszawskie, po czym rozpoczął aplikację sądową, którą przerwał w celu kontynuacji dalszych studiów na Uniwersytecie Petersburskim[25].

Pracę na Wydziale Prawa Szkoły Głównej rozpoczął w 1865 r., uzyskując nominację na p.o. profesora nadzwyczajnego prawa i procedury cywilnej[26]. Prowadził wykłady z procedury cywilnej dla studentów IV roku prawa, według systematyki francuskiego kodeksu postępowania cywilnego oraz wykłady z prawa handlowego. W styczniu 1869 r. uzyskał nominację na profesora zwyczajnego Szkoły Głównej. W wyniku zamknięcia Szkoły Głównej, od 1 sierpnia 1869 r. pełnił funkcję profesora nadzwyczajnego procedury cywilnej na nowo utworzonym Cesarskim Uniwersytecie Warszawskim[27]. Działalność dydaktyczną na Uniwersytecie zakończył w 1870 r. na mocy dekretu ministra oświaty, uzyskując zwolnienie z pracy ze względu na zły stan zdrowia[28].

Szczególnie prężnie rozwinęła się kariera Hipolita Chwaliboga w sądownictwie Królestwa Polskiego; zajmował szereg stanowisk: podpisarza sądu pokoju, zastępcy pisarza, zastępcy asesora prokuratorii, podprokuratora przy Sądzie Apelacyjnym. W marcu 1864 r. został naczelnym prokuratorem IX Departamentu Senatu Rządzącego[29].

Chwalibóg jako wybitny cywilista publikował w „Przeglądzie" artykuły dotyczące w przeważającej mierze procedury cywilnej. To jego aktywności zawdzięczamy szereg prac (ponad dwadzieścia artykułów) poświęconych interpretacji wówczas obowiązującego w Królestwie Polskim, francuskiego kodeksu procedury cywilnej z 1806 r. Znalazły się wśród nich prace poświęcone prawu dowodowemu zawarte w tomie XVI: *O excepcyach*, *O badaniu świadków*, *O zejściu na miejsce sporne*, *O relacyi biegłych*, *O sprawdzeniu pisma*, *O fałszu incydentalnym*[30]. Ponadto publikował dysertacje poświęcone kwestiom ogólnym procesu np.: *O wyrokach*, *O wróceniu się do procesu*, *O urządzeniu Sądu*, *O odesłaniu do innego Sądu* czy *O wyłączeniu Sędziego*[31].

---

[24] *Profesorowie Wydziału*…, s. 70–71.
[25] *Ibidem*, s. 70.
[26] *Ibidem*.
[27] S. Borowski, *Chwalibóg Hipolit Jan* (*1824–1902*), [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. IV, Kraków 1938, s. 5–6.
[28] *Profesorowie Wydziału*…, s. 70–71.
[29] S. Borowski, *op. cit.*, s. 96.
[30] H. Chwalibóg, *Wykład Kodeksu Postępowania Cywilnego*, PS 1872, t. VI, s. 5 i n.
[31] H. Chwalibóg, *Wykład Kodeksu Postępowania Cywilnego*, PS 1872, t. VII, s. 5 i n.

Poza wykładem procedury cywilnej, pełniąc funkcję naczelnego prokuratora IX Departamentu Senatu Rządzącego, Chwalibóg opublikował na łamach „Przeglądu Sądowego" *Głos naczelnego prokuratora IX Departamentu Senatu Rządzącego*, a także *Sprawozdania z czynności IX Departamentu Rządzącego Senatu, przez naczelnego prokuratora ułożonych* (*1845–1859*)[32]. Ponadto był autorem wielu artykułów zamieszczonych w *Kronice Sądowej* oraz *Jurysprudencji kryminalnej Senatu z lat 1852–67*.

Poza Chwalibogiem w „Przeglądzie" prace poświęcone procedurze cywilnej publikowali również: Władysław Nowakowski, Juliusz Walewski, Gustaw Wołowski, Piotr Nowiński, Zygmunt Krysiński, Adam Chodyński, Hieronim Wielowiejski oraz Feliks Jeziorański. Należy w tym miejscu jednak zaznaczyć, że były to pojedyncze artykuły tych autorów, bowiem większość rozpraw dotyczących prawa cywilnego procesowego pochodziła spod pióra Hipolita Chwaliboga.

Kolejnym z profesorów Szkoły Głównej, który brał czynny udział w procesie wydawniczym czasopisma, był Walenty Miklaszewski. Miklaszewski urodził się w 1839 r., zmarł w 1924 r., studia prawnicze ukończył na Uniwersytecie Petersburskim, po czym udał się na uzupełniające stypendia zagraniczne[33]. Stypendia te zaowocowały uzyskaniem stopnia naukowego doktora. Pracę naukowo-dydaktyczną w warszawskiej Szkole Głównej rozpoczął na początku 1865 r., obejmując stanowisko p.o. adiunkta prawa karnego i prawa rzymskiego[34]. Jednakże, aby uzyskać nominację na profesora nadzwyczajnego, Miklaszewski zobligowany był bowiem do ponownego uzyskania stopnia naukowego doktora. W myśl obowiązujących przepisów kandydat na profesora nadzwyczajnego powinien posiadać stopień naukowy doktora Szkoły Głównej lub któregoś z uniwersytetów cesarskich[35]. W 1867 r., po publicznej obronie rozprawy pt. *O stanowisku przewodniczącego w sądzie przysięgłych* uzyskał stopień doktora Szkoły Głównej i nominację na profesora nadzwyczajnego tejże uczelni[36]. Miklaszewski w swej pracy naukowo-dydaktycznej podejmował głównie problematykę postępowania karnego. Zainspirowany wzorcami zagranicznymi, był pomysłodawcą wielu innowacyjnych rozwiązań instytucjonalnych z zakresu prawa karnego[37]. Na arenie europejskiej zyskał miano wybitnego penitencjarysty. Stał się bowiem jednym z czołowych propagatorów wyodrębnienia z szeroko ujmowanego prawa karnego gałęzi,

[32] S. Milewski, A. Redzik, *op. cit.*, s. 135.
[33] *Profesorowie Wydziału*…, s. 77–80.
[34] *Ibidem*, s. 77.
[35] S. Borowski, *op. cit.*, s. 107–112.
[36] *Profesorowie Wydziału*…, s. 77.
[37] Zob. S. Kalinowski, *Karnicy Wydziału Prawa*, [w:] *Nauka prawa na odrodzonym Uniwersytecie Warszawskim*, pod red. G. Bałtruszajtys, Warszawa 1991, s. 101–113.

której przedmiotem badawczym byłoby wykonywanie kary pozbawienia wolności[38]. Problematyce tej poświęcił opublikowany w tomie IX „Przeglądu Sądowego" artykuł pt. *Kilka słów o wykonaniu kary*. W swym dziele wskazywał na wielkie znaczenie, jakie niesie za sobą wykonanie kary. Według Miklaszewskiego wykonanie kary musi prowadzić do osiągnięcia konkretnego celu: „Urzeczywistnienie i podstawa bytu teoryi względnych prawa karnego, znajduje się w wykonaniu kary bo tu dopiero możliwe jest osiągnięcie założonych celów…"[39]. Najważniejszym celem wykonania kary jest zmniejszenie liczby popełnianych przestępstw. Cel ten należy realizować drogą „oświecania narodu", dążeniem do poprawy przestępców oraz odstraszaniem ogółu[40]. Miklaszewski w swej dysertacji podkreślał, iż samo odstraszenie nie wpływa na zmniejszenie ilości przestępstw. Z drugiej jednak strony wskazywał, że karanie może być zupełnie pozbawiona elementu przymusu. „Nie można dążyć do usunięcia przykrych wrażeń wynikających z wykonywanej kary…"[41] – pisze Miklaszewski. W dalszej części omawia poszczególne rodzaje stosowanych kar, poddając je jednocześnie wnikliwej analizie i ocenie pod względem ich skuteczności. Zdaniem Miklaszewskiego kara więzienia jako jedyna spełnia wszystkie cele kary, eliminując główne przyczyny popełniania przestępstw[42]. Tej właśnie karze poświęca najwięcej uwagi, opisując ją szczegółowo.

Walenty Miklaszewski zasłynął również innymi publikacjami, w tym dysertacjami pt. *O małoletnich przestępcach oraz Towarzystwach osad rolnych i przytułków rzemieślniczych*[43] oraz *O pozbawieniu wolności obwinionych o spełnienie przestępstwa*[44]. W drugiej pracy autor zastanawia się nad kwestią, czy państwo ma prawo pozbawiać lub ograniczać wolność osobom obwinionym o popełnienie przestępstwa, jeszcze w toku postępowania a więc przed prawomocnym rozstrzygnięciem sprawy. Miklaszewski wyraźnie podkreśla, że zatrzymanie nie może być postrzegane jako kara, gdyż nie niesie w sobie piętna i nie realizuje celów, jakie ma do spełnienia dolegliwość karna[45]. Ponadto dostrzega potrzebę reformy prawodawstwa w kierunku utworzenia domów badań jako ośrodków odrębnych od domów poprawy, w których przebywaliby zatrzymani w toku śledztwa.

---

[38] S. Milewski, A. Redzik, *op. cit.*, s. 136.
[39] W. Miklaszewski, *Kilka słów o wykonaniu kary*, PS 1871, t. IX, s. 2.
[40] *Ibidem*, s. 3.
[41] *Ibidem*, s. 4.
[42] *Ibidem*, s. 5–6.
[43] W. Miklaszewski, *O małoletnich przestępcach oraz Towarzystwach osad rolnych i przytułków rzemieślniczych. Szkic ogólny*, PS 1872, t. XV, s. 262 i n., PS 1872, t. XVI, s. 232 i n.
[44] W. Miklaszewski, *O pozbawieniu wolności obwinionych o spełnienie przestępstwa*, PS 1871, t. X, s. 208 i n.
[45] *Ibidem*, s. 213–215.

Omawiając zaangażowanie profesorów Szkoły Głównej w rozwój periodyku, nie sposób nie wspomnieć o Antonim Okolskim. Okolski żył w latach 1838–1897[46]. Ukończył gimnazjum w Płocku, następnie studiował na polskich kursach prawnych w Moskwie, a później na Uniwersytecie w Petersburgu. Studia prawnicze kontynuował na zagranicznych uczelniach, tj. w Paryżu, Londynie i Jenie, gdzie w 1864 r. uzyskał stopień doktora nauk prawnych[47]. Rok później, na podstawie swojej rozprawy doktorskiej przetłumaczonej na język polski, uzyskał prawo wykładania procedury karnej w Szkole Głównej[48]. Antoni Okolski w pracy naukowej poruszał wiele problemów badawczych. Jednakże prawo i procedura karna nie należały do jego wiodących zainteresowań. W niewielu publikacjach poświęconych prawu karnemu wyraźnie hołdował teorii sprawiedliwości bezwzględnej[49]. Okolski skupił zainteresowanie głównie na prawie publicznym. W nauce historii administracji uważany jest za czołowego założyciela polskiej szkoły prawa administracyjnego[50]. W tym też kierunku rozwinęła się jego kariera naukowa, gdyż w grudniu 1865 r. został profesorem nadzwyczajnym prawa państwowego Szkoły Głównej, a w 1867 r. na podstawie rozprawy pt. *O sporach administracyjnych* uzyskał stopień doktora tejże uczelni[51]. Po przekształceniu Szkoły Głównej w Uniwersytet Cesarski, Okolski zmuszony został po raz trzeci uzyskać stopień doktora w celu utrzymania posady nauczyciela akademickiego. Nominację na profesora zwyczajnego uzyskał w 1885 r.

Różnorodność zainteresowań Okolskiego wpłynęła na podejmowaną przez niego tematykę publicystyczną w „Przeglądzie Sądowym". W dziedzinie prawa i procedury karnej zamieścił tu obszerną rozprawę pt. *O organizacji sądów karnych*, w której dokonał szczegółowego porównania dwóch systemów sądowo-karnych, tj. francuskiego i angielskiego[52]. Od dobrej organizacji sądownictwa karnego uzależniał skuteczne realizowanie zadań, jakie ma do spełnienia prawo karne materialne i procesowe: „Jeżeli ważną jest rzeczą prawo karne, będące uświęceniem wszystkich innych praw w państwie, jeżeli postępowanie karne, wystawiające przepisy dochodzenia przestępstw i karania przestępców, obchodzi w najważniejszym stopniu społeczeństwo, to nie mniej zasługuje na uwagę dobre urządzenie sądownictwa mającego przepisy te do pojedynczych wypadków stosować"[53]

[46] *Profesorowie Wydziału*…, s. 72.
[47] *Ibidem*, s. 72–73.
[48] *Ibidem*.
[49] M. Wąsowicz, *Kara w polskiej myśli prawniczej*, CPH 1987, t. XXXIX, s. 78.
[50] G. Smyk, *Początki polskiej szkoły prawa administracyjnego*, „Studia Iuridica Lublinensia" 2013, t. XIX, s. 287–290.
[51] *Profesorowie Wydziału*…, s. 72.
[52] S. Milewski, A. Redzik, *op. cit.*, s. 135–136.
[53] A. Okolski, *O organizacji sądów karnych*, PS 1869, t. III, s. 9.

– pisał w swym dziele. Przedstawiając szczegółowo dwa modele, szczególnym uznaniem obdarzył model sądownictwa karnego angielskiego. Drugą, równie obszerną dysertację Okolskiego, tym razem poświęconą instytucji wywłaszczenia tj. *Uwagi nad prawem o przymusowym wywłaszczeniu*[54], możemy znaleźć w tomie II „Przeglądu", w dziale poświęconym postępowaniu cywilnemu.

Kolejnym, już nieco zapomnianym profesorem Szkoły Głównej mającym swoje zasługi w procesie wydawniczym „Przeglądu" jest Walenty Dutkiewicz. Dutkiewicz urodził się w 1798 r., zmarł w 1882 r.[55] Ukończył gimnazjum w Przemyślu, a następnie studia prawnicze na Uniwersytecie Warszawskim[56]. Karierę naukową rozpoczął od nauczania prawa i procedury cywilnej na Kursach Prawnych Warszawskich przy Gimnazjum Gubernialnym Warszawskim[57]. Ze Szkołą Główną związany był od początku jej istnienia, 15 września 1867 r. uzyskując nominację na profesora zwyczajnego prawa cywilnego i dawnego prawa polskiego[58]. Mimo iż w środowisku prawników Królestwa Polskiego Dutkiewicz uważany był za wybitnego cywilistę, to nie przyczynił się do powiększenia zasobów wydawanego czasopisma. Liczący już ponad siedemdziesiąt lat Dutkiewicz, zamieścił na łamach „Przeglądu" zaledwie dwie prace, które jak się wydaje pozostawały bez większego znaczenia. Pierwsza z nich, poświęcona prawu cywilnemu, nosiła tytuł *Jakie jest znaczenie artykułu 724 Kodexu Napoleona? I czyli jakiej uległ modyfikacy i przez prawo hipoteczne z roku 1818*[59]. Opublikowana w tomie IV, stanowi szeroką interpretację przepisów Kodeksu Napoleona poświęconych prawu hipotecznemu oraz zmian, jakie w regulacji tej instytucji wniosła ustawa z 1818 r.[60] Drugi z opublikowanych przez Dutkiewicza artykułów dotykał kwestii historyczno-prawnych (*Ze zbioru praw Sądowych Ex Kanclerza Andrzeja Zamojskiego o sukcessyi*).

Ostatnim już z kręgu wybitnych osobowości Szkoły Głównej był Jan Kanty Wołowski, którego prace opublikowano w czasopiśmie kilka lat po jego śmierci[61]. Były to *Spostrzeżenia prawodawczo-organiczne zawarte w sprawozdaniach z czynności IX Departamentu Senatu Rządzącego przez Naczelnego*

---

[54] A. Okolski, *Uwagi nad prawem o przymusowym wywłaszczeniu*, PS 1869, t. II, s. 53 i n.

[55] *Profesorowie Wydziału…*, s. 51.

[56] *Ibidem*.

[57] Zob. S. Borowski, *Dutkiewicz Walenty* (*1798–1882*), [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. VI, Kraków 1948, s. 17.

[58] *Profesorowie Wydziału…*, s. 51–53.

[59] W. Dutkiewicz, *Jakie jest znaczenie artykułu 724 Kodexu Napoleona? I czyli jakiej uległ modyfikacyi przez prawo hipoteczne z roku 1818*, PS 1869, t. IV, s. 199 i n.

[60] A. Korobowicz, W. Witkowski, *Historia ustroju i prawa polskiego* (*1772–1918*), Warszawa 2009, s. 130–132.

[61] W. Witkowski, *Nowe pokolenie prawników Królestwa Polskiego I połowy XIX wieku*, „Rejent" 2000, nr 4(108), s. 207–209.

Prokuratora ułożonych (1845–1859). Jak słusznie podkreśla w swej monografii Wojciech Witkowski – „wartość *Spostrzeżeń* jest dziś nie do przecenienia. Są one bowiem jedynymi zachowanymi materiałami pokazującymi działalność poszczególnych prokuratorów, przynoszącą efekty w orzecznictwie Senatu i pracach legislacyjnych. Uwidaczniają też katalog spraw najtrudniejszych bądź też najżywiej dotykających obywateli…"[62]. Warto odnotować, iż „Przegląd Sądowy" pozostaje jedynym materiałem źródłowym, dzięki któremu możemy poznać treść *Spostrzeżeń prawodawczo-organicznych*, gdyż teksty oryginalne wraz z całością akt Komisji Rządowej Sprawiedliwości spłonęły w czasie II wojny światowej[63].

W tym miejscu należałoby przyjrzeć się nieco bliżej sylwetce Wołowskiego. Jan Kanty Wołowski ukończył w 1822 r. Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego[64]. Piastował wiele ważnych stanowisk w wymiarze sprawiedliwości, był adwokatem przy Sądzie Apelacyjnym, a następnie przy Sądzie Najwyższej Instancji[65]. W latach czterdziestych XIX wieku został naczelnym prokuratorem IX Departamentu Senatu Rządzącego i urząd ten sprawował przez ponad dziesięć lat[66]. Ze Szkołą Główną związany był od początku jej istnienia, gdyż to właśnie jego margrabia Aleksander Wielopolski powołał do współpracy przy organizacji tejże uczelni[67]. Zadanie to zresztą – jak podają źródła – traktował jak swego rodzaju posłannictwo: „zachęcał młodzież do pracy bezinteresownej a nie *pro panemeritando*, wskazując jej wyższą misję wiedzy". W 1862 r. Jan Kanty Wołowski objął katedrę prawa i postępowania cywilnego i w tymże roku został pierwszym dziekanem Szkoły Głównej[68]. Od początku urzędowania zaangażował się czynnie w działalność organizatorską na uczelni. Zgodnie z planem dydaktycznym Wołowski miał rozpocząć wykład prawa cywilnego dla studentów II i III od roku akademickiego 1863/1864. Jednakże ze względu na aresztowanie i późniejsze zesłanie do Penzy pod zarzutem występowania przeciwko władzom rosyjskim, które miało miejsce wiosną 1863 r., zajęć tych nie podjął[69].

Mimo niekwestionowanego zaangażowania w działalność publicystyczną prawników rekrutujących się z kręgu profesorów Szkoły Głównej nie sposób pominąć wielu pisarzy wywodzących się spoza środowiska tejże uczelni. I tak, dla przykładu, należy wskazać, że w dziedzinie pra-

[62] W. Witkowski, *Aleksander This*…, s. 182.
[63] *Ibidem*.
[64] *Profesorowie Wydziału*…, s. 49.
[65] *Ibidem*, s. 48–51.
[66] Zob. A. Niemirowski, *Jan Kanty Wołowski*, „Gazeta Sądowa Warszawska" 1878, nr 40–41, s. 314.
[67] W. Witkowski, *Aleksander This*…, s. 182.
[68] *Ibidem*, s. 220–223.
[69] *Profesorowie Wydziału*…, s. 48–50.

wa cywilnego spoza grona dydaktyków Szkoły Głównej w czasopiśmie publikowali m.in.: Filip Flamm, Wincenty Prokopowicz, Hieronim Wielowiejski, Julian Paklerski, August Heylman[70], Józef Skupiewski, Leon Krysiński oraz Xawery Karasiński. Ponadto wymieniani wśród autorów prac poświęconych procedurze cywilnej Piotr Nowiński i Feliks Jeziorański publikowali również w dziale *Prawo cywilne*. Należy podkreślić, że w kręgu publicystów prawa cywilnego zabrakło osób, które podjęłyby się regularnego nadsyłania swych dzieł. Jedynie Filip Flamm, znany warszawski adwokat i jeden z założycieli pisma, zamieścił cztery artykuły, które ukazały się w końcowych wydaniach „Przeglądu Sądowego"[71].

W dziedzinie prawa cywilnego warto odnieść się do twórczości Wincentego Prokopowicza, autora zamieszczonej w tomie I obszernej rozprawy pt. *O lichwie*[72]. Autor w swej dysertacji pochylił się nad bardzo ważną instytucją stanowiącą od wieków przedmiot zainteresowania nie tylko badaczy prawa, ale również filozofów, począwszy od Tacyta, przez Monteskiusza po badaczy mu współczesnych. Prokopowicz stał na stanowisku utrzymania karalności lichwy jako rażącego nadużycia umowy pożyczki będącej skutkiem chciwości i złej woli wierzycieli[73]. Był zdecydowanym przeciwnikiem wszelkich prób wprowadzenia w systemie prawnym Królestwa Polskiego stopy procentowej umownej, bez jakichkolwiek ograniczeń prawnych[74].

Wartościową okazuje się być także twórczość Józefa Skupiewskiego, który w tomie V opublikował pracę pt. *Stanowisko dzieci nieprawych pod*ług obowiązującego prawodawstwa[75]. Dokonując szczegółowego omówienia sytuacji prawnej dzieci nieślubnych, autor poddaje surowej krytyce przyjęte rozwiązania w obowiązującym w tej materii Kodeksie Cywilnym Królestwa Polskiego oraz tytule I i II księgi trzeciej Kodeksu Cywilnego Francuskiego[76]. Skupiewski słusznie podnosi, że ochrona wartości, jaką jest rodzina nie może odbywać się kosztem upośledzenia pozycji prawnej dzieci nieślubnych bowiem pozbawia człowieka praw, które z natury

[70] Zob. W. Witkowski, *August Heylman polskim prekursorem nauki administracji w drugiej połowie XIX stulecia*, [w:] *Vetera novis augere. Studia i prace dedykowane Profesorowi Wacławowi Uruszczakowi*, t. II, pod red. S. Grodziskiego [*et al.*], Kraków 2010, s. 1155–1161.

[71] Zob. S. Konopka, *Flamm Filip* (1828–1895), [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. VII, Kraków 1948–1958, s. 27.

[72] W. Prokopowicz, *O lichwie*, PS 1868, t. I, s. 23 i n.

[73] *Ibidem*.

[74] W. Sobociński, *Prokopowicz Wincenty* (*1825–1894*), [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. XXVIII, Kraków 1984–1985, s. 490.

[75] J. Skupiewski, *Stanowisko dzieci nieprawych podług obowiązującego prawodawstwa*, PS 1869, t. V, s. 96 i n.

[76] *Ibidem*.

ludzkiej wypływają[77]. Autor wywodzi nadzieję na rychłą reformę ustawodawstwa w zakresie pogodzenia wartości trwałości rodziny jako części społeczeństwa z poszanowaniem praw pojedynczych członków. Problematykę dzieci nieślubnych poruszył także Stanisław Zalewski w artykule pt. *Różnice pod względem uprawnienia dzieci naturalnych między przepisami Kodeksu Cywilnego Francuskiego a przepisami Kodeksu Cywilnego Polskiego*[78].

Interesujący problem rozstrzyga inny prawnik cywilista – Hieronim Wielowiejski, który w artykule zatytułowanym *O różnicy między śmiercią cywilną z Kodeksu Napoleona a pozbawieniem wszelkich praw z Kodeksu Kar Głównych i Poprawczych* poddaje szczegółowej analizie obie, na pozór bardzo podobne, instytucje. Dostrzegając pewne cechy wspólne, ukazuje ich odmienny charakter m.in. ze względu na zamierzone cele i skutki, jakie wywołują w życiu skazanego i jego bliskich[79].

W dziedzinie prawa i procesu karnego, poza autorami rekrutującymi się z kręgu dydaktyków Szkoły Głównej, należy wspomnieć o twórczości Kazimierza Gembarzewskiego, który na łamach w „Przeglądu Sądowego" opublikował dwie rozprawy[80]. Pierwsza z nich zatytułowana *O uwzględnieniu małoletniości w prawie karnym*, obszerna, bo licząca ponad 50 stron, poruszała problem przestępców nieletnich, zwracając uwagę na niedoskonałość rozwiązań prawnych w tym względzie. W obowiązującym wówczas Kodeksie Kar Głównych i Poprawczych zabrakło możliwości zróżnicowania środków prawnych stosowanych wobec nieletnich, ze względu na ich stopień rozeznania[81]. Sędziowie mieli do wyboru albo umieścić nieletniego w więzieniu między zdeprawowanymi przestępcami, albo odesłać do domu, bowiem nie funkcjonowały publiczne, specjalistyczne ośrodki dla nieletnich przestępców. Stąd też niekwestionowany wpływ Gembarzewskiego na rozwój prawa karnego dla nieletnich[82].

Nieoceniony wkład w działalność publicystyczną poświęconą prawu karnemu włożył również Aleksander Moldenhawer, absolwent studiów w Petersburgu i autor opublikowanej w tomie IV rozprawy *O stowarzyszeniach mających na celu opiekę nad uwolnionymi z więzień po wycierpianej przez*

---

[77] *Ibidem*.

[78] S. Zalewski, *Różnice pod względem uprawnienia dzieci naturalnych między przepisami Kodeksu Cywilnego Francuskiego, przepisami Kodeksu Cywilnego Polskiego*, PS 1871, t. XII, s. 1 i n.

[79] H. Wielowiejski, *O różnicy między śmiercią cywilną z Kodeksu Napoleona a pozbawieniem wszelkich praw z Kodeksu Kar Głównych i Poprawczych*, PS 1868, t. I, s. 241 i n.

[80] A. Bachulski, *Gembarzewski Kazimierz* (*1840–1876*), [w:] *Polski słownik biograficzny*, t. VIII, Kraków 1959–1960, s. 374.

[81] S. Milewski, A. Redzik, *op. cit.*, s. 137.

[82] *Ibidem*, s. 137–138.

nich karze[83]. Moldenhawer nawołuje do utworzenia stowarzyszeń opiekuńczych, których zasadniczym celem powinno być sprawowanie opieki nad ukaranymi zarówno w trakcie odbywania kary, jak i po jej zakończeniu[84]. Powołując się na rozwiązania zagraniczne, wskazuje na ich użyteczność ze względu na realizację polityki karnej. Zdaniem Moldenhawera pobyt skazanego w takim miejscu po odbyciu kary miał zrekompensować cierpienia fizyczne doznane w więzieniu, umożliwić powrót do społeczeństwa oraz ochronić przed popełnianiem kolejnych przestępstw w warunkach recydywy[85].

„Przegląd Sądowy" stał się również miejscem wielu debitów pisarskich młodych prawników. Spośród młodych adeptów prawa przywołać należy twórczość Władysława Andrychiewicza, autora opublikowanej w 1871 r. rozprawy pt. *Kara zesłania w teoryi i prawodawstwach*[86]. Andrychiewicz próbuje odpowiedzieć na pytanie, czy kara deportacji, przewidziana przez Kodeks Kar Głównych i Poprawczych realizuje cele, jakie kara w ogólności winna spełniać. Przedstawia zapatrywania karnistów na stosowanie kary deportacji[87]. Wśród wad deportacji wskazuje m.in. na jej niehumanitarny charakter wynikający ze sposobu wykonania i rozłąki z rodziną, nieuzyskanie celu, jakim jest poprawa, bowiem delikwent, tracąc sens życia, zatraca również chęć odmiany na lepsze[88]. Przeciwko karze zesłania przemawiają również względy praktyczne związane z kłopotliwością jej wykonania. Biorąc pod uwagę przedstawione wady i zalety kary deportacji, przewaga cech ujemnych skłania młodego prawnika do opowiedzenia się przeciwko stosowaniu tego środka represji.

Spośród innych opracowań poświęconych prawu karnemu można przywołać wiele innych wartościowych artykułów, jak chociażby obszerne studium *O kradzieży*[89] autorstwa absolwenta Szkoły Głównej Jana Domaszewskiego, *O zabójstwie, ze stanowiska teorii i prawodawstw obowiązujących*[90] Stanisława Boduszyńskiego czy też składające się z kilku części dzieło *O koniecznej obronie w prawie karnem*[91] Stanisława Jaszowskiego.

Jak już wspomniano, w „Przeglądzie Sądowym" dość często podejmowano problematykę historyczno-prawną. Spośród publikujących w tej

[83] A. Moldenhawer, *O stowarzyszeniach mających na celu opiekę nad uwolnionymi z więzień po wycierpianej przez nich karze*, PS 1869, t. IV, s. 229 i n.
[84] *Ibidem*, s. 230.
[85] *Ibidem*, s. 233.
[86] S. Fita, *Pokolenie Szkoły Głównej*, Warszawa 1980, s. 46.
[87] W. Andrychiewicz, *Kara zesłania w teoryi i prowodawstwach*, PS 1871, t. XI, s. 3–6.
[88] *Ibidem*, s. 31.
[89] Zob. J. Domaszewski, *O kradzieży*, PS 1870, t. VI i VII.
[90] S. Boduszyński, *O zabójstwie ze stanowiska teoryi i prawodawstw obowiązujących*, PS 1869, t. V, PS 1870, t. VI.
[91] S. Jaszowski, *O koniecznej obronie w prawie karnem*, PS 1871, t. XII i XIII, PS 1872, t. XIV.

dziedzinie należy wymienić archiwistę Alekxandra Wejnerta, autora obszernej pracy pt. *Zabytki urządzeń sądowych miasta Warszawy*, szczegółowo opisującej ustrój władz samorządowych, instytucji sądowych oraz prawa miejskiego Warszawy do okresu reform Komisji Porządkowej[92]. Spośród innych dzieł historyczno-prawnych należy zwrócić uwagę na dwa dzieła wspomnianego już Hipolita Chwaliboga, zamieszczone w tomie XIII czasopisma, a poświęcone dziejom organizacji sądownictwa oraz historii obowiązywania francuskiego Kodeksu Postępowania Cywilnego w Królestwie Polskim[93].

Dziedzinami prawa, którymi zajmowano się incydentalnie były prawo handlowe oraz prawo międzynarodowe. W dziale poświęconym prawu handlowemu publikował głównie Dominik Zieliński, którego obszerna praca pt. *O wekslach* stanowiła interpretację odpowiednich artykułów, obowiązującego na ziemiach Królestwa Polskiego francuskiego Kodeksu Handlowego z 1807 roku[94]. Autor poddaje wyczerpującej analizie instytucje prawa wekslowego, porównując je z rozwiązaniami przyjętymi przez inne europejskie ustawodawstwa, w tym ustawodawstwo wekslowe niemieckie czy rosyjskie. Ponadto „dla bliższego wyjaśnienia niektórych z uwag przywiedzionych" – jak podaje autor – na końcu artykułu zamieszcza wzory weksli[95].

Mimo prężnego rozwoju prawa międzynarodowego w XIX w., zainteresowanie tą dziedziną na łamach „Przeglądu" było nieznaczne. Prawu międzynarodowemu poświęcono zaledwie dwie prace. Roman Buczyński, autor jednej z nich, publikując artykuł pt. *O jurysdykcji karnej w stosunkach międzynarodowych*, wzbogacił dość skromną literaturę dotyczącą owej materii. Jego praca stanowiła niewątpliwie podsumowanie zgromadzonych dotąd badań, poświęconych tej instytucji[96]. Sam autor tak ukazywał cele swojej pracy: „Praca niniejsza wcale nie ma pretensji postawienia kroku naprzód na drodze nauki". Zadaniem jej było – jak pisał autor – „zestawienie systematycznej całości z rozrzuconych po różnych tak specjalnych w tej materyi, jako też i całość nauki obejmujących dziełach kryminalistów i publicystów, różnych artykułów i pobieżnych uwag, zgoła wszelakich wiadomości odnoszących się do prawa karnego międzynarodowego"[97].

---

[92] A. Wejnert, *Zabytki urządzeń sądowych miasta Warszawy*, PS 1869, t. II i III, PS 1870, t. VIII, PS 1871, t. IX.

[93] H. Chwalibóg, *Historia obowiązującego Kodeksu Postępowania Sądowego Cywilnego*, PS 1871, t. XIII, s. 105 i n.

[94] D. Zieliński, *O wexlach*, PS 1869, t. IV, s. 5 i n.

[95] *Ibidem*, s. 95.

[96] R. Buczyński, *O jurysdykcji karnej w stosunkach międzynarodowych*, PS 1872, t. XVI, s. 55–57.

[97] *Ibidem*, s. 55.

Podsumowując, należy stwierdzić, że nauczyciele akademiccy wywodzący się z kręgów Szkoły Głównej włożyli nieprzeceniony wysiłek w powstanie „Przeglądu Sądowego". Zawdzięczamy im nie tylko działalność publicystyczną w postaci naukowych publikacji, ale również starania organizacyjne, w tym udział w pracach redakcji. Jednakże należy podnieść, iż spośród wszystkich wykładowców Wydziału Prawa i Administracji, liczących aż dwadzieścia sześć osób, w „Przeglądzie" rozprawy swoje umieściło zaledwie pięciu z nich (H. Chwalibóg, W. Miklaszewski, W. Dutkiewicz, A. Okolski i J.K. Wołowski)[98].

Jak ustalono powyżej najwięcej spośród opublikowanych artykułów poświęcono procedurze cywilnej. Kolejne miejsce pod względem ilości publikacji zajmują prawo cywilne materialne oraz prawo i procedura karna. Pozostałe publikacje dotyczą materii historyczno-prawnej oraz prac z zakresu prawa międzynarodowego oraz prawa handlowego.

Działalność czasopisma, choć zakończoną niepowodzeniem, należy ocenić aprobująco. Wiele publikacji zamieszczonych w czasopiśmie miało postępowy charakter, kładący podwaliny pod nowoczesne rozumienie prawa. Mimo trudnych warunków politycznych doby popowstaniowej, prawnicy Królestwa Polskiego pomni świetności swej wielkiej poprzedniczki – „Themis Polskiej" podjęli próbę podtrzymania tradycji czasopiśmiennictwa prawniczego w Polsce. Członkami redakcji byli ludzie światli, cechujący się szerokim spojrzeniem i wolą walki o zachowanie pierwiastków rodzimych przed absolutnym zjednoczeniem z imperium carskim.

[98] S. Milewski, A. Redzik, *op. cit.*, s. 135.

Joanna Lalak-Krzyżanowska

Pełnomocnik procesowy z urzędu w postępowaniu cywilnym i sądowoadministracyjnym w świetle wybranego orzecznictwa Sądu Najwyższego, sądów powszechnych i sądów administracyjnych

Wstęp

Instytucja pełnomocnika z urzędu stanowi jedną z form realizacji konstytucyjnej zasady prawa do sądu[1]. Doktryna określa prawo do bycia reprezentowanym jako kluczowy element filaru praworządnego państwa[2]. Do czasu uchwalenia ustawy zasadniczej z 1997 roku[3] prawo do sądu nie było wyrażone *expressis verbis* w polskich przepisach prawa. Pojmowane, jako prawo podmiotowe jednostki, stojące na straży praworządnego postępowania, zakorzenione zostało w ratyfikowanych przez Polskę normach prawa międzynarodowego, tj. w art. 14 ust. 1 zdanie drugie Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[4] oraz art. 6 ust. 1 zdanie pierwsze europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności[5].

[1] Postanowienia NSA: z dnia 10 lipca 2014 r., sygn. akt II OZ 667/14, LEX nr 1495320; z dnia 25 lutego 2014 r., sygn. akt II FZ 174/14, LEX nr 1450513; z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt II OZ 371/14, LEX nr 1460180.

[2] M. Grego-Hoffmann, *Rola pełnomocnika w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, s. 3, LEX/el. 2012.

[3] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), dalej: Konstytucja RP.

[4] Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167).

[5] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołem nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

Zgodnie z art. 45 Konstytucji RP dostęp do sądu jest bardzo istotnym prawem jednostki, która może dochodzić swych praw przed „właściwym, niezależnym, bezstronnym i niezawisłym sądem"[6]. Prawo do sądu nie może być jednak nadużywane. Judykatura wskazuje na przypadki, kiedy ustanowienie pełnomocnika z urzędu nie może być przyznane podmiotowi, który ze swojego prawa czyni nienależyty użytek, np. wnosi do sądu dużą ilość skarg na działania administracji państwowej czy skargi często dotyczące innych podmiotów bądź niemające żadnego wpływu na jego interes prawny czy też w sprawach niepodlegających zaskarżeniu[7].

Obowiązek świadczenia pomocy prawnej z urzędu następuje w drodze realizacji przepisów o ustanowieniu pełnomocnika z urzędu zawartych w: Kodeksie postępowania cywilnego[8], ustawie – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi[9], Kodeksie postępowania karnego[10], Kodeksie karnym skarbowym[11], Kodeksie postępowania w sprawach o wykroczenia[12], ustawie o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary[13], ustawie o Trybunale Konstytucyjnym[14], a także w ustawie o prawie pomocy w postępowaniu w sprawach cywilnych prowadzonym w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz o prawie pomocy w celu ugodowego załatwienia sporu przed wszczęciem takiego postępowania[15].

Prawo do bycia reprezentowanym nie ogranicza się wyłącznie do rzetelnego procesu w postępowaniu cywilnym czy karnym, ale ma także zastosowanie do spraw rozstrzyganych w postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

---

[6] W. Skrzydło, *Komentarz do art. 45 Konstytucji RP*, LEX, stan prawny na 1.03.2013 r.

[7] Postanowienie NSA z dnia 24 lipca 2012 r., sygn. akt II FZ 521/12, LEX nr 1261047.

[8] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.), dalej: k.p.c.

[9] Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r. poz. 270 z późn. zm.), dalej: p.p.s.a.

[10] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.).

[11] Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 186 z późn. zm.).

[12] Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 395 z późn. zm.).

[13] Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 1212).

[14] Ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. poz. 1064).

[15] Ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o prawie pomocy w postępowaniu w sprawach cywilnych prowadzonym w państwach członkowskich Unii Europejskiej oraz o prawie pomocy w celu ugodowego załatwienia sporu przed wszczęciem takiego postępowania (Dz. U. z 2005 r. Nr 10, poz. 67 z późn. zm.).

Autorka niniejszego tekstu, będąc aplikantką radcowską, pragnie również wskazać, że szczegółowa regulacja dotycząca wyznaczenia radcy prawnego z urzędu została zawarta w Uchwale Krajowej Rady Radców Prawnych Nr 152/VII/2010 w sprawie wyznaczania radców prawnych do prowadzenia spraw z urzędu.

Ze względu na zakres tematyczny tekstu autorka odwołuje się jedynie do regulacji Kodeksu postępowania cywilnego i ustawy o postępowaniu przed sądami administracyjnymi dotyczącej ustanowienia pełnomocnika z urzędu, a konkretnie do orzecznictwa wydanego w tym zakresie przez Sąd Najwyższy, sądy powszechne i sądy administracyjne. Z uwagi na ograniczoną objętość artykułu autorka zdecydowała się zwrócić uwagę na wybrane orzecznictwo stanowiące ciekawe rozstrzygnięcie tematu.

Początkowo tekst obrazuje określone przez judykaturę przesłanki ustanowienia pełnomocnika z urzędu. Kwestia udzielenia pełnomocnictwa, stanowiąca podstawę działania i jego zakres, analizowana w dalszej części pracy, stanowi element kluczowy dla rozważenia roli pełnomocnika w postępowaniu cywilnym i sądowoadministracyjnym. Po przeanalizowaniu znaczenia prawidłowego umocowania dla działania pełnomocnika w postępowaniu, a także zakresu tego umocowania, rozważenia wymaga kwestia cofnięcia i zakończenia bytu pełnomocnictwa. Ostatnia część pracy koncentruje się na wynagrodzeniu i zwrocie niezbędnych, udokumentowanych wydatków pełnomocnika z urzędu.

Niniejszy artykuł stanowi próbę zestawienia zakreślonych przez judykaturę okoliczności uzasadniających przyznanie pełnomocnika z urzędu oraz określenia roli, jaką odgrywa on w postępowaniu cywilnym i sądowoadministracyjnym. Powyższe wymaga ustalenia, jakie są przesłanki ustanowienia i cofnięcia pełnomocnictwa z urzędu oraz wskazania zakresu jego umocowania.

Przesłanki ustanowienia pełnomocnika z urzędu

Na gruncie postępowania cywilnego kryterium warunkującym przyznanie pełnomocnika z urzędu jest zwolnienie od kosztów sądowych oraz uznanie przez sąd udziału pełnomocnika w sprawie za potrzebny (art. 117 k.p.c.). Należy jednak zwrócić uwagę, iż zwolnienie od kosztów sądowych nie stanowi przesłanki koniecznej do ustanowienia dla strony pełnomocnika z urzędu. Co ciekawe, Sąd Apelacyjny w Krakowie stwierdził, że ciężka sytuacja materialna nie wpływa na zasadność złożonego wniosku o ustanowienie pełnomocnika z urzędu[16]. Konstrukcja prawna, która uza-

[16] Postanowienie SA w Krakowie z dnia 22 stycznia 2014 r., sygn. akt III AUz 3/14, LEX nr 1428122.

leżniałaby decyzję o ustanowieniu pełnomocnika od uprzedniej decyzji o zwolnieniu od kosztów sądowych prowadzi – zdaniem Trybunału Konstytucyjnego – do ograniczenia prawa do sądu, nieznajdującego usprawiedliwienia w innych wartościach konstytucyjnych[17].

Judykatura, określając przesłanki potrzeby udziału pełnomocnika z urzędu w sprawie cywilnej, wskazuje między innymi na nieporadność wnioskodawcy. Nieporadność rozumiana jest jako niezdolność jednostki do prezentowania adekwatnego stanowiska w sprawie, również przy skorzystaniu z dostępnej jej pomocy osób drugich, bez względu na stan zdrowia strony. Zdaniem sądów nieporadność należy rozumieć jako sytuację, w której strona nie potrafi w zrozumiały i poprawny sposób przedstawić swojego stanowiska procesowego oraz nie ma podstawowej orientacji w regułach rządzących procesem cywilnym[18]. Także orzecznictwo określa, że pełnomocnika z urzędu ustanawia się wtedy, gdy jest to konieczne, a więc w przypadku nieporadności strony lub poważnego stopnia skomplikowania sprawy pod względem faktycznym bądź prawnym[19]. Orzecznictwo wskazuje również, że ustanowienie pełnomocnika z urzędu jest potrzebne, gdy z różnych powodów (np. ze względu na chorobę) strona nie jest w stanie samodzielnie wziąć pełnego udziału w procesie, choćby nie była nieporadna, a sprawa nie miała charakteru skomplikowanego[20].

W postępowaniu sądowoadministracyjnym jedynym kryterium warunkującym przyznanie prawa pomocy, w tym ustanowienie pełnomocnika z urzędu jest sytuacja materialna wnioskodawcy (art. 246 p.p.s.a.). Wskazane ustawowo kryterium jest pojęciem nieostrym, które każdorazowo powinno zostać sprecyzowane w odniesieniu do sytuacji materialnej podmiotu składającego przedmiotowy wniosek[21]. Na etapie rozpatrywa-

[17] Wyrok TK z dnia 16 czerwca 2008 r., sygn. akt P 37/07, pkt 8 uzasadnienia, OTK-A 2008, nr 5, poz. 80.

[18] Postanowienie SN z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. akt IV CZ 125/12, LEX nr 1288735; postanowienie SA w Szczecinie z dnia 30 września 2013 r., sygn. akt III AUz 451/13, LEX nr 1438211; postanowienie SA w Rzeszowie z dnia 12 października 2012 r., sygn. akt I ACz 672/12, LEX nr 1220647 („Treść wniosku wskazuje na rozeznanie w przepisach prawa, przy dostępie do fachowej literatury, na którą wnioskodawca powołuje się w odpowiednich miejscach. W tej sytuacji brak jest podstaw do uznania go za osobę nieporadną, wymagającą pomocy profesjonalnego pełnomocnika w prowadzeniu procesu"); wyrok SN z dnia 19 lutego 2010 r., sygn. akt IV CSK 318/09, Legalis nr 356572.

[19] Postanowienie SO w Krakowie z dnia 22 października 2012 r., sygn. akt II Cz 2708/12, niepubl.

[20] Postanowienie SA w Krakowie z dnia 4 września 2012 r., sygn. akt I ACz 1228/12, LEX nr 1216299.

[21] J. Harczuk, *Zwroty szacunkowe jako przesłanka przyznania prawa pomocy*, ZNSA 2007, nr 5, s. 68.

nia wniosku nie przeprowadza się postępowania dowodowego, sąd administracyjny uprawniony jest jedynie do dokonania oceny oświadczeń złożonych przez wnioskodawcę, który zobowiązany jest przekonać sąd, że znajduje się w sytuacji uniemożliwiającej mu poniesienie jakichkolwiek bądź pełnych kosztów postępowania[22]. Podstawą przyznania pełnomocnika z urzędu są informacje przedstawione przez wnioskodawcę na urzędowym formularzu. Jeżeli jednak złożone oświadczenie uznane zostanie za niewystarczające do określenia sytuacji majątkowej wnioskodawcy i jego możliwości płatniczych, wnioskodawca może zostać wezwany do złożenia dodatkowych wyjaśnień bądź przedstawienia dokumentów źródłowych.

Generalnie w orzecznictwie sądów administracyjnych prezentowane jest stanowisko, że przyznanie prawa pomocy w zakresie całkowitym, obejmującym także ustanowienie pełnomocnika z urzędu, powinno mieć charakter wyjątkowy; powinno dotyczyć np. osób bezrobotnych bez prawa do zasiłku, osób żyjących w ubóstwie, pozbawionych całkowicie środków do życia[23]. W jednym ze swoich orzeczeń Naczelny Sąd Administracyjny przyjął, że skoro ośrodek pomocy społecznej uznał, że dana osoba nie posiada środków wystarczających na utrzymanie siebie i swojej rodziny, to podobnie należy oceniać ten stan w przypadku wniosku o przyznanie prawa pomocy, w tym ustanowienia pełnomocnika z urzędu[24].

Orzecznictwo sądów administracyjnych zawiera również szereg przykładów uzasadniających odmowę przyznania pełnomocnika z urzędu. Przykładowo brak danych na temat bieżących wydatków wnioskodawcy, nawet, jeśli znany jest poziom jego dochodów, powoduje, że niemożliwym jest ustalenie, czy sytuacja materialna wnioskodawcy uzasadnia przyznanie prawa pomocy[25]. Podobnie należy ocenić sytuację, gdy wnioskodawca nie jest w stanie przedstawić dokumentów obrazujących wysokość środków finansowych, jakimi dysponuje i poziom kosztów jego miesięcznego utrzymania[26]. Ponadto w orzecznictwie NSA wielokrotnie prezentowano stanowisko, że również brak współpracy ze strony wnioskodawcy należy traktować jako niewykazanie zaistnienia ustawowych przesłanek przyzna-

[22] Postanowienia NSA: z dnia 30 lipca 2009 r., sygn. akt I FZ 171/09, LEX nr 552205; z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. akt I OZ 713/09, LEX nr 552394; z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt II FZ 101/09, LEX nr 550317; z dnia 6 marca 2012 r., sygn. akt II OZ 137/12, LEX nr 1121275.

[23] Postanowienie NSA z dnia 25 stycznia 2005 r., sygn. akt OZ 1213/04, niepubl.

[24] Postanowienie NSA z dnia 23 lutego 2006 r., sygn. akt II FZ 27/06, niepubl.

[25] Postanowienie WSA w Warszawie z dnia 4 października 2006 r., sygn. akt III SA/Wa 604/06, niepubl.

[26] Postanowienia NSA: z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt I FZ 71/09, LEX nr 564253; z dnia 19 kwietnia 2012 r., sygn. akt I OZ 256/12, LEX nr 1145175.

nia pełnomocnika z urzędu[27]. W innym postanowieniu Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził natomiast, że nieujawnienie sytuacji majątkowej współmałżonka nie pozwala jednoznacznie ocenić rzeczywistej sytuacji finansowej wnioskodawcy[28]. Z kolei ustanowienie rozdzielności majątkowej między małżonkami nie uzasadnia zwolnienia wnioskodawcy z kosztów sądowych czy przyznania pełnomocnika z urzędu. Okoliczność ta powinna być brana pod uwagę, bowiem ustanowienie rozdzielności majątkowej nie zwalnia współmałżonków z obowiązku wzajemnej pomocy i wzajemnego wspierania się także na płaszczyźnie finansowej[29]. Naczelny Sąd Administracyjny zwrócił również uwagę na możliwość wyciągnięcia negatywnych skutków z działania wnioskodawcy, który dobrowolnie rezygnuje z przysługujących mu uprawnień do zwiększenia posiadanych środków finansowych[30].

Wprawdzie zgodnie z doktryną sąd administracyjny nie jest władny dokonać oceny możliwości zarobkowych wnioskodawcy czy wskazywać, że wnioskodawca, planując uruchomienie postępowania sądowoadministracyjnego, powinien wcześniej zaplanować swoje wydatki[31]. Jednak Naczelny Sąd Administracyjny w jednym z orzeczeń wyraźnie stwierdził, że wnioskodawca starający się o przyznanie pełnomocnika z urzędu powinien uprzednio poczynić oszczędności we własnych wydatkach do granic zabezpieczenia kosztów utrzymania siebie i swojej rodziny, zaś przyznanie pomocy prawnej może mieć miejsce, gdy oszczędności te stały się niewystarczające. Dodatkowo Sąd stwierdził, że brak stałego zatrudnienia nie oznacza niemożności podjęcia innych form zatrudnienia[32].

Wolą ustawodawcy sąd rozpoznający wniosek nie został wyposażony w uprawnienie dokonywania oceny zasadności i celowości udziału pełnomocnika z urzędu w danym postępowaniu[33]. W postępowaniu sądowoadministracyjnym brak bowiem odpowiednika art. 117 § 5 k.p.c., w myśl

[27] Postanowienia NSA: z dnia 24 marca 2009 r., sygn. akt II FZ 91/09, LEX nr 550327; z dnia 4 października 2012 r., sygn. akt II FZ 700/12, LEX nr 1219910; z dnia 28 marca 2012 r., sygn. akt I OZ 179/12, LEX nr 1136765.

[28] Postanowienia NSA: z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt I FZ 216/09, LEX nr 552212; z dnia 28 maja 2009 r., sygn. akt I FZ 104/09, LEX nr 574249.

[29] Postanowienia NSA: z dnia 6 października 2004 r., sygn. akt GZ 61/04; z dnia 6 października 2004 r., LEX nr 1089667; z dnia 6 października 2004 r., sygn. akt GZ 71/04, ONSA WSA 2005, nr 1, poz. 8; z dnia 24 kwietnia 2012 r., sygn. akt I FZ 122/12, LEX nr 1144987.

[30] Postanowienia NSA: z dnia 21 lipca 2005 r., sygn. akt I GZ 94/05, CBOSA; z dnia 8 grudnia 2004 r., sygn. akt OZ 702/04, niepubl.

[31] H. Knysiak-Molczyk, *Przesłanki przyznania prawa pomocy w postępowaniu sądowoadministracyjnym*, PPP 2007, nr 4, s. 27.

[32] Postanowienie NSA z dnia 22 grudnia 2004 r., sygn. akt OZ 862/04, LEX nr 1405537.

[33] Postanowienie NSA z dnia 24 maja 2011 r., sygn. akt I FZ 113/11, LEX nr 1080688.

którego sąd uwzględni wniosek o ustanowienie pełnomocnika z urzędu, jeżeli udział jego uzna za potrzebny. Naczelny Sąd Administracyjny wielokrotnie stwierdzał, że brak celowości zastępowania przez profesjonalnego pełnomocnika strony, która wykaże, że nie jest w stanie ponieść jakichkolwiek kosztów postępowania nie jest przesłanką uzasadniającą odmowę ustanowienia pełnomocnika z urzędu[34]. Warto jednak wskazać, że czym innym jest ocena zasadności samej skargi – dokonywana przez sąd administracyjny. Zgodnie z art. 247 p.p.s.a. prawo pomocy, w tym ustanowienia pełnomocnika z urzędu, nie przysługuje w razie oczywistej bezzasadności skargi. Zgodnie z opinią Naczelnego Sądu Administracyjnego o oczywistej bezzasadności skargi „[…] można mówić, gdy bez potrzeby głębszej analizy prawnej nie ulega najmniejszej wątpliwości, że nie może ona zostać uwzględniona. Chodzi, więc o sytuację, w której obowiązujące prawo wyklucza możliwość uwzględnienia żądania skarżącego. Oznacza to, że zastosowanie powołanego przepisu jest dopuszczalne wówczas, gdy stan faktyczny i prawny danej sprawy nie budzi najmniejszych wątpliwości, co do braku szans na uwzględnienie skargi"[35]. Oczywista bezzasadność skargi, oceniana w całkowitym oderwaniu od sytuacji majątkowej wnioskodawcy łączyć się może zarówno z merytoryczną oceną, jak i oceną formalną związaną z możliwością jej wniesienia[36]. Jednak odmowa przyznania wnioskodawcy prawa pomocy z uwagi na bezzasadność skargi nie może prowadzić do ograniczenia konstytucyjnej zasady prawa do sądu i może zostać orzeczona wyłącznie przy zachowaniu najwyższej staranności[37].

Także odnośnie osób prawnych starających się o przyznanie pełnomocnika z urzędu Naczelny Sąd Administracyjny wielokrotnie podkreślał wyjątkowy charakter instytucji prawa pomocy. Jako podstawę odmowy przyznania pełnomocnika z urzędu wskazywano na sytuację, gdy dana osoba prawna, dysponując majątkiem dużej wartości, przewyższającym wysokość wpisu, składa przedmiotowy wniosek[38]. Ponadto w przekonaniu judykatury osoba prawna, rozporządzając majątkiem, powinna mieć na względzie konsekwencje swojego działania, mieć świadomość, że dochodzi do pozbycia się środków koniecznych do prowadzenia postępo-

[34] Postanowienia NSA: z dnia 20 listopada 2008 r., sygn. akt I FZ 433/08, LEX nr 565708; z dnia 6 października 2008 r., sygn. akt I FZ 371/08, LEX nr 527662; z dnia 1 kwietnia 2008 r., sygn. akt II OZ 274/08, LEX nr 479138; z dnia 29 października 2009 r., sygn. akt II FZ 429/09, LEX nr 573506; z dnia 13 lipca 2011 r., sygn. akt II GZ 350/11, LEX nr 1083461.

[35] Postanowienie NSA z dnia 17 lipca 2014 r., sygn. akt II OZ 700/14, LEX nr 1495334.

[36] Postanowienia NSA: z dnia 20 sierpnia 2014 r., sygn. akt I OZ 673/14, LEX nr 1501787; z dnia 30 września 2014 r., sygn. akt II OZ 998/14, LEX nr 1530922.

[37] Postanowienia NSA: z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. akt II OZ 371/14, LEX nr 1460180; z dnia 21 sierpnia 2014 r., sygn. akt II OZ 765/14, LEX nr 1564210.

[38] Postanowienie NSA z dnia 19 listopada 2004 r., sygn. akt FZ 463/04, niepubl.

wania sądowego[39]. W innym orzeczeniu Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że przyznanie pełnomocnika z urzędu i zwolnienie strony z obowiązku ponoszenia kosztów jego wynagrodzenia oraz niezbędnych jego wydatków nie może chronić czy też prowadzić do wzbogacenia majątku osób prawnych. Celem tej instytucji jest zapewnienie dostępu do sądu podmiotom, którym brak środków finansowych umożliwiających taki dostęp[40]. Dodatkowo – w przypadku osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą – sąd administracyjny powinien uwzględnić zarówno sytuację finansową podmiotu zaistniałą w dniu złożenia wniosku, jak i we wcześniejszym okresie, dzięki czemu można będzie ustalić: czy trudności finansowe mają charakter stały, czy tylko przejściowy[41].

Konkludując, należy stwierdzić, że zasadniczo w sytuacji stwierdzenia przez sąd zaistnienia przesłanek ustawowych należy przyznać wnioskodawcy fachowego pełnomocnika z urzędu[42]. Jeżeli zaś okoliczności przywołane we wniosku nie znajdą pokrycia w aktach sprawy lub pozostają w sprzeczności z zawartymi tam informacjami, np. na temat sytuacji majątkowej wnioskodawcy, istnieją podstawy do odmowy przyznania takiego pełnomocnika[43]. Analogiczna sytuacja ma miejsce, gdy wnioskodawca pozostaje bierny, nie podejmuje żadnej aktywności mającej na celu wykazanie zaistnienia przesłanek ustawowych do ustanowienia pełnomocnika z urzędu lub nie jest w stanie udokumentować oświadczeń złożonych w tym zakresie.

Pełnomocnictwo procesowe i zakres jego umocowania

Ustanowienie pełnomocnika z urzędu równoznaczne jest z udzieleniem pełnomocnictwa procesowego[44]. Zakresem pełnomocnictwa procesowego objęte są „wszystkie łączące się ze sprawą czynności procesowe", co oznacza, że nie dotyczy to czynności procesowych podejmowanych po upra-

[39] Postanowienia NSA: z dnia 31 marca 1987 r., sygn. akt I CZ 26/87, OSNC 1988, nr 7–8, poz. 103; z dnia 9 lipca 2002 r., sygn. akt I ACz 392/92, niepubl.; z dnia 28 września 2004 r., sygn. akt FSK 836/04 i FSK 839/04 CBOSA.

[40] Postanowienia NSA: z dnia 25 lutego 2014 r., sygn. akt II FZ 174/14, LEX nr 1450513; z dnia 28 czerwca 2012r., I FZ 219/12, LEX nr 1285007.

[41] Postanowienia NSA: z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. akt I FZ 70/09, LEX nr 564254; z dnia 30 września 2005 r., sygn. akt III SA/Wa 1187/05, CBOSA.

[42] Postanowienie NSA z dnia 17 października 2006 r., sygn. akt II OZ 1028/06, ONSA WSA 2007, nr 1, poz. 9.

[43] Postanowienia NSA: z dnia 9 września 2004 r., sygn. akt FZ 360/04, CBOSA; z dnia 7 marca 2006 r., II OZ 211/06, CBOSA.

[44] Postanowienie SN z dnia 19 lutego 1998 r., sygn. akt II UZ 13/98, OSNP 1999, nr 4, poz. 149.

womocnieniu się orzeczenia, a ściślej – czynności dotyczących postępowania, które może toczyć się po uprawomocnieniu się orzeczenia[45]. Sąd Apelacyjny w Łodzi wskazał, że z istoty instytucji pełnomocnika z urzędu wynika, iż jest on ustanowiony do udziału w konkretnej sprawie do momentu jej prawomocnego zakończenia. Jednak samo uprawomocnienie się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie nie stanowi przeszkody, aby ustanowiony w niej pełnomocnik podejmował skutecznie działania związane z fazami postępowania, poprzedzającymi uprawomocnienie się orzeczenia kończącego postępowanie jako całość. Dopuszczalne, mieszczące się z mocy samego prawa w zakresie pełnomocnictwa procesowego, jest dokonywanie czynności przez umocowanego w sprawie pełnomocnika – w sensie czasowym – już po uprawomocnieniu się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, ale – w sensie merytorycznym – dotyczących wcześniejszych jego faz[46]. Przykładowo pełnomocnik ma uprawnienie do zaskarżenia orzeczenia o kosztach, może złożyć wniosek o wydanie odpisu wcześniej wydanego orzeczenia, wniosek o sporządzenie i doręczenie uzasadnienia albo wniosek o przywrócenie terminu do dokonania czynności procesowej itp.[47] Obowiązkiem pełnomocnika jest także udzielenie stronie informacji odnoszących się do możliwości skorzystania ze skargi kasacyjnej, ponieważ są to informacje odnoszące się do orzeczenia, które zostało wydane w postępowaniu objętym umocowaniem pełnomocnika. Niedopełnienie tych obowiązków przez pełnomocnika co do zasady nie upoważnia strony do powoływania się na niezawinione przez nią niedotrzymanie terminu złożenia wniosku o sporządzenie i doręczenie jej uzasadnienia wyroku sądu drugiej instancji[48].

W tym miejscu rodzi się ważne pytanie – czy umocowania pełnomocnika do wniesienia skargi kasacyjnej oraz udziału w postępowaniu kasacyjnym wynika z mocy prawa, czy niezbędne jest w tym celu pełnomocnictwo szczególne? Pytanie jest istotne, ponieważ w orzecznictwie przez długi czas brakowało jednego stanowiska w tej kwestii. Dopiero uchwała Sądu Najwyższego z 2008 r. rozwiała wszelkie wątpliwości w tym zakresie[49]. Na jej podstawie przyjmuje się jednolicie, że pełnomocnictwo procesowe z mocy prawa nie obejmuje umocowania do wniesienia skargi kasacyjnej i udziału w postępowaniu kasacyjnym.

Z regulacji przyjętej w art. 118 § 2 k.p.c., który umocowanie dla pełnomocnika wyznaczonego z urzędu ogranicza czasem prawomocnego zakoń-

[45] Uchwała SN z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III CZP 142/07, LEX nr 394725.
[46] Postanowienie SN z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt II CZ 194/12, LEX nr 1314409.
[47] Postanowienie SA w Krakowie z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt I A Cz 198/13, LEX nr 1344106.
[48] Postanowienie SN z dnia 18 stycznia 2012 r., sygn. akt II CZ 148/11, LEX nr 1162662.
[49] Uchwała SN z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III CZP 142/07, LEX nr 394725.

czenia postępowania wynika także inny wniosek. W przypadku prawomocnego zwrotu pozwu w sprawie, w której został wyznaczony pełnomocnik z urzędu, skutki jego wyznaczenia zostają zniweczone. Pozew zwrócony nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem pisma do sądu[50].

Inną kwestią jest, że czynność prawna dokonana przez pełnomocnika ustanowionego z urzędu w granicach umocowania powoduje skutki bezpośrednio dla reprezentowanego. Jednak pełnomocnik z urzędu nie ma umocowania do działania w imieniu mocodawcy w każdej innej sprawie[51].

Ponadto pełnomocnik ustanowiony z urzędu w postępowaniu przed sądem powszechnym nie jest umocowany do działania za stronę w postępowaniu egzekucyjnym po prawomocnym zakończeniu postępowania. Zakres pełnomocnictwa procesowego określony w art. 91 k.p.c. zawężony został przepisem art. 118 § 2 k.p.c.[52] Jednak pełnomocnik z urzędu ustanowiony w toku postępowania egzekucyjnego stosownie do art. 91 pkt 2 k.p.c. w związku z art. 118 k.p.c. umocowany jest do reprezentowania strony, co do wszelkich czynności dotyczących przymusowego wykonania danego tytułu[53].

Od 2010 roku, analogicznie jak w postępowaniu cywilnym (art. 117^3 § 3 i art. 118 k.p.c.), ustanowienie pełnomocnika z urzędu w postępowaniu sądowoadministracyjnym jest równoznaczne z udzieleniem pełnomocnictwa z mocy samego prawa[54]. W wyniku wprowadzonej zmiany zrezygnowano z poprzedniej regulacji, zgodnie z którą ustanowienie pełnomocnika nie było równoznaczne z udzieleniem mu pełnomocnictwa, lecz wyłącznie przyznawało stronie uprawnienie do udzielenia takiego pełnomocnictwa, np. radcy prawnemu wyznaczonemu przez odpowiedni organ samorządu zawodowego, bez potrzeby ponoszenia związanych z tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika czy innych wydatków[55].

Zgodnie z orzecznictwem sądów administracyjnych pełnomocnik z urzędu zobowiązany jest podejmować z należytą starannością wszelkie działania, które mają na celu obronę interesu osoby reprezentowanej[56]. Przyznanie pełnomocnika z urzędu powinno zmierzać bezpośrednio do poprawy

[50] Wyrok SA w Lublinie z dnia 30 stycznia 2014 r., sygn. akt II ACa 811/13, LEX nr 1439024.

[51] Postanowienie SN z dnia 12 maja 2011 r., sygn. akt II BU 10/10, LEX nr 833955.

[52] Postanowienie SA w Krakowie z dnia 26 lutego 2013 r., sygn. akt I ACz 198/13, LEX nr 1344106.

[53] Postanowienie SN z dnia 24 czerwca 1999 r., sygn. akt I CKN 312/99, LEX nr 44019.

[54] Postanowienie NSA z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. akt II FZ 1066/13, LEX nr 1404531.

[55] Postanowienia NSA: z dnia 23 czerwca 2005 r., sygn. akt II OZ 519/05, Legalis nr 71801; z dnia 1 lutego 2008 r., sygn. akt II FZ 4/08, Legalis nr 101154.

[56] Postanowienie NSA z dnia 16 stycznia 2015 r., sygn. akt I OZ 9/15, LEX nr 1624320.

lub ochrony sytuacji prawnej osoby, której udzielana jest pomoc[57]. „Cechą charakterystyczną pełnomocnictwa w postępowaniu sądowoadministracyjnym (paralelnie do postępowania cywilnego) jest to, że zasadniczo wszystkie działania (jak i zaniechania) podejmowane przez pełnomocnika z urzędu wywierają skutek bezpośrednio dla strony. Istotne jest również, że osoba reprezentowana przez pełnomocnika działa tak, jakby działała osobiście, tylko z wykorzystaniem profesjonalnej pomocy"[58].

Zgodnie z judykaturą „ustanowienie pełnomocnika z urzędu w postępowaniu sądowoadministracyjnym, w sytuacji, gdy strona reprezentowana przez takiego pełnomocnika nie ograniczy tegoż pełnomocnictwa, z mocy prawa stanowi umocowanie do dokonania wszystkich łączących się ze sprawą czynności zarówno przed wojewódzkim sądem administracyjnym, jak i przed Naczelnym sądem Administracyjnym"[59]. Ponadto ustanowienie pełnomocnika z urzędu obejmuje także postępowanie ze skargi o wznowienie postępowania w danej sprawie[60].

Dodatkowo, wyznaczając zakres umocowania pełnomocnika z urzędu w postępowaniu sądowoadministracyjnym, warto zwrócić również uwagę na regulację art. 243 § 2 p.p.s.a. Zgodnie z tym przepisem prawo pomocy (w tym ustanowienie pełnomocnika z urzędu) przyznane jeszcze przed wszczęciem postępowania, jak i w jego toku obejmuje postępowanie egzekucyjne. Regulacja ta budzi pewne wątpliwości, zarówno w zakresie przyjętej terminologii: „postępowanie rozpoznawcze" (bardziej właściwym wydaje się: „postępowanie kontrolne"), jak też przyjęte w nim rozwiązanie, które zdaje się nie być odpowiednie w stosunku do zadań sądu administracyjnego i zasad kształtowania kosztów egzekucji administracyjnej. Postępowanie egzekucyjne nie obejmuje zwolnienia od kosztów egzekucyjnych, dopuszcza ich umorzenie lub rozłożenie na raty (art. 64e i 64f ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji[61]), nie przewiduje się w nim także ustanowienia fachowego pełnomocnika z urzędu. Zgodnie z regulacją ustawową sąd administracyjny dokonuje kontroli administracji publicznej z punktu widzenia zgodności z prawem (art. 3 § 1 p.p.s.a.). Co do zasady, z nielicznymi wyjątkami, sąd administracyjny wydaje wyroki kasacyjne i co do zasady nie załatwia spraw administracyjnych. Tym samym nie znajduje się żadnego uzasadnienia, by skutki orzeczenia sądu

[57] Postanowienie NSA z dnia 17 września 2012 r., sygn. akt II FZ 727/12, LEX nr 1221331.

[58] Postanowienie NSA z dnia 7 czerwca 2013 r., sygn. akt II FSK 608/13, LEX 1320614.

[59] Postanowienia NSA: z dnia 2 października 2013 r., sygn. akt II OZ 837/13, LEX nr 1398222; z dnia 7 czerwca 2013 r., sygn. akt II FSK 608/13, LEX nr 1320614.

[60] Postanowienia NSA: z dnia 13 stycznia 2012 r., sygn. akt I GSK 1545/11, LEX nr 1103961; z dnia 30 maja 2014 r., sygn. akt II FSK 1197/14, LEX 146737.

[61] Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1619 z późn. zm.).

administracyjnego wydanego w postępowaniu wpadkowym (jakim jest rozpoznanie wniosku o przyznanie pomocy prawnej i ustanowienie w jej ramach pełnomocnika z urzędu) rozciągnąć na postępowanie egzekucyjne będące odrębnym postępowaniem, prowadzonym przez organy administracji, które podlega kontroli sądu administracyjnego[62]. Konkludując, należy stwierdzić, że przepis art. 243 § 2 p.p.s.a. powinien odnosić się wyłącznie do sytuacji, gdy orzeczenie sądu administracyjnego powoduje uruchomienie egzekucji sądowej (art. 228 p.p.s.a.).

Podsumowując, należy stwierdzić, że przyjęte w wyniku nowelizacji art. 244 p.p.s.a. rozwiązanie znacznie uprościło i skróciło procedurę przyznawania pełnomocnika z urzędu w postępowaniu sądowoadministracyjnym. Rozwiązanie to traktuje się jako analogiczne do zawartego w przepisach postępowania cywilnego, tj. art. 117^3 § 3 i art. 118 k.p.c.

Cechą wspólną postępowań cywilnego i sądowoadministracyjnego jest także umożliwienie wnioskodawcy wyboru danego pełnomocnika przez wskazanie wykonywanego przez niego zawodu i jego personaliów, co pełniej realizuje zasadę prawa do reprezentacji, skorelowaną z prawem do wyboru pełnomocnika. Powyższe stanowi również realizację zasady równości stron w postępowaniu sądowoadministracyjnym. Jednak terminologia wypracowana na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów – „pełnomocnik z urzędu" i „pełnomocnik z wyboru" – w aktualnym stanie prawnym może zaciemniać obraz i być myląca. Należy uznać bowiem, że strona reprezentowana przez fachowego pełnomocnika z urzędu, który został imiennie przez nią wskazany, reprezentowana jest również przez pełnomocnika z wyboru.

Ustanie stosunku pełnomocnictwa

Na gruncie Kodeksu postępowania cywilnego sąd cofnie pełnomocnictwo, jeśli okaże się, że okoliczności, na których podstawie je przyznano, nie istniały lub przestały istnieć (art. 120 § 1 k.p.c.). Kwestią dyskusyjną pozostaje to, czy cofnięcie zwolnienia z kosztów sądowych powoduje jednocześnie wygaśnięcie pełnomocnictwa z urzędu? Sąd Najwyższy w uchwale z 1990 r. wskazał, że w przypadku cofnięcia przez sąd stronie zwolnienia od kosztów sądowych wygasa automatycznie pełnomocnictwo procesowe[63]. Jednak wypowiedź Sądu Najwyższego staje się częściowo nieaktualna na skutek powoływanego wcześniej wyroku Trybunału Konstytu-

[62] P. Dobosz, *Procedury administracyjne, model sądownictwa administracyjnego a „prawo pomocy"*, [w:] *Polski model sądownictwa administracyjnego*, pod red. J. Stelmasiaka, J. Niczyporuka, Lublin 2003, s. 118.

[63] Uchwała SN z dnia 10 sierpnia 1990 r., sygn. akt III CZP 39/90, LEX nr 3605.

cyjnego (sygn. akt P 37/07), który doprowadził do nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego[64]. Zgodnie z obecnie obowiązującym art. 117 § 1 k.p.c. ustanowienie pełnomocnika z urzędu nie jest związane z przesłanką uprzedniego uzyskania przez stronę zwolnienia od kosztów sądowych[65].

Również w postępowaniu sądowoadministracyjnym przyznanie pełnomocnika z urzędu w ramach prawa pomocy może zostać cofnięte, gdy okaże się, że okoliczności stanowiące podstawę jego przyznania nie istniały lub przestały istnieć. Przykładowo gdy wnioskodawca celowo wprowadził sąd w błąd na temat swojej sytuacji majątkowej, zdolności płatniczych albo gdy zdolności płatnicze wnioskodawcy po wydaniu postanowienia o przyznaniu prawa pomocy poprawiły się. Postanowienie o przyznaniu prawa pomocy nie korzysta z powagi rzeczy osądzonej, bowiem zawarte w nim rozstrzygnięcie powinno być adekwatne (do istniejącego stanu faktycznego uzasadniającego przyznanie pełnomocnika) w trakcie całego postępowania sądowego. Dodatkowo warto dodać, że w judykaturze wielokrotnie sygnalizowano potrzebę uprzedniego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, które pozwoliłoby jednoznacznie stwierdzić zaistnienie okoliczności uzasadniających cofnięcie przyznania pełnomocnika z urzędu[66]. Postanowienie takie może zostać zmienione przez sąd administracyjny z urzędu lub na wniosek zarówno na korzyść, przyznając prawo pomocy, pomimo wcześniejszej odmowy, jak i niekorzyść wnioskodawcy, poprzez cofnięcie przyznanego prawa pomocy. Orzecznictwo zwraca również uwagę na okoliczność, że po prawomocnym zakończeniu sprawy niedopuszczalne jest cofnięcie przyznanego prawa pomocy[67].

Przyznanie pełnomocnika z urzędu jest uprawnieniem strony postępowania, a nie jej obowiązkiem, co oznacza, że strona, dla której został ustanowiony pełnomocnik może wypowiedzieć mu pełnomocnictwo procesowe. Zdaniem Sądu Najwyższego strona może wypowiedzieć pełnomocnictwo radcy prawnemu, który został wyznaczony dla niej z urzędu[68]. Zakaz takiego działania oznaczałby ograniczenie praw strony w procesie. Także Naczelny Sąd Administracyjny w postanowieniu z 2014 r., powołując się na literaturę, wskazuje, że jako wypowiedzenie pełnomocnictwa pełnomocnikowi z urzędu należy traktować późniejsze udzielenie przez

[64] Ustawa z dnia 17 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2010 r. Nr 7, poz. 45).

[65] G. Misiurek, *Komentarz do art. 120 Kodeksu postępowania cywilneg*o, LEX/el. 2013.

[66] Postanowienie NSA z dnia 6 lutego 2008 r., sygn. akt II GZ 20/08, LEX nr 488057, z częściowo krytyczną glosą P. Zaborniaka, M. Praw. 2009, nr 7, s. 402 oraz postanowienie NSA z dnia 28 lipca 2011 r., sygn. akt I OZ 556/11 i I OZ 557/11, CBOSA.

[67] Postanowienie WSA w Białymstoku z dnia 19 października 2006 r., sygn. akt SA/Bk 141/06, CBOSA.

[68] Postanowienie SN z dnia 3 czerwca 1976 r., sygn. akt III CRN 64/76, OSNCP 1977, nr 1, poz. 14.

stronę pełnomocnictwa z wyboru innemu adwokatowi, radcy prawnemu, doradcy podatkowemu lub rzecznikowi patentowemu[69].

Istotne jest również, że z istoty pełnomocnictwa z urzędu wynika niedopuszczalność wypowiedzenia takiego umocowania ze strony pełnomocnika, a niedopuszczalność wniosku o uchylenie postanowienia przyznającego pełnomocnika z urzędu nie pozbawia strony możności starania się o zmianę pełnomocnika wyznaczonego stronie. Przy czym stanowisko strony w tej mierze może stanowić ważny powód złożenia przez tego pełnomocnika wniosku o zwolnienie go z obowiązku zastępowania strony w procesie.

Relacje zachodzące pomiędzy stroną a wyznaczonym dla niej pełnomocnikiem z urzędu należy oceniać jak pomiędzy mocodawcą a pełnomocnikiem z wyboru, któremu udzielone zostało pełnomocnictwo procesowe. Rezygnacja strony z pełnomocnika z urzędu oznacza, stosownie do art. 94 § 1 k.p.c. w związku z art. 118 k.p.c., wypowiedzenie pełnomocnictwa procesowego ustanowionemu pełnomocnikowi z urzędu[70].

Pełnomocnik z urzędu ustanowiony do zastępowania innego podmiotu co do zasady realizuje swoje uprawnienie w przypadku istnienia tego postępowania. Czas trwania stosunku pełnomocnictwa udzielonego z urzędu najczęściej będzie zależeć od czasu trwania danego postępowania, a czasem po jego zakończeniu (np. prawo do wniesienia skargi o wznowienie postępowania w procedurze sądowoadministracyjnej).

Przyczyną ustania stosunku pełnomocnictwa mogą być sytuacje zarówno zależne, jak i niezależne od woli reprezentowanej strony czy pełnomocnika, prowadzące do wygaśnięcia pełnomocnictwa. Przykładowo nagła śmierć strony lub pełnomocnika czy utrata przez nich zdolności procesowej. W związku z powyższym ustanie stosunku pełnomocnictwa może nastąpić z mocy samego prawa lub na skutek wypowiedzenia. Ponadto w przypadku przyznania stronie pełnomocnika z urzędu stosunek pełnomocnictwa może ustać w razie cofnięcia przyznania pełnomocnika i zwolnienia go z obowiązku świadczenia pomocy prawnej z urzędu.

Wynagrodzenie i niezbędne, udokumentowane wydatki pełnomocnika z urzędu

Według orzecznictwa zwrot kosztów pełnomocnika procesowego ustanowionego w postępowaniu cywilnym zasądza się na rzecz strony reprezen-

[69] Postanowienie NSA z dnia 22 października 2014 r., sygn. akt II FZ 1494/14, LEX nr 1525365.

[70] Postanowienie SN z dnia 21 kwietnia 1999 r., sygn. akt I CKN 1423/98, LEX nr 738070.

towanej przez pełnomocnika z urzędu[71]. Co oznacza, że koszty procesu w wypadku jego wygrania przez stronę korzystającą z pomocy prawnej z urzędu, zasądza się na rzecz strony reprezentowanej przez pełnomocnika, a nie bezpośrednio na rzecz tego pełnomocnika[72]. Jeśli kosztami procesu w sprawie cywilnej zostaje obciążony przeciwnik procesowy strony korzystającej z pomocy pełnomocnika z urzędu, koszty tej pomocy zasądza się nie od Skarbu Państwa, lecz od przeciwnika procesowego na rzecz strony korzystającej z udzielonej pomocy[73]. Wynika z tego, że wyegzekwowanie przez pełnomocnika z urzędu w całości należnych mu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej z kosztów procesu zasądzonych od strony przeciwnej skutkuje zaspokojeniem jego roszczenia w stosunku do Skarbu Państwa[74]. W sytuacji, gdy sąd nie zasądził kosztów procesowych od strony przeciwnej, np. z powodu przegrania sprawy prowadzonej przez pełnomocnika z urzędu, koszty takiej pomocy ponosi Skarb Państwa.

W przypadku dochodzenia kosztów nieopłaconej pomocy prawnej z urzędu od Skarbu Państwa niezbędny jest wniosek pełnomocnika o przyznanie takich kosztów od Skarbu Państwa i oświadczenie, że nie zostały one uiszczone w całości ani w części[75]. Brak takiego oświadczenia powoduje oddalenie wniosku, jako nieuzasadniony. Oświadczenie to jest nieodzownym elementem uzasadnienia wniosku o przyznanie kosztów, stanowiącym przesłankę do przyjęcia, że praca pełnomocnika prawnego nie została wynagrodzona, a zatem, że zachodzi podstawa poniesienia kosztów z tego tytułu przez Skarb Państwa[76].

W postanowieniu z dnia 12 lutego 1999 r. Sąd Najwyższy wskazał, że czynności pełnomocnika ustanowionego z urzędu, które są sprzeczne z zasadami profesjonalizmu, nie uzasadniają przyznania mu kosztów nieopłaconej pomocy prawnej[77]. Dość krytycznie, ale jednak trafnie, skomentował powyższe postanowienie Sądu Najwyższego jeden z przedstawicieli doktryny. Zdaniem A. Zielińskiego: „również sądowi, wydającemu wadliwy pod względem prawnym wyrok można zarzucić dokonanie czynności sprzecznie z zasadami profesjonalizmu. Nikomu jednak nie przychodzi

[71] Postanowienie SN z dnia 8 września 1982 r., sygn. akt I CZ 83/82, LEX nr 8459.

[72] T. Demendecki, *Komentarz do art. 122 Kodeksu postępowania cywilnego*, LEX/el. 2014.

[73] Wyrok SA w Białymstoku z dnia 21 września 2000 r., sygn. akt I ACa 278/00, LEX nr 46760.

[74] Postanowienie SN z dnia 18 maja 2011 r., sygn. akt III CZ25/11, LEX nr 864008.

[75] *Ibidem.*

[76] Postanowienie SN z dnia 14 października 1998 r., sygn. akt II CKN 687/98, LEX nr 34587.

[77] Postanowienia SN: z dnia 12 lutego 1999 r., sygn. akt II CKN 341/98, LEX nr 36282, z glosą A. Zielińskiego, „Palestra" 2000, nr 1, s. 174; z dnia 18 marca 1999 r., sygn. akt I CKN 1046/97, OSNC 1999, nr 10, poz. 178; uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 21 września 2000 r., sygn. akt III CZP 14/00, OSNC 2001, nr 2, poz. 21.

– i słusznie – na myśl odbierania w takich wypadkach – np. części – wynagrodzenia sędziemu. Równego traktowania wymaga, przeto także praca pełnomocnika…"[78].

Analogicznie jak na gruncie postępowania cywilnego, wynagrodzenie pełnomocnika ustanowionego w postępowaniu sądowoadministracyjnym w ramach prawa pomocy i zwrot niezbędnych, udokumentowanych wydatków następuje na jego wniosek. Wniosek taki (paralelnie jak w postępowaniu cywilnym) powinien zawierać oświadczenie o niepokryciu całości bądź części należnych opłat. Oświadczenie takie nie jest elementem formalnym wniosku i traktować je należy jako obligatoryjny składnik[79].

W postanowieniu z dnia 22 grudnia 2004 r. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że pełnomocnikowi z urzędu przysługuje wynagrodzenie, w zakresie określonym ustawowo, jedynie za pomoc prawną rzeczywiście udzieloną[80]. Idąc dalej, Sąd stwierdził również, że sąd ma zarówno uprawnienie, jak i obowiązek sprawdzenia, czy pomoc prawna z urzędu rzeczywiście została udzielona. Ponadto judykatura przyjmuje, że ograniczenie się wyłącznie do przejrzenia akt sprawy bez podjęcia dalszych czynności procesowych nie może być traktowane jako udzielenie pomocy prawnej[81]. W innym orzeczeniu Naczelny Sąd Administracyjny podniósł, że do czynności w ramach pomocy prawnej pełnomocnika z urzędu zaliczyć należy sporządzenie opinii prawnej na temat braku podstaw do wniesienia środka zaskarżenia[82].

Pomoc prawna świadczona z urzędu nie musi być jednak wykonywana osobiście. Ustanowiony pełnomocnik ma prawo udzielenia dalszego pełnomocnictwa innemu, fachowemu pełnomocnikowi. Jednak wynagrodzenie należne jest pierwotnie wyznaczonemu pełnomocnikowi[83].

---

[78] A. Zieliński, *Glosa do postanowienia SN z dnia 12 lutego 1999 r., II CKN 341/98*, „Palestra" 2000, nr 1, s. 174.

[79] Postanowienia NSA: z dnia 18 października 2005 r., sygn. akt II FZ 625/05, niepubl.; z dnia 18 czerwca 2008 r., sygn. akt I OZ 390/08, LEX nr 493827; z dnia 25 marca 2009 r., sygn. akt II FZ 90/09, LEX nr 550321. Postanowienie WSA we Wrocławiu z dnia 28 grudnia 2011 r., sygn. akt I SA/Wr 392/11, LEX nr 1102078; M. Kazek, *Nieznajomość prawa a wynagradzanie za czynności pełnomocnika z urzędu*, ZNSA 2006, nr 6, s. 65–71.

[80] Postanowienie NSA z dnia 22 grudnia 2004 r., sygn. akt OZ 720/04, ONSA WSA 2005, nr 5, poz. 93; wyrok NSA z dnia 9 lutego 2005 r., sygn. akt GSK 1412/04, LEX nr 799727; postanowienie WSA w Krakowie z dnia 27 listopada 2008 r., sygn. akt III SA/Kr 199/04, LEX nr 504493, z glosą aprobującą G. Karcza, LEX/el. 2009.

[81] Postanowienie NSA z dnia 25 października 2011 r., sygn. akt I OZ 790/11, LEX nr 1069714.

[82] Postanowienie NSA z dnia 15 czerwca 2004 r., sygn. akt OSK 93/04, ONSA WSA 2004, nr 2, poz. 33.

[83] Postanowienie WSA w Lublinie z dnia 9 lutego 2007 r., sygn. akt I SA/Lu 779/06, LEX nr 514836.

Judykatura podkreśla również, że kwestia wynagrodzenia pełnomocnika z urzędu w ramach przyznanego i zrealizowanego prawa pomocy jest sprawą między danym pełnomocnikiem a sądem, który przyznaje określone wynagrodzenie ze Skarbu Państwa. Tym samym wyłącznie konkretny pełnomocnik, niezgadzający się z wysokością przyznanego mu wynagrodzenia, może kierować sprzeciw od postanowienia referendarza w tym przedmiocie, a w dalszej kolejności zażalenie na postanowienie sądu. Z takich środków odwoławczych nie może natomiast skorzystać strona, której przyznano pełnomocnika z urzędu[84].

Podsumowanie

Zarówno na gruncie postępowania cywilnego, jak i sądowoadministracyjnego ustanowienie pełnomocnika z urzędu odbywa się w dwóch etapach (postanowienie wydane przez sąd, a następnie wyznaczenie pełnomocnika ze strony organu samorządu zawodowego, który powinien w miarę możliwości i w porozumieniu z danym pełnomocnikiem uwzględnić ewentualne sugestie co do jego osoby, jeżeli takie zostały zawarte we wniosku). Sąd cywilne jak i sąd administracyjne nie mają wpływu na wyznaczenie osoby pełnomocnika, który wskazany został we wniosku. Także strona nie może żądać wyznaczenia kolejnej osoby na pełnomocnika w przypadku, gdy jej prawo pomocy zostało zrealizowane[85].

W obu postępowaniach konsekwencje wynikające z ustanowienia pełnomocnika z urzędu następują z chwilą, gdy sąd uzyska od właściwego organu samorządu zawodowego informację o wyznaczeniu przykładowo radcy prawnego wraz z informacją o jego adresie do doręczeń[86]. Z chwilą wyznaczenia pełnomocnika z urzędu relacje zachodzące pomiędzy stroną a wyznaczonym dla niej pełnomocnikiem należy oceniać jak pomiędzy mocodawcą a pełnomocnikiem, któremu udzielone zostało pełnomocni-

[84] Postanowienie NSA z dnia 14 stycznia 2009 r., sygn. akt I OZ 957/08, LEX nr 551911.

[85] Postanowienia NSA: z dnia 4 stycznia 2011 r., sygn. akt II OZ 1313/10, LEX nr 743790; z dnia 11 stycznia 2011 r., sygn. akt II OZ 1320/10, LEX nr 743797; z dnia 7 września 2011 r., sygn. akt I OZ 654/11, LEX nr 964712; z dnia 22 grudnia 2011 r., sygn. akt II FZ 806/11, LEX nr 1151495.

[86] Postanowienie SN z dnia 2 marca 2012 r., sygn. akt I UZ 40/12, OSNP 2013, nr 9–10, poz. 119.

two procesowe (art. 118 k.p.c.)[87]. Termin i sposób porozumienia się pełnomocnika ze stroną należy wyłącznie do nich, a nie do sądu[88].

W postępowaniu cywilnym, paralelnie do postępowania sądowoadministracyjnego, pełnomocnik z urzędu przyznawany jest wyłącznie na wniosek strony. Co oznacza, że na gruncie postępowania sądowoadministracyjnego prawo takie przysługuje także organowi, którego działanie lub bezczynność jest przedmiotem skargi. Przedmiotowy wniosek wolny jest od opłat zarówno w postępowaniu cywilnym, jak i sądowoadministracyjnym. W takim przypadku wyłączona jest zasada oficjalności, sąd bowiem nie może z urzędu czy z własnej inicjatywy ustanowić pełnomocnika.

Postanowienie o przyznaniu lub odmowie przyznania pełnomocnika z urzędu doręcza się jedynie stronie, która złożyła wniosek. Ponadto wyłącznie wnioskodawca posiada prawo złożenia zażalenia na owo orzeczenie[89].

W obu postępowaniach wniosek o ustanowienie pełnomocnika z urzędu może zostać złożony zarówno przed wszczęciem postępowania, jak też w trakcie toczącego się postępowania – tak w pierwszej, jak i drugiej instancji. Należy jednak pamiętać, że wniosek o przyznanie prawa pomocy (ustanowienie pełnomocnika) nie ma wpływu na bieg terminów do wniesienia środków zaskarżenia. Kwesta ta może być rozpatrywana ewentualnie w kategoriach prawa żądania przywrócenia terminu[90].

Innym elementem wspólnym, na co wskazuje judykatura, jest to, że w postępowaniu sądowoadministracyjnym analogicznie do postępowania cywilnego decyzja sądu w sprawie przyznania pełnomocnika z urzędu ma charakter wiążący[91]. Decyzja o przyznaniu pełnomocnika z urzędu nie podlega ponownej ocenie ze strony sądu, jeżeli nie nastąpiła zmiana okoliczności stanowiących podstawę przyznania pełnomocnika z urzędu. Sąd w tym zakresie działa z urzędu i nie jest związany stanowiskiem strony[92]. Jeżeli natomiast wnioskodawcy nie odpowiada sposób prowadzenia sprawy przez pełnomocnika z urzędu, uprawniony jest zgłosić stosowne zastrzeżenia odpowiednim organom korporacji zawodowych – a nie

[87] Postanowienia SN: z dnia 21 kwietnia 1999 r., sygn. akt I CKN 1423/98, LEX nr 738070; z dnia 30 października 2006 r., sygn. akt II CSK 378/06, LEX nr 1100085; wyrok SA w Krakowie z dnia 3 grudnia 2013 r., sygn. akt I ACa 1133/13, LEX nr 1500785.

[88] Postanowienie SN z dnia 19 lutego 1998 r., sygn. akt II UZ 13/98, LEX nr 35057.

[89] Postanowienia NSA: z dnia 5 kwietnia 2007 r., sygn. akt II OZ 288/07, LEX nr 360207; z dnia 7 marca 2008 r., sygn. akt I OZ 140/08, LEX nr 348185. Ten kierunek orzecznictwa znalazł odzwierciedlenie w zmianie art. 252 p.p.s.a., dokonanej nowelizacją z dnia 12 lutego 2010 r. (Dz. U. Nr 36, poz. 196).

[90] Postanowienie NSA z dnia 31 marca 2005 r., sygn. akt I FZ 35/05, niepubl.

[91] Wyrok SN z dnia 18 marca 2008 r., sygn. akt IV CSK 539/07, LEX nr 371829.

[92] Postanowienie SN z dnia 8 marca 1972 r., sygn. akt I PZ 6/72, LEX nr 7069.

sądowi, który nie jest władny wydać ponownego rozstrzygnięcia w tym zakresie w postaci innego pełnomocnika, ponieważ prawo ustanowienia pełnomocnika z urzędu zostało już skonsumowane[93].

Ostatnią kwestię stanowi oddalenie wniosku o przyznanie prawa pomocy, w tym ustanowienie pełnomocnika z urzędu. Jeżeli sąd oddali wniosek o ustanowienie pełnomocnika z urzędu, strony postępowania cywilnego nie mogą ponownie żądać ustanowienia go, powołując się na te same okoliczności. Wniosek taki podlega odrzuceniu, zaś postanowienie o odrzuceniu wniosku nie jest zaskarżalne[94]. Analogiczna sytuacja ma miejsce na gruncie postępowania sądowoadministracyjnego. W orzecznictwie sądowoadministracyjnym wielokrotnie podkreślano, że złożenie nowego wniosku o przyznanie prawa pomocy może być spowodowane zmianą okoliczności stanowiących podstawę takiego wniosku, a konkretnie zmianą sytuacji finansowej skarżącego[95].

Jak wykazano powyżej procedura sądowoadministracyjna w niektórych elementach podobna jest do postępowania cywilnego. Zarówno na gruncie postępowania cywilnego, jak i sądowoadministracyjnego przyznanie pełnomocnika z urzędu wynika z obowiązującej w polskim prawie teorii reprezentacji. Pełnomocnik, działając w postępowaniu przed sądem, wywołuje bezpośrednie skutki w sferze prawnej reprezentowanego. Czynności pełnomocnika traktowane są jako czynności procesowe reprezentowanej strony. Doktryna wielokrotnie określa pełnomocnika „głosem" reprezentowanej strony[96]. Pełnomocnik, stanowiąc pewnego rodzaju łącznik między reprezentowaną stroną a toczącym się postępowaniem, jest wyrazicielem woli reprezentowanego, zaś dokonywane przez niego czynności należy traktować jako czynności procesowe strony. Jednocześnie zaniedbania pełnomocnika obciążają stronę, wywołując dla niej negatywne konsekwencje. Tym samym takiego rodzaju relacja powinna być oparta na zaufaniu, pełnym zaangażowaniu pełnomocnika oraz dołożeniu należytej staranności podczas wykonywanych czynności.

---

[93] Postanowienie NSA z dnia 13 maja 2011 r., sygn. akt I OZ 340/11, LEX nr 1081216.

[94] Postanowienia SN: z dnia 12 września 2007 r., sygn. akt I CSK 199/07, LEX nr 461625; z dnia 11 lipca 2000 r., sygn. akt I PZ 45/00, OSNP 2002, nr 2, poz. 45.

[95] Postanowienia NSA: z dnia 28 czerwca 2005 r., sygn. akt II OZ 542/05, LEX nr 850086; z dnia 15 grudnia 2011 r., sygn. akt I FZ 498/11, LEX nr 1148698; z dnia 12 lipca 2011 r., sygn. akt II GZ 345/11, LEX nr 1083458.

[96] M. Niezgódka-Medek, *Komentarz do art. 244 ustawy – prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi*, LEX, stan prawny na 30.04.2013 r.

Paweł Dryk

Niezależność radcy prawnego w ujęciu normatywnym. Próba bilansu

Wstęp

Radca prawny zajmuje wśród profesji prawniczych szczególną pozycję, wyłamując się spośród klasycznych podziałów znanych wielu zarówno kontynentalnym, jak i anglosaskim systemom prawa. Jego hybrydalna natura prowokuje wiele pytań i problemów, które mimo upływu lat nadal pozostają aktualne[1]. Jednym z takich zagadnień, powracających co jakiś czas niczym bumerang, jest kwestia niezależności radcy prawnego. Tym razem wzmożenie dyskusji środowiska prawniczego wokół tego zagadnienia spowodowane jest wejściem w życie dużej nowelizacji[2] Kodeksu postępowania karnego[3]. Na jej mocy od 1 lipca 2015 roku zmianie uległo brzmienie m.in. art. 82 k.p.k., który do katalogu obrońców w sprawach karnych oprócz adwokatów i w ograniczonym zakresie aplikantów adwokackich[4] dołącza radców prawnych (i odpowiednio: aplikantów radcowskich) niepozostających w stosunku pracy. To niewątpliwie istotne *novum* z punktu widzenia rynku usług prawnych wzbudziło wiele kontrowersji, zwłaszcza wśród palestry[5]. Liczne głosy sędziów, legislatorów, urzędników, posłów czy w końcu samych przedstawicieli zaintere-

[1] J. Jacyszyn, *Wokół statusu prawnego radcy prawnego*, „Radca Prawny. Zeszyty naukowe" 2015, nr 1, s. 10 i 22.

[2] Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247 z późn. zm.).

[3] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.), dalej: k.p.k.

[4] K.T. Boratyńska [*et al.*], *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 192–206.

[5] *NRA zaskarżyła do TK zmiany przepisów o radcach prawnych*, notatka prasowa dostępna na stronie: <http://www.adwokatura.pl/z-zycia-nra/nra-zaskarzyla-do-tk-zmiany-przepisow-o-radcach-prawnych/page/3/> [dostęp: 27.05.2015].

sowanych zawodów wyrażane na łamach periodyków lub podczas posiedzeń komisji sejmowych zaowocowały wieloma ciekawymi uwagami i punktami widzenia.

Niniejszy artykuł, pisany na kanwie wspomnianej debaty, stanowiącej kolejną odsłonę trwającej od lat dyskusji o istocie zawodu radcy prawnego (niebędący jednak w zamiarze autora głosem po którejkolwiek ze stron obecnego sporu), jest próbą odpowiedzi na pytanie, czy polski ustawodawca wyposażył osoby wykonujące profesję radcowską w instrumenty zapewniające im należytą niezależność przy świadczeniu pomocy prawnej? Aby odpowiedzieć na tak postawione pytanie, na wstępie zrekonstruowano pojęcie samej niezależności, a następnie przeprowadzono rozróżnienie różnych jej płaszczyzn oraz omówienie poszczególnych instytucji. W podsumowaniu dokonano oceny aktualnego stanu prawnego oraz zawarto postulaty *de lege ferenda*.

Pojęcie niezależności

W potocznym rozumieniu, mówiąc o danej osobie jako niezależnej, ma się na myśli kogoś „rozporządzającego sobą, nie podporządkowującego się, nie podporządkowanego nikomu ani niczemu; wolnego, samodzielnego, niezawisłego, niepodległego”[6]. Powyższa definicja koresponduje z tym, jak niezależność widzą zbiory deontologiczne Rady Palestr i Organizacji Prawniczych Unii Europejskiej (CCBE), radców prawnych czy adwokatów z uwzględnieniem oczywiście specyfiki pracy jurysty.

Według pierwszego ujęcia stawiającego omawianą cechę na prymarnym miejscu wśród zasad ogólnych dotyczących wykonywania zawodu, niezależność oznacza wolność od wszelkich wpływów, a szczególnie tych mogących wynikać z osobistych interesów prawnika lub nacisków zewnętrznych. Taka niezależność stanowi warunek *sine qua non* prawidłowości działania wymiaru sprawiedliwości na równi z bezstronnością sędziego i musi przejawiać się również w relacjach z klientem, gdzie prawnik nie może odstępować od wiążących go norm zawodowych w celu zadowolenia swego mandanta (a także zadowolenia sądu czy stron trzecich). Rozciąga się ona na szerokie spektrum aktywności, obejmując sprawy sporne, niesporne oraz udzielane porady będące – jak określa to kodeks – „bezwartościowymi”, jeśli miały na celu poklask, realizację własnych interesów lub nacisków z zewnątrz[7]. Analogicznie sprawę tę widzi obowiązujący

[6] *Mały słownik języka polskiego*, pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1968, s. 453–454.

[7] Ustęp 2.1 Kodeksu CCBE.

do 30 czerwca 2015 r. Kodeks Etyki Radcy Prawnego[8] oraz (jeszcze pełniej) jego następca[9], który akcentuje dodatkowo fundamentalne znaczenie niezależności dla ochrony praw i wolności obywatela, a także demokratycznego państwa prawnego. Ponadto treść art. 7 ust. 2 nowego Kodeksu Etyki Radcy Prawnego wyraźnie wskazuje, że stanowisko radcy prawnego w sprawie musi być wolne także od poleceń, sugestii czy wskazówek (pod warunkiem że ograniczają niezależność). Na pierwszy rzut oka można pomyśleć, że mamy tu do czynienia z deontologicznym *superfluum*, jednak jak się wydaje takie wyróżnienie „miękkich" form nacisku jest szczególnie istotne w przypadku radców prawnych wykonujących zawód w ramach stosunku pracy.

Nieco bardziej lakonicznie kwestię niezależności porusza Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej)[10], stwierdzając jedynie w § 7, że „w czasie wykonywania czynności zawodowych adwokat korzysta z pełnej swobody i niezależności […]". Mimo tak lapidarnego podejścia regulacja ta niesie za sobą bardzo ważną treść. Otóż wskazuje na różnicę pomiędzy swobodą adwokata a jego niezależnością (czy jak to miało miejsce przed nowelizacją z 2011 r. – niezawisłością). Swoboda bowiem odnosi się do sfery kreatywności przy wykonywaniu zawodu, tzn. samodzielności doboru najskuteczniejszych środków działania, podczas gdy niezależność dotyczy wolności od nacisków zewnętrznych (niezależność zewnętrzna) oraz unikania sytuacji prowadzących do uzależnienia od klienta (niezależność wewnętrzna)[11]. Uniwersalność powyższego poglądu sprawia, że można zastosować go odpowiednio do każdego poddanego reżimowi prawnemu i wyposażonego w przymiot niezależności zawodu prawniczego (a więc i zawodu radcy prawnego).

Analizując dotychczasowe rozważania, łatwo zauważyć, że przy rozpatrywaniu niezależności radcy prawnego (i odpowiednio: adwokata) na gruncie prawa możemy wyróżnić dwie jej płaszczyzny, tj. niezależność od władzy (administracyjnej, sądowniczej) oraz niezależność od samego klienta. Podobnie zagadnienie to postrzegane jest w prawie niemieckim, gdzie przez niezależność tamtejszych adwokatów rozumie się niezależ-

[8] Artykuł 7 uchwały Nr 8/VIII/2010 Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych z dnia 28 grudnia 2010 r. w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego Kodeksu Etyki Radcy Prawnego.

[9] Artykuł 7 uchwały Nr 3/2014 Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych z dnia 22 listopada 2014 r. w sprawie Kodeksu Etyki Radcy Prawnego (obowiązujący od 1 lipca 2015 r.).

[10] Obwieszczenie Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 14 grudnia 2011 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej).

[11] J. Naumann, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 6–127.

ność względem państwa i jego struktur, niezależność względem mandanta, niezależność względem społeczeństwa oraz niezależność gospodarczą[12]. W przypadku dwóch ostatnich trudno jednak mówić, aby możliwe było zagwarantowanie ich poprzez normy prawne. Szeroko rozumiana niezależność względem społeczeństwa jest z całą pewnością wyrazem osobistej postawy danego prawnika, jego przekonań, i to one mają tu decydujące znaczenie, natomiast niezależność gospodarcza w ostateczności uzależniona jest od sytuacji ekonomicznej. Niemożliwe byłoby zapewnienie przedstawicielom wolnego zawodu, mającego (mimo wielu kontrowersji) status przedsiębiorcy[13] lub będącym aktywnymi uczestnikami rynku pracy jakiejś gwarancji odpowiedniego statusu materialnego, jak to ma miejsce np. w przypadku sędziów na mocy art. 178 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[14], a uzasadnione jest zapewnieniem prawidłowego wypełniania funkcji orzeczniczej[15]. Analogiczne rozwiązanie w stosunku do radców jest po prostu faktycznie nierealne.

Skoro wiadomo już, jak przejawia się niezależność radcy prawnego w ujęciu normatywnym, to należy wskazać instytucje, które temu służą. W przypadku niezależności od władzy będą to z pewnością: samorządność korporacyjna, tajemnica zawodowa, immunitet materialny oraz niepołączalność zawodu radcy prawnego z innymi zajęciami, zaś co do niezależności od klienta: szczególna regulacja stosunku pracy oraz brak związania poleceniem co do treści opinii prawnej.

Samorządność

Obecnie obowiązująca Konstytucja RP wprowadziła do polskiego porządku prawnego nowe pojęcie prawne – „zawód zaufania publicznego", dając takowym możliwość zorganizowania przez ustawodawcę w formie samorządu. Paradoks polegał jednak na tym, że nie była to instytucja całkiem obca i nieznana[16]. Początkowe niejasności i rygorystyczna interpretacja wyrażona przez Sąd Najwyższy uznająca za zawody zaufania publiczne-

[12] W. Bujko, *System pomocy prawnej w Niemczech*, [w:] *Świadczenie pomocy prawnej w państwach europejskich. Tom 2: Niemcy, Ukraina, Węgry, Irlandia*, pod red. A. Berezy, Warszawa 2012, s. 14–15.

[13] K. Stoga, M. Pawełczyk, *Radca prawny jako przedsiębiorca*, [w:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, pod red. A. Berezy, Warszawa 2014, s. 190.

[14] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), dalej: Konstytucja RP.

[15] M. Sowińska, *Wynagrodzenie sędziów – wybrane zagadnienia*, M.P.Pr. 2014, nr 11, s. 581.

[16] P. Kuczma, *Adwokat jako zawód zaufania publicznego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Palestra" 2012, nr 3–4, s. 157.

go tylko te *expressis verbis* określone w ustawie[17] obecnie straciła aprobatę na rzecz poglądu, że to spełnienie określonych wymogów podyktowanych Konstytucją RP decyduje o kwalifikacji danej profesji[18]. Znalazło to uznanie również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego uznającego radców prawnych za wypełniających przesłanki określone w art. 17 ust. 1 Konstytucji RP[19].

Jakimi cechami powinien charakteryzować się zawód zaufania publicznego? Doktryna wskazuje, że są to m.in.: posiadanie szczególnych zasad etycznych, profesjonalne przygotowanie, obowiązek zachowania tajemnicy, świadczenie usług będących dobrami ogólnospołecznymi, obrót informacjami dotyczącymi życia prywatnego czy nawet intymnego, realizacja istotnych wartości i potrzeb społecznych, istnienie szczególnej więzi zaufania między usługodawcą a klientem[20]. Ponadto przynależność do takiego samorządu cechuje obligatoryjność[21], a nierzadko, jak ma to miejsce w przypadku adwokatów (analogicznie radców prawnych), również występowanie wobec swoich członków jako podmiot „władztwa publicznego"[22].

Gdyby zatrzymać się w tym miejscu przy charakterystyce samorządu przedstawicieli zawodów zaufania publicznego, można byłoby śmiało poddać w wątpliwość twierdzenia, że samorządność niesie za sobą jakąkolwiek niezależność. Ot, po prostu inna forma władztwa. Należy jednak pamiętać, że przymusowa przynależność to konsekwencja określonych obowiązków, jakie Konstytucja RP oraz poszczególne ustawy ustrojowe nakładają na samorządy zawodowe[23]. Polegają one przede wszystkim na pieczy nad należytym wykonywaniem zawodu, reprezentacji interesów zawodowych (jako wspólnoty) wobec władz państwowych, sądownictwie dyscyplinarnym i pieczy nad etyką zawodową, doskonaleniu zawodowym oraz kształceniu przyszłych adeptów czy wreszcie współdziałaniu (co nie znaczy, że samorządność implikuje całkowity monopol korporacji

[17] Wyrok SN Izba Cywilna z dnia 29 maja 2001 r., sygn. akt I CKN 1217/98, OSNC 2002, nr 1, poz. 13, s. 53.

[18] P. Sarnecki, *Glosa do wyroku SN z dnia 29 maja 2001 r., I CKN 1217/98*, „Palestra" 2002, nr 5–6, s. 185; por. też B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 14–200.

[19] Wyrok TK z dnia 24 października 2001 r., sygn. akt SK 22/01, OTK 2001, nr 7, poz. 216.

[20] Por. E. Tkaczyk, *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Prz. Sejm. 2011, nr 6, s. 67; H. Zięba-Załucka, *Samorząd zawodowy w świetle Konstytucji RP*, M. Praw. 2005, nr 10, s. 434.

[21] B. Banaszek, *op. cit.*

[22] Wyrok NSA w Warszawie z dnia 23 kwietnia 1991 r., sygn. akt II SA 238/91, ONSA 1992, nr 3–4, poz. 61.

[23] Wyrok TK z dnia 19 kwietnia 2006 r., sygn. akt K 6/06, OTK-A 2006, nr 4, poz. 45.

w tej materii[24]) w dopuszczaniu do wykonywania zawodu[25]. Innymi słowy, scedowanie pewnych uprawnień przez państwo na samorządy zawodowe musi pociągać za sobą jakąś formę przymusu w celu skutecznej ich egzekucji[26]. Jest to konstrukcja w pełni logiczna, zasadna i podyktowana względami pragmatycznymi. Mamy więc tutaj do czynienia nie z tworzeniem swoistego „korporacjonizmu XXI wieku", jak niekiedy mówi się o samorządach zawodowych, ale wręcz przeciwnie – ochroną przed nieograniczoną możliwością tworzenia przez państwo dowolnych zrzeszeń i tym samym kreowaniem właśnie korporacjonizmu[27]. To także wyraz decentralizacji władzy, która jest przekazywana na poziom najbliższy zainteresowanym, stanowiąc przeciwwagę dla organizacji państwowej[28] nie zawsze kierującej się interesem publicznym[29].

Przechodząc na grunt ustawy o radcach prawnych[30], widzimy, że przedstawiciele tego zawodu (radcy prawni i aplikanci tworzący odpowiednio okręgowe izby radców prawnych i Krajową Izbę Radców Prawnych mające *ex lege* osobowość prawną) posiadają samorząd, który jest niezależny w wykonywaniu swoich zadań i podlega jedynie przepisom prawa. Samorząd wyposażony jest w odpowiednie organy z ustawowo zakreślonymi kompetencjami, zarówno na szczeblu krajowym, jak i okręgowym (odpowiadające tym pierwszym), mogące podejmować kolegialnie uchwały. Do organów tych przynależeć mogą jedynie radcy prawni, na zasadzie kadencyjności, wybierani w głosowaniu tajnym przy nieograniczonej liczbie kandydatów. Działalność samorządu jest finansowana w pierwszej kolejności ze składek członkowskich, a w dalszej kolejności z: opłat związanych z postępowaniem w sprawie wpisu na listę radców prawnych i aplikantów radcowskich oraz kar pieniężnych czy dochodów z innych źródeł, a w szczególności z dotacji i subwencji oraz darowizn i spadków.

[24] Wyrok TK z dnia 7 marca 2012 r., sygn. akt K 3/10, OTK-A 2012, nr 3, poz. 25.

[25] H. Zięba-Załucka, *op. cit.*; B Banaszek, *op. cit.*

[26] Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 26 kwietnia 1990 r., III PZP 2/90, OSNC 1990, nr 12, poz. 142.

[27] T. Krawiel, *Czy Konstytucja chroni korporacje zawodowe? Kogo chroni art. 17 Konstytucji?*, PUG 2007, nr 12, s. 28–32.

[28] P. Sarnecki, *Organizacja społeczeństwa obywatelskiego*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, pod red. M. Zubika, Warszawa 2006, s. 608.

[29] P. Sarnecki, *Radca prawny jako zawód zaufania publicznego*, „Radca Prawny" 2002, nr 4–5, s. 27.

[30] Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 507 z późn. zm.), dalej: u.r.p.

Zgodnie z art. 41 u.r.p. do zadań samorządu radcowskiego należy w szczególności:

1) udział w zapewnianiu warunków do wykonywania ustawowych zadań radców prawnych;
2) reprezentowanie radców prawnych i aplikantów radcowskich oraz ochrona ich interesów zawodowych;
3) współdziałanie w kształtowaniu i stosowaniu prawa;
4) przygotowywanie aplikantów radcowskich do należytego wykonywania zawodu radcy prawnego oraz doskonalenie zawodowe radców prawnych;
5) nadzór nad należytym wykonywaniem zawodu przez radców prawnych i aplikantów radcowskich;
6) prowadzenie badań w zakresie funkcjonowania pomocy prawnej.

Przepis ten zawiera otwarty katalog zadań samorządu[31].

Powyższa krótka, wynikająca z rozmiarów publikacji, charakterystyka samorządu radców prawnych, dobrze pokazuje jednak, że w zakresie swoich kompetencji stanowi on nie tyle autonomiczny, co wręcz autarkiczny organizm, nad którym sprawowana jest kontrola trojakiego rodzaju. Po pierwsze, zgodnie z art. 46 u.r.p., Krajowa Rada Radców Prawnych przedstawia corocznie informację o funkcjonowaniu samorządu Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej – jest to obowiązek analogiczny do tego z art. 13 ustawy – Prawo o adwokaturze[32] i mający charakter czysto informacyjny. Dalej idąca jest już kontrola kasacyjna sprawowana przez Sąd Najwyższy nad postępowaniem dyscyplinarnym. Zgodnie z art. 62^2 ust. 1 u.r.p. od orzeczenia wydanego przez Wyższy Sąd Dyscyplinarny w drugiej instancji przysługuje stronom, Ministrowi Sprawiedliwości, Rzecznikowi Praw Obywatelskich oraz Prezesowi Krajowej Rady Radców Prawnych kasacja do Sądu Najwyższego. Może być ona wniesiona z powodu rażącego naruszenia prawa, jak również rażącej niewspółmierności kary dyscyplinarnej. Niewątpliwie przyznanie takiej kompetencji Sądowi Najwyższemu wzmacnia gwarancje procesowe strony i pozwala państwu zachować pieczę nad postępowaniem mającym w końcu charakter represyjny[33], nie naruszając jednak istoty jego autonomii. Podkreślenia wymaga, że pomimo mniejszego formalizmu postępowania dyscyplinarnego dotyczącego np. treści pism formułowanych przez jego organy (m.in. orzeczeń i ich uzasadnień)[34] nie może to jednak uderzać w pozycję strony, a tym samym lakoniczne, dwu- czy trzyzdaniowe uzasadnienia uznać należy za niedo-

[31] K. Kwapisz, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 150.
[32] Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 615).
[33] W. Bujko, *Odpowiedzialność dyscyplinarna*, [w:] *Zawód…*, s. 386.
[34] Wyrok SN z dnia 8 września 2011 r., sygn. akt SDI 20/11, Legalis.

puszczalne (zwłaszcza że w przypadku aplikantów postępowanie organów dyscyplinarnych ma dodatkowy, dydaktyczny aspekt)[35].

Najdalej idącym ograniczeniem niezależności samorządu radcowskiego jest szereg uprawnień Ministra Sprawiedliwości w sferze przyznanego mu nadzoru. Składają się nań instytucje kontroli ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej radców prawnych (art. 22 ust. 5 u.r.p.), prawo zaskarżenia uchwały organu samorządu do Sądu Najwyższego (art. 47 ust. 2 u.r.p.), możliwość spowodowania uchwały (art. 48 u.r.p.), możliwość polecenia wszczęcia dochodzenia w postępowaniu dyscyplinarnym (art. 68^1 u.r.p.), możliwość złożenia kasacji od orzeczenia Wyższego Sądu Dyscyplinarnego (art. 62^2 ust. 1 u.r.p.) czy odwołania od orzeczeń i postanowień kończących postępowanie dyscyplinarne (art. 70^4 u.r.p.), prawo wglądu do akt postępowania dyscyplinarnego (art. 70^5 u.r.p.) oraz szereg kompetencji w zakresie kształcenia aplikantów i wpisu na listę radców prawnych. Zakres tych kompetencji jest ściśle określony ustawą i nie może być rozszerzany w sposób nienormatywny (stąd przykładowo Minister Sprawiedliwości nie ma kompetencji do wydania decyzji reformatoryjnej w sprawie odmowy wpisu na listę radców prawnych)[36]. W pełni realizuje to konstytucyjną zasadę praworządności (art. 7 Konstytucji RP)[37], czyniąc skuteczne zabezpieczenie przed możliwością nadużyć ze strony władzy centralnej.

Tajemnica zawodowa

W polskim prawie są zawody, które odznaczają się prawem ochrony pewnych informacji, nie będąc jednak zrzeszonymi w samorząd (np. dziennikarze). Stąd drugą w doniosłości normatywną gwarancją niezależności radcy prawnego jest właśnie prawna regulacja tajemnicy zawodowej.

Poza wszelką dyskusją jest obecnie pogląd, że to prawo, a jednocześnie obowiązek, warunkuje prawidłowe wykonywanie zawodu przez radcę prawnego (i odpowiednio: adwokata), chroniąc jedną z najistotniejszych cech stosunku łączącego klienta z jego profesjonalnym pełnomocnikiem – zaufanie[38]. Oczywiście istnienie instytucji tajemnicy zawodowej może budzić pewne kontrowersje związane z tym, że godzi niejako w interes wymiaru sprawiedliwości[39], jednak każde cywilizowane państwo stojące

[35] Wyrok SN z dnia 9 września 2013 r., sygn. akt SDI 23/13, Legalis.
[36] Wyrok NSA z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. akt II GSK 1833/12, Legalis.
[37] M. Mitera, *Nadzór nad radcami prawnymi* (*uwagi na tle orzecznictwa*), [w:] *Publicznoprawny status radcy prawnego*, pod red. M. Pawełczyka, R. Stankiewicza, Warszawa 2012, s. 171.
[38] Z. Klatka, *Wykonywanie zawodu radcy prawnego i adwokata*, Warszawa 2004, s. 64–65.
[39] J. Jacyszyn, *Wykonywanie wolnych zawodów w Polsce*, Warszawa 2004, s. 87–88.

na straży wolności i godności swoich obywateli musi zdawać sobie sprawę z tego, że nawet ten nie może być wartością absolutną, ponad wszystkimi innymi.

Wspomniano wyżej, że tajemnica zawodowa to nie tyle prawo, co nawet obowiązek radcy prawnego[40]. Znajduje to odzwierciedlenie już w sposobie redakcji art. 3 ust. 3 i 4 u.r.p.:

„3. Radca prawny **jest obowiązany** zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej.

4. **Obowiązek** zachowania tajemnicy zawodowej nie może być ograniczony w czasie."

Obejmuje ona tylko te informacje, jakie zostały uzyskane od mandanta w związku z prowadzoną sprawą[41] i dotyczy także dokumentów[42]. Z konstrukcji **obowiązku** zachowania tajemnicy zawodowej wynika dalej niemożność swobodnego dysponowania nią i ujawniania nawet za zgodą klienta[43], a jedynie na mocy przepisów prawa, w ściśle określonych wypadkach, przy zastosowaniu odpowiednich mechanizmów oraz tylko przez uprawnione do tego podmioty[44].

Ostateczny kształt tajemnicy zawodowej zależny jest jednak od poszczególnej procedury, w jakiej występuje radca prawny, nie można bowiem mówić o jednej, generalnej regulacji w tej materii[45]. I tak, w procedurze karnej bezwzględny charakter ma jedynie tajemnica obrończa w zakresie faktów, o których ten dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę (od 1 lipca 2015 r. również dotycząca radców prawnych – art. 178 pkt 1 k.p.k.), podczas gdy tajemnica zawodowa ma charakter względny[46] i może zostać uchylona przy zaistnieniu przesłanek wskazanych art. 180 § 2 k.p.k. (który to przepis stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 3 ust. 5 u.r.p.[47]), pozwalając przesłuchać radcę prawnego jako świadka. W procedurze cywilnej świadek może odmówić odpowiedzi na zadane mu pytanie,

---

[40] Wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03, OTK-A 2004, nr 10, poz. 107.

[41] *Ibidem.*

[42] Postanowienie SA w Warszawie z dnia 15 maja 2008 r., sygn. akt II AKz 294/08, OSA 2010, nr 3, poz. 18.

[43] Wyrok SN z dnia 20 grudnia 2007 r., sygn. akt SDI 28/07; W. Marchwicki, M. Niedużak, *Odpowiedzialność dyscyplinarna, etyka zawodowa adwokatów i radców prawnych. Orzecznictwo*, Warszawa 2011, s. 39–41.

[44] *Jawność i jej ograniczenia. Tom 4: Znaczenie orzecznictwa*, pod red. M. Jaśkowskiej, Warszawa 2014, s. 71–87.

[45] Wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. akt SK 64/03.

[46] K.T. Boratyńska [*et al.*], *op. cit.*, s. 355–399.

[47] S. Zabłocki, *Znaczenie ustawy nowelizującej Kodeks postępowania karnego dla korporacji radców prawnych*, „Radca Prawny" 2000, nr 6, s. 4. Tak również orzecznictwo – por. postanowienie SA w Krakowie z dnia 30 grudnia 2009 r., sygn. akt II Akz 536/09, LEX nr 584372.

jeżeli zeznanie mogłoby być połączone z pogwałceniem istotnej tajemnicy zawodowej (art. 261 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego[48]), do której zalicza się tajemnicę radcy prawnego[49]. Kodeks postępowania administracyjnego[50] w art. 83 § 2 przewiduje, że świadek może odmówić odpowiedzi na pytania, gdy odpowiedź mogłaby spowodować naruszenie obowiązku zachowania prawnie chronionej tajemnicy zawodowej, a więc dotyczy takich informacji, do których ochrony osoba wykonująca dany zawód jest obowiązana prawem[51]. Z całą pewnością więc dotyczy ona radcy prawnego. Analogicznie kwestię odmowy zeznań widzi art. 196 § 2 Ordynacji podatkowej[52], pozwalając na odmowę zeznań w charakterze świadka, gdyby mogło to spowodować naruszenie obowiązku zachowania ustawowo chronionej tajemnicy zawodowej, a więc również tajemnicy radcy prawnego[53]. W procedurze wykroczeniowej (art. 41 § 3 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia[54]) nie jest możliwe zwolnienie radcy prawnego od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej[55].

Jak widać w tym krótkim zestawieniu tajemnica radcowska w większości procedur ma charakter bezwzględny. Przełamanie tej zasady następuje w procedurze karnej, a także w związku z krajową regulacją dotyczącą zwalczania brudnych pieniędzy wprowadzoną oraz finansowania terroryzmu na podstawie ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieuprawnionych źródeł[56]. Nie wchodząc w szczegóły, akt ten nałożył na radców prawnych, jako jedną z tzw. instytucji obowiązanych, obowiązki trojakiego rodzaju:

1) polegające na gromadzeniu określonego rodzaju informacji;

---

[48] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.).

[49] *Kodeks postępowania cywilnego. Tom 1*: *Komentarz do art. 1–729*, pod red. A. Góry-Błaszczykowskiej, Warszawa 2013, s. 647–660.

[50] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 267 z późn. zm.).

[51] R. Kędziora, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 538–617.

[52] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 613).

[53] *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, pod red. H. Dzwonkowskiego, Warszawa 2014, s. 804–955.

[54] Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 395 z późn. zm.).

[55] W. Kotowski, B. Kurzępa, *Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 233–256.

[56] Dz. U. Nr 116, poz. 1216 z późn. zm. Obecnie tytuł w brzmieniu: ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 455).

2) polegające na przekazywaniu informacji do Generalnego Inspektora;
3) inne, głównie o charakterze organizacyjnym[57].

Dotyczą one praktycznie tylko sfery finansowo-księgowej działalności radcy prawnego, mimo to budzą liczne kontrowersje z uwagi na swą niekonstytucyjność oraz gorliwość ustawodawcy w implementowaniu dyrektyw europejskich wykraczającą poza obowiązki wynikające z woli europejskich legislatyw[58].

Immunitet

W ogniu polemiki dotyczącej najważniejszych dla ludzi dóbr niejednokrotnie zdarza się użyć nieświadomie sformułowań mogących przekroczyć pewne dopuszczalne granice. Na pierwszy rzut oka wydaje się, że profesjonalista powinien być odpowiednio wyczulony na tego typu rzeczy. Niestety praktyka pokazuje, że w czasie żywej dyskusji zdarza się jednak podnieść twierdzenia albo tak przedstawić fakty, że druga strona może obiektywnie czuć się pokrzywdzona. W takich warunkach przydatna jest gwarancja względnej swobody, jaką daje immunitet materialny przewidziany w art. 11 u.r.p. Podkreślić należy, że chodzi tu o swobodę, a nie dowolność oraz o przypadki naganne, a nie niedopuszczalne!

Na taką właśnie rolę zwracał uwagę Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 14 grudnia 2005 r.[59], gdzie roztrząsano kwestię konstytucyjności immunitetu adwokackiego (uwagi tam zawarte aktualne są również w odniesieniu do jego radcowskiego odpowiednika). Wyrok ten stanowi doskonały materiał do omówienia tej instytucji.

Charakteryzując tę swoistą tarczę, jaką ustawodawca przyznał radcom prawnym oraz adwokatom, Trybunał zwrócił uwagę na jej materialnoprawny charakter (uchyla bowiem karalność przestępstwa, czyniąc niedopuszczalnym potencjalny proces), częściowość (dotyczy wąskiego wycinka przestępstw, a konkretniej art. 212 i 216 Kodeksu karnego[60]), bezwzględność (niemożliwe jest jego uchylenie) i w końcu trwałość (chroni nawet po wykreśleniu z listy)[61].

Granicami immunizowanej wolności są przepisy prawa (m.in. art. 11 ust. 2 u.r.p. zakreślający krąg podmiotów, wobec których radca prawny korzysta z wolności słowa, tj. strona, jej pełnomocnik lub obrońca, kurator,

[57] Za: T. Stecyk, *Zwalczanie prania pieniędzy. Regulacja unijna i krajowa*, [w:] *Zawód…*, s. 363–384.
[58] *Ibidem.*
[59] Wyrok TK z dnia 14 grudnia 2005 r., sygn. akt SK 22/05, OTK-A 2005, nr 11, poz. 135.
[60] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.).
[61] *Ibidem.*

świadek, biegły, tłumacz) oraz rzeczowa potrzeba. Ta ostatnia budzi wiele kontrowersji ze względu na swój niedookreślony charakter, jednakże trafnie za Sądem Najwyższym należy przyjąć, że powinna być ona zawsze oceniana *in concreto*, przy uwzględnieniu jej celowości, prawdziwości oraz obowiązku zachowania podczas jej formułowaniu względów umiaru i oględności[62].

Z uwagi na swój wyjątkowy charakter immunitet radcowski i adwokacki nie może być interpretowany rozszerzająco[63]. W związku z tym przy aktualnym brzmieniu przepisów słusznie podnosi się kwestię – czy można rozciągać jego obowiązywanie na postępowania nieprocesowe lub inne, szeroko ujmując, pozasądowe oraz – czy chroni on radcę działającego w odmiennej niż zastępca procesowy roli[64].

Niepołączalność zawodu radcy prawnego z innymi zajęciami

W ujęciu ustawowym osoby wykonujące zawody: sędziego, prokuratora, notariusza, komornika, asesora sądowego, prokuratorskiego i notarialnego bądź odbywające aplikację sądową, prokuratorską lub notarialną, nie mogą jednocześnie zostać wpisane na listę radców prawnych ani wykonywać zawodu radcy prawnego (art. 26 u.r.p.). Ponadto zawieszenie prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego następuje w wypadku wykonywania zawodu adwokata, podjęcia pracy w organach wymiaru sprawiedliwości (przez co należy rozumieć m.in. powołanie na stanowisko komornika[65]), w organach ścigania lub kancelarii notarialnej oraz podjęcia pracy w Prokuratorii Generalnej Skarbu Państwa (art. 28 ust. 1 u.r.p.).

To chyba najbardziej oczywista z gwarancji niezależności radcy prawnego. Niełączenie profesji radcowskiej z sędziowską, prokuratorską, zawodem notariusza czy komornika wynika ze względów funkcjonalnych, leżących zarówno po stronie każdego z tych zawodów, jak i z samej istoty świadczenia pomocy prawnej, nakierowanej na realizację przede wszystkim interesu obywatela, a nie wymiaru sprawiedliwości czy interesu go-

[62] Wyrok SN z dnia 20 kwietnia 2006 r., sygn. akt IV CSK 2/06, OSNC 2007, nr 2, poz. 30.

[63] Wyrok SN z dnia 24 lutego 1998 r., sygn. akt I KZP 36/97, OSNKW 1998, nr 3–4, poz. 12.

[64] M. Skowrońska, M. Sala-Szczypiński, *Wolność słowa i pisma przysługująca radcom prawnym przy wykonywaniu zawodu oraz konsekwencje jej nadużycia*, „Radca Prawny" 2014, nr 154 [Dodatek naukowy prawo, zawód, etyka i świat], s. 9D.

[65] Wyrok NSA z dnia 20 września 2007 r., sygn. akt II GSK 128/07, ONSA WSA 2008, nr 6, poz. 114.

spodarczego państwa. Nieuprawnionym byłoby więc twierdzenie, że niezależność radcy prawnego stanowi tylko odbicie innych, „ważniejszych" niezależności. Takie spojrzenie byłoby zwykłym deprecjonowaniem takich wartości jak: wolność osobista, własność, godność itp., które chroni profesjonalny pełnomocnik.

Niniejsze zakazy i obowiązki wzmacnia obowiązek wyłączenia się od czynności zawodowych we własnej sprawie lub jeżeli przeciwnikiem jednostki organizacyjnej udzielającej mu pełnomocnictwa jest inna zatrudniająca go jednostka organizacyjna albo jeżeli sprawa dotyczy osoby, z którą radca pozostaje w takim stosunku, że może to oddziaływać na wynik sprawy (art. 15 u.r.p.).

Szczególna regulacja stosunku pracy

Liczne odrębności przewidziane radcowską ustawą ustrojową powodują, że według niektórych poglądów umowa o pracę zawarta z radcą prawnym powoduje powstanie specyficznego stosunku pracy cechującego się daleko posuniętą niezależnością pracobiorcy[66]. Niewątpliwie taka możliwość stanowi po wspomnianej już nowelizacji procedury karnej najważniejszy (jeżeli nie jedyny) wyróżnik tego zawodu, powodując przy okazji liczne kontrowersje. Po drugiej bowiem stronie tej debaty mamy poglądy przeciwne, mówiące o braku niezależności prawników wewnętrznych – pracowników, prezentowane przez orzecznictwo europejskie.

Chodzi tu głównie o kazus spraw *Akzo Nobel Chemical Ltd* oraz *Akcros Chemicals Ltd v. Commision*[67]. Nie wchodząc w szczegóły, Europejski Trybunał Sprawiedliwości na kanwie spraw z zakresu postępowań antymonopolowych prowadzonych przez Komisję Europejską wypowiedział się co do statusu prawników wewnętrznych, a w szczególności ochrony tajemnicy ich poczty z pracodawcą i ogólnej niezależności. Formułując konstrukcję instytucji *legal privilege*, mówiącą o ochronie poufności korespondencji, ETS wskazał, że ta powinna być objęta zakazem dowodowym, jeśli posiada związek z prowadzoną przez Komisję Europejską sprawą i spełnia łącznie trzy warunki:

1) dowody powinny wynikać z treści dokumentów pisemnych;
2) korespondencja dotyczy wymiany informacji z prawnikiem zewnętrznym (czyli takim, który nie jest związany z klientem stosunkiem pracy);

[66] A. Dobrowolski, *O istocie sporu*, „Radca Prawny" 1996, nr 6, s. 7.

[67] R. Stankiewicz, *Zakres ochrony tajemnicy zawodowej radcy prawnego jako „prawnika wewnętrznego" w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji*, [w:] *Publicznoprawny…*, s. 310.

3) prawnik ten musi spełniać wymagania przewidziane przez jedno z państw członkowskich[68].

Wskazując na brak niezależności prawnika wewnętrznego, Trybunał zauważył, że jest on związany poleceniami służbowymi i niejako „wsiąka" w strukturę danego przedsiębiorstwa, wykazując często silniejszą identyfikację z pracodawcą niż prawnik zewnętrzny z klientem, jest mniej odporny na potencjalny konflikt interesów i musi w swojej działalności uwzględniać strategię reprezentowanego przedsiębiorstwa. Odpowiedzią na powyższe nie mogą i nie są regulacje prawne czy deontologiczne. Choć powyższe rozważania dotyczyły wyłącznie postępowań antymonopolowych, nietrudno przyznać, że mogą znaleźć zastosowanie również do innych gałęzi prawa[69].

Patrząc na regulację ustawową, widzimy jednak, że dla radców pozostających w stosunku pracy przewidziano kilka mechanizmów obronnych. Po pierwsze, samo umiejscowienie radcy prawnego w strukturze przedsiębiorstwa. Należy zapewnić mu samodzielne stanowisko pracy podległe bezpośrednio kierownikowi jednostki organizacyjnej. Jeśli zatrudniono w niej więcej niż jednego radcę, należy wybrać koordynatora, przy czym nawet on nie może wydawać wiążących poleceń, a jedynie organizować pracę[70]. 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 polecać wykonania czynności wykraczającej poza zakres pomocy prawnej, przy czym dopuszczalne będą polecenia *stricte* organizacyjne[71].

Artykuł 16 u.r.p. wskazuje, że oceny pracy zawodowej radcy prawnego dokonuje kierownik jednostki organizacyjnej, po zasięgnięciu opinii radcy prawnego wskazanego przez radę okręgowej izby radców prawnych. Obowiązek ten w przypadku radców zatrudnionych w korpusie służby cywilnej rozciąga się również na okresowe oceny[72].

Zgodnie z art. 19 u.r.p. rozwiązanie stosunku pracy za wypowiedzeniem z radcą prawnym przez jednostkę organizacyjną z powodu nienależytego wykonywania obowiązków radcy prawnego wynikających z prze-

[68] *Ibidem*, s. 314–321.

[69] *Ibidem*.

[70] T. Niedziński, *Zatrudnienie radcy prawnego w jednostce samorządu terytorialnego*, „Finanse Komunalne" 2014, nr 5, s. 13.

[71] H. Wierzbińska, *Właściwości stosunku pracy radcy prawnego, cz. I*, „Radca Prawny" 2002, nr 4–5, s. 51.

[72] Postanowienie SN z dnia 19 grudnia 2013 r., sygn. akt II PK 213/13, LEX nr 1425464.

pisów niniejszej ustawy może nastąpić po uprzednim zasięgnięciu opinii rady okręgowej izby radców prawnych. Opinia ta powinna być przesłana jednostce organizacyjnej w terminie 14 dni od dnia otrzymania od tej jednostki zawiadomienia o zamiarze rozwiązania stosunku pracy. Regulacja ta dotyczy każdej umowy o pracę[73] z wyjątkiem sytuacji spowodowanych likwidacją lub reorganizacją stanowiska pracy bez związku z negatywną oceną radcy prawnego[74] oraz wypowiedzeniem z powodu innych, ogólnych powodów (czyli nienaruszeniem obowiązków radcy prawnego)[75].

Powyższe instytucje należy uznać za właśnie te, które realnie gwarantują zachowanie radcy prawnemu niezależności podczas wykonywanych obowiązków. Oczywiście można byłoby zastanowić się nad dołączeniem tutaj również regulacji dotyczących czasu pracy czy wynagrodzenia, jednak w ich wypadku uznać należy, że mamy do czynienia z pośrednim zapewnieniem niezależności. Zaś co do postulatu z art. 14 u.r.p. dotyczącego zasady samodzielności, to należy ten przepis traktować raczej jako normę interpretacyjną.

Brak związania poleceniem co do treści opinii prawnej

Wydzielenie tego przejawu niezależności od poprzednio opisanej szczególnej regulacji stosunku pracy uzasadnione jest tym, że przepis art. 13 u.r.p. należy obecnie interpretować rozszerzająco, a więc nie tylko w odniesieniu do stosunku pracy, ale również wszystkich innych form, w jakich radca prawny może wykonywać swój zawód, w szczególności umowy cywilnoprawnej. Wpisuje się to bowiem w jeszcze przedwojenny pogląd, że adwokat (a więc i radca prawny) nie może być sprowadzony do roli ślepego wykonawcy zleceń[76]. Jest to szczególnie ważne obecnie, kiedy często opinia prawna jest „zamawiana" w celu użycia jej przez klienta w jakiejś polemice, sporze, przed organem celem wzmocnienia swojego stanowiska czy w czasie negocjacji.

[73] J. Borowicz, *Szczególna ochrona trwałości stosunku pracy pracownika wykonującego wolny zawód*, PiZS 2009, nr 4, s. 15.

[74] Wyrok SN z dnia 14 grudnia 2010 r., sygn. akt I PK 117/10, OSNP 2012, nr 5–6, poz. 59.

[75] Z. Klatka, J. Łoziński, *Status radcy prawnego jako pracownika*, M.P.Pr. 2005, nr 3, s. 77.

[76] Orzeczenie SN z dnia 24 listopada 1933 r., sygn. akt III C 50/33, OSN 1934, nr 6, poz. 409.

Podsumowanie

W świetle powyższych rozważań należy uznać, że radca prawny to zawód, który posiada zagwarantowaną przepisami prawa niezależność. Nie znaczy to jednak, że można spocząć na laurach i zastany porządek uznać za idealny. Zmieniająca się rzeczywistość i nowe wyzwania z nią związane powodują, że na niezależność trzeba spojrzeć inaczej, a niekiedy całkiem od nowa.

Niewątpliwie gwarancje niezależności, jakie zapewnia istnienie samorządu są nie do przecenienia. Korzystając jednak z posiadania statusu zawodu zaufania publicznego, warto zastanowić się, czy nie rozszerzyć kompetencji radców prawnych o pewne uprawnienia władcze w stosunku do organów publicznych lub podmiotów gospodarczych działających na newralgicznych obszarach (np. banków, podmiotów prowadzących działalność ubezpieczeniową). Chodzi konkretnie o wprowadzenie odpowiednika przysługującego posłom oraz senatorom prawa do żądania informacji (art. 19 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora[77]). Nierzadko zdarza się, że już na wstępie udzielania porady prawnej spotyka się z murem niechęci ze strony instytucji publicznych czy dużych korporacji. Często prowadzić to może wręcz do niemożności podjęcia jakichkolwiek kroków, gdyż klient nie był w stanie z należytym wyprzedzeniem zabezpieczyć swoich interesów (np. zgubił umowy łączące go z bankiem) i przez to skazany jest na łaskę lub niełaskę potencjalnego przeciwnika procesowego, który ze zrozumiałych względów nie jest chętny do współpracy.

W zakresie ochrony tajemnicy zawodowej warto rozważyć podniesienie pewnych norm etycznych zamieszczonych w kodeksach deontologicznych czy uchwałach samorządowych do rangi przepisów ustawowych. Przede wszystkim chodzi tutaj o uregulowanie procedury przeszukania pomieszczeń należących do radcy prawnego. W dalszej kolejności warto wyciągnąć wnioski z orzecznictwa ETS i rozważyć kwestię być może normatywnego wskazania zakresu dokumentów *ex lege* objętych tajemnicą związaną ze świadczeniem pomocy prawnej przez wewnętrznego radcę prawnego wraz z procedurą ich odtajniania. Przy okazji istnienia regulacji dotyczącej zwalczania prania brudnych pieniędzy i finansowania terroryzmu ciekawym ruchem ze strony samorządu radcowskiego mogłoby być stworzenie wzorem francuskim systemu kas, poprzez które radcy mogliby rozliczać się z klientami, a które stanowiłyby swoisty certyfikat pewności i jasności rozliczeń.

[77] Ustawa z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r. Nr 7, poz. 29 z późn. zm.).

W związku z immunitetem materialnym w celu zadbania o przejrzystość prawa warto doprecyzować przede wszystkim jego zakres przedmiotowy zgodnie z zaleceniami doktryny. To kwestia, której nie warto zostawiać jedynie wykładni. Niejasność przepisów o immunitecie z punktu widzenia prowadzenia sporu jest niewiele gorsza niż jego całkowity brak.

Przy niepołączalności zawodu radcy prawnego, podobnie jak przy kwestii tajemnicy zawodowej, warto rozważyć sięgnięcie do kodeksów etycznych i przenieść część regulacji tam zawartych, jako cieszących się powszechną akceptacją, i tym samym stworzenie koncepcji swoistej niezawisłości radcy prawnego. Radca prawny jest zawodem zaufania publicznego, cieszącym się w porównaniu z innymi profesjami prawniczymi dużą dozą sympatii. Włączanie radców do prowadzenia biznesu poprzez powierzanie im stanowisk menadżerskich, przyznawanie udziałów lub akcji czy włączanie bezpośrednio w skład zarządów jest dziś zauważalną tendencją. Warto jednak, aby swoim autorytetem nie firmować przedsięwzięć wątpliwych etycznie.

Najwięcej refleksji wzbudza, jak łatwo się domyśleć, kwestia stosunku pracy radcy prawnego. Tutaj można widzieć trzy potencjalne rozwiązania:

- zachować *status quo*, licząc się jednak z tym, że radcy jak pracownicy w przyszłości mogą być traktowani gorzej w stosunku do swoich kolegów „pozaetatowców";
- wzmocnić ochronę niezależności radcy prawnego pozostającego w stosunku pracy poprzez ustanowienie dodatkowych chroniących ją instytucji;
- dokonać rozluźnienia podporządkowania radcy prawnego pracodawcy, pozostawiając jednak materialne przywileje pracownicze i tworząc w zasadzie nową podstawę nawiązania stosunku pracy (swoista odwrotność mianowania);

Każde z powyższych rozwiązań ma swoje wady i zalety. Kwestia jest jednak warta rozważania z uwagi na fakt, iż obecnie rynek pracy ulega zmianie. Nierzadko umowy o pracę zastępuje się umowami cywilnoprawnymi czy samozatrudnieniem, które jest tylko formalną zmianą, gdyż między byłym pracodawcą i pracownikiem wszystko pozostaje po staremu. Z punktu widzenia radcy prawnego i poglądów na jego niezależność zmienia się jednak bardzo wiele – przed zmianą na umowę cywilnoprawną lub samozatrudnienie nie był on niezależny, a po niej już jest. Ten pogląd nie może wytrzymać konfrontacji z rzeczywistością i wymaga nowego podejścia.

Maciej Jarota

Polubowne rozwiązywanie sporów zbiorowych w Polsce. Wybrane zagadnienia prawne

Spory zbiorowe pomiędzy pracodawcami a pracownikami stanowią podstawowy element stosunków społeczno-gospodarczych w Europie. Wprowadzenie ogólnoeuropejskich regulacji prawnych w zakresie rozwiązywania zatargów zbiorowych pracy jest jedną z kluczowych strategii politycznych Unii Europejskiej. Wysiłki Komisji Europejskiej są ukierunkowane na przeciwdziałanie powstawaniu sporów zbiorowych u pracodawców oraz ustalenie procedur ich rozwiązywania z uwzględnieniem postanowień zawartych w konwencjach Międzynarodowej Organizacji Pracy[1].

W okresie eurpejskiej recesji ekonomicznej z 2008 r. w polskiej gospodarce, podobnie jak w gospodarce państw strefy euro, pracodawcy mieli problemy z zapewnieniem pracownikom odpowiednich świadczeń na dotychczasowym poziomie. Wiele zakładów pracy wprowadzało zmiany w warunkach płacy, co powodowało występowanie sporów zbiorowych. W Polsce w 2008 r. liczba sporów zgłoszonych Państwowej Inspekcji Pracy (PIP) wyniosła 5433[2]. Dla porównania: w 2009 r. poinformowano PIP o 433 sporach, zaś w 2010 r. – o 322 zatargach[3]. W ostatnim czasie polską opinię

[1] F. Hendrickx, *Labour Disputes Resolution and Settlement in EU Perspective*, [w:] *Effective Resolution of Collective Labour Disputes*, eds. A.F.M. Brenninkmaier [*et al.*], Groningen 2006, s. 36–37.

[2] Liczby sporów zbiorowych zgłoszonych do Państwowej Inspekcji Pracy różnią się znacząco od danych zgromadzonych przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej (MPiPS). Wynika to głównie z innej bazy danych prowadzonej przez MPiPS uwzględniającej przede wszystkim spory, w których powoływano mediatora z list MPiPS.

[3] *Rozwiązywanie sporów zbiorowych. Informator MPiPS 2010–2011*, Warszawa 2012, s. 35.

publiczną szczególnie absorbowały zatargi zbiorowe w Jastrzębskiej Spółce Węglowej[4] czy BNP Paribas[5].

Na powodzenie rozwiązywania sporów zbiorowych w zakładach pracy zasadniczy wpływ mają regulacje prawne systemu polubownego likwidowania zatargów powstałych u pracodawców, które w czasie obowiązywania ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych[6] zasadniczo nie uległy zmianie. W konsekwencji pojawia się pytanie – czy przepisy ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych w zakresie polubownych sposobów ich likwidowania wymagają zmian? Stąd w niniejszej pracy zostaną opisane podstawowe instytucje rozwiązywania sporów zbiorowych z ograniczeniem się do problemów związanych ze stosowaniem prawa dotyczących przedmiotu zatargu i uczestniczących w nim stron. W znacznie mniejszym zakresie przeanalizowane zostaną trudności w aspekcie wykorzystywania pokojowych metod mających na celu zakończenie sporu zbiorowego.

Na gruncie polskiego prawa pracy, zgodnie z art. 1 u.r.s.z., spór zbiorowy może dotyczyć warunków pracy, płacy, świadczeń socjalnych, a także praw i wolności związkowych. W kontekście powyższych regulacji prawnych wyróżnia się spory zbiorowe zakładowe, które obejmują pracowników jednego zakładu pracy oraz spory zbiorowe wielozakładowe – z udziałem pracowników więcej niż jednego zakładu pracy[7].

Określony w art. 1 u.r.s.z. przedmiot zatargu zbiorowego ma charakter zamknięty i zawiera wyrażenia niejednoznacznie rozumiane, mało precyzyjne[8]. Spór zbiorowy może dotyczyć między innymi aspektów organizacyjnych, dyscyplinarnych, ale i normatywnych[9].

Zdaniem części doktryny art. 1 u.r.s.z. nie zawiera definicji przedmiotu zatargu zbiorowego – a jedynie ustanawia katalog „legalnych", czyli dozwolonych przez prawo przyczyn sporów zbiorowych. Konsekwencje takiej regulacji mogą oznaczać, że pracodawca nie przyjmie do wiadomości oświadczenia związku zawodowego o wszczęciu sporu i nie przystąpi do

---

[4] Zob. <https://www.jsw.pl/no_cache/media/aktualnosci/artykul/id/spor-zbiorowy-w-sprawie-flapsow-dla-administracji/> [dostęp: 25.04.2015].

[5] Zob. <http://www.money.pl/banki/wiadomosci/artykul/spor-zbiorowy-pracownikow-bnp-paribas,250,0,1725690.html> [dostęp: 25.04.2015].

[6] Ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o rozwiązywaniu sporów zbiorowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 295), dalej: u.r.s.z.

[7] Zarządzenie Prezesa SN Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z dnia 10 lutego 1983 r., sygn. akt III PO 1/84, OSNCP 1984, nr 11, poz. 261.

[8] Zob. M. Lewandowicz-Machnikowska, A. Górnicz-Mulcahy, *Mediacja w sporze zbiorowym*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 2011, nr 2, s. 50.

[9] K.W. Baran, *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 392.

rokowań, jeżeli według jego przekonania przedmiot sporu nie mieści się w dyspozycji wynikającej z art. 1 u.r.s.z.[10]

W art. 1 u.r.s.z. użyto pojęć nieostrych, wykorzystywanych w piśmiennictwie prawa pracy do odróżnienia sporów zbiorowych od sporów indywidualnych. Takim problematycznym określeniem jest pojęcie „warunki pracy". Ani ustawa o rozwiązywaniu sporów zbiorowych, ani pozostałe regulacje prawa pracy nie definiują bowiem tego terminu[11]. Przy zastosowaniu wykładni językowej i systemowo-strukturalnej uprawniona jest konstatacja, że wyrażenie to jest używane do określenia sytuacji pracownika w miejscu pracy, zazwyczaj w siedzibie zakładu pracy. Zgodnie z art. 94 ust. 4 Kodeksu pracy[12] pracodawca ma obowiązek zapewnienia pracownikom bezpiecznych i higienicznych warunków pracy.

Wydaje się, że pojęcie warunków pracy powinno być rozumiane jako wszelkie okoliczności, które mają wpływ na kształtowanie sytuacji prawnej pracownika. Zaliczane są do nich następujące elementy, zależne i niezależne od pracowników, m.in.: środowisko pracy, organizacja pracy czy wyposażenie zakładu pracy. Inaczej niż warunki pracy pojmowane jest kodeksowe pojęcie „warunki umowy o pracę". Na podstawie art. 29 § 1 k.p. zobowiązano strony indywidualnych stosunków pracy do ustalenia w umowie o pracę tzw. przedmiotowo istotnych warunków umowy o pracę, do których zalicza się: rodzaj pracy, miejsce wykonywania pracy, wynagrodzenie za pracę oraz wymiar czasu pracy. Koronnym argumentem dla potwierdzenia tej tezy o nieuznaniu warunków umowy o pracę za warunki pracy, które mogą być przedmiotem sporu zbiorowego, jest wyszczególnienie przez ustawodawcę w art. 1 u.r.s.z. płac jako odrębnej od warunków pracy przyczyny sporu zbiorowego[13].

W przypadku warunków płacowych można mówić o wszelkich kwestiach dotyczących wysokości wynagrodzeń oraz innych świadczeń związanych z pracą, form wynagradzania i jego składników[14]. Przedmiotem sporów zbiorowych pracy mogą być między innymi sprawy dotyczące polityki płacowej, podziału środków przeznaczonych na fundusz płac czy ustalania struktur wynagrodzeń za pracę oraz przyznawania uprawnień do świadczeń majątkowych: odpraw, deputatów, dodatków, świadczeń

[10] W. Masewicz, *Ustawa o związkach zawodowych. Ustawa o rozwiązywaniu sporów zbiorowych*, Warszawa 1998, s. 134.

[11] Pojęcie to próbował zdefiniować A.M. Świątkowski; szerzej na ten temat zob. A.M. Świątkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 68–70.

[12] Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 1502 z późn. zm.), dalej: k.p.

[13] A.M. Świątkowski [w:] *Zbiorowe prawo pracy. Komentarz*, pod red. J. Wratnego, K. Walczaka, Warszawa 2009, s. 276–278.

[14] A. Marek, *Spory zbiorowe. Obowiązujące etapy i procedury*, „Służba Pracownicza" 2009, nr 2, s. 1.

rekompensujących, wypłat gwarancyjnych[15]. Jest to zatem szeroki katalog zagadnień[16]. Przykładowo orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazało, że spór o określenie podstawy obliczenia szczegółowego składnika wynagrodzenia górników, jakim jest dodatkowa nagroda roczna (tzw. czternasta pensja), jest sporem zbiorowym pracy[17].

Zgodnie z postanowieniami art. 1 u.r.s.z. przedmiotem takiego sporu mogą być również świadczenia socjalne. Wprawdzie obowiązujące ustawodawstwo pracy nie precyzuje jednoznacznie tego pojęcia, to, odwołując się do art. 2 ust. 1 ustawy o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych[18], można wnioskować, że w rachubę wchodzą świadczenia rzeczowe bądź pieniężne pracodawców na cele związane między innymi z wypoczynkiem pracowników, zakładową działalnością kulturalno-oświatową czy pomocą materialną dla pracowników. Nie chodzi tutaj jednak o prawa socjalne indywidualne, ale zbiorowe, gdyż według dyspozycji art. 4 u.r.s.z. nie jest dopuszczalne prowadzenie sporu zbiorowego w celu poparcia indywidualnych żądań pracowniczych, jeżeli ich rozstrzygnięcie jest możliwe w postępowaniu przed organem rozstrzygającym spory.

W prawie europejskim nie wprowadzono precyzyjnego określenia przedmiotu sporu zbiorowego. Artykuł 28 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej z dnia 14 grudnia 2007 r.[19] obowiązującej na obszarze UE wskazuje jedynie na zatarg zbiorowy jako „konflikt interesów". Artykuł 6 ust. 2 uchwalonej przez Radę Europy Zrewidowanej europejskiej karty społecznej[20] oraz Europejskiej karty społecznej z 1961 r.[21] zobowiązywał z kolei państwa do popierania dobrowolnych konsultacji i negocjacji między pracownikami a pracodawcami, a także między ich organizacjami dla regulacji w drodze układów zbiorowych pracy, warunków zatrudnienia. Bliżej niedookreślony zakres przedmiotowy sporu zbiorowego wymaga od władz publicznych tworzących i stosujących prawo skonstruowania w taki sposób przepisów krajowych, by skonkretyzować regulacje UE i RE.

---

[15] A.M. Świątkowski [w:] *Zbiorowe…*, s. 281.

[16] Szerzej zob. K.W. Baran, *op. cit.*, s. 391–392; Z. Kubot [*et al.*], *Prawo pracy. Zarys wykładu*, Warszawa 2010, s. 394.

[17] Wyrok SN z dnia 18 kwietnia 1994 r., sygn. akt KAS 1/94, OSNP 1994, nr 12, poz. 201.

[18] Ustawa z dnia 4 marca 1994 r. o zakładowym funduszu świadczeń socjalnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 111).

[19] Dz. Urz. UE C 303/1 z 14.12.2007 r.

[20] Zrewidowana europejska karta społeczna z dnia 3 maja 1996 r., dalej: ZEKS, za: *European Social Charter. Collected Texas*, 5th ed., Strasbourg 2005. Tekst dostępny: <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Polish.pdf> [dostęp: 25.04.2015].

[21] Europejska karta społeczna z dnia 18 października 1961 r. została ratyfikowana przez Rzeczpospolitą Polską 10 czerwca 1997 r. (Dz. U. z 1999 r. Nr 6, poz. 87) – w przeciwieństwie do Zrewidowanej europejskiej karty społecznej, która dotychczas nie została ratyfikowana.

Należy zaznaczyć, że występują także definicje ustawowe przedmiotu sporu zbiorowego w ustawodawstwach członków UE i RE. Pomimo istniejących różnic, mają one jedną cechę wspólną – niewielką liczbę ogólnie sformułowanych kryteriów w zakresie ustalenia przedmiotu sporu zbiorowego[22]. We Francji spór zbiorowy dotyczy każdego zatargu typowego dla określonej grupy pracowników, jeżeli jego wynik ma zasadniczy wpływ na sytuację lub warunki zatrudnienia członków tej grupy[23]. Natomiast w Niemczech oznacza on spór prowadzony przez zorganizowaną grupę pracowników, w imieniu której działają określone organizacje pracowników z pracodawcami bądź pracodawcą dotyczący praw i obowiązków pracowników, o ile nie są one uregulowane w aktualnie obowiązującym układzie zbiorowym pracy[24].

Konstrukcja szerokiego przyjęcia przedmiotu sporu zbiorowego niewątpliwie usuwa wątpliwości interpretacyjne, czy np. zwolnienia grupowe należy zakwalifikować do przedmiotu sporu zbiorowego, gdyż już z definicji zawartej w akcie prawnym o charakterze wiążącym wynika, że wszelkie podstawowe kwestie oddziaływujące na pracodawcę mieszczą się w jego zakresie. Ponieważ przedmiot sporu zbiorowego został określony w sposób niejednoznaczny, dlatego w praktyce mogą występować rozbieżności pomiędzy związkami zawodowymi a pracodawcą w zakresie oceny – czy zgłaszane żądania mieszczą się w przedmiocie sporu zbiorowego, np. przy ustaleniu, czy zwolnienia grupowe zawierają się w katalogu instytucji umieszczonych w art. 1 u.r.s.z. Przyjęcie każdego sporu dotyczącego zbiorowych praw i interesów pracowniczych jako sporu zbiorowego umożliwi prowadzenie rokowań, mediacji, arbitrażu w rzeczywistym zatargu zbiorowym bez uchylania się od jego rozwiązania w sposób polubowny. Taki postulat ma odzwierciedlenie w projekcie Zbiorowego kodeksu pracy[25], który w 2007 r. został opracowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Pracy[26]. Zgodnie z art. 141 tegoż projektu zbiorowy spór pracy pracowników z pracodawcą lub pracodawcami bądź z innym podmiotem mogącym być stroną układu zbiorowego pracy może dotyczyć zbiorowych praw i wolności pracowników lub ich interesów zawodowych, ekonomicznych i socjalnych, jak również praw i wolności związkowych.

---

[22] Zob. B. Cudowski, *Spory zbiorowe w polskim prawie pracy*, Białystok 1998, s. 53.

[23] B. Aaron, *Rozjemstwo i rola sądów. Wymiar sprawiedliwości w prawie pracy*, Materiały z zagranicy, IPiSS, z. 1, Warszawa 1981, s. 19–20; M. Despax, J. Rojot, J.P. Laborde, *Labour Law in France*, Alphen aan den Rijn 2011, s. 333.

[24] M. Weiss, M. Schmidt, *Labour law in Germany*, Alphen aan den Rijn 2008, s. 185–186; <http://www.scioperi.cgil.it/Europa/Germania-en.pdf> [dostęp: 03.05.2015].

[25] Zob. <http://www.mpips.gov.pl/gfx/mpips/userfiles/File/Departament%.20Prawa%20Pracy/kodeksy%20pracy/ZKP_04.08.pdf> [dostęp: 23.06.2014].

[26] Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 2002 r. w sprawie utworzenia Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Pracy (Dz. U. Nr 139, poz. 1167 z późn. zm.).

Na podstawie art. 2 ust. 1 u.r.s.z. prawa i interesy zbiorowe pracowników wskazane w art. 1 są reprezentowane przez związki zawodowe. W myśl art. 2 ust. 2 u.r.s.z. prawa i interesy pracodawców w sporach zbiorowych mogą być reprezentowane przez właściwe organizacje pracodawców.

W polskim ustawodawstwie do kwestii rokowań z udziałem zakładowej i ponadzakładowej organizacji związkowej odnosi się wprost Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej[27]. Na podstawie art. 59 ust. 3 Konstytucji RP związki zawodowe oraz pracodawcy i ich organizacje mają prawo do udziału w rozwiązaniu sporu zbiorowego na etapie rokowań. Jeżeli chodzi o ustawy, na takie uprawnienie związku zawodowego wskazuje art. 21 ust. 1 ustawy o związkach zawodowych[28], zgodnie z którym związkom zawodowym przysługuje prawo prowadzenia rokowań zbiorowych oraz zawierania układów zbiorowych pracy, a także innych porozumień przewidzianych przepisami prawa pracy.

Artykuł 59 ust. 2 Konstytucji RP odwołuje się do pojęcia sporu zbiorowego. Inaczej niż w przypadku układów zbiorowych pracy i innych porozumień nie stwierdza, że związkom zawodowym, pracodawcom i ich organizacjom przysługuje uprawnienie do wszczynania oraz prowadzenia sporów zbiorowych, lecz mają one jedynie prawo do rokowań, „w szczególności w celu rozwiązywania sporów zbiorowych". Wobec literalnego brzmienia tego przepisu część przedstawicieli doktryny kwestionowała, szczególnie bezpośrednio po wejściu w życie ustawy zasadniczej, prawo do wszczynania sporów zbiorowych, podkreślając jedynie ewentualnie uprawnienie w zakresie prowadzenia sporu zbiorowego, chociaż oczywiście istnieje konstytucyjne prawo do organizowania strajków pracowniczych i innych form protestu (art. 59 ust. 3 Konstytucji RP). Jeśliby taką tezę w istocie przyjąć, należałoby wówczas stwierdzić, że ustawa zasadnicza bezpośrednio „nie formułuje prawa do wszczynania sporów zbiorowych", co oznacza, że w tym zakresie odsyła do przepisów ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych[29]. Taki pogląd może być jednak uznany za dyskusyjny i wątpliwy.

Możliwa jest bowiem daleko odmienna interpretacja art. 59 ust. 2 Konstytucji RP. Można zasadnie argumentować, że prawo do rokowań w celu rozwiązania sporu zbiorowego jest nierozłącznie związane z samym etapem jego wszczęcia. W konsekwencji zagwarantowania związkom zawodowym oraz pracodawcom i ich organizacjom prawa do rokowań, zapew-

[27] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.), dalej: Konstytucja RP.

[28] Ustawa z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 167 z późn. zm.), dalej: u.z.z.

[29] W. Sanetra, *Konstytucyjne prawo do rokowań*, PiZS 1998, nr 12, s. 9.

nia się im także prawo do wszczęcia takiego sporu[30]. Takie rozwiązanie, zdaniem W. Sanetry, budzi wątpliwości, czy istniejące w tej chwili ograniczenia podmiotowe w zakresie prawa wszczęcia sporu zbiorowego jedynie przez związek zawodowy są uzasadnione. Konstytucja RP nie przewiduje bowiem, że prawo do rokowań przysługuje tylko niektórym związkom zawodowym, pracodawcom czy organizacjom pracodawców[31].

Z kolei art. 6 ZEKS zobowiązuje państwa do popierania dobrowolnych konsultacji i negocjacji pomiędzy pracownikami a pracodawcami, a także między ich organizacjami w celu regulacji, w drodze układów zbiorowych pracy, warunków zatrudnienia. Dyspozycja tego przepisu przewiduje obowiązek utworzenia przez państwa mechanizmów pojednawczych oraz dobrowolnego arbitrażu mających na celu rozwiązanie sporów zbiorowych, zapewnienia prawa pracownikom i pracodawcom do zbiorowego działania w sytuacji konfliktu interesów, w tym także prawa do strajku[32]. Jednak szczególnie art. 6 ust. 4 ZEKS ustanawia prawo pracowników do prowadzenia rokowań także poza związkiem zawodowym[33].

W tym miejscu należy zauważyć, że obecnie polskie ustawodawstwo wyposaża zakładowe organizacje związkowe w monopol prowadzenia sporu zbiorowego, gdyż żadne inne pracownicze przedstawicielstwa nie mogą wszcząć sporu zbiorowego. Takie rozwiązanie prawne jest poniekąd sprzeczne z art. 6 ust. 4 ZEKS, zgodnie z którym wszyscy pracownicy i pracodawcy mają prawo do rokowań zbiorowych, w tym także do podejmowania innych działań w przypadku konfliktu interesów, włączając w to prawo do strajku[34]. Taka regulacja zawarta w art. 2 ust. 1 u.r.s.z. odbiega również od przepisów prawa pracy niektórych państw europejskich, w szczególności zachodnioeuropejskich krajów. Przykładowo w Wielkiej Brytanii stroną sporu zbiorowego mogą być pracownicy niezrzeszeni w związku zawodowym reprezentowani przez przedstawiciela wybranego przez większość zainteresowanych pracowników. Powyżej przytoczone rozwiązanie ma umożliwić prowadzenie sporu zbiorowego w zakresie

---

[30] Zob. L. Kaczyński, *W sprawie zgodności przepisów prawa pracy z Konstytucją – polemika*, PiZS 1998, nr 3, s. 40–42. Por. L. Florek, *Zgodność przepisów prawa pracy z Konstytucją*, PiZS 1997, nr 11, s. 8–14. Zob. także L. Kaczyński, *Wpływ art. 87 Konstytucji na swoiste źródła prawa pracy. Uwagi wstępne*, PiP 1997, z. 8, s. 61 i nast.

[31] W. Sanetra, *op. cit.*, s. 10.

[32] *Wyjaśnienia* (*Conclusions*) *Komitetu Niezależnych Ekspertów*, Council of Europe Publishing, t. 1, Strasbourg 2011, s. 35–36.

[33] Por. M. Seweryński, *Podstawowe zasady zbiorowego prawa pracy w prawie europejskim*, „Studia Prawno-Europejskie" 2001, t. 5, s. 43.

[34] Por. Z. Hajn, *Ustawowy model organizacji polskiego ruchu związkowego i jego wpływ na zbiorowe stosunki pracy*, [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, Warszawa 2002, s. 437.

ochrony interesów pracowników w sytuacji, gdy nie działają żadne związki zawodowe w danym zakładzie pracy[35].

Wobec przedstawionych rozważań nasuwa się pewna wątpliwość. W Polsce nie ma praktycznej możliwości skutecznej obrony interesu pracownika w sporze zbiorowym bez powoływania struktur związkowych. Regulacje europejskie idą bowiem w kierunku obrony interesów pracownika niekonieczne przez wyłączną reprezentację związków zawodowych. Sformułowanie „pracownicy" w art. 6 ZEKS jest bardzo wymowne[36].

Rozwiązanie prawne zawarte w art. 2 ust. 1 u.r.s.z. w zakresie reprezentowania pracowników w sporze zbiorowym wyłącznie przez związki zawodowe jest niewystarczające. Artykuł 2 ust. 1 u.r.s.z. nie realizuje zasady pełnego uczestnictwa pracowników w zatargu zbiorowym i z tego względu wymaga zmiany. Uzasadnione jest zatem przyjęcie dodatkowych stron sporu zbiorowego, np. wprowadzenia zasady, zgodnie z którą pracownicy niezrzeszeni w związkach zawodowych mogą być reprezentowani m.in. przez wyłonionego przez nich przedstawiciela uprawnionego do wystąpienia z żądaniem w stosunku do pracodawcy[37].

Kolejnym zagadnieniem jest ustalenie, kto może rzeczywiście występować jako pracodawca w sporze zbiorowym. W rozumieniu art. 5 u.r.s.z. pracodawcą jest każdy podmiot odpowiadający wymaganiom określonym w art. 3 k.p. W myśl tego przepisu pracodawcą jest jednostka organizacyjna, choćby nie posiadała osobowości prawnej, a także osoba fizyczna, jeżeli zatrudniają one pracowników. Zgodnie z art. 3^1 § 1 k.p. za pracodawcę będącego jednostką organizacyjną czynności w sprawach z zakresu prawa pracy dokonuje osoba lub organ zarządzający tą jednostką albo inna wyznaczona do tego osoba. Definicja ta obejmuje wszystkie podmioty zatrudniające[38]. Innymi słowy przepisy ustawy o rozwiązywaniu sporów zbiorowych mają zastosowanie zarówno do pracodawców prowadzących działalność gospodarczą, jak również do podmiotów funkcjonujących w sek-

[35] Zob. *Procedury pojednawstwa i rozjemstwa w zatargach zbiorowych* (*studium porównawcze*), pod red. B. Skulimowskiej, Warszawa 1982, s. 26–27.

[36] W. Sanetra, *op. cit.*, s. 10. Więcej na temat przedstawicielstwa zob. B. Rutkowska, *Przedstawicielstwo pracownicze w europejskim prawie pracy – wybrane zagadnienia*, PiZS 2005, nr 4, s. 13 i nast.

[37] W myśl art. 142 § 2 projektu Zbiorowego kodeksu pracy. W zakładzie pracy nieobjętym działaniem związku zawodowego pracownicy mogą być reprezentowani przez utworzony w tym celu komitet protestacyjny. Moim zdaniem proponowane rozwiązanie byłoby zasadne, ale być może za bardzo zachowawcze. Komitet protestacyjny nie został wyposażony w odpowiednie narzędzia szczególnie w zakresie dostępu do informacji i ochrony członków samego komitetu.

[38] Zob. J. Wratny, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 6–7. Autor wskazuje, że obecna definicja jest kalką z niemieckiego słowa *Arbeitgeber* i została przyjęta już dawniej w języku polskim – funkcjonowała w przedwojennym prawie pracy.

torze finansów publicznych oraz osób fizycznych zatrudniających pracowników dla celów osobistych[39].

Jednakowo (jak w przypadku regulacji kodeksowych) wprowadzono zakres znaczeniowy definicji pracodawcy w art. 2 ust. 1 pkt 25 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy[40]. W myśl tejże regulacji, ilekroć w ww. ustawie jest mowa o pracodawcy, oznacza to jednostkę organizacyjną, chociażby nie posiadała osobowości prawnej, a także osobę fizyczną, jeżeli zatrudniają one co najmniej jednego pracownika. W art. 4 ust. 2 lit. a ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych[41] określono pracodawcę w odniesieniu do obowiązku opłacania składek na ubezpieczenie społeczne. Płatnikiem składek w rozumieniu art. 4 ww. ustawy jest również pracodawca – w stosunku do pracowników i poborowych odbywających służbę zastępczą oraz jednostka organizacyjna lub osoba fizyczna pozostająca z inną osobą fizyczną w stosunku prawnym uzasadniającym objęcie tej osoby ubezpieczeniami społecznymi, w tym z tytułu przebywania na urlopie wychowawczym albo pobierania zasiłku macierzyńskiego, z wyłączeniem osób, którym zasiłek macierzyński wypłaca Zakład Ubezpieczeń Społecznych.

W bardzo interesujący sposób przyjęto określenie pracodawców dla urzędników służby cywilnej. Ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o służbie cywilnej[42] obowiązująca w 1996 r., uchylona 1 lipca 1999 r. ustawą z dnia 29 grudnia 1998 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z wdrożeniem reformy ustrojowej państwa[43] nie formułowała własnej definicji pracodawcy, chociaż z regulacji zawartych w art. 27–42 u.s.c. może wynikać, że pracodawcą urzędników służby cywilnej jest państwo, a nie urząd – przeciwnie do dyspozycji art. 3 k.p. Ustawa ta przyjęła koncepcję właścicielskiego pracodawcy, łączącą tę definicję z osobowością prawną, a nie ze strukturą zarządzania, tzn. z wyłączną przesłanką zatrudniania pracownika jako koniecznym wymogiem uznania podmiotu za pracodawcę[44].

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 1991 r.[45] każda osoba prawna jest pracodawcą w rozumieniu art. 3 k.p. dla zatrudnionych przez nią pracowników, o ile dla niektórych z nich za pracodawcę

[39] K.W. Baran, *op. cit.*, s. 404–405.

[40] Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 149 z późn. zm.).

[41] Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn.: Dz. U. 2015 r. poz. 121 z późn. zm.).

[42] Ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o służbie cywilnej (Dz. U. Nr 89, poz. 402 z późn. zm.), dalej: u.s.c.

[43] Dz. U. Nr 162, poz. 1662.

[44] W. Masewicz, *op. cit.*, s. 149.

[45] Wyrok SN z dnia 6 listopada 1991 r., sygn. akt I PRN 47/91, OSP 1992, nr 7–8, poz. 151.

nie uznaje się jednostki organizacyjnej stanowiącej jakąś jej część składową. Przede wszystkim przez państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej rozumie się jednostki Skarbu Państwa, urzędy, wspólnoty mieszkaniowe, podmioty funkcjonujące w sferze obrotu cywilnoprawnego (np. spółki osobowe), a także wewnętrzne jednostki organizacyjne osób prawnych[46]. W uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 14 stycznia 1993 r.[47] Sąd Najwyższy stwierdził, iż pracodawcą w rozumieniu art. 3 k.p. jest każda spółka będąca podmiotem gospodarczym, który zgodnie z ustawą z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej[48] – o ile może zatrudniać pracowników. W wyroku z dnia 4 listopada 2004 r.[49] Sąd Najwyższy wyraźnie skonkretyzował, że pracodawcą jest spółka jawna, a nie jej wspólnicy. Natomiast w wyroku z dnia 10 maja 1996 r.[50] wyrazono pogląd, zgodnie z którym pracownik w pozwie przeciwko spółce cywilnej powinien wskazać spółkę i wszystkich jej wspólników.

W dalszej kolejności stanowisko judykatury wyjaśnia doktryna. Za pracodawcę pracowników spółki cywilnej jako ułomnej osoby prawnej należy uważać jednostkę organizacyjną, jaka została utworzona w wyniku umowy spółki i zatrudnia pracowników pod własną firmą. W takiej sytuacji podmiotem zatrudniającym nie będą odrębnie wspólnicy. W przypadku, gdy taka jednostka nie została wyodrębniona, to pracodawcą jednak zostają wspólnicy[51].

Wydaje się, że przełomowe ustalenie modelu własnościowego pracodawcy w rozwiązywaniu sporów zbiorowych usuwające przedstawione powyżej wątpliwości interpretacyjne zostało przyjęte na gruncie uchwały składu siedmiu sędziów SN z dnia 23 maja 2006 r.[52], w której Sąd, rozpatrując kwestie związane z charakterem prawnym pakietu socjalnego, rozstrzygał również zagadnienie, czy spółka dominująca jest podmiotem uprawnionym do zawarcia porozumienia w imieniu nominalnego pracodawcy, tj. spółki zależnej. Jakkolwiek ww. uchwała zapadła w sprawie dotyczącej charakteru prawnego pakietu socjalnego, to potwierdzono powyższe uprawnienie spółki dominującej. Sąd Najwyższy odwołał się przy

[46] Zob. K. Rączka [w:] *Komentarz do kodeksu pracy*, pod red. Z. Salwy, Warszawa 2000, s. 14.

[47] Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 14 stycznia 1993 r., sygn. akt II UZP 21/92, OSNCP 1993, nr 5, poz. 69.

[48] Dz. U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.

[49] Wyrok SN z dnia 4 listopada 2004 r., sygn. akt I PK 25/04, OSNP 2005, nr 14, poz. 206.

[50] Wyrok SN z dnia 10 maja 1996 r., sygn. akt I PRN 63/95, OSNAPiUS 1996, nr 23, poz. 355.

[51] G. Goździewicz, T. Zieliński [w:] *Komentarz do Kodeksu pracy*, pod red. L. Florka, Warszawa 2011, s. 44.

[52] Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 23 maja 2006 r., sygn. akt III PZP 2/06, OSNP 2007, nr 3–4, poz. 38.

tym do definicji pracodawcy zawartej w art. 59 ust. 2 Konstytucji RP. Dlatego też pewne rodzaje porozumień – według oceny Sądu Najwyższego – mogą być podpisywane przez pracodawcę w wyżej wskazanym znaczeniu konstytucyjnym, gdyż upoważnienie do tego wynika z art. 59 ust. 2 Konstytucji RP.

Kolejny możliwy w praktyce problem to ustalenie – kto jest pracodawcą w stosunku do pracowników zatrudnionych w administracji rządowej lub samorządowej. Jest nim urząd, w którym pracownik jest zatrudniony, wykonując swe obowiązki na rzecz państwa. Pracodawcami nie są bowiem ani gminy, ani kierownicy urzędów gminnych (burmistrzowie, wójtowie), lecz same urzędy gminne zatrudniające pracowników samorządowych[53]. Pracodawcami pracowników samorządowych są jednostki organizacyjne wymienione w art. 2 ustawy z dnia 22 marca 1990 r. o pracownikach samorządowych[54]. W przypadku wymiaru sprawiedliwości pracodawcą osób zatrudnionych w sądach nie jest państwo ani Ministerstwo Sprawiedliwości, lecz konkretny sąd[55], co w sposób znaczący utrudnia pracownikom dochodzenie swoich żądań. Wynika to z faktu, że kompetencje tych organów w sferze zatrudnienia są ograniczone wyłącznie do zarządzania pracownikami, podczas gdy uprawnienia decyzyjne w zakresie rozpatrywania żądań pracowników leżą w gestii organów nadrzędnych[56].

Przymiot „pracodawcy zarządzającego" posiadają jednostki niesamodzielne, pozbawione własnych interesów (np. oddziały). W konsekwencji reprezentacja pracowników byłaby zmuszona prowadzić spór zbiorowy z pracodawcą jedynie w pozornym tego słowa znaczeniu, tzw. drugim garniturem, ponieważ istotne, merytoryczne aspekty muszą być uzgadniane z jednostką posiadającą władztwo w podejmowaniu decyzji. W wielu przypadkach w sporach zbiorowych taka „zapora" może pozwolić faktycznemu pracodawcy uniknąć konfrontacji ze zbiorowością pracowników. Nie ma zatem wątpliwości, że może to stanowić w pewnych sytuacjach czynnik o charakterze niepozytywnym w zbiorowych stosunkach pracy[57].

Wśród przedstawicieli części doktryny prawa pracy bardzo często krytykuje się definicję pracodawcy z art. 3 k.p. Podstawowym zarzutem jest okoliczność, że „utrzymanie takiego rozwiązania pojęciowego oznacza zakonserwowanie socjalistycznej koncepcji i jest sprzeczne z majątkową naturą stosunku pracy, a także z innymi stosunkami prawnymi, w jakie pra-

[53] Wyrok SN z dnia 21 grudnia 1992 r., sygn. akt I PRN 52/92, PiZS 1993, nr 5, s. 96.
[54] Dz. U. Nr 21, poz. 124 z późn. zm. Zob. wyrok SN z dnia 28 października 2009 r., sygn. akt I PK 95/09, OSNP 2011, nr 1–2, poz. 6.
[55] Uchwała SN z dnia 23 lipca 1993 r., sygn. akt I PZP 30/93, OSNCP 1994, nr 6, poz. 123.
[56] A.M. Świątkowski [w:] *Zbiorowe*…, s. 290.
[57] K.W. Baran, *op. cit.*, s. 406.

codawca wchodzi w związku z zatrudnieniem pracownika"[58]. W związku z tym słuszny wydaje się postulat określenia przez ustawodawcę modelu pracodawcy jako koncepcji pracodawcy „właścicielskiego", zgodnie z którą dla uznania danego podmiotu jako zdolnego do bycia pracodawcą niezbędne jest posiadanie przez niego tytułu prawnego do przedsiębiorstwa (zakładu pracy) lub jego zorganizowanej części[59]. W tym kontekście uzasadniona jest teza, że żadnego z powyższych pojęć (pracodawcy zarządzającego i właścicielskiego) nie można traktować jako uniwersalnego[60]. Aktualnie termin „pracodawca" nie jest bowiem utożsamiany z pojęciem „zakład pracy"[61].

W poszczególnych państwach europejskich występuje zarówno koncepcja pracodawcy właścicielskiego, jak i zarządzającego[62]. W większości krajów UE za pracodawcę uznaje się jednak osobę fizyczną lub prawną będącą właścicielem zakładu pracy. Przedmiotowa koncepcja właścicielskiego pracodawcy wiąże jego pojęcie z podmiotowością cywilnoprawną i zdolnością do ponoszenia odpowiedzialności majątkowej w stosunku do pracowników[63]. Wobec powyżej przedstawionej analizy koncepcji pracodawcy w Europie należy stwierdzić, że przyjęty przez ustawodawcę polskiego model zarządczy jest rozwiązaniem odbiegającym od wzorca stosowanego w części krajów UE, w których przeważa konstrukcja prawna pracodawcy oparta na tzw. modelu właścicielskim. W związku z tym zasygnalizowane problemy związane ze stosowaniem kodeksowej definicji pracodawcy powodują, iż pojawiają się liczne głosy optujące za bezpośrednim przyjęciem ustawowego modelu właścicielskiego także na gruncie prawa polskiego, co pozwoliłoby uniknięcie konieczności dokonywania poszukiwań faktycznego pracodawcy uprawnionego do podejmowania decyzji[64]. Niewątpliwie ustalenie zasady, że stroną sporu zbiorowego może być je-

[58] Zob. Z. Hajn, *Pojęcie pracodawcy po nowelizacji kodeksu pracy* – część I, PiZS 1997, nr 5, s. 19–27.

[59] Zob. L. Kaczyński, *W sprawie jednostki organizacyjnej jako pracodawcy*, PiZS 1998, nr 5, s. 37–41. Autor wysuwa dalej idące wnioski, postulując, aby stosować wykładnię *de lege lata*, w myśl której osoba prawna stanowiąca jednostkę organizacyjną jest jedynym pracodawcą nawet w przypadku, gdy wola stron zawierających umowę oznaczała jako podmiot zatrudniający strukturę stanowiącą jedynie część osoby prawnej.

[60] *Ibidem*.

[61] W. Masewicz, *op. cit.*, s. 151. Więcej na ten temat zob. R. Markowska-Wolert, *Nowe uregulowania w zakresie zbiorowych stosunków pracy*, PiZS 2005, nr 1, s. 19–23; M. Gersdorf, *Jeszcze w sprawie sporu o pojęcie pracodawcy*, PiZS 1997, nr 2, s. 34–39.

[62] P. Wąż, *Koncepcja pracodawcy rzeczywistego w świetle art. 3 KP*, M.P.Pr. 2007, nr 3, s. 122.

[63] Zob. Z. Hajn, *Status prawny organizacji pracodawców*, Warszawa 1999, s. 120–121.

[64] Więcej na ten temat zob. W. Szubert [w:] *Changements politiques et droit du travail* (*perspectives polono-espagnoles)*, eds. M. Seweryński, A. Marzal, Łódź 1992, s. 9–29.

dynie pracodawca będący właścicielem zakładu pracy umożliwia kierowanie żądania przez organizację związkową do podmiotu, który ponosi odpowiedzialność majątkową za prowadzone działania. *De lege ferenda* przyjęcie ustawowego modelu właścicielskiego na gruncie prawa polskiego pozwoliłoby uniknąć poszukiwania faktycznego pracodawcy uprawnionego do podejmowania decyzji we własnym imieniu.

W Polsce oprócz omówionych wyżej podstawowych problemów związanych ze stosowaniem regulacji prawnych zawartych u.r.s.z. występują także inne utrudnienia dotyczące procedur rozwiązywania sporów zbiorowych w drodze polubownej. Polskie prawo pracy wprowadziło regułę, według której rokowania i mediacja mogą zakończyć się porozumieniem rozwiązującym spór zbiorowy lub sporządzeniem protokołu rozbieżności. *Ratio legis* takiego rozwiązania jest wszczęcie negocjacji po odrzuceniu przez pracodawcę jednego z żądań zgłoszonych przez organizację związkową, a następnie w razie ich niepowodzenia przejście do mediacji, w celu wstrzymania zastosowania przez związek zawodowy akcji protestacyjnej w formie strajku[65]. W przypadku sporządzenia takiego protokołu nawet przy jednoczesnym zawarciu porozumienia, zatarg nie zostaje zakończony, lecz przechodzi do następnego etapu jego rozwiązania. W tym kontekście interesujące są statystyki prowadzone przez Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej w zakresie powodzenia mediacji i wykorzystywania rokowań w sporach zbiorowych[66], z których wynika między innymi, że powodzenie rokowań i mediacji jest niewielkie, co może oznaczać podjęcie przez związek zawodowy strajku w wielu sytuacjach. Wyjątkowo rzadko kończą się one porozumieniem stron. Przykładowo w 2010 r., według

[65] Wydaje się, że treść u.r.s.z. jest podobna do ustawy z dnia 8 października 1982 r. (Dz. U. Nr 32, poz. 216) w sformułowaniu wielu instytucji prawnych dotyczących sporów zbiorowych (np. identyczne organy arbitrażowe, obowiązek na podstawie art. 33 u.z.z. z 1982 r. oraz art. 8 u.r.s.z. podjęcia rokowań niezwłocznie po wystąpieniu z żądaniem związku zawodowego, w przypadku jego nieuznania przez pracodawcę) i w części uwzględnia system społeczno-gospodarczy funkcjonujący w momencie uchwalania u.z.z. z 1982 r., która powstała w okresie obowiązywania Konstytucji PRL z dnia 22 lipca 1952 r. (Dz. U. Nr 33, poz. 232 z późn. zm.). Konstytucja z 1952 r. w Rozdziale II szeroko opisywała ustrój społeczno-gospodarczy państwa polskiego oparty na gospodarce centralnie planowanej. Za taki szczególny przykład podobieństw ww. ustaw należy uznać aktualne stosowanie obligatoryjnych rokowań i mediacji w zatargach zbiorowych. Na mocy u.z.z. z 1982 r. rokowania oraz tzw. postępowanie pojednawcze były także obowiązkowe.

[66] Statystyki w tym zakresie prowadzone przez MPiPS uwzględniają dane dotyczące liczby sporów zbiorowych zawarte w bazie danych MPiPS, które różnią się od przedstawionych wyliczeń zarejestrowanych sporów przez PIP. Niezależnie od tego przedmiotowe wyliczenia rzetelnie wskazują na problem rozwiązywania zatargów zbiorowych, tj. słabe wykorzystywanie przez stronę pracowniczą i pracodawców polubownych metod ich rozwiązywania.

bazy danych MPiPS, na etapie rokowań nie doszło do zawarcia ani jednego porozumienia, w 2011 r. pięciokrotnie zakończono pozytywnie ten etap sporu[67], w 2012 r. polubowna likwidacja zatargu za pomocą tej metody nastąpiła w trzech przypadkach[68], a w 2013 r. tylko raz skutecznie zastosowano najpierw negocjacje zbiorowe[69]. Poruszając tematykę arbitrażu jako ostatniej trzeciej fakultatywnej metody likwidowania sporów, nie można tracić z pola widzenia okoliczności, iż nie cieszy się on popularnością w Polsce. W latach 1992–2004 przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone 58 razy, z czego tylko w 40% przypadkach jego zastosowania doszło do likwidacji sporów zbiorowych[70].

W obliczu wskazywanego przez część ekonomistów prawdopodobieństwa wystąpienia powtórki recesji ekonomicznej z 2008 r. w przyszłości, należy zastanowić się nad istotnymi kwestiami rozwiązywania sporów zbiorowych w Polsce. Skoro regulacje zawarte w przepisach u.r.s.z. na przestrzeni lat jej obowiązywania nie ulegały zasadniczym zmianom w aspekcie polubownych sposobów rozwiązywania sporów zbiorowych, a jednocześnie w wielu zakładach pracy stosowanie irenicznych metod likwidacji zatargów kończy się niepowodzeniem oraz dochodzi do licznych problemów interpretacyjnych przy wykładni systemu prawa w zakresie rozwiązywania sporów zbiorowych, wydaje się konieczne wprowadzenie w życie prawidłowych postulatów *de lege ferenda* mających na celu usprawnienie postępowania w przypadku wystąpienia zatargu zbiorowego u pracodawców. Przede wszystkim należy zacząć od generalnych instytucji, tj. przedmiotu sporu zbiorowego i stron w nim uczestniczących, tak by następnie można było zastanowić się nad uproszczeniem funkcjonowania poszczególnych form pokojowego rozwiązywania zatargu.

[67] *Rozwiązywanie sporów zbiorowych. Informator MPiPS 2010–2011…*, s. 66.
[68] *Rozwiązywanie sporów zbiorowych. Informator MPiPS 2012*, Warszawa 2013, s. 45.
[69] *Rozwiązywanie sporów zbiorowych. Informator MPiPS 2013*, Warszawa 2014, s. 45.
[70] A. Rycak, *Praktyka arbitrażu społecznego w zbiorowych sporach pracy w Polsce*, [w:] *Arbitraż i mediacja w prawie pracy. Doświadczenia amerykańskie i polskie*, pod red. G. Goździewicza, Lublin 2005, s. 132.

Agata Duda

Mediator w sprawach rodzinnych. Wybrane zagadnienia

Wstęp

Na mocy ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego i niektórych innych ustaw[1], która weszła w życie 10 grudnia 2005 r. możliwe stało się kierowanie przez sądy do mediacji wszystkich spraw, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne, w tym spraw rodzinnych. Instytucja mediacji rodzinnej funkcjonuje zatem w polskim systemie prawnym od niemal dziesięciu lat. Po kilku latach stosowania tej alternatywnej metody rozwiązywania sporów warto zastanowić się, czy jest ona skutecznym sposobem rozwiązywania konfliktów. Przedmiotem niniejszej rozprawy nie będzie jednak porównanie tej instytucji z postępowaniem sądowym czy wymienianie jej zalet i wad. Przedmiotowe opracowanie proponuje spojrzeć na skuteczność procesu mediacyjnego poprzez pryzmat kwalifikacji mediatora. Pomimo iż to strony są reżyserami konfliktu, to wydaje się, że to właśnie od mediatora, czyli bezstronnego i neutralnego moderatora sporu zależy w dużym stopniu powodzenie czy fiasko mediacji. Mając to na uwadze, należy skupić się na wybranych aspektach dotyczących „strażnika mediacji".

Specyfika mediacji rodzinnych

Analiza pozycji mediatora w procesie mediacji rodzinnych wymaga zwrócenia szczególnej uwagi na specyfikę mediacji rodzinnych. Bez jej zrozumienia praktycznie nie istnieje możliwość realnego uczestniczenia w procesie mediacji w sprawach rodzinnych. Zagadnienie specyfiki media-

[1] Dz. U. Nr 172, poz. 1438.

cji rodzinnych było wielokrotnie poddawane dyskusjom[2]. Z jednej strony wynika to z charakteru konfliktów rodzinnych (ta cecha została podkreślona między innymi w rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy[3], gdzie zaznaczono, że „w konfliktach rodzinnych uczestniczą osoby pozostające w trwałych związkach, opartych na wzajemnych zależnościach", a „konflikty rodzinne pojawiają się w warunkach wzbudzających bolesne emocje i dodatkowo wzmagają ich siłę"). Z drugiej strony szczególny charakter mediacji rodzinnych jest ściśle powiązany z obszarami zastosowania mediacji w sporach rodzinnych (od mediacji dotyczących kontraktów przedślubnych, przez mediacje okołorozwodowe, po mediacje dwunarodowościowe). Ponadto w literaturze podkreśla się, że mediacje w przypadku konfliktów okołorozwodowych są wyjątkowe przede wszystkim ze względu na to, iż przedmiotem sporu nie są tutaj dobra materialne, a żywy człowiek – dziecko. Z kolei odpowiedzialność za jego dobro w trakcie procesu mediacyjnego spoczywa na mediatorze[4].

Jak zostało wyżej podniesione, pierwsza cecha świadcząca o specyfice mediacji rodzinnych to charakter występujących konfliktów. Można zauważyć, że konflikty rodzinne są ściśle uzależnione od megatrendów demograficznych, społecznych, ekonomicznych dotyczących nie tylko rodziny, ale również całego środowiska lokalnego. Współczesne rodziny żyją bowiem w świecie globalizacji, w społeczeństwie informacyjnym, w świecie przemian związanych z procesami transformacji[5]. Wśród głównych zmian, które dotyczą współczesnych rodzin wymienia się wzrost liczby rozwodów, rozpowszechnienie kontroli urodzeń i zwiększanie liczby kontaktów seksualnych poza małżeństwem, wzrost liczby mężatek pracujących zawodowo, wzrost indywidualizmu i wolności osobistej członków rodziny, zwiększone przenoszenie na państwo funkcji opiekuńczych,

[2] K. Czayka-Chełmińska, M. Glegoła-Szczap, *O specyfice mediacji rodzinnej. Kilka refleksji na marginesie rozwiązań prawnych regulujących w Polsce stosowanie mediacji*, [w:] *Mediacja*, pod red. L. Mazowieckiej, Warszawa 2009, s. 271–280; J. Bodio, *Mediacja w sprawach rodzinnych – zarys problematyki*, [w:] *Mediacja w teorii i praktyce*, pod red. A. Gretkowskiego, D. Karbarz, Stalowa Wola 2009, s. 48; A. Gójska, R. Boch, *Obligatoryjna mediacja w sprawach rodzinnych – refleksje praktyków*, „Mediator" 2006, nr 37; A. Gójska, V. Huryn, *Mediacja w rozwiązywaniu konfliktów rodzinnych*, Warszawa 2007, s. 61–69.

[3] Rekomendacja nr R (98) 1 Komitetu Ministrów do państw członkowskich na temat mediacji rodzinnych oraz memorandum wyjaśniające, Rada Europy, Strasburg 1998.

[4] G. Nordhelle, *Mediacja. Sztuka rozwiązywania konfliktów*, przekł. K. Drozdowska, Gdańsk 2010, s. 263.

[5] J. Izdebska, *Dziecko w świecie mediów elektronicznych. Teoria, badania, edukacja medialna*, Białystok 2007, s. 16–17.

pełnionych dotąd przez rodzinę, stopniowy zanik postępowania według norm religijnych w małżeństwie i rodzinie[6].

Nie można nie zwrócić uwagi, że rodzina zasadniczo różni się od innych grup czy instytucji społecznych – przede wszystkim niespotykaną więzią uczuciową, przez co konflikty pojawiające się w jej współżyciu są boleśniej przeżywane niż w innych grupach[7]. Z jednej strony charakteryzują się długim okresem narastania, a z drugiej dotykają bliskich relacji o fundamentalnym znaczeniu psychologicznym i społecznym[8]. Konflikt rodzinny różni od konfliktów osób niepowiązanych więzami rodzinnymi natężenie emocji przeżywanych przez strony, dalekosiężność konsekwencji, jakie pociąga za sobą konflikt, uwikłanie w niego innych osób, nakładanie się różnorodnych potrzeb, intencji i motywacji[9]. To właśnie emocje stanowią integralną część konfliktów rodzinnych. Nierzadko zdarza się, że poruszenie emocjonalne stron jest tak wielkie, iż wywiera wpływ na ich umiejętność oceny rzeczywistości. Strona kierująca się emocjami nie skupia się na konsekwencjach własnych słów i czynów, nie jest w stanie przewidzieć konsekwencji własnego zachowania[10].

Nie można nie zważyć na wielopłaszczyznowość konfliktów rodzinnych. Konflikty mogą tutaj występować między młodymi małżonkami, między małżonkami o dłuższym stażu, między jednym małżonkiem a rodziną drugiego małżonka, między rodzicami i dziadkami, między rodzicami i dziećmi, między rodzeństwem oraz między dziadkami i wnukami. W każdym z przypadków, pomimo iż w konflikcie uczestniczą tylko niektórzy członkowie rodziny, to odczuwają go wszyscy domownicy. W ten sposób konflikt rodzi konflikt, a atmosfera rodzinna staje się napięta[11].

Spory rodzinne nie są sprawami typowo prawnymi, a więc konieczne jest oddzielenie wymiaru sprawiedliwości od tych problemów pozaprawnych, którymi powinny zająć się inne, specjalistyczne powołane do tego instytucje[12]. Nie oznacza to, że konflikt rodzinny nie jest wyzwaniem dla instytucji mediacji. To przecież mediator odpowiada za budowanie gotowości stron do podjęcia racjonalnych i skoncentrowanych na przyszłość negocjacji, zapewnienie bezpieczeństwa i ochrony interesów stron korzystających z mediacji oraz zapewnienie ochrony interesów i potrzeb dzieci uwikłanych w konflikt dorosłych[13]. Innego rodzaju trudnością w mediacji

[6] W.F. Ogburn, M.F. Nimkoff, *Technology and the Changing Family*, Boston 1955; cyt. za: Z. Tyszka, *Rodzina we współczesnym świecie*, Poznań 2002.
[7] M. Kalinowski, M. Nastarewicz, *Rozwód. Przyczyny i skutki*, Warszawa 1985, s. 38–41.
[8] A. Gójska, *Mediacja w sprawach rodzinnych*, Warszawa 2011, s. 5.
[9] K. Czayka-Chełmińska, M. Glegoła-Szczap, *op. cit.*, s. 272.
[10] G. Nordhelle, *op. cit.*, s. 228–229.
[11] H. Izdebska, *op. cit.*, s. 60.
[12] M. Fuszara, *Rodzina w sądzie*, Warszawa 1994, s. 326.
[13] K. Czayka-Chełmińska, M. Glegoła-Szczap, *op. cit.*, s. 273–275.

rodzinnej jest skierowanie stron na rozmowy ku przyszłości, a nie ciągłe rozpamiętywanie przeszłości. Mediator stara się zatem pomóc stronom w nazwaniu uczuć, emocji im towarzyszących, następnie w odczytaniu ich poprzez pryzmat niezaspokojonych w przeszłości potrzeb, które należy uwzględnić w przyszłości, aby uniknąć sytuacji konfliktowych[14].

Specyfika mediacji wynika także z zakresu spraw, który obejmują mediacje rodzinne. Mediacje w sprawach rodzinnych mogą być prowadzone na różnych etapach życia rodzinnego; zarówno wtedy, gdy ich uczestnicy znajdują się w formalnych, jak i nieformalnych związkach. Stronami są nie tylko małżonkowie, ale także rodzeństwo, krewni, rodzice i dzieci. Przedmiotem rozmów mogą być kwestie materialne (typu podział majątku), jak też niematerialne (związane z zachowaniami członków rodziny wobec siebie)[15].

Mediacje rodzinne dotyczą spraw związanych z ustaleniem kontaktu przedślubnego, rozwiązaniem spornych kwestii związanych z separacją lub rozwodem, ustaleniem opieki nad dzieckiem i kontaktów z rodzicami, problemami rodzinnymi wynikającymi z powtórnych związków małżeńskich, problemami rodzin zrekonstruowanych, sporami związanymi z posiadaniem rodziców w podeszłym wieku, adopcją czy stosowaniem przemocy w rodzinie[16]. Problemy są zatem różnorodne i wielowymiarowe, a jednocześnie jednostkowe, specyficzne dla danej rodziny.

Specyfika mediacji rodzinnych jest związana ponadto z udziałem dzieci w postępowaniu mediacyjnym. Obecne uregulowania prawne nie regulują wprost udziału dzieci w procesie mediacyjnym, jednak w doktrynie pojawia się słuszne stanowisko, żeby możliwość takiego udziału wyprowadzić z odpowiedniego stosowania innych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego[17].[18]

Co istotne, podczas konfliktów rodzinnych dziecko staje się kartą przetargową w walce prowadzonej przez dorosłych, zaś wymiar sprawiedliwości staje się bezradny. Środki prawne nie likwidują konfliktu między rodzicami, potrzeba zatem innych metod pomocy rodzinie, prowadzonych przez osoby mające uprawnienia do ingerowania w wewnętrzne sprawy

[14] *Ibidem*, s. 273.

[15] A. Gójska, V. Huryn, *op. cit.*, s. 33. W rekomendacji RE nr R (98) zaznaczono, że „mediacja rodzinna może być stosowana we wszystkich konfliktach między członkami tej samej rodziny, których łączą więzy pokrewieństwa bądź małżeństwa, oraz osobami, które pozostawały lub pozostają w związkach rodzinnych zgodnie z definicją przyjętą w prawie wewnętrznym" (I, a).

[16] H. Przybyła-Basista, *Proces mediacji rodzinnych – od teorii do praktyki*, „Mediator" 2002, nr 21, s. 12.

[17] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.), dalej: k.p.c.

[18] J. Bodio, *op. cit.*, s. 53.

rodziny[19]. Naprzeciw tym potrzebom wychodzi instytucja mediacji. Mediacja jest procedurą, która poprzez próbę rozwiązania konfliktu rodziców pomaga dzieciom[20]. Mediator staje się „strażnikiem" interesów dziecka. Mediacja dąży do rozwiązań dostosowanych zarówno do potrzeb rodziców, jak też dzieci. Stara się skłonić rodziców do zastanowienia się nad problemami i prawami dziecka, pomaga uwzględnić procedurę rozwojową w porozumieniu wypracowanym przez rodziców[21].

Specyfika mediacji w sprawach rodzinnych, w szczególności zaś złożoność rodzinnych konfliktów jest zatem wyzwaniem dla instytucji mediacji, a tym samym dla uczestniczącego w nim obok stron – bezstronnego i neutralnego mediatora. W doktrynie wskazuje się, że jakość mediacji jest zdeterminowana klasą mediatora – jego rzetelnością, pasją i profesjonalizmem[22].

Wymagania stawiane w stosunku do osoby mediatora w świetle obowiązujących regulacji prawnych

Roli mediatora w toku procesu mediacyjnego nikt nie podważa i podważać pewnie nie zamierza. Nikt również raczej nie będzie polemizował z faktem, że od realizowania zadań, jakie mediacja stawia przed mediatorem zależy ostateczne powodzenie całego postępowania mediacyjnego. Stąd też tak istotne jest, aby mediatorzy spełniali określone wymagania, posiadali odpowiednie kompetencje i potrafili realizować zadania, które stawia przed nimi mediacja.

Przepisy prawa polskiego w zakresie wymagań i kompetencji stawianych osobie mediatora rodzinnego są dosyć liberalne, a jednocześnie ogólnikowe, wręcz szkicowe. Ustawodawca polski wybór mediatora pozostawił stronom, które w umowie o mediację określają, kto nim będzie lub

[19] D. Mazur, *Pomoc dziecku uwikłanemu w konflikt rodzicielski*, „Problemy Opiekuńczo-Wychowawcze" 2004, nr 7, s. 52 i 54.

[20] Istnieją jednak poglądy sprzeczne z tym stwierdzeniem. Dla niektórych ustawa wprowadzająca instytucję mediacji do Kodeksu postępowania cywilnego zmniejszyła zakres i intensywność ochrony dobra dziecka. Zdaniem osób propagujących to stanowisko usunięcie art. 436 k.p.c. oznacza jednakowe potraktowanie rozwodzących się małżonków, bez wyróżnienia tych, którzy posiadają małoletnie dzieci. Zob. W. Stojanowska, *Mediacja w prawie rodzinnym oraz ocena celowości i trafności dokonanej zmiany przepisów w zakresie postępowania pojednawczego w procesie o rozwód*, [w:] *Prawno-psychologiczne uwarunkowania mediacji i negocjacji*, pod red. S.L. Stadniczeńki, Opole 2006, s. 108–109.

[21] K. Czayka-Chełmińska, M. Glegoła-Szczap, *op. cit.*, s. 276–278.

[22] E. Kruk, H. Spasowska, *Mediacja. Wybór źródeł, wzory dokumentów i pism, statystyki, bibliografia*, Warszawa 2008, s. XII.

w jaki sposób zostanie wybrany (art. 183^1 § 2 i 3 k.p.c.). W przypadku spraw cywilnych (a zatem także rodzinnych) mediatorem może być osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych, korzystająca w pełni z praw publicznych (art. 183^2 § 1 k.p.c.). Mediatorem nie może być sędzia, z wyjątkiem sędziego w stanie spoczynku (art. 183^2 § 2 k.p.c.). Zgodnie z art. 183^2 § 3 k.p.c. organizacje społeczne i zawodowe oraz uczelnie mogą prowadzić listy stałych mediatorów oraz tworzyć ośrodki mediacyjne (informację o tym przekazuje się prezesowi sądu okręgowego). W sytuacji, gdy do mediacji kieruje sąd, to on wyznacza mediatora z listy stałych mediatorów, ale strony mogą wybrać innego, także mediatora *ad hoc* (art. 183^9 k.p.c.). Poza tymi podstawowymi uregulowaniami dotyczącymi spraw cywilnych w Kodeksie postępowania cywilnego znaleźć można regulacje odnoszące się bezpośrednio do mediatorów rodzinnych. Zgodnie z art. 436 § 4 k.p.c.: „jeżeli strony nie uzgodniły osoby mediatora, sąd kieruje je do stałego mediatora posiadającego wiedzę teoretyczną, w szczególności posiadającego wykształcenie z zakresu psychologii, pedagogiki, socjologii lub prawa oraz umiejętności praktyczne w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach rodzinnych" – sytuacja ta dotyczy mediacji rozwodowych. Jeśli osoba mediatora nie zostanie przez strony określona w innych sprawach rodzinnych, sąd skieruje do mediatora, o którym mowa w art. 436 § 4 k.p.c. (zob. art. 570^2 k.p.c.).

Niewiele zatem regulacji rangi ustawowej dotyczących mediatora rodzinnego znajdziemy w prawie polskim. Można zauważyć, że są to uregulowania niezawierające konkretnych wymagań i kwalifikacji, jakie powinni posiadać mediatorzy. Z jednej strony istotny jest fakt, że ustawodawca dostrzegł specyfikę konfliktów rodzinnych, ale sformułowanie ograniczające się do wymienienia dziedzin, w jakich może specjalizować mediator nie jest wystarczające. Samo wskazanie wykształcenia stałego mediatora w sprawach rodzinnych jest niedostateczne, gdyż wiedza nabyta w trakcie studiów nie gwarantuje, że dana osoba daje rękojmię należytej pomocy w sporach rodzinnych[23].

Podkreślenia wymaga, że art. 436 § 4 k.p.c., z uwagi na brak przepisów szczególnych w tym zakresie, pozostaje jedynie sugestią ustawodawcy. Z przedmiotowego artykułu nie wynika bowiem nic oprócz wskazania, że mediator powinien posiadać wiedzę teoretyczną oraz stosowne wykształcenie, w szczególności z dziedzin wymienionych przez ustawodawcę. Przepisy te wydają się jeszcze bardziej ogólnikowe, gdy zestawimy je chociażby z wymogami, jakie polskie prawo stawia mediatorom w sprawach karnych[24]. Można wnioskować, że dopóki zagadnienie kwalifikacji media-

[23] K. Czayka-Chełmińska, M. Glegoła-Szczap, *op. cit.*, s. 280.

[24] Por. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych (Dz. U. poz. 716).

tora nie zostanie uregulowane chociażby w stosownym rozporządzeniu, proces mediacyjny będzie mógł być prowadzony przez osoby niekompetentne, które ukończyły jedynie kilkugodzinne szkolenie teoretyczne.

Należy również zwrócić uwagę na brzmienie art. 436 § 3 k.p.c.: „Mediatorami mogą być także kuratorzy sądowi oraz osoby wskazane przez rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne". Nie można nie zauważyć, że o ile regulacja wynikająca z brzmienia art. 436 § 4 k.p.c. jest ogólna, ale przynajmniej w pewnym stopniu uwzględnia konieczność posiadania przez mediatora rodzinnego stosownych kwalifikacji, o tyle uregulowanie zawarte w art. 436 § 3 k.p.c. rodzi pewnego rodzaju niebezpieczeństwo w jeszcze wyższym stopniu niż wyżej wskazano. Zgodnie z tym przepisem mediatorami mogą być także osoby wskazane przez rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne. Nie doprecyzowano zaś, jakie cechy powinny posiadać te osoby, odnosząc się chociażby do ogólnych regulacji wymienionych w art. 436 § 4 k.p.c. Wnioskować więc można, że rodzinny ośrodek diagnostyczno-konsultacyjny może wskazać kogokolwiek, chociażby pracownika. Efektywność procesu mediacyjnego zostaje zatem po raz kolejny zagrożona z uwagi na możliwy nieprofesjonalizm osoby, która będzie prowadziła mediację.

W doktrynie zwraca się uwagę, że mediatorzy w sprawach rodzinnych powinni być szczególnie przygotowani do pełnienia swoich funkcji poprzez odpowiednie wykształcenie, ale również umiejętności z zakresu komunikacji[25]. Podkreśla się także konieczność dodatkowych szkoleń specjalistycznych – dla psychologów-mediatorów w zakresie prawa rodzinnego i opiekuńczego, a dla prawników-mediatorów w zakresie technik mediacyjnych[26]. Efektywność mediacji zależy od doświadczenia życiowego mediatora, umiejętności zorganizowania warsztatu mediacyjnego i prawidłowego prowadzenia postępowania mediacyjnego, odpowiedniej wiedzy, znajomości komunikacji interpersonalnej, retoryki, strategii, taktyk negocjacji[27]. Podstawową cechą każdego mediatora powinien być

[25] Zob. E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym. Zastosowanie w Europie i w Polsce*, Warszawa 2007, s. 369; Ł. Błaszczak, *Alternatywne formy rozwiązywania sporów – analiza zjawiska na tle prawa polskiego*, [w:] *Czterdziestolecie Kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd Katedr Postępowania Cywilnego w Zakopanem (7–9.10.2005 r.)*, Zakamycze 2005, s. 342; A. Bieliński, *Mediator w sprawach cywilnych – wybrane zagadnienia regulacji polskich i obcych*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 2008, nr 3, s. 24.

[26] A. Pietrzyk, *Mediacja rozwodowa. Propozycja współpracy psychologów i prawników w reformowaniu prawa rozwodowego*, [w:] *Czy potrzebna jest w Polsce zmiana prawa rodzinnego i opiekuńczego? Materiały Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej zorganizowanej w dniach 21 i 22 września 1995 roku w Katowicach*, pod red. B. Czecha, Katowice 1997, s. 369.

[27] A.Z. Zienkiewicz, *Mediator w sprawach cywilnych*, „Rejent" 2005, nr 5, s. 144.

przede wszystkim profesjonalizm[28]. Umieszczenie przez Polskie Centrum Mediacji w Kodeksie Etyki Mediatora zasady fachowości (zgodnie z którą mediatora obowiązuje nabywanie wiedzy i umiejętność posługiwania się nią zgodnie z dobrem i interesami obu stron) zasługuje na całkowitą aprobatę.

Wskazuje się jednak nie tylko na potrzebę posiadania przez mediatorów podstawowej wiedzy i umiejętności niezbędnych do przeprowadzenia mediacji, ale także na określenie standardów szkolenia mediatorów, aby mediacje były prowadzone przez osoby odpowiednio przeszkolone do wykonywania tego, można by rzec, interdyscyplinarnego zawodu[29]. W rekomendacji RE nr R (98) w sprawach rodzinnych zaznaczono, że niezależnie od organizacji usług mediacyjnych powinny istnieć procedury wybierania, szkolenia i kwalifikacji mediatorów oraz standardy, jakie powinni spełniać (pkt IIc). W prawie polskim istnieje luka w tym zakresie. Funkcjonują podmioty, które wpis na listę stałych mediatorów gwarantują zaledwie po kilku godzinach teoretycznego przeszkolenia, co stanowi poważne zagrożenie dla jakości procesu mediacyjnego. Tylko odpowiednie przygotowanie zawodowe mediatora gwarantuje stronom zrozumienie istoty konfliktu[30], a mediacji – efektywność.

Warto wskazać na uregulowania występujące w innych systemach prawnych, chociażby w Stanach Zjednoczonych, gdzie mediator rodzinny zgodnie z ustawą o mediacji Stanu Floryda powinien: odbyć specjalistyczne szkolenie mediacyjne zatwierdzone przez Sąd Najwyższy w wymiarze minimum 40 godzin, ukończyć studia wyższe lub doktoranckie w zakresie zdrowia psychicznego, psychologii, socjologii lub zachowań społecznych albo ukończyć wydział medycyny w zakresie psychiatrii ogólnej lub dziecięcej albo też posiadać uprawnienia adwokackie, a także 4 lata praktyki w jednej z wyżej wymienionych dziedzin lub 8 lat praktyki w charakterze mediatora w mediacjach rodzinnych i przeprowadzić minimum dziesięć mediacji rocznie jako mediator rodzinny, brać udział w charakterze obserwatora w co najmniej dwóch mediacjach w sprawach rodzinnych prowadzonych przez certyfikowanego mediatora oraz przeprowadzenie dwóch mediacji w sprawach rodzinnych wraz z mediatorem rodzinnym, posiadać nienaganny charakter[31]. Wydaje się, że część z tych aspektów została uwzględniona przez polskiego ustawodawcę, ale niewątpliwie nie wszystkie. W amerykańskim systemie prawnym zwraca się uwagę w szczególności na praktyczne doświadczenie mediatora, gdyż samo posiadanie

[28] E. Gmurzyńska, *Mediacja…*, s. 87.
[29] J. Waluk, *Mediacja i sprawiedliwość naprawcza w Polsce. Doświadczenia Polskiego Centrum Mediacji*, [w:] *Prawno-psychologiczne…*, s. 81.
[30] M. Pazdan, *O mediacji i projekcie jej unormowania w Polsce*, „Rejent" 2004, nr 2, s. 13.
[31] E. Gmurzyńska, *Mediacja…*, s. 77–78.

wykształcenia nie gwarantuje, iż mediator sprosta wyzwaniom, które pojawią się przed nim w toku procesu mediacyjnego.

Należy także zwrócić uwagę na fakt, iż zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawa polskiego mediatorem w sprawach rodzinnych może w chwili obecnej zostać każdy. Wielokrotnie wskazuje się na słuszność tego rozwiązania[32]. Z poglądami tymi nie sposób się nie zgodzić, gdyż nieograniczenie wykonywania funkcji mediatora do określonej profesji niewątpliwie prowadzi do otwarcia zawodu. Jednakże należy jednocześnie zważyć na związane z tym ryzyko. Z jednej strony nie można zamykać drogi do tego zawodu, ale z drugiej nie można dopuścić do zaistnienia sytuacji, w której na przykład inżynier nauk technicznych (nie znieważając umiejętności, jakie posiada ta grupa zawodowa), który uczestniczył jedynie w kilkugodzinnym kursie prowadzi mediację. Zagadnienie to jest zatem ściśle powiązane z pozostałymi wymaganiami stawianymi w stosunku do osoby mediatora, które z kolei nie są ściśle uregulowane.

We wskazanej wyżej kwestii ustawodawca polski w niczym nie ogranicza dostępu do zawodu mediatora. Jednak, jak już wspomniano, zgodnie z art. 183^2 § 2 k.p.c. mediatorem nie może być sędzia, z wyjątkiem sędziego w stanie spoczynku. Wskazuje się, że mediacja nie powinna być prowadzona przez organy, których zadaniem jest sprawowanie wymiaru sprawiedliwości i takie wydaje się być *ratio legis* tego przepisu. W doktrynie występuje także stanowisko przeciwne, podkreślające, iż jest to rozwiązanie dopuszczalne w innych systemach prawnych, a jednocześnie uargumentowane faktem posiadania przez sędziów doświadczenia w sprawach rodzinnych[33]. W szczególności ze względu na doświadczenie sędziów i spektrum rozstrzyganych spraw warto zastanowić się nad tym rozwiązaniem. Wiedza i doświadczenie sędziów w postępowaniu mediacyjnym mogą bowiem okazać się nieocenione, w głównej mierze ze względu na prawdopodobnie wyższy stopień wykonalności postanowień zawartej pomiędzy stronami ugody.

Podkreśla się również, iż w Kodeksie postępowania cywilnego nie uwzględniono powszechnej – w przypadku spraw rodzinnych – praktyki prowadzenia mediacji przez dwoje mediatorów – mężczyznę i kobietę[34]. Należy wspomnieć, że takie rozwiązanie pojawiło się natomiast w Deklaracji Wrocławskiej. Jest to niewątpliwie korzystny zabieg proceduralny w mediacjach rodzinnych. Z jednej strony dla mediatorów, gdyż gwarantuje im wyższy stopień zapewnienia bezstronności i neutralności; z drugiej zaś dla stron – w przypadku mediacji rozwodowych ich uczestnicy mają

[32] *Ibidem*, s. 371. Zob. A. Bieliński, *Mediator w sprawach cywilnych – wybrane zagadnienia regulacji obcych i polskich*, „ADR. Arbitraż i Mediacja" 2008, nr 3.

[33] A. Bieliński, *op. cit.*

[34] A. Gójska, *op. cit.*, s. 9.

świadomość, że specyfika sytuacji wynikająca z płci została wzięta pod uwagę[35].

Można zatem zauważyć, że wymagania[36] stawiane mediatorom rodzinnym są różnorodne w zależności od faktu, czy wynikają z prawa powszechnie obowiązującego lub innych dokumentów dotyczących wykonywania tej profesji, jak na przykład Kodeks Etyki Mediatora. Jak zaznaczono powyżej w doktrynie panuje przekonanie, że jedynie minimalizm w ukształtowaniu przepisów prawa doprowadzi do swobodnego unormowania nieuregulowanych kwestii w drodze praktyki i norm pozaprawnych. Wydaje się jednak, że takie założenia są błędne. Obecna liberalność przepisów prawa dotyczących osoby mediatora i jego kwalifikacji odzwierciedla się w prowadzonych postępowaniach mediacyjnych, podczas których brak określonych cech i spełnienia sprecyzowanych kryteriów doprowadza do tego, że postępowanie mediacyjne kończy się niepowodzeniem, niekiedy nawet mimo spisania ugody.

Wymagania stawiane mediatorom a praktyczne aspekty wykonywania zawodu

Konsekwencje niewłaściwego unormowania wymagań wobec mediatorów są najbardziej widoczne na przykładzie konkretnych postępowań mediacyjnych. W związku z tym zostaną w tym miejscu omówione wybrane aspekty badań, które przeprowadzono na podstawie spraw sądowych należących do właściwości Sądu Okręgowego III Wydziału Cywilnego Rodzinnego w Lublinie[37]. Podczas badań wykonano próbę 100 spraw oraz ograniczono się do przypadków, w których mediacja dotyczyła konfliktów związanych z rozwodem lub separacją, z uwagi na to, że są to najczęściej występujące spory rodzinne.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że w 51% zbadanych spraw strony nie doszły do zawarcia ugody, zaś 41% mediacji zakończyło się podpisaniem ugody przez skonfliktowanych małżonków. Z kolei efektem 8% mediacji rodzinnych było pojednanie małżonków, które zgodnie z art. 436 § 2 k.p.c. może być przedmiotem mediacji. Wyniki wydają się optymistyczne, ale jest to jedynie złudzenie. Wskazać bowiem trzeba, że

[35] *Ibidem*.

[36] Podnieść trzeba, że poza ramami niniejszego opracowania pozostały wymagania stawiane wszystkim mediatorom w sprawach cywilnych, tj. neutralność, bezstronność itp. Skupiono się bowiem na cechach i kwalifikacjach mediatorów rodzinnych.

[37] Badania zostały przeprowadzone w oparciu o stosowną ankietę. Wykonano próbę 100 spraw z praktyki mediacyjnej w latach 2005–2012 we właściwości Sądu Okręgowego III Wydziału Cywilnego i Rodzinnego w Lublinie.

w sytuacji pojednania małżonków, powód cofał pozew, co w efekcie prowadziło do umorzenia postępowania. Jednakże w przypadku zawarcia przez strony ugody, warunkiem jej skuteczności było zatwierdzenie przez sąd. Podnieść zaś trzeba, że tylko 8% ugód zawartych przed mediatorem zostało zatwierdzonych przez sąd. W większości przypadków postępowanie przed sądem toczyło się dalej i został wydany wyrok. Oznacza to, że tylko 16% spraw, które zostały skierowane do mediacji zakończyło się umorzeniem postępowania. Występuje zatem diametralna różnica pomiędzy ilością postępowań, w których została spisana ugoda (41%) a procentem spraw, które po przeprowadzeniu postępowania mediacyjnego zostały już na tym etapie zakończone (16%). Prowadzi to do jednoznacznego wniosku, że więcej niż połowa postępowań teoretycznie zakończonych powróciła ponownie do sądu. Pojawia się zatem pytanie – dlaczego pomimo zawarcia ugody nie została ona zatwierdzona przez sąd?

Przypomnienia wymaga, że ugoda sporządzona przed mediatorem powinna być przejrzysta, konkretna, napisana prostym językiem, bez wyznań stron i określeń odzwierciedlających ich uczucia[38]. W ostatecznym sporządzeniu ugody dużą rolę odgrywa mediator, gdyż to on zazwyczaj bierze na siebie odpowiedzialność za spisanie poszczególnych postanowień ugody i czuwanie nad tym, aby nie zawierała niezrozumiałych dla stron określeń[39]. W takiej sytuacji istotne jest przygotowanie prawne mediatora, gdyż od nadania odpowiedniej formy prawnej zawartej ugodzie zależy możliwość odmowy zatwierdzenia ugody lub odmowy nadania jej klauzuli wykonalności przez sąd[40].

Badanie przez sąd zgodności ugody z prawem nie budzi wątpliwości. Rozbieżności w doktrynie pojawiają się co do wypowiedzenia się przez mediatora w zakresie ewentualnej sprzeczności ugody z prawem i sposobu odczytania tego przez strony. Niektórzy uważają, że mogłoby to być uznane przez strony za udzielenie opinii prawnej[41]. Inni stoją na stanowisku, że przesłanki uzasadniające odmowę zatwierdzenia ugody wyznaczają ramy fachowości mediatora, który powinien posiadać ogólną wiedzę pozwalającą mu ostrzec strony przed nieskutecznymi warunkami ugody[42]. W świetle roli mediatora jako „strażnika procedury" należy stwierdzić, że nie udziela on opinii prawnej, gdy czuwa nad realnością proponowanych przez strony ustaleń i wskazuje im, które postanowienia

[38] E. Gmurzyńska, *Etapy mediacji*, [w:] *Mediacja*, pod red. L. Mazowieckiej, Warszawa 2009, s. 143.
[39] *Ibidem*.
[40] E. Gmurzyńska, *Mediacja…*, s. 381.
[41] *Ibidem*, s. 382.
[42] Por. R. Cebula, *Mediacja w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2011, s. 16.

są nie do zaakceptowania przez sąd ze względów prawnych. Wydaje się nawet, że udzielenie tej informacji należy do jego kompetencji[43].

W świetle powyższego można zatem stwierdzić, że brak stosownych kompetencji przez mediatora uniemożliwia sporządzenie porozumienia, które zatwierdzi sąd. W sprawach rodzinnych niektóre postanowienia obligatoryjnie powinny znaleźć się w sporządzanych ugodach. Z przeprowadzonych badań wynika, że w toku postępowania mediacyjnego uczestnicy wypracowali postanowienia dotyczące wykonywania władzy rodzicielskiej (31%), partycypacji rodziców w kosztach utrzymania dziecka (54%), utrzymywania kontaktów dziecka z drugim rodzicem (54%), ustalenia miejsca zamieszkania dziecka (34%), opieki zdrowotnej dziecka (11%), udziału rodziców w podejmowaniu ważnych decyzji dotyczących dziecka (11%), utrzymywania kontaktów dziecka z innymi osobami (4%), podziału majątku wspólnego małżonków (23%). W ugodach znalazły się także ustalenia dotyczące sposobu rozstania małżonków i wypracowania wspólnego stanowiska procesowego (49%), informacje o kwestiach, w których małżonkowie się nie porozumieli (11%), zobowiązania do podjęcia terapii (1%), sformułowania dotyczące zakresu decyzji, jaką strony pozostawiły sądowi („decyzję o wysokości alimentów podejmie sąd").

Nie we wszystkich ugodach znalazły się zatem postanowienia, które są wymagane, aby sąd powierzył wykonywanie władzy rodzicielskiej obojgu rodzicom – w sytuacji gdy przedstawili porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie (zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego[44]), czyli tzw. plan opieki rodzicielskiej[45]. Pomimo iż nie ma stałego wzorca tzw. planu wychowawczego, to powinien w nim zostać określony zakres władzy rodzicielskiej (sprawowanie pieczy nad osobą i majątkiem dziecka, wychowanie dziecka) oraz utrzymywanie kontaktów rodziców z dzieckiem (sformułowanie „częste kontakty z ojcem" nie wydaje się być kompletne).

Fakt, że tylko 16% spraw zostało umorzonych po zatwierdzeniu ugody przez sąd prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż ugody nie zawsze były sporządzone w sposób prawidłowy. Sformułowanie ustaleń w nich zawartych często nie mogło być zatwierdzone przez sąd. Pojawienie się zwrotów niedookreślonych, typu „częste kontakty z ojcem" bez wskaza-

[43] Także w rekomendacji RE nr R (98) podkreślono, że mediator nie powinien udzielać porad prawnych, ale może udzielać informacji prawnych.

[44] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 583).

[45] Należy pamiętać, że badania dotyczyły lat 2005–2012, zaś zmiana Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego mówiąca o porozumieniu rodziców weszła w życie 13 czerwca 2009 r.

nia konkretnego czasu i miejsca tych spotkań należy uznać za nieprofesjonalne. Wymienianie w ugodach rozbieżności pomiędzy małżonkami i wskazywanie, co pozostanie w kognicji sądu (np. wysokość alimentów, gdyż strony nie mogą dojść do porozumienia w tej kwestii) również nie świadczy o fachowości. Należy zatem stwierdzić, że 41% zawartych ugód wskazuje, iż mediacja może być pomocnym instrumentem przy rozwiązywaniu konfliktów między małżonkami, ale poprawy wymaga forma spisywanych porozumień. „Strażnikiem realności porozumienia" jest mediator i to on powinien zadbać o wykonalność spisanej ugody. Jako moderator w postępowaniu mediacyjnym powinien w odpowiedni sposób ukierunkować strony, nie zatracając jednocześnie neutralności i bezstronności. W szczególności zaś mediator musi wskazać, jakie postanowienia obligatoryjnie powinny znaleźć się w porozumieniu.

Przeprowadzone badania wskazują zatem, że mediator powinien posiadać wiedzę prawniczą, która pozwoli mu ustrzec strony przed nieskutecznymi warunkami ugody. Jeżeli mediator nie posiada takiej wiedzy, powinien poinformować strony o możliwości konsultacji postanowień zawartych w ugodzie z prawnikiem. Wyniki badań wskazują bowiem, że dochodzi do paradoksalnej sytuacji – strony znajdują satysfakcjonujące porozumienie, ale nie może ono być zaakceptowane przez sąd, co w efekcie prowadzi do dalszego postępowania sądowego. Tak przeprowadzona mediacja nie przyczynia się do skrócenia okresu trwania postępowania sądowego, a wręcz przeciwnie, prowadzi do jego wydłużenia. Ponadto zabiera się stronom możliwość, którą już raz otrzymały – decydowania o ostatecznym wyniku rozwiązania konfliktu. Sytuacja ta nie sprzyja również wzrostowi zaufania do mediacji, gdyż strony mają już przekonanie, że raz podpisały ugodę, ale nie przyniosło to żadnych pozytywnych rezultatów.

Także informacje zawarte w protokołach sporządzanych przez mediatorów są niewystarczające i nie potwierdzają ich profesjonalnego podejścia do pracy. Badania wskazują, że na 79 spraw, w których po wydaniu postanowienia o skierowaniu sprawy do postępowania mediacyjnego doszło w ramach mediacji do spotkania ze stronami, w 31 protokołach z przebiegu postępowania mediacyjnego znalazła się informacja dotycząca indywidualnych spotkań wstępnych, natomiast w 48 protokołach zapis taki nie pojawił się. Z kolei forma prowadzenia postępowania mediacyjnego (bezpośrednie, pośrednie spotkania) została określona tylko w 48 protokołach. Informacja dotycząca miejsca spotkań mediacyjnych została wskazana w 36 protokołach. W protokołach umieszczano także informacje dotyczące uczestnictwa w postępowaniu mediacyjnym, obok powoda i pozwanego, innych osób (pełnomocników stron, dzieci). Część protokołów zawierała dane dotyczące stanu emocjonalnego stron, które uczestniczyły w postę-

powaniu mediacyjnym (np. „pozwany trudno nawiązuje kontakt", „powódka łatwo nawiązuje kontakt empatyczny").

Informacje zawarte w protokołach, a raczej ich różnorodność bądź brak danych, które są istotne z punktu widzenia procedury mediacyjnej, to efekt nieuregulowania tej kwestii przez ustawodawcę (przynajmniej w takim zakresie jak w postępowaniu w sprawach nieletnich). Mediatorzy wpisują zatem to, co uważają za słuszne. Nie zawsze protokoły są uzupełniane prawidłowo. W niektórych pojawiły się opisy psychologiczne stron, a w protokole powinno się unikać języka, który odzwierciedla uczucia stron[46], a tym bardziej opisuje interakcje międzyludzkie oraz interakcje z otoczeniem.

Marginalnie można nadmienić, że część informacji zawartych w protokołach jednoznacznie potwierdza brak fachowości mediatorów. Można choćby wskazać na podawane przyczyny zakończenia postępowania mediacyjnego i niedojścia stron do porozumienia, np. „czynności mediacyjne zakończono z uwagi na powstały impas i brak postępów w negocjacjach". Mediator, aby je zrealizować, stosuje różne techniki mediacyjne (na przykład pytania stymulujące pracę nad rozwiązaniami, pytania angażujące do udziału czy pytania prowadzące – pokazujące implikacje).

Ponownie zatem brak profesjonalnego przygotowania decyduje o rezultatach mediacji, gdyż tylko najwyższy standard praktyki mediatora gwarantuje skuteczność procesu mediacji. W świetle powyższych rozważań rozwiązanie wprowadzone w Deklaracji Wrocławskiej – w zespole mediacyjnym powinien być prawnik oraz psycholog lub pedagog – zasługuje na aprobatę. Mechanizm ten odznacza się także innym pozytywnym aspektem – włączenie w konflikty rodzinne dwóch specjalistów zwiększa efektywność mediacji.

Warto również wskazać na jeszcze jedną istotną kwestię – koomediację. Praktyka mediacyjna w latach 2005–2012 we właściwości Sądu Okręgowego III Wydziału Cywilnego i Rodzinnego w Lublinie wskazuje, że koomediacja jest stosowanym standardem. Może jednak niepokoić sposób jego zastosowania. Zasadniczym celem tego rozwiązania jest zwiększenie zaufania stron uczestniczących w mediacji, co ma gwarantować reprezentacja obu płci przez mediatorów. W praktyce lubelskich mediatorów 6% spraw zostało przeprowadzonych przez koomediatorów mężczyznę i kobietę, 3% spraw przez dwie kobiety, a 1% przez dwóch mężczyzn. Wydaje się, że sytuacja, gdy mediację w sprawach okołorozwodowych prowadzą dwie kobiety czy też dwóch mężczyzn, raczej nie ułatwia rozmów z małżonkiem, który czuje, że nie tylko nie wzięto pod uwagę specyfiki

[46] E. Gmurzyńska, *Etapy*…, s. 143.

jego płci, ale może odnieść wrażenie umocnienia pozycji drugiej strony w czasie negocjacji. Zaburzenie proporcji pomiędzy stronami należy także uznać za brak fachowości.

Podsumowanie – postulaty *de lege ferenda*

Wyniki badań jednoznacznie potwierdzają, iż obecne uregulowania dotyczące osoby mediatora wymagają jeszcze uzupełnienia – w szczególności poprzez dookreślenie kwalifikacji mediatorów. Jedynie profesjonalizm mediatorów i wysoki poziom etyki zawodowej zagwarantuje skuteczność mediacji. Regulacja prawna dotycząca standardów szkolenia mediatorów rodzinnych zwiększyłaby powodzenie tej instytucji. Standardy Szkolenia Mediatorów opracowane przez Społeczną Radę ds. Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów przy Ministrze Sprawiedliwości zawierają minimum wiedzy i umiejętności niezbędnych przy wykonywaniu zawodu mediatora, ale nie mają rangi normy ustawowej, a zatem nie są przestrzegane przez wszystkie instytucje i organizacje zajmujące się szkoleniem mediatorów. Poza tym w przypadku stałych mediatorów rodzinnych wskazane jest doprecyzowanie zakresu wiedzy teoretycznej oraz praktycznej, którą powinien posiadać mediator, szerzej niż w art. 436 § 4 k.p.c., gdyż ukończenie preferowanego przez ustawodawcę do pełnienia roli mediatora kierunku studiów, nie jest jednoznaczne z posiadaniem umiejętności niezbędnych do wywiązania się z zadań mediatora. Istotne jest również, aby mediatorzy z jednej strony odznaczali się umiejętnościami z zakresu komunikacji interpersonalnej, a z drugiej posiadali podstawową wiedzę prawniczą potrzebną w procesie w mediacji. Prowadzenie mediacji przez koomediatorów, mężczyznę i kobietę – prawnika i psychologa (pedagoga lub socjologa) zwiększy efektywność mediacji.

Reasumując, liberalność w ukształtowaniu przepisów prawa w chwili obecnej w ogóle nie prowadzi zatem do swobodnego unormowania nieuregulowanych kwestii w drodze praktyki i norm pozaprawnych. Brak jednolitych procedur dotyczących między innymi uzyskiwania prawa do wykonywania zawodu mediatora rodzinnego sprzyja pomijaniu przez „nieprofesjonalnych mediatorów" standardów wypracowanych chociażby przez Polskie Centrum Mediacji. Wniosek jest zatem jeden – potrzeba zmian w postaci stosownych regulacji prawnych. Można przypuszczać, że gdy kwalifikacje mediatorów będą na wystarczającym poziomie, sędziowie nie będą się powstrzymywać przed kierowaniem spraw do mediacji, a strony zmienią nastawienie do alternatywnych metod rozwiązywania sporów i zrozumieją, że konflikt nie zawsze musi się kończyć w sądzie, a sposób jego rozwiązania zależy tylko i wyłącznie od jego uczestników.

Zuzanna Barbara Gądzik

Prawnokarna ocena tzw. porwań rodzicielskich

Wstęp

Przez tzw. porwanie rodzicielskie należy rozumieć przede wszystkim sytuację, gdy jedno z rodziców – działając bez zgody i wiedzy drugiego – zatrzymuje dziecko bądź wywozi je, zmieniając przez to miejsce jego dotychczasowego, ustalonego pobytu. Istotnym elementem omawianego zjawiska jest zamiar sprawcy nakierowany na stałą zmianę warunków wykonywanej dotychczas pieczy. W konsekwencji prowadzi to do bezprawnego pozbawienia drugiego rodzica kontaktu z dzieckiem w przysługującym mu, zgodnie z obowiązującym prawem, zakresie[1].

Opisane zachowanie stanowi zjawisko coraz bardziej powszechne. Jego szczególnym przejawem są obecnie przede wszystkim uprowadzenia dzieci za granicę. W związku ze swobodą przepływu osób, otwartymi zagranicznymi rynkami pracy, a także łatwością podróżowania i osiedlania się każdego roku odnotowuje się rosnącą liczbę przypadków, w których dziecko jest wywożone do innego kraju bez zgody, a często także bez wiedzy drugiego rodzica[2]. W powyższym kontekście problematyka tzw. porwań rodzicielskich wydaje się szczególnie istotna i zasługująca na zainteresowanie, również z uwagi na brak wystarczających instrumentów, które byłyby w stanie je zwalczać i skutecznie im zapobiegać. Funkcjonujące w polskim porządku przepisy często nie spełniają w sposób wystarczający

[1] Zob. Z. Kołakowska, P. Gluza, *Kiedy rodzic porwał dziecko. Podstawowe informacje prawne*, Warszawa 2012, s. 5; tekst dostępny na stronie: <http://www.brpd.gov.pl/publikacjeskany/kiedy_rodzic_porwal_dziecko.pdf> [dostęp: 30.06.2015].

[2] Przykładowo w 2012 roku do Ministerstwa Sprawiedliwości wpłynęły 153 wnioski o podjęcie działania w związku z uprowadzeniem dziecka za granicę. Por. K. Nowosielska, *Porwanie własnego dziecka bezkarne*, tekst dostępny na stronie: <http://prawo.rp.pl/artykul/757946,995206-Porwania-dzieci--porwania-rodzicielskie-bezkarne.html?p=1> [dostęp: 30.06.2015].

swojej roli, a luki w prawie wiążą się niejednokrotnie z nadużyciami w powyższym zakresie.

Szczególną kwestią wymagającą uregulowania i doprecyzowania jest dopuszczalność odpowiedzialności karnej rodzica posiadającego pełnię władzy rodzicielskiej, który wbrew woli drugiego z rodziców dopuszcza się uprowadzenia bądź zatrzymania ich dziecka. Zagadnienie to wzbudza kontrowersje z uwagi na rozbieżności w poglądach doktryny, a także w związku z funkcją prawa karnego, zgodnie z którą powinno ono zaspokoić społeczne poczucie sprawiedliwości oraz doprowadzić do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, podczas gdy brak stosownych uregulowań we wskazanej materii wiąże się w wielu przypadkach z bezkarnością działania, które należałoby uznać za bezprawne.

Odpowiedzialność karna za uprowadzenie małoletniego

Odpowiedzialność karną na gruncie przepisu art. 211 Kodeksu karnego[3], kryminalizującego zachowania mieszczące się w ramach zjawiska tzw. porwań rodzicielskich, poniesie sprawca, który wbrew woli osoby uprawnionej, uprowadza bądź zatrzymuje małoletniego, który nie ukończył 15. roku życia, bądź dopuszcza się analogicznego czynu wobec osoby nieporadnej, która nie jest w stanie samodzielnie dawać sobie radę w życiu (np. osoby o niskim stopniu rozwoju umysłowego). Warunkiem koniecznym dla wypełnienia znamion wskazanego czynu zabronionego jest pozostawanie podmiotów bezprawnie uprowadzanych bądź zatrzymywanych pod opieką lub nadzorem osób do tego powołanych[4].

Czynność sprawcza polegająca na uprowadzeniu sprowadza się do działania opierającego się na spowodowaniu zmiany miejsca pobytu osoby uprowadzonej, w wyniku czego uprawnieni opiekunowie bądź osoby sprawujące nadzór tracą, wbrew swojej woli, możliwość rzeczywistego wykonywania swoich funkcji[5]. Może ono również przybrać postać porwania – podejmowanego wobec osób, które nie znajdują się pod jakąkolwiek opieką lub nadzorem, wbrew ich woli, często w sposób gwałtowny,

[3] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.), dalej: k.k.

[4] Zob. A. Wąsek [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom 1: Komentarz do art. 117–221*, pod red. A. Wąska, R. Zawłockiego, Warszawa 2010, s. 1068.

[5] Zob. m.in. I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 551; M. Szewczyk [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom 2: Komentarz do art. 117–277 k.k.*, pod red. A. Zolla, Kraków 2006, s. 637; Z. Siwik [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Filara, Warszawa 2010, s. 1007.

z użyciem siły[6]. Za zatrzymanie uznaje się natomiast pozostawienie osoby małoletniej bądź nieporadnej pod władzą sprawcy, przy jednoczesnym uniemożliwianiu jej swobodnego poruszania się poza miejsce aktualnego przebywania, pomimo żądania jej zwolnienia przez podmiot uprawniony do opieki lub nadzoru[7]. Zachowanie takie wypełnia znamiona przestępstwa stypizowanego w przepisie art. 211 k.k., nawet jeżeli osoba zatrzymana znalazła się początkowo legalnie pod władzą sprawcy, który następnie odmówił jej wydania[8]. Jednocześnie należy podkreślić, że w określonych okolicznościach możliwe jest wystąpienie obu alternatywnie wskazanych czynności sprawczych z art. 211 k.k., gdy zatrzymanie poprzedzone zostaje uprowadzeniem małoletniego bądź osoby nieporadnej[9].

Istotą uprowadzenia bądź bezprawnego zatrzymania osoby znajdującej się pod opieką lub nadzorem jest działanie wbrew woli podmiotu do tego uprawnionego. Słusznie podnosi się, że głównym dobrem chronionym jest w tym przypadku instytucja opieki i nadzoru – z uwagi na dobro małoletniego lub osoby nieporadnej, sprowadzająca się między innymi do prawa o decydowaniu o miejscu jej pobytu[10]. Przez instytucję opieki rozumie się zatem, będącą surogatem władzy rodzicielskiej, opiekę prawną, czyli roztoczenie pieczy nad osobą małoletnią bądź nieporadną, zgodnie z zobowiązującym tytułem prawnym[11]. Nadzór (opieka faktyczna) stanowi natomiast rzeczywiste zajmowanie się sprawami osób, które same nie są w stanie tego zrobić i udzielenie im stosownej pomocy, pomimo że obowiązek ten nie

[6] Zob. *System prawa karnego. Tom 4: O przestępstwach w szczególności*, pod red. I. Andrejewa, Warszawa 1985, s. 330. Odmiennie R.A. Stefański, *Przestępstwo uprowadzenia małoletniego* (*art. 211 k.k.*), Prok. i Pr. 1999, nr 9, s. 63 i n. Por. H. Kołakowska-Przełomiec, *Przestępstwa uprowadzenia lub zatrzymania małoletniego lub osoby nieporadnej* (*art. 188 k.k.*), „Archiwum Kryminologiczne" 1984, nr 11, s. 230 i n.

[7] Zob. A. Wąsek, *op. cit.*, s. 1066.

[8] Zob. R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 65; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 256; Z. Siwik, *op. cit.*, s. 1007. Por. H. Kołakowska-Przełomiec, *op. cit.*, s. 235 i n.

[9] Zob. A. Wąsek, *op. cit.*, s. 1066. Odmiennie S. Hypś [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. A. Grześkowiak, K. Wiaka, Warszawa 2012, s. 972. Jednocześnie prawdopodobna jest także sytuacja, gdy uprowadzenie nie wiąże się z następującym po nim zatrzymaniem – gdy sprawca porzuca uprowadzonego bądź przekazuje go innemu podmiotowi. Zob. Z. Krauze, *Rodzice jako przedmiot przestępstwa z art. 199 k.k.*, „Nowe Prawo" 1963, nr 4–5, s. 544; R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 66.

[10] Por. M. Szewczyk, *op. cit.*, s. 636; Z. Krauze, *op. cit.*, s. 543; M. Szwarczyk [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. T. Bojarskiego, Warszawa 2008, s. 412; J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 415; A. Ratajczak, *Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego* (*zagadnienia wybrane*), Warszawa 1980, s. 223. W doktrynie podnoszony jest również przeciwny pogląd, zgodnie z którym głównym dobrem chronionym jest przede wszystkim samo dobro małoletniego lub osoby nieporadnej. Zob. np. V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona dziecka w polskim prawie karnym*, Toruń 1999, s. 132; L. Gardocki, *op. cit.*, s. 270.

[11] Zob. J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, s. 400.

musi wynikać z ustawy, lecz może mieć również swoje źródło w umowie bądź orzeczeniu sądu[12].

Omawiany przepis art. 211 k.k. ma na celu uchronienie dziecka przed samowolnym postępowaniem skłóconych rodziców bądź innych osób roszczących sobie prawo do opieki lub nadzoru, które usiłują zakłócić wykonywanie tego prawa, często w sposób drastyczny i gwałtowny. Zachowanie tego typu może mieć negatywny wpływ na kierunek wychowania dziecka, a także niekorzystnie wpływać na jego psychikę, z uwagi na zakłócenia w rozwoju osobowym dziecka, brak poczucia bezpieczeństwa, a także zaburzenia poczucia tożsamości i trudności w zaadaptowaniu się w nowym środowisku, w przypadkach uprowadzeń za granicę[13]. Co więcej, na wyłączenie bezprawności czynu nie ma również wpływu okoliczność, że uprowadzenie dziecka nastąpiło za jego zgodą[14].

Rodzic jako sprawca czynu z art. 211 k.k.

Czyn zabroniony stypizowany w przepisie art. 211 k.k. stanowi przestępstwo powszechne – każdy, niezależnie od szczególnych właściwości wskazanych w znamionach ustawowych, może się go dopuścić[15]. Jednocześnie w przypadku podmiotu omawianego przestępstwa największe kontrowersje budzi problem uznania rodzica posiadającego pełnię władzy rodzicielskiej za jego sprawcę. Zgodnie z przeprowadzonymi badaniami najczęstszymi sprawcami opisywanego czynu są właśnie rodzice uprowadzonego dziecka. Z reguły dotyczy to małżeństw rozwiedzionych i skłóconych lub takich, w przypadku których nastąpiło powierzenie władzy

[12] Por. J. Matysiak, *Przestępstwa przeciwko rodzinie i młodzieży oraz obyczajności*, Warszawa 1970, s. 16; J. Ignatowicz, M. Nazar, *op. cit.*, s. 400.

[13] Zob. A. Ratajczak, *op. cit.*, s. 223; Z. Krauze, *op. cit.*, s. 545; V. Konarska-Wrzosek [w:] *System prawa karnego. Tom 10: Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, pod red. J. Warylewskiego, Warszawa 2012, s. 991. Por. J. Ignaczewski [w:] *Władza rodzicielska i kontakty z dzieckiem. Komentarz*, pod red. J. Ignaczewskiego, Warszawa 2010, s. 157 i n.; J. Wierciński, *Poważne ryzyko szkody fizycznej lub psychicznej i sytuacja nie do zniesienia. Cywilnoprawne aspekty uprowadzenia dziecka za granicę*, „Studia Prawa Prywatnego" 2010, nr 3, s. 53 i n.

[14] Przepis art. 211 k.k. chroni dobro małoletniego lub osoby nieporadnej, lecz nie mogą oni decydować samodzielnie o sobie i miejscu swojego pobytu, wbrew woli podmiotów do tego uprawnionych. Zob. M. Szewczyk, *op. cit.*, s. 637; R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 60; O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, Warszawa-Wrocław 1971, s. 221. Odmiennie L. Gardocki, *op. cit.*, s. 255.

[15] Odmiennie J. Bafia, który twierdził, że w przypadku uprowadzenia bądź zatrzymania małoletniego lub osoby nieporadnej sprawcą może być jedynie osoba, która ma w tym określony interes. Zob. J. Bafia, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 345.

rodzicielskiej jednemu z rodziców i ograniczeniu jej w stosunku do drugiego z nich[16].

Jasna jest sytuacja rodzica, który został ze względu na dobro dziecka pozbawiony[17] tej władzy lub rodzica, w przypadku którego została ona zawieszona[18] lub ograniczona[19] – odpowiadać będzie on jak każda inna osoba, która dopuściłaby się omawianego czynu, niezależnie od przyczyny pozbawienia pełni praw rodzicielskich[20]. Problematyczna okazuje się jednak kwestia pociągnięcia do odpowiedzialności karnej rodzica, który dopuścił się uprowadzenia bądź zatrzymania dziecka wbrew woli lub bez wiedzy drugiego z rodziców, pozbawiając go tym samym możliwości utrzymywania kontaktu z dzieckiem w przysługującym mu zgodnie z prawem zakresie, gdy obojgu rodzicom przysługuje pełnia władzy rodzicielskiej[21].

Zgodnie z art. 93 § 1 k.r.o. władza rodzicielska przysługuje obojgu rodzicom – niezależnie od tego, czy rodzice są związani węzłem małżeńskim[22]. Obejmuje ona przede wszystkim obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do jego wychowania, z poszanowaniem przysługujących mu praw i godności (art. 95 § 1 k.r.o.). Każde z rodziców, w ramach zasady autonomii, jest uprawnione i zobowiązane do samodzielnego oraz równorzędnego wykonywania władzy rodzicielskiej. Są oni zobligowani do zgodnego jej wykonywania i wzajemnego informowania się o zamierzonych oraz przedsięwziętych działaniach prawnych i faktycznych podejmowanych w interesie i dla dobra

[16] Zob. H. Kołakowska-Przełomiec, *op. cit.*, s. 227 i n. Por. J. Kaczmarek, *Przestępstwo wzięcia i przetrzymywania zakładnika. Aspekty prawne i kryminologiczne*, Warszawa 2013, s. 168 i n.

[17] Pozbawienie rodziców władzy rodzicielskiej ma miejsce, jeżeli nie może być ona przez nich wykonywana z powodu trwałej przeszkody lub jest przez nich nadużywana albo zaniedbują oni w sposób rażący swe obowiązki względem dziecka. Władzy rodzicielskiej można pozbawić zarówno oboje, jak i jednego z rodziców – art. 111 § 1 ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 583), dalej: k.r.o.

[18] Zawieszenie władzy rodzicielskiej ma miejsce w przypadku wystąpienia przemijającej przeszkody w jej wykonywaniu (art. 110 k.r.o.).

[19] Zgodnie z art. 107 § 2 k.r.o. w braku porozumienia, o którym mowa w art. 107 § 1 k.r.o., sąd, uwzględniając prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców, rozstrzyga o sposobie wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem. Sąd może powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, ograniczając władzę rodzicielską drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka, jeżeli dobro dziecka za tym przemawia.

[20] Zob. Z. Krauze, *op. cit.*, s. 546.

[21] Por. definicję porwania rodzicielskiego przyjętą przez Fundację ITAKA – A. Walczak, *Porwania rodzicielskie – zarys zjawiska*, „Biuletyn Stowarzyszenia na Rzecz Przeciwdziałania Przemocy w Rodzinie «Niebieska Linia»" 2012, nr 6, s. 10.

[22] Zob. T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2009, s. 215.

dziecka. Ustawa wprowadza jednocześnie wyjątki, ograniczające zakres autonomii rodzicielskiej, które sprowadzają się między innymi do obowiązku wspólnego decydowania o istotnych sprawach dziecka (art. 97 § 2 k.r.o.)[23]. Do spraw takiej kategorii zaliczyć należy również kwestie związane z miejscem pobytu dziecka, niezależnie od miejsca jego zamieszkania[24].

Analizując powyższe przepisy, można uznać więc, że w przypadku, gdy jedno z rodziców (posiadających pełnię władzy rodzicielskiej), działając wbrew woli drugiego lub decyzji sądu (a więc podmiotów uprawnionych do decydowania w zakresie opieki), zmienia miejsce pobytu dziecka, możliwe jest wypełnienie przez niego znamion czynu zabronionego stypizowanego w art. 211 k.k.[25] Nie może więc zostać uznany za słuszny pogląd, zgodnie z którym rodzice posiadający pełnię władzy rodzicielskiej nie mogą stanowić podmiotu omawianego czynu zabronionego, z racji uznania ich za osoby sprawujące opiekę nad dzieckiem[26]. Żadne z nich nie powinno bowiem zostać uprzywilejowane w zakresie decydowania o istotnych sprawach dziecka, a postępowanie jednego z nich, niezgodne z podjętą wspólnie decyzją dotyczącą miejsca jego pobytu, należy uznać za sprzeczne z wolą podmiotu uprawnionego do opieki[27].

Zgodnie z art. 107 § 2 zdanie drugie k.r.o. sąd może powierzyć wykonywanie władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców, ograniczając władzę rodzicielską drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka, jeżeli dobro dziecka za tym przemawia. W doktrynie podnosi się, że samowolne uprowadzenie dziecka przez jednego z małżonków spod opieki drugiego rodzica, przy którym sąd w postępowaniu o rozwód albo separację ustalił miejsce pobytu małoletniego, może wiązać się z odpowiedzialnością karną za omawiany czyn zabroniony, nawet jeżeli sprawca nie został formalnie pozbawiony władzy rodzicielskiej, a je-

[23] Zob. J. Ignaczewski [w:] *Władza…*, s. 53 i n.

[24] Zob. postanowienie SN z dnia 14 października 1970 r., sygn. akt III CRN 181/70, OSNC 1971, nr 6, poz. 107. Por. postanowienie SN z dnia 6 marca 1985 r., sygn. akt III CRN 19/85, cyt. za: J. Ignaczewski, *Pochodzenie dziecka i władza rodzicielska po nowelizacji. Art. 61^9 – 113^6 k.r.o. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 165; uchwała SN z dnia 10 listopada 1971 r., sygn. akt III CZP 69/71, OSNC 1972, nr 3, poz. 49.

[25] Z. Krauze twierdzi, że jedynie w przypadku uprowadzenia dopuszczalna jest karalność działania rodzica posiadającego pełnię władzy rodzicielskiej. W przypadku zatrzymania dziecka nie jest to dopuszczalne z uwagi na równe prawa przysługujące obojgu rodzicom. Zob. Z. Krauze, *op. cit.*, s. 549. Por. O. Sitarz, *Ochrona praw dziecka w polskim prawie karnym na tle postanowień Konwencji o prawach dziecka*, Katowice 2004, s. 190.

[26] Zob. np. R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 67; S. Hypś, *op. cit.*, s. 973; postanowienie SN z dnia 18 grudnia 1992 r., sygn. akt I KZP 40/92, „Wokanda" 1993, nr 2, poz. 8; postanowienie SN z dnia 9 grudnia 2003 r., sygn. akt III KK 116/03, Legalis.

[27] Por. Z. Kołakowska, P. Gluza, *op. cit.*, s. 13.

dynie został ograniczony w jej wykonywaniu[28]. Sąd pozostawia władzę rodzicielską obojgu rodzicom, jeżeli przedstawili zgodne z dobrem dziecka pisemne porozumienie o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem (art. 107 § 1 k.r.o.). Na tej podstawie dopuszczalne jest funkcjonowanie pieczy naprzemiennej i przyjęcie dwóch miejsc pobytu dziecka. Nie wyłącza to jednak obowiązku współdziałania rodziców przy decydowaniu o istotnych sprawach małoletniego. Niedopuszczalne i niezgodne z dobrem dziecka byłoby bowiem przyjęcie wyłącznej władzy rodzicielskiej w czasie powierzonej danemu rodzicowi pieczy i podejmowaniu samodzielnych decyzji sprzecznych z wcześniejszymi czy późniejszymi decyzjami drugiego z nich[29]. Przyjęcie takiego rozwiązania, które stanowi naruszenie idei równoprawnego sprawowania władzy rodzicielskiej mogłoby prowadzić również do licznych nadużyć związanych z wyłączaniem odpowiedzialności karnej za uprowadzenie bądź zatrzymanie dziecka.

Co więcej, niedopuszczalność samowolnego decydowania przez rodzica, który posiada pełnię władzy rodzicielskiej o miejscu pobytu dziecka, bez uzgodnienia tego z drugim rodzicem, może wynikać również z treści art. 97 § 2 k.r.o. *in fine*. Ustawodawca wskazuje, że w sytuacji braku porozumienia między rodzicami co do istotnych spraw dotyczących dziecka, decyzję w tej sprawie podejmuje sąd opiekuńczy[30]. Wyłącza to przyjęcie, że posiadanie pełnej władzy rodzicielskiej jest kryterium warunkującym

[28] Zob. A. Ratajczak, *op. cit.*, s. 226; Z. Krauze, *op. cit.*, s. 546 i n. Por. J. Ignatowicz, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2001, s. 340 i n.; uchwała SN z dnia 21 lipca 1960 r., sygn. akt VI KO 14/60, OSPiKA 1960, nr 12, poz. 341; wyrok SN z dnia 5 lutego 1987 r., sygn. akt V KRN 469/87, OSNPG 1988, nr 3, poz. 26. Należy zaznaczyć, że ograniczenie władzy rodzicielskiej może wynikać nie tylko z postanowienia sądu, bezpośrednio ją ograniczającego, ale także z innych jego rozstrzygnięć, które nie dotyczą kwestii związanych z władzą rodzicielską, lecz rzutują na jej zakres, z racji ograniczenia możliwości osobistego wykonywania władzy i nadzoru nad małoletnim (np. zastosowanie wobec nieletniego niektórych środków wychowawczych). Zob. V. Konarska-Wrzosek [w:] *Przestępstwa*…, s. 995.

[29] Zob. J. Ignaczewski [w:] *Władza*…, s. 61 i n. Jednocześnie podkreśla się, że okresowe zmiany osoby wykonującej władzę rodzicielską mogą prowadzić do wyłączenia jednolitości kierunku wychowania, negatywnego oddziaływania na świadomość dziecka, a także nienależytego zaspokajania jego potrzeb. Zob. orzeczenie SN z dnia 22 kwietnia 1952 r., sygn. akt C 414/52, OSN 1952, z. 2, poz. 47.

[30] W kontekście tym na uwagę zasługują również przepisy normujące sprawy o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej albo pozostającej pod opieką – art. 598^{1} i n. ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.), dalej: k.p.c., oraz dotyczące wykonywania kontaktów z dzieckiem (art. 598^{15} i n. k.p.c.). Zawarte w nich normy mają na celu odpowiednio regulować kwestie związane ze sprawowaniem pieczy i ograniczające możliwości nadużyć w omawianej materii.

zupełną swobodę działania i decydowania o sprawach dziecka. W analogiczny sposób należałoby zatem interpretować również normę zawartą w przepisie art. 211 k.k. i przyjąć, że pełna władza rodzicielska nie stanowi przesłanki wyłączającej bezprawność uprowadzenia bądź zatrzymania małoletniego lub osoby nieporadnej.

Nie można również uznać za trafny argument, zgodnie z którym w przypadku uprowadzenia bądź zatrzymania małoletniego przez rodzica posiadającemu pełnię władzy rodzicielskiej, wypełnione zostają jedynie znamiona innych przestępstw, np. narażenia na niebezpieczeństwo (art. 160 k.k.), bezprawnego pozbawienia wolności (art. 189 k.k.) lub naruszenia nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.)[31]. Wskazane przepisy mogą pozostawać w realnym zbiegu z przepisem art. 211 k.k. Zaistnienie przesłanek do realizacji powyższych czynów nie powinno bowiem wyłączać odpowiedzialności za uprowadzenie bądź zatrzymanie małoletniego lub osoby nieporadnej, gdyż w większości przypadków będą one odnosiły się do innych dóbr chronionych niż instytucja opieki i nadzoru[32].

Omawiane przestępstwo może zostać popełnione jedynie z winy umyślnej – z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym. Sprawca musi mieć świadomość przestępności podejmowanego działania i przynajmniej godzić się na nie. Nie mają natomiast znaczenia pobudki, jakimi kierowała się osoba uprowadzająca lub zatrzymująca[33]. Przez czas istnienia opieki lub nadzoru, ich funkcjonowanie podlega ochronie prawnokarnej i nawet w przypadku altruistycznych motywów działania sprawcy, kierującego się dobrem dziecka, zakres tej ochrony nie ulegnie zmianie. Wyłączenie bezprawności uprowadzenia lub zatrzymania może być rozważane natomiast na gruncie kontratypu stanu wyższej konieczności (np. w przypadku wykorzystywania seksualnego małoletniego bądź znęcania się nad nim), z uwagi na znikomą społeczną szkodliwość czynu bądź też ze względu na brak cechy społecznej szkodliwości[34].

---

[31] Por. A. Dobrzyński, *Przestępstwa przeciwko rodzinie*, Warszawa 1974, s. 71; J. Kaczmarek, M. Kierszka, *Porwania dla okupu*, Warszawa 2008, s. 128.

[32] Por. postanowienie SN z dnia 18 grudnia 1992 r., sygn. akt I KZP 40/92, cyt. za: R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 60.

[33] Zob. M. Szewczyk, *op. cit.*, s. 638.

[34] Zob. A. Wąsek, *op. cit.*, s. 1063; S. Hypś, *op. cit.*, s. 974; V. Konarska-Wrzosek [w:] *Przestępstwa…*, s. 996; E. Plebanek, *Materialne określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 227 i n. Por. Z. Kołakowska, P. Gluza, *op. cit.*, s. 12; A. Walczak, *op. cit.*, s. 11 i n. W toku prac legislacyjnych nad projektem Kodeksu karnego z 1997 roku przedstawiono propozycję wprowadzenia przepisu wyłączającego w powyższej sytuacji bezprawność czynu, szczególnie w przypadku zagrożenia zdrowia psychicznego dziecka lub uchronienia go przed demoralizacją. Propozycja ta została jednak odrzucona z uwagi na obawy przed nadużyciami i manipulacjami ze strony osób uprowadzających małoletniego lub osobę nieporadną. Zob. J. Wierchowicz, *Sprawozdanie stenogra-*

Podsumowanie

Z racji na to, iż prawo karne jest prawem subsydiarnym, jego przepisy powinny znaleźć zastosowanie w sytuacji ostatecznej – w przypadku, gdy danego dobra prawnego nie można inaczej ochronić, a szkodliwe zachowania ludzkie godzące w te dobra nie mogą zostać w inny sposób wyeliminowane[35]. Warto zatem zaznaczyć, że instytucja opieki i nadzoru, a także dobro małoletniego, z całą pewnością należą do istotnych wartości, które powinny zostać objęte skuteczną i kompleksową ochroną – zarówno na gruncie prawa prywatnego, jak i przepisów prawnokarnych[36].

Ustawodawca w celu ochrony powyższych dóbr wprowadził szereg norm prawnych związanych między innymi z ustaleniem miejsca pobytu dziecka, wykonywaniem i egzekucją kontaktów z dzieckiem, ograniczeniem, pozbawieniem i zawieszeniem władzy rodzicielskiej czy też nakazem wydania dziecka[37]. Ponadto, na gruncie prawa międzynarodowego, w ramach Konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę[38], uregulowane zostały zasady postępowania w celu zagwarantowania niezwłocznego powrotu dziecka do państwa jego stałego pobytu oraz zapewnienia poszanowania praw do opieki i odwiedzin określonych przez ustawodawstwo jednego z umawiających się państw w innych państwach (art. 1 Konwencji haskiej)[39]. Powyższe normy, ustalając przede wszystkim stosowną procedurę postępowania, mają na celu zapewnienie jak najpełniejszej ochrony instytucji opieki, a tym samym także zagwarantowanie bezpieczeństwa małoletniemu, którego opieka ta dotyczy.

Zakres przyjętych uregulowań, w szczególności w ramach prawa prywatnego, podkreśla istotność chronionych przez nie dóbr i uzasadnia potrzebę ich zabezpieczania na szeroką skalę. Wydaje się, że wyłączenie cechy bezprawności w stosunku do uprowadzenia bądź zatrzymania dziecka przez rodzica posiadającego pełnię władzy rodzicielskiej, stanowi pewnego rodzaju lukę w kompleksowej ochronie instytucji opieki i nadzoru, a także dobra małoletniego – w szczególności z uwagi na coraz większą skalę opisanego zjawiska.

---

ficzne z 108 posiedzenia Sejmu z 5 i 6 czerwca 1997 r., cyt. za: A. Wąsek, *op. cit.*, s. 1059.

[35] Zob. *Prawo karne*, pod red. A. Grześkowiak, Warszawa 2007, s. 7.

[36] Por. V. Konarska-Wrzosek, *Ochrona…*, s. 137. Odmiennie J. Kubiak, *Przestępczość przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży w latach 1948–1997*, „Problemy Wymiaru Sprawiedliwości" 1979, nr 17, s. 132.

[37] Por. Z. Kołakowska, P. Gluza, *op. cit.*, s. 20 i n.

[38] Konwencja dotycząca cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę, sporządzona w Hadze 25 października 1980 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 108, poz. 528 z późn. zm.), dalej: Konwencja haska.

[39] Por. L. Kuziak [w:] *Władza…*, s. 306 i n.

Państwo w związku z obowiązkiem ochrony dóbr prawnych powinno nie tylko wprowadzać karalność przestępstw, ale również im zapobiegać. Z racji, że zabezpieczenie w ramach instytucji prawa prywatnego wydaje się nie być wystarczające i w pełni skuteczne, a momentami wręcz wybiórcze, wyegzekwowanie właściwej ochrony może być niejednokrotnie utrudnione. Dlatego słusznym rozwiązaniem byłoby odpowiednie znowelizowanie przepisu art. 211 k.k. w sposób niewykluczający z objęcia jego dyspozycją również rodziców posiadających pełnię władzy rodzicielskiej. Ze względu na funkcję prewencyjną prawa karnego rozwiązanie takie niewątpliwie pozwalałoby na powstrzymanie potencjalnych sprawców przed dopuszczeniem się przestawionego powyżej czynu. Warto zaznaczyć jednocześnie, że już między innymi w Szwecji i Hiszpanii przyjęto karę pozbawienia wolności za uprowadzenie dziecka przez rodzica wbrew woli drugiego z nich[40]. Przyjęcie analogicznego rozwiązania w polskim prawie karnym byłoby także krokiem uzasadnionym, likwidującym istniejące w obowiązujących przepisach luki i problemy interpretacyjne.

[40] Zob. M. Domagalski, *Czy karać więzieniem za porwania rodzicielskie?*, tekst dostępny na stronie: <http://prawo.rp.pl/artykul/757946,993407-Porwanie-rodzicielskie--czy--karac-wiezieniem-za-uprowadzenie-swojego-dziecka.html> [dostęp: 30.06.2015].

Krzysztof Danielak

Zasadność stosowania przepisów dotyczących bezpodstawnego wzbogacenia w stosunku do zwrotu tzw. opłaty likwidacyjnej

Wprowadzenie

Niniejsze opracowanie zostało poświęcone problematyce stosowania przez sądy przepisów dotyczących bezpodstawnego wzbogacenia w toku orzekania o zwrocie tzw. opłaty likwidacyjnej. Problematyka ta została podjęta ze względu na powszechność problemu likwidacji stosunków ubezpieczenia z ubezpieczeniowymi funduszami kapitałowymi. To właśnie podczas tego procesu ubezpieczyciel pobiera opłatę likwidacyjną wynoszącą wielokrotność równowartości środków zgromadzonych na rachunku bądź ich znaczący procent. Znamionowym przykładem takiego postępowania jest Aegon Towarzystwo Ubezpieczeń na Życie Spółka Akcyjna, która w Ogólnych Warunkach Ubezpieczenia wraz z Tabelą Opłat i Limitów zawarła zapis ustalający opłatę likwidacyjną przy całkowitym wykupie polisy w wysokości 99% w pierwszym roku polisowym[1]. Liczba osób, które czują się poszkodowane takim postępowaniem firm ubezpieczeniowych jest znacząca. Szacuje się, że ubezpieczyciele do tej pory zyskali na polisolokatach (to nazwa powszechnie stosowana na określenie ubezpieczenia z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym) 42,5 mld zł.[2] W związku z tym, że liczba pozwów kierowanych przez ubezpieczonych, ubezpieczających

[1] Tabela Opłat i Limitów dołączona do Ogólnych Warunków Ubezpieczenia dla Produktów serii Multi Programy Inwestycyjny, Aegon Towarzystwo na Życie S.A. Należy podkreślić, że opłata związana z wykupem całkowitym polisy przybiera w zależności od ubezpieczyciela inną nazwę. Dla przykładu: Generali Życie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. dla produktu Omniprofit posługiwało się opłatą za wykup polisy, obecnie zaś pobiera opłatę dystrybucyjną.

[2] Zob. <http://www.rzu.gov.pl/aktualnosci-z-rynku/ubezpieczenia-na-zycie/Ubezpieczyciele_moga_byc_pozwani_za_polisolokaty_21160> [dostęp: 30.06.2015].

bądź uposażonych rośnie z dnia na dzień, wśród orzekających sądów zachodzi wątpliwość co do tego, które przepisy winny być stosowane w toku orzekania w danych sprawach – przepisy dotyczące umowy ubezpieczenia czy bezpodstawnego wzbogacenia. Sądy orzekające w sprawach ubezpieczeń z ubezpieczeniowych funduszy kapitałowych (UFK) w większości uznają zgodnie, że zatrzymanie opłaty likwidacyjnej przez ubezpieczyciela w nadmiernej wysokości wyczerpuje dyspozycje przepisu art. 385[1] Kodeksu cywilnego[3]. Skutkiem powyższego postanowienia umowy ubezpieczenia, ogólnych warunków ubezpieczenia oraz tabel opłat limitów stanowiących załączniki do umów przestają wiązać konsumenta. Konsekwencją tego jest stanowisko, zgodnie z którym pobranie opłaty stanowi bezpodstawne wzbogacenie, zaś w sprawach o zwrot pobranych opłat należy stosować regulacje art. 405–414 k.c. Jednakże, aby możliwe było potwierdzenie zasadności stosowania przez sądy wskazanych przepisów, niezbędna będzie analiza zarówno regulacji dotyczących umowy ubezpieczenia, jak i bezpodstawnego wzbogacenia.

Opracowanie zostało podzielone na trzy rozdziały poprzedzone wstępem i zakończone podsumowaniem. W pierwszym rozdziale poruszona została tematyka umowy ubezpieczenia ze szczególną charakterystyką ubezpieczenia z UFK. Rozdział drugi poświęcony został instytucji bezpodstawnego wzbogacenia, zaś trzeci – problematyce i zasadności stosowania tychże przepisów przez sądy procedujące w sprawach o zwrot pobranych opłat likwidacyjnych wytaczanych przez ubezpieczonych.

Umowa ubezpieczenia oraz charakterystyka ubezpieczenia z ubezpieczeniowymi funduszami kapitałowymi (UFK)

Umowa ubezpieczenia – informacje ogólne

W polskim systemie prawnym uregulowania dotyczące umów ubezpieczenia znajdują się w art. 805–839 k.c. Ponadto do ustaw regulujących wspomnianą problematykę zaliczyć należy: ustawę o działalności ubezpieczeniowej[4], ustawę o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyj-

[3] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.), dalej: k.c.

[4] Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 950 z późn. zm.).

nych[5], ustawę o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym oraz Rzeczniku Ubezpieczonych[6], a także ustawę o pośrednictwie ubezpieczeniowym[7].

Celem przedstawienia ogólnych przepisów dotyczących umów ubezpieczenia jest wprowadzenie do pracy pojęcia umowy ubezpieczenia, a ponadto wykazanie elementów odróżniających klasyczne ubezpieczenie osobowe od ubezpieczenia z UFK. Dodatkowo zostaną przedstawione i opisane te elementy, które z punktu widzenia opracowania mają istotne znaczenie dla zrozumienia tematu.

Umowa ubezpieczenia została zdefiniowana w art. 805 k.c. Na wstępie należy zaznaczyć, że ustawodawca nie wskazuje na wymóg zawarcia umowy ubezpieczenia w ściśle określonej formie[8]. Niemniej jednak zgodnie z przytoczonym przepisem za rzeczoną umowę rozumie się umowę, na podstawie której profesjonalny podmiot zobowiązuje się do spełnienia oznaczonego świadczenia w razie zajścia przewidzianego w umowie zdarzenia, a ubezpieczający zobowiązuje się do zapłacenia składki. Zgodnie z art. 805 k.c. powstanie stosunku ubezpieczenia powoduje nałożenie praw i obowiązków na strony umowy. W literaturze przedmiotu powyższe określane jest jako koncepcja wzajemnego charakteru umowy ubezpieczenia[9]. Warto wskazać, że pomimo iż pomiędzy stronami wytwarza się silna więź i wzajemność, nie ma jednak wymogu, aby świadczenia stron były równowartościowe, tj.: „Ekwiwalentność świadczeń nie musi być obiektywna, może być jedynie subiektywna"[10]. Jednakże z treści powołanego przepisu ściśle wynika, jakie świadczenia strony mają wzajemnie spełnić. Ubezpieczyciel zobowiązany jest do spełnienia określonego świadczenia. Należy jednak pamiętać, że świadczenie zostanie wypłacone jedynie w razie ziszczenia się przewidzianego w umowie zdarzenia. Ubezpieczający jest zaś zobowiązany do zapłaty składki. Wypada zaznaczyć, że składka nie może być uznawana jedynie za ekwiwalent ewentualnych świadczeń pieniężnych ubezpieczyciela. Należy ją rozumieć jako wynagrodzenie dla ubezpieczyciela z tytułu ryzyka, jakie ponosi w trakcie trwania umowy. Ugrun-

---

[5] Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 392 z późn. zm.).

[6] Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o nadzorze ubezpieczeniowym i emerytalnym oraz Rzeczniku Ubezpieczonych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 290 z późn. zm.).

[7] Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (Dz. U. Nr 124, poz. 1154 z późn. zm.).

[8] P. Filipiak, *Polisa ubezpieczeniowa bez podpisu ubezpieczyciela?*, PPH 2007, nr 4, s. 45.

[9] A. Chróścicki, *Umowa ubezpieczenia po nowelizacji kodeksu cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 21.

[10] Z. Gawlik, komentarz do art. 805, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3: Zobowiązania – część szczególna*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2014.

towany pogląd w doktrynie wskazuje, że „świadczeniem ubezpieczyciela jest samo ponoszenie ryzyka”[11].

Bezsprzecznie widoczna jest zatem wzajemność świadczeń stron. Niemniej jednak nie są te świadczenia równoczesne ani ekwiwalentne. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 października 2006 r., wbrew twierdzeniom doktryny, stanął na stanowisku, zgodnie z którym umowa ubezpieczenia nie jest umową wzajemną w rozumieniu Kodeksu cywilnego. Podstawą uzasadnienia takiego stanowiska były wymienione powyżej przyczyny, tj. brak ekwiwalentności oraz powstanie obowiązku świadczenia przez ubezpieczyciela, dopiero w wypadku zaistnienia przewidzianego umową wypadku ubezpieczeniowego[12].

Podkreślić należy, że charakterystycznym elementem umowy ubezpieczenia jest powstanie stosunku zobowiązaniowego pomiędzy konsumentem a profesjonalnym podmiotem. Związane jest to z tym, że ubezpieczycielem może być wyłącznie podmiot wskazany w ustawie i spełniający określone wymagania. Oznacza to, że jedną ze stron umowy zawsze będzie profesjonalny podmiot[13].

Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest nałożenie na ubezpieczyciela, jako profesjonalistę, szeregu obowiązków. Jednym z nich jest obowiązek doręczenia drugiej stronie dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy. Niezrealizowanie powyższego nie stanowi jednak o nieważności umowy. Dokumenty ubezpieczeniowe, takie jak polisa bądź certyfikat, stanowią jedynie potwierdzenie zawarcia stosunku ubezpieczenia[14]. Brak takiego dokumentu będzie skutkował jedynie konsekwencjami przewidzianymi w art. 74 k.c. Podobne stanowisko zajął Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z dnia 14 marca 1996 r. Zgodnie z jego treścią „zawarcie umowy ubezpieczenia (art. 805 § 1 k.c.) następuje w chwili złożenia przez ubezpieczającego oferty i jej przyjęcia poprzez zakład ubezpieczeń. Dla skuteczności zawarcia takiej umowy nie jest wymagana żadna forma kwalifikowana. Dokumenty wymienione w art. 809 § 1 k.c. stanowią jedynie dowody (potwierdzenie) – zawarcia umowy – podlegające ocenie zgodnie z zasadami z art. 74 i art. 75 k.c.[15]”.

---

[11] *Ibidem.*

[12] Wyrok SN z dnia 20 października 2006 r., sygn. akt IV CSK 125/06, LEX nr 357585.

[13] B. Kęszycka, komentarz do art. 829 k.c., [w:] *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz. Tom 2: Prawo o kontraktach w ubezpieczeniach. Komentarz do przepisów i wybranych wzorców umów*, pod red. Z. Brodeckiego, M. Glicza, M. Serwach, Warszawa 2010.

[14] Ubezpieczyciele oferujący ubezpieczenia na polskim rynku posługują się różnymi dokumentami. Dla przykładu: Generali Życie Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. przy produkcie Omniprofit stosunek ubezpieczenia potwierdza polisą, zaś Towarzystwo Ubezpieczeniowe Europa przy produkcie ubezpieczenia grupowego PARETO II na potwierdzenie zawarcia stosunku ubezpieczenia wydaje certyfikat.

[15] Wyrok SA w Łodzi z dnia 14 marca 1996 r., sygn. akt ACr 62/96, OSA 1997, z. 1, poz. 4.

W celu pełnego zrozumienia ubezpieczeń z ubezpieczeniowymi funduszami gwarancyjnymi, które zostaną scharakteryzowane w pkt. 2 niniejszego rozdziału niezbędne będzie odniesienie się do podstawowych świadczeń, jakie powstają i mogą powstać po stronie ubezpieczyciela w wyniku zawarcia umowy ubezpieczenia. Zasadniczo umowa zawierana jest w celu objęcia ubezpieczonego ochroną ubezpieczeniową. Objęcie ochroną co do zasady wiąże się z koniecznością wypłaty określonej sumy pieniężnej w razie zaistnienia określonego zdarzenia. Zgodnie z art. 805 § 2 k.c. świadczenie ubezpieczyciela może polegać na:

1) przy ubezpieczeniu majątkowym – określonym odszkodowaniu za szkodę powstałą wskutek przewidzianego w umowie wypadku;
2) przy ubezpieczeniu osobowym – umówionej sumie pieniężnej, rencie lub innym świadczeniu w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku w życiu osoby ubezpieczonej.

Zarówno w ubezpieczeniach majątkowych, jak i osobowych ubezpieczyciel w razie zaistnienia zdarzenia uzasadniającego spełnienie świadczenia gwarantuje wskazaną w umowie sumę, która zostanie wypłacona w danym przypadku. Należy zaznaczyć, że wypłata wskazanej sumy gwarantowanej nie będzie możliwa w innym wypadku niż zaistnienie zdarzenia powodującego obowiązek świadczenia przez ubezpieczyciela. O specyficznej formie wierzytelności, jaką jest wierzytelność o wypłatę odszkodowania wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 marca 2010 r. W przytoczonym wyroku wskazano, iż „wierzytelność o wypłatę odszkodowania ubezpieczeniowego jest szczególną postacią wierzytelności przyszłej, a mianowicie wierzytelnością warunkową, bo jej powstanie strony umowy ubezpieczenia uzależniają od zdarzenia przyszłego i niepewnego, a mianowicie od wystąpienia zdarzenia objętego ryzykiem ubezpieczeniowym. Do chwili wystąpienia tego zdarzenia wierzytelność jako prawo podmiotowe nie istnieje, a istnieje jedynie ekspektatywa wierzytelności, a więc względne prawo tymczasowe”[16].

Z punktu widzenia niniejszego opracowania istotne będzie odniesienie się do treści art. 812 § 4 k.c. Zgodnie z treścią tego przepisu: „jeżeli umowa ubezpieczenia jest zawarta na okres dłuższy niż sześć miesięcy, ubezpieczający ma prawo odstąpienia od umowy ubezpieczenia, w terminie 30 dni, a w przypadku gdy ubezpieczający jest przedsiębiorcą w terminie 7 dni, od dnia zawarcia umowy. Odstąpienie od umowy ubezpieczenia nie zwalnia ubezpieczającego z obowiązku zapłacenia składki za okres, w jakim ubezpieczyciel udzielał ochrony ubezpieczeniowej”. Ważne jest, że do odstąpienia od umowy nie jest wymagane zachowanie szczególnej formy; należy stosować przepisy ogólne. Tym samym do sku-

[16] Wyrok SN z dnia 4 marca 2010 r., sygn. akt I CSK 439/09, LEX nr 577681.

tecznego odstąpienia niezbędne będzie złożenie przez ubezpieczającego odpowiedniego oświadczenia woli drugiej stronie pisemnie bądź ustnie[17].

Należy wskazać również na szczególne uprawnienia konsumenta zawierającego umowę ubezpieczenia. Zgodnie z art. 805 § 4 k.c.: „art. 385^1–385^3 stosuje się odpowiednio, jeżeli ubezpieczającym jest osoba fizyczna zawierająca umowę związaną bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową". Zgodnie z tym przepisem osoba fizyczna zawierająca umowę niezwiązaną bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową korzysta z ochrony przed stosowaniem postanowień umownych nieuzgodnionych indywidualnie, a kształtujących jej prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, jednocześnie rażąco naruszając jej interesy[18].

Ubezpieczenie z ubezpieczeniowymi funduszami kapitałowymi (UFK)

Na wstępie należy zaznaczyć, że pomimo specyficznej formy umowa ubezpieczenia z UFK jest umową ubezpieczenia osobowego. Wzmiankę o tych ubezpieczeniach odnaleźć można w pkt. 3 załącznika do ustawy o działalności ubezpieczeniowej jako *Ubezpieczenia na życie, jeżeli są związane z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym*[19].

Zgodnie z art. 829 k.c. ubezpieczenie osobowe może w szczególności dotyczyć:

1) przy ubezpieczeniu na życie – śmierci osoby ubezpieczonej lub dożycia przez nią oznaczonego wieku;
2) przy ubezpieczeniu następstw nieszczęśliwych wypadków – uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia lub śmierci wskutek nieszczęśliwego wypadku.

Jednakże w przeciwieństwie do klasycznej umowy ubezpieczenia, ubezpieczenie z UFK ma charakter inwestycyjny. Jest to polisa unit-link, w której ochrona ubezpieczenia może wynosić nawet 1 zł. Brak środków na ochronę pozwala na zainwestowanie praktycznie całej składki (pomniejszonej o opłaty administracyjne)[20]. Inwestowanie w fundusze polega na nabywaniu jednostek uczestnictwa. Zaś inwestowanie i ewentualny zysk zależą od wartości tych jednostek. Ponadto należy wskazać, że ze

[17] Z. Gawlik, komentarz do art. 814, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3: Zobowiązania – część szczególna*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2014.

[18] Szerzej o wykładni przytoczonego przepisu zob. ostatni rozdział niniejszego artykułu.

[19] Załącznik nr 2 do ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej, pkt 3.

[20] A. Chłopecki, *Wykorzystanie konstrukcji umowy ubezpieczenia na rynku finansowym a problem tzw. obejścia prawa*, PPH 2013, nr 2, s. 4–8.

względu na element ryzyka charakteryzujący każdą działalność inwestycyjną (do tych należy inwestowanie w UFK) ubezpieczyciele pomimo reklamowania ubezpieczeń jako pewnego zysku, w umowie go nie gwarantują. Działania ubezpieczyciela dokonywane są na rachunek i ryzyko ubezpieczającego, często samodzielnie, bez jego wiedzy i zgody[21].

Istotne jest, że w razie zawarcia tego typu umowy ubezpieczenia zakład ubezpieczeń ma określone względem ubezpieczającego obowiązki. Przede wszystkim zobowiązany jest do przedstawienia drugiej stronie umowy regulaminu lokowania środków i nabywania jednostek uczestnictwa, sposobu wyceny jednostek uczestnictwa, charakterystykę aktywów wchodzących w skład danych funduszy, ograniczenia i ryzyka inwestowania, zasad umarzania jednostek uczestnictwa w ubezpieczeniowym funduszu kapitałowym, terminy, w których można zamienić jednostki uczestnictwa na środki pieniężne i terminy wypłaty tych środków. Dodatkowo ubezpieczyciel musi zapoznać ubezpieczającego ze wszystkim opłatami dystrybucyjnymi i administracyjnymi związanymi z prowadzeniem rachunku i obsługą umowy ubezpieczenia[22].

Charakterystycznym elementem jest oferowanie klientom nawet kilkudziesięciu funduszy kapitałowych. Ubezpieczający ma możliwość samodzielnie określić procentowy udział w każdym z funduszy, jak również dokonywać transferu środków lokowanych pomiędzy funduszami. Transfer środków polega na umorzeniu jednostek uczestnictwa w jednym z funduszy przy jednoczesnym nabyciu jednostek drugiego funduszu. Zaznaczyć należy, że można dokonać umorzenia jedynie części jednostek. Jednakże w wypadku braku decyzji ubezpieczonego ubezpieczyciel może nawet samodzielnie zdecydować o przekazaniu całości składek na jeden fundusz.

Niemniej jednak wielokrotnie zakłady ubezpieczeń poprzez postanowienia ogólnych warunków ubezpieczenia wprowadzają ograniczenia w zakresie dokonywania ww. zmian. Najczęściej stosowane postanowienia to umożliwienie podziału składki dopiero po upływie określonego terminu oraz ograniczenie do jednego darmowego transferu środków w roku polisowym. Ponadto zdarza się, że ubezpieczyciele określają minimalną wartość jednostek uczestnictwa podlegających transferowi oraz określają minimalną wartość jednostek, które muszą pozostać na rachunku uszczuplanym. Zakład ubezpieczeń jest obowiązany do określenia w umowie ubezpieczenia wykazu oferowanych ubezpieczeniowych funduszy kapitałowych, zasad ustalania wartości świadczeń oraz wartości wykupu ubezpieczenia[23].

---

[21] M. Szczepańska, *Ubezpieczenia na życie. Aspekty prawne*, Warszawa 2008, s. 268.
[22] A. Chłopecki, *op. cit.*, s. 4–8.
[23] M. Szczepańska, *Ubezpieczenia*…, s. 266.

Istotną cechą, w szczególności z punktu widzenia ubezpieczających, jest przynależność ubezpieczeniowych funduszy kapitałowych do kategorii funduszy akumulacyjnych (tezauryzacyjnych). Powyższe ogranicza możliwość skorzystania z zysków, będących efektem przyrostu wartości aktywów, jedynie w drodze wycofania swojego udziału przez uczestnika[24]. Możliwość rozwiązania umowy przewidziana została w art. 830 k.c. Zgodnie z jego treścią przy „ubezpieczeniu osobowym ubezpieczający może wypowiedzieć umowę w każdym czasie z zachowaniem terminu określonego w umowie lub ogólnych warunkach ubezpieczenia, a w razie jego braku – ze skutkiem natychmiastowym". Należy dodać, że regulacje art. 830 § 1 k.c. nie nakładają na ubezpieczającego obowiązku podawania przyczyn wypowiedzenia. Może on rozwiązać umowę bez podawania przyczyn, zaś w razie podania takich przyczyn ubezpieczyciel nie może ich kwestionować, powołując się na ich zasadność lub prawdziwość[25]. Paragraf 3 przytoczonego artykułu nakłada na ubezpieczyciela ograniczenie możliwości wypowiedzenia umowy ubezpieczenie jedynie do wskazanych w ustawie wypadkach. Do takich niewątpliwie należy § 2 powołanego przepisu, który wskazuje, że w wypadku nieopłacenia składki lub jej raty w terminie ubezpieczający ma prawo wypowiedzieć umowę. Jednakże ubezpieczyciel przed wypowiedzeniem umowy zobowiązany jest do wcześniejszego wezwania ubezpieczonego do opłacenia nieuregulowanej składki. Jeżeli w dalszym ciągu składka ubezpieczeniowa nie wpłynie w „terminie dodatkowym po prawidłowym wezwaniu do zapłaty, dochodzi wówczas do tzw. milczącego wypowiedzenia umowy"[26].

Z wypowiedzeniem umowy wiąże się istotny element niniejszej pracy – opłata likwidacyjna. Jest to szczególna opłata pobierana przez ubezpieczyciela w razie rozwiązania stosunku ubezpieczenia przed terminem wskazanym w umowie. Opłatę można rozumieć jako „pewien rodzaj sankcji przewidzianej przez ubezpieczyciela za wcześniejsze rozwiązanie przez ubezpieczającego umowy ubezpieczenia"[27]. Celem zastosowania tego typu opłaty jest zniechęcenie ubezpieczających do wcześniejszego rozwiązania umowy, aby umożliwić ubezpieczycielowi prowadzenie długotermino-

[24] M. Michalski, L. Sobolewski, *Prawo o funduszach inwestycyjnych. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 186.

[25] M. Orlicki, *Część V: Ubezpieczenia gospodarcze*, [w:] *Prawo zobowiązań – część szczegółowa. System prawa prywatnego*, t. 8, pod red. J. Panowicz-Lipskiej, Warszawa 2011, s. 886.

[26] A. Tadla, *Umowa ubezpieczenia na życie. Zawieranie umowy, dochodzenie roszczeń, wzory*, Warszawa 2000, s. 153.

[27] M. Szczepańska, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt VI ACa 1175/09, LEX nr 694224.

wej działalności inwestycyjnej[28]. Dodatkowo ubezpieczyciele argumentują pobranie 100% składki wpłaconej w pierwszym roku polisowym, w razie rozwiązania umowy w tymże roku kosztami, jakie ubezpieczyciel ponosi w pierwszych latach trwania umowy. Ponadto koszty ubezpieczyciela, w tym: dystrybucji polisy i obsługi, umowy są amortyzowane przez cały czas trwania umowy[29].

Przykładem opłaty likwidacyjnej (należy wyraźnie zaznaczyć, że stosowanie wskazanej opłaty zostało zabronione wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 czerwca 2012 r.) jest zapis Aegon Towarzystwa Ubezpieczeń na Życie, który zezwalał na pobieranie opłaty w wysokości:
„do dnia poprzedzającego 1. Rocznicę Polisy – 100,0% wartości polisy
od 2. Rocznicy Polisy do dnia poprzedzającego 3. Rocznicę Polisy – 80,0%
od 3. Rocznicy Polisy do dnia poprzedzającego 4. Rocznicę Polisy – 70,0%
od 4. Rocznicy Polisy do dnia poprzedzającego 5. Rocznicę Polisy – 60,0%
od 5. Rocznicy Polisy do dnia poprzedzającego 6. Rocznicę Polisy – 50,0%
od 6. Rocznicy Polisy do dnia poprzedzającego 7. Rocznicę Polisy – 40,0%
od 7. Rocznicy Polisy do dnia poprzedzającego 8. Rocznicę Polisy – 30,0%
od 8. Rocznicy Polisy do dnia poprzedzającego 9. Rocznicę Polisy – 20,0%
od 9. Rocznicy Polisy do dnia poprzedzającego 10. Rocznicę Polisy – 10,0%
od 10. Rocznicy Polisy – 0%[30]".

W odniesieniu do niniejszej pracy opłata likwidacyjna ma istotne znaczenie. Celem opracowania jest analiza zasadności stosowania przez sądy, które orzekają w sprawach o zwrot pobranej opłaty przepisów dotyczących bezpodstawnego wzbogacenia. Znajomość charakterystyki opłat likwidacyjnej ma podstawowe znaczenie dla zrozumienia niniejszego opracowania.

Bezpodstawne wzbogacenie

Tematem niniejszej pracy jest analiza zasadności stosowania przepisów regulujących bezpodstawne w czasie orzekania o zwrot opłaty likwidacyjnej. Wobec powyższego konieczne jest przedstawienie problematyki bezpodstawnego wzbogacenia w polskim ustawodawstwie.

[28] *Ibidem*; M. Szczepańska, *Charakterystyka prawna opłaty likwidacyjnej pobieranej przez ubezpieczycieli w umowie ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowym funduszem kapitałowym*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe" 2012, nr 1, s. 8.

[29] Pismo wystosowane przez Aegon Towarzystwo Ubezpieczeniowe do Rzecznika Ubezpieczonych w sprawie RU/WSI/G/9251/SP/11 oraz Raport Rzecznika Ubezpieczonych z dnia 7 grudnia 2012 r.

[30] Wyrok SO w Warszawie – SOKiK z dnia 4 czerwca 2012 r., sygn. akt XVII AmC 974/11, „Monitor Sądowy i Gospodarczy" 2013, nr 120, poz. 8945.

Bezpodstawne wzbogacenie zostało uregulowane w Kodeksie cywilnym w art. 405–415. Zgodnie z treścią art. 405 k.c.: „kto bez podstawy prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby, obowiązany jest do wydania korzyści w naturze, a gdyby to nie było możliwe, do zwrotu jej wartości". Uznać więc należy, że jest to szczególne zdarzenie prawne, w wyniku którego bez istnienia jakiejkolwiek podstawy prawnej następuje zdarzenie, w związku z którym wzrasta wartość majątku podmiotu wzbogaconego, zaś zmniejszeniu ulega wysokość majątku zubożonego. Istotne jest, aby wzbogacenie i zubożenie były wywołane przez tę samą współprzyczynę[31]. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 2 sierpnia 2007 r.: „między zubożeniem i wzbogaceniem musi zachodzić tego rodzaju zależność, aby można uznać, że są to dwie strony tego samego przesunięcia jakiejś wartości z jednego majątku do drugiego. Jeszcze ściślej rzecz ujmując, chodzi tutaj o interakcje pomiędzy sferą interesu prawnego (zarówno majątkowego, jak i niekiedy osobistego) osoby zubożonej i osoby wzbogaconej jej kosztem"[32].

Należy wskazać, że pomimo istnienia wspólnej przyczyny dla wzbogacenia i zubożania, to nie pozostają one w związku przyczynowo-skutkowym, ponieważ „wzbogacenie nie jest przyczyną zubożenia, które nie jest jego skutkiem"[33].

Przedmiotem niniejszej pracy jest omówienie stosowania bezpodstawnego wzbogacenia w ściśle określonym przypadku. Stanowi ono podstawę samodzielnego roszczenia. Powstaje niezależnie od sposobu, w jaki doszło do wzbogacenia, a wystarczy jedynie, aby nie miało oparcia w prawie. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy z dnia 21 marca 2007 r.: „ogólna formuła bezpodstawnego wzbogacenia jest tak szeroka, że pozwala ją rozumieć jako ogólną zasadę, że nikt nie powinien się bogacić bezpodstawnie kosztem drugiego, a niezdolność czy niemożność dochowania zasad przewidzianych w ustawie, czy też ich niedoskonałość nie może prowadzić do akceptacji przesunięć majątkowych, czy też uzyskania korzyści pozbawionych uzasadnienia ekonomicznego, czy też moralnego"[34].

Katalog sposobów bezpodstawnego wzbogacenia jest szeroki. W literaturze można wyróżnić cztery podstawowe sposoby wzbogacenia dotyczące aktywów oraz dwa związane z pasywami.

Bezpodstawne wzbogacenie w sferze aktywów powstaje poprzez nabycie lub powiększenie stanu posiadania wzbogaconego (może to nastąpić przez przetworzenie, połączenie lub pomieszanie). Może również nastąpić

[31] T. Sokołowski, komentarz do art. 405, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3: Zobowiązania – część szczególna*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2014.

[32] Wyrok SN z dnia 2 sierpnia 2007 r., sygn. akt V CSK 152/07, LEX nr 465613.

[33] Z. Gawlik, komentarz do art. 814…

[34] Wyrok SN z dnia 21 marca 2007 r., sygn. akt I CSK 458/06, LEX nr 253397.

przez umocnienie prawa wzbogaconego (np. uzyskanie dłuższego terminu). Bezpodstawnym wzbogaceniem będzie również używanie przez wzbogaconego prawa, które mu nie przysługiwało. Skorzystanie przez wzbogaconego z usług świadczonych przez zubożonego również należy traktować jako wzbogacenie po stronie aktywów. Ponadto należy zaznaczyć, że zwiększenie może nastąpić także na skutek bezpodstawnego „zawładnięcia informacją przeznaczoną dla innej osoby, a dającą sposobność uzyskania wzbogacenia, które przeznaczone było dla adresata tej informacji, a nie jej nieuprawnionego odbiorcy. Ta postać bezpodstawnego wzbogacenia związana jest w szczególności z bezprawnym skorzystaniem z danych zawartych w cudzym komputerze lub częścią większego systemu informatycznego”[35].

Po stronie pasywów bezpodstawne wzbogacenie będzie miało miejsce w wypadku umniejszenie pasywów wzbogaconego (np. poprzez zwolnienie z długu) lub zniesienie ograniczonych praw rzeczowych.

Bezpodstawne wzbogacenie może przybrać wiele postaci. Do podstawowych form należy zaliczyć: wzbogacenie spowodowane przyczyną zewnętrzną, naturalną (np. działanie sił natury), wzbogacenie wynikające z samodzielnego zachowania zubożonego bądź samodzielnego zachowania wzbogaconego albo wynikające ze współdziałania stron. Bezpodstawne wzbogacenie może przyjąć również postać zachowania osoby trzeciej względem jednej ze stron bezpodstawnego wzbogacenia, które zmienia sytuację majątkową zarówno wzbogaconego, jak i zubożonego[36].

Dodatkowo należy przedstawić stanowisko Sądu Najwyższego, zgodnie z którym: „to samo zdarzenie, którego skutkiem jest zubożenie i wzbogacenie, może oznaczać jedną czynność faktyczną lub prawną, ale mogą także na nie składać się wzajemnie ze sobą powiązane czynności faktyczne lub prawne, dokonane nie tylko przez zubożonego i wzbogaconego, ale także przez osoby trzecie”[37]. Co więcej, zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, źródłem bezpodstawnego wzbogacenia mogą być zdarzenia wynikające z „działania wzbogaconego, także wbrew jego woli, z jego dobrą i złą wiarą, a wzbogacenie może też być rezultatem czynności zubożonego, a nawet sił przyrody”[38].

Analizując bezpodstawne wzbogacenie, należy wskazać, że roszczenia z tego tytułu zgodnie z treścią art. 118 k.c. przedawniają się z upływem 10 lat. Jednakże zgodnie z orzecznictwem roszczenie o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia, z którym występuje przedsiębiorca, podlega trzyletnie-

[35] T. Sokołowski, komentarz do art. 405…

[36] *Ibidem.*

[37] Wyrok SN z dnia 24 listopada 2009 r., sygn. akt V CSK 169/09, LEX nr 627248.

[38] Zob. wyroki SN: z dnia 6 grudnia 2005 r., sygn. akt I CK 220/05, LEX nr 172188; i z dnia 20 grudnia 2006 r., sygn. akt IV CSK 272/06, LEX nr 250047.

mu przedawnieniu[39]. Bieg terminu przedawniania należy liczyć od dnia wezwania dłużnika do zwrotu świadczenia. Wskazuje na to wyraźnie treść wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 grudnia 1976 r.[40]

Podsumowując, dla niniejszego opracowania najważniejsze znaczenie ma w istocie przedstawiony w ostatnim akapicie termin przedawnienia. To właśnie dzięki dziesięcioletniemu terminowi przedawnienia osoby ubiegające się o zwrot pobranej opłaty likwidacyjnej na drodze postępowania sądowego mają dłuższy okres na dochodzenie swoich roszczeń.

Zasadność stosowania przepisów dotyczących bezpodstawnego wzbogacenia do zwrotu tzw. opłaty likwidacyjnej

Oceniając zasadność stosowania przepisów dotyczących bezpodstawnego do zwrotu opłaty likwidacyjnej, w tym terminu przedawnienia, należy w pierwszej kolejności wskazać na to, czy zapis umowy bądź ogólnych warunków ubezpieczenia, który pozwala na pobranie takiej opłaty wiąże konsumenta zawierającego taką umowę. Sądy orzekające w przedmiotowych sprawach w pierwszej kolejności decydują o uznaniu postanowień umowy za zakazane klauzule umowne. W sprawie z dnia 19 czerwca 2013 r. Sąd Rejonowy dla Wrocławia – Krzyków uznał, że abuzywność postanowienia umowy (ubezpieczenia z UFK) zachodzi wówczas, gdy kształtuje ono prawa i obowiązki konsumenta w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami oraz gdy na skutek owej sprzeczności dochodzi do rażącego naruszenia interesów konsumenta. Pomimo tego, iż pojęcie dobrych obyczajów nie jest pojmowane jednolicie, naruszenie tychże obyczajów należy rozumieć poprzez postępowanie jednostki w określonej dziedzinie, z tym że w każdej sferze działalności także przedsiębiorców. Dodatkowo ten sam sąd w celu uznania postanowień dotyczących opłaty likwidacyjnej za niedozwolone wskazuje, iż „termin «interesy» konsumenta rozumiany jest szeroko, nie tylko jako interes ekonomiczny (na co wskazuje dodatkowo forma liczby mnogiej), ale również przy uwzględnieniu aspektu zdrowia konsumenta i jego bliskich oraz dyskomfortu, spowodowanego takimi czynnikami, jak strata czasu, dezorganizacja życia, niewygoda, nierzetelne traktowanie, przykrości czy naruszenie prywatności”[41].

[39] Wyrok SN z dnia 16 lipca 2003 r., sygn. akt V CK 24/02, OSNC 2004, nr 10, poz. 157.
[40] Wyrok SN z dnia 17 grudnia 1976 r., sygn. akt III CRN 289/76, LEX nr 7893.
[41] Wyrok SR dla Wrocławia – Krzyków z dnia 19 czerwca 2013 r., sygn. akt I C 95/13, niepubl.

Jednakże do ustalenia abuzywności, a w konsekwencji do uznania, że postanowienia umowy nie wiążą konsumenta, wymaga się, aby rzeczone zapisy rażąco naruszały interes konsumenta. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Warszawie: „określenie «rażący» odnosi się do wypadków znacznego, szczególnie doniosłego odbiegania przyjętego uregulowania od zasad uczciwego wyważenia praw i obowiązków. Jako kryteria oceny przyjmuje się wielkość poniesionych lub grożących strat (kryterium obiektywne), a także względy subiektywne, związane z przedsiębiorcą lub konsumentem”[42].

Kolejnym niezbędnym elementem pozwalającym na uznanie postanowień za niewiążące strony jest wykazanie, że warunki umowy, w szczególności regulacje dotyczące pobierania opłaty likwidacyjnej nie zostały ustalone indywidualnie. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 stycznia 2015 r.: „za uznaniem, że postanowienia OWU nie zostały uzgodnione z pozwanym indywidualnie przemawia z kolei fakt, iż stanowią one wzorzec umowy zaproponowany konsumentowi przez kontrahenta”. Wzorce (w tym regulaminy) są to bowiem klauzule, opracowane przed zawarciem umowy i wprowadzane do stosunku prawnego przez jedną ze stron w ten sposób, że druga strona (adherent) nie ma wpływu na ich treść[43]. Pomimo tego, że Sąd Apelacyjny w Warszawie w przytoczonym wyroku w sposób wyczerpujący wskazał na to, że ogólne warunki ubezpieczenia nie są uzgadniane indywidualnie, pozwani (towarzystwa ubezpieczeniowe) wielokrotnie podnoszą, iż jest inaczej. Najczęściej zgłaszanym zarzutem jest wskazanie na podpisanie przez powoda „oświadczenia do umowy ubezpieczenia, z których wynika, iż zapoznał się z Ogólnymi warunkami ubezpieczenia (w tym postanowieniami dotyczącymi opłaty lokacyjnej) i potwierdził, że zapoznał się z Tabelą opłat i limitów”[44]. Niemniej jednak sąd orzekający w tej sprawie prawidłowo, w ocenie autora, stwierdził, że „powyższe nie świadczy o tym, iż powód miał rzeczywisty wpływ na negocjowanie warunków przedmiotowych umów, a złożenie podpisu pod oświadczeniami nie dowodzi tego, iż zapisy umowy były uzgodnione indywidualnie z powodem”[45].

Mając na uwadze powyższe, sądy – rozważając zasadność pozwów w przedmiocie zwrotu pobranej opłaty likwidacyjnej – uznają, że zapisy ogólnych warunków ubezpieczenia regulujące pobieranie opłaty likwidacyjnej (niewspółmiernej do kosztów ponoszonych przez ubezpieczycie-

[42] Wyrok SA w Warszawie z dnia 13 września 2012 r., sygn. akt VI ACa 461/12, LEX nr 1223500.

[43] Wyrok SO we Wrocławiu z dnia 20 listopada 2013 r., sygn. akt II Ca 1108/13, <http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015].

[44] *Ibidem.*

[45] *Ibidem.*

la) co do zasady wyczerpują znamiona klauzul abuzywnych. W związku z tym należy wyeliminować je ze stosunku prawnego[46]. Wykluczenie tych postanowień powoduje, że konsument nie jest związany wskazanymi zapisami, zaś ubezpieczyciel, pobierając wskazaną opłatę, uzyskał korzyść bez podstawy prawnej. W konsekwencji pobrana kwota powinna zostać zwrócona zgodnie z konstrukcją zwrotu nienależnego świadczenia, gdyż odpowiedzialność ubezpieczyciela – strony pozwanej opiera się na płaszczyźnie przepisów bezpodstawnego wzbogacenia[47]. Takie samo stanowisko wyraża Sąd Rejonowy dla Wrocławia – Śródmieścia, który uznał, że powództwo o zwrot pobranej opłaty likwidacyjnej „znajdowało podstawę w przepisach ustawowych o bezpodstawnym wzbogaceniu, tj. art. 405 i nast. k.c. Powód nie domagał się bowiem zapłaty świadczenia z umowy ubezpieczenia, lecz zwrotu kwoty zatrzymanej przez pozwanego bez podstawy prawnej, w rozumieniu art. 405 k.c."[48]. Ponadto Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 3 lutego 2015 r. przyznał, że pobranie opłaty likwidacyjnej z wcześniej wpłaconych składek „należy traktować jako nienależne świadczenie, które jest szczególnym przypadkiem bezpodstawnego wzbogacenia. Nienależne świadczenie odróżnia się od pozostałych przypadków bezpodstawnego wzbogacenia źródłem powstania, bowiem do zaistnienia tego zobowiązania dochodzi w wyniku spełnienia świadczenia przez zubożonego, a nie poprzez jakiekolwiek inne przesunięcia majątkowe, niebędące świadczeniem (jak w pozostałych wypadkach bezpodstawnego wzbogacenia"[49].

Uwzględniając powyższe, za zasadne uznać należy stosowanie regulacji bezpodstawnego wzbogacenia. Nadto koniecznym jest wskazanie, że właściwym będzie stosowanie odpowiedniego do przytoczonych regulacji terminu przedawnienia. Znalazło to odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2 marca 2015 r., w którym wskazano, iż „nieuzasadniony był zarzut przedawnienia roszczenia powódki. Strony na skutek wniesionego sprzeciwu nie zawarły umowy ubezpieczenia, zatem nie znajduje w niniejszej sprawie zastosowania przepis art. 819 § 1 k.c., który stanowi, że roszczenia z umowy ubezpieczenia przedawniają się z upływem trzech lat. Roszczenie z tytułu nienależytego świadczenia przedawnia się zgodnie z terminami ustalonymi w art. 118 k.c., co jest

[46] Wyrok SR dla Warszawy – Mokotowa z dnia 12 marca 2015 r., sygn. akt I C 2115/14, niepubl.

[47] *Ibidem.*

[48] Wyrok SR dla Wrocławia – Śródmieścia z dnia 20 listopada 2014 r., sygn. akt I C 1366/14, <http://orzeczenia.wroclaw-srodmiescie.sr.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015].

[49] Wyrok SO w Warszawie z dnia 3 lutego 2014 r., sygn. akt XXIV C 44/12, <http://orzeczenia.ms.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015].

w terminie 10-letnim lub 3-letnim – roszczenia związane z prowadzenie działalności gospodarczej”[50].

Potwierdzenie stosowania takiego stanowiska można odnaleźć w powołanym wcześniej wyroku Sądu Rejonowego dla Warszawy – Mokotowa (sygn. akt I C 2115/14), który uznał, że skoro roszczenie powódki znajduje swoje podstawy w bezpodstawnym wzbogaceniu, zastosowanie znajduje określony w art. 118 k.c. dziesięcioletni termin przedawnienia.

Analizując powyższe, należy zaznaczyć, że stosowanie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu znajduje swoje potwierdzenie. Uznanie *ex lege* przepisów za nieobowiązujące nakłada obowiązek zastosowania innych – właściwych regulacji do przedmiotowej sprawy. W tym wypadku jedyną właściwą konstrukcją prawną będzie bezpodstawne wzbogacenie.

Zakończenie

Podsumowując niniejsze opracowanie, w pierwszej kolejności wskazać należy, że umowa ubezpieczenia na życie z ubezpieczeniowymi funduszami kapitałowymi została niewystarczająco uregulowana w polskim ustawodawstwie. To właśnie brak szczegółowych regulacji prowadzi do sytuacji, w której konsumenci, jako strona poszkodowana działaniem drugiej strony umowy, występują z odpowiednim powództwem. Najkorzystniejszym rozwiązaniem, z punktu widzenia autora, byłoby stworzenie regulacji, określając maksymalną wysokość opłaty likwidacyjnej, która w rzeczywisty sposób odzwierciedlałaby koszy dystrybucji produktu, obsługi umowy i ryzyka ubezpieczyciela.

Ponadto, pomimo istnienia wielu produktów, w większości wypadków ubezpieczyciele stosują takie same postanowienia. W związku z tym powinna zostać przeprowadzona kompleksowa kontrola tychże regulacji (choćby przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który już wielokrotnie nakładał wielomilionowe kary na firmy ubezpieczeniowe), mająca na celu usunięcie z obiegu prawnego tych, które rażąco naruszają interes konsumenta. Usuwając nieakceptowalne z punktu widzenia prawa postanowienia, w przypadku braku innych umownych regulacji, możliwe byłoby „zastosowanie postanowień Kodeksu cywilnego o odstąpieniu od umowy. W związku [z nieistnieniem zapisów regulujących opłatę likwidacyjną – *przyp. K.D.*] z tym strony powinny zwrócić sobie to co świadczyły, stosownie do art. 494 k.c., a zatem ubezpieczyciel w związku z odstąpieniem od umowy winien zwrócić klientowi wpłaconą przez

[50] *Ibidem.*

niego kwotę, zaś zatrzymanie całej uiszczonej przez powoda kwoty było bezpodstawne”[51].

Takie rozwiązania pozwoliłoby na odpowiednie zabezpieczenie interesów konsumentów, a także szybsze i skuteczniejsze rozwiązywanie sporów pomiędzy ubezpieczonymi a towarzystwami ubezpieczeniowymi. Wprowadzałoby również pewność i stałość obrotu prawnego poprzez legalne określenie zarówno przysługujących stronom uprawnień, jak i obowiązków.

[51] Wyrok SO w Warszawie z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt V Ca 3799/13, <http://www.warszawa.so.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015].

Małgorzata Wilczek

Klauzule niedozwolone w umowach kredytu hipotecznego denominowanego w walucie obcej

Uwagi wstępne

Celem niniejszego opracowania jest analiza zjawiska prawnego niedozwolonych klauzul umownych na gruncie postanowień umów kredytu hipotecznego w Polsce. Kwestie te wydają się dziś niezwykle aktualne w obecnej dynamicznej sytuacji rynkowej oraz w momencie poszukiwania efektywnych rozwiązań prawnych pozwalających na wyjście ze swoistego impasu jurydycznego. Jesteśmy świadkami rodzącej się w tej materii ciekawej judykatury, zapadają bezprecedensowe orzeczenia sądowe. Coraz liczniej pojawiają się krytyczne głosy ekspertów podające w wątpliwość legalność tych kontrowersyjnych produktów bankowych. W takiej sytuacji bliższe przyjrzenie się zarówno samemu zjawisku klauzul niedozwolonych jako takich, jak i klauzulom abuzywnym w umowach bankowych wydaje się mieć pełne racjonalne uzasadnienie.

Pojęcie niedozwolonych klauzul umownych

Współczesny obrót gospodarczy charakteryzuje masowość, seryjność, typowość produkcji, handlu i usług. W konsekwencji, rozpowszechnionym i trwałym elementem obrotu stała się standaryzacja umów. Przedsiębiorcy, w tym banki, z reguły posługują się tzw. wzorcami umownymi. Wzorce, opracowane w oderwaniu od konkretnego stosunku umownego, w jednolity sposób określają treść przyszłych umów indywidualnych. Wzorzec to innymi słowy taka klauzula umowna, która została przygotowana z góry

na użytek przyszłych umów, opracowana jednostronnie przez podmiot zamierzający wzorzec stosować lub wykorzystywać[1].

Często jednak wzorce wykorzystywane są jako instrument narzucania przez podmioty faktycznie silniejsze (z reguły przedsiębiorców) ich kontrahentom (z reguły konsumentom, podmiotom słabszym) niekorzystnych lub wręcz krzywdzących warunków umów, co można określić mianem nadużywania pozycji rynkowej przez przedsiębiorców. W takiej sytuacji zasada swobody umów oparta na równorzędności stron obraca się przeciwko jednej z nich. Tę praktykę ułatwiają rozmaite zabiegi służące wprowadzaniu wzorców umownych do umów indywidualnych, przy niewiedzy kontrahentów lub ograniczeniu ich dostępu do treści wzorca[2].

Efektywność interwencji ustawodawcy, mających na celu zapewnienie kontrahentom, którym proponuje się zawarcie umowy z użyciem wzorca, możliwości realnego zapoznania się ze wzorcem, wydaje się wciąż niewystarczająca. Jednakże treść wzorców podlega kontroli, zarówno abstrakcyjnej, obejmującej treść wzorca w oderwaniu od konkretnej umowy, jak również incydentalnej, obejmującej treść umowy zawartej z użyciem wzorca[3]. Celem instytucji kontroli wzorców umownych jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania mechanizmu podejmowania decyzji przez słabszą stronę umowy. Cel ten jest realizowany poprzez wspomniane wyżej dwa rodzaje kontroli wzorców umownych, dla których materialną podstawę stanowią przepisy art. 385^1–385^3 Kodeksu cywilnego[4]. Zgodnie z art. 385^1 § 3 k.c. postanowienia nieuzgodnione indywidualnie to takie, na których treść konsument nie miał rzeczywistego wpływu, które nie stanowiły przedmiotu negocjacji. Kodeks cywilny przyjmuje domniemanie braku uzgodnienia indywidualnego postanowień umowy przejętych ze wzorca zaproponowanego konsumentowi przez kontrahenta[5].

W art. 24 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów[6] została zawarta definicja legalna praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów. Zgodnie z tym przepisem przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie bezprawne działanie przedsiębiorcy. Ustawodawca bezwzględnie zakazał stosowania takich praktyk przez przedsiębiorców. Jednocześnie, oprócz wskazania definicji ustawowej tej praktyki, dokonał również typizacji nazwanych praktyk,

[1] W. Popiołek [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2013, s. 1054.

[2] *Ibidem*.

[3] *Ibidem*.

[4] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.), dalej: k.c. *Ibidem*, s. 1069.

[5] W. Popiołek, *op, cit.*, s. 1071.

[6] Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.), dalej: u.o.k.k.

naruszających zbiorowe interesy konsumenta. Do praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów ustawodawca zaliczył:

- stosowanie postanowień wzorców umownych, które zostały wpisane do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, o których mowa w art. 479^{45} Kodeksu postępowania cywilnego[7];
- naruszenie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji;
- nieuczciwe praktyki rynkowe lub czyny nieuczciwej konkurencji godzące w zbiorowe interesy konsumentów.

Ustawodawca, dokonując w art. 24 ust. 2 u.o.k.k. wyliczenia poszczególnych praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w pierwszej kolejności wskazał stosowanie postanowień wzorców umów uznanych za niedozwolone, określonych w art. 479^{45} k.p.c.[8]

Pojęcie postanowienia niedozwolonego (określanego również mianem klauzuli abuzywnej) do Kodeksu cywilnego wprowadziła ustawa z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności wyrządzonej za produkt niebezpieczny i zmianie Kodeksu cywilnego[9].

Definicja legalna klauzuli abuzywnej została zawarta w art. 385^{1} k.c., zgodnie z którym za niedozwolone należy uznać wszelkie postanowienia umowy, które nie zostały z konsumentem uzgodnione indywidualnie, jeżeli kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy. Niedozwolone postanowienia umowy nie znajdują zastosowania do postanowień określających główne świadczenia stron, jeżeli zostały sformułowane jednoznacznie. „Dobre obyczaje" użyte w tym przepisie, stanowiące pojęcie przejęte zarówno z dyrektyw unijnych, jak również nawiązujące do chlubnej tradycji jurydycznej Drugiej Rzeczypospolitej, stanowią tutaj w zasadzie równoważnik „zasad współżycia społecznego", jako że zgodnie z utrwaloną judykaturą do zasad tych zalicza się tylko reguły postępowania niesprzeczne z etyką, moralnością i aprobowanymi społecznie obyczajami. „Interesy" konsumenta należy rozumieć szeroko – nie tylko jako interes ekonomiczny; mogą tu wejść w grę aspekty: zdrowia konsumenta (i jego bliskich), jego czasu zbędnie utraconego, dezorganizacji toku życia, przykrości czy zawodu. Mówiąc o interesach, ustawodawca posłużył się szczególnym kwalifikatorem naruszeń: chodzi o ich naruszenie „rażące". Poszukując

[7] Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.), dalej: k.p.c.

[8] P. Wawszczak, *Stosowanie klauzul abuzywnych jako praktyka naruszająca zbiorowe interesy konsumentów*, „Monitor Ubezpieczeniowy" 2008, nr 36 (grudzień).

[9] Dz. U. Nr 22, poz. 271.

potrzebnych tu kryteriów oceny, wskazać należy nie tylko na wielkość poniesionych lub grożących strat i niebezpieczeństw (kryterium obiektywne) ale także na względy subiektywne – związane czy to z przedsiębiorcą, czy też z konsumentem[10]. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 13 czerwca 2012 r. stwierdził, że za sprzeczne z dobrymi obyczajami należy uznać wprowadzenie do umowy klauzul godzących w równowagę kontraktową, a rażące naruszenie interesów konsumenta polega na nieusprawiedliwionej dysproporcji praw i obowiązków na jego niekorzyść[11].

W art. 385^3 k.c. zawarte jest niemające charakteru katalogu zamkniętego wyliczenie postanowień umownych mogących być uznane za abuzywne. Lista ta wzorowana jest na postanowieniach dyrektywy 93/13/EWG[12] o niedozwolonych postanowieniach umownych. Do postanowień tych należą w szczególności te, które są stosowane przez przedsiębiorców w stosunkach z konsumentami. Wymienione w tym przepisie klauzule można sklasyfikować według następujących rodzajów postanowień:

- postanowienia przyznające przedsiębiorcy uprawnienie do jednostronnego kształtowania prawa i obowiązków stron;
- postanowienia ograniczające prawa konsumenta lub zwiększające jego obowiązki bez zachowania symetrii w stosunku do praw (obowiązków) przedsiębiorcy;
- postanowienia ograniczające odpowiedzialność przedsiębiorcy;
- postanowienia wyłączające lub ograniczające znaczenie rzeczywistej woli konsumenta.

Przepis art. 385^3 k.c. ma charakter reguły interpretacyjnej, ukierunkowuje bowiem ocenę konkretnego postanowienia w umowie konsumenckiej w sytuacji, kiedy zachodzą w tym przedmiocie wątpliwości. Nie wprowadza on zatem domniemania, choć spełnia zbliżoną funkcję, pozostawia jednak oceniającemu nieco większy zakres swobody w ocenie w wyjaśnianiu zachodzących wątpliwości. Zawarte w tym przepisie wyliczenie, choć wyjątkowo obszerne, ma charakter tylko przykładowy; nic nie stoi zatem na przeszkodzie, aby uznać na podstawie art. 385^1 k.c. za niedozwolone również postanowienia o treści innej niż klauzule wskazane w przepisie. Powyższe okoliczności przesądziły o tym, że w literaturze używa się określenia tzw. szara lista klauzul abuzywnych, dla jej odróżnienia od tzw. czarnej listy, na jakiej trzeba by umieścić klauzule odpowiadające cechom wskazanym w art. 385^1 § 1 k.c. Wymienione w tym przepisie klauzule umowne mają tę cechę wspólną, że nie są jako takie zabronione w obro-

[10] P. Wawszczak, *op. cit*.

[11] Wyrok SN z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. akt II CSK 515/11, Legalis.

[12] Dyrektywa Rady 93/13/EWG z dnia 5 kwietnia 1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz. Urz WE L 95/29 z 24 kwietnia 1993 r.).

cie ani powszechnym, ani konsumenckim, a jedynie mogą zostać uznane za niedozwolone wobec konsumentów, co więcej w razie wątpliwości powinny być za takie uznane[13].

Z punktu widzenia interesów konsumenta ważne jest, aby wzorzec umowny był dla niego zrozumiały, tj. został sformułowany w sposób jasny i niebudzący wątpliwości interpretacyjnych. Dlatego tak istotne stało się ustanowienie przez ustawodawcę środków prawnych zapewniających konsumentom ochronę prawną przed stosowaniem niedozwolonych postanowień umownych (klauzul abuzywnych).

W polskim systemie prawa wyróżnić możemy dwa podsystemy kontroli takich postanowień, a mianowicie kontrolę incydentalną (art. 385^1–385^3 k.c.) postanowień wzorca lub umowy oraz kontrolę abstrakcyjną postanowienia wzorca umownego w trybie art. 479^{36}–479^{45} k.p.c. System sądowy jest natomiast wspomagany i niejako powiązany z administracyjnym systemem kontroli – chodzi tu głównie o kompetencje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) oraz nadzoru ubezpieczeniowego, wyrażające się między innymi kontrolą stosowanych przez przedsiębiorców wzorców umownych.

Celem instytucji kontroli wzorców umownych jest zapewnienie prawidłowego funkcjonowania mechanizmu podejmowania decyzji przez słabszą stronę umowy (uczestnika obrotu). Cel ten realizowany jest przez konkretną i abstrakcyjną kontrolę wzorców umownych[14].

Kontrola incydentalna (*in conreto*) polega na kontroli treści umowy ukształtowanej za pomocą wzorca. Sankcja przy tej kontroli polega na tym, że postanowienie umowne uznane za niedozwolone staje się bezskuteczne (nie wiąże), natomiast umowa jest wiążąca w pozostałym zakresie. Innymi słowy nie następuje tu upadek całej umowy. Sankcja ta niewątpliwie jest dotkliwa dla przedsiębiorcy, zważywszy, że usuwa z umowy to właśnie postanowienie, które obliczone było na przysporzenie mu określonych korzyści[15].

Kontrola abstrakcyjna polega na kontroli wzorca jako takiego, w oderwaniu od konkretnej umowy, której wzorzec dotyczy. Ocenie podlega treść postanowienia wzorca, a nie sposób jego wykorzystania czy też jego powszechność w analogicznych wzorach konkurencyjnych przedsiębiorców. Ocena znaczenia postanowień wzorca umowy następuje w oderwaniu od warunków ekonomicznych i gospodarczych działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę, którego wzorzec podlega kontroli w tym trybie. Ochrona zbiorowych interesów konsumentów przed negatywnymi skutkami stosowania w obrocie gospodarczym wzorców umownych

[13] W. Popiołek, *op. cit.*, s. 1059.
[14] P. Wawszczak, *op. cit.*
[15] *Ibidem*.

nie byłaby bowiem możliwa bez przeprowadzenia abstrakcyjnej kontroli wzorców oraz bez umożliwienia osobom, które nie brały udziału w procesie (konsumentom i przedsiębiorcom) dokonania oceny, jakie wzorce nie są dozwolone. W razie uwzględnienia powództwa sąd gospodarczy, kierując się przepisami art. 384–385[4] k.c., orzeka, że konkretne, zaskarżone postanowienia wzorca umowy są niedozwolone i zakazuje ich stosowania (art. 479[42] § 1 k.p.c.). Zgodnie z art. 479[43] k.p.c. wyrok ma – od chwili wpisania do odpowiedniego rejestru (rejestru klauzul abuzywnych) – skutek także wobec osób trzecich. Prezes UOKiK prowadzi na podstawie wydanych wyroków rejestr postanowień wzorców uznanych za niedozwolone (art. 479[45] k.p.c.). Celem przedmiotowego rejestru jest wyeliminowanie z obrotu niedozwolonych postanowień umownych. W rejestrze tym przytacza się treść postanowień wzorców umownych, które zostały przez Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) uznane za niedozwolone. Obowiązuje więc w tym zakresie tzw. formalna jawność rejestru, skutkiem której jej jest to, że od chwili jego wpisania nikt nie może zasłaniać się nieznajomością dokonanych w nim wpisów[16].

Kwestia skutków wpisu klauzuli do rejestru nie została jednoznacznie rozstrzygnięta przez ustawodawcę. W doktrynie i w orzecznictwie powstało pytanie, jakie jest właściwe rozumienie pojęcia „posługiwanie się wpisaną klauzulą do rejestru postanowień niedozwolonych w kontekście zakazu ich stosowania jako postępowania stanowiącego praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów". W szczególności, czy zakaz dotyczy wyłącznie przedsiębiorcy, który posługiwał się takim wzorcem umownym w stosunku do jego kontrahentów (konsumentów) i jednocześnie był stroną postępowania, czy też zakaz ten należy rozumieć szerzej i uznać, że posługiwanie się przez tego samego lub innego przedsiębiorcę wzorcem umownym o podobnej treści lub skutku, jak ten, który został wpisany do rejestru klauzul, lecz o innej konstrukcji gramatycznej, innym szyku zdania, może być uznane za niedozwolone w drodze analogii, a co za tym idzie uznane za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Analiza poglądów i orzecznictwa umożliwia wyodrębnienie trzech grup poglądów w tym zakresie[17].

Według pierwszego poglądu za niedozwolone należy uznać tylko takie wzorce umowne, który były przedmiotem oceny Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w następstwie której zostały uznane za niedozwolone oraz wpisane do rejestru klauzul abuzywnych. Zaś zakaz ich stosowania dotyczy wyłącznie przedsiębiorców, przeciwko którym było prowadzone postępowanie. W związku z tym nie można rozszerzać obowiązywania

[16] *Ibidem.*
[17] *Ibidem.*

zarówno na inne podmioty, jak też na klauzule o podobnym znaczeniu. W wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 22 sierpnia 2005 r. wskazano, że „treść każdego wzorca umownego jest inna i nawet klauzule podobnie brzmiące mogą zostać przez sąd odmiennie ocenione przy uwzględnieniu treści całej umowy”[18]. Tym samym uznanie klauzuli za abuzywną i jej wpis do rejestru nie stanowi *res iudicata* w odniesieniu do klauzul o podobnym brzmieniu, które nie stanowiły przedmiotu postępowania SOKiK. Wpisana do rejestru klauzula umowna uznana za niedozwoloną na kanwie określonego stanu faktycznego i prawnego, jako naruszająca zbiorowe interesu konsumentów, nie stanowi sama przez się prejudykatu dla innych umów. Nie można bowiem wykluczyć, że analogiczne lub nawet identyczne postanowienia wzorca umowy, uznane za niedozwolone, nie będą za takie uznane w kontekście całej umowy w innej sprawy. Pogląd ten hołduje stanowisku, że wpis postanowienia wzorca umowy do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone obliguje do niestosowania takiego postanowienia we wzorcu umów zawieranych z konsumentami jedynie tego przedsiębiorcę, w stosunku do którego zapadł prawomocny wyrok sądowy w tym przedmiocie. Powinność ta nie ciąży na przedsiębiorcach, którzy posługują się w swoich wzorcach umowy postanowieniami podobnymi. Klauzule te nie są całkowicie zakazane – są to tzw. klauzule szare, których abuzywny charakter podlega w każdym stanie faktycznym zbadaniu i ocenie SOKiK. Zaakceptowanie powyższego poglądu prowadziłoby jednak do bezsankcyjnego używania przez przedsiębiorców klauzul o podobnym, lecz nie identycznym brzmieniu, które jednak w efekcie wywołują skutek taki jak klauzula wskazana w wyroku sądu. Dodatkowo rodziłoby to konieczność prowadzenia kilku postępowań sądowych, z których każde musiałoby się zakończyć identycznym rozstrzygnięciem merytorycznym.

Drugie stanowisko zakłada, że za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów należy uznać stosowanie postanowień wzorców umowy, których brzmienie jest identyczne z klauzulą wpisaną do rejestru. Zatem stosowanie przez przedsiębiorcę – innego niż ten, w stosunku do którego prowadzono postępowanie – klauzuli o identycznym brzmieniu jest posługiwaniem się niedozwolonym wzorcem umownym. Stanowisko to znajduje oparcie w wyroku Sądu Antymonopolowego w Warszawie z dnia 2 grudnia 2005 r., w którym Sąd wskazał, że praktyką naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, polegającą na stosowaniu postanowień wzorców umów uznanych za niedozwolone, jest zarówno stosowanie ich

[18] Wyrok SOKiK z dnia 22 sierpnia 2005 r., sygn. akt XVIII Ama 21/05, Dz. Urz. UOKiK 2005, Nr 3, poz. 45.

przez przedsiębiorcę, w stosunku do którego prowadzone jest postępowania, jak też w stosunku do każdego innego[19].

Według trzeciego poglądu klauzula wpisana do rejestru wywołuje skutek *erga omnes* – wobec wszystkich podmiotów (nie tylko tych, przeciwko którym prowadzono postępowanie). W konsekwencji prowadzi do uznania, że klauzule wpisane do rejestru są tzw. klauzulami czarnymi – bezwzględnie zakazanymi. Bez znaczenia jest tu literalne brzmienie klauzuli, gdyż jej treść jest ustalana zawsze w drodze wykładni[20].

Istniejące w literaturze i orzecznictwie wątpliwości zostały rozwiązane w uchwale podjętej przez Sąd Najwyższy, który uznał, że stosowanie postanowień wzorców o treści tożsamej z treścią postanowień uznanych za niedozwolone prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie – SOKiK i wpisanych do rejestru, o którym mowa w art. 479^{45} § 2 k.p.c., może być uznane w stosunku do innego przedsiębiorcy za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów[21]. Zaakceptowanie odmiennego stanowiska przyczyniłoby się do obchodzenia przez przedsiębiorców przepisów art. 385^{1} k.c. oraz art. 479^{45} k.p.c., i w konsekwencji prowadziłoby do podważenia skuteczności całego systemu. Prezes UOKiK byłby bowiem zobowiązany do wytaczania kolejnych powództw w sprawach, w których postanowienia wzorców różnią się nieznacznie sposobem sformułowania lub do ciągłego wytaczania powództw przeciwko temu samemu przedsiębiorcy. Skutkowałoby to wpisywaniem do rejestru kolejnych, bardzo podobnie sformułowanych klauzul, utrudniając tym samym korzystanie z rejestru oraz zmniejszając jego jasność i przejrzystość. Według Sądu Najwyższego możliwość uznania zachowania przedsiębiorcy polegającego na stosowaniu postanowień wzorców, które nie mając identycznego brzmienia jak postanowienia wpisane do rejestru, o którym mowa w art. 479^{45} § 2 k.c., za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów, w sposób istotny zwiększa skuteczność obu instytucji (tj. niedozwolonych postanowień umownych oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów), zniechęcając przedsiębiorców do obchodzenia wpisów dokonanych w rejestrze niedozwolonych postanowień[22]. Zdaniem Sądu Najwyższego akceptacja stanowiska uznającego, że uznanie określonego postanowienia za klauzulę abuzywną ma zastosowanie tylko w stosunku do przedsiębiorcy, w sprawie którego taki wyrok został wydany, oznaczałoby, że inni przedsiębiorcy działający w tej samej branży, stosując identyczny lub wzorzec lub klauzulę, nie mu-

[19] Wyrok Sądu Antymonopolowego w Warszawie z dnia 2 grudnia 2005 r., sygn. akt VI Aca 760/05, LEX nr 520269119; zob. P. Wawszczak, *op. cit.*

[20] *Ibidem.*

[21] Uchwała SN z dnia 13 lipca 2006 r., sygn. akt III SZP 3/06, LEX nr 197804.

[22] P. Wawszczak, *op. cit.*

sieliby się obawiać żadnych sankcji z tego tytułu do momentu wydania wyroku w ich sprawie. Mogliby więc bez przeszkód działać na szkodę interesów konsumentów, zyskując dzięki takiemu bezprawnemu zachowaniu przewagę nad konkurentami działającymi w sposób nienaruszający interesy konsumentów[23].

Uwzględniając więc *ratio legis* ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, należy w pełni podzielić stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w powyższej uchwale. Stanowisko to powinno pozytywnie wpływać na podniesienie poziomu ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi w sposób odpowiadający wymogom wynikającym z art. 76 Konstytucji RP. Stanowisko to znajduje również oparcie w charakterze postępowania w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone, którego celem podstawowym jest usunięcie postanowień wzorca uznanych za niedozwolone z obrotu ze skutkiem nie tylko dla stron procesu, lecz także wobec osób trzecich. Przedmiotem kontroli nie jest bowiem kwestia ustalenia treści umowy w drodze wykładni, ale wyjaśnienie, czy konkretne postanowienie wzorca umownego stanowi niedozwoloną klauzulę umowną i z tej przyczyny nie wiąże tylko stron postępowania, ale nie ograniczonego kręgu konsumentów. Chodzi tu bowiem o kontrolę abstrakcyjną, skuteczną *erga omnes*, nie zaś o ograniczoną w skutkach do stron wykładnię konkretnej umowy.

Reasumując, należy wskazać, że za praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów może być uznane:

- dalsze stosowanie postanowienia uznanego za niedozwolone oraz wpisanego do rejestru klauzul abuzywnych przez przedsiębiorcę, który był stroną postępowania;
- stosowanie przez przedsiębiorcę postanowienia uznanego za niedozwolone i wpisanego do rejestru klauzul abuzywnych, który nie był stroną postępowania;
- zaprzestanie przez przedsiębiorcę, który był stroną postępowania stosowania postanowienia uznanego za niedozwolone i wpisane do rejestru klauzul abuzywnych, ale rozpoczęcie stosowania przez niego klauzuli, która jest treściowo identyczna z postanowieniem uznanym za niedozwolone;
- stosowanie przez innego przedsiębiorcę klauzuli, która nie będąc treściowo identyczna z postanowieniami wzorca wpisanego do rejestru, wywołuje ten sam skutek.

Powyższe więc zachowania oceniane są jako naruszenie interesów konsumentów i dające podstawę do uruchomienia postępowania w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów na podstawie

[23] *Ibidem*.

ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Innymi słowy w przypadku ich zdiagnozowania zachodzi podstawa do realizacji ochrony interesów konsumentów przed niedozwolonymi postanowieniami wzorca umowy w trybie uregulowanego we wspomnianej ustawie szczególnego postępowania administracyjnego[24].

Umowy kredytu hipotecznego indeksowane w walucie obcej

Istota umowy kredytu, wyrażona w art. 69 ust. 1 ustawy – Prawo bankowe[25], jest zbiorem podstawowych praw i obowiązków stron tej umowy, czyli banku (kredytodawcy) i kontrahenta (kredytobiorcy). Ustawodawca, definiując umowę kredytu, wymienia jej istotne cechy oraz niezbędne elementy treści[26].

Kredyty bankowe w Polsce najczęściej udzielane są w walucie polskiej, ale również mogą być udzielane jako kredyty nominowane w walutach obcych, tzn. kwota kredytu jest wyrażona w walucie obcej, natomiast przekazanie środków i ich spłata następuje w walucie polskiej z zastosowaniem właściwego kursu walutowego[27].

Przez umowę kredytu hipotecznego bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie określoną kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel (ogólnie rzecz biorąc, finansowanie nieruchomości: zakup, budowa, wykończenie itp.), zaś kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu. Umowa ta powinna być zawarta w formie pisemnej, sporządzona w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, po jednym dla każdej ze stron. Umowa kredytu hipotecznego powinna być przejrzysta i szczegółowa, z przyczyn, o których mowa wyżej i uwzględniać ewentualne zmiany w sytuacji kredytowej (finansowej) osoby zaciągającej kredyt hipoteczny w przypadku umowy o kredyt denominowany lub indeksowany do waluty innej niż waluta polska – powinna określać szczegółowe zasady określania sposobów i terminów ustalania kursu wymiany walut, na podstawie którego w szczególności wyliczana jest kwota kredytu, jego transz i rat kapitałowo-odsetkowych oraz zasad przeliczania na walutę

[24] *Ibidem.*

[25] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 128 z późn. zm.).

[26] Z. Ofiarski, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 485.

[27] *Ibidem*, s. 489.

wypłaty albo spłaty kredytu. Oznacza to, że kredytobiorca już na etapie umowy kredytowej powinien być odpowiednio poinformowany przez bank o istotnych dla niego zasadach związanych ze spłatą kredytu[28].

Umowy kredytu indeksowanego lub denominowanego w stosunku do kursu waluty obcej stanowią przedmiot sporu już od dłuższego czasu. Kredyt indeksowany walutą jest to kredyt, w którym wiadomo dokładnie, jaką kwotę w złotych dostanie się przy wypłacie kredytu. Jeśli bank posiada w swojej ofercie ten typ kredytu walutowego, to w umowie kredytowej kwota kredytu będzie wyrażona w złotych polskich (PLN). To oznacza, że dopiero w momencie wypłaty kredytu kwota ta zostanie przeliczona po aktualnym kursie na daną walutę kredytu.

W przypadku kredytu denominowanego bank podaje kwotę kredytu (zarówno na decyzji kredytowej, jak i umowie) w danej walucie kredytu (np. w EUR). Bank przelicza wnioskowaną kwotę w PLN po kursie z dnia decyzji kredytowej. W umowie kredytowej będzie postanowienie, w którym widnieje kwota w walucie obcej. Później, w trakcie wypłaty kredytu, kwota ta jest przeliczana na złote po aktualnym kursie w dniu wypłaty (całej kwoty kredytu lub jego transzy). W tym przypadku nie wiadomo więc, jaka ostatecznie kwota kredytu liczona w PLN zostanie kredytobiorcy wypłacona – jeśli kurs z dnia wypłaty kredytu będzie niższy niż w momencie wydawania decyzji kredytowej, to ostateczna kwota kredytu w PLN będzie niższa od tej, którą wnioskowano[29].

Kontrowersje budzi zarówno charakter prawny tych umów, jak również zgodność wprowadzonych do nich przez banki klauzul z zasadami obrotu konsumenckiego. Od pewnego czasu spory te przenoszą się także do sądów. Wydawane są wyroki w sprawach związanych z kredytami waloryzowanymi w stosunku do kursu waluty obcej.

Nie znajduje uzasadnienia w rzeczywistości rozpowszechniony pogląd, że kredyty indeksowane w stosunku do kursu waluty obcej zaczęły budzić wątpliwości po gwałtownym wzroście kursu franka szwajcarskiego (CHF), stanowiącego walutę, w stosunku do której najczęściej dokonywano indeksacji kredytu. Już w maju 2008 r. UOKiK opublikował *Raport z kontroli wzorców hipotecznych*, w którym wskazano, że stosowane przez banki wzorce umów kredytu indeksowanego/denominowanego w stosunku do kursu waluty obcej zawierają liczne postanowienia rażąco naruszające interesy konsumentów i kształtują ich prawa w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami (klauzule abuzywne). Warto tutaj zwrócić uwagę między innymi na postanowienia umowne uprawniające bank do dowolnego ustalania kursu waluty, w stosunku do której indeksowany jest kredyt, a także

[28] *Ibidem*, s. 491.

[29] K. Mikołajek, M. Szymański, *W obronie frankowiczów*, „Rzeczpospolita" z 22.01.2015 r., s. B6.

pozwalające obciążać kredytobiorców kosztami umów ubezpieczenia zawieranych przez bank, w szczególności tzw. ubezpieczenia niskiego wkładu własnego (UNWW). Publikacja wspomnianego raportu nie wpłynęła jednak na praktykę banków. Tymczasem gwałtowny wzrost kursu CHF spowodował, że zarzuty podniesione przez UOKiK zyskały dużo większe znaczenie w praktyce. Sam wzrost kursu CHF nie był przyczyną sprzeczności wymienionych wyżej postanowień umownych z zasadami obrotu konsumenckiego. Bez wątpienia jednak wpłynął na dotkliwość skutków stosowania tych klauzul przez banki wobec konsumentów[30].

Wobec braku zaprzestania stosowania zakwestionowanych przez UOKiK klauzul przez banki, a tym bardziej wobec nieusunięcia skutków ich stosowania, rozstrzygnięcie ewentualnych sporów dotyczących tychże klauzul mogło nastąpić jedynie na drodze sądowej.

Przegląd orzecznictwa

W sprawach dotyczących kredytów indeksowanych w stosunku do waluty obcej jeden z ważniejszych wyroków zapadł 14 grudnia 2010 r. przed Sądem Okręgowym w Warszawie – SOKiK[31]. W wyroku tym Sąd stwierdził między innymi, że niedozwolone są klauzule, na mocy których bank ma prawo jednostronnego ustalania kursu waluty, w stosunku do której indeksowany jest kredyt. Sąd podkreślił, że umowa musi określać obiektywne kryteria ustalania kursu waluty, w stosunku do której dokonywana jest indeksacja, nie zaś – jak to miało miejsce w bardzo wielu umowach kredytowych – pozwalać bankowi na ustalanie tego kursu w sposób całkowicie dowolny. Podobne stanowisko zajął Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 26 stycznia 2011 r., podążając drogą wskazaną przez Sąd Okręgowy w Warszawie – SOKiK, i tym samym wskazując kierunek dla judykatury w podobnych sprawach[32].

Istotnym w przedmiotowej materii jest wyrok, który zapadł przed Sądem Okręgowym w Łodzi. Sąd stwierdził, że bank stosował w umowach kredytu indeksowanego w stosunku do kursu CHF niedozwolone klauzule pozwalające mu na zmiany oprocentowania kredytu według niejasnych i nieprecyzyjnych kryteriów. Sąd Apelacyjny w Łodzi, oddalając apelację banku od powyższego wyroku, stwierdził, że kwoty niesłusznie pobranych przez bank na podstawie niedozwolonej klauzuli odsetek podlegają

[30] *Ibidem*.

[31] Wyrok SOKiK z dnia 14 grudnia 2010 r., sygn. akt XVII AmC 426/09, <http://orzeczenia.ms.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015].

[32] Wyrok SOKiK z dnia 26 stycznia 2011 r., sygn. akt XVII Ama 89/03, <https://uokik.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015]; zob. K. Mikołajek, M. Szymański, *op. cit.*, s. B7.

zwrotowi na rzecz kredytobiorców na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu[33].

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził między innymi, że w umowie kredytu indeksowanego według kursu waluty obcej, kurs tej waluty służy jedynie do określenia wysokości raty kredytu. Bank nie świadczy usługi wymiany waluty, a więc tzw. spreadowi walutowemu (różnicy pomiędzy kursem sprzedaży i kursem kupna waluty), którego ciężar musi ponieść kredytobiorca, nie odpowiada żadne świadczenie banku.

W przedmiocie umów o kredyt hipoteczny wyjątkowe znaczenie ma wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy – Mokotowa z dnia 7 kwietnia 2014 r.[34] Zapoczątkował on serię podobnych rozstrzygnięć nakazujących bankom zwrot kwot pobranych od kredytobiorców na pokrycie kosztów UNWW. Wcześniej podobne stanowisko zajął Sąd Rejonowy dla Wrocławia – Śródmieścia. Za szczególnie naganne zostało uznane nieinformowanie kredytobiorców przez banki o tym, że UNWW nie zapewnia im żadnej ochrony, a w szczególności o tym, że gdyby kredyt przestał być spłacany, ubezpieczyciel dokona spłaty, w granicach ubezpieczonej kwoty, jednak następnie wystąpi z roszczeniem o zwrot tej kwoty do kredytobiorcy, który ponosił koszt składki ubezpieczeniowej. Przy okazji prowadzonych postępowań sądowych okazało się, że kwota uiszczana przez kredytobiorców, jako zwrot kosztów UNWW często dwukrotnie przewyższała rzeczywiście ponoszone przez bank koszty ubezpieczenia. Wydaje się, że opisana wyżej linia orzecznicza będzie utrwalona, na co wskazuje oddalenie apelacji banku przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu. Warto tutaj zwrócić uwagę, że główny zarzut związany z nakładaniem na kredytobiorcę obowiązku opłaty tytułem UNWW, tj. brak jakiegokolwiek świadczenia wzajemnego ze strony banku, pozostaje aktualny niezależnie od kursu CHF[35].

Wśród wyroków dotyczących sporów na tle umów o kredyt hipoteczny w walucie obcej szczególne znaczenie ma wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 listopada 2014 r.[36] Sąd dokonał w nim, w sposób pionierski, analizy funkcji tzw. klauzuli indeksacyjnej w umowach kredytowych. Sąd wskazał, że kredytobiorca zawiera umowę kredytu, aby dostać do dyspozycji na oznaczony czas określoną kwotę pieniężną niezbędną

---

[33] Wyrok SA w Łodzi z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt I ACa 1209/13, <http://orzeczenia.lodz.sa.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015]; zob. K. Mikołajek, M. Szymański, *op. cit.*, s. B6.

[34] Wyrok SR dla Warszawy – Mokotowa z dnia 7 kwietnia 2014 r., sygn. akt I C 2565/13, <http://orzeczenia.mokotow.warszawa.so.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015]

[35] K. Mikołajek, M. Szymański, *op. cit.*, s. B6.

[36] Wyrok SO w Szczecinie z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt I C 554/14, <http://szczecin.so.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015].

do realizacji zamierzonego przedsięwzięcia, zaś bank udziela kredytu, aby oprócz zwrotu przekazanych środków, otrzymać korzyść w postaci oprocentowania i prowizji. Wprowadzenie do umowy tzw. klauzuli indeksacyjnej nie zmienia opisanego wyżej celu umowy. Umowa kredytowa, do której wprowadzono postanowienia dotyczące tzw. indeksacji w stosunku do kursu waluty obcej, nie staje się przez to „umową o produkt strukturyzowany o wysokim stopniu skomplikowania". Klauzula indeksacyjna nie ma charakteru instrumentu inwestycyjnego i nie zostaje wprowadzona do umowy kredytowej, aby zapewnić stronom możliwości czerpania korzyści z kupna i sprzedaży waluty obcej, tylko dla zachowania na okres, na jaki zostaje udzielony kredyt, jednolitej wartości wzajemnych świadczeń stron[37]. Klauzule walutowe stanowią zatem, znaną z Kodeksu cywilnego, instytucję waloryzacji umownej zobowiązania pieniężnego. Powyższe spostrzeżenie Sądu Okręgowego w Szczecinie pozwala na ocenę funkcji klauzul waloryzacyjnych w umowach kredytu.

Powiązanie kwoty kredytu oraz wysokości rat jego spłaty z kursem waluty obcej nie ma na celu wprowadzenia do tej umowy instrumentu inwestycyjnego, a tym samym umożliwienia stronom osiągania zysku z handlu walutą. Jak zauważył zarówno Trybunał Sprawiedliwości UE, jak i Sąd Okręgowy w Szczecinie w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2014 r., w badanych umowach kredytowych do faktycznego transferu wartości dewizowych nie dochodziło. Różnica pomiędzy kursem zakupu danej waluty a kursem sprzedaży tej waluty przez bank (tzw. spread), ustalana wyłącznie przez bank, stanowiła jego czysty dochód, zwiększający dodatkowo koszty kredytu dla klienta[38].

Celem wprowadzenia klauzul walutowych do umowy kredytu było utrzymanie równej wartości świadczeń obu stron i zabezpieczenie banku przed stratą spowodowaną inflacją. Zaistnienie sytuacji, w której klauzula waloryzacyjna odwołująca się do kursu CHF działa nieprawidłowo z uwagi na nieprzewidziany wzrost kursu CHF, nie uzasadnia traktowania kredytobiorców, którzy zaciągnęli kredyt waloryzowany tą walutą, jako uczestników ryzykownej gry inwestycyjnej. Aby rzeczywista funkcja klauzul waloryzacyjnych była spełniona, kurs waluty, do którego odwołuje się klauzula, musi być ustalany w sposób obiektywny. Jeżeli jednak jest on ustalany przez kredytujący bank, ryzyko związane ze zmianami tego kursu obciąża jedynie kredytobiorcę. Gdyby zmiana kursu rynkowego była dla banku niekorzystna, mógłby on określić wysokość zobowiązań kredytobiorcy, ustalając kurs w korzystny dla siebie sposób. Tak skonstruowana klauzula waloryzacyjna w sposób oczywiście rażący narusza równowagę kontraktową stron i zapewnia bankowi nieuzasadnione

[37] K. Mikołajek, M. Szymański, *op. cit.*, s. B7.
[38] *Ibidem*.

korzyści[39]. Uznanie tak skonstruowanej klauzuli za abuzywną jest w pełni zasadne, a obserwując kształtującą się linię orzeczniczą w podobnych sprawach, nasuwa się konkluzja, że kwestia ta jest już rozstrzygnięta.

Niebagatelne znaczenie ma również stanowisko Sądu Okręgowego w Szczecinie w sprawie skutków ustalenia, że zawarta w umowie kredytowej klauzula waloryzacyjna jest niedozwolonym postanowieniem umownym w rozumieniu art. 385[1] k.c. Przepis ten stanowi jednoznacznie, że niedozwolone postanowienia umowne nie wiążą konsumenta. Jeżeli zatem klauzula waloryzacyjna wprowadzona do umowy przez bank ma charakter abuzywny, umowa kredytowa nadal wiąże strony, jednakże nie podlega waloryzacji. Rozstrzygnięcie, że wobec braku związania konsumenta klauzulą waloryzacyjną kredytobiorca zobowiązany jest spłacić kredyt w kwocie nominalnej wraz z ustalonymi w umowie odsetkami niewątpliwie stawia bank w mniej uprzywilejowanej sytuacji niż ta, którą założył, zawierając umowę, a w szczególności może ograniczyć w pewnym stopniu zysk, jaki przynieść miała bankowi zawarta umowa kredytowa.

Na tle przedmiotowej materii, podsumowując, warto pokrótce wskazać także na wyroku sądowe, które otwierają drogę dochodzenia roszczeń w związku z istnieniem w umowach kredytu hipotecznego w walucie obcej postanowień godzących w równowagę kontraktową.

Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 27 października 2010 r. orzekł, że ustalenie zmiennej stopy oprocentowania powinno być tak unormowane w umowie, aby w chwili zawarcia umowy konsument mógł dokonać oceny celowości i opłacalności zaciągniętego kredytu i aby w toku spłacania kredytu zmiany jego oprocentowania nie miały charakteru oderwanego od wpływających na nie czynników[40].

W wyroku z dnia 21 października 2011 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie wyraźnie wskazał, że skoro bank może wybrać dowolne i niepoddające się weryfikacji kryteria ustalania kursów kupna i sprzedaży walut obcych, stanowiących narzędzie indeksacji kredytu i rat jego spłaty, wpływając na wysokość własnych korzyści finansowych i generując dla kredytobiorcy dodatkowe i nieprzewidywalne co do wysokości koszty kredytu, to klauzule te rażąco naruszają zasadę równowagi kontraktowej stron na niekorzyść konsumentów, a także dobre obyczaje, które nakazują, by ponoszone przez konsumenta koszty związane z zawarciem i wykonywaniem umowy – o ile nie wynikają z czynników obiektywnych – były możliwe do przewidzenia, a sposób ich generowania poddawał się weryfikacji[41].

---

[39] *Ibidem*.

[40] Wyrok SA w Warszawie z dnia 27 października 2010 r., sygn. akt VI Aca 775/10, <http://orzeczenia.ms.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015].

[41] Wyrok SA w Warszawie z dnia 21 października 2011 r., sygn. akt VI Aca 420/11, <http://orzeczenia.ms.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015].

Zwrócił też uwagę na fakt, że ustawodawca upoważnił sądy orzekające w sprawach, o których mowa w art. 479[36] k.p.c., do abstrakcyjnej kontroli wzorca umowy, a więc kontroli dotyczącej wyłącznie treści postanowień zawartych we wzorcu, a ściślej do badania – czy są one niedozwolone, czy nie, w oderwaniu od warunków ekonomicznych i gospodarczych działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę. Nie mają żadnego znaczenia kwestie sposobu organizacji czy specyfiki działalności prowadzonej przez przedsiębiorcę.

W wyroku z dnia 4 listopada 2011 r. Sąd Najwyższy wskazał, że klauzula zmiennego oprocentowania nie może mieć charakteru blankietowego, lecz powinna dokładnie wskazywać czynniki (okoliczności faktyczne) usprawiedliwiające zmianę oprocentowania oraz relację pomiędzy zmianą tych czynników a rozmiarem zmiany stopy oprocentowania kredytu[42]. Powinna precyzyjnie określać wpływ zmiany wskazanych okoliczności na zmianę stopy procentowej, a więc kierunek, skalę, proporcję tych zmian.

Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 2 grudnia 2011 r. uznał, że wprawdzie samo zastrzeżenie przez bank zmiennej stopy procentowej kredytu nie stanowi niedozwolonej klauzuli wzorca umownego w rozumieniu art. 385[1] k.c., to sposób określenia przez bank warunków zmiany procentowej kredytu podlega ocenie z punktu widzenia konsumenta i w tym zakresie banki powinny zachować szczególną staranność w odniesieniu do precyzyjnego, jednoznacznego i zrozumiałego dla kontrahenta określenia tych warunków[43].

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 14 grudnia 2010 r. stwierdził, że niedozwolone są klauzule, na mocy których bank ma prawo jednostronnego ustalania kursu waluty, w stosunku do której indeksowany jest kredyt[44], natomiast w wyroku z dnia 24 lipca 2012 r. orzekł, że bank nie może zastrzegać w umowach kredytowych możliwości zmiany oprocentowania na podstawie nieprecyzyjnych parametrów rynku finansowego i kapitałowego[45].

Sąd Rejonowy w Łodzi wyrokiem z dnia 5 października 2012 r. nakazał bankowi zapłatę na rzecz trzech klientów kwoty odpowiadającej różnicy między ratami należnymi według oprocentowania obowiązującego

[42] Wyrok SN z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt I CSK 46/11, <http://orzeczenia.ms.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015].

[43] Postanowienie SN z dnia 21 grudnia 2011 r., sygn. akt I CSK 310/11, <http://orzeczenia.ms.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015].

[44] Wyrok SOKiK z dnia 14 grudnia 2010 r., sygn. akt XVII AmC 426/09, <http://orzeczenia.ms.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015].

[45] Wyrok SOKiK z dnia 24 lipca 2012 r., sygn. akt XVII AmC 285/11, <http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl> [dostęp: 14.12.2015].

w dniu podpisania umowy a pobranymi faktycznie przez bank według stawki podwyższonej decyzjami zarządu[46].

W dniu 30 kwietnia 2014 r. Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził między innymi, że w umowie kredytu indeksowanego według kursu waluty obcej, kurs tej waluty służy jedynie do określenia wysokości raty kredytu. Bank nie świadczy usługi wymiany waluty, a więc tzw. spreadowi walutowemu (różnicy pomiędzy kursem sprzedaży i kursem kupna waluty), którego ciężar musi ponieść kredytobiorca, nie odpowiada żadne świadczenie banku[47].

Uwagi końcowe

Powyższe analizy pozwalają na stwierdzenie, że banki, przez stosowanie niedozwolonych klauzul umownych, niejako zapracowały na konsekwencje prawne wynikające z przedstawionych wyżej orzeczeń wymiaru sprawiedliwości. Banki, które wprowadziły do umów kredytowych klauzule waloryzacyjne pozwalające na manipulowanie kursem waluty obcej, powinny – jako profesjonaliści w obrocie – ponieść skutki lekceważenia zasad rządzących obrotem konsumenckim.

Wbrew powszechnej opinii przyczyną zakwestionowania stosowania analizowanych klauzul nie był wzrost kursu franka szwajcarskiego, ale realne istnienie w umowach kredytowych postanowień naruszających interesy konsumenta. Wzrost kursu CHF spowodował natomiast, że kredytobiorcy zobowiązani są zwrócić bankowi kwotę w walucie polskiej niemal dwukrotnie większą od tej, którą otrzymali. Nie zmienia to jednak faktu, że zarzuty podniesione przeciw stosowanym klauzulom byłyby również prawnie uzasadnione, gdyby do wzrostu kursu CHF nie doszło.

Raport o sytuacji banków w 2007 r. sporządzony przez Komisję Nadzoru Finansowego (KNF) po inspekcjach przeprowadzonych przez nadzór bankowy w latach 2006–2007, a więc gdy frankowa euforia osiągała swoje apogeum, pokazuje ówczesny stan wiedzy w tej materii: „Nie można wykluczyć, że pomimo obecnej aprecjacji złotego w długiej perspektywie dojdzie do jego osłabienia względem CHF, co spowoduje, że część kredytobiorców nie będzie w stanie wywiązać się ze swoich zobowiązań. O tym, że to scenariusz, który musi być brany pod uwagę (zarówno przez kredytobiorców, banki, jak i nadzór bankowy), przekonuje historia dolara ame-

[46] Wyrok SR w Łodzi z dnia 5 października 2012 r., sygn. akt XVIII C 1696/12, <www.orzeczenia.com.pl> [dostęp: 14.12.2015].

[47] Sprawa C-26/13, Komunikat prasowy nr 66/14, <http://curia.europa.eu> [dostęp: 14.12.2015].

rykańskiego."[48] Niestety scenariusz taki nie był brany pod uwagę przez kredytobiorców, ponieważ nie mieli o nim pojęcia, natomiast ani banki, ani nadzór ich o tym nie informowali. Jak bardzo banki, mając w perspektywie gigantyczne zyski, były zdeterminowane w udzielaniu co najmniej kontrowersyjnych kredytów, świadczy inny fragment wspomnianego raportu KNF: „W niektórych bankach chęć zdobycia rynku doprowadziła do nadmiernego rozluźnienia polityki kredytowej przez m.in. przyjmowanie zaniżonych kosztów utrzymania gospodarstw domowych, nieuwzględnianie w ocenie wszystkich zobowiązań finansowych obciążających kredytobiorcę, rezygnację z dokumentów potwierdzających sytuacje dochodowo-majątkową dłużnika, ograniczając się do oświadczenia kredytobiorcy o wysokości uzyskiwanych dochodów lub niewystarczającą weryfikację dokumentów, wydłużanie okresów trwania umów kredytowych, stosowanie okresów preferencyjnych marż i odsetek, co było, co było jedną z przyczyn «kryzysu subprime»"[49].

Reasumując, uwolnienie kursu franka szwajcarskiego przez Narodowy Bank Szwajcarii było tylko kroplą, która przelała kielich goryczy sytuacji tzw. frankowiczów, którą to sytuację banki z premedytacją budowały latami.

[48] K. Mikołajek, M. Szymański, *op. cit.*, s. B8.
[49] Za: W. Surmacz, *Banki i frankowy armagedon*, „W sieci" 2015, nr 5, s. 92.

Marcin Jędrejek

Zakres przedmiotowy prokury a obrót nieruchomościami

Prokura jest bardzo ważną instytucją współczesnego obrotu gospodarczego. Obecnie cieszy się również niesłabnącym zainteresowaniem doktryny. Niestety, jej regulacja jest przedmiotem licznych kontrowersji, co przekłada się na problemy w jej praktycznym funkcjonowaniu[1]. Wątpliwości nie powinien za to budzić charakter prawny prokury. Kodeks cywilny[2] w art. 109[1] *expressis verbis* stanowi, że prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Do jej cech charakterystycznych zalicza się ograniczony katalog podmiotów posiadających legitymację czynną do jej udzielenia[3], bardzo szeroki, ustawowo określony zakres umocowania obejmujący czynności związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa, obligatoryjny wpis do rejestru, a także nieograniczoną odwołalność tego pełnomocnictwa[4]. Niniejsza praca związana jest tylko z pewnym aspektem funkcjonowania prokury, mianowicie relacją między zakresem prokury a obrotem nieruchomościami.

[1] Tytułem przykładu podać można konstrukcje tzw. prokury łącznej niewłaściwej zakwestionowanej ostatnio przez Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. akt III CZP 34/14, M. Praw. 2015, nr 4, s. 172.

[2] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 z późn. zm.), dalej: k.c.

[3] Problem budzić może za to komu konkretnie przysługuje legitymacja czynna do udzielenia prokury. Na ten temat zob. np. M. Wyrwiński, *Udzielenie prokury przez przedsiębiorcę będącego osobą fizyczną*, M. Praw. 2005, nr 1, s. 22–28; A. Herbet, *W kwestii dopuszczalności udzielenia prokury przez spółkę handlową w organizacji*, „Palestra" 2013, nr 3–4, s. 9–18; L. Moskwa, *Prokura – kilka uwag w kwestii nowej regulacji*, [w:] *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga jubileuszowa profesora Bronisława Ziemianina*, pod red. M. Zielińskiego, Szczecin 2005, s. 180–191.

[4] Zob. M. Pazdan [w:] *System prawa prywatnego. Tom 2: Prawo cywilne – część ogólna*, pod red. Z. Radwańskiego, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 535.

Jak już zostało wspomniane zakres prokury należy do jej cech charakterystycznych. Pomimo że jest najszerszy wśród pełnomocnictw znanych Kodeksowi cywilnemu, to nie jest on jednak nieograniczony. Według art. 109^3 k.c. prokura nie obejmuje umocowania do zbycia przedsiębiorstwa, do dokonania czynności prawnej, na podstawie której następuje oddanie go do czasowego korzystania oraz zbywania i obciążania nieruchomości. Do powyższych czynności wymagane jest pełnomocnictwo do poszczególnej czynności. Pierwszą kwestią, jaką należy podjąć jest rozumienie terminu zbycia nieruchomości. Pojawić się może bowiem pytanie, czy zwrot ten odnieść należy tylko do umów o skutku rzeczowym, czy też przez pojęcie to należy rozumieć również czynności o charakterze zobowiązującym. W literaturze wskazuje się na szersze rozumienie komentowanego przepisu, a więc obejmujące również czynności prawne nieprzenoszące bezpośrednio własności nieruchomości[5]. Takie stanowisko opiera się niewątpliwie na argumentach natury celowościowej. Zaznaczyć jednak należy, że odnaleźć można również zapatrywanie odmienne, według którego pojęcie „zbywanie" odnieść należy do tylko do czynności rozporządzających i zobowiązująco-rozporządzających[6]. Wydaje się, że bardziej praktyczne jest stanowisko pierwsze. Zauważmy, że np. zawarcie umowy przedwstępnej[7] do sprzedaży nieruchomości w formie aktu notarialnego skutkuje powstaniem roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej. W takim wypadku, mimo że własność nieruchomości nie została przeniesiona, to może to niebawem nastąpić. Jeżeli prokurent mógłby także skutecznie zobowiązać mocodawcę do zawarcia umowy przenoszącej własność nieruchomości, ale nie mógłby sam jej zawrzeć, skutkowałoby to widocznym dysonansem.

Samo pojęcie zbywania nieruchomości należy rozumieć szeroko, a nie pojmować przez nie tylko sprzedaż tego typu rzeczy. Wymienić możemy tu np. umowy darowizny, dożywocia czy zamiany[8]. Kompetencja prokurenta nie obejmuje również wniesienia nieruchomości jako wkładu do

---

[5] Zob. S. Rudnicki [w:] G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, wyd. 4, Warszawa 2007, s. 459; J. Strzebinczyk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, wyd. 6, Warszawa 2014, s. 263; M. Bielecki, *Ograniczenia prokury*, M. Praw. 2007, nr 1, s. 12; U. Promińska [w:] *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz*, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej, Warszawa 2009, s. 1002. Mniej jednoznacznie M. Pazdan [w:] *Kodeks cywilny. Tom 1: Komentarz do art. 1–449^{10}*, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 511.

[6] K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 1*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2012, s. 629.

[7] Pamiętając, że umowa przedwstępna nie jest umową zobowiązującą do przeniesienia własności – K. Gołębiowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, wyd. 6, Warszawa 2014, s. 337.

[8] S. Rudnicki [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, wyd. 6, Warszawa 2004, s. 423.

spółki lub spółdzielni[9]. Prokurent nie będzie mógł również zawrzeć umowy przedwstępnej, której następstwem byłoby wyzbycie się przez reprezentowanego nieruchomości.

Większe trudności interpretacyjne przynosi za to sformułowanie „obciążanie nieruchomości". Bezspornym jest, że statuuje ono zakaz ustanawiania przez pełnomocnika handlowego ograniczonych praw rzeczowych na nieruchomości. Wątpliwości budzi jednak kwestia zawarcia pewnego rodzaju umów, poprzez które oddaje się nieruchomość we władanie innemu podmiotowi. I tak wyrażony został pogląd, według którego za obciążenia uznać należy również zawarcie umów najmu czy dzierżawy, jeżeli prawo to zostaje wpisane do księgi wieczystej, a przez to staje się skuteczne *erga omnes*[10]. Inni autorzy wskazują podobne umowy (dodając np. leasing[11]), nawet bez konieczności wpisu do księgi wieczystej. Dla powyższej sprawy kluczowe znaczenie będzie miała treść art. 109^3 k.c. Czytamy w nim, że „do zbycia przedsiębiorstwa, do oddania go do czasowego korzystania, oraz do zbywania i obciążania nieruchomości jest wymagane pełnomocnictwo do poszczególnej czynności". Zakaz oddawania do czasowego korzystania odnosi się tylko do przedsiębiorstw. Nie są nim zatem objęte nieruchomości. Trudno zatem stwierdzić, że np. wydzierżawienie obciąża nieruchomość. Przecież nie zostały dokonane zmiany właścicielskie. Na mocy umowy dana nieruchomość może generować zysk w postaci czynszu. Wskazuje się, że zwrot „oddanie do czasowego korzystania" jest szersze niż „obciążanie" dlatego nie można ich każdorazowo utożsamiać[12]. Prowadzi to zatem do konkluzji, iż zawieranie tego typu umów z zasady mieści się w zakresie umocowania prokurenta.

W doktrynie można znaleźć również pogląd, według którego ograniczenia dotyczące własności nieruchomości znajdują zastosowanie również do użytkowania wieczystego, jednakże bez podania jakiejkolwiek argumentacji[13]. Zarówno w judykaturze[14], jak i w doktrynie[15] wskazuje się na analogiczne stosowanie przepisów dotyczących prawa własności do użytkowania wieczystego. Pamiętać jednak należy, że użytkowanie wieczyste jest prawem na rzeczy cudzej i rozdzielić należy rozporządzanie tym pra-

---

[9] U. Promińska, *op. cit.*, s. 1002.

[10] Tak K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] *Kodeks cywilny…*, s. 629; P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. J. Ciszewskiego, Warszawa 2013, s. 241.

[11] J. Strzebinczyk, *op. cit.*, s. 263.

[12] M. Bielecki, *op. cit.*, s. 12.

[13] Zob. S. Rudnicki [w:] *Komentarz…*, s. 423.

[14] Zob. uchwały SN: z dnia 22 października 1968 r., sygn. akt III CZP 98/68, LEX nr 903; i z dnia 29 maja 1974 r., sygn. akt III CZP 21/74, LEX nr 1178.

[15] Zob. np. A. Cisek, K. Górska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. E. Gniewka, P. Machnikowskiego, wyd. 6, Warszawa 2014, s. 456.

wem oraz rozporządzanie terenem, na którym jest ustanowione[16]. Co więcej, należy zwrócić uwagę, że przepis art. 109^3 k.c. ma charakter szczególny i zabroniona jest jego wykładani rozszerzająca, a także jego stosowanie na zasadzie *analogiae legis*[17]. Wydaje się więc, że w przypadku prokury należy przyznać pierwszeństwo wykładni językowej. Cechy prokury mają zapewnić bezpieczeństwo obrotu, uchylając potrzebę indywidualnej oceny zakresu umocowania prokurenta[18]. W każdym przypadku należy będzie jednak badać, czy dana czynność mieści się w ogólnych granicach prokury, czyli czynnościach związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa.

Na gruncie Kodeksu handlowego[19] pojawił się pogląd mówiący, że ograniczenia prokury związane ze zbywaniem nieruchomości dotyczą tych nieruchomości, na których prowadzi się przedsiębiorstwo lub które są związane z przedsiębiorstwem. Co więcej, ten zakaz nie dotyczy tych przedsiębiorstw, których przedmiotem działalności jest sprzedaż nieruchomości. Argumentowane jest to twierdzeniem, iż w przypadku przedsiębiorstw związanych z obrotem nieruchomościami komentowane ograniczenia skutkowałyby niemożnością udzielenia prokury[20]. Ponadto podnoszone było, że w takim wypadku udzielenie prokury powinno nastąpić w formie aktu notarialnego dla skuteczności dokonywania czynności związanych z obrotem nieruchomościami[21]. Zaznaczmy od razu, że ze względu na podobieństwo regulacji[22] rozważania toczone na gruncie Kodeksu handlowego nadal zachowują swoją aktualność. W najnowszym piśmiennictwie znaleźć możemy podobne stanowisko mówiące o braku zastosowania normy przepisu 109^3 k.c. w przypadku gdy zbywanie lub obciążanie nieruchomości mieści się w zakresie działalności gospodarczej danego

[16] H. Witczak, *Kilka uwag na temat wywłaszczenia użytkowania wieczystego*, [w:] *Ius et veritas. Księga poświęcona pamięci Michała Staszewicza*, pod red. D. Dudka, A. Janickiej, W.Sz. Staszewskiego, Lublin 2003, s. 462.

[17] K. Piasecki, *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna*, Kraków 2003, s. 450.

[18] B. Gawlik [w:] *System prawa cywilnego. Tom 1*, pod red. S. Grzybowskiego, Wrocław 1985, s. 789.

[19] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz. U. Nr 57 poz. 502 z późn. zm.), dalej: k.h.

[20] Zob. M. Allerhand, *Kodeks handlowy. Komentarz*, wyd. 5, Bielsko-Biała 1999, s. 78–79.

[21] Zob. J. Szwaja [w:] *Kodeks handlowy. Komentarz. Tom 1*, pod red. S. Sołtysińskiego, A. Szajkowskiego, J. Szwaji, Warszawa 1994, s. 459–460.

[22] Dla niniejszej pracy kluczowe znacznie ma art. 61 k.h., który brzmi:
„§ 1. Prokura upoważnia do wszystkich czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem jakiegokolwiek przedsiębiorstwa zarobkowego.
§ 2. Do zbycia przedsiębiorstwa, wydzierżawienia i ustanowienia na nim prawa użytkowania oraz **zbywania i obciążania nieruchomości** [*podkr. – M.J.*] potrzeba wyraźnego upoważnienia.
§ 3. Nie można ograniczyć prokury ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich."

przedsiębiorcy[23]. W literaturze można znaleźć określenie tego poglądu jako ekonomicznie i praktycznie zasadny[24]. Czy jednak jest to stanowisko zgodne z prawem? Co do tego można mieć uzasadnione wątpliwości. Już na gruncie Kodeksu handlowego celnie wskazano, że gdyby dla przedsiębiorstw zajmujących się obrotem nieruchomościami uczynić wyjątek od zakazu ustawowego, to doprowadziłoby to do sytuacji, w której prokurent nigdy do zbycia nieruchomości nie potrzebowałby dodatkowego pełnomocnictwa, skoro prokura obejmuje czynności związane z prowadzeniem jakiegokolwiek przedsiębiorstwa[25] (a więc także przedsiębiorstwa zajmującego się obrotem nieruchomościami). Zarówno Kodeks handlowy, jak i Kodeks cywilny nie zawierają nigdzie normy dozwalającej na ograniczenie stosowania art. 109^3 k.c. do określonego typu przedsiębiorców. Co więcej, wprowadzenie stosownego przepisu było przedmiotem dyskusji toczonej w ramach projektu nowelizacji Kodeksu cywilnego[26]. Pamiętajmy, że o znaczeniu czynności będących ograniczeniami prokury zawartymi w komentowanym przepisie decyduje ich przedmiot[27]. Uzależnienie zakresu prokury od profilu działalności danego podmiotu byłoby sprzeczne z ideą prokury jako instytucji jak najbardziej transparentnej, służącej budowaniu pewności obrotu handlowego. Zgodzić się należy z twierdzeniem, że ograniczenia w rozporządzaniu nieruchomościami są niezależne od przedmiotu działalności konkretnego mocodawcy prokurenta.

W tym miejscu odnieść się możemy również do kwestii, czy udzielenie prokury w formie aktu notarialnego wpłynie na rozszerzenie jej zakresu o czynności wyłączone na podstawie art. 109^3 k.c. Nie powinno budzić większych wątpliwości, że do tego zagadnienia należy odnieść się w sposób jak najbardziej negatywny. Nie bez powodu zakres prokury należy do jej cech charakterystycznych. Jest on wskazany ustawowo i nie można wyobrazić sobie sytuacji, w której forma danej czynności prawnej będzie modyfikowała materię ustawową. Co więcej, powstawałby problem, w jaki sposób należy owe „rozszerzenie" prokury ujawnić w Krajowym Rejestrze Sądowym, do którego to pełnomocnictwo jest wpisywane.

Powyższe uwagi odnoszą się również do udziału we własności nieruchomości[28]. Pamiętać należy, że czynności prawne mające za przedmiot

[23] Zob. K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] *Kodeks cywilny*…, s. 629.

[24] Tak J. Szwaja, I.B. Mika [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tom 5*, pod red. S. Sołtysińskiego, A. Szajkowskiego, A. Szumańskiego, J. Szwaji, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 363.

[25] Zob. T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy z komentarzem i skorowidzem*, Łódź 1999, s. 72.

[26] J. Grykiel, *Ustawowe granice prokury – kilka uwag w kwestii wykładni art. 109^3 KC*, M. Praw. 2005, nr 23, s. 1182.

[27] P. Nazaruk, *op. cit.*, s. 240.

[28] Podobnie np. K. Kopaczyńska-Pieczniak, [w:] *Kodeks cywilny*…, s. 628.

część ułamkową danej rzeczy są obarczone tymi samymi rygorami co działania dotyczące całości. Ponadto ujęcie odrębne stwarzałoby możliwość łatwego obchodzenia przez prokurentów zakazu z art. 109^3 k.c.

Należy zatrzymać się na chwilę nad problemem przekroczenia przez kwalifikowanego pełnomocnika zakresu umocowania. W piśmiennictwie można spotkać się ze wskazaniem na zastosowanie sankcji nieważności ze względu na sprzeczność danej czynności z prawem[29]. Przypomnijmy jednak raz jeszcze, że prokura jest pełnomocnictwem. Implikuje to konieczność stosowania do niej przepisów dotyczących właśnie pełnomocnictwa w tym normy art. 103 k.c.[30] W przypadku przekroczenia umocowania lub działania bez umocowania przez pełnomocnika dwustronne czynności prawne przez niego dokonane będą dotknięte sankcją bezskuteczności zawieszonej. O nieważności całkowitej będzie można mówić dopiero po braku uzyskania potwierdzenia umowy w odpowiednim terminie wyznaczonym przez drugą stronę[31].

Pełnomocnik handlowy do dokonania czynności wymienionych enumeratywnie w art. 109^3 k.c. potrzebuje pełnomocnictwa do dokonania poszczególnej czynności. Nie może więc zostać mu udzielone pełnomocnictwo rodzajowe obejmujące dany aspekt gospodarowania nieruchomościami, niemieszczący się w jego kompetencji jako prokurenta[32]. Byłaby to czynność sprzeczna z prawem, a przez to nieważna na podstawie art. 58 § 1 k.c.[33] Jest to istotnym utrudnieniem dla prokurentów zajmujących się obsługą przedsiębiorstw związanych z obrotem nieruchomościami. Wydaje się, że praktyczniejsze byłoby w takim wypadku udzielenie pełnomocnictwa ogólnego. Gospodarowanie nieruchomościami mieściłoby się w pojęciu zwykłego zarządu, które wyznacza zakres tego rodzaju umocowania. Co ciekawe również w tym wypadku takie pełnomocnictwo nie musiałoby być udzielone w formie aktu notarialnego. Jego zakres jest bowiem również oparty o przepis ustawy – art. 98 k.c., a jego forma wskazana jest przez art. 99 § 2 k.c. (powinno być ono udzielone na piśmie pod rygorem nieważności).

---

[29] Zob. M. Litwińska-Werner, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 125.

[30] Zwłaszcza że art. 109^1–109^9 k.c. nie zawierają wyczerpującej regulacji tej instytucji – L. Moskwa [w:] *Prawo spółek handlowych. Podręcznik akademicki,* pod red. A. Kocha, J. Napierały, wyd. 4, Warszawa 2013, s. 153.

[31] Zob. A. Kawałko, H. Witczak, *Prawo cywilne – część ogólna,* wyd. 3, Warszawa 2010, s. 195.

[32] M. Pazdan, *O rolach, w jakich może występować prokurent przy dokonywaniu czynności prawnych*, „Rejent" 2003, nr 12, s. 14.

[33] J. Grykiel, *Ustawowe*…, s. 1182.

Należy jednak zwrócić uwagę, że w kompetencji prokurenta mieści się cały szereg czynności związanych z nieruchomościami. Wynika to z faktu, że zakazów z art. 109^3 k.c. nie można traktować w sposób rozszerzający. Prokurent może więc zwalniać nieruchomości z obciążeń poprzez np. spłatę hipoteki[34]. Może również nabywać nieruchomości i dokonywać czynności zmierzających do obciążenia nieruchomości nienależących do mocodawcy. Podkreślić należy, że nie jest wymagane do tego udzielenie prokury w formie aktu notarialnego. Zakres tego rodzaju pełnomocnictwa jest bowiem wskazany ustawowo. Można powiedzieć, że swoją siłę czerpie niejako nie z woli pryncypata i formy jego oświadczenia, ale wprost z normy aktu prawnego. Należy przypomnieć, że zakres prokury jest niemodyfikowalny ze skutkiem wobec osób trzecich[35]. Oczywiście można za to wprowadzić różnego rodzaju ograniczenia natury kontraktowej. Mogą one dotyczyć także problematyki obrotu nieruchomościami. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby wprowadzić umowne ograniczenie prokury w postaci zakazu nabywania nieruchomości. Będzie jednak miało ono zastosowania tylko w stosunkach prokurent – mocodawca i prowadzić może do odpowiedzialności odszkodowawczej pełnomocnika. Prokurent uprawniony będzie również do opłacania różnego typu danin publicznych powstałych w związku z posiadaniem i obrotem nieruchomościami.

W związku z faktem, iż prokura upoważnia również do dokonywania czynności procesowych[36], prokurent może inicjować lub brać udział również w postępowaniach sądowych i pozasądowych dotyczących kwestii związanych z nieruchomościami. Problematyczne może być, czy może w takich sprawach zawrzeć ugodę.

Kilka słów warto poświęcić również na omawiane w tej pracy zagadnienie w kontekście ewentualnej nowej kodyfikacji prawa cywilnego. W projekcie księgi pierwszej „nowego kodeksu cywilnego"[37] znajdziemy bowiem interesujące nas przepisy. Kluczowe znaczenie będzie miał projektowany art. 168, który brzmi:

„§ 1. Prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

§ 2. Prokura nie obejmuje umocowania do:

1) zbywania i nabywania przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części;

---

[34] M. Bielecki, *op. cit.*, s. 13 oraz tam podana literatura.

[35] Zob. art. 109^1 § 2 k.c.

[36] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 12, Warszawa 2013, s. 340.

[37] *Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego działająca przy Ministrze Sprawiedliwości. Księga pierwsza kodeksu cywilnego. Projekt z uzasadnieniem*, Warszawa 2009.

2) dokonywania czynności prawnej, na podstawie której następuje oddanie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części do czasowego korzystania;
3) dokonywania czynności zastrzeżonej ustawą wyłączenie dla organu przedsiębiorcy lub innych osób uprawnionych ustawowo do jego reprezentacji.

§ 3. Do zbywania, **nabywania** [*podkr. – M.J.*] i obciążania nieruchomości jest wymagane pełnomocnictwo do poszczególnej czynności, chyba że co innego wynika z treści prokury ujawnionej w rejestrze przedsiębiorców."

Z zakresu prokury z zasady wyłączone zostało nabywanie nieruchomości, *de lege lata* mieszczące się w jej zakresie. Uzasadnienie projektu niestety milczy na temat przesłanek, które stały za takim ukształtowaniem zakresu omawianej instytucji. Nie wydaje się to jednak działaniem zasadnym[38]. Nabywanie nowych aktywów mieści się bowiem ogólnie rozumianej koncepcji prokury[39]. Ograniczanie zakresu prokury w negatywny sposób może wpływać na jej funkcjonowanie w obrocie. Zauważmy, że wprowadzenie ustawowych wyłączeń od pełnomocnictwa ogólnego[40] spotkało się również z negatywną opinią w doktrynie[41].

Legislator proponuje za to możliwość swoistego rozszerzenia prokury o czynności związane z obrotem nieruchomościami. W literaturze spotkało się to jednak z krytyką. Wskazuje się, że taka dwoistość godzi w istotny walor prokury, jakim jest ustawowy, stypizowany zakres uprawnień prokurenta, co ma związek z pewnością i bezpieczeństwem obrotu[42]. Pojawiają się również problemy interpretacyjne[43].

Podsumowując nie można postawić tezy, że prokurent jako reprezentant przedsiębiorcy jest wyłączony z obrotu nieruchomościami. Katalog jego działań jest jednak ograniczony przepisem art. 109^3 k.c., którego nie można jednak traktować rozszerzająco i obejmować nim również sytuacji

[38] Podobnie A. Herbet, *Pojęcie i koncepcja legislacyjna prokury – uwagi na tle art. 109^1 i n. k.c. oraz art. 168 i n. projektu księgi pierwszej kodeksu cywilnego*, [w:] *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, pod red. T. Mróz, P. Steca, Warszawa 2012, s. 93, przyp. 71.

[39] J. Grykiel, *Prokura w projekcie kodeksu cywilnego*, [w:] *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, pod red. T. Mróz, P. Steca, Warszawa 2012, s. 133.

[40] Wśród których znajdują się również zbywanie, nabywanie i obciążanie nieruchomości – art. 146 § 1 projektu.

[41] Zob. B. Burian, *Pełnomocnictwo zwykłe w projekcie kodeksu cywilnego*, „Rejent" 2010, nr 3, s. 26–29.

[42] Zob. K. Kopaczyńska-Pieczniak, *Prokura i pełnomocnictwo handlowe w przepisach projektu nowego kodeksu cywilnego*, [w:] *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, pod red. M. Modrzejewskiej, Warszawa 2010, s. 420.

[43] Zob. J. Grykiel, *Prokura w projekcie…*, s. 133–135.

podobnych. Norma tego przepisu dotyczy jednak kwalifikowanych pełnomocników obsługujących wszystkich przedsiębiorców bez względu na zakres ich działalności. Sprawia to, że dla niektórych spośród nich wygodniejsze może być posłużenie się pełnomocnictwem ogólnym. Będzie to istotne również ze względu na fakt, iż prokurentowi można udzielić jedynie pełnomocnictwa do dokonania poszczególnej czynności. Zabronione jest natomiast posłużenie się w stosunku do niego pełnomocnictwem gatunkowym w kategorii spraw wymienionych w art. 109^3 k.c.