



*15 4 /2017

WYDANIE
ŚWIĄTECZNE

MŁODA PALESTRA

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



ISSN 2299-8012

0 6 >



**REGULACJE
ANTYTERRORYSTYCZNE**

**MEDIACJA
W POSTĘPOWANIU
ADMINISTRACYJNYM
UDOSKONALENIE PROCEDURY?**

**KONFISKATA
ROZSZERZONA
A PRZEDSIĘBIORCA**



MIŁODA PALESTRA

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



IZBA ADWOKACKA
W WARSZAWIE



AUDEMUS IURA
NOSTRA DEFENDERE





**Szanowni Czytelnicy,
Drodzy Państwo,**

na nadchodzące Święta Bożego Narodzenia AD 2017 przyjmijcie życzenia ciepła rodzinnego oraz wspaniałego czasu spędzonego z Bliskimi Waszemu sercu. Zapach drzewka świerkowego niech wypełni Wasz dom, a woń wigilijnych potraw muska podniebienie.

Zbierzcie dużo siły, bo to wyjątkowy czas.

Cieszcie się każdą chwilą.

Pamiętajcie o Tych, których zabraknie przy wigilijnym stole.

Dobrych słów, energii i myśli.

Zaś w sylwestrową noc życzymy Wam udanej zabawy. Jesteśmy w wieku, w którym wiemy, że Sylwestra warto spędzać w zgodzie w sobą – na hucznej imprezie, wytwornym balu, domowej zabawie czy też przy kominku – forma nie ma znaczenia. Ważne, by nie zbrakło kieliszka szampana, towarzysza, życzeń oraz nadziei i radości.

2018 to kolejny rok, w którym wielu z nas będzie przystępować do swojego najważniejszego egzaminu – adwokackiego. Zbierzcie dużo zapału do nauki. „Młoda Palestra” już rozpoczyna cykl postów, w których zaprezentowane zostaną wszelkie pomoce materiały. W tym numerze oferujemy Wam kod zniżkowy na jedną z bardziej przydatnych pozycji książkowych z prawa administracyjnego. Szukajcie informacji w środku numeru i pamiętajcie, że kod jest ważny tylko do 3 stycznia 2018 r.

Dziękujemy Wam za kolejny rok.

Z optymizmem czekamy na następny.

Magdalena Robaszyńska

redaktor naczelna „Młodej Palestry- Czasopisma Aplikantów Adwokackich”

Co w numerze?

- 10** Przedsiębiorca wobec ostatnich nowelizacji prawa karnego materialnego. Przyczynek do dyskusji
- 16** Konfiskata rozszerzona a świadomość przedsiębiorcy dotycząca wykorzystania jego przedsiębiorstwa do popełnienia przestępstwa
- 26** Glosa aprobująca do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2017 r., I KZP 4/17



92 AFISZ



Karne



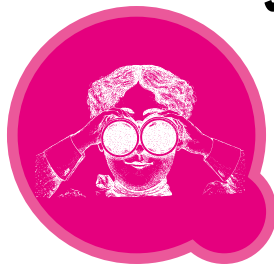
**MŁODA
PALESTRA**
CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH

Cywilne



38 Uchylenie zagranicznego orzeczenia arbitrażowego jako podstawa odmowy stwierdzenia jego wykonalności - polska regulacja na tle praktyki międzynarodowej

Administracyjne



52 Prawnopodatkowy status spółki komandytowo - akcyjnej w orzecznictwie

64 Ewaluacja wprowadzenia instytucji mediacji do przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego - udoskonalenie procedury?

76 Wpływ regulacji antyterrorystycznych na sytuację gospodarczą i inwestycyjną przedsiębiorstw telekomunikacyjnych - szanse i zagrożenia



Etyka i inne

IZBA ADWOKACKA
W WARSZAWIE



AUDEMUS IURA
NOSTRA DEFENDERE

4/2017 (15)

**Projekt współfinansowany przez
Naczelną Radę Adwokacką**

Redaktor Naczelny:

Magdalena Robaszyńska

Zastępca Redaktora Naczelnego:

Piotr Babiaryz

Redakcja:

Alicja Cessak

Łukasz Filipek

Tomasz Gołembiewski

Adriana Gostępska

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

Jarosław Szewczyk

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



PRZEDSIĘBIORCA
wobec ostatnich
**NOWELIZACJI
PRAWA KARNEGO
MATERIALNEGO**



przyczynek
do dyskusji



apl. adw. Maciej Pająk

Izba Adwokacka w Poznaniu, doktorant w Katedrze Prawa Karnego
Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Przedmiotem artykułu jest analiza ilościowa i jakościowa przepisów prawa karnego materialnego, z którymi może mieć do czynienia przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej. Zostały w nim w zarysie omówione zmiany, które dokonały się w prawie karnym od czasu wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r., ze szczególnym uwzględnieniem regulacji przestępstw i wykroczeń gospodarczych oraz skarbowych, które miały miejsce w ostatnich latach. Zostaną one przeanalizowane pod kątem koherencji z innymi, istniejącymi już normami prawa karnego, w szczególności zostaną wzięte pod uwagę ich zakresy zastosowania oraz zagrożenie karne, a także ich zgodność z normami o szczególnej doniosłości dla całego systemu prawnego – zasadami prawa.



**IŁOŚCIOWA ANALIZA PRZEPISÓW PRAWA KARNEGO
MATERIALNEGO**

Po pierwsze należy zwrócić uwagę na funkcjonowanie w obrocie znacznej ilości przepisów karnych, które to zawarte są w 220 ustawach, zaś sama



liczba przepisów karnych ujęta jest w 1279 artykułach¹. Większość przepisów bezpośrednio lub pośrednio związana jest z prowadzeniem działalności gospodarczej, co pozwala zaliczyć je do dziedziny prawa karnego gospodarczego. Jest to obecna jedna z wielu dynamicznie zmieniających się dziedzin prawa, w konsekwencji czego z roku na rok rośnie liczba przepisów prawa karnego gospodarczego. Uwagę przy tym zwraca, że w kluczowej dla gałęzi ustawie, Kodeksie karnym zawarto zaledwie niewielką część typów czynów zabronionych, a znacznie obszerniej funkcjonuje tzw. pozakodeksowe prawo karne.



PROBLEMATYKA NORM KAUCZUKOWYCH A ZASADA NULLUM CRIMEN SINE LEGE SCRIPTA

Po wtóre, niejednokrotnie zakres zastosowania przepisów karnych wypełniany jest przez akty rangi podustawowej - rozporządzenia, co sprawia, że normy prawa karnego niejednokrotnie są nieostre, a wręcz „kauczukowe”. Kolejnym zagrożeniem jakie czyha na przedsiębiorcę jest więc brak precyzji przepisów, ze względu na liczne odesłania, co skutkuje problemami z oceną zgodności z prawem działań przedsiębiorcy. Zauważalna jest też coraz ściślejsza zależność norm materialnego prawa karnego od aktów Unii Europejskiej, która dotąd wydawała się być jedynie domeną norm prawa karnego procesowego.



PROBLEMATYKA STANOWIENIA NORM INTERTEMPORALNYCH A ZASADA OCHRONY PRAW NABYTYCH

Trzecim zagrożeniem są nieprecyzyjne przepisy intertemporalne. Powinny w sposób jasny i nie budzący wątpliwości wskazywać, które przepisy znajdą zastosowanie do danego stanu faktycznego ze względu na datę popełnienia czynu. Częstokroć trudno jest ocenić, które z przepisów będą względniejsze dla sprawcy zgodnie z zasadą z art. 4 k.k., gdyż należy rozważać skutki zastosowania norm prawno karnych na wielu płaszczyznach.

1 Niezależnie od przyjmowanej definicji przepisu prawnego. Autor jako przepis prawny rozumie podstawową jednostkę redakcyjną tekstu prawnego.

Również ograniczeń związanych z kolejnymi nowelizacjami prawa karnego materialnego doznaje zasada ochrony praw nabytych. Przykładowo przedsiębiorca będąc skazany za przestępstwo przeciwko mieniu lub dokumentom np. przestępstwo z art. 270 k.k. (fałszerstwo intelektualne) za podpisanie się za żonę na zeznaniu podatkowym, a następnie po nowelizacji z kwietnia 2016 r. za przestępstwo drogowe np. prowadzenie pojazdu pod wpływem alkoholu, będzie oczekiwał na zatarcie skazania, do czasu aż wszystkie orzeczone kary i środki karne zostaną wykonane, w tym środek karny w postaci zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych. Nie będzie mógł ponadto w tym okresie sprawować funkcji zarządu sp. z o.o. Zmiana w zakresie zatarcia skazania wydaje się bardzo niekorzystna dla przedsiębiorcy, jeśli weźmie się pod uwagę, że za czyn niezwiązany z wykonywaną działalnością, dodatkową uciążliwością będzie ograniczenie jego możliwości do sprawowania kontroli nad prowadzonym przedsiębiorstwem.



BRAK SPÓJNEJ I TRWAŁEJ POLITYKI KARNEJ A ZASADA ZAUFANIA OBYWATELI DO PAŃSTWA I PRAWA

Destrukcyjne działanie na poczucie bezpieczeństwa prawnego, które jest pewnym stanem rzeczy gwarantowanym przez zasadę pewności prawa wyprowadzaną przez Trybunał Konstytucyjny z art. 2 Konstytucji RP (zasady demokratycznego państwa prawa) to również niestabilność przepisów karnych, ich krótka „żywoćność”. Zarówno na przepisach Kodeksu karnego jak i Kodeksu postępowania karnego ustawodawca, z założenia racjonalny, dokonuje swego rodzaju eksperymentów prawnych wprowadzając daną instytucję do porządku prawnego na kilka miesięcy, po czym uchyla dany przepis lub istotnie zmienia sens danej regulacji. W szczególności niestabilność instytucji uwypukliła się po reformie prawa karnego z lipca 2015 r. zmierzającej w kierunku konsensualizmu i kompensacji, a której idee ostatecznie przekreśliły nowelizacje ustaw karnych uchwalane w roku następnym.

Negatywny wpływ na naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem, a co winno stanowić wiodącą funkcję prawa karnego gospodarczego, miało uchylenie przepisu art. 59 a k.k. Wycofanie się ustawodawcy z instytucji tzw. „umorzenia kompensacyjnego” z art. 59 a Kodeksu karnego, nie spo-



sób bowiem ocenić efektów obowiązywania instytucji w okresie 7 miesięcy. Jest to przykład zdecydowanie zbyt częstych zmian w Kodeksie karnym, który pozostaje w sprzeczności z konstytucyjną zasadą zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nich prawa.



WNIOSKI

Labilność przepisów prawa represyjnego przeczy standardom demokratycznego państwa prawa, kontestuje zaufanie obywateli do państwa i stanowionego przez nich prawa. Wobec częstych, eksperymentalnych zmian przepisów prawno-karnych nie popartych ani stosownymi badaniami porównawczymi, ani opiniami środowisk naukowych, prawniczych i społecznych, świadomość prawna przedsiębiorców siłą rzeczy musi być coraz niższa. Negatywne zmiany, które autor dostrzega na przestrzeni ostatnich 10 lat to przede wszystkim:

1. **rosnąca liczba przepisów prawa karnego gospodarczego;**
2. **zbyt częste zmiany norm prawa karnego materialnego;**
3. **zwiększony ryzyko karnoprawnych, prawo karne stanowi pułapkę również dla uczciwych przedsiębiorców;**
4. **populizm penalny i deflacja prawa, słaba jakość stanowionych norm.**

W związku wielokrotnymi zmianami w Kodeksie karnym oraz ich wątpliwą jakością, niepoprzedzoną właściwą diagnozą, autor pyta za prof. Robertem Zawłockim, czy można obecnie mówić o prawie karnym „śmietnikowym”?

**STRESZCZENIE:**

Przedmiotem artykułu jest analiza ilościowa i jakościowa przepisów prawa karnego materialnego, z którymi może mieć do czynienia przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej. Zostały w nim w zarysie omówione zmiany, które dokonały się w prawie karnym od czasu wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r., ze szczególnym uwzględnieniem regulacji przestępstw i wykroczeń gospodarczych oraz skarbowych, które miały miejsce w ostatnich latach. Zostaną one przeanalizowane pod kątem koherencji z innymi, istniejącymi już normami prawa karnego, w szczególności zostaną wzięte pod uwagę ich zakresy zastosowania oraz zagrożenie karne, a także ich zgodność z normami o szczególnej doniosłości dla całego systemu prawnego – zasadami prawa.

**SUMMARY:**

The subject of the article is the quantitative and qualitative analysis of the substantive criminal law provisions that may be encountered by an entrepreneur conducting business activity in the Republic of Poland. It outlines the changes that have taken place in criminal law since the entry into force of the Criminal Code of 1997, with particular emphasis on the regulation of economic and fiscal crimes and offenses that have taken place in recent years. They will be analyzed for coherence with other existing criminal law norms, in particular their scope and criminal risk, and their compliance with standards of particular importance for the legal system as a whole.

Skarga do WSA i skarga kasacyjna do NSA

Wydanie drugie rozszerzone z komentarzem praktycznym do nowelizacji k.p.a. i p.p.s.a. z 7 kwietnia 2017 r.

Repetitorium dla aplikantów radcowskich i adwokackich ze zbiorem kazusów.

Nowe, uaktualnione wydanie skryptu zawiera unikatowy w swej formule praktyczny komentarz do zmian, które zostały wprowadzone do Kodeksu postępowania administracyjnego i procedury sądowoadministracyjnej ostatnią dużą nowelizacją z dnia 7 kwietnia 2017 r. Zmiany te są bardzo istotne i z pewnością muszą się stać przedmiotem analizy i częścią wiedzy osoby przygotowującej się do egzaminu zawodowego. Nie wszystkie zmiany mają równie doniosłe znaczenie praktyczne w postępowaniu przed sądami administracyjnymi, chociażby w części dotyczącej mediacji czy ugody. Praktyczny komentarz w sposób syntetyczny i konkretny omawia te ze zmian w k.p.a. i p.p.s.a., które mają znaczenie procesowe i mogą być skutecznie wykorzystane w konstruowaniu pism procesowych. Z tego powodu pozycja może stanowić doskonale uzupełnienie biblioteki adwokata lub radcy prawnego, każdego praktyka prawa.

**SKARGA DO WSA
I SKARGA KASACYJNA DO NSA**
KOMENTARZ PRAKTYCZNY DO NOWELIZACJI K.P.A. I P.P.S.A. Z 7 KWIECZNIA 2017 R.
WYDANIE DRUGIE ROZSZERZONE!

Skorzystaj z 20% RABATU

wydawniczego wpisując KOD: **hskif#50s**
w sklepie internetowym na naszej stronie

www.repetitoriumdlaaplikantow.pl





KONFISKATA ROZSZERZONA a świadomość przedsiębiorcy

•••
dotycząca wykorzystania
jego przedsiębiorstwa
do popełnienia
przestępstwa

apl. adw. Robert Murawski

Izba Adwokacka w Szczecinie



„Prawo jest jak nóż: powinien być ostry, ale używać go trzeba ostrożnie”¹ – te słowa Karola Bunscha aktualizują się każdorazowo przy próbie zwiększenia prawnych instrumentów represji państwa wobec swoich obywateli. Zakres omawianych poniżej zmian dotyczy jednak w szczególności specjalnej grupy ludzi, którzy poprzez swoje działania kształtują w sposób bezpośredni ustrój gospodarczy naszego kraju. Mowa rzecz jasna o przedsiębiorcach. W rzeczywistości to oni dają innym ludziom pracę (z wyłączeniem administracji publicznej i spółek Skarbu Państwa) a to właśnie praca – a konkretniej dobra w jej wyniku wytworzone – budują bogactwo całego narodu. Wydawać by się mogło, że przy tak doniosłej roli przedsiębiorców, legislacja zmierzać powinna do zapewnienia bezpiecznych i stabilnych warunków egzystencji oraz rozwoju przedsiębiorczości – nic bardziej mylnego. W obecnym stanie prawnym prowadzący działalność muszą już nie tylko obejmować wzrokiem toczącą się wokół rzeczywistość ale również dokonywać 5 letnich retrospekcji i aktywnie dźwigać ciężar dowodu aby móc bronić się przed działaniami nieuczciwej konkurencji lub przestępców.

1 J. Illg, T. Illg, Wielka księga mądrości, Warszawa: Videograf II 2004, s. 396.



ROZDZIAŁ I - PRZYCZYNA ZMIAN ORAZ ICH ZAMYŚL

Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (dalej: ustawa nowelizująca) wprowadziła rewolucyjne i mocno kontrowersyjne zmiany w zakresie szeroko pojętej odpowiedzialności majątkowej sprawcy oraz osób lub podmiotów z nim „współpracujących”. Nie jesteśmy jednak prekursorami tych zmian. Ogólny trend dało się zauważyć już lata temu u naszych europejskich partnerów, przy czym, najbardziej jaskrawe i uruchamiające wyobraźnię konfiskaty dotyczyły włoskich mafii. Setki milionów, a nawet miliardy euro podsyciły portale informacyjne², kreując w opinii publicznej i politycznej pogląd konieczności zmian regulacji prawnych, w kierunku umożliwiającym dokonanie zaboru majątku przestępcom.

Naprzeciw tym oczekiwaniom 3 kwietnia 2014 r. Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE (dalej: dyrektywa) ogólnym regulacjom objęto kwestie „zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstw i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej”. W związku z tym faktem pozostała kwestia implementacji tej dyrektywy do naszego systemu krajowego. I tu, niestety, ustawodawca znacząco rozszerzył przepisy dyrektywy, powodując już w fazie projektu ustawy niemałe zamieszanie. Skutkowało to niezliczoną ilością połączeń wystraszonych przedsiębiorców do swoich pełnomocników. Przedsiębiorcy Ci nie obawiali się jednak odpowiedzialności za swoje działania. Zapobiegawczo i prewencyjnie chcieli uzyskać informacje dotycząca zagrożeń skierowanym przeciwko ich interesom w związku z działaniem osób trzecich, dokonanych całkowicie wbrew ich woli i bez ich wiedzy. Niestety wydaje się, że tak absurdalny i niewątpliwie czarny scenariusz mechanizmu ponoszenia odpowiedzialności, którego obawiają się przedsiębiorcy w świetle nowych regulacji ustawy nowelizującej może mieć miejsce.

2 <http://wiadomosci.onet.pl/wlochy-konfiskata-gigantycznego-majatku-mafijnego/75t25,30.08.2017>.



ROZDZIAŁ II – PRZEPADEK PRZEDSIĘBIORSTWA

Ustawa nowelizująca artykułem 44a wprowadziła do kodeksu karnego możliwość orzeczenia przepadku przedsiębiorstwa. O ile większych wątpliwości co do racjonalności regulacji nie budzi § 1 tego artykułu o tyle § 2 wydaje się być co najmniej kontrowersyjny. Stanowi on, że *„w razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia sprawca osiągnął, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości, sąd może orzec przepadek niestanowiącego własności sprawcy przedsiębiorstwa osoby fizycznej albo jego równowartości jeżeli przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści, a jego właściciel chciał, aby przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści albo, przewidując taką możliwość, na to się godził”*.

Bez wątplenia naganna i słusznie represjonowana powinna być chęć przedsiębiorcy do popełnienia czy też pomocy w popełnieniu przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści. Co natomiast z alternatywną przesłanką jedynie „przewidywania” takiej możliwości? Tak użyte sformułowanie daje organom ścigania duże możliwości, które niekoniecznie muszą być wykorzystane w sposób właściwy. Niektóre formy działalności już z samej swej istoty dają możliwość posłużenia się nimi do popełnienia czynu zabronionego (np. firmy transportowe) lub ukrycia osiąganego z niego korzyści (gietdy walut z subkontami indywidualnymi czy pośrednicy w sprzedaży kryptowalut typu bitcoin). Jak więc należy interpretować owy zapis ustawy – czy literalnie, poprzez hipotetyczne przewidywanie możliwości wykorzystania przedsiębiorstwa w celach przestępczych, czy też (co wydaje się bardziej racjonalne), poprzez objęcie przez właściciela przedsiębiorstwa swoją świadomością tego, że jego przedsiębiorstwo jest lub było do takich celów wykorzystywane. Niezależnie od tego zastanawiające jest również pojęcie wyrażenia przez przedsiębiorcy zgody na takie „niechciane” zachowanie sprawcy przestępstwa. Czy zgoda ta powinna być przy tym wyrażona w sposób oczywisty np. poprzez niepodjęcie przez właściciela przedsiębiorstwa stosownych działań po ujawnieniu mu przez pracownika faktów o wykorzystaniu przedsiębiorstwa do czynu przestępczego, czy też, wystarczy jedynie zgoda dorozumiana, która w skrajnej odmianie może przybrać formę omyłkowego nie ujęcia w regulaminie



przechowalni bagażu zapisu, że zabrania się przechowywania rzeczy pochodzących, choćby pośrednio, z popełnienia przestępstwa.

Na próżno zdążył się poszukiwania wyjaśnienia zagadnienia odpowiedzialności przedsiębiorcy w opinii Rady Legislacyjnej z 18 lipca 2016 r. odnoszącej się do komentowanej wyżej regulacji. Przepadek przedsiębiorstwa nie należący do sprawcy zgodnie z pierwotnym brzmieniem projektu mógłby zostać orzeczony gdy „właściciel lub inna osoba uprawniona na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach przewidywała albo mogła przewidzieć, że może ono służyć lub być przeznaczone do popełnienia przestępstwa”³. Obecny kształt zapisu różni się więc znacznie od projektu, tym niemniej, problem użytej w projekcie konstrukcji zdaniem prof. Pohla mógł prowadzić do wniosku, że mamy do czynienia nie z naganym zachowaniem właściciela przedsiębiorstwa skutkującym represją lecz z nieumyślnym popełnieniem przez właściciela przedsiębiorstwa pomocnictwa przez zaniechanie.⁴ Taka konstrukcja jednak została zachowana w znowelizowanym 31a § 1a k.k.s.

Wydawać by się mogło, że nieco więcej światła na zagadnienie strony podmiotowej zachowania przedsiębiorcy rzuca § 3 art. 44a k.k., zgodnie z którym *„w razie współwłasności przepadek, o którym mowa w § 1 i 2, orzeka się z uwzględnieniem woli i świadomości każdego ze współwłaścicieli i w ich granicach”*.

Regulacja ta jest jednak niejako powtórzeniem zawartych w § 2 przesłanek odpowiedzialności właściciela przedsiębiorstwa nie będącego sprawcą. „Wola” współwłaściciela odpowiada przy tym ujętej w § 2 „chęci” a przez „świadomość” rozumieć należy „przewidywanie możliwości” a następnie „zgodę”.

Zdaje się więc, że czyn a raczej naganne zachowanie przedsiębiorcy, nie będącego sprawcą może być popełnione jedynie umyślnie w obu po-

3 Rada Legislacyjna przy Prezesie Rady Ministrów, <http://radalegisacyjna.gov.pl/dokumenty/opinia-z-18-lipca-2016-r-o-projekcie-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-karny-oraz-niektorych>, 30.08.2017 r.

4 Ł. Pohl, O ujęciu przepadku składników i praw majątkowych przedsiębiorstwa w projektowanym art. 44a § 1 kodeksu karnego, Nowa kodyfikacja prawa karnego tom XLIII, Tomasz Kalisz (red.), Wrocław 2017, s. 480.

stacjach zamiaru zarówno poprzez działanie jak i zaniechanie – w czym utwierdza nas regulacja § 4 art. 44a k.k.

i ujęte w nim przesłanki wyłączenia możliwości orzeczenia przypadku w postaci „motywacji” oraz „sposobu zachowania się właściciela przedsiębiorstwa”.

Niestety, w przeciwieństwie do dyrektywy, ustawa nowelizująca nie posługuje się pojęciem działania osoby trzeciej w dobrej wierze⁵, które wg. dyrektywy ma uniemożliwiać konfiskatę jego mienia w skutek działania przestępcy. Zdaje się jednak, że w tym kierunku winna zmierzać interpretacja wspomnianego wyżej „przewidywania możliwości” oraz wyrażenia „zgody”. Nie możemy mieć jednak pewności jak ukształtuje się linia orzecznicza sądów. Dotychczas nowa instytucja przypadku przedsiębiorstwa, zastosowana została w sprawie dość oczywistej, gdzie sprawca czynu zabronionego nie był jego właścicielem ale pełnił rolę prokurenta spółki, która tylko pozornie stanowiła własność jego córki.⁶

Rzeczywistość przyniesie jednak wiele skomplikowanych stanów faktycznych, których rozwiązanie ukształtuje linię orzeczniczą i wyjaśni kierunki właściwej interpretacji przepisów. Póki, co przedsiębiorcy stąpają po dość niepewnym gruncie, a ich pełnomocnicy zalecają ostrożność. Co jednak niepokojące, interpretacja z pozoru oczywistych zapisów ustaw, w tym ustawy zasadniczej, potrafi być przedmiotem sporu środowisk naukowych, prawniczych a nawet samych sędziów TK. Wprowadzenie broni umożliwiającej konfiskatę przedsiębiorstw, w tym także tych należących do osób nie będących sprawcami przestępstw, nie koniecznie stanowić będzie zagrożenie dla osób niewinnych. Zależy to jednak od tego czy zostanie ona skierowana w odpowiednią stronę, a właściwi i rozważni ludzie będą naciskali spust.

5 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3 kwietnia 2014 r. nr 2014/42/UE.

6 Prokuratura Krajowa, <https://pk.gov.pl/aktualnosci-prokuratury-krajowej/prokurator-zastosowal-konfiskate-rozszerzona-i-przepadek-przedsiębiorstwa-niestanowiacego-wlasnosci-sprawcy.html#.Waa8qq3UQcg>, 30.08.2017 r.



ROZDZIAŁ III – PRZEPADEK KORZYŚCI

Niezależnie od możliwości konfiskaty przedsiębiorstwa należącego do osoby nie będącej sprawcą, ustawą nowelizującą zmieniono także § 2 art. 45 k.k. (oraz w zasadniczo analogicznej formie art. 33 § 2 k.k.s.). Zgodnie z jego nowym brzemieniem:

„W razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia została osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa znacznej wartości, albo przestępstwo, z którego została lub mogła zostać osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa, zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica jest nie niższa niż 5 lat, lub popełnione w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa za korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa uważa się mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w okresie 5 lat przed popełnieniem przestępstwa do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku, chyba że sprawca lub inna zainteresowana osoba przedstawi dowód przeciwny”.

Mamy tu więc do czynienia z domniemaniem przestępczego źródła pochodzenia mienia objętego we władanie przez popełniającego czyn zabroniony, a co za tym idzie ciężar dowodu przeciwności został przeniesiony na sprawcę oraz „inną zainteresowaną osobę”. Taka konstrukcja represjonuje niestety osoby trzecie, które nieświadomie powierzyły mienie sprawcy. To zaś wydaje się dalece niepokojące z uwagi na powszechność powierzania własnego mienia innym podmiotom w obrocie gospodarczym. Co więcej, przedsiębiorca powierzając mienie, co do zasady nie jest świadomy tego, że wobec sprawcy toczy się postępowanie karne, a przedmioty będące jego własnością mogą zostać zabezpieczone czy finalnie ulec przepadkowi. Tym samym podniesione zostało ryzyko przepadku rzeczy sprzedanych z odroczonym terminem płatności, przewłaszczonych na zabezpieczenie czy najzwyczajniej użyczonych pracownikowi. Trudno bowiem uznać, że sprawca będzie sumiennie wskazywał przedmioty, które przepadkowi ulec nie powinny. Tym bardziej, że niejednokrotnie, będzie on działał wyłącznie przez obrońcę z uwagi na zastosowanie wobec niego tymczasowego aresztowania.

W tej sytuacji przeniesienie ciężaru dowodu na przedsiębiorcę zwiększa ryzyko prowadzenia działalności. Czas pokaże, czy przyniesie to ograniczenie w zawieraniu niektórych rodzajów umów w obrocie gospodarczym, czy też zwiększy ich koszt – z uwagi na konieczność dodatkowego ubezpieczenia.



ROZDZIAŁ IV - ZABEZPIECZENIE

Nowelizacji uległy również przepisy postępowania karnego w tym art. 291 § 1, który w obecnym brzmieniu zezwala na dokonywanie z urzędu zabezpieczeń na mieniu osoby trzeciej wskazanym w art. 45 k.k. a także zgodnie z § 2 na mieniu właściciela przedsiębiorstwa określonego art. 44a k.k. Dodatkowo na podstawie świeżo dodanego art. 292a § 1 k.p.k. na zabezpieczonym właścicielowi przedsiębiorstwie może nastąpić ustanowienie przymusowego zarządu. O ile więc jasna jest zasada braku korzystania z ochrony przez *lucrum inhonestum vel illicitum* o tyle nie znajduje uzasadnienia tak dalece idąca forma represji wobec osób trzecich *de facto* nie związanych z samym przestępstwem. Do jakich więc skutków może prowadzić nieświadome prowadzenie interesów z osobami w stosunku do których prokuratura użyje nowo wykreowanych przepisów. Przyznanie w art. 91b k.p.k. właścicielowi przedsiębiorstwa zagrożonego przypadkiem prawa strony w zakresie czynności procesowych odnoszących się do tego środka może okazać się jedynie iluzoryczne. Zakładając bowiem, nawet wzorową pracę zarządcy przymusowego, może okazać się, że w obawie przed podobnymi represjami, wycofają się dotychczasowi kontrahenci przedsiębiorcy. Wówczas wartość przedsiębiorstwa sprowadzona zostanie do wartości wyceny jego mienia, a w skrajnych przypadkach przedsiębiorstwo może nawet ulec zadłużeniu pomimo dobrej kondycji wyjściowej. Niestety scenariusz taki w niepewnej dziś rzeczywistości gospodarczej wydaje się całkiem realny. Można mieć więc jedynie nadzieje, że korzystanie z tych uprawnień będzie poprzedzone głęboką refleksją pozwalającą dostrzec elementy ciągnące w dół szalę niekorzystnych skutków.

Rozdział V – kontrowersje

Wokół opisywanych powyżej zmian w środowisku prawniczym narastają kontrowersje. W pierwszej kolejności wskazać należy na możliwość orze-



kania przypadku wobec podmiotów niepopelniających czynu zabronionego, a więc niewątpliwie wbrew zasadzie związania odpowiedzialności karnej z osobą, która uznana została za sprawcę owego czynu. Do tej pory żyliśmy bowiem w przekonaniu, że przypadek jest niczym innym jak formą odpowiedzialności karnej, ściśle związaną i dotyczącą wyłącznie tego kto dopuścił się czynu zabronionego. Obecnie represja może także objąć osoby, których zachowanie zostało określone przez przepisy nie jako czyn zabroniony, a jako zachowanie naganne, które pomimo braku penalizacji, objęto daleko idącą represją.

Wprowadzone zmiany zdają się również odrzucać zasadę *cogitationis poenam nemo patitur* powodując konieczność ustalenia stanu świadomości i sposobu myślenia osoby trzeciej, nie związanej bezpośrednio z popełnieniem czynu zabronionego. Dopiero po dokonaniu tych ustaleń możliwym jest zastosowanie przypadku określonego w art. 44a § 2 k.k.

Kontrowersje budzi również wprowadzenie przepisu 237 § 3 k.p.k. umożliwiającego kontrole i utrwalanie treści rozmów telefonicznych w celu ujawnienia mienia zagrożonego przypadkiem. Poszerzony został więc instrument i tak już dalece posuniętej inwigilacji. W tej sytuacji wydaje się, że wykrycie i śledzenie mienia podlegającego przypadkowi winno być dokonywane wyłącznie przez organy ścigania. Przerzucenie zaś ciężaru dowodu na osobę trzecią, nie będącą sprawcą czynu zabronionego, powinno następować jedynie w wyjątkowych sytuacjach i nie powinno mieć charakteru powszechnie uznanego domniemania wymagającego przeciwdowodzenia.

Uwagę warto zwrócić także na możliwość orzeczenia przypadku nawet mimo braku możliwości skazania sprawcy w sytuacjach opisanych w nowo dodanym § 2 art. 45 a k.k. tj. „w razie śmierci sprawcy, umorzenia postępowania z powodu jego niewykrycia, a także w przypadku zawieszenia postępowania w sprawie, w której nie można ująć oskarżonego albo oskarżony nie może brać udziału w postępowaniu z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby”. Choć regulacja ta przynajmniej w części jest realizacją art. 4 ust 2 dyrektywy to wprowadzane nią zmiany sięgają zbyt daleko. Jak bowiem nieżyjący sprawca miałby przedstawić dowód w celu obalenia domniemania przestępczego pochodzenia swo-

jego mienia? W tej sytuacji represja, także dotknie osoby trzeciej – spadkobierców sprawcy.

Wskazane wyżej zmiany w zakresie w jakim nakładają represje na osoby nie będące sprawcami czynu zabronionego stanowią naruszenie zasady wyrażonej w art. 42 ust 1 Konstytucji RP i jako takie w mojej ocenie nie powinny się ostać. Uwieńczeniem naruszeń podstawowych zasad jest natomiast przyjęte przez legislatora w art. 23 ustawy nowelizującej wyłączenie zastosowania art. 4 § 1 k.k. w stosunku do niektórych przepisów dotyczących konfiskaty rozszerzonej. Myślę, że z uwagi na ich oczywistość, naruszeń tych nie trzeba komentować.



ZAKOŃCZENIE

W duchu nowoczesnej przestępczości osadzonej w z informatyzowanej i mocno inwigilowanej rzeczywistości, zamysł zmian w zakresie konfiskaty majątków generowanych drogą przestępczą wydaje się słuszny. W tym celu jednak należałoby użyć właściwych narzędzi, których rodzaj został uregulowany odgórnie dyrektywą, we właściwy sposób, przez przeszkolonych w tym celu ludzi. W przeciwnym wypadku zamiast poprawy sytuacji możemy spodziewać się jej pogorszenia. Niedopuszczalne jest przy tym przenoszenie jakiegokolwiek zakresu obowiązków organów ścigania na samych przedsiębiorców i naruszanie podstawowych zasad prawa karnego. Wręcz przeciwnie państwo winno zapewnić bezpieczeństwo w obrocie gospodarczym, stabilność prawa i brak obaw o niekorzystne skutki działań osób trzecich. W przeciwnym razie ryzyko inwestycji w naszym kraju mogłoby przewyższyć możliwe korzyści finansowe i zdeterminować przenieśiny zagranicznych inwestorów do bardziej przyjaznych landów Europy. Wprowadzone regulacje tworzą jednak pewną iluzję, że w przypadku braku woli lub świadomości przedsiębiorcy nie poniesie on negatywnych skutków działania przestępczego osób trzecich. Konfiskacyjne działanie represji skierowane jest więc w stronę przestępców. Warto przy tym zadać pytanie ilu przedsiębiorców dostanie rykoszetem stojąc nieświadomie obok nich biorąc pod uwagę, że organy ścigania często strzelają seriami.



SUMMARY

In times of modern criminality drawing upon technologically advanced and highly invigilated reality, an idea of confiscation of fraudulent properties is worth to consider. To achieve this goal however, a proper set of tools is needed, with their type regulated by a superior directive, by adequately trained people. Otherwise, we can anticipate the situation to get worse, rather than better. It is also unacceptable to move any duties from investigative authorities to entrepreneurs or to violate constitutional or criminal law. Quite the opposite, it is the state duty to provide security for businesses, stability of law and safety from the adverse effects of third parties activities. Otherwise, the investment risk in our country would surpass potential financial benefits and would determine the movement of business to more advantageous European countries. Imposed regulation create however a kind of illusion, that an entrepreneur's lack of will or awareness will protect him from negative effects of criminal acts of third parties. Therefore, the confiscation cannon of repression is aimed at the criminals. It is worth to consider however how many entrepreneurs will take a ricochet shot, given the fact that the law enforcers often shoot in series.



GLOSA APROBUJĄCA do uchwały Sądu Najwyższego



z dnia 31 maja 2017 r.,
I KZP 4/17

Jan Kluza

doktorant w Katedrze Postępowania Karnego UJ



Glosa dotyczy uchwały Sądu Najwyższego w sprawie zastosowania przez Prezydenta RP prawa łaski przed uprawomocnieniem się wyroku. Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że taki akt łaski nie wywołuje żadnych skutków procesowych. Tezę tą należy uznać za słuszną, z uwagi na przekroczenie przez Prezydenta swoich kompetencji i naruszenie zasady trójpodziału władzy.



TEZA

31 maja 2017 r. skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego na podstawie art. 59 ustawy o Sądzie Najwyższym¹ wydał uchwałę² w sprawie procesowych skutków zastosowania przez Prezydenta RP prawa łaski przed uprawomocnieniem się orzeczenia skazującego oskarżonego. Ze względu na bezprecedensowy charakter tej uchwały oraz dalsze losy postępowania w tej sprawie, warto jest dokonać głębszej analizy argumentacji SN. Sąd Najwyższy stwierdził w uchwale, że:

1 Ustawa z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym, t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 1254.

2 LEX nr 2294441.



1. **Prawo łaski, jako uprawnienie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej określone w art. 139 zdanie pierwsze Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, może być realizowane wyłącznie wobec osób, których winę stwierdzono prawomocnym wyrokiem sądu (osób skazanych). Tylko przy takim ujęciu zakresu tego prawa nie dochodzi do naruszenia zasad wyrażonych w treści art. 10 w zw. z art. 7, art. 42 ust. 3, art. 45 ust. 1, art. 175 ust. 1 i art. 177 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.**
2. **Zastosowanie prawa łaski przed datą prawomocności wyroku nie wywołuje skutków procesowych.**



STAN FAKTYCZNY

Podstawą dla rozpoznania zagadnienia prawnego przez Sąd Najwyższy był następujący stan faktyczny: Wyrokiem Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie³ oskarżeni M. K., M. W. skazani zostali nieprawomocnie na karę 3 lat pozbawienia wolności, natomiast G. P. i K. B. na karę 2 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Wyrok ten został zaskarżony apelacjami wszystkich obrońców oskarżonych, a także przez występujących w sprawie oskarżycieli posiłkowych. Przed rozpoznaniem sprawy przez sąd odwoławczy, Prezydent RP postanowieniem z dnia 16 listopada 2015 r.⁴ zastosował wobec oskarżonych akt łaski. Jeden z oskarżonych, M.K., na podstawie art. 431 § 1 k.p.k. cofnął swoją apelację. Przed SO pozostały jednak apelacje pozostałych oskarżonych oraz oskarżycieli posiłkowych. W związku z tym Sąd Okręgowy uznając, że w sprawie zachodzi inna okoliczność wyłączająca ściganie (art. 17 § 1 pkt. 11 k.p.k.) wyrokiem⁵ umorzył postępowanie. Od tego wyroku oskarżyciele posiłkowi wywiedli kasację do Sądu Najwyższego. Rozpoznający ją skład na podstawie art. 59 ustawy

3 Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 30 marca 2015 r., II K 784/10, [http://orzeczenia.srodmiescie.warszawa.so.gov.pl/content/\\$N/154505300001006_II_K_000784_2010_Uz_2015-03-30_001](http://orzeczenia.srodmiescie.warszawa.so.gov.pl/content/$N/154505300001006_II_K_000784_2010_Uz_2015-03-30_001), 10.11.2017 r.

4 Komunikat z dnia 16 listopada 2015 r., PU.117.45.2015, <http://www.prezydent.pl/prawo/prawo-laski/prawo-laski-2015/art,6>, prezydent-zastosowal-prawo-laski-wobec-4-osob.html, 10.11.2017 r.

5 Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 marca 2016 r., X Ka 57/16, LEX nr 2269037.

o SN postanowił przedstawić powstałe w związku z rozpoznaniem sprawy zagadnienie prawne do rozstrzygnięcia składowi siedmiu sędziów SN⁶.



ZAKRES PRZEDMIOTOWY PRAWA ŁASKI

Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego zawarte w glosowanej uchwale ocenić należy jak najbardziej pozytywnie. Stanowisko SN oparte zostało na gruntownym przeanalizowaniu zakresu przedmiotowego prawa łaski oraz jego oddziaływania na proces karny. Zasadniczą kwestią leżącą u podstaw uchwały, było określenie istoty prawa łaski, tzn. czy dopuszczalne jest jego stosowanie w postaci tzw. abolicji indywidualnej, która polega na niewszczygnięciu lub umorzeniu postępowania za czyny popełnione przed zastosowaniem prawa łaski⁷. Jak słusznie jednak zauważył SN, określone w art. 139 Konstytucji RP, prawo łaski posiada granice, które wyznacza „istota tej instytucji, zważywszy także na konieczność uwzględnienia innych zasad konstytucyjnych, tj. działania tylko w granicach prawa (art. 7 i art. 126 ust. 3)”⁸. SN zwraca także uwagę na kwestię wkroczenia przez Prezydenta w wyłączne kompetencje wymiaru sprawiedliwości poprzez de facto spowodowanie umorzenia postępowania sądowego. Konstatacja ta jest jak najbardziej trafna ze względu na określoną w art. 10 Konstytucji zasadę trójpodziału władz, w szczególności biorąc pod uwagę treść oświadczenia Prezydenta RP w związku z zastosowaniem wobec oskarżonych aktu łaski oraz wystosowane przez Kancelarię Prezydenta do Sądu Okręgowego w Warszawie pismo z żądaniem umorzenia postępowania⁹. Z istoty bowiem demokratycznego państwa prawa oraz wyrażonej w art. 10 oraz art. 173 Konstytucji zasady niezależności władzy sądowniczej, wynika, że judykatura jest niezależna od pozostałych władz w zakresie funkcji orzeczniczej, stabilizacji wyroków, a także że obok ustawy sędziowie mają obowiązek stosowania również bezpośrednio Konsty-

6 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2017 r., II KK 313/16.

7 W. Cieślak, K. Woźniewski (red.) Leksykon prawa karnego procesowego. 100 podstawowych pojęć, Warszawa 2012, s. 1.

8 Uzasadnianie uchwały I KZP 4/17, s. 5.

9 J. Kluzza Postępowanie ułaskawieniowe czy jego brak?, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ”, 2/2016, s. 116.



tucji¹⁰. Podstawę dla rozważań SN w tym przedmiocie stanowi porównanie zakresu stosowania abolicji oraz prawa łaski. Dopuszczalność stosowania abolicji w polskim prawie karnym nie jest kwestionowana, z tym jednak zastrzeżeniem, że można ją stosować w fazie do uprawomocnienia się wyroku i tylko w drodze ustawy, abolicja powinna ponadto mieć charakter powszechny i określać rodzaj przestępstw których dotyczy oraz zakres czasowy obowiązywania¹¹. Konieczność stosowania abolicji jedynie w drodze ustawy wynika z ingerencji w określone w art. 42 Konstytucji zasady odpowiedzialności karnej¹². Ingerencja ta, nie stanowi przy tym przełamania zasady trójpodziału władzy, ponieważ nie ingeruje bezpośrednio w zastrzeżony dla wymiaru sprawiedliwości obszar merytorycznego rozpoznania sprawy. Z pewnych szczególnych bowiem względów ustawodawca decyduje się w drodze abolicji na czasowe „uchylenie” przepisów karnych. Warto ponadto pamiętać, że tak jak każda ustawa, również ustawa abolicyjna podlega kontroli Trybunału Konstytucyjnego¹³ co do jej zgodności z Konstytucją. Pojawia się więc tutaj istotna rozbieżność między abolicją a aktem łaski, który z istoty rzeczy ma postać indywidualną i szczególną, jak również ma postać ostateczną i niewzruszalną. Różne są także konsekwencje procesowe między tymi środkami. Próba połączenia cech prawa łaski z abolicją w postać tzw. abolicji indywidualnej, o jakiej mowa jest w przypadku z listopada 2015 r., jest niedopuszczalna, ponieważ nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach. Istotą bowiem prawa łaski, która wyznacza jego granice, jest darowanie, z pewnych szczególnych względów, skutków orzeczonej kary, które, notabene, powstać mogą dopiero z chwilą uprawomocnienia się wyroku.

10 W. Skrzydło (red.) Polskie prawo konstytucyjne, Lublin 2003, s. 144.

11 P. Rogoziński Instytucja utaskawienia w prawie polskim, Warszawa 2008, s. 89 i n; M. Bojarski (red.) Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna, Warszawa 2017, s. 477.

12 T. Grzegorzczak Abolicja jako przestanka procesowa [w:] M. Jeż-Ludwichowska, A. Lach Dopuszczalność procesu. System Prawa Karnego Procesowego. Tom IV, Warszawa 2015, s. 901.

13 Co w okresie kwestionowania składu osobowego Trybunału Konstytucyjnego oraz ważności wyroków przezeń wydawanych może zostać zastąpione w drodze tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności ustaw.



GRANICE PRAWA ŁASKI

Trafny jest także argument Sądu Najwyższego kontestujący poglądy zwolenników stosowania prawa łaski w postaci abolicji indywidualnej, których zestawienie przytacza skład trzech sędziów SN¹⁴ (do których zresztą w późniejszym czasie odwoływała się także Kancelaria Prezydenta kwestionując słuszność uchwały SN), odwołujący się do konieczności uwzględnienia wykładni kontekstowej przepisu art. 139 Konstytucji. SN dowodzi bowiem, że zdanie drugie art. 139 ustawy zasadniczej, które stanowi, że prawa łaski nie stosuje się do osób skazanych przez Trybunał Stanu. Co więcej, właśnie wyłączenie spod prawa łaski osób skazanych przez TS, stanowi jeden z ważniejszych argumentów zwolenników możliwości ułaskawienia skazanych nieprawomocnym wyrokiem sądu, którzy twierdzą, że jest to jedyne ograniczenie dla Prezydenta w ramach stosowania jego prerogatywy¹⁵. SN trafnie zauważa jednak, że z tak określonego wyjątku co do stosowania aktu łaski, wynika a contrario, że stosować je można co do pozostałych osób skazanych, a także na zasadzie a minore ad maius, że nie można go stosować co do osób, w stosunku do których postępowanie przed Trybunałem Stanu dopiero się toczy¹⁶, analogicznie więc sytuacja przedstawia się z postępowaniem przed sądem powszechnym. Odmienny pogląd prezentował J. Sobczak¹⁷, który wnioskował o dopuszczalności stosowania prawa łaski w postaci abolicji indywidualnej wobec osób postawionych w stan oskarżenia przed Trybunałem Stanu z kontekstu językowego zdania 2 art. 139 Konstytucji. Rozważania te spotkały się jednak z głęboką krytyką¹⁸. Co jest równie ważne, sama Konstytucja rozróżnia osobę skazaną (art. 139) od osoby, wobec której postępowanie się dopiero toczy

14 Uzasadnienie wyroku II KK 313/16, s. 4.

15 M. Bojarski (red.) Prawo karne materialne, s. 479; zob. też: A. Murzynowski Ułaskawienie w Polsce Ludowej, Warszawa 1965, s. 128; A. Duda, A. Wąglorz Zakres przedmiotowy prawa łaski z art. 139 Konstytucji (o niedopuszczalności stosowania abolicji indywidualnej), Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, preprint 2/2016, s. 3.

16 Uzasadnienie uchwały I KZP 4/17, s. 25, zob. też: B. Baran Prawo łaski w polskim systemie prawnym na tle powszechnym, Sosnowiec 2011, s. 312–313; A. Duda, A. Wąglorz Zakres przedmiotowy prawa łaski, s. 4.

17 J. Sobczak Nowy kształt instytucji ułaskawienia [w:] A. Szwarz (red) Rozważania o prawie karnym. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesiątce urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka, Poznań 1999, s. 253.

18 J. Giezek, P. Kardas Konstytucyjne podstawy prezydenckiego prawa łaski a możliwość stosowania tzw. abolicji indywidualnej, „Palestra” nr 1–2/2016, s. 33.



(art. 42 ust. 2 i 3). Nie zmienia tego w żaden sposób występujące w treści art. 99 ust. 3 Konstytucji sformułowanie „osoba skazana prawomocnym wyrokiem”, o czym obszernie wypowiada się w uzasadnieniu uchwały SN¹⁹. Przepis ten został bowiem dodany w drodze zmiany Konstytucji²⁰, a ratio legis jego wprowadzenia w żaden sposób nie zmierzało do zmiany zakresu stosowania prawa łaski.



PRAWO DO SĄDU

Słuszny jest także argument SN odnoszący się do zagwarantowanego w art. 45 Konstytucji prawa do sądu, gwarantującemu każdej osobie prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Przedwczesne wkroczenie Prezydenta w kompetencje wymiaru sprawiedliwości pozbawia, a co najmniej utrudnia, uprawnione podmioty, chociażby pokrzywdzonego, do dochodzenia swoich roszczeń w procesie karnym. Trzeba bowiem mieć na względzie, że zastosowanie prawa łaski do prawomocnego wyroku, nie pozbawia wykonalności orzeczonych tym wyrokiem środków o charakterze cywilnym. Prawo do sądu zagwarantowane jest nie tylko w Konstytucji, ale także w aktach prawa międzynarodowego, m.in. w art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²¹ oraz art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych²². Prawo do sądu, rozumiane m.in. jako prawo do uzyskania wyroku sądu, zostaje stronie odebrane poprzez wymuszenie umorzenia postępowania. Z kwestią tą wiąże się

19 Uzasadnienie uchwały I KZP 4/17, s. 29–31.

20 Ustawa z dnia 7 maja 2009 r. o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. 2009 nr 114 poz. 946.

21 Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona protokołem nr 2, Dz.U. z 1993 r., nr 61 poz. 284; zob. w szczególności Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 2 listopada 2004 r., skarga nr 32446/96, Yaman przeciwko Turcji, w której ETPCz stwierdził, że „W przypadku gdy funkcjonariusz państwowy został oskarżony o popełnienie przestępstw związanych ze stosowaniem tortur lub niedozwolonym traktowaniem, kwestią najwyższej wagi dla istnienia „skutecznego środka odwoławczego” jest, by postępowanie karne i wyrokowanie nie podlegały przedawnieniu, a objęcie amnestią lub ułaskawieniem nie były dozwolone”.

22 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U. z 1977 r., nr 38 poz. 167.

także przeżycie domniemania niewinności, co stanowi również prawo zagwarantowane w Konstytucji (art. 42 ust. 3) jak i normach międzynarodowych (art. 16 ust. 2 EKPCz, art. 14 ust. 2 MPPOiP). Zgodnie bowiem z tym, co wykazano powyżej, że prawo łaski znajduje zastosowanie jedynie do darowania kary, Prezydent stosując swoją prerogatywę na wcześniejszym etapie postępowania, uznaje określoną osobę za winną, pomimo braku prawomocnego orzeczenia sądowego.

Przedstawione przez Sąd Najwyższy argumenty zasługują zatem w pełni na akceptację. Warto jest także dodać, czego nie czyni w swych rozważaniach SN, że Prezydent jako głowa państwa, podlega zarówno Konstytucji jak i ustawom. Dotyczy to także postępowania ułaskawieniowego, które zostało uregulowane w rozdziale 59. kodeksu postępowania karnego²³. Odmienne poglądy o „konstytucyjnym trybie ułaskawienia”²⁴ nie znajduje oparcia w podstawie prawnej, w szczególności nie może nią być art. 126 ust. 3 Konstytucji, który wprost stanowi, że Prezydent wykonuje swoje zadania w zakresie i na zasadach określonych w Konstytucji i ustawach. Przepisy kodeksu postępowania karnego z kolei wprost stanowią o tym, że prawo łaski obejmuje swym zakresem jedynie prawomocne orzeczenia skazujące, a także że przepisy tego rozdziału wiążą także Prezydenta (art. 567 § 2 k.p.k.). „Zwolnienie” Prezydenta z obowiązku przestrzegania przepisów ustawy, mogłoby nastąpić jedynie w drodze uznania przez Trybunał Konstytucyjny niekonstytucyjności przepisów jako naruszających nieograniczone kompetencje głowy państwa, co jednak byłoby poważnym błędem.



WNIOSKI

Przedstawione przez SN argumenty potwierdzają słuszność pierwszej z tez przedstawionych w głosowanej uchwale. W sposób spójny i logiczny prowadzą także do drugiej z przedstawionych tez, dotyczącej procesowych skutków zastosowania prawa łaski przed uprawomocnieniem się wyroku skazującego. Sąd Najwyższy stwierdził, że czynność ta jest bez-

23 J. Kluza Postępowanie ułaskawieniowe, s. 114–117.

24 K. Kozłowski [w:] L. Bosek (red.), M. Safjan (red.) Konstytucja RP. Tom II. Komentarz. Art. 87–243, Warszawa 2016, s. 682.



skuteczna i nie wpływa w żaden sposób na tok postępowania w sprawie. W stanie faktycznym leżącym u podstaw głosowanej uchwały oznacza to konieczność rozpoznania złożonych apelacji i brak możliwości umorzenia postępowania na zasadzie art. 17 § 1 pkt. 11 k.p.k. z powodu innej okoliczności wyłączonej ściągnięcia. Powoduje to, że w przypadku utrzymania w mocy zaskarżonego wyroku sądu I instancji lub wyrokowania merytorycznego przez sąd ad quem, wyrok otrzymuje przymiot prawomocności i podlega wykonaniu, zaś wcześniej zastosowany akt łąski traktowany jest jako nie były, albowiem brak było zdadnego do utaskawienia przedmiotu. Nie jest do przyjęcia także pogląd, według którego zastosowany na wcześniejszym etapie akt łąski „aktualizuje się” w momencie uprawomocnienia objętego nim wyroku²⁵. Treść tego rozstrzygnięcia jest także zgodna z doktryną procesu karnego, której pojęcie bezskuteczności nie jest obce²⁶ i nie może być pojmowane jako „bezskuteczność zawieszona”, która odsuwałaby skutki procesowe czynności w czasie. W stanie faktycznym, który ocenia SN, oznacza to, że dalsze postępowanie w sprawie jest dopuszczalne, a złożone środki zaskarżenia (apelacja, a następnie kasacja) powinny zostać rozpoznane, Prezydent z kolei, może ponowić akt łąski dopiero po uprawomocnieniu się wyroku. Sąd odwoławczy w tym miejscu wykazał się niekonsekwencją, umarżając postępowanie odwoławcze z powodu art. 17 § 1 pkt. 11 k.p.k., a jednocześnie przyjął złożoną przez oskarżycieli posiłkowych kasację, podczas gdy konsekwencją wydanego przezeń wyroku powinna być odmowa jej przyjęcia (art. 530 § 2 w zw. z art. 429 § 1 k.p.k.). Do procesowych skutków zastosowania łąski przed uprawomocnieniem się wyroku SN odnosi się także we wcześniejszym fragmencie co do dopuszczalności kasacji w tej sprawie ze względu na treść art. 529 k.p.k., który stanowi, że wniesieniu i rozpoznaniu kasacji na korzyść oskarżonego nie stoi na przeszkodzie m.in. akt łąski, z czego a contrario wynika niedopuszczalność wniesienia kasacji na niekorzyść oskarżonego w przypadkach wymienionych w przepisie. Sąd Najwyższy słusznie jednak podnosi²⁷, że przepis ten należy odczytywać jako zakaz wnoszenia kasacji tych przypadkach na innej podstawie niż wymieniona w art. 529 k.p.k. Odmienny bowiem pogląd prowadziłby do sytuacji, w której strona postępowania pozbawiona zostaje prawa do kontroli błąd-

25 A. Duda, A. Wąglorz Zakres przedmiotowy prawa łąski, s. 11.

26 Zob.: P. Hofmański, S. Waltoś Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2016, s. 52–53.

27 Uzasadnienie uchwały I KZP 4/17, s. 9.

nego zastosowania okoliczności wymienionych w tym przepisie, z czym w rzeczy samej mamy do czynienia w analizowanej sytuacji.

Uchwałę Sądu Najwyższego ocenić należy zatem pozytywnie. SN dokonał dogłębnej analizy całokształtu okoliczności związanych z zastosowaniem prawa łaski na etapie międzyinstancyjnym. Z przedstawionej argumentacji wynika jednoznacznie, że określone w art. 139 Konstytucji prawo łaski nie jest nieograniczoną prerogatywą Prezydenta RP, a jego granice wyznacza sama ustawa zasadnicza, której odpowiednie przepisy kodeksu postępowania karnego stanowią jedynie rozwinięcie. Tym bardziej zatem budzi zdziwienie późniejsza decyzja Sądu Najwyższego, który 1 sierpnia 2017 r. postanowił zawiesić²⁸ postępowanie kasacyjne w sprawie ze skargi oskarżycieli posiłkowych, ze względu na wszczęcie postępowania w sprawie sporu kompetencyjnego pomiędzy Prezydentem RP a Sądem Najwyższym przed Trybunałem Konstytucyjnym, powołując się przy tym na art. 86 ustawy o TK²⁹. W kwestii kognicji SN do rozpatrzenia prawidłowości zastosowania prawa łaski, SN wypowiedział się bowiem w uzasadnieniu uchwały³⁰, wobec czego zawieszenie postępowania w tej sprawie było zbędne. Abstrahując od zasadności złożonego wniosku do TK przez Marszałka Sejmu i ewentualnego sporu kompetencyjnego, stwierdzić można, że przedłużające się postępowanie przed TK³¹ w tej sprawie ma na celu zniwelowanie skutków głosowanej uchwały poprzez uniemożliwienie merytorycznego rozstrzygnięcia w tej sprawie.



STRESZCZENIE

Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale dokonał prawidłowej wykładni zakresu przedmiotowego określonego w art. 139 Konstytucji prawa łaski. Konieczność kompleksowej wykładni przepisów Konstytucji oraz podstawowe zasady demokratycznego państwa prawa nie pozwalają na przy-

28 Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 sierpnia 2017 r., II KK 313/16.

29 Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, Dz.U. 2016 poz. 2072.

30 Uzasadnienie uchwały I KZP 4/17, s. 10-14.

31 Mimo wpływu wniosku Marszałka Sejmu w dniu 8 czerwca 2017 r. w sprawie nie został nawet wyznaczony termin rozprawy, zob.: <http://trybunal.gov.pl/s/kpt-117/>, 10.11.2017 r.



jęcie wykładni, która legitymizowałaby działanie Prezydenta w związku z zastosowaniem prawa łaski przed uprawomocnieniem się wyroku. Skutkiem takiego aktu jest jego bezskuteczność.



SUMMARY

The Supreme Court has correctly interpreted the scope of law of grace, which is concluded in art. 139 Constitution. The comprehensive interpretation of Constitution and basic principles of democratic rule of law do not allow to legitimate President's acts. This leads to his ineffectiveness.

Cywilne



**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



Uchylenie zagranicznego orzeczenia arbitrażowego

• • •
*jako podstawa odmowy
stwierdzenia jego wykonalności -
polska regulacja na tle praktyki
międzynarodowej*

apl. adw. Marcin Kryszko

Izba Adwokacka we Wrocławiu



Postępująca globalizacja wymiany handlowej wpłynęła na rozwój i upowszechnienie się arbitrażu międzynarodowego, który z roku na rok zyskuje coraz więcej zwolenników wśród przedsiębiorców uczestniczących w transakcjach międzynarodowych.¹ Taki trend sprawia, że często strona wygrana rozstrzygniętego postępowania arbitrażowego przeprowadzonego w jednym państwie stara się wyegzekwować korzystne rozstrzygnięcie w innym, a więc podlegającym odrębnej jurysdykcji. Powodzenie egzekucji orzeczenia arbitrażowego poza państwem miejsca jego wydania niejednokrotnie w dalszym ciągu zależy od wyniku ewentualnych postępowań postarbitrażowych toczących się tym państwem, a przede wszystkim od uchylenia orzeczenia arbitrażowego.



WSTĘP

Popularność arbitrażu ma swoje źródło w jego niekwestionowanych zaletach jak poufność, szybkość postępowania oraz fachowość. Tym nie-

¹ B. Biała [w:] J. Olszewski, B. Fuchs (red.), Arbitraż. Między teorią a praktyką, Rzeszów 2014, s. 64.



mniej, jak wskazują badania, strony wybierają arbitraż przede wszystkim ze względu na (1) skuteczność wykonania orzeczenia za granicą w związku z faktem, że aż 156 krajów jest stronami Konwencji nowojorskiej² oraz (2) neutralność organu orzekającego, który funkcjonuje w oderwaniu od systemu sądownictwa państw będących stronami sporu.³ Powyższe wyniki nie powinny wzbudzać zdziwienia w szczególności w odniesieniu do doniosłości, jaką strony przypisują prawdopodobieństwu wykonania orzeczenia sądu polubownego. Wszak jedynie wyrok możliwy do wykonania w państwie, gdzie znajdują się składniki majątkowe dłużnika jest wartościowy dla strony wygranej. Wszystko to sprawia, że zagadnienie wykonalności oraz podstaw dla odmowy stwierdzenia wykonalności wyroku sądu polubownego jest dla współczesnego arbitrażu międzynarodowego kwestią kluczową.

Poruszając zagadnienie wykonalności wyroków sądów arbitrażowych nie sposób pominąć jednego z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień współczesnego arbitrażu międzynarodowego, jakim jest wykonywanie lub odmowa wykonania orzeczenia arbitrażowego, uchylonego przez sąd innego państwa (*set-aside judgements, vacated judgements*). Rozwiązania prawne i praktyka sądów poszczególnych państw są w tym zakresie rozmaite, co sprawia, że do dzisiaj na arenie międzynarodowej nie ukształtowało się jednolite stanowisko udzielające odpowiedzi na pytanie, czy co do zasady należy stwierdzać wykonalność lub odmawiać wykonania wyroków uchylonych przez zagraniczny sąd. Nie ustalano także uniwersalnych kryteriów, które uzasadniałyby wydanie przez sąd delibacyjny⁴ orzeczenia odbiegającego od takiej reguły. Powyższe oczywiście nie oznacza, że we współczesnej doktrynie prawa międzynarodowego nie brakuje koncepcji mających stanowić rozwiązanie problemu wykonalności uchylonych orzeczeń sądów arbitrażowych, tym niemniej poszczególne państwa podchodzą do przedmiotowej kwestii w sposób niekiedy zasadniczo odmienny. Właśnie rozwiązanie przyjął także polski ustawodawca, które, jak autor niniejszej publikacji będzie starał się wykazać, jest nietrafione.

² Konwencja o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzona w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r. (Dz.U. 1962 nr 9 poz. 41), dalej: Konwencja lub Konwencja nowojorska.

³ M.L. Moses, *International Commercial Arbitration*, Cambridge 2017, s. 3.

⁴ tj. sąd orzekający w przedmiocie uznania orzeczenia sądu zagranicznego, stwierdzenia wykonalności orzeczenia sądu zagranicznego lub ugody zawartej przed takim sądem.

Aby w pełni zrozumieć polską regulację w pierwszej kolejności należy jednak sięgnąć do kluczowych przepisów międzynarodowych, *nota bene* stanowiących część polskiego porządku prawnego, oraz przyjrzeć się międzynarodowej praktyce i doktrynie.



PERSPEKTYWA MIĘDZYNARODOWA

Opracowana przez Radę Gospodarczą i Społeczną Organizacji Narodów Zjednoczonych, a następnie przedstawiona na Konferencji Narodów Zjednoczonych o Międzynarodowym Arbitrażu Handlowym Konwencja nowojorska jest aktem o obowiązującym niemal na całym świecie, którego stroną jest obecnie 157 państw⁵, w tym Polska. Konwencja znacząco uprościła uznawanie i wykonywanie orzeczeń arbitrażowych w stosunku do obowiązujących wcześniej protokołu genewskiego⁶ i konwencji genewskiej⁷ przede wszystkim poprzez zniesienie istniejącej wcześniej praktyki podwójnego *exequatur*⁸. Słusznie uznaje się ją za najbardziej udany traktat wielostronny regulujący niniejszą materię, natomiast przepisem o charakterze podstawowym, zobowiązującym państwa-strony Konwencji do uznawania i wykonywania orzeczeń arbitrażowych jest artykuł III.⁹ W celu zwiększenia skuteczności wykonywania orzeczeń arbitrażowych, Konwencja nowojorska wprowadziła ograniczony katalog podstaw dla odmowy stwierdzenia ich wykonalności, który podlega ścisłej interpretacji. Przedmiotowy katalog uznaje się za mający charakter wyczerpujący, co oznacza, że tylko na ich podstawie sąd danego państwa może odmówić wykonania orzeczenia zagranicznego sądu polubownego.¹⁰ Pięć ze wspomnianych przesłanek znajduje się w art. V ust. 1 Konwencji nowojorskiej, natomiast dwie dodatkowe przesłanki, które sąd delibacyjny uwzględni z urzędu umieszczono w art. V ust. 2.

⁵ Informacja dostępna na stronie internetowej: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

⁶ Protokół o klauzulach arbitrażowych, podpisany w Genewie w dniu 24.09.1923 r. (Dz. U.1931.84.648.10).

⁷ Konwencja o wykonywaniu zagranicznych wyroków arbitrażowych, podpisana w Genewie w dniu 26.09.1927r., akt niepublikowany, bowiem Polska do konwencji nie przystąpiła.

⁸ tj. uznanie lub stwierdzenie wykonalności orzeczenia.

⁹ B. Biała, Arbitraż..., s. 66.

¹⁰ M.L. Moses, International..., s. 231.



Zgodnie z art. V ust. 1 pkt. 5 Konwencji nowojorskiej, podstawą odmowy uznania i wykonania orzeczenia jest sytuacja, gdy „*orzeczenie nie stało się jeszcze dla stron wiążące, albo właściwa władza kraju, w którym lub według prawa którego orzeczenie zostało wydane, uchyliła je lub wstrzymała jego wykonalność*”. Przedmiotową przesłankę sąd uwzględnia jedynie na wniosek strony przeciwko której toczy się postępowanie i to na niej spoczywa ciężar dowodzenia wystąpienia niniejszych okoliczności.

Charakter prawny powyższego przepisu oraz jego interpretacja jest punktem wyjścia dla zrozumienia zagadnienia wykonywania i odmowy stwierdzenia wykonalności orzeczenia arbitrażowego, gdy zostało ono uchylone w państwie jego wydania. Należy postawić więc pytanie, czy wystąpienie przesłanek z art. V Konwencji obligatoryjnie skutkuje odmową stwierdzenia wykonalności orzeczenia, czy ma wyłącznie charakter fakultatywny, który niekoniecznie musi sąd do odmowy stwierdzenia wykonalności.

Jeden z dominujących poglądów w przedmiotowej sprawie opiera się na wykładni językowej angielskiej wersji Konwencji, z której wynika, że sąd delibacyjny jedynie może odmówić stwierdzenia wykonalności orzeczenia, lecz nie jest do tego zobligowany.¹¹ W angielskiej wersji art. V użyto słowa „*may*” sugerującego dowolność, a nie np. kategorię „*must*”, czy „*shall*”. Na marginesie należy wskazać, że analogicznie sformułowano brzmienie art. V w rosyjskiej, hiszpańskiej i chińskiej wersji językowej. Z kolei francuska wersja językowa została zredagowana w sposób niepozostawiający sędziemu żadnej swobody w ocenie dopuszczalności wykonania uchylonego orzeczenia.¹²

W literaturze¹³ przedmiotu funkcjonuje także inny pogląd wskazujący, że wyrażona w art. V Konwencji swoboda w stosowaniu przesłanek nie odnosi się do sądów orzekających o wykonalności orzeczeń arbitrażowych, lecz do państw-stron Konwencji. Według niniejszego poglądu państwa-strony Konwencji nowojorskiej mogą samodzielnie uregulować zakres

¹¹ M. Zachariasiewicz [w:], B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz (red.), Polish arbitration law, Wrocław 2014, s. 554–555.

¹² J. Zrałek, Znaczenie miejsca arbitrażu w erze globalizacji postępowania arbitrażowego, Warszawa 2017, s. 167.

¹³ M. Zachariasiewicz, Polish..., s. 556.

przesłanek dla odmowy stwierdzenia wykonalności orzeczenia, który nie może być jednak szerszy niż zostało to określone w art. V Konwencji. Pomimo, iż katalog zawarty w art. V Konwencji ma charakter zamknięty, to stanowi on zarazem maksymalny zakres podstaw uzasadniających odmowę stwierdzenia wykonywania zagranicznych orzeczeń arbitrażowych. Podkreśla się, że z uwagi na treść art. VII ust. 1 Konwencji oraz sam cel Konwencji (usprawnienie uznawania i wykonywania zagranicznych wyroków sądów polubownych) państwom nie ograniczono natomiast możliwości wprowadzenia w porządkach krajowych rozwiązań sprzyjających stwierdzeniu wykonalności zagranicznych orzeczeń arbitrażowych.

Praktyka orzecznicza państw będących stronami Konwencji nowojorskiej w kwestii okoliczności uchylenia wyroku arbitrażowego, jako przesłanki dla odmowy jego wykonania jest bardzo różnorodna. Niekwestionowanym liderem w uznawaniu orzeczeń arbitrażowych uchylonych w państwie siedziby arbitrażu jest Francja. Należy jednak podkreślić, że francuskie sądy wykonują uchylone orzeczenia arbitrażowe niejako poza systemem Konwencji nowojorskiej, opierając swoje rozstrzygnięcie na postanowieniach francuskiej procedury cywilnej. Zgodnie z francuską linią orzeczniczą, dyspozycja art. VII ust. 1 Konwencji stanowi dla sądów podstawę stosowania przepisów prawa danego państwa, które sprzyjają wykonywaniu orzeczeń sądów polubownych w większym stopniu niż Konwencji.¹⁴ W przełomowym orzeczeniu w tzw. sprawie Hilmarton¹⁵, francuskie sądy ostatecznie przesądziły, że odmowa stwierdzenia wykonalności zagranicznego wyroku arbitrażowego jest dopuszczalna we Francji wyłącznie w oparciu o przesłanki wymienione w art. 1502 francuskiej procedury cywilnej.¹⁶ Przepis ten nie przewidywał uchylenia wyroku arbitrażowego jako podstawy odmowy jego wykonalności. W sprawie *Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Emirat de Dubaj v Société Internationale Bechtel Co.*¹⁷ francuskie sądownictwo poszło o krok dalej wykluczając w ogóle

¹⁴ ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Conventions, s. 126, publikacja dostępna na stronie internetowej: http://www.arbitration-icca.org/media/1/13890217974630/judges_guide_english_composite_final_jan2014.pdf

¹⁵ Société Hilmarton Ltd v Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV), sprawa tocząca się przed francuskim Sądem Kasacyjnym pod sygnaturą akt: 92-15.137.

¹⁶ J. Zralek, Znaczenie..., s. 165.

¹⁷ Sprawa tocząca się przed Sądem Apelacyjnym dla miasta Paryża, Francja pod sygnaturą akt: 2004/07635.



możliwość uznania zagranicznych orzeczeń uchylających wyroki arbitrażowe. Stwierdzono bowiem, że mają one jedynie terytorialny, lokalny charakter. Powyższe wskazuje, że we Francji ugruntowało się stanowisko, zgodnie z którym uchylene wyroku arbitrażowego w innym państwie nie stanowią samodzielnej podstawy odmowy jego wykonania.¹⁸ Także w Austrii sporadycznie zdarzało się, że wyroki uchylane w państwie ich wydania były uznawane lub stwierdzano ich wykonalność.¹⁹ Z drugiej strony, w państwach takich jak Niemcy czy Anglia strona dochodząca wykonania wyroku uchylonego w innym państwie będzie miała znacznie trudniejsze zadanie, gdyż w państwach tych sądy, co do zasady odmawiają stwierdzenia wykonalności uchylonych, zagranicznych orzeczeń arbitrażowych.²⁰

Krajem, gdzie praktyka orzecznicza w odniesieniu do wykonywania uchylonych orzeczeń arbitrażowych jest znacznie bardziej skomplikowana, a w zasadzie można stwierdzić, że po dziś dzień nie ukształtowało się tam jednolite orzecznictwo, są Stany Zjednoczone.²¹ W jednej z najgłośniejszych spraw *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*²², Sąd Okręgowy dystryktu Kolumbii stwierdził wykonalność uchylonego w Egipcie wyroku arbitrażowego podnosząc, że art. V Konwencji przyznaje sądowi delibacyjnemu możliwość odmowy stwierdzenia wykonalności uchylonego orzeczenia, lecz nie kreuje takiego obowiązku. W uzasadnieniu powołano się na wspomniane już literalne brzmienie art. V w angielskiej wersji językowej. Ponadto, amerykański sąd wskazał, że art. VII ust. 1 Konwencji pozwala na stosowanie wewnętrznego prawa amerykańskiego. Na postawie tego prawa wykonanie wyroku jest możliwe wyłącznie w przypadku jawnego pominięcia przez arbitrów prawa właściwego (*„manifest disregard of the law”*), co nie miało miejsca we wskazanej sprawie.²³ W późniejszych orzeczeniach sądownictwo amerykańskie zajęło bardziej konserwatywne stanowisko nie dopuszczając do wykonywania orzeczeń

¹⁸ J. Zrałek, *Znaczenie...*, s. 166.

¹⁹ M. Zachariasiewicz, *Polish...*, s. 557.

²⁰ M.L. Moses, *International...*, s. 240–241.

²¹ S. Balthasar, *International Commercial Arbitration. International Conventions, Country Reports and Comparative Analysis*, Monachium 2016, s. 137.

²² Sprawa tocząca się przed Sądem Okręgowym dystryktu Kolumbii, USA pod sygnaturą akt: 94–2339.

²³ J. Zrałek, *Znaczenie...*, s. 167.

arbitrażowych uchylonych w kraju miejsca arbitrażu.²⁴ Tym niemniej, sprawa *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral v. Pemex-Exploración Y Producción*²⁵, w której Sąd Apelacyjny Stanów Zjednoczonych dla Drugiego Okręgu stwierdził wykonalność uchylonego w Meksyku orzeczenia arbitrażowego z uwagi na zaistnienie szczególnych okoliczności („*extraordinary circumstances*”) dobitnie pokazuje, że analizowane zagadnienie nie zostało ostatecznie rozstrzygnięte przez amerykańską judykaturę.

Powyższe rozbieżności skutkują wysuwaniem postulatów, których realizacja pozwalałaby ujednoclić reguły dotyczące wykonalności orzeczeń arbitrażowych uchylonych w innym państwie. Jednym z nich jest koncepcja delokalizacji wyroku arbitrażowego, u źródeł której leży założenie, że system prawny miejsca wykonania wyroku arbitrażowego jest jedynym, który może sprawować realną kontrolę nad orzeczeniem arbitrażowym. O ile strony mają obecnie możliwość ominięcia narzucanych im ograniczeń w państwach miejsca arbitrażu, o tyle nie ma ucieczki przed weryfikacją wyroku w państwie, gdzie wyrok ma być wykonany. Powyższe prowadzi do wniosku, że wyroki arbitrażowe powinny być wykonywane w całkowitym oderwaniu od orzeczeń dotyczących tych wyroków a zapadłych w innych państwach.²⁶ Nie sposób nie dostrzec, że koncepcja ta jest zbieżna ze stanowiskiem francuskich sądów. Na drugim biegunie funkcjonuje tradycyjne stanowisko propagowane przez Alberta Jana van den Berga zgodnie, z którym uchylenie wyroku powinno zawsze i bez wyjątku skutkować uniemożliwieniem jego wykonania innym państwie.²⁷ W literaturze przedmiotu nie brakuje także rozwiązań kompromisowych jak np. proponowany przez Jana Paulssona podział podstaw uchylenia wyroku arbitrażowego na mające doniosłość międzynarodową („*internationally accepted standards*”) i o wyłącznie znaczeniu lokalnym („*local standards*”). Wyrok arbitrażowy uchylony wyłącznie z uwagi na zaistnienie przesłanki mającej doniosłość międzynarodową miałby skutkować odmową stwierdzenia jego wykonalności w innym państwie, podczas gdy uchylenie orzeczenia arbitrażowego z powodu przesłanki o znaczeniu lo-

²⁴ M. Zachariasiewicz, Polish..., s. 557.

²⁵ Sprawa tocząca się przed Sądem Apelacyjnym Stanów Zjednoczonych dla Drugiego Okręgu pod sygnaturą akt: 13-4022.

²⁶ J. Zralek, Znaczenie..., s. 157.

²⁷ A. J. van den Berg, Should the Setting Aside of the Arbitral Award be Abolished?, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 29, Issue 2, Oxford 2014, s. 263–288.



kalnym nie miałyby stanowić przeszkody dla jego wykonania.²⁸ Pomimo mnogości proponowanych rozwiązań analizowanego problemu skonstatować należy, że kwestia wykonalności orzeczeń arbitrażowych uchylonych w państwie arbitrażu po dziś dzień nie znalazła uniwersalnego, powszechnie akceptowanego na poziomie międzynarodowym rozwiązania i pozostaje jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień współczesnego arbitrażu międzynarodowego.



POLSKA REGULACJA

Przepisy dotyczące uznawania i wykonywania w Polsce zagranicznych orzeczeń arbitrażowych znajdują się w części V tytule VIII KPC. Zgodnie z treścią art. 1215 § 2 pkt. 5 Kodeksu postępowania cywilnego²⁹, w Polsce odmawia się uznania i wykonania orzeczeń arbitrażowych uchylonych przez sąd państwa, w którym lub według prawa którego wyrok ten został wydany. Zawarta w powyższym przepisie reguła została sformułowana w sposób obligatoryjny, co oznacza, że w razie uchylecia wyroku arbitrażowego w państwie siedziby lub prawa arbitrażu i zgłoszenia przez stronę wniosku w tym zakresie, polski sąd musi odmówić wykonania orzeczenia arbitrażowego. Nietrudno dostrzec, że przesłanka określona w art. 1215 § 2 pkt. 5 KPC nawiązuje do przesłanki z art. V ust. 1 pkt. 5 obowiązującej Polskę Konwencji nowojorskiej. Tym niemniej, za co najmniej dyskusyjny można uznać pogląd, że jest ona odzwierciedleniem przywołanego przepisu Konwencji.³⁰

Zgodnie z art. XVI Konwencji autentycznymi wersjami językowymi Konwencji o równej mocy prawnej są teksty angielski, chiński, francuski, hiszpański i rosyjski. Chińska, rosyjska, hiszpańska, a w szczególności angielska wersja językowa art. V ust. 1 wskazują na fakultatywność, a nie obligatoryjność odmowy uznania lub wykonania orzeczenia w razie spełnienia się określonych w tym przepisie przesłanek. Fakultatywny charakter prawny art. V ust. 1 potwierdza

²⁸ S. Balthasar, *International...*, s. 136.

²⁹ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296), dalej: KPC.

³⁰ B. Biła, *Arbitraż...*, s. 72.

także praktyka większości państw.³¹ W świetle powyższego, twierdzenie, iż art. 1215 § 2 pkt. 5 KPC jest odzwierciedleniem art. V ust. 1 pkt. 5 Konwencji należy uznać za błędne, z uwagi na różnicę między obligatoryjnym charakterem przesłanki ustawowej i fakultatywnym charakterem przesłanki ujętej w Konwencji. Trzeba jednak zauważyć, że w Polsce przyczyną dla błędnej interpretacji charakteru prawnego przesłanek z art. V ust. 1 Konwencji może być polska wersja językowa tego przepisu, wskazująca, że w razie zaistnienia wymienionych w nim przesłanek „*nastąpi odmowa uznania i wykonania orzeczenia*”. Zgodnie jednak z dominującym poglądem doktryny, polskie tłumaczenie art. V Konwencji nie oddaje fakultatywnego charakteru odmowy uznania lub wykonania, jak ma to miejsce np. w wersji angielskiej. Polskie tłumaczenie należy zatem uznać za wadliwe. Niezależnie jednak od oceny charakteru prawnego art. V ust. 1 Konwencji oraz dyskusyjnego w polskiej doktrynie zagadnienia, czy art. V ust. 1 lit. e) ma pierwszeństwo stosowania przed art. 1215 § 2 pkt. 5 KPC³², wskazać należy, że poza sporem pozostaje okoliczność, iż Konwencja nie zabrania wykonywania orzeczeń arbitrażowych uchylonych w innym państwie, jeżeli zezwala na to prawo i umowy międzynarodowe, obowiązujące w kraju, w którym dochodzi się praw z tego orzeczenia, co wynika wprost z art. VII Konwencji. Jest zatem prawnie uzasadnione, aby sądy państwa będącego stroną Konwencji wykonywały uchylone, zagraniczne orzeczenia arbitrażowe jeżeli mają dla takich działań odpowiednią podstawę w przepisach krajowych lub wiążącej to państwo umowie międzynarodowej.

Jako przykład takiej umowy można wskazać Konwencję europejską o międzynarodowym arbitrażu handlowym, sporządzona w Genewie dnia 21 kwietnia 1961 r.³³, której również Polska jest stroną. Z uwagi na okoliczność, że Konwencja europejska ustanawia łagodniejszy reżim prawny pozwalający na wykonywanie zagranicznych orzeczeń arbitrażowych w zakresie szerszym niż ma to miejsce na podstawie Konwencji nowojorskiej,

³¹ B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz, M. Zachariasiewicz (red.), *Biała Księga. Propozycje zmian legislacyjnych mających na celu ulepszenie ram prawnych sądownictwa polubownego w Polsce*, Warszawa–Katowice–Kraków–Wrocław–Poznań 2014, s. 68.

³² B. Gessel-Kalinowska, M. Zachariasiewicz, *Biała...*, s. 68.

³³ Konwencja europejska o międzynarodowym arbitrażu handlowym, sporządzona w Genewie dnia 21 kwietnia 1961 r., (Dz.U. 1964 nr 40 poz. 270), dalej: Konwencja europejska.



jej postanowienia przeważają.³⁴ W art. IX Konwencja europejska ustanawia regułę zgodnie, z którą uchylenie orzeczenia arbitrażowego w państwie, w którym lub według prawa którego orzeczenie zostało wydane, jest przeszkodą dla wykonania tego orzeczenia w innym państwie-stronie Konwencji europejskiej tylko jeżeli uchylenie nastąpiło na podstawie jednego z enumeratywnie wymienionych w tym przepisie powodów. Zgodnie z powyższą zasadą, jeżeli uchylenie orzeczenia arbitrażowego nastąpiło w państwie wydania orzeczenia w wyniku braku zdatności arbitrażowej zgodnie z prawem tego państwa lub z uwagi na sprzeczność z porządkiem publicznym tego państwa, to nie ma przeszkody dla stwierdzenia wykonalności orzeczenia w innym państwie będącym stroną Konwencji europejskiej. W doktrynie słusznie zauważa się zatem, że art. IX Konwencji europejskiej ogranicza stosowanie zarówno art. V ust. 1 pkt. e) Konwencji nowojorskiej, jak i art. 1215 § 2 pkt. 5 KPC.³⁵

Reasumując powyższe rozważania należy wyprowadzić następujące wnioski. Po pierwsze, pomimo fakultatywnego charakteru przesłanki z art. V ust. 1 pkt. e) Konwencji polski ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie reguły stanowiącej jednoznacznie, że uchylone zagraniczne orzeczenia arbitrażowe nie mogą być w Polsce wykonywane. Co prawda, podpierając się poglądem doktryny, że adresatami fakultatywności wyrażonej w art. V Konwencji nie są sądy, lecz państwa-strony, powyższe rozwiązanie jest dopuszczalne, tym niemniej w sposób nieuzasadniony z góry ogranicza możliwość kontroli przez polskie sądy zagranicznych orzeczeń uchylających orzeczenia arbitrażowe i nie pozostawia im innego wyjścia, jak odmówić stwierdzenia wykonalności. Dzieje się tak nawet w sytuacji, gdy uchylenie nastąpiło w kraju siedziby arbitrażu z przyczyny „egzotycznych”, nie kolidujących w żaden sposób z polskim porządkiem publicznym i na podstawie polskiego porządku prawnego nie stanowiących słusznych przesłanek uchylenia takiego orzeczenia.³⁶ Polski sąd nie będzie mógł stwierdzić wykonalności uchylonego orzeczenia arbitrażowego także w sytuacji, gdy uchylenie za granicą nastąpiło w toku postępowania, w którym w oczywisty sposób naruszono zasadę sprawiedliwego procesu. Po drugie, biorąc pod uwagę zaciągnięte przez Polskę zobowiązania

³⁴ M. Zachariasiewicz, Polish..., s. 558.

³⁵ *Ibidem*, s. 559.

³⁶

międzynarodowe, a w szczególności uwzględniając postanowienia Konwencji nowojorskiej, obecnie nie ma przeszkód dla wprowadzenia na poziomie ustawodawstwa krajowego rozwiązania pozwalającego na stwierdzenie wykonalności zagranicznych orzeczeń arbitrażowych uchylonych w innych państwach, a co najmniej ograniczenia przypadków, w których uchylone, zagraniczne orzeczenie arbitrażowe nie może być wykonywane. Po trzecie, pomimo jednoznacznego, obligatoryjnego brzmienia art. 1215 § 2 pkt. 5 KPC w obecnym stanie prawnym, w przypadkach, w których zastosowanie znajduje Konwencja europejska istnieje możliwość stwierdzenia przez polski sąd wykonalności orzeczenia arbitrażowego uchylonego w państwie siedziby arbitrażu, co wynika wprost z treści art. IX Konwencji europejskiej i obowiązujące w Polsce hierarchii źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Powyższe rozwiązanie prowadzi do kuriozalnej sytuacji, w której orzeczenia arbitrażowe uchylone w państwach-stronach Konwencji europejskiej tj. wywodzących się z europejskiego kręgu kulturowego³⁷, mogą być jednak w Polsce wykonywane, podczas gdy uchylenie orzeczenia arbitrażowego w państwach, których porządku prawne mogą zasadniczo różnić się od polskiego (w szczególności w kwestii definiowania porządku publicznego), zawsze powoduje odmowę stwierdzenia wykonalności takiego orzeczenia w Polsce. W świetle powyższego, regulację przyjętą w art. 1215 § 2 pkt. 5 KPC należy uznać za chybioną.



ZAKOŃCZENIE

Na tle praktyki orzeczniczej sądów państw będących stronami Konwencji nowojorskiej oraz przyjętych w tych państwach rozwiązań prawnych podejście polskiego ustawodawcy do kwestii odmowy stwierdzenia wykonalności zagranicznych orzeczeń arbitrażowych uchylonych w państwie ich wydania należy uznać za zbyt radykalne w porównaniu do rozwiązań funkcjonujących w innych państwach wskazanych w niniejszy artykule. Polskie sądy, poza wyjątkiem gdy zastosowanie znajduje art. IX Konwencji europejskiej bezzasadnie pozbawione zostały możliwości stwierdzania wykonalności uchylonych, zagranicznych orzeczeń arbitrażowych,

³⁷ Pełna lista państw będących stronami Konwencji europejskiej jest dostępna na stronie internetowej: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx? src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=en#2](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=en#2)



a tym samym sprawowania kontroli nad zasadnością tych uchyleń. Kontrola taka nabiera natomiast szczególnego znaczenia, gdy do uchylenia dochodzi z przyczyn, które Jan Paulusson klasyfikuje jako podstawy wyłączenie o znaczeniu lokalnym lub, gdy w toku postępowania w przedmiocie uchylenia orzeczenia arbitrażowego dochodzi do naruszenia zasady sprawiedliwego procesu.

W świetle powyższego należy zgodzić się z postulatem Macieja Zachariasiewicza, że art. 1215 § 2 pkt. 5 KPC powinien zostać albo uchylony, albo zmieniony.³⁸ Jednym z możliwych rozwiązań jest takie zredagowanie art. 1215 § 2 pkt. 5 KPC, aby odzwierciedlał on standard przyjęty w art. IX Konwencji europejskiej, co we wszystkich przypadkach pozwałoby na stwierdzenie wykonalności zagranicznych orzeczeń arbitrażowych uchylonych w państwie ich wydania z przyczyn innych niż nieważność umowy o arbitraż, naruszenie zasady sprawiedliwego procesu, przekroczenie zakresu umowy o arbitraż przy wydawaniu orzeczenia arbitrażowego, naruszenie w przedmiocie składu zespołu arbitrażowego lub procedury arbitrażowej. Z kolei, w przypadku uchylecia art. 1215 § 2 pkt. 5 KPC polskie sądy mogłyby, opierając się bezpośrednio na fakultatywnym charakterze przesłanki określonej w art. V ust. 5 pkt. e) Konwencji, każdorazowo indywidualnie oceniać okoliczności sprawy i odmawiać lub stwierdzać wykonalność zagranicznych orzeczeń arbitrażowych uchylonych w państwie ich wydania. Niezależnie od powyższych uwag de lege ferenda, zgodnie z pojawiającym się w doktrynie postulatem³⁹ należałoby także dokonać w trybie obwieszczenia ministra sprostowania art. V ust. 1 Konwencji, tak aby polska wersja językowa tego przepisu odzwierciedlała fakultatywny charakter odmowy uznania lub wykonania orzeczenia arbitrażowego i była zgodna z wersją angielską, czyli z wersją autentyczną.



ABSTRAKT

Artykuł V ust. 1 pkt e) Konwencji o uznawaniu i wykonywaniu zagranicznych orzeczeń arbitrażowych, sporządzonej w Nowym Jorku dnia 10 czerwca 1958 r. ustanawia podstawę dla odmowy wykonania zagranicznego orzeczenia arbitrażowego w przypadku uchylecia tego orzecze-

³⁸ M. Zachariasiewicz, Polish..., s. 622.

³⁹ B. Gessel-Kalinowska, M. Zachariasiewicz, Biała..., s. 56-57.

nia przez właściwą władzę w kraju, w którym lub według prawa którego orzeczenie zostało wydane. Pomimo istnienia wspomnianego przepisu, praktyka sądowa i przepisy prawne państw w odniesieniu do wykonywania zagranicznych orzeczeń arbitrażowych uchylonych w państwie ich wydania są niejednolite. Celem artykułu jest konfrontacja polskiej regulacji w przedmiocie odmowy stwierdzenia wykonalności uchylonych, zagranicznych orzeczeń arbitrażowych z dorobkiem orzecznictwem innych państw, koncepcjami współczesnej doktryny oraz poglądami na wykładnię art. V ust. 1 pkt. e) Konwencji nowojorskiej.



SUMMARY

Article V (I) (e) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done in New York, 10 June 1958, lays down ground for refusal of enforcement of a foreign arbitral award in the event that it has been set aside by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made. Despite the existence of the abovementioned provision, judicial practice and the laws across countries related to the enforcement of vacated foreign arbitral awards are not uniform. The aim of this article is to confront Polish regulation on the refusal of enforcement of set-aside foreign arbitral awards with the case law of other countries, concepts of contemporary doctrine and views on the interpretation of Article V (I) (e) of the New York Convention.

A dministracyjne



**MŁODA
PALESTRA**

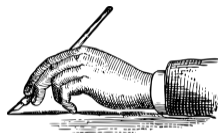
CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



Prawnopodatkowy
**status spółki
komandytowo - akcyjnej**

• • •
W ORZECZNICTWIE
• • •

apl. radc. Iwona Skowronek



OIRP w Opolu, Doktorantka w Zakładzie Prawa Gospodarczego,
Handlowego i Upadłościowego WPiA Uniwersytetu Opolskiego

Na gruncie przepisów polskiego kodeksu spółek handlowych spółka komandytowo – akcyjna, podobnie jak spółka jawna czy partnerska, zaliczana jest do grupy spółek osobowych. Cechą odróżniającą spółkę komandytowo – akcyjną od pozostałych spółek osobowych jest jednak jej hybrydalny, osobowo-kapitałowy charakter, który w 2015 r., na potrzeby interpretacji przepisów Dyrektywy Rady 2008/7/WE regulującej zasady nakładania podatków pośrednich od gromadzenia kapitału, stał się przedmiotem analizy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W rezultacie przeprowadzonego przez Trybunał badania doszło do uznania polskiej spółki komandytowo – akcyjnej za spółkę kapitałową, a wyrok wydany w sprawie doprowadził do daleko idących modyfikacji zasad jej opodatkowania na gruncie ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych.



WPROWADZENIE

Pomimo, iż spółka komandytowo – akcyjna zaliczana jest do grupy spółek osobowych, stanowi ona w rzeczywistości ewolucyjne połączenie cech



spółek osobowych i kapitałowych, co tworzy z niej hybrydę o charakterystycznej strukturze i zasadach funkcjonowania.

Odzwierciedleniem natury prawnej *spółki komandytowo-akcyjnej* (dalej jako: „SKA”) jest przepis art. 126 k.s.h., stanowiący, iż „w zakresie stosunku prawnego komplementariuszy, zarówno między sobą, wobec wszystkich akcjonariuszy, jak i wobec osób trzecich, a także do wkładów tychże wspólników do spółki, z wyłączeniem wkładów na kapitał zakładowy zastosowanie znajdują przepisy dotyczące spółki jawnej”. W pozostałych sprawach cytowany artykuł odsyła do przepisów dotyczących spółki akcyjnej, w tym w szczególności przepisów dotyczących kapitału zakładowego, wkładów akcjonariuszy, akcji, rady nadzorczej i walnego zgromadzenia¹.

Co do zasady, zgodnie z przepisami polskiego prawa handlowego, SKA jest spółką osobową, mającą na celu prowadzenie przedsiębiorstwa pod własną firmą, tworzoną przez dwa rodzaje wspólników, których prawa i obowiązki regulują jednak dwie odrębne grupy przepisów. Prawa i obowiązki komplementariusza regulują bowiem przepisy właściwe dla spółek osobowych, prawa i obowiązki akcjonariusza – przepisy właściwe dla spółek kapitałowych. W konsekwencji, zgodnie z art. 135 k.s.h., odpowiedzialność akcjonariusza za zobowiązania spółki została wyłączona, natomiast odpowiedzialność komplementariusza rozciągnięta została na wszystkie zobowiązania spółki i nie podlega żadnym ograniczeniom.

Tworzenie SKA przez dwa rodzaje wspólników niesie za sobą również połączenie w jej strukturze dwóch rodzajów kapitałów. Na kapitał spółki składają się bowiem kapitał zakładowy, odpowiadający kapitałowi zakładowemu spółki akcyjnej oraz kapitał utworzony z wkładów komplementariuszy. Co do zasady, zgodnie z art. 337 § 1 k.s.h. akcje SKA mogą być zbywane, choć, podobnie jak w przypadku spółki akcyjnej, rozporządzenie akcjami imiennymi SKA może zostać uzależnione od zgody spółki lub w inny sposób ograniczone. Akcje spółki SKA mogą ponadto być przedmiotem obrotu giełdowego na podstawie ustawy o obrocie instrumentami finansowymi² oraz ustaw o ofercie publicznej i warunkach wprowa-

1 Art. 126 Ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1577, dalej jako: „k.s.h.”.

2 Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz.

dzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych³ i podlegać obrotowi giełdowemu na takich samych zasadach jak akcje spółki akcyjnej. Co istotne, przedmiotem obrotu giełdowego nie może być jednak wkład (udział) komplementariusza, a jego zbycie, co prawda dopuszczalne na gruncie art. 10 k.s.h., uzależnione jest od zgody współników, co w sposób wyraźny akcentuje dualistyczny charakter SKA.



SPÓR INTERPRETACYJNY

Zróznicowana struktura oraz idące za nią specyficzne zasady funkcjonowania SKA nie bez powodu doprowadziły do powstania sporu w zakresie charakteru tej spółki na gruncie polskich oraz unijnych przepisów dotyczących podatku od czynności cywilnoprawnych. Spór ten dotyczył definiowania SKA przez pryzmat przepisów Dyrektywy Rady z dnia 12 lutego 2008 r. dotyczącej podatków pośrednich od gromadzenia kapitału⁴ (dalej jako: „Dyrektywa”) oraz poprzedzającej ją Dyrektywy Rady 69/335/EWG z 17 lipca 1969 r.⁵, które, począwszy od dnia 26 września 1969 r. stały się podstawowymi aktami prawnymi wspólnoty europejskiej oddziałującym na zasady regulujące polski podatek od czynności cywilnoprawnych⁶.

Sedno sporu powstałego na gruncie przedmiotowej dyrektywy tkwiło w szerokim zakresie pojęcia „spółki kapitałowej”, który, w ocenie części doktryny, obejmować miał również polską SKA. Uznanie, że SKA stanowi spółkę kapitałową w rozumieniu Dyrektywy miało natomiast istotnie wpływać na zakres opodatkowania podatkiem od czynności cywilno-

1636 z późn. zm.).

- 3 Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 1639 z późn. zm.).
- 4 Dyrektywa Rady 2008/7/WE z dnia 12 lutego 2008 r. dotycząca podatków pośrednich od gromadzenia kapitału (Dz.U. UE z 2008 r., L 46/11).
- 5 Dyrektywa Rady 69/335/EWG z dnia 17 lipca 1969 r. dotycząca podatków pośrednich od gromadzenia kapitału (Dz.U. UE z 1969 r., L 249/25).
- 6 Ustawa z dnia 9 września 2000 r. o podatku od czynności cywilnoprawnych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1150).



prawnych transakcji z jej udziałem, z uwagi na możliwość stosowania do nich m.in. zwolnień przewidzianych dla spółek kapitałowych.



DEFINICJA SPÓŁKI KAPITAŁOWEJ W PRZEPISACH DYREKTYWY RADY 2008/7/WE

Definicja spółki kapitałowej wskazana w przepisach Dyrektywy jest niezwykle szeroka gdyż obejmuje aż cztery kategorie podmiotów:

- 1. każdą spółkę, która przyjmuje jedną z form wyszczególnionych w załączniku I do Dyrektywy (w punkcie 21 przedmiotowego wykazu wskazano, że dla spółek prawa polskiego przez spółkę kapitałową rozumieć należy spółkę akcyjną oraz spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością);**
- 2. każdą spółkę, przedsiębiorstwo, stowarzyszenie lub osobę prawną, których udziały w kapitale lub majątku mogą być przedmiotem transakcji na giełdzie;**
- 3. każdą spółkę, przedsiębiorstwo, stowarzyszenie lub osobę prawną prowadzące działalność skierowaną na zysk, których członkowie mają prawo zbytu swoich udziałów stronom trzecim bez uprzedniego upoważnienia oraz odpowiadają za długi spółki, przedsiębiorstwa lub osoby prawnej tylko do wysokości swoich udziałów.**
- 4. wszelkie inne spółki, przedsiębiorstwa, stowarzyszenia lub osoby prawne prowadzące działalność skierowaną na zysk uważa się za spółki kapitałowe.**

Spór powstały na tle powyższych regulacji, sprowadzał się zasadniczo do tego, czy art. 2 Dyrektywy pozwala na przyznanie statusu spółki kapitałowej spółce o strukturze hybrydalnej, w której jedynie część udziałów i członków spełnia przesłanki ustanowione w tym przepisie. Zatem czy warunki ustanowione w tych przepisach należy odnosić do całego ma-

jątku i udziałowców spółki, czy też wystarczy, gdy warunki te, ze względu na charakter prawny spółki, zostaną spełnione przez część kapitału i udziałowców spółki.

Zwolennicy stosowania przepisów Dyrektywy do opodatkowania SKA wskazywali, iż nie uzależnia ona uznania spółki za spółkę kapitałową od dopuszczenia całości kapitału lub majątku spółki do obrotu giełdowego. Podobnie nie stawia ona wymogu, aby wszyscy wspólnicy mieli prawo zbytu swoich udziałów bez uprzedniego upoważnienia oraz aby byli odpowiedzialni za długi spółki tylko do wysokości swoich udziałów. Co do zasady zatem polska SKA spełnia wymogi stawiane przez przepis art. 2 ust. 1 lit. b oraz c Dyrektywy. Nie ulega bowiem wątpliwości, że akcje SKA mogą być przedmiotem transakcji na giełdzie, a część jej wspólników może nimi swobodnie rozporządzać⁷.

W opozycji do powyższej argumentacji wskazywano, że możliwość notowania na giełdzie dotyczy udziałów w całym kapitale spółki, nie zaś jedynie pewnego fragmentu tego kapitału. Zdaniem zwolenników tego stanowiska Dyrektywa zawiera bowiem kategoryczne stwierdzenie, że „udziały w kapitale mogą być przedmiotem transakcji na giełdzie”, a zatem odnosi się do całego kapitału danego podmiotu. Gdyby prawodawca wspólnotowy zamierzał objąć tego rodzaju spółkę zakresem podmiotowym Dyrektywy, wprowadziłby zapis, że przynajmniej częściowo udziały w kapitale mogą być przedmiotem transakcji na giełdzie⁸. Co więcej, w ocenie przeciwników stosowania przepisów Dyrektywy do opodatkowania SKA państwa członkowskie, które życzyły sobie włączyć spółki hybrydalne do zakresu zastosowania Dyrektywy, uwzględniły je w wykazie zawartym w załączniku I. Polska SKA nie została jednak wpisana do przedmiotowego wykazu przede wszystkim ze względu na jej dominujący osobowy charakter.

7 Por. wyr. NSA z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. II FSK 1667/12, z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. II FSK 1980/12, wyr. WSA w Warszawie z dnia 13 stycznia 2015 r., sygn. III SA/WA2860/14, wyr. WSA w Krakowie z dnia 3 lipca 2012 r., sygn. I SA/Kr 481/12.

8 Por. wyr. WSA w Krakowie z dnia 21 listopada 2012 r., sygn. I SA/Kr 1404/12, wyr. WSA w Krakowie z dnia 28 lutego 2012 r., sygn. I SA/Kr 2135/11, wyr. WSA w Gliwicach z dnia 10 czerwca 2015 r., sygn. I SA/Gl 463/15, wyr. WSA w Gdańsku z dnia 5 lutego 2014 r., sygn. 1639/13, wyr. WSA w Opolu z dnia 6 listopada 2013 r., sygn. I SA/Op 540/13.



Zwolennicy tego stanowiska podkreślali również, że polski ustawodawca skorzystał z opcji przewidzianej w art. 9 Dyrektywy, który, w odniesieniu do podmiotów uznawanych za spółki kapitałowe na podstawie art. 2 ust. 2 Dyrektywy, przewiduje że państwa członkowskie mogą zdecydować o nieuznawaniu ich za spółki kapitałowe na użytek nakładania podatku kapitałowego⁹. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż polskie przepisy u.p.c.c jak również k.s.h. wprowadzają jasny i jednoznaczny podział spółek prawa handlowego na osobowe i kapitałowe.

Przeciwnicy powyższego stanowiska wskazywali jednak, że samo wprowadzenie do u.p.c.c. słownika pojęć służy jedynie wyjaśnieniu znaczenia używanych w ustawie określeń, takich jak spółka osobowa czy kapitałowa, do których nawiązują szczegółowe regulacje. Zabieg ten nie potwierdza natomiast wyraźnej woli polskiego prawodawcy skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 9 Dyrektywy. To zaś wszystko pozwala na konkluzję, że wytyczony przez przepisy Dyrektywy zakres pojęcia spółki kapitałowej jest szerszy niż wynikający z art. 4 § 1 pkt 2 k.s.h. (zgodnie z którym określenie spółka kapitałowa oznacza spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz spółkę akcyjną) i obejmuje również SKA¹⁰.

Do wyjaśnienia powyższego sporu interpretacyjnego nie przyczyniał się również fakt, że Dyrektywa przewiduje dodatkowo szczególne zasady opodatkowania spółek łączących w sobie elementy kapitałowe oraz osobowe. W art. 12 ust. 2 Dyrektywy wskazano, że państwo członkowskie może wyłączyć z podstawy opodatkowania podatkiem kapitałowym sumę kapitału wniesionego przez członka z nieograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania spółki kapitałowej, jak również udział takiego członka w majątku. Regulacja ta oznacza, że opodatkowanie spółki mającej udziałowców odpowiadających bez ograniczeń za jej zobowiązania, może podlegać zasadom przewidzianym w Dyrektywie. Nie jest przy tym jednak jasne, czy regulacja ta została wprowadzona z tego względu, że spółki takie podlegają Dyrektywie jedynie na zasadzie art. 2 ust. 1 lit. a, a więc jako wymienione w załączniku I, czy również na zasadzie art. 2 ust.

9 Por. wyr. NSA z dnia 6 lutego 2015 r., sygn. II FSK 227/13.

10 Por. wyr. NSA z dnia 3 czerwca 2014 r., sygn. II FSK 1667/12, z dnia 4 kwietnia 2014 r. sygn. II FSK 1915/12, z dnia 16 grudnia 2014 r., sygn. II FSK 2797/12.

1 lit. b lub c lub art. 2 ust. 2, a więc jako niewymienione w załączniku, ale spełniające kryteria uznania za spółki kapitałowe.



STANOWISKO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

Przetomowe w sprawie okazało się stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zaprezentowane w kwietniu 2015 r. w rozpoznaniu sprawy toczącej się z wniosku drukarni Multipress sp. z o.o., w której doszło do konfrontacji powyższych argumentów.

W 2012 r. drukarnia Multipress sp. z o.o. złożyła wniosek o udzielenie pisemnej interpretacji przepisów prawa podatkowego w indywidualnej sprawie dotyczącej podatku od czynności cywilnoprawnych w zakresie skutków podatkowych podwyższenia kapitału zakładowego SKA (w którą spółka miała zostać przekształcona), w związku z wniesieniem do tej spółki wkładu niepieniężnego w postaci akcji spółki akcyjnej, akcji innej SKA oraz udziałów spółki z o.o. W opinii wnioskującej spółki, powyższe czynności nie miały podlegać podatkowi od czynności cywilnoprawnych z uwagi na przepisy Dyrektywy i zawartą w nich definicję spółki kapitałowej obejmującej swoim zakresem polską SKA. Wobec powyższego planowana przez spółkę transakcja wymiany udziałów SKA, jako działanie restrukturyzacyjne niepodlegające opodatkowaniu podatkiem pośrednim na podstawie przepisów art. 5 oraz art. 4 ust. 1 Dyrektywy, nie powinna podlegać opodatkowaniu podatkiem od czynności cywilnoprawnych.

Minister Finansów w wydanych interpretacjach nie przyznał jednak spółce racji, powołując się na fakt, iż jedynie część kapitału tej spółki spełnia wymogi z art. 2 ust. 1 lit. b Dyrektywy konieczne do przyznania jej statusu spółki kapitałowej.

Rozpoznający sprawę Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie uznał, że ocena stanowisk stron oraz wydanie rozstrzygnięcia sporu wymaga interpretacji art. 2 oraz art. 9 Dyrektywy, postanowieniem z dnia 12 kwietnia 2013 r. (sygn. I SA/Kr 188/13) skierował do TSUE pytanie prejudycjalne, którego przedmiotem stały się dwa zagadnienia. W pierwszej kolejności pytanie WSA w Krakowie dotyczyło możliwości traktowania



SKA jako spółki kapitałowej w rozumieniu art. 2 ust. 1 lit. b i c Dyrektywy, w przypadku gdy z charakteru prawnego spółki wynika, że tylko część jej kapitału i wspólników może spełniać warunki w nim przewidziane. Jednocześnie, w przypadku negatywnej odpowiedzi na pierwsze z zadanych pytań, WSA w Krakowie dociekał, czy właściwą interpretacją art. 9 Dyrektywy jest uznanie, że państwa członkowskie otrzymały na jego mocy uprawnienie do nieuznawania podmiotów, o których mowa w art. 2 ust. 2 Dyrektywy za spółki kapitałowe, a co za tym idzie dowolność opodatkowania tych podmiotów podatkiem kapitałowym¹¹.

W orzeczeniu z dnia 22 kwietnia 2015 r. TSUE wskazał jednoznacznie, że na potrzeby Dyrektywy SKA prawa polskiego powinna być traktowana jako spółka kapitałowa.

Uzasadniając swoje stanowisko TSUE podkreślił przede wszystkim „że ponieważ art. 2 ust. 1 Dyrektywy określa w sposób wiążący i jednolity dla wszystkich państw członkowskich spółki mające charakter spółek kapitałowych w rozumieniu tej Dyrektywy, okoliczność, że SKA nie została wymieniona pośród spółek prawa polskiego, które należy zaliczyć na mocy art. 2 ust. 1 lit. a) tej Dyrektywy do spółek kapitałowych, nie stoi na przeszkodzie uznaniu jej za spółkę kapitałową, jeżeli posiada ona cechy wyliczone w art. 2 ust. 1 lit. b) i c) omawianej Dyrektywy. W konsekwencji każda spółka, która spełnia kryteria wymienione w art. 2 ust. 1 lit. b i c Dyrektywy niezależnie od jej kwalifikacji w prawie każdego państwa członkowskiego stanowi spółkę kapitałową na użytek owej Dyrektywy”.

Ponadto, co niezwykle istotne TSUE wskazał, iż „art. 2 ust. 1 lit. b) i c) Dyrektywy nie zawiera żadnej wskazówki pozwalającej przyjąć, że prawodawca Unii zamierzał wyłączyć z pojęcia ‚spółki kapitałowej’ podmioty prawne o charakterze mieszanym, w których jedynie część udziałów w kapitale lub majątku może być przedmiotem transakcji na giełdzie lub w których jedynie część członków ma prawo zbycia udziałów osobom trzecim bez uzyskania uprzedniego upoważnienia i odpowiada za długi spółki tylko do wysokości swoich udziałów.”¹².

11 Postanowienie WSA w Krakowie z dnia 12 kwietnia 2013 r., sygn. I SA/Kr 188/13.

12 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 22 kwietnia 2015 r., sygn. C-357/13, ECLI: EU: C:2015:253.

Finalnie TSUE wskazał, że o ile art. 9 Dyrektywy pozostawia państwom członkowskim swobodę decyzji w kwestii nieuznawania podmiotów o których mowa w art. 2 ust. 2 za spółki kapitałowe dla celów nakładania podatku kapitałowego, możliwość takiego odstępstwa nie została przewidziana wobec podmiotów, o których mowa w art. 2 ust. 1. Tym samym unijny ustawodawca w sposób wiążący i jednolity dla wszystkich państw członkowskich określił spółki mające charakter spółek kapitałowych w rozumieniu Dyrektywy¹³.



SKUTKI ORZECZENIA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ NA GRUNCIE PODATKU OD CZYNNOŚCI CYWILNOPRAWNYCH

W praktyce dokonana przez TSUE wykładnia, zgodnie z którą niezależnie od usytuowania SKA w prawie krajowym, na gruncie przepisów Dyrektywy spółka ta jest traktowana jako spółka kapitałowa, otworzyła polskim podatnikom możliwość stosowania szeregu zwolnień przewidzianych przez przepisy ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych dla spółek kapitałowych.

W oparciu o przedmiotowe orzeczenie możliwe stało się bowiem wystąpienie przez podatników o zwrot zapłaconego (nadpłaconego) podatku od czynności cywilnoprawnych od szeregu transakcji. W skutek uznania SKA za spółkę kapitałową, podatkiem nienależnym stał się bowiem podatek zapłacony m.in. od podwyższenia kapitału zakładowego spółki kapitałowej (w tym SKA) w związku z wniesionym do niej aportem przedsiębiorstwa bądź zorganizowanej części innej spółki kapitałowej, podatek odprowadzony w związku z przekształceniem spółki kapitałowej w SKA lub SKA w spółkę kapitałową, czy ten zapłacony od podwyższenia kapitału zakładowego spółki kapitałowej lub SKA, w związku z połączeniem tej spółki ze SKA.

13 Wyrok INC. AUER, C-251/06, EU: C:2007:658, pkt 21.



Jednakże mimo, iż wykładnia TSUE zyskała aprobatę polskiej judykatury¹⁴ oraz Ministra Finansów¹⁵ to zrodziła również dalsze problemy interpretacyjne. W następstwie przyznania SKA statusu spółki kapitałowej w doktrynie jak i w orzecznictwie pojawiły się bowiem dylematy co do prawnopodatkowego statusu pozostałych spółek osobowych prawa handlowego, w tym w szczególności spółki komandytowej. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż jest ona spółką prowadzącą działalność skierowaną na zysk, jej członkowie (wspólnicy) mają prawo do zbywania swoich udziałów osobom trzecim bez uprzedniego upoważnienia oraz odpowiadają za długi spółki jedynie do wysokości swoich udziałów. Spółka komandytowa stanowi ponadto podmiot, w którym niezależnie od elementu personalnego związanego z osobą komplementariusza, występuje element wkładu kapitałowego, z którym wiążą się udziały komandytariusza, a które mogą być przedmiotem obrotu. W konsekwencji słusznym wydaje się ocena, iż konstrukcja spółki komandytowej przewidziana w kodeksie spółek handlowych pozwala na przyznanie jej statusu spółki kapitałowej, choć zagadnienie to niezmiennie pozostaje sporne w orzecznictwie NSA¹⁶.

Nie mniej problematyczna jest próba jednoznacznego wskazania statusu prawnopodatkowego pozostałych spółek osobowych. W tym względzie w opozycji do liberalnego poglądu, zgodnie z którym wszystkie polskie spółki osobowe są spółkami kapitałowymi w rozumieniu Dyrektywy¹⁷, literatura przedmiotu stawia argument, że z uwagi na zakres odpowiedzialności wszystkich współników i brak koniecznego elementu kapitałowego (udziałowego) pozostałe spółki osobowe (oraz spółka cywilna) nie spełniają podstawowych wymogów, o których mowa w art. 2 ust. 1 lit. b i c Dyrektywy¹⁸. Nie ulega jednak wątpliwości, iż wytyczony przez przepi-

14 Por. wyr. NSA z dnia 2 lutego 2016 r., sygn. II FSK 3067/13, sygn. II FSK 3066/13, z dnia 2 czerwca 2017 r., sygn. II FSK 1385/15, sygn. II FSK 1478/15, wyr. WSA w Łodzi z dnia 17 czerwca 2015 r., sygn. I SA/Łd 495/15.

15 Interpretacja ogólna nr PL LM.831.22.2015 Ministra Finansów z dnia 27 października 2015 r.

16 Por. wyr. NSA z dnia 6 lutego 2015 r., sygn. II FSK 227/13, sygn. II FSK 87/13, z dnia 13 października 2015 r., sygn. 2069/14, z dnia 12 sierpnia 2015 r., sygn. II FSK 1647/13.

17 H. Filipczyk, Podatek od czynności cywilnoprawnych. Komentarz, Warszawa 2015, s.172-174.

18 K. Winiarski [w:] S. Bogucki, W. Stachurski, R. Wiatrowski, K. Winiarski, B. Wojciechowski, M. Zirk-Sadowski, Podatek od czynności cywilnoprawnych a VAT, Warszawa 2016., s.72-74; por. wyr. NSA z dnia 18 sierpnia 2015 r., II FSK 2510/13, z dnia 19 marca 2015 r., sygn. II FSK 143/13.

sy Dyrektywy zakres pojęcia spółki kapitałowej jest dla celów nakładania podatku kapitałowego znacznie szerszy niż ten wynikający z systematyki przyjętej w u.p.c.c. oraz k.s.h. Tak szerokie rozumieniem pojęcia spółek kapitałowych wynika z kolei z konieczności poszanowania zasady niedyskryminacji podatkowej. Zasada ta sprowadza się do zapewnienia gwarancji analogicznego traktowania pod względem podatkowym podmiotów podobnych, niezależnie od formy prawnej, w jakiej prowadzą działalność¹⁹, co zostało potwierdzone również w omawianym orzeczeniu TSUE oraz zaprezentowanej w nim argumentacji.

W związku z tym już teraz w literaturze przedmiotu pojawiają się głosy sygnalizujące konieczność nowelizacji ustawy o podatku od czynności cywilnoprawnych. W ocenie niektórych autorów ustawodawca powinien zmienić treść art. 1a pkt 1 u.p.c.c., wyłączając z kategorii spółek osobowych na potrzeby tego podatku SKA, jednocześnie uzupełniając o nią listę spółek kapitałowych²⁰. Wobec powyższego tym bardziej ciekawi to, w jaki sposób doktryna i judykatura rozwiążą pojawiającej się obecnie w orzecznictwie problemy interpretacyjne związane z prawnopodatkowym statusem spółki jawnej czy cywilnej i czy zastosowane rozwiązania finalnie pociągną za sobą znaczące nowelizacje przepisów krajowych w tym zakresie.



STRESZCZENIE

Na mocy wyroku z dnia 22 kwietnia 2015 r. Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej uznał, że na potrzeby Dyrektywy Rady 2008/7/WE z dnia 12 lutego 2008 r. dotyczącej podatków pośrednich od gromadzenia kapitału polska spółka komandytowo – akcyjna powinna być traktowana jako spółka kapitałowa. Wskazana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej niezgodność polskich przepisów z normami dyrektywy unijnej i wynikająca z niej zmiana kwalifikacji spółki komandytowo – akcyjnej ze spółki osobowej na spółkę kapitałową, doprowadziła do istotnych mo-

19 Por. wyr. TSUE sygn. C-112/86 Amro Aandelen Fonds, pkt 10–11; sygn. [C-178/05](#) Komisja przeciwko Grecji, pkt 43.

20 D. Strzelec, Dyrektywa dotycząca podatków od gromadzenia kapitału a regulacje krajowe, Warszawa 2017, Lex.



dyfikacji zakresu opodatkowania podatkiem od czynności cywilnoprawnych przyszłych transakcji z jej udziałem oraz wystąpienia nadpłaty p.c.c. od transakcji już przeprowadzonych.



SUMMARY

In the judgment of 22nd April 2015 the Court of Justice of the European Union concluded, that for the purposes of Council Directive No 2008/7/EC of 12th February 2008 concerning indirect taxes on the raising of capital the limited joint stock partnership shall be treated as a capital company. As indicated by the Court of Justice of the European Union, the incompatibility of Polish regulations with the norms of the EU Directive and the resulting change in the qualification of a limited joint stock partnership from the partnership to the capital company, led to a significant modification of the scope of taxation on civil law transactions of future transactions with its participation and overpayment of the tax on civil law transactions from transactions already concluded.



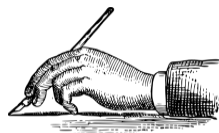
Ewaluacja
wprowadzenia
instytucji mediacji



**DO PRZEPISÓW
KODEKSU POSTĘPOWANIA
ADMINISTRACYJNEGO**

udoskonalenie procedury?

apl. adw. Joanna Tęcza
Okręgowa Rada Adwokacka w Rzeszowie



Od dłuższego czasu ustawodawca sukcesywnie stara się wprowadzać mediację do polskiego porządku prawnego. Z dniem 1 czerwca 2017r. mediacja zadebiutowała w Kodeksie postępowania administracyjnego (zwany dalej k.p.a.). Celem niniejszego opracowania jest przyjrzenie się tej regulacji oraz próba jej oceny.



GENEZA INSTYTUCJI

Dotychczas mediacja w sprawach z zakresu prawa publicznego mogła być prowadzona wyłącznie w postępowaniu sądowoadministracyjnym. W uzasadnieniu projektu nowelizacji wskazano, że istniała potrzeba skorzystania z tej instytucji już na etapie postępowania administracyjnego. Zgodnie założeniami instytucja ta wpłynąć na zmniejszenie liczby wszczynanych postępowań sądowoadministracyjnych, a w konsekwencji odciążyc sądy administracyjne. Podkreśla się potrzebę unowocześnienia administracji publicznej poprzez zbliżenie jej do społeczeństwa i uczynienie bardziej przyjaznej obywatelom. Nie sposób stracić z pola widzenia, iż ideą przy-



świecającą ustawodawcy jest dążenie poprzez mediację do przeciwdziałania przewlekłości postępowania administracyjnego i jego przyspieszenie.¹ Nadmienić należy, iż wdrożenie mediacji jako formy polubownego rozwiązywania sporów w przepisach k.p.a. łączy się z działaniami podejmowanymi przez organy Unii Europejskiej i Rady Europy, czego potwierdzeniem jest rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy z dnia 5 września 2011r. – Rec (2001)9E” o zastosowaniu metod alternatywnych w stosunku do postępowania sądowego w sporach między organami administracyjnymi i stronami prywatnymi”. Dokument ten powołując się na wzrastającą liczbę spraw kierowanych do sądów administracyjnych, które w konsekwencji stanowią przyczynę niewydolności tych organów, prowadząc tym samym do nieprzestrzegania art. 6 ust. 1 konwencji Rady Europy O ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, wskazuje mediację jako jedną z form mających temu przeciwdziałać i postuluje wprowadzenie jej do regulacji prawnych państw sygnatariuszy.² Konsekwencją wprowadzenia mediacji jako alternatywnego sposobu rozstrzygnięcia sprawy jest znowelizowanie art. 13 k.p.a., zgodnie z którym organy administracji mają w każdej sprawie, która może być zakończona ugodą podejmować czynności zmierzające do polubownego rozwiązywania spornych kwestii w szczególności przez podejmowanie czynności niezbędnych do przeprowadzenia mediacji m.in. poprzez udzielenie wyjaśnień o możliwościach i korzyściach polubownego załatwienia sprawy.



MODEL MEDIACJI W KODEKSIE POSTĘPOWANIA ADMINISTRACYJNEGO

Na pierwszy rzut oka model mediacji uregulowanej w przepisach Kodeksu postępowania administracyjnego jest odwzorowaniem regulacji zawartej w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego (zwanym dalej k.p.c.), co pozwala na wykorzystanie dorobku doktryny i orzecznictwa sądowego

-
- 1 Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw Sejm RP VII Kadencji nr druku 1183, www.sejm.gov.pl, dostęp 21.08.2017t.
 - 2 Rekomendacja 2001 Komitetu Ministrów Rady Europy nr (2001) 9 dla krajów członkowskich z dnia 5 września 2001r. dotycząca alternatyw w stosunku do postępowania sądowego w sporach pomiędzy organami administracji a osobami prywatnymi; J. Żołądź, Mediacja w sferze administracji publicznej jako przedmiot badań politologicznych, Wrocławskie Studia Politologiczne 12.2011, s. 72–73

odnoszącego się do tej tematyki. Na marginesie wskazać należy, iż model ten został przyjęty także w znowelizowanej regulacji mediacji w postępowaniu sądownoadministracyjnym.

Celem mediacji jest wyjaśnienie i rozważenie okoliczności faktycznych i prawnych oraz dokonanie ustaleń dotyczących jej załatwienia w granicach obowiązującego prawa, w tym przez wydanie decyzji lub zawarcie ugody. Ponadto mediacja nie jest ograniczona wyłącznie do spraw spornych pomiędzy stronami, obejmuje też sprawy, w których występuje sprzeczność pomiędzy interesem indywidualnym a interesem publicznym, czy też w węższym zakresie – z interesem społecznym

Artykuł 96a § 1 k.p.a. reguluje przesłanki prowadzenia mediacji tj: konieczność wszczęcia postępowania w sprawie oraz klauzulę ogólną – „charakter sprawy na to pozwala”. Odnosząc się do pierwszej wskazać należy, że to ona odróżnia mediację w postępowaniu administracyjnym od mediacji w postępowaniu cywilnym, gdzie mediacja może być prowadzona przed wszczęciem postępowania. Ograniczenie dopuszczalności kierowania sprawy do mediacji dopiero po wszczęciu postępowania w sprawie świadczy o tym, że nadal aktualna zostaje koncepcja przyjęta przez ustawodawcę przy regulacji ugody administracyjnej, iż skuteczne zawarcie ugody możliwe jest dopiero po wszczęciu postępowania w sprawie. Organ administracji publicznej może skierować sprawę do mediacji, w sytuacji gdy istnieje podstawa materialnoprawna do jej rozstrzygnięcia w drodze decyzji i jest właściwy do jej rozstrzygnięcia. Przy czym organ obowiązany jest ustalić, czy norma prawa daje podstawy do wydania decyzji związanej, czy też nie, tym samym umożliwiając organowi administracji publicznej wydanie decyzji swobodnej, pozostającej w związku z uznaniem administracyjnym. Takie działanie organu jest istotne, gdyż w sytuacji gdy do czynienia mamy z normą prawną, co do której brak jest jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych, a tym samym wiążącej organ administracji publicznej, dopuszczenie mediacji nie jest zgodne z przepisami prawa, ponieważ nie może on odstąpić od wyznaczonego sposobu załatwienia sprawy.³ Wskazuje się, że mediacja będzie znajdować zastosowanie głównie w sprawach, w których: występuje wielość stron, może być zawarta

3 B. Adamiak Komentarz do art. 96a [w:] B. Adamiak, J. Borkowski (praca zbiorowa pod red.) Kodeks postępowania administracyjnego komentarz, LEGALIS dostęp 22.08.2017r.



ugoda, organ ma zamiar wydać decyzję na niekorzyść adresata i może spodziewać się odwołania albo wniesiony został środek odwoławczy od orzeczenia wydanego w pierwszej instancji.⁴

Mediację cechują następujące zasady: dobrowolności, bezstronności, poufności. Przez zasadę dobrowolności należy rozumieć zgodę stron na mediację po wstępnym poinformowaniu ich na temat tego, na czym polega ta metoda rozwiązywania sporów. Zasada ta pozwala nie wyrazić zgody na mediację przez stronę, a także rezygnację z niej na każdym etapie jej trwania. Zasada bezstronności przejawia się poprzez równe traktowanie stron i zapewnienie im jednakowego udziału w postępowaniu mediacyjnym, zaś zasada poufności mediacji oznacza, że mediator, uczestnicy mediacji i inne osoby biorące udział w mediacji są obowiązani zachować w tajemnicy wszelkie fakty, o których dowiedzieli się w związku z prowadzeniem mediacji. Jednakże przewidziano możliwość uchylenia poufności, za zgodą wszystkich uczestników mediacji. Jednak, aby uniknąć wątpliwości, zgoda ta wyrażona powinna być w formie pisemnej. Z zasady poufności wynika również to, iż mediator nie może przekazać żadnych informacji osobom trzecim oraz drugiej stronie, jeżeli informacje te uzyskał podczas indywidualnego spotkania mediatora z jedną ze stron.⁵ Propozycje ugodowe, ujawnione fakty lub oświadczenia złożone w toku mediacji nie mogą być wykorzystywane po jej zakończeniu, z wyjątkiem ustaleń zawartych w protokole z przebiegu mediacji. Regulacja ta zawarta w art. 96j §3 k.p.a. ma przeciwdziałać podejmowaniu przez uczestników mediacji prób ujawnienia informacji uzyskanych w jej trakcie, co najczęściej miałoby to miejsce w sytuacji, gdy mediacja nie skończyła się ugodą i strony kontynuują spór w postępowaniu sądowym.

Regulacja zawarta w art. 96 f k.p.a. określa wymogi stawiane mediatorowi. Zgodnie z wolą ustawodawcy mediatorem może zostać każda osoba fizyczna, spełniająca następujące warunki: posiadająca pełną zdolność do czynności prawnych oraz pełnię praw publicznych. W szczególności może nim być mediator wpisany na listę stałych mediatorów lub do wykazu instytucji i osób uprawnionych do prowadzenia postępowania me-

4 Łukasz Sadkowski, Zmiany w kodeksie postępowania administracyjnego, Legalis, dostęp 21.08.2017r.

5 Ibidem

diacyjnego, prowadzonych przez prezesa sądu okręgowego, lub na listę prowadzoną przez organizację pozarządową lub uczelnię, o której informację przekazano prezesowi sądu okręgowego. Poza powyższymi wymaganiami, nie zdecydowano się wprowadzić dodatkowych uregulowań dotyczących kwalifikacji mediatorów, co wynika z intencji ustawodawcy dotyczącej ułatwienia stronom prowadzenia mediacji. Jednakże oczywistym wydaje się, że mediator powinien mieć wiedzę i umiejętności w zakresie prowadzenia mediacji. Przy czym warunek wiedzy w takim przypadku musi odnosić się również do wiedzy o sposobie załatwienia sprawy w granicach obowiązującego prawa, w przeciwnym wypadku mediacja nie może przynieść pożądanego skutku prawnego- załatwienia sprawy. Wskazać należy, iż prawo wyboru mediatora doznaje ograniczeń, bowiem art. 96f § 2 k.p.a. wprowadza wymóg, aby, w sytuacji kiedy uczestnikiem mediacji jest organ prowadzący postępowanie, mediatorem była osoba wpisana na listę stałych mediatorów lub do wykazu instytucji i osób uprawnionych do prowadzenia postępowania mediacyjnego, prowadzonych przez prezesa sądu okręgowego, lub mediatora wpisanego na listę prowadzoną przez organizację pozarządową lub uczelnię, o której informację przekazano prezesowi sądu okręgowego. W §3 powoływanego przepisu ustawodawca zastosował wyłącznie podmiotowe w stosunku do pracowników organu administracji publicznej, przed którym toczy się postępowanie w sprawie. Mediator obowiązany jest dokonać oceny, czy przy prowadzeniu mediacji nie narusza warunku bezstronności. Jako okoliczności wzbudzające wątpliwości co do jego bezstronności ustawodawca w szczególności uznaje się okoliczności wskazane art. 24 § 1 i 2 k.p.a., ale nie jest to katalog zamknięty, zważywszy na treść [art. 24 § 3](#) k.p.a., regulującą wyłączenie przez bezpośredniego przełożonego pracownika od udziału w postępowaniu w sprawie. Wybrany mediator zobowiązany jest ocenić wszelkie okoliczności, które mogłyby godzić w jego bezstronność w sprawie, przy czym okoliczności te mogą ujawnić się w każdym stadium postępowania. O wystąpieniu okoliczności poddających w wątpliwość bezstronność w sprawie, mediator obowiązany jest niezwłocznie zawiadomić uczestników mediacji, a jeżeli uczestnikami mediacji są strony - także organ administracji publicznej, który nie jest uczestnikiem mediacji. Obowiązek ten wynika z konieczności podjęcia czynności wyznaczenia innego mediatora lub - jeżeli strony zrezygnowały z mediacji - podjęcia czynności postępowania w sprawie.



W związku ze skierowaniem sprawy do mediacji, ustawodawca nałożył na organy administracji publicznej obowiązek przekazania mediatorowi niezbędnych danych do kontaktu z jej uczestnikami tj. danych osobowych, adresów stron, danych kontaktowych pełnomocnika o ile został ustanowiony, a także jeżeli posiada numery telefonów i adresy poczty elektronicznej.

Z osobą mediatora wiąże się również zagadnienie przyznania mu wynagrodzenia za prowadzenie mediacji, które jest niezależne od wyników postępowania. Ustawodawca przewidział możliwość rezygnacji przez mediatora z należnego mu wynagrodzenia, jeśli wyrazi on na to zgodę. Zgoda ta winna być wyrażona w formie pisemnej. Przy czym zrzeczenie się prawa to wynagrodzenia, nie pozbawia mediatora zwrotu wydatków związanych z prowadzeniem mediacji.

Ponadto jednym z praw przysługujących mediatorowi jest prawo dostępu do akt sprawy. Mediator może sporządzać z akt sprawy notatki, kopie i odpisy. Akta mogą zostać udostępnione mediatorowi nie wcześniej niż po upływie 7 dni od dnia ogłoszenia lub doręczenia postanowienia o skierowaniu sprawy do mediacji, albowiem dostęp do nich jest uzależniony od zgody wszystkich uczestników mediacji. Ustawodawca przewidział możliwość niewyrażenia zgody przez uczestnika na zapoznanie się mediatora z aktami sprawy w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia lub doręczenia postanowienia. Brak zgody choćby jednego z uczestników mediacji, wyłącza dostęp mediatora do akt sprawy. O prawie do niewyrażenia zgody na dostęp do akt sprawy mediatora organ administracji publicznej obowiązany jest pouczyć stronę, wskazując jej ustawowy termin do skutecznego złożenia oświadczenia w tym przedmiocie. Oświadczenie strona może złożyć w formie ustnej do protokołu lub w formie pisemnej (formie dokumentu elektronicznego).

Podmiotami uczestniczącymi w mediacji są mediator i uczestnicy mediacji. Jako uczestników mediacji wymienić należy: strony postępowania - w przypadku gdy przedmiotem rozpatrzenia jest sprawa, w której występują sporne interesy stron, organ prowadzący postępowanie oraz strona lub strony postępowania- w sprawach, których występuje konieczność ustalenia, wywołujące wątpliwości stanu faktycznego sprawy, jak i w sytuacjach, gdy zachodzi konieczność ustalenia załatwienia sprawy

przy uwzględnieniu spornego interesu prawnego stron (strony) z interesem publicznym; oraz organ współdziałający- w przypadkach gdy norma prawa materialnego uzależnia sposób załatwienia sprawy od opinii zgody, uzgodnienia, porozumienia. Ponadto w mediacji uczestniczą na prawach strony następujące podmioty: prokurator, organizacja społeczna oraz inne podmioty, którym przepisy szczególne przyznały taki status.

Inicjatywa przeprowadzenia mediacji może być podjęta przez organ, który po rozważeniu wystąpienia możliwości polubownego załatwienia spraw obowiązany jest podjąć czynności przekonania strony do wyrażenia zgody na prowadzenie mediacji. Inicjatywa przeprowadzenia mediacji przysługuje również stronie, która może złożyć wniosek o jej przeprowadzenie do organu administracji publicznej. Wniosek ten może zostać zawarty we wniosku o wszczęcie postępowania w sprawie, jak i w dalszych podaniach składanych toku wszczętego postępowania. Zgodnie z art. 96b §1 k.p.a. organ administracji publicznej właściwy w sprawie po dokonaniu sprawdzenia dopuszczalności mediacji i zasadności jej przeprowadzenia w sprawie, obowiązany jest zawiadomić strony oraz organ współdziałający w rozumieniu art. 106 §1 k.p.a., gdy ten nie zajął stanowiska w sprawie o możliwości przeprowadzenia mediacji. Treść zawiadomienia powinna zawierać następujące elementy: zwrócenie się do strony o wyrażenie zgody na mediację wraz z określeniem w jakiej formie zgoda ta winna być wyrażona, zwrócenie się do stron o wybór mediatora oraz określenie terminu w jakim należy dokonać wymienionych czynności- który wynosi 14 dni od dnia doręczenia stronie zawiadomienia, a ponadto zawiadomienie powinno zawierać pouczenie o zasadach prowadzenia mediacji.

Po wyrażeniu przez strony zgody na przeprowadzenie mediacji, organ administracji publicznej obowiązany jest wydać postanowienie o skierowaniu sprawy do mediacji. Postanowienie powinno zawierać elementy przewidziane w art. 124 k.p.a.. Nadto art. 96d § 2 k.p.a. wskazuje dodatkowy element postanowienia, a mianowicie wskazanie wybranego przez uczestników mediacji mediatora, a jeżeli uczestnicy tego nie uczynili- mediatora wybranego przez organ. Element ten jest istotny, bowiem skuteczność czynności mediatora jest uzależniona od tego, czy został wskazany w po-



stanowieniu o skierowaniu sprawy do mediacji.⁶ Postanowienie o skierowaniu sprawy do mediacji doręcza się stronom oraz organowi współdziałającemu. Przed jego wydaniem i doręczeniem nie można czynnościom mediacji przypisać skutków prawnych co do sposobu załatwienia sprawy. Konsekwencją wydania postanowienia o skierowaniu sprawy do mediacji jest odroczenie rozpatrzenia sprawy na okres do 2 miesięcy. Ustawodawca nie wskazał w jakiej formie ma to nastąpić, jednakże z uwagi na fakt, iż odroczenie czynnością procesową, formą właściwą będzie – wydanie postanowienia. Nadmienić należy, że dopuszczona została możliwość przedłużenia okresu odroczenia z inicjatywy uczestników mediacji, jak i bez ich inicjatywy, z innych ważnych powodów, nie dłużej niż na miesiąc. Upływ terminu mediacji powoduje skutek prawny nieosiągnięcia celu mediacji, wówczas organ stwierdza ten fakt wydając postanowienie o zakończeniu mediacji oraz podejmuje czynności postępowania i załatwia sprawę.

Wyróżnić można następujące sposoby zakończenia mediacji: zawarcie ugody między stronami postępowania, wycofanie lub modyfikacja żądania przez stronę, wycofanie wniesionego przez stronę środka odwoławczego lub rezygnacja z jego wniesienia, załatwienie sprawy w drodze decyzji administracyjnej – przy czym mediacja w takim wypadku przyczyni się do jej akceptacji i rezygnacji z odwołania lub wniesienia skargi do sądu administracyjnego, mediacja nie pozwoli załatwić sprawy, ale ułatwi ustalenie stanu faktycznego sprawy.

Niezależnie od wyniku przeprowadzonej mediacji obowiązkiem mediatora jest sporządzenie protokołu z przebiegu prowadzonej mediacji. Do elementów formalnych protokołu należy zamieszczenie w nim: określenia czasu i miejsca prowadzenia mediacji tj. dnia rozpoczęcia mediacji i dnia jej zakończenia, imion i nazwisk, jeżeli uczestnikami mediacji są osoby fizyczne, nazwy, jeżeli uczestnikami są osoby prawne lub jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, określenie organu administracji publicznej, jeżeli był uczestnikiem mediacji oraz adres (siedziby) uczestników mediacji, imię i nazwisko oraz adres mediatora, podpisy mediatora i uczestników mediacji. Jednocześnie wskazać należy, że dopuszczalny jest brak podpisu uczestnika mediacji, jednakże musi to wynikać wyłąc-

6 B. Adamiak Komentarz do art. 96d [w:] B. Adamiak, J. Borkowski (praca zbiorowa pod red.) Kodeks postępowania administracyjnego komentarz, LEGALIS dostęp 22.08.2017r.

nie z przeszkód natury formalnej np. z powodu choroby. W takiej sytuacji konieczne jest zamieszczenie wzmianki o przyczynie braku podpisu. Warunkiem niezbędnym jest podpis mediatora. Braku tego nie można usunąć omówieniem przyczyn niepodpisania protokołu przez mediatora. Poza elementami formalnymi protokołu zwrócić uwagę należy na element materialny treści protokołu, którym jest zamieszczenie ustaleń co do sposobu załatwienia sprawy. Obowiązkiem łączącym się ze sporządzeniem protokołu z przebiegu mediacji jest jego niezwłoczne przedłożenie w oryginale organowi administracji publicznej, który włącza go do akt sprawy, zaś strony otrzymują sporządzone przez mediatora odpisy protokołu

Koszty postępowania mediacyjnego w myśl art. 96lk.p.a ponoszą: organ administracji publicznej w sprawach, w których organ był uczestnikiem mediacji albo strony postępowania administracyjnego w sprawach, w których może być zawarta ugoda – przy czym zgodnie z generalną zasadą koszty obciążają w takim wypadku strony w częściach równych, chyba że postanowiły inaczej. Obowiązek określenia kosztów zgodnie z art. 264 § 1a k.p.a. spoczywa na organie, który ustala je w postanowieniu w sprawie ustalenia wysokości kosztów mediacji. Ustalone koszty mediacji uczestnik mediacji ma obowiązek pokryć niezwłocznie po jej zakończeniu tj. po doręczeniu mu postanowienia w sprawie ustalenia wysokości kosztów.

Ustawodawca w art. 96n k.p.a. uregulował moc prawną dokonanych ustaleń dotyczących załatwienia sprawy w drodze decyzji, statuując granice związania organu administracji publicznej tymi ustaleniami. Zadaniem organu jest ocena czy dokonane ustalenia dotyczące załatwienia sprawy są ustaleniami mieszczącymi się w granicach obowiązującego prawa, a jeśli uzna on, że taka sytuacja ma miejsce rozstrzyga decyzją sprawę, zgodnie z ustaleniami zawartymi w protokole z przebiegu mediacji.



OCENA REGULACJI

Aktualnie nie sposób zgodzić się z tym, że wprowadzenie mediacji do k.p.a. udoskonalilo postępowanie. Po pierwsze wynika to z faktu, iż załatwienie sprawy przez organ administracji ma nastąpić bez zbędnej zwłoki, sprawy wymagające postępowania wyjaśniającego powinny być zakończone w terminie miesiąca, zaś szczególnie skomplikowane w cią-



gu dwóch miesięcy, zatem prowadzenie mediacji wydłuża czas faktyczny rozstrzygnięcia sprawy, bowiem okresu mediacji nie wlicza się do wskazanych terminów. W konsekwencji sprawa, która mogła być załatwiona w terminie 2 miesięcy, a została skierowana do mediacji zostanie załatwiona w terminie 4 lub nawet 5 miesięcy, co nie jest korzystne z punktu widzenia strony postępowania. Ustawodawca projektując regulację powinien mieć na uwadze to, aby czas mediacji nie przekraczał maksymalnych terminów załatwienia sprawy. Skierowanie sprawy do mediacji nie przesądza o jej sukcesie. Wobec stale rosnącej świadomości prawnej społeczeństwa rozstrzygnięcie sprawy w krótszym czasie niż w sytuacji prowadzenia mediacji, jest wystarczającym argumentem przeciwko mediacji, mogącym prowadzić do martwości tej instytucji. Nadto adwokaci jako pełnomocnicy stron, w innych rodzajach postępowań spotykają się z sytuacją, gdzie strony postępowania z góry wiedząc, że brak jest możliwości polubownego zakończenia sporu, decydują się na mediację tylko dlatego, aby lepiej wypaść w oczach organu prowadzącego postępowanie. Innym przypadkiem jest sytuacja, gdzie strona licząc się z niekorzystnym dla siebie rozstrzygnięciem sprawy wyraża zgodę na mediację tylko po to, aby odciągnąć je w czasie. Takie postawy prowadzące jedynie do przewlekłości postępowania nie są sankcjonowane i prowadzą do generowania wyższych kosztów postępowania, stąd też zasadnym byłoby rozważenie wprowadzenia regulacji ograniczających je jak choćby – pokrycie przez uczestników kosztów mediacji gdy nie dochodzi do ugody, zaś zwolnienie ich z tego obowiązku gdy zaważył ugodę i zbędnym stało się prowadzenie postępowania administracyjnego.

Nałożenie na organy administracji obowiązku dążenia do polubownego załatwienia sprawy prowadzić może do odsuwania w czasie rozpoznania spraw poprzez kierowanie ich do mediacji, podobnie jak ma to miejsce w procedurze cywilnej. Brak kampanii informacyjnej przybliżającej w sposób zrozumiały dla przeciętnego obywatela zasady mediacji w postępowaniu administracyjnym, może prowadzić do wykorzystywania niewiedzy stron postępowania i kierowanie stron do mediacji, konsekwencją czego postępowanie administracyjne będzie się wydłużać. Niewątpliwie początkowo mediacja jako nowy instrument będzie chętnie wykorzystywana przez organy administracji, jednakże w perspektywie długofalowej może podzielić los mediacji sądownoadministracyjnej, gdzie po wprowadzeniu jej w 2004r. wszczęto 679, zaś w kolejnym roku jedynie 204 postępowania,

a w 2016r. takich postępowań było zaledwie 8.⁷Pomijając przedstawione mankamenty regulacji, zwrócić należy uwagę, iż na chwilę obecną na terenie właściwości Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie na liście stałych mediatorów Sądu Okręgowego w Rzeszowie widnieje jedynie 3 mediatorów prowadzących mediacje administracyjne, zaś na liście Sądu Okręgowego w Przemyślu 2. Odsetek mediatorów prowadzących mediacje administracyjne jest niewielki w porównaniu do mediacji cywilnych, rodzinnych czy karnych, co wątpliwość budzi o wydolność tej instytucji, gdyby wszystkie sprawy mogące być załatwione w ten sposób trafiły do tego postępowania.



STRESZCZENIE

W tym artykule przedstawiono model mediacji wprowadzony do postępowania administracyjnego. Publikacja ta składa się z 3 części: genezy mediacji w postępowaniu administracyjnym, regulacji mediacji w kodeksie postępowania administracyjnego oraz próby oceny zastosowanych rozwiązań.



SUMMARY

This article presents the mediation model introduced in the administrative proceeding. This publication consists of 3 parts: the origin of mediation in administrative proceedings, regulation of mediation in the Code of Administrative Procedure and attempts to evaluate the solutions used.

7 Informacja o działalności Sądów Administracyjnych w 2016r., dane za stroną internetową: <http://www.nsa.gov.pl>, dostęp 28.08.2017r.

Etyka i inne





W PŁYW regulacji antyterrorystycznych



na sytuację gospodarczą
i inwestycyjną przedsiębiorstw
telekomunikacyjnych
– szanse i zagrożenia

apl. adw. Maria Górnicka



Izbia Adwokacka we Wrocławiu, doktorant w Katedrze Postępowania
Karnego na WPAiEUniwersytetu Wrocławskiego

Uchwalenie regulacji antyterrorystycznych w szczególnie poważny sposób wpłynęło na sytuację gospodarczą i inwestycyjną przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, jako głównych wykonawców tych unormowań. W opracowaniu przeanalizowane zostaną pod tym kątem następujące instytucje regulacji antyterrorystycznych: rejestracja kart pre-paid, zbieranie i przechowywanie informacji, poprzez wskazanie szans i zagrożeń wynikających z tych przepisów. Nastąpi także odniesienie do „Funduszy Europejskich Programu Polska Cyfrowa”.



WSTĘP

Powszechne zagrożenie terroryzmem skłania państwa do podjęcia regulacyjnej polityki antyterrorystycznej, ograniczającej prawa i wolności obywatelskie¹. Wyrazem takiego zachowania w Polsce było uchwalenie ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych² (da-

1 Por. K. Mamak, Prawo karne przyszłości, Warszawa 2017, s. 188.

2 Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (Dz. U. poz. 904).



lej u.d.antyter.). Dążenie państw do sprawności postępowania względem przestępstw terrorystycznych oraz dążenie przedsiębiorstw telekomunikacyjnych do zysku może stykać się w realizacji celów i działań państwa przez podmioty prywatne. Wiąże się to z działaniami inwestycyjnymi przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, ze spodziewanymi zyskami i ewentualnymi stratami.

Opisana sytuacja daje asumpt do napisania artykułu z zakresu ekonomicznej analizy prawa, który będzie miał na celu nie tylko zwrócenie uwagi na konieczność wykonania regulacji antyterrorystycznych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, ale przede wszystkim pokazanie wybranych praktycznych aspektów wykonania regulacji antyterrorystycznych, dotyczących sytuacji gospodarczej i inwestycyjnej przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, poprzez przedstawienie zaobserwowanych szans i zagrożeń z tym związanych. Będą one ogniskowały się wokół obszarów dofinansowania z „Funduszy Europejskich Programu Polska Cyfrowa”. Program umożliwia otrzymanie dofinansowania w trzech obszarach, takich jak powszechny dostęp do szybkiego Internetu, e-administracja i otwarty rząd oraz cyfrowe kompetencje społeczeństwa³, z tym że przedsiębiorstw telekomunikacyjnych wprost dotyczy tylko pierwszy z nich, a pozostałe jedynie w ramach wykonywania zadań administracji publicznej. Pod tym kątem zostanie dokonana analiza takich instytucji prawnych jak: rejestracja kart pre-paid, zbieranie i przechowywanie informacji. Ograniczony zakres opracowania zmusił do wybrania tylko niektórych, najbardziej medialnych, instytucji z ustawy o działaniach antyterrorystycznych, dotyczących obowiązków przedsiębiorców telekomunikacyjnych, oraz do pominięcia pozostałych, czyli tymczasowych instalacji czy blokowania usług świadczonych drogą elektroniczną. Całość zostanie zakończona wnioskami.



REJESTRACJA KART PRE-PAID

Wprowadzenie obowiązku rejestracji kart pre-paid projektodawcy uzasadniali tym, „że anonimowość tzw. przedpłaconych kart telefonicznych (pre-paid) dostarcza – jak pokazują przypadki krajowe i zagraniczne – prze-

3 Ulotka „Fundusze Europejskie Program Polska Cyfrowa”, opublikowana na stronie internetowej: https://www.polskacyfrowa.gov.pl/media/11385/POPC_IzUlotka_19112015.pdf (dostęp 6.11.2016 r.).

stępcom, w tym osobom zaangażowanym w działalność terrorystyczną, dogodnego narzędzia do komunikowania się i kamuflażu⁴. Stwierdzali oni ponadto, że „przyjęcie proponowanych rozwiązań jest uzasadnione także w kontekście przeciwdziałania zjawisku fałszywych powiadomień o podłożeniu ładunków wybuchowych, których celem jest wywołanie działań właściwych służb i doprowadzenie do zakłócenia funkcjonowania organów państwa”⁵.

Regulacje zobowiązujące do rejestracji kart pre-paid można podzielić na te dotyczące kart, co do których zawarto umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych przed wejściem w życie ustawy dnia 2 lipca 2016 r., czyli tzw. „stare” karty oraz co do których taka umowa została zawarta po wejściu w życie ustawy, czyli tzw. „nowe” karty. Podział kart i różny ich status prawny, związany z odmiennymi terminami obowiązku rejestracji, wyływał, według projektodawców, z konieczności „przystosowania się dostawców usług przedpłaconych w publicznej sieci telekomunikacyjnej do projektowanych rozwiązań”⁶.

Obowiązek rejestracji „starych” kart pre-paid został uregulowany w art. 60 u.d. antyter. Stosownie do tego przepisu do dnia 1 lutego 2017 r. abonenci usług przedpłaconych, którzy zawarli umowę przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, byli obowiązani do podania dostawcy usług przedpłaconych wymaganych danych. Dostawca usług przedpłaconych w publicznej sieci telekomunikacyjnej zaprzestawał świadczenia tych usług abonentom:

- 1. którzy nie podali wymaganych danych lub**
- 2. których dane nie zostały potwierdzone w wymagany sposób.**

4 Uzasadnienie projektu ustawy o działaniach antyterrorystycznych z 16 maja 2016 r. (Druk nr 516), opublikowane na stronie internetowej: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/9CCA65458151278AC1257FB50049D701/\\$File/516.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/9CCA65458151278AC1257FB50049D701/$File/516.pdf) (dostęp 6.11.2016 r.), s. 48.

5 Ibidem.

6 Ibidem, s. 60.



Wymagane dane i wymagane sposoby ich potwierdzenia wynikają z drugiej regulacji dotyczącej obowiązku rejestracji „nowych” kart pre-paid. Został on określony przepisem art. 43 u.d. antyterror. poprzez dodanie art. 60b do ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne⁷. Zgodnie z nim abonent usług przedpłaconych, z wyjątkiem abonenta usług przedpłaconych polegających na rozpowszechnianiu lub rozprowadzaniu programów telewizyjnych drogą naziemną, kablową lub satelitarną, podaje dostawcy usług następujące wymagane dane:

- 1) w przypadku abonenta będącego osobą fizyczną:
 - a. imię i nazwisko,
 - b. numer PESEL, jeżeli go posiada albo nazwę, serię i numer dokumentu potwierdzającego tożsamość, a w przypadku cudzoziemca, który nie jest obywatelem państwa członkowskiego albo Konfederacji Szwajcarskiej – numer paszportu lub karty pobytu;
- 2) w przypadku abonenta niebędącego osobą fizyczną:
 - a. nazwę,
 - b. numer identyfikacyjny REGON lub NIP lub numer w Krajowym Rejestrze Sądowym albo ewidencji działalności gospodarczej, lub innym właściwym rejestrze.

Powyższe dane abonent podaje przy zawieraniu umowy w formie pisemnej lub elektronicznej. Abonent będący stroną umowy o świadczenie usług przedpłaconych w publicznej sieci telekomunikacyjnej podaje te dane dostawcy usług. Dane mogą być podane również drogą elektroniczną albo w inny sposób określony przez dostawcę tych usług.

Dostawca usług rozpoczyna świadczenie usług telekomunikacyjnych:

7 Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1489 ze zm.).

- 1) nie wcześniej niż po potwierdzeniu zgodności podanych przez abonenta danych z danymi zawartymi w dokumencie potwierdzającym tożsamość abonenta będącego osobą fizyczną lub zawartymi we właściwym rejestrze względem innych abonentów, albo
- 2) po podaniu przez abonenta danych i potwierdzeniu ich drogą elektroniczną przy wykorzystaniu:
 - a. środków identyfikacji elektronicznej służących do uwierzytelniania w systemie teleinformatycznym banku krajowego,
 - b. danych weryfikowanych za pomocą bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu,
 - c. środków identyfikacji elektronicznej służących do uwierzytelniania w systemie teleinformatycznym dostawcy usług telekomunikacyjnych, jeżeli dane abonenta zostały już zweryfikowane w związku z inną umową,
 - d. środków identyfikacji elektronicznej służących do uwierzytelniania w systemie teleinformatycznym, który spełnia wymagania określone w przepisach wydanych na podstawie art. 20a ust. 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne⁸.

Wymagane potwierdzenia danych realizowane poza drogą elektroniczną dostawca usług może dokonać również za pośrednictwem osoby trzeciej działającej w imieniu dostawcy usług. Potwierdzenia danych drogą elektroniczną powinny zostać skutecznie natomiast poprzez systemy teleinformatyczne, zapewniające wiarygodność i autoryzację ich użytkownika, wskazane w drodze obwieszczenia przez ministra właściwego do spraw informatyzacji. W zamierzeniu projektodawców wprowadzenie różnicowania i elastyczności procedur potwierdzania wymaganych da-

8 Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 ze zm.).



nych zostało dokonane „w celu umożliwienia sprawnego funkcjonowania dostawców usług telekomunikacyjnych”⁹.

Bez wątplenia regulacja zobowiązująca do rejestracji kart pre-paid wpłynęła na sytuację gospodarczą przedsiębiorców telekomunikacyjnych, co mogło odbić się na ich sytuacji inwestycyjnej. Niemal wszystkie zagrożenia mogły zostać wykorzystane jako szanse rozwoju przedsiębiorstwa, a niektóre także do wykorzystania „Funduszy Europejskich Polska Cyfrowa”, tak aby do 2020 r. wyjść z tego obronną ręką. Opracowanie skoncentruje się na szansach i zagrożeniach wynikających z konieczności rejestracji „starych” kart pre-paid, przyjmując, że przynajmniej część z nich będzie dotyczyć także rejestracji „nowych”, co zostanie jeszcze zaznaczone dodatkowo w dalszym tekście.

Przede wszystkim przedsiębiorcy telekomunikacyjni musieli walczyć o rejestrację u siebie „starych” kart pre-paid dotychczasowych i nowych klientów. Jednocześnie można było to potraktować jako okazję do zdobycia właśnie tych nowych klientów. Uzyskanie nowych klientów to wykorzystanie okazji, że klienci i tak, z mocy ustawy, musieli skontaktować się z operatorami w celu rejestracji kart pre-paid, a jednocześnie mogli w tym czasie przyglądać się ofertom różnych przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, zastanawiając się którą propozycję wybrać. Stąd przedsiębiorstwa telekomunikacyjne, prawidłowo odczytując tę szansę, chcąc uniknąć zagrożenia, które jednocześnie niosła ona za sobą, wdrożyły wielkie kampanie reklamowe. Na przykład Orange dla rejestrujących telefony na kartę zaproponował 1000 zł na rozmowy i SMSy do wszystkich oraz 100 GB Internetu, wszystko do wykorzystania w ciągu 30 dni¹⁰. Należy zauważyć, że oferty reklamowe innych przedsiębiorstw telekomunikacyjnych dla rejestrujących karty pre-paid były podobne, różnice dotyczyły ilości proponowanych minut, SMSów czy Internetu, czasem pojawił się Rok Ważności Konta czy loteria. Rzeczywista skuteczność opisanej reklamy mającej na celu utrzymanie dotychczasowych klientów i uzyskanie nowych, w jaką musieli zainwestować przedsiębiorcy telekomunikacyjni, nie jest na razie publicznie znana.

9 Uzasadnienie..., s. 49.

10 Por. <https://www.zarejestrujnumer.pl> (dostęp 31.11.2016 r.).

Oprócz doraźnej oferty operatorów związanej z rejestracją, próbowali oni zatrzymać klientów na dłużej poprzez proponowanie przede wszystkim abonamentu zamiast rejestracji kart pre-paid¹¹. Działaniem w celu przytrzymania odbiorców usług telekomunikacyjnych wydaje się także oferowanie Roku Ważności Konta. Możliwe było również wymyślenie i zaproponowanie korzystnej oferty taryfowej związanej z obowiązkiem rejestracji, która spowodowałaby lojalność zarejestrowanych klientów na dłużej. Strategia ta nie została jednak zastosowana, chociaż mogłaby także pomóc w uzyskaniu większej liczby rejestracji „nowych” kart. Niestety dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych byłaby to inwestycja, która podobnie jak kampania reklamowa opisana w poprzednim akapicie nie mogła zostać sfinansowana z „Programu Polska Cyfrowa”.

Sposobem na przyciągnięcie większej liczby klientów przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, w sytuacji konieczności rejestracji „starych” kart pre-paid mogło, a względem „nowych” kart pre-paid może być także oferowanie pakietów usług dodatkowych do usług telekomunikacyjnych. Nie powinno to jednak zostać pomyślane tak, żeby odstraszać klientów, nie mogą oni zrozumieć, że rejestracja była i jest zależna tylko od przyjęcia usług dodatkowych, choćby okazały się tańsze niż w innych przedsiębiorstwach, może to być tylko jedną z opcji rejestracji. Przykładem takiej akcji jest SmartDOM w Plusie¹², chociaż nie jest bezpośrednio związany z rejestracją kart pre-paid. Również ten sposób na przyciągnięcie klientów związany jest z inwestycjami przedsiębiorców telekomunikacyjnych, czasem nawet stosunkowo dużymi. Jeśli wiązałyby się jednak z rozbudową infrastruktury szerokopasmowego Internetu to możliwe staje się uzyskanie dofinansowania z „Programu Polska Cyfrowa”. Ze społecznego punktu widzenia rozbudowa infrastruktury szerokopasmowego Internetu mogłaby prowadzić do jak największej niwelacji tzw. „białych plam” braku dostępu do cyfryzacji w Polsce.

Zagrożeniem dla przedsiębiorców telekomunikacyjnych okazała się także możliwość kumulacji rejestracji wielu „starych” kart pre-paid bezpośrednio przed końcem terminu. Była to jednak następna okazja na pozyskanie nowych klientów już wcześniej. Przedsiębiorcy telekomunikacyjni musie-

11 Ibidem.

12 <http://www.plus.pl/promocje/smartdom-superoferta> (dostęp 19.11.2016 r.).



li więc zastanowić się jak zmobilizować klientów do rejestracji szybszej niż na ostatnią chwilę. Do tego celu wykorzystano promocje świąteczne, np. wprowadzono akcję dodatkowych bonusów za rejestrację telefonu wcześniej, w okresie przedświątecznym albo początkowo ograniczono czasowo oferowane bonusy za rejestrację¹³. Konieczne mogło okazać się także zatrudnienie dodatkowych pracowników do obsługi i rejestracji klientów, czy też stworzenie specjalnych stanowisk pracowników zajmujących się tylko rejestracją klientów. Te inwestycje niestety nie mogły zostać sfinansowane z „Programu Polska Cyfrowa”, podobnie jak inwestycje związane z walką przedsiębiorców telekomunikacyjnych tuż przed zakończeniem terminu rejestracji o ostatnich niezdecydowanych klientów, czy z walką o klientów niepełnosprawnych (to już dotyczy także rejestracji „nowych” kart pre-paid), polegającą na uruchomieniu dostosowanej do nich elektronicznej drogi rejestracji lub specjalnie dla nich przystosowanych miejsc rejestracji w punktach obsługi czy zatrudnieniu dodatkowych akwizytorów.

Istnieją jednak takie inwestycje przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, jakie mogą zostać sfinansowane z „Programu Polska Cyfrowa”, jeśli przedsiębiorca telekomunikacyjny utworzy organizację pozarządową na podstawie ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie¹⁴. Taka organizacja pozarządowa mogłaby wykonywać, finansowane z „Programu”, szkolenia dla pracowników jak tłumaczyć klientom idee i proces rejestracji kart pre-paid, działanie telefonów z kartami wymagającymi rejestracji czy zasady bezpiecznego postępowania się nimi lub szkolenia w tym zakresie bezpośrednio dla klientów. Szkolenia dla klientów mogłyby być dokonywane osobiście w jakiś biurach czy punktach obsługi lub poprzez wideokonferencje, rozmowy telefoniczne, serie SMSów, krótkie filmiki. Warto by również pomyśleć nad ulotkami lub książeczkami. Może ciekawym pomysłem mobilizacji klientów, niestety już poza „Programem Polska Cyfrowa”, byłoby uruchomienie zdalnej pomocy technicznej. Takie działanie przyciągnęłoby ludzi, którzy do tej pory w ogóle nie korzystali z telefonów komórkowych, zniwelowałoby wyklu-

13 Por. https://www.zarejestrujnumer.pl/Regulamin_Nowyy_bonus_za_rejestracje_w_Orange.pdf (dostęp 31.11.2016 r.).

14 Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r. poz. 1817).

czenie cyfrowe. Spowodowałoby to, że rejestracja miałaby realną szansę skutecznie wzrosnąć liczba osób korzystających z telefonów komórkowych, a nie ich spadek.

Ostatnim elementem, na którym należy się skoncentrować, a jaki mógł i może powodować zarówno szanse jak i zagrożenia po stronie przedsiębiorców telekomunikacyjnych związane z rejestracją „starych” i „nowych” kart pre-paid, jest współpraca z organami służb, szczególnie Agencją Bezpieczeństwa Wewnętrznego, działającą w oparciu o ustawę z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu¹⁵, i organami wymiaru sprawiedliwości. W akcjach reklamowych niefinansowanych z „Programu Polska Cyfrowa” lub wcześniej opisanych szkoleniach, przedsiębiorcy telekomunikacyjni powinni podkreślać, że działają zgodnie z prawem, a powierzone im dane są bezpiecznie przechowywane i przekazywane organom.



ZBIERANIE I PRZECHOWYWANIE INFORMACJI

Obowiązek zbierania i przechowywania informacji przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych statuuje i konkretyzuje art. 9 ust. 1 i 2 u.d. antyter. Przepis ten wyraża obowiązek wcześniej umieszczony w ustawie z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym¹⁶ w art. 12a, w projekcie ustawy o działaniach antyterrorystycznych natomiast początkowo określony w art. 4 i inaczej zredagowany¹⁷. Zgodnie z obecnym jego brzmieniem przedsiębiorca telekomunikacyjny, operator pocztowy oraz usługodawca świadczący usługi drogą elektroniczną są obowiązani do zapewnienia nieodpłatnie warunków technicznych i organizacyjnych umożliwiających ABW niejawnie prowadzenie następujących czynności:

1. uzyskiwanie i utrwalanie treści rozmów prowadzonych przy

15 Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 1929 ze zm.).

16 Ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 1166 ze zm.).

17 Uzasadnienie..., s. 6.



użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych,

- 2. uzyskiwanie i utrwalanie obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne,**

- 3. uzyskiwanie i utrwalanie treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej,**

- 4. uzyskiwanie i utrwalanie danych zawartych na informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych,**

- 5. uzyskiwanie dostępu i kontroli zawartości przesyłek.**

Prawnie określonymi celami dokonywania powyższych czynności przez ABW, wnikającymi z art. 9 ust. 1 u.d.antyter., jest rozpoznawanie, zapobieganie lub zwalczanie przestępstw o charakterze terrorystycznym wobec osoby niebędącej obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej, w stosunku do której istnieje obawa co do możliwości prowadzenia przez nią działalności terrorystycznej.

Zbieranie i przechowywanie informacji to druga z instytucji wynikająca z ustawy o działaniach antyterrorystycznych, która miała być rozpracowana pod kątem wpływu na sytuację gospodarczą i inwestycyjną przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, tworzenia się szans i zagrożeń. Tradycyjnie już należałoby wspomnieć, że zagrożenia mogą stać się szansami i na odwrót.

W zakresie zbierania i przechowywania informacji to bezpieczeństwo jest najważniejszym obszarem szans i zagrożeń dla sytuacji gospodarczej i inwestycyjnej przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Bezpieczeństwo zostanie najpierw opisane samodzielnie, a następnie jeszcze w ramach innych obszarów szans i zagrożeń. Chodzi tutaj o bezpieczeństwo nie tylko

samego zbierania i przechowywania danych, ale także bezpieczeństwo przekazywania ich organom, czy bezpieczeństwo klientów w zakresie porozumiewania się stacjonarnego lub mobilnego. Należy chronić dane przed piractwem czy hakerami, mającymi na celu ich kradzież, zainstalowanie szkodliwego oprogramowania lub nielegalnych podsłuchów albo wyłudzacami danych, szczególnie od najstarszych, czyli od osób starszych lub dzieci. Konieczne staje się także dbanie o bezpieczeństwo korzystania z chmury, w której mogą być przechowywane dane nie tylko przez operatora, ale także przez klientów. W tym celu konieczny jest ciągły monitoring bezpieczeństwa i wypracowane systemy ostrzegania wykonywane zarówno przez programy i urzędników, jak i przez instytucje oraz ludzi. O specjalnych procedurach bezpieczeństwa przedsiębiorcy telekomunikacyjni mogą informować klientów lub potencjalnych klientów w reklamach.

Akcja informacyjna dotycząca bezpieczeństwa danych zbieranych i przechowywanych u danego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego nie musi się jednak ograniczać do reklam. Mogą wchodzić w grę także szkolenia pracowników do rozmów z klientami na ten temat, szkolenia dla klientów bezpośrednio, telefoniczne, przez urzędników przesyłające obraz i dźwięk, krótkie filmiki, ulotki, broszurki lub książeczki. Chodzi o to, aby pokonać strach potencjalnych klientów przed korzystaniem z sieci. Jeśli przedsiębiorca telekomunikacyjny założyłby organizację pozarządową to przedstawione zadania mogłaby ona wykonywać, prawdopodobnie otrzymując do tego środki z „Programu Polska Cyfrowa”, podobnie jak w przypadku szkoleń dotyczących rejestracji kart pre-paid.

W tym miejscu należy przyjrzeć się bliżej współpracy przedsiębiorców telekomunikacyjnych z organami w zakresie zbierania i przechowywania danych. Zbieranie danych jednak może odbywać się nie tylko w dokumentacji umów lub podczas rozmów obywateli czy zwykłego korzystania z Internetu, ale również podczas relacji obywatel-urząd w ramach platform cyfrowych. Z jednej strony większa dostępność urzędów i rządu przez Internet ułatwia kontakt, a z drugiej strony stwarza nowe źródło danych o kliencie. Obsługa, tworzenie i ulepszanie takich platform może odbywać się przez same urzędy, ale czasem chociaż po części, może to być zlecane innym podmiotom według przepisów ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r.



o partnerstwie publiczno-prywatnym¹⁸ oraz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹⁹. Środki urzędów na ten cel mogą pochodzić z „Programu Polska Cyfrowa”. Chociaż więc przedsiębiorcy telekomunikacyjni nie są w stanie bezpośrednio ich uzyskać w ramach obszaru związanego z działalnością i rozbudowywaniem e-administracji to okazuje się, że mogą z nich skorzystać pośrednio, jeśli urząd zdecyduje się delegować przynajmniej część obowiązków związanych z platformami cyfrowego dostępu podmiotom prywatnym, uznając, że będą one wykonywane efektywniej. Już sama możliwość takiego rozwiązania stanowi szansę dla przedsiębiorstw telekomunikacyjnych zarobienia pieniędzy, ale także znów zagrożenie w postaci konieczności przejęcia części odpowiedzialności za ochronę danych.

Zbieranie i przechowywanie danych przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych wiąże się z rozwojem niezbędnej do tego zadania infrastruktury. Na pewno dokumentacja powinna być papierowa, ale może powinny także wchodzić w grę specjalnie do tego chronione dyski, dodatkowe programy ochronne na komputery i specjalnie przystosowane, szyfrowane łącza przesyłowe. Ich wadą stałoby się jednak to, że działają tylko na prąd, którego mogłoby zabraknąć w sytuacji działań terrorystycznych, wojny lub kataklizmu. Chodzi jednak o to, aby kontakt był zawsze sprawny i szybki nawet w sytuacjach ekstremalnych, a może przede wszystkim w nich. Stąd wydaje się, że przydatne byłyby dodatkowe, kompleksowe, zabezpieczenia przed tego typu wypadkami, w postaci np. specjalnych, trudnych do zniszczenia, przerwania kabli lub równoległych kabli, równoległych źródeł zasilania, dalekosiężnych akumulatorów lub akumulatorów lokalnych połączonych w sieci, oraz podobnie rozmieszczonych agregatów prądotwórczych. Takie agregaty prądotwórcze musiałyby mieć zapas materiałów, z których mogłyby czerpać prąd, może częściowo byłyby to odnawialne źródła energii, czyli słońce i wiatr. Wszystkie urządzenia powinny być okresowo przeglądane tak, aby w każdym momencie okazały się sprawne. Możliwe byłoby w tym celu zatrudnienie dodatkowych pracowników lub zlecenie przeglądów przedsiębiorcom zewnętrznym. Moni-

18 Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (tekst. jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 696 ze zm.).

19 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst. jedn. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.).

toring ten częściowo pewnie mógłby odbywać się zdalnie poprzez kolejne służące do tego urządzenia. Infrastruktura zabezpieczająca mogłaby być równoległa lub dodatkowa w stosunku do już istniejącej sieci. Na pewno okazałoby się to kosztownym przedsięwzięciem, ale jeśli uznać, że infrastruktura ta zabezpiecza funkcjonowanie szerokopasmowego Internetu w ogólności to przedsiębiorcy telekomunikacyjni pewnie mogliby starać się o dofinansowanie ze środków „Programu Polska Cyfrowa”.



ZAKOŃCZENIE

W sytuacji powszechnego zagrożenia terrorystycznego ustawa o działaniach antyterrorystycznych uregulowała środki podjęte w celu niwelacji zagrożeń terrorystycznych, także ograniczające prawa i wolności obywatelskie. W opracowaniu opisano dwa z nich, czyli rejestrację kart pre-paid oraz zbieranie i przechowywanie informacji, wskazując ich wpływ na sytuację gospodarczą i inwestycyjną przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, biorąc pod uwagę obszary dofinansowania „Programu Polska Cyfrowa”. Określono zagrożenia, związane przede wszystkim z dużymi, kosztownymi inwestycjami, z których tylko część może być pokryta z „Programu” lub zagrożenia dotyczące zachowania bezpieczeństwa. Skoncentrowano się także na szansach związanych z przyciągnięciem nowych klientów, a przez to osiągnięciem nowych zysków.

Optymalne zarządzanie rozwojem cyfrowym Polski, w bliższej i dalszej przyszłości, wymaga zrównoważenia działań spośród trzech obszarów: gospodarka cyfrowa, efektywna polityka regulacyjna i kompetencje cyfrowe społeczeństwa. Motywacja społeczna do korzystania z Internetu wynika z dostępu do sieci również poza dużymi aglomeracjami, a także z wiedzy o korzyściach z tego płynących, w tym dostępie do Jednolitego Rynku Cyfrowego i wiedzy o zasadach bezpiecznego posługiwania się siecią oraz wynika z możliwości finansowych. Konieczna więc jest zarówno budowa infrastruktury szerokopasmowego Internetu, jak i szkolenia w zakresie korzystania z Internetu i platform e-administracji oraz bezpieczeństwa danych. Pomóc w tym mogą także przedsiębiorcy telekomunikacyjni, wykorzystujący szanse i unikający zagrożeń, które wynikają z wprowadzenia regulacji antyterrorystycznych.



ABSTRAKT

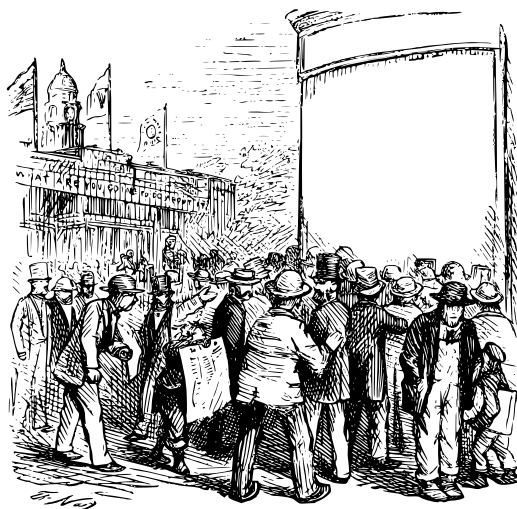
Celem artykułu z zakresu ekonomicznej analizy prawa jest pokazanie wybranych praktycznych aspektów wykonania regulacji antyterrorystycznych, dotyczących sytuacji gospodarczej i inwestycyjnej przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, poprzez przedstawienie zaobserwowanych szans i zagrożeń z tym związanych. Pod opisanym względem została dokonana analiza takich instytucji prawnych z regulacji antyterrorystycznych jak: rejestracja kart pre-paid oraz zbieranie i przechowywanie informacji. Opracowanie odnosi się także do „Funduszy Europejskich Programu Polska Cyfrowa” oraz rozwoju cyfrowego Polski.



SUMMARY

The aim of this article from the Law and Economics is to show the impact of anti-terrorism regulation on the economic and investment situation of telecommunications companies exists, by presenting the observed opportunities and risks associated with it. In this respect the analysis of such legal institutions of the anti-terrorism regulations as registration of pre-paid cards and the collection and the storage of information has been made. The essay also refers to “European Funds Digital Poland Program” and the development of digital Polish.

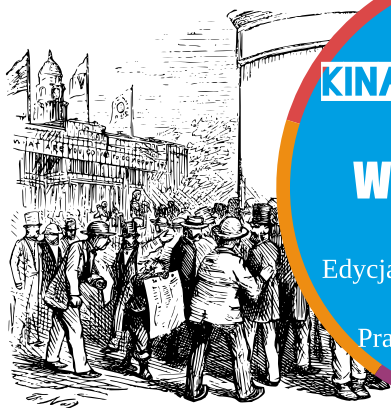
Afisz



MP

**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH



Przegląd
KINA PRAWNICZEGO
ADWOKAT
W ROLI GŁÓWNEJ



Edycja dokumentalna sekcją 17.
 MFF Watch Docs.
 Prawa człowieka w filmie

Informacja Prasowa

W 2017 roku Naczelna Rada Adwokacka postanowiła rozpocząć współpracę z Międzynarodowym Festiwalem Filmowym WATCH DOCS. Prawa człowieka w filmie i w ten sposób kontynuować założenia organizowanego w latach 2011–2016 przeglądu ADWOKAT W ROLI GŁÓWNEJ, prezentującego filmowe klasyki dramatu sądowego i przybliżającego szerokiej widowni charakter pracy adwokatów.

Efektom tej współpracy była debata „Prawnik wobec bezprawia”, której towarzyszyła retrospektywa filmów dokumentalnych o roli prawnika w walce o prawa człowieka.



MIĘDZYNARODOWA DEBATA „PRAWNIK WOBEC BEZPRAWIA”

Przegląd ADWOKAT W ROLI GŁÓWNEJ. Edycja dokumentalna otworzyła 8 grudnia w Kinie Muranów debata współorganizowana przez Naczelną Radę Adwokacką i American Bar Association pt. „Prawnik wobec bezprawia”. Panelistami debaty byli William Meyer, amerykański prawnik z ponad czterdziestoletnim doświadczeniem, pierwszy dyrektor CEELI Institute,



który pracował jako ekspert przy projektach reform wymiaru sprawiedliwości w wielu państwach, ekspert American Bar Association; prof. Ewa Łętowska, była rzecznik praw obywatelskich i sędzia Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku, członek Polskiej Akademii Nauk; adw. Jakub Wende, członek NRA, specjalizuje się w prawie karnym i karnym gospodarczym oraz adw. Sylwia Gregorczyk-Abram, sędzia WSD, która specjalizuje się w prawie karnym i prawie medycznym, laureatka tegorocznej nagrody Prawnik Pro Bono za działalność pro bono na rzecz praw człowieka. Uczestnicy debaty dyskutowali m.in. o tym jak powinien zachować się prawnik-praktyk wobec załamania zasady państwa prawa, jakimi środkami dysponuje, aby przeciwstawić się demontażowi praworządności. Na ile załamanie zasady państwa prawa odczuwalne jest w sprawach sądowych dla tak zwanych zwykłych obywateli? I wreszcie – czy możemy liczyć na tak zwaną rozproszoną kontrolę konstytucyjności prawa przez sędziów sądów powszechnych? O swoich doświadczeniach opowiadali adwokaci i sędziowie, a szerszą perspektywę zapewnił udział gości zagranicznych.



O MFF WATCH DOCS

Międzynarodowy Festiwal Filmowy WATCH DOCS. Prawa Człowieka w Filmie od 17 lat konsekwentnie popularyzuje ambitne, społeczne kino dokumentalne wśród polskiej publiczności. Jest to jeden z największych na świecie festiwali filmowych poświęconych prawom człowieka. Na tegoroczną edycję (7–14.12.2017) składa się blisko 60 filmów, debaty, spotkania, warsztaty i inne wydarzenia towarzyszące.

WATCH DOCS to wspólne przedsięwzięcie wiodącej polskiej organizacji obrony praw człowieka – Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, Centrum Sztuki Współczesnej Zamku Ujazdowskiego oraz Społecznego Instytutu Filmowego. Po zakończeniu festiwalu w Warszawie WATCH DOCS rusza w Polskę – w 2018 roku jego objazdowa odsłona zawita do ponad 40 polskich miast. Łącznie z festiwałem objazdowym oraz festiwałem online WATCH DOCS dociera do łącznie ponad 100 000 widzów.



KONKURS DLA ADWOKATÓW NA FUTURE DOCS

We współpracy z FUTURE DOCS Naczelna Rada Adwokacka ogłosiła konkurs dla polskich adwokatów prowadzących sprawy z zakresu praw czło-

wieka. Nagrodą był udział w warsztatach FUTURE DOCS, podczas których adwokaci mogli przedstawić dokumentalistom wybrany przez siebie temat, jaki może stać się inspiracją do realizacji filmu. FUTURE DOCS to europejska platforma współpracy obrońców praw człowieka i twórców kinowych filmów dokumentalnych. Obrońcy praw człowieka mają okazję przedstawić szukającym inspiracji filmowcom ważne, znane im z własnej pracy problemy i sprawy dotyczące szeroko pojętych praw człowieka. Wspólne warsztaty FUTURE DOCS dla filmowców i obrońców praw człowieka już po raz drugi odbyły się w Warszawie, w dniach 8 - 10 grudnia 2017 r., w ramach 17. MFF WATCH DOCS. Prawa Człowieka w Filmie. Organizatorzy FUTURE DOCS zarezerwowali dwa miejsca na warsztatach dla adwokatów, wybranych na postawie nadesłanych zgłoszeń przez Naczelną Radę Adwokacką i zespół WATCH DOCS.

W ramach warsztatów po prezentacjach miała miejsce moderowana praca w grupach i spotkania filmowców z obrońcami praw człowieka jeden-na-jednego. Miały one na celu poszukiwanie w prezentowanych tematach potencjału dla projektów filmowych. Po warsztatach, nawiązana między niektórymi filmowcami i obrońcami praw człowieka współpraca będzie kontynuowana z pomocą międzynarodowych ekspertów (Skype tutoring).

Do końca stycznia filmowcy będą mogli zgłosić pomysły na filmy na udostępnionych formularzach, spośród których jury FUTURE DOCS wybierze najbardziej obiecujący projekt, który otrzyma FUTURE DOCS Award w wysokości 5000,00 USD, a Naczelna Rada Adwokacka przyzna Nagrodę NRA FUTURE DOCS w wysokości 15 000 PLN na rozwój najbardziej obiecującego projektu filmowego związanego z pracą adwokata w obronie praw podstawowych.

Mamy nadzieję, że współpraca adwokatów i filmowców okaże się owocna.

Organizatorzy Przeglądu: Naczelna Rada Adwokacka, MFF Watch Docs. Prawa człowieka w filmie.

Partnerzy Przeglądu: Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Legalna Kultura, Młoda Palestra, Komisja ds. Wizerunku Zewnętrzniego i Ochrony Prawnej Przy Naczelnej Radzie Adwokackiej, C.H. Beck, ELSA Poland.

Patroni medialni Przeglądu: Dziennik Gazeta Prawna, Rzeczpospolita.





Relacja
z akcji edukacyjnej

TYDZIEŃ KONSTYTUCYJNY



**adw. Sylwia Gregorczyk-Abram,
apl. adw. Agata Owczarska**

Izba Adwokacka w Warszawie

Konstytucja to nie jest uroczysta szata, którą się wyciąga raz na jakiś czas przy jubileuszu, tylko ma być stosowana na co dzień – jak wygodna tweedowa marynarka. Tylko po to, żeby to dostrzec, trzeba umieć ją czytać. I to, co nam doskwiera to nieumiejętność czytania. Nie mamy problemu z Konstytucją. Nie mamy problemu z obecnością w Konstytucji. Mamy problem z czytaniem Konstytucji.

Prof. Ewa Łętowska

Wstuchując się w diagnozę społeczno-prawną prof. Ewy Łętowskiej, w dniach 4–11 listopada br. ponownie podjęliśmy wspólnie próbę przeprowadzenia ogólnopolskiego przyspieszonego kursu czytania Konstytucji. Już po raz czwarty odbyła się organizowana przez Stowarzyszenie im. Prof. Zbigniewa Hołdy akcja edukacyjna „Tydzień Konstytucyjny” (#MojaKonstytucja). Przez siedem dni adwokaci, pracownicy organizacji pozarządowych, sędziowie, radcowie prawni oraz przedstawiciele innych zawodów prawniczych spotykali się z uczniami w całej Polsce celem przy-



bliżenia młodzieży podstawowych założeń i znaczenia Konstytucji. Tym razem do udziału w programie zaprosiliśmy także dorosłych obywateli i obywatelki. W związku z tym, prelegenci prowadzili również warsztaty m.in. dla słuchaczy uniwersytetów trzeciego wieku oraz rad rodziców.

Ponad pół tysiąca prawników i prawniczek rozmawiało z przeszło 45 tysiącami osób – dzieci i dorosłych. Tak jak w poprzednich edycjach, projekt objęty został honorowym patronatem Rzecznika Praw Obywatelskich. Dr Adam Bodnar przeprowadził nadto zajęcia w jednym z warszawskich liceów. W programie udział wzięli także przewodniczący Krajowej Rady Sądownictwa SSN Dariusz Zawistowski i prof. Marcin Matczak.

W tej edycji podczas spotkań z słuchaczami zwracaliśmy szczególną uwagę na instytucję trójpodziału władzy. Współpracujący z nami prawnicy wyposażeni zostali przez Stowarzyszenie im. Prof. Zbigniewa Hołdy w materiały dydaktyczne, przygotowane przez Koło Naukowe Prawa Konstytucyjnego Uniwersytetu Warszawskiego i Stowarzyszenie Młodych Dziennikarzy POLIS.

Angażując się w ten projekt, wierzymy, że to na prawnikach spoczywa szczególna odpowiedzialność za stan wiedzy obywatelskiej i prawnej Polaków oraz ich postawy społeczne. Dostrzegamy przy tym istotne braki w edukacji szkolnej, których uzupełnienie oceniane być winno jako klucz do stworzenia rzeczywistości społecznej, której uczestnicy stać będą na straży elementarnych zasad i wartości konstytucyjnych wobec świadomości, że to ich prawa i wolności stanowią przedmiot ochrony ustawy zasadniczej. Staramy się – wobec powyższego – brać czynny udział w edukacji współobywateli poprzez wykorzystanie naszej wiedzy i umiejętności na rzecz propagowania bliskich nam wszystkim wartości demokratycznego państwa prawnego. Jesteśmy głęboko przekonani, że przywilej odebrania wykształcenia prawniczego i solidarność społeczna obligują nas nie tylko do okazywania rewerencji ustawie zasadniczej, ale nadto do współpracy z innymi uczestnikami życia społecznego na rzecz umocnienia postaw równościowych, wolnościowych i poszanowania Konstytucji oraz wartości europejskich.

Przedstawione poniżej relacje dowodzą, że podejmowane przez nas działania mają sens i budzą ogromne zainteresowanie nie tylko wśród prawników, ale także młodzieży i dorosłych spoza naszego środowiska.

Informacje dotyczące kolejnej edycji zostaną umieszczone na stronie Stowarzyszenia: www.stowarzyszenieholda.pl oraz fanpage'u <https://www.facebook.com/stowarzyszenieholda/>. Więcej informacji uzyskać można również mailowo (pod adresem: stowarzyszenie@stowarzyszenieholda.pl). Zapraszamy do udziału!



Czekamy na Twój tekst!
młoda.palestra.wa@gmail.com

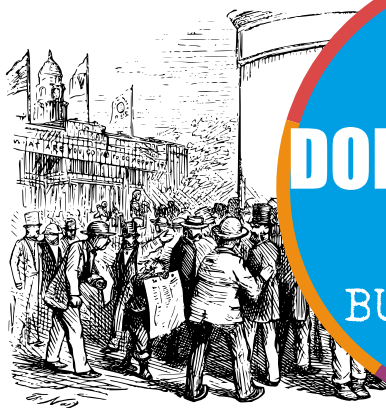
#publikuj



**MŁODA
PALESTRA**

CZASOPISMO APLIKANTÓW ADWOKACKICH





*Relacja
z Kongresu*
DOBRE PRAWO
DOBRE
BUDOWNICTWO



apl. adw. Adriana Gostępska

Redaktor Młodej Palestry,
Izba Adwokacka w Warszawie

W dniach 27–28 listopada 2017 r. w Warszawie odbył się pierwszy kongres regulacji prawnych budownictwa i infrastruktury pod nazwą „Dobre Prawo, Dobre Budownictwo”, którego organizatorem był Polski Związek Pracodawców Budownictwa.

W Kongresie wzięli udział liczni przedstawiciele środowisk prawniczych, biznesu oraz administracji państwowej. Wydarzenie stało się platformą wymiany zdań i poglądów na temat aktualnych regulacji prawnych obowiązujących w obszarze prawa gospodarczego.

Na jednym z wielu paneli dyskusyjnych poruszony został problem „sądu budowlanego” jako wyspecjalizowanego podmiotu, który mógłby w sposób sprawny rozstrzygać spory gospodarcze z zakresu prawa budowlanego. Pomysł stworzenia wysoce wyspecjalizowanego sądu ma zarówno wielu zwolenników jak i przeciwników. Wśród argumentów „za” przeważały głosy podkreślające potrzebę pilnego usprawnienia postępowań sądowych. Zbyt długie procesy sądowe są zmorą nie tylko stron sporu, ich pełnomocników ale stanowią również bolączkę samego wymiaru sprawiedliwości. Autorzy sceptycznych głosów podkreślali, że wiązałyby się



to z koniecznością zmian również w zakresie kształcenia sędziów, którzy musieliby przejść liczne szkolenia aby wysoce specjalizować się w rozstrzyganiu wyłącznie sporów budowlanych. Wśród głosów krytycznych pojawił się również argument, że utworzenie sądu gospodarczego wiązałoby się z koniecznością tworzenia kolejnych wyspecjalizowanych sądów obejmujących kognicją inne branże, takie jak np. farmaceutyczna. W mojej ocenie nie jest to trafny pogląd. Sam fakt wyodrębnienia przez ustawodawcę w kodeksie postępowania cywilnego postępowania w sprawach gospodarczych, które obowiązywało do 2012 roku stanowił przejaw świadomości, że istnieje potrzeba „wyjęcia przed nawias” tego typu postępowań. Oczywiście nie można stawiać znaku równości pomiędzy odrębnym trybem postępowania przed sądem oraz „sądem gospodarczym” będącej w istocie wyodrębnioną jednostką strukturalną sądu, która miałaby rozstrzygać wyłącznie spory budowlane. Niemniej jednak trudno nie dostrzec zalet w perspektywie wyrokowania przez wyspecjalizowanych sędziów, którzy dzięki odpowiednim szkoleniom mogliby szybko i sprawnie rozstrzygać spory budowlane. Zwolennicy stworzenia sądów budowlanych zwracają bowiem uwagę na zbyt długie rozpoznawanie spraw przez wydziały gospodarcze sądów powszechnych.

Wśród uczestników wydarzenia szczególne emocje wzbudził zaprezentowany podczas pierwszego dnia Kongresu „Raport Red Flag”, dotyczący badania otoczenia prawnego sektora budownictwa i barier, które stoją na drodze zwiększenia efektywności przedsięwzięć budowlanych oraz ograniczeniu kosztów transakcyjnych procesów budowlanych w Polsce. Mimo, iż budownictwo stanowi aż 13% PKB, to nie wnosi wiele w jego rozwój właśnie powodu ww. kosztów transakcyjnych oraz małej efektywności pracy w sektorze budowlanym. Autorami Raportu jest Polski Związek Pracodawców Budownictwa oraz kancelaria prawna Jara Drapała & Partners.

Autorzy za cel Raportu przyjęli zdefiniowanie obszarów prawa budowlanego wymagających najpilniejszych działań ustawodawcy. W treści Raportu zwrócono uwagę na problem komplikacji podczas realizacji procesów inwestycyjnych, którego źródła należy poszukiwać nie tylko w problemach technicznych ale również w konstrukcji samego otoczenia prawnego. Nie ulega wątpliwości, że Raport Red Flag może stanowić świetną bazę do dialogu z ustawodawcą, którego celem byłoby wspólne wypracowanie a następnie wprowadzenie

optymalnych rozwiązań legislacyjnych do polskiego systemu prawnego dla dobra przedsiębiorców branży budowlanej.

Kongres Dobre Prawo, Dobre Budownictwo zgromadził wielu znamienitych gości, przedstawicieli zawodów prawniczych – adwokatów i radców prawnych związanych z branżą budowlaną, sędziów orzekających w sprawach gospodarczych, osoby zajmujące kluczowe stanowiska w firmach budowlanych a także urzędników administracji państwowej.

Gośćmi Kongresu byli m.in. Małgorzata Stręciwilk – prezes UZP, Paweł Szaciłło – dyrektor Departamentu Partnerstwa Publiczno-Prywatnego Ministerstwa Rozwoju, Artur Woźnicki – vice prezes Prokuratury Generalnej RP, sędzia Agnieszka Owczarewicz – przewodnicząca XXVI Wydziału Gospodarczego Sądu Okręgowego w Warszawie, Anna Szymańska-Grodzka – sędzia Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie, prof. Marek Wierzbowski, prof. Przemysław Drapała, adw. Andrzej Zwara, adw. Tomasz Korczyński – członek Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie. Pierwszy dzień Kongresu zwieńczyła debata dotycząca wizji budownictwa i rynku budowlanego w Polsce na lata 2025–2030 z udziałem ekonomistów.

Drugi dzień Kongresu obfitował w dyskusje na temat arbitrażu oraz jego efektywności w kontekście orzekania przez sądy powszechne. Nie zabrakło również aspektów podatkowych oraz analizy środków ochrony prawnej przewidzianych przez prawo zamówień publicznych dotyczących możliwości wpływania przez wykonawców na treść umów stosowanych przez zamawiających w toku postępowań przetargowych.

Serdeczne gratulacje dla organizatorów przedsięwzięcia a w szczególności dla pomysłodawcy Kongresu, prezesa Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa – adwokata Jana Stylińskiego będącego członkiem izby adwokackiej w Warszawie. Kongres Dobre Prawo, Dobre Budownictwo zachwycił poziomem merytorycznym prowadzonych dyskusji oraz usystematyzował postulaty i głosy ekspertów stanowiących cenną bazę dla polskiego ustawodawcy. Warto bowiem wprowadzać rozwiązania prawne pozytywnie oddziaływujące na tak potężną i dochodową branżę, zarówno dla inwestorów komercyjnych jak i publicznych, jaką niewątpliwie jest rynek budowlany. Szczególną satysfakcję przynosi zaś możliwość wpływania na kształt obowiązującego w Polsce prawa poprzez tworzenie oraz wspieranie słusznych i praktycznych rozwiązań legislacyjnych.



WSPOMNIENIA Z LETNIEJ SZKOŁY LESZKA BALCEROWICZA 2017.

apl. adw. Justyna Olejniczak

Izba Adwokacka w Opolu

W tym roku miałam okazję uczestniczyć w wyjątkowym seminarium organizowanym przez fundację Forum Obywatelskiego Rozwoju – Letnia Szkoła Leszka Balcerowicza, z czasem nazywaną przez uczestników, pieszczotliwie „Zieloną Szkołą Leszką Balcerowicza”. Brzmi dość tajemniczo? Chcąc innym opowiedzieć w czym brałam udział i na czym polegało owe seminarium, ciężko jest to ująć w jednym zdaniu. Ten artykuł może zabrzmieć jak reklama, co nie jest moim celem, ale po przeczytaniu go z pewnością każdy z Was nabierze chęci do wzięcia udziału w następnej edycji tego wydarzenia.

NA POCZĄTEK DANE TECHNICZNE:

- Miejsce – „Rancho pod bocianem” w miejscowości Przytki (ok. 30 km od Warszawy)
- Termin – 24 – 30 września 2017 r.
- 40 uczestników, 20 prelegentów, 6 otrzymanych książek, niepoliczalna liczba zabawy i rozmów z wyjątkowymi ludźmi.

A teraz do rzeczy. W niedzielę 24 września 2017 r. (po intensywnych dwóch dniach Ogólnopolskiej Konferencji Aplikantów Adwokackich w Warszawie) z Placu Defilad w Warszawie zabrano nas-uczestników, autokarem do znacznej miejscowości Przypki. Dziewięćdziesiąt procent powierzchni tej miejscowości zajmuje kompleks hotelowy „Rancho pod bocianem” usytuowany łącznie na ponad 20 ha, a składający się z kilku budynków, boisk sportowych, torów quadowych i off-roadowych i dużo, dużo więcej. Uczestnicy stanowili zlepek młodych ludzi, z różnych środowisk w wieku od osiemnastu do trzydziestu lat, więc rozpiętość wiekowa była dość imponująca. Równie imponujące było doświadczenie, wiedza i inteligencja tych ludzi. Byłam niejednokrotnie wprowadzona w niemałe zakłopotanie, gdy mój rozmówca mimo dwudziestu dwóch lat był w kilkudziesięciu krajach, znał cztery języki i pracował w kilku miejscach. Środowisko tyłu ambitnych ludzi w jednym miejscu stymulowało do wielogodzinnych rozmów, które trwały do późnych godzin nocnych w klimacie wolnomularskim. Spokojnie, nie było jednak tak poważnie jak mogłoby się wydawać. Codziennie wieczorem dostawaliśmy dwa talony na darmowe piwka, które po dodaniu następnych płynów rozwiązywały młodym talentom języki i kończyło się na nocnych śpiewach „Hiszpańskich dziewczyn”, tańcach, graniu w bilarda i integracji z innymi gośćmi hotelowymi. Tak wyglądały wieczory, prócz ostatniego, o czym na końcu.

Dzień natomiast prezentował się następująco. Wstawaliśmy dość wcześnie, żeby od ósmej do dziewiątej godziny zdążyć na śniadanie. Pozwolę sobie wtrącić, że jedzenie w tym hotelu było naprawdę bardzo dobre, różnorodne i podawane w formie bufetu. Następnie przez kolejne 5 dni od rana do wieczora, z przerwą na obiad, mieliśmy półtoragodzinne wykłady z wyjątkowymi ludźmi. Wykładem otwierającym Szkołę był wykład prof. Leszka Balcerowicza, który nie krył, że chce z nas zrobić swoich „komandosów” do walki z populizmem i obrony demokracji. Mieliśmy również przyjemność wysłuchać wystąpienia Jeremiego Mordasiewicza, który mówił m. in. o obniżeniu wieku emerytalnego oraz jego skutkach, zwłaszcza dla nas młodych ludzi. Wyraził również swoją opinię odnośnie do przywilejów emerytalnych, pieniądzech w Zakładzie Ubezpieczeń Społecznych i Otwartych Funduszach Emerytalnych. Dzięki temu seminarium miałam okazję poznać Rafała Sonika (który przyleciał do nas swoim helikopterem i podarował nam swoje plakaty z dedykacją), zjeść obiad z Piotrem Krupą - prezesem zarządu Kruk S.A. oraz Włodzimierzem Cimoszewiczem. Prele-



gentami Szkoły byli również m.in. Paweł Kowal, Andrzej Rzońca, Tomasz Czechowicz, Jakub Karnowski, David Huse, Piotr Maślak, Marek Tatała, Agata Stremecka, dr Aleksander Łaszek, Mariusz Książek, Jerzy Stępień, dr Mariusz Szeib, Zbigniew Inglot, prof. J. Majcherek.

Każda z tych osób, w szczególności Tomasz Czechowicz, Mariusz Książek, Rafał Sonik, Mariusz Szeib, Zbigniew Inglot i Piotr Krupa, które osiągnęły duży sukces finansowy podzieliła się z nami swoimi niesamowitymi historiami, co podziałało na nas bardzo inspirująco.

Ujmując w całości ten wyjazd powiem, że było wprost czarująco. Przez tydzień byliśmy zamknięci w pięknym miejscu, karmiono nas różnorodnymi pysznościami, pod dostatkiem kawy, herbaty, ciasteczek, soków, a wieczorem innych napojów. Stąd śmiałyśmy się, że jesteśmy na zielonej szkole Leszka Balcerowicza. Mieliśmy okazję do szeroko pojętego networkingu, zarówno w gronie uczestników, jak i prelegentów. Niecodziennie ma się bowiem sposobność do porozmawiania z ludźmi z polskiej listy Forbesa, czy też znanymi politykami. Do tego rozpieszczano nas prezentami – codziennie dostawaliśmy jakąś książkę, do tego grę planszową, kosmetyki z „Ziaji” i Inglota, pendrive, kubek, koszulki, materiały szkoleniowe. Mieliśmy również okazję uczestniczyć w wykładzie prowadzonym przez Zbigniewa Inglota w siedzibie jego firmy „Inglot” w Warszawie – niesamowicie piękne miejsce, które polecam odwiedzić, gdyż do studia można wejść jak do każdego sklepu marki „Inglot”. Zostaliśmy ugoszczeni przez Zbigniewa Inglota, jego dzieci i pracowników prezentami, kieliszkami prosecco oraz wyszukаныmi przystawkami. Jednym słowem – niesamowite doświadczenie. Do tego wszystkiego, w ostatnim dniu wzięliśmy udział w balu z okazji 10 – lecia Forum Obywatelskiego Rozwoju, na który byli zaproszeni m. in. sponsorzy fundacji – delikatnie ujmując znani i majątni Polacy. No i Rafał Sonik znowu przyleciał do nas swoim helikopterem. Wszystko to było finansowane przez fundację prof. Leszka Balcerowicza, a ja jedyne co musiałam zrobić to napisać artykuł na jeden z trzech podanych tematów.

Czy było warto? Zdecydowanie.

Czy polecam? Tak, tak, tak!

TABLE OF CONTENTS

CRIMINAL LAW

Entrepreneur in face of the recent amendments of criminal law. Contribution to the discussion 10

Extended confiscation and entrepreneurs awareness of exploitation of their companies for criminal acts. 16

Approval gloss to the resolutions of Supreme Court of 31 May 2017, I KZP 4/17 26

CIVIL LAW

Setting aside as ground for refusal of enforcement of a foreign arbitration award - Polish regulation in the context of international practice 38

ADMINISTRATIVE LAW

Legal and tax status of a limited joint stock partnership in court judgements 52

Evaluation of the introduction of mediation institutions into the provisions of the Code of Administrative Procedure - improvement of the procedure? 64

LEGAL ETHICS AND OTHERS

"The impact of anti-terrorism regulation on the economic and investment situation of telecommunications companies - opportunities and risks" 76



CYWILNE

ADMINISTRACYJNE



KARNE

GOSPODARCZE

ETYKA I INNE



www.facebook.com/mlodapalestra



mloda.palestra.wa@gmail.com

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