



*13 2 /2017

MŁODA PALESTRA

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH

RELACJA
Z KONGRESU
PRAWNIKÓW
POLSKICH

MEDIACJA
- ALTERNATYWNY
SPOSÓB
ROZWIĄZYWANIA
SPORÓW

DOBRO DZIECKA - PUSTY FRAZES?

Vacatio
Legis



ISSN 2451-327X
9 772451 327111





MIŁODA PALESTRA

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



IZBA ADWOKACKA
W WARSZAWIE



AUDEMUS IURA
NOSTRA DEFENDERE

Projekt współfinansowany przez Naczelną Radę Adwokacką





Drogie Koleżanki i Koledzy,

Prezentujemy Wam kolejną odsłonę czasopisma „Młoda Palestra”. Ten numer jest wyjątkowy, albowiem został wydany ze wsparciem Naczelnej Rady Adwokackiej, co napawa ogromną radością. W tym miejscu, pragnę podziękować najwyższym Organom Adwokatury za wiarę w ten projekt i docenienie ogromnego nakładu pracy, który w niego wkłada całe grono redakcyjne.

„Młoda Palestra” nie jest miejscem słownej szermierki politycznej. Nie można jednak pozostawić bez komentarza ostatnich wydarzeń legislacyjnych, które dotyczą nas wszystkich, nie tylko jako obywateli, ale przede wszystkim jako prawników. Wymiar sprawiedliwości z pewnością wymaga reform, jednakże winny być one dokonywane rozważnie, przy szerokich konsultacjach z różnymi środowiskami, w szczególności prawniczymi, ze wzmocnionym naciskiem na postulaty praktyków. Warto przypomnieć sobie tekst ślubowania, które składaliśmy jako aplikanci adwokacy na początku naszej drogi zawodowej:

„Ślubuję uroczyście, w swojej pracy aplikanta adwokackiego przyczyniać się ze wszystkich sił do obrony praw i wolności obywatelskich oraz umacniania porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Obowiązki swe wypełniać gorliwie, sumiennie i zgodnie z przepisami prawa. Zachować tajemnicę zawodową, a w postępowaniu swoim kierować się zasadami: godności, uczciwości, słuszności i sprawiedliwości społecznej”.

Bądźmy temu wierni.

Na zakończenie zaproszenie.

Mam nadzieję, że we wrześniu, już tradycyjnie - podobnie jak w poprzednich latach, spotkamy się na Konferencji organizowanej przez Samorząd Aplikantów Adwokackich Izby Adwokackiej w Warszawie wraz z „Młodą Palestą”, która będzie połączona ze zjazdem Aplikantów ze wszystkich Izb w Polsce. Tym razem wydarzenie odbędzie w weekend **22- 24 września 2017 r.** pod hasłem: **„Pełnomocnik przedsiębiorcy wobec zmian w prawie”**. W piątek w charakterze prelegentów wystąpią sędziowie, adwokaci oraz przedstawiciele władzy wykonawczej i ustawodawczej. W drugim dniu są planowane warsztaty praktyczne z „Młodą Palestą” z uwzględnieniem tematyki będącej przedmiotem egzaminu adwokackiego. Nie zabraknie także czasu na wspólną integrację. Uczestnictwo jest płatne, ale pamiętajcie, że możecie próbować ubiegać się o dofinansowanie wyjazdu u właściwego dla Was Dziekana. Zgłoszenia i inne pytania można przesyłać na adres: konferencjaaplikantow2017@gmail.com Więcej informacji już niedługo na fb i stronie wydarzenia.

PS

Czekamy na Wasze teksty do następnego numeru do 27 sierpnia 2017 r.

Artykuły można wysyłać na adres: młoda.palestra.wa@gmail.com

Zachęcamy Was do polubienia naszego profilu na FB: www.facebook.com/mlodapalestra

Z życzeniami dobrego wypoczynku,

apl. adw. Magdalena Robaszyńska

redaktor naczelna „Młodej Palesty-Czasopisma Aplikantów Adwokackich”

Co w numerze?

- 10** Kryminologiczne aspekty klauzuli bezkarności a koncepcje pracy organów ścigania



Karne

Cywilne



- 20** Mediacja jako alternatywna metoda rozwiązywania sporów cywilnych
- 32** Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2015 roku, III CZP 19/15

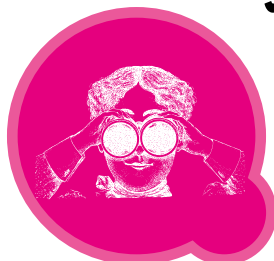


46 Związek międzygminy w obrocie gospodarczym



Gospodarcze

Administracyjne



62 Spory podatkowe w arbitrażu – cz.2

70 Opłata adiacencka

83 Jednolity Plik Kontrolny – nowe obowiązki dla podatników

94 Problem doboru środków technicznych i organizacyjnych w systemach informatycznych w perspektywie ogólnego rozporządzenia o ochronie danych (GDPR).



Etyka i inne

+ **106** Afisz



IZBA ADWOKACKA
W WARSZAWIE



AUDEMUS IURA
NOSTRA DEFENDERE

2/2017 (13)

**Projekt współfinansowany przez
Naczelną Radę Adwokacką**

Redaktor Naczelny:

Magdalena Robaszyńska

Zastępca Redaktora Naczelnego:

Piotr Babiaryz

Redakcja:

Alicja Cessak

Łukasz Filipek

Tomasz Gołembiewski

Adriana Gościńska

Klaudia Kądrowska

Agnieszka Michalak

Magdalena Michałek

Magdalena Niegierewicz

Joanna Tkaczyk

Dominika Tomaszewska

Barbara Trzeciak

Recenzenci:

Paweł Deszczuk

Jakub Jacyna

Andrzej Lagut

Agnieszka Masalska

Karol Pachnik

Witold Sławiński

Andrzej Ważny

Projekt graficzny i DTP:

Michał Kupidura

Adres Redakcji:

Redakcja „Młodej Palestry-
Czasopisma Aplikantów Adwokackich”
Al. Ujazdowskie 49, 00-536 Warszawa

Wersją podstawową czasopisma
jest wydanie elektroniczne.

ISSN: 2299-8012

Karne



**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



Kryminologiczne
ASPEKTY
KLAUZULI
BEZKARNOŚCI



a koncepcje pracy
organów ścigania

Rafał Wielki

Doktorant w Pracowni Kryminalistyki WPiA
Uniwersytetu Opolskiego



Klauzula bezkarności jest jedną z instytucji prawnych, służących zwalczaniu przestępczości korupcyjnej. Kryminologiczna analiza kwestii denuncjacyjnych wskazuje, że konieczne jest prowadzenie postępowania przygotowawczego w duchu modelu tzw. śledztwa proaktywnego, które może zmniejszyć ryzyko związane z patologiami pierwszych informacji o przestępstwie. W efekcie, walka z korupcją może stać się skuteczniejsza poprzez zmniejszenie pola do możliwych nadużyć przy rozbijaniu solidarności sprawców.



UWAGI WSTĘPNE

Celem artykułu jest omówienie klauzuli bezkarności jako instytucji prawnej, wprowadzonej do polskiego ustawodawstwa, której zamierzeniem jest walka z szeroko rozumianą korupcją. Na początku rozważań, warto przytoczyć kwestie karno-materialne, które pojawiają się w kodeksie karnym na gruncie łapownictwa czynnego, płatnej protekcji czynnej, korupcji gospodarczej, korupcji medycznej oraz korupcji w sporcie. Idea przedmiotowej instytucji prawnej wiąże się z koncepcją rozbicia solidarności sprawców



przestępstw korupcyjnych, jednakże należy zwrócić uwagę, że reaktywny proces wykrywczy może wiązać się z ryzykiem uwikłania jednej ze strony sprawczych w spiralę korupcji, która może służyć jako narzędzie szantażu wobec sprawców korupcji biernej. Właściwa selekcja przez organy ścigania materiału z szumu informacyjnego, między innymi dzięki zastosowaniu metod śledztwa proaktywnego może zniwelować wspomniane ryzyko, co jednak wymaga szerokiej analizy kryminologicznej działań denuncjacyjnych. Wielu denuncjatorów, korzystających z dobrodziejstwa bezkarności posiada *modus operandi* inspirowane chęcią zemsty, co wymaga właściwego zorientowania na problem przez służby policyjne. Analiza prawna, powiązana z próbą posiłkowania się orzecznictwem sądów powszechnych, może przybliżyć oszacowanie ryzyka szantażu w spirali korupcji oraz ewentualnego pogwałcenia prawa do obrony sprawcy korupcji biernej.



ISTOTA KLAUZULI BEZKARNOŚCI

Klauzulą bezkarności nazywane są normy prawne zawarte w przepisach kodeksu karnego oraz ustaw szczególnych, których celem jest rozbicie powstałej na gruncie przestępstwa tzw. solidarności sprawców korupcji, tj. zmowy milczenia pomiędzy przyjmującym korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę oraz udzielającym jej¹. Zgodnie z nimi, sprawca tego przestępstwa nie podlega karze, jeżeli zostaną spełnione łącznie następujące warunki:

- 1. sprawca okaże tzw. czynny żal – tzn. sprawca czynny ujawni organom ścigania wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim te organy same je wykryją;**
- 2. korzyść majątkowa lub osobista albo jej obietnica zostaną przyjęte.**

Wyróżnić należy ponadto, że ustawodawca przewidział możliwość zastosowania klauzuli bezkarności na gruncie części czynów o charakterze korupcyjnym takich jak:

- łapownictwo czynne (art. 229 § 6 k.k.²);

1 Centralne Biuro Antykorupcyjne, *Poradnik antykorupcyjny dla urzędników*, Warszawa 2011, s. 36.

2 Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 2016 poz. 1137).

- płatna protekcja czynna (art. 230a § 3 k.k.);
- korupcja gospodarcza (art. 296a § 5 k.k.);
- korupcja medyczna (art. 54 ust. 6 u.r.l.³);
- korupcja w sporcie (art. 49 u.s.⁴).

Co jest warte podkreślenia, forma przekazania okoliczności popełnienia czynu zabronionego organom ścigania nie ma znaczenia, zatem nie wyklucza to możliwości zawiadomienia o charakterze operacyjnym⁵.

Analiza przedmiotowej instytucji wymaga zauważenia, że wspomniana solidarność jest niczym innym jak prostą konsekwencją faktu, że zarówno udzielający jak i przyjmujący korzyść, dopuszczają się swoich czynów w warunkach podobnej konfiguracji sytuacyjnej, co można odnieść do zjawiska swoistej symbiozy⁶. Przepisy prawa umożliwiają uniknąć kary sprawcy czynnemu (wręczającemu nienależną korzyść), jednakże jednocześnie ustawodawca odmówił takiej możliwości sprawcy biernemu (otrzymującemu nienależną korzyść). Ustawodawca uznał, iż społeczne poczucie sprawiedliwości i porządek publiczny nie zostaną naruszone poprzez rezygnację z penalizacji korupcji czynnej⁷. Pozwala to sądzić, iż ustawodawca wychodzi z założenia, że większą społeczną szkodliwością charakteryzuje się korupcja w sensie biernym, a niżeli w sensie czynnym, co na gruncie kryminologii może budzić pewne wątpliwości. Sygnalnie warto wspomnieć, że jedna z teorii kryminologicznych dotyczących przestępstw korupcyjnych wskazuje na fakt, że korupcja staje się elementem przestępczości zorganizowanej oraz przestępczości białych kołnierzyków, zwłaszcza w odniesieniu do przemian społeczno-gospodarczych w latach 90. XX w.

3 Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. 2016 poz. 1536).

4 Ustawa z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. 2016 poz. 176).

5 M. Kulik w: M. Mozgawa (red), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 7, Warszawa 2015, LEX/el.

6 P. Bachmań, *Klauzula bezkarności sprawców przestępstwa łapownictwa czynnego (art. 229 § 6 k.k.)*, Warszawa 2009, s. 1.

7 J. Potulski, *Penalizacja korupcji w sporcie – uwagi krytyczne*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 3, s. 36.



na terenie Europy Wschodniej⁸. W takim kryminologicznym ujęciu, trudno zgodzić się z twierdzeniem, iż różnicować można szkodliwość czy skutki korupcji, w zależności od sprawcy, który ją popełnia, a należałoby skupić się na szkodliwości społecznej czynu *sensu largo*. Niemniej jednak, z punktu widzenia sensu normatywnego przedmiotowych rozważań, nie ulega wątpliwości, że ustawodawca przewidział więcej praw podmiotowych w sferze prawa karnego materialnego sprawcy czynnemu aniżeli sprawcy biernemu, co może rodzić pytania natury ewentualnego pogwałcenia prawa do obrony jednego ze sprawców popełnianego czynu zabronionego.



KRYMINOLOGICZNE ASPEKTY W PROCESIE WYKRYWCZYM

Z pewnością przydatność instytucji prawnej w postaci klauzuli bezkarności może być znaczna z punktu widzenia procesu wykrywczego, jednakże zauważyć należy, że uwzględnienie możliwości zastosowania klauzuli przez sprawców korupcji czynnej, rodzić może pewne ryzyko dla sprawców korupcji biernej. Organy ścigania powinny mieć jednakże świadomość, że sprawca przyjmując korzyść nienależną nie tylko łamie prawo w okolicznościach konkretnej sprawy, ale również naraża się na ryzyko, że w przyszłości może być szantażowany przez osobę wręczającą lub grupę przestępczą i znajdzie się w sytuacji, którą można określić jako „spiralę korupcji”⁹. Problem ten jest dostrzegalny na gruncie doktryny w odniesieniu do przestępstwa łapownictwa czynnego¹⁰. Obowiązujące ujęcie normy prawnej tworzy pole do nadużyć ze strony sprawców czynnych – zarówno prawdziwych jak i rzekomych¹¹. Niemniej jednak, warto zauważyć, że sprawców przestępstw korupcyjnych łączy osiągnięcie obopólnych korzyści, zatem na gruncie kryminologicznego ujęcia, można dostrzec występowanie zaufania pomiędzy aktorami czynu zamiast przemocy czy agresji. Może to prowadzić do pojawiania się wątpliwości, dotyczących słuszności idei rozbicia solidarności sprawców przestępstw korupcyjnych.

8 Zob. G. Slapper, S. Tombs, *Corporate Crime*, Pearson Education Canada, 1999.

9 CBA, *Poradnik antykorupcyjny dla urzędników*, Warszawa 2011, s. 37.

10 M. Kulik w: M. Mozgawa (red), *Kodeks ...*, wyd. 7, LEX/el.

11 P. Kardas, *Odpowiedzialność za nadużycie władzy publicznej w przypadku niezawiadomienia o popełnieniu przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo”, 2007, nr 7–8, s. 30.

z uwagi na wspomniane wyżej wzajemne świadczenia¹², choć należy wspomnieć, że w doktrynie pojawiają się również zdania odrębne, traktujące o możliwej skuteczności rozwiązań normatywnych¹³.

Nie sposób pominąć faktu, że źródła i kanały przepływu pierwszych informacji o przestępstwie narażone są na występowanie różnorodnych patologii. Na gruncie praktyki jak i doktryny dostrzegalny jest problem fałszywych zawiadomień o możliwości popełnienia przestępstwa, które motywowane są często zemstą, w celu popełnienia przestępstwa asekuracyjnego lub z powodu zaburzeń psychicznych¹⁴. Celowe wydaje się poszukiwanie odpowiedzi na pytania, co może stanowić motyw działań denuncjacyjnych, podejmowanych w ramach norm przewidzianych dla klauzuli bezkarności. Inspirujących danych dostarczają badania aktowe przeprowadzone przez P. Bachmatą¹⁵. Wśród wyróżnionych przez autorów zachowań denuncjatorów zauważyć można, że niemal co trzeci z nich kierował się chęcią dość szeroko rozumianej zemsty (np. chęć ukarania sprawcy inicjującego proceder za aroganckie zachowanie, wysoką cenę, niewywiązanie się z umowy czy przez nieporozumienia „kontraheńców” korupcyjnych)¹⁶.

To powoduje, że właściwe rozpoznanie sytuacji przez organy ścigania może stanowić skuteczne wsparcie działań, których celem jest uniknięcie występowania nadużyć w ramach spirali korupcji. Z pomocą przychodzą współczesne koncepcje pracy służb policyjnych w ramach działań proaktywnych policji zorientowanej na problem (ang. *problem-oriented policing*), rozumianej jako dokładne określenie i zrozumienie danego problemu związanego z bezpieczeństwem, wymagające uściślenia kwestii, wskazania przyczyn zjawiska wraz z jego interpretacją kryminologiczną oraz ekonomiczną¹⁷. Implementacja metod proaktywnych polega na gromadzeniu środków

12 M. Surkont, *Niektóre aspekty odpowiedzialności karnej za łapownictwo*, Nowe Prawo, 1985, nr 1, s.25.

13 por. L. Tyszkiewicz, *O sposobach przeciwdziałania solidarności między biorącym i dającym łapówkę w obronie przed odpowiedzialnością karą*, „Prokuratura i Prawo”, 2004, nr 11–12, s. 47.

14 J. Konieczny, *Pierwsze informacje o przestępstwie* (w:) J. Władki (red.), *Kryminalistyka*, Warszawa 2016, s. 16–17.

15 Zob. P. Bachmat, *Klauzula bezkarności sprawców przestępstwa łapownictwa czynnego (art. 229 § 6 k.k.)*, Warszawa 2009.

16 P. Bachmat, *Klauzula ...*, s. 34–38.

17 J. Konieczny, *Kryzys czy zmiana paradygmatu kryminalistyki?*, „Państwo i Prawo”, 2012, nr 1, s. 4.



dowodowych, które służyć mają udowodnieniu zaangażowania podejrzanego w popełnienie czynu zabronionego poprzez własne rozpoznanie organów ścigania¹⁸. Powszechnie obowiązujący w praktyce organów ścigania reaktywny model śledztwa (ang. *reactive investigation*) opiera się na sferze wiktymologicznej, stanowi zatem najczęściej reakcję na zdarzenia, które już nastąpiły lub na działania podjęte przez osobę pokrzywdzonego np. zawiadomienia, samooskarżenia czy anonimowe zgłoszenia. Reaktywne metody stosowane wtedy, kiedy organy ścigania powzięły informację o zdarzeniu i nastąpiła pilna potrzeba interwencji, a opóźniona reakcja może nieść poważne skutki wiktymologiczne¹⁹.

Brak powszechności stosowania metod proaktywnych w procesie wykryczym rodzić może obawy, iż obecnie obowiązujące brzmienie przepisów zawierających normy klauzuli bezkarności prowadzić może do nadużyć i stosowania szantażu wobec części sprawców. Powoduje to potrzebę odpowiedzi na pytania, czy dokonując analizy linii orzeczniczej sądów powszechnych, pojawia się ryzyko naruszenia praw sprawców korupcji biernej. Problem w ocenie możliwości powodowania naruszeń prawa do obrony poprzez obowiązywanie norm związanych z klauzulą bezkarności jest o tyle skomplikowany, że w bardzo ograniczonym stopniu są one przedmiotem rozważań judykatury. Klauzula bezkarności w przypadku przestępstwa łapownictwa czynnego była częścią analizy dokonywanej przez Sąd Najwyższy²⁰. Sąd zauważył, że dla skorzystania z klauzuli bezkarności określonej w art. 229 § 6 k.k. sprawca przestępstwa łapownictwa czynnego musi nie tylko zawiadomić organ powołany do ścigania przestępstw o fakcie przyjęcia przez osobę pełniącą funkcję publiczną korzyści majątkowej lub osobistej albo obietnicy korzyści, ale jednocześnie z zawiadomieniem ujawnić wszystkie istotne okoliczności przestępstwa, zanim organ ten uzyska procesową wiedzę o przestępstwie. Jednocześnie w tezie orzeczenia Sąd zważył na fakt, że złożenie wyjaśnień w charakterze podejrzanego przez sprawcę przestępstwa łapownictwa czynnego, w których ujawnia on fakt przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo ich obietnicy

18 J. Osterburg, R. Ward, *Criminal Investigation: A Method for Reconstructing the Past*, Abingdon: Routledge 2013, s. 578.

19 United Nations Office on Drugs and Crime, *Toolkit to Combat Trafficking in Persons*, Nowy Jork: UN 2008, s. 177.

20 Wyrok SN z 26 stycznia 2015 r., II KK 186/14, OSNKW 2015/6/50.

przez osobę pełniącą funkcję publiczną, w sytuacji gdy organ ścigania nie ma w dacie tej czynności procesowej informacji co do popełnienia tego przestępstwa, nie wyklucza, tylko ze względu na status procesowy osoby ujawniającej, możliwości zastosowania klauzuli niekaralności określonej w art. 229 § 6 k.k. W ostatnim elemencie tezy Sąd wywiódł, że zawarta w art. 229 § 6 k.k. klauzula bezkarności ma zastosowanie również do pojedynczych zachowań wypełniających znamiona przestępstw określonych w art. 229 § 1- § 5 k.k., także gdy stanowią one elementy czynu ciągłego, o którym mowa w art. 12 k.k., o ile sprawca korupcji czynnej spełni w odniesieniu do tych zachowań warunki wymienione w tym przepisie.

Nie należy tracić z pola stanowiska zaprezentowanego w innym orzeczeniu, gdzie Sąd Najwyższy odniósł się do ewentualnej możliwości wyłączenia swobody wypowiedzi poprzez poinformowanie świadków przed przystąpieniem do przesłuchania o treści art. 229 § 6 k.k., gdyż obowiązek pouczenia świadka o ciążyących na nim obowiązkach i o przysługujących mu uprawnieniach wynika bowiem wprost z treści art. 16 § 1 i 2 k.p.k., odnoszących się do zasady informacji prawnej²¹.



UWAGI KOŃCOWE

Konstatując, należy ocenić, że obowiązujące normy prawne, odnoszące się do klauzuli bezkarności pozostawione w obecnej formie w istocie mogą powodować ryzyko włączenia sprawcy korupcji biernej w spiralę korupcję oraz stosowanie wobec takiej osoby szantażu. Tezę tę potwierdza fakt, że duża część sprawców czynnych, którzy przy zastosowaniu przepisów o klauzuli bezkarności, stają się jednocześnie denuncjatorami, motywowana jest chęcią zemsty wobec aktora czynu korupcyjnego stojącego po drugiej stronie.

Analiza przepisów prawa karnego materialnego pozwala na stwierdzenie, że klauzula bezkarności przyznaje zdecydowanie więcej uprawnień sprawcy korupcji czynnej aniżeli biernej, co ustawodawca argumentuje większą szkodliwością społeczną czynu. Z punktu widzenia kryminologii, wydaje się, że możliwe jest znalezienie kontrargumentów,

21 Postanowienie SN z 26 czerwca 2014 r., IV KK 141/14, OSNKW 2015/5/42.



które podważałyby wiarygodność takiego twierdzenia, chociażby z uwagi na możliwe patologie działań denuncjacyjnych.

Przedstawione instytucje prawne są w bardzo małym stopniu przedmiotem zainteresowania judykatury, co dodatkowo utrudnia zapewnienie właściwej równowagi w ocenie zachowań sprawców czynnych oraz biernych. Niewątpliwie i w doktrynie odnaleźć można poglądy krytyczne wobec skuteczności klauzuli bezkarności na gruncie działań wykrywczych, prowadzonych w postępowaniu karnym przez organy ścigania. Ocenę konkretnego zdarzenia utrudnia z pewnością solidarność sprawców przestępstw korupcyjnych, dlatego wydaje się, że materiał zgromadzony przez organy ścigania powinien być podparty bardzo dokładną oceną kryminologiczną zarówno sprawców jak i wszelkich okoliczności przestępstwa.

Korupcja najczęściej postrzegana jest przez pryzmat łapownictwa, zarówno czynnego jak i biernego, jednakże przestępstw o tym charakterze wyróżnić można zdecydowanie więcej na gruncie regulacji karno-materiałnych, co uzasadnia potrzebę dogłębnej analizy prawnej. Pozwala ona na wydzielenie dodatkowo płatnej protekcji, korupcji gospodarczej, korupcji medycznej czy korupcji w sporcie, co do których zastosowania mają przepisy związane z niepodleganiem karze, choć z pewnością katalog samych przestępstw korupcyjnych można jeszcze bardziej rozszerzyć.

Wątpliwym jest, czy za zasadne należy uznać formułowanie postulatów *de lege ferenda* związanych z klauzulą bezkarności lub – bacząc na zgłoszone uwagi niektórych przedstawicieli doktryny – całkowite jej wykluczenie z kodeksu karnego. Rozwiązaniem szytym na miarę potrzeb organów ścigania zwalczających korupcję może być wdrożenie działań proaktywnych w prowadzonych postępowaniach przygotowawczych. Zorientowanie na problem jako szereg działań, pozwalających dogłębnie wyjaśniać okoliczności zdarzenia, połączone z interpretacją kryminologiczną oraz ekonomiczną akcji denuncjacyjnych, ale wynikające z własnej inicjatywy organów wydaje się być uzasadnione z uwagi na przeprowadzoną ewaluację rozwiązań w innych systemach prawnych. Powoduje to również redukcję patologii denuncjacyjnych, które wynikają ze stosowania w śledztwie metod reaktywnych, wciąż najpowszechniejszych na gruncie praktyki dochodzeniowo-śledczej.



ABSTRACT

The article deals with impunity clause as a part of legal instruments used in anti-corruption policy. The article outlines the rules of criminal law, doctrine and judiciary views, and addresses the challenges of denunciation. *Modus operandi* using the impunity clause indicates that there is a high risk of blackmailing the perpetrators of active corruption against perpetrators of passive corruption. Leaving the current legal status requires, however, the use of proactive investigative methods to carry out in-depth criminological and economic analysis of the case. This may allow it to increase the effectiveness of law enforcement activities and, as a result, better combat corruption.



STRESZCZENIE

Celem artykułu jest przedstawienie klauzuli bezkarności jako instytucji prawnej wykorzystywanej w działaniach antykorupcyjnych. Rozważania skupiają się wokół kwestii prawnych, doktrynalnych oraz judykatury związanych z wyzwaniami w działaniach denuncjacyjnych. *Modus operandi* sprawców korzystających z klauzuli bezkarności powoduje, że występuje wysoki poziom ryzyka fałszywych oskarżeń o udział w procederach korupcyjnych przez sprawców aktywnych wobec sprawców pasywnych. Pomocne wydają się metody tzw. proaktywnego śledztwa, nastawionego na dogłębną analizę kryminologiczną i ekonomiczną w postępowaniu przygotowawczym. W rezultacie, wykorzystanie proaktywności działań może pozytywnie wpłynąć na zwalczanie korupcji przez organy ścigania.

Cywilne



**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



apl. adw. Karolina Kędziera

Izba Adwokacka w Łodzi



Mediacje tworzą nową płaszczyznę rozwiązywania sporów, której znaczenie stopniowo rośnie. Ustawa z dnia 10 września 2015 roku o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów (Dz. U. Z 2015 r., poz. 1595) wprowadza istotne zmiany również w brzmieniu przepisów Kodeksu Postępowania Cywilnego (Dz. U. z 2016 r. poz. 1822, 1823, 1860, 1948).



ALTERNATYWNE METODY ROZWIĄZYWANIA SPORÓW

Konflikt (spór) to rozbieżność interesów lub przekonań stron powodująca, że ich aktualne dążenia nie mogą być zrealizowane równocześnie. Sytuacja konfliktowa może powstać wówczas, gdy występują wyodrębnione strony, występuje współzależność stron (żadna ze stron nie może osiągnąć własnych celów bez udziału lub akceptacji innych stron), interesy stron są sprzeczne, np. istnieją odmiennie cele czy wartości, strony nie współpracują ze sobą w dążeniu do osiągnięcia celów, natomiast stanowią przeszkodę lub wręcz blokują realizację dą-



żeń¹. Alternatywne Metody Rozwiązywania Sporów (ang. *Alternative Dispute Resolution*) jest to grupa procedur, które pozwalają stronom konfliktu na polubowne rozstrzygnięcie sporów². Metody te w założeniu mają pozostawać alternatywą wobec rozstrzygnięcia sporów na drodze postępowań sądowych. Niektórzy specjaliści uważają, iż nazywanie przywoływanych metod alternatywnymi nie jest ani słuszne, ani korzystne, gdyż sugeruje, że mają one zastąpić tradycyjną procedurę sądową. Tymczasem optymalnym rozwiązaniem jest ogólna dostępność różnorodnych procedur postępowania, aby zawsze możliwy był wybór najbardziej adekwatnej do sytuacji metody rozwiązania sporu³. W literaturze podkreśla się, że mediacja nie stanowi w istocie pełnej alternatywy dla postępowania sądowego, lecz jest raczej dodatkowym sposobem rozwiązywania sporów proponowanym przez prawodawcę, uzupełnieniem tradycyjnego systemu sądownictwa powszechnego⁴.

ADR można podzielić na na tzw. metody podstawowe oraz mieszane (hybrydowe). Do form podstawowych należy zaliczyć negocjacje, mediacje oraz arbitraż. Natomiast do form mieszanych – ombudsman, mini-trial, summary jury trial, neutral-expert fact finding, private judging itd.⁵ Metody te mają na celu poszukiwanie nowych, konstruktywnych rozwiązań, prowadzących do ugody między skonfliktowanymi stronami.⁶ Przedmiotem dalszej analizy pozostanie mediacja, będąca najpopularniejszą alternatywną metodą rozwiązywania sporów w Polsce.



ZASADY MEDIACJI

Przez mediację rozumie się dobrowolny i poufny proces, w którym fachowo przygotowana, niezależna i bezstronna osoba, za zgodą stron, pomaga

-
- 1 U. Gruca – Miąsik, *Negocjacje i mediacje w kręgu pomocy, wychowania i prawa*, Rzeszów, 2011, s. 31.
 - 2 I. Ładysz, *Znaczenie mediacji jako alternatywnej metody rozwiązywania sporów w Polsce w latach 2006–2012*, [w:] *Rocznik Bezpieczeństwa Międzynarodowego*, nr 2, 2014, s.22.
 - 3 K. Bargiel – Matusiewicz, *Negocjacje i mediacje*, Warszawa 2014, s. 93–94.
 - 4 A. Włosińska, *Obowiązki mediatora w postępowaniu mediacyjnym w sprawach cywilnych* [w:] *Palestra*11/2016 s.33.
 - 5 Ł. Błaszczak, *Mediacje a inne alternatywne formy rozwiązywania sporów (wybrane zagadnienia)* [w:] *Kwartalnik ADR*, nr 2, 2012, s. 16.
 - 6 I. Ładysz, *Znaczenie mediacji ...*, s.24.

im poradzić sobie z konfliktem. Mediacja pozwala jej uczestnikom określić kwestie sporne, zmniejszyć bariery komunikacyjne, opracować propozycje rozwiązań i, jeśli taka jest wola stron, zawrzeć wzajemnie satysfakcjonujące porozumienie⁷. Do procedury cywilnej mediacja została wprowadzona na mocy Ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o zmianie ustaw – Kodeks Postępowania Cywilnego oraz innych ustaw (Dz. U. Nr 172, poz. 1439).⁸

Mediacje oparte są na pewnych ogólnych zasadach. W literaturze najczęściej wskazuje się na zasadę neutralności, bezstronności mediatora, dobrowolności i poufności⁹.

Neutralność jest to niezależność mediatora względem stron, brak osobistego interesu w wyniku mediacji oraz brak stronniczości. Neutralność zobowiązuje zatem trzecią stronę do ujawnienia informacji o ewentualnej relacji mediatora z którąś ze stron, osobistym interesie mediatora w przyjęciu określonego rozwiązania, sposobie kalkulacji opłat, ewentualnym przyszłym konflikcie interesów, osobistych wartościach, doświadczeniu lub wiedzy praktyka, która mogłaby wpływać na działanie mediatora¹⁰. Neutralność objawia się zatem w stosunku mediatora do stron, do przedmiotu sporu oraz do przyjętych w toku mediacji rozwiązań. Obowiązkiem mediatora, wynikającym z Kodeksu etycznego mediatorów polskich przyjętego przez Społeczną Radę do spraw Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów przy Ministrze Sprawiedliwości w dniu 19 maja 2008 roku, jest wyłączenie się od udziału w mediacjach, w których zostałaby naruszona przez niego wskazana zasada.

Bezstronność mediatora oznacza, iż nie przychyła się on do racji żadnej ze stron. Powinien on również prowadzić mediację w taki sposób, aby ewentualna nierównowaga między stronami nie wpływała na przebieg mediacji oraz ostateczny rezultat. Mediator winien rozważyć zasadność

7 Standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora uchwalone przez Społeczną Radę do spraw Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów przy Ministrze Sprawiedliwości w dniu 26 czerwca 2006 r.

8 K. Bargiel – Matusiewicz, *Negocjacje i...*, s. 95.

9 Tak m.in. I. Ładysz, *Znaczenie mediacji jako alternatywnej metody rozwiązywania sporów w Polsce w latach 2006–2012*, Rocznik Bezpieczeństwa Międzynarodowego, nr 2, 2014, s. 29 -30.

10 A. Gójska, *Mediacje rodzinne*, Warszawa 2014, s. 31.



prowadzenia mediacji w przypadku, gdy uzna, że mimo fachowego prowadzenia mediacji nierównowaga między stronami może doprowadzić do porozumienia krzywdzącego, dyskryminującego lub nadużywającego jedną ze stron (tak jak to może mieć miejsce w przypadku przemocy w rodzinie).¹¹ Strony uczestniczące w mediacjach winny mieć poczucie, że są traktowane sprawiedliwie, bez zbędnego różnicowania, okazywania sympatii czy antypatii, któremukolwiek z uczestników.

Dobrowolność uczestniczenia skonfliktowanych stron w mediacji musi objawiać się nie tylko w wyrażeniu przez nie zgody na rozpoczęcie mediacji, ale również musi być podtrzymywana na jej dalszych etapach. Uczestnicy mediacji w każdej chwili mogą od niej odstąpić, jeżeli uznają, że nie spełnia ona ich oczekiwań i nie przybliży ich do wypracowania kompromisu. Zasada dobrowolności odnosi się również do zgody uczestników na proponowany przez mediatora przebieg procesu (np. kolejność omawianych kwestii, zakres i czas dyskusji dotyczącej poszczególnych tematów) oraz, przede wszystkim, na zawarcie porozumienia w określonym kształcie. Tym samym dobrowolność procedury i neutralność trzeciej strony ściśle się ze sobą łączą¹².

Wszystko co jest poruszane na spotkaniu informacyjnym i posiedzeniach mediacyjnych, jest poufne. Mediator nie ujawnia tego co usłyszał osobom prywatnym ani instytucjom. Efektem pracy mediatora ze stronami jest spisana ugoda i protokół lub sprawozdanie. Protokół lub sprawozdanie zawierają jedynie informacje o tym, kto brał udział w mediacji, ile było spotkań mediacyjnych, gdzie się odbywały. Mediator nie zamieszcza nigdzie informacji o przebiegu mediacji¹³. Informacje zgromadzone podczas mediacji objęte są tajemnicą bezterminowo. Poufność dająca uczestnikom poczucie bezpieczeństwa i komfortu, pozwala budować zaufanie do siebie na wzajem, do osoby mediatora, a także do całego procesu mediacji.

Zachowanie wszystkich wskazanych powyżej zasad jest niezwykle ważne dla prawidłowości przebiegu całego procesu mediacyjnego. Wszystkie one są uregulowane w Kodeksie Etycznym Mediatorów Polskich.

11 A. Gójska, *Mediacja w sprawach rodzinnych*, Warszawa, 2011, s. 11.

12 A. Gójska, *Mediacje...*, s. 33-34.

13 I. Ładysz, *Znaczenie mediacji...*, s. 30.



MEDIATOR

Zgodnie z art. 183² kpc mediatorem w sprawach cywilnych może być osoba fizyczna, mająca pełną zdolność do czynności prawnych, korzystająca z pełni praw publicznych, za wyjątkiem sędziów. Wyłączenie to nie odnosi się jednak do sędziów w stanie spoczynku. Konsekwencją zasady dobrowolności mediacji oraz rezygnacji przez ustawodawcę z określenia szczegółowych wymagań warunkujących pełnienie funkcji mediatora jest zupełna swoboda stron w wyborze tej osoby¹⁴. Umiejętność poradzenia mediacji jest w dużej mierze kwestią osobowości mediatora. Dlatego też aby ułatwić stronom prowadzenie mediacji, przepisy Kodeksu Postępowania Cywilnego nie przewidują żadnych wymagań co do wykształcenia mediatora¹⁵.

Mediatora powinna charakteryzować neutralność, zaufanie, konsekwencja, umiejętność werbalizowania problemów i stabilizowania dynamiki grupy. A także powinien on wykazać się umiejętnością eliminowania niektórych niekorzystnych czynników, zrozumieniem, perspektywiczną oceną konfliktów itp¹⁶.

Należy zauważyć, że wymogi dotyczące zdolności do pełnienia funkcji mediatora nie mają charakteru jednolitego i są uzależnione od tego czy osoba ma pełnić funkcję jako tzw. mediatora *ad hoc*, tj. osoba nie wpisana na listę stałych mediatorów, czy też jako stały mediator, tj. osoba wpisana na listę stałych mediatorów. W odniesieniu do mediatorów *ad hoc* wystarczające jest spełnienie przesłanek wyartykułowanych w art. 183² kpc. Wobec drugiej kategorii mediatorów formułowane są bardziej rygorystyczne wymogi. Mediatorem stałym może zostać osoba posiadająca stosowne kwalifikacje, wiedzę teoretyczną, w szczególności posiadająca wykształcenie z zakresu psychologii, pedagogiki, socjologii lub prawa oraz umiejętności praktyczne w zakresie prowadzenia mediacji w określonej kategorii spraw cywilnych, wpisana za własną zgodą na stosowną listę stałych mediatorów, prowadzoną przez organizacje społeczne lub

14 J. Bodio, G. Borkowski, T. Demendecki, *Ustrój organów ochrony prawnej. Część szczegółowa*, Warszawa 2013, s. 187.

15 H. Pietrzykowski, *Czynności procesowe zawodowego pełnomocnika w sprawach cywilnych*, Warszawa 2017, s. 427.

16 U. Gruca – Miąsik, *Negocjacje i mediacje w kręgu pomocy, wychowania i prawa*, Rzeszów 2011, s. 59.



zawodowe¹⁷. Mediator taki musi mieć ukończone 26 lat, władać językiem polskim oraz nie może być karany za przestępstwo umyślne. Listy mediatorów mogą prowadzić również ośrodki mediacyjne prowadzone przez organizacje społeczne i zawodowe. Organizacja społeczna bądź zawodowa ma obowiązek przekazania prezesowi sądu okręgowego informacji o prowadzonej liście mediatorów oraz utworzonym ośrodku mediacyjnym. Jak podkreśla się w doktrynie, obowiązek poinformowania prezesa sądu okręgowego o prowadzonej liście mediatorów oraz o utworzonym ośrodku mediacyjnym ułatwia stronom dokonanie wyboru mediatora¹⁸.

Podstawowa różnica między dwoma typami mediatorów dotyczy kwestii obowiązku podjęcia się mediacji. Mediator stały bowiem w przeciwieństwie do mediatora *ad hoc* może odmówić przyjęcia mediacji wyłącznie z ważnych powodów. O powodach tych, uzasadniających odmowę przyjęcia mediacji, stały mediator ma obowiązek poinformować strony (a jeżeli strony do mediacji skierował sąd orzekający – również ten organ)¹⁹.



WSZCZĘCIE MEDIACJI

Można wyróżnić trzy podstawy wszczęcia mediacji: umowę o mediację, wniosek o skierowanie sprawy do mediacji oraz orzeczenie sądowe kierujące sprawę do mediacji.

Umowę o mediację strony mogą zawrzeć zarówno przed powstaniem sporu jak i po jego wystąpieniu. Umowę tę należy zaliczyć do umów procesowych, w treści której strony określają w szczególności przedmiot mediacji, osobę mediatora lub też sposób jego wyboru. Umowa o przeprowadzenie mediacji nie jest umową zlecenia, gdyż świadczenie mediatora nie polega na dokonaniu czynności prawnej lecz podjęciu różnych czynności faktycznych w celu udzielenia stronom pomocy w rozwiązaniu sporu²⁰.

17 J. Bodio, G. Borkowski, T. Demendecki, *Ustrój organów...* s. 192.

18 G. Frączek, *Funkcjonowanie ośrodków mediacyjnych*, [w:] *Kwartalnik ADR*, nr 2(14)/2011, s. 28 - 29.

19 J. Bodio, G. Borkowski, T. Demendecki, *Ustrój organów...* s. 192.

20 A. Włosińska, *Obowiązki mediatora...* s.37.

Umowa taka może zostać zawarta w każdej formie, również w sposób dorozumiany.

Zawarcie umowy o mediacje nie wyłącza możliwości skierowania sprawy od razu na drogę postępowania sądowego. Jeżeli jednak którakolwiek ze stron podniesie przed sądem okoliczność wcześniejszego zawarcia takiej umowy, sprawa winna zostać w pierwszej kolejności skierowana do mediacji. Brak jest instrumentów prawnych aby zmusić stronę do udziału w mediacjach, co należy uznać za rozwiązanie jak najbardziej właściwe. Jednak dodać należy, że oczywiście nieuzasadniona odmowa wzięcia udziału w mediacjach może skutkować obciążeniem strony odmawiającej kosztami procesu.

Po zainicjowaniu postępowania sądowego, skierowanie stron do mediacji może nastąpić z inicjatywy sądu. Przed pierwszym posiedzeniem wyznaczonym na rozprawę przewodniczący dokonuje oceny, czy skierować strony do mediacji. W tym celu przewodniczący, jeżeli zachodzi potrzeba wysłuchania stron, może wezwać je do osobistego stawiennictwa na posiedzeniu niejawnym. Postanowienie o skierowaniu stron do mediacji może być wydane na każdym etapie postępowania. Jeżeli postanowienie zostało wydane na posiedzeniu niejawnym, doręcza się je stronom. Mediacji nie prowadzi się, jeżeli strona w terminie tygodnia od dnia doręczenia takiego postanowienia (albo od dnia ogłoszenia postanowienia wydanego na rozprawie) nie wyraziła zgody na mediację. Postanowienie takie powinno wskazywać mediatora i zawierać oznaczenie czasu trwania mediacji na okres do 3 miesięcy, chyba że strony wniosły o wyznaczenie dłuższego terminu. Po nowelizacji art. 187 kpc i wprowadzenie pkt 3 do § 1, już na bardzo wczesnym etapie postępowania sąd dysponuje wiedzą czy strony podejmowały próby polubownego załatwienia sprawy. Regulacja ta nakłada na strony obowiązek wskazania w treści pozwu czy strony podjęły próbę mediacji lub innego pozasądowego sposobu rozwiązania sporu, a w przypadku gdy takich prób nie podjęto, wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia. Przepis ten ma utrwalić w społeczeństwie przekonanie, że skierowanie sprawy do sądu winno być poprzedzone próbą polubownego załatwienia sporu. W razie zaniechania takiej próby powód powinien wyjaśnić przyczyny ich niepodjęcia. Brak informacji o czynnościach powoda w podejmowaniu próby polubownego załatwienia sporu przed skierowaniem sprawy na drogę postępowania sądowego, nie stoi na przeszkodzie w nadaniu biegu pozwowi, przewodniczący nie wzywa



powoda pod rygorem zwrotu pozwu do jego uzupełnienia. W konsekwencji brak ten wyłącza stosowanie sankcji zwrotu pozwu²¹.

Ostatnim sposobem inicjowania postępowania mediacyjnego pozostaje złożenie przez którąkolwiek ze stron wniosku o przeprowadzenie mediacji. Wniosek taki powinien zawierać oznaczenie stron, dokładne określenie żądania, przytoczenie okoliczności uzasadniających treść żądania, wskazanie wszystkich załączników dołączonych do wniosku, a jeżeli strony wcześniej zawarły umowę o mediacje również odpis tejże umowy. Formalne wszczęcie mediacji następuje z chwilą skutecznego doręczenia odpisu wniosku stronie przeciwnej.



UGODA

Jeżeli w wyniku mediacji uczestnicy dojdą do porozumienia, możliwe jest zawarcie ugody. Przedmiotem ugody mogą być wszystkie stosunki prawne, niezależnie od ich źródła, jeżeli tylko pozostają w swobodnej dyspozycji stron²². Zgodnie z art. 10 kpc sąd dąży w każdym stanie postępowania do ugodowego załatwienia sprawy, w szczególności przez nakłanianie stron do mediacji. Należy pamiętać, że ugoda zawarta przed mediatorem uzyskuje moc prawną ugody sądowej po dokonaniu jej zatwierdzenia przez sąd. Ugoda taka staje się tytułem wykonawczym po nadaniu jej klauzuli wykonalności.

Ugoda sądowa jest aktem prawnym złożonym, w którym występują zarówno elementy materialnoprawne, jak i procesowe²³. W aspekcie materialnoprawnym ugoda jest umową w rozumieniu art. 917 kc. Jednocześnie pozostaje ona czynnością procesową bowiem oświadczenia stron o gotowości zawarcia umowy pozostają oświadczeniami procesowymi. Ugoda sądowa jest zatem czynnością procesową podjętą w celu osiągnięcia skutków materialnoprawnych przewidzianych w art. 917 kc, w szczególności w celu uchylenia sporu w zakresie istniejącego między stronami stosunku prawnego i w drodze wzajemnego porozumienia oraz w celu osiągnięcia

21 A. Zieliński (red.), *Kodeks Postępowania Cywilnego. Komentarz*, Warszawa, 2016.

22 Tamże s. 356

23 H. Pietrzykowski, *Czynności procesowe...*, s 405.

skutków procesowych w postaci wyłączenia sporu spod rozstrzygnięcia sądowego poprzez umorzenie postępowania²⁴.

Przez ugodę strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego w tym celu, aby uchylić niepewność co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonanie albo by uchylić spór istniejący lub mogący powstać. Mamy zatem do czynienia z umową wzajemną, realizującą zasadę wzajemnych ustępstw, przy czym ustępstwa te mają charakter subiektywny i podlegają ocenie samego ustępującego. Ważność ugody, jako umowy, podlega ocenie w oparciu o kryteria wyartykułowane w art. 58 kc. Ugoda nie może pozostawać sprzeczna z ustawą, z zasadami współżycia społecznego oraz nie może zmierzać do obejścia ustawy. Ugoda, która nie spełnia wskazanych kryteriów, nie zostanie zatwierdzona przez sąd, a w konsekwencji nie zostanie nadana jej klauzula wykonalności. W przypadku zaś ugody, przedstawionej sądowi w toku toczącego się postępowania, sąd uzna jej zawarcie za niedopuszczalne i będzie procedować w dalszym ciągu.

Ugoda jako czynność procesowa powinna być jasna w swojej treści, tak aby wprost z niej wynikało, że intencją stron jest zakończenie sporu co do całości lub chociaż części stosunku prawnego lub roszczenia. W treści ugody, świadczenie będące jej przedmiotem, winno być precyzyjnie określone, podobnie jak sposób i termin jego spełnienia oraz określenie jakie roszczenia objęte procesem mają zaspokajać te świadczenia. Ważne by ugoda została w taki sposób skonstruowana aby możliwe było jej wyegzekwowanie w drodze egzekucji.

Sąd nie posiada kompetencji do dokonywania sprostowania, uzupełnienia, ani wykładni ugody sądowej, nie jest ona bowiem wyrokiem wydawanym przez sąd. Ugoda sądowa nie posiada waloru rzeczy osądzonej, lecz ma moc rzeczy ugodzonej.

24 Tamże.



ZALETY MEDIACJI

Mediacje mają charakter uniwersalny. Poza sprawami cywilnymi możliwe jest również mediowanie w sprawach karnych, w sprawach osób nieletnich, gospodarczych, rodzinnych, pracowniczych, w sporach zbiorowych itp.

Uniwersalność mediacji przejawia się również w tym, że mogą być one prowadzone zarówno w postępowaniu procesowym, jak i nieprocesowym. Nie jest wyłączone mediowanie również w postępowaniu nakazowym czy upominawczym. Ugodę można zawrzeć również w postępowaniu apelacyjnym.

Widoczne jest daleko idące odformalizowanie mediacji. Kodeks Postępowania Cywilnego w ogóle nie reguluje sposobu przebiegu mediacji, formułuje jedynie szereg wymogów co do ogólnych zasad, które w ich toku muszą być zachowane. O przebiegu mediacji decydują przede wszystkim strony, wspomagane przez osobę mediatora.

W konsekwencji strony biorące udział w postępowaniu mediacyjnym mają zdecydowanie większy wpływ na treść zawieranej ugody, niż na treść wydawanego przez sąd orzeczenia. Mediacje zachęcają uczestników do bezpośredniego i aktywnego poszukiwania sposobów uniknięcia zaistniałych rozbieżności interesów zamiast narzucania zważnionym stronom jakiegokolwiek rozstrzygnięcia²⁵.

Nie bez znaczenia pozostaje również czas trwania mediacji. O ile brak jest jakichkolwiek ograniczeń czasowych w odniesieniu do mediacji poza sądowych, o tyle art. 183(10) kpc, odnoszący się do mediacji prowadzonych po wszczęciu postępowania sądowego, precyzuje, że mediacje sądowe mogą trwać 3 miesiące, z możliwością ich przedłużenia na wniosek stron. Biorąc pod uwagę średni czas trwania postępowania sądowego, który wynosi 5 miesięcy²⁶, należy przyjąć, że mediacje są szybszym sposobem na rozwiązanie sporu.

25 K. Kressel, *Mediacje* [w:] *Rozwiązywanie konfliktów*, M. Deutscha P.T. Colemana (red.) Kraków 2005. s. 520.

26 M. Kryszkiewicz, *Polskie sądy coraz szybsze* [w:] *Dziennik Gazeta Prawna*, 6/2014.

Postanowienie mediacyjne nie tylko pozwala na szybsze rozstrzygnięcie sprawy, ale również jest mniej kosztowne niż prowadzenie postępowania przed sądem. Strona przegrywająca proces cywilny musi mieć na uwadze, że co do zasady będzie zobligowana przez Sąd do zwrotu kosztów poniesionych w toku procesu przez przeciwnika procesowego, w tym wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika. Tymczasem koszty mediacji strony z reguły ponoszą wspólnie, chyba że inaczej postanowią w treści zawartej ugody. Mediatorowi przysługuje wynagrodzenie oraz zwrot poniesionych przez niego wydatków, kwestie te w sposób wyczerpujący reguluje Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 20 czerwca 2016 roku w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym (Dz. U. poz. 921). Jak stanowi § 2 Rozporządzenia: w sprawach o prawa majątkowe wynagrodzenie mediatora wynosi 1% wartości przedmiotu sporu, jednak nie mniej niż 150 złotych i nie więcej niż 2000 złotych za całość postępowania mediacyjnego. W sprawach o prawa majątkowe, w których wartości przedmiotu sporu nie da się ustalić, oraz w sprawach o prawa niemajątkowe wynagrodzenie mediatora za prowadzenie postępowania mediacyjnego wynosi za pierwsze posiedzenie 150 złotych, a za każde kolejne – 100 złotych, łącznie nie więcej niż 450 złotych.

W wielu przypadkach przeprowadzenie mediacji jest dla stron atrakcyjne z uwagi na jej poufność. Zarówno mediator jak i strony zobowiązane są do zachowania okoliczności uzyskanych w toku mediacji w tajemnicy. Możliwość rozwiązania problemu bez udziału innych osób stanowi niewątpliwie zaletę tego alternatywnego sposobu rozwiązywania sporów.

Do największych atutów mediacji – potwierdzonych w badaniach – należą satysfakcja klienta, zadowolenia z porozumienia oraz podporządkowanie się temu porozumieniu. Około 70 -90% skłóconych stron, które korzystały z procesu mediacji, pozytywnie go oceniał, były gotowe polecić go znajomym i innym ludziom. Nawet tam, gdzie w wyniku mediacji nie udało się osiągnąć porozumienia, zadowoleni na ogół stanowili 75%²⁷

Jak wynika z raportu końcowego projektu „Propagowanie alternatywnych metod rozwiązywania sporów mediacje niestety cieszą się w Polsce małą

27 Tamże.



popularnością. Wydaje się jednak, że wynika to z niskiego poziomu świadomości i wiedzy, zarówno prawników jak i społeczeństwa, co do zasad jej funkcjonowania i korzyści z nich płynących. Tymczasem umiejętność popularnego rozwiązywania sporów jest niezwykle ważna zarówno w wymiarze jednostkowym jak i społecznym.



ABSTRAKT

Mediacje stanowią alternatywną metodę rozwiązywania sporów. W toku mediacji musi być zachowana zasada dobrowolności, neutralności, bezstronności i poufności. Wyróżniamy dwie grupy podmiotów, które mogą prowadzić mediacje – mediatorów *ad hoc* oraz mediatorów stałych. Mediacje mogą zostać wszczęte na podstawie umowy o mediacje, wniosku o wszczęcie mediacji jak i w oparciu o skierowania sądu po formalnym zainicjowaniu postępowania sądowego. W drodze mediacji możliwe jest wypracowanie przez strony porozumienia, a następnie zawarcie ugody, która po zatwierdzeniu przez sąd i nadaniu jej klauzuli wykonalności, stanowi tytuł wykonawczy.



SUMMARY IN ENGLISH

Mediations are a dynamic, structured, interactive process where a neutral third party assists disputing parties in resolving conflict through the use of specialized communication and negotiation techniques. Mediations are the most popular way of Alternative Dispute Resolutions in Polish legislation. There are three ways to initiate mediation: mediation contract, a proposal for a referral to mediation and referral by the court. Participants can shape the agreement with the help of a mediator, which in turn could be approved by the court.



apl. adw. Paulina Szymańska vel Szymanek

Doktorantka w Instytucie Prawa Cywilnego WPIA UW
Izba Adwokacka w Warszawie

Choć pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego jest instytucją znaną wielu państwom, nie zostało ono uregulowane w polskim porządku prawnym. W uchwale z dnia 13 maja 2015 roku, III CZP 19/15, Sąd Najwyższy dopuścił skuteczność takiego oświadczenia w przypadku świadczenia zdrowotnego udzielanego małoletniemu. Wydaje się jednak, że ze względu na ściśle osobisty charakter takiej zgody możliwa jest inna interpretacja niż przedstawiona w glosowanym orzeczeniu.



WSTĘP

Prawo medyczne jest obecnie niezwykle szybko rozwijającą się dziedziną. Wiąże się to z jednej strony ze zmianami w zakresie medycyny, które pozwalają na co raz dalej idące ingerencje w ludzki organizm, z drugiej zaś ze wzrostem tendencji dotyczących ochrony autonomii woli pacjenta. Nie budzi wątpliwości, że uchwała Sądu Najwyższego z dnia 13 maja 2015 roku, III CZP 19/15, dotyczy zagadnienia, które zasługuje na uwagę. Odnosi się ono do problemu prawnego o szczególnym ciężarze gatunkowym, jakim jest udzielanie świadczeń zdrowotnych osobom małoletnim, a więc



tym, którym prawo powinno zapewnić szczególną ochronę. Dotyka ponadto ogólniejszych kwestii z dziedziny prawa cywilnego, takich jak charakter prawny zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego oraz zakresu czynności, których można dokonać przez pełnomocnika.



UCHWAŁA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 13 MAJA 2015 ROKU, III CZP 19/15

Głosowane orzeczenie zapadło w stosunkowo klarownym stanie faktycznym i było wynikiem zwrócenia się do Sądu Najwyższego z pytaniem prawnym przez Sąd Okręgowy w Lublinie.

Pełnomocnictwo udzielone przez ojca małoletniej obejmowało reprezentowanie rodzica przed wszystkimi instytucjami, szpitalami, urzędami i organami administracji oraz sądami, w tym przed Sądem Najwyższym, we wszelkich sprawach związanych z wykonywaną władzą rodzicielską w stosunku do małoletniej córki, jak również do składania w zakresie pełnomocnictwa w imieniu mocodawcy wszelkich oświadczeń woli i zgód. Na podstawie powyższego umocowania pełnomocnik wyraził zgodę na przeprowadzenie u małoletniej badania – gastrokopii w znieczuleniu ogólnym. Zgoda ta została uznana jednak za udzieloną wadliwie i zabieg został przeprowadzony na podstawie zezwolenia Sądu Rejonowego Lublin – Zachód w Lublinie działającego z urzędu na skutek zawiadomienia dyrektora szpitala. Na powyższe postanowienie wniósł apelację ojciec małoletniej. Powzięte przez Sąd Okręgowy wątpliwości spowodowały zwrócenie się do Sądu Najwyższego z pytaniem prawnym dotyczącym skuteczności pełnomocnictwa do wyrażenia zgody na świadczenie zdrowotne udzielane małoletniemu dziecku.

Sąd Najwyższy dopuścił możliwość wyrażenia zgody przez pełnomocnika, zaznaczając jednak, że może być ona udzielona jedynie na konkretny zabieg lub na świadczenia powtarzalne. Nie jest natomiast dopuszczalna zgoda blankietowa. Uzasadniając powyższe stanowisko, Sąd Najwyższy uznał zgodę na udzielenie świadczenia zdrowotnego za oświadczenie woli. Zazaczył również, że zgoda przedstawiciela ustawowego nie ma charakteru ściśle osobistego, co, w związku z ogólną zasadą dopuszczalności dokonywania czynności prawnych przez pełno-

mocnika, oznacza, że jest dopuszczalne pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego. W uchwale argumentowano ponadto, że dopuszczenie udzielenia zgody przez pełnomocnika może okazać się przydatne w sytuacji, gdy przedstawiciel ustawowy nie może złożyć oświadczenia osobiście.



UWAGI OGÓLNE NA TLE UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO

Na wstępie wymaga podkreślenia, że głosowane orzeczenie dotyczy przypadku tzw. zgody kwalifikowanej, czyli zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego stwarzającego podwyższone ryzyko w rozumieniu art. 18 ust. 1 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹ oraz art. 34 ust. 1 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry². Co więcej, w sprawie zachodził przypadek tzw. zgody zastępczej, czyli udzielanej przez przedstawiciela ustawowego osoby małoletniej poniżej 16 roku życia. Stan faktyczny odbiegał więc w znacznym stopniu od najbardziej typowej i powszechnej sytuacji, jaką jest udzielanie zgody samodzielnie przez pełnoletniego, nieubezwłasnowolnionego pacjenta. Zgodnie z art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d., w przypadku małoletniego poniżej 16 roku życia zgodę taką, w formie pisemnej, może wyrazić jego przedstawiciel ustawowy. W przypadku gdy pacjent nie ma przedstawiciela ustawowego lub porozumienie z nim jest niemożliwe, sąd opiekuńczy udziela zezwolenia na interwencję medyczną. Analogiczną regulację w tym zakresie zawiera także art. 18 ust. 1 w zw. art. 17 ust. 2 u.p.p.

Przechodząc do samej analizy orzeczenia, wymaga podkreślić, że, w mojej ocenie, należy zaaprobować stanowisko Sądu Najwyższego w odniesieniu do kwestii takich jak charakter prawny zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego oraz niedopuszczalność tzw. zgody blankietowej i udzielenia ogólnego pełnomocnictwa do wykonywania władzy rodzicielskiej. Natomiast uważam, że kontrowersyjne jest uznanie przez Sąd Najwyższy

1 Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 186 z późn. zm.), dalej: u.p.p.

2 Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry, (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 464 z późn. zm.), dalej: u.z.l.l.d.



zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego za czynność pozbawioną charakteru ściśle osobistego oraz przyjęcie, że brzmienie art. 34 ust. 3 u.z.l.i.d. oraz art. 18 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 u.p.p. nie wyłącza możliwości udzielenia pełnomocnictwa przez przedstawiciela ustawowego.



CHARAKTER PRAWNY ZGODY NA UDZIELENIE ŚWIADCZENIA ZDROWOTNEGO

W pierwszej kolejności analizy wymaga charakter samej zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego, który budzi kontrowersje zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie. Jest ona uznawana bądź to za oświadczenie woli lub jednostronną czynność prawną³, bądź, ze względu na jej specyficzny charakter, za oświadczenie woli *sui generis* lub działanie prawne⁴. Powyższa uchwała wpisuje się w nurt orzecznictwa uznającego zgodę za oświadczenie woli. W moim mniemaniu do tego stanowiska należy podejść z aprobatą. **Wydaje się, że żadna z cech właściwych zgodzie na udzielenie świadczenia zdrowotnego nie przesądza o tym, by nie można było uznać jej za oświadczenie woli**⁵. Tym samym wyróżnianie oddzielnej kategorii prawnej nie jest, moim zdaniem, konieczne i utrudnia wykorzystywanie instytucji prawa cywilnego w odniesieniu do relacji prawnomedycznych.

-
- 3 Z wielu: M. Nesterowicz, *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Warszawa-Poznań 1972, s. 20, T. Dukiet-Nagórska, *Świadoma zgoda pacjenta w ustawodawstwie polskim*, *Prawo i Medycyna* 2000, nr 6-7, s. 86, B. Janiszewska, *Zgoda na udzielenie świadczenia zdrowotnego. Ujęcie wewnątrzsystemowe*, Warszawa 2013, s.1, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2010 r., II CSK 117/10, Lex, nr 602677.
 - 4 Z wielu: A. Szpunar, *Zgoda uprawnionego na naruszenie dóbr osobistych*, *Ruch Ekonomiczny Prawniczy i Socjologiczny* 1990, nr 1, s. 46, M. Sośniak, *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Warszawa 1989, s. 124, M. Safjan, *Prawo i medycyna. Ochrona praw jednostki a dylematy współczesnej medycyny*, Warszawa 1998, s. 35, M. Boratyńska, *Wolny wybór: gwarancje i granice prawa pacjenta do samodecydowania*, Warszawa 2012, s. 216, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2006 r., I CSK 191/05, OSNC 2007, nr 1, poz. 18. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 stycznia 2014 r., I ACa 922/13, Lex, nr 1441388 można przeczytać, że zgoda na zabieg medyczny jest „oświadczeniem w sferze świadomości i woli o charakterze jednostronnym, odrębnie uregulowanym w ustawie z 2008 r. o prawach pacjenta”.
 - 5 W doktrynie zwraca się uwagę, na konieczność odwołania się głównie do kryteriów podmiotowych w ocenie skuteczności zgody, niezależnie zdolności do wyrażenia zgody od zdolności do czynności prawnych (M. Safjan, *Prawo...*, s. 35), brakiem możliwości zastosowania wprost klasycznych wad oświadczenia woli (M. Boratyńska, *Wolny...*, s. 216) oraz trudnościami z zastosowaniem art. 61 k.c. regulującego odwołalność zgody (M. Boratyńska, *Wolny...*, s. 219).



WŁADZA RODZICIELSKA A INSTYTUCJA PEŁNOMOCNICTWA

Słuszne wydaje się stwierdzenie przez Sąd Najwyższy, że nie jest możliwe udzielenie ogólnego pełnomocnictwa do wykonywania władzy rodzicielskiej. Ze swej natury przależy ona rodzicom i nie można jej co do zasady scedować na inne osoby. Zarówno w literaturze, jak i orzecznictwie nie budzi wątpliwości, że władza rodzicielska powinna być wykonywana osobiście przez rodziców i jest ściśle związana z ich osobami.⁶

Rodziców i dziecko wiążą szczególne więzi osobiste i emocjonalne. Fakt ten znajduje swoje odzwierciedlenie w regulacjach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁷. Należy zauważyć, że co do zasady sprawy związane z osobą dziecka nie wymagają zezwolenia sądu opiekuńczego⁸. Odmiennie jest natomiast w przypadku opiekuna, który, zgodnie z art. 156 k.r.o., musi uzyskać zezwolenie sądu na wszystkie istotniejsze czynności dotyczące osoby dziecka. W literaturze podkreśla się, że jest to związane właśnie z mniejszym zaufaniem, jakim ustawodawca darzy opiekuna⁹. Tym samym na gruncie niniejszej sprawy w przypadku uznania, że pełnomocnictwo zostało udzielone w sposób niewadliwy, nastąpiłoby upoważnienie do wykonywania istotnego elementu władzy rodzicielskiej, jakim jest wyrażenie zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego osobie trzeciej, która niekoniecznie musi być blisko związana emocjonalnie z dzieckiem i wyłączenie podejmowanych przez nią działań spod kontroli sądu.¹⁰ **Rozwiązanie takie nie wydaje się właściwe, w szczególności ze względu na różnicowanie pozycji opiekuna, którego ustanawia sąd i pełnomocnika ustanowionego przez samego rodzica.**

6 Z wielu: J. Łukasiewicz, Instytucje prawa rodzinnego, LEX/el., pkt 7.6, J. Igałowicz, Komentarz do art. 95 k.r.o. [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2012, s. 871.

7 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. Nr 9, poz. 59 z późn. zm), dalej: k.r.o.

8 Wyjątek stanowi tu jedynie sytuacja, w której brak jest zgody pomiędzy rodzicami co do wykonywania władzy rodzicielskiej w odniesieniu do istotniejszych spraw (art. 97 § 2 k.r.o.).

9 J. Igałowicz, Komentarz do art. 156 k.r.o., [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2012, s. 1181.

10 Zob. B. Janiszewska, O udzielaniu pełnomocnictwa medycznego – uwagi na tle uchwały III CZP 19/15, Monitor Prawniczy 2015, nr 19, s. 1045.



Wątpliwości budzi także zakres pełnomocnictwa w odniesieniu do wykonywania władzy rodzicielskiej. Zgodnie z art. 95 § 1 k.r.o., władza rodzicielska obejmuje w szczególności obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka, z poszanowaniem jego godności i praw. W literaturze definiuje się ją natomiast jako „zespół obowiązków i praw rodziców względem małoletniego dziecka, mających na celu zapewnienie mu należytej pieczy i strzeżenia jego interesów”¹¹. Zakres pełnomocnictwa obejmował pieczę nad osobą i majątkiem małoletniej oraz uprawnienie do składania w jej imieniu oświadczeń woli, a więc istotne elementy składowe władzy rodzicielskiej. Dlatego też sądzę, że udzielenie pełnomocnictwa o tak szerokim zakresie mogłoby być uznane za niedopuszczalne właśnie ze względu na udzielenie osobie trzeciej upoważnienia do wykonywania istotnych aspektów władzy rodzicielskiej, ściśle związanej z osobami rodziców.



NIEDOPUSZCZALNOŚĆ ZGODY BLANKIETOWEJ NA UDZIELENIE ŚWIADCZENIA ZDROWOTNEGO

Nie jest również, moim zdaniem, dopuszczalne udzielenie blankietowej zgody uprawniającej do przeprowadzenia wszelkich interwencji medycznych. Zarówno regulacje ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, jak i ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta wymagają, by decyzja o poddaniu się interwencji medycznej była poprzedzona udzieleniem pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu odpowiedniej informacji. W doktrynie i orzecznictwie zgodę blankietową uznaje się za niedopuszczalną¹². W przypadku, gdy rodzic nie precyzuje, na jakie świadczenie ma być udzielona zgoda, nie można przecież mówić o powzięciu rozeznanej decyzji przez osobę wyrażającą zgodę, co jest podstawą jej niewadliwego udzielenia. W tym zakresie stanowisko Sądu Najwyższego oraz argumenty przytoczone do jego uzasadnienia w treści uchwały, zasługują na aprobatę.

11 J. Ignatowicz, Komentarz do art. 92 k.r.o., [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz, K. Pietrzykowski (red.), Warszawa 2010, s. 858.

12 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 1972 r., I CR 463/72, Nowe Prawo 1975, nr 4, s. 585 i n., M. Świdorska, Komentarz do art. 16 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta [w:] Ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Komentarz, red. M. Nestorowicz, Warszawa 2009, s. 127.



PEŁNOMOCNICTWO DO WYRAŻENIA ZGODY NA UDZIELENIE ŚWIADCZENIA ZDROWOTNEGO

Natomiast wydaje się, że, odmiennie niż przyjął Sąd Najwyższy, nie jest dopuszczalne wyrażenie zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego przez pełnomocnika. **Nie kwestionując charakteru zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego jako oświadczenia woli, trzeba stwierdzić, że o uznaniu, czy dana czynność prawna może być dokonana przez pełnomocnika, przesądza art. 95 § 1 Kodeksu cywilnego¹³.** Zgodnie z nim, z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych albo wynikających z właściwości czynności prawnej, można dokonać czynności prawnej przez przedstawiciela. **Powyższa norma prawna wyłącza więc możliwość dokonania przez pełnomocnika czynności prawnej, która ma charakter ściśle osobisty. Za taką czynność należy uznać, moim zdaniem, właśnie zgodę na udzielenie świadczenia zdrowotnego.¹⁴**

Zgoda ta jest czynnością związaną z jednymi z najważniejszych dóbr przynależnych człowiekowi – zdrowiem i życiem. Ze względu na szczególnie charakter relacji lekarz – pacjent, w literaturze kwestionuje się nawet niekiedy cywilnoprawny charakter prawa medycznego¹⁵. Ponadto na ściśle osobisty charakter zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego wskazuje zasada ochrony autonomii woli pacjenta, która jest obecnie jedną z najważniejszych zasad prawa medycznego i przez pryzmat której musi być interpretowana każda regulacja tej dziedziny prawa¹⁶.

Powyższe rozważania dotyczą, moim zdaniem, zarówno zgody własnej, jak i zgody zastępczej. W odniesieniu do małoletnich dzieci ustawodawca wprowadza wyjątek w konieczności uzyskania zgody samego pacjenta z powodu braku możliwości podjęcia przez niego rozeznanej decyzji ze względu na wiek. Jednak również w takich przypadkach lekarz przed udziele-

13 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (DZ. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), dalej: k.c.

14 Por. B. Janiszewska, O udzielaniu..., s. 1046.

15 M. Boratyńska, Wolny..., s. 167. Autorka ta zaznacza, że w przypadku prawa medycznego relacje pacjent – lekarz nie są oparte na autonomii woli obu stron. Autonomia przynależy w tej sytuacji jedynie pacjentowi.

16 Por. M. Safjan, Prawo..., s. 34. Autor ten podkreśla znaczenie zgody na zabieg medyczny właśnie w kontekście ochrony autonomii woli pacjenta.



niem świadczenia zdrowotnego powinien poinformować małoletniego w niezbędnym zakresie i wysłuchać jego zdania (art. 31 ust. 7 u.z.l.i.d.). Wszystko to ma za zadanie zapewnić jak najszerszą ochronę autonomii woli i podmiotowości osoby, której udzielane jest świadczenie zdrowotne.

Uważam, że właśnie w kontekście ściśle osobistego charakteru zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego powinien być interpretowany krąg podmiotów, które wyrażają zgodę na udzielenie świadczenia zdrowotnego zamiast samego pacjenta. W mojej ocenie należy zgodzić się z Sądem Najwyższym, że zasadą jest dopuszczalność dokonywania czynności prawnej przez pełnomocnika. Jednak **wskazany w ustawie o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz w ustawie o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta krąg osób, które mogą wyrazić zgodę w przypadku osoby małoletniej należy, moim zdaniem, uznać za zamknięty i wykluczający możliwość udzielenia w tym zakresie pełnomocnictwa**. Enumeratywne wymienienie tych podmiotów jest związane z tym, że to właśnie wyrażenie zgody przez osoby, z którymi małoletniego wiąże szczególna więź emocjonalna zapewni najlepszą ochronę jego praw w trakcie wykonywania świadczenia zdrowotnego.

W związku z powyższym, odmiennie niż uznał Sąd Najwyższy, stoję na stanowisku, że nie jest dopuszczalne wyrażenie zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego przez pełnomocnika zarówno w przypadku, gdy chodzi o zgodę własną pacjenta, jak i o zgodę udzielaną przez przedstawiciela ustawowego i pacjenta łącznie, czy wyłącznie przez przedstawiciela ustawowego. Ze względu na ściśle osobisty charakter czynności prawnej jest irrelevantne, czy zgoda ta będzie udzielona blankietowo, czy też dotyczyć będzie skonkretyzowanego świadczenia. Zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku pełnomocnictwo udzielone przez rodzica jest, na podstawie art. 58 § 1 w zw. z art. 95 § 1 k.c., nieważne. Sprzeczność czynności prawnej z prawem powoduje więc brak umocowania pełnomocnika, a tym samym zgoda przez niego wyrażona jest, zgodnie z art. 104 k.c., nieważna.



TRUDNOŚCI W UDZIELENIU ZGODY PRZEZ PRZEDSTAWICIELA USTAWOWEGO

Nie ulega wątpliwości, że niekiedy udzielenie zgody przez przedstawiciela ustawowego może być znacznie utrudnione. Jednak w tych przypadkach korzystanie z pełnomocnika nie musi być jedynym sposobem ochrony interesów małoletniego, który jest poddawany ingerencji medycznej. Wydaje się, że jeśli zabieg, na jaki pełnomocnik ma wyrazić zgodę, jest określony w sposób szczegółowy, zbyteczne jest postępowanie się instytucją pełnomocnictwa. Regulacje prawa medycznego nie wymagają ścisłego związku czasowego pomiędzy udzieleniem zgody a udzieleniem samego świadczenia zdrowotnego¹⁷. Dlatego też **wydaje się możliwe wyrażenie zgody na interwencję medyczną przez przedstawiciela ustawowego, po odpowiednim poinformowaniu, nawet z pewnym wyprzedzeniem przed planowanym udzieleniem świadczenia zdrowotnego.**

Ponadto warto rozważyć możliwość składania oświadczeń woli za pomocą środków umożliwiających porozumiewanie się na odległość – telefonu (w przypadku zgody na zabiegi nieobarczone podwyższonym ryzykiem), czy telefaksu, a następnie przesłanie oświadczenia w formie pisemnej na przykład za pomocą operatora pocztowego (świadczenia o podwyższonym ryzyku). Taką możliwość należy też dopuścić w przypadku zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego, szczególnie, że brak zachowania formy pisemnej przy świadczeniach o podwyższonym ryzyku nie powoduje nieważności zgody, a forma ta jest zastrzeżona jedynie *ad probationem*¹⁸. Problem ten nie występuje natomiast przy świadczeniach, które nie stwarzają podwyższonego ryzyka, ponieważ zgoda może być w tym przypadku udzielona ustnie. Informacje mogłyby być więc przekazane przedstawicielowi ustawowemu przez lekarza telefonicznie. Trudno wyobrazić sobie sytuację, gdy rodzic na wieść o tym, że jego dziecko trafia do szpitala, nie próbuje skontaktować się z lekarzami i uzyskać jak najpełniejszej informacji o stanie zdrowia małoletniego. Przedstawiciel ustawowy dziecka zaangażuje się więc w proces leczenia, nawet jeśli nie będzie obecny w szpitalu.

17 Por: P. Sobolewski, Zgoda na zabieg medyczny, rozprawa doktorska niepublikowana, dostępna w bibliotece Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, s. 181.

18 Z wielu: B. Janiszewska, Pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego, *Monitor Prawniczy* 2015, nr 15, s. 821, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2010 roku, II CSK 117/10, LEX nr 602677, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2006 roku, I CSK 191/05, OSNC 2007/1/18.



W sytuacji, gdy nie ma możliwości skontaktowania się z przedstawicielem ustawowym, ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentyisty oraz ustawa o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta wskazują w sposób wyraźny na konieczność udzielenia zezwolenia przez sąd (art. 34 ust. 3 u.z.l.l.d., art. 18 ust. 1 w zw. art. 17 ust. 2 u.p.p.). Moim zdaniem regulacja ta w sposób dostateczny zabezpiecza interes osoby małoletniej. Na marginesie trzeba zaznaczyć, że w przypadku badania niestwarzającego dla pacjenta podwyższonego ryzyka, zgody może udzielić osoba „wykonująca” obowiązki rodzica, czyli opiekun faktyczny (art. 32 ust. 3 w zw. z art.32 ust. 2 u.z.l.l.d., art. 17 ust. 2 u.p.p.)¹⁹.



UWAGI NA TLE PRAWNOPORÓWNAWCZYM

Pełnomocnictwo do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego jest instytucją znaną porządkom prawnym wielu państw europejskich, w tym w prawie angielskiemu²⁰. Podkreślenia wymaga jednak, że zgodnie z Mental Capacity Act²¹ pełnomocnictwa dotyczące jej osoby, w tym między innymi wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego (*section 9 (1a)* w zw. z s. 17 (1d) m.c.a.), może udzielić jedynie osoba pełnoletnia i posiadająca zdolność do udzielenia powyższego pełnomocnictwa (*section 9 (2c)* m.c.a.). Pełnomocnictwo musi zostać także udzielone w formie szczególnej, tj. na urzędowym formularzu²². Jednocześnie dla swej skuteczności wymaga ono zarejestrowania²³ i jest poddawane kontroli Sądu Opiekuńczego (*section 22, 23* m.c.a.). **Wydaje się, że zarówno obowiązek rejestracji, jak i sądowa kontrola są istotny-**

19 W literaturze podkreśla się, że opiekun faktyczny nie może udzielić zgody na czynności inne niż badanie (P. Konieczniak, Status opiekuna faktycznego w prawie medycznym, Prawo i Medycyna 2014, nr 2, s. 75).

20 Instytucja ta występuje również w prawie francuskim, belgijskim, czy szwajcarskim (zob. szerzej: M. Syska, Medyczne oświadczenia pro futuro na tle prawnoporównawczym, Warszawa 2013, s. 124-126, 139-141, 175-177, 185-187).

21 Mental Capacity Act, dostęp za pomocą <http://www.legislation.gov.uk/>, dalej: m.c.a.

22 Mental Capacity Act. Code of Practice, section 7.7, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/497253/Mental-capacity-act-code-of-practice.pdf, dostęp dnia 30.04.2017 r.

23 Ibidem, section 7.14.

mi postulatami de lege ferenda w przypadku uznania dopuszczalności tego typu pełnomocnictw w prawie polskim.



PODSUMOWANIE

Bez wątplenia głosowane orzeczenie Sądu Najwyższego stanowi ważną wypowiedź dotyczącą zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego osobom małoletnim. Na pełną aprobatę zasługuje, moim zdaniem, uznanie przez Sąd Najwyższy niedopuszczalności udzielenia pełnomocnictwa ogólnego do wyrażenia zgody na interwencję medyczną. Natomiast, odnosząc się do możliwości udzielenia pełnomocnictwa do wyrażenia zgody na skonkretyzowane świadczenie zdrowotne, wydaje się, że kwestia ta pozostaje kontrowersyjna i *de lege lata* możliwe jest przyjęcie innej interpretacji niż ta przedstawiona w uchwale Sądu Najwyższego.



STRESZCZENIE

W uchwale z dnia 13 maja 2015 roku, III CZP 19/15 Sąd Najwyższy dopuścił skuteczność pełnomocnictwa upoważniającego do wyrażenia zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego w przypadku małoletniego dziecka. W orzeczeniu wskazano, że pełnomocnictwo to jest zgodne z dobrem dziecka, a zgoda przedstawiciela ustawowego nie ma charakteru ściśle osobistego. W głosie zaprezentowano stanowisko odmienne, zwracając uwagę na ściśle osobisty charakter zgody na udzielenie świadczenia zdrowotnego także w przypadku zgody zastępczej, związanie władzy rodzicielskiej z osobami rodziców oraz na aspekt prawnoporównawczy – niedopuszczalność takiego oświadczenia w przypadku dzieci w prawie angielskim.



SUMMARY

In a resolution of 13 May 2015, III CZP 19/15 the Supreme Court allowed the power of attorney, which covered consent to medical treatment in the case of a minor child. The judgment stated that the power of attorney may be in accordance with the welfare of the child and that the consent



of the statutory representative is not strictly personal. In the gloss the different statement is presented. It must be taken into consideration that the consent to medical treatment has strictly personal nature, also in the case of substitute consent. Moreover, the connection of parental authority with parents and the aspects of comparative law - inadmissibility of such power of attorney in the case of children under the English law must be bear in mind.



Gospodarcze



**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



apl. adw. Marzena Meder

doktorant w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego WPiA UŚ
Izba Adwokacka w Katowicach;



Współcześnie, wobec znacznego wzrostu aktywności władz publicznych w niektórych obszarach sfery prywatnej, jak również z uwagi na przybieranie przez tę aktywność nowych form, nie wystarczy prosty, dualistyczny podział na sferę dominium oraz sferę imperium. Istnienie tych sfer można uznać za wciąż aktualne, jednak należałoby dostrzec fakt ich wzajemnego przenikania przynajmniej w zakresie realizacji przez władze publiczne funkcji społecznie użytecznych.

Przykładem podjęcia próby ustalenia wzajemnej relacji i przenikania się obu sfer będzie na pewno rozważanie zagadnienia dotyczącego ustalenia rzeczywistych relacji podmiotów prawnych funkcjonujących w obrocie, gdzie podstawą prawną ich utworzenia oraz funkcjonowania są przepisy ustaw publicznoprawnych i prywatnoprawnych.

Pojawia się pytanie czy związek komunalny, powołany na podstawie art. 64 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym przez zainteresowane gminy w celu realizacji ich zadania własnego polegającego na zaopatrzeniu w wodę i odprowadzania ścieków, określonego



w art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków w związku z art. 7 ust. 1 pkt. 3 ustawy o samorządzie gminnym, może być uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu art. 305¹ Kodeksu cywilnego i prowadzić działalność gospodarczą o której mowa w art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym, a zatem czy dopuszczalne jest ustanowienie służebności przesyłu na zasadach określonych w art. 305¹ Kodeksu cywilnego na jego rzecz, czy też z uwagi na charakter związku oraz uczestnictwo w nim zainteresowanych gmin – służebność przesyłu winna być ustanowiona na rzecz gmin tworzących związek.



WSTĘP

Korzystając z dorobku orzecznictwa sądowego przyjmuje się, iż gmina może być przedsiębiorcą, w tym przedsiębiorcą przesyłowym.¹ Jednakże przepisy regulujące funkcjonowanie związku są odmienne od tych dotyczących gminy. Związek międzygminny tworzony jest na podstawie przepisów art. 64 – 74 ustawy o samorządzie gminnym.² Pozostałe przepisy ustawy o samorządzie gminnym stosuje się do związku tylko wtedy, gdy jest to wyraźnie wskazane. Zatem zasady prowadzenia działalności gospodarczej określone w art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym mają zastosowanie wyłącznie do gmin i ich jednostek organizacyjnych, a związek komunalny taką jednostką nie jest. Wskazując na ogólne kierunki w tym zakresie, należy zauważyć, że zgodnie z art. 9 ust. 1, gmina może wykonywać swoje zadania albo bezpośrednio, prowadząc gospodarkę gminną poprzez własne jednostki organizacyjne, albo pośrednio, przekazując wykonywanie zadań innym podmiotom.³ Formami publicznoprawnymi przekazywania zadań na zewnątrz gminy są związek komunalny oraz porozumienie.⁴ Nadto, zgodnie z treścią przepisu gmina oraz inna gminna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą wy-

1 Wyrok WSA w Warszawie z dn. 21.02.2013 r. sygn. IV SA/Wa 2420/12, wyrok NSA w Warszawie z dnia 21.07.2005r., sygn. OSK 1741/04.

2 Ustawa z dnia 08.03.1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. 1990 nr 16 poz. 95 z późn. zm.).

3 Wyrok NSA w Warszawie z dn. 05.08.2008 r., sygn. II OSK 914/07.

4 Hauser, Niewiadomski (red.), Art. 64 i art. 74 Samorząd gminny, opublikowano 2011.

kraczącą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych w odrębnej ustawie.

Unormowanie art. 9 koresponduje z regulacjami ustawy o gospodarce komunalnej, która stanowi *lex specialis* wobec samorządowych ustaw ustrojowych w zakresie możliwości i sposobów wykonywania zadań ustawowych. Ustawa ta określa prawne uwarunkowania prowadzenia przez samorząd terytorialny działalności zwanej gospodarką komunalną⁵. Ustawa o gospodarce komunalnej upoważnia związek międzygminny do wykonywania zadań w formach przewidzianych przez ustawę, w szczególności poprzez utworzenie samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego, ale sama podmiotem wykonującym te zadania być oczywiście nie może. Stanowi o tym art. 5 ustawy o gospodarce komunalnej, który upoważnia związek komunalny do odpowiedniego stosowania ustawy w celu realizacji powierzonych mu zadań.⁶ Związku komunalnego nie można uznać za jednostkę organizacyjną gminy, ani tym bardziej za żaden z podmiotów utworzonych na podstawie ustawy o gospodarce komunalnej. Pomimo to, jednocześnie zadaniem i celem związku komunalnego, przez czas jego trwania, jest zaspakajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Chodzi o świadczenia, które potencjalnie każdy mieszkaniec wspólnoty powinien mieć na co dzień dostępne, jako pewien minimalny standard życia w cywilizowanym społeczeństwie. W pojęciu potrzeb ludności mieści się, inaczej mówiąc, interes publiczny dotyczący określonej wspólnoty.⁷

Przypomnieć należy, że związek komunalny tworzony jest przez samorządy gmin w drodze porozumień zatwierdzanych następnie uchwałami rad tych gmin, w celu wspólnego wykonywania zadań publicznych. Związek międzygminny posiada osobowość prawną, zaś ramy jego funkcjonowania wyznacza statut. Co charakterystyczne, związek międzygminny może być zawarty na czas nieoznaczony, ale również na czas oznaczony. Z momentem likwidacji majątek związku przechodzi na własność gmin – jego uczestników – na zasadach określonych postanowieniami statutu.

5 Hauser, Niewiadomski (red.), Art. 9 Samorząd gminny, opublikowano 2011.

6 Ustawa z dnia 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U.1997 nr 9 poz. 43 z późn. zm.).

7 Hauser, Niewiadomski (red.), Art. 9 Samorząd gminny, opublikowano 2011.



CHARAKTER DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ GMINY.

Działalność gospodarcza gminy wykazuje szczególne właściwości ponieważ nie jest realizowana w warunkach wolności gospodarczej. Zakres przedmiotowy działalności gospodarczej gminy wyznaczają bowiem jej zadania publiczne. Nie jest to działalność ukierunkowana na osiągnięcie zysku, a na zaspokajanie gospodarczych potrzeb wspólnoty lokalnej. Przedmiotem tej działalności w zasadniczej części jest świadczenie usług publicznych, nie można jednak wykluczyć działalności wytwórczej, budowlanej czy nawet handlowej, o ile mieści się ona w zadaniach gminy. Nie zawsze też prowadzona jest na rachunek gminy ponieważ czasami dysponentami są samodzielne gminne osoby prawne i to one osobiście dysponują środkami pieniężnymi. Uczestnictwo samorządu gminnego w obrocie gospodarczym ma charakter szczególny. „Produkty” takiej działalności nie trafiają bowiem na rynek, ale są skierowane do skonkretyzowanego odbiorcy. Uczestnictwo to realizowane jest za pomocą instrumentów cywilnoprawnych oraz administracyjnych (np. ustalanie cen – taryf – za niektóre produkty, poddanie zobowiązań egzekucji administracyjnej).⁸ Przedmiotowa działalność może być podejmowana, o ile przyczynia się do realizacji zadań jednostki samorządu terytorialnego.⁹ Art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym odwołuje się do definicji użyteczności publicznej znajdującej się w ustawie o gospodarce komunalnej.¹⁰ W świetle art. 1 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej użyteczność publiczna obejmuje zadania własne jednostek samorządu terytorialnego mające na celu bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.¹¹ Prowadzenie działalności gospodarczej przez gminy można rozpatrywać na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze na płaszczyźnie tzw. użyteczności publicznej, a po drugie na płaszczyźnie zadań wykraczających poza tę sferę¹². Gmina zaliczana jest do osób prawnych prowadzących ubocznie bezpośrednią działalność gospodarczą. Inny jest jednak cel jej dzia-

8 B. Dolnicki (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz art. 9, opublikowano: WK 2016.

9 Hauser, Niewiadomski (red.), Art. 9 Samorząd gminny, opublikowano 2011.

10 Ustawa z dnia 20 grudnia 1996r. o gospodarce komunalnej. (t.j. Dz.u. z 2016r. poz. 573 z późn. zm.).

11 S. Dudzik. Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna, Kraków 1998, s. 226.

12 B. Dolnicki (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, art. 9 Opublikowano: WK 2016.

talności. W przypadku gmin chodzi bowiem nie tyle o zdobycie środków pieniężnych na realizację celów statutowych, ale o działanie w sferze użyteczności publicznej, a więc w celu zaspokojenia potrzeb społeczności lokalnej.¹³ Wniosek, jaki można z tej definicji wysnuć, jest następujący. Zakres pojęcia użyteczności publicznej będzie węższy niż zakres zadań jednostek samorządu terytorialnego. Realizacja części zadań nie jest bowiem bezpośrednio powiązana z bieżącym i nieprzerwanym zaspokajaniem potrzeb wspólnoty oraz nie jest realizowana w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.



PODMIOTOWOŚĆ I SAMODZIELNOŚĆ ZWIĄZKU MIĘDZYGMINNEGO.

Jak już wskazano powyżej, przepisy regulujące funkcjonowanie związku są odmienne od tych dotyczących gminy. Po pierwsze, w ustawie o samorządzie gminnym znajduje się odrębna regulacja dotycząca wyłącznie związku międzygminnego. Nadto, treść art. 73a ustawy o samorządzie gminnym określa, że do gospodarki finansowej związku międzygminnego stosuje się odpowiednio przepisy o gospodarce finansowej gmin. Nasuwa się wniosek, iż poza rozdziałem dotyczącym powstania i funkcjonowania związku, inne przepisy ustawy o samorządzie gminnym stosuje się tylko wtedy, gdy jest to wyraźnie w niej wskazane. Zasady prowadzenia działalności gospodarczej określone w art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym mają zatem zastosowanie wyłącznie do gmin i ich jednostek organizacyjnych, a związek komunalny taką jednostką nie jest. Związek powstaje na zasadzie dobrowolności decyzji gminy. Jedyne ustawą szczególną przewiduje obowiązek jego utworzenia. Związek może być zawarty na czas nieoznaczony lub na czas oznaczony. Dodatkowo każda gmina ma pełną dowolność – wyznaczoną ramami statutu – podjęcia decyzji o rezygnacji z członkostwa. Już powyższe odróżnia konstrukcję związku od gminy i nie można analogicznie porównać związku do gminnych jednostek organizacyjnych.

13 Wyrok NSA w Warszawie z dnia 30.11.1999 r., sygn. SA/Bk 1354/98, LEX nr 1692733.



PRZEDSIĘBIORCA PRZESYŁOWY.

Istotnym aspektem koniecznym do dokonania analizy pojęcia związku komunalnego jako przedsiębiorcy przesyłowego jest czasowość związku. W przypadku bowiem rozwiązania związku, bądź wystąpienia gminy majątek związku dzielony jest na zasadach określonych w statucie. W tym przypadku zasadna pozostaje analiza treści postanowień statutu. Jeżeli w statucie brak będzie postanowienia ustalającego zasady podziału majątku pozostałego po likwidacji, majątek ten podlega podziałowi proporcjonalnie do wartości sumy wniesionych składek i udziałów przez każdego z uczestników związku. Zatem wniesione przez członków związku – gminy – składki przekładają się na wartość majątku przekazanego do gminy po jego likwidacji. Oznacza to, że majątek związku nie kształtuje się dowolnie, w tym z środków uzyskanych z ewentualnej działalności gospodarczej, a zakres prawa własności związku wyznaczony jest zakresem czynnego udziału gminy (poprzez wniesienie składek) w jego funkcjonowaniu. Zatem w przypadku likwidacji związku bądź wystąpienia z niego przynajmniej jednej gminy, własność sieci przesyłowej generalnie powinna być przekazana do gminy, która również uiszczała składki na powstanie tej sieci. Zatem nasuwa się pytanie o sposób podziału przedmiotowej własności, ewentualne zmiany własnościowe i procedurę postępowania.

W myśl art. 305¹ Kodeksu cywilnego nieruchomości można obciążyć na rzecz przedsiębiorcy, który zamierza wybudować lub którego własność stanowią urządzenia, o których mowa w art. 49 § 1 kodeksu cywilnego, prawem polegającym na tym, że przedsiębiorca może korzystać w oznaczonym zakresie z nieruchomości obciążonej, zgodnie z przeznaczeniem tych urządzeń (służebność przesyłu).¹⁴ Generalnie więc z treści przepisu wynika, że jeżeli podmiot, którego własność stanowią urządzenia przesyłowe nie jest przedsiębiorcą, nie jest możliwe ustanowienie na jego rzecz służebności przesyłu. Na kanwie tak ukształtowanej definicji, istotne jest zatem rozstrzygnięcie czy związek komunalny jest przedsiębiorcą. Z tego bowiem wynikają dalej idące konsekwencje prawne.

Sytuacja komplikuje się, w przypadku, gdy związek komunalny powołany został przez gminy w celu pozyskiwania środków na realizację zadań wy-

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

mienionych wyłącznie w statucie. A zatem statut Związku ściśle określa zakres prowadzonej działalności gospodarczej w ramach realizowanego zadania na rzecz gmin. Oznacza to, że związek nie może prowadzić żadnej innej działalności gospodarczej, ponad tę opisaną w treści statutu.

Przyjmując zatem stan faktyczny w którym, właścicielem urządzeń przesyłowych jest związek, natomiast przedsiębiorcą jest inny podmiot zarządzający siecią wodno – kanalizacyjną na podstawie umowy dzierżawy, pojawiają się daleko idące wątpliwości prawne. Przedstawiona sytuacja wzajemnych powiązań i stosunków własnościowych jest rzeczywiście możliwa (tzw. *studium przypadku*). Wydawać by się mogło, że na gruncie tak ukształtowanej problematyki przepisy kodeksu cywilnego uniemożliwiają zastosowanie wprost zasad określających ustanowienie służebności przesyłu zgodnie z art. 305¹ – 305⁶. Związek komunalny, pomimo że jest właścicielem sieci, nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 43¹ kodeksu cywilnego, z drugiej natomiast strony przedsiębiorca przesyłowy nie jest właścicielem sieci, a posiada do niej tytuł prawny na podstawie umowy dzierżawy.

Zatem biorąc pod uwagę brzmienie art. 305¹ kodeksu cywilnego oraz art. 64 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 pkt. 3 w związku z art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym pojawia się ważne zagadnienie prawne sprowadzające się do ustalenia czy związek komunalny może prowadzić działalność gospodarczą kwalifikującą go do uznania za przedsiębiorcę przesyłowego, a zatem czy dopuszczalne jest ustanowienie służebności przesyłu na zasadach określonych w art. 305¹ kodeksu cywilnego na jego rzecz czy też z uwagi na charakter związku oraz uczestnictwo w nim zainteresowanych gmin – służebność przesyłu winna być ustanowiona na rzecz gmin.



GMINNE JEDNOSTKI ORGANIZACYJNE W ŚWIELE REGULACJI USTAWOWYCH.

Gmina oraz inna gminna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej wyłącznie w przypadkach określonych w odrębnej ustawie. Przez pojęcie gminnej osoby prawnej należy rozumieć gminną jednostkę organizacyjną, utworzoną przez gminę i posiadającą przymiot osobowości prawnej. Gminna osoba prawna to podmiot wydzielony organizacyjnie,



posiadający odrębne składniki majątkowe i osobowe, realizujący zadania określone odpowiednimi przepisami.¹⁵ Katalog gminnych osób prawnych określa ustawa o gospodarce komunalnej. Szerszy zakres znaczeniowy przypisuje się pojęciu gminnej jednostki organizacyjnej, które obejmuje zarówno jednostki organizacyjne gminy, jak i gminne osoby prawne. Każdy z tych podmiotów spełnia bowiem kryteria pozwalające na objęcie go mianem jednostki organizacyjnej. Wykonuje on zadania publiczne, jest uprawniony do nawiązywania stosunków administracyjnoprawnych, został wyposażony w zespół składników osobowych, rzeczowych itd.¹⁶



DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZA W POTRZEBIE REALIZACJI ZADAŃ WŁASNYCH.

Jak już wskazane zostało na wstępie, prowadzenie działalności gospodarczej przez gminy można rozpatrywać na dwóch płaszczyznach na płaszczyźnie tzw. użyteczności publicznej i na płaszczyźnie zadań wykraczających poza tę sferę.¹⁷ Gmina zaliczana jest do osób prawnych prowadzących ubocznie bezpośrednią działalność gospodarczą. Inny jest cel jej działalności. W przypadku gmin chodzi bowiem nie tyle o zdobycie środków pieniężnych na realizację celów statutowych, ale o działanie w sferze użyteczności publicznej, a więc w celu zaspokojenia potrzeb społeczności lokalnej.¹⁸

Potwierdzenie powyższego może znaleźć odzwierciedlenie w statucie utworzonego przez gminy związku, podczas gdy w jego treści znajduje się postanowienie zgodnie z którym dochody z majątku są przeznaczone na prowadzenie przez niego działalności i utrzymanie związku. Przykładowo uzyskiwane przez związek dochody przeznaczone są tylko i wyłącznie na realizację zadania własnego w zakresie kanalizacji i gospodarki wodnościekowej gmin tworzących związek. Przyjmując tylko hipotetycznie takie brzmienie statutu przy zastosowaniu art. 43¹ KC należy stanąć

15 B. Dolnicki, Gminne jednostki organizacyjne, a a jednostki organizacyjne gmin, Gdańskie Studia Prawnicze, tom XXXIV, 2015, str. 67–68.

16 Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 08.01.2009 r., sygn. II SA/Bd 878/08, LEX nr 484875.

17 B. Dolnicki (red.), Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz, art. 9 Opublikowano: WK 2016.

18 Wyrok NSA w Warszawie z dnia 30.11.1999 r., sygn. SA/Bk 1354/98, LEX nr 1692733.

na stanowisku, że działalność w omawianym zakresie nie może być uznana za działalność gospodarczą w *stricto* tego słowa znaczeniu jaką wykonuje związek będąc przedsiębiorcą. Przeczyłoby to przede wszystkim postanowieniem statutu oraz charakterowi zadania własnego gminy przekazanego do związku, którego głównym i podstawowym celem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty. Jeżeli zatem w statucie znajduje się postanowienie, który wprost określa, iż dochody z majątku związku przeznaczane są wyłącznie na prowadzenie działalności i utrzymanie związku, związek nie ma dowolności w wydatkowaniu uzyskanych środków (co jest charakterystyczne dla przedsiębiorcy), a musi działać w zakresie norm statutowych oraz ustawy o finansach publicznych.¹⁹ Aby uznać realizację zadań gminnych Oza działalność gospodarczą powinna być ona wykonywana w sposób zorganizowany, ciągły, w celu zarobkowym i prowadzona zgodnie z zasadami racjonalnej gospodarki. W tym przypadku wątpliwość budzi fakt czy związek prowadzi działalność zarobkową, jak przedsiębiorca. Taka konstrukcja może statuować jego charakter jako przedsiębiorcy. Ale czy na pewno? Ustawa o samorządzie gminnym określa, że działalność gospodarcza może być prowadzona przez gminy, jej jednostki lub na zasadach określonych w odrębnych ustawach (np. ustawa o gospodarce komunalnej). Jak wskazano powyżej związek komunalny nie kwalifikuje się do żadnej z wymienionych w dyspozycji art. 9 ustawy o samorządzie gminnym podmiotów. Jeżeli zatem związek komunalny nie jest ani gminną osobą prawną, ani też gminną jednostką organizacyjną, przepisy dotyczące prowadzenia działalności przez te wymienione podmioty nie mają zastosowania do związku. Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że związek międzygminny jest osobą prawną o szczególnym charakterze, którego nie można zaliczyć ani do jednostki samorządu terytorialnego, ani do katalogu gminnych osób prawnych ani też do katalogu gminnych jednostek organizacyjnych.²⁰ W pozostałym zakresie stosuje się powołane powyżej przepisy ustawy o samorządzie gminnym dotyczące *stricto* funkcjonowania związku oraz postanowień statutu związku. Natomiast zasady dotyczące prowadzenia przez gminę działalności gospodarczej mają zastosowanie wyłącznie do gmin i jej jednostek organizacyjnych. Wydaje się, że nie można wprost odnosić ich również do związku komunalnego, tym bardziej jeśli

19 Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r., Nr 157, poz. 1240 ze zm.).

20 Postanowienie NSA w Warszawie z dnia 11.09.2011 r., sygn. II OSK 1903/12, LEX nr 1221360. Wyrok NSA w Warszawie z dnia 24.02.2010 r., sygn. II FSK 1585/08, LEX nr 595838.



w treści statutu znajdują się postanowienia, które szczegółowo określają zakres prowadzenia dopuszczalnej działalności gospodarczej.



ZWIĄZEK MIĘDZYGMINNY PRZEDSIĘBIORCĄ, A MOŻE UCZESTNIKIEM OBROTU GOSPODARCZEGO PROWADZĄCYM SWOISTĄ DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZĄ? NA POGRANICZU SFER.

Nasuwa się zatem pytanie, czy Związek jako jednostka organizacyjna gminy może prowadzić działalność gospodarczą na zasadach określonych w ustawie o samorządzie gminnym (art. 9 ust. 2 ustawy), przewidzianych dla jednostek gminnych oraz gminnych osób prawnych, a zatem jako prowadzący działalność gospodarczą powinien być uznany za przedsiębiorcę w rozumieniu art.43¹ kodeksu cywilnego, tak więc dopuszczalne jest ustanowienie służebności przesyłu na jego rzecz, jako właściciela sieci przesyłowej, na zasadach określonych w art. 305¹ KC, bez względu na to, że przedsiębiorcą przesyłowym jest inny podmiot.

W myśl art. 437 KC przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 331 § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Przedsiębiorca działa pod firmą, natomiast przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Trudno tę definicję zawartą w art. 557 w zw. z art. 437 kodeksu cywilnego odnieść do związku komunalnego, który powstał w celu realizacji zadań własnych gmin, zaś działalność gospodarczą może prowadzić wyłącznie na zasadach zastrzeżonych w statucie. Nawet jeżeli związek międzygminny jest właścicielem urządzeń przesyłowych, wydaje się, że nie można mu przypisać charakteru przedsiębiorcy. Nie mają do niego zastosowania przepisy dotyczące przedsiębiorcy, w tym związane ze służebnością przesyłu. W myśl art. 49 § 1 i 2 kodeksu cywilnego, urządzenia służące do doprowadzania lub odprowadzania plynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz inne urządzenia podobne nie należą do części składowych nieruchomości, jeżeli wchodzą w skład przedsiębiorstwa. Osoba, która poniosła koszty budowy urządzeń, jest ich właścicielem, może żądać, aby przedsiębiorca, który przyłączył urządzenia do swojej sieci, nabył ich własność za odpowiednim wynagrodzeniem,

chyba że w umowie strony postanowiły inaczej.²¹ Z żądaniem przeniesienia własności tych urządzeń może wystąpić także przedsiębiorca. W świetle powyższego związek komunalny, oczywiście w przedstawionym wyżej stanie faktycznym, nie może być uznany za przedsiębiorcę przesyłowego. Nie prowadzi on bowiem działalności gospodarczej, a tym bardziej nie prowadzi działalności gospodarczej w zakresie przesyłu. Tym samym nie jest możliwe ustanowienie na jego rzecz służebności przesyłu. Potwierdza to orzecznictwo. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego służebność przesyłu ma zapewnić przedsiębiorcy stabilny tytuł do korzystania z urządzeń o jakich mowa w art. 49 § 1 KC.²² Tym samym przyjmując, że jeżeli związek międzygminny nie jest przedsiębiorcą, nie jest również możliwe ustanowienie służebności przesyłu na jego rzecz. Ponadto, nawet jeżeli związek jest właścicielem sieci, własność ta nie ma charakteru bezwarunkowego, a obwarowana jest ograniczeniami wynikającymi z postanowień statutu dotyczących właśnie kwestii własnościowych oraz ewentualnej likwidacji związku. W tak ukształtowanym stanie faktycznym pojawia się pytanie o konsekwencje prawne wystąpienia gminy ze związku bądź likwidacji związku, w tym własności sieci przesyłowej oraz innych praw związanych z własnością.

W myśl art. 3057 kodeksu cywilnego nieruchomości można obciążyć na rzecz przedsiębiorcy, który zamierza wybudować lub którego własność stanowią urządzenia, prawem polegającym na tym, że przedsiębiorca może korzystać w oznaczonym zakresie z nieruchomości obciążonej, zgodnie z przeznaczeniem tych urządzeń.²³ Jeśli więc podmiot, którego własność stanowią urządzenia przesyłowe nie jest przedsiębiorcą, nie jest możliwe ustanowienie na jego rzecz służebności przesyłu.

Na brak przymiotu przedsiębiorcy po stronie związku mógłby wskazywać również i sam charakter wynagrodzenia ustanowionego z tytułu służebności przesyłu. Pod pojęciem wynagrodzenie należy rozumieć wartość świadczenia spełnionego na rzecz strony obowiązanej do jego zapłaty lub korzyści, którą obowiązany uzyskał w związku ze świadczeniem spełnionym wzajemnie lub też korzyści czerpanych z wykorzystania cudzej nierucho-

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

22 Postanowienie SN z dnia 28.03.2014 r., sygn. III CSK 174/13, Lex nr 1472279.

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



mości przez przedsiębiorcę, który sprzedaje usługi przy jej wykorzystaniu w większym lub mniejszym rozmiarze. Jeśli zatem podmiot nie czerpie żadnych korzyści z urzędzeń przesyłowych, zaś świadczone usługi nie mają charakteru zarobkowego a realizowane są w ramach zadań własnych gminy, trudno uznać, iż jako przedsiębiorca związek zobligowany jest do uiszczania wynagrodzenia z tytułu ustanowienia służebności przesyłu.²⁴

Nadto, można wyróżnić aspekt ekonomiczny dostępności, co dotyczy przede wszystkim ceny. Przepis art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy o gospodarce komunalnej stanowi, że organy jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wysokości cen i opłat albo o sposobie ustalania cen i opłat za usługi komunalne o charakterze użyteczności publicznej. Warto wskazać, że uprawnienie to, choć stanowi podstawę do wydawania aktów prawa statutowego, nie oznacza dowolności w stanowieniu takich uchwał.²⁵

Warto podkreślić, że jednostki samorządu terytorialnego, podejmując czynności w dziedzinie usług, handlu, wytwórstwa itd., nie stają się przez to przedsiębiorcami, mimo że aktywność taka spełnia najczęściej przesłanki zorganizowania i ciągłości, o których mowa w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Dodać należy, że działalność gospodarcza na tle kodeksu cywilnego to pojęcie odmienne od pojęcia działalności gospodarczej na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Działalność komunalna z definicji nie jest natomiast działalnością zarobkową, jeżeli potraktujemy tę przesłankę jako główny cel działalności. Nawet jeśli samorząd odpłatnie świadczy określone usługi i zachowuje się na rynku podobnie do przedsiębiorców, zawierając m.in. umowy z ludnością, to głównym celem tej aktywności będzie realizacja zadania publicznego.²⁶ Samorząd będzie zawsze związany normami zadaniowymi i innymi regulacjami, które będą determinować jego działalność na rynku, co od strony formalnej stanowi zasadniczą różnicę pomiędzy jego jednostkami i przedsiębiorcami.²⁷

24 Postanowienie SN z dnia 08.02.2013 r., sygn. IV CSK 317/12.

25 Wyrok NSA w Warszawie z dn. 05.01.2002 r., sygn. III SA 2284/99.

26 S. Dudzik. Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna, Kraków 1998, s. 306.

27 Hauser, Niewiadomski (red.), Art. 9 Samorząd gminny, opublikowano 2011.



PODSUMOWANIE

Przedstawiona wykładnia przepisów prowadzi do wniosku, że Związek międzygminny, jako, że powołany jest do realizacji zadań własnych gmin w zakresie gospodarki wodno – ściekowej, nie prowadzi działalności zarobkowej, zatem nie posiada przymiotu przedsiębiorcy, a tym samym nie można na jego rzecz ustanowić służebności przesyłu. Niemniej podjęta analiza miała na celu przede wszystkim wykazać, że w przepisach samorządowych w związku z przepisami kodeksu cywilnego znajdują się luki prawne, które mogą prowadzić do odmiennych, niż te przyjęte w orzecznictwie i doktrynie, wniosków odnośnie statusu związku w obrocie prawnym, jako przedsiębiorcy. W opisanym wyżej stanie faktycznym, charakter związku, jako przedsiębiorcy budzi wątpliwości natury prawnej.

Powyższe rozważania to jeden z argumentów przemawiających za potrzebą ukształtowania nowego spojrzenia na sferę *imperium* i *dominium*. Wynika, to przede wszystkim z coraz silniejszego, wzajemnego przenikania się obu sfer i kształtowania relacji na ich pograniczu. Ma to oczywisty związek także ze sposobem pojmowania instytucji prawnych, czy przypisywania podmiotowości określonym twórcom kreowanym przez ustawodawcę. Z powyższego należy wywieść wniosek, iż badanie relacji podmiotów winno odbywać się przede wszystkim na poziomie przedmiotowym. Konsekwentna analiza pozwoli wysunąć wnioski odnośnie charakteru podmiotowości i przypisać określone skutki materialnoprawne w obrocie gospodarczym.



ABSTRAKT

Przedmiotem artykułu są refleksje dotyczące specyfiki funkcjonowania związku międzygminnego w obrocie gospodarczym. Podjęcie próby ustalenia jego podmiotowości, jako przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów prawa cywilnego oraz wskazanie wątpliwości interpretacyjnych na przykładzie instytucji służebności przesyłu.

Nasuwa się pytanie, czy związek międzygminny, w celu realizacji powierzonych mu zadań przez gminy uczestniczące w związku, jest przedsiębiorcą na gruncie kodeksu cywilnego, a zatem czy można na jego rzecz ustanowić służebność przesyłu. Odpowiedź nie jest prosta ponieważ



związek międzygminny jest specyficzną korporacją prawa publicznego, a jego trwałość zależy od decyzji gmin.



SUMMARY

The aim of the article is to present some characteristics of functioning of a municipal association in trade (business activity). This work attempts to show the municipal association as a business entity pursuant to the Civil Law provisions, and to indicate some interpretation doubts basing on the example of transmission easement.

The question is whether, in order to carry out the tasks entrusted to the municipal association by the participating municipalities, this municipal association can be treated a business entity under the Civil Law, and whether the easement transmission can be established to the benefit of the association. The answer is not easy because any municipal association is a kind of a corporation governed by public law, and its durability depends on municipal decisions.

A dministracyjne



**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



spory
**PODATKOWE
W ARBITRAŻU**

część 2



Monika Cichorska¹, Emanuel Wanat²

¹absolwentka WPiA UW, apl. rad. przy OIRP w Warszawie ²absolwent WPiA UJ, apl. adw. przy
ORA w Warszawie

W sprawach rozpoznawanych przez sądy arbitrażowe niejednokrotnie występują kwestie z zakresu prawa podatkowego. Kwestie te mogą pojawić się zarówno w trakcie rozstrzygania sporów o charakterze administracyjnym między państwem a podmiotami prywatnymi, a także w sprawach cywilnych toczących się między równorzędnymi podmiotami przed sądami polubownymi. Zagadnienia podatkowe występują między innymi w sprawach dotyczących odpowiedzialności kontraktowej stron, w których powód dochodzi zapłaty wynagrodzenia w kwocie brutto (wraz z podatkiem VAT). Na gruncie wskazanych spraw powstają wątpliwości, czy sąd arbitrażowy ma kompetencje do rozpoznania kwestii z zakresu prawa podatkowego, w konsekwencji czy będzie właściwy do rozpoznania sprawy co do istoty.



**DOPUSZCZALNOŚĆ OCENY KWESTII
PODATKOWYCH W POLSKIM PORZĄDKU PRAWNYM**

Na gruncie polskiego porządku prawnego kwestia dopuszczalności oceny zagadnień podatkowych w arbitrażu przede wszystkim sprowadza się do oceny, czy spór stanowi w swej istocie sprawę o charakterze cywilno-



prawnym, czy sprawę podatkową o charakterze publicznoprawnym. Ocena ta powinna nastąpić indywidualnie w każdej sprawie, z uwzględnieniem konkretnych okoliczności sporu.

Dla oceny dopuszczalności rozpoznania sporu w postępowaniu przed sądem polubownym, fundamentalne znaczenie na gruncie prawa polskiego ma to, czy dana sprawa (i) stanowi sprawę cywilną w rozumieniu artykułu 1 Kodeksu postępowania cywilnego oraz (ii) czy posiada zdolność arbitrażową w rozumieniu artykułu 1157 Kodeksu postępowania cywilnego. Dopiero udzielenie pozytywnej odpowiedzi w każdej z tych kwestii pozwala na ustalenie, czy dany spór może zostać rozpoznany przez sąd polubowny.

Sprawa cywilna

Kwalifikacja prawna danego sporu zależy przede wszystkim od treści podnoszonych roszczeń oraz natury stosunku prawnego z którego wynikają. Rozstrzygnięcie, czy dany spór dotyczący kwestii podatkowych stanowi sprawę cywilnoprawną wymaga więc oceny podobnych kryteriów, jakimi kierowały się sądy w sprawach Quattrogemini oraz AED. Podstawowym kryterium, którym w tym przypadku należałoby się posłużyć, jest więc ustalenie, czy spór w swej istocie i formie stanowi spór kontraktowy, czy roszczenia w danej sprawie wywodzą się z prawa cywilnego. Jeżeli ustalenia sądu będą w tym zakresie pozytywne, to spór ma charakter cywilnoprawny niezależnie od tego, czy dla jego rozstrzygnięcia konieczne jest uprzednie ustalenie jakichkolwiek kwestii podatkowych.

Na gruncie polskiego porządku prawnego sprawy Quattrogemini i AED również należałoby uznać za sprawy cywilne w rozumieniu artykułu 1 Kodeksu postępowania cywilnego. Oba spory wywodziły się bowiem z prawa cywilnego i dotyczyły odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania (np. zobowiązania do zwolnienia z odpowiedzialności za zapłatę podatków oraz zobowiązanie do podpisania deklaracji podatkowej opracowanej przez drugą stronę). Podobnie byłoby w przypadku powództwa o zapłatę kwoty nominalnej wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy wraz z kwotą podatku VAT. Taka sprawa również mogłaby być przedmiotem rozpozna-

nia przez sąd polubowny i to także w zakresie ustalenia istnienia obowiązku podatkowego, należnej stawki i ewentualnych zwolnień z podatku.

Sformułowanie, że strona dochodzi zapłaty kwoty nominalnej wraz z należnym jej podatkiem VAT stanowi jedynie swego rodzaju skrót myślowy. W istocie, strona nie dochodzi zapłaty należnego jej podatku VAT, ale zapłaty wynagrodzenia obliczonego zgodnie z ustalonym w umowie mechanizmem rozliczeń i stanowiącego równowartość podatku VAT, który już zapłaciła lub też przyjdzie jej uiścić w przypadku wydania korzystnego dla niej wyroku. Przy tym mechanizm ten zakłada obliczenie należnego wynagrodzenia jako sumę kwoty nominalnej (np. 100 000 złotych) oraz kwoty obliczonej na podstawie kwoty nominalnej z zastosowaniem odpowiednich przepisów podatkowych (np. 23% z 100 000 złotych). Trybunał arbitrażowy rozpoznający tego typu roszczenie nie decyduje o istnieniu obowiązku podatkowego, a jedynie o wyborze właściwych elementów (właściwej stawki podatku VAT) służących obliczeniu należnej kwoty wynagrodzenia, według ustalonego w umowie mechanizmu rozliczeń i na podstawie stosownego odwołania w umowie (tj. wskazania, że zapłata nastąpi w kwocie nominalnej podwyższonej o kwotę podatku VAT).

Okoliczność, że w danej sprawie występuje kwestia podatkowa, nie powoduje, że sprawa traci charakter sprawy cywilnej i nie może być rozpoznana w postępowaniu arbitrażowym. W każdej sprawie konieczne będzie ustalenie istoty sporu, poprzez odwołanie się do charakteru dochodzonych roszczeń, ich podstawy prawnej, a także treści i natury łączącego strony stosunku prawnego.

Zdatność arbitrażowa

Ustalenie, że spór stanowi sprawę cywilną nie jest wystarczające do oceny dopuszczalności jego rozpoznania w postępowaniu przed sądem polubownym. Konieczne będzie również ustalenie, czy spór ten posiada zdatność arbitrażową, a więc czy spełnia wymogi przewidziane w artykułe 1157 Kodeksu postępowania cywilnego.

Przepis artykułu 1157 Kodeksu postępowania cywilnego określa zakres dopuszczalności poddania sprawy rozpoznaniu sądów polubownych, wy-



znacząc tym samym granice przedmiotowe, w jakich dopuszczalne jest zawarcie zapisu na sąd polubowny. Zgodnie z jego treścią, 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, jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej. Na gruncie tego przepisu w nauce prawa wyrażono pogląd, że wyznacznikiem zdatności arbitrażowej jest to, czy dana sprawa mogłaby być przedmiotem ugody sądowej w wypadku, gdyby była rozpatrywana przez sąd państwowy¹. Chodzi przy tym o abstrakcyjną możliwość dysponowania przez strony prawami i obowiązkami wynikającymi z danego stosunku, bez znaczenia natomiast pozostają konkretne okoliczności sprawy, jak np. treść zawartej między stronami umowy².

Sprawy o charakterze cywilnoprawnym, które dotyczą zagadnień podatkowych, mogą być przedmiotem ugody sądowej w rozumieniu artykułu 1157 Kodeksu postępowania cywilnego. Zawarcie takiej ugody nie prowadziłoby bowiem do ustalenia istnienia obowiązków podatkowych w sposób wiążący dla stron i osób trzecich, w tym organów podatkowych. Z oczywistych względów taka ugoda prowadziłaby do nadużyć prawa podatkowego i z pewnością nie byłaby dopuszczalna. Nie ma jednak przeciwwskazań, aby strony zawarły ugodę w zakresie wzajemnych roszczeń cywilnoprawnych wynikających z zagadnień podatkowych.

Przykładowo, w omawianym wcześniej hipotetycznym sporze dotyczącym niezgodności z prawem jednego z zapewnień gwarancyjnych (*representations and warranties*) w związku z istnieniem zaległości podatkowych spółki, nie byłoby przeszkód aby strony dysponowały roszczeniami cywilnoprawnymi uwarunkowanymi istnieniem tych zaległości. Ewentualne zawarcie ugody w zakresie takich roszczeń nie prowadziłoby do ustalenia istnienia obowiązków podatkowych w określonej stawce w sposób wiążący dla organów podatkowych. Przeciwnie, w sytuacji, w której strony

-
- 1 K. Weitz (w:) T. Ereciński (red.) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom V. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2012, art. 1157, nb 5.
 - 2 Zob. postanowienia SN z 21 maja 2010 r., II CSK 670/09, OSNC 2010, nr 12, poz. 170 i z 18 czerwca 2010 r., V CSK 434/09 oraz uchwałę SN z 23 września 2010 r., III CZP 57/10, OSNC 2011, nr 2, poz. 14. K. Weitz (w:) T. Ereciński (red.) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom V. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Warszawa 2012, art. 1157, nb 4.

samodzielnie uregulowałyby swoje wzajemne prawa i obowiązki, uzgodnienia stron nie miałyby wpływu na ustalenia organu podatkowego (które mogłyby być sprzeczne z treścią ugody) i nie uniemożliwiałyby stronie podjęcia ewentualnej obrony w postępowaniu podatkowym. Tego typu porozumienie miałoby jedynie znaczenie w sferze cywilnoprawnych stosunków stron w tym znaczeniu, że na potrzeby jego zawarcia strona godziłaby się z zapłatą świadczenia uwarunkowanego istnieniem obowiązków podatkowych. W takim przypadku ugoda nie dotyczy więc wprost zagadnień podatkowych, a jedynie ich cywilnoprawnych skutków. Niewątpliwie, strony mają swobodę w dysponowaniu wzajemnymi prawami i obowiązkami wynikającymi z tego typu cywilnoprawnych stosunków.

Nie ma więc przeszkód, aby sprawy o cywilnoprawnym charakterze dotyczące kwestii podatkowych mogły być przedmiotem ugody sądowej w rozumieniu artykułu 1157 Kodeksu postępowania cywilnego. W konsekwencji, sprawy te posiadają zdolność arbitrażową w rozumieniu tego przepisu.



WNIOSKI

Sprawy z zakresu prawa podatkowego, ze względu na administracyjnoprawny charakter i metodę regulacji, nie podlegają rozpoznaniu przez sąd arbitrażowy. Sprawy ze stosunków opartych na władztwie i podporządkowaniu, kształtowanych jednostronnie przez organ państwa wyposażony w stosowne mechanizmy przymusu w celu realizacji obowiązku podatkowego, nie spełniają przesłanek sprawy cywilnej. Spory dotyczące ustalenia istnienia zobowiązania podatkowego, rozstrzygane w trybie decyzji administracyjnej przez właściwe organy podatkowe, pozostają poza kognicją sądów powszechnych i sądów polubownych. Sąd arbitrażowy zachowuje jednak właściwość do rozpoznawania spraw, w których strony dochodzą roszczeń o charakterze cywilnym (np. z tytułu wykonania umowy), dla których rozstrzygnięcia niezbędne jest uprzednie dokonanie oceny kwestii o charakterze podatkowym. Sprawa ta bowiem pozostaje sprawą cywilną w rozumieniu Kodeksu postępowania cywilnego. O charakterze sprawy decyduje bowiem ocena stosunku prawnego, który jest bezpośrednio związany z wynikiem procesu, którego rozstrzygnięcie znajdzie wyraz w treści



orzeczenia³. Rozstrzygnięcie zagadnień dotyczących ustalenia istnienia zobowiązania podatkowego, potrzebne do wszechstronnego wyjaśnienia sprawy i wydania orzeczenia w sprawie, nie ma znaczenia z punktu widzenia kompetencji sądów polubownych do rozpoznania sprawy. Możliwość rozważenia dalszych kwestii o charakterze podatkowym na potrzeby spraw o charakterze cywilnym wynika ze zgodnej woli stron. Sądy polubowne są sądami prywatnymi, którym strony, na podstawie zgodnych oświadczeń, powierzają rozpoznawanie i rozstrzyganie sporów cywilnoprawnych w miejsce sądów państwowych⁴. Zawierając w umowie postanowienie w postaci zapisu na sąd polubowny, strony przekazały określone w nim roszczenia pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Ograniczanie kompetencji sądu polubownego w zakresie kwestii prawa podatkowego byłoby również sprzeczne z ostatnio przeprowadzonymi zmianami legislacyjnymi. Intencją ustawodawcy, wyrażoną w nowelizacjach Kodeksu postępowania cywilnego⁵, było umożliwienie stronom dochodzenia w jak najszerszym zakresie ich roszczeń przed sądem polubownym.

Rozstrzygnięcie zagadnienia prejudycjalnego w postaci istnienia obowiązku podatkowego i jego wysokości dokonane przez sąd polubowny może okazać się niezgodne z późniejszymi ustaleniami organu podatkowego zawartymi w decyzji administracyjnej. W celu zmniejszenia ryzyka sprzeczności z decyzją organu podatkowego, celowe byłoby powołanie w składzie arbitrów specjalistów z zakresu prawa podatkowego, którzy w sposób profesjonalny mogliby dokonać oceny kwestii podatkowych. W sporze, w którym występuje zagadnienie podatkowe, zespół orzekający może również powołać eksperta z zakresu prawa podatkowego, który dokonałby oceny istnienia obowiązku podatkowego. Gdyby jednak, w ocenie zespołu orzekającego, rozstrzygnięcie zagadnienia prejudycjalnego z zakresu prawa podatkowego w danej sprawie nie było możliwe także przy pomocy biegłego, dopuszcza się możliwość zawieszenia postępowania. Decyzja dotycząca sposobu rozstrzygnięcia sprawy należy do arbitrów, którzy biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, powinni dążyć nie tylko

3 Z. Resich, *Dopuszczalność drogi sądowej w sprawach cywilnych*, Warszawa 1962, s. 67 i n.

4 K. Potrzebowski, W. Żywicki, *Sądownictwo polubowne. Komentarz dla potrzeb praktyki*, Warszawa 1961, s. 11; A. Wach, *Alternatywne...*, s. 134.

5 Zob. uzasadnienie ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 178, poz. 1478).

do ustalenia stanu faktycznego w sposób zgodny z prawdą, ale również do rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym terminie, zgodnie z zasadą ekonomii postępowania.



STRESZCZENIE

W sprawach rozpoznawanych przez sądy arbitrażowe niejednokrotnie występują kwestie z zakresu prawa podatkowego. W sporze dotyczącym wykonania umowy, w którym powód dochodzi zapłaty wynagrodzenia wraz z odpowiednią kwotą podatku VAT, powstają wątpliwości, czy tego typu spory mogą być rozpoznane przez sąd polubowny. Problematyka ta nie była dotychczas przedmiotem wyczerpujących rozważań w polskiej literaturze oraz orzecznictwie. Analiza orzeczeń zagranicznych sądów i relewantnych przepisów prawa prowadzi do wniosku, że rozstrzygnięcie dopuszczalności rozpoznania przez sąd polubowny kwestii prawa podatkowego zależy od tego, czy sprawa dotyczy roszczeń cywilnych czy też ma administracyjnoprawny charakter. Spory dotyczące ustalenia istnienia zobowiązania podatkowego, rozstrzygane w trybie decyzji administracyjnej przez właściwe organy podatkowe, nie podlegają kognicji sądów polubownych. Sąd polubowny pozostaje jednak właściwy do oceny kwestii podatkowych wówczas, gdy jest to konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy cywilnej.



SUMMARY

Tax related disputes are adjudicated in arbitration more often than it may seem. For example, in a typical dispute over payment of remuneration, a claimant often pursues payment along with an appropriate amount of VAT. The question arises whether such an issue may be resolved by an arbitral tribunal. So far, this question has not been sufficiently discussed in jurisprudence or caselaw. Based on the analysis of the limited caselaw available on the issue and the applicable legal rules, it is argued that a key for resolving the issue is a distinction between a civil dispute relating to private claims which only directly touch upon the issue of taxes and a public dispute, such as a tax investigation conducted by a relevant tax authority. It is concluded that public disputes regarding the determination of tax liability, conducted by a relevant tax authority, will not be



subject to the cognition of conciliation courts. However, a dispute which is civil in its nature may be resolved in arbitration regardless of the fact that it relates to tax issues.



OPŁATA ADIACENCKA

apl. radc. Mateusz Tusiński

doktorant w Zakładzie Prawa i Postępowania Cywilnego, WPiA UO
Okręgowa Izba Radców Prawnych w Opolu



Opłata adiacencka ustalana i pobierana jest w oparciu o przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami. Na gruncie przedmiotowego aktu prawnego, obowiązek zapłaty niniejszej opłaty powstaje na tle trzech różnych zdarzeń. Obok różnych przesłanek ustalenia opłaty adiacenckiej oraz jej wysokości, reszta przepisów odnoszących się do rzeczzonego zagadnienia pozostaje ta sama. Powyższe wskazuje na ujednoczoną regulację w tym zakresie i spójność ustawodawcy. Opłata stanowi dochód własny gminy. Poza wskazanymi w ustawie przypadkami, obowiązek jej ponoszenia dotyczy każdego.



WSTĘP

Opłata adiacencka stanowi opłatę, którą gmina nakłada na właścicieli lub użytkowników wieczystych nieruchomości, w związku ze wzrostem ich wartości na skutek budowy urządzeń infrastruktury technicznej ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej lub ze źródeł zagranicznych niepodlegających zwrotowi albo w związku ze scaleniem nieruchomości, a także jej podziałem. Zasady ustalania oraz poboru opłaty regulują



przepisy ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami¹, zwanej dalej „u.g.n.”.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest omówienia uregulowanej w wyżej wskazanej ustawie opłaty adiacenckiej, w tym przede wszystkim przedstawienie zasad jej naliczania i poboru. Tekst podzielony został na trzy podrozdziały, w których omówiono reguły ustalania opłaty adiacenckiej w przypadku podziału nieruchomości, scalaniu i podziału nieruchomości, a także udziale w budowie urządzeń infrastruktury technicznej.

Prawo do ustalania wysokości podatków i opłat lokalnym bezpośrednio wynika z brzmienia art. 168 Konstytucji RP². W obecnym stanie prawnym, taką możliwość przyznano tylko gminom, co można odczytywać jako pokrzywdzenie dwóch innych jednostek samorządu terytorialnego tj. powiatów i województw, bowiem przyjęte rozwiązanie znacząco wpływa na dochody własne gmin. Powyższe tłumaczy się w ten sposób, że gminie przyznano szczególne znaczenie na tle pozostałych jednostek samorządu terytorialnego³. Przepis z art. 4 ustawy z dnia 13 listopada 2003 r. o dochodach jednostek samorządu terytorialnego⁴, zwanej dalej „d.j.s.t.”, stanowi katalog dochodów własnych gmin. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 2 lit. f d.j.s.t., dochodami własnymi gmin są inne dochody uiszczane na podstawie odrębnych przepisów. Powyższe pozwala opłatę adiacencką uznać za dochód własny gminy⁵. Uzupełniając powyższe wskazać należy także, iż opłata adiacencka, o której mowa w art. 98 ust. 4 u.g.n., nie jest podatkiem w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa⁶, zwanej dalej „o.p.” – tak m.in. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 20 grudnia 2002 r., I SA 342/01 i wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 7 lutego 2006 r., I OSK 421/05.

1 Dz.U. 1997 nr 115 poz. 741 z późn. zm.

2 Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 z późn. zm.

3 P. Czarny, *Konstytucyjna koncepcja gminy i jej realizacja w ustawodawstwie i orzecznictwie*, [w:] *Samorząd terytorialny. Zasady ustrojowe i praktyka*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2005, s. 106–107.

4 Dz.U. 2003 nr 203 poz. 1966 z późn. zm.

5 Zob. E. Ruśkowski, J. Salachna, *Ustawa o dochodach jednostek samorządu terytorialnego. Komentarz*, Warszawa 2004.

6 Dz.U. 1997 nr 137 poz. 926 z późn. zm.



POJĘCIE OPŁATY ADIACENCKIEJ

Definicję opłaty adiacenckiej zawarto w art. 4 pkt 11 u.g.n. Zgodnie z wyżej wskazanym przepisem przez opłatę adiacencką należy rozumieć, jako *opłatę ustaloną ze wzrostem wartości nieruchomości spowodowanym budową urządzeń infrastruktury technicznej z udziałem środków Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego, środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej lub ze źródeł zagranicznych niepodlegających zwrotowi, albo opłatę ustaloną w związku ze scaleniem i podziałem nieruchomości, a także podziałem nieruchomości*. Powyższa opłatę uznać należy zatem za daninę publiczną, czasem określaną jako lokalny paropodatek ustanowiony jako dochód własny gminy⁷. Dodatkowo wskazać należy, że opłata adiacencka określana jest także jako niepodatkowa należność gminy⁸.

Koncepcja opłaty adiacenckiej zakłada nałożenie na właścicieli nieruchomości obowiązku uiszczenia opłaty celem zrównoważenia korzyści, jakie właściciele nieruchomości lub użytkownicy wieczyści uzyskali wskutek wzrostu wartości nieruchomości. Definicja legalna omawianej opłaty wskazuje także katalog źródeł finansowania urządzeń infrastruktury technicznej. Opłatę adiacencką ustala się również w związku ze scaleniem i podziałem nieruchomości, a także samym podziałem⁹. Zauważyć należy, że omawiana opłata uznawana jest za instytucję jednolitą¹⁰. Przedstawiona wyżej definicja legalna opłaty adiacenckiej odnosi się do wszystkich przyczyn wzrostu wartości nieruchomości. Powyższe potwierdza chociażby przepis z art. 98a ust. 1 u.g.n., który w zakresie ustalenia opłaty adiacenckiej nakazuje stosowanie przepisów regulujących zasady ustalania opłaty w związku ze wzrostem wartości nieruchomości na skutek budowy urządzeń infrastruktury technicznej¹¹.

Na koniec warto poruszyć również kwestię charakteru prawnego opłaty adiacenckiej. Postępowanie w przedmiocie ustalenia wysokości opłaty

7 P. Czechowski (red.), *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, LEX/el. 2015.

8 S. Kalus (red.), *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, LEX/el. 2012.

9 P. Czechowski (red.), *Ustawa o gospodarce ..., op. cit.*

10 Zob. wyrok NSA w Warszawie z dnia 10 sierpnia 2011 r., I OSK 1402/10 (LEX nr 1068397), wyrok WSA w Białymstoku z dnia 13 kwietnia 2010 r. II SA/Bk 91/10 (LEX nr 618463), LEX/el.

11 E. Klat-Górska, L. Klat-Wertelecka, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, LEX/el. 2015.



prowadzone jest w trybie postanowień ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego¹², zwanej dalej „k.p.a.”, natomiast egzekucja prowadzona jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji¹³, zwanej dalej „p.e.a.”. Pomimo tego, że opłatę uznać należy za świadczenie publicznoprawne, zauważyć należy, że w zakresie skutków opóźnienia lub zwłoki w zapłacie przedmiotowa opłata nosi cechy świadczenia prywatnoprawnego¹⁴. W niniejszym przypadku zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny¹⁵, zwanej dalej „k.c.”. Regulację cywilną stosuje się także w zakresie instytucji przedawnienia. Powyższe potwierdza wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 16 kwietnia 2008 r. I SA/Bd 67/08 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 marca 2009 r., II GSK 826/08.



OPLATA ADIACENCKA PRZY PODZIALE NIERUCHOMOŚCI

Omawiając podstawy prawne ustalenia opłaty adiacenckiej, w pierwszej kolejności wskazać należy na przepis z art. 98 a u.g.n., który określa zasady ustalania opłaty adiacenckiej w sytuacji, gdy podział nieruchomości wpływa na wzrost jej wartości. Zauważyć należy, że przepis znajduje zastosowanie wyłącznie w przypadku, gdy podział nieruchomości dokonywany jest na wniosek właściciela lub użytkownika wieczystego, który wniósł opłaty roczne za cały okres użytkowania tej nieruchomości¹⁶. Zatem wzrost wartości nieruchomości, który bezpośrednio związany jest z jej podziałem powoduje obowiązek uiszczenia opłaty adiacenckiej. Nie należy także zapominać, iż wzrost wartości nieruchomości, a w konsekwencji obowiązek uiszczenia stosownej daniny publicznoprawnej nie jest związany tylko z opłatą adiacencką, bowiem art. 36 ust. 4 ustawy z dnia

12 Dz.U. 1960 nr 30 poz. 168 z późn. zm.

13 Dz.U. 1966 nr 24 poz. 151 z późn. zm.

14 S. Kalus (red.), *Ustawa o gospodarce ..., op. cit.*

15 Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 z późn. zm.

16 P. Czechowski (red.), *Ustawa o gospodarce ..., op. cit.*

27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym¹⁷, zwanej dalej „p.n.p.”, również przewiduje obowiązek zapłaty tzw. renty planistycznej, jeżeli w związku z uchwaleniem lub zmianą miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego wartość nieruchomości wzrośnie.

Powyższe oznacza, że właściciel tej samej nieruchomości może być zobowiązany do kilkukrotnego uiszczania danin publicznoprawnych związanych z wzrostem wartości nieruchomości¹⁸. Należałoby się w tym kontekście zastanowić, czy taka konstrukcja nie powoduje zbyt uciążliwego systemu pobierania danin publicznoprawnych, tym bardziej, że wskazany obowiązek dotyczyć może tej samej nieruchomości. Wprawdzie ustalenie i pobór rzeczonych opłat pozostawia się w gestii gmin, co oznacza, że gminy nie są zobowiązane, ale uprawnione, jednak biorąc pod uwagę postanowienia szeroko ujętej dyscypliny finansów publicznych, uznać należy, że nie powinno się zbyt optymistycznie podchodzić do kwestii masowego odstępowania samorządów od ustalania i pobierania wyżej wskazanych opłat. Potwierdzając powyższą tezę zauważyć należy, że ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych¹⁹, zwanej dalej „o.n.d.f.p.”, sankcjonuje ewentualne uchybienia w zakresie poboru przez organy administracji publicznej należnych opłat²⁰. Wypada również zauważyć, że w wyroku siedmiu sędziów NSA z dnia 11 stycznia 2010 r., sygn. I OPS 5/09 stwierdzono m.in. iż „mimo że w art. 98a użyto określenia, że organ może ustalić opłatę, to jednak w istocie oznacza to, że jest on zobowiązany do jej wymierzenia, chyba że istnieją uzasadnione powody odstąpienia od jej nałożenia (np. gdy wzrost wartości nieruchomości jest tak niewielki, że koszty postępowania mogą być wyższe niż należna opłata)”.

Przechodząc *in concreto* do omówienia zasad w oparciu o które ustala się wysokość, a nawet nakłada sam obowiązek uiszczania opłaty adiacen-

17 Dz.U. 2003 nr 80 poz. 717 z późn. zm.

18 S. Kalus (red.), *Ustawa o gospodarce ..., op. cit.*

19 Dz.U. 2013 r. poz. 168 z późn. zm.

20 Zob. art. 5 ust. 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Przepis w sposób enumeratywny stanowi jakie zachowania należy rozumieć za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. nieustalenie, niepobranie, niedochodzenie i niezgodne z przepisami prawa umorzenie. Przepis z art. 31 stanowi katalog kar za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.



ckiej, wskazać należy, że dokonany na wniosek podmiotów określonych w art. 98a u.g.n., podział, wcale nie musi, a jedynie może powodować zwiększenie wartości nieruchomości. O zwiększeniu wartości nieruchomości będzie można mówić, gdy w wyniku podziału powstaną działki co do których indywidualne cechy takie jak wielkość, konfiguracja granic, sposób skomunikowania się z drogą publiczną będą miały bezpośredni wpływ na zwiększenie wartości rynkowej nieruchomości²¹. Ustawodawca postępując się w ww. przepisie pojęciem „nieruchomość” w odniesieniu do nieruchomości przed i po podziale oznacza, że ustalając ewentualny wzrost wartości nieruchomości, należy porównać wartość nieruchomości istniejących przed podziałem, a następnie porównać tę wartość ze zsumowanymi wartościami nieruchomości powstałych w wyniku podziału.

Zgodnie z art. 7 u.g.n., określenia wartości nieruchomości dokonuje rzeczoznawca majątkowy²². Wartości nieruchomości przed podziałem określa się na dzień, w którym decyzja zatwierdzająca podział nieruchomości stała się ostateczna, natomiast na stan nieruchomości po podziale przyjmuje się dzień, w którym decyzja zatwierdzająca podział nieruchomości stała się ostateczna, względnie orzeczenie sądu cywilnego o podziale stało się prawomocne²³. Z powyższego wynika, że organ nie ma wpływu na ustaloną wysokość, bowiem opiera swoją decyzję o sporządzony operat szacunkowy. Sporządzony przez rzeczoznawcę operat podlega ocenie organu według reguł postępowania dowodowego określonych przepisami procedury administracyjnej²⁴.

Obowiązek zapłaty oraz wysokość opłaty adiacenckiej nakładany jest w drodze decyzji administracyjnej, która wydawana jest odpowiednio przez wójta, burmistrza albo prezydenta miasta, po przeprowadzeniu w tym zakresie postępowania administracyjnego²⁵. Bardzo istotne jest za-

21 P. Czechowski (red.), *Ustawa o gospodarce ...*, op. cit.

22 E. Klat-Górska, L. Klat-Wertelecka, *Ustawa o gospodarce ...*, op. cit.

23 E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2017.

24 Zob. wyrok NSA w Warszawie z dnia 19 stycznia 2016 r., I OSK 922/14 (LEX nr 2032847), wyrok WSA w Poznaniu z dnia 20 listopada 2013 r., IV SA/Po 435/13 (LEX nr 1396026), wyrok WSA w Poznaniu z dnia 7 marca 2013 r., II SA/Po 822/12 (LEX nr 1305707), LEX/el.

25 Zob. wyrok NSA w Warszawie z dnia 7 lutego 2006 r., sygn. I OSK 421/05 (LEX nr 194066),

strzeżenie ustawodawcy, że wyżej wskazana decyzja może zostać wydana wyłącznie, jeżeli w dniu kiedy decyzja zatwierdzająca podział nieruchomości stała się ostateczna, albo orzeczenie o podziale stało się prawomocne, w danej gminie obowiązywała uchwała określająca wysokość stawki procentowej opłaty, którą ustawodawca ogranicza do maksymalnie 30% wzrostu wartości nieruchomości²⁶.

Na marginesie wskazać należy także na okoliczności, które powodują, że opłata adiacencka nie może zostać pobrana, a to w wypadku podziału nieruchomości dla wydzielenie działek gruntu na cele określone w art. 95 u.g.n., ale także w przypadku dokonywania podziału z urzędu albo na wniosek innych uprawnionych jednostek organizacyjnych²⁷. Warto również zwrócić uwagę, że przepis z art. 98a ust. 2 u.g.n., interpretowany jest w łączności z przesłankami wskazanymi w art. 95 u.g.n.²⁸. Niniejszej opłaty nie ma obowiązek wносить również użytkownik wieczysty, który z góry nie wniósł opłat rocznych za cały okres użytkowania²⁹. Wypada również zauważyć, że spadkobiercy właściciela nieruchomości również nie są zobowiązani uiszczać rzeczowej daniny³⁰. Prawo własności nieruchomości lub prawo użytkowania wieczystego nabyte w drodze zapisu windykacyjnego również zwalania z ponoszenia tej opłaty³¹. Do przesłanek ustalenia opłaty adiacenckiej należy zaliczyć:

1. Dokonanie ostatecznego podziału nieruchomości na wniosek właściciela lub użytkownika wieczystego, który wniósł opłaty roczne za cały okres użytkowania;

wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 21 października 2015 r., II SA/Wr 491/15 (LEX nr 2042308), LEX/el.

- 26 P. Czechowski (red.), *Ustawa o gospodarce ...*, *op. cit.*
- 27 J. Jaworski, A. Prusaczyk, A. Tułodziecki, M. Wolanin, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Legalis/el. 2013.
- 28 Zob. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 30 kwietnia 2008 r., sygn. II SA/Sz 1059/07 (LEX nr 510956), wyrok WSA w Łodzi z dnia 10 stycznia 2013 r., II SA/Łd 711/12 (LEX nr 1270494), wyrok WSA w Gdańsku z dnia 11 stycznia 2012 r., II SA/Gd 857/11 (LEX nr 1128962), wyrok WSA w Poznaniu z dnia 10 marca 2010 r., II SA/Po 859/09, (LEX nr 605486), LEX/el.
- 29 E. Klat-Górska, L. Klat-Wertelecka, *Ustawa o gospodarce ...*, *op. cit.*
- 30 Zob. A. Lorek, *Opłata adiacencka i renta planistyczna*, Wrocław 2010, s. 19
- 31 E. Klat-Górska, L. Klat-Wertelecka, *Ustawa o gospodarce ...*, *op. cit.*



2. **Obowiązywanie uchwały rady gminy ustalającej wysokość procentowej stawki opłaty adiacenckiej w dniu, w którym decyzja o podziale stała się ostateczna albo orzeczenie sądu prawomocne;**
3. **Nie upłynął okres trzech lat liczonych od dnia ostateczności decyzji albo prawomocności orzeczenia;**
4. **Podział nieruchomości spowodował wzrost rynkowej wartości nieruchomości³².**

Na koniec wskazać należy, że zgodnie z art. 98a ust. 3 u.g.n., jeżeli w wyniku podziału nieruchomości wydzielono działki z przeznaczeniem pod drogi publiczne lub pod poszerzenie istniejących dróg publicznych, to tych powierzchni nie wlicza się do określenia wartości nieruchomości zarówno przed jak i po podziale. Opłata uiszczana jest w terminie 14 dni od dnia, w którym decyzja o jej ustaleniu stała się ostateczna. Ustawodawca przewiduje również możliwość rozłożenia płatności opłaty adiacenckiej na raty. Co do zasady rozliczenie opłaty następuje w formie pieniężnej, jednak przepis z art. 98a ust. 4 u.g.n., przewiduje możliwość rozliczenia w ten sposób, że obowiązanym do zapłaty przeniesie na rzecz gminy prawo do działki gruntu wydzielonej w ramach dokonanego podziału. Taki sposób rozliczenia wymaga zgody gminy. Po końcowym rozliczeniu konieczne jest także wydanie decyzji stwierdzającej wygaśnięcie zobowiązań z tytułu opłaty adiacenckiej³³.



OPŁATA ADIACENCKA PRZY PODZIALE I SCALENIU NIERUCHOMOŚCI

Obowiązek zapłaty opłaty adiacenckiej powstaje również w przypadku scalenia i ponownego podziału nieruchomości. Przedmiotową kwestię reguluje rodzaj II u.g.n. Postępowanie w przedmiocie scalania i podziału dotyczyć może wyłącznie nieruchomości położonych na obszarach

32 *Ibidem.*

33 E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce ..., op.cit.*

przeznaczonych w planach miejscowych na cele inne niż rolne i leśne. Scalenie i podział polega na łączeniu większej ilości nieruchomości znosząc dotychczasowe granice, a następnie dokonanie nowego podziału, tak by odpowiadał on ustaleniom obowiązującego planu zagospodarowania przestrzennego. Nowo powstałe działki stają się przedmiotem prawa własności, użytkowania wieczystego albo obejmowane są w samoistne posiadanie przez osoby, które posiadały takie prawa do nieruchomości objętych scaleniem przed rozpoczęciem całego przedsięwzięcia. Postępowanie w przedmiocie scalenia i podziału nieruchomości jest odrębnym trybem postępowania administracyjnego do którego nie stosuje się przepisów k.p.a., a to ze względu że postępowanie to nie jest indywidualną sprawą z zakresu administracji publicznej, a nadto przepisy u.g.n. w sposób wyczerpujący regulują tryb postępowania w zakresie przedmiotowego postępowania³⁴.

Po określeniu ogólnych zasad postępowania w przedmiocie scalenia i podziału nieruchomości należy przejść do omówienia związanego z tym obowiązkiem uiszczenia opłaty adiacenckiej. Powyższe reguluje art. 107 u.g.n. Zauważyć należy, że w wyniku dokonanego scalenia i podziału nieruchomości, wartość rynkowa nowo powstałych nieruchomości może wzrosnąć. Z takim zdarzeniem wspomniany przepis wiąże obowiązek wniesienia na rzecz gminy stosownej daniny. Zatem niniejszy obowiązek ustawodawca uzależnił od zakończenia postępowania scaleniowego, przyznania nieruchomości uczestnikowi tego postępowania oraz wzrostu wartości rynkowej przyznanej nieruchomości³⁵. Opłata adiacencka – zgodnie z art. 107 ust. 1 u.g.n. – wynosi do 50% wzrostu wartości nieruchomości (przyznanej), w stosunku do wartości nieruchomości dotychczas posiadanych³⁶. Warto również zaznaczyć, że do wyceny wartości nieruchomości przed scaleniem i podziałem nie bierze się pod uwagę urzędzeń, drzew i krzewów, za które w trybie art. 106 ust. 1 u.g.n. zostało wypłacone odszkodowanie³⁷.

34 P. Czechowski (red.), *Ustawa o gospodarce ..., op. cit.*

35 M. Szalewska, *Opłaty adiacenckie – zakres przedmiotowy i podmiotowy (w:) Prawo do dobrej administracji*, red. Z. Cieślak, Z. Niewiadomski, Warszawa 2003, s. 621.

36 E. Klat-Górska, L. Klat-Wertelecka, *Ustawa o gospodarce ..., op. cit.*

37 P. Czechowski (red.), *Ustawa o gospodarce ..., op. cit.*



Decyzja w przedmiocie wysokości, sposobu i terminu zapłaty opłaty adiacenckiej wydawana jest odpowiednio przez wójta, burmistrza albo prezydenta miasta. Na powyższe rozstrzygnięcie przysługuje odwołanie do Samorządowego Kolegium Odwoławczego. Decyzja ustalająca opłatę adiacencką wydawana jest zgodnie z postanowieniami uchwały o scaleniu i podziale nieruchomości³⁸. Rzeczona uchwała zawiera również wysokość, termin i sposób zapłaty opłaty adiacenckiej. Ustalając wspomnianą opłatę konieczne jest sporządzenie przez rzeczoznawcę majątkowego stosownego oszacowania, w którym określa się wartość nieruchomości przed scaleniem i podziałem na dzień wejścia w życie uchwały o przystąpieniu do scalenia i podziału nieruchomości, oraz wartość nieruchomości przyznanych w wyniku scalenia i podziału według stanu na dzień wejścia w uchwały o scaleniu i podziale nieruchomości³⁹.

W zakresie rozliczenia przedmiotowej opłaty ustawodawca w art. 107 ust. 5 u.g.n. obok oczywiście pieniężnej formy zapłaty, przewidział także możliwość rozliczenia poprzez przeniesienie na gminę prawa do działki gruntu wydzielonej w wyniku scalenia i podziału. Podobnie jak w poprzednim przypadku potrzebna jest tutaj zgoda gminy. Wygaśnięcie obowiązku uiszczenia opłaty stwierdzone zostaje wydaniem decyzji administracyjnej⁴⁰.



OPLATA ADIACENCKA PRZY UDZIALE W KOSZTACH BUDOWY URZĄDZEŃ INFRASTRUKTURY TECHNICZNEJ

Obowiązek uiszczenia opłaty adiacenckiej powstaje także poprzez udział w kosztach budowy urządzeń infrastruktury technicznej realizowanej z udziałem środków publicznych. Przedmiotowe zagadnienie reguluje rozdział VII u.g.n. Niniejsze przepisy stosuje się, jeżeli urządzenia techniczne wybudowane zostały z niepodlegających zwrotowi środków Skarbu

38 *Ibidem.*

39 E. Klat-Górska, L. Klat-Wertelecka, *Ustawa o gospodarce ..., op. cit.*

40 E. Bończak-Kucharczyk, *Ustawa o gospodarce ..., op. cit.*

Państwa, jednostek samorządu terytorialnego, środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej lub źródeł zagranicznych⁴¹.

Wyjaśnienia wymaga definicja „budowy urządzeń infrastruktury technicznej”, którą ustawodawca postępuje się w art. 4 pkt 11 u.g.n. Wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 143 ust. 2 u.g.n. poprzez budowę urządzeń infrastruktury technicznej należy rozumieć budowę drogi oraz wybudowanie pod ziemią, na ziemi albo nad ziemią przewodów lub urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłowniczych, elektrycznych, gazowych i telekomunikacyjnych. Uznać należy, że powyższe wyliczenie ma charakter wyczerpujący, co oznacza, że do budowy innych niż wymienione urządzeń nie znajdują zastosowania przepisy rozdziału VII u.g.n., co w konsekwencji nie może dać podstawy do naliczenia opłaty adiacenckiej⁴². Na marginesie wskazać należy także, iż wielokrotnie podnoszono, że uczestniczenie w budowie urządzeń infrastruktury technicznej nie tylko przez podmioty sektora publicznego jest rozwiązaniem prawnie sprawiedliwym⁴³. Materialnoprawnymi przesłankami do ustalenia opłaty adiacenckiej są:

- 1. Wybudowanie urządzeń infrastruktury technicznej – art. 144 ust. 1 u.g.n.,**
- 2. Stworzenie warunków do podłączenia nieruchomości do tych urządzeń – art. 145 ust. 1 u.g.n.,**
- 3. Wzrost wartości nieruchomości spowodowany budową tych urządzeń – art. 146 ust. 1 u.g.n.,**
- 4. Wydanie decyzji o ustaleniu opłaty adiacenckiej w terminie określonym w art. 145 ust. 1 u.g.n.**

41 P. Czechowski (red.), *Ustawa o gospodarce ..., op. cit.*

42 *Ibidem.*

43 M.A. Ziniewicz, *Administracyjnoprawne aspekty opłat adiacenckich*, Warszawa 2012, s. 223.



Istotne jest także to, że w wypadku budowy kolejno poszczególnych urządzeń infrastruktury technicznej, właściciela nieruchomości opłatą adiacencką obciążyć można kilka razy⁴⁴. Zgodnie z art. 146 ust. 2 u.g.n., wysokość opłaty wynosi nie więcej niż 50% różnicy między wartością, jaką nieruchomość miała przed wybudowaniem urządzeń infrastruktury technicznej, a wartością, jaką nieruchomość ma po ich wybudowaniu. Wysokość stawki procentowej opłaty adiacenckiej ustalana jest w drodze uchwały rady gminy. O tym, kto jest podmiotem zobowiązanym do uiszczenia przedmiotowej opłaty decyduje stan prawny nieruchomości z dnia stworzenia warunków do podłączenia nieruchomości do rzeczonych urządzeń⁴⁵. W zakresie płatności tak jak w poprzednich przypadkach akceptowalna jest forma pieniężna lub w naturze.



PODSUMOWANIE

Rekapituluując powyższe wskazać należy iż opłata adiacencka uregulowana w u.g.n. stanowi wyrażoną w Konstytucji RP kompetencję gmin do ustalania podatków i opłat lokalnych. Powyższe konstatuje, że przedmiotowa opłata stanowi dochód własny gminy. U.g.n. w art. 4 pkt 11 definiuje pojęcie opłaty adiacenckiej. Wskazać należy, że na gruncie przedmiotowej ustawy obowiązek uiszczenia opłaty adiacenckiej powstaje w razie podziału nieruchomości na wniosek właściciela lub użytkownika wieczystego, scalenia i podziału nieruchomości oraz budowy urządzeń infrastruktury technicznej. Wskazać należy także, że ogólne założenia opłaty adiacenckiej w trzech różnych przypadkach jej ustalania są zbieżne, jednak różnice oczywiście powstają na tle zdarzeń powodujących obowiązek jej ustalenia oraz jej wysokości.

44 E. Klat-Górska, L. Klat-Wertelecka, *Ustawa o gospodarce ...*, *op. cit.*

45 Zob. wyrok NSA z dnia 9 września 2010 r., sygn. I OSK 1063/10 (LEX nr 1083511), wyrok NSA w Warszawie z dnia 7 kwietnia 2010 r., I OSK 514/09 (LEX nr 575824), Wyrok WSA w Poznaniu z dnia 2 października 2013 r., IV SA/Po 559/13 (LEX nr 1382971), wyrok NSA w Warszawie z dnia 28 sierpnia 2013 r., I OSK 853/12 (LEX nr 1557435), LEX/el.



ABSTRAKT:

Przedmiotem niniejszego artykułu jest omówienie najważniejszych zagadnień dotyczących ustalenia i pobierania opłaty adiacenckiej. Niniejsza opłata stanowi dochód własny gminy. Poza wskazanymi w ustawie przypadkami obowiązek jej ponoszenia dotyczy każdego. Poruszone zagadnienie regulowane jest w ustawie o gospodarce nieruchomościami. Obowiązek zapłaty opłaty adiacenckiej warunkowany jest powstaniem trzech różnych zdarzeń: podziałem nieruchomości na wniosek właściciela lub użytkownika wieczystego, scaleniem i podziałem nieruchomości oraz budową urządzeń infrastruktury technicznej. Pomimo różnych zdarzeń wszczynających procedurę ustalenia opłaty adiacenckiej, pozostałe przepisy odnoszące się do rzeczonoego zagadnienia pozostają analogiczne. Wskazuje to na ujednoliconą regulację w tym zakresie i zamierzenie ustawodawcy stworzenia spójnych zasad ustalania niniejszej opłaty.



SUMMARY:

The subject of the article of the mainly issues concerning betterment levy. This payment constitutes the own income of the municipality. This issue is included in the act of the real estate management. Apart from the exceptional situations indicated in the act of the real estate management this levy is regarding everyone. Duty of payment the betterment levy is being conditioned with occurrence of three different reasons. Firstly is division of the real estate for the request of the owner or perpetual user. Secondly duty of payment is connected with merging the real estate or with structure of devices of the technical infrastructure. It states the intention of the legislator and shows the unity of the law in this aspect.



jednolity PLIK KONTROLNY



*nowe obowiązki
dla podatników*



apl. adw. Patrycja Lewandowska, dawniej Wosiek

Izba Adwokacka w Warszawie

Jednolity Plik Kontrolny („JPK”) jest formułą przekazywania organom podatkowym informacji o operacjach gospodarczych przedsiębiorstwa w określonym formacie elektronicznym (xml). Obowiązkiem raportowania danych w tym formacie od 1 lipca 2016 r. objęto duże przedsiębiorstwa. Pozostałe przedsiębiorstwa zostaną objęte tym wymogiem od 1 lipca 2018 r. Wprowadzono także obowiązek comiesięcznego raportowania JPK zawierającego ewidencję VAT. Celem wprowadzenia JPK było usprawnienie kontroli podatkowej oraz identyfikacja głównych obszarów niezgodności raportowania podatkowego.



INFORMACJE OGÓLNE

Jednolity Plik Kontrolny został wprowadzony w Polsce na wzór rozwiązań istniejących w systemach prawnych innych państw Unii Europejskiej (m.in. Austrii, Belgii, Danii, Holandii, Litwy, Luksemburga, Niemiec, Słowenii, Szwecji, Portugalii, Wielkiej Brytanii).

Obowiązki wprowadzone z dniem 1 lipca 2016 r. do Ordynacji Podatkowej¹ związane z JPK można podzielić na dwa rodzaje:

- Przekazywanie w postaci elektronicznej ksiąg podatkowych i dowodów księgowych na żądanie organów podatkowych i organów kontroli skarbowej za pomocą środków komunikacji elektronicznej lub na informatycznym nośniku danych (z uwzględnieniem potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa, wiarygodności i autentyczności danych zawartych w księgach) – uregulowane w art. 287 OP. Organy podatkowe mogą żądać przekazania JPK w ramach praktycznie każdego rodzaju prowadzonej kontroli (kontrola podatkowa, skarbową, kontrola krzyżowa), jak również w ramach czynności sprawdzających.
- Przekazywanie organom podatkowym pliku JPK_VAT (ewidencja zakupu i sprzedaży VAT) bez wezwania w terminie do 25 dnia miesiąca następującego po każdym kolejnym miesiącu – uregulowane w art. 82 § 1 b OP.

Warto również zaznaczyć, iż powyższe obowiązki dotyczą podatników prowadzących księgi podatkowe przy użyciu programów komputerowych.



STRUKTURY LOGICZNE JPK

Zgodnie z art. 193a § 2 OP, struktura logiczna postaci elektronicznej ksiąg podatkowych oraz dowodów księgowych, z uwzględnieniem możliwości wytworzenia jej z programów informatycznych używanych powszechnie przez przedsiębiorców oraz automatycznej analizy danych, jest dostępna w Biuletynie Informacji Publicznej. Zgodnie z informacjami opublikowanymi przez Ministerstwo Finansów zestaw ten zawiera 7 struktur²:

- 1 Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.2017.201, t.j. ze zm.), dalej: „OP”.
- 2 http://www.mf.gov.pl/krajowa-administracja-skarbowa/dzialalnosc/jednolity-plik-kontrolny/-/asset_publisher/K4lq/content/struktury-jpk?redirect=http%3A%2F%2Fwww.mf.gov.pl%2Fkrajowa-administracja-skarbowa%2Fdzialalnosc%2Fjednolity-plik-kontrolny%3Fp_id%3D101_INSTANCE_K4lq%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1#p_p_id_101_INSTANCE_K4lq (31 marca 2017 r.)



1. **Księgi rachunkowe - JPK_KR,**
2. **Wyciąg bankowy - JPK_WB,**
3. **Magazyn - JPK_MAG,**
4. **Ewidencje zakupu i sprzedaży VAT - JPK_VAT,**
5. **Faktury VAT - JPK_FA,**
6. **Podatkowa księga przychodów i rozchodów - JPK_PKPIR,**
7. **Ewidencja przychodów - JPK_EWP.**

Szczegóły zawartości JPK zostały zaprezentowane na stronie internetowej Ministerstwa Finansów.

Należy zaznaczyć, iż specyficzne wymogi co do formy prezentacji danych wymagają od przedsiębiorców dostosowania wewnętrznych systemów informatycznych. Może się to odbywać na przykład w formie wdrożenia dodatkowej funkcjonalności programu zarządzającego danymi finansowymi podmiotu (np. SAP) bądź zastosowania osobnego narzędzia, w którym można wygenerować JPK poprzez przetworzenie danych z jednego z popularnych formatów pliku np. xls do wymaganego ustawą formatu xml.



TERMIN WEJŚCIA W ŻYCIE PRZEPISÓW O JPK

Nowelizacja Ordynacji podatkowej weszła w życie 1 lipca 2016 r., jednak zgodnie z art. 6 ust. 2 ustawy nowelizującej z dnia 13 maja 2016 r. przewidziano czasowe wyłączenie niektórych podmiotów spod obowiązku przekazywania informacji w formacie JPK. Zgodnie z ww. ustawą nowelizującą

ca, termin wejścia w życie obowiązku przekazywania plików w formacie JPK na żądanie organów podatkowych i organów kontroli skarbowej to:

- 1 lipca 2016 r. – dla dużych podmiotów,
- 1 lipca 2018 r. – dla mikro, małych i średnich przedsiębiorstw³.

Natomiast termin wdrożenia obowiązku comiesięcznego przekazywania w postaci elektronicznej ewidencji zakupu i sprzedaży (JPK_VAT) to:

- 1 lipca 2016 r. – dla dużych podmiotów,
- 1 stycznia 2017 r. – dla małych i średnich podmiotów,
- 1 stycznia 2018 r. – dla mikroprzedsiębiorstw.



ZAKRES CZASOWY PRZEKAZYWANYCH DANYCH

Wątpliwości podatników może budzić zakres czasowy danych, jakich może zażądać organ przeprowadzający kontrolę elektroniczną. Mianowicie, jednym z najistotniejszych pytań w tym zakresie jest kwestia potencjalnego obowiązku przekazywania danych dotyczących okresów przed wejścia w życie nowelizacji w stosunku do danego rodzaju przedsiębiorstwa (które mogą podlegać kontroli podatkowej lub skarbowej ze względu na brak przedawnienia zobowiązania podatkowego za te okresy).

Brak jest przepisów przejściowych, które precyzowałyby tę kwestię (tj. czy wystarczy by żądanie było skierowane np. do dużego przedsiębiorcy po 1 lipca 2016 r. oraz czy treść owego żądania może dotyczyć np. 2013 roku). Brzmienie art. 193a OP wprowadzającego ten obowiązek, zarówno jak przepisy ustawy nowelizującej, nie odnosi się do okresu za jaki taki obowiązek powstaje. Dodatkowo w wyjaśnieniach Ministra Finansów

3 Przepisy przejściowe dotyczące wprowadzenia tego obowiązku wskazują, że tymczasowo (tj. do 1 lipca 2018 r.) raportowanie w formacie JPK jest opcjonalne dla podatników spełniających definicję małego lub średniego przedsiębiorcy. Takie sformułowanie ma sugerować że wskazane jest posługiwanie się formatem JPK już od 1 lipca 2016 i ustawodawca zachęca wszystkie podmioty (nawet te mogące korzystać z tymczasowego zwolnienia) do jak najszybszego rozpoczęcia stosowania tych przepisów.



z 9 marca 2016 r. pojawiało się mylące stwierdzenie (pod nagłówkiem „Dane sprzed 1 lipca 2016 r.”), iż przestania JPK będzie można zażądać *dla okresów już rozliczonych*. Interpretacja tych określeń pozwalająca przyjąć, że żądanie organu może dotyczyć również przeszłych okresów wydaje się nieprawdopodobna i sprzeczna z zasadą niedziałania prawa wstecz. Jednakże, w przypadku przepisów podatkowych, zdarzały się już sytuacje gdy ustawodawca w sposób pośredni objął nowymi przepisami również zdarzenia z okresu sprzed wejścia w życie nowelizacji⁴.

Trzeba podkreślić, iż wprowadzenie możliwości raportowania w formie JPK może wymagać daleko idących zmian w zasadach funkcjonowania systemów informatycznych w firmie. W efekcie pozyskanie niektórych danych z przeszłości mogłoby być po prostu niemożliwe. Co więcej, domniemanie racjonalności ustawodawcy pozwala przyjąć założenie, że w formie elektronicznej organy podatkowe będą wymagać jedynie danych za okresy od wejścia w życie znowelizowanej ustawy. Ponadto, biorąc pod uwagę cel ustawodawcy i wskazywaną w uzasadnieniu do ustawy nowelizującej oraz w interpretacji ogólnej Ministra Finansów⁵ okoliczność, iż wdrożenie JPK powinno odbywać się stopniowo, należy przyjąć, że dane w formie JPK mogą być zażądane przez organ jedynie w stosunku do okresu po wejściu w życie tej nowelizacji. Takie rozumienie zostało również potwierdzone przez Ministra Finansów pismem z 13 maja 2016 r. (jako odpowiedź na interpelację poselską nr 2660).

Natomiast podobnych wątpliwości nie rodzą przepisy wprowadzające obowiązek raportowania bez wezwania organu dokumentów JPK_VAT. Mianowicie, zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 13 maja 2016 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw, *informację, o której mowa w art. 82 § 1b ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, składa się za miesiące, które przypadają od dnia 1 lipca 2016 r.*

4 Przykładowo, zgodnie z art. 7 ustawy z dnia 13 maja 2016 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.846), przepisy art. 119a-119f ustawy zmienianej w art. 1 mają zastosowanie do korzyści podatkowej uzyskanej po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy. Oznacza to, iż wprowadzona tą ustawą klauzula o unikaniu opodatkowania w sposób pośredni odnosi się również do zdarzeń które wystąpiły nawet na długo przed wejściem w życie tej nowelizacji, o ile ich skutki wciąż w jakimś stopniu generują „korzyści podatkowe” dla podatnika.

5 Interpretacja ogólna Ministra Finansów z dnia 20 czerwca 2016 r., sygn. PK4.8012.55.2016.



KLASYFIKACJA PODMIOTÓW

Warto podkreślić, iż analizowane obowiązki w zakresie JPK dotyczą nie tylko podmiotów posiadających osobowość prawną w Polsce (spółki, fundacje czy fundusze inwestycyjne), lecz wszystkich podmiotów zarejestrowanych dla celów podatkowych w Polsce. W konsekwencji, raportować w formie JPK będą musiały także oddziały zagranicznych przedsiębiorstw, jak również podmioty zarejestrowane w Polsce dla celów VAT lub podatku dochodowego od osób prawnych, nieposiadające w Polsce stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej.

W celu określenia od kiedy dany podmiot podlega obowiązkowi raportowania JPK należy w pierwszej kolejności odwołać się do definicji zawartych w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej⁶.

Mikroprzedsiębiorca

Zgodnie z art. 104 USDC, za mikroprzedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który co najmniej w jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych:

- zatrudniał średniorocznie mniej niż 10 pracowników oraz
- osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 2 milionów euro lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 2 milionów euro.

Powyższe kryteria (wielkości zatrudnienia oraz obrotu/sumy aktywów) powinny być spełnione łącznie. Spełnienie jednego z kryteriów nie będzie wystarczające aby dany podmiot mógł zostać zakwalifikowany jako mikroprzedsiębiorca.

⁶ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U.2016.1829 t.j. ze zm.), dalej: „USGD”.



Należy podkreślić, iż drugi z wymienionych warunków zawiera spójnik „lub” co oznacza, iż wystarczy aby spełnione było jedno z tych kryteriów – wysokość obrotu nieprzekraczająca wskazanego w ustawie limitu albo odpowiednio niska wartość aktywów.

Spełnienie kryteriów kwalifikacji jako mikroprzedsiębiorca jest możliwe także przy nagłym wzroście obrotów/aktywów i zatrudnienia w stosunku do poprzedniego roku (nawet gdyby poziom ten był właściwy np. dla średniego przedsiębiorcy), gdyż wystarczające jest aby podmiot wpisywał się w te kryteria jedynie w jednym z ostatnich dwóch lat obrotowych.

Przykładowo w 2017 roku jako mikroprzedsiębiorcę zaklasyfikować można:

- przedsiębiorcę, zatrudniającego w 2015 roku (czyli w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych) 8 pracowników (biorąc pod uwagę średnioroczne zatrudnienie w przeliczeniu na pełne etaty), osiągającego obrót na poziomie równoważności 1 miliona euro (nawet gdyby suma aktywów wynosiła np. 3 miliony euro),
- przedsiębiorcę zatrudniającego w 2016 roku 5 pracowników, mającego aktywa na poziomie 1,5 miliona euro (nawet gdyby jego obrót wynosił np. 10 milionów euro).

Podmiot, który spełnia przesłanki jako mikroprzedsiębiorca będzie zwolniony z obowiązku przedstawiania JPK na żądanie organów kontrolujących aż do 30 czerwca 2018 r. Natomiast z obowiązku comiesięcznego przesyłania JPK_VAT będzie zwolniony do 31 grudnia 2017 r. Jeżeli podatnik nie spełnia przesłanek określonych w art. 104 USDG, powinien w kolejnym kroku przeanalizować definicję małego przedsiębiorcy.

Mały i średni przedsiębiorca

Zgodnie z art. 105 USDG, za małego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych:

- zatrudniał średniorocznie mniej niż 50 pracowników oraz

- osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 10 milionów euro lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 10 milionów euro.

Natomiast, zgodnie z art. 106 USDG, za średniego przedsiębiorcę uważa się przedsiębiorcę, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych:

- zatrudniał średniorocznie mniej niż 250 pracowników oraz
- osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyrobów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczający równowartości w złotych 50 milionów euro lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 43 milionów euro.

Podmiot spełniający powyższe kryteria będzie zwolniony z obowiązku przedstawiania JPK na żądanie organów kontrolujących aż do 30 czerwca 2018 r. Natomiast z obowiązku comiesięcznego przesyłania JPK_VAT był zwolniony do 31 grudnia 2016. Obecnie małe i średnie przedsiębiorstwa są już zobowiązane do przekazywania bez wezwania organu JPK_VAT, lecz mają jeszcze czas na dostosowanie pozostałych systemów informatycznych w celu przyszłego generowania pozostałych struktur JPK na potrzeby kontroli.

Duży przedsiębiorca

USDG nie zawiera definicji dużego przedsiębiorcy. Można zatem przyjąć, iż podmioty które nie kwalifikują się jako mikro, małe ani średnie przedsiębiorstwa będą dużymi przedsiębiorstwami. W konsekwencji są one zobowiązane do pełnego stosowania znowelizowanych przepisów OP tj. zarówno przekazywania danych w formie JPK na potrzeby kontroli jak również regularnego wysyłania JPK_VAT za okresy przypadające po 1 lipca 2016 r.



PODSUMOWANIE

Jednolity Plik Kontrolny jest ujednoliconą formą elektroniczną, w jakiej podatnicy zobowiązani są do przekazywania określonych informacji organom podatkowym. Wdrożenie tej formy raportowania wymaga wzmoczonych działań dostosowujących systemy informatyczne przedsiębiorstw do nowych wymogów.

Zgodnie z założeniami ustawodawcy, wprowadzenie JPK ma zmierzać do osiągnięcia pozytywnych efektów fiskalnych (w tym zwiększenia wpływów budżetowych z VAT), jak również do skrócenia czasu trwania i uciążliwości kontroli skarbowych i podatkowych.

Obecnie stanowi dla podatników istotne wyzwanie techniczne, zwłaszcza że wyznaczono relatywnie krótki czas na jego wdrożenie, zakres raportowanych danych jest bardzo obszerny, zaś wyjaśnienia Ministra Finansów w zakresie wątpliwości związanych z JPK są ograniczone i często mało precyzyjne a czasem wręcz mylące.

Termin wejścia w życie tego obowiązku został rozłożony w czasie w zależności od wielkości podmiotu. W celu określenia daty poszczególnych obowiązków związanych z JPK należy zakwalifikować podmiot do kategorii mikro, małego, średniego lub dużego przedsiębiorcy. Dla tych ostatnich pełen zakres obowiązków wynikających ze znowelizowanej OP wszedł w życie już od 1 lipca 2016 r. Zgodnie z domniemaniem racjonalności ustawodawcy zakres danych jakich może zażądać organ ogranicza się do okresów przypadających po dniu wejścia w życie ustawy.



ABSTRAKT

Jednolity Plik Kontrolny wprowadzony od lipca 2016 r. jest formułą przekazywania organom podatkowym informacji o operacjach gospodarczych przedsiębiorstwa w określonym formacie elektronicznym. Obowiązki podatników w tym zakresie dzielą się na wymóg przedstawiania określonych dokumentów w standardzie JPK na wezwanie organu oraz regularnego

przesyłania ewidencji zakupów i sprzedaży VAT w formacie JPK. Celem wprowadzenia tych regulacji było założenie, aby w przyszłości dominująca część postępowań była prowadzona w formie elektronicznej. Ma się to przełożyć na ich skuteczność i szybkość zakończenia kontroli oraz bieżące identyfikowanie nieprawidłowości w rejestrach VAT.

Etyka i inne



**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



PROBLEM DOBORU

środków technicznych
i organizacyjnych
w systemach informatycznych



w perspektywie
ogólnego rozporządzenia
o ochronie danych
(GDPR)

Konrad M. Mazur

doktorant w Katedrze Prawa Europejskiego, WPiA
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu



Ustawa o ochronie danych osobowych jednoznacznie określa wymogi, które powinny spełniać systemy informatyczne wykorzystywane przez administratorów danych osobowych. 27 kwietnia 2016 r. przyjęto ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych, które wkrótce uchyli przepisy naszej ustawy. Rozporządzenie ustanowiło własne wymogi względem systemów informatycznych, które nie są już tak jednoznaczne jak przepisy ustawy. Należy zatem poszukać odpowiedzi na praktyczne pytania: czym różnią się od siebie oba akty prawne, którą podstawę prawną należy stosować w aktualnym okresie przejściowym oraz jakie praktyczne implikacje dla kancelarii prawnych niesie za sobą nowe rozporządzenie.



AKTUALNY STAN PRAWNY.

Obowiązująca ustawa o ochronie danych osobowych¹ na podstawie art. 36 ust. 2 zobowiązuje wszystkich administratorów danych osobowych

1 Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tj. Dz. U. 2016, poz. 922).



do prowadzenia dokumentacji opisującej sposób przetwarzania danych oraz środki techniczne i organizacyjne zapewniające ochronę przetwarzanych danych osobowych odpowiednią do zagrożeń oraz kategorii danych objętych ochroną. Środki te powinny w szczególności zabezpieczyć dane przed ich udostępnieniem osobom nieupoważnionym, zabranieniem przez osobę nieuprawnioną, przetwarzaniem z naruszeniem ustawy oraz zmianą, utratą, uszkodzeniem lub zniszczeniem. W 2004 roku ustawodawca znówelizował ustawę dodając art. 39a². Ustanowiono w ten sposób delegację na podstawie której Minister właściwy do spraw informatyzacji określił (w drodze rozporządzenia) sposób prowadzenia i zakres dokumentacji opisującej sposób przetwarzania danych oraz podstawowe warunki techniczne i organizacyjne, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych. Właściwy Minister 29 kwietnia 2004 r. wydał stosowne rozporządzenie³ statuujące 3 zróżnicowane poziomy ochrony. Ich wybór został uzależniony od złożoności i charakteru procesów przetwarzania danych osobowych przy użyciu systemów informatycznych.

Ustawodawca wykreował zatem sytuację, w której istniejące przepisy prawa pozwalają zrekonstruować normy prawne kompleksowo regulujące jakiego typu środki techniczne i organizacyjne powinny zostać wdrożone przez administratorów danych osobowych aby spełnić wymagania stawiane przez art. 36 ust. 2 obowiązującej ustawy w stosunku do wykorzystywanych systemów informatycznych. Ponadto, rozporządzenie wykonawcze w sposób szczegółowy określiło również różne stopnie ryzyka – klasyfikując je w postaci poziomów bezpieczeństwa określonych jako podstawowy, podwyższony i wysoki. Zabieg ten pozwolił na dobór odpowiednich w rozumieniu ustawy, środków technicznych i organizacyjnych. Sytuacja ta, jak trafnie skonstatował M. Cwener, jest bezpośrednim następstwem chęci stworzenia przez ustawodawcę sztywnych ram prawnych ochrony danych osobowych⁴.

2 Ustawa z dnia 22 stycznia 2004 r. o zmianie ustawy o ochronie danych osobowych oraz ustawy o wynagrodzeniu osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe (Dz. U. 2004, nr 33, poz. 285).

3 Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych (Dz. U. 2004, Nr 100, poz. 2014).

4 M. Cwener, Nowe obowiązki dokumentacyjne związane z przetwarzaniem danych osobowych



USTANOWIENIE „RÓWNOLEGŁEGO” AKTU PRAWNEGO.

27 kwietnia 2016 r., po wieloletniej procedurze legislacyjnej, przez Parlament Europejski ostatecznie przyjęte zostało ogólne rozporządzenie o ochronie danych (GDPR)⁵. Rozporządzenie w motywie 15 wskazuje, iż z założenia ma być neutralne pod względem technicznym. Pojęcie neutralności technicznej było już dyskutowane na etapie legislacyjnym GDPR. Europejski Inspektor Ochrony Danych w swojej opinii z 2015 r. komentującej ostateczny tekst GDPR podkreślił rolę neutralności technologicznej prawa jako sprzyjającą rozwojowi innowacji oraz korzystną ze społecznego punktu widzenia⁶. Twierdzenia te należy ocenić jako logiczną konsekwencję uwag podnoszonych wcześniej przez komisarza Unii Europejskiej ds. ochrony konsumenta, która wskazywała jednoznacznie, że *„dane osobowe są nową ropą internetu i nową walutą cyfrowego świata”*⁷. Do tożsamych wartości wydają się odwoływać przedstawiciele polskiej doktryny prawa ochrony danych osobowych. A. Grzelak wskazuje, iż GDPR poprzez obranie neutralnych technologicznie ram prawnych pozwoli lepiej reagować na wyzwania stawiane przez szybki rozwój nowych technologii, które zmieniają gospodarkę i życie społeczne⁸. Autorka trafnie zestawia to twierdzenie z motywem 6 GDPR, wskazując jednocześnie że wprowadzenie neutralnego technicznie prawa jest wręcz jednym z celów GDPR. M. Cwener wskazuje z kolei, iż szybki rozwój technologii przetwarzania danych stoi w sprzeczności z sztywnymi wymogami stawianymi syste-

[w:] M. Kawecki (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2017 r., s. 97.

- 5 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony danych osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. U. UE L 119/1 tom 59 z 4 maja 2016 r.
- 6 Zalecenia Europejskiego Inspektora Ochrony Danych dotyczące możliwości reformy ochrony danych w EU z dnia 27 lipca 2015 r. (Dz. U. UE C nr 301, s. 1–8).
- 7 M. Kuneva, Europejski komisarz ds. ochrony konsumenta, *Keynote speech: Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling* z 31 marca 2009 r., dostępne w sieci web pod adresem: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm [ostatni dostęp: 20 maja 2017 r.].
- 8 A. Grzelak, *Główne cele ogólnego rozporządzenia o ochronie danych* [w:] M. Kawecki, *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2017 r., s. 21–23.



mom informatycznym⁹. Przepisy GDPR jego zdaniem zostały zbudowane w oparciu o koncepcję relatywizacji ochrony danych osobowych¹⁰.

Rozdział IV sekcji 1 GDPR określa obowiązki administratora (odpowiednika administratora danych osobowych z polskiej ustawy). Zgodnie z treścią art. 24 GDPR administrator wdraża odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, które zapewnią przetwarzanie danych osobowych zgodne z założeniami GDPR. Wdrożenie tych środków powinno uwzględniać charakter, zakres, kontekst i cele przetwarzania danych oraz ryzyko naruszenia praw lub wolności osób fizycznych o różnym prawdopodobieństwie i wadze zagrożenia. Administrator powinien móc wykazać, że wdrożył środki techniczne i organizacyjne uwzględniając powyższe wymogi. Obowiązek doboru odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych powinien nastąpić już w momencie określania przez administratora sposobów przetwarzania danych oraz później w czasie ich przetwarzania, co wynika z art. 25 GDPR. Natomiast zawarty w sekcji 2 tego samego rozdziału art. 32 GDPR wskazuje, iż administrator lub podmiot przetwarzający wdrażają odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, aby zapewnić stopień bezpieczeństwa odpowiadający ryzyku.

Mamy zatem do czynienia z ponownym uregulowaniem w GDPR kwestii wcześniej precyzyjnie uregulowanych przez polskiego ustawodawcę. W pierwszej kolejności wyjaśnienia zatem wymaga, który z aktów prawnych powinien być stosowany przez administratorów danych w chwili obecnej. W drugiej kolejności wyjaśnienia wymaga zagadnienie praktycznego wymiaru doboru środków technicznych i organizacyjnych spełniających wymogi GDPR w odniesieniu do wykorzystywanych systemów informatycznych.



PRZEJŚCIOWY DUALIZM OBOWIĄZUJĄCYCH AKTÓW PRAWNYCH

Zgodnie z treścią art. 99 GDPR weszło ono w życie 25 maja 2016 r., natomiast jego stosowanie rozpocznie się dopiero 25 maja 2018 r. Tego samego dnia nastąpi też uchylene dotychczas obowiązującej dyrektywy

9 M. Cwener, Nowe..., s. 98.

10 M. Cwener, Nowe..., s. 99.

95/46/WE¹¹, której implementacją jest obowiązująca w Rzeczypospolitej Polskiej ustawa o ochronie danych osobowych (w skutek przyjęcia szeregu nowelizacji). Mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której status „będących w życiu” dzielą obecnie równocześnie dwa akty normatywne o zróżnicowanej pozycji w hierarchii źródeł prawa (z perspektywy polskiego porządku konstytucyjnego). Są nimi polska ustawa oraz GDPR. Oba akty normatywne, jak wskazałem wcześniej, statuują także konieczność wdrożenia środków technicznych i organizacyjnych mających zapewnić przetwarzanie danych osobowych w sposób zgodny z ich regulacjami.

Jak wskazują przepisy samego GDPR uchyli ono dotychczasową podstawę harmonizacji prawa ochrony danych osobowych w postaci dyrektywy. Z racji bezpośredniego powiązania polskiej ustawy o ochronie danych osobowych z dyrektywą oraz przyjęciem GDPR będącego rozporządzeniem – przepisy polskiej ustawy w myśl reguły kolizyjnej *lex superior derogat legi inferiori* zastąpią właśnie przepisy GDPR¹². Uchylenie polskich przepisów nastąpi oczywiście we wskazywanym wcześniej momencie rozpoczęcia stosowania GDPR. M. Kawecki trafnie wskazuje, iż sytuacja taka jest także rezultatem zastosowania utrwalonej w doktrynie i orzecznictwie TSUE zasady pierwszeństwa prawa unijnego nad prawem krajowym oraz zasada lojalnej współpracy¹³. Jego zdaniem mimo powyższego, derogacji nie będą podlegały przepisy statuujące działanie Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych. Wszystko wskazuje jednak na to, iż polski ustawodawca uchyli całą ustawę przyjmując w jej miejsce nową¹⁴. Warto także wskazać, jak podkreślał jeszcze przed przyjęciem GDPR W. Wiewiórowski, iż konieczność odroczenia rozpoczęcia stosowania przepisów GDPR podyk-

11 Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych (Dz. Urz. UE L nr 281 z 1995 r., s. 31 ze zm.).

12 Więcej o tej regule kolizyjnej i jej implikacjach K. Ziemiński, Rola i miejsce reguł kolizyjnych w procesie dekodowania tekstu prawnego, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, Poznań 1978, z. 2, s. 7.

13 M. Kawecki, Wybór rozporządzenia jako instrumentu prawnego unijnej reformy prawa ochrony danych osobowych oraz konsekwencje takiego rozwiązania [w:] M. Kawecki (red.), *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych*. Wybrane zagadnienia, Warszawa 2017 r., s. 8.

14 Świadczy o tym chociażby pierwszy projekt ustawy o ochronie danych osobowych przygotowany przez Ministerstwo Cyfryzacji i opublikowany 28 marca 2018 r. Więcej w sieci web pod adresem <http://m.mc.gov.pl/aktualnosci/projekt-ustawy-o-ochronie-danych-osobowych> [ostatni dostęp: 22.05.2017 r.].



towana jest wymogiem zapewniania administratorom danych możliwości dostosowania się do nowych, dalej idących wymogów prawnych¹⁵.



NOWE PODEJŚCIE W GDPR.

Wskazywane już art. 24 i 32 GDPR w przeciwieństwie do art. 36 ustawy o ochronie danych osobowych nie znajdują analogicznego uzupełnienia w postaci aktu normatywnego określającego konkretne środki techniczne i organizacyjne czy poziomy ryzyka w odniesieniu do systemów informatycznych. GDPR w stosunku do obu przepisów co prawda dodatkowo wskazuje, iż w przypadkach proporcjonalnych działania te powinny obejmować wdrożenie przez administratora odpowiednich polityk ochrony danych. Ponadto, administrator może wspierać się zatwierdzonymi kodeksami postępowania lub zatwierdzonymi mechanizmami certyfikacji (które obecnie jeszcze nie istnieją). Zabieg ten nie jest przypadkowy i stanowi konsekwencję przyjęcia opisanej już zasady neutralności technicznej GDPR¹⁶.

Ponad powyższe, art. 24 GDPR dodaje, iż nakładany na administratora obowiązek powinien zostać zrealizowany w sposób możliwy do wykazania. Zobowiązanie takie można pochytywać jako obowiązek udokumentowania albo przynajmniej zebrania szeregu informacji mających postać dowodów, które pozwolą administratorowi wykazać jakie konkretnie środki techniczne i organizacyjne zostały przez niego przyjęte. M. Cwener wskazuje wprost, iż obowiązek ten *de facto* wymusi na niektórych administratorach przyjęcie stosownej dokumentacji, która potwierdzi niejako zastosowanie tych środków¹⁷. Uważam jednak, że w odniesieniu do systemów informatycznych, które przybierają trwałą postać choćby w postaci kodu wynikowego, wymuszenie to nie będzie tak oczywiste. Jestem bowiem zdania, iż sam kod i określona w nim funkcjonalność spełni stawiane rygory dowodowe. Obowiązek oceny ryzyka jest natomiast rozwijany przez art. 35 GDPR, który nakazuje by ocena taka miała charakter uprzedni – to znaczy nastąpiła przed rozpoczęciem przetwarzania

15 W. Wiewiórowski, Nowe ramy ochrony danych osobowych w Unii Europejskiej, Dodatek specjalny do Monitora Prawniczego 2012, nr 7, s. 3.

16 A. Grzelak, Główne ..., s. 22.

17 M. Cwener, Nowe..., s. 109.

danych. Za uzasadnione uznać należy zatem, iż administrator powinien być w stanie udowodnić, iż dokonał takiej uprzedniej oceny. Za wątpliwą należy uznać próbę realizacji tego wymogu poprzez okazanie kodu oprogramowania. Uważam natomiast, że odpowiednio skomentowana dokumentacja projektowa lub rozwojowa oprogramowania mogłaby być wystarczającym dowodem czyniącym zadość temu wymogowi.



ROZWIĄZANIE W OKRESIE PRZEJŚCIOWYM.

Oceniając powyższy stan prawny należy skonstatować, iż GDPR daje administratorom dużo mniejszy poziom pewności prawnej. Narzuca na nich obowiązek samodzielnego doboru środków technicznych i organizacyjnych oraz samodzielnej oceny ryzyka. Bez wątplenia, z punktu widzenia wartości jaką jest pewność obowiązującego stanu prawa, regulacje funkcjonujące na gruncie dotychczasowej ustawy o ochronie danych osobowych w odniesieniu do systemów informatycznych dawały o wiele większy komfort administratorom danych osobowych.

Fakt istnienia wiążącego do 24 maja 2018 r. katalogu środków technicznych i organizacyjnych warto wykorzystać jako ostatnią szansę pozwalającą uzyskać pełną zgodność z prawem w zakresie wykorzystywanych do przetwarzania danych systemów informatycznych. Oczywiście zastosowanie się do wskazanych wymogów nie spowoduje, iż administrator danych automatycznie spełni nakładane przez GDPR nowe obowiązki. Znajdzie się jednak w komfortowej sytuacji dysponując katalogiem już wdrożonych środków technicznych i organizacyjnych, dobranych w sposób adekwatny do jednego z określonych poziomów ryzyka przez samego ustawodawcę.

Wyjaśnienia wymaga także kwestia związana z tym w jaki sposób zacząć dobierać środki techniczne i organizacyjne oraz szacować ryzyko po 25 maja 2018 r. Poza oparciem się o dotychczasowe rozwiązania administratorzy mogą już skorzystać z przyjętych w dniu 4 kwietnia 2017 r. wytycznych opracowanych przez Grupę Roboczą art. 29¹⁸. Zawierają one konkretne wskazówki dotyczące tego kiedy i czy w ogóle w rozumieniu

18 Zob. Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is "likely to result in a high risk" for the purposes of Regulation 2016/679 przyjęte w dniu 4 kwietnia 2017 r. przez Grupę Roboczą art. 29 ds. Ochrony Danych, WP 248, dostępne w sieci



GDPR administrator powinien podejmować określone działania związane z ocenianiem ryzyka dla ochrony danych. Dodatkowo zawierają one zestaw propozycji kryteriów użytecznych podczas próby oceny ryzyka i doboru środków technicznych i organizacyjnych w celu jego minimalizacji.

Część z praktyków wskazuje również na możliwość skorzystania z międzynarodowej normy standaryzacyjnej ISO/IEC 27001¹⁹. Norma ta odnosi się do systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji i proponuje szereg użytecznych rozwiązań zwiększających bezpieczeństwo danych (nie tylko osobowych) w systemach (nie tylko informatycznych). Do tego typu założeń należy jednak podchodzić dość sceptycznie, bowiem norma ta nie przewiduje oceny ryzyka z punktu widzenia naruszenia prawa do ochrony danych osobowych jednostki. W związku z tym należy uznać, iż powinna ona pełnić rolę jedynie pomocniczą przy szacowaniu ryzyka dla systemów informatycznych.



PRAKTYCZNE ZNACZENIE DLA ADWOKATURY.

Omawiane zagadnienie doboru odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych oraz oceny ryzyka w stosunku do wykorzystywanych systemów informatycznych znajduje praktyczne przełożenie na realia pracy setek kancelarii adwokackich w Polsce. Nie sposób obecnie wyobrazić sobie funkcjonowanie tego typu podmiotu bez użycia jakiegokolwiek systemu informatycznego – choćby systemu operacyjnego komputera służącego do sporządzania pism procesowych czy systemu informatycznego obsługującego pocztę elektroniczną. Zarówno aktualnie obowiązujące przepisy jak i GDPR traktują kancelarie adwokackie w sposób podobny do zdecydowanej większości innych podmiotów rynkowych. W związku z powyższy wykorzystywanie systemów informatycznych powinno wiązać się z wdrażaniem środków technicznych i organizacyjnych odpowiednich do występującego ryzyka. Powagę sytuacji podkreśla fakt, iż przetwarzane przez kancelarie adwokackie dane osobowe bardzo często zaliczają

web pod adresem: https://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=44137 [ostatni dostęp: 23.05.2017 r.].

19 Tak choćby TQMConsulting, zob. <http://www.tqmc.pl/oferta/wdrazanie-systemow/informacja-iso-27001> [ostatni dostęp: 23.05.2017 r.].

się do kategorii wrażliwych danych osobowych, dla których nawet potencjalna możliwość naruszenie bezpieczeństwa będzie rodzić szczególnie wysokie ryzyko. Warto także wskazać, iż od adwokatów wymaga się szczególnej staranności, którą to statuuje między innymi obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej wiążący się z koniecznością zabezpieczenia dobra własnych klientów. Powyższe argumenty wydają się dodatkowo zwiększać konieczność doboru ponadprzeciętnie skutecznych środków technicznych i organizacyjnych, odpowiednio zabezpieczających dane osobowe przetwarzane przez kancelarie adwokackie.

Szansą dla całej adwokatury byłoby z pewnością opracowanie w przyszłości branżowego kodeksu postępowania, który wspomagałby kancelarie w doborze adekwatnych środków technicznych i organizacyjnych oraz szacowaniu poziomów ryzyka. Rozwiązanie takie jest możliwe do przyjęcia na mocy wskazywanych już przepisów GDPR.

Pragmatycznie oceniając sytuację, stosowana obecnie dokumentacja w postaci Polityki Bezpieczeństwa i Instrukcji Zarządzania Systemem Informatycznym mogą być bardzo dobrym punktem wyjścia pozwalającym rozpocząć realizację wymogów GDPR. Posiadają one określoną strukturę, która sama w sobie stanowią środek organizacyjny mający na celu zabezpieczanie danych.



PODSUMOWANIE.

Bez wątplenia obecnie trwający okres przejściowy możemy potraktować jako szansę dla podmiotów nie posiadających złożonych technologicznie systemów informatycznych, do których często możemy zaliczyć kancelarie adwokackie. Z jednej strony warto wskazać, iż zastępca Europejskiego Inspektora Ochrony Danych odnosi się krytycznie do obecnie obowiązującej w Polsce regulacji. Podnosi on, m.in. iż przyjęte rozwiązania przestały odpowiadać realiom współcześnie funkcjonujących systemów informatycznych²⁰. Z twierdzeniem takim bez wątplenia należy się zgodzić. Od 2004 roku systemy informatyczne rozwinęły swoje możliwości i uległy przekształceniom. Opracowane zostały nowe rozwiązania pozwalające

20 W. Wiewiórowski, Unijna reforma ochrony danych osobowych, wystąpienie podczas konferencji Człowiek w cyberprzestrzeni zorganizowanej na UKSW w Warszawie 11 października 2016 r., materiały własne.



zapewniać o wiele wyższy poziom bezpieczeństwa danych. Stanowią one środki konkurencyjne do tych wskazywanych przez rozporządzenie wykonawcze np. obowiązku wymuszania zmiany hasła co 30 dni, stosowania oprogramowania antywirusowego lub rozwiązań typu *firewall*. Zdecydowana większość współczesnych systemów operacyjnych stosuje rozwiązania typu 2FA²¹, *User Account Control*²² czy posiada wbudowane mechanizmy zastępujące oprogramowanie antywirusowe²³ lub rozwiązania typu *firewall*²⁴. Pojawiają się również publikacje oraz głosy ekspertów, iż odpowiednia architektura organizacyjna pozbawia przymus stosowania tego typu rozwiązań racji bytu²⁵.

Podkreślić jednak także należy, iż szczególnie w sektorze małych i średnich firm (do którego możemy zaliczyć przecież część kancelarii adwokackich) rozwiązania wskazywane przez polskiego ustawodawcę, sposób ich doboru oraz podziału są nadal bardzo dobrym punktem wyjścia. Obowiązujące rozwiązania – zwłaszcza te o charakterze organizacyjnym – pozwalają w podstawowym stopniu przygotować się do wymogów stawianych przez GDPR. Warto zatem zainteresować się ich wdrożeniem jeszcze przed rozpoczęciem stosowania GDPR, gdyż mogą być one swoistym pomostem ułatwiającym samodzielny dobór środków organizacyjnych i technicznych oraz szacowania ryzyka dla systemów informatycznych po uchyleniu obowiązujących obecnie przepisów prawa.

-
- 21 Zob. opracowanie Escal Institute of Advanced Technologies z 15 września 2015 r., Two-Factor Authentication (2FA) using OpenOTP, dostępne w sieci web pod adresem: <https://www.sans.org/reading-room/whitepapers/authentication/two-factor-authentication-2fa-openotp-36087> [ostatni dostęp: 23.05.2017 r.].
 - 22 Zob. opracowanie Microsoftu z 24 kwietnia 2017 r., How User Account Control works, dostępne w sieci web pod adresem: <https://docs.microsoft.com/en-us/windows/access-protection/user-account-control/how-user-account-control-works> [ostatni dostęp: 23.05.2017 r.].
 - 23 Zob. opracowanie Microsoftu z 24 kwietnia 2017 r., Windows Defender Antivirus in Windows 10, dostępne w sieci web pod adresem: <https://docs.microsoft.com/en-us/windows/threat-protection/windows-defender-antivirus/windows-defender-antivirus-in-windows-10> [ostatni dostęp: 23.05.2017 r.].
 - 24 Zob. opracowanie Microsoftu z 24 kwietnia 2017 r., Windows Firewall with Advanced Security, dostępne w sieci web pod adresem: <https://docs.microsoft.com/en-us/windows/access-protection/windows-firewall/windows-firewall-with-advanced-security> [ostatni dostęp: 23.05.2017 r.].
 - 25 Zob. raport Institute for Critical Infrastructure Technology z 9 lutego 2017 r., Signature Based Malware Detection is Dead, s. 6–8, dostępny w sieci web pod adresem: <http://icitech.org/wp-content/uploads/2017/02/ICIT-Analysis-Signature-Based-Malware-Detection-is-Dead.pdf> [ostatni dostęp: 23.05.2017 r.].



ABSTRAKT

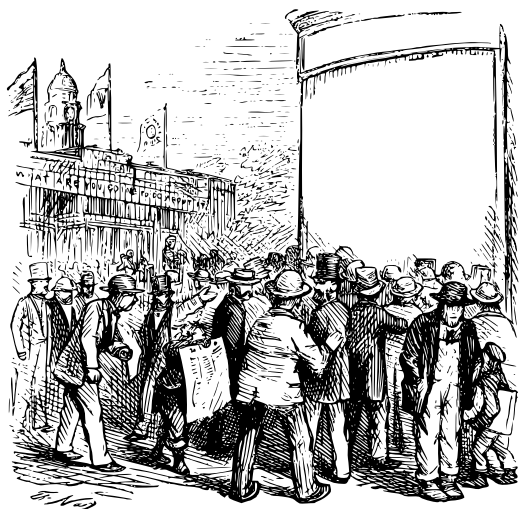
Aktualnie obowiązujące przepisy ustawy o ochronie danych osobowych określają jasno i zwięźle środki techniczne i organizacyjne wymagane od administratorów danych osobowych wykorzystujących systemy informatyczne. Przyjęte 26 kwietnia 2016 r. rozporządzeniem ogólne w sprawie ochrony danych wprowadza zasadę neutralności technicznej i nakazuje administratorom samodzielnie dobrać środki techniczne i organizacyjne wykorzystywane w systemach informatycznych. Znajdujemy się obecnie w okresie przejściowym, w którym obowiązują cały czas dotychczasowe regulacje, ale administratorzy powinni dostosować wykorzystywane przez siebie systemy informatyczne do wymogów nowego rozporządzenia. Warto skorzystać z dotychczas wypracowanych wzorców, które ułatwią samodzielne ich opracowywanie w przyszłości, po uchyleniu polskiej ustawy. Okres przejściowy może mieć szczególne znaczenie i być szansą dla większości kancelarii adwokackich.



SUMMARY

The current provisions of Polish Personal Data Protection Act clearly and strictly specify the technical and organizational measures required from controllers of personal data which are using computer systems. General Data Protection Regulation enacted on 27th April, 2016, introduces the principle of technologically neutrality, and requires controllers to select the technical and organizational measures used in the computer systems. We are currently in a transitional period, but controllers should to adapt their IT systems to the requirements of the new regulation. It is worth to use the previously patterns, which will facilitate future elaboration of measures after repealing the Polish law. The transition period can be very importance and give an opportunity for most law firms.

Afisz



MP

**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



**DOBRO
DZIECKA**
to tylko
pusty frazes?



adv. Katarzyna Gierdal

Izba Adwokacka w Warszawie, członkini kolektywu Warszawa Czyta

Sądownictwo to nie tylko domena dorosłych. Istotna część postępowań sądowych dotyczy dziecka, występującego w nich w wielu różnych rolach – świadka, pokrzywdzonego, sprawcy czynu zabronionego, nieletniego zagrożonego demoralizacją. Na porządku dziennym sądy rodzinne rozstrzygają o tak podstawowych kwestiach dotyczących dziecka jak jego miejsce zamieszkania, władza rodzicielska nad nim, kontakty z rodzicem czy wysokość należnych alimentów. W tych ostatnich przypadkach otwiera się prawdziwe pole walki, któremu przyświecać ma zasada dobra dziecka. Jak dobro to rozumiane jest w praktyce? Czy dziecko jest podmiotem, czy też jedynie przedmiotem tych postępowań? Czy pytamy dziecko o jego zdanie i czy to zdanie jest przez nas szanowane?

Z zagadnieniami tymi mierzyli się uczestnicy debaty „Dziecko w procesie sądowym. Podmiot czy pole walki”, która odbyła się 13 maja 2017 r. w ramach piątej edycji akcji Warszawa Czyta – organizowanym oddolnie maratonie wydarzeń, których celem jest dyskusja, interpretacja lub twórcze rozwinięcie wątków jednej, wybranej książki. W tym roku Warszawa czytała „Panią Stefę” Magdaleny Kicińskiej, reporterską próbę odtworzenia



losów Stefanii Wilczyńskiej, niestety zapomnianej bliskiej współpracownicy Janusza Korczaka, która razem z nim tworzyła Dom Sierot. Idee pedagogiki, które wcielano tam w życie, opierają się na założeniu podmiotowości dziecka, któremu należy się szacunek, a którego wychowanie powinno być oparte na partnerstwie. W myśl tych założeń, za warunki życia dziecka odpowiada całe społeczeństwo, zobowiązane do zapewnienia mu opieki. Ponieważ „czytanie najfajniejsze jest wtedy, kiedy jest wstępem do dyskusji i działania”, w ramach tegorocznej debaty zastanawialiśmy się czy postulaty autonomii i podmiotowości dziecka przeniknęły do praktyki polskiego postępowania sądowego. Nad tym wieloaspektowym problemem pochylili się adwokat Magdalena Czernicka-Baszuk, od 2006 r. prowadząca indywidualną kancelarię adwokacką specjalizującą się w prawie rodzinnym, przewodnicząca Sekcji Prawa Rodzinnego Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie, Michał Kubalski, radca prawny, naczelnik wydziału prawa rodzinnego w Zespole Prawa Cywilnego Biura Rzecznika Praw Obywatelskich, Iwona Sobolewska, zastępca Kuratora Okręgowego ds. rodzinnych przy Sądzie Okręgowym w Warszawie oraz Agata Chełstowska - badaczka, antropolożka kultury, autorka wielu raportów z obszaru polityki społecznej i rodzinnej np. na temat urlopów ojcowskich, a obecnie pisząca pracę doktorską na temat alimentów. Spotkanie prowadził Łukasz Komuda, ekspert rynku pracy, publicysta. Patronat nad debatą objęła „Młoda Palestra”.

Choć obszarów, w których dziecko pojawia się w sferze zainteresowania sądów uczestnicy debaty wyróżnili aż cztery, dyskusja skupiła się wokół jednego z nich. Kwestie demoralizacji nieletnich czy ich występowania w roli pokrzywdzonych, świadków w procesie sądowym, nie wywołały takich emocji i zainteresowania jak zagadnienia związane z rozstrzygnięciami sądów rodzinnych w sytuacji, gdy opiekunowie dziecka się rozstają. Kluczowe dla stopnia ingerencji sądu w dalszy los dziecka jest to, czy rodzice byli w sformalizowanym związku, a także czy są skonfliktowani co do dalszej opieki nad dzieckiem. Zwrócono uwagę, że jeśli rodzice byli małżeństwem, sąd okręgowy w wyroku rozwodowym co do zasady będzie musiał rozstrzygnąć o takich kwestiach jak ustalenie miejsca zamieszkania dziecka, władza rodzicielska, wysokość alimentów oraz kontakty z rodzicem, z którym dziecko nie zamieszka. Jeśli zaś rozstają się partnerzy ze związków nieformalnych, ingerencja sądu nastąpi dopiero w sytuacji konfliktowej i po złożeniu stosownego pozwu lub wniosku przez zainteresowanego rodzica. Dziecko jest

formalnie stroną jedynie osobnego procesu o zasądzenie alimentów, jednak i tu w jego imieniu występuje opiekun, pod którego pieczę dziecko stale przebywa. W pozostałych przypadkach, choć rozstrzygnięcia sądu w sposób fundamentalny kształtują życie dzieci, nie są one stroną postępowania. Swoje wnioski co do uregulowania tak ważkich kwestii jak to z kim dziecko ma mieszkać i jak często widywać się z drugim z rodziców, formułują sami opiekunowie. Zasadą, którą wszyscy uczestnicy postępowania powinni się kierować jest przy tym dobro dziecka.

Zdaniem adw. Magdaleny Czernickiej-Baszuk, jest to szczytna zasada, a jednocześnie pusty frazes, patrząc na to jak wygląda sytuacja dzieci w sądzie. Wskazywała przy tym, że nie chodzi jedynie o niewłaściwe działanie instytucji, ale o to jak postępują ze stronami postępowania ludzie za nimi stojący i że to od nich zależy czy dziecko jest podmiotem czy przedmiotem postępowania. Podniosła też, że najważniejszymi osobami, które powinny dbać o dobro dziecka, są jego rodzice, będący jednocześnie tymi, którzy w rzeczywistości dbają o nie najmniej. Jej zdaniem na sali sądowej ma miejsce bezpardonowa walka, gdzie dzieci są wykorzystywane w rozmaity sposób, traktowane jako karta przetargowa, nastawiane przez jednego z rodziców przeciwko drugiemu i traktowane instrumentalnie.

Jednym z kluczowych obszarów tej walki okazała się być sfera alimentacji. W dyskusji dostrzeżono poważny problem niechęci do płacenia alimentów wśród Polaków. Zdaniem Agaty Chełstowskiej, w sprawach o zasądzenie alimentów rozciąga się prawdziwe pole walki, w której rodzice nawzajem próbują „negocjować” przed sądem co się komu należy. Jak się okazuje, walka ta przenosi się często poza obszar sali sądowej, gdyż poważnym problemem staje się niepłacenie zasądzonych alimentów. Badaczka wskazywała przy tym na dość ograniczone możliwości rodziców, którzy nie otrzymują zasądzonych alimentów na dziecko. Podkreślała nieskuteczność egzekucji komorniczych i problem bardzo niskiego progu dochodowego przy staraniach o uzyskanie środków z funduszu alimentacyjnego. Zwróciła uwagę na problem niechęci do sięgania po instrumenty prawa karnego wynikające z jednej strony z obawy o stygmatyzację dziecka, którego rodzic stawałby się nagle „kryminalistą”. Z drugiej na kwestie psychologiczne – zdaniem badaczki, intuicja podpowiada, że wynikiem postępowania karnego będzie jedynie ukaranie niepłacącego rodzica, nie zaś uzyskanie alimentów. Wszczęcie sprawy karnej staje się w tej optyce



dodatkowym i mało owocnym przedsięwzięciem, na które rodzic, skupiony na konieczności samodzielnego zapewnienia bytu dziecku, po prostu nie ma siły i energii. W kwestii podmiotowości dziecka zauważyła, że nawet kampanie społeczne, w tym ciekawa jej zdaniem inicjatywa Wysokich Obcasów, polegająca na zachęcaniu pełnoletnich osób dotkniętych jako dzieci problemem niealimentacji do opisywania swoich doświadczeń, skupia się na perspektywie dorosłego, nie zaś dziecka.

Żywą reakcję ze strony publiczności wzbudziła kwestia ustalenia kontaktów, w tym zwłaszcza opieki naprzemienną. Magdalena Czernicka-Baszuk podniosła, że jest to sposób opieki, w którym rodzice sprawują pieczę nad dzieckiem w porównywalnych okresach czasu, orzekany coraz częściej, przynajmniej w apelacji warszawskiej. Wskazała jednak, że ten sposób sprawowania opieki może być orzeczony jedynie przy zgodnym porozumieniu rodziców i tylko jeśli nie krzywdzi to dziecka. Podkreśliła, że przy takim systemie pieczy rodzice powinni zamieszkiwać blisko siebie, tak aby dziecko mogło chodzić do tej samej szkoły, mieć ten sam krąg znajomych. Ponadto jej zdaniem opieka naprzemienna sprawdzi się jedynie jeśli rodzice mają uzgodnione systemy wychowawcze, aby dziecko nie musiało żyć w świecie różnych zasad i reguł. Aby system ten funkcjonował prawidłowo, rodzice muszą przede wszystkim dać coś od siebie, podjąć wysiłek i tak uregulować własne życie (np. wynajmując mieszkania blisko siebie), aby zagwarantować harmonijne wykonywanie pieczy naprzemienną. Zaznaczyła przy tym, że piecza naprzemienna nie zawsze będzie zgodna z dobrem dziecka, na przykład w przypadku dzieci, które przywiązują się do miejsca zamieszkania i potrzebują mieć swój jeden, stały dom i pokój, lub też w przypadku nastolatków, które mogą mieć własne zdanie na temat tego z kim chcą dalej mieszkać. Nie zgodziła się z tezą jakoby opór rodzica wiodącego przeciwko ustaleniu takiego modelu opieki wynikał z interesowności, aby nie stracić roszczenia o zasądzenie alimentów. Wskazała, że nawet w systemie opieki naprzemienną możliwe jest uzyskanie alimentów na dziecko w razie dysproporcji w poziomie życia rodziców. Z jej doświadczenia wynika przy tym, że jeśli nie ma porozumienia rodziców co do opieki naprzemienną, sądy coraz częściej orzekają bardzo szerokie kontakty, które noszą cechy takiej pieczy. Wskazała jednak, że przy orzekaniu kontaktów trzeba brać pod uwagę więź dziecka z rodzicem, a tu, jej zdaniem, w uprzywilejowanej sytuacji są matki, które w większości przypadków zajmowały się dzieckiem i częściej sprawowały

nad dzieckiem bezpośrednią opiekę niż ojcowie również w trakcie trwania związku. Siłą rzeczy, dziecko jest więc z matką mocniej związane i rozstrzygnięcie sądu musi to uwzględnić.

Dyskutanci nie potwierdzili przy tym zarzutów dotyczących dyskryminacji ojców. Michał Kubalski zaznaczył, że z badań Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości wynika, że rzeczywiście najczęściej piecza nad dzieckiem powierzona zostaje matce. Jest to jednak skutkiem tego, że w zdecydowanej większości spraw obie strony tego się domagają. Natomiast jeśli ojciec wnosi o przyznanie mu opieki i ustalenie miejsca zamieszkania dziecka u niego, to statystyka radykalnie się zmienia i takie rozstrzygnięcie zapada w prawie połowie przypadków. Zwrócił przy tym uwagę na systemowy aspekt sprawy. Jego zdaniem, mimo zachodzących zmian społecznych w postrzeganiu roli ojca i dążenia ku bardziej aktywnemu ojcostwu, fakt przyznawania opieki nad dzieckiem kobiecie nie wynika z jej uprzywilejowania, lecz wręcz przeciwnie. To, że kobieta ma relatywnie silniejszą więź z dzieckiem, wynika m.in. z jej dyskryminacji na rynku pracy (kobiety statystycznie zarabiają mniej, a więc to mężczyzna idzie do pracy, a kobieta zostaje w domu opiekować się dzieckiem). Ponadto społeczeństwo także ma pewną wizję macierzyństwa, która zakłada bardzo aktywną rolę matki w sprawowaniu pieczy oraz wizję ojcostwa jako bardziej wycofanej.

Uczestnicy dyskusji dużą wagę poświęcili przy tym możliwościom polubownego rozwiązywania konfliktu między opiekunami. Magdalena Czernicka-Baszuk stwierdziła, że w sprawach rodzinnych nie ma wygranych i przegranych, a jeśli ktoś przegrywa, to cała rodzina oraz przede wszystkim dziecko. Każdy spór, jej zdaniem, doprowadza do tego, że wszyscy członkowie rodziny, z dzieckiem na czele, są nieszczęśliwi. Dlatego wyraźnie optowała za koncyliacyjnymi sposobami rozwiązywania sporów. Wskazywała przy tym na rolę profesjonalnych pełnomocników, którzy mogą pomóc w wypracowaniu porozumienia między rodzicami co do sposobu opieki nad dzieckiem, pośredniczeniu w rozmowach pomiędzy rodzicami. Wiele uwagi poświęcono instytucji mediacji, była ona również przedmiotem pytań ze strony publiczności. Michał Kubalski podkreślił, że oficjalne stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich afirmuje mediacje, które powinny być wykorzystywane możliwie szeroko. Wskazał jednak na pewien paradoksalny aspekt polubownego rozwiązywania sporów. Okazuje się, że dość znaczny odsetek bezskuteczności egzekucji alimentacyjnych dotyczy tytułów wy-



konawczych wynikających z zawartej ugody sądowej, co budzi poważne wątpliwości co do praktycznej skuteczności mediacji. Przy tym, mimo ich zwiększonej popularności, pozostają one wciąż odpłatne, co może ograniczać ich dostępność. Uczestnicy dyskusji uchylili się przy tym od odpowiedzi czy mediacje powinny być finansowane przez Skarb Państwa dla wszystkich, w tym dla osób, które mogą sobie pozwolić na taki koszt. Magdalena Czernicka-Baszuk zauważyła jednocześnie, że jej zdaniem istnieje możliwość uczestnictwa dziecka, zwłaszcza nastoletniego, w tzw. mediacji wahadłowej, podczas której mediator spotyka się osobno z uczestnikami sporu. Mediator mógłby porozmawiać z dzieckiem, poznać jego stanowisko, a następnie przekazać rodzicom, którzy często, mimo, że słuchają, to w rzeczywistości nie słyszą dziecka i nie znają jego rzeczywistej woli. Byłaby to forma upodmiotowienia dziecka w procesie.

Z tych szczegółowych dyskusji wyłaniał się dość ponury obraz postępowania sądowego, w którym dziecko jest w rzeczywistości jedynie przedmiotem postępowania i w którym decyzje podejmowane są bez jego udziału. To, jak ma wyglądać jego życie, kształtowane jest poza jego osobą, pomiędzy jego rodzicami z udziałem lub bez udziału sądu. Paneliści zwrócili uwagę na obecną w kodeksie postępowania cywilnego instytucję wystuchania dziecka, której stosowanie może uczynić z dziecka podmiot postępowania, a nie jedynie jego przedmiot. Wystuchanie, jak zwracał uwagę Michał Kubalski, zostało wprowadzone do kodeksu dopiero niedawno, a praktyka jego stosowania jest zróżnicowana w zależności od sądu. Nie istnieją żadne ogólnopolskie wytyczne, choć niektóre sądy je wprowadzają, na przykład Sąd Okręgowy w Warszawie. Z tego względu nie ma jednolitego sposobu przeprowadzania takiego wystuchania, które może odbywać się w tzw. bezpiecznym pokoju, a może mieć miejsce na zwykłej sali sądowej, bez zadbania o komfort i dobrostan psychiczny dziecka. Brak jest nawet zgody co do sposobu dokumentowania tej czynności, zdarzają się wręcz przypadki uzyskiwania podpisu dziecka pod protokołem, co zdaniem przedstawiciela BRPO nie powinno mieć miejsca. Jednocześnie zdaniem Magdaleny Czernickiej-Baszuk sądy za rzadko korzystają z tej instytucji. Poprzestają na dowodach pośrednich, zeznaniach świadków, opiniach biegłych lub nawet pośrednim wystuchaniu dziecka przez biegłych, którzy przekazują sądowi wolę dziecka. W jej ocenie, jeśli nie pyta się o zdanie dziecka, które jest w stanie samodzielnie wyrazić swoje zdanie, to jest to traktowanie go przedmiotowo, a nie podmiotowo.

W toku całej rozmowy powtarzana była przy tym fraza „dobro dziecka”. Pomimo odważnego stwierdzenia, że jest to jedynie pusty frazes, Michał Kubalski z Biura Rzecznika Praw Obywatelskich stanął w jego obronie. Podkreślał, że jest to jedna z klauzul generalnych, która została celowo niedookreślona ze względu na mnogość możliwych stanów faktycznych. Ustawodawca zdaje się tutaj na doświadczenie życiowe i rozsądek niezawisłych sądów. Zanegował przy tym konieczność wprowadzenia aktu prawnego wprowadzającego minimalne wymogi, np. co do warunków życia dziecka, zarzucając takiemu rozwiązaniu nadmierną kazuistykę. Wobec podnoszonych wątpliwości z sali wskazywał, że mimo niedookreślenia pojęcia „dobra dziecka”, nie oznacza to, że nie ma ono żadnej treści. Poza doświadczeniem życiowym czy zdrowym rozsądkiem, istnieje wiele aktów prawnych, np. Konwencja Praw Dziecka, ale te wskazówki Komitetu Praw Dziecka, wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka czy Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, które mogą dawać wskazówkę i wytyczne co do interpretacji dobra dziecka w konkretnych przypadkach. Zauważył przy tym, że w sprawach rodzinnych zasadniczo nie przysługuje skarga kasacyjna, co uniemożliwia ukształtowanie jednolitej linii orzeczniczej. Podobno na jednym z wystuchań publicznych w Sejmie podniesiono postulat wprowadzenia obowiązku publikowania przez sądy rodzinne swoich orzeczeń w Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych, co pozwoliłoby na wykształcenie oddolnej linii orzeczniczej. Postulat ten nie został jednak podchwycony przez ustawodawcę. Radca prawny nie podzielił również obaw, że w sytuacji konfliktowej rodzice trafiający do sądu mają do czynienia ze swoistą loterią. Jego zdaniem nie istnieje „głędła sędziów”, którzy niezależnie od stanu faktycznego wydawaliby podobne rozstrzygnięcia. Agata Chełstowska zauważyła przy tym, że mamy obecnie do czynienia z istotnymi zmianami społecznymi w postrzeganiu rodzicielstwa, a postawy różnych sędziów w mniejszym lub większym stopniu zmianę tę oddają. W jej ocenie rozstrzygnięcia w poszczególnych sprawach są wypadkową wszystkich czynników pojawiających się w postępowaniu – postawy rodziców i ich postrzeganie własnego rodzicielstwa, a także tego, co sąd uważa, że będzie dla dziecka najlepsze. Jej zdaniem wszystkie te elementy obecnie dynamicznie się zmieniają, co siłą rzeczy będzie miało wpływ na treść decyzji sądowych.

Uczestnicy debaty wskazali przy tym na ogromny ciężar, jaki spoczywa na konkretnych sędziach orzekających w sprawach rodzinnych. Zasta-



nawijając się nad tym, co jest zgodne z dobrem dziecka, muszą oni niezrędko podejmować decyzje, w których nie ma jednoznacznie słusznego rozwiązania. Czy lepiej dla dziecka jest wychowywać się z rodzicem ateistą, czy wyznawcą fundamentalistycznej religii? Czy lepiej jest powierzyć opiekę rodzicowi nieingerującemu w czas wolny dziecka, czy też temu, który zapisuje je na dziesiątki zajęć dodatkowych? Paniści podkreślali, że w wielu wypadkach sami nie wiedzieliby jaka decyzja jest słuszna. Podnieśli również kwestię konfliktu między wolą dziecka, a dobrem dziecka. Magdalena Czernicka-Baszuk zauważyła, że nie zawsze można postawić znak równości między pragnieniami dziecka, a jego dobrem. Jej zdaniem motyw, którymi kieruje się dziecko, mogą wynikać z czynników obiektywnie niekorzystnych. Dziecko może mieć chociażby łatwiejszą relację z jednym z rodziców, który do tej pory nie sprawował nad nim bezpośredniej opieki i nie stawiał wymagań. Michał Kubalski przytoczył przykład dziecka, które zostało „zabrane” przez jednego z rodziców. Pomimo wielu opinii biegłych wydanych w postępowaniu sądowym wskazujących na to, że lepszym opiekunem dla dziecka byłby drugi z rodziców, pomimo orzeczeń sądowych potwierdzających te opinie, dziecko nie zostało odebrane. Obecnie wyraża wolę pozostania przy rodzicu, u którego przebywa. Postawienie się w roli sądu wydającego decyzję w tej sprawie nie wydaje się godne pozazdrosczenia.

Z dyskusji wyłonił się niezwykle zróżnicowany obraz traktowania dziecka w postępowaniu sądowym. Uznanie jego podmiotowości zależne jest od postawy uczestników tego procesu, w tym przede wszystkim sądu, który ma szansę i narzędzia do umożliwienia dziecku zajęcia stanowiska we własnej sprawie. Sięganie do instytucji wysłuchania dziecka powinno stać się powszechne. Bez względu na to, sprawy rodzinne, mimo że mogą wydawać się banalne i powtarzalne, związane są z podejmowaniem trudnych decyzji w nieoczywistych sytuacjach. W wielu przypadkach może nie istnieć jedyna słuszna odpowiedź na pytanie co jest zgodne z dobrem dziecka, a jednak sąd musi tę odpowiedź znaleźć i wydać rozstrzygnięcie, które ukształtuje sytuację małoletniego na lata. Ciężar odpowiedzialności jest tak wielki, że wielu z nas może podpisać się pod stwierdzeniem Michała Kubalskiego – nie chciałbym być sędzią rodzinnym.



**EMOCJE
OPADŁY,
CZAS NA POSUMOWANIE**

•••
czyli
o Kongresie
Prawników
Polskich
słów kilka

adw. Weronika Hołowczyc

Wielkopolska Izba Adwokacka

Kongres Prawników Polskich odbył się 20 maja 2017r. w Katowicach. Bez wątpliwości, było to historyczne wydarzenie. Prawie półtora tysiąca przedstawicieli zawodów prawniczych spotkało się w jednym miejscu, aby debatować o przyszłości sądownictwa w Polsce, o kondycji wymiaru sprawiedliwości i o tym, jakie miejsce zajmuje w nim jednostka – obywatel.

Kongres otworzyły przemówienia Prezesa Naczelnej Rady Adwokackiej adw. Jacka Treli, Prezesa Krajowej Rady Radców Prawnych r.pr. Macieja Bobrowicza oraz prezesa Stowarzyszenia Sędziów Polskich *Iustitia* sędziego prof. Krystiana Markiewicza. Następnie głos zabrali zaproszeni goście. Sekretarz Stanu w Kancelarii Przydenta, Andrzej Dera, odczytał lista Prezydenta RP Andrzeja Dudy. Przemówienie wygłosił również Prezes Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej Koen Lenaerts, który podkreślał, że siłą współczesnych demokracji jest to, w jakim stopniu zapewniają ochronę praw jednostki.



I Prezes Sądu Najwyższego, sędzia prof. Małgorzata Gersdorf przypominała, że Kongres nawiązuje do tradycji międzywojennych Zjazdów Prawników Polskich, które odbyły się trzykrotnie. Jednocześnie zaznaczyła, że powodem jego zwołania, jest trwający w Polsce głęboki kryzys prawno-ustrojowy. Prawdą jest, że wymiar sprawiedliwości wymaga zmian. Zdaniem prof. Gersdorf, w celu ich przeprowadzenia, konieczna jest współpraca przedstawicieli wszystkich środowisk prawniczych. I Prezes Sądu Najwyższego, dnosząc się do nieskrywanej przyczyny zwołania Kongresu, wskazała na konieczność odbudowy niezbędnych elementów państwa prawa. Według prof. Gersdorf do najpilniejszych zadań należy przywrócenie autorytetu Trybunału Konstytucyjnego, niedopuszczenie do manipulacji przy wyborze sędziów, wprowadzenie monitoringu obywatelskiego oraz uniezależnienie sądów od ministra sprawiedliwości.

Następnie głos zabrał Rzecznik Praw Obywatelskich, dr Adam Bodnar, który podkreślał, że już od 1989 roku budujemy system demokratycznego państwa prawnego, budujemy stabilność naszego systemu demokratycznego. Niezależność sądów i niezawistość sędziów to nie są tylko zasady, które muszą być respektowane w dokumentach, ustawach, które przyjmujemy. To reguły, które muszą być respektowane i przestrzegane na co dzień, tak aby nie dochodziło do sytuacji tzw. „mroźnego skutku”, kiedy to sami musimy się domyślać, jak należy postępować, aby zadowolić władzę. Niezawistość i niezależność sądów nie są pustymi, abstrakcyjnymi pojęciami. Stanowią fundament jednego z podstawowych praw jednostki, jakim jest prawo do sądu. Sądu, który ma rozstrzygać o prawach i wolnościach obywatelskich. Prawo to ulegnie zachwianiu, kiedy sądy będą orzekać pod wpływem różnego rodzaju czynników – politycznych, gospodarczych, ekonomicznych itp. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich, koniecznym jest szerzenie obywatelskiej edukacji prawnej oraz poprawa komunikacji społecznej. Szczególny nacisk należy położyć na tłumaczenie obywatelom podstawowych zasad ustrojowych oraz roli i znaczenia, jakie w życiu każdego z nas odgrywa demokratyczne państwo prawa. To ważne zadanie ciąży przede wszystkim na przedstawicielach środowisk prawniczych. „Adwokaci, sędziowie, radcowie prawni to kotwica demokratycznego państwa prawnego. Ciężar tej kotwicy i to, czy zdoła utrzymać statek naszego państwa na burzliwych wodach zależy od charakteru, determinacji, kreatywności, poświęcenia oraz odpowiedzialności obywatelskiej wszystkich przedstawicieli tych zawodów.”

Draginja Nadaždin, szefowa polskiego oddziału Amnesty International, wskazywała, że prawo do sądu, prawo do sprawiedliwego procesu, prowadzonego przez niezawisty sąd, od zawsze było w centrum zainteresowania reprezentowanej przez nią organizacji. Niezależność sędziów to nie jest wybór, to nie jest samodzielna decyzja rządzących, to obowiązek. Obywatele musi mieć zaufanie do sądu, pewność, że sędzia, do którego trafi jego sprawa, nie będzie się bał rozstrzygać jej zgodnie z prawem, w sposób wolny od jakichkolwiek nacisków politycznych, medialnych, tudzież obawy przed ewentualną odpowiedzialnością dyscyplinarną. Dyskredytowanie sędziów, pozbawienie ich społecznego zaufania i wiary w ich niezależność obraca się przeciwko całemu społeczeństwu. Zdaniem Draginji Nadaždin, Polska nie uchroniła się od tendencji odwracania się od praw człowieka. Podważone zostały zasady państwa prawa, wzmocniona została władza wykonawcza, zaś obywatele narażeni na inwigilację ze strony państwa. Reformy te negatywnie wpływają na mechanizmy kontroli i równowagi, znacząco je osłabiając, co bezpośrednio wpływa na ograniczenie praw człowieka. Każdy z nas o tych zagrożeniach winien głośno mówić.

Kolejne wystąpienie należało do wiceministra sprawiedliwości, Marcina Warchoła. Wiceminister namawiał do porzucenia na czas Kongresu korporacyjnych interesów i do kierowania się wyłącznie dobrem obywateli oraz interesem społecznym. Podkreślał, że zaproponowana przez rząd reforma wymiaru sprawiedliwości nie jest skierowana przeciwko przedstawicielom środowisk prawniczych. Według wiceministra jest szansą na zmianę dotychczasowych rozwiązań, które spowodowały, że wymiar sprawiedliwości cieszy się tak niskim zaufaniem w społeczeństwie. Zapewniał, że wprowadzone zmiany będą obowiązywać także w przyszłości, niezależnie od tego jaka partia wygra kolejne wybory. Sprawny, niezawisty i niezależny sąd to interes nie tylko obywateli, ale również samych sędziów. Minister Warchoł podkreślił, że przewlekłość postępowań sądowych nie sprzyja respektowaniu praw obywateli, podobnie jak brak poszanowania dla zasad etyki, widoczny w zachowaniu niektórych przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości.

Eurodeputowany Michał Boni podziękował zgromadzonym za solidarność, jedność, determinację oraz otwartość i gotowość do dialogu. Przypomniał także, że zadaniem Kongresu nie jest dokonywanie swoistego sądu nad sędziami. Następnie odczytał list kilkudziesięciu europarlamentarzystów,



skierowany do uczestników Kongresu. Eurodeputowni wyrazili w nim swoje zaniepokojenie proponowaną reformą wymiaru sprawiedliwości. Podkreślali, że znaczące zwiększenie wpływu rządu na orzecznictwo sądów stoi w sprzeczności z zasadami demokratycznego państwa prawa, a w szczególności zasadą trójpodziału władz i niezależności sądownictwa, które są wartościami uniwersalnymi.

Po części powitalnej, przyszedł czas na wystąpienia gości w ramach poszczególnych paneli. Pierwszy z nich, pod hasłem „Niezależny sąd jako gwarant praw i wolności obywatela”, otworzyło przemówienia wybitnego polskiego aktora, Jerzego Stuhra. Prof. Stuhr podziękował za zaproszenie i wyraził swoją solidarność ze zgromadzonymi. Wspomnił także historię swojego ojca – prokuratora, który, pomimo specyfiki czasów, w których przyszło mu żyć, nie wstąpił do Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej. Wybór, podyktowany umiłowaniem wolności i niezależności, odbił się negatywnie na jego karierze zawodowej. To właśnie ojciec, zaszczerpił u Jerzego Stuhra gen wolności i niezależności. Na zakończenie, prof. Stuhr zacytował słowa swojego mistrza, Andrzeja Wajdy: „są ludzie, którym wolność jest do życia bezwzględnie potrzebna. Jednym jest potrzebna bezwzględnie, a innym nie.” Jak przyznał, jest dumny, że jest wśród ludzi, którym wolność jest do życia bezwzględnie potrzebna.

Prof. Adam Strzembosz rozpoczynając swoje wystąpienie powołał się na przykład Norwegii i sposób powoływania Prezesa Sądu Najwyższego, który mianowany jest tam przez premiera. Jednakże, jak podkreślił, tym, co gwarantuje niezawisłość sędziów jest tradycja instytucji i opinia publiczna, które eliminują zagrożenie próby wpływu jednej władzy na drugą. Według profesora, ze względu na krótką tradycję niezależności, inną kulturę polityczną, takie mechanizmy wyboru sędziów póki co nie mogą się sprawdzić. Prof. Strzembosz zwrócił uwagę, że selekcja do zawodu sędziego powinna opierać się na wynikach nauczania, ocenie kompetencji moralnych i przebiegać w sposób całkowicie apolityczny.

„Gdy do sądu wchodzi polityka, wychodzi z niego sprawiedliwość.” – adw. prof. dr hab. Maciej Gutowski.

Jednym z panelistów był także Dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej w Poznaniu adw. prof. dr hab. Maciej Gutowski. Wystąpienie Dziekana

stanowiło z jednej strony zwięzłą diagnozę rzeczywistych problemów w funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości, dokuczliwych dla obywateli a z drugiej zwracało uwagę na fakt, że aktualnie podejmowane działania nie mogą stanowić dla tychże problemów skutecznego remedium. Zdaniem prof. Gutowskiego, motywacją przy pomocy sankcji jest bezskuteczna. Sądy tworzą ludzie – kluczem do dobrego sądu, jest dobry sędzia. W tym kontekście prof. Gutowski sformułował postulat sędziego jako korony zawodów prawniczych.

Zdaniem prof. Gutowskiego, sądy muszą otworzyć się na rozmowę z obywatelem. Koniecznym jest usprawnienie modelu orzekania, uproszczenie procedur, wprowadzenie zmian w zarządzaniu i zmian normatywnych. Prof. Gutowski podkreślał, że władza sędziego wymaga odpowiedzialności. Jednocześnie, ta władza winna podlegać kontroli społecznej. Sędzia niezawisły to sędzia podległy Konstytucji i ustawom. Gdy tę niezależność chcą ograniczać politycy, cierpi na tym sprawiedliwość.

Sędzia prof. Krystian Markiewicz swoje wystąpienie rozpoczął od oczywistego twierdzenia, które jednak w czasie Kongresu musiało wybrzmieć, że bez zasady niezawisłości sędziowskiej nie można mówić o istnieniu demokratycznego państwa prawa. Sąd jest strażnikiem godności człowieka. Ostrzegając, że proponowana reforma wymiaru sprawiedliwości doprowadzi do tego, że ani jeden sędzia nie będzie wybierany przez sędziów, lecz wyłącznie przez polityków. Prezes *Iustitii* przyznał, że obecna sytuacja i kondycja wymiaru sprawiedliwości nie jest idealna, ale podejmowane są działania, które pozwolą temu zaradzić – „działamy gdzie się da, jak się da”.

W przygotowaniach jest ustawa o społecznych sędziach handlowych, który zakłada, że wymiar sprawiedliwości nie będzie sprawowany jedynie przez sędziów zawodowych, ale przy szerokim udziale i wsparciu czynnika społecznego.

Prof. Wojciech Popiołek zwrócił uwagę, że niezależność i niezawisłość sędziowska jest gwarantem obrony obywatela przed wpływem i działaniami większości politycznej. „Niezależność sędziów to niezależność od jedynie słusznej większościowej opinii, od jednego punktu widzenia.” Mec. Popiołek zgodził się z prof. Gutowskim, że niezawisłość sędziowska nie jest przywilejem obywateli, ale prawem publicznym, prawem podmiotowym obywatela, bez którego nie można mówić choćby o minimalnych



standardach ochrony prawnej.” Prof. Popiółek zrecenzował również przygotowaną przez *Iustitię* ustawę, sygnalizując obszary, które, jego zdaniem, wymagają jeszcze poszerzonej dyskusji.

Pierwszy panel zakończył się przyjęciem następujących założeń:



- 1. Reformy dotyczące wymiaru sprawiedliwości muszą opierać się na dialogu środowisk prawniczych z obywatelami.**
- 2. Poszanowanie podstawowych praw człowieka oraz wartości konstytucyjnych jest nieprzekraczalną granicą. Prawa te opierają się na niezbywalnej godności każdego człowieka i znalazły potwierdzenie w akcie najwyższego rzędu, przyjętym przez społeczeństwo jako fundament państwa.**
- 3. Przedmiotem troski polityków powinien być szacunek dla orzeczeń sądowych, wydawanych w imieniu naszego państwa, na podstawie prawa. Niszczenie autorytetu sądów uderza w całe państwo i niszczy konieczny w społeczeństwie obywatelskim szacunek do państwa.**
- 4. Niezawisły sędzia jest gwarantem działania władzy państwowej zgodnie z prawem i równości szans słaabszych w starciu z silniejszymi.**
- 5. Za celowy uznajemy udział społeczeństwa w wydawaniu orzeczeń i procedurze wyłaniania kandydatów na członków Krajowej Rady Sądownictwa. Procedura ta powinna być nie polityczna, lecz obywatelska.**

Temat drugiego panelu brzmiał: „Profesjonalny pełnomocnik gwarantem realizacji praw jednostki”.

Jako pierwsza głos zabrała adw. prof. Katarzyna Bilewska, która podkreśliła, że wymiar sprawiedliwości, to przede wszystkim obywatele. Gwaranto-

wane przez art. 45 Konstytucji prawo do sądów, to prawo także do bycia rzetelnie i profesjonalnie reprezentowanym. Zadaniem adwokata czy też radcy prawnego jest należyte reprezentowanie i prowadzenie obywatela przez gąszcz formalizmu, obecny zwłaszcza w procedurze cywilnej. Sprawne przeprowadzenie procesu nie jest wyłącznie zadaniem sądu. Sąd przy realizacji tego zadania musi mieć partnera, którym powinien być właśnie profesjonalny pełnomocnik.

Adw. Katarzyna Gajowniczek – Pruszyńska poruszyła istotną kwestię tajemnicy zawodowej, a w szczególności tajemnicy obrończej. Zwróciła uwagę na niepokojący fakt coraz częstszego zwalniania pełnomocników z tajemnicy zawodowej, w tym także obrończej. W roku 2016 Okręgowa Rada Adwokacka w Warszawie odnotowała 15 zawiadomień adwokatów o próbach zwolnienia z tajemnicy zawodowej. W roku bieżącym takich zawiadomień wpłynęło już 13, co pokazuje, że skala tego zjawiska jest niestety coraz większa. Nie można przy tym wykluczyć, że podobne sytuacje dotyczą także innych adwokatów, którzy nie decydują się na zawiadomienie władz samorządowych. Obawy budzi coraz bardziej powszechne przyzwolenie na tego typu praktyki, które prowadzi w konsekwencji do zagrożenia istoty tajemnicy adwokackiej i radcowskiej w ogóle. Tajemnica zawodowa to bowiem fundament relacji opartej na zaufaniu pełnomocnika z klientem, ale także niezbędny filar wymiaru sprawiedliwości, gwarantujący możliwość przeprowadzenia rzetelnego procesu.

O relacjach na linii pełnomocnik – sąd mówił w swoim wystąpieniu dr sędzia Grzegorz Borkowski. Podkreślał, że sprawiedliwy, słuszny wyrok powinien być wyrazem współdziałania sędziów i pełnomocników. Wskazywał, że wykonywanie zawodu adwokata nie jest prowadzeniem działalności dla siebie, lecz dla innych. Zwrócił także uwagę, na problem izolowania się pełnomocników od sędziów oraz brak dialogu, zarówno w sferze instytucjonalnej, jak i w relacjach bezpośrednich. U podstaw takich zachowań leży obawa o zarzut braku bezstronności, która jeszcze kilkanaście lat temu była zupełnie nieuzasadniona.

R. pr. Leszek Korczak nawiązał do wypowiedzi adw. Katarzyny Gajowniczek – Pruszyńskiej- zgodził się, że informacje, jakie docierają do władz samorządowych o próbach zwolnienia z tajemnicy zawodowej to zaledwie wierzchołek góry lodowej. Mec. Korczak zaapelował do obecnych



na sali profesjonalnych pełnomocników o zgłaszanie tego typu przypadków i umożliwienie tym samym samorządom podjęcia właściwych i niezwłocznych działań.

Adw. prof. Andrzej Kubas nie zgodził się z pojawiającymi się we wcześniejszych wystąpieniach twierdzeniami, jakoby obowiązujące przepisy określające procedury, w szczególności cywilną i administracyjną, wymagały radykalnych zmian. Profesor przyznał rację prof. Gutowskiemu, że w rękach dobrego sędziego, procedura w obecnym jej kształcie będzie zupełnie wystarczającym instrumentem dla wydawania sprawnych i sprawiedliwych rozstrzygnięć.

O roli samorządu zawodowego dla ochrony praw obywateli mówił podczas swojego wystąpienia adw. Andrzej Zwara, były Prezes Naczelnej Rady Adwokackiej. Podkreślił, że to obywatel powinien być w centrum zainteresowania wymiaru sprawiedliwości. Wskazał także na skalę problemu braku świadomości i kultury prawnej wśród obywateli – w samej Polsce jest ok. 4 milionów osób społecznie wykluczonych, żyjących poza systemem prawa. Przypomniał, że rolą adwokatów jest walka o prawa obywatelskie, co Adwokatura Polska czyni od 1918r. Instrumenty, które temu służą to przede wszystkim edukacja, różnego rodzaju akcje społeczne, takie jak nieodpłatna pomoc prawna czy pomoc ofiarom przestępstw. Mec. Zwara zwracał także uwagę na konieczność poszerzenia uprawnień samorządów, chociażby o prawo wnoszenia kasacji w przypadku naruszenia praw i wolności obywateli, prawo do składania wniosków do Trybunału Konstytucyjnego o kontrolę regulacji prawnych pod kątem ewentualnych zagrożeń dla praw i wolności człowieka, prawo wskazywania kandydatów do Trybunału Konstytucyjnego, a także możliwość wskazywania i ocenia kandydatów na urząd sędziego. Przypomniał, że to właśnie zadaniem sędziów, jest obrona jednostki przed dyktaturą większości, w czym adwokaci będą sędziów zawsze wspierać.

Trzeci panel, pod hasłem „Dostęp do wymiaru sprawiedliwości jako podstawowe prawo człowieka”, rozpoczęło wystąpienie adw. prof. Piotra Kardasa. Prof. Kardas wskazał, że kwestią najważniejszą jest odpowiedź na pytanie o funkcję sądu w demokratycznym państwie prawa. Zdaniem Profesora, fundamentalną rolą sądów jest rozstrzyganie sporów między obywatelem a państwem. Sądy winny przy tym gwarantować całkowi-

tą od państwa, od władzy niezależność. Sąd powinien rozstrzygać spory w sposób definitywny, ale gwarantujący społeczny spokój. Jakiegokolwiek próby połączenia ze sobą organów władzy wykonawczej z władzą sądowniczą, godzą w istotę tego, co stanowi najgłębszy sens współczesnej cywilizowanej demokracji. Prof. Kardas podkreślał kulturotwórczą rolę sądów oraz sędziów i ich wpływ na kształtowanie nawyków oraz postaw obywateli. Zwrócił również uwagę na istniejące problemy z dostępem do sądów zarówno w aspekcie terytorialnym, jak i formalnym – w tym zakresie przyznał rację prof. Gutowskiemu, który negatywnie ocenił zbyt ni formalizm postępowań sądowych. Prof. Kardas wskazywał także na bardzo wysokie koszty sądowe, które w wielu przypadkach całkowicie uniemożliwiają dostęp do sądu i podkreślił, że to powinnością państwa jest, aby dostęp ten, poprzez uregulowanie wysokości kosztów na adekwatnym poziomie, obywatelom ułatwić.

Sędzia Olimpia Barańska – Małuszek mówiła przede wszystkim o mediacji, zwracając uwagę na jej niezaprzeczalne zalety. Sędzia podkreśliła, że problemem Polaków jest to, że nie potrafią ze sobą rozmawiać. Przychodzą do sądu z nastawieniem na wygranie procesu, a nie po to, aby rozwiązać konflikt. Wiedza i edukacja na temat polubownych sposobów rozwiązywania sporów jest wciąż za mała i niewystarczająca. Sędzia Barańska – Małuszek zwróciła uwagę na znaczące, w szerzeniu świadomości prawnej obywateli, osiągnięcia Stowarzyszenia Sędziów Polskich *Iustitia*, która prowadzi regularne akcje edukacyjne, cieszące się ogromnym powodzeniem i zainteresowaniem. Wskazała także na problem zbyt wysokich i nieadekwatnych do zarobków kosztów sądowych, apelując o wprowadzenie w tym zakresie koniecznych zmian.

Następnie głos zabrała r. pr. Anna Zalesińska, która poruszyła kwestię dostępu do wymiaru sprawiedliwości w kontekście informatyzacji. Wskazywała, że w dzisiejszych czasach elektroniczny kanał komunikacji z sądem jest niezbędnym narzędziem umożliwiającym realizację prawa do sądu, niestety w Polsce, zakres korzystania z niego jest wciąż ograniczony.

R. pr. Cezary Jezierski również podkreślał zalety mediacji, wskazując, że jest to w istocie sposób na poszerzenie dostępu do wymiaru sprawiedliwości i budowanie poczucia sprawiedliwości.



Kolejnym punktem obrad Kongresu była dyskusja, w której udział wzięli m.in. prof. Marek Safjan, Dziekan Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie adw. Mikołaj Pietrzak, prof. Andrzej Rzepliński, adw. Ryszard Kalisz.

Kongres zakończył się podjęciem uchwały. Uczestnicy postulują w niej prowadzenie konsultacji społecznych przy pracach legislacyjnych ze szczególnym wykorzystaniem wiedzy i doświadczenia stutysięcznej rzeszy prawników, powołanie Społecznej Komisji Kodyfikacyjnej, reprezentującej różne zawody prawnicze oraz apelują o dialog bez antagonizowania świata prawa i polityki.

Przebieg Kongresu Prawników Polskich wzbudził wiele skrajnych emocji. Śmiałe, odważne wystąpienia, niepopularne, nieprzystające do lansowanego przez rządzących polityków nurtu tezy, dotyczące zagrożeń płynących z reform ingerujących w podstawy ustrojowe państwa, a wreszcie także dotkliwa krytyka środowisk sędziowskich.

Czy Kongres spełnił oczekiwania jego organizatorów, środowisk prawniczych oraz obywateli, którzy mają prawo oczekiwać sądu niezależnego, niezawisłego, ale również kompetentnego i sprawnie funkcjonującego? Z odpowiedzią na to pytanie musimy z całą pewnością poczekać. Czas pokaże, czy konkluzje Kongresu, dotyczące kondycji sądownictwa i wymiaru sprawiedliwości w ogóle, konieczności ich reformowania, pozostaną tylko hasłami czy też będą przez przedstawicieli środowisk prawniczych twórczo rozwijane, a także czy władza, pozostająca ze środowiskami prawniczymi bez wątpienia, od dłuższego już czasu na kursie kolizyjnym, tych postulatów będzie chciała słuchać.

Już teraz jednak należy stwierdzić, że nawet jeśli nie wszystkie założenia organizatorów Kongresu zostaną zrealizowane, udało się osiągnąć jeden ważny cel – solidarne wystąpienie przedstawicieli środowisk prawniczych w obronie praw i wolności obywatelskich. Przed nami kolejne zadanie, polegające na przekonaniu obywateli, że ochrona tych praw i wolności, jest również z ich punktu widzenia zagadnieniem fundamentalnym.



TABLE OF CONTENTS

CRIMINAL LAW

Criminological issues of immunity clause and the strategies of policing 10

CIVIL LAW

Mediation as an alternative dispute resolution of civil disputes 20

COMMERCIAL LAW

Municipal association in trade 46

ADMINISTRATIVE LAW

Tax disputes in arbitration 62

Betterment levy 70

LEGAL ETHICS AND OTHERS

Employee monitoring in the Polish and European case-law 94



www.facebook.com/mlodapalestra



mloda.palestra.wa@gmail.com

Czytaj także na www.issuu.com/mloda-palestra