



Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego



Uwagi o stwierdzonych
nieprawidłowościach
i lukach w prawie
za rok 2018

Warszawa 2019

PIERWSZY PREZES
SĄDU NAJWYŻSZEGO

Uwagi
o stwierdzonych nieprawidłowościach
i lukach w prawie
za rok 2018

WYDAWCA:
Sąd Najwyższy
00-951 Warszawa, Plac Krasińskich 2/4/6
www.sn.pl

Warszawa 2019

**PIERWSZY PREZES
SĄDU NAJWYŻSZEGO**

Uwagi
o stwierdzonych nieprawidłowościach
i lukach w prawie

UWAGI O STWIERDZONYCH NIEPRAWIDŁOWOŚCIACH I LUKACH W PRAWIE

1. Prawo cywilne.....	9
1.1. Roszczenia z tytułu zachowku.....	9
1.2. Kolejność zaspokajania wierzycieli spadkowych z tytułu zobowiązań publicznoprawnych	10
1.3. Hipoteka ustanowiona na znoszonej odrębnej własności lokalu	12
1.4. Skutki prawne braku współdziałania inwestora z wykonawcą robót budowlanych.....	13
1.5. Zakres odpowiedzialności za szkody łowieckie	16
2. Prawo cywilne procesowe	19
2.1. Oznaczenie wartości przedmiotu sporu w sprawach o roszczenia pracowników w zakresie nawiązania, istnienia lub rozwiązania stosunku pracy	19
2.2. Zakres przedmiotowy powództwa o ustalenie istnienia wypadku przy pracy	20
2.3. Konsekwencje oddania pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora niebędącego operatorem wyznaczonym	21
2.4. Zdatowność arbitrażowa sporów o roszczenia wynikające z umowy najmu lokalu mieszkalnego	23
2.5. Skuteczność zapisu na sąd polubowny w postępowaniu o zawezwanie do próby ugodowej	24

2.6. Legitymacja bierna w sprawie o opublikowanie sprostowania prasowego.....	26
2.7. Konsekwencje zgłoszenia do sądu rejestrowego zajęcia udziałów lub akcji w spółkach kapitałowych	28
3. Prawo rodzinne i opiekuńcze.....	29
3.1. Aktualność uwag przedstawionych we wcześniejszych wystąpieniach.....	29
3.2. Kontrowersyjne tendencje zmian prawa rodzinnego	29
3.3. Potrzeba dyskusji nad koncepcją unormowania problematyki rodzinnoprawnej w przyszłej kodyfikacji	34
3.4. Sądownictwo rodzinne	36
3.5. Postępowanie wykonawcze w sprawach opiekuńczych	37
3.6. Nadanie nazwiska „rodzinnego” pasierbowi	39
3.7. Składanie oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński przed konsulem	41
4. Prawo własności intelektualnej	42
4.1. Powierzenie praw autorskich w zarząd zagranicznej organizacji zbiorowego zarządzania	42
4.2. Korzystanie z utworów niedostępnych w obrocie handlowym	43
4.3. Odszkodowanie ryczałtowe	44
4.4. Pierwszeństwo opublikowania utworu naukowego i pracy dyplomowej	46
5. Prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji	48
6. Prawo pracy.....	49
6.1. Zmiana lub uchylenie regulaminu wynagradzania	49
6.2. Niezgodność art. 2 ust. 2 ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy z dyrektywą 2008/94/WE	50

6.3. Śmierć pracodawcy a zasada wolności pracy	51
6.4. Śmierć pracodawcy a prawo do wynagrodzenia	51
6.5. Ochrona pracowników w wieku przedemerytalnym zatrudnionych na umowę o pracę na czas określony	52
6.6. Ochrona danych osobowych pracownika	53
6.7. Obowiązki informacyjne pracodawcy dotyczące dokumentacji pracowniczej	55
6.8. Zmiana treści lub podstawy oraz wygaszenie stosunku pracy z mocy ustawy	55
7. Prawo zabezpieczenia społecznego	60
7.1. Zakres podmiotowy ustawy z dnia 9 maja 2018 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających osoby o znacznym stopniu niepełnosprawności	60
7.2. Warunki nabycia prawa do uposażenia rodzinnego przez członków rodziny zmarłego sędziego lub sędziogo w stanie spoczynku	61
7.3. Przedawnienie należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, zabezpieczonych hipoteką lub zastawem	62
7.4. Krąg adresatów decyzji, stanowiącej podstawę wpisu hipoteki przymusowej celem zabezpieczenia należności składkowych	64
7.5. Dowód doręczenia decyzji stanowiącej podstawę wpisu hipoteki przymusowej na zabezpieczenie należności składkowych	65
7.6. Pobieranie zasiłku macierzyńskiego albo zasiłku w wysokości zasiłku macierzyńskiego przez osoby uprzednio objęte dobrowolnym ubezpieczeniem chorobowym z racji wykonywania działalności pozarolniczej	66
8. Prawo karne materialne	70
8.1. Wadliwa regulacja czynu ciągłego	70
8.2. Zatarcie skazania w przypadku kar orzeczonych na podstawie art. 37b k.k.	72

8.3.	Orzeczenie przypadku danych	74
8.4.	Zaliczenie zakazu prowadzenia pojazdów orzeczonego jako obowiązek związany z warunkowym umorzeniem postępowania na rzecz środka karnego orzeczonego po podjęciu postępowania warunkowo umorzonego	74
8.5.	Wykonywanie środka zabezpieczającego wobec sprawcy odbywającego karę pozbawienia wolności	75
9.	Prawo karne procesowe	77
9.1.	Relacja przepisów kodeksu postępowania karnego i kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia	77
9.2.	Wyłączenie asesora sądowego od udziału w postępowaniu mediacyjnym	79
9.3.	Możliwość orzeczenia przypadku w razie umorzenia postępowania	79
9.4.	Zaskarżalność postanowienia w przedmiocie niemożności wzięcia udziału w postępowaniu karnym przez oskarżyciela posiłkowego ubocznego	80
9.5.	Wadliwa regulacja doręczeń wyroków i ich uzasadnień	83
9.6.	Obowiązek informowania o zmianie adresu przez stronę ..	84
9.7.	Dopuszczalność dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego	84
9.8.	Posłużenie się pojęciem oskarżonego w art. 176 k.p.k.	87
9.9.	Przesłuchanie oskarżonego na odległość	88
9.10.	Wykorzystanie materiałów z badań przeprowadzonych na podstawie art. 192a k.p.k. po przedstawieniu zarzutów	89
9.11.	Uprawnienie prokuratora do zarządzenia ekshumacji	89
9.12.	Uchylenie tajemnicy lekarskiej	91
9.13.	Prawo pokrzywdzonego do informacji	91

9.14. Skorygowanie orzeczenia w zakresie zaliczenia okresu zatrzymania na poczet orzeczonej kary	93
9.15. Skład sądu odwoławczego w sprawie, w której nie było prowadzone postępowanie przygotowawcze	94
9.16. Tryb podjęcia decyzji w przedmiocie wydania europejskiego nakazu aresztowania	96
9.17. Wykonanie prawomocnego orzeczenia o karach o charakterze pieniężnym, wydanego co do osoby prawnej	97
9.18. Wadliwa transpozycja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE	99
10. Prawo ustrojowe	101
10.1. Organ właściwy do wydania regulaminu czynności Trybunału Stanu	101
10.2. Skutki przerwania biegu przedawnienia ścigania czynu podlegającego kognicji Trybunału Stanu	102
10.3. Określenie sądu właściwego do rozpoznania skargi na przewlekłość postępowania klauzulowego prowadzonego przed sądem powszechnym niebędącym sądem rejonowym	104
10.4. Określenie izby Sądu Najwyższego właściwej do rozpoznawania skargi na przewlekłość postępowania toczącego się w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych	106
10.5. Określenie sądu właściwego rzeczowo w sprawach o roszczenia ze stosunku służbowego sędziego Sądu Najwyższego	108
10.6. Kwalifikacje niezbędne do zajmowania stanowiska prokuratora	111
10.7. Zróżnicowanie uprawnień prokuratora delegowanego do innej jednostki prokuratury i sędziego delegowanego do innego sądu	112

10.8. Obowiązek przekazania przez sędziego Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego zysków z tytułu posiadanych akcji lub udziałów w spółkach handlowych na cele publiczne albo na odrębny rachunek bankowy	113
10.9. Obowiązek opublikowania w Biuletynie Informacji Publicznej orzeczeń wydanych przez Sąd Najwyższy przed wejściem w życie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym	115
11. Varia	118
11.1. Tajemnica zawodu psychologa	118
11.2. Obecność osób trzecich przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych i obowiązek zachowania przez nie tajemnicy	119

1. Prawo cywilne

1.1. Roszczenia z tytułu zachowku

W przepisach prawa spadkowego zaobserwować można lukę, wyrażającą się w braku materialnoprawnej podstawy do realizacji roszczenia uprawnionego z tytułu zachowku przeciwko spadkobiercom osoby obdarowanej przez jego spadkodawcę.

W wyroku z dnia 25 kwietnia 2017 r., V CSK 367/16¹, SN wskazał m.in., że uprawnienie do zachowku jest gwarantowane przez prawo spadkowe, a pozbawienie tego uprawnienia możliwe jest wyłącznie w drodze niedobrowolnego, z punktu widzenia potencjalnego spadkobiercy, wydziedziczenia przez spadkodawcę (art. 1008 k.c.) albo dobrowolnego zawarcia ze spadkodawcą umowy o zrzeczenie się prawa do zachowku². W sprawie, w której zapadło to rozstrzygnięcie, SN stanął wobec stanu faktycznego o dużym stopniu skomplikowania, w którym obdarowany przez spadkodawczynię zmarł przed nią, przedmiot darowizny przekazując w spadku własnym spadkobiercom. Sąd Najwyższy uznał, że niemożność uzyskania przez powoda – brata osoby obdarowanej żadnej korzyści majątkowej zaktualizowała roszczenie powoda o wypłatę kwoty zachowku (art. 991 § 2 k.c.). Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że podstawą realizacji roszczenia o zachówek powoda jest przepis art. 922 § 1 i 3 w zw. z art. 1034 § 2 k.c. Realizacja roszczenia o zachówek przez powoda byłaby wedle innej interpretacji możliwa równoległe na podstawie art. 1000 § 1 k.c., który przewiduje, że jeżeli uprawniony nie może otrzymać należnego mu zachowku od spadkobiercy, może on żądać od osoby, która otrzymała od spadkodawcy darowiznę doliczoną do spadku, sumy pieniężnej potrzebnej do uzupełnienia zachowku, w granicach wzbogacenia będącego skutkiem darowizny.

Pozostaje do rozstrzygnięcia czy rozszerzająca interpretacja pojęcia „osoby obdarowanej” (art. 1000 k.c.) nie powinna objąć również następców prawnych obdarowanego w stosunku do przedmiotu darowizny naruszającej prawo do zachowku osoby trzeciej. Podobne rozwiązanie zna skodyfikowane prawo austriackie. Pozwala ono dziedzicom osoby obdarowanej, która zmarła przed spadkodawcą, na ograniczenie ich odpowiedzialności z tytułu zachowku o wartość hipotetycznego

¹ Publ.: www.sn.pl.

² Por. uchwałę SN z dnia 17 marca 2017 r., III CZP 110/16, OSNC 2017, nr 12, poz. 134.

zachowku, jaki otrzymałby przedwcześnie zmarły od swego zmarłego wstępnego (§ 791 ust. 2 ABGB). Uprawniony z tytułu zachowku mógłby dochodzić w ten sposób swojej wierzytelności od spadkobierców osoby obdarowanej przez jego spadkodawcę. Subsydiarny charakter odpowiedzialności z art. 1000 k.c., przedawnienie roszczenia (art. 1007 § 2 k.c.) oraz jej ograniczenie do wysokości wzbogacenia wydawałoby się stanowić wystarczającą „tamę” dla niepewności prawnej, przy jednoczesnym skutecznym zabezpieczeniu realizacji prawa do zachowku.

Niezależnie od powyższego należy zasygnalizować, że stosownie do treści art. 1000 § 2 k.c., obdarowany może zwolnić się od obowiązku zapłaty sumy potrzebnej do uzupełnienia zachowku przez wydanie przedmiotu darowizny. Przepis ten nie rozstrzyga, w jaki sposób powinno nastąpić „wydanie” przedmiotu darowizny, jeżeli dotyczyła ona nieruchomości. Powoduje to bardzo daleko idące wątpliwości, jeżeli uprawniony nie jest zainteresowany zawarciem z obdarowanym umowy przenoszącej własność nieruchomości.

1.2. Kolejność zaspokajania wierzycieli spadkowych z tytułu zobowiązań publicznoprawnych

Na kanwie niedawnego orzecznictwa Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego³ dostrzeżono nieprawidłowość polegającą na braku spójności przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących kolejności zaspokajania wierzycieli spadkowych z przepisami prawa publicznego w przedmiocie zaspokajania zobowiązań publicznoprawnych.

Prawo polskie nie zawiera uregulowań określających kolejność zaspokajania wierzycieli spadkowych. W doktrynie ostrożnie wskazuje się na użyteczność w tym zakresie kryteriów z art. 1025–1026 k.p.c., które na gruncie odpowiedzialności za długi spadkowe mogą zachować jedynie znaczenie pomocnicze⁴. Wspomniane kryteria określają kolejność zaspokajania wierzycieli z kwoty uzyskanej z egzekucji nieruchomości oraz sposób redukcji należności, gdy uzyskana ze sprzedaży suma okaże

³ Por. postanowienie SN z dnia 10 sierpnia 2017 r., I CZ 81/17, www.sn.pl oraz wyrok NSA z dnia 24 lutego 2017 r., I FSK 889/15, www.orzeczenia.nsa.gov.pl.

⁴ Tak w szczególności J. Kremis, R. Strugała, *Komentarz do art. 1032*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, (red.) E. Gniewek, P. Machnikowski, wyd. 7, Warszawa 2016, Nb 3, s. 1.886; jak również: E. Skowrońska-Bocian, *Odpowiedzialność za długi spadkowe. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2016, s. 63; K. Żok, *Komentarz do art. 1032*, [w:] *Kodeks cywilny. Tom II. Art. 450-1088*, (red.) M. Gutowski, Warszawa 2016, Nb. 2–6, s. 1.802–1.803.

się niewystarczająca do spłaty wszystkich długów. W piśmiennictwie przyjmuje się, że pomocnicze wykorzystanie art. 1025–1026 k.p.c. albo art. 115 ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji⁵ powinno mieć miejsce w szczególności, gdy pasywa spadku przewyższają jego aktywa. W przeciwnym razie różnicowanie sytuacji prawnej wierzycieli byłoby bezprzedmiotowe. Zdecydowanie rzadziej prezentowane jest stanowisko postulujące równe i proporcjonalne traktowanie wierzycieli spadkowych⁶.

Kolejność spłaty poszczególnych długów może – z dużą dozą ogólności i wskazaniem na okoliczności konkretnego przypadku – zostać określona z wykorzystaniem kryteriów przepisu art. 354 k.c., nakazującego wykonywanie zobowiązania zgodnie z jego treścią, celem społeczno-gospodarczym oraz zasadami współżycia społecznego i ustalonymi zwyczajami. Spadkobierca ma však obowiązek uwzględnienia interesów wszystkich wierzycieli i działania z należytą starannością w tym względzie. Oczywiście niezależnie od kolejności spłaty długów spadkowych rodzących osobistą odpowiedzialność spadkobiercy, w pierwszej kolejności zaspokojeniu podlegają zabezpieczenia rzeczowe. Natomiast ani doktryna, ani orzecznictwo nie zajmują stanowiska w kwestii długów o charakterze publicznoprawnym.

Także NSA słusznie dostrzegł, że kwestia konkurencji uprzywilejowanych należności publicznoprawnych z długami prywatnoprawnymi nie została w przepisach wyczerpująco uregulowana. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził m.in., iż „prawo spadkowe nie zawiera reguł określających kolejność zaspokajania wierzycieli, co nie oznacza zupełnej dowolności działania spadkobiercy w tym zakresie. Obowiązek uwzględniania przez spadkobiercę, który przyjął spadek z dobrodziejstwem inwentarza, interesów wszystkich wierzycieli wynika z treści art. 1032 k.c., który na podstawie art. 98 § 1 i § 2 pkt 1 i 2 O.p. znajduje zastosowanie w sprawie, a który wyznacza granice odpowiedzialności spadkobiercy za długi spadkowe”⁷. W grę wchodzi ustalenie kolejności spłaty zobowiązań publicznoprawnych (niebędących długami spadkowymi, lecz dzielących ich los) oraz zobowiązań prywatnoprawnych – w tym tych zabezpieczonych rzeczowo.

⁵ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1201.

⁶ K. Osajda, *Komentarz do art. 1032*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Spadki (art. 922–1088)*, (red.) K. Osajda, Warszawa 2013, Nb 1–4, s. 1.004.

⁷ Wyrok z dnia 24 lutego 2017 r., I FSK 889/15, ONSAiWSA 2018, nr 6, poz. 98.

Opisana wyżej sytuacja wymaga jednoznacznego zajęcia stanowiska przez ustawodawcę, który powinien ustalić hierarchię zaspokajania długów na wzór przepisów o likwidacji nieobowiązującego już dekretu z dnia 8 listopada 1946 r. o postępowaniu spadkowym⁸ (w szczególności art. 133–135).

1.3. Hipoteka ustanowiona na znoszonej odrębnej własności lokalu

Istotną lukę zauważyć można w zakresie ochrony wierzycieli hipotecznych w przypadku zniesienia odrębnej własności lokalu obciążonego hipotecznie, co wykazała uchwała z dnia 8 grudnia 2017 r., III CZP 77/17⁹. Sąd Najwyższy dostrzegł w niej brak w polskim systemie prawa normy, która określałaby los zabezpieczenia hipotecznego wierzytelności w przypadku zniesienia odrębnej własności lokali postanowieniem sądu. Istnienie luki nie może być jednocześnie uznane za rozmyślny i spójny aksjologicznie zabieg ustawodawcy „[c]hoć nie powinno budzić wątpliwości, że następstwem takiego postanowienia sądu jest wygaśnięcie odrębnej własności lokali – także więc odrębnej własności lokalu obciążonego hipoteką – i stanie się zabudowanej nieruchomości, z której te lokale były wyodrębnione, na powrót obejmującym te lokale jako części składowe przedmiotem współwłasności na ogólnych zasadach, to nie może się z tym na pewno wiązać także całkowite wygaśnięcie ustanowionej hipoteki – mimo iż co do zasady utrata przez prawo rzeczowe swego przedmiotu powoduje wygaśnięcie tego prawa. Skutek taki naruszałby w sposób drastyczny interesy wierzyciela hipotecznego i nie dałby się pogodzić z założeniami żadnego z istniejących, wspomnianych wyżej unormowań, chroniących wierzyciela hipotecznego przed zdarzeniami godzącymi w jego prawo”.

W sprawie, w której zapadło powołane orzeczenie, nowo powstała nieruchomość wchodziła w skład wspólności majątkowej małżeńskiej, wobec czego SN stanął przed pytaniem, czy hipoteka winna obciążać całą nieruchomość, czy tylko udział w niej. Uznał, że hipoteka na udziale stanowiłaby znacznie mniej wartościowe zabezpieczenie wierzytelności, a ponadto zwrócił uwagę na okoliczność, iż sposób podziału przedmiotu współwłasności zależy przede wszystkim od zgodnej woli wszystkich współwłaścicieli. W rozpatrywanym stanie faktycznym SN za najwła-

⁸ Dz. U. z 1946 r., nr 63, poz. 346 ze zm.

⁹ Biul. SN 2017, nr 12, poz. 6.

ściwsze uznał zastosowanie *per analogiam* przepisu art. 22 ust. 1 u.k.w.h. poprzez przyjęcie, że przedmiotem hipoteki ustanowionej na zniesionej nieruchomości lokalowej powinna stać się nowopowstała nieruchomość, w skład której wchodzi owa nieruchomość lokalowa. Przepis ten reguluje przypadek odwrotny, tj. gdy nieruchomość obciążona wchodzi w skład nieruchomości połączonej.

Mimo, iż w myśl utrwalonego orzecznictwa Sądu Najwyższego brak jest przeszkód dla analogicznego stosowania przepisów¹⁰, to jednak wydaje się, że dostrzeżona luka wymaga interwencji legislacyjnej, która usankcjonowałaby stanowisko przyjęte przez SN.

1.4. Skutki prawne braku współdziałania inwestora z wykonawcą robót budowlanych

Przepisy dotyczące umowy o roboty budowlane (art. 647–658 k.c.), mimo istotnych zmian wprowadzanych w latach 1990, 2010 i 2017, nie regulują problematyki odstąpienia od umowy przez wykonawcę tych robót z powodu braku współdziałania ze strony inwestora (np. w zakresie przekazania terenu budowy, pomieszczeń, planów, projektów, zgód i zezwoleń, materiałów, wskazówek, dokonania odbiorów).

W piśmiennictwie wyrażany jest pogląd, że ze względu na lukę prawną dopuszczalna jest *analogia legis* z art. 640 k.c., regulującego tę kwestię w odniesieniu do umowy o dzieło¹¹. Przepis ten stanowi, że jeżeli do wykonania dzieła potrzebne jest współdziałanie zamawiającego, a tego współdziałania brak, przyjmujący zamówienie może wyznaczyć zamawiającemu odpowiedni termin z zagrożeniem, iż po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy. Sąd Najwyższy stoi jednak na stanowisku¹², że w obecnym stanie prawnym analo-

¹⁰ Por. uchwałę SN z dnia 30 sierpnia 1992 r., III CZP 73/91, OSNC 1992, nr 4, poz. 53 oraz uchwałę 7 sędziów SN z dnia 19 stycznia 2006 r., III CZP 100/15, www.sn.pl.

¹¹ Zob., m.in., P. Drapała, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2017 r.*, II CSK 323/16 (zastosowanie art. 640 k.c. *per analogiam* do umowy o roboty budowlane), PiP 2018, z. 8, s. 124–127; A. Goldiszewicz, *Umowa o generalną realizację inwestycji budowlanej*, [w:] *Pozakodeksowe umowy handlowe*, (red.) A. Kidyba, Warszawa 2018, s. 692–693; M. Gutowski, *Odstąpienie od umowy o roboty budowlane*, PiP 2005, nr 9, s. 69–70; J.A. Strzępka, [w:] *System Prawa Prywatnego*, tom 7, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, (red.) J. Rajski, Warszawa 2018, s. 595–596. Zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 14 listopada 2014 r., I ACa 492/14, LEX nr 1566932.

¹² Zob. zwłaszcza wyroki SN: z dnia 3 grudnia 2004 r., IV CK 340/04, www.sn.pl; z dnia 27 kwietnia 2017 r., II CSK 323/16, www.sn.pl.

gia przepisów art. 639 i 640 k.c. o umowie o dzieło do umowy o roboty budowlane jest niedopuszczalna. Po pierwsze bowiem, umowa o roboty budowlane stanowi samodzielny typ umowy nazwanej, co wyklucza traktowanie odnoszących się do niej przepisów jako szczególnych wobec dotyczących umowy o dzieło (art. 627–646 k.c.).¹³ Pogląd, że umowa o roboty budowlane nie jest podtypem umowy o dzieło, jest zresztą rozpowszechniony także w piśmiennictwie.¹⁴ Główne argumenty na rzecz tego zapatrywania to uregulowanie przez ustawodawcę elementów przedmiotowo istotnych (*essentialia negotii*) umowy o roboty budowlane i jej wyodrębnienie w kodeksie cywilnym na tym samym poziomie co umowa o dzieło. Po drugie, Sąd Najwyższy ściśle interpretuje odesłanie zawarte w art. 656 k.c., zgodnie z którym przepisy o umowie o dzieło stosuje się odpowiednio do umów o roboty budowlane (tylko) do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu (odpowiednie stosowanie art. 635 k.c.), skutków wykonywania robót w sposób wadliwy lub sprzeczny z umową (odpowiednie stosowanie art. 636 § 1 i § 2 k.c.), rękojmi za wady wykonanego obiektu (odpowiednie stosowanie art. 638 k.c.) i uprawnienia inwestora do odstąpienia od umowy przed ukończeniem obiektu (odpowiednie stosowanie art. 644 k.c.). Zdaniem Sądu Najwyższego art. 656 k.c. nie odsyła zatem do art. 639 i 640 k.c.¹⁵

¹³ Zob. np. uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01, OSNC 2002, nr 9, poz. 106, z glosami J. A. Strzępki, E. Zielińskiej, OSP 2002, nr 10, poz. 125, R. Pabisa, Monitor Prawniczy 2003, nr 6, s. 279 i P. Sokala, Prawo Spółek 2003, nr 12, s. 54; uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 29 września 2009 r., III CZP 41/09, OSNCP 2010, nr 3, poz. 33, z glosą U. Walasek-Walczak, Prawo Zamówień Publicznych 2010, nr 4, s. 114–122; wyroki SN: z dnia 13 lutego 2001 r., II CKN 377/00, LEX nr 52625; z dnia 6 maja 2004 r., II CK 315/03, OSP 2005, nr 5, poz. 60, z glosą W. Białończyka; z dnia 18 października 2006 r., II CSK 121/06, www.sn.pl. Zob. jednak odmienne stanowisko Sądu Najwyższego w orzecznictwie odnoszącym się do stanu prawnego sprzed nowelizacji tytułu XVI kodeksu cywilnego, dokonanej ustawą z dnia 28 lipca 1990 r. (Dz. U. nr 55, poz. 321) – wyroki: z dnia 28 kwietnia 1972 r., I CR 32/72, OSNC 1972, nr 10, poz. 188, z glosami S. Włodyki i W. Czachórskiego, OSPiKA 1974, nr 2, poz. 26; z dnia 12 grudnia 1990 r., I CR 750/90, OSNC 1992, nr 5, poz. 81; z dnia 7 listopada 1997 r., II CKN 446/97, OSNC 1998, nr 4, poz. 67.

¹⁴ Zob. P. Drapała, op. cit., s. 122–123; Z. Radwański, *Teoria umów*, Warszawa 1977, s. 226–227; E. Zielińska, *Komentarz do art. 647 kodeksu cywilnego*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV, Zobowiązania. Część szczegółowa (art. 535–764(9))*, (red.) M. Fras, Warszawa 2018, pkt 5 i cyt. tam literatura. Odmienne stanowisko zob. np. W. Czachórski, A. Brzozowski, M. Safjan, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 441.

¹⁵ W piśmiennictwie został jednak także wyrażony pogląd, że odpowiednie stosowanie przepisów o umowie o dzieło odnosi się do skutków opóźnienia się przez wykonawcę z rozpoczęciem robót lub wykończeniem obiektu, a jednym ze skutków tego stanu rzeczy jest prawo odstąpienia – M. Gutowski, op. cit., s. 69.

W przepisach o umowie o roboty budowlane nie ma natomiast ogólnego odesłania do przepisów o umowie o dzieło, jak ma to na przykład miejsce w przypadku odesłania w przepisach o umowie dzierżawy do przepisów o umowie najmu (art. 694 k.c.). W orzecznictwie dopuszczono wprawdzie analogię przez zastosowanie do umowy o roboty budowlane przepisów art. 629 i 632 § 2 k.c. regulujących wynagrodzenie kosztorysowe i ryczałtowe w umowach o dzieło¹⁶, natomiast nie dopuszczono jej już w zakresie przepisów dotyczących przedawnienia roszczeń z tych umów¹⁷.

W przepisach o umowie o roboty budowlane nie ma także odpowiednika art. 639 k.c., zgodnie z którym zamawiający nie może odmówić zapłaty wynagrodzenia mimo niewykonania dzieła, jeżeli przyjmujący zamówienie był gotów je wykonać, lecz doznał przeszkody z przyczyn dotyczących zamawiającego. Jednakże w wypadku takim zamawiający może odliczyć to, co przyjmujący zamówienie oszczędził z powodu niewykonania dzieła.

Odstąpienie od umowy o roboty budowlane przez wykonawcę może wprawdzie *de lege lata* nastąpić na podstawie przepisów ogólnych o skutkach niewykonania zobowiązań z umów wzajemnych (art. 491 i n. k.c.). Może także zostać wprowadzone przez strony jako umowne prawo odstąpienia (art. 492 k.c.). Stosowanie do umów o roboty budowlane rozwiązań wzorowanych na art. 639 i 640 k.c. wydaje się jednak bardziej pożądane, gdyż współdziałanie stron przy wykonaniu tego rodzaju umów odgrywa jeszcze istotniejszą rolę niż w przypadku umów o dzieło¹⁸. Pozwalałoby ono wykonawcy żądać wynagrodzenia mimo niewykonania robót, jeśli przeszkoda leżałaby po stronie inwestora, a także odstąpić od umowy po bezskutecznym upływie terminu wyznaczonego inwestorowi, który nie współdziałał z wykonawcą. Negatywne dla wykonawcy skutki braku współdziałania inwestora nie byłby uzależnione od zwłoki tego ostatniego, jak ma to miejsce w art. 486,

¹⁶ Zob. uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 29 września 2009 r., III CZP 41/09; wyroki SN: z dnia 29 marca 2012 r., I CSK 333/11, www.sn.pl; z dnia 4 lutego 2011 r., III CSK 143/10, www.sn.pl, z głosem G. Koziela, Prawo Zamówień Publicznych 2011, nr 3, s. 97–102; z dnia 20 listopada 2008 r., III CSK 184/08, www.sn.pl, z głosem R. Szostaka, Samorząd Terytorialny 2009, nr 3, s. 76–83.

¹⁷ Zob. uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 11 stycznia 2002 r., III CZP 63/01; wyrok SN z dnia 13 lutego 2001 r., II CKN 377/00.

¹⁸ Niemniej, zarówno w razie skutecznego odstąpienia od umowy o dzieło przez przyjmującego zamówienie na podstawie art. 640 k.c., jak i od umowy o roboty budowlane przez wykonawcę na podstawie art. 491 i 492 k.c., rozliczenie między stronami następuje na podstawie art. 494 k.c. – zob. wyroki SN: z dnia 3 grudnia 2004 r., IV CK 340/04; z dnia 14 października 2015 r., V CSK 720/14, www.sn.pl; z dnia 27 kwietnia 2017 r., II CSK 323/16.

491 czy 492 k.c. Wykonawca miałby skuteczniejszą możliwość zmobilizowania inwestora do ułatwienia mu wykonania zobowiązania, co leży niejednokrotnie także w interesie osób trzecich (np. podwykonawców).

Nie ma powodów, aby w opisanym wyżej zakresie różnicować sytuację wykonawcy robót budowlanych i wykonującego dzieło. Wymaga to jednak zmian legislacyjnych, polegających na wprowadzeniu w kodeksie cywilnym zbliżonych do art. 639 i 640 k.c. przepisów dotyczących umowy o roboty budowlane lub na rozszerzeniu zawartego w art. 656 k.c. odesłania do przepisów o umowie o dzieło. Dopuszczalność stosowania analogii w tym zakresie jest bowiem obecnie wysoce wątpliwa ze względu na wąsko ujęte odesłanie oraz odrębne, równorzędne traktowanie obu typów umów.

1.5. Zakres odpowiedzialności za szkody łowieckie

Brak ogólnej zasady odpowiedzialności za szkody wyrządzone przez dziko żyjące zwierzęta sprawia, że uszczerbki z tego tytułu podlegają naprawieniu wyłącznie w kilku ustawowo unormowanych przypadkach.

Największe znaczenie praktyczne mają przepisy dotyczące szkód łowieckich, uregulowanych w rozdziale 9 ustawy z dnia 13 października 1995 r. – Prawo łowieckie¹⁹. Według art. 46 ust. 1 pr.łow. naprawieniu podlegają szkody wyrządzone: w uprawach i płodach rolnych przez dziki, łosie, jelenie, danielle i sarny (pkt 1) oraz przy wykonywaniu polowania (pkt 2). Podmiotem zobowiązanym do wypłacenia odszkodowania jest dzierżawca lub zarządca obwodu łowieckiego. Ponadto za szkody wyrządzone przez zwierzęta łowne objęte całoroczną ochroną na obszarach niewchodzących w skład obwodów łowieckich odpowiada Skarb Państwa.

W ustawie uregulowano tryb szacowania wysokości szkód łowieckich i wypłacania kwot należnych z tego tytułu. W ramach prowadzonego postępowania dokonuje się oględzin, a następnie szacowania ostatecznego. Podczas drugiego z wymienionych stadiów, zgodnie z art. 46c ust. 1 pr.łow. ustala się m.in. procent zniszczenia uprawy na uszkodzonym obszarze (pkt 6), plon z 1 ha (pkt 7) i wysokość odszkodowania (pkt 8). Właścicielowi albo posiadaczowi gruntów rolnych, na terenie których wystąpiła szkoda, oraz dzierżawcy albo zarządcy obwodu ł-

¹⁹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 2033 ze zm., dalej jako „pr.łow.”

wieckiego przysługuje odwołanie do nadleśniczego Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe (art. 46d ust. 1 pr.łow.), który wydaje ostateczną decyzję (art. 46e ust. 1 i 2 pr.łow.). W celu rozpatrzenia odwołania nadleśniczy dokonuje odpowiednio oględzin lub szacowania ostatecznego (art. 46d ust. 2 pr.łow.), po których zakończeniu sporządza się protokół, nie zawierający jednak informacji o wysokości odszkodowania (art. 46d ust. 8 pr.łow.). Wysokość wypłacanej kwoty nadleśniczy ustala, według dosłownego brzmienia przepisu, „biorąc w szczególności pod uwagę ustalenia zawarte w protokołach”. Wymienionym w ustawie podmiotom, które są niezadowolone z decyzji, przysługuje prawo wniesienia powództwa do sądu powszechnego (art. 46e ust. 4 pr.łow.).

W przepisach ustawy – Prawo łowieckie nie znalazły się przepisy, które wprost normowałyby zakres szkody podlegającej naprawieniu. Brak jest w szczególności regulacji, które wyraźnie ograniczałyby zakres indemnizacji do szkody rzeczywistej, wyłączając prawo żądania naprawienia uszczerbku w postaci utraconych korzyści. Nie ulega przy tym wątpliwości, że omawiana odpowiedzialność ma charakter cywilnoprawny. W braku przepisów szczególnych zakres odszkodowania należałoby wyznaczyć na podstawie art. 361 § 2 kodeksu cywilnego, w którym przewidziano naprawienie szkody zarówno w odniesieniu do *damnum emergens*, jak i *lucrum cessans*.

Z drugiej strony argumentem na rzecz wąskiego ujęcia zakresu odszkodowania może być językowe sformułowanie art. 46 ust. 1 pr.łow., w którym jest mowa o szkodach wyrządzonych „w uprawach i płodach rolnych”, co może skłaniać do wniosku, że chodzi wyłącznie o szkodę obejmującą wartość utraconych upraw. Argument ten nie dotyczy jednak szkód wyrządzonych przy wykonywaniu polowania (art. 46 ust. 1 pkt 2). Ponadto można wskazać na art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody²⁰, regulujący odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez niektóre zwierzęta objęte ochroną. Rodzaje szkód podlegających naprawieniu zostały określone przy pomocy sformułowań podobnych, jak w art. 46 ust. 1 pr.łow. Pomimo to w celu ograniczenia odpowiedzialności Skarbu Państwa do szkody rzeczywistej ustawodawca przyjął jednoznacznie sformułowany przepis (art. 126 ust. 2 ustawy o ochronie przyrody). Brak

²⁰ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1614 ze zm.

regulacji tego rodzaju w prawie łowieckim może stanowić argument na rzecz szerszego zakresu indemnizacji.

W art. 49 ust. 1 pr.łow. zawarto delegację ustawową do wydania rozporządzenia określającego m.in. szczegółowy sposób ustalania wysokości i wypłaty odszkodowania za szkody łowieckie. Ustalając wytyczne co do treści rozporządzenia ustawodawca nakazał mieć na względzie specyfikę poszczególnych upraw rolnych oraz konieczność uwzględnienia w szacowaniu szkody obszaru uszkodzonej uprawy, a także strat ilościowych i jakościowych powstałych w wyniku uszkodzenia lub zniszczenia uprawy lub płodów rolnych, oraz kierować się potrzebą zapewnienia jednolitego sposobu szacowania szkód na terenie całego kraju.

Z treści upoważnienia wynika, że nie reguluje ono wysokości odszkodowania, ale sposób jego ustalenia. Przyjęcie określonych przepisów w tym zakresie może jednak prowadzić do pominięcia utraconych korzyści, determinując tym samym zakres szkody podlegającej naprawieniu. Rozporządzenie to nie zostało jeszcze wydane, jednak w poprzednim akcie prawnym regulującym tożsamą problematykę przyjęto wyliczenie wysokości odszkodowania w sposób pomijający utracone korzyści (§ 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 8 marca 2010 r. w sprawie sposobu postępowania przy szacowaniu szkód oraz wypłat odszkodowań za szkody w uprawach i płodach rolnych, Dz. U. z dnia 24 marca 2010 r.).

Należy stwierdzić, że ustawodawca nie uregulował w ustawie zakresu naprawienia szkód łowieckich. Przedstawiony powyżej tryb szacowania szkód może jednak prowadzić do wypłacenia odszkodowania nie odpowiadającego zasadzie pełnej indemnizacji.

Jeżeli przyjąć, że dalszy uszczerbek nie podlega naprawieniu, powstaje pytanie o normatywne podstawy takiej interpretacji. Ograniczenie zakresu odszkodowania w rozporządzeniu wykonawczym, mającym regulować kwestie proceduralne, skutkowałoby możliwością daleko idącej ingerencji w prawa majątkowe przez organ władzy wykonawczej, działający bez odpowiedniej podstawy ustawowej.

Powyższe wątpliwości powinny zostać rozstrzygnięte w drodze uzupełnienia prawa łowieckiego o jednoznaczny przepis określający zakres odpowiedzialności odszkodowawczej, zawierający odniesienie w szczególności do kwestii utraconych korzyści.

2. Prawo cywilne procesowe

2.1. Oznaczenie wartości przedmiotu sporu w sprawach o roszczenia pracowników w zakresie nawiązania, istnienia lub rozwiązania stosunku pracy

Zgodnie z art. 23¹ k.p.c. w sprawach o roszczenia pracowników dotyczących nawiązania, istnienia lub rozwiązania stosunku pracy wartość przedmiotu sporu stanowi, przy umowach na czas określony – suma wynagrodzenia za pracę za okres sporny, lecz nie więcej niż za rok, a przy umowach na czas nieokreślony – za okres jednego roku. W praktyce orzeczniczej sądów powszechnych pojawiają się wątpliwości interpretacyjne związane z wykładnią pojęcia „wynagrodzenie za pracę”, którym posłużono się przy konstrukcji ww. regulacji prawa procesowego. Przywołane sformułowanie jest wieloznaczne, albowiem na jego podstawie trudno ustalić, jaki rodzaj wynagrodzenia za pracę stanowi podstawę oznaczenia wartości przedmiotu sporu.

W szczególności pojawia się wątpliwość, czy „wynagrodzeniem za pracę” w rozumieniu art. 23¹ k.p. jest „wynagrodzenie umowne”, czyli wynagrodzenie ustalone w umowie o pracę według stawki miesięcznej (tygodniowej lub godzinowej), czy raczej w tym wypadku chodzi o wynagrodzenie obliczane według zasad obowiązujących przy ustalaniu ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy, przewidzianych w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 8 stycznia 1997 r. w sprawie szczegółowych zasad udzielania urlopu wypoczynkowego, ustalania i wypłacania wynagrodzenia za czas urlopu oraz ekwiwalentu pieniężnego za urlop²¹.

Rozstrzygnięcie omawianej kwestii ma kluczowe znaczenie w perspektywie prawidłowego ustalenia wysokości kosztów procesu, w tym opłaty od pozwu. Trzeba bowiem pamiętać, że zgodnie z art. 35 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych²² w sprawach z zakresu prawa pracy, co do zasady, pobiera się tylko opłatę podstawową (30 zł) i to wyłącznie od apelacji, zażalenia, skargi kasacyjnej i skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia, ale w sprawach, w których wartość przedmiotu sporu przewyższa kwotę 50 000 zł, pobiera się opłatę stosunkową

²¹ Dz. U. nr 2, poz. 14 ze zm.

²² Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 300 ze zm.

(5% wartości przedmiotu sporu) od wszystkich pism procesowych podlegających opłacie. W tym kontekście nie ulega zatem wątpliwości, że w sprawie, w której spór dotyczy roszczenia niepieniężnego o nawiązanie, istnienie albo rozwiązanie stosunku pracy obowiązek uiszczenia opłaty od pozwu zależy od tego, czy wartość przedmiotu sporu – oznaczona według art. 23¹ k.p.c. – przekracza kwotę 50 000 zł.

Z perspektywy pracowników, którzy występują z roszczeniami majątkowymi o charakterze niepieniężnym (np. o ustalenie istnienia stosunku pracy, o dopuszczenie do pracy, o przywrócenie do pracy) rozstrzygnięcie wątpliwości jurydycznych w zakresie tego, czy wynagrodzenie, o którym mowa w art. 23¹ k.p.c., jest wynagrodzeniem przewidzianym w umowie o pracę, czy też wynagrodzeniem liczoną jak ekwiwalent urlopowy, ma znaczenie fundamentalne dla realizacji konstytucyjnego prawa do sądu.

W związku z powyższym zachodzi potrzeba podjęcia interwencji prawodawczej, której celem będzie zmiana aktualnego brzmienia art. 23¹ k.p.c., polegająca na sprecyzowaniu w tej regulacji kwestii dotyczącej sposobu ustalania wynagrodzenia za pracę, stanowiącego podstawę oznaczenia wartości przedmiotu sporu w sprawach z zakresu prawa pracy o roszczenia niepieniężne dotyczące nawiązania, istnienia lub rozwiązania stosunku pracy. Tylko taka interwencja jest bowiem w stanie wyeliminować wszelkie wątpliwości i rozbieżności występujące w praktyce.

2.2. Zakres przedmiotowy powództwa o ustalenie istnienia wypadku przy pracy

Zgodnie z art. 189 k.p.c. powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny. Przytoczony przepis jest w szczególności podstawą wystąpienia przez pracownika z powództwem przeciwko pracodawcy o ustalenie istnienia wypadku przy pracy, bądź o sprostowanie protokołu powypadkowego. Zważywszy na ogólny charakter regulacji wynikającej z art. 189 k.p.c., w praktyce orzeczniczej sądów pracy pojawiają się istotne wątpliwości związane z określeniem kognicji sądu rozpoznającego sprawę z powództwa pracownika o ustalenie istnienia wypadku przy pracy. W szczególności nie jest do końca jasne, czy na gruncie obowiązującego stanu prawnego w takich sprawach pracownik może

skutecznie kwestionować wszystkie – bez wyjątku – zapisy protokołu powypadkowego, które potencjalnie mogą kształtować jego sytuację prawną, czy też żądanie pracownika jest ograniczone tylko do tych zapisów protokołu, w których pozwany pracodawca odmówił uznania spornego zdarzenia za wypadek przy pracy.

Problemy interpretacyjne pojawiają się zwłaszcza w odniesieniu do stanów faktycznych, w których pracodawca w protokole powypadkowym wprawdzie dokonał kwalifikacji konkretnego zdarzenia jako wypadku przy pracy, ale pracownik zakwestionował zapisy protokołu w zakresie dotyczącym przedstawienia okoliczności towarzyszących wypadkowi. Dlatego wysoce pożądanym byłoby wprowadzenie do Kodeksu pracy, względnie Kodeksu postępowania cywilnego, nowej regulacji, wzorowanej na unormowaniu wynikającym z art. 189 k.p.c., która określiłaby wprost, jakie roszczenia i w jakim rozmiarze przysługują pracownikowi w związku z wypadkiem przy pracy.

2.3. Konsekwencje oddania pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora niebędącego operatorem wyznaczonym

Według art. 165 § 2 k.p.c. oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe²³ lub w placówce pocztowej operatora świadczącego pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu. Wskazana regulacja ma istotne znaczenie z punktu widzenia oceny, czy strona zachowała termin ustawowo zastrzeżony dla dokonania określonej czynności procesowej. Uchybienie terminu ustawowego niesie ze sobą ten skutek, że czynność podjęta przez stronę po terminie jest traktowana jako nieistniejąca. Literalna wykładnia art. 165 § 2 k.p.c. prowadzi do wniosku, zgodnie z którym oddanie pisma procesowego w polskiej placówce pocztowej operatora niebędącego operatorem wyznaczonym w rozumieniu Prawa pocztowego nie generuje skutków prawnych, jakie ustawa łączy z zachowaniem terminu. Dla przykładu, nadanie w placówce operatora pocztowego niebędącego operatorem wyznaczonym, przesyłki zawierającej apelację od

²³ Dz. U. z 2018 r., poz. 2188 ze zm., dalej jako „Prawo pocztowe”.

wyroku sądu pierwszej instancji, może skutkować odrzuceniem środka odwoławczego, jeśli ta przesyłka zostanie dostarczona do właściwego sądu już po upływie czternastodniowego terminu przewidzianego na złożenie apelacji.

Regulacja o takim kształcie, jaki został przyjęty w art. 165 § 2 k.p.c., jest niespójna systemowo z jej odpowiednikiem obowiązującym na gruncie prawa karnego procesowego. Warto przypomnieć, że według art. 124 k.p.k. termin jest zachowany, jeżeli przed jego upływem pismo zostało nadane w „placówce podmiotu zajmującego się doręczaniem korespondencji na terenie Unii Europejskiej”. Ewidentna dychotomia rozwiązań normatywnych, jakie zostały przyjęte z jednej strony w Kodeksie postępowania cywilnego, a z drugiej – w Kodeksie postępowania karnego, była jednym z głównych motywów przedstawienia powiększonemu składowi Sądu Najwyższego do rozstrzygnięcia istotnego zagadnienia prawnego o następującej treści: „Czy oddanie pisma procesowego w polskiej placówce operatora pocztowego innego niż operator wyznaczony, o którym stanowi art. 165 § 2 k.p.c., jest równoznaczne z wniesieniem tego pisma do Sądu w rozumieniu tego przepisu?”.

W związku z wątpliwościami, jakie wykładnia art. 165 § 2 k.p.c. generuje w kontekście interpretacji przepisów wspólnotowych określających zasady funkcjonowania rynku usług pocztowych na terytorium Unii Europejskiej, Sąd Najwyższy w składzie siedmioosobowym nie udzielił odpowiedzi na tak postawione pytanie, ale przejął sprawę do rozpoznania i skierował do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej – w trybie określonym przez art. 267 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej – trzy pytania prejudycjalne o sposób wykładni art. 7 ust. 1 zd. 1 w związku z art. 8 dyrektywy 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług, a także wykładni art. 7 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 97/67/WE w związku z art. 4 ust. 3 Traktatu o ustanowieniu Unii Europejskiej²⁴.

Z uwagi na okoliczność, że wykładnia art. 165 § 2 k.p.c. ma fundamentalne znaczenie dla kształtowania praktyki orzeczniczej we wszystkich sprawach cywilnych (nie tylko w sprawach z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych) i – jak się wydaje – jest ona niespójna systemowo z rozwiązaniami funkcjonującymi na gruncie procedury karnej

²⁴ Zob. postanowienie SN z dnia 19 lipca 2017 r., III UZP 3/17, www.sn.pl.

– zachodzi potrzeba jak najszybszego dokonania odpowiednich zmian redakcyjnych w obrębie art. 165 § 2 k.p.c., które powinny polegać na wprowadzeniu zapisu – wzorowanego na aktualnym brzmieniu art. 124 k.p.k. – zgodnie z którym dla zachowania terminu, jaki ustawa wiąże z wniesieniem pisma procesowego do sądu, wystarczy nadanie tego pisma u każdego operatora pocztowego działającego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

2.4. Zdatność arbitrażowa sporów o roszczenia wynikające z umowy najmu lokalu mieszkalnego

Istotą sądownictwa polubownego (arbitrażowego), będącego przedmiotem regulacji części piątej Kodeksu postępowania cywilnego, jest możliwość wyłączenia kompetencji sądów państwowych i poddanie określonego sporu pod rozstrzygnięcie sądu prywatnego. Orzeczenie sądu arbitrażowego jest przy tym prawnie wiążące i może podlegać wykonaniu na równi z orzeczeniem sądu państwowego. Jednocześnie prawo arbitrażowe oparte jest na zasadzie autonomii woli, umożliwiając stronom w szerokim zakresie uregulowanie zarówno kwestii materialnoprawnych, jak i procesowych w sposób odbiegający od regulacji ustawowych. Orzeczenie sądu arbitrażowego w zasadzie nie podlega kontroli merytorycznej sądów państwowych. Dopuszczalne jest ponadto przyjęcie w zasadzie dowolnej merytorycznej podstawy orzekania, a także rozstrzygnięcie sprawy na zasadach słuszności.

Powyższe założenia, znajdujące odzwierciedlenie w poszczególnych przepisach kodeksu postępowania cywilnego oraz umów międzynarodowych, odpowiadają światowym standardom w dziedzinie regulacji arbitrażu. Umożliwiają rozstrzyganie spraw cywilnych, w szczególności skomplikowanych spraw gospodarczych, w sposób odpowiadający potrzebom uczestników obrotu. Jednocześnie autonomia arbitrażu może prowadzić do pokrzywdzenia słabszej strony stosunku prawnego. Z tego względu zdatność arbitrażowa, czyli dopuszczalność poddania sprawy pod arbitraż, nie występuje w przypadku niektórych kategorii sporów. Według art. 1157 k.p.c.: „Jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe lub spory o prawa niemajątkowe – mogące być przedmiotem ugody sądowej, z wyjątkiem spraw o alimenty.” Ponadto zgodnie z art. 385³ k.c. postanowienia umowy zawieranej z konsumenten-

tem, poddające sprawę pod rozstrzygnięcie sądu polubownego, w razie wątpliwości są uważane za niedozwolone postanowienia umowne. Poddanie sporów wynikających z umów konsumenckich pod arbitraż zostało również uznane za niedozwolone w orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów²⁵.

Dopuszczalne jest rozstrzyganie sporów z zakresu prawa pracy w arbitrażu. Jednak na podstawie art. 1164 k.p.c. zapis na sąd polubowny w takich sprawach może być sporządzony tylko po powstaniu sporu. Wyłączenie dopuszczalności uprzedniego poddania potencjalnych sporów pod kognicję sądu polubownego, w szczególności brak możliwości skutecznego zamieszczenia klauzuli arbitrażowej w umowie o pracę, skutkuje znikomym znaczeniem praktycznym arbitrażu w sporach pracowniczych. Jednocześnie można zwrócić uwagę na brak ograniczeń zdatności arbitrażowej w sporach wynikających z najmu lokali mieszkalnych. W sprawach tego rodzaju najemcy może nie przysługiwać status konsumenta, co prowadzi do nieograniczonej swobody w zakresie przyjmowania właściwości sądów polubownych. Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że najemca lokalu mieszkalnego jest w prawie cywilnym uznawany za stronę słabszą, o czym świadczą rozbudowane regulacje prawa materialnego, mające cel ochronny.

Poddanie sporów dotyczących najmu pod arbitraż może skutkować wyłączeniem stosowania tych regulacji z jednoczesnym ograniczeniem do minimum kontroli sądów państwowych. Wydaje się, że rozważenia wymaga wprowadzenie w tym zakresie pewnych ograniczeń. Można zwrócić uwagę, że zakres zdatności arbitrażowej w odniesieniu do wskazanych sporów został przewidziany w prawie obcym, w tym w państwach o największych tradycjach arbitrażowych (np. w Austrii).

2.5. Skuteczność zapisu na sąd polubowny w postępowaniu o zawezwanie do próby ugodowej

Poddanie sprawy cywilnej pod arbitraż, skutkujące wyłączeniem kompetencji sądów państwowych do merytorycznego rozpoznania sprawy, następuje poprzez zawarcie zapisu na sąd polubowny (umowy arbitrażowej). Według art. 1165 § 1 k.p.c. w razie wniesienia do sądu

²⁵ Zob., m.in., wyroki SOKiK: z dnia 11 marca 2003 r., XVII AmC 22/01; z dnia 10 października 2004 r., XVII AmC 47/03; z dnia 28 marca 2013 r., XVII AmC 3761/12.

sprawy dotyczącej sporu objętego zapisem na sąd polubowny, sąd odrzuca pozew lub wniosek o wszczęcie postępowania nieprocesowego, jeżeli pozwany albo uczestnik postępowania nieprocesowego podniósł zarzut zapisu na sąd polubowny przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy. Istotne znaczenie praktyczne związane jest z kwestią, czy obowiązywanie umowy arbitrażowej skutkuje również niedopuszczalnością rozpoznania wniosku o zawezwanie do próby ugodowej w postępowaniu pojednawczym, uregulowanym w art. 184–186 k.p.c., oczywiście pod warunkiem podniesienia wspomnianego zarzutu.

Wydaje się, że w obowiązującym stanie prawnym wskazać można co najmniej dwa kierunki rozstrzygnięcia przedstawionego zagadnienia. Pierwszy z nich, odrzucający skuteczność zapisu w postępowaniu pojednawczym, oparty jest na założeniu, że zarzut objęcia sprawy umową arbitrażową dotyczy jedynie postępowania rozpoznawczego, w którym sprawa rozstrzygana jest merytorycznie. Tymczasem postępowanie pojednawcze służy możliwości zawarcia ugody, a brak woli jej zawarcia nie jest sankcjonowany. Pogląd ten można uzasadniać również wykładnią lingwistyczną art. 1165 § 1 k.p.c., według którego podniesienie zarzutu skutkuje odrzuceniem pozwu albo wniosku o wszczęcie postępowania nieprocesowego. Wniosek o zawezwanie do próby ugodowej nie należy do wymienionych środków prawnych. Ponadto według powołanego przepisu skutki podniesienia zarzutu występują w przypadku wniesienia do sądu sprawy dotyczącej sporu. Można argumentować, że w treści przepisu jest mowa o sporze w znaczeniu procesowym, który występuje dopiero na etapie postępowania rozpoznawczego, a postępowanie pojednawcze nie ma spornego charakteru.

Pogląd przeciwny odwołuje się do ogólnej zasady dotyczącej skutków zapisu na sąd polubowny, według której wyłączenie kompetencji sądów państwowych ma skutek powszechny. Dotyczy nie tylko merytorycznego rozpoznania sprawy, ale również postępowań z nim związanych. Uzasadnieniem dla przedstawianego stanowiska może być treść art. 1159 § 1 k.p.c., zgodnie z którym w zakresie uregulowanym przepisami części piątej kodeksu postępowania cywilnego, dotyczącej sądu polubownego, sąd państwowy może podejmować czynności jedynie wtedy, gdy ustawa tak stanowi. W związku z tym można argumentować, że przyznanie sądowi państwowemu kompetencji w sprawie objętej umową arbitrażową wymaga odpowiedniej podstawy ustawowej. W art. 1166 § 1 k.p.c. dopuszczono możliwość zabezpieczenia przez sąd państwowy roszczeń dochodzonych przed sądem polubownym.

Można na tej podstawie argumentować *a contrario*, że w przypadku postępowania pojednawczego brak stosownej regulacji skutkuje jego niedopuszczalnością.

Przedstawione zagadnienie było objęte wnioskiem o rozstrzygnięcie przez Sąd Najwyższy pytania prawnego: „Czy przepis art. 1165 KPC w zakresie, w którym przewiduje odrzucenie pozwu w razie podniesienia przez pozwanego zarzutu zapisu na sąd polubowny znajduje odpowiednie zastosowanie w postępowaniu pojednawczym odnośnie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej?”. Postanowieniem z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. III CZP 30/15²⁶, Sąd Najwyższy odmówił jednak podjęcia uchwały z przyczyn formalnych, nie rozważając jednocześnie przedstawionego zagadnienia. W orzecznictwie sądów powszechnych występują zarówno stanowiska o skuteczności zapisu na sąd polubowny w postępowaniu pojednawczym²⁷, jak i poglądy przeciwne²⁸.

Rozstrzygnięcie przedstawionego problemu, chociaż istotne ze względu na rosnące znaczenie sądownictwa polubownego w obrocie prawnym, nie wyczerpuje zagadnienia. Praktyczne znaczenie postępowania pojednawczego związane jest ze skutkiem w postaci przerwania biegu przedawnienia roszczenia, którego dotyczy wnioski o zawezwanie do próby ugodowej. Rozstrzygnięcia wymaga zatem również kwestia, czy złożenie takiego wniosku w sprawie objętej zapisem na sąd polubowny wywołuje wspomniany skutek.

2.6. Legitymacja bierna w sprawie o opublikowanie sprostowania prasowego

W uchwale z dnia 22 czerwca 2017 r., III CZP 8/17²⁹, SN przyjął, że powództwo o opublikowanie sprostowania, o którym mowa w art. 39 ust. 1 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe³⁰ wytacza się przeciwko redaktorowi naczelnemu właściwego dziennika lub czasopisma, a nie przeciwko osobie fizycznej powołanej na to stanowisko. Tym samym odstąpił od wcześniejszego poglądu, zgodnie z którym le-

²⁶ Biul. SN 2015, nr 6.

²⁷ Zob. np. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 października 2016 r., sygn. XXIII Gz 881/16, urzędowo niepubl.

²⁸ Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 stycznia 2013 r., I ACa 960/12, urzędowo niepubl.

²⁹ OSNC 2018, nr 3, poz. 27.

³⁰ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1914 ze zm., dalej jako „Prawo prasowe”.

gitymacja bierna w sprawie o sprostowanie przysługuje każdoczesnemu redaktorowi naczelnemu dziennika lub czasopisma, tj. osobie pełniącej tę funkcję w chwili wystąpienia z roszczeniem, a jeżeli redaktor naczelny zmieni się w toku sprawy, osobie będącej redaktorem naczelnym w chwili orzekania.

Zgodnie z art. 31a ust. 1 Prawa prasowego, na wniosek zainteresowanej osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niebędącej osobą prawną, redaktor naczelny właściwego dziennika lub czasopisma jest obowiązany opublikować bezpłatnie rzeczowe i odnoszące się do faktów sprostowanie nieścisłej lub nieprawdziwej wiadomości zawartej w materiale prasowym. Według art. 39 ust. 1 Prawa prasowego, jeżeli redaktor naczelny odmówił opublikowania sprostowania, sprostowanie nie ukazało się w określonym w ustawie terminie albo ukazało się z naruszeniem określonych w niej warunków, dopuszczalne jest wytoczenie powództwa o opublikowanie sprostowania. Ustawodawca nie przesądził przeciwko komu powództwo to powinno być wytoczone.

Redaktor naczelny – rozumiany jako funkcja pełniona w redakcji dziennika lub czasopisma – nie należy do podmiotów, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, a tym samym według art. 64 § 1¹ k.p.c. nie ma zdolności sądowej. Brak jest również przepisu, który wyposażałby go w szczególną zdolność sądową. Wnioskowanie to prowadzi do konkluzji, że powództwo może być wytoczone wyłącznie przeciwko osobie fizycznej, której według art. 64 § 1 k.p.c. zdolność sądowa przysługuje ze względu na przymiot zdolności prawnej.

Przyjęcie, że powództwo o sprostowanie powinno być wytoczone przeciwko osobie fizycznej rodzi szereg problemów w przypadku zmian na stanowisku redaktora naczelnego albo wakatu na tym stanowisku. Nie do zaakceptowania jest również nałożenie obowiązku wykonania wyroku na osobę fizyczną nie pełniącą już wspomnianej funkcji, jak również obciążenie osobistego majątku redaktora naczelnego kosztami procesu. Przede wszystkim jednak legitymacja bierna osoby fizycznej nie odpowiada materialnoprawnej regulacji prawa prasowego, w którym obowiązki redaktora naczelnego w zakresie sprostowania związane są ze sprawowaną funkcją, a ich wykonanie następuje w ramach działalności redakcji dziennika albo czasopisma.

Pomimo podjęcia powyższej uchwały należy uznać za celowe jednoznaczne uregulowanie kwestii związanych z legitymacją bierną w postępowaniu o opublikowanie sprostowania. Jak wskazał Sąd Najwyższy, status prawny redaktora naczelnego zbliżony jest do pozycji dyrektora

przedsiębiorstwa państwowego w sprawach określonych w art. 691¹ k.p.c. Przyjmując regulacje rozstrzygające wątpliwości dotyczące wykładni prawa prasowego ustawodawca może się zatem wzorować na rozwiązaniach przewidzianych w art. 691¹ k.p.c. i następnych.

2.7. Konsekwencje zgłoszenia do sądu rejestrowego zajęcia udziałów lub akcji w spółkach kapitałowych

Artykuł 911³ k.p.c. wprowadza wymóg zgłoszenia do sądu rejestrowego przez komornika sądowego faktu zajęcia udziału. Z przepisu tego nie wynika jednak, czy komornik zobowiązany jest złożyć wniosek o przyjęcie do akt rejestrowych dokumentu zajęcia udziałów i praw wspólnika (akcjonariusza), czy sąd rejestrowy z urzędu, wobec uzyskanej informacji o zajęciu udziałów, składa przesłane zawiadomienie do akt rejestrowych. Praktyka sądów rejestrowych w Polsce nie jest jednolita³¹. Podobne wątpliwości dotyczą kwalifikacji sprawy o złożenie do akt rejestrowych dokumentu – postanowienia prokuratora o zabezpieczeniu majątkowym poprzez zajęcie udziałów wspólnika w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością lub akcji w spółce akcyjnej.

Mając powyższe na uwadze, niezbędna wydaje się interwencja ustawodawcy, który powinien przesądzić, czy postępowanie w opisanych wyżej sprawach ma być prowadzone z urzędu, czy na wniosek, a w razie przyjęcia tego drugiego stanowiska rozstrzygnięcie o podmiocie ponoszącym opłatę sądową. Jest to bowiem odrębny problem, jaki zarysowuje się na gruncie instytucji zajęcia praw udziałowych wspólnika spółki kapitałowej.

³¹ Por. np. postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 stycznia 2018 r., XXIII Ga 2216/17, urzędowo niepubl. oraz postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 1 lutego 2016 r., VIII Gz 11/16, urzędowo niepubl.

3. Prawo rodzinne i opiekuńcze

3.1. Aktualność uwag przedstawionych we wcześniejszych wystąpieniach

W „Uwagach o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie”, zgłaszanych w ubiegłych latach, poświęconych problematyce normowanej przez prawo rodzinne i opiekuńcze, w szczególności objętej kognicją tzw. „sądów rodzinnych”, przedstawiono liczne zagadnienia wymagające, co najmniej, poważnego rozważenia w celu wprowadzenia odpowiednich unormowań oraz zmian organizacyjnych. Przedstawione spostrzeżenia w większości zachowały aktualność i niniejszym należy do nich odesłać, podkreślając jednocześnie szczególną doniosłość unormowania postępowania wykonawczego w sprawach opiekuńczych oraz zmian organizacyjnych sądownictwa rodzinnego. Celowe wydaje się również zwrócenie uwagi na wybrane zagadnienia ogólne istotne z punktu widzenia należytej ochrony rodziny w orzecznictwie sądowym.

3.2. Kontrowersyjne tendencje zmian prawa rodzinnego

Ustawa o randze kodeksu nie powinna być często i bez wyjątkowej konieczności zmieniana. Ogólnie pozytywna ocena ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy³², obowiązującej od dnia 1 stycznia 1965 r., jest konsekwencją zastosowanej w nim dobrej techniki legislacyjnej.

W ostatnim okresie zaniepokojenie budzi tendencja do wprowadzania do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego rozwiązań kazuistycznych (w tym w formie odesłań do określonych unormowań pozakodeksowych). Obrazują to nowelizacje kodeksu związane ze zmianami unormowań (wielokrotnie nowelizowanej, mimo relatywnie krótkiego obowiązywania) ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej³³. Przykładem mogą być kolejne nowelizacje art. 109 § 2 k.r.o. Przepis ten nie zawiera zamkniętego katalogu zarządzeń pozostających w dyspozycji sądu, który orzeka w celu usunięcia dostrzeżonego stanu zagrożenia dobra dziecka. „Wpisywanie” do niego

³² Tekst pierwotny: Dz. U. z 1964 r., nr 9, poz. 59.

³³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 998 ze zm.

rozwiązań zawartych w oznaczonych przepisach ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej nie stanowi więc warunku *sine qua non* ich zastosowania przez sąd, o ile w danym stanie faktycznym okaże się to celowe. Nie powinno budzić wątpliwości, że sędziowie orzekający w sprawach rodzinnych mają wystarczającą wiedzę umożliwiającą zastosowanie przepisu, który nie jest zlokalizowany w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Udzielanie im „normatywnych wskazówek” nie wydaje się potrzebne, a (stanowiąc źródło częstych nowelizacji wprowadzających rozwiązania kazuistyczne) prowadzi do obniżenia rangi kodeksu.

Kodeks rodzinny i opiekuńczy, jako wiodący dla normowanych stosunków społecznych akt prawny, zawiera i nadal powinien zawierać rozwiązania o najwyższym „ciężarze gatunkowym”. Tymczasem są do niego wprowadzane unormowania zakłócające tę zasadę. Przykładowo, formułujący czynną zdolność do przysposobienia dziecka art. 114¹ § 1 k.r.o., w swej pierwotnej wersji wprowadzonej do kodeksu na mocy ustawy z dnia 26 maja 1995 r.³⁴, stanowił iż: „§ 1 Przysposobić może osoba mająca pełną zdolność do czynności prawnych, jeżeli jej kwalifikacje osobiste uzasadniają przekonanie, że będzie należycie wywiązywała się z obowiązków przysposabiającego”. Przytoczony paragraf pierwszy, na mocy art. 201 ust. 7 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, został uzupełniony o wymaganie, aby osoba będąca kandydatem na przysposabiającego posiadała „opinię kwalifikacyjną oraz świadectwo ukończenia szkolenia organizowanego przez ośrodek adopcyjny, o którym mowa w przepisach o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, chyba że obowiązek ten jej nie dotyczy.”. Nie negując doniosłości wstępnej oceny kwalifikacji osoby pragnącej pełnić funkcję rodzica adopcyjnego oraz właściwego przygotowania takiej osoby do przysposobienia, można mieć uzasadnione wątpliwości, czy „posiadanie świadectwa ukończenia szkolenia” (a więc wymaganie formalne posiadania stosownego dokumentu) powinno mieć taką samą doniosłość jak pełna zdolność do czynności prawnych i kwalifikacje osobiste ubiegającego się o przysposobienie, a także, czy dodane wymagania powinny być zlokalizowane w przepisie formułującym materialnoprawne przesłanki przysposobienia w kodeksie rodzinnym opiekuńczym.

Odnotować wypada, że niekiedy szczegółowość zapisów ustawowych wprowadzonych w zamiarze zwiększenia należytej ochrony

³⁴ Dz. U. nr 83, poz. 417.

dobra dziecka zamiast zwiększać prawdopodobieństwo tej ochrony osłabia ją³⁵.

Programy społeczne i ekonomiczne mające na celu, w szczególności, uchronienie przed biedą dzieci oraz zachęcenie do podejmowania decyzji o rodzicielstwie, aby poprawić niekorzystną sytuację demograficzną w Polsce, są realizowane głównie w ramach systemu pomocy społecznej. Prowadzi to do wzrostu roli unormowań o charakterze prawoadministracyjnym i powierzenia decyzji dotyczących ochrony rodziny innym instytucjom niż sądy. Oznacza to odstępowanie od mechanizmów służących ochronie praw jednostki właściwych postępowaniom w sprawach cywilnych prowadzonym przed sądami powszechnymi. W szczególności, powoływana już ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej wprowadziła system instytucji pieczy zastępczej zależnych od podmiotów samorządu terytorialnego.

Dostrzeżono przypadki orzekania przez sądy o umieszczeniu dziecka w rodzinie zastępczej lub placówce opiekuńczo-wychowawczej bez oznaczenia podmiotu (osoby) mającego tę pieczę realizować. Wskazanie konkretnej rodziny zastępczej, oznaczenie placówki pozostawiano organom administracyjnym. Reakcją na tę praktykę było przedstawienie Sądowi Najwyższemu przez Rzecznika Praw Dziecka zagadnienia prawnego rozstrzygniętego w uchwale składu siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2014 r., III CZP 65/14³⁶. Sąd Najwyższy orzekł, że: „Sąd opiekuńczy, orzekając umieszczenie dziecka w rodzinnej pieczy zastępczej, oznacza konkretną rodzinę zastępczą lub rodzinny dom dziecka”.

³⁵ Przykładem ilustrującym powyższe może być stan faktyczny sprawy przejętej do rozpoznania przez Sąd Najwyższy, w której Sąd Okręgowy w Szczecinie powziął poważne wątpliwości dotyczące wykładni art. 42 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej sprowadzające się do pytania, czy można powierzyć pełnienie funkcji rodziny zastępczej kandydatowi, który nie spełnia wszystkich wymagań przewidzianych w wymienionym przepisie, jeżeli za takim uregulowaniem pieczy zastępczej nad dzieckiem przemawia jego dobro. W postanowieniu z dnia 24 listopada 2016 r., II CA 1/16, OSNC 2017, nr 7–8, poz. 90, Sąd Najwyższy stwierdził, że: „Orzeczenie sądu powierzające sprawowanie pieczy zastępczej nad małoletnim dzieckiem musi uwzględniać przede wszystkim dobro i interesy dziecka, które w szczególnych okolicznościach mogą przemawiać za odstąpieniem od spełnienia przez kandydata do jej wykonywania wszystkich wymagań przewidzianych w art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej”. Na temat tego orzeczenia zob. uwagi przedstawione w przeglądzie orzecznictwa SN za rok 2016 (*Studia i Analizy Sądu Najwyższego, Przegląd Orzecznictwa*, (red.) J. Kosonoga, Warszawa 2017, s. 101–103), J. Słyk, [w:] *Komentarze Prawa Prywatnego*. Tom V. *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO*, (red.) K. Osajda, Warszawa 2017, s. 1.317–1.318.

³⁶ OSNC 2015, nr 4, poz. 48.

Innym przykładem umniejszania roli sądów w ochronie praw dziecka i rodziny na rzecz służb socjalnych jest dopuszczenie w art. 12a ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie³⁷ uprawnienia odebrania dziecka rodzicom przez pracownika socjalnego. Badanie praktyki wykazało przypadki niewypełnienia przesłanek materialnoprawnych i procesowych przy stosowaniu tego przepisu³⁸.

Powierzanie organom administracyjnym zadań, których realizacja dotyczy istotnych praw osób fizycznych, choć może gwarantować szybkość podejmowania decyzji i skuteczną kontrolę wykorzystywania pomocy udzielanej rodzinom, rodzi też niebezpieczeństwo nadużywania uprawnień i niewystarczającej ochrony praw dzieci i rodziny. Z tej przyczyny, po długiej dyskusji na temat „władzy opiekuńczej” w Polsce, zdecydowano, iż tą władzą powinien być sąd powszechny³⁹. Doświadczenia obserwowane w innych państwach (w tym dotyczące mieszkających w nich polskich obywateli) ukazują, że obawy te są uzasadnione, bowiem urzędy do spraw dzieci i młodzieży dopuszczały się przekroczenia uprawnień, kwalifikowanych niekiedy nawet jako naruszające prawa człowieka⁴⁰. Dobrze byłoby, aby przy kształtowaniu w Polsce systemu wspierania rodzin i udzielania im pomocy uniknięto zasygnalizowanych niebezpieczeństw. W tym celu konieczne wydaje się traktowanie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego jako najbardziej doniosłego aktu normatywnego kształtującego prawo rodziny oraz zachowanie i doskonalenie roli sądów powszechnych (w szczególności rodzinnych) w ochronie praw rodziny. W konsekwencji w ustawie o randze kodeksu należałoby unikać „punktowych” nowelizacji. Można natomiast rozważyć całościową jej ocenę w kontekście tego, czy rozwiązania kodeksowe są adekwatne do zmieniającego się modelu życia rodzinnego.

Konieczna jest wyjątkowa rozważa przy wprowadzaniu zmian w przepisach prawa rodzinnego, które każdorazowo powinny być poprzedzone wnikliwą analizą praktyki stosowania prawa w obszarze zamierzonej nowelizacji, aby stopień prawdopodobieństwa osiągnięcia

³⁷ Tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 1390.

³⁸ Por. J. Słyk, *Odbieranie dzieci rodzicom na podstawie art. 12a ustawy z 29.07.2005 o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*, Prawo w Działaniu 2015, nr 24.

³⁹ W syntetycznej formie na ten temat zob. J. Ignatowicz, *Sąd jako organ opiekuńczy*, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, (red.) J. St. Piąkowski, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 1.107–1.110.

⁴⁰ Dotyczy to w szczególności działania urzędów do spraw dzieci i młodzieży w Niemczech i w Norwegii. Zob. K. Kryła-Cudna, *Niemiecki Urząd do spraw Dzieci i Młodzieży (Jugendamt)*, Prawo w Działaniu 2016, nr 25, s. 194 i n.

zamierzonego celu był wysoki, a wprowadzane normy nie naruszały spójności systemu prawa, co niekiedy się zdarza⁴¹.

Istotne jest unikanie nowelizacji w oparciu o nagłaśniane w mediach przykłady niedoskonałej ochrony dobra dziecka bez dokładnego sprawdzenia, czy istotnie opisywane stany faktyczne występują w przedstawionej postaci i jaka jest skala ewentualnych nieprawidłowości orzecznictwa⁴². Ważne jest także, aby wprowadzona zmiana stwarzała bardzo wysokie prawdopodobieństwo, iż założony cel nowelizacji zostanie osiągnięty⁴³. Zawsze też dla ustawodawcy „sprawą nadrzędną” powinno być „najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka” (art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka)⁴⁴ oraz konstytucyjna zasada (art. 18) „ochrony i opieki” Rzeczypospolitej Polskiej nad małżeństwem i rodziną”.

⁴¹ Przykładem rozwiązania ustawowego, które zważywszy na wymienione kryteria budzi poważne wątpliwości jest zmiana dokonana na mocy ustawy z dnia 24 lipca 2015 r., Dz. U. z 2015 r., poz. 1199, polegająca na dodaniu do przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego normujących przysposobienie zapisu o prawie rodziców dziecka do „wskazania osoby przysposabiającego” (art. 119^{1a} k.r.o.), a do kodeksu postępowania cywilnego, między innymi, art. 585¹ normującego postępowanie w takiej sytuacji. Z uzasadnienia projektu ustawy (druk sejmowy VII kadencji nr 2361) wynikało, iż celem projektowanych zmian jest walka z „podziemiem adopcyjnym”, co zasługuje na pełną aprobatę. Nie było oczywiste, czy zaplanowany sposób realizacji tego celu został dobrany właściwie, przyjęte rozwiązanie jest niespójne z pozostałymi unormowaniami przepisów o przysposobieniu i wydaje się, że w aktualnej formie nie jest do zaakceptowania. Pierwszy Prezes SN zwracał na to uwagę w wystąpieniu z 2017 r. (Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, *Uwagi o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*, Warszawa 2017, s. 50–53, http://www.sn.pl/osadzienaj-wyzszym/Uwagi_PPSN_luki_w_prawie/luki-w-prawie-2017.pdf). Wypada przypomnieć, że poważne wątpliwości co do skuteczności projektowanej nowelizacji zostały przedstawione na etapie prac parlamentarnych. Przykładowo krytyczne stanowisko zostało przedstawione, między innymi, przez Sąd Najwyższy, BSA I-021-113/14, Krajową Radę Sądownictwa, Prokuratora Generalnego. Krytyczna była opinia J. Szymańczak z Biura Analiz Sejmowych.

⁴² Przykładowo badanie orzecznictwa sądów powszechnych nie potwierdziło tezy, iż bieda rodziny bywa w niektórych sprawach wyłączną (jedyną) przyczyną umieszczenia dziecka w pieczy zastępczej (M. Domański, *Wybrane zagadnienia orzekania o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej*, Prawo w Działaniu 2015, nr 24, s. 237–262), a w konsekwencji, że dodanie do art. 112³ k.r.o. przepisu mającego temu zapobiegać nie było konieczne (art. 112³ k.r.o. został zmieniony przez art. 1 ustawy z dnia 18 marca 2016 r., Dz. U. 2016, poz. 406, przez dodanie paragrafu drugiego o brzmieniu: „Umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej wbrew woli rodziców wyłącznie z powodu ubóstwa nie jest dopuszczalne”).

⁴³ Zob. przypis 41.

⁴⁴ Dz. U. z 1991 r., nr 120, poz. 526.

3.3. Potrzeba dyskusji nad koncepcją unormowania problematyki rodzinnoprawnej w przyszłej kodyfikacji

Od uchwalenia Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, najistotniejszej ustawy w systemie polskiego prawa normującej prawo rodzinne, mija w bieżącym roku 55 lat⁴⁵. Uwzględniając zmiany ustrojowe rozpoczęte w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia, przeprowadzono istotne nowelizacje, umożliwiające, między innymi, zawarcie związku małżeńskiego w formie wyznaniowej o skutkach cywilnoprawnych⁴⁶, wybór separacji orzekanej przez sąd⁴⁷ jako alternatywy dla rozwodu. W unormowaniach z zakresu małżeńskich stosunków majątkowych uwzględniono zmiany wynikające z przyjęcia modelu gospodarki rynkowej⁴⁸. Niektóre z rozwiązań kodeksowych zostały poddane ocenie z punktu widzenia zgodności z Konstytucją RP z 1997 r.⁴⁹, co w części przypadków spowodowało zmiany obowiązujących wcześniej rozwiązań.

Długotrwałość obowiązywania przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, „obudowanie” ich orzecznictwem, w tym Sądu Najwyższego, licznymi opracowaniami monograficznymi i komentarzowymi sprawia, że mimo niedoskonałości niektórych regulacji, a nawet luk, na które zwracano uwagę w ubiegłych latach w „*Uwagach o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*”, w większości przypadków sądy znajdują rozwiązania umożliwiające ochronę praw osób zainteresowanych.

Mimo, iż Kodeks rodzinny i opiekuńczy powstał w innych warunkach ustrojowych, od dawna wypowiedane są oceny o „braku nasyce-
nia ideologią komunistyczną” kodeksu⁵⁰. We współczesnej literaturze podkreśla się, że Kodeks rodzinny i opiekuńczy został „ukształtowany z uwzględnieniem humanistycznej tradycji europejskiej i dwu postępowych zasad (...) dobra dziecka oraz równouprawnienia kobiet i mężczyzn także w życiu rodzinnym”⁵¹.

⁴⁵ Ustawa Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 25 lutego 1964 r., tekst pierwotny: Dz. U. nr 9, poz. 59, tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 682 z późn. zm.

⁴⁶ Ustawa z dnia 24 lipca 1998 r., Dz. U. nr 117, poz. 757.

⁴⁷ Dział V kodeksu, dodany przez ustawę z dnia 21 maja 1999 r, Dz. U. nr 52, poz. 532.

⁴⁸ Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r., Dz. U. nr 162, poz. 1691.

⁴⁹ Przykładowo wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 kwietnia 2003 r., K 18/02, Dz. U. nr 83, poz. 772, z dnia 16 maja 2018 r., SK 18/17, Dz. U. poz. 950.

⁵⁰ T. Smyczyński, *Kierunki reformy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1999, nr 2, s. 299; P. Fiedorczyk, *Unifikacja i kodyfikacja prawa rodzinnego w Polsce (1945–1964)*, Białystok 2014, s. 741.

⁵¹ M. Nazar, *Problemy nowelizacji prawa rodzinnego*, Rejent 2005, nr 9, s. 81.

Ogólnie pozytywna ocena kodeksu jest związana z dobrą techniką legislacyjną i unikaniem rozwiązań kazuistycznych. Dlatego warto zwrócić uwagę na celowość unikania rozwiązywania nagłaśnianych niekiedy konkretnych przypadków niedoskonałej ochrony dziecka czy rodziny w drodze doraźnych, szczegółowych zmian przepisów kodeksowych.

Podejmowane były próby ponownego unormowania całokształtu problematyki rodzinnoprawnej. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego planowała jej włączenie do nowego kodeksu cywilnego⁵², co było propozycją dyskusyjną⁵³. Krytyczne stanowisko wobec tej koncepcji zajęli sędziowie rodzinni⁵⁴. Także większość ankietowanych sędziów nie traktowała koncepcji Komisji Kodyfikacyjnej jako rozwiązania optymalnego⁵⁵. W lipcu 2018 r. Rzecznik Praw Dziecka przedstawił własny projekt ustawy Kodeks rodzinny. W projekcie kodeksu na uwagę zasługuje podkreślenie szczególnej roli i specyfiki dwuinstancyjnego sądownictwa rodzinnego oraz oczekiwanie na specjalistyczne przygotowanie sędziów rodzinnych. Interesująca jest idea ujęcia w jednym akcie prawa materialnego, procesowego i wykonawczego, a także wprowadzenia instytucji „advokata dziecka” – wyspecjalizowanego pełnomocnika działającego dla dobra dziecka.

Należy jednak podkreślić, że konieczna jest wyjątkowa rozważa przy wprowadzaniu zmian w przepisach prawa rodzinnego, które każdorazowo powinny być poprzedzone wnikliwą analizą praktyki stosowania prawa w obszarze zamierzonej nowelizacji. Zawsze też dla ustawodawcy „sprawą nadrzędną” powinno być „najlepsze zabezpieczenie

⁵² Ministerstwo Sprawiedliwości. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego. *Zielona Księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej*, (red.) Z. Radwański, Warszawa 2006.

⁵³ Zob. na ten temat E. Holewińska-Łapińska, *Uwagi na temat przedstawionego w „Zielonej Księdze” usytuowania prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji*, [w:] *Finis legis Christus Księga Pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Wojciechowi Góralskiemu z okazji siedemdziesiątej rocznicy urodzin*, (red.) J. Wroceński, J. Krajczyński, Warszawa 2009, tom 2, s. 1.021–1.035; E. Holewińska-Łapińska, *Samodzielność kodeksowa prawa rodzinnego*, [w:] *Prawo cywilne. Stanowienie, wykładnia i stosowanie – Księga pamiątkowa dla uczczenia setnej rocznicy urodzin Profesora Jerzego Ignatowicza*, (red.) M. Nazar, Lublin 2015, s. 143–160.

⁵⁴ Uchwała Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce, podjęta podczas IX Kongresu Stowarzyszenia, dnia 4 października 2007 r.

⁵⁵ Zob. też E. Holewińska-Łapińska, *Wyniki badań opinii sędziów o przedstawionym w „Zielonej Księdze” usytuowaniu prawa rodzinnego w przyszłej kodyfikacji*, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 2008, 8.1., s. 297–302.

interesów dziecka” (art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka)⁵⁶ oraz konstytucyjna zasada (art. 18) „ochrony i opieki” Rzeczypospolitej Polskiej nad małżeństwem i rodziną”.

3.4. Sądownictwo rodzinne

W uwagach dotyczących spójności systemu prawnego w obszarze normowanym przez prawo rodzinne i opiekuńcze, przedstawianych w ubiegłych latach, zwracano uwagę na celowość pełnej realizacji idei dwuinstancyjnego (co najmniej) sądownictwa rodzinnego⁵⁷. Można przyjąć, iż koncepcję sądownictwa rodzinnego zaczęto wdrażać (po fazie eksperymentów rozpoczętych w 1962 r.) przed czterdziestoma laty⁵⁸, jednakże nigdy nie została ona w pełni zrealizowana, a nawet można dopatrywać się jej ograniczania. Świadczą o tym kolejne nowelizacje art. 12 ustawy z dnia 21 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych⁵⁹. W ustawie z dnia 18 sierpnia 2011 r., nowelizującej p.u.s.p.⁶⁰, zniesiono obowiązek tworzenia wydziałów rodzinnych i nieletnich w sądach rejonowych, a ustawą z dnia 20 lipca 2018 r.⁶¹ wprowadzono fakultatywność tworzenia wszystkich wydziałów.

Tworzenie wydziałów rodzinnych w innych sądach niż rejonowe nigdy nie było przewidziane w p.u.s.p., choć w niektórych sądach okręgowych takie wydziały bądź sekcje rodzinne wydziałów cywilnych utworzono. Obowiązku tworzenia wydziałów rodzinnych nie przewidziano nawet wówczas, gdy ustawą z dnia 13 lipca 1990 r.⁶² sprawy o rozwód przeniesione zostały do właściwości sądów wojewódzkich (okręgowych), jako sądów pierwszej instancji. Zmiana właściwości w sprawach

⁵⁶ Dz. U. z 1991 r., nr 120, poz. 526.

⁵⁷ Na temat idei sądownictwa rodzinnego zob., m.in., J. Kubiak, W. Kasprzycki, *Sądy rodzinne – idea i uregulowania prawne*, Nowe Prawo 1977, nr 7–8; J. Ignatowicz, *Sądy rodzinne*, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, (red.) J. St. Piątoski, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1985, s. 1.110–1.116 i powołaną literaturę, M. Bańkowska, *ZZ lecie sądownictwa rodzinnego w Polsce*, Przegląd Sądowy 1999, nr 4; M. Arczewska, *Historia i organizacja sądów rodzinnych w Polsce*, Problemy opiekuńczo wychowawcze nr 2007, nr 1.

⁵⁸ Od 1 stycznia 1978 r., zarządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 grudnia 1977 r., powołano 97 sądów rodzinnych, czyli wydziałów rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych.

⁵⁹ Dz. U. z 2018 r., poz. 23, dalej jako „p.u.s.p.”.

⁶⁰ Dz. U. z 2011 r., nr 203, poz. 1192.

⁶¹ Dz. U. z 2018 r., poz. 1443.

⁶² Dz. U. z 1990 r., nr 53, poz. 306.

o rozwód oceniana była bardzo krytycznie⁶³. Kolejne badania orzecznictwa potwierdzają zasadność tej krytyki⁶⁴.

Wszelkie zmiany w zakresie organizacji i właściwości sądów mogą wywoływać, co najmniej przejściowe, spowolnienie ich działania i zwykle wymagają nakładów finansowych. Powinny być więc bardzo dobrze przemyślane i być może wprowadzane etapowo. Wydaje się, że w pierwszej kolejności poważniejszej refleksji wymaga rozważenie przeniesienia spraw o rozwód i separację do wydziałów rodzinnych i nieletnich sądów rejonowych, jako sądów pierwszej instancji, oraz utworzenie rodzinnych wydziałów odwoławczych w sądach okręgowych.

3.5. Postępowanie wykonawcze w sprawach opiekuńczych

Celowe jest ponowne⁶⁵ zwrócenie uwagi na konieczność uchwalenia przepisów normujących postępowanie wykonawcze w sprawach opiekuńczych, z uwzględnieniem roli kuratora rodzinnego, a także zasad współpracy pomiędzy sądem opiekuńczym a podmiotami, na których, zgodnie z ustawą z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i pieczy zastępczej⁶⁶, spoczywa zarówno odpowiedzialność za zorganizowanie miejsc w pieczy zastępczej, jak i odpowiedzialność za udzielanie wsparcia rodzinom przeżywającym trudności w wykonywaniu funkcji opiekuńczo-wychowawczych⁶⁷.

⁶³ Przykładowo W. Stojanowska, *Rozwód a ochrona rodziny i dziecka – wybrane zagadnienia*, Rodzina i Prawo 2008, nr 7–8, s. 6 i n.; T. Sokołowski, [w:] *System Prawa Prywatnego*. Tom 11. *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, (red.) T. Smyczyński, Warszawa 2014, s. 726.

⁶⁴ M. Domański, *Oddalenie powództwa o rozwód w sprawach, w których małżonkowie mieli wspólne małoletnie dzieci w świetle orzecznictwa sądów powszechnych*, Prawo w Działaniu 2013, nr 14, s. 192 i n.; M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej w wyrokach rozwodowych*, Prawo w Działaniu 2016, nr 25, s. 146; M. Domański, *Powierzenie wykonywania władzy rodzicielskiej jednemu z rodziców w wyroku rozwodowym*, Prawo w Działaniu 2015, tom 21, s. 55 i n.

⁶⁵ Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, *Uwagi o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*, Warszawa 2017, s. 55 i n., http://www.sn.pl/osadzienajwyzszym/Uwagi_PPSN_luki_w_prawie/luki-w-prawie-2017.pdf

⁶⁶ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 998.

⁶⁷ Jednostki samorządu terytorialnego mają obowiązek wspierania rodziny przeżywającej trudności w wypełnianiu funkcji opiekuńczo-wychowawczych, a jednostki powiatu są odpowiedzialne za organizację miejsc pieczy zastępczej i okresową ocenę, czy możliwy jest powrót dziecka pod pieczę rodziców.

Bardzo doniosłym problemem społecznym jest pozostawanie znacznej liczby małoletnich w pieczy zastępczej⁶⁸. W badaniach orzecznictwa sądów powszechnych zaobserwowano niedostatki w zakresie efektywności działań sądu opiekuńczego w fazie postępowania wykonawczego.

Skuteczność ochrony dobra dziecka zależy zarówno od aktualnej i pełnej wiedzy sądu o możliwościach jednostek wspierania rodziny⁶⁹, jak i od czasu, jaki sąd może poświęcić na czynności w postępowaniu wykonawczym⁷⁰. Czynności podejmowane przez sędziego w postępowaniu wykonawczym stanowią istotny element pracy sędziego rodzinnego – wymagający jego czasu i zaangażowania. Dlatego postulować należy uwzględnienie obciążenia sędziów orzekających w wydziałach rodzinnych wynikającego z podejmowania czynności w postępowaniu wykonawczym w sprawozdawczości statystycznej.

Na podstawie badania poświęconego zasadzie „tymczasowości pieczy zastępczej” proponuje się, między innymi, wprowadzenie obowiązku przesyłania przez sąd postanowienia o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej do gminy właściwej dla miejsca zamieszkania rodziców dziecka. Umożliwi to szybkie podjęcie pracy z rodziną w celu pomocy jej w dokonaniu zmian w funkcjonowaniu sprzyjających przejęciu bezpośredniej pieczy nad dziećmi, aktualnie pozostającymi w pieczy zastępczej⁷¹.

Wskazuje się na celowość obowiązkowego udziału przedstawiciela organizatora pieczy zastępczej w postępowaniach rozpoznawczych i posiedzeniach wykonawczych w sprawach dzieci umieszczonych w pieczy zastępczej⁷².

⁶⁸ O doniosłości tej problematyki pośrednio świadczy ustalenie wynikające z *Informacji Rady Ministrów o realizacji w roku 2017 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej* (Druk Sejmu RP VIII kadencji nr 2834), iż w 2017 r. w pieczy zastępczej pozostawało ogółem 73.129 dzieci (s. 9), a trafiło do niej w ww. roku z rodzin biologicznych 12.250 dzieci (s. 11), mimo znacznej pomocy materialnej państwa na wychowanie dzieci.

⁶⁹ Przykładowo A. Prusinowska-Marek, *Praktyka sądowa stosowania art. 100 § 2 k.r.o. w świetle badań*, Prawo w Działaniu 2018, nr 34.

⁷⁰ Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, A. Prusinowska-Marek, *Praktyka sądowa w zakresie realizacji zasady tymczasowości pieczy zastępczej – raport z badań*, Warszawa 2018, s. 146 (urzędowo niepubl.).

⁷¹ A. Prusinowska-Marek, op. cit., s. 152.

⁷² Ibidem, s. 155.

3.6. Nadanie nazwiska „rodzinnego” pasierbowi

W swej pierwotnej wersji Kodeks rodzinny i opiekuńczy przewidywał możliwość „ukrycia” pozamałżeńskiego pochodzenia dziecka, gdy jego matka zawarła małżeństwo z mężczyzną, który nie jest ojcem tego dziecka. Małżonkowie mogli złożyć przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego oświadczenia, że dziecko będzie nosiło nazwisko męża matki (za osobiście wyrażoną zgodą dziecka, jeżeli ukończyło lat trzynaście)⁷³. Warto przypomnieć, iż art. 88 k.r.o. w pierwotnym brzmieniu przyjmował zasadę, iż dziecko, co do którego istnieje domniemanie pochodzenia od męża matki, nosi nazwisko męża. Zwykle też, zgodnie z utrwaloną tradycją, żona przyjmowała nazwisko męża. Jeżeli zaś zachowała swoje dotychczasowe nazwisko (albo dodała do niego nazwisko męża), dziecko nosiło nazwisko męża, chyba że małżonkowie przy zawarciu małżeństwa oświadczyli, iż dzieci zrodzone z tego małżeństwa nosić będą nazwisko żony.

Nowelizacja Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 6 listopada 2008 r.⁷⁴ wprowadziła zmiany do sposobu unormowania nazwiska dziecka zgodnie z zasadą równouprawnienia rodziców. W największym uproszczeniu jej realizacja polega na tym, że gdy rodzice noszą różne nazwiska powinni zgodnie wskazać, jakie nazwisko ma nosić ich dziecko. O ile tego nie uczynili, dziecko będzie nosiło nazwisko utworzone przez połączenie nazwiska matki z nazwiskiem ojca. Jeżeli jedno lub oboje rodzice noszą nazwiska dwuczłonowe, nazwisko dziecka tworzy się przez połączenie pierwszego członu nazwiska matki z nazwiskiem ojca, bądź z pierwszym członem nazwiska ojca. Po ukończeniu przez dziecko trzynastu lat wymagana jest jego zgoda na zmianę nazwiska.

Po zmianie stanu prawnego dokonanej ustawą z dnia 6 listopada 2008 r. odstąpiono więc od szczególnego „uprzywilejowania” nazwiska ojca (męża), przewidując różne możliwości ukształtowania nazwiska każdego z małżonków oraz nazwiska dziecka. Zachowano możliwość nadania pasierbowi nazwiska ojczyrna, bądź nazwiska, jakie zgodnie z nowym brzmieniem art. 88 k.r.o. nosi albo nosiłoby wspólne dziecko małżonków. Jednocześnie – w celu zachowania zasady jednakowego traktowania każdego z rodziców (gdy oboje są znani w świetle prawa)

⁷³ Nadanie dziecku nazwiska męża matki nie było dopuszczalne, gdy nosiło ono nazwisko ojca, chyba że nazwisko ojca zostało nadane na podstawie sądowego ustalenia ojcostwa (art. 90 § 2 k.r.o.).

⁷⁴ Dz. U. nr 220, poz. 1431.

– dodano paragraf trzeci do art. 90 k.r.o. stanowiący, iż poprzedzające przepisy stosuje się odpowiednio, gdy ojciec małoletniego dziecka zawiera małżeństwo z kobietą, która nie jest matką jego dziecka.

Przyjmuje się, że matka dziecka i jej małżonek niebędący ojcem nie mogą skorzystać z art. 90 k.r.o., gdy dziecko nosi nazwisko ojca lub nazwisko powstałe z połączenia nazwiska matki z nazwiskiem ojca na podstawie zgodnego oświadczenia rodziców. Zmiana może nastąpić, gdy dziecko nosi nazwisko matki bądź nazwisko dwuczłonowe, którego ustalenie nastąpiło z mocy prawa a nie wskutek zgodnego stanowiska rodziców. Ojciec dziecka i jego małżonka, od której dziecko nie pochodzi, mogą złożyć stosowne oświadczenie, gdy dziecko nosi jego nazwisko, bądź nazwisko dwuczłonowe, którego ustalenie nastąpiło z mocy prawa a nie wskutek zgodnego stanowiska rodziców.

Nadanie nazwiska dziecku w opisany w art. 90 k.r.o. sposób nie zmienia jego stanu cywilnego. Nie wyklucza ani zaprzeczenia i ustalenia macierzyństwa, ani zakwestionowania ojcostwa (o ile było ustalone), i późniejszego uznania ojcostwa przez mężczyznę, który jest ojcem dziecka, jak również sądowego ustalenia pochodzenia dziecka. W takich przypadkach nazwisko dziecka wynikające z ustalenia jego pochodzenia od rodzica jest ustalane zgodnie z ogólnymi regułami.

Może się zdarzyć, że oboje rodzice dziecka zawrą związki małżeńskie i oboje zechcą zastosować możliwość przewidzianą w art. 90 k.r.o. Złożenie oświadczeń, o których mowa w powołanym przepisie przez matkę z ojczymem nie wyklucza złożenia kolejnych oświadczeń przez ojca z macochą. Co więcej – gdy dojdzie do rozwodu z ojczymem bądź macochą, a następnie rozwiedziony rodzic zawrze kolejne małżeństwo, art. 90 k.r.o. może zostać ponownie zastosowany.

W skrajnych przypadkach mogłoby to prowadzić do zbyt częstych zmian nazwiska dziecka, nieuzasadnionych jego sytuacją życiową. Omawiany przepis nie uzależnia możliwości skorzystania z niego od tego, które z rodziców dziecka sprawuje nad nim bezpośrednią pieczę. Proponowana w literaturze funkcjonalna wykładnia art. 90 k.r.o. sugeruje, aby możliwość nadania dziecku nazwiska w formie, o której mowa w tym przepisie była uzależniona od wskazanej okoliczności⁷⁵. Wydaje się jednak, że bez zmiany zapisu ustawowego nie jest to możliwe.

⁷⁵ J. Strzebińczyk, *Nazwiska członków malej rodziny (według przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego)*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy po nowelizacji*, (red.) J. Mazurkiewicz, Wrocław 2010, s. 113; A. Sylwestrzak, *Komentarz do art. 90 k.r.o.*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz LEX*, (red.) H. Dolecki, T. Sokolowski, LEX 2013.

W literaturze zaproponowano zmianę art. 90 k.r.o. polegającą na dopuszczeniu zmiany nazwiska dziecka w wypadku zawarcia małżeństwa przez tego z rodziców, którego nazwisko dziecko nosi. W pozostałych przypadkach zmiana nazwiska dziecka w związku z małżeństwem rodzica mogłaby nastąpić tylko za zgodą drugiego z rodziców mającego (niezawieszoną) władzę rodzicielską⁷⁶.

3.7. Składanie oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński przed konsulem

Artykuł 1 § 4 k.r.o. stanowi, że mężczyzna i kobieta, będący obywatelami polskimi przebywającymi za granicą, mogą zawrzeć małżeństwo przed polskim konsulem lub przed „osobą wyznaczoną do wykonywania funkcji konsula”. Należy jednak odnotować, że ustawa z dnia 25 czerwca 2015 r. – Prawo Konsularne⁷⁷ nie przewiduje stanowiska „osoby wyznaczonej do wykonywania funkcji konsula”. Powołany na wstępie przepis powinien zatem zostać skorygowany.

⁷⁶ Tak M. Nazar, [w:] *Prawo rodzinne*, J. Ignatowicz, M. Nazar, Warszawa 2012, s. 375.

⁷⁷ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 2141.

4. Prawo własności intelektualnej

4.1. Powierzenie praw autorskich w zarząd zagranicznej organizacji zbiorowego zarządzania

Uchwalenie w dniu 15 czerwca 2018 r. ustawy o zbiorowym zarządzaniu prawami autorskimi i prawami pokrewnymi⁷⁸ zdezaktualizowało zgłaszane uprzednio uwagi dotyczące braku implementacji unijnej dyrektywy 2014/26/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych do korzystania *online* na rynku wewnętrznym⁷⁹. Wypada jednocześnie odnotować, że w u.z.z. nie tylko dokonano koniecznej implementacji dyrektywy 2014/26/UE, ale także zawarto całokształt przepisów o zbiorowym zarządzaniu – także tych, które dotychczas były zlokalizowane w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁸⁰. Dzięki temu powstała kompleksowa regulacja zbiorowego zarządu prawami autorskimi lub pokrewnymi. Obecnie można mieć nadzieję, iż u.z.z. zapewni znacznie większą przejrzystość funkcjonowania organizacji zbiorowego zarządzania i umożliwi wyeliminowanie niewłaściwych praktyk, polegających na inkasowaniu tantiem na rachunek autorów niereprezentowanych przez daną organizację, zwłaszcza autorów zagranicznych, bez realnej możliwości przekazania tych kwot uprawnionym. Natomiast dopiero przyszłość pokaże, czy zawarte w nowej ustawie unormowanie postępowań przed Komisją Prawa Autorskiego wyeliminuje ich dotychczasową dysfunkcjonalność, na którą zwracano uwagę w „*Uwagach o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*” za lata poprzednie.

Powyższe nie oznaczają, że nowe regulacje nie są wolne od wad. Na tle zawartych w nich definicji legalnych powstaje bowiem pytanie, czy został zrealizowany jeden z zasadniczych celów dyrektywy nr 2014/26/UE, jakim miało być przyznanie uprawnionym prawa wyboru organizacji zbiorowego zarządzania (dalej jako „o.z.z.”), której chcą powierzyć swoje prawa w zarząd – polskiej albo zagranicznej. Wyłączenie zagranicznych o.z.z. z ogólnego pojęcia organizacji zbiorowego zarządzania

⁷⁸ Dz. U. poz. 1293, dalej jako „u.z.z.”.

⁷⁹ Dz. Urz. UE serii L 84 z 20.03.2014, s. 72, dalej jako „dyrektywa nr 2014/26/UE”.

⁸⁰ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1191 z późn. zm.

czyni zasadę swobodnego wyboru organizacji przez uprawnionego iluzoryczną. Podkreślenia wymaga także, że instytucje Unii Europejskiej dążyły do przyznania podmiotom praw autorskich możliwości wyboru organizacji zbiorowego zarządzania, w tym także organizacji zagranicznej. Parlament i Rada sformułowały w dyrektywie 2014/26/UE zasadę swobodnego wyboru o.z.z. w obrębie Unii, bez względu na obywatelstwo, siedzibę lub miejsce zamieszkania uprawnionego oraz siedzibę o.z.z. Wprawdzie TSUE w wyroku z dnia 27 lutego 2014 r., C-351/12, w sprawie OSA uznał za dopuszczalne przyznanie przez państwo członkowskie możliwości działania na jego terytorium tylko jednej o.z.z. i to pod warunkiem uzyskania przez nią zezwolenia lokalnego ministra, niemniej jednak orzeczenie to zostało wydane w dzień po uchwaleniu dyrektywy 2014/26/UE, ale jeszcze przed jej wejściem w życie. Trudno w związku z tym ostatecznie przewidzieć, jak ukształtuje się praktyka unijna w kwestii możliwości powierzenia praw w zarząd organizacji zagranicznej. W literaturze zagranicznej zwrócono już uwagę na niespójność ukształtowania zasad zbiorowego zarządu w prawie europejskim, a konkretnie na rozbieżność między brzmieniem przepisów dyrektywy 2014/26/UE i treścią wspomnianego wyroku TSUE. Od tego, czy koncepcja swobodnego wyboru o.z.z. będzie stosowana w praktyce, zależy ocena zgodności polskiej ustawy z prawem unijnym w tej istotnej kwestii.

4.2. Korzystanie z utworów niedostępnych w obrocie handlowym

Zastrzeżenia co do zgodności z prawem unijnym budzi także stosunkowo nowa regulacja dotycząca korzystania z utworów niedostępnych w obrocie handlowym (oddział 6 rozdziału 3. u.p.a.p.p.). Wątpliwości w tej kwestii powstały po wydaniu przez TSUE wyroku z dnia 16 listopada 2016 r. w sprawie C-301/15 (Soulier, Doke), dotyczącego unormowania zawartego w prawie francuskim. Zawiera ono konstrukcję podobną do wprowadzonej do ustawy polskiej. Istota tej ostatniej polega na wyposażeniu o.z.z. wyznaczonej przez ministra w upoważnienie – w miejsce podmiotów odpowiednich uprawnień autorskich, czyli autora lub wydawcy – do udzielania licencji na korzystanie z utworów „niedostępnych w obrocie”. Warunkiem upoważnienia organizacji jest uprzednie wpisanie utworu do wykazu utworów uznanych za niedo-

stępne w obrocie i brak pisemnego sprzeciwu uprawnionego w ciągu 90 dni od dnia ujawnienia wpisu.

W powołanym wyżej wyroku w sprawie C-301/15 TSUE uznał, że wprawdzie zgoda autora na wykonywanie przez o.z.z. jego prawa wyłącznego w stosunku do utworów niedostępnych w obrocie może być udzielona w sposób dorozumiany, ale musi to być zgoda uprzednia w stosunku do zamierzonego korzystania z jego utworu. Ażeby z kolei móc wyrazić taką zgodę, choćby w sposób dorozumiany, autor musi być wcześniej skutecznie poinformowany o zamierzonym korzystaniu z jego utworu przez osobę trzecią. Zdaniem TSUE podobne do opisanego wyżej unormowanie zawarte we francuskim kodeksie własności intelektualnej nie spełnia tego ostatniego warunku, a przez to narusza przepisy dyrektywy 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym. Trybunał podkreślił, że samo umieszczenie utworu w wykazie utworów niedostępnych w obrocie, jawnym i dostępnym w Biuletynie Informacji Publicznej, nie może być uznane za „skuteczne poinformowanie autorów o zamierzonym korzystaniu z ich utworów przez osobę trzecią”. Podobny zarzut można postawić przepisom art. 35¹⁰–35¹² polskiej ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁸¹.

4.3. Odszkodowanie ryczałtowe

W „*Uwagach o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*” za rok 2017 zwrócono już uwagę na sposób udzielenia przez TSUE w wyroku z dnia 25 stycznia 2017 r., C- 367/15, odpowiedzi na pytania prejudycjalne zawarte w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2015 r., sygn. V CSK 41/14, dotyczące tzw. odszkodowania ryczałtowego. Wyrażone wówczas obawy o konsekwencje wyroku TSUE znalazły potwierdzenie w najnowszym orzecznictwie sądów polskich, w tym także Sądu Najwyższego.

Odszkodowanie ryczałtowe stanowi przedmiot jednego z roszczeń przysługujących w razie naruszenia autorskich praw majątkowych (art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych). W wyroku wydanym w sprawie C-367/15, inaczej niż rzecznik generalna E. Sharpston w swej opinii, TSUE ograniczył odpowiedź na

⁸¹ Por. E. Laskowska, [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 13, *Prawo autorskie*, wyd. 4, Warszawa 2017, s. 683–685.

pytanie prejudycjalne dotyczące całego art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.a.p.p. do okrojonej części tego przepisu pozostałej w mocy po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 czerwca 2015 r., SK 32/14. Pytanie prejudycjalne polskiego Sądu Najwyższego dotyczyło jednak całości spornego przepisu. Już po wydaniu przez TSUE ww. wyroku, w orzecznictwie Sądu Najwyższego zarysowały się zasadnicze wątpliwości co do interpretacji art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b u.p.a.p.p. w obecnym brzmieniu. W wyroku z dnia 16 lutego 2017 r., I CSK 100/16, SN zgodził się ze stanowiskiem TSUE i uznał, że zasądzanie odszkodowań w wysokości podwójnego stosownego wynagrodzenia nie oznacza wprowadzenia odszkodowania o charakterze karnym, a także, iż jest dopuszczalne w oparciu o samą przesłankę bezprawności. Natomiast w wyroku z dnia 10 listopada 2017 r., V CSK 41/14, SN uznał za dopuszczalne przyznanie na podstawie tego przepisu odszkodowania ryczałtowego jedynie w wysokości jednokrotności należnego uprawnionemu wynagrodzenia, mimo że w przepisie jest mowa o dwukrotności. Zastosowanie dwukrotności jako pułapu zgodnie z dosłownym brzmieniem przepisu, SN uznał bowiem za naruszenie standardów konstytucyjnych. Natomiast w wyroku z dnia 7 grudnia 2017 r., V CSK 145/17, kolejny skład orzekający SN ponownie uznał zapłatę dwukrotności stosownego wynagrodzenia za zgodną zarówno z wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego w sprawie SK 32/14, jak i z wyrokiem TSUE w sprawie C-367/15. Także w literaturze zaznaczyły się różne stanowiska co do interpretacji art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b w obecnym brzmieniu⁸². W szczególności zgłoszono propozycję wydania przez Sąd Najwyższy uchwały w poszerzonym składzie w celu ustabilizowania wykładni tego przepisu⁸³. Wydaje się jednak, że obecnie kontrowersje dotyczące interpretacji okrojonego art. 79 ust. 1 pkt 3, lit. b u.p.a.p.p. są tak wielopłaszczyznowe i dotyczą tyłu różnych aspektów uregulowanego w nim odszkodowania, że niezbędna jest w tym wypadku interwencja ustawodawcy. Powinien on w szczególności rozstrzygnąć zasadę odpowiedzialności w przypadku odszkodowania ryczałtowego, gdyż wskutek wyeliminowania drugiej części omawianego przepisu w następstwie wyroku TK w sprawie SK 32/14 nawet nie jest ona obecnie określona.

⁸² Zob. M. Kučka, *Jeszcze o konstytucyjności art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 23.06.2015 r. (SK 32/14)*, ZNUJ – Prace z Prawa Własności Intelektualnej 2018, z. 2 (140) oraz przytoczona tam obszerna literatura, a także P. Katner, *Zasada odpowiedzialności przy odszkodowaniu ryczałtowym z tytułu naruszenia autorskich praw majątkowych*, Głosa 2018 nr 2 (175).

⁸³ Por. P. Katner, op. cit., s. 90.

4.4. Pierwszeństwo opublikowania utworu naukowego i pracy dyplomowej

Wątpliwości budzi zakres zastosowania przepisów regulujących pierwszeństwo opublikowania prac naukowych i dyplomowych, przewidziane w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. W przypadku utworów naukowych pracowników instytucji naukowych nie stosuje się art. 12 ust. 1 u.p.a.p.p. przewidującego nabycie autorskich praw majątkowych przez pracodawcę. Zamiast niego zastosowanie znajduje norma szczególna zawarta w art. 14 ust. 1 u.p.a.p.p., na podstawie której prawa autorskie pozostają przy pierwotnie uprawnionym, natomiast instytucja naukowa dysponuje określonymi uprawnieniami dotyczącymi publikacji utworu. Według powołanego przepisu: „Jeżeli w umowie o pracę nie postanowiono inaczej, instytucji naukowej przysługuje pierwszeństwo opublikowania utworu naukowego pracownika, który stworzył ten utwór w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy. Twórcy przysługuje prawo do wynagrodzenia. Pierwszeństwo opublikowania wygasa, jeżeli w ciągu sześciu miesięcy od dostarczenia utworu nie zawarto z twórcą umowy o wydanie utworu albo jeżeli w okresie dwóch lat od daty jego przyjęcia utwór nie został opublikowany.”. Trudności interpretacyjne związane są z pojęciem opublikowania utworu, wyznaczającym zakres uprawnień instytucji naukowej, a tym samym zakres ograniczeń praw twórcy do swobodnego rozpowszechniania utworu. Zagadnienie odnosi się do istotnej w praktyce kwestii rozpowszechnienia utworu w Internecie.

Według treści przepisu wspomniane pierwszeństwo dotyczy wyłącznie opublikowania utworu. Zgodnie z definicją zawartą w art. 6 ust. 1 pkt 1 u.p.a.p.p. utworem opublikowanym jest utwór, który za zezwoleniem twórcy został zwielokrotniony i którego egzemplarze zostały udostępnione publicznie. Odmiennie zdefiniowano utwór rozpowszechniony. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 3 u.p.a.p.p. jest to utwór, który za zezwoleniem twórcy został w jakikolwiek sposób udostępniony publicznie. Z kolei pojęcie egzemplarza utworu, występujące w licznych przepisach ustawy, nie zostało zdefiniowane, ale ustawodawca posługuje się nim w zasadzie w związku z utrwaleniem utworu w postaci materialnej.

Z przytoczonych przepisów można wnioskować, że pierwszeństwo przyznane w art. 14 ust. 1 u.p.a.p.p. dotyczy wyłącznie zwielokrotnienia utworu na nośnikach materialnych, a nie obejmuje rozpowszechnienia utworu w Internecie. Z drugiej strony, można argumentować, że

celem przepisu nie jest odmienne unormowanie zagadnienia w zależności od sposobu publikacji. Zastrzeżenia budzi bowiem zróżnicowanie uprawnień w zależności od sposobu dokonania publikacji, które to sposoby mogą pełnić tożsamą funkcję i bywają stosowane zamiennie. Przedstawione zagadnienie może być rozstrzygnięte w drodze doprecyzowania treści art. 14 ust. 1 u.p.a.p.p.

Wątpliwości zbliżone do powyższych występują w przypadku art. 15a ust. 1 u.p.a.p.p. Zgodnie z powołanym przepisem: „Uczelni przysługuje pierwszeństwo w opublikowaniu pracy dyplomowej studenta. Jeżeli uczelnia nie opublikowała pracy dyplomowej w terminie 6 miesięcy od dnia jej obrony, autor może ją opublikować, chyba że praca jest częścią utworu zbiorowego.”. Również w tym przypadku występują przedstawione wyżej trudności interpretacyjne dotyczące pojęcia opublikowania i rozgraniczenia zakresu uprawnień twórcy oraz uczelni. Ewentualna zmiana przepisów ustawy powinna zatem dotyczyć zarówno art. 14 ust. 1, jak i art. 15a ust. 1 u.p.a.p.p.

5. Prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji

W roku 2018 doszło do wprowadzenia do implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego *know-how* i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem⁸⁴, niemniej jednak była ona spóźniona, a jej prawidłowość wywołuje zastrzeżenia.

Zbyt wąsko zakreślony został zakres podmiotowy ochrony tajemnic przedsiębiorstwa – obejmuje ona tylko „przedsiębiorców” w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁸⁵. Może to prowadzić do pozostawienia poza obrębem ochrony na przykład osób fizycznych, które dopiero przygotowują się do założenia spółki. Dyrektywa ujmuje natomiast pojęcie posiadacza tajemnicy przedsiębiorstwa bardzo szeroko. W rezultacie polscy posiadacze *know-how* będący dopiero w fazie tworzenia *start-up-ów* mogą się znaleźć w gorszym położeniu niż odpowiadające im podmioty zagraniczne. Druga wątpliwość dotycząca implementacji dyrektywy wiąże się z brakiem oznaczenia okresu związania obowiązkiem zachowania tajemnicy byłych pracowników dysponenta *know-how*.

⁸⁴ Dz. Urz. UE serii L 157 z 15.06.2016, s. 1, dalej jako „dyrektywa nr 2016/943”.

⁸⁵ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 419.

6. Prawo pracy

6.1. Zmiana lub uchylenie regulaminu wynagradzania

Tryb wydania regulaminu wynagradzania określa art. 77¹ § 4 k.p. Ustala go samodzielnie pracodawca, chyba że działa u niego zakładowa organizacja związkowa. Jeżeli u pracodawcy działa jedna organizacja związkowa spełniająca wymagania z art. 25¹ ustawy z dnia 23 maja 1991 r. o związkach zawodowych, to regulamin musi być z nią „uzgodniony”. Brak zgody uniemożliwia wydanie regulaminu. Z podobną sytuacją mamy do czynienia, gdy organizacje związkowe działające u pracodawcy przedstawiają wspólne negatywne stanowisko. Do uzgodnienia regulaminu wynagradzania ze stroną związkową dochodzi zaś z chwilą akceptacji przez strony całej treści regulaminu.

Kodeks pracy nie reguluje wprost zmiany lub uchylenia regulaminu wynagradzania, w tym zmiany lub uchylenia regulaminu ustalonego przez pracodawcę w uzgodnieniu z organizacją związkową. W związku z tym pojawia się pytanie, czy dla uwolnienia się od obowiązującego bezterminowo regulaminu pracodawca może wypowiedzieć organizacji związkowej porozumienie uzgadniające treść regulaminu.

W wyroku z dnia 12 października 2017 r., II PK 269/16, OSNP 2018, nr 7, poz. 92, SN przyjął, że przyznanie „wieczystego” charakteru regulaminowi wynagradzania narusza art. 20 Konstytucji RP (przez wyłączenie możliwości jednostronnego uchylenia regulaminu w związku z istotną i przedłużającą się zmianą warunków działalności gospodarczej) oraz art. 59 ust. 2 Konstytucji RP (przez ograniczenie zasady dobrowolności rokowań i naruszenie zasady równości stron w rokowaniach). W konsekwencji, w razie niemożności przekonania organizacji związkowych co do obiektywnej konieczności wprowadzenia zmian w zasadach wynagradzania, pracodawca może samodzielnie uchylić regulamin. Stanowisko to zaaprobował SN w wyroku z dnia 9 maja 2018 r., II PK 50/17, LEX nr 2488650.

Natomiast TK w wyroku z dnia 2 października 2018 r., K 26/15, OTK-A 2018, poz. 53 stwierdził, że art. 77² § 4 zdanie drugie k.p. w związku z art. 30 ust. 5 u.z.z. jest zgodny z art. 20 w zw. z art. 22 oraz art. 59 ust. 2 Konstytucji, art. 4 Konwencji MOP nr 98⁸⁶ i art. 6

⁸⁶ Konwencja nr 98 dotycząca stosowania zasad prawa organizowania się i rokowań zbiorowych, przyjęta w Genewie dnia 1 lipca 1949 r. (Dz. U. z 1958 r., nr 29, poz. 126).

pkt 2 EKS⁸⁷. Zarazem jednak Trybunał stwierdził istnienie luki prawnej w odniesieniu do zmiany i uchylenia regulaminu wynagradzania ustalonego przez pracodawcę wspólnie z organizacją związkową. Potrzebę jej usunięcia TK zasygnalizował w postanowieniu z dnia 4 października 2018 r., S 4/18, OTK-A 2018, poz. 55; podnosząc w uzasadnieniu, że nowa regulacja tego zagadnienia powinna uwzględniać zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej, dobrowolności rokowań i równości jej stron.

Tym samym, należy uznać, że kwestia ta powinna zostać uregulowana przez ustawodawcę.

6.2. Niezgodność art. 2 ust. 2 ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy z dyrektywą 2008/94/WE

Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy⁸⁸, niewypłacalność pracodawcy (zdefiniowana w art. 2 ust. 1 tej ustawy) nie zachodzi w odniesieniu do osób prawnych podlegających obowiązkowi wpisu do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, o którym mowa w rozdziale 3 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym⁸⁹, wpisanych do rejestru przedsiębiorców z tytułu wykonywania działalności gospodarczej.

W literaturze przedmiotu⁹⁰ już dawno sygnalizowano, że polska regulacja zakresu podmiotowego ochrony roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy jest niezgodna z dyrektywą 2008/94/WE⁹¹, co dotyczy podmiotów wymienionych w przywołanym przepisie.

⁸⁷ Europejska Karta Społeczna, sporządzona w Turynie dnia 18 października 1961 r., Dz. U. z 1999 r., nr 8, poz. 67.

⁸⁸ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 1433.

⁸⁹ Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz. U. z 2018 r., poz. 986).

⁹⁰ Por. M. Latos-Miłkowska, Zakres podmiotowy ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, PiZS 2009, nr 8, s. 22.

⁹¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/94/WE z dnia 22 października 2008 r. w sprawie ochrony pracowników na wypadek niewypłacalności pracodawcy (Dz.U.U.E.L.2008.283.36).

Stanowisko to podzielił także Sąd Najwyższy. W wyroku z dnia 4 grudnia 2018 r., I PK 181/17, przesądził bowiem, że przepis art. 2 ust. 2 ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, w zakresie w jakim wyklucza niewypłacalność pracodawcy będącego stowarzyszeniem wpisanym również do rejestru przedsiębiorców, jest niezgodny z dyrektywą 2008/94/WE a osoba uprawniona może dochodzić swoich roszczeń od Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych na podstawie dyrektywy.

Należy postulować pilne usunięcie wskazanej niezgodności prawa krajowego z prawem unijnym.

6.3. Śmierć pracodawcy a zasada wolności pracy

Od dnia 25 listopada 2018 r. obowiązują nowe przepisy określające, jaki wpływ na stosunek pracy wywiera śmierć pracodawcy będącego przedsiębiorcą wpisanym do rejestru CEIDG. Reguluje to ustawa z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej⁹² i znowelizowany art. 63² k.p. Umowy o pracę nie wygasają z chwilą śmierci pracodawcy, lecz trwają co najmniej przez miesiąc.

Ustawa o zarządzie sukcesyjnym nie przewiduje żadnych ułatwień dla pracownika w zakresie rozwiązania umowy o pracę po śmierci pracodawcy. Pracownik, który nie chce wyczekiwać w okresie niepewności, czy zakład pracy przejmie nowy pracodawca i kto nim będzie, może więc jedynie rozwiązać umowę na zasadach ogólnych, czyli z zachowaniem okresu wypowiedzenia. Nasuwa się zatem postulat wprowadzenia regulacji przyznającej pracownikowi prawo rozwiązania umowy za siedmiodniowym uprzedzeniem, podobnie jak jest to w przypadku przejścia zakładu na nowego pracodawcę na podstawie art. 23¹ § 4 k.p. Wymaga tego zasada wolności pracy (art. 10 k.p. i art. 65 ust. 1 Konstytucji).

6.4. Śmierć pracodawcy a prawo do wynagrodzenia

Przepisy art. 63² § 8 i 9 k.p. stanowią, że: okres od dnia śmierci pracodawcy do dnia wygaśnięcia umowy o pracę albo dokonania uzgodnienia zgodnie z § 5 i 6 tego artykułu, albo rozwiązania umowy o pracę zgodnie z jego § 7 jest okresem usprawiedliwionej nieobecności

⁹² Dz. U. poz. 1629, dalej jako „u.z.s.”.

w pracy, za który pracownik nie zachowuje prawa do wynagrodzenia (§ 8). Zarazem w okresie tym osoba, o której mowa w art. 14 ustawy o zarządzie sukcesyjnym, a jeżeli został ustanowiony zarząd sukcesyjny – zarządca sukcesyjny, może polecić pracownikowi wykonywanie pracy zgodnej z jego umową o pracę, określając okres wykonywania pracy przez pracownika i wymiar czasu pracy (§ 9).

Przepisy te są ustanowione dla ochrony wartości przedsiębiorstwa w spadku w razie konieczności wstrzymania lub znacznego ograniczenia jego działalności po śmierci przedsiębiorcy, który nie ustanowił zarządcy sukcesyjnego z chwilą swojej śmierci. Znoszą one bowiem obowiązek zapłaty pracownikom wynagrodzenia za okres niezawinionego przez nich przestoju (art. 81 § 1 i 2 k.p.), do którego nabyliby prawo w okresie niewykonywania pracy po śmierci pracodawcy. Okres ten jest zatem okresem usprawiedliwionej nieobecności w pracy, za który pracownik nie zachowuje prawa do wynagrodzenia. Przyjęcie takiego rozwiązania jest wątpliwe z punktu widzenia zgodności z Konstytucją. Spowodowane w ten sposób przerzucenie całego ryzyka produkcyjnego na pracownika zdaje się godzić w zasadę ochrony pracy (art. 24 Konstytucji). Zarzut ten potwierdza regulacja statusu prawnego pracownika w okresie tej usprawiedliwionej nieobecności.

6.5. Ochrona pracowników w wieku przedemerytalnym zatrudnionych na umowę o pracę na czas określony

Zgodnie z art. 39 k.p. pracodawca nie może wypowiedzieć umowy o pracę pracownikowi, któremu brakuje nie więcej niż 4 lata do osiągnięcia wieku emerytalnego, jeżeli okres zatrudnienia umożliwia mu uzyskanie prawa do emerytury z osiągnięciem tego wieku.

Redakcja tego przepisu rodzi wątpliwość, czy przedemerytalna ochrona pracownika przed wypowiedzeniem mu umowy o pracę ma charakter bezwzględny w tym znaczeniu, że dotyczy wszystkich pracowników w „wieku przedemerytalnym” pozostających w stosunku pracy, niezależnie od tego, czy zgodnie z zawartą umową o pracę ich zatrudnienie ma ustać przed, czy też po osiągnięciu przez nich wieku emerytalnego umożliwiającego im nabycie prawa do emerytury, czy też nie dotyczy ona tych pracowników, którzy co prawda są w wieku przedemerytalnym, ale ich zatrudnienie ma ustać przed osiągnięciem wieku emerytalnego.

Można bowiem stanąć na stanowisku, że przewidziany w art. 39 k.p. zakaz wcześniejszego wypowiedzenia umowy o pracę nie dotyczy umowy o pracę zawartej na czas określony, która uległaby rozwiązaniu z upływem okresu jej trwania przed osiągnięciem przez pracownika wieku emerytalnego umożliwiającego mu uzyskanie prawa do emerytury.

Ważkie argumenty przemawiają jednak także za wykładnią, zgodnie z którą zakaz wypowiedzenia z art. 39 k.p. obejmuje zatrudnienie na podstawie umowy o pracę na czas określony, nawet gdy zawarto ją na okres, który upływa przed osiągnięciem przez pracownika wieku emerytalnego⁹³.

Pożądanę jest zatem rozważenie zajęcia wyraźnego stanowiska w tej sprawie przez samego ustawodawcę, co było przedmiotem sugestii Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego również w 2018 r.

6.6. Ochrona danych osobowych pracownika

W aktualnym stanie prawnym w odniesieniu do zagadnienia danych osobowych, których podania może żądać pracodawca od kandydata na pracownika lub od pracownika, oprócz treści art. 22¹ k.p., należy wziąć pod uwagę odpowiednie regulacje ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych⁹⁴ oraz ogólne rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE⁹⁵. Od dnia 25 maja 2018 r., czyli od daty wejścia w życie r.o.d.o., jest ono bezpośrednio skuteczne w państwach członkowskich, co oznacza, że jego przepisy mają pierwszeństwo przed przepisami prawa krajowego, które są z nim sprzeczne bez konieczności ich implementacji. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych jest także bezpośrednio skuteczne w zakresie tych regulacji, które w ogóle nie mają swoich odpowiedników w prawie krajowym.

Prawodawca unijny w motywie 155. wprowadzenia do r.o.d.o. wskazał, że w prawie państwa członkowskiego lub w porozumieniach zbiorowych, w tym zakładowych porozumieniach z przedstawicielami pracowników, mogą być przewidziane przepisy szczegółowe o przetwa-

⁹³ Por. wyrok SN z dnia 18 grudnia 2014 r., II PK 50/14, OSNP 2016, nr 7, poz. 86.

⁹⁴ Dz. U. z 2018 r., poz. 1000 ze zm.

⁹⁵ Dz. Urz. UE serii L 119 z 4.05.2016, s. 1, dalej jako „r.o.d.o.”.

rzaniu danych osobowych pracowników w związku z zatrudnieniem, w szczególności warunki, na których dane osobowe w związku z zatrudnieniem można przetwarzać za zgodą pracownika do celów procedury rekrutacyjnej, wykonywania umowy o pracę, w tym wykonywania obowiązków określonych w przepisach lub w porozumieniach zbiorowych, zarządzania, planowania i organizacji pracy, równości i różnorodności w miejscu pracy, bezpieczeństwa i higieny pracy oraz do celów indywidualnego lub zbiorowego wykonywania praw i korzystania ze świadczeń związanych z zatrudnieniem, a także do celów zakończenia stosunku pracy. Również zgodnie z art. 88 ust. 1 r.o.d.o.: „Państwa członkowskie mogą zawrzeć w swoich przepisach lub w porozumieniach zbiorowych bardziej szczegółowe przepisy mające zapewnić ochronę praw i wolności w przypadku przetwarzania danych osobowych pracowników w związku z zatrudnieniem, w szczególności do celów rekrutacji, wykonania umowy o pracę, w tym wykonania obowiązków określonych przepisami lub porozumieniami zbiorowymi, zarządzania, planowania i organizacji pracy, równości i różnorodności w miejscu pracy, bezpieczeństwa i higieny pracy, ochrony własności pracodawcy lub klienta oraz do celów indywidualnego lub zbiorowego wykonywania praw i korzystania ze świadczeń związanych z zatrudnieniem, a także do celów zakończenia stosunku pracy”. Przepisy te muszą jednak obejmować „odpowiednie i szczegółowe środki zapewniające osobie, której dane dotyczą, poszanowanie jej godności, prawnie uzasadnionych interesów i praw podstawowych, w szczególności pod względem przejrzystości przetwarzania, przekazywania danych osobowych w ramach grupy przedsiębiorstw lub grupy przedsiębiorców prowadzących wspólną działalność gospodarczą oraz systemów monitorujących w miejscu pracy” (art. 88 ust. 2 r.o.d.o.). Każde państwo członkowskie było zobowiązane do powiadomienia Komisji Europejskiej o przepisach przyjętych na podstawie art. 88 ust. 1 r.o.d.o. w terminie do dnia 25 maja 2018 r., a następnie do niezwłocznego informowania Komisji o każdej zmianie tych przepisów (art. 88 ust. 3 r.o.d.o.).

Z wyjątkiem przepisów dotyczących monitoringu w zakładzie pracy (art. 22² i art. 22³ k.p.), polski ustawodawca nie wprowadził odpowiednich przepisów o przetwarzaniu danych osobowych do kodeksu pracy. Wydaje się to oznaczać, że art. 22¹ k.p. nie może być uznany za przepis szczególny w rozumieniu art. 88 ust. 1 r.o.d.o., a w konsekwencji w przypadku ewentualnych kolizji tego przepisu z rozporządze-

niem unijnym nadrzędny charakter należy przyznać regulacjom r.o.d.o. w myśl zasady pierwszeństwa prawa unijnego.

W związku z tym, w aktualnym stanie prawnym niewłaściwe jest sformułowanie art. 22¹ § 5 k.p., zgodnie z którym, w zakresie nieuregulowanym w art. 22¹ § 1–4 k.p. do danych osobowych, o których mowa w tych przepisach, stosuje się przepisy o ochronie danych osobowych. Jak bowiem wspomniano, r.o.d.o. jest skuteczne bezpośrednio w każdym państwie członkowskim i ma pierwszeństwo przed ustawodawstwem krajowym.

6.7. Obowiązki informacyjne pracodawcy dotyczące dokumentacji pracowniczej

Zgodnie z art. 94⁴ pkt 1 k.p., jeżeli przechowywana dokumentacja pracownicza może stanowić lub stanowi dowód w postępowaniu, a pracodawca jest stroną tego postępowania – przechowuje dokumentację pracowniczą do czasu jego prawomocnego zakończenia, nie krócej jednak niż do upływu okresu, o którym mowa w art. 94 pkt 9b; art. 94⁷ stosuje się odpowiednio.

W kodeksie pracy pomimo obszernego uregulowania obowiązków informacyjnych pracodawcy względem pracownika w odniesieniu do pozostałych sytuacji związanych z okresem przechowywania dokumentacji pracowniczej przez podmiot zatrudniający, brakuje przepisu, który stanowiłby, że pracodawca jest obowiązany poinformować pracownika także o zajściu okoliczności, o której mowa w art. 94⁴ pkt 1 k.p. Co prawda powinność tę można wywieść z ogólnej zasady dbałości o dobro pracownika, mogącej mieć w tym przypadku zastosowanie w drodze analogii, tym niemniej pożądanym byłoby wyraźne wskazanie tego obowiązku przez ustawodawcę.

6.8. Zmiana treści lub podstawy oraz wygaszenie stosunku pracy z mocy ustawy

Zmiany przeprowadzane w obsadzie stanowisk w urzędach państwowych dokonywane są nie tylko za sprawą wprowadzania ich poprzez złożenie przez jedną ze stron (lub obie) przewidzianego prawem dla osiągnięcia tego skutku oświadczenia woli, ale także bezpośrednio

na mocy ustawy (*ex lege*) – z reguły na podstawie przepisów wprowadzających lub przejściowych.

W związku z tym, że co do zasady zmiana lub ustanie stosunku pracy dokonywane w oparciu o czynność prawną obwarowane jest potrzebą zachowania ściśle określonych reguł i standardów, rodzi się pytanie, czy pewne ograniczenia w tym zakresie mogą być nakładane także na ustawodawcę, który chce wpłynąć na treść, podstawę lub byt stosunku pracy (poprzez jego wygaszenie) w czasie jego trwania bezpośrednio na podstawie stanowionego prawa.

W tym zakresie, należy dostrzec wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego odnoszącą się do zagadnienia zmiany podstawy stosunku pracy z mocy prawa w czasie jego trwania zawartą w wyroku z dnia 16 czerwca 2003 r., K 52/02⁹⁶.

Trybunał Konstytucyjny przesądził w nim o zgodności z Konstytucją (z art. 2 Konstytucji) art. 137 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o służbie cywilnej⁹⁷ w jego ówczesnym brzmieniu. Przepis ten stanowił, że z dniem 1 stycznia 2004 r. dotychczasowe stosunki pracy osób zatrudnionych na podstawie mianowania na zasadach określonych w ustawie o pracownikach urzędów państwowych przekształcają się w stosunki pracy na podstawie umowy o pracę na czas nie określony.

Z uzasadnienia wskazanego orzeczenia wynika, że zdaniem Trybunału intensywność ochrony zatrudnienia nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia przewidywania prawnych skutków działań podejmowanych przez jednostkę, który to kontekst jest istotny dla jednostki w związku z gwarancjami wynikającymi z art. 2 Konstytucji. Zniesienie gwarancji stabilności zatrudnienia nie powoduje bowiem, że jednostka naraża się na prawne skutki swoich działań, których nie mogła przewidzieć w momencie podejmowania decyzji i działań. Tym niemniej, zdaniem Trybunału, nie można twierdzić, że stabilność zatrudnienia jest czynnikiem całkowicie obojętnym z punktu widzenia układania planów życiowych jednostki. Poczucie stabilności zatrudnienia stanowi bowiem jedną z przesłanek kierowania swoimi sprawami życiowymi i zachęca m.in. do doskonalenia swoich umiejętności zawodowych stosownie do perspektyw awansu w służbie publicznej, bardziej niż z myślą o konieczności dostosowywania swoich kwalifikacji do zmian na rynku pracy.

⁹⁶ OTK-A 2003, nr 6, poz. 54.

⁹⁷ Dz. U. z 1999 r., nr 49, poz. 483 ze zm.

Trybunał uznał jednak zgodność przytoczonej regulacji z art. 2 Konstytucji. Umotywował to okolicznością, że zaskarżony przepis stanowił jeden z elementów całościowej reformy służby cywilnej mającej na celu zapewnienie lepszego jej funkcjonowania a wygaszenie ochrony stabilności stosunku pracy przewidziane w art. 137 ustawy o służbie cywilnej zostało odsunięte w czasie. Przepis ten wszedł w życie 1 lipca 1999 r., a jego skutki wystąpiły dopiero 1 stycznia 2004 r. Ustawodawca wprowadził zatem czteroipółletni okres dostosowawczy, łagodząc niekorzystne skutki dla zainteresowanych. W konsekwencji nie można było zgodzić się z poglądem, że regulacja prawna zakwestionowana przez wnioskodawcę narusza zasadę ochrony zaufania jednostki do państwa i do prawa.

Dopuszczalność przekształcenia treści, podstawy stosunku pracy oraz wygaszania go z mocy prawa potwierdza także orzecznictwo Sądu Najwyższego. Znamienne jest jednak, że w orzecznictwie tym wyraźnie zaznacza się potrzeba zachowania przy dokonywaniu tego rodzaju przekształceń – w tym pozbawieniu pracownika zatrudnienia – elementarnych standardów wynikających z ogólnych zasad prawa pracy.

Przykładowo, w wyroku z dnia 6 stycznia 2010 r., I PK 130/09⁹⁸, Sąd Najwyższy wskazał, że przekształcenie *ex lege* – z mocy prawa art. 110 w zw. z art. 111 ustawy z dnia 24 września 2006 r. o służbie cywilnej⁹⁹ stosunków pracy z mianowania na umowne stosunki pracy nie daje możliwości z dnia na dzień zmiany na niekorzyść wynagrodzenia pracownika a wymaga stosownego uprzedzenia.

Z kolei zgodnie z wyrokiem z dnia 6 kwietnia 2017 r.¹⁰⁰, wyłączenie zastosowania instytucji wypowiedzenia zmieniającego do nauczycieli mianowanych nie oznacza automatycznej modyfikacji warunków płacowych tej grupy zawodowej po upływie okresu wskazanego w art. 237 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej¹⁰¹. Zdaniem Sądu Najwyższego, przekształcenie po 31 grudnia 2013 r. na podstawie tego przepisu stosunku pracy nauczycieli zatrudnionych w publicznych placówkach opiekuńczo-wychowawczych z mianowania na stosunek umowy oznaczało zmianę jedynie podstawy tegoż stosunku, lecz nie jego treści. Pogorszenie warunków płacowych tychże pracowników po 1 stycznia 2014 r. wymagało bowiem – wobec

⁹⁸ Wyrok SN z dnia 6 stycznia 2010 r., I PK 130/09, LEX nr 558223.

⁹⁹ Dz. U. nr 170, poz. 1218 ze zm.

¹⁰⁰ Wyrok SN z dnia 6 kwietnia 2017 r., II PK 44/16, LEX nr 2312476.

¹⁰¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 135 ze zm.

umownego od tej daty charakteru ich stosunków pracy – zastosowania instytucji wypowiedzenia zmieniającego, o jakiej mowa w art. 42 k.p. Natomiast jeśli nowe, niekorzystne zasady wynagradzania miałyby obowiązywać już od tej daty, konieczne było dokonanie w okresie ochronnym (czyli w trakcie mianowania) wzorowanego na tej instytucji „uprzedzenia” równego okresowi wypowiedzenia, który to okres nie mógł się skończyć przed dniem 31 grudnia 2013 r.

W dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego dostrzegano także konieczność sankcjonowania dokonania prawnie dopuszczalnych czynności pracodawcy z uchybieniem jednak bardziej ogólnych zasad prawa pracy. W takich przypadkach Sąd Najwyższy, nie odnajdując wprost sankcji za takie zachowanie, konstruował ją w drodze analogii lub odpowiedniego stosowania innych przepisów.

W wyroku z dnia 22 sierpnia 2012 r.¹⁰² SN przyjął, że przywrócenie prokuratora Instytutu Pamięci Narodowej na podstawie art. 47 ust. 4a ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu¹⁰³ na wcześniej zajmowane stanowisko w powszechnej jednostce prokuratury mogło być dokonane tylko za stosownym wypowiedzeniem (uprzedzeniem). W niniejszej sprawie Sąd Najwyższy dopatrzył się możliwości zasądzenia na rzecz powódki odszkodowania przy odpowiednim zastosowaniu art. 45 § 2 k.p. i 47¹ k.p.

Z kolei w wyroku z dnia 15 września 2015 r.¹⁰⁴ Sąd Najwyższy przyjął, że w sytuacji zmiany kapitałowej uzasadniającej objęcie spółki ustawą z dnia 3 marca 2000 r. o wynagradzaniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi¹⁰⁵ ma zastosowanie *per analogiam* art. 26 tej ustawy, gwarantujący trzymiesięczny okres przejściowy. Bez przyjęcia takiego rozwiązania doszłoby bowiem do braku jakiejkolwiek temporalnej ochrony pracownika przed skutkami zmian treści stosunku pracy, do których doszło z mocy prawa. Zdaniem Sądu, taka ochrona jest uzasadniona, gdyż nawet zgodne z ustawą zasadniczą cele ustawy kominowej nie mogą bezwzględnie wyłączać podstawowych standardów prawa pracy, czyli zachowania okresu dostawczego w przypadku konieczności zmniejszenia pracownikowi wynagrodzenia. Nagłe działanie

¹⁰² Wyrok SN z dnia 22 sierpnia 2012 r., I PK 64/12, OSNP 2013, nr 15–16, poz. 176.

¹⁰³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r., nr 63, poz. 424 ze zm.

¹⁰⁴ Wyrok SN z dnia 15 września 2015 r., II PK 307/14, LEX nr 1789175.

¹⁰⁵ Ustawa z dnia 3 marca 2000 r. o wynagradzaniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 254).

prawa i obniżenie wynagrodzenia nie mogą wynikać tylko z określonej przewagi władzy ustawodawczej. Ustawodawca wkracza wszak w relację prywatnoprawną (stosunek pracy) i nie powinien pomijać podstawowych okresów ochronnych w zatrudnieniu pracowniczym. Nie chodzi wszak o stosunek publiczny (administracyjny) lecz prywatny.

W omawianym kontekście nie sposób także pominąć wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2009 r., II PK 58/09,¹⁰⁶ w którym przyjęto, że rozpoznając sprawę z powództwa pracownika o odszkodowanie z tytułu niezgodnego z prawem wygaśnięcia stosunku pracy na podstawie art. 67 k.p. w związku z art. 56 k.p. i art. 20 ust. 3 ustawy z dnia 29 grudnia 2005 r. o przekształceniach i zmianach w podziale zadań i kompetencji organów państwowych właściwych w sprawach łączności, radiofonii i telewizji¹⁰⁷ oraz art. 63 k.p., sąd pracy może dokonać oceny czynności pracodawcy dotyczących niezaproponowania pracownikowi warunków pracy i płacy na dalszy okres w kontekście zasad współżycia społecznego. W przypadku stwierdzenia naruszenia tych zasad, zdaniem Sądu Najwyższego, zasądzenie na rzecz pracownika odszkodowania umożliwi odpowiednio zastosowany art. 56 k.p. w związku z art. 67 k.p.

W tę linię orzeczniczą wpisuje się także uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2018 r., III PZP 3/17¹⁰⁸.

W związku z powyższym należy sformułować postulat, aby ustawodawca dokonując *ex lege* zmiany treści lub podstawy, bądź też wygaszając stosunek pracy, czynił to z zachowaniem podstawowych standardów prawa pracy.

¹⁰⁶ OSNP 2011, nr 9–10, poz. 124; OSP 2011, z. 12, poz. 131 z glosą Ł. Pisarczyka.

¹⁰⁷ Dz. U. nr 267, poz. 2258 ze zm.

¹⁰⁸ Uchwała SN z dnia 9 stycznia 2018 r., III PZP 3/17, OSNP 2018, nr 6, poz. 70.

7. Prawo zabezpieczenia społecznego

7.1. Zakres podmiotowy ustawy z dnia 9 maja 2018 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających osoby o znacznym stopniu niepełnosprawności

Określone w ustawie z dnia 9 maja 2018 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających osoby o znacznym stopniu niepełnosprawności¹⁰⁹ szczególne uprawnienia w zakresie dostępu do świadczeń opieki zdrowotnej adresowane są do świadczeniobiorców posiadających orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności (art. 1 tej ustawy). Skutkiem odwołania się przez ustawodawcę do kryterium znacznego stopnia niepełnosprawności jest jednak wykluczenie z grona uprawnionych wszystkich osób, które nie ukończyły 16. roku życia. Należy bowiem wskazać, że ich sytuację prawną z punktu widzenia orzekania o niepełnosprawności reguluje przepis szczególny – art. 4a ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych¹¹⁰. Zgodnie z nim osoby, które nie ukończyły 16. roku życia zaliczane są do osób niepełnosprawnych, jeżeli mają naruszoną sprawność fizyczną lub psychiczną o przewidywanym okresie trwania powyżej 12 miesięcy, z powodu wady wrodzonej, długotrwałej choroby lub uszkodzenia organizmu, powodującą konieczność zapewnienia im całkowitej opieki lub pomocy w zaspokajaniu podstawowych potrzeb życiowych w sposób przewyższający wsparcie potrzebne osobie w danym wieku. W odniesieniu do dzieci i młodzieży do ukończenia 16. roku życia nie określa się zatem stopnia niepełnosprawności, lecz zalicza się je do kategorii osób niepełnosprawnych po stwierdzeniu kryteriów określonych w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 1 lutego 2002 r. w sprawie kryteriów oceny niepełnosprawności u osób w wieku do 16. roku życia.

Wykluczenie z kręgu beneficjentów ustawy z dnia 9 maja 2018 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających osoby o znacznym stopniu niepełnosprawności niepełnosprawnych dzieci i młodzieży do ukończenia 16. roku życia z pewnością nie jest uzasadnione. Rozporządzenie w sprawie kryteriów oceny niepełnosprawności u osób w wieku do 16. roku życia precyzuje w § 2 stany chorobowe, które uzasadniają ko-

¹⁰⁹ Dz. U. z 2018 r., poz. 932.

¹¹⁰ Tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r., nr 127, poz. 721 z późn. zm.

nieczność stałej opieki lub pomocy dziecku, są to w większości sytuacje, które skutkują niepełnosprawnością w stopniu „znacznym” (w słownikowym, choć nie prawnym, znaczeniu tego słowa). Można także uznać, że przyjęte rozwiązanie – odwołując się do nieadekwatnego kryterium wieku – narusza zasadę równości wobec prawa z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

Należy również zauważyć, że z uzasadnienia projektu ustawy wynika, że celem ustawodawcy było objęcie określonymi formami wsparcia „osób o znacznym stopniu niepełnosprawności (niezależnie od wieku takich osób)”¹¹¹, a zatem nie tylko tych formalnie posiadających orzeczenie o znacznym stopniu niepełnosprawności.

Mając powyższe na uwadze należałoby postulować poszerzenie zakresu podmiotowego ustawy z dnia 9 maja 2018 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających osoby o znacznym stopniu niepełnosprawności także o niepełnosprawne dzieci i młodzież do ukończenia 16. roku życia, z ewentualnym doprecyzowaniem kwalifikowanej postaci ich niepełnosprawności.

7.2. Warunki nabycia prawa do uposażenia rodzinnego przez członków rodziny zmarłego sędziego lub sędziego w stanie spoczynku

Warunki nabycia prawa do uposażenia rodzinnego przez członków rodziny zmarłego sędziego lub sędziego w stanie spoczynku określa art. 102 § 1 p.u.s.p., przy czym istnieją co najmniej dwie możliwe interpretacje tego przepisu. Pierwsza z nich zakłada, że ponieważ art. 102 § 1 ustawy prawo o ustroju sądów powszechnych odsyła do ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych w zakresie spełnienia warunków wymaganych do uzyskania renty rodzinnej i nie odwołuje się do konkretnego jej przepisu, należy przyjąć, iż warunkiem uzyskania uposażenia rodzinnego jest spełnienie zarówno przesłanek powstania prawa do renty rodzinnej (art. 68–71 ustawy o emeryturach i rentach z FUS) jak i warunków jej pobierania (m.in. art. 103–106 ustawy o rentach i emeryturach z FUS). Uposażenie rodzinne powinno więc przysługiwać tylko tym członkom rodziny, którzy spełnią warunki do faktycznego otrzymywania renty rodzinnej. Druga z nich natomiast przyjmuje, iż art. 102 § 1 ustawy prawo o ustroju sądów powszech-

¹¹¹ Por. druk sejmowy VIII kadencji nr 2479, s. 4.

nych odsyła do ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych wyłącznie w zakresie warunków wymaganych do uzyskania renty rodzinnej (art. 68–71 ustawy o emeryturach i rentach z FUS). W konsekwencji osiągnięcie lub nieosiągnięcie dochodu przez osobę uprawnioną, niezależnie od wysokości tego dochodu, które nie jest warunkiem uzyskania renty rodzinnej, nie stanowi warunku uzyskania uposażenia rodzinnego.

Wprawdzie wykładnię językową art. 102 § 1 u.s.p., zgodnie z którym pojęcie „spełnienie warunków wymaganych do uzyskania renty rodzinnej” należy rozumieć w ten sposób, że chodzi wyłącznie o spełnienie warunków przewidzianych ustawowo dla nabycia prawa do określonego świadczenia, wspierają argumenty funkcjonalne i systemowe.¹¹² Tym niemniej należy zauważyć, że Minister Sprawiedliwości w stanowiskach z dnia 9 października 2012 r. (DB-III-023-25/12/1) oraz z dnia 21 września 2016 r. (DB-III-311-297/16) wyraził pogląd, zgodnie z którym wykładnia językowa odesłania z art. 102 § 1 u.s.p. wskazuje, że intencją ustawodawcy było przyznanie uposażenia rodzinnego tylko tym członkom rodziny, którzy będą spełniać warunki do faktycznego otrzymywania renty rodzinnej.

W tym kontekście zasadnym może być zwrócenie się do ustawodawcy o zajęcie czytelnego stanowiska i ewentualne przeformułowanie przepisu art. 102 § 1 ustawy prawo o ustroju sądów powszechnych poprzez wskazanie, czy chodzi o spełnienie warunków wymaganych do nabycia prawa do renty rodzinnej czy także do jego realizacji.

7.3. Przedawnienie należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne, zabezpieczonych hipoteką lub zastawem

Według art. 59 § 1 pkt 9 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa w związku z art. 31 ustawy systemowej należności z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne wygasają w całości lub w części wskutek przedawnienia. Stosownie do treści art. 24 ust. 4 i 5 ustawy

¹¹² Por. K. Gonera, *Prawo o ustroju sądów powszechnych*, LEX 2013, komentarz do art. 102; odnośnie do charakteru sędziowskiego uposażenia por. uzasadnienia: uchwały składu 7 sędziów SN z dnia 21 kwietnia 1999 r., III ZP 6/99, OSNP 1999, nr 19, poz. 619; wyroku SN z dnia 12 czerwca 2002 r., II UKN 381/01, OSNP 2004, nr 2, poz. 37; wyroku SN z dnia 29 stycznia 2008 r., I UK 239/07, OSNP 2009, nr 7–8, poz. 103.

z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych¹¹³ należności z tytułu składek ulegają przedawnieniu po upływie 5 lat, licząc od dnia, w którym stały się wymagalne, z tym, że nie ulegają przedawnieniu należności z tytułu składek zabezpieczone hipoteką lub zastawem, jakkolwiek po upływie terminu przedawnienia mogą być one egzekwowane tylko z przedmiotu hipoteki lub zastawu do wysokości zaległych składek i odsetek za zwłokę liczonych do dnia przedawnienia. *De lege lata* należności składkowe zabezpieczone hipoteką lub zastawem nie ulegają przedawnieniu, a więc nie wygasają.

W kontekście ustrojowej zasady równouprawnienia w korzystaniu z ochrony praw majątkowych (art. 64 ust. 2 Konstytucji RP) można powziąć uzasadnione wątpliwości, czy materia normatywna objęta treścią art. 24 ust. 5 ustawy systemowej nie narusza postanowień Konstytucji RP. Okazuje się bowiem, że płatnicy, wobec których ustanowiono zabezpieczenie hipoteczne (zastawnicze) należności składkowych zostają *de facto* pozbawieni przysługującej im ochrony praw słusznie nabytych, gdyż po upływie pięcioletniego terminu przedawnienia należności składkowych, ich zobowiązanie publicznoprawne może być nadal egzekwowane bez żadnych ograniczeń czasowych (trwa „wieczyście”), podczas gdy w przypadku płatników, wobec których zastosowano inne, niż hipoteka przymusowa lub zastaw ustawowy, formy zabezpieczenia płatności składek albo w stosunku do których nie zastosowano żadnych zabezpieczeń, takie samo zobowiązanie przedawni się (wygaśnie) z upływem 5 lat od daty ich wymagalności. Przedmiotowe rozróżnienie skutkuje nieuprawnionym przeniesieniem ciężaru nieprzedawnialności zobowiązań składkowych tylko na jedną kategorię dłużników składkowych, tj. na właścicieli rzeczy albo na inne osoby dysponujące prawami majątkowymi mogącymi być przedmiotem hipoteki lub zastawu.

W gruncie rzeczy płatnicy obciążeni hipotecznie (zastawniczo) są w swoisty sposób „karani” przez ustawodawcę za to, że dysponują określonymi składnikami majątkowymi, które mogą być przedmiotem zabezpieczenia rzeczowego należności składkowych. Taki sposób różnicowania odpowiedzialności dłużników składkowych, oparty na arbitralnym i przypadkowym kryterium posiadania (nieposiadania) składników majątkowych pozwalających na ustanowienie zabezpieczenia w formie hipoteki przymusowej (zastawu ustawowego), nie znajduje żadnego racjonalnego usprawiedliwienia, co jest istotne o tyle, że na tę oko-

¹¹³ Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1778 ze zm., dalej jako „ustawa systemowa”.

liczność zwracał uwagę – w odniesieniu do zobowiązań podatkowych – Trybunał Konstytucyjny, przyjmując m.in., że wprowadzanie rozwiązań legislacyjnych przewidujących bardziej rygorystyczne traktowanie podatników, którzy posiadają nieruchomości względem tych, którzy takich składników majątkowych nie posiadają, jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia zasady równej ochrony własności¹¹⁴. Aktualne rozwiązanie normatywne przyjęte w art. 24 ust. 5 ustawy systemowej, ewidentnie niespójne z art. 24 ust. 4 tej ustawy, należy ocenić krytycznie, gdyż narusza ono podstawowe standardy ustrojowe, takie jak równość wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP) oraz ochrona własności i innych praw majątkowych (art. 64 Konstytucji RP). Unormowanie wynikające z art. 24 ust. 5 ustawy systemowej powinno zostać zsynchronizowane z treścią art. 24 ust. 4 tej ustawy, a to oznacza m.in. konieczność usunięcia z systemu prawnego regulacji o takim kształcie, jaki został nadany aktualnemu brzmieniu art. 24 ust. 5 ustawy systemowej.

7.4. Krąg adresatów decyzji, stanowiącej podstawę wpisu hipoteki przymusowej celem zabezpieczenia należności składkowych

Istotną przesłanką warunkującą dokonanie wpisu w księdze wieczystej hipoteki przymusowej służącej zabezpieczeniu należności składkowych jest uprzednie doręczenie dłużnikowi ostatecznej decyzji organu rentowego stwierdzającej wysokość należności z tytułu składek (art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy systemowej). Zważywszy na okoliczność, że przedmiotem obciążenia hipotecznego może być w szczególności nieruchomość objęta współwłasnością łączną (art. 26 ust. 3a pkt 2 i 3 tej ustawy) powstaje wątpliwość, komu należy doręczyć decyzję, o której stanowi art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy w przypadku, gdy dłużnik składkowy jest współwłaścicielem łącznym nieruchomości, na której ma zostać ustanowiona hipoteka przymusowa. Z uwagi na fakt, iż współwłasność łączna charakteryzuje się brakiem fizycznie wyodrębnionych udziałów (ułamków), które by przypadały na rzecz poszczególnych współwłaścicieli (współuprawnionych), należy uznać, że decyzja organu rentowego ustalająca wysokość należności z tytułu składek może być podstawą wpisu

¹¹⁴ Por. uzasadnienie wyroku z dnia 8 października 2013 r., SK 40/12, OTK-A 2013, nr 7, poz. 97.

hipoteki przymusowej na nieruchomości wchodzącej w skład majątku objętego wspólnością łączną dłużnika oraz innej osoby tylko wtedy, gdy została uprzednio doręczona wszystkim współwłaścicielom łącznym (współuprawnionym łącznie do tej samej rzeczy), a nie tylko dłużnikowi składkowemu.¹¹⁵

Regulacja zawarta w art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy systemowej w jej aktualnym brzmieniu ma charakter niepełny i dlatego powinna zostać uzupełniona przez sprecyzowanie katalogu osób, którym należy doręczyć decyzję organu rentowego, warunkującą ustanowienie hipoteki przymusowej.

7.5. Dowód doręczenia decyzji stanowiącej podstawę wpisu hipoteki przymusowej na zabezpieczenie należności składkowych

Ze względu na ograniczoną kognicję sądu wieczystoksięgowego (art. 626⁸ § 2 k.p.c.) fakt doręczenia osobie zainteresowanej decyzji określającej wysokość należności z tytułu składek musi być udokumentowany zgodnie z wymaganiami stawianymi przez art. 31 ust. 1 ustawy o księgach wieczystych i hipotece. Wedle tego przepisu wpis do księgi wieczystej może być dokonany na podstawie dokumentu z podpisem notarialnie poświadczonym, jeżeli przepisy szczególne nie przewidują innej formy dokumentu. Tymczasem w myśl art. 71a ustawy systemowej organ rentowy może przysyłać każdą decyzję wydawaną w indywidualnych sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych listem zwykłym. W swoim założeniu doręczenie takiej przysyłki nie wymaga jakiegokolwiek udokumentowania. Niespójność systemowa zachodząca między regulacjami z zakresu postępowania wieczystoksięgowego a uprawnieniem organu rentowego, o którym stanowi art. 71a ustawy systemowej wymaga podjęcia interwencji prawodawczej, albowiem *de lege lata* problematyczne jest określenie formy, jaką powinien mieć dowód doręczenia dłużnikowi składkowemu (innej osobie zainteresowanej) decyzji określającej wysokość należności z tytułu składek. Zważywszy na okoliczność, że warunkiem koniecznym ustanowienia hipoteki jest nie tylko wydanie decyzji stwierdzającej wysokość zobowiązania

¹¹⁵ Por. uchwałę składu 7 sędziów SN z dnia 10 października 2014 r., III CZP 28/14, OSNC 2015, nr 2, poz. 14.

składkowego, ale i skuteczne jej doręczenie zainteresowanemu, trzeba przyjąć, że podstawą wpisu hipoteki przymusowej w księdze wieczystej musi być dowód odpowiednio zmaterializowany w postaci co najmniej dokumentu pisemnego opatrzonego podpisem poświadczonym przez notariusza. Za dokument równoznaczny w skutkach prawnych z dokumentem zawierającym notarialne poświadczenie podpisu należy potraktować pisemne potwierdzenie odbioru przesyłki pocztowej rejestrowanej, ewentualnie potwierdzenie nadania takiej przesyłki wydane przez placówkę pocztową operatora wyznaczonego, jak również poświadczony urzędowo pokwitowanie odbioru decyzji doręczonej w trybie określonym w art. 39–49 k.p.a. w związku z art. 123 ustawy systemowej.

W związku z powyższym, art. 26 ust. 3 ustawy systemowej w aktualnym brzmieniu wymaga skorygowania przez uściślenie katalogu środków dowodowych, za pomocą których organ rentowy w postępowaniu wieczystoksięgowym może wykazywać fakt, mający istotne znaczenie prawne, doręczenia decyzji stanowiącej podstawę wpisu hipoteki przymusowej w celu zabezpieczenia należności składkowych.

7.6. Pobieranie zasiłku macierzyńskiego albo zasiłku w wysokości zasiłku macierzyńskiego przez osoby uprzednio objęte dobrowolnym ubezpieczeniem chorobowym z racji wykonywania działalności pozarolniczej

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 5 ustawy systemowej osoby prowadzące działalność pozarolniczą i osoby współpracujące przy takiej działalności podlegają obowiązkowo ubezpieczeniu emerytalnemu i ubezpieczeniom rentowym, z tym, że jeśli ww. osoby spełniają równocześnie warunki do objęcia ich obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi z tytułu pobierania zasiłku macierzyńskiego lub zasiłku w wysokości zasiłku macierzyńskiego, to na podstawie art. 9 ust. 1c ustawy systemowej podlegają one obowiązkowo ubezpieczeniu emerytalnemu i ubezpieczeniom rentowym tylko z tytułu pobierania zasiłku macierzyńskiego lub zasiłku w wysokości zasiłku macierzyńskiego; jednak dobrowolnie – na swój wniosek – mogą zostać objęte ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi także z tytułu prowadzenia działalności pozarolniczej (współpracy przy prowadzeniu takiej działalności).

Z kolei według art. 11 ustawy systemowej obowiązkowemu ubezpieczeniu chorobowemu podlegają jedynie osoby wymienione w art. 6

ust. 1 pkt 1, 3 i 12 ustawy systemowej, czyli: 1) pracownicy, 2) członkowie rolniczych spółdzielni produkcyjnych i spółdzielni kółek rolniczych oraz 3) osoby odbywające służbę zastępczą (ust. 1). Natomiast dobrowolnie ubezpieczeniu chorobowemu podlegają – na swój wniosek – osoby objęte obowiązkowo ubezpieczeniami emerytalnym i rentowymi, wymienione w art. 6 ust. 1 pkt 2, 4, 5, 7b, 8 i 10 ustawy systemowej, a więc: 1) osoby wykonujące pracę nakładczą – „chałupnicy”; 2) zleceniobiorcy; 3) osoby prowadzące działalność pozarolniczą oraz osoby współpracujące przy prowadzeniu takiej działalności; 4) doktoranci otrzymujący stypendium doktoranckie; 5) osoby wykonujące odpłatnie pracę – na podstawie skierowania do pracy – w czasie odbywania kary pozbawienia wolności lub tymczasowego aresztowania oraz 6) duchowni (ust. 2).

Z powyższego wynika, że osoby prowadzące działalność pozarolniczą podlegają obowiązkowo jedynie ubezpieczeniu emerytalnemu i ubezpieczeniom rentowym, jakkolwiek w razie zbiegu tego tytułu ubezpieczeniowego z tytułem wynikającym z faktu pobierania zasiłku macierzyńskiego ten drugi przejściowo „wypiera” obowiązkowość podlegania ubezpieczeniu chorobowemu z tytułu prowadzenia działalności pozarolniczej, który wówczas staje się tytułem dobrowolnym. Natomiast ubezpieczenie chorobowe jest dla tych osób ubezpieczeniem dobrowolnym w każdych okolicznościach (nigdy nie ma ono charakteru obowiązkowego).

Warto także wskazać, że wedle art. 13 pkt 4 ustawy systemowej osoby prowadzące działalność pozarolniczą podlegają obowiązkowym ubezpieczeniom społecznym od dnia rozpoczęcia wykonywania działalności pozarolniczej do dnia zaprzestania jej wykonywania, z wyłączeniem okresu, na który wykonywanie działalności zostało zawieszona.

Co się zaś tyczy dobrowolnych ubezpieczeń społecznych, to zgodnie z art. 14 ust. 1–2a ustawy systemowej objęcie nimi konkretnej osoby fizycznej następuje od dnia wskazanego we wniosku o objęcie tymi ubezpieczeniami, jednak nie wcześniej niż od dnia, w którym wniosek został zgłoszony, z tym zastrzeżeniem, że objęcie dobrowolnie ubezpieczeniem chorobowym – w sytuacji, gdy ubezpieczenia emerytalne i rentowe są obowiązkowe – następuje od dnia wskazanego we wniosku tylko wówczas, gdy zgłoszenie do obowiązkowych ubezpieczeń emerytalnego i rentowych zostanie dokonane w terminie 7 dni od daty powstania obowiązkowego tytułu do tych ubezpieczeń. Ubezpieczenia dobrowolne ustają: 1) od dnia wskazanego we wniosku o wyłączenie

z tych ubezpieczeń, nie wcześniej jednak niż od dnia, w którym wniosek został złożony; 2) w przypadku osób prowadzących pozarolniczą działalność i osób z nimi współpracujących – od pierwszego dnia miesiąca kalendarzowego, za który nie opłacono w terminie składki należnej na to ubezpieczenie, z tym, że gdy za część miesiąca został pobrany zasiłek, to ubezpieczenie chorobowe ustaje od dnia następującego po dniu, za który zasiłek ten przysługuje (w uzasadnionych przypadkach ZUS, na wniosek ubezpieczonego, może wyrazić zgodę na opłacenie składki po terminie) oraz 3) od dnia ustania tytułu podlegania tym ubezpieczeniom.

Na podstawie analizy treści normatywnej wynikającej z przytoczonych wyżej regulacji prawa ubezpieczeń społecznych można powziąć uzasadnione wątpliwości odnośnie do sytuacji prawnej osoby fizycznej, która na swój wniosek została objęta dobrowolnym ubezpieczeniem chorobowym z racji prowadzenia działalności pozarolniczej i w tym czasie podlegała obowiązkowym ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym, a następnie rozpoczęła pobieranie zasiłku macierzyńskiego. Konkretnie rzecz ujmując, chodzi o kwestię dotyczącą tego, czy w ogóle – a jeśli tak, to, w którym momencie – ustaje tytuł podlegania dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu przez osobę objętą takim rodzajem ubezpieczenia społecznego, w sytuacji, gdy rozpoczęła ona pobieranie zasiłku macierzyńskiego (zasiłku w wysokości zasiłku macierzyńskiego). Z przywołanych wyżej przepisów wynika tylko tyle, że w trakcie pobierania zasiłku macierzyńskiego osoba, która uprzednio podlegała obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym oraz – dobrowolnie – ubezpieczeniu chorobowemu, z chwilą rozpoczęcia pobierania zasiłku „już” nie podlega obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej (może podlegać z tego tytułu jedynie dobrowolnie), przy czym zamiast dotychczasowego obowiązkowego tytułu ubezpieczeniowego z racji prowadzenia działalności pozarolniczej, wskazana osoba podlega – od momentu rozpoczęcia pobierania zasiłku do chwili zakończenia jego pobierania – obowiązkowo ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym z tytułu pobierania zasiłku, a jednocześnie nie podlega obowiązkowo, ani nie może podlegać dobrowolnie, ubezpieczeniu chorobowemu.

Przy założeniu, że w trakcie pobierania zasiłku macierzyńskiego osoba prowadząca działalność pozarolniczą nie złoży wniosku o jej wyłączenie z dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego (z tytułu prowadzenia działalności pozarolniczej) zachodzi wątpliwość, czy w następstwie rozpoczęcia pobierania przez nią zasiłku macierzyńskiego (z czym łączy

się przejściowe „wyparcie” dotychczasowego obowiązkowego tytułu podlegania ubezpieczeniom emerytalnemu i rentowym przez tytuł szczególny, wynikający z faktu korzystania ze świadczenia zasiłkowego), tytuł dobrowolnego podlegania ubezpieczeniu chorobowemu z racji prowadzenia działalności pozarolniczej definitywnie ustaje (kończy byt prawny), czy też przejściowo ulega on swoistemu „zawieszeniu” w tym znaczeniu, że może być kontynuowany od dnia następującego po dniu zaprzestania pobierania zasiłku macierzyńskiego.

Rozstrzygnięcie tego problemu ma niebagatelne znaczenie m.in. dla potrzeb związanych z ustaleniem prawidłowej podstawy wymiaru zasiłków przysługujących z ubezpieczenia chorobowego dla osób niebędących pracownikami (art. 48–52 ustawy zasiłkowej z 1999 r.).

Z tej perspektywy zachodzi więc konieczność usunięcia ww. wątpliwości przez uzupełnienie dotychczasowego brzmienia art. 14 ustawy systemowej o dodatkowy zapis, który określałby wprost, jakie następstwa – w odniesieniu do podlegania dobrowolnemu ubezpieczeniu chorobowemu z racji prowadzenia działalności pozarolniczej – wynikają z faktu rozpoczęcia pobierania zasiłku macierzyńskiego (zasiłku w wysokości zasiłku macierzyńskiego) przez osobę prowadzącą działalność pozarolniczą. Ustawodawca powinien sprecyzować, czy w takich okolicznościach tytuł dobrowolnego ubezpieczenia chorobowego wygasa (ustaje), a jeśli tak, to w jakiej dacie realizuje się przedmiotowy skutek.

8. Prawo karne materialne

8.1. Wadliwa regulacja czynu ciągłego

Ustawą z dnia 4 października 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw¹¹⁶ wyodrębniono w art. 12 k.k. dwa paragrafy. W paragrafie pierwszym znalazła się dotychczasowa treść regulacji, natomiast paragraf drugi stanowi, że odpowiada jak za jeden czyn zabroniony wyczerpujący znamiona przestępstwa ten, kto w krótkich odstępach czasu, przy wykorzystaniu tej samej albo takiej samej sposobności lub w podobny sposób popełnia dwa lub więcej umyślnych wykroczeń przeciwko mieniu, jeżeli łączna wartość mienia uzasadnia odpowiedzialność za przestępstwo. Przepis ten należy uznać za zbędny oraz wadliwie skonstruowany. Odwołanie się do kryteriów „tej samej albo takiej samej sposobności lub podobnego sposobu działania” w miejsce przewidzianego w § 1 „wykonania z góry powziętego zamiaru” nawiązuje do przesłanek ciągu przestępstw. Tym samym nałożeniu się uległy kryteria konstrukcji jedno i wieloczynowej, które w określonych sytuacjach różnicowane będą jedynie kwotowo (na zasadzie przepołówienia przestępstw i wykroczeń). Przyjęta regulacja w sposób nieuzasadniony rozszerza również zakres regulacji czynu ciągłego, uzależniając wyłącznie od kryteriów przedmiotowych kwalifikację wielu zachowań będących samoistnie wykroczeniami jako przestępstw.

Przepis art. 12 § 2 k.k. należy ocenić jako wadliwy także dlatego, że pozwala on objąć normatywną konstrukcją czynu ciągłego zachowania sprawcze, które wcześniej zostały osądzone jako wykroczenia. Może to doprowadzić do sytuacji, gdy czyn ciągły składałby się w części lub w całości z zachowań stanowiących samoistnie wykroczenia, w stosunku do których uprzednio doszło do prawomocnego przypisania odpowiedzialności. Trzeba jednak zauważyć, że w razie niejednoczesnego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności karnej za wykroczenia popełnione jednostkowymi czynami stanowiącymi części składowe czynu ciągłego realizującego znamiona przestępstwa, aktualizuje się obowiązek respektowania konstytucyjnej zasady *ne bis in idem*, która wynika z art. 2, art. 42 ust. 1 i art. 45 Konstytucji RP¹¹⁷.

¹¹⁶ Dz. U. z 2018 r., poz. 2077.

¹¹⁷ Por. w tej kwestii w szczególności: wyrok TK z dnia 3 listopada 2004 r., K 18/03, OTK-A ZU 2004, nr 10, poz. 103; wyrok TK z dnia 29 kwietnia 1998 r., sygn. K 17/97, OTK ZU 1998, nr 3, poz. 30; wyrok TK z dnia 4 września 2007 r., sygn. P 43/06, OTK-A ZU 2007, nr 8, poz. 95; wyrok TK z dnia 15 kwietnia 2008 r., sygn. P 26/06, OTK-A ZU 2008, nr 3, poz. 42.

Nie jest także możliwe wartościowanie tego samego czynu w ramach drugiego postępowania, tj. postępowania karnego, z uwagi na przeszkodę w postaci zakazu *ne bis in idem*, wynikającą z art. 4 Protokołu Dodatkowego Nr 7 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹¹⁸. Należy zwrócić uwagę, że Europejski Trybunał Praw Człowieka¹¹⁹ przyjmuje, iż istota i zakres zastosowania zasady *ne bis in idem* na gruncie art. 4 Protokołu Dodatkowego Nr 7 do EKPC bazuje na materialnoprawnym ujęciu tej zasady, implikującym, że o jej aktualizacji przesądza oparcie odpowiedzialności za ten sam czyn w dwóch różnych postępowaniach na tych samych elementach zachowania sprawcy, które odgrywają w obu przypadkach konstytutywne znaczenie z punktu widzenia przesłanek odpowiedzialności określonych w normach sankcjonujących zdekodowanych ze zbiegających się do tego samego czynu przepisów typizujących przestępstwo i wykroczenie. W konsekwencji ETPC przyjmuje, że w toku analizy przesłanek aktualizujących zastosowanie zasady *ne bis in idem* należy uwzględnić zarówno charakter prawny postępowań, w ramach których dokonuje się wartościowania tego samego czynu tego samego sprawcy, jak i to, czy podstawą odpowiedzialności w obu postępowaniach są te same elementy czynu, stanowiące konstytutywne przesłanki odpowiedzialności na gruncie wykorzystywanych w tych postępowaniach jako wzorce normatywne norm sankcjonujących. W sytuacji, gdy w obu postępowaniach ujawnia się „istotowa tożsamość” między elementami tego samego czynu tego samego sprawcy stanowiącego podstawę odpowiedzialności, po uprawomocnieniu się pierwszego z orzeczeń, nie jest już możliwe wartościowanie tego samego czynu w ramach drugiego postępowania, z uwagi na przeszkodę w postaci zakazu *ne bis in idem*.

Nie bez znaczenia dla interpretacji zasady *ne bis in idem* jest to, że zasadę tę statuują także art. 54 Konwencji wykonawczej do Układu z Schengen oraz art. 50 Karty Praw Podstawowych. W konsekwencji mając na uwadze obowiązek dokonywania przez sądy wykładni prokonstytucyjnej oraz znaczenie regulacji międzynarodowych, a także regulacji z zakresu prawa Unii Europejskiej w kontekście zasady pierwszeństwa stosowania przewidzianej w art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji RP, należy przyjąć, że prawidłowa wykładnia przepisu art. 12 k.k. oraz art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. prowadzić powinna do wniosku, iż postępowania

¹¹⁸ Dalej jako „EKPC”.

¹¹⁹ Dalej jako „EKPCz”.

nie w przedmiocie odpowiedzialności za wykroczenie stanowi postępowanie karne, a tym samym jego uprzednie prawomocne zakończenie stwarza stan powagi rzeczy osądzonej i aktualizuje zasadę *ne bis in idem*. Zasada *ne bis in idem* wyklucza zatem możliwość prowadzenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności za popełnione w warunkach czynu ciągłego przestępstwo, jeśli wcześniej doszło do prawomocnego rozstrzygnięcia kwestii odpowiedzialności za stanowiące elementy czynu ciągłego zachowania, wypełniające samoistnie znamiona wykroczenia. Tym samym trafnie wskazuje się w piśmiennictwie, że w sytuacji uprzedniego zakończenia postępowania w przedmiocie odpowiedzialności za wykroczenia popełnione wieloma czynami, spełniającymi w perspektywie prawa karnego przesłanki do spięcia ich klamrą ciągłości w rozumieniu art. 12 k.k. i wartościowania łącznie jako jednego przestępstwa, nie jest możliwe pociągnięcie sprawcy tych czynów do odpowiedzialności za czyn ciągły¹²⁰.

8.2. Zatarcie skazania w przypadku kar orzeczonych na podstawie art. 37b k.k.

Przepis art. 107 k.k. nie wskazuje wprost, w jaki sposób należy ustalić datę, w której następuje zatarcie skazania za przestępstwo, za które sąd wymierzył wskazaną w art. 37b k.k. karę sekwencją (mieszaną). Powyższe rodzi zatem problem ustalenia momentu, w którym skazanie ulega zatarcu. Należy zauważyć, że zarówno w orzecznictwie, jak i literaturze kwestia ta oceniana jest rozbieżnie. Po pierwsze, warto odnotować, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że w wypadku kumulatywnego orzeczenia kary grzywny i pozbawienia wolności zastosowanie ma przepis określający termin skazania na karę pozbawienia wolności¹²¹. Możliwość przyjęcia *mutatis mutandis* powyższego podejścia do kary orzekanej na podstawie art. 37b k.k. budzi jednak wątpliwości. W doktrynie wskazuje się bowiem, że rozwiązanie takie ma charakter arbitralny, a na gruncie wskazanego przepisu należy przyjąć, iż orzekane kary mają charakter równorzędny. Równorzędny charakter omawianych kar sprawia jednak, że ustawowe regulacje odnoszące się

¹²⁰ Por. P. Kardas, *Problem reakcji na tzw. czyny przepołowione w świetle ciągłości popełnienia przestępstwa, konstrukcji idealnego zbiegu czynów karalnych oraz zasady ne bis in idem*, Prokuratura i Prawo 2018, nr 3, s. 35.

¹²¹ Por. uchwałę SN z dnia 28 kwietnia 1980 r., VI KZP 5/80, OSNKW 1980, nr 7, poz. 57.

do zatarcia skazania w przeważającej części przypadków będą wyznaczały odmienne momenty jego nastąpienia, a brak jest reguły kolizyjnej, wskazującej, która z nich ma pierwszeństwo. Należy jednak przyjąć, że zatarcie skazania następuje wtedy, gdy zaktualizują się przesłanki zatarcia skazania zarówno na karę pozbawienia wolności, jak i na karę ograniczenia wolności¹²². Warto odnotować jednak także odmienne stanowisko wskazujące, że zatarcie nastąpi po upływie okresu niezbędnego do zatarcia skazania na *karę* pozbawienia wolności, który rozpocznie swój bieg z chwilą wykonania, przedawnienia lub darowania ostatniej z *kar*¹²³. W powyższym świetle zasadne byłoby uregulowanie powyższego zagadnienia wprost przez ustawodawcę.

Określenie terminu zatarcia skazania na kary wskazane w art. 37b k.k. jest również problematyczne w przypadku zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Zgodnie z art. 76 § 1 k.k. w takim wypadku zatarcie skazania następuje z upływem 6 miesięcy od zakończenia okresu próby. Stosowanie powyższego rozwiązania do kary sekwencyjnej może jednak prowadzić do komplikacji. W doktrynie wskazuje się bowiem, że jeżeli wymierzona kara pozbawienia wolności została zawieszona na okres próby wynoszący 1 rok, a obok niej wymierzono karę ograniczenia wolności w wymiarze 2 lat, to zgodnie z regułą przewidzianą w art. 76 § 1 k.k. zatarcie skazania nastąpi w trakcie wykonywania kary ograniczenia wolności. Przepis art. 76 § 2 k.k. nie warunkuje zatarcia skazania od wykonania, przedawnienia albo darowania kary ograniczenia wolności, jak to czyni w odniesieniu do grzywny i innych orzeczonych środków. W związku z powyższym aktualizuje się pytanie, czy w takiej sytuacji należy interpretować wskazane przepisy literalnie, czy też uznać, że mamy do czynienia z luką w prawie. W literaturze przyjmuje się, że właściwa jest ta druga odpowiedź, a wypełnienie zidentyfikowanej luki powinno zakładać, że termin zatarcia ustala się w drodze analogicznego stosowania przepisów w sposób opisany w odniesieniu do kar bez warunkowego ich zawieszenia, z zastrzeżeniem jednak, że przesłankę zatarcia skazania dla kary pozbawienia wolności określa się

¹²² Tak A. Jezusek, *Sekwencja kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności jako reakcja na popełnienie przestępstwa (art. 37b k.k.)*, Państwo i Prawo 2017, nr 5, s. 92–93. Tak też J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 101; S. Tarapata, *Kilka uwag na temat nowelizacji przepisów Kodeksu karnego dotyczących instytucji przedawnienia oraz zatarcia skazania*, Palestra 2015, nr 7–8, s. 142.

¹²³ Tak M. Błaszczuk, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, (red.) M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2015, s. 684.

na podstawie art. 76 § 1 k.k.¹²⁴. Celowe byłoby jednak, gdyby ustawodawca omawiane zagadnienie uregulował wprost, tak aby podniesiona kwestia nie budziła wątpliwości.

8.3. Orzeczenie przepadku danych

Kodeks karny normuje przepadek przedmiotów (art. 44 k.k.), przedsiębiorstwa (art. 44a k.k.) oraz korzyści lub ich równowartości (art. 45 k.k.). Niekiedy jednak pojawia się potrzeba orzeczenia przepadku danych informatycznych, których posiadacz powinien zostać pozbawiony (np. w przypadku pornografii dziecięcej, uzyskanych bezprawnie informacji prawnie chronionych czy treści zniesławiających). Na chwilę obecną wykonanie takiego orzeczenia wydaje się być możliwe tylko w połączeniu z przypadkiem nośnika. Użyte w art. 44 k.k. pojęcie przedmiotu sugeruje bowiem obiekt materialny¹²⁵. Pewne wątpliwości mogą powstać w odniesieniu do programów komputerowych (art. 293 k.k.) oraz innych danych wskazanych w art. 269b k.k., gdzie ustawodawca odwołując się do przedmiotów wskazuje na dane. Jednak z pewnością brak jest podobnej regulacji o charakterze ogólnym. Tymczasem nie zawsze orzeczenie przepadku nośnika będzie możliwe ze względów technicznych lub uzasadnione. Stąd za celowe należy uznać wprowadzenie w art. 44 k.k. jednostki redakcyjnej przewidującej, że regulacje dotyczące przepadku przedmiotów stosuje się odpowiednio do orzekania przepadku danych informatycznych. Należałoby także uregulować w k.k.w. procedurę wykonania takiego przepadku.

8.4. Zaliczenie zakazu prowadzenia pojazdów orzeczonego jako obowiązek związany z warunkowym umorzeniem postępowania na rzecz środka karnego orzeczonego po podjęciu postępowania warunkowo umorzonego

Artykuł 67 § 3 k.k. przewiduje, że w przypadku warunkowego umorzenia postępowania można na oskarżonego nałożyć, tytułem obowiązku związanego z warunkowym umorzeniem, zakaz prowadzenia pojaz-

¹²⁴ Por. A. Jezusek, *Sekwencja kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności jako reakcja na popełnienie przestępstwa (art. 37b k.k.)*, Państwo i Prawo 2017, nr 5, s. 93.

¹²⁵ Zob. T. Oczkowski, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2018, s. 327.

dów w wymiarze do dwóch lat. W razie wydania wyroku skazującego po podjęciu postępowania brak jest jednak podstaw do zaliczenia wykonanego obowiązku na poczet orzeczonego środka karnego. Zgodnie bowiem z art. 63 § 4 k.k. na poczet orzeczonego środka karnego, o którym mowa w art. 39 pkt 3, zalicza się okres zatrzymania prawa jazdy lub innego odpowiedniego dokumentu¹²⁶. Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego wyraża się pogląd, że „zaliczeniu na poczet orzeczonego zakazu prowadzenia pojazdów może podlegać jedynie okres faktycznego zatrzymania dokumentu uprawniającego do prowadzenia pojazdu”¹²⁷. Z kolei art. 63 § 3 k.k. pozwala na zaliczenie środka zapobiegawczego zakazu prowadzenia pojazdów. Szereg argumentów przemawia jednak za tym, aby wprowadzić podstawę do zaliczenia zakazu prowadzenia pojazdów orzeczonego jako obowiązek związany z warunkowym umorzeniem postępowania. W literaturze słusznie wskazuje się, że brak takiej możliwości prowadzi do dwukrotnego nałożenia nakazu za ten sam czyn¹²⁸. Nie przekonuje pogląd o możliwości zastosowania w tej sytuacji *analogii legis* dla wypełnienia omawianej luki¹²⁹. Wskazana jest zatem interwencja ustawodawcy i wprowadzenie stosownej regulacji w k.k.

8.5. Wykonywanie środka zabezpieczającego wobec sprawcy odbywającego karę pozbawienia wolności

Wątpliwości budzi treść art. 93d § 4 k.k., zgodnie z którą, jeżeli wobec sprawcy wykonywana jest kara pozbawienia wolności, środki zabezpieczające, o których mowa w art. 93a § 1 pkt 1–3 k.k., można orzec również do czasu wykonania tej kary, jednak nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności. Przepis ten pozwala na zastosowanie środków zabezpieczających o charakterze wolnościowym (terapia, terapia uzależnień, elektroniczna kontrola miejsca pobytu) nie tylko w wyroku skazującym, ale również na etapie postępowania wykonawczego, jeżeli

¹²⁶ Zob. D. Świecki, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red.) D. Świecki, tom II, Warszawa 2018, s. 729–730.

¹²⁷ Zob. wyrok SN z dnia 6 marca 2014 r., IV KK 390/13, Legalis nr 994632.

¹²⁸ P. Kaczmarek, T. Razowski, *Zaliczenie wykonanych środków karnych w postępowaniu po podjęciu postępowania warunkowo umorzonego*, Prokuratura i Prawo 2003, nr 5, s. 64.

¹²⁹ Ibidem, s. 64–65.

wobec sprawcy wykonywana jest kara pozbawienia wolności, do czasu wykonania tej kary, jednak nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed przewidywanym warunkowym zwolnieniem lub odbyciem kary pozbawienia wolności. A zatem na etapie postępowania wykonawczego nie jest możliwe orzeczenie po raz pierwszy środka zabezpieczającego o charakterze izolacyjnym (umieszczenia w szpitalu psychiatrycznym), orzeczenie środka zabezpieczającego wobec sprawcy skazanego na grzywnę lub ograniczenie wolności oraz orzeczenie środka zabezpieczającego wobec sprawcy niepoczytalnego, wobec którego umorzono postępowanie karne. W tych przypadkach środki zabezpieczające muszą zostać zastosowane w orzeczeniu (postanowieniu lub wyroku) kończącym postępowanie główne. Poza zakresem normatywnym omawianego przepisu znalazła się jednak kwestia wykonania środków zabezpieczających o charakterze wolnościowym (terapii, terapii uzależnień, elektronicznej kontroli miejsca pobytu) orzeczonych w trybie określonym w art. 93d § 4 k.k. Powyższe pozwala na różną interpretację możliwości wykonania ww. środków zabezpieczających o charakterze wolnościowym. Można bowiem twierdzić, że norma prawna wyrażona w art. 93d § 4 k.k. pozwala sądowi jedynie na orzeczenie środka zabezpieczającego do czasu wykonania kary pozbawienia wolności, zaś samo wykonanie tego środka może nastąpić już po wykonaniu kary pozbawienia wolności. Odmienne interpretacja treści art. 93d § 4 k.k. zakłada, że przepis ten nie kreuje podstawy do orzekania na etapie postępowania wykonawczego środków zabezpieczających, które miałyby zostać wykonane po odbyciu całości kary pozbawienia wolności. Zasadne byłoby zatem rozstrzygnięcie powyższego zagadnienia przez ustawodawcę wprost. Potrzeba taka podyktowana jest nie tylko dążeniem do jednolitości orzecznictwa sądów powszechnych, lecz także jednoznaczności rozwiązań prawnych, które prowadzą do ograniczenia praw i wolności jednostki.

9. Prawo karne procesowe

9.1. Relacja przepisów kodeksu postępowania karnego i kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia

Nowelizacje kodeksu postępowania karnego z ostatnich lat, w tym zwłaszcza z lat 2013–2016, wywarły również wpływ na postępowanie w sprawach o wykroczenia. Zgodnie z art. 1 § 2 k.p.s.w., jeśli kodeks ten to przewiduje, stosuje się przepisy k.p.k. Zatem nowelizacja wskazanych w k.p.s.w. przepisów k.p.k. powoduje automatycznie zmiany w postępowaniu w sprawach o wykroczenia. Problem jednak w tym, że z jednej strony ustawodawca nie zawsze pamięta o tym, aby przy nowelizacji przepisów k.p.k. dokonać przeglądu odesłania do nich w k.p.s.w., co może prowadzić do niemożności stosowania niektórych nowych regulacji, z drugiej zaś w przypadku autonomicznych regulacji k.p.s.w., które nie uległy zmianie równoległe do zmian w k.p.k., może dojść do niespójności o charakterze systemowym. W szczególności można zauważyć, że w niektórych aspektach wskutek braku synchronizacji zmian procedura wykroczeniowa stała się bardziej gwarancyjna niż karna, co nie jest oczywiście uzasadnione, mając na względzie różnice w ciężarze gatunkowym rozpoznawanych spraw i przewidzianych karach oraz innych środkach.

Można podać szereg przykładów takich luk lub niespójności.

Znowelizowany art. 374 § 1 k.p.k. przewiduje, że udział w rozprawie przed sądem I instancji jest prawem oskarżonego, a więc jego nieobecność nie stoi na przeszkodzie prowadzeniu rozprawy, chyba, że zajdzie wskazany w ustawie wyjątek albo przewodniczący lub sąd uzna obecność oskarżonego za obowiązkową. Z kolei k.p.s.w. (art. 71 § 4) przewiduje, że w razie nieusprawiedliwionej nieobecności obwinionego, któremu doręczono wezwanie na rozprawę, przeprowadza się rozprawę zaocznie, chociażby nie był on przesłuchany w toku czynności wyjaśniających, chyba że sąd uzna udział obwinionego za konieczny i rozprawę odroczy, po ewentualnym przeprowadzeniu postępowania dowodowego, w szczególności po przesłuchaniu świadków, którzy stawili się na rozprawę. Jeżeli jednak obecność obwinionego jest konieczna, a nie stawił się on bez usprawiedliwienia, sąd może zarządzić jego zatrzymanie i przymusowe doprowadzenie przez Policję. Procedura karna jest zatem bardziej liberalna w kwestii prowadzenia rozprawy

w razie nieusprawiedliwionej nieobecności oskarżonego, gdyż wydane go w takiej sytuacji wyroku nie uważa się za zaoczny.

Przy nowelizacji art. 74 k.p.k. i wprowadzeniu do niego § 3a ustawodawca zapomniał o wprowadzeniu stosownej zmiany do k.p.s.w., w związku z czym art. 20 § 3 k.p.s.w. zawiera odwołanie jedynie do art. 74 § 1 i 2 k.p.k., co stawia pod znakiem zapytania dopuszczalność użycia wobec obwinionego przymusu w związku z badaniami i innymi czynnościami. Mając na względzie wymóg ustawowej podstawy ograniczania praw i wolności obywatelskich (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), istnienie takiej podstawy w k.p.s.w. należy uznać za niezbędne.¹³⁰

Zgodnie z art. 35 § 3 k.p.s.w. wyrok wydany na posiedzeniu doręcza się stronie z urzędu, gdy nie uczestniczyła ona w posiedzeniu; termin do żądania doręczenia uzasadnienia wyroku biegnie wówczas od daty jego doręczenia. Dotyczy to także wyroku wydanego w ramach skazania bez rozprawy (art. 58 i 64 k.p.s.w.). Dla odmiany w procedurze karnej zrezygnowano z obowiązku doręczenia z urzędu wyroku wydanego na posiedzeniu wskutek uwzględnienia wniosku złożonego przez oskarżonego na podstawie art. 335 k.p.k. Zgodnie z art. 100 § 3 k.p.k. wyrok doręcza się podmiotom uprawnionym do wniesienia środka odwoławczego, jeżeli ustawa tak stanowi, brak zaś jest przepisu szczególnego nakazującego jego doręczenie w przypadku skazania bez rozprawy.

Artykuł 81 k.p.s.w. nie zawiera odesłania do art. 402 k.p.k. w zakresie braku konieczności zawiadamiania osób nieobecnych na rozprawie o jej kolejnym terminie (lub podobnego uregulowania tej kwestii w k.p.s.w.).

Zgodnie z art. 107 § 2 k.p.s.w. sporządzenie wyroku sądu odwoławczego wyłącznie na żądanie strony ma miejsce tylko w przypadku wyroku utrzymującego zaskarżony wyrok w mocy, podczas gdy zgodnie z art. 457 § 2 k.p.k. w procedurze karnej dotyczy to także wyroku reformatoryjnego. Pożądana byłaby zatem nowelizacja art. 107 § 2 k.p.s.w. poprzez dodanie wyroku zmieniającego wyrok sądu pierwszej instancji.

¹³⁰ Zob. wyrok TK z dnia 5 marca 2013 r., sygn. U 2/11, OTK-A 2013, nr 3, poz. 24.

9.2. Wyłączenie asesora sądowego od udziału w postępowaniu mediacyjnym

W myśl art. 23a § 3 k.p.k. postępowania mediacyjnego nie może prowadzić osoba, co do której w sprawie zachodzą okoliczności określone w art. 40 i art. 41 § 1 k.p.k., czynny zawodowo sędzia, prokurator, asesor prokuratorski, a także aplikant wymienionych zawodów, ławnik, referendarz sądowy, asystent sędziego, asystent prokuratora oraz funkcjonariusz instytucji uprawnionej do ścigania przestępstw. Należy wszakże zauważyć, że ustawodawca ustawą z dnia 11 maja 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury, ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw¹³¹ przywrócił instytucję asesorów sądowych, którzy wykonują w sądach rejonowych zadania z zakresu wymiaru sprawiedliwości, za wyjątkiem czynności wskazanych w art. 2 § 1a Prawa o ustroju sądów powszechnych. Stąd, jeśli sędzia nie może wykonywać funkcji mediatora, z oczywistych względów nie powinien mieć takiej możliwości także asesor sądowy. Należy zatem wymienić go, analogicznie jak asesora prokuratorskiego, w art. 23a § 3 k.p.k. Podobne unormowanie powinno znaleźć się również w art. 44 k.p.k. w odniesieniu do wyłączenia sędziego od orzekania. Alternatywnie należałoby rozważyć wprowadzenie ogólnego unormowania przewidującego odpowiednie stosowanie przepisów o sędziach do asesorów sądowych, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej.

9.3. Możliwość orzeczenia przypadku w razie umorzenia postępowania

Przepis art. 17 § 4 k.p.k. stanowi, że zaistnienie okoliczności określonych w art. 17 § 1 pkt 4–6 k.p.k. nie wyłącza postępowania w przedmiocie przypadku, o którym mowa w art. 45a § 2 k.k. i art. 43a k.k.s. Należy zauważyć, że wskazany przepis odnosi się do trzech przesłanek procesowych zawartych w art. 17 § 1 pkt 4–6 k.p.k. Chodzi o: ustawową klauzulę niepodlegania karze, śmierć oskarżonego oraz przedawnienie karalności. Zarazem przepis art. 17 § 4 k.p.k. odsyła do art. 45a § 2 k.k., który pozwala orzec przypadek w razie śmierci sprawcy, umorzenia

¹³¹ Dz. U. z 2017 r., poz. 1139.

postępowania z powodu jego niewykrycia, a także w przypadku zawieszenia postępowania w sprawie, w której nie można ująć oskarżonego albo oskarżony nie może brać udziału w postępowaniu z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby. Analiza obu unormowań wyraźnie wskazuje, że pokrywają się one jedynie w zakresie przesłanki śmierci oskarżonego. Powyższe oznacza, że choć teoretycznie przepis art. 17 § 4 k.p.k. nie wyłącza postępowania w przedmiocie przypadku w przypadku zaistnienia przesłanek z art. 17 § 1 pkt 4–6 k.p.k., to jednak w związku z doprecyzowaniem w § 4, że chodzi o przepadek wskazany w art. 45a § 2 k.k., a nie przepadek z art. 45a § 1 k.k., możliwość orzeczenia przypadku aktualizuje się wyłącznie w przypadku śmierci oskarżonego. Powyższe unormowanie, co wskazuje się w literaturze, jest wyraźnie wadliwe.¹³² Jeżeli zatem celem ustawodawcy było umożliwienie orzekania przypadku w przypadku, gdy zastosowanie ma ustawowa klauzula niepodlegania karze, oskarżony zmarł lub nastąpiło przedawnienie karalności, to korekty wymaga odesłanie zawarte w art. 17 § 4 k.p.k. Powinno ono obejmować całość art. 45a k.k., a nie tylko § 2 tej jednostki redakcyjnej.

9.4. Zaskarżalność postanowienia w przedmiocie niemożności wzięcia udziału w postępowaniu karnym przez oskarżyciela posiłkowego ubocznego

W dwóch wyrokach z dnia 16 maja 2018 r. (K 12/15, OTK ZU A/2018, poz. 29) oraz z dnia 3 października 2018 r. (SK 5/16, OTK ZU A/2018, poz. 54) Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że przepis art. 56 § 3 k.p.k. w zakresie, w jakim wyłącza dopuszczalność zaskarżenia zażaleniem postanowienia wydanego na podstawie art. 56 § 2 ustawy – Kodeks postępowania karnego odnoszącego się do oskarżyciela posiłkowego, jest niezgodny z art. 78 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Trybunał Konstytucyjny oceniając brak możliwości zaskarżenia postanowienia w przedmiocie niemożności wzięcia udziału przez oskarżyciela posiłkowego ubocznego udziału w postępowaniu ze względu na bycie osobą nieuprawnioną albo wniesienie oświadczenia

¹³² Por. A. Kowalczyk, *Rozszerzony przepadek mienia pochodzącego z przestępstwa lub służące do jego popełnienia (tzw. konfiskata rozszerzona): aspekty procesowe*, Monitor Prawniczy 2018, nr 21, s. 1.146; M. Kurowski, *Komentarz do art. 17, t. 54*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red.) D. Świecki, Tom I, Lex/el. 2018.

o przystąpieniu do postępowania po terminie uznał, że wyłączenie konstytucyjnego uprawnienia do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji (art. 78 Konstytucji RP) jest w omawianej sytuacji nieproporcjonalną ingerencją w sferę praw jednostki. Organ ten wskazał, że ustawodawca nie ma niczym nieskrępowanej swobody w kreowaniu wyjątków od prawa do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, a „odstępstwo od reguły wyznaczonej treścią normatywną art. 78 Konstytucji w każdym razie powinno być podyktowane szczególnymi okolicznościami, które usprawiedliwiłyby pozbawienie strony postępowania środka odwoławczego”¹³³. W przypadku niezaskarżalności postanowień wydawanych na podstawie art. 56 § 2 k.p.k. takie okoliczności nie zachodzą. Jakkolwiek obowiązujące rozwiązanie normatywne przyczynia się, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, do osiągnięcia efektywności i sprawności procesu karnego, to jednak nie jest ono niezbędne (konieczne) ani też proporcjonalne *sensu stricto* w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Skutki postanowienia sądu w przedmiocie niemożności wzięcia przez oskarżyciela posiłkowego ubocznego udziału w postępowaniu są daleko idące, gdyż uniemożliwiają mu działanie w charakterze strony w procesie. Ponadto ryzyko niesłusznego pozbawienia prawa do wystąpienia w procesie w tej roli nie jest równoważone przez jakikolwiek inny mechanizm procesowy. W świetle zaprezentowanego powyżej stanowiska Trybunału Konstytucyjnego niezbędna jest zatem stosowna nowelizacja przepisu art. 56 k.p.k., która wprowadzi zaskarżalność postanowienia w przedmiocie niemożności wzięcia przez oskarżyciela posiłkowego ubocznego udziału w postępowaniu ze względu na bycie osobą nieuprawnioną albo wniesienie oświadczenia o przystąpieniu do postępowania po terminie. W tym kontekście należy odnotować, że rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 grudnia 2018 r. wchodzi naprzeciw powyższemu postulatowi modyfikując treść art. 56 § 3 k.p.k.

Analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego zgodności niezaskarżalności postanowień wydawanych na podstawie art. 56 § 2 k.p.k. z konstytucyjnym prawem do odwołania się od decyzji wydawanych w pierwszej instancji oraz prawem do sądu nie pozostaje bez wpływu na ocenę zasadności rozwiązania przyjętego w art. 56 § 1 k.p.k.

¹³³ Wyrok TK z dnia 16 maja 2018 r., K 12/15, OTK ZU A/2018, poz. 29 i cytowane tam orzecznictwo.

Przepis ten przewiduje, że sąd może ograniczyć liczbę oskarżycieli posiłkowych występujących w sprawie, jeżeli jest to konieczne dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania. Sąd orzeka, że oskarżyciel posiłkowy nie może brać udziału w postępowaniu, gdy bierze w nim już udział określona przez sąd liczba oskarżycieli. Biorąc pod uwagę kateryczne stanowisko Trybunału Konstytucyjnego akcentujące, że względnie nadrzędnej wartości nad realizacją uprawnień pokrzywdzonego, a także wskazujące na konieczność istnienia mechanizmów równoważących ryzyko niesłusznego pozbawienia prawa do wystąpienia w procesie w roli strony, wątpliwości może budzić rozwiązanie przewidziane w art. 56 § 1 k.p.k. Po pierwsze, treść tego przepisu, w zestawieniu z brzmieniem art. 56 § 2 k.p.k. nie wskazuje jednoznacznie, czy postanowienie sądu rodzi skutek w postaci niemożności wstąpienia w prawa strony, czy też limituje wyłącznie możliwość korzystania z uprawnień strony w toku postępowania. Po drugie, rozstrzygnięcie o ograniczeniu liczby oskarżycieli posiłkowych występujących w sprawie, jeżeli jest to konieczne dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania ma charakter w wysokim stopniu uznaniowy. Po trzecie, ustawodawca nie wskazuje, jakie kryterium preferencji powinno zostać przez sąd przyjęte w przypadku zgłoszenia się większej liczby oskarżycieli posiłkowych niż przewidziany limit. Po czwarte, uprawnienie oskarżyciela posiłkowego, który nie bierze udziału w postępowaniu do przedstawienia sądowi na piśmie swojego stanowiska w terminie 7 dni od daty doręczenia postanowienia o niemożności brania udziału w postępowaniu, jak słusznie wskazuje się w literaturze, tylko częściowo zabezpiecza interesy pokrzywdzonego. Pozwala ono na jednorazowe przedstawienie stanowiska w sprawie, co uniemożliwia reakcję na ewentualną zmianę sytuacji procesowej¹³⁴. W powyższym świetle zasadne byłoby doprecyzowanie przepisu art. 56 § 1 i 4 k.p.k. w sposób, który wyraźnie określiłby status procesowy pokrzywdzonych niedopuszczonych do udziału w postępowaniu, a także tak ukształtował ich uprawnienia, aby właściwie wyważyć interesy procesowe tych podmiotów oraz konieczność rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym terminie.

¹³⁴ Por. m.in. R.A. Stefański, *Komentarz do art. 56, t. 8*, [w:] *Kodeks postępowania karnego*. Tom I. *Komentarz do art. 1–166*, (red.) R.A. Stefański, S. Zabłocki, Lex/el. 2017; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–296*, tom 1, Warszawa 2011, s. 420.

9.5. Wadliwa regulacja doręczeń wyroków i ich uzasadnień

Ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹³⁵ zmieniono regułę doręczeń uzasadnień wyroków oraz samych wyroków. W tym zakresie nastąpił powrót do zasad obowiązujących do lipca 2015 r., tj. w terminie zawitym 7 dni od daty ogłoszenia wyroku podmiot uprawniony może złożyć wniosek o sporządzenie na piśmie i doręczenie uzasadnienia wyroku. Z kolei, zgodnie z art. 100 § 3 k.p.k. wyrok doręcza się podmiotom uprawnionym do wniesienia środka odwoławczego, jeżeli ustawa tak stanowi. Artykuł 422 § 2a k.p.k. stanowi, że dla oskarżonego pozbawionego wolności, który nie ma obrońcy i – pomimo złożenia wniosku o doprowadzenie go na termin rozprawy, na którym ogłoszono wyrok – nie był obecny podczas ogłoszenia wyroku, termin do złożenia wniosku o doręczenie uzasadnienia wyroku biegnie od daty doręczenia mu wyroku. Z uwagi na usunięcie z systemu prawa art. 419 § 2 k.p.k. wskazany powyżej przepis musi być odczytywany jako jedyny przewidujący podstawę do doręczenia wyroku oskarżonemu nieobecnemu na rozprawie. Jednakże oskarżony pomimo nieobecności na rozprawie odwoławczej nie zawsze zrealizuje dyspozycję art. 422 § 2a k.p.k., a tym samym nie zawsze wyrok zostanie mu doręczony z urzędu. Odnosi się to do sytuacji, w której oskarżony pozbawiony wolności będzie na rozprawie reprezentowany przez obrońcę z urzędu, który nie złoży wniosku o doręczenie wyroku. Zgodnie z art. 84 § 2 k.p.k. w analizowanym przypadku stosunek obrończy ustaje z chwilą ogłoszenia wyroku sądu odwoławczego (tj. prawomocnego zakończenia postępowania), wobec czego wskazany obrońca nie ma prawnego obowiązku poinformowania mandanta o treści wyroku czy nawet o samej rozprawie odwoławczej. Tym samym oskarżony może nigdy nie otrzymać nie tylko wyroku sądu odwoławczego, ale również pozostawać w nieświadomości co do faktycznego terminu rozprawy odwoławczej, co z uwagi na treść art. 100 § 3 k.p.k. skutkować może i zapewne będzie uchybieniem terminowi do złożenia wniosku o sporządzenie uzasadnienia wyroku. W efekcie, pomimo zapewnienia mu przez państwo obrońcy z urzędu, oskarżony pozostawać będzie bez wiedzy nie tylko co do faktycznej treści wyroku w jego sprawie, ale także motywów, którymi kierował się sąd odwoławczy.

¹³⁵ Dz. U. z 2016 r., poz. 437.

9.6. Obowiązek informowania o zmianie adresu przez stronę

W myśl art. 139 § 1 k.p.k., jeżeli strona, nie podając nowego adresu, zmienia miejsce zamieszkania lub nie przebywa pod wskazanym przez siebie adresem, w tym także z powodu pozbawienia wolności w innej sprawie, pismo wysłane pod tym adresem uważa się za doręczone. Z kolei w myśl § 3 tego artykułu przepis § 1 nie dotyczy pism wysłanych po raz pierwszy po prawomocnym uniewinnieniu oskarżonego. Podobne jak w przypadku uniewinnienia oskarżonego raczej przemawiają za dodaniem w § 3 przesłanki prawomocnego umorzenia postępowania. Oskarżony i inni uczestnicy postępowania mogą bowiem oczekiwać, że sprawa kończy się definitywnie, a nie dochodzi do swoistego *absolutio ab instantia*. Alternatywą byłoby usunięcie § 3 powiązane z przyjęciem poglądu, że § 1 odnosi się do strony, z chwilą zaś prawomocnego zakończenia postępowania podmioty występujące w charakterze stron tracą ten status i nie ciąży na nich zatem obowiązek informowania o zmianie adresu. Wymagałoby to jednak wprowadzenia regulacji dotyczących doręczeń po skazaniu i warunkowym umorzeniu postępowania, gdy pojawia się perspektywa wykonania kary czy podjęcia postępowania.

9.7. Dopuszczalność dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego

Analiza przepisu art. 168a k.p.k. wskazuje, że składa się on z dwóch zróżnicowanych w swoim charakterze norm. Po pierwsze, wynika z niego reguła dowodowa wskazująca, iż dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego. Po drugie, z art. 168a k.p.k. można wywieść zakaz dowodowy odnoszący się do dowodu uzyskanego w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności. Wskazane brzmienie art. 168a k.p.k. doprowadziło do zaistnienia rozbieżności doktrynalnych i orzeczniczych w odniesieniu do wynikającego z niego zakresu zakazu dowodowego.

W literaturze przepis art. 168a k.p.k. interpretowany jest na trzy sposoby. Zgodnie z pierwszym stanowiskiem, unormowanie to jako za-

sadę ogólną wprowadza możliwość dopuszczenia dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego z art. 1 § 1 k.k. Wyjątek został sformułowany w końcowej części art. 168a k.p.k. i dotyczy dowodu uzyskanego w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności. Oba powyższe warunki muszą być spełnione łącznie¹³⁶.

Drugi pogląd formułowany w literaturze zakłada, że „zakazem dowodowym objęte są następujące kategorie dowodów:

- 1) dowód uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- 2) dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- 3) dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., oraz z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych;
- 4) dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., w wyniku zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności¹³⁷.

Powyższe stanowisko w radykalnie odmienny sposób od pierwszego ujmuje zatem zakaz dowodowy wynikający z art. 168a k.p.k. odnosząc go w szerokim zakresie do funkcjonariuszy publicznych, a także

¹³⁶ Por. S. Brzozowski, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w kontekście art. 168a k.p.k.*, Palestra 2017, nr 1–2, s. 55; D. Drajewicz, *Postępowanie karne przed sądem I instancji w świetle ustaw nowelizujących z 11.3.2016 r. i 10.6.2016 r.*, Monitor Prawniczy 2017, nr 2, s. 73; A. Rychlewska, *O przepisie art. 168a k.p.k. jako przyzwoleniu na korzystanie w ramach procesu karnego z dowodów zdobytych w sposób nielegalny*, Palestra 2016, nr 5, s. 16.

¹³⁷ Tak J. Skorupka, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym*, [w:] *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015/2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, (red.) T. Grzegorzczak, R. Olszewski, Warszawa 2016, s. 362. Tak też K.T. Boratyńska, P. Czarnecki, M. Królikowski, *Komentarz do art. 168a, t. 3*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red.) A. Sakowicz, 2018, Legalis. Tak też K.T. Boratyńska, [w:] K. T. Boratyńska, Ł. Chojniak, W. Jasiński, *Postępowanie karne*, Warszawa 2018, s. 280–281; D. Gruszecka, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red.) J. Skorupka, Warszawa 2018, s. 341.

w wąskim zakresie do podmiotów nieinstytucjonalnych. Znalazło ono akceptację w orzecznictwie sądowym¹³⁸.

Trzecia formułowana w doktrynie interpretacja art. 168a nadaje kluczowe znaczenie terminowi „wyłącznie”, który pojawia się we wskazanym przepisie. Jak wskazuje K. Lipiński „projektodawca – postulując ocenę dopuszczalności dowodu z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy – nie tyle nakazał dowodowe wykorzystanie materiałów uzyskanych z naruszeniem prawa, ile wprowadził mechanizm pozwalający orzekającemu w sprawie sądowi na wykluczenie dowodu wówczas, gdy przemawiać za tym będą naruszenia prawa poważniejszego rodzaju”¹³⁹. Powyższe skłania do wniosku, że „niedopuszczalny jest dowód uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, jeżeli spełniony jest zarazem przynajmniej jeden z poniższych warunków:

- dowód został uzyskany w wyniku przestępstwa zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności popełnionego przez funkcjonariusza publicznego w związku z pełnieniem obowiązków służbowych,
- jego dopuszczenie sprzeciwiałoby się standardom konstytucyjnym i konwencyjnym, w tym standardowi rzetelnego procesu karnego,
- jego niedopuszczalność regulują istniejące już w prawie procesowym zakazy dowodowe”¹⁴⁰.

Stanowisko to zostało zaakceptowane w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2017 r., sygn. II AKa 213/16¹⁴¹.

Jak trafnie podnosi się w literaturze, powyższe rozbieżności wynikają z budzącego wątpliwości sposobu zredagowania art. 168a k.p.k. i niefortunnego umieszczenia przecinka po słowie „służbowych”¹⁴². Nie można także nie dostrzec, że pierwszy z zaprezentowanych powyżej sposobów wykładni art. 168a k.p.k. uznawany jest za budzący zasadnicze

¹³⁸ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 22 listopada 2017 r., II AKa 224/17, LEX nr 2464913 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 3 kwietnia 2017 r., II AKa 182/16, LEX nr 2307608.

¹³⁹ K. Lipiński, *Klauzula uadekwatniająca przesłanki niedopuszczalności dowodu w postępowaniu karnym (art. 168a k.p.k.)*, Prokuratura i Prawo 2016, nr 11, s. 46–48.

¹⁴⁰ Ibidem, s. 51.

¹⁴¹ LEX nr 2292416.

¹⁴² K. Lipiński, op. cit., s. 46–48.

wątpliwości natury konstytucyjnej¹⁴³. W związku z tak sformułowanym zarzutem warto także dodać, że kontrowersje budzi zgodność zakazu uznania za niedopuszczalny dowodu wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego ze zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi Rzeczypospolitej Polskiej. Jeżeli bowiem interpretować przepis art. 168a k.p.k. literalnie, to należałoby wnioskować o dopuszczalności dowodu uzyskanego w ramach nielegalnej prowokacji, której dopuścił się funkcjonariusz publiczny. Tymczasem, zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, dopuszczenie w postępowaniu karnym tak uzyskanego dowodu skutkuje automatycznie naruszeniem uregulowanego w art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności prawa do rzetelnego procesu karnego¹⁴⁴.

Podsumowując, zasadne byłoby rozważenie przeformułowania art. 168a k.p.k. w sposób, który nie będzie rodził wątpliwości odnoszących się zarówno do zakresu kreowanego przez ten przepis zakazu dowodowego, jak i do zgodności omawianego unormowania z aktami prawa hierarchicznie wyższymi.

9.8. Postużenie się pojęciem oskarżonego w art. 176 k.p.k.

Artykuł 176 § 1 k.p.k. przewiduje, że w postępowaniu przygotowawczym oskarżonemu należy, na jego żądanie lub jego obrońcy, umożliwić w toku przesłuchania złożenie wyjaśnień na piśmie. Przesłuchujący podejmuje w tym wypadku środki zapobiegające porozumieniu się oskarżonego z innymi osobami w czasie spisywania wyjaśnień. Zgodnie z § 2 tego przepisu przesłuchujący może z ważnych powodów odmówić zgody na złożenie przez oskarżonego wyjaśnień na piśmie, zaś zgodnie z § 4 pisemne wyjaśnienia oskarżonego, podpisane przez niego, z zaznaczeniem daty ich złożenia, stanowią załącznik do protokołu.

¹⁴³ Por. A. Rychlewska, *O przepisie art. 168a k.p.k. jako przyzwoleniu na korzystanie w ramach procesu karnego z dowodów zdobytych w sposób nielegalny*, *Palestra* 2016, nr 5, s. 16–18; K. Zgryzek, [w:] *Proces karny*, (red.) K. Marszał, J. Zagrodnik, Warszawa 2017, s. 354; A. Pawlak, K. Firaza, *Polska koncepcja „owoców zatrutego drzewa”*. Artykuł 168a k.p.k. w kontekście doktryny amerykańskiej, [w:] *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, (red.) T. Grzegorzczak, R. Olszewski, Warszawa 2016, s. 929.

¹⁴⁴ Por. m.in. wyrok ETPCz z dnia 3 listopada 2010 r. w sprawie Bannikov/przeciwko Rosji, skarga nr 18757/06.

Analiza przepisu wskazuje na to, że nieprawidłowo użyto w nim pojęcia oskarżonego. Przepis dotyczy bowiem postępowania przygotowawczego, gdzie nie występuje oskarżony, lecz podejrzany. Oskarżonym jest bowiem osoba, przeciwko której wniesiono oskarżenie do sądu, a także osoba, co do której prokurator złożył wniosek wskazany w art. 335 § 1 lub wniosek o warunkowe umorzenie postępowania (art. 71 § 2 k.p.k.). Zastosowania nie znajduje również w tej sytuacji art. 71 § 3 k.p.k., zgodnie z którym, jeżeli k.p.k. używa w znaczeniu ogólnym określenia „oskarżony”, odpowiednie przepisy mają zastosowanie także do podejrzanego. Regulacja z art. 176 k.p.k. odnosi się bowiem tylko do podejrzanego. Należy zatem dokonać korekty przepisu.

9.9. Przesłuchanie oskarżonego na odległość

Kodeks postępowania karnego w art. 117 § 1a k.p.k. przewiduje przesłuchanie świadka na odległość. Odpowiednio przepis ten ma zastosowanie do biegłego i tłumacza (art. 197 § 3 k.p.k. oraz art. 204 § 3 k.p.k.). Nie ma natomiast przepisu, który regulowałby przesłuchanie w ten sposób oskarżonego. O ile do wejścia w życie ustawy z dnia 10 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹⁴⁵ implementującej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych, a więc do dnia 8 lutego 2018 r. można było argumentować, że brak takiej regulacji jest świadomą decyzją ustawodawcy, który dopuszcza przesłuchanie oskarżonego na odległość tylko w postępowaniu przyspieszonym (art. 517b § 2a–2d k.p.k.), o tyle po implementacji dyrektywy w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego pogląd ten nie jest już możliwy do obrony. Dyrektywa przewiduje bowiem przesłuchanie oskarżonego na odległość jako jedną z czynności dowodowych nią objętych (art. 24). Oznacza to, że Polska będzie musiała wykonać stosowny nakaz dotyczący przesłuchania na odległość, chyba że oskarżony nie wyrazi zgody na przesłuchanie w tej formie (art. 589zj § 2 pkt 7 k.p.k.). W tej sytuacji uregulowanie przesłuchania oskarżonego jawi się z jednej strony jako konieczne, w kontekście możliwości wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego z zagranicy, z drugiej zaś

¹⁴⁵ Dz. U. z 2018 r., poz. 201.

celowe, jeżeli chodzi o dokonywanie tej czynności w kraju. Regulacja taka powinna uwzględniać chociażby sposób kontaktowania się oskarżonego z obrońcą, sporządzenia protokołu czy też wyrażenia zgody na taki sposób przesłuchania¹⁴⁶. Do rozważenia pozostaje ograniczenie takiej możliwości na potrzeby krajowego postępowania karnego do postępowania przygotowawczego.

9.10. Wykorzystanie materiałów z badań przeprowadzonych na podstawie art. 192a k.p.k. po przedstawieniu zarzutów

W myśl art. 192a § 1 k.p.k. w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów można pobrać odciski daktyloskopijne, wymaz ze śluzówki policzków, włosy, ślinę, próby pisma, zapach, wykonać fotografię osoby lub dokonać utrwalenia głosu. Po wykorzystaniu w sprawie, w której dokonano pobrania lub utrwalenia, pobrany lub utrwalony materiał zbędny dla postępowania należy niezwłocznie usunąć z akt i zniszczyć. Wskazany przepis nie zawiera jednak regulacji dotyczącej sytuacji, gdy wyniki badań przeprowadzonych na podstawie art. 192a § 1 k.p.k. mają znaczenie dowodowe. W przepisie tym pobranie próbek nie zostało uzależnione od zgody osoby wezwanej do ich dostarczenia, co rodzi problem szczególnie w przypadku czynności wymagających aktywnej współpracy (np. dostarczenie próbki pisma czy głosu), gdy dana osoba staje się następnie podejrzanym, który nie ma obowiązku dostarczania dowodów przeciwko sobie (art. 74 § 1 k.p.k.). W jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy przyjął, że wówczas wykorzystanie dowodowe uzyskanego materiału jest możliwe tylko za zgodą oskarżonego¹⁴⁷. Takie stanowisko wyrażane jest również w doktrynie¹⁴⁸. Należy jednak uznać, że regulacja taka powinna zostać wprowadzona do art. 192a k.p.k. ze względów gwarancyjnych, a także dla rozwiania wątpliwości w tym zakresie.

¹⁴⁶ Szerzej na ten temat zob. A. Lach, *Udział oskarżonego w czynnościach procesowych w drodze videokonferencji*, Prokuratura i Prawo 2009, nr 9, s. 25–35.

¹⁴⁷ Postanowienie SN z dnia 9 lutego 2010 r., II KK 198/09, OSNKW 2010, nr 5, poz. 47.

¹⁴⁸ Por. W. Jasiński, *Uwagi o interpretacji przepisu art. 192a k.p.k.*, [w:] *XX-lecie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu. Praca zbiorowa*, Wrocław 2011, s. 216–217.

9.11. Uprawnienie prokuratora do zarządzania ekshumacji

W wyroku z dnia 20 września 2018 r. w sprawie Solska i Rybicka przeciwko Polsce (skarga nr 30491/17, 31083/17) Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że przepis art. 210 k.p.k. uprawniający prokuratora do zarządzania wyjęcia zwłok z grobu w celu dokonania ich oględzin lub otwarcia narusza wymóg jakości prawa krajowego stanowiącego podstawę ingerencji w prawo do prywatności wynikający z art. 8 ust. 2 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Orzekając we wskazanej wyżej sprawie Trybunał strasburski uznał, że unormowanie z art. 210 k.p.k. nie zobowiązuje prokuratora do dokonania oceny konieczności sięgnięcia po ekshumację i rozstrzygnięcia czy mniej inwazyjne w swoim charakterze środki zmierzające do pozyskania materiału dowodowego nie byłyby w danym przypadku wystarczające, a także oceny jakie skutki dla życia prywatnego i rodzinnego bliskich osoby, która miałaby zostać ekshumowana, pociągnie podejmowana decyzja. Ponadto unormowania kar-noprosesowe nie gwarantują zaskarżalności postanowienia prokuratora do sądu albo innej formy odpowiedniej kontroli tej decyzji przez niezależny organ.¹⁴⁹ Biorąc pod uwagę zdiagnozowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka niedostatki regulacji odnoszącej się do rozstrzygnięcia o przeprowadzeniu ekshumacji dla celów postępowania karnego, celowe byłoby znowelizowanie art. 210 k.p.k. i należyte zabezpieczenie proporcjonalności ingerencji w prawo do życia prywatnego i rodzinnego dopuszczalne na gruncie tego przepisu. Należy podkreślić, że wskazane prawo jednostki chronione jest nie tylko przez Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, ale także przez Konstytucję RP. W związku z powyższym warto zauważyć, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego akcentuje się znaczenie kontroli sądowej rozstrzygnięć prokuratora zapadających w postępowaniu karnym w sytuacji, gdy ingerują one w prawa i wolności konstytucyjne. Trybunał Konstytucyjny analizując problematykę wkraczania w prawo do prywatności w kontekście rozstrzygnięcia przez prokuratora w przedmiocie ujawnienia wizerunku i innych danych osobowych osób, przeciwko którym toczy się postępowanie przygotowawcze wyraźnie wskazał, że brak możliwości zaskarżenia decyzji prokuratora do niezależnego sądu stanowi naruszenie art. 45 ust. 1 i 77 ust. 2 Konstytucji

¹⁴⁹ Por. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 20 września 2018 r. w sprawie Solska i Rybicka przeciwko Polsce, skarga nr 30491/17, 31083/17, § 124.

RP¹⁵⁰. Stanowisko to zostało wyrażone w sposób wskazujący, że nie odnosi się wyłącznie do badanych okoliczności, ale ma charakter ogólny, co oznacza, że *mutatis mutandis* należy je odnieść także do ingerencji w prywatność jednostki polegającej na zarządzeniu ekshumacji.

9.12. Uchylenie tajemnicy lekarskiej

Przepis art. 226 k.p.k. stanowi, że w odniesieniu do dokumentów zawierających informacje objęte tajemnicą stosuje się te same zakazy i ograniczenia, jakie wynikają z art. 178–181 k.p.k. Tym samym, do uchylenia tajemnicy dokumentu zawierającego tajemnicę zawodową określoną w art. 180 § 2 k.p.k. niezbędna jest decyzja sądu. Ustawa przewiduje jednak jeden wyjątek, tj. w zdaniu drugim art. 226 wskazuje się, że „w postępowaniu przygotowawczym o wykorzystaniu, jako dowodów, dokumentów zawierających tajemnicę lekarską decyduje prokurator”.

Trudno jest podać jakiegokolwiek przyczyny, dla których postępowanie w zakresie uchylenia tajemnicy lekarskiej zostało inaczej ukształtowane niż w przypadku tajemnicy adwokackiej, notarialnej czy dziennikarskiej. W tym zakresie postulować należy ujednolicenie procedury przy zachowaniu wyższych standardów sądowych.

9.13. Prawo pokrzywdzonego do informacji

W „*Uwagach o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*” za rok 2016¹⁵¹ oraz za rok 2017¹⁵² zasygnalizowane zostały dwa istotne mankamenty obecnie obowiązujących unormowań karnoprocesowych dotyczących prawa do informacji pokrzywdzonego. Pierwszy z nich związany jest z brakiem informowania pokrzywdzonego o rozpoznaniu sprawy w trybie nakazowym, co w praktyce może prowadzić do pozbawienia tego uczestnika procesu możliwości skorzystania z uprawnienia do złożenia oświadczenia o działaniu w charakterze oskarżyciela

¹⁵⁰ Por. wyrok TK z dnia 18 lipca 2011 r., K 25/09, OTK ZU A/2011, nr 6, poz. 57.

¹⁵¹ Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, *Uwagi o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*, Warszawa 2017, s. 73–76, s. 78–79, http://www.sn.pl/osadzienajwyzszym/Uwagi_PPSN_luki_w_prawie/luki-w-prawie-2017.pdf.

¹⁵² Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, *Uwagi o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*, Warszawa 2018, s. 64–65, http://www.sn.pl/osadzienajwyzszym/Uwagi_PPSN_luki_w_prawie/luki-w-prawie-2018.pdf.

posiłkowego oraz złożenia wniosku o orzeczenie obowiązku naprawienia szkody. Drugi problem dotyczy określenia charakteru uprawnienia pokrzywdzonego do otrzymania informacji o terminie i miejscu rozprawy oraz posiedzeń, o których mowa w art. 339 § 3 pkt 1 i 2, art. 341 lub art. 343 k.p.k., w jego sprawie. Z jednej bowiem strony przepis art. 337a § 1 k.p.k. warunkuje poinformowanie pokrzywdzonego o powyższych terminach do złożenia wniosku, a z drugiej z art. 339 § 5 zd. 2, art. 341 § 1, art. 343 § 5 oraz art. 350 § 4 k.p.k. w zw. z art. 117 § 1 k.p.k. wynika bezwzględny, a więc niezależny od wniesienia wniosku, obowiązek zawiadomienia go o dacie i miejscu rozprawy albo posiedzenia. Wskazane powyżej mankamenty nie doczekały się dotychczas korekty ze strony ustawodawcy. Zagadnienia te wymagają zatem interwencji. W tym kontekście należy odnotować, że rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 grudnia 2018 r. modyfikuje pozycję pokrzywdzonego w toku postępowania nakazowego. Proponuje się bowiem, aby przepis art. 505 § 2 k.p.k. przewidywał, że odpis wyroku nakazowego doręcza się pokrzywdzonemu wraz z pouczeniem przytaczającym przepisy o prawie, terminie i sposobie wniesienia sprzeciwu oraz skutkach jego niewniesienia, a także pouczenie, że warunkiem wniesienia sprzeciwu jest złożenie w terminie zawitym 7-dniowym i nie później niż jednocześnie ze sprzeciwem, oświadczenia, że będzie on działał w charakterze oskarżyciela posiłkowego. Wskazany projekt częściowo zatem realizuje postulaty podnoszone w „*Uwagach o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*” za rok 2016 oraz za rok 2017. Ustawodawca nadal jednak nie rozwiązał sygnalizowanej w „*Uwagach o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*” za rok 2016 (s. 74–75) kwestii określenia terminu na zgłoszenie wniosku o orzeczenie obowiązku naprawienia szkody, w sytuacji, gdy sprawa rozpoznawana jest na posiedzeniu w trybie nakazowym, o którego terminie pokrzywdzony nie jest informowany i w którym nie może wziąć udziału. Jak się wydaje w takiej sytuacji niezbędne byłoby przynajmniej pouczenie pokrzywdzonego, że sprawa, po spełnieniu ustawowych przesłanek, może podlegać rozpoznaniu w trybie nakazowym, co w przypadku woli złożenia wniosku o orzeczenie obowiązku naprawienia szkody wymaga niezwłocznego działania już po wniesieniu sprawy do sądu. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 4 grudnia 2018 r. przewiduje również nowelizację przepisu art. 337a k.p.k. Zasadnie eliminuje ona część jego

obecnej treści dotyczącej wnioskowania przez pokrzywdzonego o informację o dacie i miejscu rozprawy albo posiedzenia. Ustawodawca zdecydował się natomiast pozostawić uprawnienie pokrzywdzonego do wnioskowania o informację o zarzutach oskarżenia i ich kwalifikacji prawnej. W tym zakresie należy jednak wskazać, że pouczenie o powyższym uprawnieniu udzielane jest na etapie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego w toku postępowania przygotowawczego (art. 300 § 2 k.p.k.). Tymczasem treść i usytuowanie art. 337a k.p.k. wyraźnie wskazują, że uprawnienie do informacji o zarzutach oskarżenia i ich kwalifikacji prawnej dotyczy etapu postępowania sądowego. Jak było to już zatem sygnalizowane w „*Uwagach o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*” za rok 2016 ze względu na moment przekazywania tego pouczenia a także liczbę pouczeń udzielanych pokrzywdzonemu przed pierwszym przesłuchaniem w śledztwie albo dochodzeniu, należy uznać, że lepiej zagwarantowałoby prawa pokrzywdzonego pouczenie go o treści art. 337a k.p.k. w momencie kierowania sprawy do sądu.

9.14. Skorygowanie orzeczenia w zakresie zaliczenia okresu zatrzymania na poczet orzeczonej kary

Zgodnie z art. 420 § 1 k.p.k., jeżeli wyrok nie zawiera rozstrzygnięcia co do przypadku, zaliczenia tymczasowego aresztowania, zatrzymania lub środków zapobiegawczych wymienionych w art. 276 k.p.k. albo dowodów rzeczowych, sąd orzeka o tym postanowieniem na posiedzeniu. Przepis § 2 tego artykułu przewiduje zaś, że jeżeli sąd nieprawidłowo zaliczył okres tymczasowego aresztowania na poczet orzeczonej kary, stosuje się odpowiednio przepis § 1. Zawężenie możliwości korygowania rozstrzygnięć w zakresie zaliczenia na poczet orzeczonej kary do tymczasowego aresztowania nie znajduje uzasadnienia. Również w przypadku pozbawienia wolności w formie zatrzymania zdarzają się przypadki nieprawidłowego zaliczenia jego okresu na poczet kary. Skoro ustawodawca w § 1 przewidział możliwość uzupełnienia rozstrzygnięcia w sytuacji braku zaliczenia zatrzymania na poczet orzeczonej kary, to takie same względy jak w przypadku tymczasowego aresztowania przemawiają za możliwością skorygowania takiego rozstrzygnięcia. Podobnie należałoby podejść do nieprawidłowego zaliczenia okresu stosowania środków zapobiegawczych wymienionych w art. 276 k.p.k. Co prawda Sąd Najwyż-

szy przyjął taką możliwość na gruncie k.p.k. z 1969 r. w odniesieniu do zatrzymania prawa jazdy w drodze analogii¹⁵³, a stanowisko to jest akceptowane w doktrynie również na gruncie art. 420 k.p.k.¹⁵⁴, to jednak tak istotna kwestia jak zmiana rozstrzygnięcia zawartego w wyroku powinna zostać uregulowana w sposób wyraźny. Należy zatem rozważyć, czy nie byłoby zasadne nadanie art. 420 § 2 k.p.k. brzmienia „jeżeli sąd nieprawidłowo zaliczył okres tymczasowego aresztowania lub zatrzymania na poczet orzeczonej kary lub okres stosowania środków zapobiegawczych wymienionych w art. 276 k.p.k. na poczet orzeczonych środków karnych, stosuje się odpowiednio przepis § 1”.

9.15. Skład sądu odwoławczego w sprawie, w której nie było prowadzone postępowanie przygotowawcze

Z literalnej wykładni art. 449 § 2 k.p.k. wynika, że sąd odwoławczy orzeka na rozprawie jednoosobowo w sprawach, w których prowadzone było postępowanie przygotowawcze i zakończyło się ono w formie dochodzenia, w przeciwieństwie do spraw, w których doszło do zakończenia postępowania w formie śledztwa, kiedy to skład na rozprawie odwoławczej zawsze powinien być kształtowany w oparciu o przepis ogólny (art. 29 § 1 k.p.k.). Na gruncie kodeksu postępowania karnego postępowanie przygotowawcze może być prowadzone w formie śledztwa lub dochodzenia. Należy jednak zauważyć, że w sprawach rozpoznawanych na podstawie przepisów ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary¹⁵⁵, postępowanie przygotowawcze w ogóle nie jest prowadzone. Wprawdzie przywołany już art. 449 § 2 k.p.k. odczytany wprost odnosi się wyłącznie do spraw, w których postępowanie przygotowawcze zakończyło się w formie dochodzenia, to jednak z jego brzmienia nie sposób wyprowadzić wniosku, że w sprawach odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary należy stosować skład wynikający z ogólnej zasady opisanej w art. 29 § 1 k.p.k.

¹⁵³ Zob. wyrok SN z dnia 26 sierpnia 1998 r., IV KKN 303/98, Legalis nr 44421.

¹⁵⁴ Zob. R. Ponikowski, J. Zagrodnik, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red.) J. Skorupka, Warszawa 2018, s. 1.074.

¹⁵⁵ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 703.

Powyższe uwagi wskazują, że ustawodawca nie wypowiedział się wyraźnie, w jakim składzie winien procedować sąd odwoławczy na rozprawie, w sytuacji, gdy w ogóle nie było prowadzone postępowanie przygotowawcze. W tym kontekście pojawia się kwestia wzajemnej relacji art. 29 § 1 k.p.k. do art. 449 § 2 k.p.k. i wykładni tego ostatniego przepisu. W orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że art. 449 § 2 k.p.k. jest przepisem szczególnym, który wprowadza wyjątek od zasady wyrażonej w art. 29 § 1 k.p.k. Otwarta pozostaje natomiast kwestia jego wykładni. Można przyjąć, że skoro art. 449 § 2 k.p.k. ma charakter wyjątkowy, to powinien być stosowany zgodnie z jego literalnym brzmieniem.¹⁵⁶ Oznaczałoby to, że w sytuacji, gdy w ogóle nie było prowadzone postępowanie przygotowawcze, niezrealizowana byłaby hipoteza normy płynącej z art. 449 § 2 k.p.k., tym samym skład sądu odwoławczego winien być wyznaczony w oparciu o przepis ogólny (art. 29 § 1 k.p.k.). Należy jednak zauważyć, że Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 23 września 2016 r. (III KK 41/16, OSNKW 2016, nr 12, poz. 81) stwierdził nieracjonalność ścisłej interpretacji art. 449 § 2 k.p.k. i dopuścił możliwość jego rozszerzającej wykładni w drodze rozumowania *a maiori ad minus* w sprawach, w których akt oskarżenia wniósł oskarżyciel prywatny. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy *de facto* uznał, że ustawodawca niewłaściwie sformułował treść art. 449 § 2 k.p.k., skoro nie objął nim wprost takich układów procesowych, w których rozstrzygnięcie w przedmiocie odpowiedzialności karnej za czyn o mniejszym ciężarze gatunkowym (ścigany z oskarżenia prywatnego) byłoby poddane kontroli apelacyjnej w szerszym składzie (trzech sędziów) niż o czyn o większym ciężarze gatunkowym ścigany z oskarżenia publicznego.¹⁵⁷ Odejście w powyższym orzeczeniu od literalnej wykładni art. 449 § 2 k.p.k. daje podstawę do stwierdzenia, że przepis ten wprowadza wyjątek od zasady wyrażonej w art. 29 § 1 k.p.k., ale tylko w zakresie odnoszącym się do wyinterpretowanej z niego normy, która została tam wysłowiona w sposób nie do końca zgodny z intencją ustawodawcy. W orzecznictwie wskazuje się, że *ratio legis* przyjętego w art. 449 § 2 k.p.k. rozwiązania były względny funkcjonalne związane z organizacją pracy sądu odwoławczego poprzez zmniejszenie liczby sę-

¹⁵⁶ Tak SN w sprawach o wydanie wyroku łącznego: postanowienie z dnia 16 lutego 2017 r., II KK 347/16, a także w wyrokach z dnia 10 maja 2017 r., IV KK 424/16 oraz z dnia 10 sierpnia 2017 r., III KK 309/17.

¹⁵⁷ Por. też postanowienie SN z dnia 26 kwietnia 2018 r., V KK 401/17, OSNKW 2018, nr 9, poz. 60.

dziów zaangażowanych do rozpoznawania spraw o mniejszym ciężarze gatunkowym. Wykładnia funkcjonalna wskazuje więc, że intencją ustawodawcy było ograniczenie składu trzyosobowego sądu odwoławczego tylko do spraw, w których postępowanie przygotowawcze zakończone zostało w formie śledztwa.¹⁵⁸ W ten sposób zachowana jest symetria składu orzekającego niezależnie od rangi sądu odwoławczego (sąd okręgowy czy sąd apelacyjny). W konsekwencji sprawy przynależne do śledztwa, rozpoznane w pierwszej instancji w sądzie okręgowym, jak i w sądzie rejonowym, rozpoznawane są w drugiej instancji na rozprawie apelacyjnej – co do zasady – w składzie trzech sędziów (art. 29 § 1 k.p.k.). Zauważa się, że wykładnia systemowa i wykładnia funkcjonalna prowadzą zatem do zdekodowania normy zawartej w art. 449 § 2 k.p.k. w sposób szerszy niż wynika to z wykładni językowej. Biorąc pod uwagę powyższe rozbieżności celowe byłoby doprecyzowanie treści art. 449 § 2 k.p.k.

9.16. Tryb podjęcia decyzji w przedmiocie wydania europejskiego nakazu aresztowania

Zgodnie z art. 607a k.p.k. europejski nakaz aresztowania może wydać sąd okręgowy w postępowaniu przygotowawczym na wniosek prokuratora, zaś w postępowaniu sądowym z urzędu, a także na wniosek właściwego sądu rejonowego. Nie ulega zatem wątpliwości, że właściwość rzeczowa do wydania europejskiego nakazu aresztowania w art. 607a k.p.k. została określona w sposób szczególny, wyłączający zasadę podejmowania decyzji przez organ (sąd), przed którym sprawa się toczy. Ustawodawca różnicuje w omawianych przepisach jedynie tryb postępowania przed sądem okręgowym, zależnie od stadium, w jakim znajduje się postępowanie karne, pozostawiając jednolitą właściwość do wydania europejskiego nakazu aresztowania. W postępowaniu przygotowawczym do wydania europejskiego nakazu aresztowania niezbędny jest wniosek prokuratora, w postępowaniu przed sądem rejonowym – wniosek tego sądu; jeżeli natomiast sprawa rozpoznawana jest przez sąd okręgowy (orzekający w I instancji lub w postępowaniu odwoławczym) – decyzję w przedmiocie wydania europejskiego nakazu aresztowania wydaje ten sąd z urzędu. W art. 607a k.p.k. nie została uregulowana wprost sytu-

¹⁵⁸ Tak też SN w uzasadnieniu postanowienia z dnia 23 września 2016 r., III KK 41/16.

acja, kiedy do wydania europejskiego nakazu aresztowania miałyby dojść w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed sądem apelacyjnym. Należy jednocześnie zaznaczyć, iż w sytuacji szczególnego charakteru art. 607a k.p.k. nie ma podstaw do stosowania zasady ogólnej, a więc zasady podejmowania decyzji w kwestiach wypadkowych przez sąd, przed którym sprawa się toczy. W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, iż mamy do czynienia z luką prawną – przepis dotyczący właściwości do wydania europejskiego nakazu aresztowania, choć odnosi się do różnych etapów postępowania karnego i określa różne tryby wydania tego nakazu, a także właściwość sądu w relacji do tych trybów, nie obejmuje swą dyspozycją jednej z sytuacji, kiedy potencjalnie może dojść do zastosowania rozważanego środka przymusu. W tym stanie rzeczy w orzecznictwie¹⁵⁹ wskazuje się, że wypełnienie powyższej luki może mieć miejsce przez zastosowanie wnioskowania z analogii, tj. przyjęcie jednego z istniejących rozwiązań, przewidzianych w art. 607a k.p.k., najbardziej zbliżonego do rozważanej sytuacji procesowej. Dodaje się jednocześnie, że wypełnienie luki prawnej w zakresie ustalania właściwości rzeczowej sądu nie może mieć charakteru prawotwórczego, tj. prowadzić do nadania kompetencji do wydania określonej decyzji takiemu sądowi, który kompetencji orzekania w tym przedmiocie nie posiada w ogóle. Do takiego skutku prowadziłyby uznanie, że do wydania europejskiego nakazu aresztowania na etapie rozpoznawania sprawy przez sąd apelacyjny, właściwy jest ten sąd. Możliwe jest wyłącznie ustalenie sądu właściwego do podjęcia decyzji w rozważanej kwestii w sposób, w jaki właściwość została określona w art. 607a k.p.k., przy wykorzystaniu jednego z przewidzianych w tym przepisie trybów. Należy jednak przyjąć, że kwestia możliwości wydania europejskiego nakazu aresztowania w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed sądem apelacyjnym powinna zostać jednoznacznie uregulowana w przepisach k.p.k.

9.17. Wykonanie prawomocnego orzeczenia o karach o charakterze pieniężnym, wydanego co do osoby prawnej

Analiza treści przepisu art. 611ff k.p.k. wskazuje na istnienie luki związanej z niepełną transpozycją decyzji ramowej Rady 2005/214/WSiSW z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie stosowania zasady wzajemnego uzna-

¹⁵⁹ Por. np. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 9 maja 2018 r., II AKa 5/18, LEX nr 2490120.

wania do kar o charakterze pieniężnym¹⁶⁰. Przepis art. 611ff k.p.k. transponuje art. 1, art. 9 oraz art. 4 decyzji ramowej 2005/214/WSiSW. Transpozycja ta jest jednak niepełna, nie pozostaje w stosunku zgodności z treścią art. 1 i 9 decyzji ramowej. Z przywołanych przepisów decyzji ramowej wynika, że ma ona również zastosowanie do orzeczeń nakazujących uiszczenie kary o charakterze pieniężnym osobie prawnej. Tymczasem ustawodawca polski, dokonując transpozycji decyzji ramowej, określając podmiotowy zakres uznawania i wykonywania orzeczeń o karach o charakterze pieniężnym posłużył się jedynie terminem „sprawca”. Analiza przepisów k.p.k. implementujących wyżej wymienioną decyzję ramową prowadzi do wniosku, że pojęcie „sprawca” odnosi się tylko do osób fizycznych. Z treści art. 611ff k.p.k. wynika, że mowa jest w nim o sprawcy jako osobie, która posiada mienie lub osiąga dochody, albo ma stałe lub czasowe miejsce pobytu. Stałe lub czasowe miejsce pobytu może mieć jedynie osoba fizyczna. Ani zatem ten przepis ani następne, używając pojęcia sprawca, nie przywołuje, w jego kontekście, zwrotu „siedziba”, czy, w ślad za decyzją ramową 2005/214/WSiSW, „zarejestrowana siedziba”, co pozwalałoby na uznanie, iż regulacje zawarte w tych przepisach mają zastosowanie także do orzeczeń wydanych przeciwko osobom prawnym.

Na problem niepełnej implementacji wskazywano już na etapie prac legislacyjnych, zwracając uwagę na konieczność doprecyzowania przepisu art. 611fa i 611ff k.p.k. o zwrot „znajduje się siedziba osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej”. Takie rozwiązanie nie zostało wprowadzone. W konsekwencji, poza zakresem zastosowania przepisu art. 611ff i następnych k.p.k. znalazła się możliwość wykonania przekazanego do wykonania orzeczenia o charakterze pieniężnym, wydanego wobec osoby prawnej.

Konieczne wydaje się zatem uzupełnienie, przepisu art. 611ff k.p.k. (odpowiednio także art. 611fa k.p.k.) o zwrot „znajduje się siedziba osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej”.

Na marginesie należy odnotować, że możliwości wykonania orzeczenia nakazującego uiszczenie kary o charakterze pieniężnym osobie prawnej nie uwzględniono też w ustawie z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zagrożone pod groźbą kary. W art. 41 ust. 1 tej ustawy została uregulowana kwestia współpracy międzynarodowej, jednakże jedynie w odniesieniu, do

¹⁶⁰ Dz. Urz. UE serii L 76 z 22.03.2005, s. 16–30.

udzielania pomocy prawnej, co do przestępstw transgranicznych, popełnianych przez podmioty zbiorowe. Wobec zaś brzmienia art. 22 tej ustawy statuującego nakaz odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania karnego jedynie w kwestiach nieuregulowanych w tej ustawie wyłączona jest możliwość odpowiedniego stosowania przepisów zawartych w rozdziale 66b k.p.k. W konsekwencji nieprawidłowa implementacja decyzji ramowej 2005/214/WSiSW nie tylko prowadzi do sprzeczności z jej postanowieniami, lecz także skutkuje brakiem regulacji, w zakresie możliwości uznawania i wykonywania kar o charakterze pieniężnym, nałożonych na osoby prawne. Kwestia ta wymaga zatem interwencji ustawodawcy.

9.18. Wadliwa transpozycja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE

Problematyka konieczności transpozycji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności¹⁶¹ – dalej jako „Dyrektywa 2013/48/UE” – była już sygnalizowana w „*Uwagach o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*” za rok 2017 (s. 85–88). Wskazany został tam szereg zmian normatywnych, które są niezbędne, aby dostosować polskie unormowania karnoprocesowe do wymogów wynikających z wymienionej powyżej dyrektywy.

Ustawodawca w drodze przepisu art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 10 stycznia 2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹⁶² znowelizował Kodeks postępowania karnego w ten sposób, że do jego tytułu dodał odnośnik nr 1 w brzmieniu: „Niniejsza ustawa w zakresie swojej regulacji realizuje postanowienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z oso-

¹⁶¹ Dz. Urz. UE serii L 294 z 6.11.2013, s. 1 i n.

¹⁶² Dz. U. z 2018 r., poz. 201.

bami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności (Dz. Urz. UE L 294 z 06.11.2013, str. 1)”. W uzasadnieniu do projektu powyższej ustawy wskazano także, że „dyrektywa 2013/48/UE nie wymagała wdrożenia, albowiem obowiązujące przepisy Kodeksu postępowania karnego realizują jej postanowienia”¹⁶³.

Z powyższym stwierdzeniem trudno jednak się zgodzić. O ile można przyjąć, że częściowo – głównie w odniesieniu do praw podejrzanego i oskarżonego – wymagania wynikające z dyrektywy są realizowane przez obowiązujące przepisy karnoprocesowe, o tyle w pozostałym zakresie niezbędne jest powzięcie działań legislacyjnych. Jak wskazano w „*Uwagach o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*” za rok 2017 działania te powinny dotyczyć zagwarantowania prawa dostępu do adwokata lub radcy prawnego dla osoby podejrzanego w związku z czynnością okazania (art. 74 § 3 w zw. z § 2 pkt 1 k.p.k.), uregulowania możliwości przeprowadzenia przez podejrzanego konsultacji z obrońcą przed pierwszym przesłuchaniem w ramach instytucji przedstawienia zarzutów, wprowadzenia regulacji zapewniającej konfidencjonalność kontaktów osoby podejrzanego i oskarżonego z obrońcą albo pełnomocnikiem oraz, ewentualnie, mieszczących się w granicach określonych przez art. 8 Dyrektywy 2013/48/UE, wyjątków od niej, a także gwarancji dostępu do adwokata w przypadku osoby objętej europejskim nakazem aresztowania. Wskazane zagadnienia wymagają interwencji ustawodawcy i uregulowania wprost w ustawie karnoprocesowej.

¹⁶³ Druk sejmowy nr 1931, Uzasadnienie, s. 17, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1931>.

10. Prawo ustrojowe

10.1. Organ właściwy do wydania regulaminu czynności Trybunału Stanu

Z uwagi na okoliczność, że Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego z urzędu pełni funkcję Przewodniczącego Trybunału Stanu (art. 199 ust. 2 Konstytucji RP) za celowe należy uznać zgłoszenie uwag o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie dotyczących działalności Trybunału Stanu.

W tym zakresie zachowuje aktualność przedstawiony w „*Uwagach o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*” za rok 2016¹⁶⁴ i „*Uwagach o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*” za rok 2017¹⁶⁵ postulat nowelizacji art. 27 ustawy z dnia 26 marca 1982 r. o Trybunale Stanu¹⁶⁶ przez wprowadzenie zapisu, zgodnie z którym organem właściwym w sprawie wydania regulaminu czynności Trybunału Stanu powinien być Trybunał Stanu *in gremio*, względnie Przewodniczący Trybunału Stanu. Takie rozwiązanie legislacyjne w pełni koresponduje z ustrojową zasadą autonomii sądów i trybunałów (art. 173 Konstytucji RP), czego nie można powiedzieć o unormowaniu wynikającym z obecnego brzmienia art. 27 ustawy o TS, mocą którego regulamin czynności Trybunału Stanu uchwała Sejm RP.

De lege lata regulamin czynności Trybunału Stanu wydany przez Sejm RP nie należy do katalogu źródeł powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej, albowiem nie jest ustanawiany w formie rozporządzenia. Tymczasem według art. 87 Konstytucji RP źródłami powszechnie obowiązującego prawa są tylko: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia, a dodatkowo – na obszarze działania organów, które je ustanowiły – akty prawa miejscowego. W tej sytuacji regulamin czynności Trybunału Stanu można kwalifikować – co najwyżej – jako akt o charakterze wewnętrznym w rozumieniu art. 93 ust. 1 Konstytucji RP. Skoro akt wewnętrzny z na-

¹⁶⁴ Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, *Uwagi o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*, Warszawa 2017, s. 107–108, http://www.sn.pl/osadzienajwyzszym/Uwagi_PPSN_luki_w_prawie/luki-w-prawie-2017.pdf.

¹⁶⁵ Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, *Uwagi o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*, Warszawa 2018, s. 93, http://www.sn.pl/osadzienajwyzszym/Uwagi_PPSN_luki_w_prawie/luki-w-prawie-2018.pdf.

¹⁶⁶ Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 2050 ze zm., dalej jako „ustawa o TS”.

tury obowiązuje tylko jednostki organizacyjnie podległe organowi, który go wydał, to w tej perspektywie można mieć istotne wątpliwości co do tego, czy na gruncie stanu prawnego ukształtowanego w następstwie wejścia w życie Konstytucji RP – co nastąpiło z dniem 17 października 1997 r. – w dalszym ciągu zachowała moc obowiązującą uchwała Sejmu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 6 lipca 1982 r. w sprawie regulaminu czynności Trybunału Stanu¹⁶⁷.

10.2. Skutki przerwania biegu przedawnienia ścigania czynu podlegającego kognicji Trybunału Stanu

Zgodnie z art. 23 ustawy o TS ściganie przed Trybunałem Stanu jest dopuszczalne w okresie 10 lat od popełnienia czynu, chyba że czyn stanowi przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, dla którego przewidziany jest dłuższy okres przedawnienia. Okoliczność, że sprawca nie sprawuje już urzędu lub nie piastuje funkcji, nie stoi na przeszkodzie do wszczęcia i prowadzenia postępowania (ust. 1). Złożenie wstępnego wniosku o pociągnięcie do odpowiedzialności przed Trybunałem Stanu osób innych, niż Prezydent RP, przerywa bieg przedawnienia (ust. 3).

Problem wykładni art. 23 ust. 3 ustawy o TS stanowił przyczynę, dla której Trybunał Stanu w składzie rozpoznającym sprawę o sygnaturze akt TS 2/07, postanowił przekazać do rozstrzygnięcia pełnemu składowi Trybunału Stanu, w trybie art. 19 ust. 3 ustawy o TS, następujące zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy: „Czy w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 26 marca 1982 r. o Trybunale Stanu (...) po przerwaniu biegu przedawnienia na podstawie art. 23 ust. 3 biegnie ono na nowo czy też po rzeczonym przerwaniu biegu przedawnienia nie biegnie ono ponownie?”.

Przedmiotowe wątpliwości jurydyczne wynikają z faktu, że przepis art. 23 ust. 3 ustawy o TS nie określa, jakie skutki prawne niesie ze sobą przerwanie biegu przedawnienia. Również analiza całościowa poszczególnych zapisów ustawy o TS nie pozwala ustalić w sposób jednoznaczny następstw, które wiążą się z przerwaniem biegu przedawnienia ścigania czynu podlegającego kognicji Trybunału Stanu. W szczególności nie wiadomo, czy po przerwaniu takiego biegu, termin przedawnienia ścigania rozpoczyna się na nowo, poczynając od chwili złożenia wniosku wstępnego, czy też

¹⁶⁷ M.P. nr 17, poz. 135.

z przerwaniem biegu należy łączyć inne następstwa. Przedmiotowa kwestia – na gruncie przepisów regulujących tryb postępowania przed Trybunałem Stanu – nie była dotychczas przedmiotem analizy orzeczniczej.

Za przyjęciem stanowiska, że po przerwaniu biegu przedawnienia, o którym stanowi art. 23 ust. 3 ustawy o TS, okres przedawnienia biegnie na nowo, mogą przemawiać argumenty natury systemowej. Dla przykładu warto wskazać, iż według art. 124 § 1 k.c. po każdym przerwaniu biegu przedawnienia roszczenia majątkowego, przedawnienie biegnie na nowo. W analogiczny sposób kwestia przerwania biegu przedawnienia została rozstrzygnięta na gruncie prawa pracy (art. 295 § 2 k.p.). W tym kontekście można także powołać art. 70 § 4 Ordynacji podatkowej, zgodnie z którym bieg terminu przedawnienia zobowiązania podatkowego zostaje przerwany wskutek zastosowania środka egzekucyjnego, o którym podatnik został zawiadomiony, przy czym po takim przerwaniu termin przedawnienia biegnie na nowo od dnia następującego po dniu, w którym zastosowano środek egzekucyjny.

Problem wykładni art. 23 ust. 3 ustawy o TS może być jednak rozstrzygnięty w inny sposób, m.in. przez przyjęcie założenia, zgodnie z którym po przerwaniu biegu przedawnienia ścigania czynu przed Trybunałem Stanu, przedawnienie nie biegnie na nowo. O słuszności takiego poglądu może świadczyć okoliczność, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wielokrotnie zwracano uwagę na brak wystarczających podstaw normatywnych dla kreowania konstytucyjnego „prawa podmiotowego do przedawnienia” a nawet ekspektatywy takiego prawa¹⁶⁸. Z powyższego wynika, że ustawodawca dysponuje pełną swobodą w zakresie kształtowania charakteru prawnego instytucji przedawnienia. Warto również zauważyć, że zarówno w aspekcie podmiotowym, jak i przedmiotowym odpowiedzialność konstytucyjna (a niekiedy także karna) przed Trybunałem Stanu cechuje się wyjątkowością. W tej płaszczyźnie nie podlega dyskusji fakt, że już samo złożenie wniosku wstępnego o ściganie sprawcy deliktu konstytucyjnego (osoby zaliczającej się do grona najwyższych rangą funkcjonariuszy państwowych) ma olbrzymią doniosłość społeczną i wzbudza szerokie zainteresowanie opinii publicznej. Z uwagi na specyfikę odpowiedzialności konstytucyjnej nie jest wcale wykluczone, że skutki przerwania biegu przedawnienia ścigania deliktu konstytucyjnego mogą być określone inaczej, niż w przypadku

¹⁶⁸ Por. uzasadnienie wyroków z dnia 25 maja 2004 r., SK 44/03, OTK-A 2004, nr 5, poz. 46 i z dnia 23 maja 2005 r., SK 44/04, OTK-A 2005, nr 5, poz. 52.

rozwiązań normatywnych dotyczących instytucji przedawnienia, które mają zastosowanie w pozostałych dziedzinach prawa. Na tej podstawie można by przyjąć założenie, zgodnie z którym wniosek wstępny o pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności konstytucyjnej, złożony w okresie biegu przedawnienia ścigania czynu, o którym stanowi art. 23 ust. 1 ustawy o TS, powinien być rozpoznany w każdym czasie. Przy takiej wykładni, ponowne złożenie wniosku wstępnego w tej samej sprawie byłoby więc procesowo nieskuteczne.

Należy również zwrócić uwagę, iż w pewnej opozycji do instytucji przedawnienia ścigania czynu pozostaje konstytucyjne prawo do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP), realizacja którego sprzeciwia się przyjęciu domniemania, że po przerwaniu biegu przedawnienia w okolicznościach wskazanych w art. 23 ust. 3 ustawy o TS, przedawnienie biegnie na nowo. Skoro taka reguła nie wynika wprost z żadnego przepisu ustawy o TS, to osobie, względem której zapadła uchwała Sejmu RP o pociągnięciu do odpowiedzialności przed Trybunałem Stanu, należałoby zapewnić gwarancję uczciwego procesu, w trakcie którego miałyby szansę na oczyszczenie się ze stawianych jej zarzutów i liczyć na wydanie wyroku uniewinniającego zamiast orzeczenia umarzającego postępowanie w sprawie.

Usunięcie luki, jaką dotknięta jest regulacja zawarta w art. 23 ust. 3 ustawy o TS, staje się konieczne dla zapewnienia spójności systemu prawnego. Z tego powodu należy postulować zmianę art. 23 ustawy o TS przez sprecyzowanie (dookreślenie) skutków prawnych, jakie niesie ze sobą przerwanie biegu przedawnienia ścigania czynu podlegającego kognicji Trybunału Stanu.

10.3. Określenie sądu właściwego do rozpoznania skargi na przewlekłość postępowania klauzulowego prowadzonego przed sądem powszechnym niebędącym sądem rejonowym

W stanie prawnym obowiązującym od dnia 6 stycznia 2017 r., tj. po wejściu w życie art. 1 ust. 3 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki¹⁶⁹ postępowanie sądowe prowadzone w przedmiocie nadania tytułowi

¹⁶⁹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 75 ze zm., dalej jako „ustawa o skardze na przewlekłość”.

egzekucyjnemu klauzuli wykonalności (postępowanie klauzulowe) należy klasyfikować jako „inną sprawę dotyczącą wykonania orzeczenia sądowego”. Taki wniosek jest konsekwencją potrzeby uwzględnienia w procesie wykładni przepisów ustawy o skardze na przewlekłość europejskich standardów ochrony praw jednostki, wyznaczonych przepisami Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.¹⁷⁰ i uszczegółowionych w dorobku orzecznictwym Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu.

Zważywszy na okoliczność, że w świetle rozwiązań przyjętych w Kodeksie postępowania cywilnego, postępowanie klauzulowe może być niekiedy prowadzone przed sądami okręgowymi oraz apelacyjnymi, powstaje zasadnicza wątpliwość w zakresie dotyczącym kwestii, który sąd powszechny jest właściwy do rozpoznania skargi na przewlekłość postępowania klauzulowego w sytuacji, gdy takie postępowanie nie toczy się przed sądem rejonowym. Trzeba bowiem zwrócić uwagę, że według art. 4 ustawy o skardze na przewlekłość, sądem właściwym do rozpoznania skargi jest sąd przełożony nad sądem, przed którym toczy się postępowanie (ust. 1), jeżeli skarga dotyczy przewlekłości postępowania przed sądem apelacyjnym lub Sądem Najwyższym – właściwy do jej rozpoznania jest Sąd Najwyższy (ust. 2), natomiast sądem właściwym do rozpoznania skargi dotyczącej przewlekłości postępowania egzekucyjnego lub innego postępowania dotyczącego wykonania orzeczenia sądowego jest sąd okręgowy, w którego okręgu prowadzona jest egzekucja lub wykonywane są inne czynności (ust. 4).

Regulacja zawarta w art. 4 ust. 4 ustawy o skardze na przewlekłość odczytywana literalnie, prowadzi do wniosku, zgodnie z którym organem właściwym do rozpatrzenia skargi na przewlekłość postępowania klauzulowego toczącego się przed sądem apelacyjnym jest sąd okręgowy. Tymczasem – jak się wydaje – założeniem konstrukcyjnym normy prawnej objętej treścią art. 4 ustawy o skardze na przewlekłość było wprowadzenie rozwiązania, zgodnie z którym ocenę sprawności (terminowości) czynności objętych skargą na przewlekłość postępowania sądowego powinien dokonywać organ władzy sądowniczej przełożony (nadrzędny) nad organem, którego skarga dotyczy, względnie organ usytuowany poza obrębem hierarchicznej struktury organizacyjnej

¹⁷⁰ Dz. U. z 1993 r., poz. 284 ze zm.

jednostek wymiaru sprawiedliwości, w skład których wchodzi organ, któremu zarzuca się przewlekłość.

Z tej perspektywy organem właściwym do rozpatrywania skargi na przewlekłość postępowania klauzulowego prowadzonego przed sądem okręgowym powinien być przełożony nad nim sąd apelacyjny, a w przypadku skargi na przewlekłość postępowania klauzulowego prowadzonego przed sądem apelacyjnym – Sąd Najwyższy. Skoro wszystkie organy władzy państwowej działają wyłącznie na podstawie i w granicach prawa (art. 10 Konstytucji RP), a kompetencji przypisanych danemu organowi nie wolno domniemywać, to w tej płaszczyźnie wysoce pożądanym byłoby uzupełnienie przez ustawodawcę dotychczasowej treści normatywnej wynikającej z art. 4 ustawy o skardze na przewlekłość zapisem stanowiącym, że skargę na przewlekłość „innej sprawy dotyczącej wykonania orzeczenia sądowego” rozpoznaje organ nadrzędny organizacyjnie albo jurysdykcyjnie nad organem, w związku z działalnością którego została wniesiona skarga.

10.4. Określenie izby Sądu Najwyższego właściwej do rozpoznawania skargi na przewlekłość postępowania toczącego się w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych

Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym¹⁷¹, Sąd Najwyższy dzieli się na 5 izb: 1) Cywilną; 2) Karną; 3) Pracy i Ubezpieczeń Społecznych; 4) Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych oraz 5) Dyscyplinarną. Właściwość rzeczowa poszczególnych izb Sądu Najwyższego – w przeciwieństwie do stanu prawnego obowiązującego pod rządami „starej” ustawy o Sądzie Najwyższym z 2002 r. – została określona bezpośrednio w ustawie (w poprzednim stanie prawnym właściwość wynikała z postanowień Regulaminu Sądu Najwyższego).

W myśl art. 23–27 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r., do właściwości Izby Cywilnej należą sprawy z zakresu prawa cywilnego, gospodarczego, rodzinnego i opiekuńczego, a także sprawy dotyczące rejestracji przedsiębiorców i rejestracji zastawów (art. 23), do właściwości Izby Karnej – sprawy rozpoznawane na podstawie ustaw karnych procesowo-

¹⁷¹ Dz. U. z 2018 r., poz. 5 ze zm.

wych, a także sprawy podlegające orzecznictwu sądów wojskowych (art. 24), do właściwości Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych – sprawy z zakresu prawa pracy, ubezpieczeń społecznych, sprawy o roszczenia twórców wynalazków, wzorów użytkowych i przemysłowych oraz topografii układów scalonych o wynagrodzenie, a także sprawy rejestrowe, z wyłączeniem spraw dotyczących rejestracji przedsiębiorców i rejestracji zastawów (art. 25), do właściwości Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych – rozpatrywanie skarg nadzwyczajnych, protestów wyborczych i referendalnych, stwierdzanie ważności wyborów i referendum, inne sprawy z zakresu prawa publicznego, a także skargi dotyczące przewlekłości postępowania przed sądami powszechnymi i wojskowymi oraz Sądem Najwyższym (art. 26), a do właściwości Izby Dyscyplinarnej – sprawy dyscyplinarne sędziów Sądu Najwyższego, sprawy dyscyplinarne innych, niż sędziowie Sądu Najwyższego, osób wykonujących zawody prawnicze, sprawy z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych dotyczące sędziów Sądu Najwyższego oraz sprawy z zakresu przeniesienia sędziego Sądu Najwyższego w stan spoczynku (art. 27).

Treść przytoczonych regulacji wskazuje w sposób jednoznaczny na okoliczność, że Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych jest wyłącznie właściwa nie tylko w sprawach dotyczących przewlekłości spraw cywilnych i karnych prowadzonych przed sądami powszechnymi, w odniesieniu do których zastrzeżono właściwość rzeczową Sądu Najwyższego, ale również w sprawach, w których skarga dotyczy przewlekłości każdego postępowania, które toczy się przed Sądem Najwyższym. Reguła ta nie przewiduje jakichkolwiek wyjątków. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest wątpliwa z punktu widzenia zasady *nemo iudex in causa sua* sytuacja, w której skargę na przewlekłość postępowania prowadzonego w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych (zgodnie z jej wyłączną właściwością) rozpoznaje Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych.

W świetle powyższego zachodzi więc konieczność rozważenia zmiany legislacyjnej, której celem byłoby przekazanie spraw zainicjowanych skargą na przewlekłość postępowania toczącego się przez Sądem Najwyższym w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych do właściwości jednostki organizacyjnej Sądu Najwyższego innej, niż Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych. W tej perspektywie zasadnym byłoby przywrócenie reguł, które w tym względzie obowiązywały przed wejściem w życie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. Zgodnie z nimi Izba

Cywilna rozpoznawała skargę na przewlekłość postępowania toczącego się w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych, mimo że ta ostatnia była właściwa do rozpoznawania skarg (należących do właściwości Sądu Najwyższego) na przewlekłość postępowania we wszystkich sprawach cywilnych, w tym również podlegających kognicji Izby Cywilnej tego Sądu.

10.5. Określenie sądu właściwego rzeczowo w sprawach o roszczenia ze stosunku służbowego sędziego Sądu Najwyższego

Zgodnie z art. 27 § 1 pkt 2 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym¹⁷² do właściwości Izby Dyscyplinarnej [Sądu Najwyższego] należą sprawy z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych dotyczące sędziów Sądu Najwyższego. Z kolei według art. 10 § 1 tej ustawy w zakresie nieuregulowanym w ustawie o Sądzie Najwyższym stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych. W myśl art. 89 § 2 tego Prawa, w sprawach o roszczenia ze stosunku służbowego sędziemu przysługuje droga sądowa.

Mając powyższe na uwadze, należy przede wszystkim zauważyć, że zgodnie z art. 476 § 2 k.p.c. przez sprawy z zakresu ubezpieczeń społecznych rozumie się sprawy, w których wniesiono odwołanie od decyzji organów rentowych, dotyczących: 1) ubezpieczeń społecznych; 2) emerytur i rent; 3) innych świadczeń w sprawach należących do właściwości Zakładu Ubezpieczeń Społecznych; 4) świadczeń odszkodowawczych przysługujących w razie wypadku lub choroby pozostających w związku ze służbą wojskową albo służbą w Policji, Straży Granicznej, Straży Marszałkowskiej, Służbie Celno-Skarbowej, Państwowej Straży Pożarnej, Biurze Ochrony Rządu, Służbie Ochrony Państwa, Służbie Więziennej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służbie Kontrwywiadu Wojskowego, Służbie Wywiadu Wojskowego oraz Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. Podkreślenia w tym kontekście wymaga, że sędziowie Sądu Najwyższego nie podlegają ubezpieczeniom społecznym; podlegają systemowi zaopatrzenia społecznego w zakresie określonym ustawą o SN i p.u.s.p. W konsekwencji, ta część przepisu

¹⁷² Dz. U. z 2018 r., poz. 5 ze zm., dalej jako „ustawa o SN”.

art. 27 § 1 pkt 2 ustawy o SN, nie wyraża *de lege lata* żadnej treści normatywnej, co należy uznać za naruszenie zasad prawidłowej legislacji.

Niezależnie od powyższego, odnotowania wymaga, że na podstawie przytoczonych wyżej przepisów trudno jest *de lege lata* rozstrzygnąć, w sposób jednoznaczny, kwestię dotyczącą ustalenia, który sąd jest (powinien być) sądem właściwym rzeczowo do rozpoznania w pierwszej instancji sprawy z zakresu prawa pracy (z zakresu ubezpieczeń społecznych), w której stroną jest sędzia Sądu Najwyższego. Przedmiotowe zagadnienie nie wzbudzało wątpliwości w stanie prawnym, w którym obowiązywała ustawa z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym¹⁷³, uchylona z dniem 3 kwietnia 2018 r. Regulacja zawarta w art. 40 § 3 ustawy o SN z 2002 r. stanowiła *expressis verbis*, że spory ze stosunku służbowego sędziego Sądu Najwyższego lub z nim związane rozstrzygają sądy pracy. Przy takiej konstrukcji oczywistym było – przy uwzględnieniu rezultatów wykładni systemowej – że sądem właściwym rzeczowo do rozpoznania w pierwszej instancji sprawy z zakresu prawa pracy (ściślej: ze stosunku służbowego) toczącej się z udziałem sędziego Sądu Najwyższego jest – w zależności od rodzaju (wysokości) roszczenia objętego pozwem – sąd rejonowy albo sąd okręgowy. Z kolei wedle ówczesnego stanu prawnego sądem właściwym funkcjonalnie do rozpoznania takiej sprawy w drugiej instancji był – odpowiednio – sąd okręgowy albo sąd apelacyjny. Siłą rzeczy, sądem kasacyjnym (ewentualnie właściwym funkcjonalnie do rozpoznania innego, alternatywnego względem skargi kasacyjnej, nadzwyczajnego środka zaskarżenia prawomocnego orzeczenia sądowego) był Sąd Najwyższy (ściślej: Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych).

Nietrudno nie zauważyć, że w aktualnie obowiązującej ustawie o Sądzie Najwyższym brakuje odpowiednika art. 40 § 3 ustawy o SN z 2002 r. W konsekwencji, o ile raczej nie jest problematyczne stwierdzenie, że sędziemu Sądowi Najwyższemu *de lege lata* przysługuje droga sądowa w sprawach o roszczenia wywodzone ze stosunku służbowego, o tyle poważne wątpliwości wzbudza zagadnienie dotyczące określenia sądu, który jest właściwy rzeczowo do rozpoznania takiej sprawy. Rozstrzygnięcie kontrowersji istniejących w tym zakresie ma zasadnicze znaczenie nie tylko dla prawidłowego określenia sytuacji prawnej sędziów Sądu Najwyższego czynnych zawodowo, ale również sędziów tego Sądu będących w stanie spoczynku, którym także przysługuje dro-

¹⁷³ Dz. U. z 2016 r., poz. 1254 ze zm., dalej jako „ustawa o SN z 2002 r.”.

ga sądowa w sprawach dotyczących ich stosunku służbowego. Z tej perspektywy pożądane jest dokonanie interwencji prawodawczej, której skutkiem będzie określenie wprost w przepisach ustawy o Sądzie Najwyższym organu władzy sądowniczej właściwego rzeczowo do rozpoznania sprawy o roszczenia wywodzone ze stosunku służbowego sędziego Sądu Najwyższego.

Z całą pewnością nie można uznać, że wskazany wyżej postulat został przez prawodawcę *de lege lata* zrealizowany poprzez aktualną konstrukcję art. 27 § 1 pkt 2 ustawy o SN. Obecne brzmienie tego przepisu, nawet odczytywane literalnie, nie pozwala bowiem skonstruować normy kompetencyjnej, wedle której sądem pierwszej instancji właściwym do rozpoznania sprawy o roszczenia ze stosunku służbowego sędziego Sądu Najwyższego jest tylko Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego. Ponadto trzeba zauważyć, że nawet przy hipotetycznym założeniu, iż Sąd Najwyższy – Izba Dyscyplinarna na podstawie art. 27 § 1 pkt 2 ustawy o SN jest sądem pierwszej instancji *ex lege* właściwym do rozpoznawania spraw o roszczenia ze stosunku służbowego sędziego Sądu Najwyższego, to przedmiotowa regulacja pozostawałaby w kolizji ze standardami ustrojowymi (konstytucyjnymi).

Warto w tym miejscu przypomnieć, że zgodnie z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP „każdy” (w tym również sędzia Sądu Najwyższego) ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Z kolei w myśl art. 32 Konstytucji RP wszyscy są wobec prawa równi i mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne, natomiast nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny. Dla porządku trzeba także dodać, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw (art. 77 ust. 2 Konstytucji RP), przy czym każda ze stron ma prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, a wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa (art. 78 Konstytucji RP).

Zważywszy na ustrojową rolę, jaką pełni Sąd Najwyższy w systemie władzy sądowniczej, na „społeczny” charakter spraw cywilnych z zakresu prawa pracy (w tym pojęciu mieszczą się również sprawy o roszczenia ze stosunku służbowego sędziego Sądu Najwyższego) oraz na ugruntowane w judykaturze stanowisko odnośnie do sposobu rozumienia pojęcia „instancyjności” w postępowaniu sądowym (postulat zachowania dwuinstancyjności postępowania sądowego zostaje w peł-

ni zrealizowany tylko wówczas, gdy określoną sprawę co do jej istoty rozpoznają sądy różnych szczebli), należy stwierdzić, że unormowanie, zgodnie z którym sędzia Sądu Najwyższego może realizować, na drodze sądowej, roszczenia wynikające ze stosunku służbowego wyłącznie w postępowaniu cywilnym przed Sądem Najwyższym – Izbą Dyscyplinarną, może budzić wątpliwości ustrojowe i konstytucyjne. Przy takim założeniu sytuacja prawna sędziego Sądu Najwyższego odbiegałaby diametralnie od sytuacji prawnej, w jakiej znajdują się sędziowie pozostałych „najwyższych organów władzy sądowniczej” (Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego). Niewątpliwie sędzia Sądu Najwyższego, który mógłby korzystać z ochrony sądowej wyłącznie w postępowaniu cywilnym przed Sądem Najwyższym – Izbą Dyscyplinarną (zamiast w postępowaniu cywilnym toczącym się przed sądami powszechnymi i Sądem Najwyższym), stałby się w takich okolicznościach jednostką traktowaną inaczej w porównaniu z innymi osobami objętymi konstytucyjnymi gwarancjami ochrony sądowej. Status sędziego Sądu Najwyższego byłby więc zdecydowanie odmienny od statusu sędziego Naczelnego Sądu Administracyjnego, czy sędziego Trybunału Konstytucyjnego, którzy *de lege lata* mają prawo dochodzenia roszczeń ze stosunku służbowego przed sądami pracy (sądami powszechnymi).

Wydaje się, że w zaistniałych okolicznościach najważniejszym rozwiązaniem legislacyjnym – pozostającym w harmonii ze wskazanymi wyżej wzorcami konstytucyjnymi – powinno być „przywrócenie” unormowania wynikającego z art. 40 § 3 ustawy o SN z 2002 r. Z tej przyczyny zachodzi więc potrzeba dokonania nowelizacji przepisów o Sądzie Najwyższym, której istotą będzie wprowadzenie do obowiązującej ustawy regulacji o treści analogicznej z brzmieniem art. 40 § 3 ustawy o SN z 2002 r.

10.6. Kwalifikacje niezbędne do zajmowania stanowiska prokuratora

Zgodnie z art. 174 § 1a pkt 1 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze¹⁷⁴, Prokurator Generalny może mianować asesorem prokuratury osobę, która spełnia warunki określone w art. 75 § 1 pkt 1–5 i 8, zdała egzamin adwokacki lub radcowski i przez co

¹⁷⁴ Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1767 ze zm., dalej jako „u.p.”

najmniej rok była zatrudniona na stanowisku asystenta prokuratora lub asystenta sędziego lub wykonywała czynności związane z tworzeniem lub stosowaniem prawa w urzędach obsługujących organy państwowe. Z kolei, zgodnie z art. 75 § 1a pkt 1 ustawy o prokuraturze wymagania, o których mowa w § 1 pkt 6 (zdany egzamin sędziowski i prokuratorowski), nie dotyczą jedynie tej osoby, która zdała egzamin adwokacki lub radcowski i przez co najmniej 3 lata wykonywała czynności związane z tworzeniem lub stosowaniem prawa w urzędach obsługujących organy państwowe. Tym samym osoba, która zdała egzamin radcowski lub adwokacki oraz pracowała na stanowisku asystenta prokuratora lub asystenta sędziego przez co najmniej rok, może zostać mianowana asesorem prokuratury, jednak nie może następnie zostać powołana na stanowisko prokuratora. Nie spełnia bowiem wymagań dotyczących trzyletniego wykonywania czynności związanych z tworzeniem lub stosowaniem prawa w urzędach obsługujących organy państwowe. Wymogu tego nie można utożsamiać z zajmowaniem stanowiskiem asystenta sędziego lub prokuratora.

10.7. Różnicowanie uprawnień prokuratora delegowanego do innej jednostki prokuratury i sędziego delegowanego do innego sądu

Zgodnie z treścią art. 108 § 1 u.p., prokurator delegowany do innej jednostki organizacyjnej prokuratury, z wyjątkiem Prokuratury Krajowej, po 6 miesiącach delegowania uzyskuje na pozostały okres delegacji prawo do wynagrodzenia zasadniczego w stawce podstawowej, przewidzianego dla prokuratora tej jednostki, a jeżeli na zajmowanym stanowisku otrzymywał już wynagrodzenie w tej lub wyższej stawce, uzyskuje prawo do wynagrodzenia w stawce bezpośrednio wyższej. W przepisach p.u.s.p. nie przewidziano natomiast takiego uprawnienia dla sędziów delegowanych do innego sądu. W konsekwencji, sędzia delegowany do sądu wyższego rzędu nie może uzyskać prawa do wynagrodzenia zasadniczego w stawce podstawowej, przewidzianego dla sędziego tego sądu.

Ustawodawca różnicuje tym samym uprawnienia prokuratorów delegowanych do innej jednostki prokuratury i sędziów delegowanych do innego sądu. Takie rozwiązanie zrywa z systemowym założeniem

regulacji obu tych zawodów, którym jest analogiczność uprawnień przysługujących osobom je wykonującym. Na założenie to wskazuje choćby porównanie obowiązujących przepisów p.u.s.p., w tym załącznika „*Stawki wynagrodzenia zasadniczego na poszczególnych stanowiskach sędziowskich oraz mnożniki, służące do ustalenia wysokości wynagrodzenia zasadniczego sędziów*” oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 lutego 2016 r. w sprawie wynagradzania zasadniczego prokuratorów oraz wysokości dodatków funkcyjnych przysługujących prokuratorom¹⁷⁵.

10.8. Obowiązek przekazania przez sędziego Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego zysków z tytułu posiadanych akcji lub udziałów w spółkach handlowych na cele publiczne albo na odrębny rachunek bankowy

Artykuł 44 § 5 pkt 4 ustawy o SN stanowi, że sędzia Sądu Najwyższego nie może posiadać w spółce prawa handlowego więcej niż 10% akcji lub udziałów przedstawiających więcej niż 10% kapitału zakładowego. Paragraf 7 przewiduje z kolei, że „[z]yski z tytułu posiadania akcji lub udziałów w spółce prawa handlowego określonych w § 5 pkt 4, sędzia Sądu Najwyższego przekazuje na wskazane przez siebie cele publiczne albo na odrębny rachunek bankowy prowadzony przez bank wskazany przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego do dnia 31 marca roku następującego po roku, w którym je uzyskał. Sędzia Sądu Najwyższego może korzystać ze środków zgromadzonych na rachunku bankowym po przejściu w stan spoczynku.”. Natomiast zgodnie z art. 44 § 8 ustawy o SN niewykonanie obowiązku, o którym mowa w § 7 jest równoznaczne ze zrzeczeniem się pełnienia urzędu na stanowisku sędziego Sądu Najwyższego.

Analogiczne rozwiązanie, tyle że w odniesieniu do sędziów sądów powszechnych przewidywały przepisy art. 86 § 3b i 3b ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych¹⁷⁶. Unormowania te uchylono na mocy art. 1 pkt 21 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektó-

¹⁷⁵ Dz. U. z 2016 r., poz. 271.

¹⁷⁶ Dz. U. z 2018 r., poz. 23 ze zm., dalej jako „p.u.s.p.”.

rych innych ustaw¹⁷⁷, uzasadniając to potrzebą realizacji powszechnie podnoszonego przez środowisko sędziowskie postulatu odstąpienia od obowiązku, który – co wprost podkreślono w uzasadnieniu projektu ustawy zmieniającej – zbyt mocno ingerował w sferę prywatności i własności sędziego¹⁷⁸.

W tym kontekście utrzymywanie regulacji zawartych w art. 44 § 7 i 8 ustawy o SN nie tylko wydaje się nieuzasadnione, ale także godzi w konstytucyjną zasadę równości wobec prawa oraz w wywodzoną z art. 64 ust. 2 Konstytucji RP zasadę ochrony własności. Trudno bowiem uzasadnić tezę, że przyjęty przez ustawodawcę środek w postaci nałożenia na sędziów obowiązku przekazania na rachunek w banku wskazanym przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego zysków z tytułu posiadania akcji lub udziałów był niezbędny dla ochrony w procesie orzekania interesu państwa i obywateli w przypadku ich konfliktu z interesem spółki, której akcje lub udziały sędzia posiada. Podkreślenia wymaga bowiem, że konflikt ten ma charakter potencjalny i odnosi się w zasadzie do spraw, w jakich spółka, w której udziały ma sędzia, jest stroną. Cele związane z ochroną interesu publicznego, czy słusznego interesu obywateli, z powodzeniem może więc realizować instytucja wyłączenia sędziego.

Zaznaczyć należy, że jakkolwiek omawiany przepis ustawy o SN wzorowany jest na art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego¹⁷⁹, to jednak pomiędzy statusem sędziów Trybunału Konstytucyjnego i sędziów Sądu Najwyższego zachodzą bardzo istotne rozbieżności. Abstrahując bowiem od fundamentalnych różnic w zakresie „oddziaływania” orzeczeń wydawanych przez sędziów Trybunału Konstytucyjnego i orzeczeń wydawanych przez sędziów Sądu Najwyższego, nie można tracić z pola widzenia faktu, że urząd sędziego Trybunału Konstytucyjnego pełniony jest przez 9 lat. Urząd sędziego Sądu Najwyższego nie jest kadencyjny, a perspektywa „zamrożenia” osiągniętych zysków, wyznaczająca jednocześnie rozmiar ciężaru nakładanego na sędziego Sądu Najwyższego, jest często nieporównywalnie dłuższa.

Utrzymywanie omawianej regulacji prowadzi wreszcie do skutków trudnych do zaakceptowania z punktu widzenia spójności systemu prawnego, co widać w szczególności na przykładzie sędziów sądów admini-

¹⁷⁷ Dz. U. poz. 1443, dalej jako „ustawa zmieniająca”.

¹⁷⁸ Zob. druk sejmowy VIII kadencji nr 2731.

¹⁷⁹ Dz. U. z 2018 r., poz. 1422.

stracyjnych. Zgodnie z art. 49 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych¹⁸⁰, w sprawach nieuregulowanych w tej ustawie do sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące Sądu Najwyższego. Z kolei z mocy art. 29 § 1 p.u.s.a. do sędziów wojewódzkich sądów administracyjnych stosuje się odpowiednio przepisy o ustroju sądów powszechnych. W konsekwencji, wobec uchylenia art. 86 § 3b i 3c p.u.s.p., sędziowie wojewódzkich sądów administracyjnych nie są zobligowani do przekazywania zysków z tytułu posiadanych akcji na wskazane przez siebie cele publiczne albo na odrębny rachunek bankowy. Z kolei obowiązek obciąża sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego, mimo że są to sędziowie sądów tego samego rodzaju, wymienionych w art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, co sędziowie wojewódzkich sądów administracyjnych.

10.9. Obowiązek opublikowania w Biuletynie Informacji Publicznej orzeczeń wydanych przez Sąd Najwyższy przed wejściem w życie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym

Artykuł 132 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym¹⁸¹ stanowi, że „[n]iezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 2 lat od wejścia w życie niniejszej ustawy, Sąd Najwyższy opublikuje w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie podmiotowej Sądu Najwyższego orzeczenia wraz z uzasadnieniami wydane przez Sąd Najwyższy przed wejściem w życie niniejszej ustawy.”

Zgodnie z argumentem *lege non distinguente*, można twierdzić, że dyspozycja powołanego wyżej przepisu obejmuje wszystkie orzeczenia wydane na przestrzeni stuletniej historii Sądu Najwyższego, począwszy od 1917 r. W takim ujęciu obowiązek ten jest jednak niemożliwy do wykonania w odniesieniu do znacznej części dawniejszych orzeczeń, a w odniesieniu do innych jego wykonanie napotykać będzie trudne do pokonania przeszkody. Podkreślenia wymaga bowiem, że część akt spraw rozstrzygniętych przez Sąd Najwyższy przed wybuchem II wojny światowej została zniszczona w wyniku działań wojennych. Co więcej, podobnie jak to ma miejsce w sądach powszechnych, także i aktom

¹⁸⁰ Dz. U. z 2018 r., poz. 2107, dalej jako „p.u.s.a.”

¹⁸¹ Dz. U. z 2018 r., poz. 8.

prowadzonym przez Sąd Najwyższy przypisuje się określone kategorie archiwizacyjne, w wyniku czego część z nich po upływie okresu przechowywania przekazywana jest do właściwego archiwum państwowego, a inne – podlegają zniszczeniu. Odtworzenie tych ostatnich w celu opublikowania orzeczenia wydanego w sprawie, w której były one prowadzone, wydaje się wręcz niewykonalne. Z kolei opublikowanie orzeczeń wydanych w sprawach, których akta przekazano już do archiwum państwowego wiązać się będzie z kosztami, które wydają się niewspółmierne dla celów złożonych przez ustawodawcę.

Przeszkody praktyczne trudne do przezwyciężenia generuje także forma niektórych zachowanych orzeczeń, które niejednokrotnie sporządzone zostały pismem ręcznym, a w najlepszym przypadku – maszynowym. Przetworzenie takich dokumentów do postaci cyfrowej wymaga nie tylko znacznego zaangażowania środków osobowych, ale także pociąga za sobą konieczność znacznego zwiększenia przestrzeni dyskowych, na których pliki tego typu mają być przechowywane. Ich rozmiar jest bowiem znacznie większy niż w przypadku plików powstałych z przekształcenia plików tekstowych.

Rozumiejąc ideę udostępnienia orzeczeń sądowych w celu podniesienia poziomu świadomości prawnej społeczeństwa, należy podkreślić, że orzeczenia zapadłe w sprawach, których akta zostały już zarchiwizowane nie świadczą o obecnym stanie prawnym, a ich udostępnienie może wywoływać skutki odwrotne od zamierzonych. To samo dotyczy zresztą orzeczeń w sprawach, których akta przechowywane są wprawdzie w Sądzie Najwyższym, a które zostały wydane przed 2001 r. Orzeczenia te nie występują bowiem w formie cyfrowej, a ich udostępnienie w Biuletynie Informacji Publicznej wymagałoby nie tylko ich digitalizacji, ale także żmudnego i skomplikowanego procesu anonimizacji.

Powyższe trudności potęguje użycie przez ustawodawcę terminu „orzeczenia”, który odnosi się nie tylko do wyroków, uchwał i postanowień kończących postępowanie, ale także do postanowień wydanych w kwestiach ubocznych bądź proceduralnych. Te ostatnie niejednokrotnie zawarte są w protokołach rozpraw, co znacznie utrudnia wykonanie omawianego obowiązku.

Jakkolwiek można argumentować, że powołany wyżej przepis należy interpretować łącznie z przepisami ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej¹⁸², a na gruncie tej ostatniej udo-

¹⁸² Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 1764 z późn. zm.

stępnieniu, także w formie Biuletynu Informacji Publicznej, podlegają jedynie informacje znajdujące się w posiadaniu organu zobowiązanego, to jednak w żaden sposób nie wynika to z treści art. 132 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r.

Należy dodatkowo zauważyć, że nałożony na Sąd Najwyższy obowiązek publikowania orzeczeń zapadłych przed wejściem w życie ustawy o SN wiąże się z koniecznością ich anonimizacji. Sąd Najwyższy nie posiada bowiem informacji czy strony poszczególnych postępowań będące osobami fizycznymi nadal żyją. Pomimo, że w konsekwencji dane dotyczące osób nieżyjących nie są danymi osobowymi w rozumieniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (Dz. Urz. UE serii L 119 z 4.05.2016, s. 1)¹⁸³, to jednak z uwagi na potencjalne naruszenie ochrony danych osób żyjących, niezbędne jest anonimizowanie wszystkich orzeczeń, co dodatkowo wskazuje na nieproporcjonalność omawianego obowiązku.

W świetle powyższych uwag, interwencja ustawodawcy, uwzględniająca zgłoszone wyżej trudności, wydaje się więc nieodzowna.

¹⁸³ D. Lubasz i in., [w:] *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, (red.) E. Bielak-Jomaa, D. Lubasz, LEX/el 2018, uwaga 6 do art. 4.

11. Varia

11.1. Tajemnica zawodu psychologa

Wadliwość unormowania kwestii tajemnicy wiążącej osoby wykonujące zawód psychologa wynika przede wszystkim ze specyficznego statusu ustawy z dnia 8 czerwca 2001 r. o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów¹⁸⁴. Według pierwotnego brzmienia art. 64 tejże ustawy miała ona wejść w życie z dniem 1 stycznia 2002 r. Przepis ten zmieniono ustawą z dnia 21 grudnia 2001 r. o zmianie ustawy o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów oraz ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym¹⁸⁵ odraczając wejście w życie kompleksowej regulacji zawodu psychologa do dnia 1 stycznia 2006 r. Od tego dnia – według powszechnie przyjętych kryteriów dotyczących mocy wiążącej aktów prawnych – ustawa o zawodzie psychologa obowiązuje. W praktyce nie jest jednak stosowana.

Zgodnie z art. 7 u.z.p. prawo wykonywania zawodu psychologa powstaje z chwilą dokonania wpisu na listę psychologów Regionalnej Izby Psychologów. Należy jednak zauważyć, że izby te, będące organami samorządu zawodowego, nie powstały. Przyczyny takiego stanu rzeczy należy upatrywać w niewykonaniu przez ministra właściwego do spraw pracy obowiązku wynikającego z art. 62 ust. 1 u.z.p., który polega na powołaniu w terminie 3 miesięcy od dnia wejścia ustawy w życie Komitetu Organizacyjnego Izb Psychologów, mającego wyłączne kompetencje do podjęcia dalszych działań zmierzających do powołania organów samorządu. Rezultatem niepodjęcia aktywności przez ministra właściwego do spraw pracy jest przedłużający się stan braku regulacji w istotnym obszarze działalności zawodowej i opieki zdrowotnej. Niepowołanie organów mających prowadzić listy psychologów sprawia, że pomimo obowiązywania ustawy *de lege lata* nie ma osób uprawnionych do wykonywania zawodu psychologa. Pozostaje to w rażącej sprzeczności z faktyczną sytuacją społeczno-gospodarczą, w której funkcjonują tysiące osób wykonujących ten zawód.

Obowiązywanie ustawy, której przepisy nie są stosowane, jest niekorzystne również dla osób korzystających z usług psychologów, których działalność nie podlega nadzorowi organów samorządu. Z perspektywy

¹⁸⁴ Dz. U. z 2001 r., nr 73, poz. 763 ze zm., dalej jako „u.z.p.”.

¹⁸⁵ Dz. U. z 2001 r., nr 154, poz. 1798.

postępowań przed sądami, nad których działalnością orzeczniczą nadzór judykacyjny sprawuje Sąd Najwyższy, istotne znaczenie ma kwestia tajemnicy zawodowej. Nie ulega wątpliwości, że relacja psychologa i pacjenta oparta jest na zaufaniu, a w czasie wykonywania zawodu udostępniane są informacje dotyczące życia prywatnego, często o najbardziej poufnym charakterze. Przyjęcie, że regulacja tajemnicy zawodu psychologa, zawarta w art. 14 ust. 1 u.z.p., dotyczy wyłącznie osób wpisanych na listy psychologów, prowadzi natomiast do wniosku, że osoby świadczące obecnie usługi psychologiczne nie są związane tajemnicą. Jednocześnie w związku ze świadczeniem tych usług powstają zagadnienia o istotnej doniosłości, wśród których można wymienić kwestię dopuszczalności przesłuchania psychologa jako świadka lub kwestię obowiązku przekazania przez psychologa organom ścigania informacji o przestępstwie, uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu. Unormowanie zagadnienia tajemnicy zawodowej w przedstawionym zakresie wydaje się zatem niezbędne.

11.2. Obecność osób trzecich przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych i obowiązek zachowania przez nie tajemnicy

Kwestia wyznaczenia kręgu osób, których obecność jest dopuszczalna przy udzielaniu świadczeń zdrowotnych, jest ściśle związana z problematyką ochrony dóbr osobistych. Poszanowanie godności osobistej pacjenta i prawa do prywatności wymaga, aby wyłączyć udział osób innych niż zaangażowanych bezpośrednio w podejmowane czynności. Z drugiej strony obecność osób trzecich może być uzasadniona ważnymi względami, w szczególności związanymi z kształceniem i doskonaleniem zawodowym lekarzy oraz przedstawicieli innych zawodów medycznych. Rozstrzygnięcie przedstawionej kolizji dóbr wymaga odpowiedniej regulacji ustawowej.

Według art. 22 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta¹⁸⁶ osoby wykonujące zawód medyczny, inne niż udzielające świadczeń zdrowotnych, uczestniczą przy udzielaniu tych świadczeń tylko wtedy, gdy jest to niezbędne ze względu na rodzaj świadczenia lub wykonywanie czynności kontrolnych na podstawie przepisów o działalności leczniczej. Uczestnictwo, a także obecność innych osób wymaga

¹⁸⁶ Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1318 ze zm., dalej jako „u.p.p.”.

zgody pacjenta, a w przypadku pacjenta małoletniego, całkowicie ubezwłasnowolnionego lub niezdolnego do świadomego wyrażenia zgody, jego przedstawiciela ustawowego, i osoby wykonującej zawód medyczny, udzielającej świadczenia zdrowotnego.

Z perspektywy ochrony praw pacjenta najistotniejsze wydaje się zdanie drugie powołanego artykułu. Uzależnienie obecności osób, których udział przy wykonywaniu świadczenia zdrowotnego nie jest niezbędny od zgody pacjenta, jest rozwiązaniem jednoznacznym, a przy tym realizującym zasadę autonomii woli, mającą w prawie medycznym kluczowe znaczenie. Na podstawie art. 36 ust. 4 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry¹⁸⁷ stosowanie art. 22 u.p.p. zostało jednak wyłączone w odniesieniu do „klinik i szpitali akademii medycznych, medycznych jednostek badawczo-rozwojowych i innych jednostek uprawnionych do kształcenia studentów nauk medycznych, lekarzy oraz innego personelu medycznego w zakresie niezbędnym do celów dydaktycznych”.

Z treści przytoczonych przepisów wynika, że obecność osób, które nie udzielają świadczeń zdrowotnych, przy udzielaniu tych świadczeń jest w pełni dopuszczalna pod warunkiem spełnienia dwóch kryteriów: rodzaju jednostki, w której świadczenie jest udzielane oraz niezbędności dla celów dydaktycznych. Pierwsza z wymienionych przesłanek jest trudna do oceny przez samego pacjenta, nie dysponującego z reguły szczegółową wiedzą co do rodzajów jednostek opieki zdrowotnej. Druga przesłanka z kolei oparta jest na kryteriach ocennych, które nie uwzględniają wartości pozostających w kolizji z wymaganiami kształcenia medycznego. Zastrzeżenia budzi w szczególności pominięcie kryterium rodzaju udzielanego świadczenia zdrowotnego i związanego z tym stopnia ingerencji w prywatność pacjenta.

Należy przy tym zwrócić uwagę na stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (wyrok z dnia 9 października 2014 r., sprawa o sygn. 37873/04), w którym za naruszenie art. 8 Konwencji uznano dopuszczenie obecności studentów medycyny przy porodzie, mimo poinformowania pacjentki, że w szpitalu odbywa się kształcenie przyszłych lekarzy oraz braku jej sprzeciwu. Wynika stąd, że działanie zgodne z powołanymi wyżej polskimi przepisami ustawowymi może być uznane za naruszenie konwencyjnego prawa do życia rodzinnego i prywatnego.

¹⁸⁷ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 617 ze zm.

Obowiązek poszanowania dóbr osobistych pacjenta oraz uwzględnienia jego woli co do obecności osób nie udzielających świadczeń zdrowotnych można wyprowadzać z przepisów wyższego rzędu, w szczególności konstytucyjnych i konwencyjnych gwarancji prawa do prywatności, godności osobistej i autonomii woli. Wydaje się jednak, że normy prawne adresowane do osób niemających pogłębionej wiedzy prawniczej powinny być sformułowane w sposób jednoznaczny i nie wymagający daleko idących zabiegów interpretacyjnych. Wzgląd na ochronę wymienionych dóbr pacjenta skłania do wniosku o celowości uzupełnienia przepisów, na przykład poprzez wyłączenie obecności osób trzecich w razie wyraźnego sprzeciwu pacjenta oraz obowiązku poinformowania o możliwości wyrażenia takiego sprzeciwu.

Odrębnym problemem związanym z obecnością osób innych niż udzielające świadczeń zdrowotnych przy udzielaniu tych świadczeń jest obowiązek zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych w związku z ich udzielaniem.

W przypadku niektórych zawodów medycznych obowiązek ten, jego zakres i ograniczenia, uregulowano w ustawach dotyczących wykonywania tych zawodów. Należy do nich w szczególności ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Według art. 40 ust. 1 ustawy lekarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu. Podobne przepisy znajdują się w art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej¹⁸⁸, w art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej¹⁸⁹ i w art. 21 pkt 2 ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich¹⁹⁰. We wszystkich powołanych ustawach przewidziano, że obowiązek zachowania tajemnicy dotyczy osób wykonujących dany zawód.

W przypadku osób nie objętych obowiązkami wynikającymi z powołanych przepisów zastosowanie znajduje ogólna regulacja zawarta w ustawie z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta¹⁹¹. W art. 13 tej ustawy wskazano, że pacjent ma prawo do zachowania określonych informacji w tajemnicy, a w art. 14 przewidziano obowiązek zachowania tej tajemnicy przez wskazane osoby. O ile w każdym z dwóch powyższych przepisów zakres informacji zo-

¹⁸⁸ Tekst jedn.: Dz. U. z 2018 r., poz. 123 ze zm.

¹⁸⁹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 2245 ze zm.

¹⁹⁰ Tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r., poz. 1496 ze zm.

¹⁹¹ Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r., poz. 1318 ze zm.

stał określony w sposób nieco odmienny, to krąg podmiotów mających obowiązek zachowania tajemnicy określono jednolicie jako „osoby wykonujące zawód medyczny”. W art. 22 ust. 3 u.p.p. przewidziano odpowiednie stosowanie art. 13 i 14 u.p.p. również do osób, o których mowa w art. 22 ust. 3 zdanie drugie. W przepisie tym jest mowa o osobach innych niż wykonujące zawód medyczny, które uczestniczą lub są obecne przy udzielaniu świadczeń medycznych. Jak jednak wskazano powyżej, na podstawie art. 36 powołanej wyżej ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty stosowanie art. 22 ust. 2 u.p.p. wyłączono w przypadku klinik i szpitali akademii medycznych, medycznych jednostek badawczo-rozwojowych i innych jednostek uprawnionych do kształcenia studentów nauk medycznych, lekarzy oraz innego personelu medycznego w zakresie niezbędnym do celów dydaktycznych. Oznacza to, że brak jest normatywnych podstaw do rozciągnięcia obowiązku zachowania tajemnicy medycznej również na studentów kierunków medycznych obecnych podczas udzielenia świadczeń zdrowotnych w klinikach i szpitalach akademii medycznych, medycznych jednostek badawczo-rozwojowych i innych jednostkach uprawnionych do kształcenia studentów nauk medycznych. Taki stan jest wysoce niepożądany ze społecznego punktu widzenia i wymaga zmian.