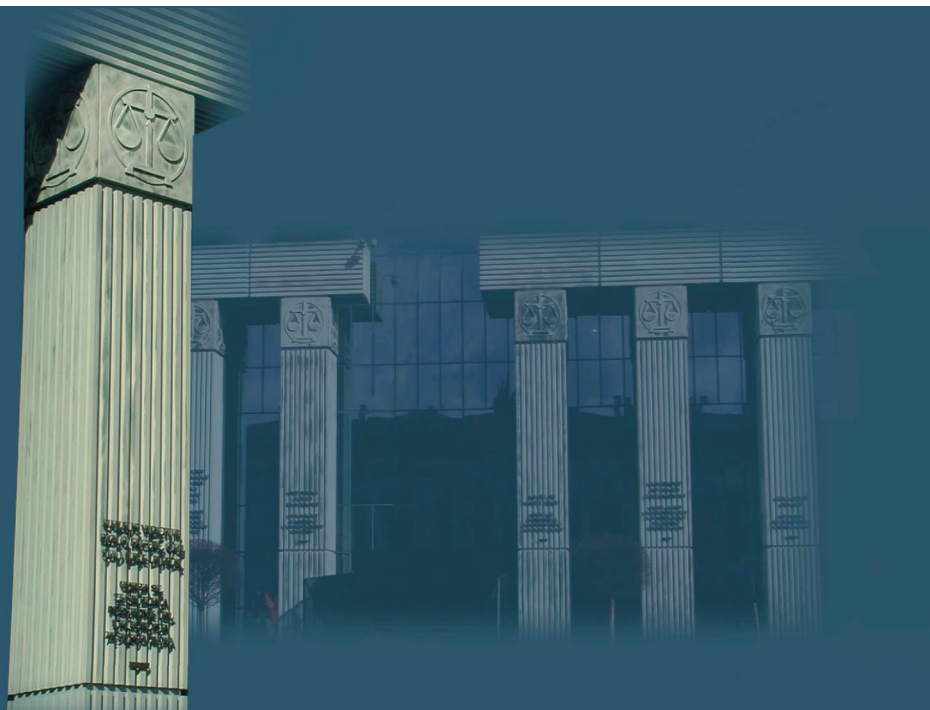




Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego



Uwagi o stwierdzonych
nieprawidłowościach
i lukach w prawie

Warszawa 2017

PIERWSZY PREZES
SĄDU NAJWYŻSZEGO

Uwagi
o stwierdzonych nieprawidłowościach
i lukach w prawie

WYDAWCA:

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

PIERWSZY PREZES SĄDU NAJWYŻSZEGO

Uwagi
o stwierdzonych nieprawidłowościach
i lukach w prawie

UWAGI O STWIERDZONYCH NIEPRAWIDŁOWOŚCIACH I LUKACH W PRAWIE

Wstęp	11
1. Prawo cywilne.....	12
1.1. Przedawnienie roszczenia pasażera o odszkodowanie za opóźniony lot.....	12
1.2. Odwrócony kredyt hipoteczny	13
1.3. Stosowanie skargi pauliańskiej dla wierzytelności publicznoprawnych	14
1.4. Zniesienie współwłasności.....	15
1.5. Opłaty z tytułu wieczystego użytkowania garaży wielostanowiskowych.....	17
2. Postępowanie cywilne oraz przepisy o kosztach i opłatach sądowych	20
2.1. Właściwość i podział kognicji sądów w postępowaniu cywilnym.....	20
2.1.1. Stosowanie art. 17 pkt 2 k.p.c. do spraw o zapłatę wynagrodzenia za stworzenie utworu i przeniesienie autorskich praw majątkowych.....	20
2.1.2. Właściwość miejscowa sądów oraz właściwość funkcjonalna wydziałów w sądach powszechnych w sprawach o odszkodowania z ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych.....	21

2.2. Zaskarżanie orzeczeń i instancyjność postępowania cywilnego	23
2.2.1. Zaskarżalność postanowienia o odrzuceniu zażalenia	23
2.2.2. Prawomocność niezaskarżonej apelacją części orzeczenia w sprawach o rozwód i separację	23
2.3. Koszty i opłaty sądowe oraz koszty postępowania	24
2.3.1. Nadawanie klauzuli wykonalności postanowieniu w przedmiocie zwrotu kosztów postępowania zawartemu w orzeczeniu sądu drugiej instancji.....	24
2.3.2. Zwrot opłaty z urzędu od zarzutów od nakazu zapłaty	26
2.3.3. Zróżnicowanie opłat od środków odwoławczych....	28
2.4. Postępowanie klauzulowe i egzekucyjne	28
2.4.1. Zbieg egzekucji sądowych.....	28
2.4.2. Wpływ braku obowiązku ujawnienia w sentencji postanowienia spadkowego sposobu nabycia spadku z dobrodziejstwem inwentarza na prowadzoną egzekucję sądową	29
2.4.3. Możliwość nadawania klauzuli wykonalności przez e-Sąd	30
3. Postępowanie egzekucyjne.....	32
3.1. Opłata stała za opróżnienie lokalu mieszkalnego z rzeczy i osób (art. 51 ust. 1 pkt 3 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji)	32
3.2. Status komornika jako podatnika podatku od towarów i usług i sposób naliczania tego podatku w odniesieniu do opłat egzekucyjnych	33
3.3. Sąd właściwy do rozpoznania skargi na przewlekłość postępowania klauzulowego	34

4. Postępowania rejestrowe	36
4.1. Rozwiązanie stowarzyszenia przez sąd rejestrowy	36
4.2. Wynagrodzenie kuratora ustanowionego dla osoby prawnej przez sąd rejestrowy	37
4.3. Możliwość wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego wzmianki o uchwale o połączeniu lub podziale spółki	37
4.4. Wynagrodzenie działalności kuratora spółki z majątku spółki lub Skarbu Państwa	38
5. Prawo handlowe	39
5.1. Wymogi stawiane członkom w zarządzie spółki partnerskiej	39
6. Prawo własności intelektualnej	40
6.1. Postępowania przed Komisją Prawa Autorskiego	40
6.2. Prawa do utworu audiowizualnego (art. 70 pr. aut.)	42
6.3. Zgodność z prawem europejskim	43
6.3.1. Prawo autorskie	43
6.3.2. Własność przemysłowa	44
7. Prawo rodzinne i opiekuńcze.....	46
7.1. Porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów ze wspólnymi dziećmi	46
7.2. Oznaczenie miejsca pobytu dziecka w wyroku rozwodowym oraz w przypadku, gdy rodzice żyją w rozłączeniu	48
7.3. Wskazanie osoby przysposabiającego przez rodziców niepozbawionych władzy rodzicielskiej nad dzieckiem (art. 119 ^{1a} k.r.o.).....	50
7.4. Przedmiot zgody małżonka na dokonanie wskazanej w ustawie czynności prawnej (art. 37 k.r.o.)	53

7.5.	Postępowanie wykonawcze w sprawach opiekuńczych	55
7.6.	Orzeczenie sądu wydawane po odebraniu dzieci rodzicom na podstawie art. 12a ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (art. 579 ¹ § 2 k.p.c.).....	57
7.7.	Wnioski	58
8.	Prawo karne materialne	60
8.1.	Błędne określenie „obowiązku” w art. 34 § 1b k.k.	60
8.2.	Nadzwyczajne złagodzenie kary w przypadku sankcji kumulatywnej	60
8.3.	Brak możliwości zastosowania przepisu art. 37a k.k. w razie skazania za przestępstwo zagrożone sankcją kumulatywną	61
8.4.	Niespójność systemowa art. 38 § 2 k.k. z art. 64 § 1 lub 2 k.k.	62
8.5.	Dozór kuratora w przypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary wobec multirecydywisty	62
8.6.	Brak regulacji w zakresie grzywny orzeczonej na podstawie art. 71 § 1 k.k. w sytuacji zastosowania kary grzywny albo kary ograniczenia wolności w trybie art. 75a § 4 k.k.....	63
8.7.	Zakres normowania art. 87 § 2 k.k.	65
8.8.	Warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej (art. 89a k.k.).....	66
8.9.	Kolejność wykonywania detencji psychiatrycznej wobec sprawcy, o którym mowa w art. 93c pkt 2 k.k.	67
8.10.	Obowiązek zawiadomienia o okolicznościach wskazanych w art. 93d § 6 k.k.	68
8.11.	Brak spójności w zakresie przesłanek detencji psychiatrycznej	68

8.12. Opiniowanie o stanie zdrowia sprawcy a dalsze stosowanie środka zabezpieczającego	69
8.13. Pojęcie osoby najbliższej (art. 115 § 11 k.k.).....	71
8.14. Niespójność granic ustawowego zagrożenia określonych w art. 190a § 3 k.k. i art. 207 § 3 k.k.	71
8.15. Organizowanie nielegalnej adopcji dzieci (art. 211a k.k.)	72
8.16. Przestępstwa przetargowe (art. 305 § 1 i 2 k.k.)	72
9. Prawo karne procesowe	73
9.1. Pouczenie o prawie do złożenia wniosku o wyłączenie sędziego w przypadku wadliwego wyznaczenia składu orzekającego	73
9.2. Udział oskarżyciela posiłkowego w postępowaniu nakazowym.....	73
9.3. Wniosek o orzeczenie obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę w postępowaniu nakazowym	75
9.4. Podstawy dowodowe tymczasowego aresztowania	76
9.5. Poinformowanie pokrzywdzonego w trybie art. 337a k.p.k.	78
9.6. Niespójność systemowa art. 338a k.p.k. z art. 343a k.p.k....	80
9.7. Skład sądu odwoławczego w sprawach prywatno-skargowych oraz w postępowaniu w przedmiocie wydania wyroku łącznego.	80
9.8. Uczestnicy postępowania w przedmiocie odpowiedzialności Skarbu Państwa za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie i zatrzymanie	82
9.9. Postanowienie prokuratora w przedmiocie roszczenia regresowego z art. 557 k.p.k.	83
9.10. Cofnięcie oświadczenia o zrzeczeniu się korzystania z ochrony wynikającej z zasady specjalności (art. 607e § 3 pkt 7 k.p.k.)	84

9.11. Przedstawienie zarzutów w postępowaniu dotyczącym przestępstwa o charakterze terrorystycznym	84
9.12. Zaniechanie transpozycji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE	85
10. Prawo karne skarbowe	89
10.1. niespójność systemowa art. 39 § 1 k.k.s. z art. 86 § 1 k.k.	89
10.2. Wadliwe odesłanie w art. 43 § 1 k.k.s.	89
11. Prawo karne wykonawcze	90
11.1. Wniosek o wydanie postanowienia w postępowaniu wykonawczym.....	90
11.2. Brak możliwości zwolnienia się skazanego z pracy społecznie użytecznej orzeczonej w miejsce grzywny na podstawie art. 27 § 1 k.w.	90
12. Prawo wykroczeń	92
12.1. Kontrawencjonalizacja z uwagi na wartość skradzionego lub zniszczonego mienia	92
12.2. Brak odesłania do art. 41a k.p.k. w treści art. 16 k.p.w.	92
13. Prawo pracy	93
13.1. Umowy na czas określony.....	93
13.2. „Ochrona poemerytalna”	93
13.3. Sposób obliczania terminów w prawie pracy.....	95
13.4. Termin dochodzenia odszkodowania z art. 18 ^{3d} k.p. z tytułu dyskryminującej przyczyny wypowiedzenia lub dyskryminującej przyczyny wyboru pracownika do zwolnienia z pracy	96
13.5. Termin przedawnienia roszczenia zleceniobiorcy o zapłatę wynagrodzenia w wysokości minimalnej stawki godzinowej	96

13.6. Ryczałt za noclegi w przypadku kierowców transportu międzynarodowego	97
13.7. Koszty procesu w sprawach o ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku ubezpieczenia społecznego lub jego zakresu	98
14. Prawo ubezpieczeń społecznych	101
14.1. Krąg podmiotów, na których ciąży ustawowy obowiązek zwrotu nienależnie pobranych świadczeń	101
14.2. Ubezpieczenie społeczne w razie choroby i macierzyństwa	102
14.3. Podstawa kompetencyjna do kontroli ważności wysokości wynagrodzenia jako podstawy wymiaru zasiłku chorobowego	103
14.4. Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego	104
15. Inne zagadnienia	105
15.1. Definicja przyłącza kanalizacyjnego	105
15.2. Określenie organu kompetentnego do wydania regulaminu czynności Trybunału Stanu	107
15.3. Procedura właściwa do postępowania sądowego wszczynanego przez wniesienie do sądu odwołania od orzeczenia kończącego postępowanie dyscyplinarne wobec biegłych rewidentów, funkcjonariuszy Służby Więziennej i członków kół łowieckich	109

Wstęp

Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1254 ze zm., dalej jako „u. SN”) Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego przedstawia właściwym organom uwagi o stwierdzonych nieprawidłowościach lub lukach w prawie, których usunięcie jest niezbędne dla zapewnienia spójności systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Na potrzeby niniejszego opracowania, rozumienie powyższych pojęć zostało zdeterminowane ustawowymi funkcjami Sądu Najwyższego, określonymi w art. 1 u. SN, a przede wszystkim funkcją nadzoru judykacyjnego. Za luki i nieprawidłowości uznano zatem takie wady legislacyjne, które w sposób istotny zakłócają proces stosowania prawa przez sądy powszechne i Sąd Najwyższy. Nie każda nieprawidłowość była jednak przedmiotem notyfikacji Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. W uwagach uwzględniono zwłaszcza te, które zostały zasygnalizowane wprost w orzecznictwie Sądu Najwyższego oraz zgłoszone przez prezesów sądów apelacyjnych oraz sądów okręgowych i rejonowych, którym należą się w tym miejscu szczególne podziękowania za przesłane spostrzeżenia i sugestie. W opracowaniu uwzględniono również luki i nieprawidłowości, które zostały ujawnione przy okazji działalności opiniodawczej oraz analitycznej Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego. Analiza obejmuje luki i nieprawidłowości stwierdzone w 2016 r.

1. Prawo cywilne

1.1. Przedawnienie roszczenia pasażera o odszkodowanie za opóźniony lot

Istotne zastrzeżenia budzi brak prawnej regulacji terminu przedawnienia roszczenia o odszkodowanie przysługującego pasażerowi na podstawie rozporządzenia (WE) Nr 261/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 lutego 2004 r. ustanawiającego wspólne zasady odszkodowania i pomocy dla pasażerów w przypadku odmowy przyjęcia na pokład albo odwołania lub dużego opóźnienia lotów, uchylającego rozporządzenie (EWG) nr 295/91 (Dz. Urz. UE L 46 z 17.2.2004, s. 1; pol. wyd. specj. rozdz. 7, t. 8, s. 10). W sprawach, w których pasażer domaga się odszkodowania na podstawie art. 7 rozporządzenia zachodzi przemienność drogi postępowania przed sądami powszechnymi lub przed Prezesem Urzędu Lotnictwa Cywilnego (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2014 r., III CZP 113/13, OSNC 2014, nr 11, poz. 114). Według art. 205b ust. 1 ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (t.j.: Dz.U. z 2016 r. poz. 605 ze zm.) rozstrzygnięcie Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego ma formę decyzji administracyjnej, a zatem podlega kontroli z punktu widzenia zgodności z prawem w postępowaniu przed sądami administracyjnymi.

W zależności od wyboru dokonanego przez osobę żądającą odszkodowania, to samo roszczenie może być dochodzone przez sądami powszechnymi albo przed organem administracji a następnie przed sądami administracyjnymi. Rozwiązanie to jest dogodne dla pasażerów przewoźników lotniczych i wpisuje się w istniejącą w Unii Europejskiej ogólną tendencję do poszerzania ochrony praw konsumentów również poprzez zwiększenie możliwości dochodzenia ich roszczeń. Wadą powyższego rozwiązania jest natomiast niespójność wykładni przepisów powołanego rozporządzenia, które są w rozbieżny sposób interpretowane przez sądy administracyjne oraz przez sądy powszechne i Sąd Najwyższy.

W orzecnictwie sądów powszechnych występuje daleko idąca niejednorodność poglądów co do terminu przedawnienia powyższych roszczeń. Zagadnienie to było przedmiotem pytania prawnego przedstawionego Sądowi Najwyższemu w sprawie o sygn. III CZP 44/14. Ze względu na wadliwe sformułowanie pytania odmówiono podjęcia uchwały. Obecnie w Sądzie Najwyższym toczy się kolejne postępowanie

wszczęte w wyniku pytania prawnego przedstawionego przez sąd powszechny w odniesieniu do powyższej kwestii (sygn. III CZP 111/16). Niezależnie od rozstrzygnięcia, które zapadnie, nadal występować będzie jednak niespójność stanu prawnego w przedstawionym zakresie. Sądy administracyjne, rozpoznające skargi od decyzji Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego przyjmują bowiem konsekwentnie, że roszczenia wynikające z powołanego rozporządzenia nie ulegają przedawnieniu (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 sierpnia 2016 r., I OSK 2714/15; wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 maja 2014 r., VII SA/Wa 2412/13; wyrok WSA w Warszawie z dnia 1 czerwca 2015 r., VII SA/Wa 2048/14; wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 maja 2015 r., VII SA/Wa 1967/14, wszystkie dostępne w elektronicznej bazie orzeczeń pod adresem: <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/>). Prowadzi to do faktycznej możliwości żądania odszkodowania niezależnie od tego, jak długi czas upłynął od przewozu lotniczego. Problem ten będzie narażał wraz z biegiem czasu obowiązywania powołanego rozporządzenia. W przyszłości może okazać się, że roszczenia kierowane wobec przewoźników lotniczych dotyczą przewozów, które miały miejsce nawet wiele lat przed wszczęciem postępowania.

Zasadne wydaje się uzupełnienie przepisów powołanej ustawy – Prawo lotnicze o jednoznaczne regulacje określające termin przedawnienia lub wygaśnięcia wspomnianych roszczeń odszkodowawczych. Niezależnie od organu rozpoznającego sprawę, przyjęty powinien zostać jednokowy termin.

1.2. Odwrócony kredyt hipoteczny

Przepis art. 8 ust. 1 zd. 1 ustawy z dnia 23 października 2014 r. o odwróconym kredycie hipotecznym (t.j.: Dz.U. z 2016 r. poz. 786, dalej cyt. jako o.k.h.) stanowi, że bank, w terminie nie krótszym niż 14 dni przed zawarciem umowy, dostarcza kredytobiorcy, według jego wyboru, w postaci papierowej lub elektronicznej, formularz informacyjny zawierający informacje o ofercie odwróconego kredytu hipotecznego. W przepisie tym brak wymagania, aby formularz informacyjny w postaci elektronicznej został przekazany kredytobiorcy na trwałym nośniku. Pojęcie to jest definiowane w wielu aktach prawa konsumenckiego (art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta, Dz.U. nr 827 ze zm.; art. 5 pkt 17 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o kre-

dycie konsumenckim, t.j.: Dz.U. z 2016 r. poz. 1528; art. 6 pkt 5 ustawy z dnia 16 września 2011 r. o timeshare, Dz.U. nr 230, poz. 1370). Przepisy tych ustaw regulują także zastosowanie trwałego nośnika jako sposobu przekazywania informacji konsumentowi, zwłaszcza na etapie przedumownym. Na potrzebę wprowadzenia analogicznej regulacji również w ustawie o odwróconym kredycie hipotecznym zwrócono uwagę w piśmiennictwie (T. Czech, *Odwrócony kredyt hipoteczny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 113).

Zmiany wymaga art. 15 o.k.h., który przewiduje sankcję w postaci obniżenia kosztów kredytu, gdy bank nie wykonuje obowiązku informacyjnego, o którym mowa w art. 8 o.k.h., lub sporządza umowę odwróconego kredytu hipotecznego niezgodnie z wymogami, o których mowa w art. 10 o.k.h. Kredytobiorca może wówczas żądać od banku zapłaty dziesiątej części odsetek i innych kosztów należnych od wypłaconej części odwróconego kredytu hipotecznego albo wypowiedzieć umowę i spłacić całkowitą kwotę do zapłaty bez dziesiątej części odsetek. Wydaje się, że wadą tego przepisu jest brak zróżnicowania sankcji w zależności od wagi naruszenia, przez co może się ona okazać zbyt surowa. Ponadto niewłaściwie uregulowano podstawę obniżenia kosztów. Sankcja powinna dotyczyć tylko wynagrodzenia banku na podstawie umowy odwróconego kredytu hipotecznego, nie powinna natomiast uszczuplać roszczenia banku o zwrot poniesionych wydatków z tytułu należności niebędących źródłem zysków banku, np. składki z tytułu umowy ubezpieczenia zawartej przez bank na rzecz kredytobiorcy jako osoby trzeciej (zob. T. Czech, *ibid.*, s. 202–203, 205–206 i 219).

1.3. Stosowanie skargi pauliańskiej dla wierzytelności publicznoprawnych

Istota skargi pauliańskiej (art. 527 k.c.) wyraża się w możliwości uznania za bezskuteczną w stosunku do wierzyciela czynności prawnej dokonanej przez dłużnika ze świadomością pokrzywdzenia wierzyciela, jeżeli skutek tej czynności dłużnik stał się niewypłacalny albo niewypłacalny w stopniu wyższym niż uprzednio.

Sąd Najwyższy w latach 1999–2016 kilkakrotnie podejmował zagadnienie stosowania konstrukcji skargi pauliańskiej w odniesieniu do wierzytelności publicznoprawnych. W szczególności dopuszczenie tej instytucji było przedmiotem ubiegłorocznego wyroku z dnia 26 stycz-

nia 2016 r., II CSK 149/15 (LEX nr 2010213), w którym stwierdzono, że organ podatkowy nie jest wierzycielem w rozumieniu art. 527 k.c., gdyż należności publicznoprawne (*in casu* zobowiązanie podatkowe) nie mają cech właściwych dla prawa podmiotowego. Niemniej jednak SN nie wykluczył, co do zasady, zastosowania dla ich ochrony instytucji przewidzianej w art. 527 k.c. Wypada nadmienić, że państwo jako państwo *dominium* swobodnie korzysta z instrumentu skargi pauliańskiej, gdy dochodzi wierzytelności natury cywilnoprawnej.

Podnoszony w orzecznictwie argument z *analogiae legis* dowodzi istnienia luki aksjologicznej, czyli niezgodności aktualnego stanu prawnego z ocenami o charakterze utylitarnym, formułowanymi przez praktykę prawną i orzecznictwo. Ustawodawca *de lege lata* nie stworzył bowiem organom administracji publicznej podstawy prawnej do skutecznej egzekucji należności publicznoprawnych w kształcie bezpośrednio lub pośrednio nawiązującym do cywilnoprawnej konstrukcji skargi pauliańskiej. Nie przeszkadza to podmiotom publicznoprawnym powoływać się na art. 527 k.c. w postępowaniach przed sądami powszechnymi i Sądem Najwyższym.

Analogia legis, na którą *expressis verbis* powołano się, podejmując powołane wyżej rozstrzygnięcie, jest dopuszczalnym instrumentem wykładni przepisów prawnych. Niemniej jednak budzi ona uzasadnione obawy w przypadku materii o tak odmiennym sposobie regulacji, jakimi są regulacje cywilno- i administracyjnoprawne.

Jednoznaczne rozstrzygnięcie zarysowanego problemu aktem rangi ustawowej może przyczynić się do zwiększenia pewności prawa w tym zakresie.

1.4. Zniesienie współwłasności

Stosownie do art. 211 k.c. każdy ze współwłaścicieli może żądać zniesienia współwłasności przez podział rzeczy wspólnej, chyba że taki podział byłby sprzeczny z przepisami ustawy, społeczno-gospodarczym przeznaczeniem rzeczy, albo że pociągałby za sobą istotną zmianę rzeczy lub znaczne zmniejszenie jej wartości. Podział fizyczny jest zatem podstawowym sposobem zniesienia współwłasności. W obecnych realiach obrotu jest on niewątpliwie coraz częściej wykorzystywany.

Niestety, obowiązujące przepisy kodeksu cywilnego nie nadążają za potrzebami społecznymi, co uwidacznia następujący przykład. Dwie

osoby są współwłaścicielami budynku posadowionego na stosunkowo dużym obszarze gruntu, który można byłoby racjonalnie podzielić. W budynku tym znajdują się dwa samodzielne lokale, np. zajmujące jego oddzielne poziomy i wyposażone w oddzielne wejścia oraz ciągi komunikacyjne. Mimo to fizyczne wyodrębnienie dwóch całkowicie samodzielnych nieruchomości nie będzie w takim przypadku możliwe.

Sądy orzekają bowiem taki sposób zniesienia współwłasności jedynie w razie spełnienia przesłanek § 4 ust. 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 2004 r. w sprawie sposobu i trybu dokonywania podziałów nieruchomości (Dz.U. Nr 268, poz. 2663). Zgodnie z tym przepisem, jeżeli przedmiotem podziału jest nieruchomość zabudowana, a proponowany jej podział powoduje także podział budynku, granice projektowanych do wydzielenia działek gruntu powinny przebiegać wzdłuż pionowych płaszczyzn, które tworzone są przez ściany oddzielenia przeciwpożarowego usytuowane na całej wysokości budynku od fundamentu do pokrycia dachu. W budynkach, w których nie ma ścian oddzielenia przeciwpożarowego, granice projektowanych do wydzielenia działek gruntu powinny przebiegać wzdłuż pionowych płaszczyzn, które tworzone są przez ściany usytuowane na całej wysokości budynku od fundamentu do pokrycia dachu, wyraźnie dzielące budynek na dwie odrębnie wykorzystywane części, które mają własne wejścia i są wyposażone w odrębne instalacje.

W związku z powyższym nie jest możliwe dokonanie podziału działki i budynku, nawet jeśli właściciele zawrą stosowne porozumienie w tej sprawie, o ile budynek nie da się podzielić według płaszczyzny pionowej. Racjonalność tego rozwiązania nie jest bezdyskusyjna. W pewnym stopniu łagodzi ją wykładnia przyjęta w postanowieniu SN z dnia 6 listopada 2002 r., III CKN 1372/00 (niepubl.), zgodnie z którym szczególnym przypadkiem zniesienia współwłasności przez podział rzeczy w naturze jest ustanowienie odrębnej własności lokali i przyznanie ich dotychczasowym właścicielom; wyodrębnienie takie następuje na mocy art. 11 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz.U. z 2015 r., poz. 1892 ze zm., dalej jako „u.w.l.”). Przepis ten przewiduje w ust. 2 możliwość wydawania postanowień wstępnych w przedmiocie wykonania stosownych robót adaptacyjnych, umożliwiających wydzielenie samodzielnych lokali w rozumieniu art. 2 ust. 2 u.w.l. Nadal jednak przedmiotowy podział prowadzi do ustalenia przez sąd udziałów w nieruchomości zabudowanej. Ten sposób zniesienia współwłasności nie zawsze zatem odpowiada interesom współwłaścicieli.

Nasuwa się ogólna refleksja, że być może rygoryzm kodeksu cywilnego jeśli chodzi o przestrzeganie zasady *superfi cies solo cedit* jest zbyt daleko idący. Warto postawić pytanie, czy nie byłoby rzeczą słuszną nawiązanie w przepisach kodeksu cywilnego do znanej kodeksowi Napoleona instytucji prawa odrębnej własności części budynku, w tym jego piętra. Obecnie prawa takie mogą istnieć jedynie pod warunkiem, że zostały ustanowione pod rządem tego ostatniego kodeksu (zob. uchwałę SN z dnia 29 grudnia 1995 r., III CZP 181/95, OSNC 1996, nr 4, poz. 50). Wydaje się natomiast, że szersze otwarcie prawa cywilnego na odstępstwa od normy zasadniczo nakazującej traktowanie całego budynku jako części składowej gruntu odpowiadałoby potrzebom zgłaszanym przez społeczeństwo oraz walnie ułatwiałoby załatwianie przez sądy wniosków o zniesienie współwłasności, gdyż nie zawsze uczestnicy takich postępowań wyrażają zgodę na inne rozstrzygnięcie niż podział w naturze, co przedłuża postępowanie oraz niepotrzebnie wzmaga spór między jego uczestnikami.

W związku z omawianym problemem należy również zwrócić uwagę na brak w kodeksie cywilnym ogólnej podstawy do wydawania w toku postępowania o zniesienie współwłasności postanowień wstępnych dotyczących prac adaptacyjnych, a także zakazów i nakazów dotyczących wzniesienia wewnątrz budynku ścian pionowych umożliwiających podział fizyczny całej nieruchomości. W takiej sytuacji niektóre sądy próbują stosować art. 11 ust. 2 u.w.l. *per analogiam*, jednak nie jest to sytuacja jednoznacznie zbliżona, skoro chodzi o umożliwienie podziału.

1.5. Opłaty z tytułu wieczystego użytkowania garaży wielostanowiskowych

W praktyce stosowania przepisów ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1491 ze zm.; dalej jako „u.g.n.”) wątpliwości budzą regulacje, które dotyczą ważnej społecznie kwestii wymiaru opłaty rocznej z tytułu wieczystego użytkowania nieruchomości, na których wzniesiono wielorodzinne budynki mieszkalne wraz z tzw. garażami wielostanowiskowymi. Obowiązek uiszczania opłaty rocznej przez właścicieli wyodrębnionych lokali w takich budynkach, do których przypisane zostały miejsca parkingowe w garażu wielostanowiskowym, jako wieczystych współużytkowników gruntu, wynika bezpośrednio z art. 238 k.c., przy czym stawkę opłaty

rocznej oblicza się w sposób określony szczegółowo w art. 72 i n. u.g.n. Co do zasady, wysokość stawek procentowych opłat rocznych jest uzależniona od określonego w umowie celu, na jaki nieruchomość gruntuwa została oddana, i wynosi za nieruchomości gruntowe oddane na cele mieszkaniowe, na realizację urządzeń infrastruktury technicznej i innych celów publicznych oraz działalność sportową – 1% ceny (art. 72 ust. 3 pkt 4 u.g.n.), zaś za pozostałe nieruchomości gruntowe – 3% ceny nieruchomości (art. 72 ust. 3 pkt 5 u.g.n.). Dalsze przepisy art. 73 u.g.n. regulują sposób określania stawki opłaty rocznej dla szczególnych sytuacji użytkowania wieczystego – dla nieruchomości oddanych na więcej niż na jeden cel (ust. 1), w odniesieniu do których nastąpiła trwała zmiana sposobu korzystania z nieruchomości powodująca zmianę celu, na który nieruchomość została oddana (ust. 2), a także w sytuacji ustanowienia odrębnej własności lokalu, którego przeznaczenie jest inne niż cel, na który nieruchomość została oddana w użytkowanie wieczyste lub też dla zmiany sposobu korzystania z lokalu (ust. 2a). Konsekwencją tego ostatniego przepisu jest stan rzeczy, w którym wobec udziałów w prawie wieczystego użytkowania przysługujących właścicielom wyodrębnionych prawnie lokali na jednej i tej samej nieruchomości mogą być stosowane różne stawki opłaty rocznej. Zasygnalizowany problem dotyczy bardzo popularnych współcześnie tzw. garaży wielostanowiskowych. Zdarza się, że wzniesione, na oddanym użytkowanie wieczyste gruncie, hale garażowe – usytuowane w budynkach mieszkalnych lub w ich bezpośrednim sąsiedztwie – są prawnie wyodrębniane jako lokal stanowiący współwłasność właścicieli poszczególnych lokali mieszkalnych. W świetle uchwały SN z 16 listopada 2012 r., III CZP 62/12 (OSNC 2013, z. 5, poz. 56) garaże wielostanowiskowe są wówczas traktowane jako lokale użytkowe w rozumieniu u.g.n., co stanowi wystarczającą przesłankę zmiany stawki procentowej opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego z 1% na 3% na podstawie art. 73 ust. 2a u.g.n.

Uchwała ta przyjmuje jeden z możliwych sposobów wykładni tego przepisu, co jednak nie oznacza, że ukształtowana przez nią praktyka nie jest źródłem kontrowersji i krytyki. Wydaje się, że powodów do niej dostarcza jednak nie samo uzasadnienie stanowiska SN, lecz treść przepisów, do których się ona odnosi. Należy odnotować, iż Sąd Najwyższy dokonał wykładni systemowej, mając na uwadze przede wszystkim art. 2 ust. 1 i 4 ustawy z 24 czerwca 1994 r. o u.w.l. Przepisy te nie pozwalają zaś traktować garażu wielostanowiskowego jako części

składowej lokalu mieszkalnego. Stąd też w orzecznictwie sądów – i to nie tylko SN – utrwała się stanowisko, zgodnie z którym przeznaczenie ustanowionego lokalu garażowego nie może być rozumiane jako „cel mieszkaniowy”, na który nieruchomości została oddana w użytkowanie wieczyste. W uchwale składu siedmiu Sędziów NSA z 27 lutego 2012 r., II FPS 4/11 (ONSAiWSA 2012, z. 3, poz. 36) zwraca się uwagę na brak przystosowania takiego lokalu do stałego przebywania ludzi, a tym samym o jego funkcji użytkowej. Taka kwalifikacja prawna przesądziła w ocenie Sądu Najwyższego o potrzebie stosowania art. 73 ust. 2a pkt 1 u.g.n. do wyodrębnionego prawnie lokalu garażowego. Skutkiem tego jest zmiana stawki opłaty rocznej jedynie na skutek ustanowienia jego odrębnej własności.

Dokonując oceny zasadności wystąpienia z niniejszą informacją na podstawie art. 5 u. SN, należy zwrócić uwagę na wyjątkowe nagromadzenie niejednoznacznych terminów prawnych w przepisie art. 73 ust. 2a u.g.n. Kwestia wykładni przepisu przedstawiałaby się jako relatywnie łatwa do rozstrzygnięcia, gdyby ustawodawca operował tutaj jedynie pojęciem „celu, na jaki nieruchomości gruntowa została oddana w użytkowanie wieczyste”, ma on bowiem ustalone znaczenie, wynikające wprost z art. 73 ust. 3 u.g.n. Dążąc jednak do „uszczelnienia” regulacji prawnej oraz zapobieżenia obchodzeniu ustawy, przepis określa przesłanki odpowiedniego stosowania zróżnicowanych stawek opłaty rocznej w odniesieniu do „przeznaczenia lokalu” (pkt 1), jak również „sposobu korzystania z lokalu” (pkt 2). Taka konstrukcja przepisu obniża pewność prawa, nie pozwala w pełni przewidzieć sytuacji, które pociągają za sobą zmianę stawki opłaty rocznej, co z kolei nasuwa konstatację o możliwym naruszeniu zasad zaufania oraz przyzwoitej legislacji.

2. Postępowanie cywilne oraz przepisy o kosztach i opłatach sądowych

2.1. Właściwość i podział kognicji sądów w postępowaniu cywilnym

2.1.1. Stosowanie art. 17 pkt 2 k.p.c. do spraw o zapłatę wynagrodzenia za stworzenie utworu i przeniesienie autorskich praw majątkowych

W roku sprawozdawczym ujawniono wątpliwości, jakie dotyczą przyporządkowania przez ustawodawcę spraw o zapłatę wynagrodzenia za stworzenie utworu i przeniesienie autorskich praw majątkowych do kategorii „spraw o ochronę praw autorskich i pokrewnych” w rozumieniu art. 17 pkt 2 k.p.c. Postanowienie SN z dnia 26 lutego 2015 r., III CZ 6/15 OSNC 2016, z. 2, poz. 26) przesądza, że sprawa o zapłatę wynagrodzenia za stworzenie utworu i za przeniesienie autorskich praw majątkowych do niego jest sprawą o ochronę praw autorskich w rozumieniu art. 17 pkt 2 k.p.c. SN wywiódł, że przekazanie w art. 17 pkt 2 k.p.c. do właściwości sądów okręgowych spraw o ochronę praw autorskich i pokrewnych motywowane jest założeniem ich większej złożoności prawnej ze względu na regulacje leżące u ich podłoża. Wymagają one zatem większego doświadczenia, jak również koncentracji w ramach mniejszej liczby sądów, dlatego w pierwszej instancji mają je rozpoznawać sądy okręgowe, a nie sądy rejonowe. Wykładnia art. 17 pkt 2 k.p.c. powinna – jak dalej stwierdza Sąd Najwyższy – uwzględniać to, że występujące w tym przepisie pojęcie spraw o ochronę praw autorskich użyte jest na potrzeby ściśle procesowe, tj. wyznaczenia granic właściwości rzeczowej sądu okręgowego, a także to, że celem tego przepisu jest przekazanie do tego sądu określonej kategorii spraw ze względu na szczególny charakter regulacji prawnych leżących u ich podłoża. Cel przekazania przedmiotowych spraw do właściwości rzeczowej sądu okręgowego przemawia w ocenie SN wydającego referowane postanowienie za tym, aby pojęciem tym obejmować ogół spraw o roszczenia na tle regulacji prawa autorskiego.

Powyższy przykład daje asumpt do podniesienia konieczności globalnego przemyślenia przez ustawodawcę przesłanek alokacji rodzajów spraw przekazanych do właściwości rzeczowej sądów okręgowych. Należy podkreślić, że widoczny w doktrynie spór o kwalifikację spraw o wynagrodzenie autorskie z punktu widzenia art. 17 pkt 2 k.p.c. –

który opisane wyżej postanowienie SN stara się rozstrzygnąć – nie ma charakteru czysto teoretycznego. Przede wszystkim sprawy te być może nie są jednak aż tak jurydycznie złożone, aby angażować sądy okręgowe. Co więcej, próba rozstrzygnięcia kwestii na poziomie orzecznictwym może prowokować pytania o sposób przyporządkowania wielu innych kategorii spraw w większym lub mniejszym stopniu związanych z ochroną praw autorskich i pokrewnych. W przypadku zatem, gdyby ustawodawca nie spłaszczył struktury sądownictwa powszechnego w kierunku ogólnie zapowiadany w prasie przez przedstawicieli resortu sprawiedliwości, należałoby postulować doprecyzowanie art. 17 k.p.c. w taki sposób, aby pozostawić możliwie mało miejsca na spory o właściwość rzeczowa sądów, bowiem to negatywnie rzutuje na postrzeganie organów wymiaru sprawiedliwości przez społeczeństwo.

2.1.2. Właściwość miejscowa sądów oraz właściwość funkcjonalna wydziałów w sądach powszechnych w sprawach o odszkodowania z ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych

Zarówno w kontaktach z sądami powszechnymi, jak i w wyniku badania orzecznictwa Sądu Najwyższego ujawniają się poważne wątpliwości w kwestii stosowania art. 34a ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (t.j.: Dz.U. z 2016 r. poz. 2060; dalej jako „u.u.o.”). Przepis ten – dodany z dniem 24 stycznia 2016 r. na mocy art. 1 pkt 2 noweli z dnia 25 września 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1691) – stanowi, iż powództwo o odszkodowanie z ubezpieczenia OC posiadaczy pojazdów mechanicznych wytacza się wyłącznie przed sąd właściwy dla miejsca zamieszkania albo siedziby poszkodowanego zdarzeniem powodującym szkodę albo przed sąd właściwy dla miejsca zaistnienia tego zdarzenia. W braku wskazanych wyżej podstaw właściwości miejscowej powództwo można wytoczyć przed sąd właściwy według przepisów o właściwości ogólnej (ust. 1). Przelew wierzytelności nie wpływa na właściwość sądu (ust. 2).

Z uwagi na statystycznie dużą ilość spraw ze stosunku ubezpieczenia obowiązkowego odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych, ujawniły się następujące problemy stosowania powyższego przepisu.

Po pierwsze, powstaje pytanie, czy „sąd właściwy” w rozumieniu art. 34a ust. 1 u.u.o. oznacza jedynie sąd według właściwości miejsco-

wej (z uwzględnieniem art. 17 pkt 4 k.p.c.: sąd rejonowy lub okręgowy), czy też również przesądza to o właściwości funkcjonalnej sądu powszechnego w wydziale cywilnym. Korespondencja Sądu Najwyższego z sądami powszechnymi wskazuje na fakt, iż w tej materii występuje negatywny spór kompetencyjny pomiędzy wydziałami cywilnymi i gospodarczymi sądów w stanach faktycznych, w których uprawnionym do odszkodowania jest przedsiębiorca. Kwestii nie załatwia ostatecznie postanowienie SN z dnia 22 kwietnia 2015 r., III CZP 12/15 (Monitor Prawniczy 2015, z. 10, s. 507), chociaż mogłoby ono naprowadzać na konkluzję, iż art. 34a u.u.o. nie wpływa na stosowanie art. 1 i 2 ustawy z dnia 24 maja 1989 r. o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych (Dz.U. z 1989 r., Nr 33, poz. 175 ze zm.).

Po drugie, wspomniana nowelizacja negatywnie rzutuje na stosowanie przez VI Wydział Sądu Rejonowego Lublin-Zachód w Lublinie (tzn. *e-Sąd*) przepisów art. 505³³–505³⁶ k.p.c., kiedy zachodzi – w konsekwencji prawnie skutecznego wniesienia sprzeciwu od nakazu zapłaty wydanego w elektronicznym postępowaniu upominawczym – potrzeba przekazania sprawy według właściwości ogólnej. Wykładnia art. 505³³ § 1 k.p.c. wskazywałaby raczej na przekazanie sprawy sądowi właściwemu miejscowo według miejsca zamieszkania lub siedziby pozwanego (*actor sequitur forum rei*), gdy tymczasem uwzględnienie wyłącznej właściwości sądów wynikającej z art. 34a u.u.o. uzasadnia wyjątek od reguły ogólnej.

Po trzecie, wprowadzając tę nową regulację, ustawodawca powinien był mieć na względzie wcale nierzadkie przypadki zawezwania ubezpieczyciela do próby ugodowej na podstawie art. 185 k.p.c. Problemem tym Sąd Najwyższy zajmował się – jednak w stanie prawnym poprzedzającym wejście w życie nowelizacji – w uchwale z dnia 18 listopada 2015 r., III CZP 60/15 (Biul. SN 2015, z. 11, s. 8; <http://www.sn.pl>) rozstrzygając, iż również w postępowaniu o zawezwanie ubezpieczyciela do próby ugodowej w sprawie o roszczenia wynikające z umów ubezpieczeń obowiązkowych lub obejmujących roszczenia z tytułu tych ubezpieczeń właściwy jest sąd określony w art. 185 k.p.c., tzn. sąd *właściwości ogólnej* przeciwnika procesowego. Wprowadzając uregulowanie art. 34a u.u.o., ustawodawca niejako podwójnie utrudnił rozstrzygnięcie kontrowersji, jakie istniały już na tle art. 20 ust. 1 u.u.o. (wspomniana uchwała bezpośrednio odnosiła się do relacji tego właśnie przepisu z art. 185 k.p.c.).

2.2. Zaskarzanie orzeczeń i instancyjność postępowania cywilnego

2.2.1. Zaskarżalność postanowienia o odrzuceniu zażalenia

Zgodnie z art. 394 § 1 pkt 11 k.p.c. zażalenie do sądu drugiej instancji w postępowaniu cywilnym przysługuje m.in. na postanowienia sądu pierwszej instancji, których przedmiotem jest odrzucenie zażalenia. Skutkiem ubocznym tej regulacji prawnej – pomyślanej w interesie realizacji prawa do sądu – jest znaczna przewlekłość postępowania, wywołana wnoszeniem „piętrowych” zażeń: strona, której zażalenie zostało odrzucone, zaskarża zażaleniem postanowienie w tym przedmiocie, w zasadzie mając świadomość, że prowadzi to tylko do zbędnego przedłużenia sprawy. Zdarza się, że strona żaląca celowo nie dopełnia wymagań formalnych środka odwoławczego po to, aby wywołać skutek w postaci odrzucenia zażalenia – i zaskarżyć orzeczenie w tym przedmiocie kolejnym zażaleniem.

Sądy powszechne – w ocenie SN najzupełniej trafnie – postulują wprowadzenie do kodeksu postępowania cywilnego przepisu, który umożliwiłby sądowi drugiej instancji rozpoznanie zażalenia na postanowienie o odrzuceniu zażalenia nawet w wypadku obarczenia takiego zażalenia brakami formalnymi. Aby rozwiązać problem, ustawodawca mógłby przemyśleć ograniczenie nakazanego przez art. 397 § 2 k.p.c., odpowiedniego stosowania w takich wypadkach art. 370 k.p.c., czego konsekwencją staje się obowiązek orzekania przez sąd pierwszej instancji postanowieniem o odrzuceniu zażalenia, zaskarżalnego według wspomnianego na wstępie art. 394 § 1 pkt 11 k.p.c.

2.2.2. Prawomocność niezaskarżonej apelacją części orzeczenia w sprawach o rozwód i separację

Wydziały cywilne sądów okręgowych orzekające w sprawach rozwodów i separacji zwracają uwagę na problem stosowania przez nie art. 363 § 3 k.p.c. Zgodnie z literą przepisu, jeżeli zaskarżono tylko część orzeczenia, staje się ono prawomocne w części pozostałej z upływem terminu do zaskarżenia, chyba że sąd drugiej instancji może z urzędu rozpoznać sprawę także w tej części. Zarazem zauważa się, że art. 58 i 61³ § 1 k.r.o. – dotyczące obligatoryjnej treści sentencji odpowiednio wyroku w sprawie rozwiązania małżeństwa przez rozwód lub orzecz-

nia separacji – nakładają na sąd obowiązek kompleksowego orzekania w różnych kwestiach związanych ze stosunkiem małżeństwa (chodzi tu m.in. o władzę rodzicielską i kontakty z dzieckiem, a także o dostarczanie środków utrzymania). Apelacja nie zawsze dotyczy wprost tej części orzeczenia, a z przepisów prawa nie wynika, że sąd odwoławczy może rozpoznać sprawę z urzędu również w części niezaskarżonej.

Sądy powszechne postulują wyraźne zastrzeżenie, iż w przypadku wywiedzenia apelacji od wyroku rozwodowego lub orzeczenia separacji w jakiegokolwiek części, orzeczenie nie staje się prawomocne również w części niezaskarżonej. W przypadku podzielenia powyższej opinii przez ustawodawcę wydaje się, że właściwym miejscem na takie zastrzeżenie byłaby Część pierwsza Księga pierwsza Tytuł VII Dział I rozdział 2 przepisy o postępowaniu odrębnym w sprawach małżeńskich: sprawy o rozwód i separację (art. 436 i nast.) kodeksu postępowania cywilnego.

2.3. Koszty i opłaty sądowe oraz koszty postępowania

2.3.1. Nadawanie klauzuli wykonalności postanowieniu w przedmiocie zwrotu kosztów postępowania zawartemu w orzeczeniu sądu drugiej instancji

Należy zwrócić uwagę ustawodawcy na poważny problem regulacyjny, który wynika z wprowadzenia do przepisów kodeksu postępowania cywilnego zażalenia do tzw. instancji poziomej na postanowienie w przedmiocie zwrotu kosztów procesu (postępowania), kiedy zostało ono wydane po raz pierwszy przez sąd drugiej instancji. Warto przypomnieć, że przewidzenie możliwości zaskarżenia postanowienia o kosztach procesu wydanego „po raz pierwszy” przez sąd drugiej instancji stanowi konsekwencję orzecznictwa TK stwierdzającego niezgodność z art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 45 ust. 1 i z art. 32 Konstytucji RP rozwiązań legislacyjnych uniemożliwiających zaskarżanie postanowień o kosztach zawartych w orzeczeniach sądu drugiej instancji (zob. zwłaszcza wyroki TK: z dnia 27 marca 2007 r., SK 3/05, OTK-A 2007, z. 3, poz. 32, a także z dnia 9 lutego 2010 r., SK 10/09, OTK-A 2010, nr 2, poz. 10).

Zgodnie z art. 394² § 1 k.p.c., na postanowienia sądu drugiej instancji, których przedmiotem są oddalenie wniosku o wyłączenie sędziego, zwrot kosztów procesu, zwrot kosztów nieopłaconej pomocy prawnej

udzielonej z urzędu, skazanie świadka, biegłego, strony, jej pełnomocnika oraz osoby trzeciej na grzywnę, zarządzenie przymusowego sprowadzenia i aresztowania świadka, odmowa zwolnienia świadka i biegłego od grzywny i świadka od przymusowego sprowadzenia, przysługuje zażalenie do innego składu tego sądu, z wyjątkiem postanowień wydanych w wyniku rozpoznania zażalenia na postanowienie sądu pierwszej instancji. Z uwagi na zawarte w art. 394² § 2 k.p.c. odesłanie m.in. do art. 397 § 2 zdanie pierwsze k.p.c., należy w tym postępowaniu stosować odpowiednio przepisy o postępowaniu apelacyjnym. Jak natomiast ogólnie wiadomo, orzeczenia, od których przysługuje zwyczajny środek zaskarżenia – a takim w polskim systemie prawa procesowego cywilnego jest apelacja i analogicznie zażalenie – nie są prawomocne. Powstaje zatem pytanie, czy w świetle art. 777 § 1 pkt 1 k.p.c. orzeczenie sądu drugiej instancji, które jest prawomocne, jednak zawarte w nim orzeczenie o kosztach „wydane po raz pierwszy” jest jeszcze zaskarżalne w tzw. instancji poziomej, w tym zakresie staje się tytułem egzekucyjnym, któremu może zostać nadana klauzula wykonalności.

Praktyka sądów powszechnych na tym tle jest rozbieżna i nie może zostać ujednolicona przez działalność orzeczniczą Sądu Najwyższego, ponieważ instytucja zażalenia poziomego – pomimo pełnego poszanowania orzeczeń TK, których wagi oraz konsekwencji dla ukształtowania systemu prawnego nie sposób kwestionować – stanowi swego rodzaju „ciało obce” w kodyfikacji postępowania cywilnego i nie daje się obiektywnie pogodzić z pojęciami sprawy oraz instancji. Orzeczenie w przedmiocie kosztów ma charakter niesamodzielnego, na co słusznie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy m.in. w uchwale z dnia 10 października 2013 r., III CZP 61/13 (OSNC 2014, nr 6, poz. 58). Stosując zastane kategorie pojęciowe k.p.c., należałoby wyjść z założenia dopuszczalności nadania klauzuli wykonalności takiemu orzeczeniu (prawomocnemu co do istoty sprawy), co jednak nie zgadzałoby się z literą art. 363 § 1 k.p.c., zgodnie z którym orzeczenie sądu staje się prawomocne, jeżeli nie przysługuje od niego środek odwoławczy lub inny środek zaskarżenia.

Z powyższych przyczyn raczej brak jest podstaw prawnych do twierdzenia, że postanowienie sądu drugiej instancji o kosztach procesu zawarte w prawomocnym orzeczeniu co do istoty sprawy, na które przysługuje zażalenie do innego składu orzekającego sądu drugiej instancji jako tzw. instancji poziomej, jest wykonalne i może mu zostać nadana klauzula wykonalności na podstawie art. 776 i nast. k.p.c. Praktyka sądowa w tym zakresie nie jest jednak jednolita. O rozstrzygnięciu może

ostatecznie przesądzić tylko ustawodawca, który wcześniej zdecydował o implementowaniu do kodeksu postępowania cywilnego powołanego tutaj dorobku orzecznictwa TK.

2.3.2. Zwrot opłaty z urzędu od zarzutów od nakazu zapłaty

Ostatnie zmiany art. 79 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j.: Dz.U. z 2016 r. poz. 623; dalej: „u.k.s.c.”) wprowadziły możliwość zwrotu przez sąd z urzędu opłaty od zarzutów od nakazu zapłaty, jeżeli postępowanie zakończyło się zawarciem ugody (zmiany wprowadzone ustawą z dnia 15 maja 2015 r. o zmianie ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U. poz. 957, która weszła w życie dnia 23 lipca 2015 r., oraz ustawą z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów, Dz.U. poz. 1595, która weszła w życie dnia 1 stycznia 2016 r.). Zakres zwrotu jest zróżnicowany i uzależniony od etapu postępowania, w którym doszło do zawarcia ugody. Zmiany te nie objęły jednak kwestii zwrotu (części) opłaty w sytuacji, gdy ugoda została zawarta po wniesieniu sprzeciwu od wyroku zaocznego.

Przed wejściem w życie wspomnianych zmian, zwrot opłaty od zarzutów od nakazu zapłaty, jeżeli postępowanie zakończyło się zawarciem ugody, był niedopuszczalny. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 maja 2010 r., III CZP 22/10, uznał, że przewidziany w ówczesnym art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. c u.k.s.c. obowiązek zwrotu opłaty od pisma wszczynającego postępowanie w instancji nie dotyczy uiszczonej przez pozwanego opłaty od zarzutów od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym”. W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy, odmawiając uznania, że przysługuje zwrot (połowy) opłaty od zarzutów od nakazu zapłaty, jeżeli postępowanie zakończyło się zawarciem ugody, zauważył, „że istnieje znaczne podobieństwo instytucjonalne między zarzutami od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym a sprzeciwem od wyroku zaocznego. m.in. w sferze kosztów sądowych. Pozwany, który opłacił sprzeciw, również nie odzyskuje połowy opłaty po zawarciu ugody, potwierdzenie natomiast uprzywilejowania fiskalnego pozwanego w postępowaniu nakazowym oznaczałoby również nadanie mu uprawnienia do zwrotu połowy opłaty od sprzeciwu w razie zawarcia ugody. Byłoby to wyraźne wkroczenie sądu w rolę ustawodawcy.” Sąd wyjaśnił, że „przepisy o kosztach sądowych mają charakter publicznoprawny, regulujący relacje między stronami a Skarbem Państwa (budżetem). Są to

relacje fiskalne, zastrzeżone do kompetencji ustawodawcy, w związku z czym judykatura nie może uszczuplać dochodów budżetowych Państwa bez wyraźnej podstawy prawnej”.

Także Trybunał Konstytucyjny uznał na gruncie ówczesnego stanu prawnego, że „w zakresie rozkładu kosztów sądowych w postępowaniu zakończonym ugodą sądową istnieje podobieństwo między sytuacją pozwanego wnoszącego zarzuty od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym a sytuacją pozwanego wnoszącego sprzeciw od wyroku zaocznego. Pozwany, który opłacił sprzeciw, również nie uzyskuje zwrotu połowy uiszczonej opłaty sądowej” (wyrok TK z dnia 18 marca 2014 r., SK 53/12). Wprawdzie w wyroku tym Trybunał Konstytucyjny uznał art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. c u.k.s.c. za zgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, w nawiązującym do niego postanowieniu sygnalizacyjnym z dnia 29 lipca 2014 r., S 4/14, przedstawił jednak Sejmowi uwagi dotyczące niezbędności działań ustawodawczych, zmierzających do uwzględnienia w przepisach o kosztach sądowych w sprawach cywilnych szczególnej sytuacji procesowej powstającej na skutek ugody sądowej zawartej w toku rozpoznawania zarzutów od nakazu zapłaty. Trybunał stwierdził w sygnalizacji, że „w przypadku ugodowego zakończenia sprawy również strona wnosząca zarzuty od nakazu zapłaty wydane w postępowaniu nakazowym, obciążona opłatą sądową za rozpoznanie sprawy przez sąd pierwszej instancji, powinna z urzędu uzyskiwać częściowy zwrot uiszczonej opłaty, na tych samych zasadach co strona inicjująca postępowanie (czyli połowę uiszczonej opłaty). Trybunał nie dostrzega racjonalnego powodu, dla którego prawo przyznane podmiotowi inicjującemu postępowanie (powodowi) nie przysługuje pozwanemu, chociaż to na nim w głównej mierze spoczywał ciężar finansowy rozpoznania sprawy zakończonej zawarciem ugody, gdyż w postępowaniu nakazowym to pozwany uiszcza trzy czwarte części opłaty”.

W rezultacie tej sygnalizacji art. 79 u.k.s.c. został znowelizowany, jak przedstawiono na wstępie, co umożliwia – jeżeli postępowanie zakończyło się zawarciem ugody – zwrot przez sąd z urzędu opłaty od zarzutów od nakazu zapłaty. Sygnalizacja nie wskazywała jednak na potrzebę wprowadzenia regulacji umożliwiającej zwrot (części) opłaty w sytuacji, gdy ugoda została zawarta po wniesieniu sprzeciwu od wyroku zaocznego. Wydaje się jednak, że – wobec podobieństwa obydwu sytuacji, które zostało podkreślone w orzecznictwie Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego – także taka regulacja byłaby wskazana i zapewniała spójność prawa.

2.3.3. Zróżnicowanie opłat od środków odwoławczych

Ustawa o kosztach sądowych w sprawach cywilnych różnicuje wysokość opłat sądowych od środków odwoławczych w zależności od tego, czy zaskarżone orzeczenie wydawane jest przez sąd czy przez referendarza sądowego. Przykładowo opłata od skargi na orzeczenie referendarza w przedmiocie nadania klauzuli wykonalności wynosi 50 złotych (art. 25 ust. 2 w zw. z art. 71 u.k.s.c.), zaś zażalenie na postanowienie sądu w przedmiocie nadania klauzuli wykonalności podlega opłacie w wysokości 30 złotych (art. 19 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 20 ust. 1 u.k.s.c.). Jest to stan o tyle niepożądany, że strona postępowania nie ma w chwili inicjowania postępowania wpływu na to, czy jej sprawę rozpozna sąd czy referendarz sądowy. Podkreślenia wymaga przy tym, że Konstytucja RP nakazuje w art. 32 ust. 1 równe traktowanie podmiotów prawa przez władze publiczne.

Praktyka sądowa wskazuje też na istotne rozbieżności w zakresie ustalania opłaty od środków zaskarżenia na orzeczenia w przedmiocie przyznania wynagrodzenia biegłemu. Zgodnie z art. 22 pkt 4 u.k.s.c. podlega opłacie stałej w wysokości 40 złotych. Natomiast z uwagi na brak jednoznacznych przepisów regulujących wysokość opłaty od analogicznej skargi na orzeczenie referendarza w przedmiocie przyznania wynagrodzenia biegłemu, sądy z powołaniem art. 25 ust. 2 u.k.s.c. przyjmują, że wcale nie podlega ona opłacie, albo podlega opłacie do wysokości 100 złotych, albo w drodze analogii z art. 22 pkt 4 u.k.s.c. stosują opłatę w wysokości 40 zł. Niekiedy przyjmuje się też, że taka skarga podlega opłacie podstawowej w wysokości 30 zł (art. 14 u.k.s.c.). Są to niejasności dające się usunąć jedynie w drodze interwencji legislacyjnej.

2.4. Postępowanie klauzulowe i egzekucyjne

2.4.1. Zbieg egzekucji sądowych

W praktyce sądów powszechnych powstały poważne wątpliwości odnośnie do tego, w jaki sposób należy stosować art. 773¹ k.p.c., rozstrzygający zbieg egzekucji sądowych skierowanych do tych samych rzeczy, wierzytelności lub praw. W korespondencji z Sądem Najwyższym wskazano na lakoniczność i niejednoznaczność przepisu w zakresie przekazania egzekucji do prowadzenia między komornikami sądowymi po zaistnieniu zbiegu. Jeden z reprezentowanych poglądów na

wykładnię przepisu jest taki, że przekazaniu podlega jedynie egzekucja w odniesieniu do konkretnej rzeczy, wierzytelności lub prawa, a nie ogólnie całość prowadzonej egzekucji w ramach danego postępowania. Argumentem na rzecz takiej wykładni jest analogia z art. 773 k.p.c., dotyczącym rozstrzygania zbiegu egzekucji sądowej i administracyjnej. Pojawiło się jednak także przeciwstawne stanowisko, które głosi, że komornik, któremu przekazano egzekucję w przypadku zbiegu, prowadzi ją dalej również innymi sposobami.

Uznając możliwości różnej interpretacji art. 773¹ k.p.c. – jakkolwiek najbliższa celom ustawy wydaje się pierwsza z nich – warto poddać pod rozagę ustawodawcy poprawienie brzmienia regulacji kodeksowej w sposób bliski temu, co aktualnie wynika z art. 773 k.p.c.

2.4.2. Wpływ braku obowiązku ujawnienia w sentencji postanowienia spadkowego sposobu nabycia spadku z dobrodziejstwem inwentarza na prowadzoną egzekucję sądową

W aktualnym stanie polskiego prawa cywilnego brak oświadczenia spadkodawcy w terminie otwartym do złożenia oświadczenia spadkowego (art. 1015 § 1 k.c.) skutkuje przyjęciem spadku z dobrodziejstwem inwentarza (art. 1015 § 2 k.c.). Do tej regulacji nie dostosowano niestety przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym w sprawach o stwierdzenie nabycia spadku (art. 669 i nast. k.p.c.), gdyż nie przewidziano w nich obowiązku zawarcia w sentencji postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku wzmianki o nabyciu spadku z dobrodziejstwem inwentarza. Fakt ten może mieć dla zainteresowanych spadkobierców negatywne konsekwencje, ponieważ zgodnie z art. 837 k.p.c. dłużnik może powołać się przed organem egzekucyjnym na ograniczenie swojej odpowiedzialności jedynie w razie jego zastrzeżenia w treści tytułu wykonawczego. Spadkobiercy niebiorący udziału w postępowaniu klauzulowym nie mogą również w tym postępowaniu podnieść okoliczności, że ich odpowiedzialność za długi spadkowe jest ograniczona (art. 788 w zw. z art. 792 k.p.c.), zaś sąd klauzulowy takiej wiedzy zazwyczaj nie posiada.

Stąd też postulat odpowiedniej zmiany przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym w sprawach o stwierdzenie nabycia spadku i przedmiotu zapisu windykacyjnego, aby wynikał z nich bezwzględny obowiązek ujawnienia w sentencji postanowienia spadkowego sposobu nabycia spadku, wydaje się uzasadniony.

2.4.3. Możliwość nadawania klauzuli wykonalności przez e-Sąd

W związku z działalnością orzeczniczą VI Wydziału Sądu Rejonowego Lublin-Zachód w Lublinie powstają wątpliwości dotyczące dalszego postępowania w wypadku gdy sąd właściwości ogólnej odrzuci sprzeciw wniesiony przez stronę pozwaną w elektronicznym postępowaniu upominawczym. Źródłem problemów jest art. 505³⁶ k.p.c., który przewiduje utratę mocy w całości nakazu zapłaty wydanego w elektronicznym postępowaniu upominawczym oraz nakazuje przekazanie sprawy do sądu właściwości ogólnej pozwanego. Zdarza się jednak, że sądy właściwości ogólnej odrzucają wniesiony sprzeciw i uchylają postanowienie e-Sądu pozbawiające mocy nakaz zapłaty w związku z przekazaniem sprawy; dzieje się tak z różnych powodów, przede wszystkim jednak – w związku z przepisami obowiązującymi do dnia 7 września 2016 r. – dlatego, że nie było wówczas przepisów precyzujących rygor nieuzupełnienia braków formalnych sprzeciwu (por. art. 505³⁷ k.p.c. przed nowelizacją). W orzecznictwie ujawniły się rozbieżności odnośnie do kompetencji sądów właściwości ogólnej w zakresie możliwości badania skuteczności wniesienia sprzeciwu od tzw. elektronicznego nakazu zapłaty. Za dopuszczalnością takiej kontroli sprawowanej przez sądy opowiedział się m.in. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie w postanowieniu z dnia 30 września 2013 r., VIII GC 619/13 (niepubl.), są jednak reprezentowane również stanowiska przeciwnie.

Ponieważ w przepisach kodeksu postępowania cywilnego kompetencje sądu właściwości ogólnej w analizowanym tutaj zakresie nie zostały rozstrzygnięte, nie jest również wiadomo, jak powinien postąpić e-Sąd w przypadku uchylecia postanowienia o utracie mocy nakazu zapłaty w całości oraz odrzucenia sprzeciwu pozwanego od nakazu zapłaty wydanego w elektronicznym postępowaniu upominawczym. Konsekwencją takiego orzeczenia musiałoby być nadanie, na wniosek dłużnika, klauzuli wykonalności przez e-Sąd, czemu jednak stoi na przeszkodzie brak wyraźnego rozstrzygnięcia, czy sąd właściwości ogólnej może sprawować kontrolę skuteczności wniesienia sprzeciwu do e-Sądu. Jedynie zakładając, że tak może być, prawomocne orzeczenie sądu właściwości ogólnej skutkowałoby tym, że nakaz zapłaty, który „odzyskał” w całości moc prawną, mógłby być zaopatrzony z urzędu w klauzulę wykonalności przez sąd właściwy do rozpoznania spraw w elektronicznym postępowaniu upominawczym (art. 782 § 2 k.p.c.). Z drugiej jednak strony efektywność postępowania przemawiałaby za tym, aby klauzulę

nadał od razu sąd właściwości ogólnej. Ponieważ omawiane kwestie nie zostały jednoznacznie przesądzone przez ustawodawcę, negatywnie wpływają one na sprawność postępowania oraz prowadzą do przewlekłości postępowań, które teoretycznie miały kończyć się bardzo szybko. Niejasności proceduralne obniżają przy tym standardy ochrony praw uczestników e-postępowania.

3. Postępowanie egzekucyjne

3.1. Opłata stała za opróżnienie lokalu mieszkalnego z rzeczy i osób (art. 51 ust. 1 pkt 3 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji)

W związku z opublikowaniem w dniu 22 października 2015 r. wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 13 października 2015 r., sygn. akt P 3/14 (OTK-A 2015/9/145), w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji zaistniała luka prawna w zakresie dotyczącym stawki opłaty stałej za opróżnienie lokalu mieszkalnego z rzeczy i osób w sytuacji, gdy dłużnik po wezwaniu przez komornika dobrowolnie wykonał nałożony nań obowiązek w wyznaczonym terminie.

Zgodnie z art. 49a ust. 1 ustawy o komornikach sądowych wszczęcie egzekucji świadczeń niepieniężnych i wykonanie postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia roszczeń niepieniężnych uzależnione jest od wpłacenia przez wierzyciela opłaty stałej. Z perspektywy powołanego wyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego krytycznie należy ocenić brak możliwości następczego miarkowania wysokości tej opłaty w sytuacji, gdy dłużnik dobrowolnie opuści lokal, a komornik nie jest zmuszony dokonywać czynności, za które pobrał opłatę stałą (por. art. 35 ustawy).

Podkreślenia wymaga, że w orzecznictwie stosowane jest obecnie rozwiązanie alternatywne, umożliwiające uzyskanie przez wierzyciela zwrotu opłaty przez dłużnika. Sąd Najwyższy orzekł w uchwale z 14 grudnia 2001 r., III CZP 74/01 (OSNC 2002, nr 10, poz. 117), iż: „przewidziana w art. 51 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (Dz.U. Nr 133, poz. 882 ze zm.) opłata stała uiszczona przez wierzyciela przy składaniu wniosku o wszczęcie egzekucji opróżniania lokalu z rzeczy lub osób, należy się komornikowi także wówczas, gdy dłużnik opróżnił lokal po wezwaniu go przez komornika do dobrowolnego dokonania tej czynności, w wyniku czego na wniosek wierzyciela postępowanie egzekucyjne zostało umorzone. W takiej sytuacji wierzycielowi przysługuje na zasadach określonych w art. 770 k.p.c., przy odpowiednim stosowaniu art. 98 i nast. k.p.c. w związku z art. 13 § 2 k.p.c., zwrot poniesionych kosztów egzekucyjnych obejmujących uiszczoną opłatę stałą”. Niewypłacalność

dłużników sprawia jednak, że mechanizm ten nie może być uznany za zadowalający.

Sąd Najwyższy ma przy tym świadomość, że do wykazu prac legislacyjnych i programowych Rady Ministrów pod pozycją UD146 wpisany został projekt ustawy o zmianie ustawy o komornikach sądowych i egzekucji. Stan zaawansowania prac nad tym projektem wydaje się jednak dalece niesatysfakcjonujący, biorąc pod uwagę praktyczną doniosłość opisanego projektu.

3.2. Status komornika jako podatnika podatku od towarów i usług i sposób naliczania tego podatku w odniesieniu do opłat egzekucyjnych

Interpretacją ogólną z dnia 9 czerwca 2015 r. nr PT1.050.1.2015. LJU.19 Minister Finansów uchylił interpretację ogólną z dnia 30 lipca 2004 r. nr PP10-812-802/04/MR/1556PP (Dz. Urz. Min. Finansów z dnia 10 sierpnia 2004 r., Nr 10, poz. 93), stwierdzając, że zgodnie z przepisem art. 15 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054, ze zm.) komornik sądowy – wykonując w szczególności czynności egzekucyjne – prowadzi działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług działając w charakterze podatnika podatku od towarów i usług. Ponadto Minister Finansów stwierdził, że do tych czynności nie ma zastosowania wyłączenie, o którym mowa w art. 15 ust. 6 ustawy o podatku od towarów i usług, a zatem wykonywanie czynności egzekucyjnych przez komornika sądowego podlega opodatkowaniu VAT na zasadach ogólnych.

Stanowisko zawarte w interpretacji ogólnej z dnia 9 czerwca 2015 r., powielone w interpretacjach indywidualnych wydawanych przez organy skarbowe, wywołało rozbieżne oceny w orzecznictwie sądów administracyjnych. Zapadły zarówno rozstrzygnięcia akceptujące stanowisko Ministra Finansów (np. wyroki WSA w Gdańsku z dnia 25 maja 2016 r., sygn. akt I SA.Gd 330/16, czy WSA w Kielcach z dnia 30 czerwca 2016 r. I SA/Ke 2925/16), jak też podważające jego zasadność (por. wyroki WSA w Poznaniu z dnia 14 czerwca 2016 r., I SA/Po 309/16 i WSA w Łodzi z dnia 6 lipca 2016 r., I SA/Łd 338/16). Zagadnienie to, jako budzące poważne wątpliwości, zostało przedstawione do rozstrzygnięcia składowi siedmiu sędziów NSA, który w uchwale z dnia

6 marca 2017 r., I FPS 8/16, przesądził, że do wykonywania czynności egzekucyjnych przez komornika sądowego podlega opodatkowaniu VAT na zasadach ogólnych

Zagadnienie dotyczące statusu komornika sądowego jako podatnika podatku od towarów i usług ma istotne znaczenie także dla sądów powszechnych, które rozstrzygają sprawy dotyczące sposobu ustalania kosztów postępowania egzekucyjnego. Należy bowiem podkreślić, że ani powołana wyżej interpretacja, ani uchwała składu siedmiu sędziów NSA z dnia 6 marca 2017 r., nie rozstrzygają sposobu naliczania podatku od towarów i usług od pobieranych przez komornika opłat egzekucyjnych. Pojawia się pytanie, czy opłatę obliczoną zgodnie z zasadami przewidzianymi w przepisach ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (Dz.U. z 2016 r. poz. 1138 ze zm., dalej jako „u.k.s.e.”), należy traktować jako należność brutto, tj. uwzględniając kwotę podatku, czy też jako podstawę opodatkowania. W orzecznictwie SN zagadnienie to zostało rozstrzygnięte uchwałą z dnia 7 lipca 2016 r. komornik sądowy, określając wysokość kosztów postępowania egzekucyjnego, nie może podwyższyć opłaty egzekucyjnej, ustalonej na podstawie przepisów u.k.s.e. o stawkę podatku od towarów i usług. Nie można jednak całkowicie wykluczyć, że w orzecznictwie sądów administracyjnych zagadnienie to zostanie rozstrzygnięte odmiennie.

Ryzyko rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych i Sądu Najwyższego oraz sądów administracyjnych może być wyeliminowane jedynie w drodze stosownego zabiegu legislacyjnego.

3.3. Sąd właściwy do rozpoznania skargi na przewlekłość postępowania klauzulowego

Na skutek wejścia w życie ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 2103), która w art. 6 dokonała istotnej nowelizacji ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki, Sąd Najwyższy odstąpił od wcześniej zajmowanego stanowiska (por. uchwałę z dnia 4 sierpnia 2016 r., III SPZP 1/16) i przyznał, że skarga na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki jest dopuszczalna

także na etapie rozpoznania wniosku o nadanie wyrokowi klauzuli wykonalności (art. 781¹ k.p.c.) – postanowienie z dnia 18 stycznia 2017 r., III SPZP 2/16. Zasadniczy trzon argumentacji koncentrował się na fakcie dodania do ustawy regulacji, zgodnie z którą jej przepisy stosuje się zgodnie ze standardami wynikającymi z Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. poz. 284, ze zm.) – art. 1 ust. 3 ustawy.

Pogląd o dopuszczalności skargi na przewlekłość w postępowaniu klauzulowym rodzi jednak potrzebę doprecyzowania w ustawie, który sąd jest właściwy do jej rozpoznania. *De lege lata* właściwość rzeczowa sądu okręgowego jest zastrzeżona wyłącznie do rozpoznania skargi na przewlekłość postępowania egzekucyjnego w wąskim rozumieniu tego pojęcia, gdyż chodzi tu o sąd, w którego okręgu prowadzona jest egzekucja lub wykonywane są inne czynności (co nie dotyczy postępowania klauzulowego), a gdy egzekucja prowadzona jest w dwu lub więcej okręgach – sąd, w okręgu którego dokonano pierwszej czynności – art. 4 ust. 4 ustawy. Oznacza to, że sądem właściwym do rozpoznania skargi na przewlekłość postępowania klauzulowego jest sąd określony w art. 4 ust. 1 ustawy, a więc sąd przełożony nad sądem, przed którym toczy się postępowanie klauzulowe. W związku z tym, że do wniosku tego dochodzi się w drodze piętrowych zabiegów interpretacyjnych, ustawodawca powinien rozważyć uregulowanie tej kwestii w ustawie wprost. Określenie właściwości rzeczowej należy do podstawowych kwestii procesowych i nie powinno nastroczać stronie nadmiernym problemów.

4. Postępowania rejestrowe

4.1. Rozwiązanie stowarzyszenia przez sąd rejestrowy

W praktyce orzeczniczej sądów rejestrowych zarysował się problem dotyczący stosowania przez nie art. 31 i art. 36 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach (Dz.U. z 2015 r. poz. 1393 ze zm., dalej jako „pr.stow.”). Przepisy ustawy upoważniają sąd do orzeczenia postanowieniem o rozwiązaniu stowarzyszenia w przypadku m.in. gdy stowarzyszenie nie posiada przewidzianych w ustawie władz i nie ma warunków do ich wyłonienia w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy. Sąd wydaje postanowienie o rozwiązaniu stowarzyszenia na wniosek kuratora, jeżeli pomimo podejmowanych przez kuratora czynności, nie wybrano władz stowarzyszenia i nie ma warunków do ich wyłonienia, w okresie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 (art. 31 ust. 2 pr.stow.). W razie rozwiązania stowarzyszenia przez sąd, zarządza on jego likwidację, wyznaczając likwidatora (art. 36 ust. 2 pr.stow.).

W praktyce bardzo poważnym problemem staje się wydanie orzeczenia w przedmiocie ustanowienia likwidatora z wniosku organu nadzorującego – jakim zazwyczaj jest starosta właściwy ze względu na siedzibę stowarzyszenia. Wynagrodzenie likwidatora należy do kosztów likwidacji, które pokrywa się z majątku likwidowanego stowarzyszenia (art. 39 pr.stow.), jednakże w praktyce rzadko kiedy stowarzyszenie posiada jakikolwiek majątek pozwalający zaspokoić roszczenie likwidatora o należne mu wynagrodzenie. Kosztu tego nie można również pokrywać ze środków organu nadzorującego stowarzyszenie z uwagi na obowiązujące regulacje prawnofinansowe. Racje wyrażone w uchwale SN z dnia 13 marca 2015 r., III CZP 4/15 (OSNC 2016/2/19) przemawiają więc za jednoznacznym uregulowaniem ustawowym kwestii możliwości pokrywania wynagrodzenia kuratora i dalej likwidatora likwidowanego stowarzyszenia ze środków publicznych – w ostateczności zaś ze środków Skarbu Państwa, którego *statio fisci* jest właściwy sąd rejestrowy.

4.2. Wynagrodzenie kuratora ustanowionego dla osoby prawnej przez sąd rejestrowy

Dokładnie ten sam problem – i z takim samym uzasadnieniem jego rozwiązania – powstaje w przypadku ustanowienia kuratora dla osoby prawnej przez sąd rejestrowy na podstawie art. 42 k.c. Przewiduje on, iż jeżeli osoba prawna nie może prowadzić swoich spraw z braku powołanych do tego organów, sąd ustanawia dla niej kuratora (§ 1); kurator powinien postarać się niezwłocznie o powołanie organów osoby prawnej, a w razie potrzeby o jej likwidację (§ 2). Stosowania tego właśnie przepisu dotyczyła uchwała SN o sygn. III CZP 4/15. Należy podkreślić, że rozstrzyganie przez Sąd Najwyższy wątpliwości, z jakich środków w braku wystarczającego majątku pokrywać koszty wynagrodzenia kuratora osoby prawnej, może być postrzegane jako uzasadnione wyższą koniecznością – potrzebą zastosowania prawa przez sąd w konkretnej, zawisłej przed nim sprawie. Nie stanowi ono jednak właściwego środka zapewniania systemowej spójności obowiązującego prawa.

4.3. Możliwość wpisania do Krajowego Rejestru Sądowego wzmianki o uchwale o połączeniu lub podziale spółki

Stosownie do art. 507 § 1 k.s.h. zarząd każdej z łączących się spółek powinien zgłosić do sądu rejestrowego uchwałę o łączeniu się spółki w celu wpisania do rejestru wzmianki o takiej uchwale. Artykuł 542 § 1 ustanawia analogiczny obowiązek w odniesieniu do uchwał o podziale spółki. Niemniej jednak przepisy ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2016 r., poz. 687 ze zm., dalej jako „u.k.r.s.”) nie przewidują możliwości wpisania takiej wzmianki do rejestru. Artykuł 44 ust. 1 pkt 4) tejże ustawy przewiduje jedynie możliwość wpisania informacji o połączeniu z innymi podmiotami, podziale lub przekształceniu podmiotu w inny sposób, która to informacja jest czymś zupełnie innym niż wzmianka o uchwale o połączeniu bądź podziale. W konsekwencji, dla zapewnienia spójności systemowej rozwiązań zawartych w Kodeksie spółek handlowych i ustawie o Krajowym Rejestrze Sądowym, niezbędne jest podjęcie interwencji przez ustawodawcę.

4.4. Wynagrodzenie działalności kuratora spółki z majątku spółki lub Skarbu Państwa

Sądy sygnalizują nieprawidłowości w redakcji przepisów dotyczących wynagradzania kuratora rejestrowego osoby prawnej (art. 32–33 u.k.r.s.). Regulacja ustawy nie przystaje do przepisów regulujących wynagrodzenie kuratora ustanawianego w trybie art. 42 k.c.

Zgodnie z art. 32 ust. 3 u.k.r.s. koszt wynagrodzenia kuratora obciąża podmiot zarządzany (osobę prawną) solidarnie z członkami jej organu zarządzającego. Szczegółowe kryteria ustalania wysokości wynagrodzenia zawiera rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 21.12.2000 r. w sprawie określenia dolnej i górnej granicy wynagrodzeń za działalność kuratorów (Dz.U. z 2000 r., nr 117, poz. 1242). Tymczasem na gruncie regulacji kodeksowej (art. 605 w zw. z art. 597 § 1 k.p.c.) sąd może wypłatą wynagrodzenia kuratorowi alternatywnie obciążyć osobę prawną albo Skarb Państwa. Wysokość wynagrodzenia jest więc oparta o inne kryteria i inne podstawy prawne.

Problematykę wynagradzania kuratora osoby prawnej reformuje i ujednolica rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz niektórych innych ustaw, przewidujący nowelizację art. 32 u.k.r.s. W proponowanym brzmieniu koszty funkcjonowania kuratora osoby prawnej będą tymczasowo obciążały Skarb Państwa, przy czym zaliczki będą wypłacane kuratorowi z pieniędzy wpłaconych przez wnioskodawcę (projektowany art. 603² k.p.c.). Zwrot owych kosztów będzie solidarnie obciążał osobę prawną oraz osoby powołane do jej reprezentowania. Sąd Najwyższy pozytywnie ocenił proponowane zmiany prawne. Należy podkreślić konieczność ich rychłej implementacji.

5. Prawo handlowe

5.1. Wymogi stawiane członkom w zarządzie spółki partnerskiej

Artykuł 97 § 1 k.s.h. stanowi, że umowa spółki partnerskiej może przewidywać, że prowadzenie spraw i reprezentowanie spółki powierza się zarządowi. W takim wypadku przepisów art. 96 nie stosuje się. Zgodnie natomiast z § 2 tego artykułu do zarządu powołanego zgodnie z § 1 stosuje się odpowiednio przepisy art. 201–211 i art. 293–300. Przepisy art. 97 k.s.h. ten nie odsyła natomiast do art. 18 § i 2 k.s.h. Te ostatnie przewidują natomiast, że członkiem zarządu może być tylko osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych, która nie została, która została skazana prawomocnym wyrokiem za przestępstwa określone w przepisach rozdziałów XXXIII–XXXVII Kodeksu karnego oraz art. 587, art. 590 i w art. 591 k.s.h. Taki stan rzeczy wydaje się niepożądany z punktu widzenia bezpieczeństwa obrotu prawnego i może być wyleminowany jedynie w drodze zmiany odesłań zawartych w art. 97 § 1 k.s.h.

6. Prawo własności intelektualnej

6.1. Postępowania przed Komisją Prawa Autorskiego

Pełną aktualność zachowują uwagi sformułowane na ten temat w roku ubiegłym. Upływ sześciu lat od uchwalenia przepisów odnoszących się do Komisji Prawa Autorskiego (rozdz. 12¹ ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 4 lutego 1994 r., t.j. Dz.U. z 2016 r., poz. 666) pozwala na stwierdzenie, że w praktyce okazały się one dysfunkcyjne. Dotyczy to przede wszystkim regulacji postępowania o zatwierdzenie tabel wynagrodzeń przedkładanych przez organizacje zbiorowego zarządzania (art. 110¹¹–art. 110¹⁶ pr. aut.). Poddanie tego postępowania rygorom cywilnego postępowania nieprocesowego (z pewnymi modyfikacjami) w połączeniu z sześciomiesięcznym terminem zawitym na jego ukończenie, przy jednoczesnym nieprzestrzeganiu terminów dotyczących poszczególnych stadiów tego postępowania przez składy orzekające Komisji powoduje, że tylko znikoma liczba postępowań w sprawie tabel kończy się wydaniem orzeczenia merytorycznego. Większość tych, nielicznych, orzeczeń nie uzyskała do dziś waloru prawomocności. Wnioski uczestników niezadowolonych z orzeczenia Komisji mogą być kierowane do jedyne, wyznaczonego przez Ministra Sprawiedliwości sądu okręgowego (rozp. z dnia 3 lutego 2011 r. w sprawie wyznaczenia sądu okręgowego właściwego do rozpoznawania niektórych spraw z zakresu prawa autorskiego i praw pokrewnych, Dz.U. z 2011 nr 36 poz. 186). Postępowania przed nim postępują wolno, m.in. ze względu na częste zmiany stanowisk przez uczestników postępowania. W rezultacie po sześciu latach obowiązywania przepisów regulujących funkcjonowanie Komisji Prawa Autorskiego zatwierdzone zostały tylko dwie tabele wynagrodzeń, przy czym jedna z nich tylko w części. Stan ten powoduje bardzo niekorzystne konsekwencje dla całego obrotu prawami autorskimi. Przedłużający się brak tabel zatwierdzonych przez Komisję Prawa Autorskiego lub przez sąd generuje chroniczną niepewność prawną, nasila napięcia między ozz a podmiotami korzystającymi z utworów i staje się podłożem niekończących się procesów sądowych. Ustalanie wysokości wynagrodzenia za korzystanie z utworów dopiero w procesach o zapłatę, skoro nie zdołały jej uzgodnić strony, nastrocza ogromne trudności; nie usuwa ich nawet korzystanie z opinii biegłych, którzy niejednokrotnie oka-

zują się równie bezradni jak sędziowie. Różnorodność i częste zmiany modeli biznesowych związanych z poszczególnymi polami eksploatacji utworów powodują, że bardzo ogólne kryteria określenia wysokości wynagrodzenia, zwłaszcza w przypadkach dochodzenia go przez ozz (art. 110 pr. aut.), okazują się dalece niewystarczające. Jedynym panaceum na te chroniczne problemy byłoby istnienie zatwierdzonych tabel wynagrodzeń ozz. Ostatni rok nie przyniósł jednak żadnego postępu w tym zakresie.

Jeśli chodzi o pozostałe rodzaje postępowań prowadzonych przed Komisją Prawa Autorskiego, nieprzydatna, jak dotąd, okazała się szczątkowa regulacja postępowania mediacyjnego w odniesieniu do sporów o stosowanie zatwierdzonych tabel wynagrodzeń oraz sporów związanych z zawarciem umowy o reemisję (art. 110¹⁸ pr. aut.). Zadawnione konflikty między ozz i podmiotami korzystającymi z utworów są tak silne, zwłaszcza w odniesieniu do reemitowania utworów audiowizualnych, że zaangażowane w nie strony nie są zainteresowane postępowaniem mediacyjnym.

Niezbędna jest szybka interwencja ustawodawcy w odniesieniu do funkcjonowania Komisji Prawa Autorskiego. Koniecznością jest przede wszystkim wydłużenie zawitego sześciomiesięcznego terminu dla zakończenia postępowania w sprawie zatwierdzania tabel wynagrodzeń; poza tym korekty wymaga szereg kwestii szczegółowych, na przykład problem zakresu orzekania przez sąd w sprawach o zatwierdzenie lub odmowę zatwierdzenia tabel.

Wydawałoby się, że zbliżający się termin implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/26 z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zbiorowego zarządzania prawami autorskimi i prawami pokrewnymi oraz udzielania licencji wieloterytorialnych dotyczących praw do utworów muzycznych do korzystania *online* na rynku wewnętrznym (Dz. Urz. UE z 20.3.2014 L 84/72) stwarza okazję, aby ze wspomnianą implementacją połączyć nowelizację przepisów o Komisji Prawa Autorskiego, a tym samym uchwalić ją szybko. Organ odpowiedzialny za tworzenie projektów legislacyjnych z zakresu prawa autorskiego, czyli MKiDN, unika jednak poszerzania zakresu kolejnych nowelizacji prawa autorskiego o zagadnienia wykraczające poza implementację konkretnej dyrektywy.

6.2. Prawa do utworu audiowizualnego (art. 70 pr. aut.)

Także w tym zakresie pełną aktualność zachowują uwagi Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego przedstawione rok temu. Artykuł 70 ust. 1 pr. aut. stanowi uregulowanie ułomne. Zgodnie z często wyrażanymi poglądami doktryny zawarte w nim domniemanie prawne jest źle sformułowane, zawiera luki i nie odpowiada w sposób jednoznaczny na pytanie, komu, co do zasady, ostatecznie przysługują prawa do utworu audiowizualnego. Sformułowanie art. 70 ust. 1 pr. aut. w połączeniu z treścią przepisu potwierdzającego współautorski charakter utworu audiowizualnego (art. 69 pr. aut.) zaciemnia też relację między poszczególnymi wkładami twórczymi w dzieło audiowizualne a całym takim dziełem. Prowadzi to do rozbieżności stanowisk doktryny i dezorientacji orzecznictwa w tak istotnej kwestii.

Podłożem sporów o rozkład korzyści z tytułu eksploatacji utworu audiowizualnego jest również art. 70 ust. 2¹ pr. aut., wprowadzający ustawowe prawo do dodatkowego wynagrodzenia dla współtwórców utworu audiowizualnego. Prawo to ma osobliwą konstrukcję prawa „w połowie bezwzględnego” – adresowanego do każdego korzystającego z utworu, ale pozbawionego roszczeń zakazowych. Intensywność sporów między środowiskami twórców i użytkowników utworów potęguje ustawowy przymus pośrednictwa ozz w zarządzaniu tym prawem przy jednoczesnym braku dotyczących go zatwierdzonych tabel wynagrodzeń (por. wyżej pkt 1.1). Funkcjonujące w innych krajach europejskich zasady wypłacania twórcom dzieł audiowizualnych dodatkowych wynagrodzeń są bardzo zróżnicowane i oparte na różnych podstawach – nie zawsze normatywnych; rzadko wynikają one z tak kazuistycznej regulacji ustawowej jak istniejąca w Polsce, toteż okazują się mało pomocne jako punkt odniesienia. Trzeba mieć na względzie, że wszelkie luki i niejasności w ustawowym sformułowaniu uprawnień objętych przymusowym zbiorowym zarządkiem stają się podłożem masowych procesów wytaczanych przez potężnych i wpływowych uczestników obrotu, jakimi są organizacje zbiorowego zarządzania. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych wprowadza liczne przywileje prawno-materialne i proceduralne dla ozz, które zachęcają te podmioty do częstego występowania na drogę sądową. Spory między ozz z jednej strony a nadawcami, operatorami kablowymi lub innymi użytkownikami utworów audiowizualnych z drugiej mają znaczny wymiar finansowy. Z tych wszystkich powodów regulacja dotycząca prawa do

dodatkowego wynagrodzenia powinna być maksymalnie klarowna. Artykuł 70 ust. 2¹ w obecnym brzmieniu nie spełnia tego warunku. Szczególne kontrowersje budzi pominięcie reemisji w wyliczeniu pól eksploatacji związanych z obowiązkiem zapłaty dodatkowego wynagrodzenia twórcom audiowizualnym. Jest ono pozbawione uzasadnienia merytorycznego, a wynika z przeoczenia skutków wprowadzenia w noweli z 2002 r. do art. 6 pr. aut. rozłącznych definicji nadawania i reemisji. Luka ta powinna zostać wypełniona przy najbliższej nowelizacji ustawy.

6.3. Zgodność z prawem europejskim

6.3.1. Prawo autorskie

W roku 2016 ustawodawcy udało się osiągnąć postęp w usuwaniu niektórych zadawnionych przypadków niezgodności polskiego prawa autorskiego z prawem europejskim. W szczególności implementowano prawo do wynagrodzenia za użyczenie egzemplarzy utworów przez biblioteki publiczne (art. 35¹–35⁴ pr. aut.). Ponadto, zgodnie z art. 9 dyrektywy 93/98/EWG (Dz.U. UE sp. 17–134), nowelą z 19 lipca 2016 r. usunięty został w odniesieniu do organizacji radiowych i telewizyjnych przymus zbiorowego zarządu prawami do reemisji – zarówno w zakresie ich własnych praw do nadań, jak i praw przeniesionych na nie przez innych uprawnionych. Nadal jednak istnieją luki w implementacji niektórych unijnych dyrektyw. W szczególności art. 79 ust. 6 pr. aut., dotyczący stosowania roszczeń z tytułu naruszenia autorskich praw majątkowych w razie usuwania zabezpieczeń technicznych, jest niezgodny z art. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/29/WE (Dz.U. UE sp. 17-1-230) w zakresie, w jakim uzależnia korzystanie z tych roszczeń od tego, czy usuwanie lub obchodzenie zabezpieczeń technicznych ma charakter bezprawny (por. w tej kwestii J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2016, s. 607). Wątpliwości budzi też kwestia implementacji art. 8 ust. 3 tej samej dyrektywy, wiążąca się z niezmiennie aktualnym i bardzo spornym problemem odpowiedzialności tzw. pośredników za naruszenia praw autorskich w Internecie. Traktowanie art. 422 kodeksu cywilnego jako wystarczającej podstawy roszczenia o zaniechanie kierowanego przeciw wspomnianym pośrednikom bywa kwestionowane w doktrynie ze względu na fakt, iż przepis ten dotyczy wyłącznie roszczenia odszkodowawczego, a nie każdego wkroczenia w prawa bezwzględne, do jakich należy prawo autorskie.

Zakwestionowany w zeszłorocznych „Uwagach” Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego jako nadmiernie restrykcyjny art. 79 ust. 1 pkt 3, lit. b) pr. aut. został uznany przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 czerwca 2015 r. (SK 32/14, Dz.U. poz. 932) za niezgodny z Konstytucją w części dotyczącej trzykrotności stosownego wynagrodzenia (tak ograniczony zakres kognicji Trybunału zdeterminowany był granicami skargi konstytucyjnej). Natomiast w postanowieniu z dnia 15 maja 2015 r., V CSK 41/14 Sąd Najwyższy zwrócił się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym interpretacji art. 13 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie egzekwowania praw własności intelektualnej (Dz.U. C 32 z 5.02.2004, str. 15), a pośrednio zgodności całego art. 79 ust. 1 pkt 3, lit. b) pr. aut. z tym aktem prawa europejskiego. W wyroku z 25 stycznia 2017 r. C-367/15 TSUE, wbrew wnioskowi SN i odmiennie niż rzecznik generalny w tej samej sprawie, ograniczył się do oceny pod kątem zgodności z dyrektywą jedynie fragmentu zakwestionowanego przepisu, a mianowicie możliwości żądania dwukrotności „stosownego wynagrodzenia”. Zdaniem TSUE ta część poddanego ocenie przepisu nie jest niezgodna z art. 13 dyrektywy. Rozstrzygnięcie to odbiega od stanowiska rzecznika generalnego. Ponadto Trybunał całkowicie pominął w uzasadnieniu kwestię winy naruszcyciela, mimo że roszczenie o dwukrotność stosownego wynagrodzenia w zestawieniu z roszczeniem o jego trzykrotność było dotychczas niezależne od jakiegokolwiek winy. Uznanie przez polski Trybunał Konstytucyjny roszczenia o trzykrotność wynagrodzenia za niezgodne z Konstytucją zasadniczo zmieniło zakres i sens roszczenia o dwukrotność, które jest obecnie jedynym pułapem ryczałtowego odszkodowania. Okoliczność tę TSUE najwyraźniej zignorował. Wykładnia art. 79 ust. 1 pkt 3, lit. b) w obecnym, okrojonym po wyroku TK brzmieniu powinna być w przyszłości przemyślana i elastyczna, dostosowana do zmiany treści tego przepisu.

6.3.2. Własność przemysłowa

Wątpliwości co do zgodności polskiego prawa własności intelektualnej z prawem europejskim występują także w prawie własności przemysłowej. W szczególności w art. 296 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1410) pominięto przesłankę „uzasadnionego powodu”, występującą w art. 5 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/95/WE

(Dz. Urz. UE L 299/55) w kontekście rozszerzonej ochrony znaków renomowanych. Analogiczna usterka w implementacji art. 4 ust. 4 wspomnianej dyrektywy, w kontekście przeszkody do udzielenia prawa ochronnego ze względu na wcześniejszy znak renomowany, została już usunięta w ramach nowelizacji p.w.p. z 11 września 2015 r. Próby zapewnienia zgodności polskiej ustawy z dyrektywą poprzez prounijną wykładnię prawa polskiego wskazują na możliwość wykorzystania w tym celu konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego (art. 5 k.c.), ale trudno uznać to rozwiązanie za satysfakcjonujące i stabilne.

7. Prawo rodzinne i opiekuńcze

7.1. Porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów ze wspólnymi dziećmi

Z dniem 13 czerwca 2009 r., w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2008, nr 220, poz. 1431), wprowadzono do polskiego prawa nową instytucję porozumienia rozwodzących się małżonków (rodziców żyjących w rozłączeniu) o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i kontaktów ze wspólnymi dziećmi, która nawiązuje do amerykańskiego wzorca tzw. „planu wychowawczego” będącego wynikiem negocjacji między rodzicami i dobrowolnego zobowiązania się przez nich przed sądem do określonego sposobu sprawowania władzy rodzicielskiej i utrzymywania z dzieckiem kontaktów” (tak uzasadnienie projektu ustawy, druk Sejmu VI kadencji nr 888; zob. także: A. Szlęzak, *Reforma prawa rozwodowego w USA*, NP 1988, nr 9, s. 90–99, T. Sokołowski, *Skutki prawne rozwodu*, Poznań 1996, s. 73–82, W. Stojanowska, *Władza rodzicielska pozamałżeńskiego i rozwiedzionego ojca*, Warszawa 2000, s. 200 i n., też *Postulat przeniesienia amerykańskiej koncepcji „planu wychowawczego” rozwodzących się rodziców na grunt prawa polskiego*, Zeszyty Prawnicze UKSW 2007, nr 7.2, s. 7–44, J. Kosińska-Wiercińska, *Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w razie rozwodu rodziców na tle prawa amerykańskiego*, Rodzina i Prawo 2011, nr 19, s. 12–32).

Sondażowe badanie dotyczące orzeczeń ze stycznia 2011 r. wykazało, że w 65% zbadanych spraw wspólne stanowisko co do pozostawienia władzy rodzicielskiej obojgu małżonkom i ich zapewnienie, że w sprawach dziecka są zgodni (nawet bez zaprotokołowania powyższego jako „porozumienia”) było kwalifikowane, jako „porozumienie” (E. Holewińska-Łapińska, *Pozostawienie władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi obojgu rozwiedzionym rodzicom oraz rozstrzygnięcia o kontaktach z dziećmi w wyrokach rozwodowych*, Warszawa 2012, <http://www.iws.org.pl> – zakładka „Raporty”). Sporadycznie były przeprowadzone dowody pozwalające na weryfikację braku zagrożenia dobra dzieci oraz umożliwiające rzetelną prognozę, co do prawdopodobieństwa zgodnego współdziałania rodziców po rozwodzie. W większości spraw postępowanie dowodowe mające przesądzić taką weryfikację

było „symboliczne” (przesłuchanie najczęściej tylko jednego świadka, zwykle związanego ze stroną powodową). W żadnym przypadku, nawet gdy porozumienie zostało sporządzone w formie pisemnej (wówczas nie wymaganej, jako obligatoryjna), nie obejmowało pełnego katalogu zagadnień składających się na treść władzy rodzicielskiej i kontaktów z dzieckiem. Badanie potwierdziło obserwację praktyków, iż „sędziowie wykazują niekiedy skłonność do akceptowania porozumień rodziców o znacznym poziomie ogólności, które nie regulują wielu istotnych kwestii (J. Kosińska-Wiercińska, *Władza rodzicielska nad małoletnim dzieckiem w razie rozvodu rodziców na tle prawa amerykańskiego*, Rodzina i Prawo 2011, nr 19, s. 29–30).

Nie podjęto wszechstronnych działań w celu udoskonalenia praktyki za to, z dniem 29 sierpnia 2015 r., stan prawny w omawianej kwestii uległ kolejnej zmianie w związku z wejściem w życie ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2015, poz. 1062 ze zm.). Aktualnie sąd ma obowiązek uwzględnienia („sąd uwzględnia”) pisemnego porozumienia małżonków o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie, o ile jest zgodne z dobrem dziecka (takie samo wymaganie było w poprzedniej wersji przepisu). Pominęto konieczną w poprzednio obowiązującym stanie prawnym przesłankę zasadności oczekiwania, że rodzice będą współdziałać w sprawach dziecka.

Mimo, że obecnie zawarcie porozumienia (w obligatoryjnej formie pisemnej), o którym mowa, nie stanowi warunku *sine qua non* pozostawiania obojgu rodzicom władzy rodzicielskiej, brak pominętej przesłanki wydaje się istotnie osłabiać ochronę dobra dziecka. Nowe brzmienie art. 58 § 1a k.r.o., zgodnie z którym w braku porozumienia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem po rozwodzie sąd rozstrzyga o sposobie wspólnego wykonywania władzy rodzicielskiej i utrzymywaniu kontaktów z dzieckiem „uwzględniając prawo dziecka do wychowania przez oboje rodziców”, skłania do tezy, że – mimo, iż rodzice nie byli w stanie dojść do porozumienia w przedmiocie wykonywania władzy rodzicielskiej – zasadą powinno być pozostawienie im pełni władzy rodzicielskiej, a wyjątkiem powierzenie jej wykonywania jednemu z rodziców i ograniczenie władzy rodzicielskiej drugiego do określonych obowiązków i uprawnień w stosunku do osoby dziecka, „jeżeli dobro dziecka za tym przemawia”. Nowelizacja przyjęła zatem jako zasadę wspólne wykonywanie władzy rodziciel-

skiej przez rozwiedzionych (żyjących w rozłączeniu – art. 107 k.r.o.) rodziców oraz dopuściła możliwość wydania orzeczenia zgodnie z którym „dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powtarzających się okresach” (art. 582¹ k.p.c., art. 598²² k.p.c.”, a więc tzw. „symetrycznej” pieczy naprzemienniej. W okresie pomiędzy 13 czerwca 2009 r. a 28 sierpnia 2015 r. taka możliwość była przedmiotem rozbieżnych stanowisk (syntetyczną ich prezentację zawiera opracowanie: M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemienniej w wyrokach rozwodowych*, Warszawa 2015, <http://www.iws.org.pl> – zakładka „Raporty”).

Zasadność takiego unormowania budzi bardzo poważne wątpliwości. Ustawa powinna przedstawiać określone sposoby rozstrzygnięcia o władzy rodzicielskiej, pozostawiając sądowi swobodny wybór rozstrzygnięcia optymalnego z punktu widzenia dobra dziecka.

W kodeksie nie sprecyzowano koniecznych elementów porozumienia rodziców (katalog elementów porozumienia rodziców wypracowano jedynie w literaturze – zob. T. Sokołowski, *Komentarz do art. 58 k.r.o. w: Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz* LEX, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2010, s. 408–414 oraz B. Czech, *Komentarzu do art. 58 k.r.o., w: Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Piasecki, Warszawa 2011, s. 480–481). Celowe byłoby rozważenie delegacji do ich określenia w akcie wykonawczym o niższej randze niż ustawa oraz jednoznaczne ustalenie sposobu „powiązania” porozumienia z wyrokiem (co współcześnie budzi kontrowersje), aby w przypadku naruszania ustaleń porozumienia było możliwe jego egzekwowanie. (Samo porozumienie nie stanowi tytułu egzekucyjnego, a „przepisywanie” całego porozumienia do sentencji wyroku jest wątpliwe).

7.2. Oznaczenie miejsca pobytu dziecka w wyroku rozwodowym oraz w przypadku, gdy rodzice żyją w rozłączeniu

Ustawa nie nakazuje sądowi określania, w wyroku orzekającym rozwód rodziców bądź postanowieniu wydanym na podstawie art. 107 k.r.o., „miejsca pobytu” lub zamieszkania, względnie zameldowania dziecka (szerzej na temat tych pojęć R. Zegadło, *Miejsce zamieszkania, miejsce pobytu, miejsce zwykłego (stałego) pobytu dziecka oraz piecza naprzemienna*, Rodzina i Prawo 2011, nr 17–18, M. Domański,

Rozstrzygnięcie w wyroku rozwodowym o miejscu pobytu dziecka, PS 2016, nr 11–12, s. 107 i n).

Analizy praktyki wykazują, że stosowne rozstrzygnięcia są od dawna zamieszczane w orzeczeniach, o których mowa, w celu wskazania „centrum życiowego dziecka”, a w konsekwencji doprecyzowania, które z rodziców ma pozycję „pierwszoplanowego opiekuna”, gdy to nie wynika z istoty decyzji o władzy rodzicielskiej (W. Stojanowska (w:) *Nowelizacja prawa rodzinnego na podstawie ustaw z 6 listopada 2008 r., i 10 czerwca 2010 r. Analiza. Wykładnia. Komentarz*, red. W. Stojanowska, Warszawa 2011, s. 68, też (w:) *System Prawa Prywatnego, Tom 11. Prawo rodzinne i opiekuńcze* (red. T. Smoczyński), Warszawa 2014, s. 770 i n., E. Holewińska-Łapińska, *Pozostawienie władzy rodzicielskiej nad wspólnymi małoletnimi dziećmi obojgu rozwiedzionym rodzicom oraz rozstrzygnięcia o kontaktach z dziećmi w wyrokach rozwodowych*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2012, <http://www.iws.org.pl> – zakładka „Raporty”, M. Domański, *Orzekanie o pieczy naprzemiennej w wyrokach rozwodowych*, Warszawa 2015, raport IWS – <http://www.iws.org.pl> – zakładka „Raporty”). Nie zachodzi potrzeba rozstrzygnięcia w tej kwestii, gdy jednemu z rodziców władza rodzicielska nie przysługuje, gdy władza rodzicielską obojga została ograniczona przez umieszczenie dziecka w pieczy zastępczej, oraz gdy wykonywanie tej władzy sąd powierzył jednemu z rodziców ograniczając władzę rodzicielską drugiego do określonych obowiązków i uprawnień odnośnie do osoby dziecka. Określenie miejsca pobytu dziecka jest szczególnie istotne, gdy ma miejsce pozostawienie obojgu rozwiedzionym (żyjącym w rozłączeniu) rodzicom pełni władzy rodzicielskiej, co współcześnie (od 29 sierpnia 2015 r.) należy uznać za orzeczenie preferowane przez ustawodawcę (art. 58 § 1a k.r.o.).

O ile zostało zawarte porozumienie, o którym mowa w art. 58 § 1 zd. 2 k.r.o., powinno zawierać ustalenie miejsca pobytu dziecka. Jeżeli rodzice porozumienia nie zawarli, zgodnie z art. 58 § 1a k.r.o., sąd rozstrzyga o władzy rodzicielskiej i sposobie jej wykonywania (i – co do zasady – utrzymywania z dzieckiem kontaktów). To zaś wymaga zwykle określenia miejsca pobytu dziecka, bowiem rodzice pozostając w rozłączeniu z reguły mieszkają oddzielnie. W ostatniej nowelizacji przepisów dotyczących omawianego zagadnienia została przesądzona przez ustawodawcę (bardzo kontrowersyjna) kwestia dopuszczalności orzeczenia, że „dziecko będzie mieszkać z każdym z rodziców w powta-

rzających się okresach”, o czym świadczy brzmienie art. 582¹ § 4 k.p.c. oraz 598²² k.p.c.

Pożądane byłoby jednoznaczne ustawowe przesądzenie o obowiązku rozstrzygnięcia w wyroku rozwodowym (postanowieniu wydanym na podstawie art. 106 k.r.o., art. 107 k.r.o.) o miejscu „zwykłego” pobytu dziecka, gdy rodzicom przysługuje „równa”, „pełna” władza rodzicielska (sąd przesądził o „wspólnym” wykonywaniu władzy rodzicielskiej).

7.3. Wskazanie osoby przysposabiającego przez rodziców niepozbawionych władzy rodzicielskiej nad dzieckiem (art. 119^{1a} k.r.o.)

Na mocy ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. z 2015 r., poz. 199), do przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego normujących przysposobienie wprowadzono zapis o prawie rodziców dziecka do „wskazania osoby przysposabiającego” (art. 119^{1a} k.r.o., stanowiący, że „rodzice mogą przed sądem opiekuńczym wskazać osobę przysposabiającego, którą może być wyłącznie krewny rodziców dziecka za zgodą tej osoby złożoną przed tym sądem. Osobą wskazaną może być również małżonek jednego z rodziców”), a w kodeksie postępowania cywilnego, między innymi, art. 585¹ normujący postępowanie w takiej sytuacji.

Koniecznym elementem w przysposobieniu, który nie został zmieniony przez wspomnianą nowelizację, jest wyrażana podczas rozprawy zgoda na przysposobienie przez osoby wskazane w ustawie (art. 118 i art. 119 k.r.o., 120 k.r.o.), w tym przez znanych w świetle prawa rodziców, za wyjątkiem tych którzy zostali pozbawieni władzy rodzicielskiej, oraz tych, z którymi nie można się porozumieć z uwagi na przeszkody trudne do przezwyciężenia (art. 119 § 1 k.r.o.). Ustawa wymaga zgody rodziców, niezależnie od tego kto złożył wniosek o przysposobienie. Zawiera zamknięty katalog sytuacji, w których zgoda rodziców na przysposobienie ich dziecka nie jest potrzebna (art. 119 § 1 k.r.o.).

Sytuacją typową jest wyrażenie zgody na przysposobienie przez wnioskodawców (przysposabiających), a więc osoby dokładnie określone przez fakt „żądania przysposobienia”. Rodzice mogą jednak także wyrazić przed sądem opiekuńczym zgodę na przysposobienie swego

dziecka w przyszłości bez wskazania osoby przysposabiającego (tzw. zgoda „blankietowa”, „anonimowa”), co skutkuje możliwością orzeczenia jedynie przysposobienia pełnego nierozwiązywalnego (nazywanego „całkowitym”). Jest to zgoda nietypowa przez swoją „blankietowość”, bowiem nie opiera się na analizie konkretnych informacji i powstałej na ich podstawie prognozie przyszłych losów dziecka. Stanowi realizację osobistego prawa rodziców wynikającego z pokrewieństwa z dzieckiem, ale wyraża wolę wyzbycia się wszystkich uprawnień i obowiązków jakie z pokrewieństwa wynikają (E. Płonka, *Przysposobienie całkowite w prawie polskim*, Wrocław 1986, s. 68). Powyższą ocenę, poczynsz od 1 stycznia 2012 r., umacnia art. 119 § 1 k.r.o. w brzmieniu nadanym przez ustawę o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, stanowiący, iż rodzicom, którzy wyrazili zgodę blankietową, nie przysługuje już ani władza rodzicielską, ani prawo do kontaktów z dzieckiem. Przyjęło się praktyce nazywanie „adopcją ze wskazaniem” przysposobienia, na które zgoda nie została wyrażona w sposób „blankietowy” (czyli „bez wskazania osoby przysposabiającego”). Można domniemywać, iż twórcy projektu art. 119^{1a} k.r.o., zakładali, że w sytuacji, gdy rodzic wyrażał podczas rozprawy zgodę na przysposobienie przez konkretnych wnioskodawców, najczęściej po uprzednim uzgodnieniu z nimi, owo porozumienie – gdy nie dotyczyło krewnego bądź małżonka miało naganne motywy (z przyjęciem korzyści majątkowej włącznie).

Z uzasadnienia projektu ustawy (druk sejmu VII kadencji nr 2361) wynikało, iż celem projektowanych zmian jest walka z „podziemiem adopcyjnym”. Po pojęciem tym rozumiano pośrednictwo adopcyjne realizowane przez inne podmioty niż ośrodki adopcyjne, którym art. 154 ust. 1 ustawy z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (t.j.: Dz.U. z 2013 r., poz. 135 z późniejszymi zmianami) przyznaje wyłączną kompetencję „*prowadzenia procedur przysposobienia*”, oraz udzielanie przez rodziców dziecka zgody na jego przysposobienie w postępowaniu sądowym w zamian za korzyść majątkową, w szczególności realizowane za pośrednictwem ogłoszeń w Internecie. Cel ten zasługuje na pełną aprobatę. Niezależnie od tego, czy zaplanowany sposób jego realizacji został dobrany właściwie (co budziło bardzo poważne wątpliwości przedstawione w licznych opiniach na etapie prac parlamentarnych – krytyczne opinie zostały przedstawione, między innymi przez Sąd Najwyższy, Krajową Radę Sądownictwa, Prokuratora Generalnego; krytyczna była też jedna z opinii Biura Analiz Sejmowych) przyjęte rozwiązanie jest niespójne z pozostałymi unormowaniami prze-

pisów o przysposobieniu i wydaje się, że w aktualnej formie nie jest do zaakceptowania.

Wskazać należy, iż zasadniczą trudność budzi zakwalifikowanie czynności, o której mowa w art. 119^{1a} k.r.o. Przeciwwstawianie przez praktyków (w szczególności z ośrodków adopcyjnych) „adopcji blankietowej” i „adopcji ze wskazaniem”, oraz umiejscowienie nowego rozwiązania wśród przepisów o zgodzie rodziców na przysposobienie może skłaniać do tezy, że „wskazanie” krewnego bądź małżonka, jako przyszłego wnioskodawcy w sprawie o przysposobienie dziecka jest równoznaczne z wyrażeniem zgody na przysposobienie, o ile wskazana osoba w terminie oznaczonym w art. 585¹ § 2 k.p.c. złoży wniosek o przysposobienie. Taką interpretację wzmacnia brzmienie art. 585¹ § 2 k.p.c., z którego zdaje się wynikać dopuszczalność „wskazania” zarówno przed wszczęciem postępowania w sprawie o przysposobienie, jak i w czasie trwania tego postępowania (*verba legis*: „W przypadku wskazania, o którym mowa w § 1, przed wszczęciem postępowania w sprawie o przysposobienie [...]”), mimo że wówczas przysposabiający „sam się wskazał” zgłoszwszy „żądanie przysposobienia” (art. 117 § 1 k.r.o.). Wydaje się też, że taka właśnie, skrajnie ograniczająca uprawnienia rodziców niepozbawionych władzy rodzicielskiej do decydowania o osobie przysposabiającej była intencja projektodawców przepisu.

O ile więc „wskazanie” byłoby tożsame z wyrażeniem zgody na przysposobienie, to należy odnotować, że wpływ rodzica na to, kto przysposobi jego dziecko byłby zdecydowanie mniejszy od analogicznego wpływu opiekuna małoletniego, o ile nie pozostaje on pod władzą rodzicielską. Opiekun mógłby bowiem wyrazić zgodę na przysposobienie zarówno przez takiego wnioskodawcę, który jest krewnym, powinowatym, małżonkiem rodzica przysposabianego dziecka, jak i osobą obcą. Rodzic zaś (niepozbawiony władzy rodzicielskiej) mógłby wyrazić zgodę tylko na przysposobienie przez krewnego lub małżonka.

Ustawodawca, jak się wydaje, nie rozważył w ogóle sytuacji, gdy przysposabiane dziecko ma oboje znanych rodziców niepozbawionych władzy rodzicielskiej. Sytuacja, gdy rodzice są względem siebie krewnymi nie jest typowa i występuje rzadko. Jeżeli zaś rodzice nie mają wspólnych krewnych poza wspólnymi zstępными (co jest najczęstszą sytuacją), a do przysposobienia jest wymagana w danym stanie faktycznym zgoda każdego z nich, to przesłanka zgody rodziców w ujęciu nowego rozwiązania jest niemożliwa do spełnienia.

W art. 119^{1a} k.r.o. nie ma mowy o zgodzie na przysposobienie, ale o „wskazaniu” przysposabiającego. Art. 119 k.r.o. nie został znowelizowany. O ile ustawodawcy chodziło o ograniczenie wpływu rodzica na dopuszczalność przysposobienia przez „nieanonimową” osobę to należało oczekiwać nie przepisu o „wskazaniu” osoby przysposabiającej, ale jednoznacznego zapisania w ustawie, że rodzice mogą wyrazić zgodę na przysposobienie albo przez nieznana im osobę, którą wybierze dla ich dziecka ośrodek adopcyjny, albo przez krewnego (i ewentualnie powinowatego w określonej linii i stopniu), bądź małżonka. Takiego zapisu jednak nie ma. Być może, gdyby projekt takiego przepisu był dyskutowany, powstałaby refleksja czy nie ogranicza nadmiernie praw rodziców, skoro rozwiązaniom kodeksu rodzinnego i opiekuńczego towarzyszy domniemanie, że rodzice zwykle działają dla dobra dziecka. (Między innymi z tej przyczyny sądy, ani inne organy państwowe, nie kontrolują systematycznie, z urzędu, sposobu wykonywania władzy rodzicielskiej nad każdym dzieckiem, a autonomia rodziny i jej prywatność stanowią zasadę). Zapewne możliwe do obrony jest także stanowisko, iż „wskazanie” jest jedynie szczególnym uprawnieniem rodzica do swoistej „zachęty” krewnych bądź małżonka do rozważenia przysposobienia dziecka. Zgoda na przysposobienie powinna być zaś wyrażona na ogólnych zasadach.

Wykładnia omawianego przepisu nasuwa szereg innych wątpliwości, wydaje się jednak, że już zasygnalizowane potwierdzają tezę o celowości ponownego przeanalizowania przyjętego rozwiązania i albo zrezygnowania z niego w ogóle, albo zasadniczej „przebudowy” koncepcji przysposobienia.

7.4. Przedmiot zgody małżonka na dokonanie wskazanej w ustawie czynności prawnej (art. 37 k.r.o.)

Unormowania dotyczące dokonywania czynności prawnych przez małżonków pozostających w ustawowym ustroju małżeńskiej wspólności majątkowej mają na celu ochronę majątkowych interesów każdego z małżonków oraz (pośrednio) dobra rodziny, a zarazem powinny gwarantować pewność obrotu majątkowego. W konsekwencji zapisy ustawowe powinny być maksymalnie precyzyjne, aby ich wykładnia nie budziła wątpliwości, nie stanowiła przedmiotu sporu prawniczego i nie prowadziła do rozbieżności interpretacyjnych. Powyższych zasad nie re-

alizuje brzmienie art. 37 § 1 pkt 1–3 k.r.o. wywołując wątpliwości odnośnie do relacji znaczeniowych pojęć „obciążenie”, „oddanie do używania lub pobierania pożytków”, oraz „wyzdierżawienie” wskazanych w tym przepisie przedmiotów. Mimo podobieństwa, konstrukcja trzech pierwszych punktów art. 37 § 1 k.r.o. nie jest identyczna.

W pkt. 1 jest mowa o „obciążeniu” i o „oddaniu do używania lub pobierania pożytków”, gdy chodzi o nieruchomości lub użytkowanie wieczyste. W stosunku do praw rzeczowych, których przedmiotem jest budynek lub lokal (pkt 2), zgoda małżonka jest wymagana w zakresie czynności prowadzących do obciążenia tego prawa. Pominięto oddanie go do używania lub pobierania pożytków. W odniesieniu do gospodarstwa rolnego i przedsiębiorstwa oprócz obciążenia, zgody małżonka wymaga również ich wydzierżawienie.

Występuje rozdzielnosc znaczeniowa pojęć „obciążenie” i „oddanie do używania lub pobierania pożytków”. „Obciążenie” przedmiotu polega na ustanowieniu ograniczonego prawa rzeczowego, „oddanie do używania lub pobierania pożytków” dokonuje się w ramach stosunku obligacyjnego. Funkcja przepisu, polegająca na zapewnieniu bezpieczeństwa obrotu przez precyzyjne wskazanie przedmiotów majątkowych i czynności, do których wymagana jest zgoda małżonka, przemawia przeciwko wykładni rozszerzającej. To jednak może prowadzić do budzących wątpliwości wyników. Zgoda małżonka byłaby wymagana np. do wynajęcia niewielkiej nieruchomości (oddanie nieruchomości do używania), ale nie byłaby potrzebna do wynajęcia mieszkania, które przysługuje małżonkom na zasadzie spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu (bo nie jest to obciążenie prawa rzeczowego, którego przedmiotem jest lokal).

W literaturze proponowane jest, między innymi, zastosowanie wykładni funkcjonalnej punktu 2 art. 37 § 1 k.r.o. zmierzającej do rozszerzenia znaczenia pojęcia „obciążenia”, gdy chodzi o prawa rzeczowe, których przedmiotem jest budynek lub lokal, ale nie jest to stanowisko akceptowane powszechnie (zob. M. Nazar (w:) *System prawa prywatnego*, tom 11 *Prawo rodzinne i opiekuńcze* (red. T. Smyczyński), Warszawa 2014, s. 358–359; M. Sychowicz, (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red. K. Piasecki) Warszawa 2011, s. 247–248 oraz przeciwny pogląd K. Pietrzykowski (w:) *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red. K. Pietrzykowski) Warszawa 2015, s. 305).

Wątpliwości budzą także określenia przedmiotowe. W punkcie 1 art. 37 § 1 k.r.o. zawarto unormowanie dotyczące nieruchomości oraz

użytkowania wieczystego, natomiast w punkcie 2 prawa rzeczowego, którego przedmiotem jest budynek lub lokal. Literalnie odczytany punkt 1 dotyczy więc prawa własności nieruchomości gruntowych, budynkowych i lokalowych, natomiast punkt 2 – prawa własności i innych praw rzeczowych ale tylko tych, których przedmiotem jest budynek lub lokal. W konsekwencji przykładowo nabycie użytkowania nieruchomości lokalowej wymaga zgody małżonka, natomiast nabycie użytkowania nieruchomości gruntowej – nie (zwrócił na to uwagę K. Gołębiowski, *Zarząd majątkiem wspólnym małżonków*, Warszawa 2012, s. 415).

Podjęto próby sformułowania interpretacji uwzględniającej założenie rozłączności zakresowej pojęć zastosowanych w omawianych przepisach. Według jednej z nich, punkt 1 art. 37 § 1 miałby się odnosić jedynie do nieruchomości gruntowych (K. Zawada, *Uwagi o zamierzonej nowelizacji majątkowego prawa małżeńskiego oraz niektórych innych przepisów kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, KPP 2003 r., nr 4, s. 921). Według innej prawa rzeczowe, o których jest mowa w punkcie 2 art. 37 § 1 k.r.o. miałyby mieć za przedmiot wyłącznie lokal lub budynek, które nie stanowią odrębnego przedmiotu własności (K. Gołębiowski, op. cit., s. 418). Te propozycje interpretacyjne przypisują pojęciom „nieruchomości”, „prawa rzeczowego” znaczenie ograniczone w stosunku do ustawowo przyjętego. Celowe byłyby stosowne uściślenia zapisów ustawowych.

7.5. Postępowanie wykonawcze w sprawach opiekuńczych

Sprawy z zakresu kognicji tzw. „sądów rodzinnych”, będących sądami opiekuńczymi (art. 568 k.p.c.), mimo że są sprawami cywilnymi w rozumieniu art. 1 Kodeksu postępowania cywilnego, różnią się w bardzo istotny sposób od większości postępowań należących do zbioru „spraw cywilnych”. Mechanizmy postępowania egzekucyjnego nie są adekwatne dla zapewnienia wykonania orzeczeń w sprawach opiekuńczych, co wykazały doświadczenia dotyczące odebrania dziecka od osoby nieuprawnionej i wykonywania kontaktów z dziećmi (E. Mędrzycka, *Egzekucja roszczenia o wydanie dziecka*, Biuletyn Ministerstwa Sprawiedliwości 1958, nr 12, Z. Świeboda, *Wykonanie orzeczeń o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką*, ZN IBPS nr 4, Warszawa 1976, s. 103–120, J. Gudowski, *Postępowanie w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej*

lub pozostającej pod opieką, PS 2002, nr 1, E. Holewińska-Łapińska, *Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi (w świetle wyników badania akt spraw postępowań wykonawczych)*, Prawo w Działaniu 2011, nr 10). Aktualnie w wymienionych sprawach są, w miarę szczegółowe, rozwiązania ustawowe (art. 598¹–art. 598²¹ k.p.c.) uwzględniające specyfikę przedmiotu regulacji, zamieszczone w części pierwszej Kodeksu postępowania cywilnego poświęconej postępowaniu rozpoznawczemu.

W ramach postępowań wykonawczych w sprawach opiekuńczych różne zadania są wykonywane przez sądy, sądowych kuratorów zawodowych, ośrodki adopcyjne, różne jednostki organizacyjne wspierania rodziny i systemu pieczy zastępczej, choć nie jest to równoznaczne z posiadaniem przez wymienione podmioty statusu organów postępowania wykonawczego, których dotyczyłyby jednoznacznie sformułowane zasady działania, zarówno ogólne jak i odnoszące się do postępowania wykonawczego w różnych rodzajach spraw (przykładowo sprawowanie nadzoru nad wykonywaniem władzy rodzicielskiej, opieki, pieczy preadopcyjnej, wykonywaniem obowiązków w postępowaniu z osobami uzależnionymi od alkoholu itp.).

Wg opinii sędziów występuje pilna potrzeba całościowego, maksymalnie precyzyjnego unormowania postępowania wykonawczego w sprawach opiekuńczych (pkt. 4 uchwały XVIII Kongresu Stowarzyszenia Sędziów Rodzinnych w Polsce z dnia 22 września 2016 r. <http://www.sssrwp.pl/aktualnosci.php?typ=uc>). Aktualnie organem wykonawczym jest sąd i kurator sądowy działający na mocy orzeczenia sądu. Brak unormowań w zakresie praw i obowiązków podczas wykonywania orzeczenia zarówno odnośnie do wykonujących orzeczenie kuratorów jak i osób, których to postępowanie dotyczy. Tymczasem czynności, o których mowa, mogą ograniczać korzystanie z konstytucyjnych wolności i praw (przykładowo ujawnianie informacji o osobie, naruszanie tzw. „miru domowego”, życia prywatnego). Wszelkie ograniczenia w tych obszarach wymagają unormowania ustawowego (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP). Powinno być ono dostosowane do specyfiki spraw.

7.6. Orzeczenie sądu wydawane po odebraniu dzieci rodzicom na podstawie art. 12a ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (art. 579¹ § 2 k.p.c.)

Przesłanki zastosowania art. 12a ust. 1 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (t.j.: Dz.U. 2015, poz. 1390, dalej jako „u.p.p.r.”), które muszą wystąpić łącznie, aby możliwe było odebranie dziecka rodzicom są następujące: (1) stan zagrożenia życia lub zdrowia dziecka, (2) które ma charakter bezpośredni i (3) powstało w związku z przemocą w rodzinie, (4) odebranie dziecka przez wskazanego w ustawie podmiot uprawniony, którym jest pracownik socjalny, (5) wykonujący swoje obowiązki służbowe, przy czym przyjmuje się, że uprawniona do odebrania dziecka jest osoba zatrudniona jako pracownik socjalny w jednostkach pomocy społecznej (tak A. Prusinowska-Marek, *Interwencja w środowisku wobec rodziny dotkniętej przemocą. Poradnik dla osób pracujących z dzieckiem i rodziną*, Warszawa 2013, s. 95, J. Słyk, *Odbieranie dzieci rodzicom na podstawie art. 12a ustawy z 29 lipca 2005 o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*, Prawo w Działaniu 2015, nr 24). Wykładnia przepisu nasuwa wątpliwości interpretacyjne będące skutkiem zastosowania zwrotów niedookreślonych i nieprecyzyjnych, a nawet obciążonej błędami logicznymi, definicji przemocy w rodzinie zawartej w art. 2 pkt 2 u.p.p.r. (krytycznie wobec definicji przemocy zawartej w projekcie u.p.p.r. na etapie prac parlamentarnych przykładowo L. Bosek, *Opinia z dnia 15 marca 2010 r. na temat legislacyjnej spójności oraz zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw*, druk 2776, <http://orka.sejm.gov.pl>.). Podmiotem uprawnionym do odebrania dziecka jest pracownik socjalny zwykle nie mający wykształcenia prawniczego (niektóre sądy wyraziły przeświadczenie, że celowe byłyby zmiany umożliwiające wydanie rozporządzenia zawierającego praktyczne wskazówki jak należy stosować 12a ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie adresowane do dla pracowników socjalnych – tak przykładowo Prezes Sądu Okręgowego w Świdnicy w piśmie do Dyrektora BSiA SN z dnia 2 listopada 2016 r., W-4510-18/16).

Badanie praktyki wykazało przypadki, w których przesłanki określone w art. 12a u.p.p.r. nie zostały spełnione, ale decyzja o odebraniu dziecka została podjęta przez pracownika socjalnego w związku ze sta-

nem zagrożenia dobra dziecka (J. Słyk, *Odbieranie dzieci rodzicom na podstawie art. 12a ustawy z 29 lipca 2005 o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie*, Prawo w Działaniu 2015, nr 24, s. 263 i n.).

Powyższe ustalenia są bardzo istotne, gdy zważy się, że zgodnie z art. 579¹ § 2 k.p.c. odnoszącym się do sytuacji, o której mowa w art. 12a u.p.p.r., sąd ma obowiązek orzeczenia o umieszczeniu dziecka w pieczy zastępczej, albo o powrocie dziecka do rodziny w terminie nieprzekraczającym 24 godzin od odebrania dziecka. „Z kategorycznego sformułowania tego przepisu nie ulega wątpliwości, że sąd podejmuje czynności niezwłocznie (...) w (terminie) wyznaczonym w godzinach” (T. Zyznowski, *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II Komentarz. Art. 367–729* (red. A. Marciniak, K. Piasecki), Warszawa 2016, s. 833).

Z brzmienia przepisu zdaje się wynikać, iż ustaliwszy, że w danym przypadku nie zostały spełnione przesłanki zastosowania art. 12a u.p.p.r. sąd powinien orzec o powrocie dziecka do rodziny. Tymczasem takie rozstrzygnięcie może nie być optymalne. Sądy sygnalizują poważne wątpliwości przy stosowaniu art. 579¹ § 2 k.p.c., a badanie potwierdziło rozbieżności orzecznictwa wynikające z faktu, że wskazany przepis nie określa precyzyjnie charakteru postanowienia sądu opiekuńczego wydawanego w związku z zawiadomieniem pracownika socjalnego o odebraniu dziecka. W konsekwencji celowe wydaje się uzupełnienie art. 579¹ § 2 k.p.c. o możliwość wydania także innego, odpowiedniego zarządzenia w celu usunięcia stanu zagrożenia dobra dziecka.

7.7. Wnioski

Należy wskazać, iż w większości zachowują aktualność uwagi zgłaszane w ostatnich latach przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego o niespójnościach systemu prawnego występujących w obszarze normowanym przez prawo rodzinne i opiekuńcze, w szczególności w zakresie objętym kognicją tzw. sądów rodzinnych. Zrealizowano jedynie postulat ustawowego unormowania specjalistycznego opiniowania w sprawach rodzinnych. Zadaniem zespołów sądowych specjalistów jest sporządzanie, na zlecenie sądu lub prokuratora, opinii w sprawach rodzinnych i opiekuńczych oraz w sprawach nieletnich, na podstawie przeprowadzonych badań psychologicznych, pedagogicznych lub lekarskich. Rodzinne ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne, których uprawnienie do

opiniowania w sprawach rozwodowych, rodzinnych i opiekuńczych było kwestionowane, stały się opiniodawczymi zespołami sądowych specjalistów.

Nie nastąpiły również zmiany organizacyjne realizujące postulat zapewnienia, co najmniej, dwuinstancyjnego sądownictwa rodzinnego. W tych kwestiach należy odesłać do wystąpień Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego z lat 2015–2016 (Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, *Uwagi o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*, Warszawa 2015, s. oraz *Uwagi o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie*, Warszawa 2016, s. 40–50, dostępne także w formie elektronicznej www.sn.pl). Jednocześnie celowe wydaje się zwrócenie uwagi na konieczność wyjątkowej rozwagi przy wprowadzaniu zmian w przepisach prawa rodzinnego, które każdorazowo powinny być poprzedzone wnikliwą analizą praktyki stosowania prawa w obszarze zamierzonej nowelizacji. Zawsze też dla ustawodawcy „sprawą nadrzędną” powinno być „najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka” (art. 3 ust. 1 Konwencji o prawach dziecka – Dz.U. 1991, nr 120, poz. 526 ze zm.) z uwzględnieniem, że małżeństwo i rodzina „znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej” (art. 18 Konstytucji RP). W ostatnich latach miały miejsce zmiany prawa, które – jak się wydaje – nie w pełni realizowały powyższe zasady (por. pkt. 1, 2, 3 niniejszych uwag). Pożądane byłoby wnikliwe badanie ich praktycznego stosowania, a w przypadku potwierdzenia, iż osłabiają ochronę dobra dzieci podjęcie stosownych działań legislacyjnych.

8. Prawo karne materialne

8.1. Błędne określenie „obowiązku” w art. 34 § 1b k.k.

Zgodnie z art. 34 § 1b Kodeksu karnego „obowiązki i potrącenie, o których mowa w § 1a, orzeka się łącznie lub osobno”. Wskazany w zacytowanym przepisie art. 34 § 1a pkt 1 k.k. stanowi o „obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne”, pkt 2 został uchylony na mocy ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. poz. 428), pkt 3 został uchylony na mocy ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 437), pkt 4 zaś stanowi o „potrąceniu od 10 do 25 % wynagrodzenia za pracę w stosunku miesięcznym na cel społeczny wskazany przez sąd”. Obecnie art. 34 § 1a k.k. przewiduje więc tylko jeden obowiązek i jedno potrącenie, tym samym liczba mnoga „obowiązki” użyta w art. 34 § 1b k.k. jest niepoprawna i powinna zostać zmieniona na „obowiązek”.

8.2. Nadzwyczajne złagodzenie kary w przypadku sankcji kumulatywnej

W polskim systemie prawa funkcjonują zbrodnie oraz występki, w których sankcja została określona w sposób kumulatywny. Przykładowo, art. 53 ust. 2 i art. 55 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 224 ze zm.) przewidują zbrodnie zagrożone karą grzywny i karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. Podobna sytuacja zachodzi m.in. w przypadku występków określonych w art. 189 ust. 2 (zagrożenie karą pozbawienia wolności do lat 5 i grzywną) oraz 190 ust. 2 (zagrożenie karą pozbawienia wolności do lat 2 i grzywną) ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (t.j.: Dz.U. z 2015 r., poz. 469 ze zm.), czy art. 171 ust. 1–3 (zagrożenie grzywną do 10 000 000 złotych i karą pozbawienia wolności do lat 5), jak również art. 171 ust. 4–5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1998, ze zm.).

Rozwiązania takie pozostaje w aksjologicznej sprzeczności z treścią art. 60 § 7 k.k., w którym stanowi się, że „Jeżeli czyn zagrożony jest więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1–3, nadzwyczajne złagodzenie kary polega na odstąpieniu od wymierzenia kary i orzeczeniu środka karnego wymienionego w art. 39 pkt 2–3, 7 i 8, środka kompensacyjnego lub przepadku; przepisu art. 61 § 2 nie stosuje się”. Taka redakcja przepisu prowadzi do wniosku, że w przypadku wskazanych zbrodni i występków nadzwyczajne złagodzenie kary polegać będzie na orzeczeniu samoistnego środka penalnego, co z racji wysokości ustawowego zagrożenia wydaje się efektem niezamierzonym przez ustawodawcę.

Powyżej nakreślona sytuacja nie jest prawidłowa, jeśli uwzględnić obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie kary przewidziane w art. 60 § 3 k.k. W tym ujęciu art. 60 § 7 k.k. wymaga nowelizacji przez wskazanie, że jego zastosowanie nie dotyczy zbrodni oraz występków zagrożonych karą powyżej lat 2, ewentualnie przez nawiązanie do poprzedniego brzemienia art. 60 § 7 k.k.

8.3. Brak możliwości zastosowania przepisu art. 37a k.k. w razie skazania za przestępstwo zagrożone sankcją kumulatywną

W dalszym ciągu wątpliwości wzbudza zakres zastosowania art. 37a k.k. Przepis ten stanowi, że „Jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, można zamiast tej kary orzec grzywnę albo karę ograniczenia wolności, o której mowa w art. 34 § 1a pkt 1 lub 4”. W zakresie tej regulacji nie mieszczą się przypadki, w których sąd jest zobowiązany wymierzyć karę pozbawienia wolności i karę grzywny. Występki określone w art. 189 ust. 2 oraz 190 ust. 2 ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (t.j.: Dz.U. z 2015 r., poz. 469 ze zm.) czy w art. 171 ust. 1 oraz ust. 3–5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1998, ze zm.) zagrożone są karą poniżej 8 lat pozbawienia wolności. W takim przypadku, wyłączenie możliwości skorzystania z art. 37a k.k. nie znajduje uzasadnienia.

8.4. Niespójność systemowa art. 38 § 2 k.k. z art. 64 § 1 lub 2 k.k.

Zgodnie z art. 38 § 2 k.k. kara nadzwyczajnie obostrzona nie może przekroczyć 810 stawek dziennych grzywny, 2 lat ograniczenia wolności lub 20 lat pozbawienia wolności; karę pozbawienia wolności wymierza się w miesiącach i latach. Z przywołanym przepisem jest niespójny przepis art. 64 § 3 k.k., gdyż w wypadku zbrodni zagrożonej karą pozbawienia wolności od 3 lat (czyli, zgodnie z art. 37 k.k., do lat 15 pozbawienia wolności) sprawca działający w warunkach z art. 64 §§ 1 lub 2 k.k. nie może zostać skazany na karę przekraczającą 15 lat pozbawienia wolności. Z kolei sprawca występkę zagrożonego karą pozbawienia wolności do lat 12, stosownie do art. 38 § 2 k.k., mógłby zostać ukarany karą w rozmiarze do 18 lat. Taka sytuacja prowadzi do niespójności wewnętrznej w ramach Kodeksu karnego, skoro sytuacja sprawcy, który popełnił w warunkach recydywy specjalnej zbrodnię, jest w istocie taka sama jak sprawcy, który popełnił w warunkach recydywy specjalnej występki zagrożony karą pozbawienia wolności od roku do 10 lat. Stan taki niewątpliwie rażąco uchybia założeniu racjonalności prawodawcy, zwłaszcza racjonalności aksjologicznej. Przedstawionej niespójności nie da się usunąć w drodze wykładni, gdyż wymagałoby to traktowania art. 64 § 3 k.k. i wyłączenia w nim zawartego *per non est* i w konsekwencji prowadziło do rozszerzającej wykładni przepisów art. 64 §§ 1 i 2 k.k., ta zaś w wypadku przepisów zaostrzających odpowiedzialność karną jest niedopuszczalna z mocy konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege* (art. 42 ust. 1 Konstytucji RP).

8.5. Dozór kuratora w przypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary wobec multirecydywisty

Przepis art. 73 § 2 k.k., który ma zastosowanie przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności, stanowi, że „Dozór jest obowiązkowy wobec młodocianego sprawcy przestępstwa umyślnego, sprawcy określonego w art. 64 § 2, a także wobec sprawcy przestępstwa popełnionego w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych oraz sprawcy, który popełnił przestępstwo z użyciem przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej”. Z uwagi na aktualną treść art. 69 § 1 k.k. możliwe jest warunkowe zawieszenie wykonania kary wyłącznie sprawcy „który w czasie popełnienia przestępstwa nie był

skazany na karę pozbawienia wolności”. Tym samym obecna regulacja Kodeksu karnego uniemożliwia orzeczenie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania osobie, o której mowa w art. 64 § 2 k.k., tj. multirecydywiście. Jeżeli intencją pozostawienia art. 73 § 2 k.k. w przytaczanym brzmieniu było podkreślenie konieczności stosowania dozoru wobec osób, o których stanowi art. 65 k.k., ewentualnie osób o których mowa w art. 60 § 3–4 k.k. (co jest mało prawdopodobne z uwagi na treść art. 60 § 5 k.k., zgodnie z którym w stosunku do sprawców, o których mowa w art. 60 § 3–4 k.k. „przepisu art. 69 § 1 nie stosuje się, a przepisy art. 71–76 stosuje się odpowiednio”), to powinno to zostać wyrażone wprost. Pośrednie odwołanie konkludentne jest co najmniej nieczytelne i sugeruje błąd legislacyjny.

8.6. Brak regulacji w zakresie grzywny orzeczonej na podstawie art. 71 § 1 k.k. w sytuacji zastosowania kary grzywny albo kary ograniczenia wolności w trybie art. 75a § 4 k.k.

Przepis art. 75a § 4 k.k. stanowi, że zamiana kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na karę ograniczenia wolności albo na grzywnę nie zwalnia skazanego od wykonania orzeczonych wobec niego środków karnych, przepadku, środków kompensacyjnych lub środków zabezpieczających, chociażby następnie orzeczono karę łączną. W art. 75a § 4 k.k. brakuje natomiast wypowiedzi ustawodawcy na temat grzywny orzeczonej na podstawie art. 71 § 1 k.k. Zgodnie z art. 71 § 2 k.k. grzywna ta nie podlega wykonaniu w razie zarządzenia wykonania kary. W sytuacji określonej w art. 75a § 1 k.k. nie dochodzi do zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności a jedynie do zamiany tej kary na grzywnę albo karę ograniczenia wolności. Jednocześnie przepis art. 71 § 2 k.k. nie stanowi ogólnej podstawy zaliczania uiszczonych grzywny na poczet kary pozbawienia wolności w sytuacji gdy dochodzi do zniweczenia warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności, bowiem przepis ten odnosi się wyłącznie do przypadku zarządzenia wykonania kary.

Brak jest zatem regulacji, która wyrażałaby obowiązek zaliczenia grzywny orzeczonej na podstawie art. 71 § 1 k.k. na poczet kary w razie zastosowania instytucji z art. 75a § 1 k.k. Rodzi to trudności interpre-

tacyjne. Powstaje bowiem problem z dalszym wykonywaniem grzywny, która mogła być orzeczona tylko obok warunkowego zawieszenia wykonania kary. Oparcie się wyłącznie na wykładni językowej prowadzi do konsekwencji trudnych do zaakceptowania, szczególnie, że – zgodnie z nowym brzmieniem art. 71 § 1 k.k. – grzywna może być orzeczona w wysokości do 540 stawek dziennych. Prowadziłoby to w konsekwencji do wymiaru grzywny w wysokości nie tylko przekraczającej 730 stawek dziennych, ale także 810 stawek albo grzywny obok kary ograniczenia wolności.

Możliwe jest przyjęcie założenia, że zamiana kary, o której mowa w art. 75a § 1 k.k. jest równorzędna z zarządzeniem wykonania kary pozbawienia wolności. Upoważnia to do oparcia się na analogii i, w wypadku zamiany zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności na grzywnę albo karę ograniczenia wolności, do odpowiedniego zastosowania art. 71 § 2 k.k. W rezultacie, w wypadku stosowania art. 75a § 1 k.k., grzywna orzeczona na podstawie art. 71 § 1 k.k., jako nierozzerwalnie związana z warunkowym zawieszeniem wykonania kary, nie podlegałaby wykonaniu. Uiszczenie tej grzywny w całości albo w części powinno prowadzić do redukcji kary pozbawienia wolności przy zastosowaniu art. 71 § 2 k.k. i dopiero w ten sposób zredukowana kara powinna być zamieniona na grzywnę albo karę ograniczenia wolności zgodnie z przelicznikiem określonym w art. 75a § 1 *in fine* k.k. Za taką interpretacją przemawia brak wypowiedzi ustawodawcy w art. 75a § 4 k.k. na temat grzywny orzeczonej na podstawie art. 71 § 1 k.k. Rozumowanie *a contrario* pozwala przyjąć, że zamiana „zwalnia” skazanego od uiszczenia grzywny. Dotyczy to oczywiście jedynie grzywny orzeczonej na podstawie art. 71 § 1 k.k. Grzywna orzeczona obok kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na podstawie art. 33 § 2 k.k. podlega, w razie zamiany, o której mowa w art. 75a § 1 k.k., wykonaniu (por. A. Zoll (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna. Tom II*, Warszawa 2016, s. 349–350, por. podobnie: P. Hofmański, L. K. Paprzycki (aktualizacja A. Sakowicz) (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 583).

W literaturze dopuszcza się odmienne rozwiązanie tego problemu: jeśli obok warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności wymierzono skazanemu grzywnę na podstawie art. 71 § 1 k.k., to grzywna taka w dalszym ciągu podlega wykonaniu po zastosowaniu przepisu art. 75a § 1 k.k., bowiem z treści przepisu art. 71 § 2 k.k. jednoznacz-

nie wynika, że kara grzywny nie podlega wykonaniu jedynie w razie zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności, a zamiana kary pozbawienia wolności na mocy komentowanego przepisu nie jest jej zarządzeniem (por. J. Lachowski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna, Tom II*, 2015, s. 405).

Wobec powyższego, należy postulować uregulowanie kwestii wykonania grzywny orzeczonej na podstawie art. 71 § 1 k.k. w razie zastosowania instytucji z art. 75a § 1 k.k.

8.7. Zakres normowania art. 87 § 2 k.k.

W dalszym ciągu niejasny pozostaje zakres normowania art. 87 § 2 k.k. Przypomnieć trzeba, że regulacja ta wiąże się z wprowadzeniem do polskiego porządku prawnego możliwości jednoczesnego orzekania kary pozbawienia wolności i ograniczenia wolności. Zgodnie z treścią art. 37b k.k. „W sprawie o występpek zagrożony karą pozbawienia wolności, niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn, sąd może orzec jednocześnie karę pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym 3 miesięcy, a jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia wynosi przynajmniej 10 lat – 6 miesięcy, oraz karę ograniczenia wolności do lat 2. Przepisów art. 69–75 nie stosuje się. W pierwszej kolejności wykonuje się wówczas karę pozbawienia wolności, chyba że ustawa stanowi inaczej”.

W tej perspektywie nie jest jasne czy art. 87 § 2 k.k. stanowiący, że „Jeżeli za zbiegające się przestępstwa wymierzono kary pozbawienia wolności oraz ograniczenia wolności i kara łączna pozbawienia wolności nie przekroczyłaby 6 miesięcy, a kara łączna ograniczenia wolności – 2 lat, sąd może orzec te kary łączne jednocześnie, jeżeli cele kary zostaną w ten sposób spełnione” ma zastosowanie w przypadkach, gdy:

- a) popełniono przestępstwo, za które wymierzono karę pozbawienia wolności do 6 miesięcy i przestępstwo, za które wymierzono karę ograniczenia wolności do 2 lat;
- b) popełniono przestępstwo, za które orzeczono karę pozbawienia wolności do 6 miesięcy i karę ograniczenia wolności do 2 lat oraz przestępstwo, za które orzeczono karę ograniczenia wolności do 2 lat;
- c) popełniono przestępstwo, za które orzeczono karę pozbawienia wolności i karę ograniczenia wolności oraz przestępstwo, za które

orzeczono karę pozbawienia wolności i karę ograniczenia wolności, jeżeli kara łączna pozbawienia wolności nie przekroczyłaby 6 miesięcy, a kara łączna ograniczenia wolności 2 lat;

- d) popełniono więcej niż dwa przestępstwa a kara (łączna) pozbawienia wolności nie przekroczyłaby 6 miesięcy, natomiast kara (łączna) ograniczenia wolności nie przekroczyłaby 2 lat.

Teoretycznie bowiem, w każdym z powyższych przypadków będzie możliwe orzeczenie kary łącznej pozbawienia wolności do 6 miesięcy i kary łącznej ograniczenia wolności do 2 lat.

Zaznaczyć należy, że wąska interpretacja opiera się na wskazaniu, że dyspozycja art. 87 § 2 k.k. będzie spełniona tylko wówczas, gdy w zbiegu pozostawać będą przestępstwa, za które orzeczono co do każdego kumulatywnie karę pozbawienia wolności i karę ograniczenia wolności.

8.8. Warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej (art. 89a k.k.)

Przepis art. 89a § 1 k.k. stanowi, że jeżeli chociażby jedną z kar podlegających łączeniu jest kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania orzeczona na podstawie art. 60 § 5 k.k., sąd może warunkowo zawiesić wykonanie kary łącznej nieprzekraczającej wymiaru kary pozbawienia wolności, orzeczonej na podstawie tego przepisu. Treść wskazanej regulacji budzi wątpliwości co do zakresu normowania, gdyż przepis art. 89a § 1 k.k. nie precyzuje jakiego rozmiaru może być kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania zastosowanym na podstawie art. 60 § 5 k.k., aby mogła zostać poddana procedurze łączenia. W doktrynie prawa karnego zarysował się w tej kwestii spór, który ma istotne znaczenie praktyczne. Otóż, wedle jednego stanowiska przepis art. 89a § 1 k.k. określa podstawy, zasady i sposób wymiaru kary łącznej pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania w każdym przypadku, gdy co najmniej jedną z kar podlegających łączeniu jest kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania orzeczona na podstawie art. 60 § 5 k.k. lub kara łączna pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania orzeczona na podstawie art. 89a k.k., niezależnie od rozmiaru tej kary (por. P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna. Tom II*, Warszawa 2016, s. 664).

Według stanowiska odmiennego przepis art. 89a § 1 k.k. ma zastosowanie nie zawsze, gdy jedną z kar podlegających łączeniu jest kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania zastosowanym na podstawie art. 60 § 5 k.k., ale dopiero wtedy, gdy jest to kara w wymiarze powyżej roku (por. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 337). Przyjęcie tej koncepcji wykładniczej skutkowałoby obostrzeniem przesłanek warunkowego zawieszenia wykonania kary łącznej w sytuacji, gdy jedną z kar podlegających łączeniu jest kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania orzeczona na podstawie art. 60 § 5 k.k. wówczas, gdy wymiar tej kary nie przekracza roku. W takim wypadku, kara łączna pozbawienia wolności mogłaby zostać warunkowo zawieszona jedynie wtedy, gdyby został spełniony przewidziany w art. 89 § 1 k.k., a pominięty w art. 89a § 1 k.k., warunek braku skazania sprawcy w czasie popełnienia każdego z przestępstw na karę pozbawienia wolności, a także spełnienia drugiej niewymienionej w art. 89a k.k. przesłanki, tj. wykazania, że warunkowe zawieszenie wykonania kary łącznej pozbawienia wolności w takim przypadku jest wystarczające do osiągnięcia wobec sprawcy celów kary.

8.9. Kolejność wykonywania detencji psychiatrycznej wobec sprawcy, o którym mowa w art. 93c pkt 2 k.k.

Przepis art. 93d § 5 k.k. stanowi, że wobec sprawcy, który został skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, orzeczony środek zabezpieczający stosuje się po odbyciu kary lub warunkowym zwolnieniu, chyba że ustawa stanowi inaczej. W aktualnym stanie prawnym jedyny wyjątek od tej zasady wprowadza art. 202a k.k.w., zgodnie z którym pobyt w zakładzie psychiatrycznym orzeczony wobec sprawców, o których mowa w art. 93c pkt 2 k.k., następuje przed wykonaniem kary pozbawienia wolności, podczas przerwy w wykonywaniu tej kary lub po jej wykonaniu. Ani kodeks karny, ani kodeks karny wykonawczy nie określają żadnych przesłanek, którymi powinien kierować się sąd, określając w tym przypadku kolejność wykonywania kary i środka zabezpieczającego. Podnieść należy, że kolejność ta nie jest – z perspektywy sprawcy – pozbawiona znaczenia, gdyż sąd, zgodnie z art. 202a § 2 k.k.w., zobowiązany jest zaliczyć na poczet kary okres pobytu skazanego w zakładzie. Zatem

w sytuacji, gdy pobyt w zakładzie nastąpi po odbyciu całości kary pozbawienia wolności, zaliczenie takie nie będzie możliwe. W rezultacie kolejność wykonania kary i środka zabezpieczającego może mieć wpływ na okres pozbawienia wolności sprawcy (por. M. Pyrcak-Górowska, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna. Tom II*, Warszawa 2016, s. 782).

Wobec tego należy postulować uregulowanie przesłanek, które determinują kolejność wykonania kary oraz środka zabezpieczającego wobec sprawcy, o którym mowa w art. 93c pkt 2 k.k.

8.10. Obowiązek zawiadomienia o okolicznościach wskazanych w art. 93d § 6 k.k.

Zgodnie z treścią art. 93d § 6 k.k., jeżeli zachowanie sprawcy po uchyleniu środka zabezpieczającego wskazuje, że zachodzi konieczność stosowania środków zabezpieczających, sąd, nie później niż w ciągu 3 lat od uchylenia środka, może ponownie orzec ten sam środek zabezpieczający lub inny środek, o którym mowa w art. 93a § 1 pkt 1–3 k.k. Przepis ten wskazuje, że uchylenie środka zabezpieczającego nie ma charakteru definitywnego. Przesłanką ponownego orzeczenia środka zabezpieczającego jest taka zmiana zachowania sprawcy, która ponownie uaktualnia materialne przesłanki zastosowania środka zabezpieczającego, które zostały wskazane przez ustawodawcę w art. 93b § 1 i art. 93g k.k. Oznacza to zatem, że dla ponownego orzeczenia środka zabezpieczającego nie wystarcza sama zmiana stanu zdrowia sprawcy lub zmiana jego sytuacji życiowej. Problem jednak w tym, że w przepisach dotyczących środków zabezpieczających brak regulacji, która nakładałby na określone podmioty obowiązek zawiadomienia o okolicznościach wskazanych w art. 93d § 6 k.k., tj. że zachodzi konieczność ponownego stosowania środków zabezpieczających.

8.11. Brak spójności w zakresie przesłanek detencji psychiatrycznej

Interwencji ustawodawcy wymaga ujednolicenie przesłanek detencji psychiatrycznej. Zgodnie z przepisem art. 93b § 1 zd. drugie k.k. środek zabezpieczający, o którym mowa w art. 93a § 1 pkt 4 k.k. (czyli de-

tencję psychiatryczną) można orzec jedynie, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości. Tymczasem przepis art. 93g k.k. wskazuje, że orzeczenie pobytu w zakładzie psychiatrycznym wobec wskazanego tu sprawcy następuje wtedy, gdy istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że popełni on jakiegokolwiek przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, nie tylko o znacznej społecznej szkodliwości. Z tego przepisu wynika jednoznacznie, że wobec niepoczytalnego sprawcy czynu zabronionego o znacznym stopniu społecznej szkodliwości, co do którego umorzono postępowanie, można orzec pobyt w zakładzie psychiatrycznym tylko wtedy, gdy istnieje wysokie (nie wystarcza zatem jakiegokolwiek) realne prawdopodobieństwo, że popełni czyn zabroniony o znacznym stopniu społecznej szkodliwości. Przy czym nie budzi wątpliwości, że ten drugi czyn ma być popełniony w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym (nie wystarczy, aby powodem jego popełnienia było inne zakłócenie czynności psychicznych).

Wobec tego rozważenia wymaga uzupełnienie art. 93g § 3 *in fine* k.k., przez wskazanie, że przesłanką orzeczenia pobytu w zakładzie psychiatrycznym jest wysokie prawdopodobieństwo popełnienia przez skazanego przestępstwa o znacznej społecznej szkodliwości skierowanego przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej.

8.12. Opiniowanie o stanie zdrowia sprawcy a dalsze stosowanie środka zabezpieczającego

Zgodnie z treścią art. 203 § 1 k.k.w. kierownik zakładu psychiatrycznego, w którym wykonuje się środek zabezpieczający, nie rzadziej niż co 6 miesięcy przesyła do sądu opinię o stanie zdrowia sprawcy umieszczonego w tym zakładzie i o postępach w leczeniu lub terapii. Ponadto, opinię taką obowiązany jest przesłać bezzwłocznie, jeżeli w związku ze zmianą stanu zdrowia sprawcy uzna, że jego dalsze pozostawanie w zakładzie nie jest konieczne. Tymczasem, w myśl przepisu art. 204 § 1 k.k.w., jeżeli wobec sprawcy orzeczono pobyt w zakładzie psychiatrycznym, sąd, nie rzadziej niż co 6 miesięcy, orzeka w przedmiocie dalszego stosowania tego środka, a w wypadku uzyskania opinii, że dalsze pozostawanie sprawcy w zakładzie nie jest konieczne – bezzwłocznie. Z przytoczonych regulacji wynika, że wydanie postanowienia co do dalszego stosowania środka zabezpieczającego nie rzadziej niż co 6 miesięcy jest obowiązkiem

sądu, zsynchronizowanym z obowiązkiem kierownika zakładu psychiatrycznego przesyłania sądowi w takich samych odstępach czasu opinii o stanie zdrowia sprawcy i o postępach w jego leczeniu lub terapii. Trzeba jednak dostrzec, że założenie to nie wyklucza sytuacji powołania się przez kierownika zakładu psychiatrycznego na przepis art. 203 § 1 k.k.w. i nadesłania opinii o stanie zdrowia sprawcy tuż przed upływem 6 miesięcy jego pobytu, co uniemożliwi sądowi wydanie postanowienia w ustawowym terminie. Jednocześnie zastrzec należy, że niedotrzymanie przez sąd terminu określonego w art. 204 k.k.w. nie wywołuje skutku w postaci odstąpienia od stosowania detencji (por. postanowienie SA w Łodzi z 10 listopada 2010 r., II AKz w 597/10, LEX nr 8461). W tej sytuacji podstawą prawną jej dalszego stosowania jest poprzednie orzeczenie sądu w tym przedmiocie. Niemniej jednak takie działanie sądu, tj. orzekanie o detencji rzadziej niż co 6 miesięcy, narusza prawa osoby pozbawionej wolności i może stanowić podstawę roszczeń odszkodowawczych względem Skarbu Państwa.

W wyroku z dnia 21 grudnia 2010 r. zapadłym w sprawie *Witek przeciwko Polsce* (skarga nr 13453/07) Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślił, że przy dokonywaniu oceny zasadności stosowania detencji psychiatrycznej wobec sprawcy sąd powinien opierać się na opinii lekarskiej dotyczącej aktualnego stanu zdrowia osoby, a nie wyłącznie na zdarzeniach przeszłych. Opinia psychiatryczna nie może zostać uznana za wystarczającą w sytuacji, gdy od jej wydania upłynął znaczny okres. Toteż dokonując ustalenia, czy osoba może zostać uznana za osobę umysłowo chorą psychicznie w rozumieniu Artykułu 5 § 1 (e) Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPCz) i z tego powodu pozbawiona wolności, sąd musi wykazać spełnienie trzech warunków: musi zostać należycie udowodnione, że osoba jest chora psychicznie, tzn. rzeczywiste zaburzenia psychiczne muszą zostać stwierdzone przez właściwy organ władzy na podstawie obiektywnych ekspertyz medycznych; zaburzenia te muszą być takiego rodzaju i stopnia, że uzasadniają przymusowe odosobnienie, zaś zasadność kontynuacji odosobnienia musi być uzależniona od utrzymywania się tych zaburzeń.

Wobec tego należy postulować rozważenie wprowadzenia regulacji obligującej do pozyskania opinii o stanie zdrowia osoby objętej detencją psychiatryczną z takim wyprzedzeniem czasowym, aby możliwe było terminowe orzekanie przez sąd o potrzebie dalszego stosowania detencji psychiatrycznej.

8.13. Pojęcie osoby najbliższej (art. 115 § 11 k.k.)

W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2016 r., stwierdzono iż zawarty w art. 115 § 11 k.k. zwrot „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” określa osobę, która pozostaje z inną osobą w takiej relacji faktycznej, w której pomiędzy nimi istnieją jednocześnie więzi duchowe (emocjonalne), fizyczne oraz gospodarcze (wspólne gospodarstwo domowe). Ustalenie istnienia takiej relacji, tj. „pozostawania we wspólnym pożyciu”, jest możliwe także wtedy, gdy brak określonego rodzaju więzi jest obiektywnie usprawiedliwiony. Odmienność płci osób pozostających w takiej relacji nie jest warunkiem uznania ich za pozostających we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. (uchw. SN z dnia 25 lutego 2016 r., I KZP 20/15, OSNKW 2016, nr 3, poz. 19). Treść uchwały nie uzyskała aprobaty całego składu orzekającego. Wzbudziła ona również ożywioną reakcję doktryny. Przemyslenia wymaga w związku z tym postulat jednoznacznego uregulowania tej kwestii przez ustawodawcę (por. np. § 11 ust. 1 pkt 1 lit a. niemieckiego kodeksu karnego).

8.14. Niespójność granic ustawowego zagrożenia określonych w art. 190a § 3 k.k. i art. 207 § 3 k.k.

W dalszym ciągu zachodzi niespójność granic ustawowego zagrożenia określonych w art. 190a § 3 k.k. i art. 207 § 3 k.k. W art. 190a k.k. określono przestępstwo tzw. stalkingu (uporczywego nękania), w tym jego typu kwalifikowanego skutkiem w postaci „targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie”. Z kolei w art. 207 k.k. określono przestępstwo znęcania. W art. 207 § 3 k.k. przewidziano zaś analogiczny jak w art. 190a § 3 k.k. typ kwalifikowany skutkiem w postaci „targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie”. Zważywszy na zbieżny skutek, nie znajduje uzasadnienia zróżnicowanie granic ustawowego zagrożenia za wskazane typy kwalifikowane. Tymczasem w art. 190a § 3 k.k. przewidziano sankcję w postaci „kary pozbawienia wolności od roku do lat 10”, zaś w art. 207 § 3 k.k. sankcję w postaci „kary pozbawienia wolności od lat 2 do lat 12”.

8.15. Organizowanie nielegalnej adopcji dzieci (art. 211a k.k.)

Przepis art. 211a k.k. przewiduje typ czynu zabronionego określany jako tzw. organizowanej nielegalnej adopcji dzieci (uprzednio zachowanie to było zbieżnie kryminalizowane w art. 253 § 2 k.k. – zob. art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2010, Nr 98 poz. 626). O ile nazwa „adopcja dzieci” może funkcjonować w języku prawniczym, o tyle wątpliwości wzbudza posługiwanie się terminami „adopcja” i „dzieci” jako znamionami przestępstwa. Należy zauważyć, że w języku prawnym wykształcono odpowiednie pojęcie instytucjonalne, które w sposób precyzyjny oddają zakazywane treści, tj. „przysposobienie” oraz „małoletni”, a których użycie nie będzie się wiązać z jakimikolwiek wątpliwościami interpretacyjnymi.

8.16. Przestępstwa przetargowe (art. 305 § 1 i 2 k.k.)

W art. 305 § 1 i 2 k.k. posłużono się wyrażeniem „przetarg publiczny”. Pojęcie to w zakresie „publicznego” charakteru nie jest znane prawu cywilnemu ani administracyjnemu. Jak się słusznie wskazuje, w obowiązującym porządku prawnym funkcjonują pojęcia przetargu, przetargu nieograniczonego i ograniczonego. Z uwagi na ten fakt zakres stosowania przepisów art. 305 k.k. jest dość wąski. Nie obejmuje on znakomitej większości postaci zamówień publicznych takich jak: negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę i licytacje elektroniczne (szerzej zob. G. Łabuda w: J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 305*, Lex 2014, teza 3).

9. Prawo karne procesowe

9.1. Pouczenie o prawie do złożenia wniosku o wyłączenie sędziego w przypadku wadliwego wyznaczenia składu orzekającego

Ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 437) dodano do Kodeksu postępowania karnego przepis art. 40a § 2, który nakazuje przed rozpoczęciem przewodu sądowego pouczyć obecne na rozprawie strony o możliwości złożenia wniosku o wyłączenie sędziego wyznaczonego z naruszeniem przepisu art. 351 k.p.k. Przepis ten wchodzi w życie 1 lipca 2017 r. Pouczenie w nim zawarte ma niewątpliwie istotne znaczenie, gdyż zgodnie z art. 40a § 1 zd. 2 k.p.k. wniosek zgłoszony po rozpoczęciu przewodu sądowego pozostawia się bez rozpoznania. Należy jednak zauważyć, że dokonanie pouczenia dopiero w momencie, gdy strona stawiała się na rozprawie w wielu sytuacjach praktycznie uniemożliwi jej weryfikację sposobu wyznaczenia składu orzekającego. Tymczasem, jak przyjmuje się w literaturze, strona powinna uprawdopodobnić wniosek o wyłączenie sędziego (D. Świecki w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016*, red. D. Świecki, Warszawa 2016, s. 31). Zasadne wydaje się zatem rozważenie, czy zapewnienie funkcjonalności omawianego pouczenia nie wymaga, aby było ono udzielane na piśmie w momencie doręczenia zawiadomienia o terminie rozprawy (wezwania na rozprawę).

9.2. Udział oskarżyciela posiłkowego w postępowaniu nakazowym

Zgodnie z art. 54 § 1 k.p.k. pokrzywdzony może złożyć oświadczenie o przystąpieniu do działania w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego do czasu rozpoczęcia przewodu sądowego na rozprawie głównej. Przepis ten nie precyzuje końcowego terminu do złożenia ww. oświadczenia w przypadku rozpoznania sprawy na posiedzeniu. Jeżeli kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego jest rozstrzygana na posiedzeniu w postępowaniu zwyczajnym, pokrzywdzony ma

prawo wziąć udział w tym posiedzeniu (art. 341 § 1 k.p.k.; art. 343 § 5 k.p.k.). Jak wynika z art. 334 § 3 k.p.k., pokrzywdzony jest informowany o przesłaniu do sądu aktu oskarżenia, a także o możliwości złożenia oświadczenia o działaniu w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego. Następnie, zgodnie z art. 337a k.p.k., pokrzywdzony może złożyć wniosek o poinformowanie go o dacie i miejscu posiedzenia, o którym mowa w art. 339 § 3 pkt 1 i 2, art. 341 lub art. 343 k.p.k. O treści art. 337a k.p.k. jest on poucany na piśmie przed pierwszym przesłuchaniem (art. 300 § 2 k.p.k.). Ponadto, zgodnie z art. 343 § 5 zd. drugie k.p.k., zawiadamiając pokrzywdzonego o posiedzeniu poucza się go o możliwości zakończenia postępowania bez przeprowadzenia rozprawy oraz wcześniejszego złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 54 § 1 k.p.k.

W rezultacie, jeżeli kwestia odpowiedzialności karnej jest rozstrzygana na posiedzeniu w postępowaniu zwyczajnym, to pokrzywdzony, który złoży wniosek przewidziany w art. 337a k.p.k., jest zawiadamiany o terminie tego posiedzenia i pouczone o możliwości wcześniejszego złożenia oświadczenia. Tym samym jest mu wiadomy termin do złożenia oświadczenia o przystąpieniu do działania w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego.

W postępowaniu nakazowym sąd wydaje wyrok nakazowy na posiedzeniu bez udziału stron (art. 500 § 4 k.p.k.). O terminie tego posiedzenia pokrzywdzony nie jest informowany nawet na jego wniosek, bowiem art. 337a § 1 k.p.k. nie wymienia posiedzenia, o którym mowa w art. 500 § 4 k.p.k. W rezultacie, może dojść do wydania wyroku nakazowego na posiedzeniu zanim pokrzywdzony dowie się o dacie tego posiedzenia. Dodatkowo, zgodnie z art. 505 k.p.k., odpis wyroku nakazowego doręcza się „oskarżycielowi”, co oznacza, że nie doręcza się go pokrzywdzonemu, który nie uzyskał statusu oskarżyciela posiłkowego. To zaś pozbawia go możliwości złożenia sprzeciwu wobec wyroku nakazowego.

Jak wynika z analizy praktyki sądów powszechnych, część z nich uznaje, że pokrzywdzony może złożyć oświadczenie o przystąpieniu do działania w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego do czasu wydania wyroku nakazowego, chyba, że wyrok ten straci moc na skutek sprzeciwu którejkolwiek ze stron. Natomiast część sądów przyjmuje, że złożenie ww. oświadczenia może nastąpić do czasu uprawomocnienia się orzeczenia dla stron procesowych. Rozbieżność praktyki wynika z braku uregulowania kwestii terminu do złożenia przez pokrzywdzo-

nego oświadczenia, o którym mowa w art. 54 § 1 k.p.k., w razie rozpoznania sprawy przez sąd w trybie nakazowym.

Wobec powyższego należy rozważyć uregulowanie w kodeksie postępowania karnego terminu do złożenia przez pokrzywdzonego wniosku o przystąpieniu do działania w sprawie w charakterze oskarżyciela posiłkowego, jeżeli sprawa jest rozpoznawana w trybie nakazowym.

9.3. Wniosek o orzeczenie obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę w postępowaniu nakazowym

Przepis art. 49a k.p.k. stanowi, że wniosek o orzeczenie środka kompensacyjnego obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę pokrzywdzony może złożyć do zamknięcia przewodu sądowego na rozprawie głównej. Kodeks postępowania karnego nie reguluje terminu na złożenie tego wniosku w razie rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej oskarżonego na posiedzeniu. W doktrynie przyjmuje się, że w razie rozpoznawania na posiedzeniu kwestii wydania wyroku skazującego bez przeprowadzenia rozprawy (art. 343 i 343a k.p.k.), przedmiotowy wniosek powinien być złożony najpóźniej na tym posiedzeniu, zanim sąd uda się na naradę w celu wydania rozstrzygnięcia (por. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 269–270). W postępowaniu zwyczajnym pokrzywdzony może uzyskać informację o terminie posiedzenia, na którym będzie rozstrzygana kwestia odpowiedzialności karnej oskarżonego, jeżeli złoży stosowny wniosek przewidziany w art. 337a § 1 k.p.k. Ma też prawo uczestniczyć w tym posiedzeniu. Natomiast w postępowaniu nakazowym wyrok nakazowy jest wydawany na posiedzeniu bez udziału stron (art. 500 § 4 k.p.k.). W rezultacie pokrzywdzony nie jest informowany o dacie i miejscu tego posiedzenia nawet na jego wniosek. Jedyna informacja, jaką uzyskuje jeszcze na etapie postępowania przedsądowego to pouczenie o treści przepisu art. 49a k.p.k., które należy przekazać pokrzywdzonemu w zawiadomieniu o przesłaniu do sądu aktu oskarżenia (art. 334 § 3 k.p.k.) oraz przed pierwszym przesłuchaniem pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym (por. pkt 10 wzoru pouczenia o uprawnieniach i obowiązkach pokrzywdzonego w postępowaniu karnym – Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 kwietnia 2016 r. w sprawie określenia wzoru pouczenia

o uprawnieniach i obowiązkach pokrzywdzonego w postępowaniu karnym, Dz.U. z 2016 r., poz. 514). Pokrzywdzony nie jest informowany o rozpoznaniu sprawy z trybie nakazowym, nie jest też powiadamiany o terminie posiedzenia wyrokowego. W rezultacie, zgodnie z przekazanym mu pouczeniem, może błędnie oczekiwać, że sprawa zostanie rozpoznana na rozprawie, na której będzie mógł złożyć wniosek o zasądzenie środka kompensacyjnego aż do zamknięcia przewodu sądowego.

Pomimo tego, że wniosek o zasądzenie środka kompensacyjnego określonego w art. 46 k.k. może złożyć prokurator, pokrzywdzony powinien mieć zapewnioną realną możliwość skorzystania z prawa złożenia ww. wniosku również w postępowaniu nakazowym. Tej tezy nie podważa kompetencja sądu do orzeczenia środka kompensacyjnego z urzędu.

Podsumowując, należy rozważyć wprowadzenie takich zmian w uregulowaniu nakazowego trybu postępowania, aby zapewnić pokrzywdzonemu realną możliwość złożenia wniosku, o którym mowa w art. 49a k.p.k., przed wydaniem wyroku nakazowego.

9.4. Podstawy dowodowe tymczasowego aresztowania

Zgodnie z art. 250 § 2b k.p.k., jeżeli zachodzi uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia albo wolności świadka lub osoby dla niego najbliższej, prokurator dołącza do wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania, w wyodrębnionym zbiorze dokumentów, dowody z zeznań świadka, których nie udostępnia się oskarżonemu i jego obrońcy. Przepis art. 249a k.p.k. stanowi, że podstawę orzeczenia o zastosowaniu lub przedłużeniu tymczasowego aresztowania mogą stanowić ustalenia poczynione na podstawie dowodów z zeznań świadków, o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k. Sąd jest zobligowany uwzględnić z urzędu także te okoliczności, których prokurator nie ujawnił, po ich ujawnieniu na posiedzeniu, jeżeli są one korzystne dla oskarżonego (art. 249a § 2 k.p.k.). Wykładnia przywołanych przepisów prowadzi do wniosku, że w trybie art. 249a § 2 k.p.k. sąd nie jest uprawniony ujawnić treści zeznań świadków, o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k. Kwestia ta może jednak budzić wątpliwości. Nawet jednak przy założeniu, że art. 249a § 2 k.p.k. dotyczy ujawnienia również treści zeznań świadków chronionych z powodów wymienionych w art. 250 § 2b k.p.k., to ujawnienie to odnosi się wyłącznie do okoliczności korzystnych dla

oskarżonego. Wobec tego zawarte w treści tych zeznań okoliczności niekorzystne dla oskarżonego nie są mu ujawniane a mogą stanowić podstawę stosowania tymczasowego aresztowania.

Przytoczone przepisy dopuszczają możliwość zastosowania lub przedłużenia tymczasowego aresztowania wyłącznie w oparciu o ustalenia poczynione na podstawie dowodów z zeznań świadków, o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k., czyli zeznań, których treść jest w całości utajniona przed podejrzanym i jego obrońcą. Taki stan prawny pozostaje w sprzeczności z art. 5 ust. 4 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, którego treść normatywną w tym zakresie ukształtowało orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (por. następujące wyroki wydane wobec Polski: wyrok z 25 czerwca 2002 r. w sprawie *Migoń przeciwko Polsce*, skarga nr 24244/94; wyrok z 6 listopada 2007 r. w sprawie *Chruściński przeciwko Polsce*, skarga nr 22755/04; wyrok z 15 stycznia 2008 r. w sprawie *Łaskiewicz przeciwko Polsce*, skarga nr 28481/03; wyrok z 17 kwietnia 2012 r. w sprawie *Piechowicz przeciwko Polsce*, skarga nr 20071/07; wyrok z 18 września 2012 r. w sprawie *Dochnał przeciwko Polsce*, skarga nr 31622/07). W przywołanych orzeczeniach ETPCz podkreślał, że informacje kluczowe dla oceny legalności tymczasowego aresztowania, takie jak powody, które zdaniem prokuratury uzasadniają zastosowanie lub przedłużenie okresu pozbawienia wolności – powinny być w odpowiednim trybie udostępnione adwokatowi podejrzanego (por. np. pkt 84 wyroku w sprawie *Łaskiewicz p. Polsce*). Niedoskonałość praktyki polskich organów procesowych w tym zakresie zdaje się potwierdzać także fakt, że w kilku sprawach zawisłych przed ETPCz strona rządowa przyznała zaistnienie naruszenia art. 5 ust. 4 Konwencji z powodu niezapewnienia dostępu do akt i złożyła tzw. jednostronną deklarację, zaaprobowaną następnie przez Trybunał (por. np.: decyzja ETPCz w sprawie *Młodzieniak p. Polsce* z dnia 21 września 2010 r., skarga nr 28592/03 – rząd zadeklarował gotowość wypłaty 4000 zł tytułem zadośćuczynienia; decyzja ETPCz w sprawie *Stokłosa p. Polsce* z dnia 30 listopada 2010 r., skarga nr 32602/08 – rząd zadeklarował wypłacenie skarżącemu 2500 euro; decyzja ETPCz w sprawie *Jankowski p. Polsce* z dnia 5 grudnia 2013 r., skarga nr 25049/12 – rząd zadeklarował wypłacenie skarżącemu 5000 zł).

Nie negując potrzeby ochrony świadków w procesie karnym należy podkreślić, że od lat temu celowi służy instytucja świadka incognito, uregulowana w art. 184 k.p.k. Przesłanki utajnienia zeznań świadka,

o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k., w znacznej części pokrywają się z przesłankami wydania postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, uregulowanymi w art. 184 § 1 k.p.k. Są to: potrzeba ochrony życia, zdrowia lub wolności świadka lub osoby dla niego najbliższej. Wydaje się zatem, że wystarczającym środkiem ochrony świadka w toku procedury aresztowej jest nadanie mu statusu świadka incognito. Wówczas zeznania świadka mogą być udostępnione podejrzanemu i jego obrońcy w sposób uniemożliwiający ujawnienie tożsamości świadka. Zapewnia to poszanowanie prawa do obrony i równości stron w procedurze stosowania tymczasowego aresztowania. Uwzględniając potrzebę niekiedy bardzo szybkiego przygotowania wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania można rozważyć dalej idące ograniczenia zasady równości stron przy wydaniu postanowienia o zastosowaniu tego środka zapobiegawczego. Natomiast względy szybkości nie stoją na przeszkodzie posłużeniu się instytucją świadka incognito jako skutecznym instrumentem ochrony osobowego źródła dowodowego w toku dalszych procedur aresztowych. Trudno więc znaleźć uzasadnienie dla odmowy ujawnienia obronie treści zeznań świadka (w sposób zabezpieczający przed ujawnieniem jego tożsamości) w związku z procedurą rozpoznania zażalenia na zastosowanie tymczasowego aresztowania lub rozpoznania wniosku o jego przedłużenie.

Podsumowując, w celu zapobieżenia składaniu skutecznych skarg do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, należy rozważyć wyeliminowanie przewidzianej obecnie możliwości zastosowania tymczasowego aresztowania wyłącznie w oparciu o ustalenia poczynione na podstawie dowodów z zeznań świadków, o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k., które nie są udostępniane oskarżonemu i jego obrońcy.

9.5. Poinformowanie pokrzywdzonego w trybie art. 337a k.p.k.

Ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 437) dodano do Kodeksu postępowania karnego przepis art. 337a, który wprowadza obowiązek poinformowania pokrzywdzonego, na jego wniosek, o dacie i miejscu rozprawy oraz posiedzeń wyrokowych, o którym mowa w art. 339 § 3 pkt 1 i 2, art. 341 lub art. 343 k.p.k., a także o zarzutach oskarżenia i ich kwalifikacji prawnej. Należy jednak zauważyć, że jed-

nocześnie z art. 339 § 5 zd. 2, art. 341 § 1, art. 343 § 5 oraz art. 350 § 4 k.p.k. w zw. z art. 117 § 1 k.p.k. wynika bezwzględny, a więc niezależny od wniosku pokrzywdzonego, obowiązek zawiadomienia pokrzywdzonego o dacie i miejscu rozprawy oraz posiedzenia w zakresie pokrywającym się z unormowaniem z art. 337a k.p.k. Na tle powyższej kolizji wykształciły się w doktrynie dwa konkurencyjne stanowiska interpretacyjne dotyczące charakteru omawianego uprawnienia pokrzywdzonego. Z jednej strony wskazuje się, że w świetle całokształtu powyższych przepisów „art. 337a k.p.k. stanowi inaczej w rozumieniu art. 117 § 1 k.p.k. i obowiązek zawiadomienia pokrzywdzonego o terminie rozprawy albo posiedzenia aktualizuje się wyłącznie w przypadku złożenia stosownego wniosku” (tak: W. Jasiński w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2016, s. 832. Podobnie: K. Eichstaedt w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016*, red. D. Świecki, Warszawa 2016, s. 351). Z drugiej natomiast strony argumentuje się, że „pokrzywdzony powinien być zawiadomiony o posiedzeniach wymienionych w art. 337a § 1 k.p.k., niezależnie od tego, czy złożył wniosek w tym przedmiocie” (tak: J. Zagrodnik, *Metodyka pracy obrońcy i pełnomocnika w sprawach karnych i karnych skarbowych*, Lex/el. 2016), gdyż odmienna konkluzja byłaby nie do zaakceptowania ze względów gwarancyjnych jako blokująca realną możliwość skorzystania przez pokrzywdzonego z jego uprawnień w toku np. posiedzenia w przedmiocie skazania bez rozprawy. Uwzględniając wskazane rozbieżności interpretacyjne dotyczące sytuacji prawnej pokrzywdzonego, należałoby rozważyć dokonanie nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, która jednoznacznie rozstrzygnęłaby charakter uprawnienia pokrzywdzonego do otrzymania informacji o terminie i miejscu rozprawy oraz posiedzenia w jego sprawie.

Niezależnie od wskazanego powyżej postulatu *de lege ferenda*, zastrzeżenia budzi także uregulowanie sposobu pouczenia pokrzywdzonego o uprawnieniu wynikającym z art. 337a § 1 k.p.k. Jest on bowiem informowany o tym prawie przed pierwszym przesłuchaniem w postępowaniu przygotowawczym (art. 300 § 2 k.p.k.). Biorąc jednak pod uwagę moment przekazania tego pouczenia a także liczbę pouczeń udzielanych pokrzywdzonemu przed pierwszym przesłuchaniem w śledztwie albo dochodzeniu, należy uznać, że lepiej zagwarantowałoby prawa pokrzywdzonego przekazanie pouczenia o treści art. 337a k.p.k. w momencie kierowania sprawy do sądu.

9.6. Niespójność systemowa art. 338a k.p.k. z art. 343a k.p.k.

Zgodnie z art. 338a k.p.k. oskarżony, któremu zarzucono przestępstwo zagrożone karą nieprzekraczającą 15 lat pozbawienia wolności, może przed doręczeniem mu zawiadomienia o terminie rozprawy złożyć wniosek o wydanie wyroku skazującego i wymierzenie mu określonej kary lub środka karnego, orzeczenie przepadku lub środka kompensacyjnego bez przeprowadzenia postępowania dowodowego. Z kolei w myśl art. 343a § 1 k.p.k. w wypadku złożenia przez oskarżonego, któremu zarzucono występnek, wniosku, o którym mowa w art. 338a k.p.k., o terminie posiedzenia zawiadamia się strony i porządkowanego, przysyłając im odpis wniosku. Z powyższego wynika, że opisując przesłanki tej samej instytucji ustawodawca nie jest konsekwentny. W pierwszym przypadku jest mowa o „przestępstwie zagrożonym karą nieprzekraczającą 15 lat pozbawienia wolności”, w drugim o jedynie o „występku”. Przepisy te mają różny zakres i powinny zostać ujednolicone.

9.7. Skład sądu odwoławczego w sprawach prywatnoskargowych oraz w postępowaniu w przedmiocie wydania wyroku łącznego

Zgodnie z art. 29 § 1 k.p.k. na rozprawie apelacyjnej sąd orzeka w składzie trzech sędziów, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Odstępstwo od reguły trzyosobowego składu sądu odwoławczego przewiduje art. 29 § 2 k.p.k. (powiększony skład dla rozpoznania apelacji od wyroku skazującego na karę dożywotniego pozbawienia wolności) oraz art. 449 § 2 k.p.k. Ten ostatni przepis wprowadza regułę jednoosobowego orzekania na rozprawie odwoławczej w sprawach, w których postępowanie przygotowawcze zakończyło się w formie dochodzenia. Jedynie z mocy zarządzenia prezesa sądu lub postanowienia sądu na rozprawie odwoławczej w takich sprawach orzeka sąd w składzie trzyosobowym.

Należy zatem przyjąć, że wolą ustawodawcy było jednoosobowe rozpoznanie apelacji na rozprawie w sprawach o mniejszym stopniu społecznej szkodliwości, bowiem ich sądowe rozpoznanie poprzedza

postępowanie przygotowawcze prowadzone w formie dochodzenia. Zaden przepis nie reguluje jednak w sposób szczególny składu sądu odwoławczego orzekającego na rozprawie w sprawach prywatnoskargowych oraz rozpoznającego apelację od wyroku łącznego. W rezultacie, zgodnie z ogólną regułą wyrażoną w art. 29 § 1 k.p.k., w tych postępowaniach sąd odwoławczy powinien orzekać w składzie trzyosobowym. Prowadzi to do niespójności systemowej, bowiem w sprawach prywatnoskargowych apelację ma rozpoznawać skład trzyosobowy, podczas gdy w sprawach publicznoskargowych o większość występków na rozprawie apelacyjnej orzeka skład jednego sędziego. Postępowanie prywatnoskargowe dotyczy spraw o stosunkowo niewielkim stopniu społecznej szkodliwości, wobec czego rozpoznanie apelacji nie powinno angażować aż trzech sędziów zawodowych. Podobnie, nie wydaje się konieczne rozpoznanie apelacji od wyroku łącznego w składzie trzyosobowym. Przepis art. 449 § 1 k.p.k. nie reguluje też składu orzekającego na rozprawie odwoławczej w sytuacji, w której ze względu na kwalifikację prawną czynu powinno być prowadzone dochodzenie, jednak z powodu odmowy jego wszczęcia postępowanie sądowe zostaje zainicjowane wniesieniem aktu oskarżenia przez oskarżyciela subsydiarnego. Dla zachowania spójności systemu prawa, wówczas również sąd odwoławczy powinien orzekać na rozprawie w składzie jednego sędziego.

Brak odrębnego uregulowania składu sądu odwoławczego w sprawach prywatnoskargowych, w sprawach o wydanie wyroku łącznego oraz w sytuacji wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia na skutek odmowy wszczęcia dochodzenia, należy uznać za lukę w prawie (tak też: D. Świecki, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2016, s. 1126; por. także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2016 r., III KK 41/16, OSNKW 2016, z 12, poz. 81).

Podsumowując, należy rozważyć uregulowanie w kodeksie postępowania karnego, że w sprawach prywatnoskargowych, w sprawach o wydanie wyroku łącznego, jak również w sprawach, w których postępowanie przygotowawcze, w razie jego wszczęcia, prowadzi się w formie dochodzenia, sąd odwoławczy na rozprawie apelacyjnej orzeka jednoosobowo.

9.8. Uczestnicy postępowania w przedmiocie odpowiedzialności Skarbu Państwa za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie i zatrzymanie

Ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 437) gruntownie znowelizowano treść rozdziału 58 k.p.k., przywracając mu zasadniczo brzmienie, jakie obowiązywało przed 1 lipca 2015 r. Jedną z wprowadzonych zmian dotyczyła treści art. 554 § 3 k.p.k. Przed modyfikacją przepis ten stanowił, że o terminie rozprawy, na której rozpoznawany jest wniosek o odszkodowanie lub zadośćuczynienie, zawiadamia się organ uprawniony do reprezentowania Skarbu Państwa oraz prokuratora. Natomiast w obecnym stanie prawnym zakłada on, że o terminie rozprawy zawiadamia się wyłącznie prokuratora. Na powyższym tle można sformułować dwa zastrzeżenia. Po pierwsze, usunięcie z katalogu uczestników postępowania podmiotu uprawnionego do reprezentowania Skarbu Państwa sprawia, że nie jest on reprezentowany w toczącym się postępowaniu, co skutkuje m.in. brakiem możliwości zawarcia z wnioskodawcą ugody czy też uznania jego roszczenia. To zaś limituje możliwość konsensualnego zakończenia postępowania i tym samym nie sprzyja jego rozstrzygnięciu w możliwie najszybszym terminie. Po drugie, przynajmniej dyskusyjne jest, czy specyfika roszczeń dochodzonych w trybie art. 552 k.p.k. uzasadnia pozbawienie Skarbu Państwa reprezentacji w toczącym się postępowaniu. Takie rozwiązanie było zresztą krytykowane w doktrynie jeszcze na gruncie stanu prawnego obowiązującego przed 1 lipca 2015 r. (P. Cioch, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niesłusznego skazania*, Warszawa 2007, s. 181–183). Deficytu związanego z brakiem reprezentacji Skarbu Państwa nie rekompensuje możliwość udziału prokuratora w omawianym postępowaniu. Zauważyć bowiem należy, że występuje on w nim w charakterze rzecznika interesu społecznego i na zasadach przewidzianych w stosowanym odpowiednio art. 7 k.p.c. Ten zaś uzależnia udział prokuratora od dokonania przez niego oceny, czy wymaga tego ochrona praworządności, praw obywateli lub interesu społecznego. Brak jest zatem podstaw do uznania, że taki udział w każdej sprawie jest uzasadniony (tak: Ł. Chojniak, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie oraz niesłuszne oskarżenie*, Warszawa 2013, s. 228).

Podsumowując, celowe byłoby rozważenie wyraźnego uregulowania sposobu reprezentacji Skarbu Państwa w postępowaniu w przedmiocie odpowiedzialności Skarbu Państwa za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie i zatrzymanie i skorelowanie z nim ewentualnego udziału prokuratora w takiej sprawie.

9.9. Postanowienie prokuratora w przedmiocie roszczenia regresowego z art. 557 k.p.k.

Przepis art. 557 k.p.k. reguluje możliwość wystąpienia przez Skarb Państwa z roszczeniem zwrotnym do osób, które swoim bezprawnym działaniem spowodowały niesłuszne skazanie, zastosowanie środka zabezpieczającego, niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie. Powództwo w tym zakresie może wytoczyć w postępowaniu cywilnym prokurator lub organ, który jest powołany do reprezentowania Skarbu Państwa. Jeżeli jednak prokurator nie dopatry się podstaw do wytoczenia powództwa, wydaje w tej kwestii postanowienie i zawiadamia o tym uprawniony organ. We wskazanym powyżej unormowaniu nie zostały wprost rozstrzygnięte skutki wydania przez prokuratora takiego postanowienia. W doktrynie problem ten jest rozstrzygany rozbieżnie. Po pierwsze, podnosi się, że wytoczenie powództwa przez organ reprezentujący Skarb Państwa jest dopuszczalne wyłącznie gdy prokurator wyda postanowienie o odmowie wytoczenia powództwa. Po drugie, wskazuje się, że możliwe jest to także w sytuacji, gdy prokurator nie wydał stosownego postanowienia. Według trzeciego poglądu postanowienie prokuratora odmawiające wytoczenia powództwa ma charakter wiążący dla organu reprezentującego Skarb Państwa. Po czwarte, w literaturze zaznacza się również, że postanowienie wydane przez prokuraturę nie wiąże Prokuratorii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, gdyż jest ona niezależna w zakresie wykonywanych swoich zadań.

W powyższym świetle uzasadnione byłoby rozważenie takiego uregulowania problematyki roszczeń regresowych, które w sposób jednoznaczny określałoby rolę prokuratora w czynnościach zmierzających do oceny zasadności ich dochodzenia.

9.10. Cofnięcie oświadczenia o zrzeczeniu się korzystania z ochrony wynikającej z zasady specjalności (art. 607e § 3 pkt 7 k.p.k.)

O ile kwestia niemożności cofnięcia zgody na niestosowanie przepisu art. 607e § 1 k.p.k. (zasady specjalności) została jednoznacznie uregulowana w art. 607l § 2 k.p.k. w odniesieniu do sytuacji odebrania tego oświadczenia w państwie wykonania europejskiego nakazu aresztowania, o tyle zabrakło podobnej regulacji w art. 607e § 3 pkt 7 k.p.k. Przepis ten dopuszcza zrzeczenie się przez oskarżonego ochrony wynikającej z zasady specjalności po jego przekazaniu do Polski na podstawie europejskiego nakazu aresztowania. Dla ułatwienia prowadzenia postępowań karnych o czyny zabronione inne niż stanowiące podstawę przekazania, należałoby przesądzić, że oświadczenie, o którym mowa w art. 607e § 3 pkt 7 k.p.k., nie może być cofnięte, o czym należy pouczyć oskarżonego. Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń wyinterpretował z systemu prawa niedopuszczalność cofnięcia ww. oświadczenia (por. postanowienie SN z dnia 17 stycznia 2013 r., V KK 160/12, OSNKW 2013, z. 4, poz. 30). Pomimo tego warte rozważenia jest wprowadzenie wyraźnej podstawy prawnej dla nieodwoływalności oświadczenia, o którym mowa w art. 607e § 3 pkt 7 k.p.k.

9.11. Przedstawienie zarzutów w postępowaniu dotyczącym przestępstwa o charakterze terrorystycznym

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. o działaniach antyterrorystycznych (Dz.U. poz. 904), w przypadku podejrzenia popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym, jeżeli wymaga tego dobro postępowania przygotowawczego, postanowienie o przedstawieniu zarzutów można sporządzić na podstawie informacji uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych, w tym czynności, o których mowa w art. 9 tej ustawy. W pozostałych przepisach rozdziału 5 tej ustawy częściowo uregulowano przeprowadzenie przeszukania oraz zatrzymania, jak również stosowanie tymczasowego aresztowania w sprawach o przestępstwa o charakterze terrorystycznym. W odniesieniu do przeszukania, zatrzymania oraz tymczasowego aresztowania ustawodawca przewidział, że w zakresie nieuregulowanym w ustawie o działaniach antyterrorystycznych stosuje się przepisy

kodeksu postępowania karnego (art. 25 ust. 5 oraz art. 26 ust. 4 ustawy). Podobnego odesłania nie zawarto w odniesieniu do sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Wydaje się ono konieczne, bowiem całościowo problematykę przedstawienia zarzutów, w tym w szczególności treść postanowienia o przedstawieniu zarzutów, reguluje kodeks postępowania karnego. Wydaje się, że zamiarem ustawodawcy było umożliwienie przedstawienia zarzutów w sprawach o przestępstwa o charakterze terrorystycznym wyłącznie na podstawie informacji uzyskanych z czynności operacyjno-rozpoznawczych. Informacje te muszą jednak wskazywać na dostateczne podejrzenie popełnienia konkretnego przestępstwa o charakterze terrorystycznym przez określoną osobę. Wobec tego postanowienie o przedstawieniu zarzutów, także to wydane w postępowaniu dotyczącym przestępstwa o charakterze terrorystycznym, musi zawierać elementy wskazane w art. 313 § 2 k.p.k. (wskazanie podejrzanego, dokładne określenie zarzucanego mu czynu i jego kwalifikacji prawnej). Tymczasem brak odesłania do przepisów kodeksu postępowania karnego w odniesieniu do sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów przy jednoczesnym zamieszczeniu takich odesłań w przepisach ustawy regulujących inne instytucje kar-noprosesowe (przeszukanie, zatrzymanie, tymczasowe aresztowanie) może sugerować, że do postanowienia, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy w zakresie tam nieuregulowanym nie stosuje się kodeksu postępowania karnego. W podanych wcześniej powodów należy uznać brak takiego odesłania za lukę w prawie.

Podsumowując, należy rozważyć uzupełnienie art. 26 ustawy o działaniach antyterrorystycznych o treść normatywną, która nakazywałaby stosowanie kodeksu postępowania karnego do sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów w zakresie nieuregulowanym w tym przepisie.

9.12. Zaniechanie transpozycji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z oso-

bami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności (Dz. Urz. UE L 294 z 6.11.2013 r., s. 1 i n.) powinna być transponowana do krajowego porządku prawnego do dnia 27 listopada 2016 r. (art. 15 dyrektywy). Dotychczas nie zostały przyjęte akty normatywne, które miałyby na celu wykonanie obowiązku wdrożenia tej dyrektywy do systemu prawa. Zgodnie z art. 288 akapit 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej dyrektywa wiąże państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w zakresie rezultatu, który ma zostać osiągnięty, pozostawiając mu swobodę wyboru formy i środków wdrożenia dyrektywy. Nieprzyjęcie aktów prawnych, które miałyby wykonywać obowiązek wdrożenia może wynikać z założenia ustawodawcy, że obecne uregulowanie dostępu do adwokata lub radcy prawnego w postępowaniu karnym spełnia wymogi dyrektywy.

Założenie o zgodności uregulowań karnoprosesowych z postanowieniami dyrektywy może budzić wątpliwości w następujących obszarach.

Po pierwsze należy podkreślić, że zakres podmiotowy dyrektywy obejmuje podejrzanych i oskarżonych, przy czym dyrektywa definiuje podejrzanego w sposób autonomiczny. Uwzględniając treść art. 2 ust. 1 i 3 dyrektywy, jak również punkt 21 preambuły dyrektywy, należy uznać, że w niektórych sytuacjach „podejrzany” w myśl dyrektywy jest osoba mająca procesowy status „osoby podejrzanej” na gruncie prawa polskiego. W szczególności z art. 2 ust. 3 dyrektywy należy wywodzić, że status podejrzanego i związane z nim prawo dostępu do adwokata lub radcy prawnego przysługuje świadkowi, który w czasie składania zeznań zaczyna dostarczać informacji samooskarżających. Jak wprost napisano w punkcie 21 preambuły, w takich okolicznościach przesłuchanie należy natychmiast zawiesić, aby umożliwić osobie skorzystanie z uprawnień przewidzianych w dyrektywie. Standard określony w dyrektywie koresponduje w tym względzie ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego (wyrok TK z dnia 11 grudnia 2012 r., K 37/11, OTK-A 2012, nr 11, poz. 133 – pkt III.2.3 uzasadnienia) i Sądu Najwyższego (uchwała SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., I KZP 4/07, OSNKW 2007, z. 6, poz. 45; uchwała SN z dnia 20 września 2007 r., I KZP 26/07, OSNKW 2007, z. 10, poz. 71).

Mając na względzie zakres przedmiotowy dyrektywy, określony w jej art. 3, należy przyjąć, że przewidziane w niej uprawnienia w polskim systemie prawa karnego procesowego powinny przysługiwać następującym podmiotom: 1) oskarżonemu (art. 71 § 2 k.p.k.), 2) podejrzanemu w związku z przesłuchaniem w tym charakterze (art. 71 § 1, art. 301 i art. 313 k.p.k.), czynnością jego okazania (art. 74 § 2

pkt 1 k.p.k.) oraz udziałem w konfrontacji i eksperymencie procesowym (art. 316 § 1 i 2 k.p.k., art. 317 k.p.k.), 3) podejrzanemu, który został pozbawiony wolności w związku z zarzutem popełnienia przestępstwa, np. zatrzymany, tymczasowo aresztowany (art. 247 § 1 k.p.k., art. 249 § 5 k.p.k.), 4) osobie podejrzaney, która została zatrzymana (art. 244 k.p.k., art. 247 k.p.k.), 5) osobie podejrzaney w związku z czynnością jej okazania (art. 74 § 3 w zw. z § 2 pkt 1 k.p.k.).

O ile obecnie obowiązujące przepisy przewidują dostęp do adwokata lub radcy prawnego dla oskarżonego, o tyle pogłębionego rozważenia wymaga, czy polski system prawny gwarantuje efektywny dostęp do adwokata lub radcy prawnego dla osoby podejrzaney w sposób zgodny z dyrektywą. W szczególności wątpliwości budzi brak uregulowania dostępu do adwokata lub radcy prawnego dla osoby podejrzaney w związku z czynnością okazania (art. 74 § 3 w zw. z § 2 pkt 1 k.p.k.). Ponadto zastrzeżenia wywołuje brak precyzyjnego uregulowania możliwości przeprowadzenia przez podejrzanego konsultacji z obrońcą przed pierwszym przesłuchaniem w ramach instytucji przedstawienia zarzutów. Wydaje się, że wynikający z art. 313 § 1 k.p.k. obowiązek organu procesowego niezwłocznego przesłuchania podejrzanego po ogłoszeniu mu postanowienia o przedstawieniu zarzutów w połączeniu z brakiem przepisu, który nakazywałby umożliwienie odbycia konsultacji z obrońcą przed przystąpieniem do przesłuchania, narusza precyzyjnie określone w art. 3 ust. 2 lit. a) dyrektywy prawo do dostępu do adwokata „przed przesłuchaniem”. Przepis art. 301 k.p.k. przewiduje co prawda prawo podejrzanego do przesłuchania go z udziałem obrońcy, jednak jedynie już „ustanowionego” w sprawie. Nie odnosi się on również do umożliwienia podejrzanemu konsultacji z obrońcą przed przystąpieniem do przesłuchania (por. J. Kosonoga, *Przedstawienie i modyfikacja zarzutów a rola obrońcy*, w: *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, red. P. Wiliński, Warszawa 2015, s. 111). Niezależnie od wymogów dyrektywy w doktrynie od dawna zwracano uwagę na nieprawidłowe uregulowanie w art. 301 k.p.k. kwestii dostępu do obrońcy w związku z pierwszym przesłuchaniem (por. m.in.: P. K. Sowiński, *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych*, Rzeszów 2012, s. 283–288).

Należy też zwrócić uwagę, że w art. 4 dyrektywy gwarantuje się całkowitą poufność porozumiewania się podejrzanego lub oskarżonego z ich adwokatem lub radcą prawnym. Poufność ma być zagwarantowana

w czasie spotkań, prowadzenia korespondencji, rozmów telefonicznych oraz innych form porozumiewania się, dozwolonych z mocy prawa krajowego. W dyrektywie wyjątkowo dopuszcza się czasowe odstępstwo od zapewnienia dostępu do obrońcy z ważnych powodów (art. 3 ust. 5 i 6). Jednak, jeżeli dostęp do adwokata jest zapewniany, to musi być zagwarantowana całkowita poufność porozumiewania się. Z art. 4 dyrektywy pozostają w kolizji przepisy art. 245 § 1 oraz art. 73 § 2 kodeksu postępowania karnego, które przewidują możliwość zastrzeżenia nadzoru porozumiewania się osoby podejrzanej lub oskarżonego z obrońcą. Jednocześnie rezygnując z wdrożenia dyrektywy ustawodawca pozbawił się możliwości wprowadzenia czasowych ograniczeń w dostępie do adwokata, na które wyjątkowo pozwalają przepisy dyrektywy.

Dyrektywa odnosi się również do osób objętych postępowaniem dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania (art. 2 ust. 2 dyrektywy). Dotychczas do krajowego systemu prawnego nie zostały wprowadzone regulacje, które stanowiłyby wdrożenie art. 10 dyrektywy. W szczególności, nie uregulowano przewidzianego w art. 10 ust. 4 dyrektywy obowiązku poinformowania osoby podlegającej nakazowi o prawie ustanowienia adwokata w państwie członkowskim wydającym nakaz. Nie zostały też przewidziane przepisy, które pozwalałyby na efektywne skorzystanie z prawa do ustanowienia adwokata w państwie wydania nakazu.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nieprawidłowe wdrożenie dyrektywy lub brak jej transpozycji do systemu krajowego rodzi określone obowiązki po stronie sądu, który powinien realizować zasadę pierwszeństwa przez odmowę stosowania sprzecznego z prawem unijnym (dyrektywą) przepisu krajowego. Jeżeli przepisy dyrektywy nadają się do bezpośredniego stosowania, sąd krajowy jest zobowiązany zastosować przepis dyrektywy w sposób bezpośredni (por. M. Domańska, *Implementacja dyrektyw unijnych przez sądy krajowe*, Warszawa 2014, s. 88). Brak transpozycji dyrektywy może w praktyce prowadzić do sytuacji, w której oskarżeni będą podważać w postępowaniu sądowym legalność czynności procesowych przeprowadzonych w postępowaniu przygotowawczym z naruszeniem uprawnień przewidzianych w dyrektywie, w tym dopuszczalność powodów utrwalonych w takich okolicznościach. Może to prowadzić do rozbieżności w orzecznictwie i utrudniać sprawne rozpoznanie sprawy.

Podsumowując, należy rozważyć podjęcie działań legislacyjnych zmierzających do pełnego wdrożenia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE.

10. Prawo karne skarbowe

10.1. Niespójność systemowa art. 39 § 1 k.k.s. z art. 86 § 1 k.k.

Zgodnie z art. 39 § 2 k.k.s. „W razie skazania za zbiegające się przestępstwo skarbowe i przestępstwo określone w innej ustawie karnej, sąd wymierza karę łączną na zasadach określonych w niniejszym kodeksie”. Regulacja ta przesądza o konieczności wymierzenia kary łącznej mimo zbiegania się przestępstwa i przestępstwa skarbowego. Granice dla tak ukształtowanej kary łącznej przewiduje art. 39 § 1 k.k.s., zgodnie z którym „Sąd wymierza karę łączną w granicach od najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa skarbowe do ich sumy, nie przekraczając jednak 1.080 stawek dziennych grzywny, 2 lat ograniczenia wolności albo 15 lat pozbawienia wolności (...)”. Regulacja ta przewiduje niższą górną granicę kary łącznej od swojego odpowiednika z art. 86 § 1 k.k. (20 lat pozbawienia wolności), co doprowadza do niezrozumiałej sytuacji, w której sprawcy dwóch lub więcej przestępstw mogłaby zostać wymierzona kara łączna 20 lat pozbawienia wolności, popełnienie zaś kolejnego przestępstwa skarbowego oznaczałoby obniżenie górnej granicy kary łącznej do 15 lat pozbawienia wolności.

10.2. Wadliwe odesłanie w art. 43 § 1 k.k.s.

Jak sygnalizowano w latach ubiegłych, art. 43 § 1 k.k.s. stanowi, że „Przepadek przedmiotów wymieniony w art. 22 § 3 pkt 6 można orzec tytułem środka zabezpieczającego, jeżeli (...)”. Art. 22 § 3 pkt 6 k.k.s. odnosi się jednak do zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej określonego w art. 22 § 2 pkt 5 k.k.s. (tj. zawiera wewnętrzne odesłanie). Przepadek został wymieniony w art. 22 § 3 pkt 5 k.k.s. Do tej też jednostki redakcyjnej powinien odsyłać art. 43 § 1 k.k.s.

11. Prawo karne wykonawcze

11.1. Wniosek o wydanie postanowienia w postępowaniu wykonawczym

Przepis art. 9 § 4 k.k.w. przewiduje, że sąd, w szczególnie uzasadnionych wypadkach, ma uprawnienie do wstrzymania wykonania orzeczenia, którego dotyczy złożony przez uprawniony podmiot wniosek o wydanie postanowienia. We wskazanym unormowaniu ustawodawca posłużył się terminem sąd. Zgodnie z art. 242 § 4 k.k.w. określenie „sąd” bez bliższego sprecyzowania oznacza sąd powszechny lub wojskowy określony w art. 3 § 1 k.k.w., z tym zastrzeżeniem, że art. 6 § 1, art. 7, art. 8 § 2, art. 10, art. 11 § 1, art. 13, art. 15 oraz art. 18–24 stosuje się odpowiednio do sądu penitencjarnego lub innego sądu właściwego na podstawie k.k.w. W świetle literalnej wykładni powyższego unormowania należy zauważyć, że uprawnienia do wstrzymania wykonania orzeczenia na podstawie art. 9 § 4 k.k.w. nie ma sąd penitencjarny. Zasadne byłoby zatem rozważenie, czy w związku z ogólną regułą zakładającą, że postanowienie w postępowaniu wykonawczym staje się wykonalne z chwilą wydania, przyznanie sądowi penitencjarnemu uprawnienia do wstrzymania wykonania orzeczenia na podstawie art. 9 § 4 k.k.w. nie byłoby rozwiązaniem celowym.

11.2. Brak możliwości zwolnienia się skazanego z pracy społecznie użytecznej orzeczonej w miejsce grzywny na podstawie art. 27 § 1 k.w.

Zgodnie z art. 25 § 1 kodeksu wykroczeń (dalej k.w.). „Jeżeli egzekucja grzywny okazała się bezskuteczna lub z okoliczności sprawy wynika, że byłaby ona bezskuteczna, sąd może zamienić grzywnę na pracę społecznie użyteczną, określając czas jej trwania (...)”. Z kolei art. 25 § 2 k.w. stanowi, że „Jeżeli egzekucja grzywny okazała się bezskuteczna lub z okoliczności sprawy wynika, że byłaby ona bezskuteczna, sąd zarządza wykonanie zastępczej kary aresztu, gdy: 1) ukarany oświadczy, że nie wyraża zgody na podjęcie pracy społecznie użytecznej zamienionej na podstawie § 1 albo uchyla się od jej wykonania, lub 2) zamiana

grzywny na pracę społecznie użyteczną jest niemożliwa lub niecelowa”. Innymi słowy, grzywna orzeczona za wykroczenie może zostać zamieniona na karę aresztu albo karę ograniczenia wolności.

Ustawodawca umożliwia jednak uwolnienie się od kary zastępczej aresztu w razie wpłacenia przez skazanego kwoty pieniężnej przypadającej jeszcze do uiszczenia (art. 27 § 1 k.w.). We wskazanej regulacji, z niezrozumiałych względów, pominięto możliwość uwolnienia się od zastępczej kary ograniczenia wolności. Możliwość taką przewidziano natomiast w przypadku orzeczenia zastępczej kary pozbawienia wolności albo ograniczenia wolności za grzywnę orzeczoną za przestępstwo (*vide* art. 47 § 2 k.k.w.), co wskazuje na brak spójności systemowej obu rozwiązań. Brak jest przesłanek do tak istotnego zróżnicowania sytuacji prawnej skazanego w zależności od podstawy prawnej skazania.

12. Prawo wykroczeń

12.1. Kontrawencjonalizacja z uwagi na wartość skradzionego lub zniszczonego mienia

Celowe jest uzupełnienie przepisów art. 119 § 1 k.w., 120 § 1 k.w., art. 122 § 1 k.w. i art. 124 § 1 k.w. poprzez dodanie po słowach „nie przekracza $\frac{1}{4}$ minimalnego wynagrodzenia” słów „w chwili popełnienia czynu”. Takie wyrażenie przekreśliłoby potrzebę notorycznej (rok-rocznej) kontrawencjonalizacji kar w oparciu o art. 2a k.w. Jak informują sądy powszechne, sprawcy takich czynów w ramach korzystania z przysługujących im uprawnień celowo zmierzają do „wydłużenia trwania” postępowania karnego a potem karnego wykonawczego licząc na upływanie terminu przedawnienia karalności czynu, względnie licząc na obniżenie orzeczonej kary (w tym przedmiocie zob. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 sierpnia 2015 r., II KK 219/15, OSNKW 2015, z. 11, poz. 94 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2016 r., IV KK 413/15, niepubl.).

12.2. Brak odesłania do art. 41a k.p.k. w treści art. 16 k.p.w.

Ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 437) uregulowano, bardzo istotną z punktu widzenia praktyki, kwestię ponawiania wniosku opartego na tych samych podstawach faktycznych co wnioski wcześniej rozpoznany (art. 41a k.p.k.). W motywach ustawodawczych zasadnie podnoszono, że projektowana regulacja wychodzi naprzeciw ewidentnym potrzebom praktyki (uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Sejm VIII kadencji, druk sejmowy 207). Pomimo, że wspomniana nowelizacja dotyczyła również procedury wykroczeniowej, analogicznego rozwiązania nie wprowadzono do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia (zob. art. 16 k.p.w.). Luka ta powinna zostać uzupełniona. Nie znajduje uzasadnienia tak istotne zróżnicowanie tak zbliżonych procedur sądowych. Co więcej, przepis art. 41a k.p.k. znajduje swój odpowiednik w art. 53¹ k.p.c. oraz art. 22 § 4 p.p.s.a.

13. Prawo pracy

13.1. Umowy na czas określony

Znowelizowany art. 25¹ k.p. (obowiązuje w obecnym brzmieniu od 22 lutego 2016 r.) przewiduje w § 4 wyjątki od zasady, że zawarcie umowy na czas określony dłuższy, niż 33 miesiące lub zawarcie więcej trzech umów skutkuje przekształceniem zatrudnienia w bezterminowe. Wśród tych wyjątków ustawodawca ujmuje (§ 4 pkt 3 k.p.) wykonywanie pracy przez okres kadencji, co ma służyć możliwości ponawiania zatrudnienia terminowego osób pełniących funkcję np. w organach osób prawnych (spółki, spółdzielnie).

Nie zwrócono jednak uwagi, że wykonywanie tego rodzaju funkcji opiera się w pierwszej kolejności na mandacie, którego trwanie nie pokrywa się zawsze z okresem kadencji (por. np. art. 202 k.s.h. czy art. 369 k.s.h.). W wielu przypadkach mandat członka zarządu (a zatem uprawnienie i obowiązek sprawowania tej funkcji) wygasa po upływie kadencji. Należy przyjmować, że z upływem kadencji stosunek pracy zawarty na czas określony rozwiązuje się choć w dalszym ciągu trwa mandat omawianej kategorii osób. Ewentualne powołanie na kolejną kadencję nie musi nastąpić przed upływem poprzedniej (przed wygaśnięciem mandatu), co skutkuje powstaniem „okresu przejściowego” między kadencjami, w którym nie jest dopuszczalne zawarcie umowy o pracę na czas kadencji.

Rozumiejąc tę zależność w przypadku stosunku pracy z wyboru ustawodawca (art. 73 § 2 k.p.) przewiduje, że stosunek pracy z wyboru rozwiązuje się z wygaśnięciem mandatu a nie z upływem kadencji. Nie ma racjonalnych przesłanek dla odmiennego regulowania omawianej materii (w jednym przypadku z odniesieniem do kadencji, w drugim – do mandatu). Sięgnięcie do wzorca wynikającego z art. 73 § 2 k.p. pozwala na uniknięcie trudności w stosowaniu prawa w czasie między kadencjami.

13.2. „Ochrona poemerytalna”

Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2017 r., poz. 38) w sposób istotny zmienia zasady naby-

wania prawa do emerytury, w szczególności obniżając wiek emerytalny. Wpływa to jednocześnie na zakres ochrony, wynikającej z art. 39 k.p. – tzw. ochrony przedemerytalnej. Przepis ten zakazuje wypowiedzania umowy o pracę w okresie 4 lat poprzedzających osiągnięcie przez pracownika wieku emerytalnego, jeśli nabędzie on prawo do emerytury z osiągnięciem tego wieku.

Regulacja Kodeksu pracy ma chronić osoby w starszym wieku przed ryzykiem zakończenia zatrudnienia – ryzykiem związanym z obniżoną zdolnością psychofizyczną do pracy, mniejszymi zdolnościami do zmiany zawodu czy bardziej ograniczoną zdolnością podjęcia pracy w innej miejscowości. Ograniczenia te zwiększają zagrożenie bezrobociem opisywanej grupy zawodowej a przez to – uniemożliwiają uzyskiwanie dochodu gwarantującego normalne funkcjonowanie w społeczeństwie. Ochrona wynikająca z art. 39 k.p. kończy się z osiągnięciem wieku emerytalnego, w tym bowiem momencie pracownik nabywa potencjalną gwarancję dochodu w postaci emerytury, nie wymaga już zatem szczególnej ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy.

Tymczasem ustawa z 16 listopada 2016 r. w przepisach przejściowych (art. 28 i 29) wprowadzanych w związku z obniżeniem wieku emerytalnego kreuje instytucję „ochrony poemerytalnej”. W art. 28 przewidziano bowiem, że mimo obniżenia wieku emerytalnego, osoby obecnie objęte ochroną (a zatem którym przypada mniej niż 4 lata do obecnie przewidzianego wieku emerytalnego) korzystają z tej ochrony nie do momentu osiągnięcia nowego wieku emerytalnego, ale do osiągnięcia wieku emerytalnego wynikającego z obecnie obowiązujących a zmienianych przez tę ustawę przepisów. Taki sam skutek wywołują regulacje art. 29 ustawy, przewidując, że osoby, które obecnie nie korzystają z ochrony przedemerytalnej, lecz osiągną nowy wiek emerytalny w okresie 4 lat od wejścia w życie ustawy, będą korzystały z ochrony przez 4 lata od wejścia w życie ustawy nawet jeśli w tym czasie będą mogły skorzystać z emerytury. Znowu dojdzie w ten sposób do wydłużenia ochrony przed rozwiązaniem stosunku pracy na okres po osiągnięciu wieku emerytalnego i nabyciu emerytury lub co najmniej jej maksymalnie ukształtowanej ekspektatywy.

Należy jeszcze raz podkreślić, że ograniczenie wynikające z art. 39 k.p., ma na celu ochronę osób, które nie dysponują jeszcze szansą na świadczenie emerytalne – dochodem, który może zastąpić ich dochód z pracy. Abstrahując od racjonalności obecnego rozwiązania

(w wielu przypadkach prowadzi ono do pozbawiania pracy osób zanim wejdą w okres ochronny wynikający z art. 39 k.p.), jest ono – jak w każdym przypadku ochrony szczególnej przed rozwiązaniem stosunku pracy – motywowane istotnymi względami społecznymi.

W odniesieniu do osób, które już osiągnęły wiek emerytalny, względów takich nie ma. Nie ma zatem powodów do wprowadzania ochrony szczególnej, prowadzi to bowiem do dyskryminacji innych pracowników (art. 32 ust. 2 Konstytucji RP). W przypadku pracodawców nie należących do sfery publicznej, prowadzących działalność gospodarczą, stanowi to naruszenie art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, nie sposób bowiem dopatrywać się jakiegokolwiek interesu publicznego w tym ograniczeniu, nie mówiąc już o interesie ważnym (art. 22 Konstytucji) i konieczności wprowadzenia takiego unormowania dla osiągnięcia prawem usprawiedliwionych celów (art. 31 ust. 3 Konstytucji).

13.3. Sposób obliczania terminów w prawie pracy

Przepisy prawa pracy, w tym kodeks pracy, posługują się różnymi terminami przy określaniu uprawnień pracowniczych. Jedynie wyjątkowo sposób ich liczenia wynika z ustawodawstwa prawa pracy (por. przykładowo art. 30 § 21 k.p.). W pozostałych przypadkach na ogół odpowiednie zastosowanie mają reguły wynikające z prawa cywilnego (por. art. 112–114 k.c. w zw. z art. 300 k.p.). Wybór, którą z tych reguł należy posługiwać się w konkretnym przypadku nie jest jednak jednoznaczny. Dlatego sposób liczenia omawianych terminów niekiedy wynika z orzecznictwa Sądu Najwyższego, jednak niekiedy, zwłaszcza przy okazji wprowadzania nowych regulacji, zostaje ukształtowany przez praktykę, która może następnie zostać lub nie zostać zaakceptowana przez orzecznictwo. Przykładowo, aktualnie nie jest jasne, według jakiej metody (art. 112 k.c. w zw. z art. 300 k.p. czy art. 114 k.c. w zw. z art. 300 k.p.) należy obliczać upływ 33 miesięcy pozostawania w zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę na czas określony u jednego pracodawcy (art. 25¹ § 1 k.p.), co ma fundamentalne znaczenie dla ochrony uprawnień pracowniczych. Dlatego ustawodawca powinien rozważyć wprowadzenie do kodeksu pracy regulacji doprecyzowującej sposób obliczania terminów w prawie pracy.

13.4. Termin dochodzenia odszkodowania z art. 18^{3d} k.p. z tytułu dyskryminującej przyczyny wypowiedzenia lub dyskryminującej przyczyny wyboru pracownika do zwolnienia z pracy

Skład siedmiu sędziów SN uchwałą z dnia 28 września 2016 r., III PZP 3/16, przyjął, że wniesienie przez pracownika odwołania od wypowiedzenia (wystąpienie z roszczeniami z tytułu naruszającego prawo wypowiedzenia umowy o pracę na podstawie art. 45 § 1) nie jest warunkiem zasądzenia na jego rzecz odszkodowania z art. 18^{3d} z tytułu dyskryminującej przyczyny wypowiedzenia lub dyskryminującej przyczyny wyboru pracownika do zwolnienia z pracy. Tym samym oznacza to, że to samo zdarzenie – dyskryminujące wypowiedzenie umowy o pracę kreuje dwa autonomiczne roszczenia. Dochodzenie jednego z nich (art. 45 k.p.) limitowane jest 21 dniowym terminem zawitym (art. 264 k.p.); drugie zaś (art. 18^{3d} k.p.) podlega jedynie ogólnemu dla prawa pracy przedawnieniu 3 lat (art. 291 § 1 k.p.).

Ze względu na ekonomikę procesową i zminimalizowanie zagrożeń związanych z problematyką *res iudicata* np. co do oceny, czy dana przyczyna wypowiedzenia umowy o pracę miała charakter dyskryminujący, należałoby rozważyć wprowadzenie – w granicach dopuszczalnych przez unijne prawo pracy – terminu zawitego także dla dochodzenia odszkodowania z art. 18^{3d} k.p. z tytułu dyskryminującej przyczyny wypowiedzenia lub dyskryminującej przyczyny wyboru pracownika do zwolnienia z pracy.

13.5. Termin przedawnienia roszczenia zleceniobiorcy o zapłatę wynagrodzenia w wysokości minimalnej stawki godzinowej

Ustawa o minimalnym wynagrodzeniu – w brzmieniu nadanym przez ustawę z dnia 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 1265) – w odniesieniu do niektórych umów zlecenia i umów o świadczenie usług przewiduje stosowanie od dnia 1 stycznia 2017 r. „minimalnej stawki godzinowej”.

W ustawie nie został jednak określony termin przedawnienia roszczenia zleceniobiorcy (usługodawcy) o zapłatę wynagrodzenia w wysokości minimalnej stawki godzinowej. W związku z tym zastosowanie mają przepisy kodeksu cywilnego. Zgodnie zaś z kodeksem cywilnym, w zależności od sytuacji, w tym warunków umowy oraz statusu zleceniobiorcy, w grę może wchodzić przedawnienie 10-letnie, 3-letnie lub 2-letnie (por. art. 118 i art. 751 k.c.). Wydaje się, że skoro instytucja „minimalnej stawki godzinowej zleceniobiorców”, zgodnie z intencją ustawodawcy ma charakter ochronny i stanowi kolejny załączek tworzącej się nowej gałęzi prawa – prawa zatrudnienia, to przepisy w możliwie jednolity i jasny sposób powinny regulować kwestie związane z przedawnieniem roszczenia o wynagrodzenie wynikające z tej stawki.

Ustawodawca powinien zatem rozważyć wprowadzenie do ustawy o minimalnym wynagrodzeniu regulacji określającej termin przedawnienia roszczenia o zapłatę wynagrodzenia wynikającego z minimalnej stawki godzinowej zleceniobiorców.

13.6. Ryczałt za noclegi w przypadku kierowców transportu międzynarodowego

Niezbędna jest interwencja prawodawcy wobec skutków wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 listopada 2016r. (sygn. K 11/15) dotyczącego sprawy ryczałtów za nocleg dla kierowców zawodowych odbywających zagraniczne podróże służbowe. Stwierdził m.in., że: 1) art. 21a ustawy z 16 kwietnia 2004 r. o czasie pracy kierowców (t.j.: Dz.U. z 2012 r., poz. 1155, ze zm.) w związku z art. 775 § 2, 3 i 5 ustawy z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 1666, ze zm.) w związku z § 16 ust. 1, 2 i 4 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej (Dz.U. z 2013 r., poz. 167) w zakresie, w jakim znajduje zastosowanie do kierowców wykonujących przewozy w transporcie międzynarodowym, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz 2) art. 21a ustawy z 16 kwietnia 2004 r. powołanej w punkcie 1 w związku z art. 775 § 2, 3 i 5 ustawy z 26 czerwca 1974 r. powołanej w punkcie 1 w związku z § 9 ust. 1, 2 i 4 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej

z 19 grudnia 2002 r. w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej poza granicami kraju (Dz.U. Nr 236, poz. 1991, ze zm.) w zakresie, w jakim znajduje zastosowanie do kierowców wykonujących przewozy w transporcie międzynarodowym, jest niezgodny z art. 2 Konstytucji.

Wyrok ten ma istotne znaczenie również w świetle dotychczasowego orzecznictwa SN (uchwała z dnia 12 czerwca 2014 r. w sprawie II PZP 1/14), z której wynika, że zapewnienie kierowcy noclegu w kabinie pojazdu nie stanowi zapewnienia bezpłatnego noclegu przez pracodawcę. W ocenie TK uregulowanie kwestii należności na pokrycie kosztów związanych z wykonywaniem przez kierowców podróży służbowej wymaga stworzenia odrębnych przepisów dla tej grupy pracowników, uwzględniającej specyfikę ich pracy.

13.7. Koszty procesu w sprawach o ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku ubezpieczenia społecznego lub jego zakresu

W uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2016 r., III UZP 2/16 przyjęto, że przepisy dotyczące opłat za czynności radców prawnych, wbrew dotychczasowej praktyce sądów, nie dają podstaw do przyjęcia, że w sprawach o ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku ubezpieczenia społecznego lub jego zakresu (o objęcie obowiązkiem ubezpieczenia społecznego i o podleganie ubezpieczeniom społecznym) do niezbędnych kosztów procesu zalicza się wynagrodzenie reprezentującego stronę radcy prawnego, biorąc za podstawę zasądzenia opłaty za jego czynności z tytułu zastępstwa prawnego sztywne stawki minimalne w wysokości 180 zł, tak jak to się ma w odniesieniu do spraw o świadczenia pieniężne z ubezpieczenia społecznego i zaopatrzenia emerytalnego – por. § 11 ust. 2 w związku z § 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j.: Dz.U. z 2013 r., poz. 490 ze zm.) oraz obecnie obowiązujący § 9 ust. 2 w związku z § 20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat

za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015 r., poz. 1804 ze zm.). W powołanej uchwale przyjęto, że podstawą zasądzenia opłaty za czynności radcy prawnego z tytułu zastępstwa prawnego powinna być wartość przedmiotu sporu (zaskarżenia) – por. § 6 rozporządzenia z dnia 28 września 2002 r. oraz § 2 rozporządzenia z dnia 22 października 2015 r. Analogicznie odnosi się to regulacji dotyczących opłat za czynności adwokackie.

Powyższej uchwale nadano moc zasady prawnej oraz ustalono, że przedstawiona wykładnia wiąże od dnia podjęcia uchwały

Sad Najwyższy w uzasadnieniu przywołanej uchwały zawarł dodatkowo zarys wytycznych, w jaki sposób w związku z przyjętą wykładnią określać wartość przedmiotu sporu (zaskarżenia) w wymienionych sprawach, który to problem dotychczas nie występował, gdyż określenie tych wartości nie było do niczego potrzebne i strony oraz ich pełnomocnicy ich nie wskazywali i nie byli wzywani do tego przez sądy.

Już tylko powierzchowne wczytanie się w te wytyczne daje podstawę do przewidywań, jak istotne komplikacje zrodzą się w praktyce przy właściwym oznaczeniu tych wartości, co już zresztą ma miejsce. Nie to jednak stanowi główny powód poddania pod rozagę zmianę przepisów dotyczących opłat za czynności radców prawnych i adwokatów. Obecnie obowiązujące przepisy wydają się bowiem być niesprawiedliwe.

Po pierwsze, narażają one ubezpieczonych (osoby dochodzące objęcia ubezpieczeniem społecznym) na ponoszenie niejednokrotnie bardzo wysokich kosztów procesu w razie jego przegrania w sprawach o szczególnym znaczeniu z punktu widzenia bezpieczeństwa socjalnego, gdyż dotyczących bezpośrednio materialnych podstaw ich egzystencji, bądź też w sprawach związanych z przymusem odprowadzania składek na ubezpieczenie społeczne.

Po drugie zaś, nie sposób nie dostrzec, że zasadnicza materia, która podlega badaniu w tych sprawach jest w większości z nich niezmiennie zbliżona lub wręcz tożsama z materią badaną w sprawach o ustalenie istnienia stosunku pracy, w odniesieniu do których, zgodnie z obowiązującą i powszechnie aprobowaną wykładnią, przyjmuje się stawkę minimalną w kwocie 180 zł (por. § 9 ust. 1 w związku z § 20 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r.).

W związku z powyższym należy poddać pod rozagę objęcie regulacjami § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych

(Dz.U. z 2015 r., poz. 1804 ze zm.) oraz § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015 r., poz. 1800 ze zm.) także spraw o ustalenie istnienia bądź nieistnienia stosunku ubezpieczenia społecznego lub jego zakresu (o objęcie obowiązkiem ubezpieczenia społecznego; o podleganie ubezpieczeniom społecznym).

Odpowiednio dotyczy to przepisów dotyczących ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego (adwokata) z urzędu.

14. Prawo ubezpieczeń społecznych

14.1. Krąg podmiotów, na których ciąży ustawowy obowiązek zwrotu nienależnie pobranych świadczeń

Na tle wykładni art. 84 ust. 3 ustawy systemowej wyłania się nieścisłość, która niejednokrotnie była już przedmiotem analizy orzeczniczej Sądu Najwyższego (por. zwłaszcza wyrok z dnia 15 września 2015 r., III UK 18/15, LEX nr 1814919). Sąd Najwyższy trafnie zauważył, iż z językowego brzmienia art. 84 ust. 3 ustawy systemowej nie wynika jednoznacznie, czy adresatem normy prawnej zawartej w tym przepisie jest wyłącznie osoba pobierająca nienależne świadczenie (świadczeniobiorca), czy także płatnik (albo inny podmiot), który wypłacił świadczeniobiorcy nienależnie pobrane świadczenie. Wprawdzie Sąd Najwyższy, kierując się rezultatami wykładni funkcjonalnej, przyjął w swym orzecznictwie, że płatnik, który wypłacił świadczeniobiorcy nienależne świadczenie, ponosi również – obok świadczeniobiorcy – odpowiedzialność na zasadach określonych w art. 84 ustawy systemowej, tym niemniej ta kwestia może w dalszym ciągu wzbudzać uzasadnione wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych, skoro nie została w sposób kategoryczny i jasny uregulowana w ustawie. W szczególności analiza językowa art. 84 ust. 6 ustawy systemowej może prowadzić do wniosków całkowicie odmiennych od tych, które wynikają z orzecznictwa Sądu Najwyższego. W myśl tego przepisu „Jeżeli pobranie nienależnych świadczeń zostało spowodowane przekazaniem przez płatnika składek lub inny podmiot nieprawdziwych danych mających wpływ na prawo do świadczeń lub na ich wysokość, obowiązek zwrotu tych świadczeń wraz z odsetkami, o których mowa w ust. 1, obciąża odpowiednio płatnika składek lub inny podmiot”. Właśnie na podstawie tego unormowania można postawić tezę, według której płatnik składek (ewentualnie inny podmiot) odpowiada za zwrot nienależnie pobranego świadczenia tylko wtedy, gdy wypłata świadczenia była następstwem przekazania przez płatnika (inny podmiot) nieprawdziwych danych mających wpływ na prawo do świadczeń lub na ich wysokość. *A contrario*, w każdym innym przypadku płatnik, który wypłacił świadczenie nienależne, nie powinien być zobowiązany do jego zwrotu.

Zważywszy na okoliczność, że przepis art. 84 ustawy systemowej ma stosunkowo szerokie zastosowanie w obrocie prawnym (bo wszy-

scy płatnicy, którzy zgłaszają do ubezpieczenia chorobowego powyżej 20 ubezpieczonych, są zobowiązani – z mocy art. 61 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa; t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 372 ze zm. – do wypłaty świadczeń „zasiłkowych” zamiast ZUS-u), to wyjaśnienie ww. problemu będzie miało fundamentalne znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania całego systemu ubezpieczeń społecznych oraz przełoży się w sposób oczywisty na działalność orzeczniczą sądów powszechnych rozpoznających sprawy o zwrot nienależnie pobranych świadczeń z ubezpieczeń społecznych. Z tej przyczyny ta kwestia powinna zostać precyzyjnie (jednoznacznie) unormowana w ustawie. Aktualnemu stanowi rzeczy, pozostającemu w kolizji z zasadą pewności prawa, ustawodawca mógłby zaradzić przez wprowadzenie do art. 84 ustawy systemowej zapisu, zgodnie z którym, jeśli płatnik składek wypłacił nienależne świadczenie, to odpowiada solidarnie ze świadczeniobiorcą za zwrot świadczenia wraz z odsetkami, albo, że w takim przypadku odpowiedzialność ponosi tylko świadczeniobiorca, z zastrzeżeniem ust. 6.

14.2. Ubezpieczenie społeczne w razie choroby i macierzyństwa

Ustawą z dnia 15 maja 2015 r. o zmianie ustawy o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa oraz niektórych innych ustaw (t.j.: Dz.U. z 2015 r., poz. 1066 ze zm.) dokonano zmiany ustawy z dnia 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa (t.j.: Dz.U. z 2014 r., poz. 159 ze zm. – dalej nazywana ustawą chorobową). Dotyczyły one zwłaszcza ustalania podstawy wymiaru zasiłku chorobowego w sytuacji, gdy niezdolność do pracy powstała przed upływem pełnego miesiąca kalendarzowego ubezpieczenia chorobowego (art. 49 ustawy chorobowej) oraz w okresie po upływie jednego miesiąca kalendarzowego ale przed upływem jednego roku (art. 48a ustawy chorobowej). Nie kwestionując zasadności wprowadzenia przedmiotowych zmian zwrócić jednak należy uwagę na treść art. 48a ust. 2 i 3 oraz art. 49 ust. 2 i 3 ustawy chorobowej. Są to przepisy dotyczące tego samego zagadnienia, dotyczącego podstawy wymiaru zasiłku chorobowego w sytuacji, w której okres ubezpiecze-

nia społecznego rozpoczął się po przerwie nieprzekraczającej 40 dni od ustania ubezpieczenia chorobowego z innego tytułu. Językowe brzmienie przedmiotowych regulacji jest na tyle niezrozumiałe, że trudno jest jednoznacznie ustalić ich normatywną treść. Będzie to w praktyce prowadziło do istotnych rozbieżności, których może nie dać się usunąć. Ma to w szczególności znacznie wobec faktu, że jedna z możliwych interpretacji przedmiotowych regulacji może prowadzić do tego, że podstawa wymiaru zasiłku chorobowego będzie wyższa aniżeli deklarowana podstawa wymiaru składek na ubezpieczenie chorobowe.

14.3. Podstawa kompetencyjna do kontroli ważności wysokości wynagrodzenia jako podstawy wymiaru zasiłku chorobowego

Mimo uchwały SN z dnia z dnia 27 kwietnia 2005 r., II UZP 2/05 (OSNP 2005, nr 21, poz. 338.), w której SN stwierdził, że w ramach art. 41 ust. 12 i 13 ustawy systemowej ZUS może zakwestionować wysokość wynagrodzenia stanowiącego podstawę wymiaru składek na ubezpieczenie chorobowe, jeżeli okoliczności sprawy wskazują, że zostało wypłacone na podstawie umowy sprzecznej z prawem, zasadami współżycia społecznego lub zmierzającej do obejścia prawa (art. 58 k.c.), nadal nie została rozwiązana sytuacja, w jaki sposób ZUS ma prawo ustalać wysokość wynagrodzenia jako podstawę wymiaru składki na ubezpieczenie chorobowe. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w której nie jest możliwe porównanie kwestionowane wynagrodzenia z wynagrodzeniami innych pracowników. Zasadne wydawałoby się uregulowanie, że w przypadku zakwestionowania wysokości wynagrodzenia ZUS przyjmuje jako podstawę wymiaru wynagrodzenie minimalne bądź też wynagrodzenie średnie, jakie wypłacane jest dla tego rodzaju pracy bądź stanowiska na rynku pracy. Konieczne byłoby również wyraźnie zawarcie w ustawie z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 963 ze zm.) normy kompetencyjnej, zezwalającej na kontrolę, kwestionowanie wysokości wynagrodzenia za pracę, jak i wiążące ustalenie wysokości wynagrodzenia dla celów ustalenia podstawy wymiaru składki na ubezpieczenia społeczne.

14.4. Koordynacja systemów zabezpieczenia społecznego

Prawna problematyka koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego normowana jest rozporządzeniami Parlamentu Europejskiego i Rady (WE): nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 166 z 30.04.2004, s. 1–123) oraz nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz. Urz. UE L 284 z 30.10.2009, s. 1–42). Wprawdzie są to akty prawne, które stosowane są bezpośrednio w polskim porządku prawnym niemniej konieczne jest dostosowanie przepisów postępowania cywilnego w zakresie, w jakim regulują one postępowanie odrębne w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych. Chodzi o wprowadzenie regulacji, która przewiduje możliwości uchylenia decyzji organu rentowego przez sąd pierwszej instancji i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, w sytuacji, w której organ rentowy wydaje decyzję dotyczącą podlegania systemowi zabezpieczenia społecznego. Otóż brak możliwości uchylenia decyzji przez sąd powoduje przy jednoczesnym braku możliwości przeprowadzenia postępowania uzgodnieniowego na okoliczność istnienia podlegania systemowi zabezpieczenia społecznego innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej (możliwość taka przysługuje zgodnie z powyższymi rozporządzeniami tylko instytucji właściwej, tj. w Polsce – Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych) powoduje, że rozstrzygnięcie sądu pierwszej instancji może prowadzić do niezgodności z art. 11 ust. 1 rozporządzenia 883/2004. Wyraża on zasadę podlegania systemowi zabezpieczenia społecznego tylko jednego państwa. Tymczasem wyrok oddalający albo uwzględniający odwołanie od decyzji może prowadzić do sytuacji, w której odwołujący się nie będzie podlegał systemowi zabezpieczenia społecznego żadnego państwa członkowskiego bądź też będzie podlegał systemowi zabezpieczenia społecznego dwóch państw. Wprowadzenie możliwości uchylenia decyzji organu rentowego i przekazania do ponownego rozpoznania w celu wszczęcia procedury uzgodnieniowej poszczególnych państw członkowskich służącej ustaleniu ustawodawstwa właściwego usuwałoby przedmiotowy problem.

15. Inne zagadnienia

15.1. Definicja przyłącza kanalizacyjnego

Zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U. z 2015 r., poz. 139, dalej jako „u.z.z.w.”), przez przyłącze kanalizacyjne należy rozumieć odcinek przewodu łączącego wewnętrzną instalację kanalizacyjną w nieruchomości odbiorcy usług z siecią kanalizacyjną, za pierwszą studzienką, licząc od strony budynku, a w przypadku jej braku do granicy nieruchomości gruntowej. Ustalenie granic przestrzennych obu rodzaju przyłączy ma istotne znaczenie z punktu widzenia rozkładu obowiązków między osoby ubiegające się o przyłączenie do sieci kanalizacyjnej lub wodociągowej (tj. odbiorców usług) a podmioty odpowiedzialne za świadczenie usług kanalizacyjnych i wodociągowych (tj. przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne). Stosownie bowiem do treści art. 5 ust. 2 u.w.z.z. jeżeli umowa o zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków nie stanowi inaczej, odbiorca usług odpowiada za zapewnienie niezawodnego działania posiadanych instalacji i przyłączy wodociągowych lub instalacji i przyłączy kanalizacyjnych z urządzeniem pomiarowym włącznie. Artykuł 15 ust. 2 stanowi z kolei, że realizację budowy przyłączy do sieci oraz studni wodomierzowej, pomieszczenia przewidzianego do lokalizacji wodomierza głównego i urządzenia pomiarowego zapewnia na własny koszt osoba ubiegająca się o przyłączenie nieruchomości do sieci.

Wykładnia językowa definicji przyłącza kanalizacyjnego wskazuje, że może być ona interpretowana na różne sposoby. Po pierwsze, można przyjmować, że przyłączem jest przewód łączący instalację kanalizacyjną w nieruchomości na odcinku od studzienki (pierwszej od strony budynku) do granicy nieruchomości (zob. np. wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie: z 30 października 2009 r., VI ACa 461/09, LEX nr 1313445, z 13 grudnia 2011 r., VI ACa 870/11, LEX nr 1120299, a także wyroki z: 16 stycznia 2014 r., VI ACa 830/13; 5 marca 2015 r., VI ACa 760/14; 24 października 2013 r., VI ACa 164/13; 10 czerwca 2015 r., VI ACa 1477/14; 14 lipca 2016 r., VI ACa 738/15, www.orzeczenia.ms.gov.pl). Według innego poglądu, przyłączem jest odcinek przewodu od budynku do studzienki, ponieważ z samej definicji przyłącza kanalizacyjnego wynika, że „za studzienką” jest już sieć kanalizacyjna (wyroki Sądu Apelacyjnego w Warszawie z: 24 października

2013 r., VI ACa 164/13; 5 marca 2015 r., VI ACa 760/14; 14 lipca 2016 r., VI ACa 738/15, www.orzeczenia.ms.gov.pl, podobnie wyroki SOKiK z: 15 stycznia 2009 r., XVII AmA 76/08, niepubl.; 5 października 2012 r., XVII AmA 223/10; 9 grudnia 2013 r., XVII AmA 1/12; 15 marca 2016 r., XVII AmA 140/14; 21 stycznia 2016 r., XVII AmA 146/14; www.orzeczenia.ms.gov.pl). Zgodności nie ma też w literaturze (B. Bryńczak, K. Ubysz, *Ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 30–32; H. Palarz, *Przylącze kanalizacyjne [w:] Przylączenie do sieci wodociągo-wo-kanalizacyjnej. Aspekty prawne*, LEX 2015; B. Rakoczy, *Służebność przesyłu w praktyce*, Warszawa 2012, s. 50–51; P. Bojarski, W. Radec-ki, J. Rotko, *Ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 100–118).

Wykładnia językowa przytoczonej definicji wskazuje na jeszcze dwa możliwe sposoby rozumienia przyłącza kanalizacyjnego. Zgodnie z pierwszym z nich, byłby to przewód łączący instalację kanalizacyjną w budynku z siecią kanalizacyjną na odcinku do pierwszej studzienki (licząc od strony budynku), za którą to studzienką znajduje się już (ma rozpoczynać się) sieć kanalizacyjna, pod warunkiem, że studzienka zlokalizowana jest na nieruchomości przyłączanej do sieci. Drugi zakładałby, że przyłączem jest przewód łączący instalację kanalizacyjną w nieruchomości na odcinku od pierwszej od strony budynku studzienki („za studzienką”) do sieci, bez względu na granice nieruchomości oraz lokalizację studzienki.

Według stanu na dzień 1 lutego 2016 r. przed SN zawisły dwie sprawy dotyczące rozstrzygnięcia zagadnień prawnych budzących poważne wątpliwości, których przedmiotem jest pojęcie „przyłącza kanalizacyjne”. W sprawie rozpoznawanej pod sygnaturą III SZP 2/16, skład trzech sędziów SN przedstawił do rozstrzygnięcia powiększonemu składowi SN zagadnienie: czy przyłączem kanalizacyjnym w rozumieniu art. 2 pkt 5 powołanej wyżej ustawy jest przewód łączący instalację kanalizacyjną w nieruchomości odbiorcy usług, zakończoną studzienką, z siecią kanalizacyjną: a) na odcinku od studzienki do sieci kanalizacyjnej, b) na odcinku od studzienki do granicy nieruchomości, c) na odcinku od budynku do studzienki? W sprawie toczącej się pod sygn. akt III CZP 1/17 Sąd Okręgowy w Częstochowie skierował z kolei do SN pytanie prawnie: „czy pierwsza studzienka kanalizacyjna, licząc od strony budynku odbiorcy, znajdująca się na nieruchomości odbiorcy usług, stanowi część przyłącza do sieci w rozumieniu art. 15 ust. 2” powołanej wyżej ustawy.

Rozstrzygnięcie tych spraw nie wydaje się jednak wystarczające dla usunięcia wszystkich wątpliwości, jakie wywołuje przytoczona wyżej definicja przyłącza kanalizacyjnego. Podkreślenia wymaga bowiem, że definicja ta wywołuje rozbieżności także w orzecznictwie sądów administracyjnych dotyczącym problematyki zajęcia pasa drogowego oraz na umieszczenia w nim urządzeń infrastruktury technicznej. Z jednej strony sądy administracyjne przyjmują, że przyłączy zaczyna się za pierwszą studzienką, a kończy na sieci, zaś tylko gdy nie ma studzienki przyłączy stanowi odcinek łączący wewnętrzną instalację z granicą nieruchomości (np. wyroki WSA: w Gdańsku z dnia 20 lipca 2016 r., II SA/Gd 164/166, w Rzeszowie z dnia 18 lipca 2008 r., II SA/Rz 90/80), a z drugiej, że przyłączem jest odcinek przewodu do studzienki, albo do granicy nieruchomości (zob. wyroki WSA: w Poznaniu z dnia 11 października 2016 r., III SA/Po 1250/15, w Krakowie z dnia 8 maja 2014 r., II SA/Kr 119/14).

Mając powyższe na uwadze, należy podkreślić, że istnienie rozbieżności interpretacyjnych zarówno w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i administracyjnych, wskazuje, iż niezbędna wydaje się w tym zakresie interwencja ustawodawcy.

15.2. Określenie organu kompetentnego do wydania regulaminu czynności Trybunału Stanu

Z uwagi na okoliczność, że Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego jest z urzędu Przewodniczącym Trybunału Stanu (art. 199 ust. 2 Konstytucji RP) należy uznać za celowe zgłoszenie uwag o stwierdzonych nieprawidłowościach i lukach w prawie obejmujących funkcjonowanie Trybunału Stanu. W tej płaszczyźnie należy postulować pilną potrzebę nowelizacji art. 27 ustawy z dnia 26 marca 1982 r. o Trybunale Stanu (obecnie t.j.: Dz.U. z 2016 r., poz. 2050, dalej jako „u.t.s.”), zgodnie z którym „Sejm uchwala regulamin czynności Trybunału Stanu”.

Normatywna treść zawarta w art. 27 u.t.s. jest dosłownym powtórzeniem art. 21 tej ustawy, w brzmieniu obowiązującym od daty wejścia w życie tejże ustawy (tj. 6 kwietnia 1982 r.) do dnia 12 maja 1993 r. Na podstawie delegacji zawartej w ówczesnie obowiązującym art. 21 ustawy (obecnie – art. 27) została wydana „Uchwała Sejmu Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 6 lipca 1982 r. w sprawie regulaminu czynności Trybunału Stanu” (M.P. Nr 17, poz. 135), która w niezmiennym kształcie formalnie obowiązuje do chwili obecnej. Zważywszy

na okoliczności, jakie towarzyszyły uchwaleniu u.t.s. (m.in. obowiązywanie Konstytucji PRL z 1952 r., według której Sejm PRL był najwyższym przedstawicielem jednolitej władzy państwowej) można mieć uzasadnione wątpliwości, czy delegacja, o której mowa w art. 27 u.t.s., jest zgodna z aktualnym porządkiem ustrojowym, kształtowanym w oparciu o postanowienia Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. Trzeba zauważyć, iż zgodnie z unormowaniami konstytucyjnymi „Sądy i Trybunały są władzą odrębną i niezależną od innych władz” (art. 173), zaś „organizację Trybunału Stanu oraz tryb postępowania przed Trybunałem określa ustawa” (art. 201). W kontekście obu przywołanych regulacji, jak również zasady demokratycznego państwa prawnego urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej (art. 2) i trójpodziału władz (art. 10), rozwiązanie legislacyjne przyjęte w art. 27 u.t.s., w kształcie niezmiennym od czasu wejścia w życie tej ustawy należy ocenić jako wątpliwe. Wątpliwości odnośnie do zgodności upoważnienia, o którym mowa w art. 27 ustawy o TS, zgłaszano również w piśmiennictwie (por. M. Klejnowska [w:] *Ustawa o Trybunale Stanu. Komentarz*, red. G. Paśtuszek; Warszawa 2013, uwagi do art. 27 i podana tam literatura).

Skoro Trybunał Stanu jest „władzą odrębną i niezależną” od Sejmu RP (organu władzy ustawodawczej), to należałoby raczej uznać, że w obecnych realiach ustrojowych Sejm RP nie powinien być wyposażony w ustawową kompetencję do uchwalenia regulaminu czynności Trybunału Stanu. Mając na względzie zasadę autonomii władzy sądowej w odniesieniu do pozostałych rodzajów władz (ustawodawczej i wykonawczej), zasadnym byłoby wprowadzenie w ustawie o Trybunale Stanu uregulowania, zgodnie z którym regulamin czynności Trybunału Stanu powinien uchylać sam Trybunał *in gremio*, przez podjęcie w tej kwestii stosownej uchwały (w trybie analogicznym do tego, który obowiązuje przy uchwalaniu regulaminu Sądu Najwyższego przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Sądu Najwyższego – art. 3 § 2 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym; albo regulaminu Trybunału Konstytucyjnego przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Trybunału Konstytucyjnego – art. 6 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym). Ewentualnie można by rozważyć powierzenie Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego – jako Przewodniczącemu Trybunału Stanu – kompetencji do samodzielnego (jednoosobowego) wydania przez ten organ „regulaminu czynności Trybunału Stanu” („regulaminu Trybunału Stanu”) w formie zarządzenia.

Niezależnie od powyższych uwag, w kontekście istotnych mankamentów prawodawczych, jakimi jest dotknięta u.t.s. (m.in. brak rozdziałów, liczne zmiany normatywne dokonane na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat itp.) zasadnym byłoby zgłoszenie postulatu uchwalenia całkowicie nowej ustawy, która w sposób kompletny, spójny i adekwatny do obecnych uwarunkowań ustrojowych, określałaby zasady funkcjonowania Trybunału Stanu.

15.3. Procedura właściwa do postępowania sądowego wszczynanego przez wniesienie do sądu odwołania od orzeczenia kończącego postępowanie dyscyplinarne wobec biegłych rewidentów, funkcjonariuszy Służby Więziennej i członków kół łowieckich

Zgodnie z art. 263 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (t.j.: Dz.U. 2016 r., poz. 713 ze zm.), od orzeczenia oraz postanowienia kończącego postępowanie dyscyplinarne funkcjonariuszowi przysługuje prawo wniesienia odwołania do właściwego ze względu na miejsce zamieszkania obwinionego sądu pracy, w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia lub postanowienia wraz z uzasadnieniem.

Odnoszący się do analogicznej materii przepis art. 41 ustawy z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym t.j.: Dz.U. 2016 r., poz. 1000 ze zm.) stanowi, że: od orzeczeń Krajowego Sądu Dyscyplinarnego przysługuje obwinionemu, pokrzywdzonemu, Komisji Nadzoru Audytowego oraz Krajowemu Rzecznikowi Dyscyplinarnemu, a w przypadku wszczęcia postępowania dyscyplinarnego na wniosek, o którym mowa w art. 37 ust. 2, także Krajowej Radzie Biegłych Rewidentów, Krajowej Komisji Nadzoru lub Ministrowi Sprawiedliwości – odwołanie do właściwego, ze względu na miejsce zamieszkania obwinionego, sądu okręgowego – sądu pracy i ubezpieczeń społecznych, jako sądu pierwszej instancji – w terminie 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia wraz z uzasadnieniem (ust. 1); od orzeczeń sądu apelacyjnego skarga kasacyjna nie przysługuje (ust. 2).

Zbieżnego przedmiotu dotyczy również regulacja zawarta w przepisie art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 13 października 1995 r. – Prawo łowieckie (t.j.: Dz.U. z 2015 r., poz. 2168 ze zm.). Przepis ten stanowi, że w spra-

wach utraty członkostwa w kole łowieckim, nabycia lub utraty członkostwa w Polskim Związku Łowieckim po wyczerpaniu postępowania wewnątrzorganizacyjnego albo od orzeczeń i postanowień kończących postępowanie dyscyplinarne stronom postępowania przysługuje, w terminie 14 dni od otrzymania rozstrzygnięcia kończącego postępowanie, odwołanie do sądu okręgowego, z zastrzeżeniem art. 42da ust. 3. Od orzeczenia sądu okręgowego kasacja nie przysługuje.

Żaden ze wskazanych przepisów nie wskazuje, jaka procedura – cywilna, czy karna – jest właściwa do postępowania sądowego wszczynanego przez wniesienie do sądu odwołania od orzeczenia kończącego postępowanie dyscyplinarne.

Uchwałą składu siedmiu sędziów z dnia 24 stycznia 2013 r., I KZP 18/12 (OSNKW 2013/2/11) Sąd Najwyższy przesądził, że do postępowania sądowego, wszczynanego przez wniesienie do sądu okręgowego – sądu pracy i ubezpieczeń społecznych odwołania od orzeczenia Krajowego Sądu Dyscyplinarnego na podstawie art. 41 ust. 1 o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym, stosuje się przepisy Kodeksu postępowania karnego.

Również w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 30 marca 2016 r., I KZP 22/15 (OSNKW 2016/6/35) przyjęto, że do postępowania sądowego, wszczętego przez wniesienie odwołania od orzeczenia lub postanowienia kończącego postępowanie dyscyplinarne przewidzianych w Prawie łowieckim, stosuje się przepisy Kodeksu postępowania karnego.

Inne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w składzie orzekającym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych, wskazując w uchwale z dnia 21 kwietnia 2016 r., III PZP 4/16 (Biul. SN 2016/4/20), że do postępowania sądowego wszczynanego przez wniesienie do sądu pracy odwołania od orzeczenia kończącego postępowanie dyscyplinarne na podstawie art. 263 ustawy o Służbie Więziennej stosuje się przepisy ustawy – Kodeks postępowania cywilnego.

Wobec wskazanych rozbieżności wydaje się, że ich usunięcie jest możliwe wyłącznie przez doprecyzowanie przez ustawodawcę we wskazanych aktach, jaka procedura (karna czy cywilna) jest właściwa do postępowania sądowego wszczynanego przez wniesienie do sądu odwołania od orzeczenia kończącego postępowanie dyscyplinarne wszczęte wobec biegłych rewidentów, funkcjonariuszy Służby Więziennej i członków kół łowieckich.

