

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Faza rekonstrukcyjna derywacyjnej koncepcji wykładni – próba krytycznej analizy
- Zakres związania państw członkowskich Kartą praw podstawowych Unii Europejskiej w kontekście stosowania prawa karnego
- Instytucja tzw. zgody następczej po nowelizacji z 11 marca 2016 r. w świetle standardów konstytucyjnych i konwencyjnych
- Procedury specjalne a rozbudowa uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka
- Rola i właściwość sądów powszechnych i administracyjnych w sprawach antymonopolowych w świetle najnowszego orzecznictwa i zmian normatywnych
- Teoretycznoprawne aspekty przedstawicielstwa organizacyjnego jako pragmatycznego sposobu reprezentacji osoby prawnej
- Problematyka kwalifikacji prawnej przestępstwa paserstwa programów komputerowych

3 (211)
2017

WARSZAWA 2017
WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (211) 2017

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2017



KOMITET REDAKCYJNY:

*Andrzej Bierć, Jerzy Ciemniowski, Władysław Czapliński,
Lech Gardocki, Ewa Łętowska, Małgorzata Król-Bogomilska,
Maria Kruk-Jarosz, Joanna Mucha, Jan Skupiński,
Tadeusz Smoczyński, Andrzej Szajkowski, Elżbieta Tomkiewicz,
Roman Wieruszewski, Andrzej Wróbel*

Redakcja:

*Andrzej Bierć – redaktor naczelny
Tadeusz Smoczyński – z-ca red. naczelnego
Joanna Mucha – sekretarz Redakcji*

Czasopismo znajduje się na liście czasopism naukowych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego z 2015 r. z liczbą **11 punktów** za publikację.
„Studia Prawnicze” ukazują się nieprzerwanie od 1963 r.

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, uzgodniła z Redakcją czasopisma THE CENTRAL EUROPEAN JOURNAL OF SOCIAL AND HUMANITIES (CEJSH) internetową publikację ich angielskich streszczeń.

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: inp@inp.pan.pl

Publikacja dofinansowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN
ze środków Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Wydawnictwo Tekst sp. z o.o.
ul. Kossaka 72, 85-307 Bydgoszcz
tel./fax 52 348 62 50
e-mail: info@tekst.com.pl
www.tekst.com.pl

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

dr hab. Krzysztof Mularski

WPiA UAM Poznań

FAZA REKONSTRUKCYJNA DERYWACYJNEJ KONCEPCJI WYKŁADNI – PRÓBA KRYTYCZNEJ ANALIZY	7
1. Uwagi wstępne.....	7
2. Zagadnienia metodologiczne	9
3. Wybrane założenia i pojęcia rekonstrukcyjnej fazy wykładni..	12
4. Relacja przepis zrębowy – przepisy uzupełniające	21
5. Relacja przepis centralny – przepisy modyfikujące	32
6. Wnioski.....	41
RECONSTRUCTIVE PHASE OF THE DERIVATIVE CONCEPTION OF INTERPRETATION - AN ATTEMPT AT CRITICAL ANALYSIS	46

dr hab. prof. INP PAN Monika Szwarc

Instytut Nauk Prawnych PAN

ZAKRES ZWIĄZANIA PAŃSTW CZŁONKOWSKICH KARTĄ PRAW PODSTAWOWYCH UNII EUROPEJSKIEJ W KONTEKŚCIE STOSOWANIA PRAWA KARNEGO (UWAGI NA TLE ORZECZNICTWA TSUE)	47
1. Wprowadzenie.....	47
2. Realizacja zobowiązań wynikających z prawa UE	50
3. Ustanawianie przepisów krajowych mających wpływ na korzystanie z uprawnień przyznanych prawem UE	72
4. Wnioski	76
THE SCOPE OF APPLICATION OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION BY THE MEMBER STATES IN THE CRIMINAL LAW CONTEXT (REMARKS ON THE RECENT CJEU JURISPRUDENCE)	79

dr hab. prof. INP PAN Paweł Daniluk

Instytut Nauk Prawnych PAN

INSTYTUCJA TZW. ZGODY NASTĘPCZEJ PO NOWELIZACJI Z 11 MARCA 2016 R. W ŚWIELE STANDARDÓW KONSTITUCYJNYCH I KONWENCYJNYCH	81
THE INSTITUTION OF THE SO-CALLED EX POST FACTO CONSENT AFTER THE AMENDMENT OF 11 MARCH 2016 IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL STANDARDS	100

dr Grażyna Baranowska, mgr Anna Hernandez-Połączyńska

Instytut Nauk Prawnych PAN

PROCEDURY SPECJALNE A ROZBUDOWA UNIWERSALNEGO SYSTEMU OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA	101
1. Uwagi wprowadzające	101
2. Wzrost liczby mandatów procedur specjalnych	103
3. Procedury specjalne a organy traktatowe	106
4. Wnioski	111

UN SPECIAL PROCEDURES AND THE EXPANSION OF THE UNIVERSAL HUMAN RIGHTS SYSTEM.....	113
--	-----

dr Mateusz Błachucki

Instytut Nauk Prawnych PAN

ROLA I WŁAŚCIWOŚĆ SĄDÓW POWSZECHNYCH I ADMINISTRACYJNYCH W SPRAWACH ANTYMONOPOLOWYCH W ŚWIELE NAJNOWSZEGO ORZECZNICTWA I ZMIAN NORMATYWNYCH.....	115
1. Zarys zagadnienia.....	115
2. Zmiany legislacyjne dotyczące właściwości i roli wyspecjalizowanego sądu antymonopolowego.....	117
3. Rola SOKiK w świetle najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego	123
4. Kontrola sądowa aktów administracyjnych Prezesa UOKiK w sprawach antymonopolowych.....	125
5. Kontrola sądowa czynności procesowych organu antymonopolowego w świetle najnowszego orzecznictwa.....	130
6. Wnioski	142
Wykaz literatury.....	145

THE ROLE AND THE JURISDICTION OF CIVIL AND ADMINISTRATIVE COURTS IN ANTIMONOPOLY CASES IN THE LIGHT OF THE LATEST CASE-LAW AND NORMATIVE AMENDMENTS	147
---	-----

dr Joanna Mucha-Kujawa

Instytut Nauk Prawnych PAN

TEORETYCZNOPRAWNE ASPEKTY PRZEDSTAWICIELSTWA ORGANIZACYJNEGO JAKO PRAGMATYCZNEGO SPOSOBU REPREZENTACJI OSOBY PRAWNEJ	149
1. Erozja tzw. organicznej teorii osoby prawnej i jej konsekwencje.....	149
2. Europejski zwrot w kierunku przedstawicielstwa organizacyjnego	152
3. Polska nauka prawa wobec konstrukcji przedstawicielstwa organizacyjnego	158
4. Pragmatyczne cechy przedstawicielstwa organizacyjnego na tle formalizmu teorii organów osoby prawnej	163

LEGAL ASPECTS OF ORGANIZATIONAL REPRESENTATION AS A PRAGMATIC TYPE OF LEGAL ENTITY'S REPRESENTATION	170
--	-----

mgr Dominika Zawadka

Instytut Nauk Prawnych PAN

PROBLEMATYKA KWALIFIKACJI PRAWNEJ PRZESTĘPSTWA PASERSTWA PROGRAMÓW KOMPUTEROWYCH.....	171
Wstęp	171
Definicje	172
Kwalifikacja prawna czynu na podstawie art. 291–293 Kodeksu karnego.....	174
Kwalifikacja prawna czynu na podstawie art. 118 Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych	180
Kwalifikacja prawna na podstawie art. 122 Kodeksu wykroczeń.....	184
Podsumowanie	184
Bibliografia	186
THE CRIME OF FENCING THE COMPUTER PROGRAMS – THE LEGAL QUALIFICATION ISSUES.....	188
 Informacje dla Autorów	 189

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (211) 2017
Warszawa 2017

Krzysztof Mularski ■

FAZA REKONSTRUKCYJNA DERYWACYJNEJ KONCEPCJI WYKŁADNI – PRÓBA KRYTYCZNEJ ANALIZY

1. Uwagi wstępne

Przedmiotem niniejszego opracowania będzie, najogólniej rzecz ujmując, derywacyjna koncepcja wykładni; ściślej zaś – wyróżniona w jej ramach faza rekonstrukcyjna. Zadaniem interpretatora w ramach tej fazy jest odtworzenie (zrekonstruowanie) z różnokształtnych przepisów prawnych tzw. wyrażenia normokształtnego, które staje się później przedmiotem dalszych zabiegów interpretacyjnych, mających na celu uzyskanie (czy raczej rozpoznanie, odtworzenie) założonego w ramach koncepcji celu zabiegów interpretacyjnych – [możliwie¹] jednoznacznej normy postępowania. Faza rekonstrukcyjna stanowi konieczny element derywacyjnej koncepcji wykładni w tym sensie, że dopiero jej przeprowadzenie pozwala na przejście do kolejnej fazy, grupującej innego typu zasady, reguły i wskazówki interpretacyjne (fazy percepcyjnej).

Zadaniem opracowania jest ukazanie pewnych wątpliwości, jakie koncepcja rodzi w wybranym zakresie, oraz, może przede wszystkim, próba wskazania jej możliwych zmian, przekształceń czy modyfikacji. Uprzedzając dalsze rozważania, można już w tym miejscu stwierdzić, że jako kontrowersyjne jawią się formułowane na gruncie koncepcji tezy dotyczące procedury czy procesu „przejścia” (parafrazy, derywacji semantycznej) od różnokształtnych przepisów

¹ W ramach tzw. poznańsko-szczecińskiej szkoły teorii prawa różnymi wyrażeniami ograniczano tezę o [zupełnej] jednoznaczności normy, np. Z. Ziemiński mówi o wypowiedzi „praktycznie” jednoznacznej, zob. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 276.

prawnych do tzw. wyrażenia normokształtnego; godne pogłębionej refleksji jest także rozumienie pojęć kluczowych dla teoretycznego opisu tego procesu, w tym pojęcia wyrażenia normokształtnego. Niektóre z poruszonych w pracy problemów zostały dostrzeżone w literaturze teoretycznoprawnej, niemniej, wedle najlepszej wiedzy autora, dyskusja nad koncepcją derywacyjną (w wybranym przez niniejsze opracowanie zakresie) nigdy nie wyszła poza spostrzeżenia formułowane raczej na marginesie innych rozważań (tak szkiecowe, że wymagające daleko idących rozwinięć)², czy też kuluary konferencji naukowych (zaś głosy padające w takich okolicznościach bardzo trudno byłoby uczynić przedmiotem precyzyjnych analiz).

Za podjęciem tak naszkicowanego tematu przemawia przynajmniej kilka okoliczności. W pierwszym rzędzie, koncepcja derywacyjna jest jedną z najpowszechniej w polskiej kulturze prawnej (zarówno w teorii prawa, dyscyplinach szczegółowych prawoznawstwa, jak i w orzecznictwie) przyjmowaną koncepcją wykładni. Pomimo faktu, że przyjmowanie owo (przynajmniej w dyscyplinach szczegółowych i w orzecznictwie) ma charakter niejednokrotnie (a zapewne najczęściej czy niemal zawsze) jedynie ornamentacyjny³, koncepcja derywacyjna zdaje się wywierać przynajmniej pośredni wpływ na dyscypliny szczegółowe, a poprzez te nauki – również na orzecznictwo. Wpływ ten koncepcja zdaje się zawdzięczać nie tylko nielicznym przypadkom jej świadomego odniesienia do problematyki danej dyscypliny szczegółowej⁴, lecz także (może przede wszystkim) usystematyzowaniu dyrektyw wykładni (zasad, reguł i wskazówek), możliwego do powszechnego wykorzystania nawet bez głębszej znajomości samej koncepcji. Niezależnie więc od sposobu, w jaki koncepcja derywacyjna wywiera wpływ na dyscypliny szczegółowe prawoznawstwa (i orzecznictwo), modyfikacje tej koncepcji również mogą wywrzeć pośredni wpływ na te obszary. W dalszej kolejno-

² Zob. zwłaszcza K. Pleszka, *Wykładnia rozszerzająca*, Warszawa 2010, s. 153 i nast.

³ Odwołaniu do „derywacyjnej koncepcji wykładni” towarzyszy zwykle (słowo „zwykle” należy traktować jako wyraz pewnej hipotezy, niemożliwej do weryfikacji bez przeprowadzenia badań empirycznych) odwołanie się do danej dyrektywy interpretacyjnej akceptowanej nie tylko na gruncie koncepcji derywacyjnej, ale i innych koncepcji wykładni, np. dyrektywy *exceptiones non sunt extendendae*, czy też odwołanie do któregoś z założeń semiotycznych koncepcji, zwłaszcza założenia *omnia sunt interpretanda* – które znowu bywają akceptowane i przez inne koncepcje wykładni. Nie wydaje się również, by przedstawiciele dyscyplin szczegółowych (przynajmniej w zdecydowanej większości), odwołujący się do „koncepcji derywacyjnej” posiadali szkicową choćby wiedzę o „derywacji semantycznej” czy stojącymi za nią filozoficznymi koncepcjami przekładu.

⁴ Modelowo Z. Radwański, M. Zieliński, *Stosowanie i wykładnia prawa cywilnego*, [w:] *System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*. Tom I (red. M. Safjan), Warszawa 2012, s. 455 i nast.

ści, koncepcja derywacyjna jest koncepcją inkluzywną⁵ w tym sensie, że próbuje adaptować czy łączyć inne nurty refleksji nad wykładnią wykształcone na gruncie polskiej kultury prawnej. Przynajmniej niektóre z tych nurtów rozwijają się w zauważalnej, a chyba nawet ścisłej korelacji do rozwoju koncepcji derywacyjnej⁶. Modyfikacje koncepcji derywacyjnej mogą więc w jakimś (zapewne niewielkim) stopniu wpływać na inne nurty teoretycznoprawne, a w pośredni, odległy sposób również na dyscypliny szczegółowe w zakresie, w jakim te nurty są w nich twórczo wykorzystywane. Wreszcie, uzasadnieniem dla podjęcia badań w założonym przedmiocie są cechy samej koncepcji derywacyjnej, stanowiącej bez wątpienia istotny wytwór polskiej kultury prawnej (czy nawet „program zaawansowany polskiej teorii wykładni prawa”⁷) – z samego faktu swej istotności (zaawansowania) godny naukowej refleksji. Należy zresztą w tym miejscu nadmienić, że sama koncepcja derywacyjna zakłada potrzebę dokonywania w niej „popraw”, „uzupełnień”, „modyfikacji”, „uwspółcześnień” i „wzbogaceń”⁸.

2. Zagadnienia metodologiczne

Ponieważ niniejsze opracowanie będzie miało charakter w istotnej mierze krytyczny, konieczne jest dokładniejsze sprecyzowanie przedmiotu tej krytyki i, zwłaszcza, jej kryteriów. Jeśli chodzi o pierwszą kwestię, chodzi o wskazany

⁵ Co do cechy inkluzywności koncepcji derywacyjnej zob. trafnie M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 310 i nast.; M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja wykładni jako koncepcja zintegrowana*, RPEiS 2006/3, passim; M. Zieliński, O. Bogucki, A. Choduń, S. Czepita, B. Kanarek, A. Municzewski, *Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa*, RPEiS 2009/4, passim. Inkluzywność koncepcji derywacyjnej można zresztą traktować w uproszczeniu jako przykład inkluzywności (czy raczej inkluzywnego podejścia metodologicznego) całej poznańsko-szczecińskiej szkoły teorii prawa; zob. S. Czepita, S. Wronkowska, M. Zieliński, *Założenia szkoły poznańsko-szczecińskiej w teorii prawa*, PiP 2013/2, s. 7.

⁶ Zob. np. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa*, Kraków 2001, passim (i inne dzieła tego autora). Co do ich związków z koncepcją derywacyjną zob. zwłaszcza M. Zieliński, M. Zirk-Sadowski, *Klaryfikacyjność i derywacyjność w integrowaniu polskich teorii wykładni prawa*, RPEiS 2011/2, s. 100 i nast. Ostatnio zob. zwłaszcza M. Zającki, *Dwie próby operacjonalizacji derywacyjnej koncepcji wykładni prawa*, [w:] *Wykładnia prawa. Tradycja i perspektywy* (red. M. Hermann, S. Sykuna), Warszawa 2016, s. 131 i nast.

⁷ Tak M. Zającki, *Dwie próby...*, s. 133 i nast.; autor nadaje temu pojęciu specyficzne, osadzone głęboko w filozofii nauki znaczenie.

⁸ Co do tych postulatów zob. M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 41, 84, 311; Ł. Pohl, M. Zieliński, *W sprawie rzetelności wiedzy o wykładni*, RPEiS 2011/1, s. 9. Ostatnio zob. także O. Bogucki, *Model wykładni funkcjonalnej w derywacyjnej koncepcji wykładni prawa*, Szczecin 2016, s. 13 i nast.

wyżej fragment czy element koncepcji derywacyjnej (jej fazę rekonstrukcyjną). Krytyka tego fragmentu czy elementu koncepcji w pewnym przynajmniej zakresie będzie się pośrednio odnosić również do innych jej obszarów. Koncepcja derywacyjna będzie przedmiotem badań w swej najpełniej wyrażonej postaci⁹, co nie wyklucza w pewnym stopniu sięgania do wcześniejszych opracowań M. Zielińskiego, jak i innych autorów prowadzących badania nad koncepcją.

Pierwszoplanową kwestią, którą koniecznie należy podkreślić, jest to, że krytyka będzie miała charakter **internalny**, a więc wychodzący (opierający się) z tych samych założeń filozoficznych oraz filozoficzno- i teoretycznoprawnych, z których wychodzi (na których się opiera) koncepcja derywacyjna, oraz wykorzystujący (choć nie bezkrytycznie) tą samą siatkę pojęciową, która została wykorzystana przez koncepcję derywacyjną¹⁰.

Jeśli chodzi o kryteria krytyki, można w uproszczeniu wyróżnić kryterium poprawności ogólnometodologicznej, jak i kryterium adekwatności teorii w jej warstwie opisowej oraz normatywnej. Jeśli chodzi o kwestie poprawności ogólnometodologicznej, przedmiotem refleksji będzie **spójność** koncepcji¹¹. Pojęcie „spójności” jest oczywiście nad wyraz skomplikowane i notorycznie sporne w literaturze filozoficznej; tu wystarczy w daleko idącym uproszczeniu powiedzieć, że koncepcja spójna to koncepcja nie formułująca tez niezgodnych lub sprzecznych z przyjętymi założeniami filozoficznymi oraz filozoficzno- i teoretycznoprawnymi oraz nie formułująca tez, które byłyby niezgodne lub sprzeczne między sobą. W tym szkicu definicyjnym nie wydaje się konieczne precyzowanie znaczenia pojęcia „teza”; w każdym razie, ponieważ chodzi o koncepcję wykładni, w zakres tez będą wchodziły – przede wszystkim – formułowane na jej gruncie dyrektywy wykładni¹².

⁹ Zob. już kilkakrotnie cytowaną *Wykładnia prawa* (Warszawa 2012). Za „podstawową pracę „derywacyjną” wyżej powołaną pozycję uznają przykładowo Ł. Pohl, M. Zieliński, *W sprawie...*, s. 8; sprawa ta nie powinna budzić zresztą żadnych wątpliwości.

¹⁰ Por. S. Czepita, S. Wronkowska, M. Zieliński, *Założenia...*, passim. Wbrew sugestii (może nietrafnie przeze mnie odczytywanej) płynącej z tego artykułu, koncepcja derywacyjna (jak i cała tzw. poznańsko-szczecińska szkoła teorii prawa) może jak najbardziej być przedmiotem krytyki eksternalnej – tyle, że należałoby wcześniej uzgodnić kryteria takiej krytyki (np. adekwatność danej koncepcji dla rozwiązywania problemów dogmatyk dyscyplin szczegółowych), o co zapewne byłoby nad wyraz trudno (np. kryterium wyżej podane, *prima facie* niesporne, prowadziłoby do konieczności akceptacji nad wyraz spornej pragmatycznej definicji prawdy).

¹¹ Co do wymogu spójności, założonego przez koncepcję derywacyjną zob. M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 69.

¹² Co oczywiście natychmiast rodzi pytanie, czy relacja sprzeczności lub przeciwieństwa może zachodzić między tak rozumianymi członami; refleksja nad tym zagadnieniem, jako należącym do filozofii, nie może być tu jednak prowadzona.

Zdecydowanie trudniej sprecyzować kryterium adekwatności koncepcji w jej warstwie opisowej i normatywnej. Modelowo wyróżnić można bowiem koncepcje wykładni opisowe („odwzorowujące”) i normatywne („postulowane”, jakkolwiek lepiej by chyba mówić o koncepcjach „postulujących” czy „postulatywnych”)¹³. Odniesienie tych modelowych pojęć do koncepcji rzeczywiście sformułowanych w polskiej (a zapewne jakiegokolwiek innej) kulturze prawnej napotyka jednak na istotne trudności. Nie ma bowiem, jak powszechnie wiadomo, koncepcji czysto opisowych (które jedynie odnotowywałyby określone dyrektywy wykładni, relacje między nimi, częstotliwość powoływania się na nie przez wybrane podmioty; koncepcje takie byłyby zresztą dziełem bardziej z zakresu socjologii niż szeroko nawet rozumianego prawoznawstwa), ani czysto normatywnych (które formułowałyby dyrektywy wykładni rozumiane jako nakazy kierowane do interpretatora tekstów prawnych bez żadnego związku z procesami wykładni rzeczywiście przebiegającymi w kulturze prawnej). Z faktu tego koncepcja derywacyjna doskonale zdaje sobie zresztą sprawę, uznając się za koncepcję przede wszystkim normatywną, niemniej silnie podbudowaną empirycznie¹⁴. Koncepcja derywacyjna w swej warstwie empirycznej nie koncentruje się na każdym poszczególnym przypadku wykładni przeprowadzonej w ramach danej dyscypliny szczegółowej (czy w ramach danego postępowania sądowego), lecz przedstawia raczej pewne prawidłowości przyjęte w polskiej kulturze prawnej. Wydaje się więc, że intelektualnie uczciwe kryterium krytyki powinno przyjąć postać następującą. Ilekroć okaże się, że koncepcja całkowicie pomija albo jest niezgodna lub sprzeczna z ugruntowanymi w kulturze prawnej (a więc powtarzalnymi i akceptowanymi) procedurami wykładni w ramach przynajmniej jednej dyscypliny szczegółowej, tylekroć okaże się (oczywiście jedynie w tym zakresie) nieadekwatna opisowo. W konsekwencji zarzut ten nie będzie mógł zostać postawiony wówczas, gdyby brak odniesienia albo niezgodność (sprzeczność) dotyczyłyby jakiś pojedynczych przypadków interpretacji, pozbawionych utrwalenia i akceptacji w kulturze prawnej. Co więcej, tak rozumiany zarzut nieadekwatności opisowej należy stawiać ze skrajną ostrożnością, ponieważ może się okazać, że brak odniesienia do danej procedury wykładni może

¹³ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 68. Zob. także ostatnio szeroko M. Zającki, *Dwie próby...*, s. 139 i nast.

¹⁴ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 68 i nast. Owa akceptacja dla empirii przejawia się chyba przede wszystkim w uznaniu koncepcji derywacyjnej za koncepcję wykładni merytorycznej realistycznej, gdzie „realistycznie” uwzględnia się m.in. decyzje interpretacyjne wyróżnionych podmiotów (np. sądów najwyższych instancji); zob. idem, s. 222 i nast. Zob. także ostatnio M. Zającki, *Dwie próby...*, s. 139 i nast. i podana tam literatura. Por. jednak S. Czepita, S. Wronkowska, M. Zieliński, *Założenia...*, s. 10, gdzie koncepcja derywacyjna została uznana za normatywną koncepcję wykładni.

być bardzo prosto uchylony przez drobne uzupełnienia w ramach koncepcji, a sprzeczność lub niezgodność może być raczej wynikiem zapóźnienia metodologicznego danej dyscypliny szczegółowej (a tym bardziej braku odpowiedniej wiedzy podmiotów stosujących prawo) niż „błędów” czy „braków” koncepcji. Wykazanie nieadekwatności w warstwie opisowej będzie w konsekwencji wymagało podania przykładów procedur interpretacyjnych ugruntowanych w dyscyplinach szczegółowych wykazujących się największym zaawansowaniem metodologicznym (czy chociażby relatywnie znacznym stopniem metodologicznej autorefleksji). Modelowym przykładem takiej dyscypliny szczegółowej wydaje się cywilistyka (co nie oznacza oczywiście, aby i niektóre inne dyscypliny nie mogły tutaj służyć za punkt odniesienia)¹⁵. Koncepcja okazałaby się natomiast nieadekwatna normatywnie wówczas, gdyby sformułowana na jej gruncie dyrektywa wykładni (sformułowane na jej gruncie dyrektywy wykładni) była niemożliwa do spełnienia przez interpretatora¹⁶. Jest to skądinąd bardzo wąsko sformułowane kryterium krytyki; sam autor koncepcji mówi raczej o znacznie szerszych kwestiach pragmatycznych (przydatności dyrektyw interpretacyjnych dla praktyki prawniczej)¹⁷.

3. Wybrane założenia i pojęcia rekonstrukcyjnej fazy wykładni

Derywacyjna koncepcja wykładni jest wprawdzie powszechnie znana (a w każdym razie może być bez trudu poznana, przynajmniej w podstawowym zakresie), niemniej przedstawienie jej najważniejszych z punktu widzenia prowadzonych tu rozważań elementów wydaje się konieczne przynajmniej z trzech powodów. Po pierwsze, próba przeprowadzenia krytyki bez przedstawienia przedmiotu tej krytyki mogłaby się okazać nieczytelna. Co jednak zdecydowanie ważniejsze – opis wybranych elementów ujawni sposób rozumienia koncepcji

¹⁵ Por. szeroko M. Zajęcki, *Dwie próby...*, s. 141 i nast. Wydaje się, że szkicowo przedstawione wyżej kryteria nieadekwatności empirycznej (celowo nie mówi się tu o „falsyfikacji”) są w znacznej mierze zgodne ze znacznie głębszymi ustaleniami zawartymi w cytowanej pracy. W każdym razie kryteria te odnoszą się do procedur wykładni doktrynalnych (a nie „operacyjnych”, związanych z aktami stosowania prawa), a więc „paradygmatycznych” dla koncepcji derywacyjnej.

¹⁶ Pojawia się oczywiście od razu pytanie o znaczenie użytego w szkicu definicyjnym funktora modalnego; rzecz będzie precyzowana w ramach dalszych rozważań. Kryterium to być może należałoby zresztą uznać za kryterium ogólnoteoretyczne i opisać wcześniej; rzecz nie wydaje się jednak mieć większego znaczenia dla celów postawionych przed pracą.

¹⁷ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 69.

w ramach niniejszego opracowania. Niewłaściwy (nieadekwatny) sposób rozumienia mógłby zaś zaważyć na późniejszych analizach. Niejednokrotnie przecież w literaturze zdarza się, że dana koncepcja jest analizowana w innym znaczeniu niż to, które zostało jej pierwotnie nadane (w uproszczeniu można powiedzieć, że przedmiotem analizy metajęzykowej stają się treści inne, niż wyrażone w języku niższego stopnia). Ponadto, opisowi założeń i pojęć przyjętych na gruncie koncepcji derywacyjnej będzie też towarzyszyła analiza tych ostatnich, która ujawni – jak się wydaje – pierwsze niespójności, zwłaszcza w odniesieniu do pojęcia „wyrażenie normokształtne”.

W ramach rekonstrukcyjnej fazy wykładni zadaniem interpretatora jest w pierwszej kolejności odnalezienie przepisu zrębowego. Przepisem zrębowym jest przepis zawierający przynajmniej dwa elementy syntaktyczne normy postępowania, tj. nakaz (albo zakaz) określonego postępowania. Jeśli przepis taki zawiera tylko te elementy (lub dodatkowo wskazanie adresata albo okoliczności, w których adresatowi nakazane albo zakazane jest określone postępowanie), nazywany jest przepisem zrębowym niezupełnym (syntaktycznie). Innymi słowy, przepis zrębowy niezupełny to przepis wskazujący z jednej strony przynajmniej nakaz albo zakaz określonego postępowania, natomiast nie wskazujący wszystkich elementów syntaktycznych normy postępowania („brakuje” w nim wskazania adresata lub okoliczności, w których adresatowi nakazane albo zakazane jest określone postępowanie). Konieczne jest wówczas odnalezienie (odszukanie) przepisów uzupełniających syntaktycznie przepis zrębowy, tj. wskazujących adresata lub okoliczności, w których adresatowi jest nakazane (zakazane) określone postępowanie. Przepis zrębowy może być również niezupełny logicznie. Przepis zrębowy niezupełny logicznie to przepis, w którym dany element syntaktyczny normy postępowania nie jest odpowiednio zrelatywizowany (np. zawiera wskazanie adresata – „sądu”, niemniej nie wiadomo jeszcze, o jaki sąd chodzi: rejonowy czy okręgowy, powszechny czy administracyjny itp.). Przepis taki również jest uzupełniany przez przepisy uzupełniające; uzupełniające logicznie, a nie syntaktycznie¹⁸.

Po ustaleniu właściwości syntaktycznych przepisów należy podjąć ich analizę z perspektywy semantycznej. Przepis zrębowy zupełny „od początku” oraz przepis zrębowy niezupełny, uzupełniony o przepisy uzupełniające, z perspektywy

¹⁸ M. Zieliński, *Wykładnia*, ss. 111, 224, 326 i nast. Założeniem stojącym za wyróżnieniem przepisu zrębowego i przepisów uzupełniających jest empirycznie weryfikowalna cecha tekstów prawnych, mianowicie rozczłonkowanie syntaktyczne norm postępowania wyrażonych w przepisach prawnych, zob. idem, s. 108 i nast. O rozczłonkowaniu syntaktycznym zob. także np. A. Godek, *Zastosowanie derywacyjnej koncepcji wykładni prawa do rozstrzygania spraw ze stosowaniem przepisów unijnych*, RPEiS 2011/1, s. 30.

semantycznej nazywa się przepisem centralnym¹⁹. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że w przypadku przepisu zrębowego niezupełnego, uzupełnionego o przepisy uzupełniające i nazwanego „przepisem centralnym”, nazwa „przepis centralny” nie denotuje przepisu prawnego (jednostki redakcyjnej tekstu prawnego), lecz pewien **zbiór** przepisów prawnych. Przepis centralny nazywany jest przepisem centralnym pełnym w sytuacji, w której nie jest on modyfikowany treściowo przez żadne inne przepisy (przepisy modyfikujące; modyfikatory)²⁰. Przepisy modyfikujące zaś to „przepisy, które wpływają na treść normy [wyrażonej w przepisie centralnym], współwyznaczając ją z przepisem centralnym”²¹. Przepisem centralnym niepełnym będzie więc przepis centralny modyfikowany przez inne przepisy (modyfikatory), natomiast przepisem centralnym ułomnym – przepis zrębowy niezupełny analizowany w perspektywie jego treści (a nie syntaksy). Można w tym miejscu zaproponować uzupełnienie koncepcji o nazwę dla przepisu centralnego niepełnego, który został już uzupełniony o modyfikatory. Przepis taki (a właściwie zbiór przepisów) można nazwać **zmodyfikowanym przepisem centralnym**; nazwa ta okaże się przydatna w ramach dalszych analiz, choćby dla zapewnienia ich skrótowości.

¹⁹ M. Zieliński, *Wykładnia*, ss. 120, 328. Założeniem stojącym za wyróżnieniem przepisu centralnego i przepisów [go] modyfikujących jest empirycznie weryfikowalna cecha tekstów prawnych, mianowicie rozczłonkowanie treściowe (semantyczne) norm postępowania wyrażonych w przepisach prawnych, zob. idem, s. 120 i nast., uznane skądinąd przez autora za rodzące więcej problemów niż rozczłonkowanie syntaktyczne. O rozczłonkowaniu treściowym zob. także np. A. Godek, *Zastosowanie...*, s. 30. Rozróżnienie między przepisem centralnym a przepisami [go] modyfikującymi za „kapitałne” uznała A. Choduń, *Lex specialis i lex generalis a przepisy modyfikujące*, [w:] *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego* (red. A. Choduń, S. Czepi-ta), Szczecin 2010, s. 218. M. zd. relacja przepis centralny – przepis modyfikujący (przepisy modyfikujące) jest równoważna (równozakresowa) z relacją *lex specialis* – *lex generalis* dla podstawowego znaczenia przydanego tej relacji w języku prawniczym; rzecz nie jest jednak przedmiotem niniejszego opracowania i jako taka nie wymaga głębszych analiz (jakkolwiek będzie jeszcze incydentalnie poruszana).

²⁰ Jednoznacznie M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 120 [„zastosowanie rozczłonkowania treściowego normy w przepisach polega natomiast na tym, że poza przepisem centralnym ustawodawca wprowadził jeszcze jakieś inne przepisy (co najmniej jeden), które wpływają na treść normy, współwyznaczając ją z przepisem centralnym; przepisy te określamy jako modyfikujące przepis centralny (modyfikatory), który to przepis centralny w tej sytuacji potraktujemy jako przepis centralny niepełny”]. Tak też idem, s. 328. Tak też B. Kanarek, M. Zieliński, *Porządkująca faza wykładni prawa*, RPEiS 2001/3, s. 3. W taki sam sposób koncepcję derywacyjną rozumie w tym punkcie A. Godek, *Zastosowanie...*, s. 30. O rozczłonkowaniu syntaktycznym zob. także np. A. Godek, *Zastosowanie...*, s. 30.

²¹ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 120. W innym miejscu autor stwierdza, że przepis modyfikujący modyfikuje nie tyle przepis centralny, co wyrażoną w nim normę (s. 120).

Ostatecznym celem fazy rekonstrukcyjnej ma być, jak już wspomniano, odtworzenie (zrekonstruowanie) tzw. wyrażenia normokształtnego, które staje się następnie przedmiotem dalszych zabiegów interpretacyjnych w ostatniej, percepcyjnej fazie wykładni²². W tym miejscu należy zapytać, co należy rozumieć pod pojęciem „wyrażenia normokształtnego”. Dopiero ustalenie znaczenia tego pojęcia pozwoli podjąć refleksję nad proponowaną przez koncepcję derywacyjną procedurą „przejścia” (parafrazy, derywacji semantycznej)²³ od przepisów prawnych do wyrażenia normokształtnego, będącą zasadniczym przedmiotem fazy rekonstrukcyjnej, a tym samym zasadniczym przedmiotem niniejszego opracowania.

W tym miejscu należy postawić tezę, że koncepcja derywacyjna nadaje pojęciu „wyrażenie normokształtne” przynajmniej **dwa znaczenia**. Różnica między tymi znaczeniami wydaje się *prima facie* nieznaczna, natomiast przyjęcie takiego albo innego znaczenia będzie pociągać za sobą poważne konsekwencje. Należy podkreślić, że koncepcja derywacyjna nie odnotowuje *expressis verbis* wieloznaczności pojęcia; w każdym razie znaczenia zostaną ustalone na podstawie nie tyle (czy może: nie tylko) zaproponowanych przez koncepcję definicji „wyrażenia normokształtnego”, lecz także rekonstrukcji kontekstów, w których pojęcie to występuje.

Wedle **pierwszego** ze znaczeń, **pojęcie wyrażenia normokształtnego jest, w dużym uproszczeniu, równoważne zakresowo z pojęciem przepisu centralnego (zarówno pełnego, jak i niepełnego)**²⁴. W konsekwencji, również przepis centralny niepełny, **przed** jego odpowiednią modyfikacją treściową za pomocą przepisów modyfikujących, zostałby uznany za zawierający czy wyrażający wyrażenie normokształtne. Taki sposób rozumienia tego pojęcia odpowiada przede wszystkim zaproponowanej przez koncepcję derywacyjną

²² M. Zieliński, *Wykładnia*, zwłaszcza s. 331.

²³ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 253 i nast. mówi o zespole czynności interpretacyjnych „od przepisu do wyrażenia normokształtnego”.

²⁴ Pragnę podkreślić, że nie jestem pewien poprawności powyższej rekonstrukcji. Po pierwsze, wedle założeń koncepcji, przepisy centralne (zupełne i zmodyfikowane) sformułowane zostały w języku innym niż język, w którym zostało sformułowane wyrażenie normokształtne; a które odpowiednio możemy nazwać językami „J” i J’”. Należałoby więc raczej mówić o **relacji jednoznacznie przyporządkowującej** (przepisowi centralnemu, wyrażonemu w języku J wyrażenie normokształtne, sformułowane w języku J’) niż o relacji równoważności zakresowej. Po drugie, być może rekonstrukcję należałoby przeprowadzić w kategoriach semiotycznych i powiedzieć, że przepis centralny (zarówno pełny, jak i niepełny) stanowi **materiałny substrat** dla wyrażenia normokształtnego interpretowanego jako pewien znak. Niemniej, przedstawiona wyżej rekonstrukcja wydaje mi się dopuszczalnym uproszczeniem. Dalej będzie więc konsekwentnie mowa o „równoważności” – przy wszystkich wskazanych tu zastrzeżeniach.

definicji „wyrażenia normokształtnego”, wedle której chodzi o wyrażenie zawierające wszystkie elementy syntaktyczne normy postępowania, ale pozbawione (jeszcze) zakładanej jako cecha dystynktywna normy prawnej jednoznaczności²⁵. Przepis centralny, nawet przed jego modyfikacją, zawiera bowiem wszystkie elementy syntaktyczne normy postępowania. Ten sposób rozumienia „wyrażenia normokształtnego” zdaje się też odpowiadać przyjętemu przez całą tzw. poznańsko-szczecińską szkołę teorii prawa rozumieniu różnicy między „normą prawną” a „przepisem prawnym”, gdzie twierdzi się, że różnica ta jest różnicą pojęciową (treściową), a nie zakresową²⁶. Przepis centralny może wyrażać normę, a więc tym bardziej może wyrażać również wyrażenie normokształtne – niezależnie od tego, czy został poddany zabiegom modyfikacyjnym. Jest też spójny z inną definicją „wyrażenia normokształtnego”, rozumianego jako „punkt wyjścia” fazy percepcyjnej – gdzie nie mówi się nic o ewentualnych modyfikacjach treściowych przepisu centralnego²⁷.

Niezależnie od pojawiających się na gruncie koncepcji derywacyjnej definicji „wyrażenia normokształtnego”, przedstawione wyżej znaczenie jest przyjmowane przez koncepcję przynajmniej w kilku innych jej punktach czy fragmentach. Najważniejsza wydaje się jedna z definicji (czy może lepiej opisów, szkiców definicyjnych) fazy rekonstrukcyjnej (niezgoda jak się wydaje z innym opisem, o którym w ramach dalszych rozważań). I tak, na fazę rekonstrukcyjną mają składać się czynności rekonstrukcyjne, polegające na odkodowaniu z przepisu wyrażenia normokształtnego, ewentualnie wraz z uzupełnieniem brakujących elementów syntaktycznych²⁸. W tym sposobie rozumienia zawarta jest dość jednoznaczna sugestia, że wyrażenie normokształtne jest równoważne przepisowi zrębowemu zupełnemu oraz przepisowi zrębowemu niezupełnemu. Nic nie mówi się tu o kwestiach semantycznych, stąd wolno przyjąć, że wyrażenie normokształtne będzie równoważne nie tylko przepisowi centralnemu pełnemu, lecz także niepełnemu, a może nawet ułomnemu.

Takie ujęcie dobrze koresponduje też z przyjętym sposobem rozumienia pojęć w tym czy w innym sensie wykorzystywanych w fazie rekonstrukcyjnej (czy raczej wykorzystywanych dla przedstawienia fazy rekonstrukcyjnej jako pewnej koncepcji intelektualnej), jak też dyrektyw wykładni „mieszczących się” w tej fazie. Jeśli chodzi o pierwszą kwestię, wyróżnione znaczenie „wyrażenia

²⁵ Co do takiego sposobu rozumienia „wyrażenia normokształtnego” zob. zwłaszcza M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 331.

²⁶ Co odnotowuje m.in. M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 15. Zob. także Z. Ziemiński, *Przepis prawny a norma prawna*, RPEiS 1960/1, s. 105 i nast.

²⁷ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 330 i nast.

²⁸ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 253 i nast.

normokształtnego” koresponduje dobrze z tezą, wedle której przepis zrębowy jest głównym nośnikiem struktury wyrażenia normokształtnego²⁹ (pozostałymi nośnikami tej struktury byłyby przepisy uzupełniające, ale już nie modyfikatory). Przepis taki, w przypadku, gdy jest niezupełny, musi zostać uzupełniony przepisami uzupełniającymi „w celu otrzymania zupełnego wyrażenia normokształtnego”³⁰. Z powyższego wynika, że już przepis zrębowy zupełny (zupełny „od początku” albo po odnalezieniu przepisów uzupełniających) może być traktowany jako równoważny „wyrażeniu normokształtnemu”. Dalej, wedle koncepcji, po odnalezieniu modyfikatorów przepisu centralnego należy przeformułować wyrażenie normokształtne w sposób uwzględniający modyfikatory³¹. Mowa jest tu o przeformułowaniu wyrażenia normokształtnego, a więc zakłada się jednoznacznie, że wyrażenie normokształtne istniało (zostało odtworzone czy uzyskane) już wcześniej – po odszukaniu (odnalezieniu) przepisu zrębowego zupełnego, traktowanego w kontekście semantycznym jako centralny. Jeśli zaś chodzi o dyrektywy wykładni, jedna z nich wskazuje, że zarówno w przypadku, gdy przepis zrębowy był od razu zupełny, jak i po uzyskaniu uzupełnienia wyrażenia normokształtnego, należy potraktować przepis dotąd zrębowy jako centralny i ustalić, czy jest on treściowo pełny³². Wynika stąd, że pojęcie wyrażenia normokształtnego jest pierwotne (i tym samym niezależne) od stanu, w którym przepis centralny został odpowiednio zmodyfikowany poprzez odnalezienie przepisów [go] modyfikujące.

Pojęciu „wyrażenie normokształtne” na gruncie koncepcji derywacyjnej można jednak przypisać również i inne (**drugie**) znaczenie. Wedle niego, zakres tego pojęcia byłby równoważny z pojęciem przepisu centralnego **pełnego** (a więc takiego, który nie ma żadnych modyfikatorów) oraz przepisu centralnego niepełnego, zmodyfikowanego już jednak przez przepisy [go] modyfikujące (nazwanego wcześniej **zmodyfikowanym przepisem centralnym**).

Taki sposób rozumienia „wyrażenia normokształtnego” wydaje się przede wszystkim założony w samym rozróżnieniu między fazą rekonstrukcyjną i percepcyjną wykładni, jak również w rozumieniu obu tych faz (niezgodnym jak się wydaje z ich podawanymi przez koncepcję definicjami). Faza rekonstrukcyjna ma przecież doprowadzić do uzyskania wyrażenia, które po dokonaniu dalszych zabiegów interpretacyjnych w fazie percepcyjnej (ujednoznaczniających, klasyfikacyjnych) przyjmie postać [możliwie] jednoznacznej normy postępowania (normy prawnej). Gdyby uznać, że wyrażeniem normokształtnym jest „już”

²⁹ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 224.

³⁰ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 224.

³¹ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 329.

³² M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 328.

przepis centralny pełny lub niepełny, ale niezmodyfikowany przez przepisy [go] modyfikujące (tj. pierwsze z wyróżnionych znaczeń), koncepcja okazałaby się – jak sądzę – głęboko niespójna. Nie chodzi tu przy tym tylko o to, że pojęcie „wyrażenie normokształtne” okazałoby się zbędne (skoro przedmiotem wykładni w fazie percepcyjnej stawałyby się przepisy centralne pełne i niepełne, które to pojęcia należałoby uznać za wystarczające). Należałoby bowiem postawić pytanie, czemu w ogóle miałyby służyć zabiegi związane z odnajdywaniem (odszukiwaniem) przepisów modyfikujących i samą modyfikacją przepisu centralnego przez modyfikatory postulowane przez fazę rekonstrukcyjną – skoro okazywałyby się niepotrzebne dla dalszej fazy wykładni (przedmiotem wykładni w fazie percepcyjnej byłyby przepisy centralne pełne i niepełne, bez uwzględnienia modyfikatorów)³³? I znowu, nie chodzi tylko o to, że zabiegi związane z modyfikacją przepisu centralnego okazywałyby się zbędne (co ostatecznie dałoby się prosto „naprawić”, rezygnując z tej procedury). „Punktem wyjścia” fazy percepcyjnej jest przecież wyrażenie normokształtne, a więc fazie tej „umknęłaby” wykładnia przepisów modyfikujących – przynajmniej tych, które z racji swej struktury syntaktycznej nie mogłyby zostać uznane za równoważne pojęciu „wyrażenie normokształtne” (gdyż nie modyfikowały wszystkich elementów normy postępowania, a np. jedynie zakres adresatów lub okoliczności).

Do powyższego należy jeszcze koniecznie dodać, że wyróżnione tu (drugie) znaczenie „wyrażenia normokształtnego” jest też założone w jednej z definicji (opisów, szkiców definicyjnych) fazy rekonstrukcyjnej (niezgodnej z definicją, w której założono pierwsze z wyróżnionych znaczeń), gdzie powiada się, że faza ta polegać ma na odtworzeniu z różnokształtnych przepisów wyrażenia normokształtnego (odpowiednio uzupełnionego, a także dopełnionego modyfikatorami co najmniej adekwatnymi do potrzeb konkretnej sytuacji faktycznej)³⁴. Jest też spójne z podawanym znaczeniem „przepisu modyfikującego”; są to bowiem, jak wskazano wcześniej, „przepisy, które wpływają na treść normy [wyrażonej w przepisie centralnym], współwyznaczając ją z przepisem centralnym”³⁵. Relacja „współwyznaczenia” jednoznacznie wskazuje, że w dalszych fazach wykładni brane pod uwagę powinny być przepisy centralne wraz ze swoimi mody-

³³ Por. M. Zajęcki, *Dwie próby...*, s. 157 i nast. na tle dokonanej przez tego autora rekonstrukcji L. Leszczyńskiego koncepcji wykładni.

³⁴ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 289.

³⁵ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 120. W innym miejscu autor stwierdza, że przepis modyfikujący modyfikuje nie tyle przepis centralny, co wyrażoną w nim normę (s. 120). Ujęcie to prowadzi do aporii, ponieważ trudno zrozumieć, jak jednoznaczna norma prawna, podstawowy „budulec” czy „atom” systemu prawnego, może być modyfikowana przez przepis prawny, a więc jednostkę redakcyjną tekstu prawnego, w dodatku nie-jednoznaczna (o czym jeszcze w ramach dalszych rozważań).

fikatorami (czy raczej – przepisy centralne po przeprowadzeniu ich treściowej modyfikacji za pomocą przepisów modyfikujących).

Analizowany tu (drugi z wyróżnionych) sposób rozumienia „wyrażenia normokształtnego” pojawia się też w innych wypowiedziach tzw. poznańsko-szczecińskiej szkoły teorii prawa. Wystarczające wydaje się tu podanie kilku przykładów. I tak, twierdzi się, że „odtworzenie normy prawnej nie jest możliwe bez odwołania się do [modyfikatorów]”³⁶. Odtworzenie normy prawnej następuje na podstawie ustalonego w fazie rekonstrukcyjnej wyrażenia normokształtnego, a skoro nie jest możliwe bez odnalezienia modyfikatorów, należy przyjąć, że właśnie to znaczenie zostało w przytoczonej wypowiedzi pojęciu przypisane. W innym miejscu wypowiedziana jest teza, wedle której z uwagi na rolę, jaką odgrywają przepisy modyfikujące, utrata mocy obowiązującej przepisu modyfikującego wpływa na treść normy rekonstruowanej z przepisu centralnego, gdyż po uchyleniu przepisu modyfikującego treść rekonstruowanej normy nie będzie już go uwzględniała³⁷. Sugeruje to znowu dość jednoznacznie, że wyrażenie normokształtne „obejmuje” także modyfikatory przepisu centralnego, skoro ich uchylenie wpływa na treść normy uzyskiwanej w ostatniej, percepcyjnej fazie wykładni.

Możliwie dokładna lektura podstawowego tekstu, w którym koncepcja derywacyjna została przedstawiona, ukazuje, że jej autor zdaje się nadawać pojęciu „wyrażenie normokształtne” przynajmniej jeszcze jedno (trzecie już) znaczenie. Chodziłoby tu przede wszystkim o znaczenie równoważne pojęciu „przepis zrębowy”, niezależnie od tego, czy jest on zupełny czy też nie (innymi słowy, już przepis zawierający element nakazu albo zakazu oraz określonego postępowania mógłby zostać uznany za taki, z którego można „otrzymać” wyrażenie normokształtne³⁸). Znaczenie to wydaje się jednak zdecydowanie drugorzędne. Dałoby się ono pogodzić z rozumieniem „wyrażenia normokształtnego” jako punktu wyjścia zabiegów interpretacyjnych prowadzonych w percepcyjnej fazie wykładni, niemniej jego przyjęcie prowadziłoby do szeregu innych niespójności. Przede wszystkim, można by zapytać, po co cała procedura uzupełniania przepisu zrębowego niezupełnego przepisami uzupełniającymi, skoro nawet przepis zrębowy niezupełny mógłby stać się przedmiotem dalszych zabiegów interpre-

³⁶ A. Godek, *Zastosowanie...*, s. 30.

³⁷ A. Choduń, *Lex specialis...*, s. 220 (odmienna sugestia eadem, s. 220, 224).

³⁸ Zob. M. Zieliński, s. 327. W innym miejscu mowa o możliwości ustalania modyfikatorów dla przepisu zrębowego niezupełnego, traktowanego w perspektywie semantycznej jako przepis centralny ułomny (s. 120 i nast.), co jak się wydaje zakłada podobny sposób rozumienia analizowanego pojęcia (skoro bowiem faza percepcyjna odnosi się do wyrażenia normokształtnego, a jej przedmiotem może stać się również przepis zrębowy niezupełny, to należy chyba uznać, że w tym czy w innym sensie „wyraża” on wyrażenie normokształtne).

tacyjnych. Niezrozumiała stawałaby się w dalszej kolejności również procedura modyfikacji przepisu centralnego niepełnego.

Nie jest zresztą wykluczone, że do problemu należałoby podejść jeszcze inaczej, mianowicie od strony refleksji nad procesem derywacji semantycznej. Nie wchodząc w filozoficzne (czy po części językoznawcze) szczegóły, można by być może powiedzieć, że pomiędzy chwilą identyfikacji danego przepisu jako zrębowego a chwilą, w której możliwe staje się zastosowanie dyrektyw fazy percepcyjnej, wyrażenie zidentyfikowane jako przepis zrębowy, uzupełniane następnie i modyfikowane, podlega nieustannie przekładowi na odpowiadające mu wyrażenia sformułowane już jednak w innym języku, które znowu podlegają przekładowi. Byłby to proces prowadzący od przepisu zrębowego, poprzez języki J' , J'' , J^n ... aż do „ostatecznego” wyrażenia normokształtnego (sformułowanego w języku J^{n+1}). Pojęcie „wyrażenie normokształtne” denotowałoby wówczas każdy kolejny „stopień przekładu”. Wtedy jednak pojęcie to składałoby się z przynajmniej potencjalnie nieskończonego zbioru desygnatów, w dodatku różnego dla każdego konkretnego procesu interpretacyjnego.

Powyższe analizy wymagają uzupełnienia o jeszcze jedno spostrzeżenie. Niekiedy, być może na skutek naszkicowanych wyżej niezgodności, próbuje się definicjami projektującymi wprowadzać nowe pojęcia, bliskoznaczne z pojęciem „wyrażenia normokształtnego”, np. „wstępnie wyinterpretowane wyrażenie normokształtne”³⁹. Ich rola dla koncepcji derywacyjnej nie została jednak – jak się wydaje – szerzej wyjaśniona, a siła eksplanacyjna również wydaje się problematyczna.

Na gruncie przeprowadzonych wyżej analiz należy zauważyć, że jedno z kluczowych pojęć koncepcji derywacyjnej okazuje się homonimem, przybierającym, w zależności od kontekstu, przynajmniej dwa (a najprawdopodobniej trzy) znaczenia. Tezy tej (o ile rzecz jasna jest tezą trafną) nie można jeszcze traktować jako jakiegoś poważnego względem koncepcji zarzutu; powszechnie wiadomo, że w ramach różnych koncepcji, czy nawet teorii naukowych, występują terminy homonimiczne (paradygmatycznym przykładem byłby „paradygmat” w koncepcji T. S. Kuhna). Niemniej, z dużą dozą przekonania można twierdzić, że pierwsze z wyróżnionych znaczeń „wyrażenia normokształtnego” prowadzi do, jak wolno ostrożnie sądzić – poważnych – niespójności w ramach koncepcji derywacyjnej. Należy więc przyjąć drugie z wyróżnionych znaczeń pojęcia, tj. przyjąć, że pojęcie „wyrażenia normokształtnego” jest równoważne zakresowo z pojęciem przepisu centralnego **pełnego** (a więc takiego, który nie ma

³⁹ A. Choduń, *Lex specialis...*, s. 223 i nast. Por. także na tle L. Leszczyńskiego koncepcji wykładni M. Zajęcki, *Dwie próby...*, s. 153 i nast.

żadnych modyfikatorów) oraz przepisu centralnego niepełnego, zmodyfikowanego już jednak przez przepisy [go] modyfikujące (**zmodyfikowanego przepisu centralnego**). Taki sposób rozumienia zostanie w konsekwencji przyjęty jako podstawa dalszych badań. Poza zakresem niniejszego opracowania pozostaje natomiast pytanie, czy pojęcie „wyrażenia normokształtnego” w pierwszym, prowadzącym do niespójności znaczeniu, może być zastąpione przez pojęcie w znaczeniu drugim bez szkody dla koncepcji.

4. Relacja przepis zrębowy – przepisy uzupełniające

Dokonany opis (i w pewnym stopniu przeprowadzona analiza) kluczowych dla fazy rekonstrukcyjnej pojęć pozwala podjąć badania nad problemami pragmatycznymi. Chodzić tu będzie, najogólniej rzecz biorąc, o proponowaną przez koncepcję derywacyjną procedurę czy proces przypisywania przepisom zrębowym przepisów uzupełniających. Na wstępie można zauważyć, że lektura „Wykładni...” daje wrażenie prostoty tej procedury czy procesu⁴⁰. Możliwie dokładna analiza tej procedury czy procesu wymaga jednak **wyodrębnienia** problemów kwalifikacyjnych (kwalifikacji danego przepisu prawnego jako zrębowego albo uzupełniającego) oraz problemów związanych z odszukaniem (odnalezieniem) danych przepisów zrębowych i uzupełniających. Dopiero przeprowadzenie badań nad tymi zagadnieniami pozwoli przejść do problemów związanych bezpośrednio z przypisaniem danemu przepisowi zrębowemu przypisu [go] uzupełniającego.

Na wstępie rozważań trzeba koniecznie podnieść rzecz następującą. Procedura czy proces stanowiący przedmiot dalszych analiz, jakkolwiek stanowi element czy fragment wykładni rozumianej jako przekład różnokształtnych przepisów prawnych na [możliwie] jednoznaczne normy prawne, **nie polega na przypisywaniu przepisom prawnym określonego znaczenia**. Jeszcze inaczej, dyrektywy fazy rekonstrukcyjnej, dotyczące analizowanej procedury czy procesu, nie są, wedle koncepcji, dyrektywami semantycznymi. Procedura (proces) jest w konsekwencji bardzo wyraźnie oddzielona od kwestii semantycznych, które pojawiają się w wedle koncepcji dopiero później – w kontekście relacji przepis centralny – przepis modyfikujący.

Analizy muszą zostać poprzedzone konieczną uwagą. Otóż należy zauważyć, że koncepcja derywacyjna nie wskazuje w formułowanych definicjach przepisów zrębowych i uzupełniających na własności syntaktyczne tych przepisów

⁴⁰ Zob. zwłaszcza M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 115.

(jednostek redakcyjnych tekstu prawnego), lecz na własności syntaktyczne norm, zawartych czy wyrażanych w tych przepisach. Niemniej, ponieważ struktura syntaktyczna przepisu w tym czy innym sensie odpowiada normie (przepis zawiera zawsze, a przynajmniej prawie zawsze, przynajmniej jeden z elementów syntaktycznych normy i nigdy, a przynajmniej niemal nigdy, nie zawiera elementów syntaktycznych, które nie byłyby właściwe dla normy)⁴¹, będzie się dalej w uproszczeniu mówiło o własnościach syntaktycznych przepisów (a nie własnościach syntaktycznych norm, zawartych w przepisach).

Przechodząc do właściwych analiz, w pierwszym rzędzie należy zadać pytanie o kryteria pozwalające zakwalifikować dany przepis (spośród wszystkich przepisów prawnych) jako przepis zrębowy (warunkuje to kwalifikację innych przepisów jako uzupełniających). Proponowane przez koncepcję kryteria kwalifikacji, wynikające z badanych wcześniej definicji „przepisów zrębowych” i „przepisów uzupełniających” są kryteriami czysto syntaktycznymi. Własności (cechy) przypisywane przez te definicje odpowiednio przepisom zrębowym i przepisom uzupełniającym (a właściwie wyrażanym przez te przepisy normom) wzajemnie się wykluczają. Co więcej, w pewnym uproszczeniu (zakładającym pozostawienie poza zakresem badań tzw. przepisów pluralnych) można powiedzieć⁴², że własności wskazane przez definicje są rozłączne (dany przepis może spełniać kryteria definicyjne przepisu zrębowego albo nie, przy czym każdy przepis, który nie spełnia kryteriów definicyjnych przepisu zrębowego spełnia kryteria definicyjne przepisu uzupełniającego). W konsekwencji, zastosowanie podanego kryterium powinno podzielić uniwersum przepisów prawnych na dwa człony: zbiór przepisów zrębowych (wykazujących czy spełniających kryterium podane przez definicję przepisu zrębowego) oraz zbiór przepisów uzupełniających. Dokonanie kwalifikacji danego przepisu do jednego z członków następowałoby na podstawie intersubiektywnie weryfikowalnych cech syntaktycznych; możliwa by więc była całkowicie pewna ocena trafności dokonanej kwalifikacji. Dla każdego przepisu prawnego możliwe byłoby więc ustalenie, czy jest on przepisem zrębowym czy nie-zrębowym.

⁴¹ Przepis prawny, wyrażony w języku J, zawiera przynajmniej jeden z elementów syntaktycznych tożsamy dla wyinterpretowanej z niego normy, wyrażonej w języku J', a więc wyrażenia należące do różnych języków posiadają takie same własności syntaktyczne (ściślej – spośród własności syntaktycznych normy, tj. nakazu albo zakazu określonego postępowania, wskazania adresata i okoliczności, przepis prawny będzie zawierał przynajmniej jeden element – chociaż może oczywiście zawierać wszystkie cztery).

⁴² Przedmiotem refleksji podjętych przez niniejszą pracę nie jest próba udzielania odpowiedzi na pytanie, czy każdy przepis prawny służy do zrekonstruowania normy prawnej (czy też wyjątkową mogą pojawić się przepisy nieistotne dla procesu interpretacji).

O konsekwencjach tych koncepcja *expressis verbis* wprawdzie nie mówi, lecz wydają się one z niej w sposób konieczny wynikać. Pojawia się w tym miejscu jednak istotne pytanie, mianowicie **pytanie o podstawy, na jakich możliwe jest ustalenie własności syntaktycznych przepisów**. Zakwalifikowanie danego przepisu do jednego z członów podziału uniwersum możliwe jest wprawdzie na podstawie ich własności syntaktycznych, ale nie rozwiązuje to jeszcze problemu, jak ustalić ich własności syntaktyczne. Tymczasem należy dostrzec, że kwalifikacja przepisów jako zrębowych albo uzupełniających jest możliwa dopiero **po** ustaleniu ich cech syntaktycznych (innymi słowy, jest możliwa na podstawie już ustalonych cech syntaktycznych).

Koncepcja derywacyjna dostrzega ten problem, podkreślając, że do ustalenia własności syntaktycznych przepisów nie zawsze wystarcza ich „struktura słowna” i „założenie o normatywności tekstów prawnych” (w konsekwencji wolno przyjąć, że zdaniem koncepcji przynajmniej niekiedy „struktura słowna” lub „założenie o normatywności tekstów prawnych” wystarczają do ustalenia własności syntaktycznych danego przepisu – i w dalszej konsekwencji do zakwalifikowania go do jednego z członów podziału). Trzeba bowiem „dodatkowo (a nawet może przede wszystkim) dysponować określoną wiedzą prawniczą lub legislacyjną, by zrębowość tę [i, jak wolno sądzić, również nie-zrębowość] zauważyć i odpowiednio odtworzyć”⁴³. W innym fragmencie koncepcja mówi o „umiejętności rozpoznania danego przepisu jako zrębowy czy uzupełniający”⁴⁴, być może w charakterze zbiorczej nazwy dla wcześniej wyróżnionych podstaw ustalania własności syntaktycznych przepisów.

Podane przez koncepcję podstawy ustalenia własności syntaktycznych przepisów należy poddać w tym miejscu krytycznym analizom. Pierwszą z podanych podstaw, umożliwiających ustalenie własności syntaktycznych przepisów prawnych, ma być, wedle koncepcji, ich struktura słowna. Należy jednak zauważyć, że w języku naturalnym (i w każdym z jego subjęzyków, w tym w języku prawnym), nie da się – w przeciwieństwie do niektórych języków sformalizowanych (w szczególności rachunku predykatów), wyróżnić cech syntaktycznych na podstawie samej tylko „struktury słownej” wyrażenia takiego języka. Jak powszechnie i od dawna wiadomo, cechy czy własności syntaktyczne są (przynajmniej niejednokrotnie) identyfikowane na podstawie własności semantycznych danych fragmentów wyrażen sformułowanych w tych językach. Mówiąc obrazowo, syntaksa jest zależna (a przynajmniej niejednokrotnie zależna bywa) od semantyki. To zaś prowadzi do wniosku, że dla poprawnej identyfikacji cech

⁴³ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 115 i nast.

⁴⁴ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 111.

(własności) syntaktycznych fragmentów wyrażenia sformułowanego w języku naturalnym lub którymś z jego subjęzyków (np. języku prawnym), konieczne jest ustalenie **znaczenia** tych fragmentów (czy nawet całego wyrażenia).

Drugą z podstaw ma być „założenie o normatywności tekstów prawnych”. Teza, wedle której założenie o normatywności w tym czy innym sensie służy do rozpoznawania własności syntaktycznych przepisów prawnych, jest w mojej opinii przynajmniej dyskusyjna. Nawet podane przez samą koncepcję przykłady wykorzystania tego założenia dla ustalenia własności syntaktycznych przepisów prawnych pokazują, że „założenie o normatywności tekstów prawnych”, powinno być rozumiane raczej jako dyrektywa interpretacyjna (czy ściślej **nazwa dla zbioru dyrektyw interpretacyjnych**), nakazujących przypisanie określonym fragmentom przepisów prawnych określonego **znaczenia** (przykładowo, za *Wykładnią...*, wyrażeniu „podpisuje” jedna z dyrektyw składających tak nazwany zbiór nakazuje przypisać znaczenie: „nakazane mu jest, aby podpisać”⁴⁵). Zapewne uznanie tych dyrektyw interpretacyjnych za, powiedzmy, dyrektywy kwalifikacji własności syntaktycznych nastąpiło na skutek tego, że w wielu przypadkach ich stosowanie przez interpretatora jest automatyczne czy oczywiste („podpisuje” → „nakazane mu jest, aby podpisać”). Skoro jednak chodzi o zbiór dyrektyw interpretacyjnych, można bez ryzyka błędu założyć, że stosowanie tych dyrektyw, przynajmniej w odniesieniu do niektórych zbiorów przepisów prawnych, wcale nie będzie automatyczne czy nawet „proste” (a prostotę taką jednoznacznie sugeruje koncepcja). I istotnie, znane są w dyscyplinach szczegółowych spory co do znaczenia fragmentów przepisów, do których założenie o normatywności się odnosi (zwłaszcza czasowników użytych przez prawodawcę w czasie teraźniejszym). Tytułem przykładu można wskazać na spór o art. 179 Konstytucji (czy wyraża on nakaz powołania sędziego, czy też jedynie udziela Prezydentowi kompetencji do jego powołania⁴⁶). Podobnie w prawie prywatnym wskazać można na przykłady, w których nie jest jasne, czy czasownik w czasie teraźniejszym ma być interpretowany jako operator nakazu czy jedynie kompetencji⁴⁷. W sporach tych niejednokrotnie powoływane są argumenty systemowe

⁴⁵ Por. M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 115 i nast.

⁴⁶ Zob. ostatnio K. Weitz, *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz art. 87–243* (red. M. Safjan, L. Bosek), Warszawa 2016, s. 1045 i nast. i powołana tam szeroka literatura.

⁴⁷ A ściślej, czy norma wyinterpretowana z takiego przepisu jest normą przyznającą kompetencję danemu podmiotowi, np. P1 sprzężoną z inną normą, nakazującą temu podmiotowi skorzystanie z kompetencji, czy też chodzi tu tylko o normę przyznającą kompetencję podmiotowi P1 (nakazującą zareagować jakiemuś innemu podmiotowi w określony sposób na czynność konwencjonalną dokonaną przez ten podmiot), z którą nie jest sprzężona żadna norma nakazująca podmiotowi P1 skorzystanie z kompetencji. Dobrych przykładów dostarczają mniej lub bardziej popularne spory o znaczenie art. 13

i funkcjonalne, co sugeruje, że dyrektywy składające ten zbiór nie są tylko jakimiś w tym czy w innym sensie prostymi dyrektywami językowymi; więcej, sugeruje, że oprócz dyrektyw językowych zbiór ten składają również dyrektywy systemowe i funkcjonalne. Można do powyższego dodać, że sporów takich niemal na pewno żaden przedstawiciel którejkolwiek z dogmatyk dyscyplin szczegółowych nie interpretuje jako sporów o własności syntaktyczne danego przepisu, lecz jako spory o znaczenie jego określonego fragmentu – co pozwala ostrożnie sądzić, że koncepcja okazuje się w tym punkcie nieadekwatna opisowo.

Trzecią, i wedle koncepcji najważniejszą, z podstaw ustalenia własności syntaktycznych ma być wiedza interpretatora („wiedza prawnicza lub legislacyjna”). Problem „wiedzy” zostanie szerzej zanalizowany w ramach dalszych rozważań. W tym miejscu wystarczy powiedzieć, że pojęcie to jest nad wyraz enigmatyczne (czyja wiedza? jak głęboka wiedza? *etc*), a odniesienie do niego zdaje się prowadzić do szeregu niespójności w ramach samej koncepcji. Najistotniejsze jest jednak to, że wiedza ta, jakkolwiek by jej w szczegółach nie rozumieć, nie wzięła się „znikąd”. Do jej wytworzenia potrzebne było ustalenie własności syntaktycznych danych przepisów przez innych interpretatorów, to zaś, jak próbowano wyżej wykazać, jest wtórne wobec wcześniejszego ustalenia ich własności semantycznych (znaczenia).

Wszystko, co wyżej powiedziano, odnosi się również do przepisów uzupełniających przepis zrębowy. Ich kwalifikacja jako uzupełniających pozwala podzielić uniwersum przepisów na przepisy uzupełniające i nie-upełniające, niemniej dla ustalenia ich cech (własności) syntaktycznych konieczne jest wcześniejsze ustalenie ich **znaczenia**.

W tym miejscu można już podjąć problem odszukania czy odnalezienia danych przepisów zrębowych i uzupełniających. Można bez ryzyka błędu zauważyć, że koncepcja derywacyjna w ogóle nie wspomina o problemie odszukania czy odnalezienia przepisów zrębowych, koncentrując się na odszukiwaniu czy odnajdywaniu przepisów uzupełniających. Należy na wstępie zauważyć, że wcześniej analizowany problem kwalifikacji przepisów do wyróżnionych przez koncepcję członów podziału, tj. zbioru przepisów zrębowych i zbioru przepisów uzupełniających nie wydaje się mieć dla wykładni (tj. procesów rzeczywiście

§ 1 KC i art. 16 § 1 KC („może zostać ubezwłasnowolniona”), art. 29 § 1 KC („może zostać uznany za zmarłego”), art. 42 § 2 KC („powinien postarać się...”), by poprzestać na najbardziej ewidentnych przykładach z Części ogólnej KC. Warto zauważyć, że poruszona wyżej problematyka stanie się jeszcze bardziej skomplikowana, gdy uświadomimy sobie, że niejednokrotnie nie jest w nauce jasne, czy dany przepis wyraża normę zakazującą dokonywania określonych czynności (np., czy art. 58 KC wyraża zakaz dokonywania czynności sprzecznych z prawem lub z zasadami współżycia społecznego lub zmierzających do obejścia prawa).

zachodzących w kulturze prawnej, nie tylko w praktyce orzeczniczej, lecz także w dyscyplinach szczegółowych) jakiegokolwiek znaczenia. Interpretatora nie interesuje bowiem to, czy dany przepis ma status zrębowego czy uzupełniającego, lecz to, czy jest relewantny dla ustalenia konsekwencji prawnych danego zdarzenia albo klasy zdarzeń⁴⁸. Punktem wyjścia dla poszukiwań przepisu zrębowego okazuje się więc znowu jego **znaczenie** (a nie syntaksa). Tym bardziej nie jest istotne, że dany przepis jest przepisem uzupełniającym (a więc zawiera określenie adresata lub okoliczności, w których nakazane mu jest albo zakazane określone postępowanie, wskazane w danym przepisie zrębowym), ale to, dla którego przepisu zrębowego taki przepis jest przepisem uzupełniającym. Mówiąc o przepisie uzupełniającym, należy mieć bowiem na uwadze, że pojęcie to jest **relatywne**; że wymaga wskazania, o uzupełnienie którego przepisu zrębowego chodzi. To zaś każe zapytać o procedurę czy proces odszukiwania czy odnajdywania przepisów uzupełniających dany przepis zrębowy i w dalszej kolejności „przypisywania”⁴⁹ danym przepisom zrębowym przepisów [je] uzupełniających, w szczególności zaś o **podstawy**, na jakich dany przepis uzupełniający (dane przepisy uzupełniające) jest odnajdywany czy odszukiwany, a następnie przypisywany danemu przepisowi zrębowemu⁵⁰.

Koncepcja derywacyjna wskazuje w gruncie rzeczy jeden środek służący czy umożliwiający odszukanie dla danego przepisu zrębowego przepisu lub przepisów [go] uzupełniających. Mowa jest mianowicie o **umiejętności** (nabywanej przez lata) **odnajdywania (odszukiwania) przepisów uzupełniających przepisy zrębowe**. Dalej, wedle koncepcji, „umiejętność ta stanowi istotny fragment wiedzy prawniczej zdobywanej w czasie kilkuletnich studiów prawniczych, a nadto doświadczeń, które zdobywa się w praktyce prawniczej”⁵¹. Owe umiejętności interpretatora, czymkolwiek by w szczegółach nie była, koncepcja derywacyjna (czy w tym przypadku nawet szerzej, teoria prawa) jest w stanie w pewnym sensie pomóc, tj. wskazać obszary, w których występowanie przepisów

⁴⁸ Być może zwracają na ten problem uwagę J. Niesiołowski, J. Rodziewicz, *Pojęcie normy prawnej a podstawa prawna i faktyczna orzeczenia sądu cywilnego*, PiP 1984/6, s. 87 i nast.

⁴⁹ Należy zaznaczyć, że koncepcja derywacyjna traktuje tylko o problemie odszukiwania czy odnajdywania przepisów uzupełniających; wydaje się jednak, że konsekwencją ich odszukania czy odnalezienia musi być ich przypisanie do danych przepisów zrębowych.

⁵⁰ W ramach dalszych analiz, zbiorczo potraktowany zostanie proces czy procedura przypisywania przepisom zrębowym przepisów uzupełniających syntaktycznie oraz przepisów uzupełniających logicznie, jako że procesy te nie wydają się wykazywać żadnych różnic w kontekście prowadzonych tu badań.

⁵¹ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 111 i nast.

uzupełniających jest najbardziej prawdopodobne⁵². W tym punkcie można koncepcję uzupełnić poprzez wskazanie, że niekiedy zdarza się, że sam prawodawca jednoznacznie wskazuje przepisy uzupełniające w przepisie zrębowym, poprzez tzw. sztywne odesłanie do jakiś innych przepisów⁵³. Wówczas umiejętność, o której mowa, sprowadza się do umiejętności dokonania (w jakimś sensie bardzo prostej) wykładni językowej zwrotów zawierających odesłanie; warto wszakże zauważyć, że również w tym przypadku chodzi o kwestie semantyczne. Ponieważ jednak nawet tzw. sztywne odesłanie nie daje (a przynajmniej może niekiedy nie dawać) całkowitej pewności, czy gdzieś nie znajdują się jeszcze inne przepisy uzupełniające, a „obszary większego prawdopodobieństwa” wskazane przez koncepcję tym bardziej nie wykluczają, że przepisy uzupełniające znajdują się poza nimi (a poza tym, obszary te muszą zostać jeszcze „przeszukane”), kluczowa pozostaje podkreślana przez koncepcję „umiejętność”. Wymaga więc ona szerszej analizy.

Dla porządku należy przypomnieć, że na analizowaną tu „umiejętność” składa się po pierwsze wiedza prawnicza oraz indywidualne doświadczenia interpretatora. Rozróżnienie to ma przy tym charakter w najlepszym razie typologiczny; elementem indywidualnego doświadczenia jest też przecież zasób zdobytej wcześniej wiedzy prawniczej. Wydaje się, że odwołanie się do owej „umiejętności” rodzi jednak dalece poważniejszy problem, tj. niespójność koncepcji na przynajmniej dwóch płaszczyznach.

W pierwszym rzędzie, proces wykładni „u swojego zarania” okazuje się procesem nie-racjonalnym czy przynajmniej nie w pełni racjonalnym (a fundamentalnym przecież zadaniem koncepcji jest zracjonalizowanie procesu wykładni)⁵⁴. „Umiejętność”, o której mowa, zawodzi bowiem zarówno z przyczyn obiektywnych, jak i subiektywnych. Jeśli chodzi o te pierwsze, należy podnieść, że regulacja prawna może być nowa w tym sensie, że nie zdążyły wykształcić się żadne poglądy co do tego, które przepisy uzupełniają dany przepis zrębowy. Niekiedy zresztą taka sytuacja zachodzi dla przepisów obowiązujących od dłuższego czasu (których nikt jeszcze nie interpretował, a w każdym razie wynik takiej interpretacji nie został upubliczniony). Jeśli chodzi o przyczyny subiektywne, dość spostrzec, że każdy interpretator dysponuje przecież nieco inną wiedzą prawniczą zdobywaną w toku prawniczego wykształcenia i bardzo niekiedy już różnym doświadczeniem. Pod-

⁵² Por. M. Zieliński, *Wykładnia*, ss. 112 i nast., 328.

⁵³ Np. art. 13 ust. 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami odsyła do przepisu art. 6 tej ustawy, który, w świetle koncepcji derywacyjnej, byłby przepisem uzupełniającym (w zakresie okoliczności) art. 13 ust. 2 jako przepis zrębowy.

⁵⁴ Być może do innego wniosku skłoniłoby przyjęcie, że wykładni dokonuje wyidealizowany (idealny albo przynajmniej racjonalny) interpretator – a nie interpretator realny czy socjologiczny.

stawy poszukiwań (i ich końcowe efekty) przepisów uzupełniających okazują się w tym sensie indywidualne, że zależne od „wiedzy i doświadczenia” każdego poszczególnego interpretatora. W konsekwencji proces odszukiwania czy odnajdywania przepisów uzupełniających będzie (a przynajmniej będzie mógł być) różny dla każdego poszczególnego interpretatora, co w prostej konsekwencji wpłynie (a przynajmniej może wpłynąć) na wynik tego procesu. Oczywiście, różne wyniki osiągnięte przez każdego z interpretatorów będą mogły być później przedmiotem metajęzykowych analiz innych interpretatorów („kultury prawnej”), a ich wynik może doprowadzić do przyjęcia jednolitego stanowiska. Nie zmienia to jednak faktu, że u podstaw procesu wykładni stają indywidualne umiejętności w zakresie poszukiwań przepisów uzupełniających, a ich efekty nie są możliwe do zweryfikowania przez podmiot tę decyzję podejmujący.

Być może zresztą owa przynajmniej częściowa nie-racjonalność jest (przynajmniej w tym fragmencie) immanentną cechą rzeczywiście zachodzących (a nie modelowych czy wyidealizowanych w ramach różnych koncepcji, w tym koncepcji derywacyjnej) procesów interpretacyjnych i w konsekwencji żadnej koncepcji wykładni nie uda się tego procesu w pełni zracjonalizować, co stawiałoby postawiony zarzut w znacznie łagodniejszym świetle, albo zgoła zupełnie go uchylało.

Niespójność pojawia się jednak – jak sądzę – i na innej, zdecydowanie w moim przekonaniu poważniejszej płaszczyźnie. Koncepcja popada bowiem w niezgodność z wielokrotnie (i m. zd. nad wyraz trafnie) podkreślanym założeniem „*omnia sunt interpretanda*”. Odnajdywanie przepisów uzupełniających na podstawie wykształcenia prawniczego nie jest niczym innym niż zawierzeniem cudzym, podjętym wcześniej decyzjom interpretacyjnym. Odwołanie się do doświadczenia interpretatora także oznacza zawierzenie wcześniej podjętym decyzjom interpretacyjnym, tym razem własnym, które w oczywisty sposób z wielu powodów mogły okazać się nietrafne. Skądinąd, owa wiedza nie wykształciła się ani samoistnie, ani poprzez proste „odnalezienie” przepisów uzupełniających, ale dzięki wcześniej przeprowadzonym procesom wykładni (ustalenia znaczenia) zarówno przepisów zrębowych, jak i uzupełniających. Wiedza ta w oczywisty sposób nie jest pewna, ponieważ owe procesy mogły zostać przeprowadzone w tym czy w innym sensie nieprawidłowo. Co więcej, zakładając, że wykładnia ma charakter dynamiczny, a nie statyczny (a takie założenie przyjmuje koncepcja derywacyjna), z biegiem lat może się okazać, że treść przypisywana określonym przepisom ulegnie zmianie; a nie ma możliwości, aby te zmiany odnotować, posługując się wskazanymi przez koncepcję kryteriami.

Uzupełniając powyższe, należy dodać, że koncepcja derywacyjna w badanym tu zakresie wydaje się przynajmniej w pewnym stopniu adekwatna opiso-

wo. Istotnie bowiem wyniki poszukiwań przepisów uzupełniających są zależne od tak czy inaczej rozumianej umiejętności prowadzenia tych poszukiwań. Z pewnością nikt jednak nie interpretuje tych poszukiwań jako poszukiwań przepisów uzupełniających w znaczeniu koncepcji, a raczej przepisów mogących służyć ustaleniu konsekwencji prawnych danego zdarzenia albo klasy zdarzeń.

Zwróćmy uwagę na jeszcze jedną okoliczność, fragmentarycznie poruszaną już wcześniej. Koncepcja derywacyjna zupełnie jednoznacznie różnicuje proces czy procedurę „poszukiwania” („odnajdywania”) przepisów uzupełniających (i w konsekwencji ich „przypisywania” odpowiednim przepisom zrębowym) od procesów polegających na przypisywaniu przepisom określonego znaczenia (czy ustalania ich znaczenia). Tymczasem, jak próbowano wcześniej wykazać, ustalenie cech (własności) syntaktycznych zarówno przepisów zrębowych, jak i przepisów uzupełniających zależne jest od wcześniejszego przypisania im określonego znaczenia. W konsekwencji również procedura czy proces „odszukania” („odnalezienia”) przepisów uzupełniających dany przepis zrębowy, a także „przypisanie” przepisu (przepisów) uzupełniających danemu przepisowi zrębowemu oparte jest w istocie na ustaleniu znaczenia i jednych, i drugich; aby dokonać takiego „przypisania”, w oczywisty sposób trzeba poznać najpierw ich znaczenie (kolokwialnie rzecz ujmując, trzeba wiedzieć, co i czemu się „przypisuje”). Wykładnia prowadząca do owego „przypisania” przynajmniej niekiedy nie będzie polegała na zastosowaniu relatywnie prostych dyrektyw językowych. Najlepiej ilustrują to przykłady sporów o to, który przepis ma charakter przepisu uzupełniającego znane z dyscyplin szczegółowych, w ramach których wykorzystywane są wszystkie dyrektywy fazy percepcyjnej (tj. nie tylko językowe, lecz także systemowe i funkcjonalne)⁵⁵. Warto dodać, że prawdopodobnie żaden z przedstawicieli tych dyscyplin nie interpretuje tych sporów jako sporów o status danego przepisu jako przepisu uzupełniającego dany przepis zrębowy, lecz po prostu jako spory o wynik wykładni określonych przepisów; jako spory o to, który z przepisów potencjalnie wchodzących w grę powinien znaleźć zastosowanie dla danej klasy stanów faktycznych (najogólniej mówiąc, interpretowane są jako spory semantyczne, a nie syntaktyczne)⁵⁶. Fakt powyższy każe również uznać

⁵⁵ Dobrym przykładem byłby cywilistyczny spór, który w kategoriach pojęciowych koncepcji derywacyjnej można zinterpretować jako spór o to, czy art. 103 KC jest przepisem uzupełniającym dla art. 38 KC (czy też jest nim art. 58 § 1 KC), zob. zamiast wielu J. Grykiel, *Skutki wadliwej reprezentacji w ramach organu osoby prawnej*, Prawo Spółek 2008/11, s. 46 i n.

⁵⁶ Ta obserwacja przypomina zarzut sformułowany w innym kontekście przez J. Nowackiego, *Przepis prawny a norma prawna*, Katowice 1988, s. 91 i nast. Nie chodzi tu jednak o kwestionowanie potrzeby wyróżnienia „normy prawnej”, lecz o polemikę z określonym elementem koncepcji derywacyjnej.

nietrafność wniosku wysuniętego przez koncepcję derywacyjną z krytykowanych wyżej założeń, zgodnie z którym zabiegi interpretacyjne powinny koncentrować się przede wszystkim na przepisie zrębowym (mowa dokładnie o „różnej realizacji interpretacji” obydwu klas przepisów)⁵⁷. Może się oczywiście zdarzyć, że to właśnie przepis zrębowy rodzić będzie szczególne trudności interpretacyjne, niemniej przynajmniej niejednokrotnie (a może nawet najczęściej) ciężar wysiłków interpretacyjnych spoczywa właśnie na przepisach uzupełniających.

Przeprowadzone analizy pozwalają na wyprowadzenie kilku wniosków. Kwalifikacja danego przepisu prawnego do zbioru przepisów zrębowych albo uzupełniających następuje na podstawie własności syntaktycznych, niemniej ustalenie owych własności syntaktycznych zależne jest od własności semantycznych takich przepisów (prosto mówiąc, ich znaczenia). Kwalifikacja własności syntaktycznych jest więc (a przynajmniej niejednokrotnie bywa) **wtórna** wobec ustalenia ich własności semantycznych (prosto mówiąc, znaczenia). Znaczenie to można i należy ustalić na podstawie dyrektyw wykładni, przy czym przynajmniej niekiedy (a zapewne najczęściej) nie będą to w tym czy w innym sensie „proste” dyrektywy językowe. To zaś zmusza do postawienia pytania: po co w ogóle wyróżniać pojęcia definiowane syntaktycznie, tj. pojęcie przepisów zrębowych (w dalszej konsekwencji – uzupełniających; oraz pojęć bliskoznacznych), skoro u podstaw ich kwalifikacji jako zrębowych (uzupełniających; oraz pojęć bliskoznacznych) znajdują się dyrektywy wykładni w tym czy w innym sensie nakazujące przypisanie danym przepisom określonego znaczenia, a więc dyrektywy w szerokim (bo nie ograniczającym się jedynie do dyrektyw językowych wykładni) tego słowa znaczeniu semantyczne? To samo pytanie można i należy postawić również w odniesieniu do procedury „odnajdywania” („odszukiwania”) przepisów zrębowych i uzupełniających oraz „przypisywania” tych drugich pierwszym. W procedurze tej, jak się okazuje, nie ma chyba nic swoistego, co pozwalałoby na jej oddzielanie od kwestii związanych z ustalaniem znaczenia przepisów prawnych, podejmowanych w zasadzie w ramach percepcyjnej fazy wykładni. Z drugiej jednak strony, rozpoznanie własności syntaktycznych wchodzących w grę przepisów, choć zależne od ich znaczenia, przynajmniej niekiedy może być bardzo pomocne do właściwego „ustawienia” dalszych zabiegów interpretacyjnych⁵⁸. Wydaje się więc, w dalszej konsekwencji, że założoną przez koncepcję derywacyjną procedurę czy proces ustalania relacji między przepisem

⁵⁷ M. Zieliński, Wykładnia, s. 112.

⁵⁸ Por. zwłaszcza modelowo K. Gmerek, *Udzielanie przez sąd pouczeń w postępowaniu cywilnym. Uwagi na tle wykładni przepisu art. 5 Kodeksu postępowania cywilnego*, materiały VII Zjazdu Młodych Teoretyków i Filozofów Prawa, organizowanego przez Katedrę Teorii i Filozofii Prawa Wydziału Prawa i Administracji UAM, w druku.

zrębowym a przepisami uzupełniającymi (jak również pojęcia wykorzystywane dla teoretycznego opisu tej procedury) być może należy uznać za w zasadzie **zbędną**, niemniej niektóre jej elementy (byłoby sprawą dalszych badań ustalenie, jakie), po odpowiednim przeformułowaniu, zachowałyby prawdopodobnie swoją doniosłość (w – odpowiednio poszerzonej – fazie percepcyjnej).

W tym miejscu, próbując uniknąć wskazanych wyżej niedoskonałości koncepcji derywacyjnej, należałoby raczej mówić o zabiegach interpretacyjnych prowadzących do wyboru przepisu albo zbioru przepisów prawnych, potencjalnie czy *prima facie* relewantnych dla ustalenia konsekwencji prawnych danego zdarzenia (niemal zawsze – klasy zdarzeń), które byłyby następnie poddawane dalszym zabiegom interpretacyjnym (zapewne w znacznej mierze zgodnych z proponowanymi przez percepcyjną fazę wykładni; uzupełnionych o niektóre, odpowiednio przeformułowane dyrektywy fazy rekonstrukcyjnej)⁵⁹. Zabiegi te można by interpretować dwojako. W odniesieniu do procesów rzeczywiście przebiegających (czy to w dogmatykach dyscyplin szczegółowych, czy to w praktyce stosowania prawa), zadaniem interpretatora byłby wybór zbioru **przepisów *prima facie* relewantnych** dla określenia konsekwencji prawnych pewnej klasy zdarzeń (ewentualnie, zdarzenia). Przepisy te poddawane byłyby dalszym zabiegom interpretacyjnym, w toku których okazałoby się, które z nich istotnie są dla określenia konsekwencji prawnych relewantne (celem tych zabiegów byłoby sprawdzenie, które z przepisów są relewantne dla ustalenia konsekwencji prawnych danej klasy zdarzeń, ewentualnie zdarzenia). Te dalsze zbiegi przebiegają, jak się wydaje, w zasadzie zgodnie z dyrektywami konstruującymi percepcyjną fazę wykładni. Zadaniem koncepcji byłoby więc przede wszystkim ujęcie procesów polegających na wyborze przepisów *prima facie* relewantnych w teoretyczne ramy. W tym miejscu można tylko bardzo szkicowo zauważyć, że wybór owych przepisów *prima facie* relewantnych zależy od ich w jakimś sensie wstępnej wykładni, przeprowadzanej zapewne prostymi dyrektywami językowymi (jeszcze inaczej, wybór takich przepisów zależy od wyników jakiejś wstępnej wykładni); dyrektywy te powinny zostać przez koncepcję odpowiednio usystematyzowane. Można w tym miejscu powiedzieć tylko, że przynajmniej dwie tezy formułowane przez koncepcję w jej aktualnym kształcie, po odpowiednim przeformułowaniu, nadawałyby się do wykorzystania dla szkicowanego odmiennego ujęcia. I tak,

⁵⁹ Niewykluczone, że takie postawienie sprawy zmusiłoby do zmiany sposobu rozumienia normy prawnej, niemniej wydaje się, że rozumienie normy przyjęte przez koncepcję jest bardziej szczegółowym ujęciem rozumienia przyjmowanego powszechnie w dyscyplinach szczegółowych (tj. wypowiedzi czy wyrażenia wiążącego określone konsekwencje prawne z zajściem określonych zdarzeń czy zaistnieniem określonych stanów rzeczy).

koncepcja podkreślając wagę własności syntaktycznych przepisów, zwraca uwagę na istotny fakt, mianowicie taki, że interpretatorowi trudno będzie ustalić zbiór przepisów *prima facie* relewantnych, jeśli nie zaliczy do tego zbioru przepisów wyrażających wszystkie elementy syntaktyczne normy. Po drugie, formułowane przez koncepcję tezy dotyczące „obszarów większego prawdopodobieństwa” występowania przepisów uzupełniających należałoby – jak sądzę – przeformułować na tezy dotyczące „obszarów większego prawdopodobieństwa” występowania przepisów *prima facie* relewantnych dla ustalenia konsekwencji prawnych danego zdarzenia (klasy zdarzeń). Niektóre zaś z innych problemów poruszanych przez koncepcję derywacyjną, po odpowiednim przeformułowaniu, znalazłyby swoje miejsce zapewne w ramach dyrektyw fazy percepcyjnej (np. dyrektywy przypisujące określone znaczenie czasownikom ujętym w czasie teraźniejszym).

Proponowane ujęcie budzi przynajmniej jedno poważne zastrzeżenie. Procesy wykładni rzeczywiście przebiegające w dyscyplinach szczegółowych i w procedurach stosowania prawa będą zawsze narażone na ryzyko nieodnalezienia wszystkich przepisów *prima facie* relewantnych dla ustalenia konsekwencji prawnych danego zdarzenia (klasy zdarzeń). Nie będzie to rodziło większych konsekwencji w przypadku, w którym przepis taki, po dokonaniu jego „dokładnej” wykładni okazałby się jednak dla wyróżnionego zdarzenia (klasy zdarzeń) irrelevantny. Niemniej, zawsze może dojść do „przeoczenia” przepisu relewantnego. Jedynym jak się wydaje sposobem uniknięcia tego ryzyka byłby postulat dokonania choćby „wstępnej” wykładni wszystkich przepisów prawnych – jest jednak oczywiste, że postulat ten nie byłby możliwy do spełnienia przez pojedynczego interpretatora (a co najwyżej przez jakiś program informatyczny, wykazujący się subtelnością znacznie wyższą niż programy znane dzisiaj). To zaś prowadzi do chyba niezbyt oryginalnego wniosku, z zakresu bardziej już filozofii niż teorii prawa, proces wykładni dający pewność wzięcia pod uwagę wszystkich relewantnych przepisów możliwy jest tylko w ramach modelu, a nigdy w rzeczywistości.

5. Relacja przepis centralny – przepisy modyfikujące

Przeprowadzenie analizy problemów związanych z relacją między przepisem zrębowym a przepisami uzupełniającymi pozwala podjąć zagadnienia związane z relacją między przepisem centralnym a przepisami modyfikującymi (modyfikatorami). W świetle wcześniejszych opisów podstawowych pojęć fazy rekonstrukcyjnej oraz ustaleń związanych ze znaczeniem pojęcia „wyrażenie normokształtne” wolno przypomnieć, że przepis zrębowy zupełny „od począt-

ku” oraz przepis zrębowy niezupełny, uzupełniony o przepisy uzupełniające, z perspektywy semantycznej nazywa się **przepisem centralnym** (przepis zrębowy niezupełny, który nie został odpowiednio uzupełniony, nazywany jest w perspektywie semantycznej przepisem centralnym ułomnym). Przepis centralny nazywany jest przepisem centralnym pełnym w sytuacji, w której nie jest on modyfikowany treściowo przez żadne inne przepisy (przepisy modyfikujące; modyfikatory). Przepisem centralnym niepełnym będzie więc przepis centralny modyfikowany przez inne przepisy (modyfikatory). Przepis centralny niepełny, który został już uzupełniony o modyfikatory (czy raczej – zmodyfikowany przez modyfikatory), można natomiast nazwać zmodyfikowanym przepisem centralnym. Przepisy centralne mogą być (i z reguły są) modyfikowane pod względem treści przez inne przepisy (przepisy modyfikujące, modyfikatory)⁶⁰; z reguły więc przepis centralny jest przepisem centralnym niepełnym.

Na gruncie przyjętej przez koncepcję siatki pojęciowej widać wyraźnie, że nie jest konieczne prowadzenie analiz dotyczących kwalifikacji danych przepisów do zbioru przepisów centralnych, ponieważ przepisem centralnym będzie każdy przepis zrębowy pełny, a kwestia kwalifikacji przepisów do zbioru przepisów zrębowych została w niniejszej pracy podjęta już wcześniej. Dalej, jest też jasne, że zakres modyfikatorów jest rozłączny z zakresem przepisów uzupełniających (te „skonsumowały się” już w procesie ustalania przepisu zrębowego). Problem kwalifikacji do zbioru przepisów uzupełniających był zaś już również analizowany wcześniej. Wobec powyższego, swoiste problemy, wymagające odrębnych analiz, rodzić będzie kwalifikacja przepisów do zbioru przepisów modyfikujących (co koncepcja nazywa „odnajdywaniem” czy „odszukiwaniem” przepisów modyfikujących) oraz, swobodnie na razie rzecz ujmując, ustalanie relacji między przepisami centralnymi a modyfikatorami.

Przypomnijmy, że przepisy modyfikujące, na co zresztą jednoznacznie wskazuje ich nazwa, modyfikują (zmieniają) przepisy centralne, w właściwie treść w nich wyrażoną. Nie da się wszakże, w przeciwieństwie do przepisów uzupełniających, wyznaczyć zbioru takich przepisów na podstawie ich szczególnych cech. Nie ma bowiem przepisów „po prostu” modyfikujących – modyfikują one zawsze dany przepis centralny (dane przepisy centralne)⁶¹. Modyfikacja ta może dotyczyć wszystkich czterech elementów syntaktycznych normy postępowania, wyrażonych w przepisie centralnym albo też pojedynczego z tych elementów (lub kilku z nich). Koncepcja podkreśla, podając przekonujące przykłady,

⁶⁰ Które również mogą być modyfikowane przez inne modyfikatory (modyfikatory modyfikatorów), zob. M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 124.

⁶¹ Przepisy centralne, dla innego kontekstu interpretacyjnego, mogą zresztą uzyskać status przepisów modyfikujących, zob. M. Zieliński, *Wykładnia*, ss. 123, 128.

że niekiedy trudno jest kategorycznie ustalić, który z elementów syntaktycznych jest modyfikowany przez przepis modyfikujący⁶². Do tego momentu z koncepcją derywacyjną można się zgodzić. Warto jednak podkreślić, że relacja, o której tu mowa, znana jest w dogmatykach dyscyplin szczegółowych od wieków i nazywana zwykle relacją *lex specialis derogat legi generali*; jakkolwiek nazwa ta, jako ewidentnie homonimiczna, denotuje także inne relacje niż relacja między przepisem centralnym a modyfikującym w języku koncepcji derywacyjnej, a nadto, przepis modyfikujący może nie tylko ograniczać treść przepisu centralnego – co sugeruje tradycyjna nazwa relacji – lecz także ją uzupełniać⁶³. Poważne w moim przekonaniu wątpliwości budzi jednak koncepcja w zakresie, w jakim przedstawia procedurę czy proces przyporządkowywania czy przypisywania (jakkolwiek w mowa jest dosłownie o „odnajdywaniu” czy „odszukiwaniu” modyfikatorów) modyfikatorów przepisom centralnym.

Należy przede wszystkim zauważyć, że procedura czy proces ustalania relacji między przepisem centralnym a przepisami modyfikującymi nie jest rozumiana jako przypisywanie przepisom prawnym określonego znaczenia, lecz, podobnie jak to miało miejsce w przypadku ustalania relacji między przepisem zrębowym a przepisami uzupełniającymi, jako zupełnie różny proces „odnajdywania” czy „odszukiwania” modyfikatorów (lepiej byłoby chyba mówić o procesie „przypisywania” czy „przyporządkowywania” modyfikatorów przepisom centralnym)⁶⁴. Można chyba powiedzieć, że procedura ta, stanowiąc element czy fragment wykładni przepisów prawnych, nie jest ich „właściwą” wykładnią. Właściwa wykładnia tych przepisów następować ma dopiero w fazie percepcyjnej. Ujęcie takie wydaje się nietrafne choćby z tego względu, że skoro modyfikacja przepisu centralnego dotyczy jego treści, konieczne jest poznanie zarówno treści przepisu centralnego, jak i przepisów modyfikujących. Wydaje się nieспорne, że aby poznać treść tych przepisów, trzeba najpierw zastosować w odniesieniu do tych przepisów określone dyrektywy wykładni (czy prościej, dokonać ich wykładni; „właściwej” wykładni), której wynik pozwoli dopiero ustalić (ujmując rzecz na razie w bardzo dużym uproszczeniu), czy i w jakim zakresie przepis centralny jest modyfikowany przez przepisy modyfikujące. W pewnych punktach to trafne założenie przyjmuje zresztą sama koncepcja, opisując np. dyrektywę interpretacyjną *exceptiones non sunt extendendae* jako dyrektywę, zgodnie z którą nie wolno przełamać wyniku językowego, m.in. jednoznacznego języko-

⁶² M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 120.

⁶³ Por. ostatnio M. Hermann, *Zbieg przepisów prawnych jako problem interpretacyjny*, [w:] *Wykładnia prawa. Tradycja i perspektywy* (red. M. Hermann, S. Sykuna), Warszawa 2016, s. 199 i nast.

⁶⁴ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 119 i n., 325 i nast.

wo przepisu modyfikującego przepis centralny przez rozszerzenie zakresu jego modyfikatora⁶⁵. Będzie chyba poza sporem, że aby nie rozszerzać zakresu modyfikatora, trzeba najpierw ten zakres poznać, a aby go poznać, konieczne jest zastosowanie określonych dyrektyw wykładni w odniesieniu do takiego przepisu (prościej: przeprowadzenie wykładni takiego przepisu). Dla osiągnięcia pełni obrazu należy jednak zbadać koncepcję w zakresie proponowanych przez nią środków, pozwalających ustalić analizowaną relację. Wykazanie ich niespójności z przyjętymi przez samą koncepcję założeniami i opisowej nieadekwatności wzmocni tezę wyrażoną wyżej.

Na podstawie lektury *Wykładni...* można chyba bez ryzyka błędu zrekonstruować środki czy podstawy, na których opiera się ustalenie relacji między przepisem centralnym a modyfikatorami. W pierwszym rzędzie chodzi o sytuacje, w których sam ustawodawca wskazuje dany przepis jako modyfikator przepisu centralnego, następnie o sytuacje, w której status „bycia modyfikatorem dla danego przepisu centralnego” jest „ewidentny”, po trzecie wreszcie o sytuacje, w których dla identyfikacji danego przepisu jako modyfikatora jakiegoś innego przepisu jako przepisu centralnego konieczna jest „wiedza prawnicza”⁶⁶.

Jak trafnie zauważa koncepcja, ustawodawca stanowi dość powszechnie przepisy (czy raczej – fragmenty przepisów), w których „niejako sygnalizują istnienie modyfikatorów”⁶⁷. Bliższa analiza takich przepisów jest zadaniem teorii prawa (i w jakiejś mierze dyscyplin szczegółowych). Można tu tylko najogólniej powiedzieć, nie wnikając w szczegółową literaturę, że niekiedy przepisy takie jednoznacznie wskazują na określony przepis jako modyfikator (odesłania ustawowe, np. „z zastrzeżeniem art. X ustawy Y”), niekiedy zaś właśnie „sygnalizują” jedynie ich istnienie (czy raczej możliwość istnienia, np. „z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych”). W obu przypadkach, jak znowu trafnie stanowi koncepcja, przepisy takie (fragmenty przepisów), „mogą ułatwić interpretatorowi poszukiwanie przepisów modyfikujących”. Należy jednak podkreślić, że w przypadku odesłań ustawowych modyfikacja przepisu centralnego następuje dzięki wcześniejszemu przeprowadzeniu wykładni przepisu lub fragmentu przepisu zawierającego odesłanie (wykładnia taka jest chyba zawsze relatywnie prosta w tym sensie, że ograniczona do dyrektyw językowych; co więcej, wynik uzyskany dzięki zastosowaniu dyrektyw językowych wydaje się nieobalalny⁶⁸) i w zakresie wynikającym z wykładni przepisu (zbioru przepisów), do którego

⁶⁵ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 243.

⁶⁶ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 129 i nast.

⁶⁷ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 123.

⁶⁸ Za wyjątkiem może „odesłań pustych”, gdzie ustawodawca wskazuje na przepis już uchylone, zastąpione przepisami o tej samej lub podobnej treści.

następuje odesłanie (która nie ogranicza się już tylko do dyrektyw językowych). Podobnie jak w przypadku przepisów zrębowych, odesłanie nie wyklucza, że gdzieś jeszcze znajdują się inne modyfikatory; tym bardziej nie wykluczają tego przepisy (fragmenty przepisów) jedynie sygnalizujące możliwość ich istnienia (czy to w ogóle, czy to w danych fragmentach tekstu prawnego). Oczywiście w przypadkach takich to, czy przepis centralny zostanie zmodyfikowany, w jakim zakresie i przez jakie przepisy, również będzie zależało od wcześniejszego przeprowadzenia wykładni wchodzących w grę przepisów (nazwijmy je wstępnie przepisami potencjalnie modyfikującymi).

Drugą z wyróżnionych przez koncepcję sytuacji pozwalających na identyfikację modyfikatora danego przepisu centralnego jest stan, w którym dany przepis jest „**ewidentnie (tj. zauważalnym bez jakichkolwiek założeń)**” modyfikatorem jakiegoś innego przepisu (pada tu przykład relacji art. 356 § 1 KPK względem art. 355 zd. 1 KPK)⁶⁹. W innym miejscu, w bardzo podobnym, jeśli nie identycznym kontekście mowa natomiast o sprawach „jeszcze stosunkowo prostych dla interpretatora”, ponieważ odnoszących się do modyfikacji jednego przepisu centralnego, „dokonywanej przez przepisy modyfikujące zamieszczone w bezpośrednim sąsiedztwie przepisu modyfikowanego”, a więc „zamieszczonych wśród przepisów szczegółowych tego danego aktu”⁷⁰. Koncepcja wspomina także, znowu w podobnym kontekście, o „spostrzegawczości interpretatora w kwestiach językowych”⁷¹. Wypowiedzi te nie są całkowicie spójne; w każdym razie trudno pogodzić status „bycia ewidentnym” z „byciem stosunkowo prostym”. Ponieważ jednak teza o ewidentności została wypowiedziana w późniejszym fragmencie koncepcji, a w dodatku została także przybliżona definicyjnie (x jest ewidentne, gdy x jest zauważalne bez jakichkolwiek założeń), na niej należy skoncentrować dalsze analizy. Uprzedzając je, należy stwierdzić, że koncepcja derywacyjna okazuje się w tym punkcie niespójna wewnętrznie.

Rozpocząć należy od konstatacji, że zdecydowanie nietrafnie rozumie się predykat „być ewidentnym” (czy może lepiej – zdecydowanie nietrafnie odnosi się zaproponowaną definicję do relacji między przepisami centralnymi a modyfikatorami). Do rozpoznania danego przepisu jako modyfikatora innego przepisu potrzebne jest bowiem przyjęcie przynajmniej kilku (a w niektórych przypad-

⁶⁹ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 131 i n. Wyrażnie inaczej ewidentność rozumie A. Godek, *Zastosowanie...*, s. 32 i nast. (ten sposób rozumienia z jednej strony nie sprowadza się do izomorfii, co jest jego zaletą, z drugiej jednak strony „modyfikator ewidentny” staje się nazwą dla wszystkich modyfikatorów oprócz zasad prawa, co w żaden sposób nie pomaga w prowadzeniu wykładni).

⁷⁰ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 127 i nast.

⁷¹ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 127 i nast.

kach zapewne jeszcze większej liczby) założeń, co zresztą ilustruje dobrze sam przykład podany przez Wykładnię. Otóż przyjęcie, że art. 356 § 1 KPK jest modyfikatorem art. 355 zd. 1 KPK wymaga po pierwsze przeprowadzenia pobieżnej choćby (a chyba lepiej powiedzieć – względnie prostej) wykładni językowej tych przepisów, co możliwe jest tylko na gruncie założenia, zgodnie z którym prawodawca jest racjonalny językowo (i m.in. stanowi przepisy sformułowane w określonym języku). Wymaga też przyjęcia założenia o normatywności tekstów prawnych, będącego jak się wydaje (i jak wcześniej sugerowano) nazwą dla zbioru dyrektyw językowych wykładni (wyrażenie „odbywa się” z art. 355 zd. 1 KPK należy interpretować: „nakazane jest, aby się odbywała”, a funktor modalny w wyrażeniu „osoby X mogą być obecne” jako: „zakazane jest, aby osoby nie-X były obecne”). Niespójność, którą zarzucono wyżej, dotyczy jednak samej tezy, wedle której dany przepis może być „ewidentnie” modyfikatorem jakiegoś innego przepisu. Koncepcja w gruncie rzeczy staje tu bowiem na gruncie założenia, z którym konsekwentnie (i trafnie!) od kilku dziesięcioleci walczy, ujmowanego w paremię *clara non sunt interpretanda*. Nie wydaje się bowiem, żeby tezę o ewidentności można było rozumieć w jakikolwiek inny sposób niż jako tezę o tym, że pewne fragmenty tekstu prawnego (czy też, jak w tym przypadku, pewne relacje między nimi) mogą być rozumiane bezpośrednio („izomorficznie”)⁷². Wszystkie argumenty przeciwko rozumieniu bezpośredniemu, sformułowane na gruncie koncepcji (i szerzej, w teorii prawa czy w semiotyce) można i należy odnieść przeciwko krytykowanemu w tym miejscu fragmentowi koncepcji derywacyjnej. W dalszej konsekwencji koncepcja okazuje się w tym punkcie nie-racjonalna (nie spełnia wymogu przedstawienia „racjonalnego, w pełni świadomego postępowania w celu zrozumienia przez odbiorcę komunikatu nadanego przez prawodawcę”)⁷³. Jedna sprawa wymaga wszakże szczególnego podkreślenia.

Koncepcja derywacyjna, która – zakładając trafność powyższej rekonstrukcji – nazywa rozumienie bezpośrednie „ewidentnością”, jest w jakiejś mierze adekwatna opisowo (podobnie, jak w pewnej mierze adekwatna opisowo jest zakładająca izomorfie koncepcja J. Wróblewskiego). Nie stanowiłoby przecież szczególnego problemu podanie przykładów (zwłaszcza z zakresu stosowania prawa, zapewne mniej z dogmatyk dyscyplin szczegółowych), w których jakiś

⁷² Być może można by spróbować interpretować ową „ewidentność” w kategorii jednego z założeń o tekstach prawnych (czy tekście prawnym, rozumianym jako uniwersum przepisów), podobnym do założenia o jego normatywności. Należy jednak podnieść, że o ile założenie o normatywności tekstów prawnych w ogóle warunkuje ich adekwatne zrozumienie, o tyle warunkiem identyfikacji analizowanych tu relacji jest wcześniejsze zrozumienie (choćby pobieżne) treści wchodzących w grę przepisów prawnych. Wydaje się, że są to sprawy zupełnie różne.

⁷³ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 228 i nast.

przepis zostaje uznany bez głębszych dociekań, niejako automatycznie, za *lex specialis* względem jakiegoś innego przepisu (w kategoriach pojęciowych koncepcji derywacyjnej – za przepis modyfikujący). Nie uchyla to jednak żadnych z zarzutów przeciwko rozumieniu bezpośredniemu (w szczególności zarzutu, zgodnie z którym po dokładnym przeprowadzeniu wykładni status danego przepisu jako przepisu szczególnego względem jakiegoś innego przepisu może zostać podważony, mimo tego, że pierwotnie wydawał się „ewidentny” albo odwrotnie, dopiero wnikliwe badania wykażą, że dany przepis jest przepisem szczególnym względem jakiegoś innego przepisu, choć „na pierwszy rzut oka” nic tego nie sugerowało⁷⁴), a raczej każe zadać pytanie o to, jak zjawisko owej niejako automatycznej identyfikacji niektórych relacji *lex specialis* – *lex generalis* powinno być interpretowane w kategoriach teoretycznych. Nie roszcząc pretensji do wyczerpania tematu, wydaje się, że w pewnych przypadkach (zadaniem teorii prawa i dogmatyk dyscyplin szczegółowych byłoby dokładniejsze wskazanie, w jakich), identyfikacja danego przepisu jako szczególnego względem innego przepisu polega na przeprowadzeniu wykładni językowej obu przepisów, przy czym przynajmniej dla pewnej klasy wyszczególnionej w ramach zbioru wyznaczonego przez relację *lex specialis* – *lex generalis* apragmatyczne dyrektywy językowe byłyby raczej dyrektywami języka codziennego (a nie języka ogólnego, w pewnym sensie tego słowa kodyfikowanymi w odpowiednich słownikach), a obalenie ich innymi dyrektywami wykładni byłoby w zasadzie niemożliwe. Należałoby następnie zbadać, czy owa rezygnacja z bardziej subtelnych dyrektyw językowych, a także systemowych i funkcjonalnych, jest dla takich klas uzasadniona⁷⁵. Nawet jeśli powyższa hipoteza okazałaby się nietrafna, z pełnym przekonaniem należy sądzić, że chodzi tu w najlepszym razie o w jakimś sensie prostą wykładnię językową wchodzących w grę przepisów⁷⁶, która umożliwia identyfikację określonych spośród nich jako przepisów szczególnych względem innego przepisu, a nie o żadną „ewidentność”, będącą jak powiedziano (w użytym kontekście) synonimem izomorfii.

⁷⁴ Dobrego przykładu dostarcza refleksja nad relacją między art. 596 i nast. KC a art. 59 KC, zob. ostatnio bliżej K. Mularski, [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz art. 450–1088* (red. M. Gutowski), Warszawa 2016, s. 551 i podana tam szeroka literatura i orzecznictwo.

⁷⁵ Koncepcja sugerowałaby zapewne „przebycie z jednakową skrupulatnością całej drogi interpretacyjnej” (M. Zieliński, s. 228 i nast.). Ku tezie o konieczności wykorzystania wszystkich dyrektyw wykładni skłania się również, jak sądzę trafnie, M. Hermann, *Zbieg...*, passim.

⁷⁶ Koncepcja derywacyjna mówi w innym kontekście o „rozumieniu *prima facie*, które mniej więcej odpowiada rozumieniu bezpośredniemu, a którego dotąd nie zdefiniowano, pozostawiając je intuicyjnym domysłem” (M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 228 i nast.).

Trzecią podstawą pozwalającą na identyfikację danych przepisów jako modyfikatorów jakiś innych przepisów ma być, wedle koncepcji, wiedza prawnicza. Wiedza ta z jednej strony z góry („uprzednio”⁷⁷) kwalifikuje pewne przepisy jako modyfikatory jakiś innych przepisów, z drugiej strony (i w tym zakresie, warto zauważyć, wiedza ta jest generowana przede wszystkim przez teorię prawa, w mniejszym stopniu przez dyscypliny szczegółowe) wskazuje pewne obszary tekstu prawnego (zbiory przepisów prawnych), w których wystąpienie modyfikatorów jest szczególnie prawdopodobne⁷⁸. Wiedza ta jednak, podobnie jak to miało miejsce wcześniej w odniesieniu do przepisów uzupełniających, nie jest wiedzą „jak przeprowadzać wykładnię” przepisów modyfikujących (czy *prima facie* modyfikujących), lecz wiedzą odnośnie tego, że dany przepis jest przepisem modyfikującym czy też wiedzą co do tego, gdzie należy przepisu (przepisów) modyfikujących, poszukiwać. W tym drugim przypadku kwalifikacja danego przepisu jako modyfikatora nie wynika z ustalenia jego znaczenia (przeprowadzenia jego wykładni), ale cokolwiek tajemniczego „odszukania”⁷⁹.

Do koncepcji derywacyjnej można w tym zakresie odnieść wszystko to, co powiedziano już wcześniej w kontekście wiedzy prawniczej jako kryterium identyfikacji przepisów uzupełniających przepisy zrębowe. W jakimś sensie uwagi te odnoszą się do kwestii przepisów modyfikujących z jeszcze większą siłą, ponieważ właśnie w odniesieniu do modyfikacji treściowej (bardziej niż uzupełnień syntaktycznych) widać, że uznanie danego przepisu za szczególny względem jakiegoś innego przepisu wymaga niekiedy niezwykle wręcz skomplikowanych zabiegów interpretacyjnych (a trafność ich wyników bywa przez dziesięciolecia przedmiotem doktrynalnych sporów⁸⁰). Przynajmniej niekiedy wykładnia wchodzących w grę przepisów jest przy tym wzajemnie uwarunkowana w tym sensie, że uznanie jednego z nich (czy kilku) za szczególny (szczególne) zmienia treść wyinterpretowywaną z przepisu uznanego za ogólny (i na odwrót)⁸¹.

⁷⁷ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 129.

⁷⁸ W zakresie wskazania tych „obszarów większego prawdopodobieństwa” koncepcja wydaje się w pełni adekwatna; zob. M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 127 i nast.

⁷⁹ Zob. zwłaszcza M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 129 i nast.

⁸⁰ Raz jeszcze można tu powołać przykład relacji między art. 596 i nast. KC a art. 59 KC czy, co będzie chyba najbardziej ewidentne, relacji art. 405 i nast. KC do szeregu innych przepisów kodeksu cywilnego, zob. ostatnio K. Mularski, *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz art. 1–449[11]* (red. M. Gutowski), Warszawa 2016, s. 1570 i nast. wraz z podaną tam literaturą i orzecznictwem.

⁸¹ Dobrego przykładu dostarcza dyskusja nad wpływem wprowadzenia do KC art. 446 § 4 i jego wpływu na wykładnię art. 448 KC (oraz wpływu art. 448 KC w danej wersji interpretacyjnej na rozumienie nowego art. 446 § 4 KC), zob. ostatnio K. Mularski, *Prawo intertemporalne z perspektywy nauki prawa cywilnego*, Warszawa 2015, s. 103 i nast. oraz

Spójna wewnętrznie i adekwatna opisowo koncepcja wykładni musiałaby podjąć próbę usystematyzowania dyrektyw wykładni wykorzystywanych w tych procesach, które przynajmniej w części wydają się wspólne dla wszystkich rozwiniętych dyscyplin szczegółowych.

To wszystko pozwala przejść do ostatniego punktu rozważań, mianowicie samej procedury modyfikacji [treściowej] przepisu centralnego przez przepisy modyfikujące. Przede wszystkim nie jest na gruncie koncepcji jasne, co dokładnie ma być przedmiotem takiej modyfikacji. Najbardziej intuicyjna odpowiedź, sugerowana zresztą przez samą nazwę „przepis modyfikujący”, wskazywałaby na przepis centralny (jako przedmiot modyfikacji). Odpowiedź ta prowadziłaby jednak do nonsensu (jednostka redakcyjna tekstu prawnego nie może być „modyfikowana” przez inną jednostkę, przynajmniej w podstawowym znaczeniu tego terminu), stąd należałoby uznać, że przedmiotem modyfikacji jest **treść** przepisu centralnego. W pewnych fragmentach mowa jest jednak o modyfikacji „normy wyrażonej w przepisie”⁸², „elementu normy”⁸³ lub „wyrażenia normokształtnego”⁸⁴. Norma, jako wypowiedź jednoznaczna, w dodatku (w myśl filozoficznoprawnych założeń koncepcji) stanowiąca podstawowy element systemu prawnego (jego „atom”), nie może być jednak przez nic modyfikowana. Z perspektywy już nie ontologicznej, lecz pragmatycznej można powiedzieć, że skoro jej poznanie jest warunkowane skutecznym przeprowadzeniem procesu wykładni, to nie może być ona modyfikowana przed końcem tego procesu. To samo dotyczy jej elementów syntaktycznych. Podobnie, choć z innych względów, nie może stanowić przedmiotu modyfikacji wyrażenie normokształtne, ponieważ stanowi ono punkt wyjścia dla dalszych (przeprowadzanych w fazie percepcyjnej) zabiegów interpretacyjnych, a więc jego treść jest ustalana już po dokonaniu odpowiednich modyfikacji przepisu centralnego (czy w konsekwencji dokonania odpowiednich modyfikacji przepisu centralnego). Z nie prowadzącą do żadnych sprzeczności tezą, wedle której przedmiotem modyfikacji jest treść przepisu centralnego („ogólnego” w języku dyscyplin szczegółowych) zgodziłby się też zapewne każdy dogmatyk. Należy ją więc uznać za trafną, przy czym przy takim postawieniu sprawy nie wydaje się, by koncepcja derywacyjna (w tym wąskim zakresie) wносиła do dogmatyk (czy szerzej, kultury prawnej) jakąś „wartość dodaną”, ponieważ fakt, że treść jednych przepisów (zwanym „ogólnymi”)

E. Bagińska, *Dopuszczalność dochodzenia przez osoby bliskie zadośćuczynienia w związku z doznaniem poważnej szkody na osobie przez bezpośrednio poszkodowanego*, *Iustitia* 2016/2, s. 79 i nast.

⁸² M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 120.

⁸³ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 120.

⁸⁴ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 122.

bywa modyfikowana przez treść innych przepisów („szczególnych”), jest znana w tych naukach od wieków.

Próbując wyprowadzić wnioski z wyżej przeprowadzonych rozważań należy przede wszystkim wskazać, że, podobnie jak w przypadku relacji przepisów zrębowych i przepisów uzupełniających, proponowana przez koncepcję procedura „odnajdywania” czy „odszukiwania” przepisów modyfikujących, jako – jak się wydaje niespójna i nieadekwatna powinna zostać m. zd. odrzucona. Nieprzekonujące jest też rozumienie samej „modyfikacji” przepisów centralnych przez modyfikatory (o ile rozumieć ją jakoś inaczej niż w sposób, w który wydaje się w dogmatykach jednolicie przyjmowany). W konsekwencji należałoby zapewne postulować również ze zrezygnowania z używania pojęć dla tej procedury czy procesu kluczowych, tj. „przepisów centralnych” i „przepisów modyfikujących” (oraz pojęć bliskoznacznych), tym bardziej, że są to pojęcia pochodne wobec uznanych wcześniej za zbędne pojęć „syntaktycznych”. Warto jednak zauważyć, że pojęcia te mogą zostać być może wykorzystane jako nazwy dla określonych znaczeń wyrażen „przepis ogólny” i „przepis szczególny” (odpowiednio „*lex generalis*” i „*lex specialis*”), ponieważ pojęcia te występują w dogmatykach dyscyplin szczegółowych jako homonimy, denotując dla różnych kontekstów wyrażenie odmienne zbiory przepisów. Postulat ten dotyczy także pojęcia „wyrażenie normokształtne”; jak próbowano wykazać, wykładnia przepisów centralnych i modyfikujących przebiega równolegle i jest (a przynajmniej bywa) wzajemnie uwarunkowana. Nie jest więc tak, że „na starcie” fazy percepcyjnej mielibyśmy do czynienia z czymś innym niż tylko z przepisami mogącymi okazać się relevantnymi dla ustalenia konsekwencji prawnych danego zdarzenia (klasy zdarzeń). W to miejsce należałoby raczej mówić o zabiegach interpretacyjnych polegających na przeprowadzeniu wykładni wszystkich przepisów prawnych potencjalnie relevantnych dla ustalenia konsekwencji prawnych danego zdarzenia (klasy zdarzeń). Wyniki prowadzonych analiz okazują się więc zbieżne z tymi, które uzyskano wcześniej, badając relację między przepisami zrębowymi a przepisami uzupełniającymi. Można więc odnieść tu *mutatis mutandis* wszystko to, co powiedziano w ramach wcześniejszych rozważań.

6. Wnioski

Z przeprowadzonych analiz można wyprowadzić różnego rodzaju wnioski i sugestie (pomijając te, które zostały wyprowadzone już wcześniej). Próbę ich sformułowania powinna poprzedzić uwaga, że analizy zawarte w niniejszej pracy były prowadzone z perspektywy próbującego wykorzystywać od wielu lat

koncepcję z mniejszym lub większym powodzeniem dogmatyka prawa cywilnego, co z jednej strony pozwoliło być może na w miarę kompetentne odnoszenie też koncepcji do procedur interpretacyjnych przyjętych w tej nauce, z drugiej zaś każe formułować wnioski teoretycznoprawne z najwyższą ostrożnością.

Przed wszystkim wydaje się, że proces czy procedura skonstruowana w ramach rekonstrukcyjnej fazy wykładni okazuje się, generalnie rzecz biorąc, przynajmniej w pewnych elementach, nieadekwatna opisowo i, znowu przynajmniej w pewnych elementach, niezgodna z założeniami przyjętymi przez samą koncepcję derywacyjną. Najogólniej rzecz ujmując, nie da się chyba odróżnić, a zwłaszcza odróżnić w sposób ostry czy ścisły, „problematyki modyfikacyjnej” od „problematyki klaryfikacyjnej”, co zakłada koncepcja⁸⁵. Przeprowadzone analizy sugerują, że zadaniem interpretatora byłoby raczej odnalezienie przepisów *prima facie* relewantnych dla ustalenia konsekwencji prawnych danego zdarzenia albo klasy zdarzeń, a następnie przeprowadzenie ich wykładni. Owo „odnalezienie” nie byłoby zaś niczym różnym od wykładni, ponieważ to właśnie przeprowadzone procesy wykładni pozwalają na kwalifikację określonych przepisów do takiego zbioru⁸⁶. Wykładnia ta przebiega w zasadzie zgodnie z zasadami, regułami i wskazówkami ujętymi w fazie percepcyjnej, natomiast nie można wykluczyć, że w pewnym zakresie pojawiają się tu jakieś swoistości, których ustalenie i teoretyczna analiza stanowiłaby w moim przekonaniu zadanie dla koncepcji. Dalsze uwagi nie mają już charakteru wniosków wyprowadzonych z wcześniejszych analiz, co raczej sugestii, przez te analizy w tym czy w innym sensie dawanych.

Najistotniejsza z sugestii wydawałaby się następująca. Można jak sądzę z ogromną dozą ostrożności sądzić, że na teoretyczne niepowodzenie koncepcji derywacyjnej we wskazanym w niniejszym opracowaniu zakresie wpłynęły dwa główne czynniki. Pierwszym z nich jest przyjęcie założenia, że celem wykładni jest odtworzenie zakodowanej w przepisach prawnych jednoznacznej (możliwie jednoznacznej) normy. Nie zamierzam w najmniejszym stopniu podważać ogromnej roli, jakie to pojęcie w znaczeniu nadanym mu przez Z. Ziemińskiego odegrało w polskiej (a być może nie tylko polskiej) kulturze prawnej. Niemniej, jak przyznają sami przedstawiciele tzw. poznańsko-szczecińskiej szkoły teorii prawa, norma prawna stanowi pewien wyidealizowany konstrukt teoretyczny⁸⁷. Taki wyidealizowany konstrukt teoretyczny nie może natomiast z konieczności

⁸⁵ M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 128.

⁸⁶ Takie ujęcie jest bardzo zbliżone do propozycji L. Leszczyńskiego „fazy waldacyjnej wykładni” dla wybranych elementów tej fazy; zob. także A. Choduń, *Lex specialis...*, s. 223.

⁸⁷ Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Recenzja pracy „Przepis prawny a norma prawna”*, PiP 1990/11, s. 105 („pojęcie normy jest w tej teorii pojęciem idealizacyjnym”).

stanowić celu **faktycznie przeprowadzanych** zabiegów interpretacyjnych⁸⁸. Osiągnięcie tak rozumianego celu byłoby bowiem **niemożliwe**. Potwierdza to najlepiej sama koncepcja derywacyjna, ukazując przykładowo proces interpretacji art. 415 i nast. KC. Gdyby proces ten miał doprowadzić do wyinterpretowania normy w znaczeniu koncepcji, prowadziłby do poznania całego prawa deliktowego, którego całościowe poznanie nie jest możliwe, a poznanie dogłębne czy rzetelne zajęłoby interpretatorowi kilkanaście, jeśli nie kilkadziesiąt lat (intensywnej pracy)⁸⁹. Przykłady takie można zresztą mnożyć (norma dotycząca sądu jako adresata norm procedury karnej obejmowałaby swą treścią zdecydowaną większość tego, czym nauka procedury karnej się zajmuje, norma zakazująca naruszania cudzej własności obejmowałaby zapewne większą część całego systemu prawnego *etc*). Tę pojęciową niemożliwość potwierdza zresztą to, jak procesy interpretacyjne przebiegają w rzeczywistości. Już dawno, i w tym zakresie trafnie podkreślono, że przedstawiciele dyscyplin szczegółowych, a tym bardziej podmioty stosujące prawo, z reguły (a może nawet prawie zawsze) nie dążą do odtworzenia normy prawnej w znaczeniu nadawanym przez koncepcję, czy szerzej, tzw. poznańsko-szczecińską szkołę teorii prawa, ale ustalenia znaczenia przepisów w interesującym ich zakresie. Ten zakres bardzo rzadko obejmuje wszystkie elementy syntaktyczne normy, a ogranicza się zwykle do wybranych jej elementów i to w wąskim raczej zakresie. Przykładowo, autor podejmujący problem zdolności deliktowej dziecka poczętego koncentruje się na pytaniu o zakres okoliczności normy zakazującej wyrządzania drugiemu szkody, i to nie na całym tym zakresie. Podejmując problematykę właściwości sądu, uwaga skupia się na pytaniu o zakres adresatów, przy badaniach nad ograniczeniami własności – znowu na zakresie okoliczności itp., itd.

Drugim z czynników było – jak sądzę – przyjęcie siatki pojęciowej wyprowadzonej z rozpoznanych przez koncepcję cech empirycznych tekstów prawnych. Cechy te chyba nie mogły stanowić najlepszej podstawy do budowania koncepcji wykładni, ponieważ zostały wyróżnione czy zaczerpnięte ze sposobu rozumienia normy prawnej jako celu zabiegów interpretacyjnych; pojęcia jak powiedziano modelowego czy wyidealizowanego. Dalszą konsekwencją tego (jak sądzę) błędu wydaje się mnożenie nowych pojęć, wprowadzanych defini-

⁸⁸ Por. w tym kontekście zwłaszcza M. Zajęcki, *Dwie próby...*, s. 144 i nast. Por. także Z. Ziemiński, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa 1974, s. 124 i nast.

⁸⁹ Sama koncepcja przyznaje, że przedstawienie rysunku obrazującego zakres modyfikacji art. 415 KC byłoby „trudne” (M. Zieliński, *Wykładnia*, s. 127). Zakładając trafność powyższych analiz, byłoby niemożliwe. Por. co do tego problemu także J. Nowacki, *Przepis...*, s. 88.

cjami projektującymi przez większość chyba teoretyków prawa uznających się za reprezentantów szkoły poznańsko-szczecińskiej i podejmujących badania na gruncie koncepcji derywacyjnej. Można zaryzykować hipotezę, że takich pojęć zaproponowano już kilkadziesiąt, a ich cechą wspólną jest brak jakiegokolwiek zauważalnego oddźwięku w dyscyplinach szczegółowych. Łatwo byłoby ten stan rzeczy uznać za wynik niechęci przedstawicieli tych dyscyplin do zapoznawania się z osiągnięciami współczesnej teorii prawa, niemniej nawet znane mi przypadki prób świadomego i konsekwentnego odniesienia fazy rekonstrukcyjnej do przeprowadzenia wykładni konkretnych przepisów prawnych napotykały na trudne do przezwyciężenia przeszkody⁹⁰. Zakładając trafność powyższych wywodów, próby te powodzeniem skończyć się po prostu nie mogły. Dodać do powyższego jeszcze można, że być może właśnie nieadekwatna siatka pojęciowa skłania niekiedy do wypowiedzania poglądów wyraźnie już oderwanych od rzeczywistości (praktyki wykładni doktrynalnej), np. tezy, wedle której przepis modyfikujący musi być interpretowany wspólnie z przepisem centralnym, inaczej bowiem interpretacja przepisu modyfikującego, który nie jest samodzielny, nie ma sensu⁹¹. Pomijając już nawet fakt, że wedle samej koncepcji dany przepis mający status przepisu modyfikującego w jednym kontekście może być w innym kontekście rozpatrywany jako przepis centralny (a więc podlegać samodzielnej interpretacji), autorka wcześniej uznała art. 425 KC za modyfikator art. 415 KC. Łatwo zauważyć, że art. 425 KC był wielokrotnie poddawany w literaturze wykładni „nie-współ” z art. 415 KC (który wzmiankowany był zwykle jedynie jako przepis wyrażający „zasadę winy” w prawie deliktowym), niekiedy nawet w odległych od prawa deliktowego kontekstach (np. przesłanek rozwodowych)⁹², a pracom takim nikt dotąd nonsensowności nie zarzucał. Podobne zabiegi odnosiły się zresztą, w samej tylko nauce prawa cywilnego, do dziesiątek, czy nawet setek przepisów prawnych, którym w świetle koncepcji należałoby nadać status przepisów modyfikujących⁹³.

⁹⁰ Skądinąd, wyniki uzyskane w powołanych pracach były jedną z głównych założeń do głębszego podjęcia badań nad koncepcją derywacyjną (zob. w kontekście wykładni przepisów intertemporalnych K. Mularski, *Prawo intertemporalne...*, passim; idem, *Problematyka intertemporalna zapisu windykacyjnego*, Rejent 2015/5, s. 83 i n.; idem, *Jeszcze w sprawie zasiedzenia nieruchomości państwowych*, Palestra 2015/3–4, s. 54 i nast.; idem, *Problematyka intertemporalna służebności przesyłu*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2015/1, s. 91 i nast.; idem, *Sądowe ustalenie nierównych udziałów w małżeńskiej wspólności umownej*, *Problematyka intertemporalna*, Monitor Prawniczy 2015/12, s. 636 i nast.

⁹¹ A. Choduń, *Lex specialis...*, s. 220.

⁹² Zob. ostatnio np. M. Zelek, [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz art. 1–449* [11] (red. M. Gutowski), Warszawa 2016, s. 1711 i podaną tam literaturę.

⁹³ Tytułem bardzo wyrzykowych przykładów wskazać można prace poświęcone problemom związanym z art. 13 i nast. KC (ubezwłasnowolnienie jako wyjątek od przy-

Ostatnia sugestia dotyka już bardziej filozofii prawa niż jego teorii. Otóż wydaje się, że należałoby widzieć proces wykładni na dwóch różnych płaszczyznach. Pierwszą byłyby procesy rzeczywiście przeprowadzane w dyscyplinach szczegółowych i w procedurach stosowania prawa, które powinny zostać – jak się zdaje – ujęte w ramy koncepcji powstałej na gruncie teorii prawa (koncepcja derywacyjna w znacznej mierze spełnia zresztą ten postulat, zwłaszcza w elemencie konstruującym fazę percepcyjną wykładni). Wydaje się, że koncepcja taka przynajmniej w jednym punkcie będzie musiała być nie-racjonalna – zawsze istnieje bowiem ryzyko nietrafnego wyboru przepisów *prima facie* relewantnych dla ustalenia konsekwencji prawnych danego zdarzenia czy klasy zdarzeń, a tym samym nieadekwatnego ustalenia tych konsekwencji. Na drugiej płaszczyźnie można by badać wykładnię jako proces wyidealizowany, którego założonym celem mogłoby oczywiście być poznanie normy (czy raczej, systemu norm) ustanowionej przez prawodawcę. Podmiotem dokonującym wykładni mógłby być wówczas (a może nawet powinien) „interpretator idealny”, a więc m.in. posiadający wiedzę co do wszystkich przepisów prawnych i w konsekwencji nie pomijający żadnego, który mógłby być relewantny dla ustalenia konsekwencji prawnych danej klasy zdarzeń. Nie można też z góry wykluczyć, że teoria wykładni rozumianej jako wyidealizowany model wpływałaby w pewnym stopniu na koncepcję wykładni ujmującą w teoretyczne kategorie procesy rzeczywiście zachodzące w kulturze prawnej. Z głębokim natomiast przekonaniem można wyrazić pogląd, że płaszczyzny te nie powinny być ze sobą mieszane.

najmniej ograniczonej zdolności do czynności prawnych), art. 17 i nast. KC (zgoda przedstawiciela ustawowego jako wyjątek od zasady nieważności czynności dokonanych przez małoletniego) itp., itd.

RECONSTRUCTIVE PHASE OF THE DERIVATIVE CONCEPTION OF INTERPRETATION - AN ATTEMPT AT CRITICAL ANALYSIS

The subject matter of the paper is the reconstructive phase of the derivative conception of interpretation. In this phase, the task of the interpreter is to recreate (reconstruct) from provisions of law a normative expression which later becomes the subject of further interpretation aimed at obtaining (or recognising, reconstructing) norm established by the legislator. Conducting the reconstructive phase allows you to move on to the next, perceptual phase of interpretation, grouping different types of interpretation directives. The paper presents doubts raised by the derivative conception in the chosen scope and attempts to indicate its possible modifications. Especially the theses on the “transition” procedure (paraphrase, semantic derivation) from provisions of law to the normative expression are considered controversial. The proposed modifications concern primarily a thesis of the need to make a set of legal provisions relevant *prima facie* for determining legal consequences of a given class of events the subject matter of interpretation carried out according to the principles of the perceptual phase.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (211) 2017
Warszawa 2017

Monika Szwarc ■

ZAKRES ZWIĄZANIA PAŃSTW CZŁONKOWSKICH KARTĄ PRAW PODSTAWOWYCH UNII EUROPEJSKIEJ W KONTEKŚCIE STOSOWANIA PRAWA KARNEGO (UWAGI NA TŁE ORZECZNICTWA TSUE)

1. Wprowadzenie

Znaczenie Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (dalej powoływana w tekście jako: Karta) dla kształtowania prawa Unii Europejskiej oraz jej oddziaływanie na prawo krajowe państw członkowskich jest przedmiotem stałego zainteresowania polskiej nauki prawa¹. Z tego względu celem poniższych rozważań nie jest przeprowadzenie analizy stosowania Karty w krajowym porządku prawnym w ogólności, lecz przedstawienie stanowiska Trybunału Sprawiedliwości

¹ J. Barcz (red.), *Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej*, Warszawa 2008; A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Warszawa 2009; K. Lenaerts, *Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych*, Europejski Przegląd Sądowy, 2013/1, s. 4–16; N. Półtorak, *Zakres związania państw członkowskich Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Europejski Przegląd Sądowy 2014/9, s. 17–28; M. Szpunar, *Kilka uwag systematyzujących na temat zakresu zastosowania Karty Praw Podstawowych UE*, Europejski Przegląd Sądowy 2015/10, s. 4–10; R. Grzeszczak, A. Szmigielski, *Sądowe stosowanie Karty Praw Podstawowych UE w odniesieniu do państw członkowskich – refleksje na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i praktyki sądów krajowych*, Europejski Przegląd Sądowy, 2015/10, s. 11–18; M. Safjan, D. Düsterhaus, *Stosowanie prawa UE przez państwa członkowskie z perspektywy Trybunału Sprawiedliwości – od pełnej zgodności między Kartą i prawem UE do barier proceduralnych ją niweczących*, Europejski Przegląd Sądowy 2016/8, s. 10–18.

Unii Europejskiej w odniesieniu do jej oddziaływania w kontekście stosowania prawa karnego państw członkowskich. Przedmiotem analiz będą zatem kwestie dotyczące tej sfery prawa, w której państwa członkowskie – stanowiąc i stosując prawo – korzystają z przysługujących im kompetencji do karania (*ius puniendi*).

Podobnie jak w innych dziedzinach prawa, także na gruncie prawa karnego zasadnicze znaczenie ma ustalenie zakresu związania państw członkowskich postanowieniami Karty. W ciągu 8 lat obowiązywania Karty, mający w tym zakresie zasadnicze znaczenie jej art. 51 ust. 1 był wielokrotnie przedmiotem wykładni Trybunału Sprawiedliwości. Użyte w art. 51 ust. 1 Karty sformułowanie „w zakresie, w jakim stosują prawo Unii”, wskazujące na zakres związania państw członkowskich obowiązkami wynikającymi z Karty, został już zinterpretowany przez TS w wyrokach *Fransson*², *Melloni*³ i *Siragusa*⁴. Z tych rozstrzygnięć TS wynika, po pierwsze, że analiza zgodności prawa krajowego z Kartą musi następować dwuetapowo. Najpierw konieczne jest ustalenie, czy Karta w ogóle ma zastosowanie, tzn. czy sytuacja rozpatrywana przez sąd krajowy mieści się w pojęciu „stosowania prawa Unii przez państwo członkowskie”. Dopiero w dalszej kolejności, jeżeli ta kwestia zostanie rozstrzygnięta pozytywnie, możliwe jest rozpatrywanie zgodności przepisów krajowych z postanowieniami Karty⁵. Po drugie, konsekwencją ustalenia, że Karta ma zastosowanie w konkretnym przypadku, jest obowiązek kontroli zgodności przepisu krajowego lub działania

² Wyrok z dnia 26 lutego 2013 r., *Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105; z uwagi na fakt, że sformułowane w tym wyroku reguły mają fundamentalne znaczenie dla całego prawa UE (a nie tylko dla dziedziny prawa karnego), był on przedmiotem wielu opracowań i komentarzy, zob. w szczególności A. Pudło, *Głosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Aklagaren przeciwko Hansowi Akerbergowi Franssonowi (nr C-617/10)*, Przegląd Sejmowy 2013/5, s. 163–168; E. Hancox, *The meaning of ‘implementing’ EU law under Article 51(1) of the Charter: Akerberg Fransson*, Common Market Law Review 2013/5, s. 1411–1431.

³ Wyrok z dnia 26 lutego 2013 r., *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107; podobnie jak w przypadku wyroku *Fransson*, także ten wyrok ma fundamentalne znaczenie dla całego prawa UE i konstytucyjnych implikacji zasady pierwszeństwa tego prawa w porządku krajowym (a nie tylko dla dziedziny prawa karnego) i w zasadzie jest przedmiotem wielu komentarzy, klasyczne głosy do wyroku zob. N. de Boer, *Addressing rights divergences under the Charter: Melloni*, Common Market Law Review 2013/, s. 1083–1104; A. Falkiewicz, *Zasada pierwszeństwa we współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych – uwagi do wyroku w sprawie Melloni*, Europejski Przegląd Sądowy 2013/10, s. 29–37.

⁴ Wyrok z dnia 6 marca 2014 r., *Siragusa*, C-206/13, EU:C:2014:126.

⁵ Szerzej na ten temat M. Szwarc, *Application of the Charter of Fundamental Rights in the Context of Sanctions Imposed by Member States for Infringements of European Union Law: Comment on Fransson Case*, European Public Law 2/2014, s. 229–245; M. Szwarc, *Stosowanie Karty Praw Podstawowych w dziedzinie prawa karnego Unii Europejskiej*, [w:] D. Kornobis-Romanowska (red.), *Unia Europejska w roli gwaranta i promotora praw podstawowych*, Sopot 2016, s. 165–186; M. Taborowski, *Znaczenie art. 53 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej dla poziomu ochrony praw podstawowych w krajowym prawie konstytucyjnym*, Państwo i Prawo 1/2016, s. 40–57.

organów krajowych (uznanych za akt stosowania prawa Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty) z prawami podstawowymi w niej zagwarantowanymi. Swoboda sądu krajowego w zakresie wyboru standardu ochrony praw podstawowych w konkretnym przypadku jest uzależniona od stopnia harmonizacji tego standardu na poziomie UE. Jeżeli bowiem działanie państw członkowskich jest w większym stopniu determinowane stanem prawa Unii Europejskiej, wówczas swoboda państw członkowskich zastosowania krajowego standardu ochrony praw podstawowych ulega znacznemu ograniczeniu. Jak bowiem wynika z wyroku *Melloni*, jeżeli przepisy prawa unijnego dokonały harmonizacji standardu ochrony praw podstawowych wówczas państwo członkowskie nie może powołać się na krajowy wyższy standard konstytucyjny.

Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące stosowania prawa Unii (w tym Karty) w kontekście stosowania prawa karnego przez państwa członkowskie pozwala stwierdzić, że państwa członkowskie „stosują prawo Unii” w następujących sytuacjach. Po pierwsze, gdy państwa członkowskie realizują obowiązki wynikające z prawa Unii Europejskiej: a) dokonując transpozycji decyzji ramowych (lub dyrektyw przyjętych w ramach realizacji współpracy sądowej w sprawach karnych na podstawie obecnie obowiązujących przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) i stosując przepisy krajowe transponujące te decyzje ramowe (pkt 2.1. i 2.2.); b) stosując w praktyce przepisy krajowe stanowiące transpozycję decyzji ramowych lub dyrektyw w ramach współpracy sądowej w sprawach karnych (pkt 2.3.); c) stosując przepisy prawa karnego w celu zapewnienia skuteczności prawa UE (pkt 2.4.). Po drugie, gdy z uwagi na szczególne okoliczności danej sprawy okazuje się, że chociaż państwo członkowskie przyjęło przepisy krajowe poza realizacją zobowiązań prawa UE, to jednak stosowanie tych przepisów może wpływać na stosowanie prawa unijnego (pkt 3). Nie należy także zapominać, że państwa członkowskie „stosują prawo Unii” gdy korzystają z wyjątków, uzasadniających wprowadzanie w prawie krajowym ograniczeń swobód rynku wewnętrznego⁶.

2. Realizacja zobowiązań wynikających z prawa UE

2.1. Wykładnia decyzji ramowych (*Lanigan, JZ, Vilkas*)

Jeszcze przed wejściem w życie Karty, Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że państwa członkowskie są związane obowiązkiem poszanowania praw podstawowych przy transpozycji decyzji ramowej⁷. W obecnym stanie prawnym

⁶ Wyrok z 30 kwietnia 2014 r., *Pfleger*, C-390/12, EU:C:2014:281.

⁷ Wyrok z 16 czerwca 2005 r., *Pupino*, C-105/03, EU:C:2005:386; wyrok

także nie powinno budzić wątpliwości, że w przypadku dokonywania transpozycji decyzji ramowej lub dyrektywy przyjętej w ramach współpracy sądowej w sprawach karnych państwo członkowskie wykonuje prawo Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty.

Takie stanowisko konsekwentnie zajmował dotychczas TS w rozstrzygnięciach dotyczących wykładni decyzji ramowej 2002/584/WSiSW w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi⁸, wskazując w szczególności na wyraźne brzmienie jej art. 1 ust. 3. W przepisie tym zastrzeżono, że decyzja ramowa 2002/584/WSiSW nie skutkuje modyfikacją obowiązku poszanowania praw podstawowych i podstawowych zasad prawa zawartych w art. 6 TUE. Obowiązek poszanowania praw podstawowych dotyczy przy tym wszystkich państw członkowskich, a zatem zarówno państwa członkowskiego wydającego nakaz, jak i państwa członkowskiego wykonującego nakaz⁹. Chociaż zatem decyzja ramowa 2002/584/WSiSW została przyjęta przed nadaniem Karcie mocy wiążącej, okoliczność ta nie ma znaczenia dla Trybunału. Karta jest bowiem źródłem praw podstawowych, podobnie jak były nim zasady ogólne prawa unijnego w okresie przed uzyskaniem przez Kartę mocy wiążącej.

Z powyższego wynika przede wszystkim, że uwzględnianie standardu ochrony przewidzianego Kartą jest niezbędne, przy dokonywaniu wykładni przepisów decyzji ramowych oraz przepisów krajowych transponujących je do systemu krajowego. Przy wykładni przepisów decyzji ramowej 2002/584/WSiSW, które generalnie dotyczą pozbawiania wolności (na potrzeby ścigania lub ukarania) punktem centralnym dotychczasowych rozważań Trybunału Sprawiedliwości były gwarancje wynikające z prawa do wolności (art. 6 Karty, który odpowiada art. 5 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dalej powoływana w tekście jako: EKPC). Prawo do wolności, gwarantowane na podstawie art. 6 Karty ma wpływ na sposób wykładni i stosowania przepisów decyzji ramowej 2002/584/WSiSW.

W wyroku *Lanigan* TS odwołał się do art. 6 Karty w kontekście interpretacji art. 12 i 17 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW¹⁰. W tej sprawie sąd krajowy

z 3 maja 2005 r., *Advocaten voor de Wereld*, C-303/05, EU:C:2007:261; wyrok z dnia 27 lutego 2007 r., *Gestoras pro Amnistia*, C-354/04P, EU:C:2007:115, szerzej por. M. Szwarc-Kuczer, *Ochrona praw jednostek w dziedzinie współpracy sądowej w sprawach karnych*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych w europejskim i krajowym porządku prawnym*, Warszawa 2009, s. 341–360.

⁸ Dz. Urz. UE L 190 z 18.07.2002, s. 1; Dz. Urz. Polskie wydanie specjalne rozdz. 19, t. 6, s. 34.

⁹ Wyrok z 30 maja 2013 r., *Jeremy F.*, C-168/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:358, pkt 40; wyrok z 16 lipca 2015 r., *Lanigan*, C-237/15 PPU, EU:C:2005:474, pkt 53.

¹⁰ Art. 12 tej decyzji ramowej dotyczy możliwości utrzymania aresztu osoby, któ-

rozpatrywał sytuację oskarżonego o zabójstwo i posiadanie broni palnej z zamiarem zamachu na życie. F. Lanigan został zatrzymany przez policję irlandzką na podstawie europejskiego nakazu aresztowania wydanego przez sąd Zjednoczonego Królestwa, lecz z uwagi na przedłużające się postępowanie dalsze przedłużanie aresztowania stało pod znakiem zapytania. Oskarżony podnosił przed sądem, że z uwagi na przekroczenie terminów przewidzianych w decyzji ramowej 2002/584/WSiSW, wniosek o przekazanie powinien zostać oddalony. Z tego względu sąd krajowy skierował do Trybunału pytania dotyczące skutków niezachowania terminów określonych w art. 17 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW. Odpowiadając na pytania, TS uznał, że art. 12 w zw. z art. 17 tej decyzji ramowej pozwala sądowi wykonującemu nakaz pozostawić w areszcie osobę, której dotyczy wniosek, zgodnie z prawem wykonującego nakaz państwa członkowskiego, po upływie terminów określonych w art. 17 tej decyzji ramowej, nawet jeśli całkowity okres pozbawienia wolności tej osoby przekracza te terminy¹¹. Jednocześnie jednak odwołał się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej powoływany w tekście jako: ETPC), dotyczącego standardu stosowanego wobec procedur ekstradycyjnych, z którego wynika, że pozbawienie wolności oparte na tym artykule może uzasadniać wyłącznie przebieg takiego postępowania oraz, że w konsekwencji jeżeli postępowanie nie jest prowadzone z wymaganą starannością, pozbawienie wolności przestaje być uzasadnione¹².

W konsekwencji, zdaniem Trybunału wydanie europejskiego nakazu aresztowania nie może samo w sobie uzasadniać pozbawienia wolności osoby, której dotyczy wniosek, przez okres przekraczający łącznie czas niezbędny do wykonania tego nakazu. W świetle art. 6 Karty dopuszczalne jest przedłużenie aresztu przez sąd wykonujący nakaz, ale jedynie gdy można stwierdzić, że postępowanie w sprawie wykonania nakazu było prowadzone z wystarczającą starannością, a w konsekwencji okres pozbawienia wolności nie jest nadmierny. Ocena tej kwestii została pozostawiona sądowi krajowemu, który jednocześnie powinien przeprowadzić kontrolę indywidualnej sytuacji danej osoby, z uwzględnieniem wszystkich elementów istotnych dla oceny zasadności czasu trwania postępowania, w szczególności ewentualnej beczynności organów zainteresowanego państwa członkowskiego, ewentualnie stopień przyczynienia się do tej długotrwałości osoby, której wniosek dotyczy, a także karę, która może być lub już została orzeczona wobec tej osoby¹³.

rej dotyczy nakaz, natomiast w art. 17 tej decyzji ramowej wskazano maksymalne terminy, w jakich powinny być wydane ostateczne decyzje o wykonaniu europejskiego nakazu aresztowania.

¹¹ Wyrok *Lanigan*, pkt 52.

¹² Wyrok *Lanigan*, pkt 57 i powołane tam orzeczenia ETPC.

¹³ Wyrok *Lanigan*, pkt 58–59.

Z kolei w wyroku *JZ*¹⁴, prawo do wolności miało wpływ na wykładnię art. 26 ust. 1 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW. Wyrok ten zapadł wskutek pytania skierowanego przez polski sąd, a dotyczącego wykładni pojęcia „zatrzymanie” użytego w ww. przepisie (która to wykładnia z kolei ma wpływ na interpretację pojęcia „faktyczne pozbawienie wolności” użyte w stanowiącym transpozycję przepisu decyzji ramowej art. 607f Kodeksu postępowania karnego). Już sąd odsyłający zwrócił uwagę, że wykładni art. 26 ust. 1 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW należałoby dokonywać z uwzględnieniem art. 5 EKPC i wykładni nadanej temu postanowieniu przez ETPC.

Trybunał Sprawiedliwości potwierdził co do zasady prawidłowość rozumowania sądu krajowego. Pojęcie „zatrzymania” w rozumieniu art. 26 ust. 1 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW obejmuje – oprócz osadzenia w zakładzie penitencjarnym – każdy środek lub każdy całokształt środków nałożonych na daną osobę, które ze względu na ich rodzaj, czas trwania, skutki i zasady wykonywania pozbawiają tę osobę wolności w sposób porównywalny z osadzeniem w zakładzie penitencjarnym¹⁵. Wpływ na taką wykładnię art. 26 ust. 1 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW miało orzecznictwo ETPC dotyczące pojęcia „prawa do wolności” przewidzianego w art. 5 EKPC (któremu z kolei odpowiada art. 6 Karty). Właśnie opierając się rozstrzygnięciach ETPC dotyczących wykładni art. 5 EKPC¹⁶, Trybunał Sprawiedliwości uznał, że co do zasady środki zastosowane wobec oskarżonego (a następnie skazanego) w sprawie głównej nie wywierały skutku w postaci pozbawienia wolności porównywalnego z osadzeniem i tym samym nie mogły być zakwalifikowane jako „zatrzymanie” w rozumieniu art. 26 ust. 1 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW¹⁷.

Trybunał Sprawiedliwości pozostawił ocenę sądowi krajowemu, czy rzeczywiście tak było w sprawie głównej. Podkreślił przy tym, że art. 26 ust. 1 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW ogranicza się do minimalnego poziomu ochrony praw podstawowych osoby, której dotyczy europejski nakaz aresztowania. Zatem prawo krajowe mogłoby upoważnić sąd wydający nakaz do zaliczenia na poczet okresu pozbawienia wolności, jaki dana osoba ma odbyć w tym państwie członkowskim, całości lub części okresu stosowania wobec tej osoby przez wykonują-

¹⁴ Wyrok *TS* z 28 lipca 2016 r., *JZ*, C-294/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:610.

¹⁵ Wyrok *JZ*, pkt 47.

¹⁶ Wyrok *JZ*, pkt 50–51.

¹⁷ Wyrok *JZ*, pkt 57, przy czym zastosowane w Wielkiej Brytanii środki obejmowały areszt domowy w wymiarze dziewięciu godzin na dobę (w godzinach nocnych), połączony z dozorem elektronicznym danej osoby za pomocą opaski elektronicznej, z obowiązkiem stawiennictwa codziennie lub kilka razy w tygodniu w komisariacie policji w określonych godzinach oraz zakaz występowania o wydanie dokumentów umożliwiających podróże za granicę

ce nakaz państwo członkowskie środków, które nie są pozbawieniem wolności, lecz jej ograniczeniem¹⁸.

Natomiast w wyroku *Vilkas*¹⁹ prawo do wolności miało wpływ na wykładnię art. 23 ust. 3 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW. W przepisie tym ustalono zasadę, że przekazanie osoby, której dotyczy nakaz, powinno nastąpić tak szybko, jak to możliwe, w dniu uzgodnionym przez zainteresowane organy (art. 23 ust. 1), a najpóźniej po upływie 10 dni od daty wydania prawomocnej decyzji w sprawie wykonania europejskiego nakazu aresztowania (art. 23 ust. 2). Jednakże, zgodnie z art. 23 ust. 3 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW, jeżeli przekazanie osoby, której dotyczy wnioski w terminie wskazanym w ust. 2 udaremniają okoliczności niezależne od któregośkolwiek z państw członkowskich, wykonujące i wydające nakaz organy sądowe powinny niezwłocznie porozumieć się i ustalić nowy termin przekazania. W takim przypadku przekazanie powinno nastąpić w ciągu 10 dni od w ten sposób uzgodnionej nowej daty.

Sąd krajowy rozpatrujący sprawę główną powziął wątpliwości, czy art. 23 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW dopuszcza możliwość ustalenia nowego terminu przekazania więcej niż jeden raz oraz jeśli tak, to w jakich przypadkach. Trybunał Sprawiedliwości, po dokonaniu literalnej i celowościowej analizy art. 23 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW stwierdził, że na podstawie jej art. 23 ust. 3 zainteresowane organy – czyli sąd wydający nakaz i sąd wykonujący nakaz – powinny ustalić nowy termin przekazania na mocy tego przepisu, gdy przekazanie osoby, której dotyczy wnioski, w ciągu dziesięciu dni od uzgodnionej na podstawie wspomnianego przepisu pierwszej nowej daty przekazania udaremniają okoliczności niezależne od któregoś z państw członkowskich²⁰. Następnie Trybunał zbadał, czy taka celowościowa wykładnia ww. przepisu decyzji ramowej, nie narusza prawa do wolności gwarantowanego na podstawie art. 6 Karty, i wskazał, w jaki sposób przepisy powinny być stosowane, by to prawo zagwarantować. Zdaniem Trybunału, powyższa wykładnia art. 23 ust. 3 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW nie nakłada bezwzględnego obowiązku utrzymania aresztu osoby, której dotyczy wnioski. Zgodnie bowiem z art. 12 tej decyzji ramowej to do wykonującego nakaz organu sądowego należy podjęcie decyzji, czy osoba ta powinna pozostać tymczasowo aresztowana. Przypomniawszy także rozstrzygnięcie w wyroku *Lanigan* i wskazał, że także w sytuacji, gdy zainteresowane organy uzgodnią drugą nową datę przekazania na podstawie art. 23 ust. 3 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW, wykonujący nakaz organ sądowy będzie mógł zdecydować o pozostawieniu w areszcie osoby, której dotyczy wnioski, zgodnie z art. 6

¹⁸ Wyrok JZ, pkt 55.

¹⁹ Wyrok z 25 stycznia 2017 r., C-640/15, *Vilkas*, ECLI:EU:C:2017:39.

²⁰ Wyrok *Vilkas*, pkt 39.

Karty, jedynie pod warunkiem, że postępowanie dotyczące przekazania było prowadzone z wystarczającą starannością, a w konsekwencji okres pozbawienia wolności nie jest nadmierny²¹. W tym przypadku zatem to do sądu krajowego będzie należało zapewnienie, że prawo do wolności nie jest naruszone.

W omówionych powyżej rozstrzygnięciach, TS zastosował art. 6 Karty (i odpowiadający mu art. 5 EKPC) jako wzorzec przy dokonywaniu wykładni pojęć użytych w decyzji ramowej 2002/584/WSiSW, a także wskazówkę interpretacyjną dla sądów krajowych w zakresie stosowania przepisów tej decyzji ramowej. Niewątpliwie zatem sąd krajowy stosujący przepisy krajowe stanowiące transpozycję przepisów decyzji ramowej jest związany także obowiązkiem poszanowania praw podstawowych gwarantowanych na podstawie Karty przy wykładni i stosowaniu tych przepisów.

2.2 Ocena zgodności przepisów krajowych (*Jeremy F., Radu*)

Wpływ postanowień Karty na przepisy prawa karnego nie ogranicza się jedynie do samej wykładni przepisów krajowych transponujących przepisy dyrektywy. Jej postanowienia bowiem mają wpływ na ocenę zgodności przepisów krajowych z decyzjami ramowymi i stanowią wzorzec kontroli dla samych przepisów decyzji ramowych. Należy przy tym podkreślić, że Trybunał Sprawiedliwości jest skłonny z własnej inicjatywy oceniać przepisy decyzji ramowej pod kątem zgodności z Kartą, we wszystkich tych sytuacjach, gdy sąd krajowy zwraca uwagę na możliwość zastosowania wyższego standardu ochrony na podstawie swojego prawa krajowego.

W tym względzie z dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości wynika, że gdy prawo UE nie zostało w danym zakresie poddane szczegółowej harmonizacji, państwa członkowskie mają większą swobodę w kształtowaniu swoich przepisów krajowych i stosowaniu wyższego standardu ochrony. Przykładem takiego ograniczonego wpływu Karty kontrolę zgodności przepisów krajowych jest wyrok *Jeremy F.*, w której TS odpowiadał na pytanie sądu krajowego dotyczące dopuszczalności – w świetle przepisów decyzji ramowej 2002/584/WSiSW – przepisów krajowych przewidujących środek zaskarżenia (o skutku zawieszającym wykonanie orzeczenia organu sądowego) od decyzji dotyczącej wykonania europejskiego nakazu aresztowania. Trybunał potwierdził obowiązek interpretacji przepisów transponujących decyzję ramową 2002/584/WSiSW w świetle prawa do skutecznego środka prawnego, sformułowanego w art. 13 EKPC i art. 47 Karty²². Następnie zbadał, czy procedura przekazywania osób

²¹ Wyrok *Vilkas*, pkt 41–43.

²² Wyrok *Jeremy F.*, pkt 42.

w samej decyzji ramowej 2002/584/WSiSW jest zgodna z wymogami wynikającymi z art. 47 Karty. Upewniwszy się, że przepisy decyzji ramowej są z tym przepisem zgodne, Trybunał Sprawiedliwości uznał, że brak w samej decyzji ramowej regulowania dotyczącego ewentualnego prawa do środka zaskarżenia o charakterze zawieszającym przeciwko orzeczeniom dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania nie stoi na przeszkodzie, by państwa członkowskie taką możliwość wniesienia odwołania przewidziały. W ocenie Trybunału decyzja ramowa 2002/584/WSiSW pozostawiła państwom szeroki zakres uprawnień dyskrecjonalnych w odniesieniu do realizacji wytyczonych w niej celów, w szczególności w zakresie możliwości ustanowienia środka zaskarżenia o charakterze zawieszającym względem orzeczeń dotyczących europejskiego nakazu aresztowania. W konsekwencji przepisy decyzji ramowej 2002/584/WSiSW umożliwiają państwu członkowskiemu stosowanie własnych przepisów konstytucyjnych, dotyczących w szczególności sprawiedliwego procesu sądowego, oczywiście pod warunkiem, że stosowanie tej decyzji ramowej nie dozna uszczerbku²³.

Inaczej jednak będzie, jeżeli w przepisach prawa UE (w decyzji ramowej lub dyrektywie) dokonano harmonizacji określonych aspektów procedury karnej, w szczególności gwarancji procesowych osób oskarżonych. Wówczas bowiem swoboda państw członkowskich jest zdecydowanie mniejsza. Jedynie sygnalizacyjnie należy przypomnieć wyrok *Melloni*, w którym Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że art. 4a decyzji ramowej 2002/584/WSiSW jest zgodny z wymogami z art. 47 i art. 48 ust. 2 Karty²⁴. Jednocześnie, biorąc pod uwagę wysoki stopień harmonizacji w zakresie wymogów związanych z wyrokami wydawanymi zaocznie (art. 4a decyzji ramowej 2002/584/WSiSW), Trybunał odmówił państwu członkowskiemu możliwości zastosowania w tym zakresie swojego krajowego konstytucyjnego standardu ochrony w celu odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania. W tym przypadku stopień harmonizacji gwarancji procesowych był tak wysoki, że państwo członkowskie nie mogłoby zastosować wyższego krajowego standardu ochrony, gdyż doprowadziłoby to do naruszenia pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa UE²⁵.

W tym samym nurcie orzecznictwa pozostaje wyrok *Radu*²⁶, w której TS rozstrzygał, czy decyzja ramowa 2002/584/WSiSW w związku z art. 47 i art.

²³ Wyrok *Jeremy F.*, pkt 51–53.

²⁴ Wyrok *Melloni*, pkt 54.

²⁵ Por. wyrok *Melloni*, pkt 60 oraz 62–64; na temat porównania standardu Karty ze standardem EKPC por. M. Wąsek-Wiaderek, *Ochrona praw oskarżonego w Karcie Praw Podstawowych UE – nowy standard czy zatwierdzenie status quo?*, Europejski Przegląd Sądowy 2015/10, s. 37–44.

²⁶ Wyrok z 29 stycznia 2013 r., C-396/11 *Radu*, EU:C:2013:39.

48 Karty (oraz art. 6 EKPC) pozwala wykonującemu nakaz sądowi sprzeciwić się wykonaniu europejskiego nakazu aresztowania wydanego w celu przeprowadzenia postępowania karnego ze względu na to, że przed wydaniem nakazu sąd wydający nakaz nie przesłuchał osoby, której dotyczy wniosek²⁷. Oskarżony w postępowaniu głównym sprzeciwił się wykonaniu nakazów wydanych w celu osądzenia, zwracając w szczególności uwagę, że przepisy decyzji ramowej 2002/584/WSiSW powinny być interpretowane i stosowane zgodnie z przepisami Karty i EKPC, gwarantującymi m.in. prawo do obrony.

Trybunał Sprawiedliwości przyznał w wyroku, że art. 4a decyzji ramowej 2002/584/WSiSW zawiera gwarancję procesową, zgodnie z którą naruszenie prawa do obrony w trakcie procesu, który zakończył się skazaniem zaocznym może (przy spełnieniu warunków wskazanych w tym przepisie) stanowić podstawę odmowy wykonania nakazu wydanego w celu wykonania kary pozbawienia wolności. W art. 4a decyzji ramowej 2002/584/WSiSW, wśród podstaw odmowy wykonania nakazu, nie uwzględniono natomiast przypadku, gdy europejski nakaz aresztowania został wydany w celu przeprowadzenia postępowania karnego bez przesłuchania osoby, której dotyczy wnioski, przez wydające nakaz organy sądowe.

W uzasadnieniu wyroku brak jest wyodrębnionych rozważań poświęconych kwestii, czy Karta ma zastosowanie w tej sprawie, chociaż takie wątpliwości sformułował sąd krajowy w swoim pierwszym pytaniu. Jedynie rzecznik generalna Eleanor Sharpston wskazała w swojej opinii, że wejście w życie Traktatu z Lizbony (który nadał z mocą od 1 grudnia 2009 r. moc wiążącą Karcie) w żaden istotny sposób nie zmieniło prawa UE. Jej zdaniem art. 6 ust. 1 i 3 TUE stanowią kodyfikację wcześniejszego stanowiska. Innymi słowy, stanowią one zwięzły wyraz woli politycznej, zgodnie z którą mocniej należy podkreślić godne poszanowania i ochrony zasady będące przedmiotem regulacji tych postanowień. Postanowienia Karty, w tym jej art. 6, 48 i 52, stanowią przepisy prawa pierwotnego Unii. Natomiast prawa podstawowe gwarantowane na mocy EKPC, w szczególności jej art. 5 i 6, stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne prawa²⁸.

Wydaje się, że Trybunał przyjął to stanowisko niejako w sposób dorozumiany, dokonując po prostu analizy przepisów decyzji ramowej 2002/584/WSiSW pod kątem poszanowania praw gwarantowanych na mocy Kartą. Zdaniem Trybunału, art. 47 i 48 Karty nie wymagają, by organ sądowy państwa członkow-

²⁷ Pytania prejudycjalne skierował do TS sąd krajowy orzekający w sprawie wykonania 4 nakazów aresztowania wydanych w celu przeprowadzenia postępowań karnych, wydanych przeciwko C.V. Radu przez prokuratury w Münsterze, Coburgu, Bielefeldzie i Verden.

²⁸ Opinia rzecznik generalnej Eleanor Sharpston z 18 października 2012 r. w sprawie *Radu*, EU:C:2012:648, pkt 50–52.

skiego był uprawniony do odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania wydanego w celu przeprowadzenia postępowania karnego ze względu na to, że osoba, której dotyczy wniosek, nie została przesłuchana przez wydające nakaz sądy przed jego wydaniem²⁹. Innymi słowy w wyroku potwierdzono, że prawodawca Unii zapewnił poszanowanie prawa do przesłuchania w państwie członkowskim wykonania nakazu, zaś brak takiej gwarancji, o jaką upominał się Radu, nie naruszył postanowień Karty³⁰.

Trybunał Sprawiedliwości w tym wyroku dokonał wyważenia pomiędzy zapewnieniem poszanowania prawa do przesłuchania a skutecznością mechanizmu europejskiego nakazu aresztowania. Gdyby bowiem wydające nakaz organy sądowe były zobowiązane do przesłuchania osoby, której dotyczy wniosek, przed wydaniem europejskiego nakazu aresztowania, obowiązek taki w nieunikniony sposób prowadziłby do zniweczenia systemu przekazywania ustanowionego decyzją ramową 2002/584/WSiSW, a tym samym zakłócałby realizację przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości³¹. W konkluzji Trybunał stwierdził, że wykonujący europejski nakaz aresztowania organ sądowy nie ma możliwości odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania wydanego w celu przeprowadzenia postępowania karnego ze względu na to, że przed jego wydaniem osoba, której dotyczy wniosek, nie została przesłuchana w państwie członkowskim wydania nakazu³².

Z wyroków *Melloni*, *Jeremy F. i Radu* wynika, że Trybunał Sprawiedliwości jest skłonny stosować przepisy Karty jako wzorzec kontroli dla przepisów decyzji ramowych, i to bez względu na to, czy kwestia ta jest przedmiotem wątpliwości sądu odsyłającego, czy nie. Jeżeli bowiem przepisy prawa krajowego wykraczają poza standard ochrony wyznaczony przepisami decyzji ramowej, wówczas TS będzie chciał w pierwszej kolejności ustalić, czy przepisy decyzji ramowej respektują standard wyznaczony Kartą. Jak dotychczas Trybunał nie stwierdził w żadnym ze swoich wyroków, by przepis decyzji ramowej był z postanowieniami Karty niezgodny. Standardem ochrony wynikającym z Karty (interpretowanej zgodnie z dorobkiem ETPC) jest związany sąd krajowy stosujący przepisy transponujące decyzję ramową. Im mniejszy stopień szczegółowości przepisów decyzji ramowej, tym większą swobodę mają państwa członkowskie do wprowadzania przepisów, które uzupełniają jej przepisy i zapewniają większą, pełniejszą

²⁹ Wyrok *Radu*, pkt 37–38.

³⁰ Uzasadniając swoje stanowisko Trybunał wskazał na art. 8 i 15 decyzji ramowej, a także art. 13–14 i 19 tej decyzji ramowej, które określają standard prawa do obrony, por. Wyrok *Radu*, pkt 39, 41–42.

³¹ Wyrok *Radu*, pkt 40.

³² Zobacz także, M. Wąsek-Wiaderek, *Ochrona praw oskarżonego ...*, s. 38–40.

ochronę. Wówczas decyzja ramowa wyznacza pewne minimum, poza które państwo członkowskie może wykroczyć. Granicą tej swobody pozostawionej państwom członkowskim jest uznanie, że wprowadzenie wyższego standardu nie zagraża „stosowaniu decyzji ramowej” (wyrok *Jeremy F.*) ani pierwszeństwu, jednolitości lub skuteczności prawa UE (*Melloni*). Jednakże im większy stopień harmonizacji i szczegółowości regulacji unijnych, tym swoboda państw członkowskich mniejsza, bowiem wówczas jest większe prawdopodobieństwo, że przepisy krajowe wykraczające poza decyzję ramową – mogą zagrozić jednolitości i skuteczności prawa UE (*Radu*).

2.3. Wykonywanie orzeczeń w ramach wzajemnego uznawania (*Aranyosi i Căldăraru*)

Państwa członkowskie stosują prawo Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty także wówczas, gdy sąd wydający europejski nakaz aresztowania i sąd wykonujący taki nakaz stosują przepisy krajowe przyjęte w wykonaniu decyzji ramowej, tzn. działają w ramach wzajemnego uznawania orzeczeń. Takie stanowisko potwierdził Trybunał Sprawiedliwości w wyroku *Aranyosi i Căldăraru*³³. Wyrok ten zapadł na tle dwóch postępowań prowadzonych przez niemieckie sądy, dotyczących odpowiednio: wykonania europejskiego nakazu aresztowania wydanego przez sąd węgierski w celu przeprowadzenia przez ten sąd postępowania karnego (C-404/15 *Aranyosi*) oraz wykonania europejskiego nakazu aresztowania wydanego przez sąd rumuński w celu wykonania orzeczonej w Rumunii kary pozbawienia wolności (C-659/15 PPU *Căldăraru*). W obu postępowaniach sądy odsyłające powzięły wątpliwości dotyczące dopuszczalności takiego przekazania, uznając istnienie wiarygodnych wskazówek, że w razie przekazania oskarżeni, których dotyczyły europejskie nakazy aresztowania, byłiby poddani warunkom pozbawienia wolności naruszającym art. 3 EKPC i prawa podstawowe oraz ogólne zasady prawa ustanowione w art. 6 TUE. Sądy niemieckie wzięły pod uwagę stanowisko ETPC, który stwierdził odpowiednio: naruszenie przez państwo węgierskie art. 3 EKPC poprzez osadzenie skarżących w zbyt małych i przeludnionych celach³⁴ oraz naruszenie przez państwo rumuńskie art. 3 EKPC poprzez

³³ Wyrok z 5 kwietnia 2016 r., C404/15 i C-659/15 PPU, *Aranyosi i Căldăraru*, EU:C:2016:198, pkt 84; zob. T. Ostrowski, *Naruszenie praw podstawowych jako przesłanka wykonania ENA – uwagi do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 5.04.2016 r. w sprawach połączonych C-404/15 Aranyosi i C-659/15 PPU Caldaru*, Europejski Przegląd Sądowy, 11/2016, s. 20–26 oraz G. Agnóstaras, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Căldăraru*, *Common Market Law Review* 53, 1675–1704, 2016.

³⁴ Varga i in. przeciwko Węgrom, skargi nr 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13 i 64586/13 64586/13 Wyrok ETPC z dnia 10 marca 2015 r. – ETPC uznał ten wyrok za pilotażowy, z uwagi na otrzymanie 450 podobnych skarg przeciwko

osadzenie skarżących w zbyt małych i przeludnionych celach, bez dostatecznego ogrzewania, brudnych i pozbawionych możliwości korzystania z prysznica³⁵. W obu sprawach skierowano pytania prejudycjalne dotyczące możliwości (lub obowiązku) odmowy przekazania (odpowiednio w celu przeprowadzenia postępowania karnego i w celu wykonania kary), wobec istnienia poważnych dowodów wskazujących na to, że warunki pozbawienia wolności w państwie wydającym nakaz naruszają prawa podstawowe danej osoby i ogólne zasady zagwarantowane w art. 6 TUE oraz możliwości uzależnienia takiego przekazania od uzyskania gwarancji, że zostaną zapewnione odpowiednie warunki pozbawienia wolności.

Warto w tym miejscu krótko przypomnieć, że z art. 1 ust. 3 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW wynika co do zasady obowiązek poszanowania praw podstawowych i podstawowych zasad prawa zawartych w art. 6 TUE. Jednocześnie katalog przesłanek odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania, wynikający z art. 4–4a decyzji ramowej 2002/584/WSiSW ma charakter zamknięty. W katalogu tym nie uwzględniono wyrażnie przesłanki odmowy wykonania nakazu opierającej się na konieczności zagwarantowania ochrony praw podstawowych osoby, której nakaz dotyczy. Z tego względu w tej sprawie Trybunał Sprawiedliwości w istocie stanął przed zadaniem pogodzenia z jednej strony zapewnienia prawidłowego działania wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych (poprzez skuteczne stosowanie w praktyce przepisów decyzji ramowej)³⁶ oraz z drugiej strony – zagwarantowania ochrony praw podstawowych gwarantowanych na podstawie Karty. W wyjątkowych sytuacjach zdaniem Trybunału mogą być wprowadzone ograniczenia dotyczące zasad wzajemnego uznawania i wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi, zaś sama decyzja ramowa nie może skutkować modyfikacją obowiązku poszanowania praw podstawowych zawartych między innymi w Karcie³⁷.

Z tego względu rozstrzygnięcie TS składa się z dwóch części argumentacji. Najpierw Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że gdy sąd wykonującego nakaz państwa członkowskiego dysponuje danymi świadczącymi o rzeczywistym niebezpieczeństwie nieludzkiego lub poniżającego traktowania osób pozbawionych wolności w wydającym nakaz państwie członkowskim w świetle standardu

Węgrom, por. wyrok *Aranyosi i Căldăraru*, pkt 42–43.

³⁵ Voicu przeciwko Rumunii, skarga nr 22015/10, wyrok z 10 września 2014 r.; Bujorean przeciwko Rumunii, skarga 13054/12, wyrok z 10 września 2014 r.; Constantin Aureliu Burlacu przeciwko Rumunii, skarga nr 51318/12, wyrok z 13 października 2014 r.; Mihai Laurențiu Marin przeciwko Rumunii, skarga nr 79857/12, wyrok z 10 września 2014 r., por. wyrok *Aranyosi i Căldăraru*, pkt 59–60.

³⁶ Wyrok *Aranyosi i Căldăraru*, pkt 75–80.

³⁷ Wyrok *Aranyosi i Căldăraru*, pkt 82–83 oraz cytowana tam opinia 2/13, EU:C:2014:2454, pkt 191.

ochrony praw podstawowych Unii, a w szczególności art. 4 Karty, musi on ocenić istnienie takiego niebezpieczeństwa przed podjęciem decyzji o przekazaniu danej osoby do państwa członkowskiego wydania nakazu. Wykonanie takiego nakazu nie może bowiem prowadzić do niehumanitarnego lub poniżającego traktowania wspomnianej osoby³⁸. W konsekwencji na sądzie wykonującym nakaz spoczywa obowiązek uwzględnienia obiektywnych, wiarygodnych i aktualnych danych o warunkach pozbawienia wolności panujących w wydającym nakaz państwie członkowskim, przy czym dane takie mogą w szczególności wynikać z orzeczeń międzynarodowych sądów (takich jak ETPC) oraz innych decyzji, sprawozdań i dokumentów sporządzanych przez organizacje międzynarodowe (takich jak Rada Europy lub ONZ). Trybunał przypomniał także zobowiązania wynikające z art. 3 EKPC spoczywające na państwach stronach EKPC³⁹.

Następnie jednak TS zastrzegł, że nawet istnienie rzeczywistego niebezpieczeństwa niehumanitarnego lub poniżającego traktowania ze względu na ogólne warunki pozbawienia wolności panujące w wydającym nakaz państwie członkowskim nie może jako takie prowadzić do odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania. Nawet jeżeli sąd wykonujący nakaz stwierdzi istnienie takiego niebezpieczeństwa, musi on dokładnie ocenić, czy istnieją poważne i potwierdzone podstawy uznania, że dana osoba (wobec której został wydany nakaz) będzie narażona na to niebezpieczeństwo ze względu na warunki jej pozbawienia wolności w wydającym nakaz państwie członkowskim. Zdaniem Trybunału bowiem samo istnienie danych potwierdzających nieprawidłowości systemowe lub ogólne, nie oznacza, że w konkretnym przypadku dana osoba byłaby poddana niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu w razie przekazania organom wydającego nakaz państwa członkowskiego. Trybunał zatem stanął na stanowisku, że konieczne jest zapewnienie poszanowania, art. 4 Karty w konkretnej sytuacji osoby, której dotyczy europejski nakaz aresztowania. Z tego względu konieczna jest analiza, czy w konkretnych okolicznościach istnieją poważne i sprawdzone podstawy, aby uznać, że w następstwie przekazania do wydającego nakaz państwa członkowskiego osoba taka będzie narażona na rzeczywiste niebezpieczeństwo niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. W tym celu sąd ten powinien wystąpić o przekazanie informacji uzupełniających do wydającego nakaz organu sądowego, który z kolei powinien udzielić potrzebnych informacji. Wykonujący nakaz organ sądowy powinien odroczyć podjęcie decyzji o przekazaniu zainteresowanej osoby do czasu uzyskania informacji uzupełniających umożliwiających mu wykluczenie istnienia takiego niebezpieczeństwa, zaś jeżeli nie można go

³⁸ Wyrok *Aranyosi i Căldăraru*, pkt 88.

³⁹ Wyrok *Aranyosi i Căldăraru*, pkt 89–90.

wykluczyć w rozsądnym terminie, powinien zdecydować, czy umorzyć procedurę przekazywania⁴⁰.

Trybunał potwierdził jednocześnie, że sąd wykonujący europejski nakaz aresztowania jest związany obowiązkiem poszanowania także innych praw wynikających z Karty. Sąd ten ma obowiązek działać w poszanowaniu art. 6 Karty (oznacza to, że może podjąć decyzję o pozostawieniu zainteresowanej osoby w areszcie jedynie pod warunkiem, że postępowanie w sprawie wykonania orzeczenia było prowadzone z wystarczającą starannością, a w konsekwencji okres pozbawienia wolności nie jest nadmierny), uwzględnić w należyty sposób zasadę domniemania niewinności gwarantowaną w art. 48 Karty oraz przestrzegać wymogu proporcjonalności (przewidzianego w art. 52 ust. 1 Karty, z którego wynika że wydanie nakazu samo w sobie nie może uzasadniać pozostawienia zainteresowanej osoby w areszcie bez jakiegokolwiek ograniczenia czasowego)⁴¹.

W wyroku *Aranyosi i Căldăraru* TS po raz pierwszy na gruncie współpracy sądowej w sprawach karnych przyznał, że obowiązek ochrony praw podstawowych może w pewnych okolicznościach stanowić podstawę do odroczenia wykonania orzeczenia sądowego wydanego przez organ innego państwa członkowskiego. W tym względzie warto wspomnieć, że taka propozycja po raz pierwszy pojawiła się w opinii rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie *Radu*⁴². Dopiero jednak w wyroku *Aranyosi i Căldăraru* TS potwierdził możliwość i obowiązek sądu krajowego podjęcia takiego działania. Z tej perspektywy zasada wzajemnego uznawania orzeczeń, opierająca się na wzajemnym zaufaniu między państwami członkowskimi, musiała ustąpić pierwszeństwa ochronie praw podstawowych. Innymi słowy, nawet jeżeli niebezpieczeństwo naruszenia prawa podstawowego osoby, której dotyczy europejski nakaz aresztowania, nie może stanowić nowej podstawy odmowy wykonania tego nakazu (nieprzewidzianej wprost w samej decyzji ramowej), to jednak na sądzie wykonującym nakaz spoczywa obowiązek upewnienia się, czy standard ochrony jest w państwie wydania nakazu przestrzegany.

Oceniając znaczenie rozstrzygnięcia w wyroku *Aranyosi i Căldăraru*, należy w pierwszej kolejności wskazać, że prowadzi ono do ujednolicenia podejścia do ochrony praw podstawowych przez organy (w tym sądy) krajowe wykonujące orzeczenia organów (sądów) innych państw członkowskich w całym obszarze prawa UE regulującym funkcjonowanie Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości. Potwierdzono w nim bowiem, że przy realizacji wzajemnego

⁴⁰ Wyrok *Aranyosi i Căldăraru*, pkt 92–94 oraz sentencja wyroku.

⁴¹ Wyrok *Aranyosi i Căldăraru*, pkt 100–101.

⁴² Por. wyżej pkt 2.2 oraz opinia rzecznik generalnej Sharpston w sprawie *Radu*, pkt 73

uznawania orzeczeń, sądy państw członkowskich, w tym sąd wykonujący europejski nakaz aresztowania, mają obowiązek zagwarantowania ochrony praw podstawowych.

W tym kontekście trzeba przypomnieć, że w 2011 r. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku *N.S.*⁴³ stwierdził, że na państwach członkowskich, w tym na sądach, ciąży obowiązek odmowy dokonania transferu osoby ubiegającej się o azyl do „odpowiedzialnego państwa członkowskiego” w rozumieniu rozporządzenia 343/2003, jeżeli nie mogą one pominąć faktu, iż systemowe nieprawidłowości w zakresie procedury azylowej i warunków przyjmowania osób ubiegających się o azyl w tym państwie członkowskim stanowią poważne i udowodnione powody, aby przypuszczać, że wnioskodawca zetknie się z rzeczywistym niebezpieczeństwem bycia poddanym nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu w rozumieniu art. 4 Karty⁴⁴. Wówczas wątpliwości sądu krajowego, rozstrzygane przez Trybunał Sprawiedliwości, były związane z niebezpieczeństwem naruszenia art. 4 Karty, podobnie jak w wyroku *Aranyosi i Căldăraru*. Co prawda, rzecznik generalny Y. Bot w opinii w sprawach *Aranyosi i Căldăraru* odrzucił możliwość rozstrzygnięcia na gruncie współpracy sądowej w sprawach karnych w sposób analogiczny, jak w wyroku *N.S.*, tzn. przeniesienie wprost rozstrzygnięcia przyjętego w ramach polityki azylowej. Zdaniem rzecznika generalnego inne są cele systemu azylowego i systemu przekazywania osób na podstawie europejskiego nakazu aresztowania. Ten drugi bowiem ma na celu zagwarantowanie porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego poprzez umożliwienie odpowiednio przeprowadzenia postępowania karnego (względem P. Aranyosi) i zapewnienie wykonania kary pozbawienia wolności (względem R. Căldăraru). Dopuszczenie możliwości odmowy nakazu w takich sytuacjach jak te rozpatrywane przez sądy odsyłające w sprawach *Aranyosi i Căldăraru* powodowałoby oczywiste ryzyko, że popełnione przestępstwa nie zostaną ukarane, a sprawca może popełnić je ponownie, naruszając w ten sposób prawa i wolności innych obywateli UE. Co więcej, zdaniem rzecznika generalnego to rozwiązanie zachęcałoby osoby poszukiwane w celu przeprowadzenia postępowania karnego lub wykonania kary pozbawienia wolności do przemieszczania się do innych państw członkowskich, aby uniknąć tych postępowań karnych lub aby móc odbywać karę w tym państwie⁴⁵.

⁴³ Wyrok z 21 grudnia 2011 r., *N.S. i in.*, C-411/10 i C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865.

⁴⁴ Wyrok *N.S.*, pkt 106 i sentencja wyroku.

⁴⁵ Opinia rzecznika generalnego Y. Bota z 3 marca 2016 r., ECLI:EU:C:2011:611, pkt 60 i 63.

Jednocześnie jednak, aby jednak pogodzić potrzebę skutecznej realizacji wzajemnego uznawania oraz poszanowania praw podstawowych, rzecznik generalny zaproponował, by ewentualną możliwość odmowy wykonania nakazu badać w świetle zasady proporcjonalności. W takim ujęciu sąd wykonujący nakaz powinien, za pomocą wymiany informacji opartej na współpracy pomiędzy sądami, dokonać oceny, czy przy uwzględnieniu danych dostarczonych przez wydający nakaz sąd osoba podlegająca przekazaniu byłaby rzeczywiście pozbawiona wolności w warunkach, które nie są nieproporcjonalne. Rzecznik podkreślił także, że na państwie wydającym nakaz spoczywa podjęcie wszelkich niezbędnych środków, w tym niezbędnych reform w zakresie polityki karnej, aby zagwarantować, że osoba podlegająca przekazaniu odbędzie karę w warunkach zapewniających poszanowanie jej praw podstawowych oraz umożliwienie jej skorzystania ze wszystkich dostępnych środków zaskarżenia w celu obrony swoich indywidualnych wolności⁴⁶. Wydaje się, że Trybunał Sprawiedliwości (nawet jeżeli nie powtórzył wprost rozważań rzecznika generalnego) zajął podobne stanowisko, o czym może świadczyć fakt, że w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia w wyroku *Aranyosi i Căldăraru* nie powołał sprawy N.S. Chociaż zatem z samego wyroku nie wynika obowiązek odmowy wykonania nakazu (ochrona praw podstawowych nie jest autonomiczną i dodatkową przesłanką odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania), to jednak na sądzie krajowym spoczywa obowiązek rozważenia w konkretnej sprawie, w jaki sposób pogodzić obowiązek wykonania nakazu z koniecznością zagwarantowania ochrony praw osoby, której ten nakaz dotyczy.

Po drugie, wyrok ten może mieć istotny wpływ na sposób korzystania przez państwa członkowskie z prawa karania. Zgodnie z art. 67 ust. 1 TFUE Unia stanowi przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w poszanowaniu praw podstawowych oraz różnych systemów i tradycji prawnych państw członkowskich. Jest to zatem cel równorzędny z tym wskazanym w art. 67 ust. 3 TFUE, tzn. realizacją zasady wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych. Wyrok *Aranyosi i Căldăraru*, a także oczywiście stan faktyczny i prawny obu spraw, które stały się tłem do wydania tego wyroku, stanowi egzemplifikację konfliktów, jakie będą musiały rozstrzygać sądy krajowe oraz Trybunał Sprawiedliwości. Można uznać, że jest to konflikt między koniecznością poszanowania praw podstawowych gwarantowanych Kartą a koniecznością realizacji jednego z celów Unii Europejskiej, jakim jest zapobieganie i zwalczanie przestępczości poprzez wzajemne uznawanie orzeczeń w sprawach karnych, w szczególności

⁴⁶ Opinia rzecznika generalnego Y. Bota z 3 marca 2016 r., ECLI:EU:C:2011:611, pkt 134 i pkt 183.

europejskich nakazów aresztowania. Chociaż Trybunał Sprawiedliwości w wyroku *Aranyosi i Căldăraru* podkreślił fundamentalne znaczenie wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych oraz zasady wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi, na którym opiera się wzajemne uznawanie, to jednak przyznał, że w wyjątkowych przypadkach wykonanie europejskiego nakazu aresztowania nie może być automatyczne. W takim ujęciu ochrona praw podstawowych może być traktowana jako nieprzekraczalna granica zasady wzajemnego zaufania w dziedzinie współpracy sądowej w sprawach karnych⁴⁷.

Po trzecie, wyrok *Aranyosi i Căldăraru* pozwala dostrzec, że mechanizmy kontroli przestrzegania praw podstawowych przez państwa członkowskie, w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii, zostały uzupełnione o możliwość działania organów sądowych innych państw członkowskich. Dotychczas kontrolę tę wykonywał wyłącznie Trybunał Sprawiedliwości, przede wszystkim w trybie orzeczeń prejudycjalnych. Z komentowanego wyroku wynika, że kontrola przestrzegania praw podstawowych przez państwa członkowskie może być wykonywana także w ujęciu wertykalnym, tzn. w relacjach między sądem, który wydał nakaz, i sądem, który ten nakaz ma wykonać. Taki mechanizm wzajemnej kontroli sądów państw członkowskich, a co za tym idzie wzajemnej kontroli państw członkowskich jako takich, być może w przyszłości będzie skłaniał państwa członkowskie do intensyfikacji harmonizacji standardów ochrony praw podstawowych w drodze aktów prawa UE. Im bowiem bardziej szczegółowa regulacja prawa UE, tym mniejszą swobodę mają pozostawioną państwa członkowskie do stosowania krajowego standardu ochrony.

Wreszcie, obowiązek przestrzegania standardu ochrony praw podstawowych rozciąga się nie tylko na sytuacje, gdy prawo UE wyznacza standard ochrony praw podstawowych, lecz także takie – tak jak w sprawie *Aranyosi i Căldăraru*, gdy takiego określonego w prawie UE standardu nie ma. Zatem obowiązek przestrzegania praw podstawowych (gwarantowanych Kartą) przez państwa członkowskie znacznie wykracza poza obszar stanowienia prawa karnego i procedury karnej (oraz stosowania tych przepisów) i obejmuje także inne aspekty karan, takie jak właśnie warunki odbywania kar pozbawienia wolności. Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości w tej kwestii nie może być zaskoczeniem, jeżeli weźmie się pod uwagę dyskusję o sytuacji więźniów w państwach członkowskich UE (nie tylko w Rumunii i Bułgarii). W Zielonej księdze z 2011 r. do kwestii

⁴⁷ Zob. A. Frąckowiak, *Granice wzajemnego zaufania w Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości*, Europejski Przegląd Sądowy 2014/2, s. 4–19; A. Frąckowiak-Adamska, *Akcesja Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – ryzyko naruszenia zasady wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi*, Europejski Przegląd Sądowy 2015/12, s. 35–39.

tej odniosła się Komisja Europejska i przyznała – że kwestie związane z pozbawieniem wolności (osób tymczasowo aresztowanych i osób skazanych) wchodzi w zakres odpowiedzialności państw członkowskich. Z drugiej strony, zwróciła ona uwagę, że kwestie związane z pozbawieniem wolności są istotnym aspektem praw wymagających ochrony w celu zwiększenia wzajemnego zaufania organów sądowych oraz zapewnienia sprawnego funkcjonowania wzajemnego uznawania orzeczeń⁴⁸. Do aktów prawa UE, na których skuteczną realizację może mieć wpływ kwestia warunków osadzenia w danym państwie członkowskim, należy nie tylko decyzja ramowa 2002/584/WSiSW, na tle której orzekł TS w wyroku *Aranyosi i Căldăraru*, lecz także decyzja ramowa Rady 2008/909/WSiSW o stosowaniu zasady wzajemnego uznawania do wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności lub inny środek polegający na pozbawieniu wolności⁴⁹, a nawet decyzja ramowa Rady 2008/947/WSiSW o stosowaniu zasady wzajemnego uznawania do wyroków i decyzji w sprawie zawieszenia lub warunkowego zwolnienia i obowiązków wynikających z kar alternatywnych⁵⁰ oraz decyzja ramowa Rady 2009/829/WSiSW w sprawie stosowania zasady wzajemnego uznawania do decyzji w sprawie środków nadzoru stanowiących alternatywę dla tymczasowego aresztowania⁵¹. Z kolei Parlament Europejski przyjął w dniu 15 grudnia 2011 r. rezolucję w sprawie warunków panujących w zakładach karnych w UE, przy czym jest to już kolejne wystąpienie PE w tej kwestii. Parlament Europejski wezwał państwa członkowskie do niezwłocznego podjęcia działań gwarantujących przestrzeganie i ochronę praw podstawowych więźniów, a nawet o przedłożenie projektu aktu prawa UE dotyczącego praw osób pozbawionych wolności⁵². W tym kontekście wyraźnie widać, że nawet jeżeli z Traktatów nie wynikają wyraźnie kompetencje UE do harmonizowania warunków odbywania kary pozbawienia wolności, to jednak jest to obszar wchodzący w zakres prawa UE w takim zakresie, w jakim może mieć wpływ na wykonywanie zasady wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych.

Jednocześnie pozostają wątpliwości, czy podstawą odroczenia wykonania europejskiego nakazu aresztowania mogłyby być także inne prawa gwarantowane Kartą. W wyroku *Aranyosi i Căldăraru*, podobnie jak w wyroku *N.S.*,

⁴⁸ „Zwiększenie wzajemnego zaufania w ramach europejskiej przestrzeni sądowej – Zielona księga w sprawie stosowania przepisów UE dotyczących wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych w obszarze pozbawienia wolności” KOM (2011) 327, s. 5.

⁴⁹ Dz. Urz. L 327 z 5.12.2008, s. 27.

⁵⁰ Dz. Urz. L 337 z 16.12.2008, s. 102.

⁵¹ Dz. Urz. L 294 z 11.11.2009, s. 20.

⁵² Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie warunków panujących w zakładach karnych w UE (2011/2897/RSP), Dz. Urz. C 168 z 14.6.2013, s. 82.

zagrożone było jedno z praw, które nie mogą podlegać żadnym ograniczeniom. Z tego względu nie jest jasne, czy podejście Trybunału Sprawiedliwości byłoby podobne także wówczas, gdyby doszło do zagrożenia naruszenia jednego z praw, które mogą podlegać ograniczeniom na warunkach określonych w art. 52 ust. 1 Karty. Wydaje się natomiast, że istotne znaczenie w tej kwestii odegrał fakt, że standard ochrony wynikał z EKPC oraz z Karty. Biorąc pod uwagę stanowisko Trybunału Sprawiedliwości w wyrokach *Melloni* i *Radu*, za niedopuszczalną należałoby uznać możliwość odmowy wykonania nakazu z uwagi na krajowy standard ochrony praw podstawowych.

2.4. Zapewnienie skuteczności prawa UE poprzez stosowanie sankcji karnych (*Taricco*)

Kolejnym obszarem, w którym państwa członkowskie, korzystając z *ius puniendi*, realizują obowiązki wynikające z prawa UE, jest stosowanie sankcji karnych w celu zapewnienia skuteczności prawa Unii Europejskiej. W wyroku *Fransson* Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że ustanowienie i stosowanie przez państwo członkowskie sankcji karnych w celu zapewnienia skuteczności prawa UE stanowi „stosowanie prawa Unii” w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty. Łącznikiem z prawem UE w tej sprawie, była okoliczność, że dodatkowe zobowiązania podatkowe nałożone na Franssona oraz wszczęte później postępowanie karne były związane z niedopełnieniem obowiązku przekazania prawidłowych informacji dotyczących podatku VAT. Zatem zastosowanie wobec oskarżonego sankcji z powodu podania nieprawdziwych informacji w odniesieniu do podatku VAT, tzn. dodatkowe zobowiązanie podatkowe nałożone w postępowaniu administracyjnym oraz postępowanie karne stanowią wykonanie przepisów dyrektywy 2006/112/WE oraz art. 325 TFUE i w konsekwencji – „stosowanie prawa Unii” w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty. W tym kontekście nie ma znaczenia okoliczność, jak podkreślono w wyroku, że przepisy krajowe będące podstawą zobowiązań podatkowych i postępowania karnego nie zostały wydane w celu transpozycji dyrektywy 2006/112/WE, tak długo jak stosowanie tych przepisów służy nałożeniu sankcji za naruszenie przepisów dyrektywy – i w ten sposób służy wypełnieniu przez państwo członkowskie obowiązku stosowania skutecznych sankcji za działania mogące naruszać interesy finansowe Unii⁵³.

Uzasadnieniem takiego stanowiska jest okoliczność, że (zdaniem TS) istnieje bezpośredni związek między poborem zgodnie z obowiązującym prawem Unii należności z tytułu podatku VAT a wpłatą do budżetu Unii odpowiednich

⁵³ Wyrok z dnia 26 lutego 2013 r., *Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:2013:105.

środków pochodzących z tego podatku, ponieważ wszelkie braki w poborze owych należności mogą powodować uszczuplenie wskazanych środków budżetowych. Dochody wynikające z zastosowania jednolitej stawki do zharmonizowanej podstawy opodatkowania podatkiem VAT określonej zgodnie z normami Unii są zasobami własnymi Unii⁵⁴.

Jeszcze dalej idące stanowisko zajął Trybunał Sprawiedliwości w wyroku *Taricco*⁵⁵, w której przedmiotem wątpliwości sądu krajowego była zgodność z prawem Unii Europejskiej przepisów włoskich dotyczących przedawnienia przestępstw. Zgodnie z tymi przepisami czyn karalny miał ulegać przedawnieniu w terminie odpowiadającym maksymalnej karze przewidzianej w przepisie prawa karnego dotyczącym tego czynu, a jednocześnie termin przedawnienia nie mógł być krótszy niż sześć lat (w przypadku przestępstw) albo nie krótszy niż cztery lata (w przypadku wykroczeń). Jednocześnie przepisy krajowe przewidywały możliwość zawieszenia lub przerwania biegu przedawnienia, lecz w każdym razie przerwanie biegu przedawnienia nie mogło prowadzić do przedłużenia terminu przedawnienia o więcej niż jedną czwartą czasu jego trwania⁵⁶. W postępowaniu karnym dotyczącym utworzenia organizacji przestępczej w celu popełnienia czynów zabronionych w dziedzinie podatku VAT, tzn. tworzenia oszukańczych konstrukcji prawnych typu karuzela podatkowa, sąd krajowy stwierdził, że pomimo przerwania biegu przedawnienia, jego okres trwania nie mógł być już przedłużony, poza okres siedmiu lat i sześciu miesięcy, a w przypadku kierujących organizacją przestępczą – ośmiu lat i dziewięciu miesięcy liczonych od zdarzenia przestępczego. To z kolei w ocenie tego sądu oznaczało, że wszystkie przestępstwa zarzucane oskarżonym, jeżeli jeszcze nie uległy przedawnieniu w chwili kierowania pytań prejudycjalnych, to na pewno uległyby przedawnieniu do 8 lutego 2018 r., czyli zanim możliwe byłoby wydanie wyroku, kończącego postępowanie przeprowadzone zgodnie ze wszystkimi wymogami proceduralnymi. W konsekwencji, zdaniem sądu odsyłającego, prowadziłyby to do bezkarności oskarżonych o popełnienie oszustwa w podatku VAT w wysokości kilku milionów euro. Pytania sądu krajowego dotyczyły dopuszczalności stosowania takich reguł przedawnienia w świetle kolejno art. 101 TFUE, art. 107 TFUE, art. 158 dyrektywy 2006/112/WE oraz art. 119 TFUE.

⁵⁴ Art. 2 ust. 1 decyzji Rady 2007/436/WE, Euratom z dnia 7 czerwca 2007 r. w sprawie systemu zasobów własnych Wspólnot Europejskich (Dz.U. L 163, s. 17); por. wyrok *Fransson*, pkt 25–26.

⁵⁵ Wyrok z dnia 8 września 2015 r., *Taricco*, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555; zob. także M. Timmermans, *Balancing effective criminal sanctions with effective fundamental rights protection in cases of VAT fraud: Taricco*, Common Market Law Review, 2016, s. 779–796.

⁵⁶ Wyrok *Taricco*, pkt 12–15.

Trybunał Sprawiedliwości w pierwszej kolejności przywołał rozstrzygnięcie wyroku *Fransson*, w którym potwierdził wynikający z przepisów dyrektywy 2006/112/WE i art. 4 ust. 3 TUE obowiązek zagwarantowania pełnego poboru podatku VAT oraz zwalczania oszustw.

Następnie jednak poszedł krok dalej, dokonując szerokiej interpretacji pojęcia „nadużycie” zawartego w art. 1 Konwencji w sprawie ochrony interesów finansowych Wspólnot Europejskich⁵⁷ (dalej powoływana w tekście jako: Konwencja). Zdaniem Trybunału nadużyciem w rozumieniu Konwencji są również środki uszczuplające wpływy pochodzące z zastosowania jednolitej stawki podatku do zharmonizowanej podstawy opodatkowania podatkiem VAT ustalonej według zasad Unii. Zdaniem TS takiego wniosku nie może podważyć okoliczność, że podatek ten nie był pobierany bezpośrednio na rachunek Unii, ponieważ Konwencja nie przewiduje wyraźnie takiego warunku. Warunek taki byłby nawet sprzeczny z celem tej Konwencji, jakim jest zwalczanie w jak najszerszym zakresie oszustw zagrażających interesom finansowym Unii. W konsekwencji, zdaniem Trybunału przestępstwa polegające na tworzeniu organizacji przestępczej w celu popełniania przestępstw w dziedzinie podatku VAT, a także oszustwa w tej samej dziedzinie na kwoty kilku milionów euro, stanowią przypadki poważnych oszustw stanowiących zagrożenie dla interesów finansowych Unii⁵⁸. Następnie Trybunał potwierdził, że państwa członkowskie powinny czuwać nad tym, aby takie przypadki poważnych oszustw podlegały sankcjom karnym, spełniającym standard unijny, tzn. były proporcjonalne, skuteczne i odstraszające, a także by środki podejmowane w celu zwalczania takich oszustw były takie same, jak środki podejmowane przez państwa w celu zwalczania oszustw o tej samej powadze zagrażających ich własnym interesom finansowym⁵⁹. Tym samym Trybunał Sprawiedliwości przesądził o konieczności wprowadzenia sankcji karnej za poważne oszustwa w zakresie podatku VAT.

Najistotniejsze z punktu widzenia niniejszych rozważań jest stanowisko Trybunału, że gdyby sąd krajowy doszedł do wniosku, że stosowanie przepisów krajowych w dziedzinie przerwania biegu przedawnienia skutkowałoby w znacznej liczbie przypadków tym, że zdarzenia stanowiące poważne oszustwa nie byłyby karane (ponieważ ulegałyby przedawnieniu przed nałożeniem sankcji karnej), wówczas sąd ten powinien uznać, że środki przewidziane prawem krajowym stanowią zagrożenie dla interesów finansowych Unii i w konsekwencji nie mogą być uznane za skuteczne i odstraszające. W konsekwencji stosowanie takich przepisów należałoby uznać za sprzeczne z art. 325 ust. 1

⁵⁷ Dz. Urz. UE C 316, s. 48.

⁵⁸ Wyrok *Taricco*, pkt 41–42.

⁵⁹ Wyrok *Taricco*, pkt 43.

TFUE, art. 2 ust. 1 Konwencji oraz dyrektywą 2006/112 w związku z art. 4 ust. 3 TUE⁶⁰.

Takie stanowisko Trybunału Sprawiedliwości ma istotne dwie konsekwencje. Po pierwsze, gdyby przepisy krajowe nie mogły być uznane za skuteczne i odstrasżające środki zwalczania oszustw w podatku VAT, wówczas sąd krajowy miałby obowiązek zagwarantować pełną skuteczność prawa UE poprzez powstrzymanie się, w razie gdyby to się okazało konieczne, od stosowania przepisów krajowych, bez konieczności wnoszenia o wcześniejsze uchylenie tych przepisów lub oczekiwania na takie uchylenie w procedurze ustawodawczej lub w innej przewidzianej w konstytucji procedurze⁶¹. Zdaniem TS „art. 325 ust. 1 i 2 TFUE powodują zatem, w myśl zasady prymatu prawa Unii w stosunku do prawa krajowego państw członkowskich, niestosowanie z mocy prawa – ze względu na samo ich wejście w życie – wszelkich sprzecznych z nimi istniejących przepisów prawa krajowego”⁶². Po drugie, przy podejmowaniu decyzji o niestosowaniu przepisów prawa krajowego (dotyczących ograniczonych skutków przerwania przedawnienia) konieczne jest przestrzeganie praw podstawowych zainteresowanych osób. W okolicznościach sprawy głównej zdaniem Trybunału osoby oskarżone mogłyby uznać, że nałożono na nie sankcje, których z całym prawdopodobieństwem uniknęłyby, jeżeli zastosowane zostałyby owe przepisy prawa krajowego. W takim kontekście znaczenie miałyby art. 49 Karty, z którego wynika, że nikt nie może zostać skazany za popełnienie czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu, który według prawa krajowego lub prawa międzynarodowego nie stanowił czynu zabronionego pod groźbą kary w czasie jego popełnienia⁶³.

Analizując zasadę sformułowaną w art. 49 Karty, Trybunał Sprawiedliwości przywołał orzecznictwo ETPC dotyczące art. 7 EKPC (który ustanawia prawa odpowiadające prawom zagwarantowanym w art. 49 Karty). Ze stanowiska ETPC wynika, że przedłużenie terminu przedawnienia i jego bezpośrednie stosowanie nie powoduje zagrożenia praw zagwarantowanych w art. 7 EKPC. Nie można go bowiem interpretować jako zakazującego przedłużenia terminów przedawnienia, jeżeli zarzucane czyny nigdy się nie przedawniły⁶⁴. Dodatkowo, zdaniem Trybunału, niestosowanie przepisów krajowych dotyczących ograniczenia przerwania biegu przedawnienia skutkowałoby jedynie nieprzestrzeganiem ogólnego terminu przedawnienia i umożliwieniem skutecznego ścigania

⁶⁰ Wyrok *Taricco*, pkt 41–48.

⁶¹ Wyrok *Taricco*, pkt 49.

⁶² Wyrok *Taricco*, pkt 52.

⁶³ Wyrok *Taricco*, pkt 53–54.

⁶⁴ Wyrok *Taricco*, pkt 57 i powołane tam orzecznictwo ETPC.

zdarzeń przestępczych. Zatem w tym przypadku nie doszłoby do skazania oskarżonych za działanie lub zaniechanie, które nie stanowiło czynu karalnego przez prawo krajowe w chwili jego popełnienia, ani też nie prowadziło do zastosowania sankcji, która w tym czasie nie była przewidziana przez prawo⁶⁵.

Ostatecznie Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że krajowe przepisy dotyczące przedawnienia karalności przestępstw, zgodnie z którymi zdarzenie przerywające bieg przedawnienia, zaistniałe w trakcie postępowania karnego dotyczącego poważnych oszustw w dziedzinie podatku VAT, skutkuje przedłużeniem terminu przedawnienia jedynie o jedną czwartą jego pierwotnego czasu trwania, może stanowić zagrożenie dla obowiązków nałożonych na państwa członkowskie na podstawie art. 325 ust. 1 i 2 TFUE w sytuacji, w której te przepisy krajowe uniemożliwiają nałożenie skutecznych i odstrasżających sankcji karnych w znacznej liczbie przypadków poważnych oszustw stanowiących zagrożenie dla interesów finansowych Unii lub też przewiduje dłuższe terminy przedawnienia w przypadku oszustw stanowiących zagrożenie dla interesów finansowych danego państwa członkowskiego niż w przypadku oszustw stanowiących zagrożenie dla interesów finansowych Unii⁶⁶.

Wyrok *Taricco* przede wszystkim istotnie ograniczył (po raz kolejny) swobodę państw członkowskich w zakresie ustanawiania w prawie krajowym sankcji za naruszenia prawa Unii Europejskiej, bowiem przesądzono w nim o konieczności wyboru sankcji karnych za poważne oszustwa w dziedzinie podatku VAT. Jest to konsekwencja, po pierwsze, przyjęcia przez TS rozszerzającej wykładni pojęcia „nadużycie” zawartego w art. 1 ust. 1 Konwencji i włączenia w jego zakres przynajmniej takich przestępstw jak w postępowaniu głównym (tworzenie organizacji przestępczej oraz oszustwa na wysokie kwoty). Kwestia włączenia oszustw związanych z VAT była przez wiele lat przedmiotem sporu pomiędzy Komisją i Parlamentem Europejskim z jednej strony (które uważały że wchodzi one w zakres stosowania Konwencji) a państwami członkowskimi z drugiej strony, które były przeciwnego zdania. Dyskusja ta została zintensyfikowana w ramach prac legislacyjnych nad nową dyrektywą w sprawie zwalczania za pośrednictwem prawa karnego nadużyć na szkodę interesów finansowych Unii, mającej na celu zastąpienie obecnie obowiązującej Konwencji⁶⁷. W ostatecznie

⁶⁵ Wyrok *Taricco*, pkt 55–56.

⁶⁶ TS pozostawił jednak sądowi krajowemu ostateczną weryfikację tych przepisów krajowych pod kątem reguł unijnych, wyrok *Taricco*, pkt 58.

⁶⁷ Zob. A. Juszczak, E. Sason, *The Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law (PFI Directive). Laying Down the Foundation for a Better Protection of the Union's Financial Interests?*, EUCRIM The European Criminal Law Associations' Forum 2017/2, s. 82–83; M. Timmerman, s. 791–792.

przyjętej dyrektywie 2017/1371 z dnia 5 lipca 2017 r.⁶⁸ w definicji nadużycia naruszającego interesy finansowe Unii ujęto m.in. w odniesieniu do dochodów pochodzących z zasobów własnych z tytułu VAT – działanie lub zaniechanie w ramach transgranicznego oszukańczego systemu odnoszące się do: wykorzystywania lub przedstawiania nieprawdziwych, niepoprawnych lub niepełnych oświadczeń lub dokumentów związanych z VAT, skutkującego uszczupleniem zasobów budżetu Unii; nieujawnienia informacji związanych z VAT, z naruszeniem szczególnego obowiązku, z tym samym skutkiem lub przedstawienia prawdziwych oświadczeń związanych z VAT do celów oszukańczego ukrycia braku płatności lub bezprawnego tworzenia praw do zwrotu VAT⁶⁹. Jednocześnie, zgodnie z art. 2 ust. 2 tej dyrektywy „w odniesieniu do dochodów pochodzących z zasobów własnych z tytułu VAT niniejsza dyrektywa ma zastosowanie wyłącznie w przypadku poważnych przestępstw przeciwko wspólnemu systemowi VAT”, przy czym za poważne uznaje się wtedy, „gdy umyślne działanie lub zaniechanie zdefiniowane w art. 3 ust. 2 lit. d) jest związane z terytorium dwóch lub większej liczby państw członkowskich Unii i wiąże się z wystąpieniem całkowitej szkody w wysokości co najmniej 10 000 000 EUR.”

Ograniczeniem swobody państw członkowskich w zakresie wykonywania *ius puniendi* jest także to, że w konsekwencji przyjęcia szerokiej definicji nadużycia TS uznał, że poważne przestępstwa w dziedzinie podatku VAT powinny podlegać sankcjom karnym, mającym szczególnie skuteczny i odstraszaający charakter. W ten sposób uznano, że dotychczas ustalony i konsekwentnie stosowany standard sankcji skutecznej, proporcjonalnej i odstraszaącej może być spełniony jedynie przez sankcje karne.

Po trzecie wreszcie, wyrok *Taricco* stanowi egzemplifikację konfliktu między skutecznością prawa UE a ochroną praw podstawowych. TS co prawda odniósł się do art. 49 Karty, jednocześnie jednak nie stwierdzając zagrożenia dla gwarancji w nim zawartych. Takie stanowisko jednak może otwierać znowu pole potencjalnych konfliktów w sytuacji, gdy prawo krajowe przewiduje wyższy standard ochrony niż Karta. Może to bowiem oznaczać, zwłaszcza w przypadku tych przepisów Karty, które pełnią rolę gwarancyjną, jak właśnie art. 49 czy art. 50, zwiększanie represyjności systemu sankcji, kiedy nie jest możliwe zastosowanie ochrony na wyższym poziomie niż Karta, gdy wynika on z krajowego systemu w szczególności z konstytucji narodowej.

⁶⁸ Dz. Urz. UE L 198 z 28.07.2017 r., s. 29.

⁶⁹ Art. 3 ust. 2 lit. d) dyrektywy.

3. Ustanawianie przepisów krajowych mających wpływ na korzystanie z uprawnień przyznanych prawem UE

W najnowszym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości są ponadto wyroki, w których uznanie, że działanie państwa członkowskiego stanowi „stosowanie prawa Unii” w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty, nie jest wcale tak oczywiste, jak w sprawach przedstawionych powyżej. Przykładem takiej sprawy na gruncie przepisów prawa karnego jest wyrok *Delvigne*⁷⁰. Przedmiotem sporu przed sądem krajowym była decyzja o wykreśleniu z listy wyborców T. Delvigne’a, obywatela francuskiego, który w 1988 r. został skazany na 12 lat pozbawienia wolności. Wyrok obejmował utratę z mocy prawa praw obywatelskich, w tym czynnego i biernego prawa wyborczego. Z dniem 1 marca 1994 r. wszedł w życie nowy Kodeks karny, przewidujący bardziej korzystne dla skazywanych zasady pozbawiania praw obywatelskich (utrata praw obywatelskich z mocy prawa została zniesiona, utrata tych praw musiała być orzeczona w wyroku sądowym na okres maksymalnie 10 lat w przypadku skazania za zbrodnię). Jednocześnie jednak przewidziano w nowym Kodeksie karnym przepis intertemporalny, zgodnie z którym utrzymane w mocy miały być wcześniejsze wyroki (wraz z dożywotnią utratą praw obywatelskich, w tym wyborczych), które uprawomocniły się przed wejściem w życie nowego Kodeksu karnego. Oznaczało to, że T. Delvigne nadal był pozbawiony praw obywatelskich, w tym praw wyborczych, także po wejściu w życie nowych przepisów. Z kolei ustawa dotycząca wyborów przedstawicieli do Parlamentu Europejskiego przewidywała, że wyborcami mogą być tylko osoby korzystające z praw publicznych i politycznych. W czasie, gdy T. Delvigne został skazany wyrokiem karnym, na mocy przepisów wyborczych na listę wyborczą nie mogły być wpisane osoby skazane za zbrodnie. W późniejszym czasie przepis ten został zmieniony w taki sposób, że osoby pozbawione orzeczeniem sądu prawa głosowania i wyboru nie mogły być wpisane na listę wyborczą w okresie ustalonym w wyroku.

Na tym tle sąd krajowy miał wątpliwości co do interpretacji art. 39 Karty, dotyczącego praw wyborczych obywateli UE, oraz art. 49 Karty, gwarantującego stosowanie kary łagodniejszej względem sprawcy (jeżeli ustawa, która weszła w życie po popełnieniu czynu zabronionego pod groźbą kary, przewiduje karę łagodniejszą, ta właśnie kara powinna mieć zastosowanie).

W pierwszej kolejności Trybunał Sprawiedliwości musiał rozstrzygnąć kwestię, czy Karta w ogóle ma zastosowanie w takiej sytuacji, jak rozpatrywana przez sąd krajowy, tzn. czy zastosowanie przepisów karnych mogło być uznane za stosowanie prawa Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty.

⁷⁰ Wyrok z 6 października 2015 r., *Delvigne*, C-650/13, EU:C:2015:648.

Sytuacja T. Delvigne’a była o tyle skomplikowana, że regulowana dwoma grupami przepisów: z jednej strony, przepisami ustawy dotyczącej wyborów przedstawicieli do Parlamentu Europejskiego, w których określono krąg osób uprawnionych do głosowania oraz z drugiej – przepisami Kodeksu karnego, w szczególności przepisem intertemporalnym, który utrzymał w mocy dożywotnie pozbawienie praw wyborczych. Wydaje się, że te dwie grupy przepisów wykazują różny związek z prawem UE, zatem analiza pod kątem spełnienia przesłanki z art. 51 ust. 1 Karty powinna przebiegać oddzielnie dla tych dwóch grup przepisów i w konsekwencji rzutować na uznanie stosowania art. 39 Karty odrębnie od stosowania art. 49 Karty. Na tę okoliczność zwrócił uwagę rzecznik generalny P. Cruz Villalon⁷¹. W jego ocenie w sytuacji, którą rozpatrywał sąd krajowy, można było zaradzić na dwa alternatywne sposoby: albo stwierdzając, że prawo karne zostało zastosowane z naruszeniem prawa głosowania i kandydowania w wyborach do PE (art. 39 Karty), albo poprzez przyjęcie, że należało zastosować późniejsze prawo karne (art. 49 Karty). W konsekwencji ustalenie, czy sprawa główna dotyczyła stosowania prawa Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty, powinno być uzależnione od formy żądania⁷². O ile rzecznik generalny nie miał wątpliwości, że ustawodawstwo krajowe, które reguluje bezpośrednio lub przez odesłanie do innych przepisów wybory do Parlamentu Europejskiego, jest ustawodawstwem przyjętym na podstawie prawa UE⁷³, o tyle odmiennego zdania był w odniesieniu do kwestii, czy dopuszczalne jest powołanie się na prawo do zastosowania z mocą wsteczną łagodniejszej ustawy karnej wobec orzeczonego w okolicznościach tej sprawy skazania za przestępstwo. Decydujące znaczenie dla odpowiedzi na to pytanie miała dla niego kwestia, czy skazanie T. Delvigne’a w trybie karnym miało miejsce „na podstawie prawa Unii”. Jego zdaniem, inaczej niż w wyroku *Fransson*, w tej sprawie brak było przepisów prawa unijnego, które mogłyby uzasadnić i uruchomić uprawnienia państwa członkowskiego w zakresie stosowania sankcji. W sprawie Delvigne skorzystanie z *ius puniendi* przez państwo członkowskie miało przeciw miejsce w dziedzinie zupełnie niezwiązanej z kompetencjami Unii, tzn. w celu ukarania za przestępstwo zabójstwa. Na tej podstawie rzecznik generalny uznał, że przepis karny, który wyklucza określony skutek wsteczny w odniesieniu do ustawodawstwa karnego nieprzyjętego na podstawie prawa Unii, nie jest także ustawodawstwem

⁷¹ Opinia rzecznika generalnego Pedra Cruza Villalona z 4 czerwca 2015 r., EU: C:2015:363.

⁷² Opinia rzecznika generalnego Pedra Cruza Villalona z 4 czerwca 2015 r., EU: C:2015:363, pkt 73–74.

⁷³ Opinia rzecznika generalnego Pedra Cruza Villalona z 4 czerwca 2015 r., EU: C:2015:363, pkt 89–107.

przyjętym na podstawie Unii. Zastosowanie w tej sprawie wskazówek, jakie sformułował Trybunał Sprawiedliwości w wyroku *Siragusa*, doprowadziło rzecznika generalnego do wniosku, że Trybunał był właściwy w zakresie orzekania co do zgodności uregulowania krajowego z prawem uznanym w art. 49 ust. 1 Karty⁷⁴.

Trybunał Sprawiedliwości jednak potraktował przepisy prawa wyborczego i prawa karnego łącznie i uznał, że „państwo członkowskie, które w ramach realizacji obowiązku ciążącego na nim na podstawie art. 14 ust. 3 TUE i art. 1 ust. 3 aktu z 1976 r., przewiduje w przepisach krajowych wykluczenie liczby osób, którym przysługuje prawo głosowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego, obywateli Unii, którzy zostali skazani w trybie karnym wyrokiem, który stał się prawomocny przed dniem 1 marca 1994 r., powinno być uznane za stosujące prawo Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty”⁷⁵.

Uzasadniając swoje stanowisko, TS – po pierwsze – wskazał na art. 8 aktu z 1976 r., na mocy którego procedura w każdym państwie członkowskim podlega przepisom krajowym. Po drugie, przypomniał swoje wcześniejsze orzecznictwo, z którego wynika, że art. 1 ust. 3 i art. 8 aktu z 1976 r. nie wskazują w sposób wyraźny i szczegółowy osób, którym przysługuje prawo do głosowania w wyborach do PE i w konsekwencji na obecnym etapie rozwoju prawa Unii określenie osób, którym przysługuje to prawo – należy do kompetencji państw członkowskich, lecz z zastrzeżeniem poszanowania prawa Unii. Po trzecie, podkreślił jednak, że przy wykonywaniu powyższych kompetencji na państwach członkowskich spoczywa, określony w art. 1 ust. 3 aktu z 1976 r. w związku z art. 14 ust. 3 TUE obowiązek zapewnienia, by wybory członków Parlamentu odbywały się w powszechnych wyborach bezpośrednich, w głosowaniu wolnym i tajnym⁷⁶.

Stwierdziwszy, że art. 49 Karty praw podstawowych znajduje zastosowanie w tej sprawie, Trybunał dokonał jego interpretacji w kontekście krajowego przepisu intertemporalnego⁷⁷. W tym zakresie TS jedynie stwierdził, że reforma prawa karnego przeprowadzona we Francji spowodowała, że pozbawienie

⁷⁴ Opinia rzecznika generalnego Pedra Cruza Villalona z 4 czerwca 2015 r., EU: C:2015:363, pkt 76–88.

⁷⁵ Wyrok *Delvigne*, pkt 33.

⁷⁶ Wyrok *Delvigne*, pkt 29, 31–32.

⁷⁷ Poza zakresem niniejszych rozważań pozostanie kwestia interpretacji art. 39 Karty; w tym miejscu należy jedynie wspomnieć, że Trybunał uznał, iż w tym przypadku zastosowanie znajduje art. 39 ust. 2 Karty, lecz że jednocześnie przepisy krajowe stanowią zgodne z art. 52 ust. 1 Karty ograniczenie prawa; na temat tego wyroku, w szczególności krytycznie na temat proporcjonalności ograniczeń wynikających z prawa francuskiego por. M. Rulka, *Prawo do głosowania w wyborach do Parlamentu Europejskiego – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 6.10.2015 w sprawie C-650/13 Thierry Delvigne przeciwko Commune de Lesparre-Medoc i Prefet de la Gironde*, Europejski Przegląd Sądowy 2016/4, s. 28–35.

prawa głosowania, jako kara dodatkowa wynikająca z mocy prawa ze skazania w postępowaniu karnym, zostało zniesione i zastąpione środkiem karnym, który może być orzeczony przez sąd na okres nieprzekraczający dziesięciu lat w wypadku skazania za zbrodnię i pięciu lat w wypadku skazania za występki. Zdaniem TS zasada działania wstecz łagodniejszej ustawy karnej, zawarta w art. 49 ust. 1 Karty nie może stać na przeszkodzie przepisom krajowym, takim jak intertemporalny przepis karny stanowiący podstawę rozstrzygnięcia w sprawie głównej, ponieważ przepis ten ogranicza się do utrzymania pozbawienia prawa głosowania wynikającego ze skazania w trybie karnym jedynie w odniesieniu do skazania prawomocnym wyrokiem, wydanym w ostatniej instancji w okresie obowiązywania dawnego Kodeksu karnego. TS zwrócił także uwagę na fakt, że na mocy nowego Kodeksu karnego osoby objęte ww. intertemporalnym przepisem mają możliwość złożenia do sądu wniosku o zniesienie zakazu, a w każdym razie o ponowną analizę pozbawienia praw wyborczych pod rządami wcześniej obowiązującego Kodeksu karnego i ocenę jego indywidualnej sytuacji. Można to zrozumieć w ten sposób, że będący podstawą rozstrzygnięcia w tej sprawie przepis Kodeksu karnego, w powiązaniu z innymi przepisami nowego Kodeksu karnego, nie zmodyfikowały znamion przestępstwa ani zagrożenia karą, a jedynie miały na celu zapobieżenie sytuacji, w której z chwilą wejścia w życie nowego Kodeksu karnego, wszystkie wcześniejsze przypadki pozbawienia praw obywatelskich, w tym praw wyborczych zniknęłyby z systemu.

W każdym razie jednak, o ile nie budzi wątpliwości, że takie przepisy rzeczywiście nie wchodzą w zakres zasady stosowania ustawy karnej łagodniejszej dla sprawcy, o tyle nadal pozostaje wątpliwość, dlaczego w ogóle w tym przypadku zasada ta miałaby mieć zastosowanie?

Zatem, przez sam fakt, że przepisy ustawy dotyczącej wyborów przedstawicieli do Parlamentu Europejskiego, w odniesieniu do przesłanek bycia wyborcą, odsyła do przepisów prawa karnego – intertemporalny przepis nowego Kodeksu karnego, który utrzymał w mocy wcześniejsze niż data jego wejścia w życie skazania, obejmujące pozbawienie praw wyborczych – został „wciągnięty” w zakres wykonywania prawa Unii. Innymi słowy, przyjmując nowy Kodeks wyborczy i przewidując taki przepis intertemporalny, który wpływa w dalszej kolejności na możliwość korzystania z praw wyborczych w związku z wyborami do Parlamentu Europejskiego – państwo członkowskie stosuje prawo Unii Europejskiej w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty. To rozwiązanie może być trudne do zaakceptowania, ponieważ „wciąga” w zakres stosowania Karty przepisy prawa karnego, które jedynie z uwagi na odesłanie do nich w innej ustawie – mającej związek z prawem UE, także stają się częścią „stosowania” prawa Unii.

4. Wnioski

Z przedstawionych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości wynika, że zakres swobody państw członkowskich w wykonywaniu przez nie *ius puniendi* stopniowo i systematycznie się zmniejsza. Z pewnością czynnikiem wpływającym na ten zakres swobody jest wymóg, by sankcje za naruszenia prawa UE były skuteczne, odstraszające i proporcjonalne oraz by były stosowane w sposób niedyskryminacyjny w odniesieniu do naruszeń prawa UE w porównaniu z podobnymi naruszeniami prawa krajowego. Co więcej, z wyroku *Taricco* wynika, że czasami jedynie sankcje karne mogą być uznane za spełniające unijny standard.

Najnowsze orzecznictwo TS wskazuje także, że zakres swobody państw członkowskich w odniesieniu do wykonywania *ius piniendi* jest coraz bardziej ograniczony z uwagi na coraz szerszą interpretację przesłanki „stosowania prawa Unii” przez państwo członkowskie (w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty). Nie budzi wątpliwości, że Karta ma zastosowanie we wszystkich przypadkach, gdy państwa członkowskie interpretują przepisy krajowe transponujące decyzje ramowe⁷⁸ (w tym wówczas, gdy mogłyby się pojawić wątpliwości co do ważności samych decyzji ramowych) oraz gdy wykonują w praktyce – w ramach realizacji zasady wzajemnego uznawania orzeczeń – orzeczenia wydane przez organy sądowe innych państw członkowskich⁷⁹. Zasadniczo nie powinno budzić także wątpliwości stwierdzenie, że gdy państwo członkowskie ustanawia lub stosuje sankcje karne w celu zapewnienia skuteczności prawa UE, wówczas także stosuje prawo Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty⁸⁰. Wątpliwości co do zakresu art. 51 ust. 1 Karty może natomiast budzić rozstrzygnięcie w wyroku *Delvigne*, ponieważ w tym przypadku wydaje się, że Trybunał Sprawiedliwości zastosował bardzo szeroką wykładnię pojęcia „stosowanie prawa Unii”.

Szeroka wykładnia pojęcia „stosowanie prawa Unii”, która skutkuje wciągnięciem w zakres oddziaływania Karty coraz większego obszaru prawa karnego i postępowania karnego państw członkowskich, stawia sądy krajowe i Trybunał Sprawiedliwości coraz częściej przed trudnym zadaniem poszukiwania równowagi w ochronie różnych interesów. Orzekanie wymaga bowiem zrównoważenia interesów: jednostek (które domagają się ochrony praw podstawowych, gwarantowanej na podstawie Karty), państw członkowskich (które chciałyby zachować jak najdalej idącą autonomię w kształtowaniu krajowego systemu prawa karnego i procedury karnej) oraz Unii Europejskiej jako całości (której funkcjonowanie zależy od zapewnienia pełnej skuteczności prawa unijnego). Konieczność zna-

⁷⁸ Wyrok *Lanigan*, pkt 53–53; wyrok *JZ*, pkt 42; wyrok *Vilkas*.

⁷⁹ Wyrok *Aranyosi i Căldăraru*.

⁸⁰ Wyrok *Fransson*, wyrok *Taricco*.

leżenia tej równowagi ujawniła się jak dotychczas w orzecznictwie TS na dwóch płaszczyznach.

Po pierwsze, konieczne jest pogodzenie ochrony praw podstawowych gwarantowanych na mocy Karty ze swobodą państw członkowskich w zakresie kształtowania systemu prawa karnego w tych obszarach, gdzie prawo karne nie stanowi transpozycji przepisów unijnych harmonizujących. Z taką sytuacją zmierzył się Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Delvigne*. Wyrok w tej sprawie uwidacznia, że kwestią zasadniczą w takich przypadkach jest ustalenie, czy przyjmując przepisy karne państwo członkowskie w ogóle „wykonuje prawo Unii”, a w konsekwencji – ma obowiązek respektowania postanowień Karty. Szeroka interpretacja art. 51 ust. 1 Karty przez Trybunał Sprawiedliwości w tym wyroku spowodowała „zagarnięcie” w zakres obowiązku przestrzegania prawa podstawowych przejściowego przepisu prawa karnego, który co do zasady był przyjmowany w ramach autonomii państwa członkowskiego (ponieważ nie stanowił transpozycji prawa unijnego). W tym przypadku jednak, tak szeroka wykładnia art. 51 ust. 1 Karty została zrównoważona przez merytoryczną wykładnię art. 49 Karty, co doprowadziło TS do konkluzji, że przepisy krajowe nie naruszały tego prawa podstawowego. Jednocześnie jednak wyrok ten może otworzyć w przyszłości drogę do innych rozstrzygnięć, w których TS nie będzie już skłonny zastosować tak powściągliwego podejścia.

Po drugie, TS coraz częściej mierzy się z koniecznością wyważenia między ochroną praw podstawowych a efektywnością prawa Unii Europejskiej. W tych przypadkach autonomia państw członkowskich jest już ograniczona z uwagi na fakt, że państwo członkowskie przyjmuje przepisy prawa karnego w celu transpozycji prawa unijnego (np. wyrok *Lanigan, Vilkas*), stosuje przepisy krajowe, które zostały przyjęte w celu transpozycji (*Aranyosi i Căldăraru*) lub przyjmuje i nakłada sankcje w celu zapewnienia pełnej skuteczności przepisów tego prawa (*Fransson, Taricco*). W tym obszarze jednak nie ma pełnej jasności, czy należy udzielić pierwszeństwa ochronie prawa podstawowych, czy też raczej efektywności prawa Unii Europejskiej. Wyrok *Aranyosi i Căldăraru* wskazuje na to, że efektywność prawa unijnego może ustąpić przed koniecznością zagwarantowania praw podstawowych oskarżonemu lub skazanemu. Jak wskazano powyżej, nie jest jasne, czy Trybunał Sprawiedliwości dopuścił taką możliwość jedynie wyjątkowo, czy też może rozstrzygnięcie w tej sprawie będzie miało zastosowanie także do innych przypadków, także takich, gdy zagrożone będzie nie prawo absolutne (prawo do godności), lecz jedno z praw podstawowych, które można zgodnie z art. 52 ust. 1 Karty ograniczyć.

Z kolei w wyroku *Taricco*, Trybunał udzielił pierwszeństwa efektywności prawa Unii Europejskiej przed kwestią ochrony praw podstawowych. Należy

jednak mieć na uwadze, że przyjmując taką właśnie wykładnię przepisu Karty, spowodował, że sąd krajowy został postawiony przed problemem rangi konstytucyjnej. We Włoszech bowiem kwestia przedawnienia ma rangę konstytucyjną, a zatem sąd krajowy został postawiony w sytuacji wyboru między skutecznością prawa UE a przepisem rangi konstytucyjnej. Z tego względu wątpliwości sądów włoskich nie zostały rozstrzygnięte, o czym świadczy kolejna sprawa zawisła przed Trybunałem Sprawiedliwości⁸¹.

⁸¹ C-574/15 *Scialdone*, (Dz. Urz. UE C 48 z 08.02.2016 r., s. 10).

THE SCOPE OF APPLICATION OF THE CHARTER
OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION
BY THE MEMBER STATES IN THE CRIMINAL LAW CONTEXT
(REMARKS ON THE RECENT CJEU JURISPRUDENCE)

Drawing conclusions from this jurisprudence the Author answers the question when the Member State is 'implementing Union law' in the meaning of Article 51(1) of the Charter in the criminal law context. It is considered that Member States implement Union law when interpreting framework decisions (Lanigan, JZ, Vilkas), when assessing the conformity of the national measures with framework decisions (Jeremy F., Radu), when executing judgements in the framework of the mutual recognition (Aranyosi and Caldaru) and when assuring the effectiveness of EU law by enacting criminal sanctions (Tarrico). In addition, in some situations Member States may be considered to be implementing Union law while enacting national measures which may affect the rights derived from Union law (Delvigne). It is assumed in the article that CJEU is often called to strike the fair balance between the different (and sometimes diverging) interests of three categories of actors: interests of individuals (to have their fundamental rights protected), interests of Member States (to exercise *ius puniendi*) and interests of the European Union as a whole (to ensure effectiveness of EU law).

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (211) 2017
Warszawa 2017

Paweł Daniluk ■

INSTYTUCJA TZW. ZGODY NASTĘPCZEJ PO NOWELIZACJI Z 11 MARCA 2016 R. W ŚWIELE STANDARDÓW KONSTYTUCYJNYCH I KONWENCYJNYCH

1. Artykuł 168b k.p.k. został wprowadzony do systemu prawa z mocy art. 1 pkt 35 ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹ i wszedł w życie z dniem 15 kwietnia 2016 r. (art. 28 ustawy nowelizującej). Tą samą ustawą nadano aktualne brzmienie art. 237a k.p.k. (art. 1 pkt 43 ustawy nowelizującej), które również weszło w życie z dniem 15 kwietnia 2016 r. (art. 28 ustawy nowelizującej). Oba wskazane przepisy normują instytucję tzw. zgody następczej. Przy czym art. 168b k.p.k. czyni to w odniesieniu do kontroli operacyjnej, a więc czynności poza procesowej, a art. 237a k.p.k. w odniesieniu do procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. Podstawową różnicą między tymi przepisami jest więc to, że art. 168b k.p.k. znajduje zastosowanie do czynności prowadzonych poza postępowaniem karnym, zaś art. 237a k.p.k. stosuje się do czynności prowadzonych w ramach postępowania karnego. Procesowa kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych, których dotyczy art. 237a k.p.k., są dopuszczalne w toku postępowania karnego. Jeśli więc postępowanie takie nie zostało wszczęte albo zostało już zakończone, wskazane czynności są niedopuszczalne².

¹ Dz. U. poz. 437 ze zm.; dalej jako ustawa nowelizująca.

² Zob. np. J. Skorupka, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz on-line*, red. J. Skorupka, wyd. 22/2016, Legalis, komentarz do art. 237, teza 6 i przywołany tam wyrok SN z 19 września 2000 r., V KKN 331/00, Prokuratura i Prawo – wkładka 2001, nr 2, poz. 13.

Natomiast kontrola operacyjna, do której odnosi się art. 168b k.p.k., odbywa się poza postępowaniem karnym, w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych przez określone służby.

Mimo wskazanych odmienności, sposób unormowania w art. 168b i art. 237a k.p.k. tzw. zgody następcej jest tożsamy. Mianowicie, zgodnie z tymi przepisami, jeżeli w wyniku legalnie zarządzanej kontroli operacyjnej (procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych) uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli, lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. Zakresem normowania art. 168b i art. 237a k.p.k. są więc objęte tożsame sytuacje, kiedy to podczas legalnego stosowania kontroli pozyskuje się szczególnie dowód popełnienia przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego. Szczegółowość tego dowodu polega na tym, że dotyczy on innego przestępstwa niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli albo przestępstwa popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli. Mamy tu zatem do czynienia ze swoistym wyjściem poza pierwotny zakres kontroli operacyjnej (procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych). Decyzję w przedmiocie wykorzystania w postępowaniu karnym tak pozyskanego dowodu, zgodnie z wyraźnym brzmieniem art. 168b i art. 237a k.p.k., podejmuje prokurator.

2. Istotę pozaprocessowej kontroli operacyjnej określają przepisy zamieszczone w ustawach regulujących funkcjonowanie poszczególnych służb. Z przepisów tych *expressis verbis* wynika, że kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na: 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych; 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu (przewozowych) lub miejsc innych niż miejsca publiczne; 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej; 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych; 5) uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek (art. 19 ust. 6 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji³, art. 9e ust. 7 ustawy z dnia 12 października

³ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1782 ze zm.; dalej jako ustawa o Policji.

1990 r. o Straży Granicznej⁴, art. 118 ust. 4 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej⁵, art. 31 ust. 7 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych⁶, art. 27 ust. 6 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁷, art. 31 ust. 4 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego⁸, art. 17 ust. 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym⁹). Z kolei w ramach postępowania karnego prowadzi się niejawną kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych – zob. rozdział 26 k.p.k. zatytułowany „Kontrola i utrwalanie rozmów”. Przy czym przepisy tego rozdziału – z mocy art. 241 k.p.k. – stosuje się odpowiednio do kontroli oraz do utrwalania przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną.

3. Niejawna kontrola operacyjna oraz niejawną kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych ze swej istoty stanowią ingerencję przede wszystkim w prawo do prywatności (ingerencja ta dotyczy przede wszystkim tego aspektu prywatności, który związany jest z ochroną informacji dotyczących jednostki oraz z zapewnieniem jej autonomii w zakresie decydowania o udostępnianiu [ujawnianiu] tych informacji innym osobom czy też instytucjom), wolność i tajemnicę komunikowania się oraz autonomię informacyjną (art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 Konstytucji).

Istotne jest przy tym, na co zwrócił uwagę m.in. TK w wyroku z 30 lipca 2014 r.¹⁰, że ingerencja służb, czy też – szerzej – władzy publicznej w sferę prywatności i tajemnicy komunikowania się to nie tylko „pozyskanie przez władze publiczne danych o jednostce po raz pierwszy”, gdyż: „Ochrona prawa do prywatności i tajemnicy komunikowania się rozciąga się (...) na cały proces pozyskiwania, gromadzenia, przechowywania oraz przetwarzania (w tym analizowania i porównywania) informacji o jednostkach. Dlatego też jako odrębne przejawy ingerencji w konstytucyjnie chroniony status jednostki – wymagające każdorazowo odrębnej legitymizacji konstytucyjnej – należałoby traktować pozyskiwanie informacji m.in. o treści komunikatów przekazywanych za pomocą sieci teleinformatycznych w toku kontroli operacyjnej, nałożenie na dostawców

⁴ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1643 ze zm.; dalej jako ustawa o SG.

⁵ Dz. U. poz. 1947 ze zm.; dalej jako ustawa o KAS.

⁶ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1483 ze zm.; dalej jako ustawa o ŻW.

⁷ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1897 ze zm.; dalej jako ustawa o ABW.

⁸ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1318 ze zm.; dalej jako ustawa o SKW.

⁹ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1310 ze zm.; dalej jako ustawa o CBA.

¹⁰ K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

usług telekomunikacyjnych obowiązku zatrzymywania danych o ruchu i lokalizacji, dostęp do tych danych, ich następczą weryfikację czy przekazanie innym organom”. Ustalenia te są o tyle istotne, że uświadamiają, iż standard konstytucyjny odnoszący się do ingerencji w prawo do prywatności oraz w wolność i tajemnicę komunikowania się, obowiązuje nie tylko przy zarządzaniu kontroli operacyjnej lub procesowej, ale również na dalszych etapach jej prowadzenia oraz wykorzystywania danych w ten sposób pozyskanych. Zatem również tzw. zgoda następcza na wykorzystanie dowodu w postępowaniu karnym jest objęta wskazanym standardem konstytucyjnym i – jako odrębny przejaw ingerencji w status jednostki – wymaga „odrębnej legitymizacji konstytucyjnej”.

Fakt, iż kontrola operacyjna oraz procesowa kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych ingerują w prawo do prywatności, wolność i tajemnicę komunikowania się oraz autonomię informacyjną, nie oznacza jednak, że Konstytucja czy też Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹¹ kategorycznie zabraniają takich praktyk. Niekiedy bowiem niejawne wkroczenie w owe sfery jest konieczne dla realizacji celów, o których mowa w art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej i art. 8 ust. 2 EKPCz. Chodzi tu wszak przede wszystkim o zapewnienie bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego, ochrony zdrowia oraz praw i wolności innych osób, co ma bezpośredni związek ze skuteczną realizacją zadań przez takie służby, jak np. Policja, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego czy Centralne Biuro Antykorupcyjne (mowa w szczególności o zadaniach polegających na zapobieganiu, wykrywaniu, ustalaniu sprawców, a także uzyskiwaniu i utrwalaniu dowodów określonych przestępstw, godzących zarówno w interesy indywidualne, jak i zbiorowe, w tym w interesy państwa). Jak wynika z wielu orzeczeń TK, jedną z istotnych funkcji demokratycznego państwa prawnego jest skuteczne zwalczanie negatywnych zjawisk, w tym przestępczości, które w skrajnym nasileniu mogą godzić w samo istnienie państwa. Dlatego ustawodawca ma nie tylko prawo, ale i obowiązek zwalczania owych negatywnych zjawisk poprzez nadawanie takich uprawnień organom kontroli czy też służbom, które to uprawnienia będą miały bezpośredni wpływ na zwiększenie sprawności ich działań. W konsekwencji TK co do zasady dopuszcza wyposażenie organów kontroli czy też służb w specjalne uprawnienia, pozwalające na nawet daleko idące wkraczanie w sferę praw i wolności jednostki, w tym w prawo do prywatności, wolność i tajemnicę komunikowania się oraz autonomię informacyjną¹². Z kolei na gruncie EKPCz przyjmuje się, że stosujące niejawną

¹¹ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.; dalej jako EKPCz.

¹² Zob. np. wyroki TK z: 13 lutego 2001 r., K 19/99, OTK 2001, nr 2, poz. 30; 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 64; 12 grudnia 2005 r., K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132; 17 czerwca 2008 r., K 8/04, OTK-A 2008, nr 5, poz. 81; 30 lipca

kontrolę służby „znajdują legitymowane podstawy egzystencji w społeczeństwie demokratycznym”, a ich działalność polegająca na gromadzeniu, przechowywaniu i wykorzystywaniu niejawnych informacji o jednostkach, jest uzasadniona zwłaszcza wówczas, gdy w grę wchodzi bezpieczeństwo państwa¹³.

Jednocześnie nie powinno ulegać wątpliwości, że regulacje uprawniające służby do niejawnego wkroczenia w sferę prywatności, autonomii informacyjnej czy też wolności i tajemnicy komunikowania się jednostki powinny odpowiadać określonym wymogom. Najogólniej rzecz ujmując, muszą one pozostawać w zgodności ze standardami ochrony praw i wolności obywatelskich gwarantowanych Konstytucją. Jak zaznacza TK, chodzi tu przede wszystkim o to, aby dokonywana przez służby ingerencja w sferę życia prywatnego jednostki spełniała warunki określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Ponadto, „ustawodawca – w świetle art. 2 Konstytucji – ma konstytucyjny obowiązek określić przesłanki ingerencji w sferę prywatności w sposób możliwie precyzyjny, tak aby ograniczyć zakres swobody decyzyjnej pozostawionej organom stosującym prawo, a jednocześnie ma on obowiązek stworzyć odpowiednie mechanizmy kontroli nad aktami organów władzy publicznej dotyczącymi tej sfery. W sytuacji, gdy chodzi o ograniczenie konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela, przepisy muszą charakteryzować się należyłą precyzją i jasnością. Nakaz ten jest funkcjonalnie związany z zasadami pewności i bezpieczeństwa prawnego oraz ochrony zaufania do państwa i prawa”¹⁴.

4. Artykuł 168b k.p.k., co wynika wprost z jego brzmienia, jest przepisem dotyczącym kontroli operacyjnej zarządzanej na podstawie przepisów szczególnych. Oznacza to, że regulacja ta odnosi się do tych wszystkich wypadków prowadzenia kontroli operacyjnej, które znajdują oparcie w następujących pozakodeksowych przepisach szczególnych: art. 19 ust. 1 i 3 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 i 4 ustawy o SG, art. 118 ust. 1 i 3 ustawy o KAS, art. 31 ust. 1 i 4 ustawy o ŻW, art. 27 ust. 1 i 3 ustawy o ABW, art. 31 ust. 1 i 3 ustawy o SKW, art. 17 ust. 1 i 3 ustawy o CBA. Nie sposób jednocześnie nie zauważyć, że art. 168b k.p.k. stanowi *novum* w systemie prawnym, gdyż przed jego wejściem w życie problematyka tzw. zgody następcej była normowana w poszczególnych ustawach regulujących kontrolę operacyjną. W myśl stosownych przepisów tych ustaw, wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej było dopuszczalne

2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

¹³ L. Garlicki [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. I, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 509 i przywołane tam orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej jako ETPCz).

¹⁴ Wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 64; a także wyrok TK z 17 czerwca 2008 r., K 8/04, OTK-A 2008, nr 5, poz. 81.

wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego było dozwolone stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot (zob. nieobowiązujące już art. 19 ust. 15a ustawy o Policji, art. 9e ust. 16a ustawy o SG, art. 36d ust. 1a ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej¹⁵, art. 31 ust. 16a ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15a ustawy o ABW, art. 31 ust. 14a ustawy o SKW, art. 17 ust. 15a ustawy o CBA). Z kolei, jeżeli w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, w stosunku do którego można było zarządzić kontrolę operacyjną, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, ale innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na wykorzystanie takiego dowodu w postępowaniu karnym orzekał postanowieniem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną albo wyraził na nią zgodę w trybie określonym w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, art. 9e ust. 4 ustawy o SG, art. 31 ust. 4 ustawy o ŻW, na wniosek prokuratora, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o SG, art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW (na gruncie u.k.s., ustawy o ABW, ustawy o SKW i ustawy o CBA – sąd na wniosek Prokuratora Generalnego) – zob. nieobowiązujące już art. 19 ust. 15c ustawy o Policji, art. 9e ust. 16c ustawy o SG, art. 36d ust. 1c u.k.s., art. 31 ust. 16c ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15c ustawy o ABW, art. 31 ust. 14c ustawy o SKW, art. 17 ust. 15c ustawy o CBA. Wniosek taki – zgodnie z nieobowiązującymi już art. 19 ust. 15d ustawy o Policji, art. 9e ust. 16d ustawy o SG, art. 36d ust. 1d u.k.s., art. 31 ust. 16d ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15d ustawy o ABW, art. 31 ust. 14d ustawy o SKW, art. 17 ust. 15d ustawy o CBA – prokurator kierował do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, przekazanych mu przez organ Policji (Straży Granicznej, Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, Żandarmerii Wojskowej, szefa ABW, szefa SKW, szefa CBA) niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli. Z kolei sąd – w myśl nieobowiązujących już art. 19 ust. 15e ustawy o Policji, art. 9e ust. 16e ustawy o SG, art. 36d ust. 1e u.k.s., art. 31 ust. 16e ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15e ustawy o ABW, art. 31 ust. 14e ustawy o SKW, art. 17 ust. 15e ustawy o CBA – wydawał stosowne postanowienie w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora.

Przedstawione przepisy art. 19 ust. 15a–15e ustawy o Policji, art. 9e ust. 16a–16e ustawy o SG, art. 36d ust. 1a–1e u.k.s., art. 31 ust. 16a–16e ustawy

¹⁵ T. j. Dz. U. z 2016 r. poz. 720 ze zm.; dalej jako u.k.s. Przepis ten wskazywał dodatkowo na dopuszczalność wykorzystania dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej w postępowaniu kontrolnym prowadzonym w stosunku do osoby, wobec której zarządzono kontrolę operacyjną.

o ŻW, art. 27 ust. 15a–15e ustawy o ABW, art. 31 ust. 14a–14e ustawy o SKW i art. 17 ust. 15a–15e ustawy o CBA zostały uchylone z mocy – odpowiednio – art. 4, art. 5, art. 6, art. 12, art. 13, art. 17 i art. 18 ustawy nowelizującej, co było konsekwencją wprowadzenia do systemu prawa art. 168b k.p.k.

5. Również zawartość normatywna art. 237a k.p.k., dotyczącego procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych zarządzanej na podstawie art. 237 § 1 i 2 k.p.k., stanowi *novum* w systemie prawnym. Należy mieć bowiem na uwadze, że przed jego nowelizacją, jeżeli w wyniku stosowania procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych uzyskano dowód popełnienia przestępstwa wymienionego w art. 237 § 3 k.p.k. (a więc przestępstwa, w stosunku do którego można było zarządzić omawianą kontrolę), popełnionego przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, ale innego niż objęte zarządzeniem kontroli, albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na wykorzystanie takiego dowodu w postępowaniu karnym orzekał postanowieniem sąd, czyniąc to na wniosek prokuratora. Z wnioskiem takim prokurator mógł wystąpić do sądu w czasie trwania kontroli albo nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia jej zakończenia. Z kolei sąd wydawał stosowne postanowienie w terminie 14 dni (art. 237a k.p.k. w pierwotnym brzmieniu).

Trzeba mieć jednocześnie na uwadze, że – zgodnie z nieobowiązującym już art. 237 § 8 k.p.k., który został uchylony z mocy art. 1 pkt 42 ustawy nowelizującej – wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych było dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego było możliwe zarządzenie takiej kontroli.

6. Porównanie poprzedniego stanu prawnego, w którym problematyka tzw. zgody następcej była normowana w poszczególnych ustawach regulujących funkcjonowanie służb (w odniesieniu do kontroli operacyjnej) i w art. 237a k.p.k. w pierwotnym brzmieniu (w odniesieniu do procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych), z obecnym stanem prawnym, w którym problematyka ta normowana jest w art. 168b k.p.k. (w odniesieniu do kontroli operacyjnej) i w znowelizowanym art. 237a k.p.k. (w odniesieniu do procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych), wiedzie do następujących wniosków.

7. Po pierwsze, w odniesieniu do kontroli operacyjnej zniesiono zasadę, iż wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania tej kontroli jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dozwolone stosowanie owej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot. W poprzednim stanie prawnym mieliśmy do czynienia z istotną limitacją, gdy idzie o wykorzystywanie dowodów

uzyskanych podczas stosowania kontroli operacyjnej. Mianowicie dowody takie mogły być wykorzystane tylko w tych postępowaniach karnych, które dotyczyły przestępstw upoważniających do zastosowania kontroli operacyjnej przez jakikolwiek uprawniony podmiot. Chodziło tu więc o przestępstwa określone, mniej lub bardziej szczegółowo, w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o SG, art. 36c ust. 1 u.k.s. (obecnie art. 118 ust. 1 ustawy o KAS), art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW, art. 27 ust. 1 ustawy o ABW, art. 31 ust. 1 ustawy o SKW, art. 17 ust. 1 ustawy o CBA. W wypadku innych przestępstw dowody uzyskane podczas stosowania kontroli operacyjnej nie mogły być wykorzystane. Sens takiego rozwiązania był dość oczywisty i sprowadzał się do zabezpieczenia przed obchodzeniem przedmiotowych ograniczeń odnoszących się do stosowania kontroli operacyjnej. Obejście owych ograniczeń byłoby wszak stosunkowo łatwe, gdyby z jednej strony istniały przepisy ograniczające stosowanie kontroli operacyjnej tylko w stosunku do określonych przestępstw, z drugiej zaś istniała możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej w sprawie o inne przestępstwa. W takim wypadku istniejące ograniczenia przedmiotowe stosowania kontroli operacyjnej byłyby w znacznej mierze iluzoryczne, gdyż „bocznymi drzwiami” byłoby możliwe wykorzystanie dowodów uzyskanych podczas stosowania takiej kontroli w sprawie o każde przestępstwo.

Powyższy problem ujawnia się szczególnie wyraźnie wówczas, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej uzyskuje się dowód popełnienia przestępstwa innego niż objęte kontrolą operacyjną. W poprzednim stanie prawnym – aby zagwarantować zasadę, iż wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej jest dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, w stosunku do którego jest dozwolone stosowanie takiej kontroli przez jakikolwiek uprawniony podmiot – przyjęto art. 19 ust. 15c ustawy o Policji, art. 9e ust. 16c ustawy o SG, art. 36d ust. 1c u.k.s., art. 31 ust. 16c ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15c ustawy o ABW, art. 31 ust. 14c ustawy o SKW, art. 17 ust. 15c ustawy o CBA. Przepisy te dotyczyły sytuacji, kiedy to w wyniku stosowania kontroli operacyjnej uzyskano dowód popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, ale innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej, albo popełnionego przez inną osobę. W takiej sytuacji, zgodnie ze wskazanymi wyżej przepisami, można było wykorzystać ów dowód, ale pod dwoma zasadniczymi warunkami. Jednym z nich było to, że był to dowód popełnienia przestępstwa, w stosunku do którego można było zarządzić kontrolę operacyjną. Obecnie warunek ten został zniesiony. Nie przewiduje go wszak art. 168b k.p.k., który pozwala na wykorzystanie, uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej, dowodu popełnienia przez osobę, wobec której kontrola

operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnione przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej. Tym samym *de lege lata* możliwe jest wykorzystanie dowodu popełnienia każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, bez względu na to, czy przestępstwo takie upoważnia do zarządzenia kontroli operacyjnej.

Konsekwencją takiego ujęcia art. 168b k.p.k. jest brak zabezpieczenia przed obchodzeniem przedmiotowych ograniczeń odnoszących się do stosowania kontroli operacyjnej. *De lege lata* mamy do czynienia ze stanem prawnym, w którym z jednej strony istnieją przepisy ograniczające stosowanie kontroli operacyjnej tylko w odniesieniu do określonych przestępstw (art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o SG, art. 118 ust. 1 ustawy o KAS, art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW, art. 27 ust. 1 ustawy o ABW, art. 31 ust. 1 ustawy o SKW, art. 17 ust. 1 ustawy o CBA), z drugiej zaś zachodzi możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli operacyjnej w sprawie o każde przestępstwo ścigane z urzędu lub każde przestępstwo skarbowe. W takim stanie rzeczy ograniczenia przedmiotowe stosowania kontroli operacyjnej z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, art. 9e ust. 1 ustawy o SG, art. 118 ust. 1 ustawy o KAS, art. 31 ust. 1 ustawy o ŻW, art. 27 ust. 1 ustawy o ABW, art. 31 ust. 1 ustawy o SKW, art. 17 ust. 1 ustawy o CBA stają się w znacznej mierze iluzoryczne, gdyż „bocznymi drzwiami” możliwe jest wykorzystanie dowodów uzyskanych podczas stosowania kontroli operacyjnej w sprawie o każde przestępstwo powszechne (za wyjątkiem przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego) i każde przestępstwo skarbowe¹⁶.

Analogicznie ma się rzecz w odniesieniu do procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. Przed zmianami wprowadzonymi ustawą nowelizującą wykorzystanie dowodu uzyskanego podczas stosowania tej kontroli było – o czym już wspomniano – dopuszczalne wyłącznie w postępowaniu karnym w sprawie o przestępstwo, w stosunku do którego można było zarządzić omawianą kontrolę (wyraźnie stanowił o tym art. 237 § 8 k.p.k., który został uchylony z mocy art. 1 pkt 42 ustawy nowelizującej). Mieliśmy zatem do czynienia z istotnym ograniczeniem, gdy idzie o wykorzystywanie dowodów uzyskanych podczas stosowania procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów

¹⁶ Por. S. Brzozowski, *Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, Palestra 2016, nr 6, s. 23–24; D. Gruszecka, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2016, komentarz do art. 168b, nb. 1; A. Sakowicz, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, komentarz do art. 168b, nb. 6.

telefonicznych. Było ono dopuszczalne tylko w odniesieniu do przestępstw skatalogowanych w art. 237 § 3 k.p.k. jako te, w stosunku do których można było zarządzić procesową kontrolę i utrwalanie treści rozmów telefonicznych. W wypadku innych przestępstw dowody uzyskane podczas stosowania owej kontroli nie mogły być wykorzystane.

Aby zagwarantować tę zasadę w odniesieniu do sytuacji, gdy podczas stosowania procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych uzyskuje się dowód popełnienia przestępstwa innego niż objęte tą kontrolą, w poprzednim stanie prawnym przyjęto art. 237a k.p.k. Przepis ten dotyczył i dotyczy sytuacji, kiedy to w wyniku stosowania procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych uzyskano dowód popełnienia przestępstwa przez osobę, wobec której była stosowana kontrola, ale innego niż objęte zarządzeniem owej kontroli, albo popełnionego przez inną osobę. W takim wypadku, zgodnie z art. 237a k.p.k. w pierwotnym brzmieniu, można było wykorzystać ów dowód, ale pod dwoma zasadniczymi warunkami. Jednym z nich było to, że był to dowód popełnienia przestępstwa, w stosunku do którego można było zarządzić procesową kontrolę i utrwalanie rozmów telefonicznych (tj. przestępstwa wymienionego w art. 237 § 3 k.p.k.). Obecnie warunek ten został zniesiony. Nie przewiduje go jednak art. 237a k.p.k. w aktualnym brzmieniu, który pozwala na wykorzystanie, uzyskanego w wyniku kontroli, dowodu popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli, lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli. Tym samym *de lege lata* możliwe jest wykorzystanie dowodu popełnienia każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, bez względu na to, czy przestępstwo takie upoważnia do zarządzenia procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych.

Skutkiem takiego ujęcia art. 237a k.p.k. jest brak zabezpieczenia przed obchodzeniem przedmiotowych ograniczeń odnoszących się do stosowania procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. *De lege lata* mamy do czynienia ze stanem prawnym, w którym z jednej strony istnieje przepis ograniczający stosowanie tej kontroli tylko w odniesieniu do określonych przestępstw (art. 237 § 3 k.p.k.), z drugiej zaś zachodzi możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego podczas stosowania kontroli w sprawie o każde przestępstwo ścigane z urzędu lub każde przestępstwo skarbowe. W takim stanie rzeczy ograniczenia przedmiotowe stosowania procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych z art. 237 § 3 k.p.k. stają się w znacznej mierze iluzoryczne, gdyż „bocznymi drzwiami” możliwe jest wykorzystanie dowodów uzyskanych podczas stosowania kontroli w sprawie o każde przestępstwo powszechne

(za wyjątkiem przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego) i każde przestępstwo skarbowe¹⁷.

Opisany powyżej stan prawny, w tym dopuszczenie w art. 168b i art. 237a k.p.k. do wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego w wyniku kontroli (operacyjnej albo procesowej), gdy dowód ten jest dowodem li tylko popełnienia przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego, bez żadnego dodatkowego dookreślenia czy też zawężenia, jawi się jako naruszający standard konstytucyjny. W szczególności należy mieć na uwadze, że art. 168b i art. 237a k.p.k. pozwalają na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów odnoszących się do każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub każdego przestępstwa skarbowego. To zaś nie tylko stoi w sprzeczności z przepisami normującymi podstawy zarządzenia kontroli, które zawężają czy też dookreślają katalog przestępstw upoważniających do takiego zarządzenia, ale przede wszystkim w sposób niezwykle szeroki upoważnia do ingerencji w prawo do prywatności, autonomię informacyjną, czy też wolność i tajemnicę komunikowania się. Do owej ingerencji może dojść wszak w wypadku jakichkolwiek przestępstw powszechnych ściganych z urzędu oraz jakichkolwiek przestępstw skarbowych, w tym nawet tych najbardziej błahych. W takiej sytuacji nie sposób mówić o istnieniu precyzyjnych podstaw prawnych, które upoważniają do niejawnego ingerencji w prawo do prywatności, wolność i tajemnicę komunikowania się oraz autonomię informacyjną. Brak ograniczeń, gdy idzie o wskazane przestępstwa i przestępstwa skarbowe, świadczy o tym, że kontrola (operacyjna albo procesowa) zostaje zrównana ze „zwykłą”, niewymagającą odrębnego i zawężającego unormowania, działalnością służb (tymczasem należy pamiętać, że „niejawna ingerencja w wolności i prawa, ma stanowić *ultima ratio*” – wyrok TK z 30 lipca 2014 r.¹⁸). Takie rozwiązanie nie odpowiada konstytucyjnym i konwencyjnym wymogom określoności i konkretności (precyzyjności) podstaw ingerencji w tajemnicę komunikowania się (prawo do prywatności). W doktrynie i orzecznictwie uznaje się, iż wymóg precyzyjności podstaw ingerencji w tajemnicę komunikowania się (prawo do prywatności) nakazuje w szczególności „określenie charakteru przestępstw, przy ściganiu których dopuszczalne jest zastosowanie tego środka”¹⁹, czego w wypadku art. 168b i art. 237a k.p.k. w istocie zabrakło.

¹⁷ Por. K. T. Boratyńska i A. Górski, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2016, komentarz do art. 237a, nb. 1.

¹⁸ K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

¹⁹ L. Garlicki, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 545 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz.

Szczególną uwagę należy jednak zwrócić na ustalenia TK, poczynione w – wydanym w pełnym składzie – wyroku z 30 lipca 2014 r.²⁰ Otóż TK w odniesieniu do „niejawnego pozyskiwania przez władze publiczne informacji o jednostkach” stwierdził wprost, że „ustawa ma precyzować przedmiotowe przesłanki zarządzenia takich czynności”, co powinno przybrać postać zamkniętego i możliwie wąskiego katalogu poważnych przestępstw, uzasadniających tego rodzaju ingerencję w status jednostki („Ustawodawca zobowiązany jest wobec tego zdefiniować zamknięty i możliwie wąski katalog poważnych przestępstw, uzasadniających tego rodzaju ingerencję w status jednostki”). Przy czym kwestia wagi przestępstw, które uzasadniają analizowaną ingerencję w prawa i wolności jednostki, została jeszcze wyeksponowana w dalszych rozważaniach poczynionych w wyroku z 30 lipca 2014 r. Mianowicie TK podkreślił, że: „Niejawne pozyskiwanie informacji o jednostkach w demokratycznym państwie prawa, za pomocą czynności operacyjno-rozpoznawczych, jest dopuszczalne jedynie w celu zapobiegania poważnym przestępstwom, ich ścigania i wykrywania. (...) Ustalając katalog przestępstw, co do których dopuszczalne są czynności operacyjno-rozpoznawcze, ustawodawca nie może odrywać się od obiektywnie mierzalnej hierarchii dóbr, której wyraz daje Konstytucja. Nie może także abstrahować od uwarunkowań historycznych i społecznych, determinujących stopień zagrożenia, jakie niosą ze sobą poszczególne czyny w skali całego państwa. Nieuprawniona jest natomiast, zdaniem Trybunału, teza jakoby sama penalizacja jakiegoś czynu w ustawach karnych, a nawet zobowiązanie do jego ścigania na mocy umów międzynarodowych, były wystarczającymi przesłankami uznania go za poważny w stopniu uzasadniającym dopuszczalność niejawnego pozyskiwania informacji i dowodów za pomocą czynności operacyjno-rozpoznawczych, które prowadzą do ingerencji w prywatność, tajemnicę komunikowania się czy autonomię informacyjną. Trybunał zwraca nadto uwagę na konieczność nieustannej weryfikacji katalogu takich przestępstw. Z biegiem czasu niektóre przestępstwa – uznawane dotąd za poważne zagrożenia – mogą zmieniać swoją kwalifikację. Katalog poważnych przestępstw, co do których może być dopuszczalne niejawne pozyskiwanie informacji o osobach przez organy państwa, musi być tym samym ciągle przez ustawodawcę aktualizowany. Przepisy regulujące niejawne pozyskiwanie informacji o jednostkach przez władze publiczne nie mogą ujmować przesłanek ich zarządzenia w sposób abstrakcyjny, w oderwaniu od rzeczywistego stopnia wywoływanego zagrożenia dla określonych dóbr w danej sprawie. Aby unormować przesłanki zarządzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych, trzeba zatem precyzyjnie określić katalog poważnych przestępstw,

²⁰ K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

ale także wskazać dodatkowe okoliczności, umożliwiające niuansowanie zasadności tego rodzaju sposobu pozyskiwania informacji i dowodów w konkretnych sprawach, z uwzględnieniem m.in. ciężaru gatunkowego lub rozmiarów wyrządzonej szkody”.

Gdy weźmie się pod uwagę powyższe wypowiedzi, to staje się oczywiste, że art. 168b i art. 237a k.p.k., pozwalające na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów odnoszących się do każdego przestępstwa ściganego z urzędu lub każdego przestępstwa skarbowego, nie spełniają standardu konstytucyjnego. Nie sposób bowiem twierdzić, że wskazanie na wszystkie przestępstwa powszechne ścigane z urzędu oraz wszystkie przestępstwa skarbowe to, jak chce tego TK, skonstruowanie zamkniętego i możliwie wąskiego katalogu poważnych przestępstw. Wręcz przeciwnie, sformułowanie art. 168b i art. 237a k.p.k. pozwala na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodów odnoszących się w zasadzie do wszystkich przestępstw, jakie istnieją w polskim prawie karnym, bez względu na ich wagę. Jedynym ograniczeniem jest wszak to, żeby przestępstwa powszechne były ścigane z urzędu, co na gruncie Kodeksu karnego wyłącza tylko ścigane z oskarżenia prywatnego: naruszenie czynności narządu ciała lub spowodowanie rozstroju zdrowia trwające nie dłużej niż 7 dni, co jednak nie dotyczy sytuacji, gdy pokrzywdzonym jest osoba najbliższa zamieszkująca wspólnie ze sprawcą (art. 157 § 4 k.k.), zniesławienie (art. 212 § 4 k.k.), znieważenie (art. 216 § 5 k.k.) i naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 § 3 k.k.). Takie ograniczenie trudno zaś uznać za mające większe znaczenie i redukujące ingerencję w sferę prywatności, autonomii informacyjnej oraz wolność i tajemnicę komunikowania się do „możliwie wąskiego katalogu poważnych przestępstw”. Dość wskazać, że taka ingerencja jest *de lege lata* możliwa przy przestępstwie np. prowadzenia pojazdu mechanicznego na drodze publicznej, w strefie zamieszkania lub w strefie ruchu, nie stosując się do decyzji właściwego organu o cofnięciu uprawnienia do kierowania pojazdami (art. 180a k.k.), znieważenia funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej, podczas i w związku z pełnieniem obowiązków służbowych (art. 226 § 1 k.k.), czy każdej kradzieży objętej zakresem normowania art. 278 k.k., w tym jej wypadku mniejszej wagi (§ 3).

Powyższy stan prawny uchybia nie tylko wymogowi precyzyjnego i ścisłego określenia zakresu przedmiotowego kontroli operacyjnej oraz procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych, ale również narusza zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji) w odniesieniu do ingerencji w prawa i wolności wynikające z art. 47 i art. 49 Konstytucji. *De lege lata* mamy wszak do czynienia z dopuszczalnością wykorzystania w postępowaniu karnym dowodów (uzyskanych w wyniku kontroli) dotyczących w zasadzie wszystkich przestępstw, jakie istnieją w polskim prawie karnym, bez względu na ich wagę.

Tak szeroko określony zakres przedmiotowy kontroli operacyjnej oraz procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych rodzi ponadto niebezpieczeństwo pozyskiwania, gromadzenia, a następnie udostępniania informacji o obywatelach, które nie są niezbędne w demokratycznym państwie prawnym, czego zabrania art. 51 ust. 2 Konstytucji. Ową niezbędność należy tu odczytywać z uwzględnieniem skierowanego do ustawodawcy wymogu określenia zamkniętego i możliwe wąskiego katalogu poważnych przestępstw, uzasadniających omawianą ingerencję w status jednostki.

8. Po drugie, w poprzednim stanie prawnym tzw. zgodę następczą na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego w wyniku prowadzenia kontroli operacyjnej lub procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych wyrażał wyłącznie sąd w drodze postanowienia, czyniąc to na wniosek prokuratora. Obecnie zaś, w myśl art. 168b i art. 237a k.p.k., zgodę taką wyraża prokurator.

Tymczasem należy mieć na uwadze, że konieczność sądowego nadzoru nad działalnością służb eksponowana jest w orzecznictwie ETPCz. Przyjmuje się, że „przepisy prawa muszą określać procedurę wydawania zgody na zastosowanie środków kontroli (...), zgoda ta musi mieć w zasadzie charakter uprzedni, a jej wydanie musi podlegać nadzorowi organu zewnętrznego. W zasadzie, organem tym powinien być sąd (...). (...) prawo nie może tworzyć sytuacji, gdy «jedyną władzą oceniającą uzyskiwane materiały pozostają służby specjalne» (...)»²¹. Jeszcze bardziej rygorystyczny w tym zakresie jest polski sąd konstytucyjny. W wyroku TK z 12 grudnia 2005 r.²², uznając że realizacja ograniczeń wolności i ochrony tajemnicy komunikowania się powinna podlegać kontroli ze strony sądu, stwierdzono: „(...) w demokratycznym państwie prawnym ograniczenia w zakresie wolności i praw – znajdujące uzasadnienie w takich wartościach konstytucyjnych, jak bezpieczeństwo i porządek publiczny – powinny być poddane kontroli sądu. (...) Gwarancyjny charakter kontroli zewnętrznej (...) leży w niezależności i bezstronności organu sprawującego tę kontrolę”. Nieco mniej rygorystyczne stanowisko w omawianej kwestii wyraził TK w wyroku z 30 lipca 2014 r.²³, stwierdzając: „(...) w ustawie ma być uregulowana procedura zarządzania czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi, włączwszy w to powierzenie kompetencji do zarządzania tych czynności, a także badanie ich legalności przez zewnętrzny i niezależny od organów władzy wykonawczej podmiot, najlepiej przez sąd” oraz wskazując na wymóg w postaci kontroli „nad

²¹ L. Garlicki, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka...*, s. 545–546 i przywołane tam orzecznictwo ETPCz.

²² K 32/04, OTK-A 2005, nr 11, poz. 132.

²³ K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

niejawnym pozyskiwaniem informacji o osobach przez niezależny od rządu organ państwa”. Najlepiej, żeby był to sąd, ale nie jest to – zdaniem TK – bezwzględnie konieczne.

Nawet gdyby przyjąć, że kompetencja do udzielania tzw. zgody następcej może być przyznana innemu organowi niż sąd, to organ ten – co bezsporne – musi charakteryzować się określonymi cechami. Mianowicie musi być organem zewnętrznym i niezależnym od organów władzy wykonawczej. Tymczasem prokurator nie spełnia tych cech w sytuacji, gdy naczelnym organem prokuratury jest Prokurator Generalny, który to urząd sprawuje Minister Sprawiedliwości (art. 1 § 2 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze²⁴), a więc organ władzy wykonawczej. Zwłaszcza, że Prokurator Generalny jest przełożonym prokuratorów powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury oraz prokuratorów Instytutu Pamięci Narodowej (art. 13 § 2 Prawa o prokuraturze), a każdy prokurator jest obowiązany wykonywać zarządzenia, wytyczne i polecenia prokuratora przełożonego (art. 7 § 2 Prawa o prokuraturze). Ponadto prokurator przełożony uprawniony jest do zmiany lub uchylecia decyzji prokuratora podległego (art. 8 § 1 Prawa o prokuraturze), a także może przejmować sprawy prowadzone przez prokuratorów podległych i wykonywać ich czynności (art. 9 § 2 Prawa o prokuraturze). Nie bez znaczenia jest również i to, że art. 168b i art. 237a k.p.k. stanowią ogólnie o prokuratorze, bez doprecyzowania o jakiego prokuratora chodzi²⁵. W konsekwencji tzw. zgody następcej może udzielić jakikolwiek prokurator, w tym sam Prokurator Generalny – Minister Sprawiedliwości. Warto przy tym pamiętać, że w orzecznictwie ETPCz, gdzie również eksponowano niezależność i zewnętrżność wobec władzy wykonawczej organu decydującego o inwigilacji, wyraźnie stwierdzono, że nie jest wystarczające, aby decyzję w tym zakresie podejmował prokurator, gdy pozostaje w zależności od władzy wykonawczej²⁶.

Konfrontacja przedstawionego standardu ingerencji w prawo do prywatności, wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się oraz autonomię informacyjną z treścią art. 168b i art. 237a k.p.k. w zakresie, w jakim przepisy te przewidują, że tzw. zgodę następczą na wykorzystanie w postępowaniu karnym dowodu uzyskanego w wyniku prowadzenia kontroli operacyjnej lub procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych wyraża prokurator, zdaje się

²⁴ Dz. U. poz. 177 ze zm.; dalej jako Prawo o prokuraturze.

²⁵ Zob. D. Gruszecka, [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 168b, nb. 2; M. Kurowski, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016*, red. D. Świecki, Warszawa 2016, komentarz do art. 168b, teza 7.

²⁶ Zob. orzeczenie ETPCz z 26 kwietnia 2007 r. w sprawie Dumitru Popescu przeciwko Rumunii, skarga nr 71525/01, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>.

nie pozostawiać wątpliwości, że mamy tu do czynienia z regulacjami niekonstytucyjnymi.

Należy jednak zastrzec, że nie idzie tu o niezgodność art. 237a k.p.k. z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji. O takiej niezgodności nie może być wszak mowy, gdy ustawa przewiduje sądową kontrolę tzw. zgody następczej prokuratora, co ma miejsce w wypadku procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. W myśl art. 240 k.p.k. na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych przysługuje zażalenie, a osoba, której dotyczy to postanowienie, może w zażaleniu domagać się zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. Przy czym wskazany przepis *in fine* wyraźnie stanowi, że: „Zażalenie na postanowienie prokuratora rozpoznaje sąd”. Takie ujęcie art. 240 k.p.k. zdaje się nie pozostawiać wątpliwości, że na postanowienie prokuratora w przedmiocie tzw. zgody następczej przysługuje zażalenie do sądu. Trudno wszak zaprzeczyć, że postanowienie takie mieści się w – użytym w art. 240 k.p.k. – pojęciu „postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych” (w poprzednim stanie prawnym przyjmowano, że postanowienie sądu w przedmiocie tzw. zgody następczej podlega zaskarżeniu w trybie art. 240 k.p.k.²⁷). Omawiane zażalenie, zgodnie z regułą ogólną wyrażoną w art. 460 k.p.k., wnosi się w terminie 7 dni od daty ogłoszenia postanowienia. Należy jednak pamiętać, że art. 239 § 1 i 2 k.p.k. przewiduje możliwość odroczenia ogłoszenia postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych osobie, której ono dotyczy, na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy (w postępowaniu przygotowawczym – nie później niż do czasu zakończenia tego postępowania).

Z inną sytuacją mamy natomiast do czynienia w wypadku kontroli operacyjnej. Mianowicie w jej ramach nie przewidziano zaskarżalności tzw. zgody następczej prokuratora²⁸. To zaś oznacza naruszenie przez art. 168b k.p.k. standardu wynikającego z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

9. Po trzecie, w poprzednim stanie prawnym procedura udzielania tzw. zgody następczej miała swoje limitacje temporalne. Mianowicie, jak już była o tym mowa, w wypadku kontroli operacyjnej wnioski o udzielenie takiej zgody prokurator kierował do sądu nie później niż w ciągu miesiąca od dnia otrzymania materiałów zgromadzonych podczas stosowania kontroli operacyjnej, prze-

²⁷ Zob. np. S. Steinborn, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, LEX/el. 2016, komentarz do art. 240, teza 1; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, Warszawa 2014, komentarz do art. 240, teza 1.

²⁸ Zob. D. Gruszecka, [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 168b, nb. 2.

kazanych mu przez organ Policji (Straży Granicznej, Generalnego Inspektora Kontroli Skarbowej, Żandarmerii Wojskowej, szefa ABW, szefa SKW, szefa CBA) niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 miesięcy od dnia zakończenia tej kontroli (zob. nieobowiązujące art. 19 ust. 15d ustawy o Policji, art. 9e ust. 16d ustawy o SG, art. 36d ust. 1d u.k.s., art. 31 ust. 16d ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15d ustawy o ABW, art. 31 ust. 14d ustawy o SKW, art. 17 ust. 15d ustawy o CBA). Z kolei sąd wydawał stosowne postanowienie w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku przez prokuratora (zob. nieobowiązujące art. 19 ust. 15e ustawy o Policji, art. 9e ust. 16e ustawy o SG, art. 36d ust. 1e u.k.s., art. 31 ust. 16e ustawy o ŻW, art. 27 ust. 15e ustawy o ABW, art. 31 ust. 14e ustawy o SKW, art. 17 ust. 15e ustawy o CBA). Analogicznie miała się rzecz w wypadku procesowej kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych. Otóż, jak już wspomniano wcześniej, wniosek o udzielenie tzw. zgody następcej prokurator kierował do sądu w czasie trwania kontroli albo nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia jej zakończenia. Z kolei sąd wydawał stosowne postanowienie w terminie 14 dni (art. 237a k.p.k. w pierwotnym brzmieniu). Istotne jest przy tym to, że dwumiesięczny termin na wystąpienie z wnioskiem o udzielenie tzw. zgody następcej był traktowany jako termin o charakterze stanowczym, co oznaczało, iż po jego upływie wystąpienie z owym wnioskiem nie było dopuszczalne. Spóźniony wniosek należało pozostawić bez rozpoznania²⁹. Dla porządku należy dodać, że z kolei czternastodniowy termin na wydanie przez sąd postanowienia był interpretowany jako termin instrukcyjny³⁰.

Obecnie zaś art. 168b i art. 237a k.p.k. nie przewidują żadnych ograniczeń czasowych odnoszących się do udzielania tzw. zgody następcej, stanowiąc ogólnie, że „prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym”. W związku z tym, jak zauważa się w doktrynie, „wyrażanie zgody następcej przez prokuratora nie jest ograniczone żadnym terminem, jak też nie przewidziano żadnych granic temporalnych wykorzystania i przechowywania uzyskanych informacji”³¹.

Tymczasem, jak przyjmuje TK, „jednostka na podstawie przepisu ustawy powinna wiedzieć, kto oraz w jakim zakresie (...) czasowym jest uprawniony do niejawnej ingerencji w szeroko rozumianą sferę prywatności”, a „ustawa musi precyzyjnie wskazywać zakres wykorzystania danych pozyskanych w toku

²⁹ Zob. np. S. Steinborn, [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 237a, teza 4 wraz z przywołaną tam literaturą.

³⁰ Zob. np. S. Steinborn, [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 237a, teza 5 wraz z przywołaną tam literaturą.

³¹ D. Gruszecka, [w:] *Kodeks postępowania karnego...*, komentarz do art. 168b, nb. 2. Zob. również S. Brzozowski, *Wykorzystywanie dowodów...*, s. 24–25.

czynności operacyjno-rozpoznawczych, a zwłaszcza wykorzystanie ich w procesie karnym jako materiałów dowodowych”³². Zdaniem TK: „(...) ustawa ma precyzować maksymalny czas prowadzenia niejawnych czynności, po upływie którego dalsze ich prowadzenie jest już niedopuszczalne (...) Termin ten ma określić ustawodawca tak, aby umożliwił osiągnięcie konstytucyjnie uzasadnionego celu. Nie może być to jednak termin ani nadmiernie długi, ani zbyt krótki, który nie pozwala na efektywną pracę operacyjno-rozpoznawczą. Ustawodawca musi mieć także na uwadze, że w demokratycznym państwie prawa nie jest dopuszczalne – nawet za zgodą sądu i w sytuacji podejrzenia popełnienia nawet poważnych przestępstw – prowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych bezterminowo, choćby miało się to wiązać z bezpowrotną utratą dowodów”³³. Z kolei w orzecznictwie ETPCz kontestuje się takie systemy normatywne, gdzie nie ogranicza się „starości” przechowywanych informacji oraz okresu, przez który informacje mogą być przechowywane³⁴.

Przepisy art. 168b i art. 237a k.p.k. nie czynią zadość powyższemu standardowi ingerencji w prawo do prywatności, wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się oraz autonomię informacyjną. Wszak *de lege lata* prokurator w sposób nieograniczony czasowo może udzielić tzw. zgody następczej i podjąć w ten sposób decyzję o wykorzystaniu dowodu w postępowaniu karnym. To zaś implikuje nielimitowane temporalnie przechowywanie uzyskanych informacji oraz nielimitowaną temporalnie możliwość korzystania z nich. Należy przy tym pamiętać, na co już wskazywano, że ingerencja władzy publicznej w sferę prywatności i tajemnicy komunikowania się to nie tylko „pozyskanie przez władze publiczne danych o jednostce po raz pierwszy”, gdyż: „Ochrona prawa do prywatności i tajemnicy komunikowania się rozciąga się (...) na cały proces pozyskiwania, gromadzenia, przechowywania oraz przetwarzania (w tym analizowania i porównywania) informacji o jednostkach”³⁵. Zatem z ingerencją w prawo do prywatności czy też w autonomię informacyjną jednostki mamy do czynienia nie tylko wówczas, gdy służby pozyskują czy też udostępniają określone dane dotyczące jednostki, lecz również wtedy, gdy dane takie przechowują³⁶. Dlatego też nie powinno ulegać wątpliwości, że określony sposób postępowania z takimi przechowywanymi informacjami „należy do warunków istotnych, z punktu widzenia ochrony prawa do prywatności i autonomii informacji oraz wolności

³² Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

³³ Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

³⁴ Zob. orzeczenie ETPCz z 4 maja 2000 r. w sprawie Rotaru przeciwko Rumunii, skarga nr 28341/95, <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/hudoc>.

³⁵ Wyrok TK z 30 lipca 2014 r., K 23/11, OTK-A 2014, nr 7, poz. 80.

³⁶ Zob. np. wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 64.

komunikowania się, a także zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa”³⁷.

10. Wszystkie poczynione wyżej rozważania upoważniają do wyrażenia daleko idących wątpliwości co do zgodności art. 168b i art. 237a k.p.k. z art. 47, art. 49, art. 51 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, jak również art. 168b k.p.k. z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji.

³⁷ Wyrok TK z 20 czerwca 2005 r., K 4/04, OTK-A 2005, nr 6, poz. 64.

THE INSTITUTION OF THE SO-CALLED EX POST FACTO
CONSENT AFTER THE AMENDMENT OF 11 MARCH 2016
IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL
AND CONVENTIONAL STANDARDS

The Act of 11 March 2016 amending the Code of Criminal Procedure and some other acts (Official Journal of Laws, item 437 as amended) introduced to the system of law Article 168b of the Code of Criminal Procedure and changed Article 237a of the Code of Criminal Procedure. These rules regulate the institution of the so-called ex post facto consent. The following paper analyzes Article 168b and Article 237a of the Code of Criminal Procedure in the light of standards stemming from the Constitution of the Republic of Poland and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. This analysis first of all revealed that there are serious doubts as to the compatibility of Article 168b and Article 237a of the Code of Criminal Procedure with Article 47, Article 49, Article 51 (2) in conjunction with Article 31 (3) of the Constitution of the Republic of Poland.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (211) 2017
Warszawa 2017

Grażyna Baranowska, Anna Hernandez-Potczyńska ■

PROCEDURY SPECJALNE A ROZBUDOWA UNIWERSALNEGO SYSTEMU OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

1. Uwagi wprowadzające

Uniwersalny system ochrony praw człowieka działający w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych ulega stałemu rozbudowywaniu. Przyjmowane są nowe deklaracje i traktaty oraz tworzone nowe organy i mechanizmy ochrony praw człowieka, co jest związane z szerszym zagadnieniem tzw. proliferacji praw człowieka. Coraz więcej zjawisk włączanych jest do problematyki praw człowieka, co z jednej strony pozwala na wzmocnienie ochrony np. osób należących do dyskryminowanych grup, a z drugiej krytykowane jest jako rozmywające utrwalone pojęcia i w konsekwencji osłabiające ochronę praw człowieka¹. Ustanawianie nowych instrumentów i organów ochrony praw człowieka może być odpowiedzią na potrzeby ofiar naruszeń artykułowane m.in. przez organizacje pozarządowe, bywa też jednak wynikiem działań państw podejmowanych w ramach określonej agendy politycznej². Wielu członków ONZ buduje swój mniej

¹ Na potrzebę rozszerzania katalogu praw człowieka wskazano m.in. [w:] C. Bob (red.) *The International Struggle for New Human Rights*, University of Pennsylvania Press, 2009. Krytycznie na temat proliferacji praw człowieka zob. m.in. J. Mchangama, G. Verdirame, *Human Rights Inflation*, <http://www.freedomrights.info/wp-content/uploads/2013/07/HR-Inflation.pdf> [dostęp: 29.03.2017].

² Zob. m.in. analiza związków między ustrojem politycznym państwa a jego poparciem dla określonych mandatów specjalnych procedur w R. Freedman, J. Mchangama, *Expanding or Diluting Human Rights?: The Proliferation of United Nations Special Procedures Mandates*, *Human Rights Quarterly* 2016, nr 38, s. 164–193.

lub bardziej wiarygodny wizerunek „przyjaciela” praw człowieka poprzez wspieranie inicjatyw związanych z ochroną praw, takich jak przyjęcie deklaracji czy utworzenie mandatu monitorującego przestrzeganie praw człowieka³.

Procedury specjalne Rady Praw Człowieka ONZ są nazwą stosowaną do mandatów krajowych i tematycznych ustanawianych przez Radę, a wcześniej Komisję Praw Człowieka⁴, pełnionych przez niezależnych ekspertów działających najczęściej jako specjaliści sprawozdawcy lub członkowie pięcioosobowych grup roboczych. Do funkcji procedur specjalnych należy m.in. monitorowanie stanu przestrzegania praw człowieka poprzez przeprowadzanie wizyt krajowych, interweniowanie w sprawach indywidualnych, badanie problemów ochrony praw człowieka, kształtowanie standardów ochrony praw człowieka oraz promowanie praw człowieka⁵.

Z dwóch powodów mechanizm ten stanowi doskonały przykład rozbudowy uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka. Po pierwsze, zbiór mandatów procedur specjalnych jest coraz liczniejszy. Od 2007 roku corocznie tworzony jest przynajmniej jeden nowy mandat. Po drugie, przedmiotem mandatów są często prawa czy problemy praw człowieka, którymi zajmują się już organy traktatowe lub odwrotnie – powstaje komitet monitorujący implementację traktatu, a wcześniejszy mandat procedur specjalnych dotyczący tego samego zjawiska nadal funkcjonuje. Pozwala to na podjęcie rozważań o konkurencyjności i współdziałaniu pomiędzy mechanizmami opartymi na traktatach praw człowieka (*treaty-based*) oraz na Karcie Narodów Zjednoczonych (*Charter-based*).

W niniejszym artykule dokonana zostanie analiza oraz ocena zjawiska rozbudowy uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka na przykładzie procedur specjalnych w dwóch wskazanych w poprzednim akapicie wymiarach. Przedmiotem rozważań będzie więc zarówno wzrost liczby mandatów specjalnych procedur, jak i przypadki pokrywania się kompetencji specjalnych procedur oraz organów traktatowych.

³ Znamienny jest tu przykład Kuby, która zgłosiła najwięcej projektów rezolucji tworzących nowe mandaty procedur specjalnych.

⁴ Komisja Praw Człowieka działała od 1946 roku jako organ pomocniczy Rady Gospodarczej i Społecznej. Po rozwiązaniu Komisji w 2006 r., utworzono w jej miejsce Radę Praw Człowieka, która jest organem pomocniczym Zgromadzenia Ogólnego ONZ.

⁵ Zob. A. Polczyńska, *Rola specjalnych procedur Rady Praw Człowieka ONZ*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Uniwersalne standardy ochrony praw człowieka a funkcjonowanie systemów politycznych w dobie wyzwań globalnych*, Toruń 2016.

2. Wzrost liczby mandatów procedur specjalnych

Geneza procedur specjalnych sięga drugiej połowy lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku, kiedy to przez ówczesną Komisję Praw Człowieka utworzony został pierwszy mandat – Grupa Robocza ds. Południowej Afryki⁶. Obecnie, po pięćdziesięciu latach od tego wydarzenia działa ponad pięćdziesiąt mandatów specjalnych procedur: 43 mandaty tematyczne oraz 13 mandatów krajowych⁷. Tylko w ciągu 10 lat działania Rady Praw Człowieka powstały 23 nowe mandaty.⁸ Ustanawiane są one wprawdzie tylko na 3 lata (tematyczne) lub rok (krajowe), jednak w praktyce zdecydowana większość jest przedłużana. W przypadku mandatów tematycznych wszystkie ustanowione kiedykolwiek przez Komisję lub Radę działają do tej pory, z wyjątkiem dwóch mandatów, które w 2000 r. zostały połączone w jeden⁹. Przedłużanie mandatu dokonywane jest więc w zasadzie automatycznie i nie towarzyszy mu pogłębiona analiza efektywności i dalszej potrzeby działania danej procedury.

Przedmiotem analizy będą mandaty tematyczne, ponieważ to ich liczba gwałtownie wzrosła na przestrzeni lat. Globalny zasięg działania mandatów tematycznych sprawia, iż każde państwo może być przedmiotem zainteresowania ich piastunów. Jednocześnie sam fakt utworzenia mandatu nie eksponuje żadnego państwa jako naruszydiciela praw człowieka. Z tego względu, propozycje powołania nowych mandatów tematycznych spotykają się z szeroką akceptacją wśród państw będących członkami Rady Praw Człowieka¹⁰. Ustanowienie mandatu krajowego, zwłaszcza specjalnego sprawozdawcy koncentrującego się na monitorowaniu naruszeń praw człowieka (w przeciwieństwie do niezależnego

⁶ Rezolucja nr 2 (XXIII) Komisji Praw Człowieka z 6.03.1967, E/4322.

⁷ Aktualna lista mandatów tematycznych i krajowych znajduje się na stronie Biura Wysokiego Komisarza ds. Praw Człowieka, www.ohchr.org [dostęp: 25.03.2017 r.].

⁸ M. Limon i T. Piccone wskazują, iż przy utrzymaniu się obecnych tendencji, liczba mandatów w ciągu najbliższych 15 lat przekroczy 100. M. Limon, T. Piccone, *Human rights special procedures: determinants of influence. Understanding and strengthening the effectiveness of the UN's independent human rights experts – policy report*, Universal Rights Group 2014, s. 8.

⁹ Mandaty Niezależnego Eksperta ds. dostosowawczych polityk strukturalnych oraz Specjalnego Sprawozdawcy ds. skutków długu zagranicznego dla pełnego korzystania z praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych połączono w mandat Niezależnego Eksperta do spraw wpływu długu zagranicznego i innych powiązanych zobowiązań finansowych państw na pełne korzystanie z wszystkich praw człowieka, w szczególności praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych.

¹⁰ Rada składa się z 47 państw członkowskich wybieranych przez Zgromadzenie Ogólne ONZ. Polska była członkiem Rady Praw Człowieka od 19.06.2006 r. do 18.06.2007 r. oraz od 19.06.2010 do 31.12.2013 r.

eksperta spełniającego raczej funkcje doradcze)¹¹ budzi natomiast opór państw, które miałyby stać się ich przedmiotem.

Tworzenie mandatów specjalnych procedur dla kolejnych problemów z zakresu praw człowieka prowadzi nieuchronnie do zazębiania się ich zakresu kompetencji. Wynika to m.in. ze współzależności praw człowieka. Co więcej, naruszenia praw stanowiących przedmiot mandatów często dotyczą osoby należące do grup, dla spraw których powstały odrębne mandaty.

Dobrym przykładem wzajemnego przenikania się zakresów działań ekspertów specjalnych procedur jest sprawa popularnej wietnamskiej blogerki i aktywistki na rzecz praw człowieka aresztowanej w związku z zarzutem szerzenia propagandy antyrządowej poprzez notatki publikowane na blogu. Krytyka rządu dotyczyła braku dbałości o ochronę środowiska skutkującego naruszeniami praw człowieka, m.in. zanieczyszczenia wód toksycznymi chemikaliami. Jeszcze przed aresztowaniem działaczka była prześladowana przez władze państwa, uniemożliwiano jej podróże oraz udział w pokojowych zgromadzeniach. W sprawie tej oświadczenie wzywające wietnamski rząd do uwolnienia kobiety wydało wspólnie pięciu specjalnych sprawozdawców do spraw: zobowiązań z zakresu praw człowieka związanych z korzystaniem z bezpiecznego, czystego, zdrowego i zrównoważonego środowiska; wpływu ekologicznie racjonalnego zarządzania i usuwania niebezpiecznych substancji i odpadów na prawa człowieka; prawa do wolności pokojowego zgromadzania się i zrzeszania; promocji i ochrony prawa do wolności opinii i ekspresji oraz sytuacji obrońców praw człowieka¹². Przedstawiony wyżej zarys okoliczności faktycznych pozwala stwierdzić, iż w istocie przypadek ten znajdował się w obszarze zainteresowań wszystkich tych ekspertów. Można zaryzykować stwierdzenie, iż bardzo niewiele naruszeń praw człowieka wchodziłoby w zakres tematyczny tylko jednego mandatu. Z tego względu szczególne znaczenie ma wzmacnianie współpracy pomiędzy ekspertami specjalnych procedur, tak aby nie konkurowali oni ze sobą, ale wspierali i dzielili się swoją wiedzą i doświadczeniem z innymi piastunami mandatów, tak jak w opisaney wyżej sprawie wietnamskiej blogerki.

Wzrost liczby mandatów jest zarówno jednym z największych osiągnięć, jak i wyzwaniem dla funkcjonowania specjalnych procedur. Niewątpliwą zaletą tego zjawiska jest to, iż coraz więcej praw człowieka, podmiotów szczególnie narażonych na naruszenia oraz problemów związanych z ochroną praw człowieka stanowi przedmiot odrębnego mandatu. Specjalne procedury stają się też dzięki

¹¹ Więcej na temat form mandatów: M. Limon, T. Piccone, op. cit, s. 17.

¹² Oświadczenie prasowe z 8 marca 2017 r. <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21318&LangID=E#sthash.eydTRIGa.dpuf> [dostęp: 24.03.2017].

temu coraz bardziej wyspecjalizowanym mechanizmem w wielu dziedzinach. Nie wszystkie mandaty powstały jednak z intencją rzeczywistego wzmocnienia systemu ochrony praw człowieka. W niektórych przypadkach zasadne są podejrzenia, iż państwa patronujące ustanowieniu niektórych mandatów – o trudnym do zdefiniowania przedmiocie i niejasnym zakresie kompetencji – dążyły wręcz do umniejszenia znaczenia procedur specjalnych. Uwagi te odnoszą się przede wszystkim do mandatów Niezależnego Eksperta ds. praw człowieka i międzynarodowej solidarności oraz Niezależnego Eksperta ds. promocji demokratycznego i zrównoważonego porządku międzynarodowego – w obu przypadkach patronem rezolucji była Kuba. Próba zniesienia czy też nieodnawiania takich mandatów wiąże się jednak z ryzykiem, iż w odwecie państwa niezadowolone nie zgodzą się na przedłużenie działania innych mandatów¹³.

Oczywistą konsekwencją wzrostu liczby mandatów jest coraz więcej działań podejmowanych w ramach specjalnych procedur. W 2016 r. przeprowadzono 96 wizyt krajowych do 65 krajów, przesłano ponad 500 zawiadomień do rządów państw dotyczących podejrzeń naruszeń praw człowieka oraz opracowano ponad 130 sprawozdań przedstawianych Radzie Praw Człowieka¹⁴. W odniesieniu do sprawozdań można postawić pytanie o realną możliwość zapoznania się z nimi przez państwa i tym samym ich wpływ na działania podejmowane przez Radę.

Wzrastająca liczba mandatów pociągnęła za sobą podjęcie kroków mających na celu usprawnienie koordynacji działań poszczególnych ekspertów i podniesienie poziomu współpracy pomiędzy nimi. Coraz częściej zawiadomienia do państw lub – jak w opisanym wyżej przypadku – oświadczenia prasowe wydawane są przez piastunów wielu mandatów. Podejmowanie wspólnych działań wiąże się jednak z koniecznością uzgodnienia stanowiska pomiędzy grupą ekspertów, a to niesie ze sobą ryzyko opóźnień podjęcia działań i uniemożliwiania szybkiej reakcji na pewne zjawiska.

Podstawowym wyzwaniem związanym z rozrostem procedur specjalnych jest brak odpowiednich środków finansowych oraz obsługi administracyjnej dla tak rozbudowanego systemu¹⁵. Nakłady na działalność specjalnych procedur nie

¹³ Zob. R. Freedman, J. Mchangama, op. cit. Autorzy artykułu prezentują wyniki badań polegających na analizie głosowań w Radzie Praw Człowieka nad utworzeniem mandatów specjalnych procedur.

¹⁴ *Facts and figures with regard to the special procedures in 2016*, A/HRC/34/34/Add.1., s. 3.

¹⁵ Zob. M. Limon, T. Piccone, op. cit., s. 20–22. Na problem braku dostatecznych środków zwracają też uwagę sami piastuni mandatów w czasie swoich dorocznych spotkań: *Report on the twenty-first annual meeting of special rapporteurs/representatives, independent experts and working groups of the special procedures of the Human Rights Council, including updated information on the special procedures*, 29.01.2015, A/HRC/28/41, par. 52–55.

rosną proporcjonalnie do wzrostu ich liczby, co oznacza mniejsze wsparcie dla poszczególnego mandatu. Brak środków uniemożliwia też prowadzenie systematycznej kontroli wykonywania zaleceń procedur specjalnych.

Rozbudowę procedur specjalnych trudno ocenić jednoznacznie. Kolejne mandaty mogą wypełnić istotne luki w systemie ochrony praw człowieka i tym samym korzystnie wpłynąć na jego działanie. Utworzenie nowego mandatu spotyka się też zazwyczaj z aprobatą zainteresowanych organizacji społeczeństwa obywatelskiego¹⁶. Zjawiska tego nie można jednak analizować w oderwaniu od praktycznej strony funkcjonowania mechanizmu. Bez odpowiedniego wsparcia – finansowego, administracyjnego i merytorycznego – eksperci nie będą w stanie skutecznie wypełniać nałożonych na nich zadań. Utrzymanie obecnego znaczenia procedur specjalnych lub, co szczególnie pożądane, zwiększenie go w przyszłości wymaga ograniczenia powoływania nowych mandatów. W przeciwnym razie, nieracjonalnie rozbudowany system procedur specjalnych będzie niewydolny i zmniejszy swój wpływ na przestrzeganie praw człowieka.

3. Procedury specjalne a organy traktatowe

Jak wskazano wyżej, przedmiotem mandatów procedur specjalnych są często prawa czy problemy praw człowieka, którymi zajmują się już tzw. organy traktatowe. Są to komitety powołane do monitorowania stanu realizacji poszczególnych konwencji ONZ z dziedziny praw człowieka¹⁷. Zakres przedmiotowy wszystkich organów traktatowych pokrywa się w jakimś aspekcie z procedurami specjalnymi, lecz nie funkcjonuje jeden model ich powstawania i współpracy. W niektórych wypadkach najpierw została powołana procedura specjalna¹⁸,

¹⁶ Zob. m.in. listę organizacji popierających utworzenie mandatu Niezależnego Eksperta do spraw ochrony przed przemocą i dyskryminacją z uwagi na orientację seksualną i tożsamość płciową zamieszczoną na stronie Human Rights Watch: <https://www.hrw.org/news/2016/06/30/un-makes-history-sexual-orientation-gender-identity> [dostęp: 30.03.2017].

¹⁷ Obecnie działa 10 organów traktatowych, tj.: Komitet Praw Człowieka, Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, Komitet do spraw Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, Komitet do spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet, Komitet Praw Dziecka, Komitet przeciwko Torturom, Podkomitet do spraw Prewencji, Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych, Komitet do spraw Ochrony Praw Wszystkich Pracowników Migrujących i Członków ich Rodzin, Komitet do spraw Wymuszonych Zaginięć. Więcej na temat funkcjonowania systemu organów traktatowych zob. R. Wieruszewski (red.), *Mechanizmy ochrony praw człowieka w ramach ONZ – analiza systemowa*, Warszawa 2017.

¹⁸ Np. Komitet ds. Wymuszonych Zaginięć i Grupa Robocza ds. wymuszonych i przymusowych zaginięć. W tym wypadku istnienie procedury specjalnej było podnoszone w negocjacjach nad Konwencją dla uzasadnienia, iż nie ma konieczności powołania or-

w innych organ traktatowy¹⁹, a w jeszcze innych dochodziło do tego niemal równolegle²⁰. Ponadto niekiedy funkcjonująca procedura specjalna i organ traktatowy zostały powołane dla ochrony tej samej grupy praw, tak jak w przypadku Komitetu Praw Osób Niepełnosprawnych oraz Specjalnego Sprawozdawcy ds. praw osób z niepełnosprawnościami²¹. W innych sytuacjach procedura specjalna odnosi się tylko do jednego z elementów, którymi zajmuje się organ traktatowy, np. Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych oraz Specjalny Sprawozdawca w dziedzinie praw kulturalnych. Te różnice znajdują swoje odzwierciedlenie w ukształtowaniu zakresu mandatu oraz relacji poszczególnych procedur z organami traktatowymi. Analiza kilku przykładów pozwala jednak na wyciągnięcie wniosków dla całego systemu.

Typowym uprawnieniem procedur specjalnych jest możliwość przeprowadzania wizyt krajowych. Nie jest to tak częste w wypadku organów traktatowych, których wizyty są najczęściej związane z podejrzeniem występowania poważnych lub systematycznych naruszeń praw zawartych w poszczególnych konwencjach²². Należy podkreślić, że między wizytami przeprowadzanymi przez

ganu traktatowego, zob. G. Baranowska, *Kształtowanie się międzynarodowych standardów prawnych w zakresie zapobiegania i reagowania na wymuszone zaginięcia*, Studia Prawnicze 2016, nr 1 (205), s. 87–88.

¹⁹ Np. Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej (Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej weszła w życie w 1969 r.) i Specjalny Sprawozdawca ds. współczesnych form rasizmu, dyskryminacji rasowej, ksenofobii oraz związanej z nimi nietolerancji (Rezolucja Komisji Praw Człowieka ONZ E/CN.4/RES/1993/20).

²⁰ Np. Specjalny Sprawozdawca ds. tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania został powołany do życia rok po przyjęciu Konwencji w Sprawie Zakazu Stosowania Tortur oraz Innego Okrutnego, Niehumanitarnego lub Poniżającego Traktowania albo Karania i dwa lata przed jej wejściem w życie, Rezolucja Komisji Praw Człowieka ONZ 1985/33, par. 1.

²¹ W rozdziale posługujemy się oficjalnym polskim tłumaczeniem Konwencji (Dz. U. z 1012 r., poz. 1169), stąd nieznaczna różnica w nazwie – „osoby niepełnosprawne” oraz „osoby z niepełnosprawnością”. Niemniej oryginalne „persons with disabilities” należałoby przetłumaczyć jako „osoby z niepełnosprawnościami”. W angielskiej wersji nazwa komitetu i specjalnego sprawozdawcy jest prawie jednakowa: Committee on the Rights of Persons with Disabilities oraz Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities.

²² Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet może przeprowadzić wizyty w ramach procedury tak zwanego postępowania wyjaśniającego na mocy art. 8 Protokołu Fakultatywnego do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet; Komitet Przeciwko Torturom może przeprowadzić wizyty w ramach dochodzenia w sprawie informacji o systematycznym stosowaniu tortur na terytorium państw-stron (art. 20 Konwencji w Sprawie Zakazu Stosowania Tortur oraz Innego Okrutnego, Niehumanitarnego lub Poniżającego Traktowania albo Karania); Komitet Praw Dziecka może przeprowa-

organy traktatowe oraz procedury specjalne występują istotne różnice. Przykładowo Komitet Przeciwno Torturom może przeprowadzać wizyty krajowe, jeśli otrzyma wiarygodną informację o systematycznym stosowaniu tortur na terytorium państwa-strony i tylko w celu zbadania tych informacji oraz przedłożenia swoich uwag²³. Z kolei Specjalny Sprawozdawca ds. tortur i innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania może wizytę odbyć z własnej inicjatywy i nie jest konieczne wystąpienie systematycznego naruszenia zakazu stosowania tortur. Nie jest on ograniczony ratyfikacjami konwencji i może w związku z tym przeprowadzać wizyty we wszystkich krajach świata. Mimo tych różnic uznano, iż z praktycznych względów byłoby niepożądane, gdyby wizyty przeprowadzone przez oba mechanizmy odbyły się jednocześnie lub w zbliżonym czasie. W 1998 r. przyjęto zasadę, zgodnie z którą, kiedy Komitet Przeciwno Torturom przeprowadza dochodzenie w związku z sytuacją w jednym z państw-stron Konwencji, Specjalny Sprawozdawca ds. tortur i innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania nie podejmuje działań w tej sprawie²⁴. Nie jest to jednak praktyka przyjęta przez wszystkie organy traktatowe i procedury specjalne, przykładowo podobne kompetencje mają Grupa Robocza ds. wymuszonych i przymusowych zaginięć oraz Komitet ds. Wymuszonych Zaginięć, które nie zdecydowały się na takie rozwiązania. Członkowie Grupy Roboczej i Komitetu omawiają wizyty podczas dorocznych zamkniętych spotkań obu organów²⁵ i podjęli jedynie decyzję o koordynacji wizyt²⁶.

dzić wizyty krajowe w ramach procedury dochodzeniowej zawartej w Protokole z 2011 r., a ponadto przeprowadza on nieformalne wizyty w państwach-stronach (zob. np. *Report of the Committee of the Rights of the Child, General Assembly Official Records, Sixty-ninth session, Supplement No. 41, pkt. 17, s. 6*); Komitet ds. Wymuszonych Zaginięć przeprowadza je na podstawie art. 33 Konwencji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonym zaginięciem). Wizyty przeprowadza też Podkomitet ds. Prewencji – są one jedną z jego podstawowych zadań (zob. art. 1 Protokołu fakultatywnego do Konwencji w Sprawie Zakazu Stosowania Tortur oraz Innego Okrutnego, Niehumanitarnego lub Poniżającego Traktowania albo Karania).

²³ Art. 20 ust. 1 Konwencji w Sprawie Zakazu Stosowania Tortur oraz Innego Okrutnego, Niehumanitarnego lub Poniżającego Traktowania albo Karania, więcej na temat art. 20 Konwencji zob. M. Nowak, E. McArthur (red.), *The United Nations Convention Against Torture. A Commentary*, Oxford 2008, s. 659–699.

²⁴ C. Ingelse, *The Committee Against Torture: One Step Forward, One Step Back*, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2000, nr 18/3, s. 315–316.

²⁵ Sprawozdanie z 1 i 2 sesji Komitetu ds. Wymuszonych Zaginięć, par. 25–26; Sprawozdanie z 3 i 4 sesji Komitetu ds. Wymuszonych Zaginięć, par. 19–20; Sprawozdanie z 5 i 6 sesji Komitetu ds. Wymuszonych Zaginięć, par. 26–27.

²⁶ Więcej na temat porównania kompetencji Komitetu, Grupy Roboczej ds. Wymuszonych i Przymusowych Zaginięć oraz Komitetu Przeciwno Torturom zob. G. Baranowska, *Komitet ds. Wymuszonych Zaginięć ONZ – uniwersalna ochrona przed wymuszo-*

Inną kompetencją, którą posiada liczna grupa procedur specjalnych, jest możliwość przekazywania do niej zawiadomień o podejrzeniu naruszeń praw człowieka. Np. mandat Specjalnego Sprawozdawcy ds. pozasądowych, doraźnych i arbitralnych egzekucji obejmuje przekazywanie państwu otrzymanych zawiadomień, w których zarzuca się państwu popełnienie tego typu egzekucji²⁷. Organy traktatowe posiadają z kolei możliwość rozpatrywania tzw. „skarg indywidualnych” (ang. *individual communication*)²⁸, które tak jak zawiadomienia przesyłane procedurom specjalnym dotyczą naruszenia praw człowieka przez określone państwo oraz są składane indywidualnie przez ofiary naruszenia bądź też inne osoby upoważnione. Celem skarg do organów traktatowych jest ustalenie, czy została naruszona konwencja, podczas gdy zawiadomienia indywidualne do procedur specjalnych mają na celu pomoc ofiarom naruszeń praw człowieka. Przykładowo w wypadku zawiadomień do Specjalnego Sprawozdawcy ds. pozasądowych, masowych i arbitralnych egzekucji, podejmuje on działania w celu ochrony życia osób, których dotyczyło zawiadomienie. Z kolei jeśli ta sama sytuacja zostanie zgłoszona do Komitetu Praw Człowieka, to ten analizuje, czy naruszono Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych²⁹. Wyjątkiem jest Grupa Robocza ds. arbitralnego zatrzymania, która w przedstawianych jej sprawach podejmuje decyzje, czy określone zatrzymanie należy uznać za arbitralne³⁰. Również i ta forma różni się jednak od skargi indywidualnej do organów traktatowych, ponieważ nie dochodzi do stwierdzenia, czy została naruszona umowa międzynarodowa.

Mandaty procedur specjalnych są formułowane bardzo szeroko³¹ i osoby je sprawujące mają duże możliwości samodzielnego decydowania o swoim zakresie

nymi zaginięciami?, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Systemy ochrony praw człowieka: europejski i azjatyckie*, Tom 1, Toruń 2016, s. 349–356.

²⁷ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Executions/Pages/ModelQuestionnaire.aspx>, [dostęp: 30.03.2017].

²⁸ Oficjalne tłumaczenie to „zawiadomienia indywidualne”, niemniej w rozdziale posługujemy się terminologią zbliżoną do sądowej. Wynika to z tego, że naszym zdaniem w języku polskim ta terminologia lepiej oddaje charakter tej instytucji, zob. również R. Wieruszewski (red.), *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych). Komentarz*, Warszawa 2012, s. 754.

²⁹ Komitet Praw Człowieka posiada kompetencje do rozpatrywania skarg indywidualnych na podstawie Pierwszego Protokołu Fakultatywnego do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Więcej na temat protokołu zob. np. R. Wieruszewski, [w:] R. Wieruszewski (red.), *Międzynarodowy Pakt...*, Warszawa 2012, s. 748–766.

³⁰ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/Complaints.aspx> [dostęp: 30.03.2017].

³¹ Zob. np. mandat Specjalnego Sprawozdawcy ds. praw do edukacji, Rezolucja Komisji Praw Człowieka 1998/33, par. 6 (a).

działania. Przykładowo podstawowym zadaniem Grupy Roboczej ds. wymuszonych i przymusowych zaginięć jest pomoc rodzinom w ustalaniu losu lub miejsca pobytu członków rodzin, których zaginięcie zgłoszono. To od jej członków zależy jednak sposób, w jaki wykonują to zadanie. Do 2012 r. wykluczone było badanie zaginięć, do których doszło w trakcie międzynarodowego konfliktu zbrojnego, a obecnie również takie zawiadomienia są rozpatrywane³². Ponadto przez pierwsze trzydzieści lat funkcjonowania Grupy Roboczej ds. wymuszonych i przymusowych zaginięć nie przyjmowano zawiadomień dotyczących zaginięć, do których doszło przed 1945 rokiem, a obecnie nie ma w tym zakresie żadnych ograniczeń³³. Są to niezwykle ważne zmiany, które w sposób kluczowy wpływają na to, jakie zawiadomienia są rozpatrywane – przy czym decyzja o wprowadzeniu tych zmian jest podejmowana przez ekspertów Grupy Roboczej na zamkniętym spotkaniu i nie musi nawet zostać ogłoszona. Dla organów traktatowych zmiany te mogą mieć istotne znaczenie, ponieważ w sytuacji zbliżonych kompetencji biorą one pod uwagę szczegółowe regulacje, decydując o tym, w jaki sposób współpracować z procedurami specjalnymi³⁴. Jest to zatem element, który utrudnia harmonijne współdziałanie procedur specjalnych i organów traktatowych.

Należy zatem podkreślić, iż kompetencje organów traktatowych i procedur specjalnych się zazębiają, ale funkcjonują one co do zasady komplementarnie. Brak współpracy między nimi może jednak doprowadzić do konkurowania i powielania się wykonywanych przez nich zadań, szczególnie biorąc pod uwagę znaczny stopień dowolności w sposobie wykonywania mandatu procedur specjalnych.

³² Obecnie metody pracy nie wykluczają przyjęcia takich zgłoszeń, zob. Metody Pracy Grupy Roboczej ds. Wymuszonych i Przymusowych Zaginięć, A/HRC/WGEID/102/2.

³³ Jest to niepisana praktyka przyjęta przez Grupę Roboczą przed wizytą w Hiszpanii (wrzesień 2013 r.). Informacja uzyskana od Ariela Dulitzkiego dnia 22 września 2015 r.

³⁴ Przykładowo sprawy rozpatrywane przez Grupę Roboczą ds. wymuszonych i przymusowych zaginięć w ramach tak zwanej procedury „pilnego zawiadomienia” są odrzucane przez Komitet ds. Wymuszonych Zaginięć, jeśli zostaną zgłoszone jako wnioski o wszczęcie poszukiwań i odnalezienie osoby zaginionej (Metody Pracy Komitetu ds. Wymuszonych Zaginięć, pkt 39). Ta zasada nie odnosi się do pozostałych kompetencji Komitetu ds. Wymuszonych Zaginięć, w szczególności rozpatrywania skarg indywidualnych.

4. Wnioski

W związku z opisaną rozbudową systemu ochrony praw człowieka ONZ, korzystne byłoby podjęcie kroków, które wzmacniałyby ochronę praw człowieka, przy jednoczesnym jak najlepszym wykorzystaniu dostępnych środków finansowych, administracyjnych i merytorycznych. Pewnym rozwiązaniem byłoby formułowanie bardziej szczegółowo określonych kompetencji dla procedur specjalnych, dzięki czemu jaśniejsze byłoby, jakie zadanie Rada Praw Człowieka stawia przed poszczególnymi mechanizmami. To rozwiązanie pozwoliłoby również na uniknięcie niejasności, powodowanych przez zmiany w sposobie działania poszczególnych procedur specjalnych. Niemniej szerokie mandaty procedur specjalnych umożliwiają elastyczne reagowanie na potrzeby ofiar naruszeń praw człowieka, a także na pojawiające się nowe problemy i wyzwania³⁵. Dlatego też należy podkreślić, iż uniwersalny system ochrony praw człowieka mógłby więcej stracić niż zyskać na szczegółowym określeniu kompetencji procedur specjalnych.

Innym rozwiązaniem jest przeprowadzanie częstych i regularnych konsultacji między poszczególnymi procedurami specjalnymi, także z zaangażowaniem organów traktatowych. Odbywają się one obecnie, ale korzystna byłaby ich lepsza koordynacja i ustanowienie dla nich ram formalnych. Z drugiej strony, jak zostało wskazane, uzgadnianie stanowisk wymaga czasu i może prowadzić do opóźnień w podejmowaniu działań.

Możliwe jest również zlecanie niezależnym ekspertom opracowywania sprawozdań, które mogą identyfikować ewentualne niespójności w systemie ONZ. Takie badania były dotychczas przeprowadzane, często w celu analizy, czy konieczne jest przyjęcie nowej umowy międzynarodowej³⁶. Badanie takie mogłoby

³⁵ Zob. np. Wspólne badanie globalnych praktyk w odniesieniu do tajnego przetrzymywania osób w kontekście zwalczania terroryzmu przeprowadzone przez Specjalnego Sprawozdawcę ds. promocji i ochrony praw człowieka oraz podstawowych wolności podczas zwalczania terroryzmu Martina Scheinina, Specjalnego Sprawozdawcę ds. tortur i innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania Manfreda Nowaka, Grupę Roboczą ds. Arbitralnego Przetrzymania Osób reprezentowaną przez jej wiceprzewodniczącego Shaheena Sardara Ali'iego; Grupę Roboczą ds. Wymuszonych i Przymusowych Zaginięć reprezentowaną przez jej przewodniczącego Jeremy'ego Sarkina A/HRC/13/42 z dnia 19 lutego 2010 r.

³⁶ Sprawozdanie przedłożone przez Manfreda Nowaka, niezależnego eksperta, któremu na podstawie par. 11 Rezolucji Komisji Praw Człowieka ONZ 2001/46 z dnia 23 kwietnia 2001 r. powierzono zadanie zbadania regulacji międzynarodowych z zakresu prawa karnego oraz prawa praw człowieka, służących ochronie osób przed wymuszonymi zaginięciami, E/CN.4/2002/71 z dnia 8 stycznia 2002 r.; Prawo do prawdy. Raport Wysockiego Komisarza ds. Praw Człowieka, A/HRC/5/7.

także służyć do wskazania punktów, w których procedury specjalne i organy traktatowe powielają niepotrzebnie swoje zadania. Dzięki pogłębionej analizie możliwe byłoby także zidentyfikowanie, w których obszarach konieczne jest wzmocnienie mandatów procedur specjalnych, a w których pogłębienie współpracy i wymiany informacji.

Rozważania na temat uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka nie mogą pomijać politycznych uwarunkowań jego funkcjonowania. To w wyniku decyzji państw dochodzi do tworzenia nowych organów i mechanizmów systemu, i to od ich woli politycznej zależy, czy i w jaki sposób rozwiązane zostaną wynikające z niej problemy. Obecna sytuacja wymaga przede wszystkim finansowego, administracyjnego i merytorycznego wsparcia procedur specjalnych i organów traktatowych oraz podjęcia kroków w celu usprawnienia ich pracy i zharmonizowania wzajemnych relacji. Postawa państw ma tu kluczowe znaczenie. Jednak im wyraźniejszy jest brak ich zainteresowania tymi kwestiami, tym większa odpowiedzialność spoczywa na piastunach mandatów procedur specjalnych oraz członkach organów traktatowych, którzy w ramach swoich uprawnień powinni dążyć do przeciwdziałania negatywnym skutkom rozbudowy systemu.

UN SPECIAL PROCEDURES AND THE EXPANSION OF THE UNIVERSAL HUMAN RIGHTS SYSTEM

The UN human rights system is constantly growing, as new treaties are adopted and new special procedures are established. While this strengthens the protection of some human rights, the development is also criticized for blurring recognized concepts, which consequently leads to the weakening of the protection of human rights. The article analyzes the quantitative expansion of UN special procedures, with an emphasis on thematic mandates. Reasons for their growing number are examined, as well as strengths and weaknesses that this development brings. In the second part the article scrutinizes when the activities and competences of thematic special procedures and treaty bodies overlap. The two groups act complementary, but a lack of cooperation between them can lead to competition and duplication. The article closes with possible solutions of dealing with the expansion of the universal system, that would strengthen human rights protection, while making best use of available financial, administrative and technical resources.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (211) 2017
Warszawa 2017

Mateusz Błachucki ■

ROLA I WŁAŚCIWOŚĆ SĄDÓW POWSZECHNYCH I ADMINISTRACYJNYCH W SPRAWACH ANTYMONOPOLOWYCH W ŚWIELE NAJNOWSZEGO ORZECZNICTWA I ZMIAN NORMATYWNYCH

1. Zarys zagadnienia

Sądownictwo antymonopolowe w Polsce ma relatywnie krótką tradycję. W początkowym bardzo krótkim okresie (1987–1990) funkcję tę wypełniały wyłącznie sądy administracyjne. W 1990 r. nastąpiła istotna zmiana polegająca na powierzeniu podstawowej roli orzeczniczej w sprawach antymonopolowych sądowi powszechnemu, tj. Sądowi Antymonopolowemu. Zmiana ta nie była ani przemyślana, ani specjalnie umotywowana i wpisuje się raczej w nurt transformacji gospodarczej początku lat 90., kiedy potrzeba zmian często wyprzedzała refleksję nad nimi¹. Z biegiem czasu rola sądu antymonopolowego ewoluowała w kierunku uczynienia z niego Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, z tym, że pojęcie ochrony konkurencji należy rozumieć dość szeroko w kontekście właściwości tego sądu, gdyż obejmuje ona również administracyjnoprawną regulację sektorów infrastrukturalnych. Wraz z ugruntowaniem się roli SOKiK zaczęto sobie także uświadamiać, że sąd antymonopolowy, wbrew intencjom jego

¹ Szerzej o początkach sądownictwa antymonopolowego w Polsce oraz motywach przemian zob. M. Błachucki, *Sądownictwo antymonopolowe w Polsce – historia i ustrój*, UOKiK, Warszawa 2011, s. 6 i nast.

twórców, nie jest w stanie udzielać ochrony sądowej wszystkim adresatom prawnie relewantnych zachowań Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, ale jego właściwość obejmuje jedynie pewne stypizowane formy aktywności organu antymonopolowego. To spowodowało, że zaczęto wskazywać, że SOKiK współdzieli jurysdykcję w odniesieniu do spraw antymonopolowych z sądami administracyjnymi².

Szczegółowa problematyka właściwości sądów administracyjnych i sądów powszechnych w sprawach antymonopolowych była już przedmiotem refleksji³. Z tego powodu zamierzeniem artykułu jest przede wszystkim pokazanie ustaleń w zakresie właściwości sądowej w sprawach antymonopolowych w świetle ostatnich zmian legislacyjnych oraz najnowszego orzecznictwa. W ostatnim okresie problematyka jurysdykcji sądów w sprawach antymonopolowych była przedmiotem dyskusji naukowej⁴ oraz była przedmiotem pewnych przemian legislacyjnych, które jednak dalekie były od pierwotnych projektów⁵. Dodatkowo rozwijające się orzecznictwo Sądu Najwyższego także wpłynęło na postrzeganie roli i właściwości SOKiK w sprawach antymonopolowych. Co także istotne, sądy administracyjne również kontynuują swoje orzecznictwo w wybranych aspektach spraw antymonopolowych i można nawet mówić o pewnej stabilizacji linii orzeczniczych. Powoduje to, że warto zebrać w jednym miejscu te zmiany i pokazać aktualny poziom rozwoju sądowego orzecznictwa antymonopolowego w Polsce w zakresie delimitacji jurysdykcji sądowej.

Dopełnieniem wstępu jest jeszcze kilka uwag natury terminologicznej. „Sąd antymonopolowy” jest nazwą zwyczajową sądu, który zajmuje się rozpatrywaniem środków prawnych od rozstrzygnięć organu ochrony konkurencji w sprawach antymonopolowych. W dalszej części artykułu nazwa ta będzie używana zamiennie z nazwami oficjalnymi tego sądu stosowanymi w Polsce, tj. Sąd Antymonopolowy (SA) oraz Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK). Podobnie określenie „organ antymonopolowy” używane jest zamien-

² M. Błachucki, *Właściwość sądów administracyjnych i sądów powszechnych w sprawach antymonopolowych*, [w:] *Aktualne problemy rozgraniczania właściwości sądów administracyjnych i sądów powszechnych*, M. Błachucki i T. Górzyńska (red.), Wydawnictwo NSA, Warszawa 2011, s. 130 i nast.

³ Ibidem.

⁴ Vide przede wszystkim dwugłos B. Turno, *Model sądowej kontroli decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Państwo i Prawo 2012, z. 10 oraz M. Bernatt, *W sprawie kontroli sądowej postępowania przed Prezesem UOKiK*, Państwo i Prawo 2013, z. 3.

⁵ Szerzej o projektach daleko idących zmian k.p.c. R. Stankiewicz, *Likwidacja procedur hybrydowych – krok w dobrym kierunku czy szkodliwy dogmatyzm?* [w:] *Aktualne problemy rozgraniczania właściwości sądów administracyjnych i sądów powszechnych*, M. Błachucki i T. Górzyńska (red.), Wydawnictwo NSA, Warszawa 2011, s. 159 i nast.

nie z nazwami oficjalnymi: Urząd Antymonopolowy (UA) oraz Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK). Mówiąc o sprawach antymonopolowych mam na myśli całą prawnie nieobojętną aktywność organu antymonopolowego podejmowaną w sferze publicznoprawnej ochrony konkurencji na warunkach i w formach określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów⁶ oraz rozporządzeniach 1/2003⁷ oraz 139/2004⁸, czyli obejmująca zarówno sprawy antykonkurencyjnych praktyk przedsiębiorców, jak i kontroli koncentracji. Mimo pewnych różnic znaczeniowych również określenia „prawo konkurencji” i „prawo antymonopolowe” używane są zamiennie.

2. Zmiany legislacyjne dotyczące właściwości i roli wyspecjalizowanego sądu antymonopolowego

Sąd Antymonopolowy został utworzony na podstawie art. 20 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁹ oraz na podstawie rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 1990 r. w sprawie utworzenia sądu antymonopolowego¹⁰. Z ustrojowego punktu widzenia był to sąd powszechny będący wydziałem Sądu Wojewódzkiego w Warszawie (Wydział XVII Antymonopolowy). Zgodnie z przepisami ustawy antymonopolowej z 1990 r. Sąd Antymonopolowy był właściwy do rozpoznawania odwołań od decyzji Urzędu Antymonopolowego lub jego delegatur. W kolejnych latach kompetencja do rozpoznawania odwołań od decyzji organów administracji państwowej została rozszerzona na odwołania od decyzji organu regulacyjnego energetyki (Prezes URE)¹¹, organu regulacyjnego telekomunikacji (d. Prezes URT – obecnie Prezes UKE)¹², organu regulacyjnego transportu kolejowego (Prezes UTK)¹³, organu regulacyjnego pocztowego (d. Prezes URTiP – obecnie Prezes

⁶ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Dz. U. z 2017 r., poz. 229. Dalej także jako „ustawa antymonopolowa”.

⁷ Rozporządzenie Rady nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. U. UE L 001, 04/01/2003.

⁸ Rozporządzenie Rady nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz. WE L 24, 29/01/2004.

⁹ Dz. U. z 1994 r., Nr 7, poz. 25, ze zm.

¹⁰ Dz. U. Nr 27, poz. 157.

¹¹ Art. 58 pkt 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne, Dz. U. Nr 54, poz. 348 ze zm.

¹² Art. 126 pkt 1 ustawy z dnia 21 lipca 2000 r. – Prawo telekomunikacyjne, Dz. U. Nr 73, poz. 852 ze zm.

¹³ Art. 5 pkt 1 ustawy o zmianie ustawy o szkolnictwie wyższym, ustawy o wyż-

UKE)¹⁴. Co istotne, do momentu wejścia w życie ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹⁵, tj. do 1 kwietnia 2001 r., postępowanie sądowe we wszystkich tych rodzajach spraw, tj. w sprawach antymonopolowych oraz sprawach regulacyjnych, toczyło się według tych przepisów zawartych w tym samym rozdziale k.p.c. Dopiero wspomniana ustawa antymonopolowa z 2000 r. znowelizowała k.p.c., tworząc cztery odrębne procedury, odpowiadające rozpoznawaniu środków prawnych od rozstrzygnięć administracyjnych czterech organów administracji publicznej. Ponadto kognicja sądu antymonopolowego poszerzyła się jeszcze o trzy kategorie spraw. Po pierwsze, zostały mu powierzone do rozpoznawania sprawy o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone¹⁶. Po drugie, sądowi antymonopolowemu zostało powierzone orzecznictwo w sprawach rozpatrywania odwołań od decyzji wydawanych przez organ antymonopolowy w sprawach z zakresu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów¹⁷. Po trzecie, sąd antymonopolowy stał się właściwy do rozpoznawania odwołań od decyzji organu nadzorującego nakładającej karę pieniężną w postępowaniach z zakresu pomocy publicznej¹⁸. Co ciekawe, w tych ostatnich sprawach ustawodawca „zapomniał” o odpowiedniej nowelizacji k.p.c.¹⁹ W związku z tym wiadomo jedynie, że właściwym w tych sprawach jest SOKiK, który je rozpoznaje w oparciu o przepisy o postępowaniu w sprawach z zakresu ochrony konkurencji²⁰.

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

¹⁴ Art. 71 pkt 3 ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. – Prawo pocztowe, Dz. U. Nr 130, poz. 1188 ze zm.

¹⁵ Dz. U. Nr 122, poz. 1319 ze zm.

¹⁶ Art. 19 ustawy z dnia 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny, Dz. U. Nr 22, poz. 271.

¹⁷ Art. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz. U. Nr 129, poz. 1102.

¹⁸ Art. 48 ust. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o warunkach dopuszczalności i nadzorowaniu pomocy publicznej dla przedsiębiorców, Dz. U. Nr 141, poz. 1177.

¹⁹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U. z 2016, poz. 182 ze zm.

²⁰ Od momentu przyjęcia tych przepisów, jeszcze żadna sprawa tego typu nie zawiśła przed sądem antymonopolowym.

W początkowym okresie istnienia Sądu Antymonopolowego jego wyroki były prawomocne i nie przysługiwała od nich apelacja. Oznacza to, że postępowanie sądowe w sprawach antymonopolowych było formalnie jednoinstancyjne. Do wzruszania orzeczeń Sądu Antymonopolowego służyła jedynie rewizja nadzwyczajna, a następnie kasacja. Sytuacja ta uległa zmianie i obecnie istnieje możliwość, na zasadach ogólnych obowiązujących w postępowaniu cywilnym, zaskarżania orzeczeń Sądu Antymonopolowego do Sądu Apelacyjnego w Warszawie. Zmiana ta była wynikiem wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał uznał bowiem, że art. 479(31) k.p.c., przewidujący prawomocność orzeczeń Sądu Antymonopolowego, jest sprzeczny z art. 78 w związku z art. 176 Konstytucji²¹. TK podkreślił, że w *konsekwencji uznania postępowania przed Sądem Antymonopolowym za postępowanie pierwszoinstancyjne oraz kasacji za szczególnie środek zaskarżenia nie może budzić wątpliwości wniosek, iż regulacja k.p.c. w zakresie postępowania odrębnego w sprawach o ochronę konkurencji nie zapewnia zwyczajnego środka odwoławczego w ramach zwykłego, dwuinstancyjnego trybu. Z tego też powodu konieczne jest stworzenie jasnego i precyzyjnego mechanizmu sądowego postępowania odwoławczego od orzeczeń wydanych w postępowaniu pierwszoinstancyjnym przez Sąd Antymonopolowy. Nieczytelne jest ukształtowanie postępowania przed Sądem Antymonopolowym jako pierwszo- i zarazem w istocie jednoinstancyjnego*²².

Po wydaniu tego wyroku art. 479(31) k.p.c. utracił moc i konieczna stała się nowelizacja k.p.c. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego wykonała dopiero ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw²³. Od momentu jej wejścia w życie postępowanie sądowe w sprawach antymonopolowych stało się postępowaniem dwuinstancyjnym. W 2002 r. zmianie uległa oficjalna nazwa Sądu Antymonopolowego na Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK)²⁴.

Kolejna zmiana miała miejsce 17 maja 2011 r. wraz z wejściem w życie ustawy z dnia 20 stycznia 2011 r. o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa²⁵. Ustawa ta w art. 12 ust. 2 znowelizowała k.p.c.²⁶, dodając w art. 479(31a) w § 3 zdanie drugie w brzmieniu:

²¹ Wyrok TK z dnia 12 czerwca 2002 r. (P 13/01), OTK-A 2002 nr 4, poz. 42.

²² Ibidem.

²³ Dz. U. Nr 172, poz. 1804.

²⁴ Ustawa z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 129, poz. 1102).

²⁵ Dz. U. Nr 34, poz. 173, dalej jako „ustawa o odpowiedzialności majątkowej”.

²⁶ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz. U.

jednocześnie sąd stwierdza, czy zaskarżona decyzja została wydana bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa. Ten na pierwszy rzut oka niepozorny dopisek, wynikający z ustawy jak najbardziej odległej od postępowania cywilnego i prawa antymonopolowego, wprowadził zmianę o wręcz rewolucyjnym charakterze. Jej skutkiem jest wyposażenie SOKiK w kompetencję do kontroli postępowania antymonopolowego od jego początkowego stadium, aż po akt kończący to postępowanie. Wynika to z bardzo szerokiej definicji pojęcia rażącego naruszenia prawa w świetle wskazanej ustawy o odpowiedzialności majątkowej funkcjonariuszy publicznych – rozciąga je ona bowiem zarówno na naruszenia prawa materialnego, jak i formalnego, które mogą mieć miejsce w toku postępowania przed Prezesem UOKiK²⁷. Co istotne, kontrola ta ma charakter obligatoryjny, tzn. musi się odbywać w każdej sprawie rozpatrywanej przez SOKiK, oraz jest niezależna od stanowisk i wniosków stron postępowania. Powoduje to, że sąd z urzędu będzie zobowiązany do podejmowania czynności dowodowych, aby uczynić zadość obowiązkowi stwierdzenia, czy w postępowaniu antymonopolowym doszło do rażącego naruszenia prawa. Należy podkreślić, że ustawodawca nie miał żadnej świadomości, jakiej zmiany dokonuje w odniesieniu do modelu sądownictwa antymonopolowego w Polsce, o czym świadczy zupełne zignorowanie tego zagadnienia w uzasadnieniu projektu ustawy i późniejszej dyskusji. Wydaje się, że po blisko czterech latach można powiedzieć, że choć formalnie daleko idąca, to zmiana ta nie wpłynęła jednak znacząco na orzecznictwo sądu antymonopolowego.

Następna zmiana kognicji SOKiK miała miejsce w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego²⁸. W porównaniu do założeń pierwszego projektu zmian przygotowanej przez organ antymonopolowy²⁹ wprowadzone zmiany mają bardzo wąski charakter. Ograniczyły się one do umocowania SOKiK do rozpoznawania zażaleń na postanowienia wydawane przez Prezesa UOKiK: 1) w sprawie rozpatrzenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 84c ustawy z dnia o swobodzie działalności gospodarczej; oraz 2) o których mowa w art. 105m i w art. 105p ustawy antymonopolowej (na przekroczenie zakresu kontroli lub przeszukania lub inne czynności podjęte z naruszeniem przepisów). Zmiany te były zatem niewielkie i w gruncie rzeczy

z 2014 r., poz. 101, ze zm.

²⁷ Vide art. 6 ustawy o odpowiedzialności majątkowej.

²⁸ Dz. U. z 2014 r., poz. 945.

²⁹ Dostępny na www.uokik.gov.pl.

ograniczyły się do skodyfikowania wniosków z orzecznictwa³⁰ oraz dostosowały kognicję sądu antymonopolowego do innych zmian ustawowych.

Natomiast w pierwotnym projekcie Prezes UOKiK proponował, aby wzbogacić kognicję SOKiK o możliwość rozpoznawania: a) zażaleń na czynności przeszukania, o których mowa w art. 105o³¹ ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; b) zażaleń na czynności kontroli, o których mowa w art. 105l ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; c) zażaleń na postanowienia wydawane przez Prezesa Urzędu, o których mowa w art. 84c ust. 9 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej w zw. z art. 105l ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; d) wydawania postanowień o zwrocie pism lub dokumentów lub ich zatrzymaniu dla celów postępowania przed Prezesem Urzędu na podstawie art. 225 k.p.k. w zw. z art. 105n ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; e) wydawania postanowień w przedmiocie wniosku o zezwolenie na wykorzystanie pisma lub dokumentu jako materiału dowodowego dla celów postępowania przed Prezesem Urzędu na podstawie art. 180 k.p.k. i art. 226 k.p.k. w zw. z art. 105n ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów; f) skarg na inne akty lub czynności Prezesa Urzędu dokonywane w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W ostatecznym kształcie nowelizacja wprowadziła jedynie trzy pierwsze propozycje. Ze wskazanego wykazu na szczególną uwagę zasługiwała ostatnia grupa zaskarżalnych czynności będąca w gruncie rzeczy swoistą klauzulą generalną przesądzającą właściwość SOKiK we wszystkich sprawach antymonopolowych. Taki zresztą był cel przyświecający projektodawcy, który w uzasadnieniu projektu wprost wskazywał, że *wprowadzenia przepisu przesądzającego właściwość sądu ochrony konkurencji i konsumentów jako organu odwoławczego dla wszystkich rozstrzygnięć i czynności Prezesa UOKiK dokonywanych w postępowaniach prowadzonych na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i podlegających zaskarżeniu (np. zażaleń na czynności Prezesa UOKiK podjęte w toku przeszukania oraz skarg na inne akty lub czynności Prezesa UOKiK dokonywane w postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji*

³⁰ Problem właściwości sądu do rozpatrywania środków prawnych w odniesieniu do czynności przeszukania wywołał zagadnienie rozgraniczenia właściwości sądów karnych i cywilnych. Vide postanowienia Sądu Rejonowego w Warszawie z 28 września 2011 r., w sprawach II Kp 1711/11, 1712/11, 1713/11 i 1714/11, a także postanowienie SOKiK z 6 października 2011 r., XVII Amz 44/1 I/A. Orzecznictwo sądowe zgodnie stało na stanowisku braku stosowania art. 236 k.p.k. w odniesieniu do postępowania antymonopolowego i wyłączenia właściwości sądów karnych w tych sprawach i wyłącznej jurysdykcji w tym zakresie sądów cywilnych.

³¹ Numeracja dotyczy pierwotnego projektu nowelizacji.

i konsumentów) – zmiana ta ma na celu rozproszenie pojawiających się niekiedy wątpliwości co do kompetencji sądu; jej wprowadzenie, zapewniające pewność prawną w tej materii, będzie korzystne zarówno z punktu widzenia interesu publicznego, jak i przedsiębiorców³². Na szczęście propozycja ta została odrzucona. W swoim entuzjazmie dla poszerzenia kognicji SOKiK projektodawca zapomniał bowiem, że jest to sąd powszechny o ściśle określonych kompetencjach i z określonym zakresem orzekania. Przyjęcie pierwotnej propozycji organu antymonopolowego mogłoby skutkować tym, że SOKiK nie miałby procesowych instrumentów, aby rozpatrywać napływające skargi przeciwko swoistym czynnościom Prezesa UOKiK (np. zwrotu wniosku koncentracyjnego) lub też jego bezczynności czy przewlekłemu prowadzeniu postępowań antymonopolowych.

Kolejna zmiana kognicji SOKiK miała miejsce w związku ze sprecyzowaniem właściwości Prezesa UOKiK i nałożeniem nań nowych zadań wynikających z wejścia w życie ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego³³. W szczególności SOKiK stał się właściwy do rozpoznawania zażaleń na postanowienia wydawane przez Prezesa Urzędu w sprawie rozpatrzenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 84c ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej oraz zażaleń, o których mowa w art. 105m i w art. 105p ustawy antymonopolowej (są to zażalenia w na czynności kontrolne i czynności przeszukania).

W związku ze zmianą systemu orzekania w sprawach uznania wzorca umownego za niedozwolony, z sądowego na administracyjny, kognicja sądu antymonopolowego po raz pierwszy została ograniczona. Na mocy art. 2 ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw³⁴ uchylono (z czasowym wyłączeniem art. 479(45)) dział IVb w księdze pierwszej w tytule VII k.p.c., tj. przepisy o postępowaniu w sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone.

Natomiast ostatnia zmiana kognicji SOKiK wynika z przyjęcia ustawy z dnia 15 grudnia 2016 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwemu wykorzystywaniu przewagi kontraktowej w obrocie produktami rolnymi i spożywczymi³⁵, która w art. 22 przewiduje możliwość składania zażaleń do SOKiK na czynności kontrolne. Warto dodać, że ta sama ustawa w art. 29 przewiduje generalną właściwość SOKiK w sprawie rozpatrywania odwołań od decyzji organu antymonopolowego wydanych na podstawie tej ustawy.

³² Zob. uzasadnienie do pierwotnego projektu nowelizacji ustawy, s. 29, dostępne na www.uokik.gov.pl.

³³ Dz. U. z 2014 r., poz. 945.

³⁴ Dz. U. z 2015 r., poz. 1634.

³⁵ Dz. U. z 2017 r., poz. 67.

3. Rola SOKiK w świetle najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego

Zgodnie z twierdzeniami części doktryny³⁶, przekazując orzecznictwo w sprawach antymonopolowych SOKiK, ustawodawca kierował się chęcią powierzenia rozpatrywania odwołań od decyzji administracyjnych sądowi, który będzie je rozpatrywał co do meritum jak sąd I instancji, a nie będzie zajmował się kontrolą rozstrzygnięcia organu antymonopolowego, co jest typowe dla postępowania odwoławczego (lub postępowania sądowoadministracyjnego). Z tego powodu uznawano, że SOKiK nie powinien zajmować się kontrolą postępowania antymonopolowego przed Prezesem UOKiK, ale powinien rozpatrzyć sprawę od początku, ignorując ewentualne zarzuty procesowe zawarte w odwołaniu. Już w jednym z pierwszych wyroków Sąd Najwyższy przyjął, że *wniesienie odwołania od decyzji organu antymonopolowego do sądu antymonopolowego wszczyna postępowanie pierwszoinstancyjne na zasadach postępowania kontradiktoryjnego*³⁷. Głównym argumentem przytoczonym na rzecz tego stanowiska było stwierdzenie, że wymagania formalne odwołania są zbliżone do wymagań pozwu, a okoliczność, iż postępowanie to może być wszczęte dopiero po wyczerpaniu postępowania administracyjnego ma tylko takie znaczenie, że warunkuje dopuszczalność drogi sądowej i że sąd antymonopolowy sprawuje kontrolę legalności, a także zasadności i celowości decyzji. Jednocześnie Sąd Najwyższy wyłączył dopuszczalność uchylenia przez sąd antymonopolowy decyzji Prezesa Urzędu Antymonopolowego i przekazania mu sprawy do ponownego rozpoznania. Orzecznictwo SN nie było jednak jednolite w tym względzie³⁸.

Omawiając rolę i kognicję sądu antymonopolowego w jednym z nowszych orzeczeń, Sąd Najwyższy podkreślił, że *gwarancyjny charakter postępowania odwoławczego od decyzji organu antymonopolowego wymaga od sądów orzekających w tego rodzaju sprawach weryfikacji, zgodnie z obowiązującymi zasadami prowadzenia postępowania, ustaleń faktycznych dokonanych przez Prezesa Urzędu oraz ich oceny prawnej pod kątem spełnienia przesłanek relewantnych dla danej praktyki ograniczającej konkurencję. Jeżeli zaś w toku takiej weryfikacji okaże się, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy (oparty na ustaleniach poczynionych w toku postępowania administracyjnego oraz postępowania sądowego) nie potwierdza spełnienia wszystkich przesłanek zastosowania zakazu nadużywania pozycji*

³⁶ W. Modzelewski, *Nowa ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Podstawowe zagadnienia*, Konsefin, Warszawa 1990, s. 6; S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 1996, s. 182 oraz E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002, s. 269–270.

³⁷ Wyrok SN z 29 maja 1991 r., III CRN 120/91, OSNCP 1992, nr 5, poz. 87.

³⁸ Zob. przykładowo uchwałę SN z 24 września 1993 r., III CZP 92/93, OSNCP 1994, nr 2, poz. 28.

dominującej z art. 8 ust. 1 ustawy do opisanego w decyzji Prezesa Urzędu zachowania przedsiębiorcy, to zgodnie z art. 479(31a) § 3 k.p.c. należy wydać orzeczenie merytoryczne zmieniające decyzję w ten sposób, że praktyka ograniczająca konkurencję nie zostanie stwierdzona lub co najmniej uchylająca tę decyzję³⁹. Z tego względu podnoszone w odwołaniu zarzuty dotyczące ewentualnych błędów procesowych popełnionych przez organ antymonopolowy nie powinny być rozpatrywane przez SOKiK, gdyż sąd cywilny nie jest sądem kasacyjnym, ale powinien samodzielnie ustalić fakty i określić ich konsekwencje prawne dla strony postępowania.

Jednakże to orzecznictwo może się istotnie zmienić pod wpływem kolejnego orzeczenia SN⁴⁰. W orzeczeniu tym SN wyraził pogląd, że sądy orzekające w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, rozstrzygając spór pomiędzy przedsiębiorcą a organem antymonopolowym, którego zakres wskazany w odwołaniu obejmuje także naruszenie przez organ antymonopolowy nałożonych na niego obowiązków proceduralnych, podyktowanych potrzebą ochrony słuszych interesów przedsiębiorcy i jego prawa do obrony, mogą dokonywać merytorycznej oceny zarzutów odnoszących się do postępowania prowadzonego przez Prezesa Urzędu. W zależności zaś od rodzaju i wagi tych zarzutów ich uwzględnienie może prowadzić do uznania odwołania za zasadne i uchylenia zaskarżonej decyzji bez jednoczesnego rozstrzygnięcia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia reguł konkurencji w zakresie wskazanym w decyzji Prezesa Urzędu.

Wbrew pogładowi wyrażonemu przez SN w ostatnim cytowanym orzeczeniu, że stanowisko to nie jest zupełnie nową linią orzeczniczą SN, należy stwierdzić, że prawie zupełnie wywraca ono dotychczasowe podstawy funkcjonowania sądu antymonopolowego. Do tej pory przyjmowano zasadnie, że SOKiK rozpoznawał sprawę od początku, czyli działał jako sąd powszechny i reformacyjny, zaś w świetle omawianego orzeczenia SOKiK został wyposażony również w uprawnienie do kontrolowania postępowania toczącego się przed Prezesem UOKiK oraz jego rozstrzygnięć administracyjnych. Można mieć poważne wątpliwości, czy odpowiada to prezentowanym w literaturze uzasadnieniom, co do intencji ustawodawcy, przekazywania rozpatrywania odwołań od decyzji Prezesa UOKiK sądowi powszechnemu.

Warto jeszcze wskazać, że SN przyjął zasadność pełnego reformacyjnego podejścia do wymierzania kar administracyjnych przez Prezesa UOKiK, która uniemożliwia zasadniczo możliwość prowadzenia polityki karania przez organ antymonopolowy. Zdaniem SN, nawet jeżeli organ antymonopolowy prawidłowo zastosował przesłanki ustawowego wymiaru kary i ocenił okoliczności narusze-

³⁹ Wyrok SN z 12 kwietnia 2013 r., III SK 28/12, niepublikowany.

⁴⁰ Wyrok SN z 3 października 2013 r., III SK 67/12, niepublikowany.

nia, to mimo to sąd powszechny jest właściwy *do oceny nałożonej kary z punktu widzenia jej funkcji*⁴¹. Takie podejście SN w zasadzie wyklucza stosowanie jakiegokolwiek polityki karania przez organ antymonopolowy i prowadzi do ograniczenia jego jurysdykcji administracyjnej przy jednoczesnym utrzymaniu ogólnej odpowiedzialności za tę sferę wdrażania polityki konkurencji. Tak daleko idący aktywizm sędziowski jest przedmiotem krytyki i formułowane są postulaty większej powściągliwości sądów przy ingerowaniu w politykę karania Prezesa UOKiK⁴². Dodatkowym problemem aktywizmu sędziowskiego przy wymierzaniu kar administracyjnych jest zaskakująca arbitralność wielu rozstrzygnięć sądowych obniżających kary administracyjne nakładane przez organ antymonopolowy. O ile decyzje Prezesa UOKiK najczęściej zawierają dokładną kalkulację kar administracyjnych, bazującą na wcześniej wydanych wytycznych, to brak jest choćby zbliżonej staranności przy kalkulacji kar przez sądy powszechne w wielu wydanych wyrokach⁴³. Połączenie aktywizmu sądowego przy wymierzaniu kar administracyjnych z dużą dozą dezynwoltury przy uzasadnianiu określenia ich wysokości przez sądy w znacznym stopniu utrudnia, jeśli nie uniemożliwia, wypracowanie trwałych podstaw polityki karania w sprawach antymonopolowych.

4. Kontrola sądowa aktów administracyjnych Prezesa UOKiK w sprawach antymonopolowych

Akty administracyjne (decyzje i postanowienia) wydawane przez organ antymonopolowy stanowią podstawową sferę jego prawnej aktywności i w najdalej idący sposób mogą ingerować w sferę praw i wolności. Prezes UOKiK może wydawać wiele rodzajów aktów administracyjnych w sprawach antymonopolowych. Warto więc je posegregować oraz rozważyć kwestię ich zaskarżalności.

⁴¹ Wyrok SN z 16 kwietnia 2015 r., III SK 24/14, niepublikowany.

⁴² M. Bernatt, *Między pełną kontrolą sądową a poszanowaniem polityki karania organu administracji – o sądowej kontroli kar nakładanych w sprawach konkurencji*, Europejski Przegląd Sądowy, 2016, nr 9, s. 24.

⁴³ Vide wyroki w sprawach antykonkurencyjnych praktyk, np. wyroki SOKiK z 27 stycznia 2011 r., XVII AmA 73/10, niepublikowany z 11 sierpnia 2014 r., XVII AmA 84/13, niepublikowany, z 21 listopada 2013 r., XVII AmA, niepublikowany, z 13 października 2014 r., XVII AmA 127/13, niepublikowany, z 7 września 2015 r., XVII AmA 50/14 czy wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17 czerwca 2015 r., VI ACa 1475/14, z 10 czerwca 2015 r., VI ACa 1477/14, niepublikowany, z 19 grudnia 2012 r., VI ACa 752/12, niepublikowany, z 14 sierpnia 2015 r., VI ACa 1223/14, niepublikowany z 9 listopada 2010 r., VI ACa 383/10, niepublikowany, z 23 maja 2013 r., VI ACa 1451/12, niepublikowany oraz kontroli koncentracji, np. wyrok SOKiK z 6 grudnia 2012 r., XVII AmA 43/11, niepublikowany czy wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 17 maja 2016 r., VI ACa 630/15, niepublikowany.

Na gruncie ustawy antymonopolowej można się spotkać się z następującymi rodzajami decyzji Prezesa UOKiK w sprawach antymonopolowych:

1. Decyzje w sprawach praktyk ograniczających konkurencję:
 - i. uznanie praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania – art. 10;
 - ii. decyzja zobowiązująca – art. 12 ust. 1;
 - iii. uchylenie decyzji zobowiązującej z urzędu – art. 12 ust. 5;
 - iv. uchylenie decyzji zobowiązującej za zgodą strony – art. 12 ust. 6;
 - v. uznanie, że osoba zarządzająca umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów praktyk ograniczających konkurencję – art. 12a;
 - vi. decyzja tymczasowa – art. 89 ust. 1;
 - vii. przedłużenie obowiązywania decyzji tymczasowej – art. 89 ust. 3.
2. Decyzje w sprawach koncentracji:
 - i. zgoda na dokonanie koncentracji – art. 18;
 - ii. zgoda warunkowa na dokonanie koncentracji – art. 19 ust. 1;
 - iii. zgoda nadzwyczajna na dokonanie koncentracji – art. 20 ust. 2;
 - iv. zakaz dokonania koncentracji – art. 20 ust. 1;
 - v. uchylenie decyzji o zgodzie na dokonanie koncentracji – art. 21 ust. 1;
 - vi. zastosowanie środków strukturalnych w stosunku do przeprowadzonej koncentracji – art. 21 ust. 2 oraz 4;
 - vii. przedłużenie instytucji finansowej terminu na sprzedaż akcji lub działów – art. 23;
 - viii. podział przedsiębiorcy z tytułu niewykonania decyzji, o której mowa w art. 21 ust. 1 lub 4 – art. 99.
3. Decyzje w sprawie nałożenia kar pieniężnych – w zależności od podstawy prawnej:
 - i. kara administracyjna nakładana na przedsiębiorców za naruszenie podstawowych reguł konkurencji – art. 106 ust. 1;
 - ii. kara administracyjna nakładana na przedsiębiorców za delikty procesowe – art. 106 ust. 2;
 - iii. kara administracyjna nakładana na osobę zarządzającą, która umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów praktyk ograniczających konkurencję – art. 106a;
 - iv. kara administracyjna nakładana na przedsiębiorców za niewykonanie lub nienależyte wykonanie decyzji – art. 107;

- v. kara administracyjna nakładana na osoby fizyczne za delikty proceduralne – art. 108 ust. 1.

We wszystkich wymienionych sytuacjach odwołania od wskazanych decyzji rozpatruje SOKiK. Nie można się zgodzić z twierdzeniem, że obowiązuje *numerus clausus* i SOKiK nie rozpatruje żadnych innych odwołań od decyzji organu antymonopolowego⁴⁴. Takie podejście zupełnie ignoruje istnienie art. 83 ustawy antymonopolowej, który podkreśla, że regulacja procesowa zawarta w ustawie nie jest wyczerpująca i że w zakresie nieuregulowanym stosuje się ogólne przepisy postępowania administracyjnego. Analizując k.p.a.⁴⁵ należy wskazać, że organ antymonopolowy może wydać na jego podstawie decyzję, w sytuacjach:

1. umorzenia postępowania antymonopolowego na podstawie art. 105 k.p.a.;
2. zmiany i uchylecia decyzji w trybie nadzwyczajnym – art. 145–163 k.p.a.

W odniesieniu do pierwszej sytuacji należy wskazać, że będzie tu miał zastosowanie art. 81 ustawy antymonopolowej i odwołanie od decyzji będzie rozpoznawał SOKiK. Kwestia ta nie budziła do tej pory kontrowersji w orzecznictwie⁴⁶. Natomiast druga grupa sytuacji wymaga odrębnego omówienia, co ma miejsce w dalszej części artykułu.

Analizując ustawę antymonopolową, można wskazać, że organ antymonopolowy jest właściwy do wydawania postanowień, w sprawach antymonopolowych, w następujących sytuacjach:

1. Zaskarżalne postanowienia:
 - i. ograniczenie dostępu do akt sprawy – art. 69 ust. 1;
 - ii. zajęcie w toku kontroli akt, ksiąg i in. – art. 105g ust. 1;
 - iii. postanowienia wydawane w sprawie rozpatrzenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 84c ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.
2. Niezaskarżalne postanowienia:
 - i. przedłużenie oraz odmowa przedłużenia mocy obowiązywania zgody na dokonanie koncentracji – art. 22 ust. 2;
 - ii. wszczęcie i zamknięcie postępowania wyjaśniającego – art. 48 ust. 1 i ust. 3;

⁴⁴ M. Sieradzka, *Sądowa weryfikacja decyzji i postanowień wydanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (cz. I)*, Rejent 2007, nr 10, s. 101.

⁴⁵ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. z 2017 r., poz. 1257.

⁴⁶ Przykładowo zob. wyrok SOKiK z 9 sierpnia 2010 r., XVII AmA 83/09, niepublikowany.

- iii. pomoc prawna w postępowaniu dowodowym – art. 61;
- iv. zaliczenie materiału dowodowego w poczet postępowania – art. 73 ust. 1;
- v. umorzenie postępowania antymonopolowego obligatoryjne i fakultatywne – art. 75 ust. 1 i ust. 2;
- vi. rozstrzygnięcie o kosztach – art. 80;
- vii. zawieszenie postępowania antymonopolowego – art. 87 ust. 3;
- viii. wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie praktyk ograniczających konkurencję – art. 88 ust. 1;
- ix. odroczenie uiszczenia lub rozłożenie na raty kary pieniężnej z art. 108 oraz jego uchylenie – art. 113 ust. 1 i ust. 2.

Należy pamiętać, że w postępowaniu antymonopolowym mogą być wydawane postanowienia na podstawie i w sytuacjach uregulowanych w k.p.a. W tym zakresie należy przede wszystkim wskazać na zaskarżalne postanowienie uregulowane w art. 97 i 98 Kodeksu postępowania administracyjnego, którego przedmiotem jest zawieszenie postępowania. Podobna reguła będzie miała zastosowanie do zaskarżalnych postanowień w sprawie sprostowania i wyjaśnienia decyzji uregulowanych w art. 111 § 1 oraz 113 § 1 i 2 k.p.a. czy postanowienia o odmowie wdania zaświadczenia z art. 219 k.p.a. Wszystkie te postanowienia są zaskarżalne w drodze zwyczajnego środka prawnego, tj. zażalenia i winny być rozpoznane przez sąd powszechny. Właściwość sądów administracyjnych, wobec jasnego brzmienia analizowanych przepisów, jest wyłączona. Potwierdza to orzecznictwo sądu antymonopolowego. W swoim orzecznictwie SOKiK uznaje się właściwym do rozpatrzenia zażalenia na postanowienie w sprawie wyjaśnienia treści decyzji⁴⁷.

Zażalenia od zaskarżalnych postanowień rozpoznaje SOKiK. Natomiast postanowienia niezaskarżalne mogą być pośrednio kontrolowane przez sąd powszechny jedynie w sytuacji wniesienia odwołania przez stronę. Jednakże poważne wątpliwości budzić może zastosowanie w ustawie antymonopolowej dla umorzenia postępowania antymonopolowego formy niezaskarżalnego postanowienia. Przyjęcie niezaskarżalności tego aktu administracyjnego jest wysoce kontrowersyjne z punktu widzenia realizacji konstytucyjnego prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Postanowienie o umorzeniu postępowania kończy bowiem postępowanie w sprawie, bez prawnie wiążącego rozstrzygnięcia o prawach lub obowiązkach strony postępowania. Wydaje się, że w wypadku tak daleko idących konsekwencji prawnych, winna istnieć możliwość zwrócenia

⁴⁷ Postanowienia SOKiK z 16 grudnia 2010 r., XVII Amz 41/10, niepublikowane oraz z 11 lutego 2014 r., XVII Amz 38/13, niepublikowane.

się przez adresata decyzji do sądu o udzielenie ochrony prawnej (art. 77 ust. Konstytucji RP). Z tego powodu należy się opowiedzieć za możliwością złożenia skargi do sądu administracyjnego w odniesieniu do postanowień wydawanych przez Prezesa UOKiK na podstawie art. 75 ust. 1 i ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Postanowienia te jako postanowienia kończące sprawę mieszczą się w dyspozycji art. 3 § pkt 2 p.p.s.a.⁴⁸ Biorąc powyższe pod uwagę, w przypadku wniesienia skargi na postanowienie Prezesa UOKiK o umorzeniu postępowania antymonopolowego sądy administracyjne winny ją rozpatrzyć.

Analizując wskazane wcześniej postanowienia, jedno wydaje się mieć charakter szczególny. To postanowienie w przedmiocie przedłużenia lub odmowy przedłużenia okresu obowiązywania decyzji o zgodzie na dokonanie koncentracji podejmowane na podstawie art. 22 ust. 2 ustawy antymonopolowej. Treścią tego rozstrzygnięcia jest stwierdzenie, czy od momentu wydania decyzji o zgodzie na przeprowadzenie zamiaru koncentracji nie nastąpiła zmiana okoliczności, w wyniku których koncentracja może spowodować istotne ograniczenie konkurencji na rynku. Co istotne, organ antymonopolowy może przeprowadzić postępowanie wyjaśniające. Wydaje się, że materialna treść rozstrzygnięcia wykracza poza incydentalne kwestie i w swej istocie nie różni się niczym od decyzji podejmowanej na podstawie art. 18 ustawy antymonopolowej. Jest to również widoczne, w porównaniu do art. 23 ustawy antymonopolowej, który określa, że przedłużenie instytucji finansowej terminu na sprzedaż akcji lub działów następuje w formie decyzji. Z punktu widzenia istoty rozstrzygnięcia nie ma specjalnej różnicy pomiędzy sytuacjami przedłużania terminów z art. 22 ust. 2 i art. 23 ustawy antymonopolowej. W tej sytuacji należy uznać, że pomimo formalnego kształtu postanowienia, rozstrzygnięcie to jest w istocie decyzją administracyjną. Konsekwencją tego, możliwość zaskarżenia tego postanowienia do sądu administracyjnego na podstawie art. 3 § 2 pkt 2 p.p.s.a. jako postanowienia rozstrzygającego sprawę co do istoty. W tej sytuacji w przypadku wniesienia skargi na postanowienie Prezesa UOKiK o w przedmiocie przedłużenia lub odmowy przedłużenia okresu obowiązywania decyzji o zgodzie na dokonanie koncentracji sądy administracyjne winny ją rozpatrzyć, gdyż zamknięta w odniesieniu do rozpatrywania zażaleń kognicja SOKiK nie obejmuje tego środka prawnego.

⁴⁸ Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, Dz. U. z 2017 r., poz. 1369, dalej jako „p.p.s.a.”.

5. Kontrola sądowa czynności procesowych organu antymonopolowego w świetle najnowszego orzecznictwa

5.1. Zaskarżanie bezczynności organu antymonopolowego oraz prowadzenie przezeń przewlekłego postępowania

Zgodnie z nowym brzmieniem art. 37 § 1 k.p.a. stronie przysługuje prawo do wniesienia ponaglenia w przypadku bezczynności i przewlekłości. Jako bezczynność k.p.a. rozumie sytuację, kiedy *nie załatwiono sprawy w terminie określonym w art. 35 lub przepisach szczególnych ani w terminie wskazanym zgodnie z art. 36 § 1 k.p.a.*, zaś przewlekłość jako sytuację, kiedy *postępowanie jest prowadzone dłużej niż jest to niezbędne do załatwienia sprawy*. Ustawa antymonopolowa w dwóch przepisach, tj. art. 86 ust. 4 i art. 92, nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów zawartych w art. 35–37 k.p.a. Oznacza to, że w tych sytuacjach ustawodawca uznał wprost, że może dojść do bezczynności organu antymonopolowego lub do przewlekłego prowadzenia przezeń postępowania. Ponadto bezczynność organu antymonopolowego może mieć miejsce w kwalifikowanych sytuacjach w postępowaniu antymonopolowym w sprawach koncentracji przedsiębiorców, tj. pozostawienia podania bez rozpoznania z powodu nieopłacenia mimo wezwania wniosku (art. 94 ust. 4 ustawy antymonopolowej) oraz zwrotu wniosku (art. 95 ust. 1 ustawy antymonopolowej)⁴⁹. Wydaje się także, że z bezczynnością lub przewlekłością będziemy mieć do czynienia w przypadku pozostawienia podania bez rozpoznania, kiedy w podaniu nie wskazano adresu wnoszącego i nie można go ustalić (art. 64 § 1 k.p.a.) oraz braku przekazania akt do sądu w terminie trzech miesięcy (art. 81 ust. 2 ustawy antymonopolowej).

W świetle nowego brzmienia art. 37 § 3 pkt 2 k.p.a.⁵⁰ nie ulega obecnie wątpliwości, że ponaglenie wnosi się do Prezesa UOKiK. Następnie po rozpatrzeniu ponaglenia przez organ antymonopolowy stronie będzie przysługiwała skarga na bezczynność Prezesa UOKiK lub przewlekłość postępowania antymonopolowego, którą będzie kierowała do sądu administracyjnego. Te ustalenia są zgodne z wcześniejszym orzecznictwem sądów administracyjnych⁵¹.

⁴⁹ Szerzej zob. M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012, s. 409.

⁵⁰ Art. 37 § 3. Ponaglenie wnosi się:

1) do organu wyższego stopnia za pośrednictwem organu prowadzącego postępowanie;
2) do organu prowadzącego postępowanie – jeżeli nie ma organu wyższego stopnia.

⁵¹ Należy wskazać, że orzecznictwo to zapadło jeszcze w stanie prawnym sprzed nowelizacji k.p.a. z 2017 r.

Po pierwsze, NSA uznał, że stosownie do przepisu art. 3 § 2 pkt 8 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tj.: Dz. U. z 2012 r. poz. 270) sąd administracyjny jest właściwy do rozpatrzenia skargi na bezczynność lub przewlekłe prowadzenie postępowania administracyjnego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sprawie z zakresu ochrony konkurencji⁵². NSA zasadnie przyjął, że właściwość sądu powszechnego zaistnieje dopiero z momentem wydania decyzji, a więc na etapie, gdy bezczynność już nie istnieje, sąd powszechny nie jest wyposażony w odpowiednie instrumenty procesowe dla zobligowania organu do działania w sprawie. Sąd podkreślił także, że gdyby podzielić stanowisko o braku właściwości sądu administracyjnego dla rozpoznania skargi na bezczynność lub przewlekłość postępowania toczącego się przed Prezesem UOKiK, doszłoby w rezultacie do pozbawienia strony prawa do sądu, które jest uzależnione od wcześniejszego wydania decyzji w sprawie. Naruszałoby to art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 77 Konstytucji RP.

Po drugie, NSA uznał, że dopuszczalne są skargi na przewlekłe prowadzenie postępowania przez Prezesa UOKiK i sądy administracyjne są właściwe do ich rozpoznania⁵³. W orzeczeniu tym NSA odwołał się do wcześniej wskazanego wyroku, a ponadto wskazał, że w analogicznych sytuacjach NSA dopuszczał skargi na bezczynność. Sąd bowiem stwierdził wprost, że zatem skoro nawet w przypadku takim, jak postępowanie w przedmiocie aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego, gdzie rozstrzygnięcie organu administracji nie mieści się w katalogu rozstrzygnięć określonych w art. 3 § 2 pkt 1–4a p.p.s.a. NSA dopuszcza możliwość skargi na bezczynność (przewlekłe prowadzenie postępowania) organu administracji, to tym bardziej dopuszczalna winna być skarga na bezczynność (przewlekłe prowadzenie postępowania) organu administracji w postępowaniu, które zmierza do wydania decyzji administracyjnej, która następnie podlega zaskarżeniu do sądu powszechnego.

Po trzecie, dopuszczalność skargi na bezczynność Prezesa UOKiK lub przewlekłe prowadzenie przezeń postępowania antymonopolowego nie oznacza, że w każdym przypadku braku lub opieszałego podejmowania czynności przez organ antymonopolowy taka skarga będzie zasadna. W szczególności WSA uznał, że nie przysługuje ona w stosunku do prowadzenia przez organ antymonopolowy postępowania wyjaśniającego⁵⁴. Zdaniem WSA zakończenie postępowania wyjaśniającego następuje w drodze postanowienia i w dniu wydania (podpisania) tego postanowienia. Tak samo jak postanowienie o wszczęciu pozostaje

⁵² Postanowienie NSA z 22 maja 2012 r., II GSK 620/12, CBOSA.

⁵³ Wyrok NSA z 17 lutego 2014 r., II GSK 1804/12, CBOSA.

⁵⁴ Postanowienie WSA w Warszawie z 19 sierpnia 2013 r., IV SAB/Wa 123/13, CBOSA.

ono w aktach sprawy i nie jest zaskarżalne. Powyższe wskazuje na to, że postanowienie o zakończeniu postępowania wyjaśniającego (art. 48 ust. 3 u.o.k.) nie jest postanowieniem wydawanym w postępowaniu administracyjnym, egzekucyjnym ani zabezpieczającym (art. 3 § 2 pkt 2 i pkt 3 p.p.s.a.). Ponadto postanowienie o zakończeniu postępowania wyjaśniającego nie jest również innym niż określone w art. 3 § 2 pkt 1–3 aktem lub czynnością z zakresu administracji publicznej dotyczącym uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa, ponieważ z wydaniem takiego postanowienia przepisy prawne nie wiążą żadnych uprawnień lub obowiązków skarżącego. Podobnie należy uznać, że skarga na bezczynność lub przewlekłość postępowania nie będzie przysługiwała w sytuacji rozpatrywania zawiadomienia o podejrzeniu naruszenia ustawy antymonopolowej. Zawiadomienie pełni funkcję podobną do skargi na gruncie k.p.a., a sposób rozpatrzenia zawiadomienia nie podlega zaskarżeniu do sądu administracyjnego. Skoro zatem pierwotna czynność organu jest niezaskarżalna, to tym bardziej czas i sposób jej podjęcia nie podlega kognicji sądów administracyjnych.

Wskazane orzecznictwo sądów administracyjnych zasługuje w pełni na aprobatę. Ma ono pełne osadzenie w obowiązujących przepisach, a w szczególności w kognicji SOKiK wynikającej z k.p.c. i kognicji sądów administracyjnych wynikającej z p.p.s.a. Co istotne, skutkiem tego orzecznictwa jest wypełnienie luki w ochronie prawnej stron postępowania przed przewlekłym prowadzeniem postępowania przez organ antymonopolowy lub też przed jego bezczynnością⁵⁵.

5.2. Zaskarżanie informacji o załatwieniu zawiadomienia

Zgodnie art. 86 ust. 1 ustawy antymonopolowej każdy może zgłosić Prezesowi Urzędu na piśmie zawiadomienie⁵⁶ dotyczące podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję wraz z uzasadnieniem. Natomiast po rozpatrzeniu zawiadomienia organ antymonopolowy przekazuje zgłaszającemu zawiadomienie informację na piśmie o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia wraz z uzasadnieniem. Na tle tego przepisu powstały dwa zagadnienia. Po pierwsze, jaki charakter prawny ma informacja o rozpatrzeniu zawiadomienia i czy Prezes

⁵⁵ We wcześniejszym swoim orzecznictwie sądy administracyjne prezentowały bowiem zgoła odmienne zdanie, co skutkowało brakiem sądowej ochrony przed bezczynnością Prezesa UOKiK – szerzej zob. M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012, s. 409 i nast.

⁵⁶ Szerzej na temat charakteru prawnego zawiadomienia jako skargi szczególnie zob. M. Błachucki, *Postępowanie skargowe jako próba zastępczej regulacji ochrony interesów faktycznych osób trzecich w postępowaniu administracyjnym po likwidacji instytucji osoby zainteresowanej*, [w:] M. Błachucki, G. Sibiga (red.), *Skargi, wnioski i petycje – Powszechne środki ochrony prawnej*, Presscom, Wrocław 2017, s. 301 i nast.

UOKiK ma obowiązek wszcząć postępowanie antymonopolowe na jej podstawie. Po drugie, czy informacja ta jest zaskarżalna, a jeśli tak, to do którego sądu.

Odpowiedzi na te pytania udzieliły sądy administracyjne. NSA przyjął, że *brak jest* związania Prezesa UOKiK zawiadomieniem składanym na podstawie art. 86 u.o.k.k., co przejawia się w braku konieczności wszczynania przez Prezesa UOKiK postępowania antymonopolowego na podstawie informacji zawartych w zawiadomieniu. Pismo Prezesa UOKiK, o którym mowa w art. 86 ust. 4 u.o.k.k., opiniuje jedynie propozycję wszczęcia postępowania⁵⁷. Podobnie w innym orzeczeniu NSA podkreślił, że art. 86 ust. 1 u.o.k.k. uprawnia do zgłoszenia Prezesowi UOKiK zawiadomienia dotyczącego podejrzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Uprawnionym do złożenia takiego zawiadomienia jest każdy. Jedynym obowiązkiem Prezesa UOKiK, który powstaje na skutek zgłoszenia zawiadomienia, jest przekazanie zgłaszającemu na piśmie informacji o sposobie rozpatrzenia zawiadomienia wraz z uzasadnieniem (art. 86 ust. 4 u.o.k.k.). Prezes UOKiK, stosując się do wspomnianego obowiązku, powinien poinformować zawiadamiającego o czynnościach, jakie zamierza podjąć lub których nie podejmie. Prezes UOKiK nie jest związany treścią wniosku, zaś podmiot dokonujący zawiadomienia nie ma przymiotu strony postępowania⁵⁸.

Podsumowując to orzecznictwo, można wskazać, że NSA zdefiniował zawiadomienie jako uregulowany w ustawie środek prawny obligujący Prezesa UOKiK do dokonania oceny wskazanego w piśmie zachowania przedsiębiorcy pod kątem zasadności wszczęcia postępowania antymonopolowego lub postępowania wyjaśniającego i poinformowania zawiadamiającego o wynikach tej oceny oraz zamierzonych działaniach. Co istotne, jest ono jedynie środkiem o charakterze sygnalizacyjnym, niewiążącym organu antymonopolowego, który dysponuje pełną uznaniowością w zakresie wszczynania postępowań. Ponadto informacja Prezesa UOKiK nie dotyczy obowiązków lub uprawnień wynikających z przepisów prawa i z tego powodu nie jest zaskarżalna ani w trybie sądowym, ani sądownoadministracyjnym⁵⁹.

5.3. Zaskarżenie niedopuszczenia organizacji społecznej do udziału w postępowaniu

Postępowanie antymonopolowe charakteryzuje się specyficzną regulacją pojęcia strony. Może ono wywoływać pewne wątpliwości interpretacyjne, które nasilają się szczególnie w kontekście możliwości udziału organizacji społecznej jako podmiotu na prawach strony w tym postępowaniu. Doktryna dość

⁵⁷ Postanowienie NSA z 12 grudnia 2012 r., II GSK 1912/12, CBOSA.

⁵⁸ Wyrok NSA z 1 grudnia 2009 r., II GSK 237/09, CBOSA.

⁵⁹ Postanowienie NSA z 12 lipca 2011 r., II GSK 1035/11, CBOSA.

jednoznacznie wypowiada się na temat dopuszczalności tego udziału⁶⁰. Zagadnienie to było przedmiotem rozpoznania przez WSA w Warszawie oraz SOKiK.

Sąd administracyjny zaprezentował szeroki wywód, wskazując, że *przy obecnym modelu postępowania w sprawach określonych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, racjonalnym jest wyłączenie możliwości zaskarżenia rozstrzygnięć wydanych przez Prezesa UOKiK w oparciu o przepisy cyt. ustawy w drodze administracyjnej, sądownoadministracyjnej, jak i stosowanie w odniesieniu do nich nadzwyczajnych trybów ich wzruszenia. Niewątpliwie żaden przepis prawa nie wyłącza właściwości sądu ochrony konkurencji i konsumentów w sprawach z zakresu praktyk ograniczających konkurencję. Stąd też twierdzenie, że ewentualna wada rozstrzygnięcia (stanowiska) Prezesa UOKiK zawarta w spornym piśmie z dnia [...] kwietnia 2009 r. może być wyeliminowana tylko przez sąd administracyjny nie znajduje oparcia w przepisach prawa. ... W tym stanie rzeczy należy przyjąć, iż działanie Prezesa UOKiK polegające na wysłaniu do wnioskodawcy pisma wyjaśniającego z dnia [...] stycznia 2009 r., zawierającego stanowisko organu dotyczące wniosku o dopuszczenie strony skarżącej do udziału w sprawie, nie podlega w żadnym zakresie kontroli sądu administracyjnego, a zatem skarga ulega odrzuceniu na podstawie art. 58 § 1 pkt 1 p.p.s.a., który stanowi, że sąd odrzuca skargę, jeżeli sprawa nie należy do właściwości sądu administracyjnego*⁶¹. Jakkolwiek pierwsza część wyводу nie jest przekonująca, to należy uznać, że konkluzja jest poprawna. Nie wydaje się, aby zasadnym było powierzenie sądowi administracyjnemu kontroli nad ilością uczestników postępowania antymonopolowego. Wymaga to często zweryfikowania interesu prawnego oraz dotyka materialnej oceny przedmiotu postępowania. W tej sytuacji wydaje się zasadnym, aby to sąd powszechny mógł zajmować się tego typu skargami.

Podobne stanowisko zajął SOKiK. Z uwagi na niezaskarżalność wydane-go postanowienia nie zawiera ono uzasadnienia, ale z sentencji należy wnosić, że SOKiK uznał w nim, że informacja organu antymonopolowego o odmówieniu dopuszczenia organizacji społecznej udziału w postępowaniu antymonopolowym w charakterze podmiotu na prawach strony jest postanowieniem. Co więcej, jest ono zaskarżalne, zaś zażalenie przysługuje do sądu powszechnego⁶². Brak uzasadnienia nie pozwala na szersze odniesienie się do stanowiska SOKiK. W tej sytuacji można pokusić się jedynie o generalną refleksję, że za-

⁶⁰ M. Błachucki, *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012, s. 216 i 217.

⁶¹ Postanowienie WSA w Warszawie z 19 stycznia 2011 r., VI SA/Wa 1867/09, CBOSA.

⁶² Postanowienie SOKiK z 30 grudnia 2009 r., XVII Amz 23/09/A, niepublikowane.

równy organ, jak i sąd antymonopolowy powinny bardzo ostrożnie, o ile wcale, dopuszczać organizacje społeczne do udziału w postępowaniach antymonopolowych. Model jawności postępowania antymonopolowego ustanowiony przez ustawodawcę bazuje bowiem na formalnym określeniu czynnie i biernie legitymowanych podmiotów do wzięcia udziału w postępowaniach antymonopolowych. Udział organizacji społecznych nie jest w nim przewidziany, w zamian zaś przyznana im jest inna rola (np. w zakresie przedstawienia swojej opinii w toku postępowania na podstawie art. 50 ust. 3 ustawy antymonopolowej).

5.4. Zaskarzanie postanowienia o rozszerzeniu zakresu postępowania antymonopolowego

Postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego należy do grupy niezaskarżalnych postanowień. Natomiast w orzecznictwie rozważany był problem, czy możliwe jest zaskarżenie postanowienia o zmianie postanowienia o wszczęciu postępowania, które zmieniało przedmiot postępowania antymonopolowego. Otwartą kwestią pozostała także sprawa sądu właściwego do rozpatrzenia takiej sprawy.

Sądy administracyjne stanęły na stanowisku braku swojej właściwości⁶³. NSA podkreślił, że właściwie wszystkie procedury przewidują wydawanie postanowień zaskarżalnych w sposób samodzielny (zażaleniem) i niezaskarżalnych, w zależności od rodzaju materii rozstrzyganej tymi postanowieniami. Kontrola postanowień niezaskarżalnych zażaleniem nie jest wyłączona, odbywa się jednak w ramach kontroli końcowego rozstrzygnięcia sprawy. Brak możliwości zaskarżenia postanowienia zażaleniem do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie oznacza, że dla kontroli takiego postanowienia otwiera się droga postępowania przed sądami administracyjnymi. Właściwość sądu administracyjnego musi wyraźnie wynikać z konkretnego przepisu prawa. Ze względu na konstytucyjne domniemanie właściwości sądów powszechnych, ustawa – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi wyznacza granice właściwości sądu administracyjnego. Określony przez p.p.s.a. katalog spraw należących do właściwości sądów administracyjnych, poszerzony o sprawy przekazane do właściwości tych sądów poprzez przepisy ustaw szczególnych, określa granice kognicji sądów administracyjnych. Żadne z powołanych przepisów nie przewidują kontroli przez sądy administracyjne niezaskarżalnych zażaleń postanowień Prezesa UOKiK. Zatem droga przed sądami administracyjnymi dla ich kontroli nie jest dopuszczalna. Na marginesie tylko należy wskazać, że sprawy z zakresu postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję wskazane w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

⁶³ Postanowienie NSA z 7 grudnia 2010 r., II GSK 1366/10, CBOSA.

przekazane zostały do kognicji sądu powszechnego. Zaskarżone postanowienie skarżąca może kwestionować po wydaniu w sprawie decyzji, składając odwołanie od tej decyzji do sądu właściwego dla tych spraw⁶⁴. Oznacza to, że właściwym do rozpatrzenia zarzutu w tym zakresie będzie sąd powszechny rozpatrujący odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK.

Kwestia dopuszczalności zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego nie budziła do tej pory wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych. SOKiK milcząco akceptował taką praktykę, wychodząc z założenia, że jest ona prawnie dopuszczalna. Jednakże ta jednolita linia orzecznicza może zostać zmodyfikowana w kontekście najnowszego orzeczenia Sądu Najwyższego. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy wskazał, że przepisy ustawy antymonopolowej *nie przewidywały możliwości zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego przez Prezesa Urzędu, działającego zarówno na wniosek, jak i z urzędu. Postanowienie o wszczęciu postępowania odgrywa istotną rolę w zapewnieniu przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie praktyk ograniczających konkurencję odpowiednich gwarancji proceduralnych. W piśmiennictwie przyjmuje się co prawda, że sama zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania, nawet gdy prowadzi do rozszerzenia zarzutów, nie narusza sformułowanych w doktrynie wymogów sprawiedliwości proceduralnej postępowania przed Prezesem Urzędu, niemniej doktryna zwraca równocześnie uwagę na brak normatywnych podstaw dla akceptacji praktyki Prezesa Urzędu polegającej na zmienianiu w toku postępowania właściwego (antymonopolowego) postanowienia o jego wszczęciu. Zgodnie z ogólnymi regułami postępowania administracyjnego postanowienie, w braku przepisów szczególnych, może podlegać zmianie tylko i wyłącznie na zasadach określonych w k.p.a. Organ administracji jest zaś związany postanowieniem jako aktem kształtującym sytuację prawnoproceduralną adresatów*⁶⁵. Z orzeczenia tego wynika, że SN nie akceptuje praktyki zmiany postanowień o wszczęciu postępowania antymonopolowego, uznając ją za bezprawną i mogącą mieć wpływ na wynik postępowania. Takie stanowisko SN razi jednak formalizmem i brakiem refleksji nad skutkami praktycznymi tego podejścia. Przyjęcie stanowiska SN oznaczać bowiem może, że jeżeli w toku postępowania antymonopolowego organ wykryje nowe okoliczności antykonkurencyjnej działalności przedsiębiorcy, to trzeba będzie umarzać wszczęte postępowanie i na nowo je wszczynać, odpowiednio rozszerzając zakres postępowania lub ewentualnie będą się toczyć dwa równoległe postępowania obejmujące stare i nowe okoliczności sprawy. Tymczasem postanowienie o wszczęciu nie rozstrzyga o prawach i obowiązkach strony, a jego zmia-

⁶⁴ Pogląd ten powtórzony jest w innych postanowieniach NSA z 11 lutego 2009 r., II GSK 749/08, niepublikowane oraz z 13 kwietnia 2010 r., II GSK 270/10, CBOSA.

⁶⁵ Wyrok SN z 3 października 2013 r., III SK 67/12, niepublikowany.

na, przy zachowaniu prawa strony do czynnego uczestnictwa w postępowaniu, w tym zgłaszania nowych dowodów i dostępu do akt sprawy, nie będzie wpływała na jej sytuację prawnoprocesową.

5.5. Zaskarżenie decyzji Prezesa UOKiK przygotowanej przez delegaturę

Prezes UOKiK jest centralnym organem administracji państwowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Do wykonywania zadań służy mu urząd, w skład którego wchodzi centrala oraz delegatury. W orzecznictwie rozważany był problem, jaki sąd będzie właściwy w sytuacji, kiedy przygotowanie decyzji organu antymonopolowego lub jego inna czynność ma miejsce w delegaturze urzędu. Problem ten dotyczył tylko spraw, które trafiają do sądownictwa administracyjnego. Kwestia ta nie dotyczy spraw przekazanych sądownictwu powszechnemu, gdyż SOKiK nie posiada wydziałów zamiejscowych i jest usytuowany w Warszawie. W sprawie tej wypowiedziały się zatem sądy administracyjne.

Po pierwsze, WSA zauważył, że *decyzje i postanowienia w sprawach z zakresu właściwości delegatur oraz w sprawach przekazanych do załatwienia przez Prezesa Urzędu na podstawie ust. 5 dyrektorzy delegatur wydają w imieniu Prezesa Urzędu (art. 33 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów)*. Również *pismo wskazane przez stronę skarżącą jako przedmiot zaskarżenia sporządzone zostało przez Dyrektora Delegatury UOKiK, działającego jednak z upoważnienia Prezesa urzędu. Mając na względzie fakt, iż strona skarży akt jednostki, która ma swoją siedzibę w Warszawie, właściwym do rozpoznania skargi, w tym również do zbadania jej dopuszczalności będzie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie*⁶⁶.

Po drugie, NSA podtrzymał to stanowisko, podkreślając, że *właściwy miejscowo do rozpoznania skargi na pismo Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wydane przez Delegaturę w Gdańsku, jest Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, na którego obszarze właściwości ma siedzibę Prezes UOKiK. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy z o ochronie konkurencji i konsumentów, siedzibą Prezesa UOKiK jest Warszawa. ... W ramach Urzędu działa Centrala oraz 9 delegatur, rozmieszczonych stosownie do podziału terytorialnego państwa. Żaden przepis ustawy nie nadaje tym jednostkom ani osobowości prawnej, ani statusu samodzielnego organu. NSA podkreślił, że UOKiK w rozumieniu ustawy jest zorganizowanym zespołem osób przydanym organowi administracji publicznej (Prezesowi Urzędu) do pomocy w pełnieniu jego funkcji. Regulacja ustawowa określająca, iż decyzje*

⁶⁶ Postanowienie WSA w Warszawie z 30 lipca 2009 r., III SA/Gd 345/09, CBOSA.

i postanowienia wydawane są przez dyrektorów delegatur w imieniu Prezesa Urzędu, w związku z odesłaniem do rozporządzenia o właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur, nie daje podstaw do określenia dyrektora delegatury Urzędu jako organu administracji, a tym samym określenia właściwości sądu administracyjnego według siedziby dyrektora delegatury. Ponadto w opinii NSA art. 33 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiący o możliwości wydawania decyzji przez dyrektorów delegatur, nie oznacza rozproszenia kompetencji organu centralnego na rzecz ww. podmiotów. Dotyczy upoważnienia do podejmowania określonych działań przez te podmioty, które jednak nie nabywają uprawnień, a jedynie pomagają organowi je wykonywać. Władztwo administracyjne do jednostronnego kształtowania sytuacji prawnej jednostki pozostaje przy organie centralnym. Podobnie, rozporządzenie wykonawcze określa jedynie organizację działalności Urzędu, odwołując się do pojęcia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatury Urzędu. Dyrektor delegatury nie uzyskał na jego podstawie samodzielnych kompetencji orzeczniczych. Moc wiążąca rozstrzygnięć wynika z przyznanych ustawą kompetencji i zadań Prezesa Urzędu, a nie podmiotów należących do struktury organizacyjnej urzędu, pełniącego jedynie funkcję pomocniczą względem organu centralnego. Z tego powodu Naczelny Sąd Administracyjny nie podziela również przedstawionego w zażaleniu poglądu, że tylko gdyby dyrektorzy delegatur Urzędu działali w oparciu o upoważnienie administracyjne z art. 268a k.p.a. w związku z art. 83 ustawy, podpisywanie przez nich postanowień i decyzji w imieniu Prezesa UOKiK przesądzałoby o tym, że mamy do czynienia z działaniem Prezesa UOKiK. Uprawnienie do wykonywania określonych czynności w postępowaniu może bowiem wynikać z samej ustawy, a nie tylko z poruczenia organu⁶⁷.

Orzecznictwo to dotyczy klasycznego zagadnienia na gruncie kontroli sądowoadministracyjnej i ma charakter uniwersalny, w pełni zasługując na aprobatę.

5.6. Zaskarżenie braku wydania decyzji zobowiązującej

Specyfiką procedur przed Prezesem UOKiK jest możliwość quasi-konsensualnego zakończenia tych postępowań w drodze tzw. decyzji zobowiązaniowych (art. 12, 23c i 28 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Decyzje te kończą postępowania bez wiążącego orzekania o naruszeniu ustawy antymonopolowej i przyjmują zobowiązania przedsiębiorcy do określonego zachowania. W orzecznictwie pojawiło się zagadnienie, czy brak skorzystania przez Prezesa UOKiK z możliwości wydania decyzji zobowiązaniowej i orzekanie co do istoty sprawy może być przedmiotem zaskarżenia.

⁶⁷ Postanowienie NSA z 24 września 2009 r., II GZ 211/09, CBOSA.

W sprawie wypowiedział się Sąd Najwyższy⁶⁸. Wskazał on, że uzasadnieniem dla wydawania decyzji zobowiązaniowych jest chęć uproszczenia i skrócenia postępowania przed Prezesem UOKiK, w sytuacji gdy po jego wszczęciu przedsiębiorca, któremu zarzuca się naruszenie przepisów ustawy, a który nie zaniechał praktyki, której dotyczy przedmiotowe postępowanie, zobowiąże się do zaniechania kwestionowanego przez organ ochrony konsumentów zachowania. Zdaniem SN, w aktualnie obowiązującym modelu sądowej kontroli działalności organu antymonopolowego, wniesienie odwołania do sądu inicjuje merytoryczny spór między przedsiębiorcą a organem ochrony konkurencji rozstrzygany merytorycznie przez sąd powszechny. Natomiast sąd ten nie kontroluje samego postępowania przed organem. SN *podkreślił, że sądowa kontrola ewentualnej odmowy wydania przez Prezesa Urzędu decyzji zobowiązującej w postępowaniu z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu stwierdzającej naruszenie ... (i nakazującej zaniechanie dalszego naruszania lub stwierdzającej zaniechanie) jest de lege lata utrudniona. Ocena zasadności wydania decyzji zobowiązującej oznaczałaby bowiem, że sąd nie rozstrzygałby merytorycznie sprawy, lecz weryfikowałby, czy nie mogła ona zostać zakończona na wcześniejszym etapie postępowania administracyjnego decyzją, która spośród wszystkich środków oddziaływania na zachowania przedsiębiorców, jakie znajdują się w dyspozycji Prezesa Urzędu, jest decyzją najkorzystniejszą dla przedsiębiorcy. Powoduje to, że sądowa kontrola odmowy wydania decyzji zobowiązującej może mieć miejsce jedynie wyjątkowo, w przypadku naruszenia przez odmowę jej wydania podstawowych zasad porządku prawnego. W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy taka sytuacja nie miała zaś miejsca.*

Wydaje się, że orzeczenie SN wskazuje na racjonalny kompromis pomiędzy ochroną praw procesowych przedsiębiorcy a wykonywaniem jurysdykcji administracyjnej przez Prezesa UOKiK. Oznacza to również, że poza skrajnymi przypadkami, odmowa wydania decyzji zobowiązaniowej przez organ antymonopolowy nie będzie kontrolowana merytorycznie przez sąd antymonopolowy nawet jeśli będzie przedmiotem odwołania.

5.7. Zaskarżenie odmowy wszczęcia trybu nadzwyczajnego

Specyficzną cechą postępowania antymonopolowego jest wyłączenie możliwości wszczynania trybu nadzwyczajnego na wniosek strony (art. 82 ust. 1 ustawy antymonopolowej). Oznacza to, że postępowanie takie może toczyć się jedynie z urzędu, czy to z własnej inicjatywy organu antymonopolowego, czy też na skutek zgłoszenia sprzeciwu od decyzji przez prokuratora. Nie przeczy to

⁶⁸ Wyrok SN z 12 kwietnia 2011 r., III SK 44/10, niepublikowany. Sprawa ta, co prawda, dotyczyła kwestii konsumenckiej, ale rozważania SN mają zastosowanie również do spraw antymonopolowych.

jednak temu, że niektórzy przedsiębiorcy występują do Prezesa UOKiK z wnioskami o zmianę decyzji organu antymonopolowego w trybie nadzwyczajnym. Powstało zatem zagadnienie, czy możliwe jest zaskarżenie odmowy wszczęcia trybu nadzwyczajnego postępowania antymonopolowego w postaci pisma informacyjnego Prezesa UOKiK. Wypowiedział się w tej sprawie SOKiK.

Sąd antymonopolowy stanął na gruncie niedopuszczalności takich skarg. SOKiK wskazał w swoim orzeczeniu, że *przepis art. 82 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że od decyzji Prezesa UOKiK stronie nie przysługują środki prawne wzruszenia decyzji przewidziane w k.p.a., a dotyczące wznowienia postępowania, uchylecia, zmiany lub stwierdzenia nieważności decyzji. Nie może tego żądać także strona postępowania w sprawie koncentracji. W świetle regulacji przyjętej w art. 82 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w związku z treścią art. 147, 154 i 157 § 2 k.p.a., instytucje te mogą być zastosowane „z urzędu”. Uprawnienie organu do działania „z urzędu” oznacza uprawnienie do działania na mocy prawa przysługującego wydającemu decyzję w ramach przysługującej temu organowi władzy dyskrecyjnej. Oznacza to, że skorzystanie z wymienionych wyżej środków prawnych przez Prezesa Urzędu zależy wyłącznie od jego uznania, a zatem nie może być przedmiotem wniosków strony, które wywoływałyby konieczność zajęcia przez ten organ stanowiska w formie orzeczenia administracyjnego. „Wniosek” powoda ... jest w istocie prośbą o podjęcie działania z urzędu i nie stanowi w sensie proceduralnym wniosku wszczynającego określoną procedurę administracyjną. Jego wniesienie nie skutkowało zatem potrzebą wydania przez organ jakiegokolwiek orzeczenia, a w szczególności decyzji administracyjnej. Odpowiedź Prezesa Urzędu na to pismo, odnoszące się do „wniosku” o podjęcie działania z urzędu, jest wprawdzie przejawem woli organu administracyjnego o charakterze władczym, jednak nie jest oparte na powszechnie obowiązujących przepisach prawa i nie rozstrzyga sprawy konkretnej oznaczonej strony w postępowaniu unormowanym w przepisach k.p.a. Nie może być zatem uznane za decyzję administracyjną⁶⁹.*

Orzeczenie sądu w pełni zasługuje na aprobatę, gdyż ustawodawca jednoznacznie wyłączył możliwość wiążącego żądania wszczynania trybu nadzwyczajnego na wniosek strony, a przyjęcie innego stanowiska stałoby w jawnej sprzeczności z treścią art. 82 ust. 1 ustawy antymonopolowej. Zupełnie odrębną kwestią jest potrzeba krytyki tego rozwiązania, jako nieuzasadnionego ograniczenia praw stron postępowań antymonopolowych.

⁶⁹ Postanowienie SOKiK z 14 kwietnia 2014 r., XVII AmA 23/13, niepublikowane.

5.8. Zaskarżenie odmowy zatwierdzenia potencjalnego inwestora wskazanego w decyzji warunkowej

W praktyce organu antymonopolowego ostatnich lat, w zakresie wydawania decyzji koncentracyjnych nakładających warunki strukturalne, jest zobligowanie adresata decyzji do przedstawienia do akceptacji Prezesowi UOKiK potencjalnego inwestora w stosunku do mienia objętego warunkiem. Kryteria oceny tego inwestora zawiera pierwotna decyzja warunkowa. Organ antymonopolowy ocenia potencjalnych inwestorów. Może on ich zaakceptować, ale również odrzucić jako niespełniających kryteriów określonych w decyzji warunkowej. W tej sytuacji powstało zagadnienie, czy możliwe jest zaskarżenie odmowy akceptacji potencjalnego inwestora przez Prezesa UOKiK. Kwestia ta była przedmiotem wyroku SOKiK.

Sąd antymonopolowy podkreślił, że skoro Prezes UOKiK w prawomocnej decyzji zastrzegł sobie jako warunek koncentracji akceptację nabywcy części sieci to jego stanowisko w tym zakresie (akceptujące lub nieakceptujące potencjalnego nabywcę) jako stanowiący przejaw woli administrujących w państwie, o charakterze władczym i zewnętrznym, rozstrzygający konkretną sprawę, konkretnie określonej osoby prawnej w postępowaniu unormowanym przez przepisy proceduralne mogło być wyrażone wyłącznie w formie decyzji administracyjnej, gdyż przepisy prawa nie przewidywały innej formy zakończenia sprawy. Pomijając w tym miejscu kwestię dopuszczalności wydawania na podstawie art. 19 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów warunków polegających w istocie na konieczności późniejszego uzyskania uznaniowej zgody organu, z uwagi na prawomocność decyzji, zważyć należało, że akceptacja nabywcy części sieci była warunkiem możliwości dokonania koncentracji. Akceptacja nabywcy była zatem sprecyzowaniem warunku koncentracji o którym mowa w art. 19 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Rozstrzygnięcie Prezesa UOKiK co do akceptacji lub odmowy akceptacji nabywcy sieci było zatem rozstrzygnięciem w ramach powołanego wyżej przepisu. Uznanie za dopuszczalne wyrażenia akceptacji lub odmowy akceptacji nabywcy w innej formie niż orzeczenie administracyjne pozbawiałoby stronę konstytucyjnego prawa sądu. Pomimo braku oznaczenia pisma jako decyzji, w ocenie Sądu ma ono taki charakter, gdyż zawiera ono minimum elementów do zakwalifikowania go w ten sposób. W szczególności zawiera ono oznaczenie organu administracji państwowej, wskazanie adresata aktu, rozstrzygnięcie o istocie sprawy oraz podpis osoby reprezentującej organ administracji. Podpisany pod pismem posiadał upoważnienie „do podpisania pisma przedstawiającego stanowisko Prezesa UOKiK”, a więc również stanowiącej szczególną formę pisma decyzji administracyjnej. W tej sytuacji powód mógł skutecznie wnieść odwołanie⁷⁰.

⁷⁰ Postanowienie SOKiK z 14 kwietnia 2014 r., XVII AmA 2/13, niepublikowane.

Orzeczenie to było wysoce kontrowersyjne i od początku wzbudzało wątpliwości. Podzielił je Sąd Apelacyjny, który uchylił wspomniane orzeczenie SOKiK⁷¹. Sąd Apelacyjny uznał, że pismo Prezesa odmawiające akceptacji inwestora nie stanowiło decyzji administracyjnej podlegającej zaskarżeniu do SOKiK, zgodnie z art. 479(28) k.p.c. Zawierało ono w swojej treści stanowisko organu regulacyjnego co do możliwości realizacji przez UPC warunków przewidzianych w decyzji z dnia 5 września 2011 r. Wydane zostało w oparciu o procedurę przewidzianą w decyzji z dnia 5 września 2011 r. i stanowiło w istocie element stanu faktycznego składającego się na proces wykonywania przez UPC obowiązków nałożonych w decyzji warunkowej z dnia 5 września 2011 r. Prezes UOKiK realizował w tym zakresie własne uprawnienie (prawo do odmowy zatwierdzenia oferenta), stanowiące jeden z warunków uprzednio dokonanej koncentracji, które przewidziane zostały w decyzji koncentracyjnej. W efekcie stanowisko Prezesa co do spełnienia przez podmioty trzecie wskazane przez UPC warunków wynikających z decyzji koncentracyjnej nie stanowiło konkretyzacji norm prawa materialnego w celu definitywnego ustalenia sytuacji prawnej (określenia praw i obowiązków) oznaczonego adresata w indywidualnej sprawie administracyjnej. Ponadto, stanowisko Prezesa UOKiK nie stanowiło władczego ustalenia co do spełnienia lub niespełnienia przez powoda warunków koncentracji wynikających z decyzji.

Należy w pełni podzielić stanowisko Sądu Apelacyjnego, gdyż w obecnym stanie prawnym nie ma możliwości uznawania akceptacji inwestora za akt administracyjny. Należy pamiętać, że decyzja administracyjna może być wydawana w oparciu o przepisy powszechnie obowiązującego prawa administracyjnego. Ponadto, akceptacja inwestora jest częścią ostatecznej decyzji koncentracyjnej, która nie może być skarżona. Jeżeli adresat decyzji warunkowej miał wątpliwości, mógł zaskarżyć decyzję w okresie miesiąca od jej doręczenia.

6. Wnioski

Analizując ewolucję kognicji SOKiK, należy wskazać, że sąd ten przestał być wyłącznie sądem antymonopolowym w ścisłym tego słowa znaczeniu, a jego kompetencja poszerzyła się o rozpoznawanie spraw regulacyjnych oraz z zakresu publicznoprawnej ochrony konsumentów. Podkreśleniu tych zmian służyło wydzielenie w k.p.c. osobnych rozdziałów tworzących cztery nowe kategorie postę-

⁷¹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 9 kwietnia 2015 r., VI ACa 818/14, niepublikowane.

powań. Co istotne, rozszerzenie kompetencji sądu antymonopolowego dotyczyło zarówno spraw ze swojej istoty administracyjnych (rozpoznawanie odwołań od decyzji), jak i orzekania w sprawach o materialnym charakterze cywilnym (kontrola wzorców umownych)⁷².

Obserwując ewolucję kognicji SOKiK, widać także, że ustawodawca przyjął dość ułomny sposób określania tej właściwości, co widoczne jest szczególnie na przykładzie art. 479(28) k.p.c. Z jednej strony przepis ten zawiera ogólne wskazanie właściwości SOKiK do rozpoznawania odwołań od decyzji Prezesa UOKiK, a z drugiej strony zawiera kazuistyczne wyliczenie zaskarżalnych do SOKiK postanowień lub czynności. Taki sposób określenia właściwości jest niepoprawny, gdyż może sugerować uniwersalność kognicji SOKiK w stosunku do Prezesa UOKiK wynikającą z k.p.c.⁷³ Przekłada się to potem w praktyce na rozszerzającą wykładnię formalnie kazuistycznie uregulowanych rozpoznawanych przez SOKiK zażaleń⁷⁴.

Pomimo stopniowego rozszerzania kognicji sądu antymonopolowego i powierzenia mu do rozpoznawania coraz to nowych rodzajów spraw, ustawodawca nie zdecydował się na uczynienie z SOKiK sądu sprawującego uniwersalną jurysdykcję nad całością aktywności organu antymonopolowego oraz organów regulacyjnych. Od początku widoczny był dualizm jurysdykcyjny sądów administracyjnych i sądu antymonopolowego w stosunku do wspomnianych organów administracji. Co istotne, ten dualizm dotyczył nie tylko różnych rodzajowo spraw rozpatrywanych przez dany organ⁷⁵, ale mógł mieć miejsce w tej samej sprawie⁷⁶. Dodatkowo powstawały sytuacje, kiedy trudno było ustalić jurysdykcję właściwego sądu⁷⁷.

⁷² Formalnie wszystkie sprawy rozpatrywane przez SOKiK są sprawami cywilnymi.

⁷³ Tak np. przyjmuje M. Sieradzka, *Glosa do postanowienia NSA z dnia 11 lutego 2009 r., II GSK 749/08*, LEX/el.

⁷⁴ Przykładem jest postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 30 listopada 2016 r., VI ACz 2293/16, niepublikowane. Vide krytyczną głosę do tego orzeczenia M. Błachuckiego, *Orzecznictwo Sądów Polskich* 2017, nr 10.

⁷⁵ Przykładowo organ antymonopolowy sprawuje jurysdykcję w zakresie spraw antymonopolowych oraz spraw z zakresu ogólnego bezpieczeństwa produktów. W przypadku pierwszego rodzaju spraw właściwy do rozpoznawania odwołań od decyzji jest SOKiK, w zakresie drugiego rodzaju spraw zachowany jest standardowy tryb kontroli administracyjnej i sądownoadministracyjnej.

⁷⁶ Przykładowo w jednej sprawie sąd administracyjny rozpatruje skargę na bezczynność, a SOKiK rozpatruje środki prawne od wydanych aktów administracyjnych.

⁷⁷ Vide postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 30 listopada 2016 r., VI ACz 2293/16, niepublikowane.

W tym miejscu należy podkreślić, że w zakresie omawianego zagadnienia mamy do czynienia z dualizmem jurysdykcyjnym, a nie z konkurencją jurysdykcyjną. Oznacza to, że nawet jeżeli pozornie ta sama sprawa mogłaby być rozpoznawana zarówno przez sąd administracyjny, jak i przez sąd powszechny, należy przyjąć, że takie rozwiązanie jest systemowo niedopuszczalne i tylko jeden sąd może być właściwy w danej sprawie. Można wskazać, że problem pozornej konkurencyjnej jurysdykcji sądu powszechnego i sądu antymonopolowego przy rozpatrywaniu środków prawnych od pewnej kategorii aktów administracyjnych podejmowanych przez organ antymonopolowy występował już w przeszłości. Zgodnie z ustawą antymonopolową z 1990 r. w pierwotnym brzmieniu, do rozpatrywania odwołań od decyzji organu antymonopolowego właściwy był sąd powszechny. Jednakże w odróżnieniu od odwołań od decyzji administracyjnych, sprawa właściwości sądowej w sprawach rozpatrywania zażaleń na postanowienia organu antymonopolowego nie została w ustawie antymonopolowej z 1990 r. uregulowana. Wszelako jak wskazywano w doktrynie, nawet w takiej sytuacji brak było podstaw do twierdzenia, aby właściwym do rozpatrywania zażaleń był NSA. Za niedopuszczalne uznawano sytuację, kiedy w sprawach antymonopolowych istniałaby dwutorowość: w odniesieniu do odwołań właściwym jest sąd antymonopolowy, a w odniesieniu do zażaleń – NSA⁷⁸.

Kluczowe znaczenie dla określenia kognicji sądowej w sprawach antymonopolowych i innych rozstrzyganych przez Prezesa UOKiK powinny mieć przepisy materialne prawa administracyjnego, gdyż to one determinują formę i treść czynności prawnych organu antymonopolowego. Przy okazji należy też pamiętać, że przekazywanie jurysdykcji do rozpoznawania środków prawnych od aktów administracyjnych podejmowanych przez organ administracji sądowi powszechnemu jest sytuacją wyjątkową i wymaga szczególnej podstawy materialnoprawnej zawartej w ustawie prawa administracyjnego. Z tego powodu art. 479(28) § 1 pkt 1 k.p.c., który przewiduje, że *SOKiK jest właściwy w sprawach odwołań od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* nie będzie rozstrzygał o właściwości tego sądu do rozpoznania odwołania od danej decyzji administracyjnej, ale uczyni to ustawodawca w szczególnej ustawie prawa administracyjnego określającej właściwość organu antymonopolowego i drogę odwoławczą. Dlatego też sam przepis k.p.c. stanowi jedynie wtórne i lustrzane odbicie stosownej regulacji prawnoadministracyjnej i nie może samoistnie determinować drogi sądowej. Z tego względu poprawna wykładnia językowa powinna uwzględniać łączną interpretację odpowiedniego przepisu administracyjnej ustawy szczegól-

⁷⁸ T. Gosztyła, *Wybrane zagadnienia regulacji i orzecznictwa antymonopolowego*, Radca Prawny 1993, nr 2, s. 26.

nej oraz k.p.c. Natomiast przesądzenie o tym, czy w danej sprawie antymonopolowej będzie zasadna ochrona sądowa będzie możliwe dopiero po analizie p.p.s.a., która to ustawa może stwarzać możliwość skarżenia tych czynności Prezesa UOKiK, które nie mogą być kwestionowane przed SOKiK. Należy też pamiętać, że w odniesieniu do niektórych czynności prawnych Prezesa UOKiK żadna ochrona sądowa może nie być przewidziana (czego dowiódł wcześniejszy przegląd wyroków i postanowień sądów w sprawach antymonopolowych).

Przeprowadzone badanie najnowszego orzecznictwa sądowego pokazało także, że wciąż wiele kwestii pozostaje problematycznych. Orzecznictwo sądów powszechnych oraz administracyjnych stara się je rozwiązywać, nawet jeśli efekt końcowy nie zawsze zasługuje na aprobatę. Dokonana analiza pokazała, że sądy są generalnie za maksymalnie szerokim rozszerzaniem ochrony sądowej adresatów czynności Prezesa UOKiK, co jest niewątpliwie dobrym znakiem (szczególnie w kontekście wcześniejszej tendencji do ucieczki od orzekania). Należy mieć nadzieję, że sądy będą doskonalily orzecznictwo w sprawach antymonopolowych, co przełoży się na większą pewność prawną przedsiębiorców oraz poprawi standard prowadzonych postępowań antymonopolowych.

Wykaz literatury

1. Bernatt M., *Między pełną kontrolą sądową a poszanowaniem polityki karania organu administracji – o sądowej kontroli kar nakładanych w sprawach konkurencji*, Europejski Przegląd Sądowy, 2016, nr 9.
2. Bernatt M., *W sprawie kontroli sądowej postępowania przed Prezesem UOKiK*, Państwo i Prawo 2013, z. 3.
3. Błachucki M., *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 30 listopada 2016 r.*, VI ACz 2293/16, Orzecznictwo Sądów Polskich 2017, nr 10.
4. Błachucki M., *Postępowanie skargowe jako próba zastępczej regulacji ochrony interesów faktycznych osób trzecich w postępowaniu administracyjnym po likwidacji instytucji osoby zainteresowanej*, [w:] M. Błachucki, G. Sibiga (red.), *Skargi, wnioski i petycje – Powszechne środki ochrony prawnej*, Presscom, Wrocław 2017.
5. Błachucki M., *Sądownictwo antymonopolowe w Polsce – historia i ustrój*, UOKiK, Warszawa 2011.
6. Błachucki M., *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców*, UOKiK, Warszawa 2012.
7. Błachucki M., *Właściwość sądów administracyjnych i sądów powszechnych w sprawach antymonopolowych*, [w:] *Właściwość sądów administracyjnych*

- i sądów powszechnych w sprawach antymonopolowych*, M. Błachucki i T. Górzyńska (red.), Wydawnictwo NSA, Warszawa 2011.
8. Gosztyła T., *Wybrane zagadnienia regulacji i orzecznictwa antymonopolowego*, Radca Prawny 1993, nr 2.
 9. Gronowski S., *Sądownictwo z zakresu ochrony konkurencji w Polsce (wybrane problemy)*, [w:] *Prawo konkurencji – stan obecny oraz przewidywane kierunki zmian*, C. Banasiński (red.), UOKiK, Warszawa 2006,
 10. Gronowski S., *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, C.H., Beck, Warszawa 1996.
 11. Harla A. G., *Postępowanie sądowe w sprawach antymonopolowych*, Palestra 1991, nr 5–7.
 12. Modzelewska-Wąchal E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Twigger, Warszawa 2002,
 13. Modzelewski W., *Nowa ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Podstawowe zagadnienia*, Konsfin, Warszawa 1990.
 14. Sieradzka M., *Głosa do postanowienia NSA z dnia 11 lutego 2009 r., II GSK 749/08*, LEX/el.
 15. Sieradzka M., *Sądowa weryfikacja decyzji i postanowień wydanych przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (cz. I i II)*, Rejent 2007, nr 10 i 11.
 16. Stankiewicz R., *Likwidacja procedur hybrydowych – krok w dobrym kierunku czy szkodliwy dogmatyzm?*, [w:] *Aktualne problemy rozgraniczania właściwości sądów administracyjnych i sądów powszechnych*, M. Błachucki i T. Górzyńska (red.), Wydawnictwo NSA, Warszawa 2011.
 17. Turno B., *Model sądowej kontroli decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Państwo i Prawo 2012, z. 10.

THE ROLE AND THE JURISDICTION OF CIVIL AND ADMINISTRATIVE COURTS IN ANTIMONOPOLY CASES IN THE LIGHT OF THE LATEST CASE-LAW AND NORMATIVE AMENDMENTS

The article presents the latest developments in jurisprudence and the law in relation to the role and the jurisdiction of courts in the antimonopoly cases. The basic assumption of the article is that there exist parallel jurisdiction of civil and administrative courts in competition cases and sometimes it is hard to determine which court is competent to hear particular competition case. The article begins with an analysis of recent changes in the law that influenced jurisdiction of the civil antimonopoly court. It is followed by the discussion of the latest Supreme Court jurisprudence concerning the role of the civil antimonopoly court. The next analyzed issue is the identification of all administrative acts issued by the antimonopoly authority together with determination which court is competent to hear appeals against each of them. It provides a good background for a detailed analysis of non-typical acts of the antimonopoly authority with an attempt to clarify which court has jurisdiction over them. The article concludes with critical observation that parallel jurisdiction of civil and administrative courts in competition cases is a source of constant problems. Especially civil courts tend to ignore the fact that administrative courts do play a role in competition cases simply because civil courts do not possess legal tools to offer judicial protection for addressees of certain types of actions of the antimonopoly authority.

Joanna Mucha-Kujawa ■

TEORETYCZNOPRAWNE ASPEKTY PRZEDSTAWICIELSTWA ORGANIZACYJNEGO JAKO PRAGMATYCZNEGO SPOSOBU REPREZENTACJI OSOBY PRAWNEJ

1. Erozja tzw. organicznej teorii osoby prawnej i jej konsekwencje

Konstrukcja prawna osób prawnych, które odgrywają istotną rolę w życiu społeczno-gospodarczym, biorąc aktywny udział w obrocie prywatnoprawnym, od dawna wzbudzała kontrowersje. W ramach dyskusji teoretycznej, poświęconej wyjaśnianiu istoty osoby prawnej, ścierały się dwa główne nurty teoretyczne: tzw. teorie fikcji prawnej i teorie organiczne osób prawnych. Na gruncie tych rozważań doniosłą rolę odgrywało zagadnienie reprezentacji osób prawnych.

Teoria fikcji, której inspiratorem był F. C. von Savigny, odmawiała osobom prawnym podmiotowości prawnej.¹ Zwolennicy tego kierunku twierdzili, że tylko człowiek może być podmiotem stosunku prawnego, gdyż tylko on jest osobą w znaczeniu prawnym (posiada zdolność do czynności prawnych). Człowiek jako istota zdolna do myślenia i wyrażenia swojej woli może posiadać zdolność do dokonywania czynności prawnych, zaś osoby prawne ze względu na brak natury ludzkiej zdolności takiej nie posiadały. Aby umożliwić osobom prawnym działanie w obrocie prawnym, zaproponowano posługiwanie się fikcją prawną,

¹ F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, II Band, Berlin 1840, s. 236–240, 282 i nast.

pozwalającą traktować wolę organów osób prawnych jako wolę danej osoby prawnej (osobom prawnym w drodze fikcji przypisywano zdolność prawną).

Przypisywanie zdolności prawnej osobom prawnym odbywało się w oparciu o konstrukcję **przedstawicielstwa ustawowego** analogicznie jak ma to miejsce w przypadku osób fizycznych, niezdolnych do dokonywania czynności prawnych (małoletni, ubezwłasnowolniony całkowicie)², dla których ustanawia się przedstawiciela ustawowego. Przy przedstawicielstwie ustawowym osób fizycznych przedstawiciel, działając w granicach określonych ustawą, dokonuje czynności prawnych w imieniu i na rzecz reprezentowanego. Stosowanie konstrukcji przedstawicielstwa ustawowego, przewidzianej dla indywidualnych osób fizycznych postulowano – na gruncie teorii fikcji – dla osób prawnych i ich organów.

Na gruncie teorii fikcji osoby prawne, co prawda, istniały (działały, występowały w obrocie), lecz zdolność do działania w sferze praw majątkowych, w sferze prawa prywatnego przyznawano im w drodze fikcji prawnej, polegającej na działaniu przedstawiciela i przejawach jego woli (woli określonego człowieka), które były przypisywane (jako własna wola i własne działania) osobie prawnej³. Ponadto według przedstawicieli teorii fikcji osoby prawne nie były zdolne do popełnienia przestępstw ani deliktów, ponieważ winę umyślną (*dolus*) albo winę nieumyślną – niezachowanie należytej staranności (*culpa*), można przypisać jedynie osobom fizycznym (przedstawicielom), nie zaś osobom prawnym.⁴

W opozycji wobec teorii fikcji zostały sformułowane teorie uznające realny byt osoby prawnej, w szczególności tzw. **teoria organiczna**. Zgodnie z teorią organiczną organy osób prawnych traktowano jako „organiczne części ustroju osób prawnych”, przypominające pod względem funkcjonalnym organiczne części osoby fizycznej, za pomocą których człowiek objawia swoją wolę⁵. Uznawano, że osoba prawna „jest rzeczywistą i pełną osobą, równą pojedynczej

² „W sytuacji przedstawicielstwa z woli chodzi o realizację, o sposób korzystania z prywatnej autonomii, a w sytuacji przedstawicielstwa z ustawy – o możliwość działania, korzystania z prawa przez reprezentowanego”, W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Band 2, Das Rechtsgeschäft, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1965, s. 752.

³ F. C. von Savigny, *System...*, op. cit., s. 312.

⁴ Odmiennie G. F. Puchta, który uważał, że można by przypisać osobie prawnej, skoro można przypisać skutki działań tych osób, także winę umyślną (*dolus*) i niezachowanie należytej staranności (*culpa*). F. C. von Savigny, *System...*, op. cit. s. 312.

⁵ F. Zoll, *Prawo cywilne w zarysie*, tom I, *Część ogólna*, wydanie drugie, Księgarnia Powszechna, Kraków 1948r, s. 119.

osobie ludzkiej”⁶, posiadającą wspólną wolę, działającą przez swoje organy oraz posiadającą zdolność do odpowiedzialności deliktowej.⁷

Na gruncie teorii organicznej została sformułowana **tzw. teoria organów** (O. von Gierke⁸), zgodnie z którą osoba prawna za pomocą organów może działać na zasadzie podobnej do istoty ludzkiej: może myśleć, wyrażać swoją wolę⁹, a realne osoby zbiorcze są nie tylko zdolne do działań prawnych, ale także do wyrażania woli, do działania¹⁰. Dla wyjaśnienia mechanizmu działania organów osoby prawnej posłużono się metaforą – dokonano obrazowego porównania organów osoby prawnej do organów człowieka¹¹, by ukazać w jaki sposób działa osoba prawna, tj. posługuje się (podobnie do człowieka) mową, porusza rękami, działa itd.¹² Te obrazowe porównania z ludzkim organizmem były tylko pomocniczym środkiem poznania działania osób prawnych – działanie organu było działaniem organu, a nie osoby prawnej, a tylko skutki tego działania **dotyczyły** nie organu samego, ale **osoby prawnej jako całości**. Owe skutki działania organu były **ostatecznie przypisywane**, podobnie jak w teorii fikcji, **osobie prawnej**.¹³

Zarówno na gruncie teorii fikcji, jak i w przypadku teorii organów czynności dokonywane są przez organy, a dopiero ich **skutki przypisywane są osobie prawnej**. W akcie przypisywania skutków prawnych osobie prawnej **nie ma żadnej różnicy między organem (teoria organów) i przedstawicielem (teoria fikcji) – w przypisaniu (zarachowaniu) skutków „zgadzają się” teoria organów i teoria przedstawicielstwa całkowicie**. W sensie prawnym zarachowania, zarówno działania przedstawiciela, jak i działania organu są ostatecznie przypisywane osobie zbiorowej – osobie prawnej. Na gruncie obu teorii występuje więc pewien element „pośredniości” w przypisywaniu skutków dokonywanych czynności – osoba prawna nie działa sama, lecz za pomocą

⁶ K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Verlag C.H. Beck, München 2004 s. 149.

⁷ O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 67., neubearbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2008, s. 22.

⁸ O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht, Erster Band, Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig 1895, s. 469 i nast.

⁹ O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, op. cit., s. 469 i nast.

¹⁰ O. Von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1887, s. 603.

¹¹ Ale wyłącznie osoba prawna posiada organy w sensie prawnym (Organe im Rechtssinne). O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 615

¹² O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 472.

¹³ O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 472; D. Kleindiek, *Deliktshaftung und juristische Person: zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern*, Mohr Siebeck, 1997, s. 176–177.

(za pośrednictwem) organu lub przedstawiciela, jedyna różnica będzie polegała na tym, że organ jest częścią osoby prawnej, zaś przedstawiciel stoi na zewnątrz tej struktury.¹⁴

Według twórcy teorii organów O. von Gierkego zachowanie piastuna (zarządcy) organu, dokonanie czynności prawnej lub działań prawnych było zarachowywane w jego prawnym skutku osobie prawnej. Gierke, charakteryzując relacje między organem osoby prawnej a tą osobą, w szczególności uwypuklając zarachowanie działań organów tej osobie prawnej, teorię organów (*Organschaft*) traktował jako pewną formę przedstawicielstwa (*Stellvertretung*), lecz nie jako **przedstawicielstwo ustawowe** osób fizycznych (przedstawiciel indywidualno-prawny), ale jako tzw. **przedstawicielstwo organizacyjne** (*organschaftlicher Vertretung*).¹⁵

2. Europejski zwrot w kierunku przedstawicielstwa organizacyjnego

Konsekwencją odróżnienia między działaniem za pomocą organu osoby prawnej (prawnej społeczności – *sozialrechtliche Organschaft*) i działaniem przez przedstawicielstwo prawno-indywidualne (*individualrechtlichen Stellvertretung*)¹⁶ było postrzeganie osoby prawnej jako **pewnej całości złożonej z elementów**¹⁷, pewnego złożonego organizmu, w którym „organ ma swoją pozycję wewnątrz, przedstawiciel na zewnątrz”.¹⁸

Szczególne znaczenie w tym zakresie miało podkreślenie odmienności stosunku przedstawicielstwa organizacyjnego w osobie prawnej (organu) od stosunku przedstawicielstwa między niezwiązanymi, pojedynczymi osobami (tzw. jednostkowego przedstawicielstwa ustawowego). Wskazana odmienność opierała się – po pierwsze – w różnym źródle władzy przedstawicielskiej piastuna organu i przedstawiciela osoby fizycznej, a po drugie – w różnej pozycji prawnej wobec tego, kogo te podmioty reprezentowały.¹⁹ Podstawą upoważnienia (umo-

¹⁴ D. Kleindiek, *Deliktshaftung und juristische Person...*, op. cit., s. 177.

¹⁵ O. Von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie...*, op. cit. s. 623.

¹⁶ O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 297.

¹⁷ Pewna prawna jedność, pewien prawny porządek. D. Kleindiek, *Deliktshaftung und juristische Person...*, op. cit., s. 177; przy czym osoba związana (*Verbandsperson*) jest osobą wyłącznie na mocy przepisu prawa. O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 471.

¹⁸ O. von Gierke, *Verhandlungen des 28.DJT (1905) I*, s. 102, 111.

¹⁹ D. Kleindiek, *Deliktshaftung und juristische Person...*, op. cit., s. 177.

cowania do działania) przedstawicielskiego organu osoby prawnej nie jest indywidualna czynność prawna, ale „specyficzny, społeczno–prawny fakt ustanowienia organu”, pewien ustrój (konstytucja) tej osoby prawnej, a więc organizacja osoby prawnej.²⁰

Także relacja prawna piastuna organu (zarządcy organu) wobec osoby prawnej jest różna od pozycji pełnomocnika wobec reprezentowanego. **Osoba fizyczna** (indywidualna) **może**²¹ ustanowić przedstawiciela, który dla niej działa – możliwość tego umocowania jest konsekwencją jej podmiotowości prawnej. Z kolei **osoba prawna (zbiorowa)**, aby nabywać i wykonywać prawa, zaciągać zobowiązania i móc je spełniać, **musi być reprezentowana** (zastępowana) przez piastuna organu. Organ (tworzony przez pojedynczych ludzi) jest więc koniecznym warunkiem udziału osoby prawnej w obrocie prawnym.²² Na tym polegała odmienność działania za pomocą organu (*organschaft*) w stosunku do przedstawicielstwa jednostki za pomocą pełnomocnictwa (*individualrechtlichen Stellvertretung*), będąca swego rodzaju analogią do ustawowego przedstawicielstwa nieletniego przez rodziców, opiekuna lub kuratora.²³

Osoba prawna bez instytucji przedstawicielskiej nie mogłaby istnieć prawnie, członkowie organu przedstawicielskiego (np. członkowie zarządu spółki akcyjnej lub zarządcy spółki z o.o.) znajdują się w ramach tej osoby (a nie – jak pełnomocnicy – na zewnątrz tej zbiorowej osoby), tworząc razem z członkami tej osoby prawnej oraz z przyporządkowanymi przedmiotami majątkowymi zorganizowaną, powiazaną jedność „*zusammengesetzte Ganze*”²⁴.

„Powiązanie” między piastunami (zarządcami organu) i osobą prawną nie można było w sposób wyczerpujący objąć (opisać) za pomocą instrumentarium prawnego-indywidualnego przedstawicielstwa osób fizycznych, chociażby dlatego, że piastunowie organów działają nie dla jakiegoś obcego podmiotu jak przedstawiciel osoby fizycznej, lecz występują dla osoby prawnej i nie jako podmiot trzeci, a raczej jako **prawnie organizacyjna część składowa**, której prawa i obowiązki nie mogą być oddzielone od praw i obowiązków osoby prawnej (w odróżnieniu od przedstawicielstwa osób fizycznych).²⁵

²⁰ Ibidem, s. 177–178.

²¹ a jedynie w sytuacji wskazanej w ustawie – musi.

²² O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 472 i nast..

²³ O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 472.

²⁴ O. von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie...*, op. cit., s. 176. Skuteczność działań przedstawiciela zależy od norm statutowych i ustawowych. Ibidem, s. 700.

²⁵ Przedstawicielstwo osoby prawnej rozumiane jest nie jako przedstawicielstwo jednej osoby za inną, ale przedstawicielstwo całości przez jej część. O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 474–475.

Osoby prawne mogą działać tylko za pomocą określonych, działających dla nich osób fizycznych (piastunów organów), których **wiedza, wola, działanie i zaniechanie jest normatywnie przypisywane (zarachowywane) osobie zbiorowej**. Relacja prawna między osobą prawną i jej ustawowymi przedstawicielami – organami – jest wprawdzie stosunkiem przedstawicielstwa ale nie jest on identyczny z prawno-indywidualnym przedstawicielstwem, zachodzącym między dwoma niezwiązanymi osobami, lecz **podlega on pewnym osobliwociom przedstawicielstwa organizacyjnego**.²⁶

W czasach współczesnych, skoncentrowanych na nowoczesnym obrocie, poszukuje się adekwatnych – nowoczesnych i harmonijnych rozwiązań, również w zakresie działania i konstrukcji osób prawnych. Jak się wydaje, naturalistyczne (wywodzące się z XIX-wiecznych teorii antropomorfizujących osoby prawne na wzór osób fizycznych) traktowanie organów osób prawnych jako części składowej (składnika struktury) osoby prawnej, wytwarzających wolę tej osoby podlega erozji. Jest to szczególnie zauważalne na gruncie europejskich porządków prawnych.

W państwach europejskich o germańskiej tradycji prawnej do wyjaśnienia **konstrukcji osób prawnych coraz powszechniej stosuje się nie tylko konstrukcję przedstawicielstwa ustawowego**, lecz także – przedstawicielstwa organizacyjnego. Według konstrukcji przedstawicielstwa ustawowego czynność prawna, która jest wynikiem działania przedstawiciela, jest czynnością reprezentowanego²⁷. Co prawda, dokonując czynności prawnej, działa przedstawiciel, lecz on „autoryzuje” czynność dla reprezentowanego i to reprezentowany jest *dominus negotii*.²⁸ Przedstawiona konstrukcja, w odróżnieniu od XIX-wiecznej teorii reprezentacji, **nie posługuje się już fikcją**, lecz konstrukcją **zarachowania** (*zurechnung*). Oznacza to, iż jeżeli przedstawiciel oświadcza, że czynność prawna, której dokonuje, ma skutek dla reprezentowanego i jeśli jest przez niego autoryzowana, to czynność jest skuteczna wobec reprezentowanego. Jeśli działanie przedstawiciela i autoryzację uzna się za ważną, to należy czynność prawną (która jako taka jest czynnością reprezentowanego) uznać za wiążącą

²⁶ D. Kleindiek, *Deliktshaftung und juristische Person...*, op. cit., s. 180–181.

²⁷ P. Laband, *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem ADHGB*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Erlangen, Bd. 10, 1866, s. 187; W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts...*, op. cit., s. 780.

²⁸ Jeśli przedstawiciel zawiera w cudzym imieniu i w granicach przedstawicielstwa umowę kupna, to wprawdzie on dokonuje czynności prawnej, ale ostatecznie umowa kupna jako wynik czynności prawnej nie jest jego czynnością, lecz jest czynnością reprezentowanego. To reprezentowany, a nie przedstawiciel, jest kupcem lub sprzedającym. Tak W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts...*, op. cit., s. 752.

dla reprezentowanego, a nie dla przedstawiciela.²⁹ Co należy podkreślić – **właściwe przedstawicielstwo rozciąga się dodatkowo na tworzenie woli**³⁰.

Jednakże w doktrynie niemieckiej i austriackiej wyróżnia się coraz częściej obok przedstawicielstwa ustawowego podmiotów prawnych tzw. **przedstawicielstwo organizacyjne** (statutowe) osób prawnych przez ich organy (*organ-schaftlicher Vertretung*)³¹.

W ujęciu teoretycznym przedstawicielstwo organizacyjne polega na tym, że osoba prawna sama jest niezdolna do czynności prawnych (nie może działać) i dlatego zmuszona jest, aby jej działanie opierało się na działaniu jej organów, tj. osób, które są uprawnione, aby tworzyć wolę osoby prawnej. Przedstawicielstwo organizacyjne, jako trzeci, samodzielny rodzaj przedstawicielstwa, jest zrównane z przedstawicielstwem ustawowym.³²

W omawianym rodzaju przedstawicielstwa charakterystyczne jest to, że **organy osoby prawnej** są traktowane jako jej **przedstawiciele organizacyjni (ustawowi)**, którzy **składają własne oświadczenia woli**, lecz **wywołujące skutki prawne dla mocodawcy – osoby prawnej**³³.

Dla ogólnej konstrukcji przedstawicielstwa istotna jest tzw. **władza przedstawicielska**, czyli pewna prawna władza (legitymacja), mocą której skutki prawne czynności prawnej, dokonanej przez przedstawiciela, dotyczą bezpośrednio reprezentowanego.³⁴

Władza przedstawicielska, w zależności od rodzaju przedstawicielstwa, powstaje w różny sposób: a) w przypadku przedstawicielstwa ustawowego na podstawie ustawy lub aktu państwowego, b) w przypadku pełnomocnictwa – na

²⁹ Ibidem, s. 752.

³⁰ „Die eigentliche Stellvertretung jedoch erstreckt sich zugleich auf die Willensbildung”. O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Erster Band, op. cit., s. 296.

³¹ W RFN dyskutowane były też tzw. teoria fikcyjna, teoria realnych związków osobowych i teoria majątku celowego. K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 148.

³² Zdaniem W. Flumego uprawniony do reprezentowania organ osoby prawnej ma pozycję przedstawiciela ustawowego. W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band, op. cit., s. 780. Zob. B. Frensch, [w:] H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, *BGB Kommentar*, 6., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Luchterhand 2011, s. 227; W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Zweiter Band, op. cit., s. 780; K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 83. Podobnie w doktrynie austriackiej wyróżnia się tzw. przedstawicielstwo organizacyjne (przez organy). Zob. np. P. Bydlinski, *Grundzüge des Privatrechts für Ausbildung und Praxis*, 8., wesentlich überarbeitete Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2010, s. 80.

³³ B. Frensch, [w:] H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, *BGB Kommentar...*, op. cit., s. 227; podobnie w Austrii zob. P. Bydlinski, *Grundzüge ...*, op. cit., s. 80.

³⁴ B. Frensch, [w:] H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, *BGB Kommentar...*, op. cit., s. 227; P. Bydlinski, *Grundzüge ...*, op. cit., s. 227.

podstawie czynności prawnej (pełnomocnictwo), c) w przypadku przedstawicielstwa organu – wynika z tego, że osoba prawna sama nie jest zdolna do działania i dlatego konieczne jest działanie jej organu, tzn. osób, które są upoważnione, aby kształtować wolę osoby prawnej.³⁵

Zgodnie z poglądem, że dla **przedstawicielstwa organu** chodzi o pewien specjalny przypadek (formę) ustawowego przedstawicielstwa, to **przedstawicielstwo organizacyjne** (zgodnie ze sformułowaniem § 26 ust. 2 zd. 1 BGB) zrównuje się jako **trzeci samodzielny rodzaj przedstawicielstwa z przedstawicielstwem ustawowym**³⁶. Zgodnie z teorią organów oświadczenie woli organu osoby prawnej jest **zarachowane osobie prawnej** (nie jest ono oświadczeniem jakiegoś obcego podmiotu) i poprzez działanie organu posiada cechy stanu faktycznego danej czynności prawnej.³⁷

Jak podkreśla się w doktrynie niemieckiej, w zakresie władzy przedstawicielskiej **przedstawicielstwo organizacyjne posiada pewne cechy szczególne, odróżniające je od innych rodzajów przedstawicielstwa**. Po pierwsze – w przeciwieństwie do przedstawicielstwa ustawowego i przedstawicielstwa na podstawie czynności prawnej **przy ustanowieniu władzy przedstawicielskiej organizacyjnej wymaga się aktu ustanowienia jako organu na podstawie prawa spółek**.³⁸ Ustawowe przedstawicielstwo i władza przedstawicielska dla osób prawnych i spółek musi w każdym przypadku być tak szeroka, by przedstawiciel (przedstawiciele) mógł „załatwiać” wszystkie sprawy³⁹

Po drugie – **poza zarachowaniem oświadczeń woli zakres władzy przedstawiciela organizacyjnego obejmuje też zarachowanie skutków działań**, polegających na obowiązku odszkodowawczym za działanie odpowiednio do § 31 BGB (skutki działania zwykłego przedstawiciela zarachowujemy mocodawcy, a wyrządzona przez niego szkoda nie jest zarachowana mocodawcy, lecz ponosi ją sam pełnomocnik). Po trzecie – zasadnicza, strukturalna różnica przedstawicielstwa organizacyjnego wobec przedstawicielstwa ustawowego i

³⁵ Organy zarządzające posiadają władzę przedstawicielską. J. Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts*, Neubearbeitung 2008, red. M. Martinek, Sellier – dr Gruyter, Berlin 2008, s. 111.

³⁶ K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 83; O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, op. cit., s. 35, 184.

³⁷ B. Frensch, [w:] H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, *BGB Kommentar...*, op. cit., s. 227; P. Bydlinski, *Grundzüge ...*, op. cit., s. 227.

³⁸ B. Frensch, [w:] H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, *BGB Kommentar...*, op. cit., s. 228; A. Baumbach, A. Hueck, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG*, 19. Auflage, C.H. Beck, München 2010, s. 648.

³⁹ K. Larenz, M. Wolff, *Allgemeiner Teil...*, op. cit., s. 833. Zob. też B. Frensch, [w:] H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, *BGB Kommentar...*, op. cit., s. 228 i nast.

przedstawicielstwa na podstawie czynności prawnej polega na **niemożliwości ograniczenia władzy przedstawicielskiej**. W przypadku przedstawicielstwa ustawowego władza przedstawicielska wynika z ustawy, a akt ustanowienia przedstawiciela może określać zakres jego zadań; przy przedstawicielstwie na podstawie czynności prawnej władza przedstawicielska wynika z pełnomocnictwa, w którym można ograniczyć zakres kompetencji pełnomocnika; przy organach osoby prawnej nie istnieje możliwość ograniczenia władzy przedstawicielskiej, gdyż organ osoby prawnej jest powołany do wszystkich czynności dotyczących przedsiębiorstwa (ewentualne ograniczenie działa tylko w stosunku wewnętrznym, a nie na zewnątrz), jest uprawniony do wszystkich działań przewidzianych dla danego organu, a ewentualne ograniczenia władzy przedstawicielskiej w stosunku wewnętrznym nie mają znaczenia dla zewnętrznej reprezentacji wobec osób trzecich.⁴⁰

Przedstawicielstwo organizacyjne na gruncie prawa niemieckiego znajduje wyraz w charakterze przedstawicielskim zarządu stowarzyszenia (§ 26 ust. 2), fundacji (§ 86), spółdzielni (§ 24 I ustawy o spółdzielniach), spółki akcyjnej (§ 78 ustawy o spółce akcyjnej AktG), jak również zarządców spółki z o.o. (§ 35 ustawy o spółce z o.o. – GmbHG), spółki jawnej i komandytowej przez osoby działające wspólników stosownie do §§ 123 II, III, 126 II, III HGB (BGHZ 64, 72, 75) i przy przedstawicielstwie spółki partnerskiej (stosownie do § 7 ust. 3 ustawy o partnerstwie z udziałem państwa). Ustawowa konstrukcja przedstawicielstwa nie znajdzie jednak zastosowania do czynności prawnych wspólników spółki prawa cywilnego, ponieważ wspólnik spółki cywilnej jest przedstawicielem na podstawie czynności prawnej.⁴¹

W szczególności w świetle prawa niemieckiego dla skutecznego ustanowienia przedstawiciela organizacyjnego – w odróżnieniu od przedstawicielstwa ustawowego i przedstawicielstwa na podstawie czynności prawnej – wymaga się specjalnego aktu ustanowienia na podstawie prawa spółek (§§ 27 I, 84 spółki akcyjnej, 46 nr 5 z o.o.), przez które ten przedstawiciel jest powoływany do pozycji organu. W szczególności umocowanie wynika z umowy spółki, względnie statutu.⁴²

Oprócz ogólnych przepisów BGB, które przewidują traktowanie organów osób prawnych jako przedstawicieli organizacyjnych tych osób, znaczenie odgrywają przepisy szczególne, dotyczące poszczególnych spółek. W literatu-

⁴⁰ B. Frensch, [w:] H. Prütting, G. Wegen, G. Weinreich, *BGB Kommentar...*, op. cit., s. 228.

⁴¹ Ibidem, s. 227.

⁴² O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht...*, op. cit., s. 474–475; P. Bydliński, *Grundzüge ...*, op. cit., s. 318, 670 i nast.

rze niemieckiej, w odniesieniu do spółki z o.o. wprost określa się jej zarządców jako przedstawicieli organizacyjnych w odróżnieniu od ustanawianych na mocy czynności prawnych prokurentów, pełnomocników handlowych itd.⁴³ Akcentuje się przy tym, że ustanowienie zarządcy (ale też rady nadzorczej, zgromadzenia wspólników) nie ma na celu jego umocowania – udzielenia pełnomocnictwa (jak w przypadku ustanowienia pełnomocnika na podstawie czynności prawnej), a chodzi tu o utworzenie organu, przez który i za pomocą którego spółka (osoba prawna) może w ogóle działać.⁴⁴

3. Polska nauka prawa wobec konstrukcji przedstawicielstwa organizacyjnego

W odróżnieniu od teoretycznoprawnego ujęcia konstrukcji organów osoby prawnej w Europie kontynentalnej jako trzeciego, równorzędnego z przedstawicielstwem ustawowym i pełnomocnictwem rodzaju przedstawicielstwa, w literaturze krajowej pojęcie i konstrukcja organu osoby prawnej nawiązuje nadal – ze względu na powszechne traktowanie organów jako „części porządku organizacyjnego osoby prawnej”, a działań tych organów jako działań samej osoby – do teorii organów⁴⁵.

Dla wyjaśnienia mechanizmu działania osoby prawnej stosowana jest, wyrosła na gruncie teorii realistycznej, tzw. teoria organów osób prawnych.⁴⁶ W myśl tej koncepcji organ tworzy i urzeczywistnia wolę osoby prawnej⁴⁷, a

⁴³ A. Baumbach, A. Hueck, *GmbHG*, op. cit., s. 670 – 671.

⁴⁴ Ibidem, s. 671.

⁴⁵ A. Klein, Charakter prawny organów osób prawnych, [w:] *Opera ad ius civile pertinentia charisteria Witoldo Czachórski oblata*, Universitatis Varsaviensis, Varsaviae MCMLXXXV, s. 122–123; S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego. Tom I. Część ogólna*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1985, s. 289 i nast.

⁴⁶ S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego. Tom I*, op. cit., s. 289; M. Pazdan, *Niektóre konsekwencje teorii organów osoby prawnej*, Prace Prawnicze Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1969, s. 204 i nast.; M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny, tom I*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 197; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, 9. wydanie, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 186 i nast.; S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1962, s. 206, A. Wolter A., J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, wydanie 2 zmienione, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa 2001, s. 209; S. Dmowski, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza, część ogólna*, Warszawa 1998, uwaga 1 do art. 38; A. Kidyba, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny, tom I, część ogólna*, 2. Wydanie, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 182.

⁴⁷ M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, op. cit., s. 197.

działanie organu traktuje się jako działanie samej osoby prawnej⁴⁸. Stosując prawny mechanizm przypisania, wola organów osoby prawnej zostaje przyporządkowana tej osobie prawnej, stanowiąc z prawnego punktu widzenia wolę osoby prawnej.⁴⁹

Aby działania osób (podmiotów), wykonujących funkcje organów osoby prawnej, mogły być traktowane jako działania tej osoby prawnej, powinny być dokonane jako działania tego organu oraz w ramach kompetencji danego organu. Regulacja taka ma istotne znaczenie przy określeniu skutków wad oświadczeń woli osoby prawnej (przekroczenie kompetencji skutkować będzie nieważnością czynności prawnej).

Dominująca w polskiej doktrynie teoria organiczna⁵⁰ została potwierdzona przepisami Kodeksu cywilnego (art. 38), lecz stanowisko to coraz częściej bywa kwestionowane⁵¹.

Pod wpływem rozwiązań europejskich w nauce polskiej zarysował się pogląd o traktowaniu organów osoby prawnej jako **przedstawicieli organizacyjnych (statutowych)**, to jest trzeciego typu (rodzaju) przedstawicielstwa (obok przedstawicielstwa ustawowego i na podstawie umowy). Zastrzec należy, że taki sposób traktowania organów osoby prawnej nie oznacza jednak powrotu do teorii reprezentacji, przyrównującej osobę prawną do pozbawionej zdolności do czynności prawnych osoby fizycznej.⁵²

⁴⁸ A. Klein, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 122; S. Grzybowski (red.) *System prawa cywilnego...*, op. cit., s. 289 i nast., 364–365; E. Płonka, *Mechanizm łączenia skutków działań prawnych z osobami prawnymi na przykładzie spółek kapitałowych*, Acta Universitatis Wratislaviensis, Prawo CCXXXI, Wrocław 1994, s. 14.

⁴⁹ M. Pazdan, *Niektóre konsekwencje...*, op. cit., s. 206.

⁵⁰ S. Grzybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, op. cit., s. 289; M. Pazdan, *Niektóre konsekwencje...*, op. cit., s. 204 i nast.; M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny*, op. cit., s. 197; Z. Radwański, *Prawo cywilne*, op. cit., s. 186 i nast.; S. Szer, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 206; A. Wolter A., J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 209; S. Dmowski, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego*, op. cit.; A. Kidyba, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny*, op. cit., s. 182.

⁵¹ A. Klein, *Charakter prawny...*, op. cit.; S. Sołtysiński, *Skutki działań piastunów wadliwego składu zarządu lub rady nadzorczej w spółkach kapitałowych oraz spółdzielniach*, [w:] *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Zakamycze, Kraków 2005.

⁵² A. Klein, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 124.

W polskiej doktrynie prawa przedstawicielstwo organizacyjne jest uznawane za rodzaj przedstawicielstwa ustawowego bądź statutowego. Podział przedstawicielstwa na ustawowe, pełnomocnictwo i przedstawicielstwo statutowe wyróżniał R. Longchamps de Berier. Zob. R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, wydanie II, Księgarnia Wydaw. Gubrynowicz i Syn, Lwów 1939, s. 122–139 (§ 19) i s. 81 (§ 14, IV).

Co prawda, zwolennicy teorii organicznej skupiają się na podkreśleniu różnic między organem a przedstawicielem, lecz przywoływane argumenty zdają się nie tyle wskazywać na całkowitą odmiennność obu konstrukcji, lecz raczej ukazują **podobieństwa obu instytucji**, a w konsekwencji **uzasadniają wyróżnienie w ramach przedstawicielstwa** trzeciego – obok przedstawicielstwa ustawowego i przedstawicielstwa umownego – rodzaju przedstawicielstwa tzw. **przedstawicielstwa organizacyjnego**.

W literaturze wskazuje się, że dla **wyróżnienia przedstawicielstwa organizacyjnego** istotne znaczenie ma **sposób pojmowania istoty osoby prawnej**, sprowadzający osobę prawną do swoistej konstrukcji prawnej, która – by mogła działać – musi posiadać podmiotowość prawną, zdolność prawną, zdolność do czynności prawnych, zdolność do odpowiedzialności za zobowiązania oraz statut, określający m.in. strukturę organizacyjną danej osoby prawnej. Określenie struktury organizacyjnej osoby prawnej umożliwia wskazanie, czyje ludzkie działania mają wywoływać skutki wobec osoby prawnej, w imieniu której działa organ.⁵³

Za przyjęciem organów osoby prawnej jako przedstawicieli organizacyjnych osoby prawnej przemawia więcej podobieństw niż różnic między instytucjami (konstrukcjami) organów osoby prawnej a przedstawicielstwem. W szczególności wobec **różnic w źródłach umocowania** organu (statut) i przedstawiciela (ustawa lub umowa) zaznacza się, że różnica ta nie jest zasadnicza i uzasadnia jedynie odróżnienie organu osoby prawnej od przedstawiciela umownego czy ustawowego, natomiast **nie wyklucza zakwalifikowania organu jako przedstawiciela organizacyjnego, będącego typem przedstawicielstwa statutowego**.⁵⁴

Wskazuje się wprawdzie, że tylko **organ osoby prawnej** (nie pełnomocnik) może **ustalać obiektywne normy wiążące** w określonych stosunkach, lecz uprawnienie takie przysługuje tylko niektórym organom i tylko w zakresie ustalonym treścią struktury organizacyjnej osoby prawnej. Uprawnienie do ustalania norm wiążących może w określonych sytuacjach przysługiwać również pełnomocnikom⁵⁵.

Zwolennicy teorii przedstawicielstwa organizacyjnego argumentują, że w praktyce wiele **osób prawnych działa przy koniecznym udziale wielu**

⁵³ A. Klein, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 125.

⁵⁴ Ibidem, s. 126; K. A. Dadańska, *Działanie osoby prawnej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 33.

⁵⁵ A. Klein, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 126; K. A. Dadańska, *Działanie osoby prawnej*, op. cit., s. 33.

pełnomocników⁵⁶, a dodatkowo osoba prawna, by istnieć, **nie musi posiadać piastunów organów osób prawnych**.

Przeciwko twierdzeniu, że **organ wchodzi w skład struktury organizacyjnej osoby prawnej**, zaś **przedstawiciel stoi „poza” tą strukturą**, zwolennicy teorii przedstawicielstwa organizacyjnego wskazują, że **nie jest wykluczone, by pełnomocnik wchodził w skład struktury organizacyjnej osoby prawnej**. Ponadto jest do pomyślenia sytuacja, że **piastun organu mógłby otrzymać pełnomocnictwo wykraczające poza zakres uprawnień danego organu⁵⁷**.

Na rzecz tezy, że organ osoby prawnej nie jest przedstawicielem podnosi się, że **oświadczenia piastuna organu** są przypisywane osobie prawnej, stanowiąc jej oświadczenia (uważa się, że czynności dokonuje osoba prawna), zaś oświadczenia **przedstawiciela są jego oświadczeniami** (działaniami przedstawiciela), lecz składanymi w imieniu osoby prawnej. Jednakże w obu przypadkach, tzn. gdy działa piastun organu osoby prawnej lub przedstawiciel, **skutki prawne powstają w reprezentowanym podmiocie – osobie prawnej⁵⁸**. W szczególności, w razie przekroczenia zakresu kompetencji przez organ (piastuna organu) osoby prawnej lub ocenie dobrej lub złej wiary, należy odwołać się do sytuacji, zachodzącej po stronie osoby fizycznej (piastuna organu), podobnie jak w przypadku przedstawicielstwa.

Ostatecznie „różnica w ocenie charakteru działania organu osoby prawnej (jej piastuna) i przedstawiciela wynika właściwie tylko z **zastosowanej techniki w zaliczaniu skutków działania osób reprezentujących na rzecz podmiotów reprezentowanych**”⁵⁹, a więc sprowadza się do **sposobu zaliczenia skutków działań podmiotów działających podmiotom reprezentowanym**. W przypadku działania organu osoby prawnej – zgodnie z tzw. teorią organów – oświadczenia organu są przypisywane osobie prawnej, zaś w przypadku przedstawiciela – w myśl teorii reprezentacji – oświadczenia przedstawiciela są jego oświadczeniami, a następnie są przypisywane osobie prawnej. Zamiana form reprezentacji, tj. oparcie reprezentacji przez osoby prawne na teorii przedstawicielstwa, zaś przedstawicielstwa na teorii fikcji spowodowałyaby – jak twierdzi się w literaturze – zbliżenie obu form reprezentacji⁶⁰.

⁵⁶ A. Klein, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 126; M. Pazdan, *Niektóre konsekwencje...*, op. cit., s. 207; A. Wolter A., J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne*, op. cit., s. 211.

⁵⁷ A. Klein, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 126–127.

⁵⁸ Ibidem, s. 127.

⁵⁹ Ibidem, s. 127.

⁶⁰ Ibidem, s. 128.

Wskazuje się też kolejne **argumenty** na poparcie tezy o podobieństwie organów i przedstawicieli, a zwłaszcza przemawiające za **traktowaniem organów osób prawnych jako przedstawicieli organizacyjnych osoby prawnej**⁶¹. Argumentami takimi są cechy charakterystyczne organów osób prawnych i przedstawicieli. **Po pierwsze** – występowanie w charakterze organu lub w charakterze przedstawiciela, **po drugie** – powołanie w charakterze organu lub przedstawiciela, **po trzecie** – działanie w granicach kompetencji w odniesieniu do organów i w granicach umocowania w stosunku do przedstawiciela.

Istotne znaczenie, przemawiające za traktowaniem organów jako przedstawicieli organizacyjnych osoby prawnej, odgrywają też warunki i sposoby działania organów osób prawnych oraz – współdziałanie przy dokonywaniu czynności prawnych przez kilku przedstawicieli organu. Pierwsza sytuacja dotyczy przypadku, kiedy do dokonania czynności prawnej potrzeba współdziałania dwóch organów (np. uchwała zgromadzenia wspólników jako akt woli osoby prawnej, przejawianej później na zewnątrz przez zarząd) lub czynności dokonuje, co prawda, jeden organ, który podejmuje akt woli, jak i wolę tę przejawia na zewnątrz, lecz podejmując uchwałę, czyni to większością głosów, zaś do złożenia oświadczenia woli w zakresie praw i obowiązków majątkowych wystarczy oświadczenie woli dwóch członków zarządu.⁶² W sytuacji drugiej chodzi o wspólne podejmowanie działań przez działającego w ramach struktury organizacyjnej osoby prawnej piastuna organu i działającego na podstawie czynności prawnej przedstawiciela (zazwyczaj pełnomocnika, prokurenta)⁶³, co wskazuje na uzasadnione traktowanie organów jako przedstawicieli organizacyjnych osoby prawnej. Jedyna różnica, jaka zachodzi w opisanych sytuacjach, dotyczy źródła umocowania organu i przedstawiciela, **skutki prawne dla osoby prawnej w obu przypadkach będą takie same**, a ich działania traktowane na równi.⁶⁴

Podsumowując, wydaje się, że w odniesieniu do organów osoby prawnej można mówić o trzecim rodzaju przedstawicielstwa – tzw. **przedstawicielstwie organizacyjnym**⁶⁵, lecz teoria organów podobnie jak teoria przedstawicielstwa

⁶¹ Ibidem, s. 128–129.

⁶² Ibidem, s. 130–131.

⁶³ Np. jednym z trybów składania oświadczeń woli przez spółdzielnię jest wspólne oświadczenie członka zarządu i pełnomocnika (art. 54 § 1 ustawy z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze, tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1560, 1596), podobnie przy spółce z o.o. zob. art. 205 § 1 k.s.h., przy spółce akcyjnej – art. 373 § 1 k.s.h., art. 50 ust. 2 ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych, tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 1384, z 2015 r. poz. 1322, z 2016 r. poz. 1948, 2260.

⁶⁴ A. Klein, s. 132.

⁶⁵ A. Klein, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 130.

jest **tylko środkiem technicznoprawnym „przypisania** osobie prawnej skutków prawnych zachowania się piastunów organów danej osoby prawnej”⁶⁶.

4. Pragmatyczne cechy przedstawicielstwa organizacyjnego na tle formalizmu teorii organów osoby prawnej

Problematyka reprezentacji osób prawnych jest niezwykle istotna dla obrotu gospodarczego, gdyż decyduje o prawidłowości czynności prawnych dokonanych przez te osoby.⁶⁷

Zawiązanie spółki nie jest celem samym w sobie, gdyż zasadniczo stoją za tym cele gospodarcze: uczestnicy chcą osiągnąć zysk, do czego wymagane jest działanie. Na tym tle pojawiają się pytania: (1) kto w spółce lub wobec współników w ramach działalności uprawniony jest do dokonywania czynności, a kto jest zobowiązany oraz (2) czyje zachowanie jest bezpośrednio zarachowane spółce.⁶⁸ Zagadnienie zarządzania i prowadzenia spraw spółki, w tym uprawnienie do zobowiązywania spółki, odgrywa więc podstawową rolę dla działania osób prawnych.

W praktyce coraz częściej zdarzają się sytuacje, w których zawierana w imieniu spółki umowa została zawarta w sposób wadliwy (ze względu na tryb lub sposób jej zawarcia) z powodu braku lub przekroczenia kompetencji organów do działania, czy też niezachowania zasad właściwej reprezentacji.

Obowiązujące przepisy nie wskazują wyraźnie konsekwencji prawnych działania tzw. organu rzekomego (fałszywego), tj. osoby, niebędącej organem osoby prawnej lub organem, który przekroczył zakres swoich kompetencji (umocowania) albo nie był w ogóle organem tej osoby gdyż osoba prawna przestała istnieć⁶⁹. W szczególności art. 39 k.c. nie reguluje sankcji, jaka dotyka czynność prawną przy wadliwej reprezentacji osoby prawnej.

Wśród przedstawicieli **doktryny** jeszcze do niedawna **dominował pogląd**, zgodnie z którym umowa zawarta przez rzekomy organ osoby prawnej jest umową **bezwzględnie nieważną**⁷⁰. Nieważność czynności prawnej podejmo-

⁶⁶ Ibidem, s. 137.

⁶⁷ J. Grykiel, *Glosa do uchwały SN z 5.12.2008, III CZP 124/08, PiP 2009, nr 9, s. 128.*

⁶⁸ P. Bydliński, *Grundzüge...*, op. cit., s. 318.

⁶⁹ Z. Radwański, *Prawo cywilne*, op. cit., s. 187–188.

⁷⁰ M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, op. cit., s. 203; K. Piasecki, *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna*, Kraków 2003, s. 228; M. Pazdan, *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449*, t. 1, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2005, s. 113; Ż. Kuniewicz, *Reprezentacyjna funkcja zarządu spółki kapitałowej*, Szczecin

wanej przez fałszywego piastuna organu opierano na regulacji art. 39 k.c., argumentując, że przepis ten w sposób jednoznaczny rozstrzyga zagadnienie konsekwencji działania fałszywego piastuna organu, za czym przemawiała przyjęta przez ustawodawcę teoria organów (art. 38 k.c.)⁷¹ oraz rozróżnienie piastuna organu osoby prawnej oraz przedstawicielstwa na tle pozostałych przepisów k.c., akcentując, że konwalidacja takiej czynności przez kompetentny organ „nie wchodzi w grę”⁷². U podstaw zastosowania konstrukcji bezwzględnej nieważności czynności dokonanej przez tzw. organ rzekomy leżała pewność obrotu oraz ochrona osób trzecich, zawierających umowę z osobą występującą jako organ osoby prawnej.⁷³

Dodatkowymi argumentami przemawiającymi za bezwzględną nieważnością czynności prawnej dokonanej przez osoby działające w imieniu osoby prawnej w charakterze jej organu bez kompetencji do tego były: po pierwsze – różnice między konstrukcją działania przez organ osoby prawnej a działaniem przez pełnomocnika, nie pozwalające na następcze potwierdzenie czynności przez osobę prawną, a po drugie – luka prawna w zakresie określenia skutków prawnych działania fałszywego organu, wobec czego należało stosować przepisy ogólne o bezwzględnej nieważności czynności prawnej (tj. art. 58 § 1 k.c.)⁷⁴.

Należy zaznaczyć, że czynność bezwzględnie nieważna nie wywołuje skutków prawnych zamierzonych przez jej strony od momentu dokonania tej czynności⁷⁶, a więc nie dochodzi do powstania zobowiązania lub uprawnienia

2005, s. 120 – 121.

⁷¹ Zob. J. P. Naworski, *Ważność umowy zawartej przez zarząd spółdzielni*, MoP 2008, nr 8, s. 439.

⁷² M. Pazdan, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, op. cit., s. 203.

⁷³ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 211.

⁷⁴ Wyraźnie rysowała się niejednolitość poglądów co do podstaw prawnych tej nieważności. Z jednej strony wskazywano na przepisy art. 38 w zw. z art. 39 k.c., z drugiej – podstaw nieważności szukano w treści przepisu art. 58 k.c. M. Borkowski, *Konsekwencje prawne działania „fałszywego” piastuna organu osoby prawnej*, PPH 2008, nr 7, s. 57.

⁷⁵ Skutek nieważności takiej czynności prawnej wywodziło się z art. 58 § 1 k.c. (orz. SN z 6.03.1991 r., III CZP 8/91, OSNC Nr 7/1991, poz. 94; orz. SN z 3.03.2005 r., II CK 409/04, OSNC Nr 2/2006, poz. 33; orz. SN z 15.03.2002 r., II CKN 1415) lub z art. 39 w zw. z art. 38 k.c. (wyr. SN z 12.12.1996 r., I CKN 22/96, OSNC Nr 6–7/1997, poz. 75)

⁷⁶ Por. J. Preussner-Zamorska, *Nieważność czynności prawnej w prawie polskim*, Warszawa 1983, s. 138 i nast.; Z. Radwański, *Zarys części ogólnej prawa cywilnego*, Warszawa 1976, s. 233 i nast.; S. Sołtyński, *Nieważne i wzruszalne uchwały zgromadzeń spółek kapitałowych*, PPH 2006, nr 1, s. 6.; T. Gizbert-Studnicki, *O nieważnych czynnościach prawnych w świetle koncepcji czynności konwencjonalnych*, PiP 1975, z. 4; M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2012; T. Liszcz, *Nieważność czynności prawnych w umownych stosunkach pracy*, Warszawa 1971.

czy przeniesienia prawa. Przywrócenie ważności czynności prawnej dotkniętej sankcją nieważności nie jest możliwe (tzw. definitywny charakter). Sankcja ta znajduje zastosowanie w najbardziej skrajnych (rażących) wypadkach wadliwości czynności prawnej (naganności postępowania stron), tj. gdy strony, składając oświadczenie woli, nie respektują normatywnych reguł konstrukcji czynności prawnej o charakterze konstytutywnym.⁷⁷

Rozważania teoretyczne w zakresie traktowania organu osoby prawnej jako trzeciego rodzaju przedstawicielstwa, znajdujące impuls w konieczności rozwiązywania problemów płynących z praktyki (obróć gospodarczy), wspiera – uwzględniające tendencje i regulacje międzynarodowe⁷⁸ oraz europejskie⁷⁹ – orzecznictwo sądowe.⁸⁰ Dotychczasowe orzecznictwo cechował niezwykle rygorystyczny, stanowczo odmawiający możliwości analogicznego stosowania do działającego z przekroczeniem zakresu umocowania lub bez umocowania organu osoby prawnej („fałszywego organu”) przepisów o działaniu fałszywego pełnomocnika⁸¹, co prowadziło do uznania (potwierdzenia postulowanej w doktrynie) bezwzględnie nieważności czynności dokonanej przez fałszywy organ.⁸²

Pod wpływem rozwiązań prawnych państw europejskich, przewidujących stosowanie konstrukcji przedstawicielstwa organizacyjnego w odniesieniu do organów osób prawnych (RFN, Austria, Szwajcaria) także w doktrynie polskiej zarysował się pogląd o traktowaniu organów osoby prawnej jako przedstawicieli organizacyjnych (statutowych), a surowe stanowisko jurysprudencji w zakresie nieważności czynności prawnych dokonanych przez tzw. rzekomy organ przeszło ewolucję w kierunku łagodniejszych skutków wzorowanych na sytuacji rzekomego przedstawiciela (pełnomocnika).

Jak się okazuje, **teoria przedstawicielstwa jest pomocna w zakresie rozwiązywania problemów, dotyczących skutków wad oświadczeń woli czynności prawnych, dobrej lub złej wiary osoby prawnej**, a także w sytuacji gdy w imieniu osoby prawnej czynności prawnej dokona tzw. **organ rzekomy**

⁷⁷ A. Bień, *Zarys prawa prywatnego. Część ogólna*, 2. Wydanie, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 575.

⁷⁸ Np. UNIDROIT, zgodnie z przepisami którego możliwe jest potwierdzenie czynności dokonanych bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu (art. 2.2.1, 2.2.3, 2.2.5, 2.2.6, 2.2.9 UNIDROIT) oraz przepisy PECL, dotyczące kompetencji (reprezentacji) agentów (art. 3:101–3:304). Szerzej zob. M. Borkowski, *Konsekwencje prawne działania „fałszywego” piastuna organu osoby prawnej*, PPH 2008, nr 7, s. 52–58.

⁷⁹ W szczególności na gruncie prawa niemieckiego.

⁸⁰ Zob. np. orz. SN z 12.12.1996 r., I CKN 22/96, OSN 1997, Nr 6–7, poz. 75.

⁸¹ Np. orz. SN z 12.12.1996 r., I CKN 22/96, OSN 1997, Nr 6–7, poz. 75.

⁸² Orz. SA w Warszawie z 6.06.2002 r., I ACa 13/72/01, OSA 2004, Nr 1, poz. 2, s. 44–49.

(fałszywy), czyli niebędący jej organem, lub organ, który przekroczył zakres swoich kompetencji (umocowania) albo nie był w ogóle organem tej osoby⁸³.

Choć jeszcze do niedawna czynność organu osoby prawnej, dokonana z przekroczeniem kompetencji, traktowana była jako czynność bezwzględnie nieważna (*ex tunc*), nie podlegająca konwalidacji, to pod wpływem tendencji europejskich rozwiązanie to ewaluowało w kierunku przyjęcia łagodniejszych skutków **wzorowanych na sytuacji rzekomego pełnomocnika** (art. 39 k.c. w zw. z art. 103–104 k.c.). Mając na uwadze ochronę pewności obrotu oraz interesy osoby prawnej, opierając się na **zasadzie proporcjonalności**, uznano⁸⁴, że **sankcja bezwzględnej nieważności** czynności prawnych dokonanych z przekroczeniem kompetencji przez organ osoby prawnej – organ rzekomy – jest **nieproporcjonalna do celów, którym ma służyć**.⁸⁵

W sytuacji **przekroczenia zakresu kompetencji przez organ osoby prawnej** w doktrynie⁸⁶ i orzecznictwie⁸⁷ ugruntował się pogląd, że wobec podobieństwa instytucji organu osoby prawnej i pełnomocnika należy **zastosować *per analogiam* regulację dotyczącą rzekomego pełnomocnika** (art. 103 k.c.)⁸⁸, skutkującą sankcją **bezskuteczności zawieszzonej**, która pozwala na

⁸³ A. Klein, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 137; K. A. Dadańska, *Działanie osoby prawnej*, op. cit., s. 35.

⁸⁴ Uchwała SN z dnia 14 września 2007 r., III CZP 31/ 07, OSN 2008, nr 2, poz. 14; wyrok SN z dnia 2 marca 2012 r., I UK 300/ 11, Legalis.

⁸⁵ W literaturze postuluje się ograniczanie automatyzmu stosowania sankcji bezwzględnej nieważności. A. Bierć, *Zarys...*, op. cit., s. 290; S. Sołtysiński, *Skutki działań piastunów...*, op. cit., s. 1375.

⁸⁶ Zob. też I. Weiss, [w:] *Prawo spółek*, S. Włodyka (red.), Kraków 1996, s. 403; A. Szumański, [w:] *Prawo spółek*, S. Włodyka (red.), Kraków 1996, s. 532; R. L. Kwaśnicki, *Zarząd spółki kapitałowej nie jest gorszy niż jej pełnomocnik*, Rzeczpospolita z 18.12.2006; R. L. Kwaśnicki, M. Bogajewska, *Przedstawiciel ustawowy spółdzielni (spółki) nie gorszy niż jej pełnomocnik*, Rzeczpospolita z 9.10.2007; S. Sołtysiński, *Naprawianie nieważnych uchwał zarządu*, Rzeczpospolita z 10.10.2007 r.; tenże, *Bezwzględna nieważność – stępiona sankcja*, Rzeczpospolita z 5.12.2007 r.

⁸⁷ Uchw. SN (7) z 14.09.2007 r., III CZP 31/07.

⁸⁸ Możliwość stosowania *per analogiam* art. 103 i 104 k.c. do czynności prawnych dokonanych przez wadliwy skład organów spółki lub spółdzielni dopuszcza S. Sołtysiński. Zob. S. Sołtysiński, *Skutki działań piastunów...*, op. cit., s. 1367 i nast.

Także SN akceptował możliwość zastosowania przepisów o przedstawicielstwie wobec piastunów organów osób prawnych, zob. np. wyr. SN z 22.07.1998 r., I PKN 223/98, OSNP 1996/16, poz. 509; wyr. SN z 22.01.2002 r., V CKN 650/00, Lex nr 54335, a także – uchw. SN z 30.05.1990 r., III CZP 8/90, OSNC 1990/10–11, poz. 124, w której SN podkreślił, że przepisy dotyczące osób prawnych nie regulują odpowiednio konsekwencji działania fałszywego piastuna organu osoby prawnej i wobec działań piastuna osoby prawnej uzasadnione jest analogiczne stosowanie przepisu art. 103 i 108 k.c.

późniejsze potwierdzenie czynności prawnej dokonanej z przekroczeniem kompetencji (dokonanej przez rzekomy organ)⁸⁹. Na takie rozwiązanie wskazuje się w literaturze, podkreślając, że wobec różnic między piastunem organu a pełnomocnikiem zachodzą też **istotne**, dostrzeżone już wcześniej w literaturze⁹⁰, **podobieństwa tych instytucji**, polegające na tym, że „w obu przypadkach skutki oświadczenia woli reprezentanta (piastuna organu osoby prawnej i pełnomocnika) rozpatrywanego w sensie psychofizycznym przypisuje się innej osobie”⁹¹, a same konstrukcje organów i przedstawicielstwa są **tylko środkami technicznoprawnymi „przypisania** osobie prawnej skutków prawnych zachowania się piastunów organów danej osoby prawnej”⁹².

Podobieństwo jest widoczne również w zakresie powołania piastuna organu i ustanowienia pełnomocnika, w zakresie przesłanek skutecznego działania piastuna organu i ustanowienia pełnomocnika, a także – co do zakresu działania: piastun i pełnomocnik powinni działać w charakterze reprezentanta osoby prawnej w zakresie przyznanych im kompetencji.⁹³ Przyjęcie takiego rozwiązania oparto na luce prawnej, polegającej na braku określenia przez ustawodawcę w art. 39 § 1 k.c. sankcji za naruszenie przepisów o reprezentacji przez organy i przekazania ustalenia tej sankcji sądom na zasadach ogólnych. To sąd w konkretnym przypadku, stosując wykładnię funkcjonalną, powinien zadecydować, jakiego rodzaju **sankcja (proporcjonalna i skuteczna)** powinna być uznana za odpowiednią, w szczególności, czy istnieje możliwość zastosowania **sankcji naprawczych właściwych prawu prywatnemu, w tym – potwierdzenia czynności dokonanej przez fałszywy organ przez osobę prawną**.⁹⁴

W praktyce **przekroczenie kompetencji przez piastuna organu osoby prawnej wykazuje podobieństwo do działania pełnomocnika bez lub z naruszeniem umocowania**, stanowiąc „daleko bardziej istotny problem społeczno-gospodarczy niż naruszenie niewyartykułowanego w przepisach Kodeksu cywilnego zakazu dokonywania czynności prawnych piastuna „z samym sobą””⁹⁵, do których analogiczne zastosowanie znalazły przepisy dotyczące zakazu czynności pełnomocnika z samym sobą (art. 108 k.c.)⁹⁶. Kwestia

⁸⁹ Taki sposób ujęcia skutków czynności, dokonanej z przekroczeniem kompetencji znalazł się w Projekcie I Księgi Kodeksu cywilnego.

⁹⁰ Zob. A. Klein, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 128.

⁹¹ S. Sołtysiński, *Skutki działań piastunów...*, op. cit., s. 1369.

⁹² A. Klein, *Charakter prawny...*, op. cit., s. 137.

⁹³ S. Sołtysiński, *Skutki działań piastunów...*, op. cit., s. 1367–1370.

⁹⁴ Potwierdził to SN w uzasadnieniu uchw. z 14.09.2007 r., III CZP 31/07.

⁹⁵ S. Sołtysiński, *Skutki działań piastunów...*, op. cit., s. 1370.

⁹⁶ Zob. uchw. SN z 30.05.1990 r., III CZP 8/90, OSNC 1990, Nr 10-11, poz. 124.

dopuszczalności stosowania w drodze analogii niektórych przepisów o pełnomocnictwie do działań fałszywego piastuna osoby prawnej (art. 103 i 104 k.c.) ma znaczenie **praktyczne** dla osób prawnych, szczególnie dla spółek (spółdzielni), które występują w obrocie, gdy ich organy nie są obsadzone (są zdekompletowane) lub zostały wadliwie powołane (tzw. „kadłubowy” zarząd, rada nadzorcza).⁹⁷

De lege lata działanie wadliwie powołanych lub nieobsadzonych organów osób prawnych skutkuje **nieważnością** wydanych przez te organy **uchwał**⁹⁸, a ostatecznie bezwzględną nieważnością czynności prawnej. Strona powołująca się na nieważnie dokonaną (przez fałszywego piastuna) czynność prawną może dochodzić jedynie zwrotu świadczenia i naprawienia szkody tylko od fałszywego piastuna (art. 39 § 1 k.c.), nie od osoby prawnej.⁹⁹ Ponadto kontrahent osoby prawnej, któremu nie zależy na skutecznym dokonaniu transakcji, bo np. czynność przestała już mu odpowiadać¹⁰⁰, może powołać się na nieważność dokonanej czynności prawnej tzw. rzekomego organu, a spółka nie może podnieść zarzutu nieważności czynności prawnej rzekomego organu, jeśli rzekomy piastun organu wpisany jest do rejestru (chyba że kontrahent wiedział o tym, iż piastun działał bez umocowania lub z przekroczeniem kompetencji).^{101, 102}

Potrzeba możliwości potwierdzenia czynności prawnej, w szczególności umowy zawartej przez rzekomy organ wydaje się być szczególnie istotna ze względu na niezliczoną ilość, masowość zawieranych w obrocie gospodarczym przez osoby prawne umów. Pewność obrotu, jego intensyfikacja, a także ochrona interesów osób prawnych – jak się wydaje – zostałyby umocniona, jeśli osoba prawna mogłaby następczo – jak ma to miejsce w przypadku pełnomocnika – potwierdzić czynność dokonaną przez tzw. rzekomy organ, a nie godzić się na bezwzględną nieważność takiej czynności. W doktrynie wskazuje się również na celowościowe uzasadnienie analogicznego stosowania w omawianym zakresie przepisów k.c. wobec fałszywego piastuna organu osoby prawnej – dopuszczenie stosowania tych przepisów w drodze analogii przyczyniłoby się do odpowiednie-

⁹⁷ S. Sołtysiński, *Skutki działań piastunów...*, op. cit., s. 1370.

⁹⁸ J. Grykiel, *Skutki wadliwej reprezentacji w ramach organu osoby prawnej*, Prawo Spółek 2008, nr 11, s. 52; S. Sołtysiński, *Skutki działań piastunów...*, op. cit., s. 1370.

⁹⁹ S. Sołtysiński, *Skutki działań piastunów...*, op. cit., s. 1382.

¹⁰⁰ Uchwała SN z 14 września 2007 r., III CZP 31/07, OSNC 2000, nr 2 poz. 14.

¹⁰¹ S. Sołtysiński, *Skutki działań piastunów...*, op. cit., s. 1382–1383. Brak możliwości potwierdzenia czynności dokonanej przez rzekomy organ jest dotkliwy również na gruncie przepisów prawa podatkowego, skutkując koniecznością zapłacenia podatku nawet po upływie kilku lat od dokonania czynności. Ibidem, s. 1383.

¹⁰² S. Sołtysiński, *Skutki działań piastunów...*, op. cit., s. 1383; J. Grykiel, *Skutki wadliwej reprezentacji...*, op. cit., s. 52–53.

go zabezpieczenia interesów niewłaściwie reprezentowanej osoby prawnej.¹⁰³

Ponadto **przyjęcie koncepcji przedstawicielstwa organizacyjnego** mogłoby przyczynić się do rozwiązywania problemów związanych z dokonywaniem czynów niedozwolonych i odpowiedzialnością deliktową osób prawnych, gdyż panująca teoria organów nie uzasadnia w pełni odpowiedzialności deliktowej osoby prawnej.¹⁰⁴ *De lege lata* przyjmuje się, że osoba prawna ponosi odpowiedzialność za czyny niedozwolone jej organu.¹⁰⁵

Z punktu widzenia funkcji i celów osoby prawnej oparcie konstrukcji organów na teorii przedstawicielstwa organizacyjnego stanowi **pragmatyczną alternatywę** dla dotychczasowego, formalnego ujęcia teorii organów, i w znaczący sposób wpłynęłoby na **elastyczność obrotu**.

¹⁰³ M. Borkowski, *Konsekwencje prawne działania „fałszywego” piastuna organu osoby prawnej*, PPH 2008, nr 7, s. 55.

¹⁰⁴ A. Gburzyńska-Dulewicz, *Pozycja prawna zarządu i członków zarządu spółek kapitałowych*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 25–26.

¹⁰⁵ Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, op. cit., s. 187.

LEGAL ASPECTS OF ORGANIZATIONAL REPRESENTATION AS A PRAGMATIC TYPE OF LEGAL ENTITY'S REPRESENTATION

The subject of legal entities' representation in private law trading is of utmost importance because it affects the correctness of legal acts performed by these entities.

The author, having analyzed the origins of legal entity's representation and the form of legal entity's representation on the grounds of European models (Germany) shows that in European countries of German legal traditions the model of organizational representation (*organschaftlicher Vertretung*) is being applied more and more commonly.

On the grounds of Polish law the legal concept and model of the body of legal entities have based on the so called theory of bodies (organs) until recently. At present, under the influence of European solutions (Germany, Austria, Switzerland) there is a tendency to treat the bodies of legal entities as organizational representatives (of statute nature), i.e. the third – beside legal representation and based on contract - type of representation. It seems, however, that organizational representation constitutes a pragmatic alternative for the hitherto, formal concept of the theory of bodies (organs), which may substantially affect the flexibility of trading.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 3 (211) 2017
Warszawa 2017

Dominika Zawadka ■

PROBLEMATYKA KWALIFIKACJI PRAWNEJ PRZESTĘPSTWA PASERSTWA PROGRAMÓW KOMPUTEROWYCH

Wstęp

W dobie rozkwitu społeczeństwa informacyjnego, a co za tym idzie – wysoko rozwiniętego technologicznie, paserstwo programów komputerowych jest coraz powszechniej popełnianym przestępstwem, nastroczającym śledczym szereg trudności z prawidłowym zakwalifikowaniem prawnym tego występkę przy formułowaniu zarzutów. Dzieje się tak między innymi z uwagi na fakt dualizmu reżimów prawnych, w których ustawodawca spenalizował występki paserstwa programów komputerowych, umieszczając go zarówno w Kodeksie karnym, jak i w Ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Ponadto, co jednak rzadkie, w przypadku programów o niskiej wartości czyn może być zakwalifikowany nawet jako wykroczenie, co może prowadzić do kolejnych wątpliwości interpretacyjnych. Innym problemem zauważalnym przez praktyków jest zjawisko powielania przez śledczych w prowadzonych postępowaniach pewnych wypracowanych już modeli procedowania, poprzez dostosowywanie opisu czynu do danego przestępstwa. Można nawet wyodrębnić pewne tendencje charakterystyczne dla konkretnych regionów, jednostek policji czy prokuratury, a nawet osób formułujących zarzuty – tak dalece związanych z wypracowanym przez siebie modelem działania, że nie zauważających innych możliwości interpretacyjnych tego samego czynu.

Powodem podwójnej penalizacji jest być może stwierdzenie ujęte w Dyrektywie Rady EWG z 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów

komputerowych, będącej punktem wyjścia dla uregulowań praw autorskich w porządkach prawnych wielu państw europejskich. Już w tym miejscu warto nadmienić, że mimo iż dyrektywa zasadniczą ochronę przyznaje programom komputerowym w ramach prawa autorskiego, to równocześnie nie wyklucza zaistnienia ochrony na podstawie innych uregulowań, wskazując, że (cyt.): „ochrona programów komputerowych w ramach praw autorskich powinna pozostawać bez uszczerbku dla zastosowania, we właściwych przypadkach, innych form ochrony”¹. Powstałe w Polsce zatem w latach nieco późniejszych, bo (i) w 1994 r. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz (ii) w 1997 r. Kodeks karny, korzystając z ww. przyzwolenia umożliwiły śledczym swymi przepisami wybór i dobór właściwego środka ochrony, najbardziej adekwatnego do sytuacji, w jakiej wskutek przestępstwa paserstwa programów komputerowych znajdzie się strona pokrzywdzona lub nawet rozważenie zastosowania kumulatywnej kwalifikacji prawnej.

Definicje

W projekcie Dyrektywy Rady EWG z 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych Komisja Wspólnot Europejskich wskazała, że definiowanie w niej pojęcia „program komputerowy” jest w zasadzie bezcelowe, gdyż postęp techniczny sprawia, że z biegiem czasu owa definicja stałaby się przestarzała – ma to się dzieć wskutek samej zmiany natury programu komputerowego w postaci takiej, w jakiej jest on znany nam dzisiaj. Na potrzeby dokumentu Komisja wskazała jednocześnie, jak w chwili jego tworzenia, należy rozumieć pojęcie program komputerowy, definiując go jako (cyt.): „wyrażenie, w jakiegokolwiek formie, w jakimkolwiek języku, w formie jakiegokolwiek zapisu lub kodu, zbioru instrukcji mających na celu umożliwianie komputerowi wypełnienie szczególnego zadania lub szczególnej funkcji”². Było to wytłumaczenie zgodne z definicjami stosowanymi w ustawach różnych krajów i prawniczym piśmiennictwie światowym (a niemal wierne tłumaczenie całej dyrektywy stanowić będzie później Rozdział VII polskiej Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych). Komisja dodała także, że (cyt.) „pojęcie to winno obejmować wszystkie formy programu postrzegalne dla człowieka lub czytelne dla maszyny, na bazie których program umożliwiający maszynie spełnienie jej funkcji został

¹ Dyrektywa Rady EWG z 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych.

² Ibidem.

lub mógł zostać stworzony”³ – sformułowaniem tym Komisja nie pozostawiła wątpliwości, iż przedmiotem ochrony nie jest tylko sam program zapisany na fizycznym nośniku, ale również jego kod źródłowy, występujący w formie zapisanych w przestrzeni wirtualnej plików, niemożliwych materialnie do dostrzeżenia gołym okiem.

W polskiej doktrynie program komputerowy został po raz pierwszy zdefiniowany przez prof. Aurelię Nowicką, jako (cyt.): „zestaw instrukcji (rozkazów) przeznaczonych do użycia bezpośrednio lub pośrednio w komputerze w celu osiągnięcia określonego rezultatu”⁴. Dalsze dzieła doktryny jedynie uzupełniły tę definicję, wskazując, że jako dobro o charakterze niematerialnym istnienie programu komputerowego należy oddzielić od istnienia jakiegokolwiek nośnika w formie materialnej, na którym ów program został zarejestrowany (który to nośnik jako rzecz może oczywiście stanowić przedmiot przestępstwa kradzieży indywidualnie i odrębnie spenalizowanego w art. 278⁵ lub przestępstwa paserstwa – w art. 291–292 Kodeksu karnego).

Pojęcie programu komputerowego nie mieści się w definicji rzeczy zawartej w przepisie art. 115 § 9 k.k. Wprowadzone do kodyfikacji w 1997 r. pojęcia rzeczy ruchomej oraz przedmiotu zastąpiły pojęcie mienia, które to określenie funkcjonowało w poprzednich dwóch Kodeksach karnych, a które nie nastroczało już raczej wątpliwości interpretacyjnych⁶. Ideą zmiany była intencjonalna zbieżność z pojęciami ukutymi przez cywilistów. Aby uniknąć braku penalizacji przestępstwa paserstwa programów komputerowych, które – jak już wspomniano – nie są rzeczami, ustawodawca poświęcił temu występкови odrębny artykuł, odsyłający jednakowoż do redakcji art. 291 i 293 (wskazując tym samym, iż również w odniesieniu do programu komputerowego, paserstwo może mieć tu charakter umyślny bądź nieumyślny). Stosując zatem ww. artykuły, zgodnie z intencjami ustawodawcy, należy dokonać tzw. prostej zmiany⁷, zastępując w sformułowanych przepisach pojęcie „rzecz” pojęciem „program komputerowy”. Pozostałe zapisy obu powyższych artykułów pozostają nienaruszone. Przykładem orzecznictwa w powyższym zakresie może być wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie⁸ wskazujący, że (cyt.): „Paserstwo programu komputerowego moż-

³ Ibidem.

⁴ A. Nowicka, *Prawnoautorska i patentowa ochrona programów komputerowych*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1995, s. 11.

⁵ E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) M. Filar, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 1420.

⁶ Ibidem, s. 729.

⁷ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do k.k., t. III* (red.) A. Zoll, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1999, s. 265.

⁸ Wyrok z 25.09.2014 r., II AKa 137/14, Portal Orzeczeń Sądu Apelacyjnego w

na przypisać sprawcy, który na podstawie towarzyszących okoliczności powinien i może przypuszczać, że program komputerowy został uzyskany w drodze czynu zabronionego i program ten nabywa. Jest to odpowiednik typowego paserstwa, tyle że jego przedmiotem nie jest rzecz, a program komputerowy”.

Kwalifikacja prawna czynu na podstawie art. 291–293 Kodeksu karnego

Obecny Kodeks karny zachował pod względem umiejscowienia systematykę wprowadzoną kodeksem z 1969 r., kwalifikując przestępstwo paserstwa jako przestępstwo przeciwko mieniu (poprzedni kodeks z 1932 r. traktował je jako przestępstwo samoistne, bez związku z innym czynem zabronionym, umiejscawiając w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu)⁹. Doktryna wskazuje, że powodem takiego usytuowania jest fakt, iż rzeczy będące przedmiotem przestępstwa paserstwa zwykle pochodzą z przestępstw przeciwko mieniu, a przede wszystkim z kradzieży¹⁰. Jak jednak się również podkreśla, taka systematyka nie ogranicza przedmiotu ochrony na jej podstawie jedynie do własności¹¹. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na dobra chronione zapisami penalizującymi przestępstwo paserstwa – są to: własność (posiadanie), legalny obrót (bezpieczeństwo obrotu) oraz wymiar sprawiedliwości¹². Powyższe – zdaniem prof. Emila Pływaczewskiego – jednoznacznie wskazuje, iż paserstwo nie jest czystą formą przestępstwa przeciwko mieniu, a jedynie jest bardzo zbliżone swymi znamionami do przestępstw z tej grupy.

Rozważania o paserstwie stypizowanym w Kodeksie karnym należy rozpocząć od art. 293 k.k., wskazującego w jednoznaczny sposób, iż przestępstwa stypizowane w dwóch poprzedzających go przepisach, odnoszą się do programu komputerowego. Rozwiewa to wszystkie wątpliwości, omówione już wcześniej, odnoszące się do definicji programu komputerowego, który nie mieści się w definicji pojęcia rzeczy.

Przepisy art. 291 k.k. § 1 wskazują na sankcję w postaci kary pozbawienia wolności w wymiarze od 3 miesięcy do 5 lat dla osoby, która rzecz uzyskaną za pomocą czynu zabronionego nabywa lub pomaga w zbyciu albo przyjmuje lub

Szczecinie [<http://orzeczenia.szczecin.sa.gov.pl>].

⁹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 238.

¹⁰ A. Marek, *Prawo karne*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1997, s. 545.

¹¹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 239.

¹² E. Pływaczewski, *Przestępstwo paserstwa w ustawodawstwie polskim*, Toruń 1986.

pomaga w ukryciu. Z kolei art. 292 § 1 penalizuje to samo zachowanie w odniesieniu do rzeczy, o której (sprawca – przyp. autora) na podstawie towarzyszących okoliczności powinien i może przypuszczać, że została uzyskana za pomocą czynu zabronionego, sankcjonując je karą grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Nie poprzestając na typach podstawowych ww. przestępstw, ustawodawca uzupełnił katalog znamion opisanych wyżej czynów zabronionych, wprowadzając dodatkowo typ uprzywilejowany przestępstwa z art. 291 k.k. i **typ kwalifikowany przestępstwa z art. 292 k.k. Przestępstwu z art. 291 k.k. ustawodawca przyporządkował w § 2 typ uprzywilejowany**¹³ w postaci wypadku mniejszej wagi, łagodząc możliwą sankcję do kary grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Z kolei kara za przestępstwo wskazane w art. 292 została wprowadzonym § 2 zaostrzona do kary pozbawienia wolności w wymiarze od 3 miesięcy do 5 lat przy znacznej wartości rzeczy będącej przedmiotem przestępstwa wskazanego w § 1. Typ kwalifikowany przestępstwa paserstwa odnoszący się do znacznej wartości przedmiotu paserstwa ustawodawca w art. 115 § 5 k.k. określił na wartość wyższą niż 200.000 zł.

Aby uniknąć wątpliwości, w tym miejscu należy zaznaczyć, iż w odniesieniu do programu komputerowego nie mają zastosowania zapisy art. 294 i 295 k.k., wskazujące na typ kwalifikowany przestępstwa, m.in. z art. 291 § 1 oraz na możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary lub nawet odstąpienia od jej wykonania w odniesieniu do art. 291 i 292. Posiłkując się wykładnią językową, należy stanowczo i jednoznacznie ocenić, iż fakt braku wskazania przez ustawodawcę wśród enumeratywnie wyszczególnionych w art. 294 i 295 artykułów, przepisu art. 293 odnoszącego się do programu komputerowego, jak również fakt jednoczesnego wskazania w art. 293, iż do programu komputerowego odnoszą się jedynie zapisy art. 291 i 292 nie pozwalają zastosować przepisów art. 294 i 295 k.k. do przestępstwa paserstwa programu komputerowego¹⁴. Obecnie zatem, bez względu na wartość programu i jego znaczenie dla kultury, ew. zarzuty należy formułować jako naruszenie art. 291 § 1 w zw. z art. 293 k.k. Jako postulat *de lege ferenda* należy zatem uznać wprowadzenie brakującej penalizacji przestępstw wyłączonych powyższymi redakcjami artykułów 291–294 – tzn. przestępstwa paserstwa umyślnego programu komputerowego przedstawiającego mienie znacznej wartości oraz przestępstwa paserstwa umyślnego programu komputerowego stanowiącego dobro o szczególnym znaczeniu dla kultury. O ile łatwo wyobrazić sobie program komputerowy stanowiący mienie znacznej wartości, gdyż specjalistyczne oprogramowanie inżynierskie może kosztować

¹³ E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 1421.

¹⁴ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, op. cit., s. 265–266.

obecnie nawet ponad 1.000.000 zł¹⁵, to z kolei – w przypadku wprowadzenia przez ustawodawcę brakujących zapisów – interpretacja, w jaki sposób program komputerowy może stanowić dobro o szczególnym znaczeniu dla kultury stanowi obecnie raczej kwestię otwartą i pozostawiającą szerokie pole do przyszłej argumentacji zarówno ewentualnym stronom pokrzywdzonym takim przestępstwem, jak i wymiarowi sprawiedliwości.

Wypadek mniejszej wagi stanowi pojęcie bardzo pojemne i dość wyeksploatowane interpretacyjnie zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Zaprezentowana wykładnia łączy się z koniecznością analizy przedmiotowo-podmiotowych znamion czynu, zwłaszcza tych najbardziej specyficznych dla konkretnego występk. Jak bowiem wskazał Sąd Najwyższy (cyt.): „Wypadek mniejszej wagi jest to bowiem uprzywilejowana postać czynu o znamionach przestępstwa typu podstawowego, charakteryzująca się przewagą łagodzących elementów przedmiotowo-podmiotowych¹⁶”. Za wystąpieniem zatem wypadku mniejszej wagi może przemawiać w szczególności np. niska wartość rzeczy, o której mowa w art. 291 § 1 k.k. **Na ocenę przestępstwa jako wypadku mniejszej wagi mogą z kolei wpłynąć takie aspekty, jak potencjalnie niskie korzyści lub wręcz ich brak, sposób, w jaki działa sprawca, motyw jego działania, relacje i stosunki łączące pasera ze sprawcą, etc.**¹⁷ Twierdzenia te znajdują pokrycie np. w postanowieniu Sądu Najwyższego, stwierdzającego, że (cyt.) „złagodzenie odpowiedzialności za paserstwo umyślne stanowiące wypadek mniejszej wagi, należy przede wszystkim wiązać z niewielką wartością przedmiotu czynu i brakiem korzyści po stronie pasera”.¹⁸

Przestępstwa paserstwa stypizowane w Kodeksie karnym mają generalnie charakter powszechny – ich podmiotem może być w zasadzie każdy, z wyjątkiem – zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego¹⁹ – sprawcy wskazanego w art. 291, którym nie może być osoba biorąca udział w przestępstwie, z którego pochodzą cą rzeczy uzyskane do paserstwa.

Różnicę w ww. typach przestępstw stanowi aspekt umyślności – o ile bowiem art. 291 § 1 k.k. **penalizuje przestępstwo umyślne, o tyle art. 292 § 1 k.k.** w pewnym stopniu traktuje o jego nieumyślności. Przy przestępstwie umyślnym konieczne jest zatem przekonanie sprawcy, że rzecz będąca przedmiotem pa-

¹⁵ Np. oprogramowanie Siemens PLM Software Incorporated.

¹⁶ Wyrok SN z 09.10.1996 r., V KKN 79/96, System Informacji Prawnej LEX nr 28482.

¹⁷ E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, *op. cit.*, s. 1457.

¹⁸ Postanowienie SN z 15.11.2006 r., IV KK 211/06, System Informacji Prawnej LEX nr 324347.

¹⁹ Wyrok SN z 22.12.1986 r., I KR 45/86, OSNKW 1987, nr 7–8, poz. 70.

serstwa została uzyskana wskutek czynu zabronionego lub – co najmniej – jego świadomość wystąpienia zaistnienia takiej możliwości i przystanie na to²⁰. Powyższe różnicowanie zostało potwierdzone w orzecznictwie – przykładowo wyrokiem Sądu Okręgowego w Krakowie, który wskazał, iż (cyt.): „Przesłanką odpowiedzialności za paserstwo umyślne jest świadomość sprawcy, że przyjęta przez niego rzecz pochodzi z czynu niedozwolonego, zaś w przypadku paserstwa nieumyślnego powinność i możliwość przypuszczania przez sprawców na podstawie towarzyszących okoliczności, że przyjęta rzecz pochodzi z czynu zabronionego”.²¹ Ustawodawca, umieszczając w art. 292 k.k. sformułowanie na temat źródła pochodzenia rzeczy, określając je jako tę, (cyt.) „o której na podstawie towarzyszących okoliczności powinien i może przypuszczać, że została uzyskana za pomocą czynu zabronionego”, w rzeczywistości umożliwia postawienie zarzutów nawet w sytuacji działania w stanie nieumyślności, spowodowanym niedbalstwem czy lekkomyślnością²². W przypadku przestępczości komputerowej okolicznościami towarzyszącymi, które mogłyby sugerować, iż rzecz, o której mowa, została nabyta w sposób łamiący prawo, może być np. zaniżona cena, odbiegająca od powszechnie znanych ofert rynkowych²³ czy odbiegający od oryginału wyglądem lub zawartością pakiet z danym produktem (niezgodny ze specyfikacją producenta: niekompletny, nieprofesjonalnie wykonany czy nieoryginalnie zapakowany i nieoryginalnie zabezpieczony (np. bez powszechnie znanych atrybutów legalności w postaci chociażby hologramów, wypukłych lub mieniących się nadruków, unikatowych cech charakterystycznych nośników itp.), etc.). Również brak zarejestrowanej przez sprzedawcę działalności gospodarczej, a co za tym idzie – niemożność otrzymania przez nabywcę faktury lub rachunku potwierdzających zakup, może wskazywać na wątpliwą pod względem prawnym transakcję. Okolicznością taką może być również oferowanie produktu do otrzymania w formie wirtualnej, jedynie za pośrednictwem Internetu, bez faktycznej sprzedaży towaru w jego materialnej postaci – np. powinna wzbudzić wątpliwość sprzedaż kluczy aktywacyjnych oddzielonych od kart z numerem aktywacyjnym (tzw. PKC – ang. *Product Key Card*)²⁴, naruszająca postanowie-

²⁰ E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 1454.

²¹ Wyrok SO w Krakowie z 10.04.2015 r., IV Ka 183/15, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych, Ministerstwo Sprawiedliwości ([http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/paserstwo\\$0020293/152010000002006_IV_Ka_000183_2015_Uz_2015-04-24_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/paserstwo$0020293/152010000002006_IV_Ka_000183_2015_Uz_2015-04-24_002) – dostęp: 19 czerwca 2016 r.).

²² A. Marek, E. Pływaczewski, A. Peczeniuk, *Kradzież i paserstwo mienia prywatnego* (red.) A. Marek, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1985, s. 308.

²³ E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 1459.

²⁴ P. Sawicki, *Ochrona praw autorskich do programów komputerowych i najnowsze tendencje w piractwie komputerowym*, [w:] *Kwartalnik Prawno-Kryminalistyczny Szkoły Po-*

nia licencyjne danych producentów, a polegająca na wysłaniu za pośrednictwem poczty elektronicznej jako nowego kodu aktywacyjnego (przeznaczonego do sprzedaży w formie tzw. ESD – ang. *Electronic Software Distribution*), umożliwiającego instalację i uruchomienie programu, a – jak się później okazuje – już użytego uprzednio lub wygenerowanego w sposób nieuprawniony. W wiadomości e-mail, oprócz samej sekwencji znaków, stanowiących faktyczny klucz aktywacyjny, zwykle podany jest adres strony internetowej, z której należy program pobrać w celu instalacji. I choć sam klucz nie jest odpowiednikiem programu, to poprzez fakt, iż umożliwia on jego aktywację i uruchomienie, a sprzedający oprócz klucza udostępnia adres witryny internetowej, z której sprawca pobiera i instaluje program, to taki udział w obrocie rynkowym można traktować z całą pewnością – w zależności od ujawnionej roli sprawcy – jako nabycie, pomoc do zbycia, przyjęcie lub pomoc do ukrycia programu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego lub programu, o którym na podstawie towarzyszących, a opisanych wyżej okoliczności, sprawca (czyli nabywca!) powinien i mógł przypuszczać, że został uzyskany za pomocą czynu zabronionego.

Podkreśliśmy w tym miejscu fakt, iż wedle ustawodawcy, przyjęty przez sprawcę paserstwa program winien zostać uzyskany, co jednak nie musiało wiązać się z uprzednim pozbawieniem prawnego właściciela władztwa nad nim – chodzi tu bowiem nie tylko o sporządzenie kopii programu w formie materialnej na nośnikach, ale i w formie wirtualnej, w pamięci na dysku komputera²⁵, a nawet na wirtualnym dysku w przestrzeni Internetu. Bezwzględnie jednak owo uzyskanie musiało wystąpić bez pozwolenia właściciela²⁶. Ponadto owo uzyskanie ma mieć miejsce wyłącznie za pomocą czynu zabronionego, stypizowanego przez prawo karne²⁷.

Ważnym aspektem art. 291 k.k., co zostało podkreślone w orzecznictwie Sądu Najwyższego²⁸, jest rezygnacja ustawodawcy ze wskazania celu, jakim winien kierować się sprawca, w postaci osiągnięcia korzyści majątkowej²⁹. Istotne są jednak czynności sprawcze, jakie należy udowodnić sprawcy, aby móc postawić zarzuty z art. 291 lub 292 k.k., tj. **nabycie, pomoc w zbyciu, przyjęcie i pomoc w ukryciu**. Znamienne jest również, iż sprawca któregoś z ww. czynów

licji w Pile, nr 2 (19) 2014, Szkoła Policji w Pile, Piła 2014, s. 14.

²⁵ A. Adamski, *Przestępstwa komputerowe w nowym Kodeksie karnym* [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, nr 17, Ministerstwo Sprawiedliwości, Departament Kadr i Szkolenia, Warszawa 1998, s. 115.

²⁶ E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 1421.

²⁷ Ibidem, s. 1457.

²⁸ Wyrok SN z 14.05.2013 r., III KK 395/12, System Informacji Prawnej LEX nr 1319263.

²⁹ E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 1456.

nie musi być bezpośrednio powiązany ze sprawcą pierwszego czynu zabronionego³⁰ – może on być uczestnikiem (ogniwem) swoistego łańcuszka przestępczego i znać jedynie osoby współpracujące, powiązane z osobą sprawcy pierwszego czynu na podobnych zasadach jak on sam.

Odnosząc się do wskazanych przez ustawodawcę form sprawczych przestępstwa paserstwa, należy podkreślić, iż nabycie i przyjęcie realizuje znamiona przestępstwa skutkowego, natomiast pomoc do zbycia i pomoc do ukrycia – przestępstwa formalnego. Przy pierwszych dwóch formach dokonanie przestępstwa ma miejsce w chwili uzyskania przez sprawcę faktycznego władztwa nad przedmiotem paserstwa poprzez nabycie lub przyjęcie – nie jest tu istotna chwila zawarcia umowy co do nabycia lub przyjęcia przedmiotu³¹, ani jej efekt w postaci faktycznego wywiązania się z umowy przez sprzedającego i zrealizowania zamówienia lub nie. Jeśli rozpatrzymy tu możliwość przedstawienia zarzutu paserstwa osobie nabywającej na odległość (tj. np. poprzez zakup na aukcji internetowej lub w sklepie internetowym) nielegalny program komputerowy, to należy podkreślić, iż do przestępstwa dochodzi z chwilą odbioru przez sprawcę zamówionej przesyłki od dostawcy, a nie z chwilą zamówienia programu, a nawet zapłacenia sprzedawcy za niego. Jeśli chodzi zaś o pomoc w zbyciu lub ukryciu, to przestępstwo popełniane jest w chwili samego udzielania pomocy³², bez znaczenia, czy faktycznie doszło do zamiarowanego przez sprawcę skutecznego zbycia lub ukrycia. W tym miejscu warto przytoczyć cytowaną przez Sąd Okręgowy w Krakowie wykładnię pojęcia „przyjęcie”, która (cyt.) „oznacza nie tylko fizyczne przekazanie sprawcy przedmiotów pochodzących z przestępstwa ale również złożenie takich rzeczy w mieszkaniu lub innym pomieszczeniu należącym do pasera. Warunkiem odpowiedzialności za przestępstwo paserstwa, jest w takim wypadku świadomość pasera, że w jego pomieszczeniu złożono przedmioty pochodzące z przestępstwa, co jest wystarczające do przyjęcia konkludentnego objęcia tych rzeczy przez sprawcę”.³³

Przechodząc do analizy znamion czasownikowych przestępstwa paserstwa, na pierwszym miejscu należy wspomnieć o nabyciu, jako najczęściej występującej formie paserstwa, a umożliwiającym pozyskanie władztwa nad programem komputerowym, za wyrażną zgodą samego nabywcy – zwykle w drodze sprzedaży, darowizny lub zamiany³⁴. Jak już podniesiono, moment nabycia (moment popełnienia przestępstwa) to moment faktycznego odbioru przedmiotu

³⁰ Ibidem, s. 1456.

³¹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, op. cit. s. 246.

³² Ibidem, s. 246.

³³ Wyrok SO w Krakowie z 10.04.2015 r., IV Ka 183/15, op. cit.

³⁴ E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 1456.

paserstwa (zarówno w formie fizycznej, jak i wirtualnej – tj. elektronicznej), a nie jakiegokolwiek wcześniejsze działania mające na celu jego uzyskanie.

Pomoc w zbyciu to każde działanie lub powstrzymanie się od działania, umożliwiające innej osobie zbycie przedmiotu paserstwa – działaniem takim może być np. udostępnienie konta internetowego do zawarcia umowy lub umieszczenia ogłoszenia o sprzedaży, udostępnienie danych rachunku bankowego wraz z poufnymi danymi uwierzytelniającymi (najczęściej numeru PIN do karty bankomatowej). Co znamienne, mimo że dla bytu przestępstwa paserstwa stypizowanego w Kodeksie karnym nie jest wymagane osiągnięcie przez sprawcę korzyści majątkowej, to w sytuacji pomocy w zbyciu – wedle orzecznictwa – taka korzyść występuje zawsze: jeśli nie na korzyść samego sprawcy, to na korzyść innej osoby, co realizuje z kolei przepis art. 115 § 4 k.k.³⁵

Przyjęcie to tymczasowe dysponowanie rzeczą w określonym celu – zwykle przechowywanie, przetransportowanie, etc. W praktyce często kwalifikacją takiego czynu można objąć osobę trudniącą się np. wysyłką (zarówno fizyczną, jak i wirtualną) zamówionego towaru, gdy wcześniej został on udostępniony tej osobie, ale nie jest ona jego docelowym dysponentem (właścicielem).

Pomoc w ukryciu z kolei to każde działanie lub powstrzymanie się od działania, mające na celu udzielenie sprawcy pomocy w zatajeniu faktu posiadania przedmiotu paserstwa i utrudnienie organom ścigania ujawnienia przestępstwa i sprawcy, a pokrzywdzonym odzyskania utraconych wskutek działań sprawcy dóbr. Przykładem może tu być np. usunięcie korespondencji pogrążającej sprawcę, a będącej dowodem przestępstwa. Należy nadmienić, iż warunkiem poniesienia odpowiedzialności jest tu świadomość i wola sprawcy lub co najmniej zgoda na udzielenie takiej pomocy³⁶. Ponadto pomoc w ukryciu przedmiotu paserstwa, podobnie jak pozostałe trzy znamiona czynu, nie musi mieć na celu osiągnięcia korzyści majątkowej – jak bowiem wskazuje praktyka orzecznicza³⁷, inspiracją mogą być inne powody – np. zobowiązania rodzinne czy relacje towarzyskie.

Kwalifikacja prawna czynu na podstawie art. 118 Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych

Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej „Uopaipp”) już redakcją art. 1 nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż program komputerowy

³⁵ Wyrok SA w Krakowie z 06.12.2001 r., III KK 399/10, OSNSK 2011, poz. 699.

³⁶ E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 1456.

³⁷ Wyrok SA w Poznaniu z 05.09.2013 r., II Aka 138/13, System Informacji Prawnej LEX nr 1381504.

jest utworem, czyli (cyt.) „przejawem działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalonym w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia”³⁸ i jako taki jest przedmiotem prawa autorskiego.

W art. 118 Uopaipp zawężono ochronę prawno-karną w stosunku do ochrony programu komputerowego, z takiej, jaka przysługuje rzeczom na podstawie Kodeksu karnego, do takiej, która polega na ochronie jedynie fizycznego nośnika, na którym program jest zapisany. Przepis pkt 1 art. 118 mówi bowiem wyraźnie o przedmiocie będącym nośnikiem utworu, a nie o utworze w znaczeniu ogólnym. Dobrem chronionym jest tu zatem mienie w postaci przedmiotu, na którym dokonano zapisu utworu, jakim jest m.in. program komputerowy.

Ustawodawca wprowadził oprócz typu zasadniczego przestępstwa, również typ kwalifikowany i uprzywilejowany. Sankcją za nabycie lub pomoc w zbyciu albo przyjęcie lub pomoc w ukryciu przedmiotu będącego nośnikiem programu komputerowego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w zasadniczym typie przestępstwa jest kara pozbawienia wolności w wymiarze od 3 miesięcy do 5 lat. Typ kwalifikowany, odnoszący się do uczynienia przez sprawcę z ww. przestępstwa stałego źródła dochodu albo organizowania ww. działalności przestępnej lub kierowania nią, podwyższa minimalny wymiar kary do 1 roku. Z kolei typ uprzywilejowany dla sprawcy, który na podstawie towarzyszących okoliczności powinien i mógł przypuszczać, że przedmiot został uzyskany za pomocą czynu zabronionego, obniża sankcję do kary grzywny, kary ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do 2 lat. Stałe źródło dochodu definiowane jest w orzecznictwie Sądu Najwyższego jako zachowanie sprawcy połączone z wielokrotnością i systematycznością przestępczej działalności, ukierunkowanej na uzyskanie dochodu. Realizacją tego znamienia nie jest jednorazowy akt takiego działania sprawcy³⁹. Jak łatwo zauważyć, typ zasadniczy wskazany w Uopaipp odpowiada typowi zasadniczemu wskazanemu w art. 291 k.k., a typ uprzywilejowany – art. 292 k.k. Dającą jednak zauważyć się już na pierwszy rzut oka różnica między zapisami obu aktów prawnych to kwestia działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej – niewspomniana w Kodeksie karnym, a wymieniona jako znamień przestępstwa w Ustawie o prawie autorskim (...). Jak wywiódł Sąd Najwyższy⁴⁰, jako korzyść majątkową określoną w zapisie art. 118 ust. 1 Uopaipp należy rozumieć różnicę pomiędzy ceną zapłaconą przez sprawcę za nielegalnie

³⁸ Dz. U. z 2006 r. nr 90, poz. 631 z późn. zm.

³⁹ Wyrok SN z 20.04.2005 r., sygn. III K 21/05, System Informacji Prawnej LEX nr 149637.

⁴⁰ Wyrok SN z 19.03.2003 r., III KKN 230/01, System Informacji Prawnej LEX nr 77448.

zwielokrotnione dyski a ceną za licencję programów skopiowanych bez zgody producenta.

Podobnie jak w przestępstwach art. 291–293 k.k. charakter skutkowy mają działania sprawcy mające na celu zbycie i przyjęcie przedmiotu przestępstwa, a formalny – pomoc w zbyciu i pomoc w ukryciu – podobnie jak przy ww. przestępstwach k.k. **nie jest tu istotny rezultat w postaci osiągnięcia czy nieosiągnięcia zamierzonego zbycia lub ukrycia przedmiotu będącego nośnikiem programu.**

Przedstawiciele doktryny zgadzają się, że cały przepis art. 118 ma na celu walkę z rozprowadzaniem rozpowszechnionych lub zwielokrotnionych w sposób nieuprawniony nośników utworów⁴¹. Ochronie na podstawie tego przepisu podlega zatem prawo autora (producenta) programu komputerowego do rozpowszechniania programu w sposób kontrolowany, za jego zgodą i na jego warunkach – sankcją wskazaną w tym przepisie będą objęte wszelkie działania wymierzone niejako przeciwko producentowi, a mające postać nabycia, pomocy w zbyciu, przyjęcia lub pomocy w ukryciu programów komputerowych rozpowszechnionych lub zwielokrotnionych bez uprawnienia (lub wbrew warunkom takiego uprawnienia do rozpowszechniania lub zwielokrotniania). Bez uprawnienia, zatem bez zgody producenta programu komputerowego. Zgoda w przypadku programów komputerowych przybiera formę licencji, która (cyt.) „jest umową, na podstawie której licencjodawca, czyli uprawniony z praw własności intelektualnej, przekazuje licencjobiorcy na określony czas i na określonych warunkach prawo do korzystania ze swojego prawa”⁴² (por. wyrok Sądu Rejonowego w Słupsku (cyt.): „Zewnętrznym przejawem wyrażenia zgody na posiadanie przez nabywcę danego programu jest co do zasady licencja wydawana przez właściciela programu jego nabywcę”).⁴³ Producent, udzielając użytkownikowi licencji na korzystanie z programu, wyraża zgodę na użytkowanie programu zgodnie z warunkami wskazanymi w tejże licencji. Zdarza się, że licencje są bezpłatne, udostępniające programy na ściśle określony czas – w każdej z takich sytuacji jednak zawsze występuje porozumienie pomiędzy producentem a użytkownikiem, przejawiające się w postaci zaakceptowania przez użytkownika warunków licencji podczas procesu instalacji programu. Ponieważ zaś licencja nie przenosi na nabywcę własności, a jedynie jest prawem do użytkowania, nabyw-

⁴¹ Z. Œwiąkałski [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, (red.) J. Barta, R. Markiewicz, Kraków, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2005, s. 850.

⁴² K. Sztobryn, *Ochrona programów komputerowych w prawie własności intelektualnej w Unii Europejskiej*, System Informacji Prawnej LEX nr 238389.

⁴³ Wyrok SR w Słupsku z dnia 08.09.2015 r., sygn. akt: XIV K 136/14, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych, Ministerstwo Sprawiedliwości (<http://orzeczenia.ms.gov.pl>).

ca programu komputerowego nie może rozporządzać zarówno samym programem w sposób dowolny, jak i nośnikiem, na którym ten program został zapisany i na jakim został nabyty przez użytkownika. Powyższe rozważania przytoczono niejako tytułem wprowadzenia do omówienia przestępstwa stypizowanego art. 118 Uopaipp. Nabywca programu lub każdy inny sprawca stypizowany w art. 118 nie musi bowiem wiedzieć, kto rozpowszechnił lub zwielokrotnił nabywany nośnik programu – dla bytu przestępstwa nie jest istotny bowiem stan wiedzy kupującego, a jedynie efekt w postaci nabycia, pomocy w zbyciu, przyjęcia lub pomocy w ukryciu⁴⁴.

Przez chwilę warto zatrzymać się przy pierwszej części sformułowanego przedmiotu przestępstwa, określonego jako „przedmiot będący nośnikiem utworu”. Nośnik to narzędzie dystrybucji, które przeszło ogromną ewolucję techniczną. W przypadku programów komputerowych, w celach rozpowszechniania były one zapisywane początkowo przez producentów na kasetach kompaktowych, następnie na dyskach miękkich, tzw. dyskietkach, a ostatnie nośniki mają postać płyt CD/DVD/BD. Obecnie konieczność zapisu na nośniku fizycznym została wyparta przez możliwość zapisu w wirtualnej przestrzeni Internetu – na wirtualnych dyskach czy serwerach, do których tzw. ścieżki („adres”) są udostępniane na stronach internetowych. Nie ma zatem w polskim ustawodawstwie autorsko-prawnym obecnie możliwości, aby zarzut paserstwa stypizowanego w art. 118 Uopaipp postawić osobie, która – mimo iż spełnia pozostałe przesłanki, tj. nabywa, pomaga w zbyciu, przyjmuje lub pomaga w ukryciu programu komputerowego – dokonuje tego bez użycia materialnego nośnika z zapisanym programem – czyli zajmuje się tzw. paserstwem elektronicznym⁴⁵. A należy podkreślić, że w przypadku programów komputerowych, obrót fizycznymi nośnikami z zapisanymi na nich programami ma obecnie mniejsze znaczenie, w stosunku do programów rozpowszechnianych za pośrednictwem sieci Internet. Jest to zatem niewątpliwie przestrzeń dla ustawodawcy do wprowadzenia w tym miejscu korekty zapisów, mających w sposób pełny chronić prawo autorów do kontroli rozpowszechniania i zwielokrotniania utworów, np. poprzez uzupełnienie sformułowania: „nośnik utworu”, zapisem: „jak również jego każdy cyfrowy zapis”.

⁴⁴ Z. Ćwiakalski, op. cit., s. 850.

⁴⁵ *Tezy. Odpowiedzialność karna za naruszenie praw autorskich* (materiały na IV Forum Prawa Autorskiego organizowane przez Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, niepubl. w formie papierowej, dostępne na stronie internetowej Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego), Warszawa 2013, s. 8.

Kwalifikacja prawna na podstawie art. 122 Kodeksu wykroczeń

Mimo marginalnego znaczenia, dla porządku systematyzacyjnego należy również wspomnieć o możliwości uznania paserstwa programu komputerowego – pod pewnymi ścisłymi warunkami – za wykroczenie. Art. 122 Kodeksu wykroczeń odnosi się bowiem do mienia, którego wartość nie przekracza $\frac{1}{4}$ minimalnego wynagrodzenia. Program komputerowy – co ustalono powyżej – nie jest co prawda rzeczą, ale bez wątpienia stanowi mienie, skoro możliwa jest do oszacowania jego wartość w znaczeniu ściśle ekonomicznym⁴⁶. Pewnym zaniedbaniem ustawodawcy jest niedoprecyzowanie tego wykroczenia, tj. brak potwierdzenia, iż przedmiotem wykroczenia z art. 122 może być również program komputerowy – tak jak to uczyniono w Kodeksie karnym, wprowadzając odrębny przepis, aby nie było wątpliwości, iż penalizacji podlegają również przestępstwa zw. z programem komputerowym, stypizowane względem rzeczy w art. 291–292 k.k. Na marginesie należy wskazać, iż podobnie ustawodawca postąpił w odniesieniu do przestępstwa kradzieży stypizowanego art. 278 k.k., poświęcając programom komputerowym odrębny paragraf⁴⁷.

Podsumowanie

Oba akty w podobny sposób określają zakres penalizacji przestępstwa paserstwa programów komputerowych. Przepisy krzyżują się ze sobą, wskazując na identyczne sankcje za to samo przestępstwo. Śledczy każdorazowo muszą dokonać dogłębnej analizy i zdecydować, czy formułując zarzuty będą opierać się na Kodeksie karnym, czy na zapisach Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Zasadniczą różnicę stanowi kwestia zamiaru czerpania korzyści majątkowej i paserstwa fizycznych nośników z programem sformułowana w przepisach Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, a nie podniesiona w Kodeksie karnym. Jeśli chodzi zaś o paserstwo programów w szerszym, bo w zasadzie każdym możliwym znaczeniu, to dużo bardziej pojemne są penalizacje wskazane w Kodeksie karnym. Należy podkreślić, iż przenikanie się zapisów Kodeksu karnego i Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych powoduje niekiedy zbieg przepisów. Ze zbiegiem przepisów mamy bowiem

⁴⁶ D. Królczyk, *Prawnokarne aspekty zwalczania piractwa i paserstwa programów komputerowych* [w:] Prokuratura i Prawo, nr 6, 2012, s. 71.

⁴⁷ Art. 278 § 2 k.k.

do czynienia wówczas, gdy sprawca swoimi czynami realizuje znamiona kilku przestępstw penalizowanych odrębnymi przepisami, z których to czynów żaden w sposób całościowy nie wyczerpuje opisanych w artykułach znamion, a dopiero połączenie treści poszczególnych przepisów skutkuje adekwatnym odzwierciedleniem stanu faktycznego i umożliwieniem właściwego przyporządkowania go odpowiednim przepisom⁴⁸ i grożącym sprawcy sankcjom. Kierując się zasadą *lex posteriori derogat legi priori* – w przypadku zbieżności zachowań opisanych w Ustawie i w Kodeksie karnym należy przyznać zatem pierwszeństwo Kodeksowi karnemu. W praktyce taka zbieżność występuje nieczęsto w odniesieniu do czynu paserstwa programów komputerowych, w stosunku do którego jednym z podstawowych zadań śledczych jest określenie sposobu paserstwa, m.in. formy przedmiotu paserstwa (czy był to nośnik z zapisanym programem, czy było to paserstwo elektroniczne) i działanie z zamiarem osiągnięcia korzyści majątkowej lub nie. Przykładem może tu być sytuacja, gdy przedmiotem przestępstwa jest nośnik z programem komputerowym, a sprawca działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej – taki czyn wypełnia znamiona przestępstwa stypizowane w art. 293 w zw. z 291 § 1 k.k. oraz art. 118 ust. 1 Uopaipp⁴⁹ i stanowi rzeczywisty właściwy zbieg przepisów. Przykład ten został poparty orzeczeniem Sądu Apelacyjnego w Katowicach, który jednoznacznie wskazał, iż pomiędzy powołanymi regulacjami nie zachodzi pozorny zbieg przepisów⁵⁰.

Na zakończenie warto wspomnieć również o ważnej roli pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym w kierunku postawienia zarzutów paserstwa na podstawie Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, odmiennej niż przy postępowaniu prowadzonym w kierunku formułowania zarzutów o naruszenie przepisów Kodeksu karnego. O ile bowiem przestępstwa paserstwa stypizowane w Kodeksie karnym są ścigane ex officio, o tyle występki wskazane w Ustawie podlegają ściganiu na wniosek pokrzywdzonego. Otwiera to drogę koncyliacyjnym możliwościom zakończenia sporu, w najdalej idącym wariantcie skutkującym nawet umorzeniem postępowania (brak wniosku o ściganie pochodzącego od osoby uprawnionej stanowi negatywną przesłankę procesową określoną w art. 17 § 1 pkt 10 Kodeksu postępowania karnego, co powinno skutkować umorzeniem postępowania karnego) – jest to jednak kwestia kwalifikująca się do znacznie szerszego omówienia i odbiegająca w swej istocie od tematyki niniejszego artykułu.

⁴⁸ E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk, op. cit., s. 1422.

⁴⁹ A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, C.H. Beck, Warszawa 2000, s. 107–108.

⁵⁰ Wyrok SA w Katowicach z dnia 21.07.2005 r., sygn. akt: II Aka 147/05, Prokuratura i Prawo, 1/2006, dodatek Orzecznictwo poz. nr 29.

Bibliografia

Akty prawne:

1. Dyrektywa Rady EWG z 14 maja 1991 r. w sprawie ochrony prawnej programów komputerowych.
2. Kodeks karny, Dz. U. z 1997 nr 88, poz. 553 z późn. zm.
3. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz. U. z 2006 r. nr 90, poz. 631 z późn. zm.

Doktryna:

1. A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, C.H. Beck, Warszawa 2000.
2. A. Adamski, *Przestępstwa komputerowe w nowym Kodeksie karnym*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, nr 17, Ministerstwo Sprawiedliwości, Departament Kadr i Szkolenia, Warszawa 1998.
3. Z. Cwiągalski [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, (red.) J. Barta, R. Markiewicz, Kraków, Kantor Wydawniczy Zakamycze 2005.
4. D. Królczyk, *Prawnokarne aspekty zwalczania piractwa i paserstwa programów komputerowych*, [w:] *Prokuratura i Prawo*, nr 6, 2012.
5. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do k.k., t. III* (red.) A. Zoll, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1999.
6. A. Marek, *Prawo karne*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1997
7. A. Nowicka, *Prawnoautorska i patentowa ochrona programów komputerowych*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1995
8. A. Marek, E. Pływaczewski, A. Peczeniuk, *Kradzież i paserstwo mienia prywatnego*, (red.) A. Marek, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1985.
9. E. Pływaczewski, *Przestępstwo paserstwa w ustawodawstwie polskim*, Toruń 1986. E. Pływaczewski, E. Guzik-Makaruk (w:) *Kodeks karny. Komentarz* (red.) M. Filar, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
10. P. Sawicki, *Ochrona praw autorskich do programów komputerowych i najnowsze tendencje w piractwie komputerowym*, (w:) *Kwartalnik Prawno-Kryminalistyczny Szkoły Policji w Pile*, nr 2 (19) 2014, Szkoła Policji w Pile, Piła 2014.
11. K. Sztobryn, *Ochrona programów komputerowych w prawie własności intelektualnej w Unii Europejskiej*, System Informacji Prawnej LEX nr 238389.

Inne:

Tezy. Odpowiedzialność karna za naruszenie praw autorskich (materiały na IV Forum Prawa Autorskiego organizowane przez Ministerstwo Kultury i Dzie-

dzictwa Narodowego, niepubl. w formie papierowej, dostępne na stronie internetowej Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego), Warszawa 2013, s. 8.

Orzecznictwo:

1. Wyrok z 25.09.2014 r., II AKa 137/14, Portal Orzeczeń Sądu Apelacyjnego w Szczecinie [<http://orzeczenia.szczecin.sa.gov.pl>].
2. Wyrok SN z 14.05.2013 r., III KK 395/12, System Informacji Prawnej LEX nr 1319263.
3. Wyrok SA w Krakowie z 06.12.2001 r., III KK 399/10, OSNSK 2011.
4. Wyrok SA w Poznaniu z 05.09.2013 r., II Aka 138/13, System Informacji Prawnej LEX nr 1381504.
5. Wyrok SN z 09.10.1996 r., V KKN 79/96, System Informacji Prawnej LEX nr 28482.
6. Postanowienie SN z 15.11.2006 r., IV KK 211/06, System Informacji Prawnej LEX nr 324347.
7. Wyrok SN z 22.12.1986 r., I KR 45/86, OSNKKW 1987, nr 7–8.
8. Wyrok SO w Krakowie z 10.04.2015 r., IV Ka 183/15, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych, Ministerstwo Sprawiedliwości ([http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/paserstwo\\$0020293/152010000002006_IV_Ka_000183_2015_Uz_2015-04-24_002](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/paserstwo$0020293/152010000002006_IV_Ka_000183_2015_Uz_2015-04-24_002) – dostęp: 19 czerwca 2016 r.).
9. Wyrok SA w Katowicach z dnia 21.07.2005 r., sygn. akt: II Aka 147/05, *Prokuratura i Prawo*, 1/2006, dodatek *Orzecznictwo*.
10. Wyrok SR w Słupsku z dnia 8.09.2015 r., sygn. akt: XIV K 136/14, Portal Orzeczeń Sądów Powszechnych, Ministerstwo Sprawiedliwości (<http://orzeczenia.ms.gov.pl>).
11. Wyrok SN z 20.04.2005 r., sygn. III K 21/05, System Informacji Prawnej LEX nr 149637.
12. Wyrok SN z 19.03.2003 r., III KKN 230/01, System Informacji Prawnej LEX nr 77448.

THE CRIME OF FENCING THE COMPUTER PROGRAMS – THE LEGAL QUALIFICATION ISSUES

This article treats about similarities and discrepancies in legal definitions of fencing the computer programs (software) provided by Polish law – especially The Criminal Code and Act of 4 February, 1994 on Copyright and Neighbouring Rights. The penalization of software fencing crime in two (even three) different Polish acts usually causes the confusion for investigators, prosecutors and even judges. The article clearly explains the history (including EU acts) and interplays as well as notifies all differences between the acts. This would help to define the particular crime accurately and prosecute in appropriate way, as well as to avoid the potential confusion in appropriate qualification the particular infringements or crimes. The work is enriched with significant judges, illustrating the given problems and definitions.

Informacje dla Autorów

1. Objętość tekstów nadsyłanych do kwartalnika „Studia Prawnicze” powinna wynosić od 20 000 do 80 000 znaków typograficznych (w tym przypisy).
2. Nadsyłane materiały powinny uwzględniać szczegółowe zalecenia edytorskie, stosowane przez „Studia Prawnicze”. Ułatwi i przyspieszy to prace redakcyjne.
3. Do artykułu należy dołączyć streszczenie oraz tytuł opracowania w języku angielskim (o objętości od 800 do 1200 znaków łącznie ze spacjami).
4. Tekst należy nadesłać w postaci zapisu elektronicznego w programie Word, jako załącznik w poczcie elektronicznej oraz komputerowy wydruk, podpisany własnoręcznie przez Autora (wydruk komputerowy należy nadesłać na adres: Kwartalnik „Studia Prawnicze”, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa, e-mail: studiaprawnicze@inp.pan.pl).
5. Przyjmowane będą jedynie materiały oryginalne, które nie były wcześniej nigdzie publikowane.
6. Do przesłanych materiałów należy osobno dołączyć dane o Autorze (w szczególności: afiliację, stopień lub tytuł naukowy, numer telefonu kontaktowego, adres poczty elektronicznej i adres domowy), a także oświadczenie, że przedłożony tekst został nadesłany wyłącznie do redakcji „Studiów Prawniczych”.
7. Tytuł opracowania należy ująć w formie najbardziej zwartej. Dopuszczalne są podtytuły.
8. Tabele, gdy są one rzeczywiście niezbędne, należy przysyłać również w formie elektronicznej.
9. W tekście stosowane są przypisy dolne z osobnymi zestawieniami bibliograficznymi.
10. W tekście nie należy stosować podkreśleń ani pogrubień. Wyróżnienie fragmentu tekstu jest wyjątkowo możliwe przez zwiększenie odstępów między znakami (tekst rozstrzelony). Zwroty obcojęzyczne (np. *prima facie*, *de lege lata*) należy wyróżnić kursywą, natomiast cytaty – zapisać w cudzysłowach. Cytat w cytacie zaznacza się cudzysłowem ostrokątnym (« ... »).
12. Redakcja nie zwraca Autorom nadesłanych materiałów.
13. Prosimy Autorów o niekierowanie do Redakcji propozycji nawiązania stałej współpracy. Nie jest to możliwe.
14. Wszystkie materiały podlegają opracowaniu redakcyjnemu. Autor otrzymuje tekst do korekty. W przypadku nieodesłania korekty autorskiej w terminie materiał jest kierowany do publikacji bez poprawek Autora.
15. Teksty, które nie spełniają podstawowych wymogów poprawności językowej, nie będą przyjmowane.
16. Wszelkie wykryte naruszenia prawa autorskiego lub zasad etyki i rzetelności naukowej będą demaskowane i dokumentowane.

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

1. Tekst nadesłany do „Studiów Prawniczych” powinien mieć następujące parametry: czcionka 12 pkt (Times New Roman); interlinia 1,5; wcięcie akapitowe 1,25 cm; wyrównanie do lewego i prawego marginesu. Należy wprowadzić numerację stron.
2. W tekście należy stosować przypisy dolne o następujących parametrach: czcionka 10 pkt (Times New Roman); interlinia 1,0; brak wcięcia akapitowego; wyrównanie do lewego i prawego marginesu.
3. Przypisy powinny być ponumerowane liczbami arabskimi. Stosuje się numerację ciągłą zaczynającą się od 1.

PROCEDURA RECENZYJNA

1. Wszystkie materiały wpływające do „Studiów Prawniczych” są poddawane ocenie wydawniczej dokonywanej przez członków Komitetu Redakcyjnego. W wyjątkowych przypadkach Redakcja może zwrócić się z prośbą o ocenę do osób spoza Komitetu.
2. Artykuły są recenzowane przez co najmniej dwóch członków Komitetu Redakcyjnego. Ocenie podlegają wszystkie aspekty warsztatu naukowego.
3. Okres oczekiwania na ocenę wynosi ok. 8 tygodni. Po tym terminie Autor jest proszony o kontakt telefoniczny lub mailowy z Redakcją.
4. Ocena może mieć postać: a) recenzji pozytywnej; b) recenzji pozytywnej pod warunkiem dokonania określonych zmian; c) recenzji odmownej.
5. Tożsamość Recenzentów poszczególnych materiałów nie jest ujawniana Autorom.

Cena 35,00 zł (VAT 5%)

INDEKS 376620