



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH

RADCA PRAWNY



Życie w dobie niezamówionych informacji

- Nadzwyczajny Krajowy Zjazd Radców Prawnych
- *Cloud computing*
- Profesjonalizm rankingów

ISSN 1230-1426



30 lat Krajowej Izby
Radców Prawnych



neoKancelaria

SYSTEM DEDYKOWANY DLA RADCÓW PRAWNYCH!

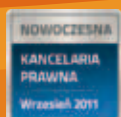
JESIENNA PROMOCJA!



- WYPRÓBUJ PRZEZ **3 MIESIĄCE ZA DARMO**
- PRZY ZAKUPIE SKORZYSTAJ Z **50% RABATU**

Jak skorzystać z systemu **za darmo?**

- 1 Zarejestruj się na **LegalClick.pl** i wpisz kod: **RP 2012**
- 2 Zaloguj się i **uzupełnij dane**.
- 3 W opcji **Dostępne usługi** wybierz przycisk „**WERSJA TESTOWA**”



Masz pytanie, potrzebujesz pomocy?
tel. (71) 390 84 08 lub: pomoc@legalclick.pl

NADZWYCZAJNY KRAJOWY ZJAZD RADCÓW PRAWNYCH	
Rezolucja Nadzwyczajnego Zjazdu	4
Akt podziękowania	4

4



XXX lat samorządu radców prawnych	
– Grażyna J. Leśniak, Marcin Zawisliński	26
Wieczór pełen nagród – (mz)	30

PRAKTYKA

Strategia a biznes – Jarosław Beldowski	6
Bursztynowe złoto – Henryk Leliwa	8
Dlaczego powinniśmy pamiętać o sprawie Akzo Nobel	
– rok później – Jacek Kosuniak	10
Dzięki elektronicznym utworom radcowie zyskają klientów	
– Grażyna J. Leśniak	15
Życie w dobie niezamówionych informacji – Paweł Budrewicz	16
E-komunikacja z sądami – Przemysław Kosiński	18
Technik weterynarii prawnie doradzi – Marcin Zawisliński	20
Errores in procedendo – (AO)	21
Kary porządkowe – Paweł Kisiel	22
Jakie konsultacje? – Jacek Świeca, Michał Jaskólski	24
276 dni – Krzysztof Mering	35
Turniej negocjacyjny dla aplikantów radcowskich	48
Grać, aby wygrać – Julie Macfarlane	52

WYWIAD

Czasy się zmieniają, wyzwania nie ubywa – z Dariuszem Sałajewskim, wiceprezesem KRRP, rozmawia Krzysztof Mering	12
--	----



12

Gdy komornik upomni się o nazwę domeny	
– z Arturem Piechocińskim, radcą prawnym, doradcą dyrektora NASK, rozmawia Grażyna J. Leśniak	32

FORUM

Profesjonalizm rankingów – Tomasz Działyński	34
---	----

ETYKA

Etyka w pytaniach i odpowiedziach (7)	36
--	----

NOWE TECHNOLOGIE

Cloud computing – Marcin Fiedziukiewicz	38
--	----

Z ZAGRANICZĄ

Jak dobrze reprezentować klienta przed ETS? – Rafał Ciesielski	40
Moje wrażenia z Chin – Ewelina Kurnatowska	42

NA WOKANDZIE

Mistrz prawniczego moralitetu – Marcin Zawisliński	44
A na imię miałaś właśnie obwodnica... – Wojciech Tumidański	45
Pokłosie raportu z weryfikacji WSI – (WT)	46

AKTUALNOŚCI

FELIETON	50
-----------------	----

To „coś” – Maciej Bobrowicz	54
------------------------------------	----

Od Redaktora

Nadzwyczajny Krajowy Zjazd Radców Prawnych, który odbył się 28 września w Warszawie, przyjął ważną rezolucję zawierającą apel o pilne podjęcie wspólnej, opartej na partnerskich zasadach debaty o przyszłym kształcie wymiaru sprawiedliwości, a także o podjęcie działań mających na celu walkę z wykluczeniem prawnym i ekonomicznym obywateli.

Zjazd wyraził także podziękowanie byłym prezesom, dziekanom i wszystkim radcom prawnym, którzy tworzyli, a dziś rozwijają samorząd radców prawnych. Dzięki tym staraniom zawód radcy prawnego obdarzony jest przez obywateli Rzeczypospolitej Polskiej wysokim zaufaniem społecznym i szacunkiem.

Pełen tekst „Rezolucji”, „Aktu podziękowania”, a także relację ze zjazdu drukujemy na kolejnych stronach naszego miesięcznika.

Ktoś podobno wyliczył, iż zaledwie w kilku ostatnich latach wytworzyliśmy tyle informacji, ile w poprzednich 20 tys. lat. Co robić z niechcianymi najczęściej informacjami radzi Paweł Budrewicz. Nie jest dla żadnego praktyka niespodzianką, że miazdząca większość aktów prawnych wymaga zmian zaraz po ich wydaniu. Jaka jest tego przyczyna oraz czy istnieją metody uniknięcia błędów legislacyjnych – zastanawiają się Jacek Świeca oraz Michał Jaskólski.

W bieżącym numerze piszemy także o cloud computing. Jest to najważniejszy obecnie trend w dziedzinie IT, który zmienia podejście do biznesu nie tylko na świecie, ale też w naszym kraju. W jaki sposób? Zapraszam do lektury.

W tym wydaniu „Radcy Prawnego” znalazł się także krótki przewodnik, który ułatwi radcom prawnym występowanie przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości.

Piszemy także o profesjonalizmie rankingów, techniku weterynarii, który udzielał porad prawnych oraz o rozpoczynającym się turnieju negocjacyjnym dla aplikantów.

Krzysztof Mering
redaktor naczelny



Rezolucja

Nadzwyczajny Krajowy Zjazd Radców Prawnych odbywany w roku trzydziestolecia uchwalenia ustawy o radcach prawnych, jako najwyższy reprezentant ponad czterdziestotysięcznego środowiska radców prawnych i aplikantów radcowskich:

- świadom przemian, jakie dokonały się w Rzeczypospolitej Polskiej w trzydziestoletnim okresie od utworzenia samorządu radców prawnych,
- w poczuciu odpowiedzialności i obowiązku włączania się w życie publiczne oraz dostrzegając wyzwania, które wynikają z procesu przemian społecznych i gospodarczych w państwie będącym członkiem Unii Europejskiej,
- mając na uwadze rozwój społeczeństwa obywatelskiego i umacnianie demokratycznego państwa prawnego, postanawia:
- zwrócić się do wszystkich przedstawicieli władzy ustawodawczej i wykonawczej, jako mających wpływ na kształtowanie porządku prawnego Rzeczypospolitej, aby przedsięwzięli takie inicjatywy, które umacniają w społeczeństwie przekonanie o znaczeniu samorządności jako zasady, która najlepiej służy wykorzystaniu potencjału kraju i jego rozwojowi. Samorządność zawodowa w Rzeczypospolitej zawsze stanowiła barierę

przed rozprzestrzenianiem zachowań i postaw zagrażających istocie demokratycznego państwa,

- wyrazić najwyższe zaniepokojenie i zdecydowany sprzeciw wobec wypowiedzanych opinii, a w konsekwencji zamiarów niektórych środowisk politycznych, wskazujących na potrzebę zmiany Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, obejmującej uchylenie jej artykułu 17, stanowiącego gwarancję istnienia i stabilności samorządów zawodów zaufania publicznego. W ocenie samorządu radców prawnych, oznaczałoby to początek upadku polskiej demokracji opartej na niezbywalnych zasadach samostanowienia,
- zaznaczyć, że obecne struktury samorządów zawodowych, w tym istniejących – tak jak samorząd radców prawnych – jeszcze przed rozpoczynającym transformację ustrojową rokiem 1989, jak i utworzonych w okresie tej transformacji, zrzeszają łącznie ponad sześćset tysięcy przedstawicieli kilkudziesięciu zawodów, funkcjonujących profesjonalnie w obszarach życia społecznego i gospodarczego, które mają ogromne znaczenie dla utrzymania tendencji rozwoju nowoczesnego kraju i zagwarantowania bezpieczeństwa obywateli,
- wskazać, że samorząd radcowski jest najliczniejszym spośród prawniczych samorządów zaufania publicznego, a jego Krajo-

Akt podziękowania

Nadzwyczajny Krajowy Zjazd Radców Prawnych w roku XXX-lecia uchwalenia ustawy o radcach prawnych, stanowiąc najwyższą reprezentację licznego i cieszącego się znaczącym dorobkiem środowiska radców prawnych i aplikantów radcowskich, pragnie przekazać wy-

razy szacunku, uznania i najserdeczniejsze podziękowania prezesom Krajowej Rady Radców Prawnych – Józefowi Zychowi, Jackowi Żuławskiemu, Andrzejowi Kalwasowi, Zenonowi Klatce oraz Maciejowi Bobrowiczowi – za ich wkład w tworzenie i rozwój samorządu radców prawnych, budowa-



Nadzwyczajnego Krajowego Zjazdu Radców Prawnych

wa Rada jest ważnym uczestnikiem życia publicznego, którego częścią składową jest wymiar sprawiedliwości. W interesie całego środowiska prawniczego, a także w interesie demokratycznego państwa prawnego, leży budowanie wysokiego autorytetu instytucji wymiaru sprawiedliwości i eliminowanie wszelkich – w tym wynikających zarówno z niedoskonałego prawa, jak i postaw oraz zachowań ludzkich – zjawisk kształtujących w społeczeństwie negatywne oceny funkcjonowania tych instytucji,

- podkreślić aktywność samorządu radcowskiego na arenie międzynarodowej i uczestnictwo w pracach międzynarodowych instytucji, komitetów i grup roboczych stowarzyszeń prawniczych Europy i świata.
- Nadzwyczajny Krajowy Zjazd Radców Prawnych kieruje apel: do wszystkich środowisk zawodów prawniczych, organizacji pozarządowych oraz przedstawicieli władzy ustawodawczej i wykonawczej o pilne podjęcie wspólnej, opartej na partnerskich zasadach debaty o przyszłym kształcie wymiaru sprawiedliwości, a co za tym idzie – również o rynku usług prawnych, gwarantującym obywatelom pomoc prawną na najwyższym poziomie wraz z zachowaniem podstawowych wartości, jakimi są niezależność, tajemnica zawodowa, unikanie konfliktu interesów,

- do środków społecznego przekazu, aby, realizując swoją suwerenną misję w państwie demokratycznym, jaką jest stwarzanie społeczeństwu dostępu do informacji, a także możliwości swobodnego wypowiedzenia opinii i komentarzy o występujących w sferze publicznej zjawiskach, miały także na uwadze konieczność informowania o znaczeniu ustrojowych funkcji samorządów zawodowych i realizowaniu przez nie, w interesie publicznym, zadań zleconych przez państwo,
- do sprawujących władzę i polityków, środowisk naukowych, mediów i organizacji pozarządowych o podjęcie pilnych działań mających na celu walkę z wykluczeniem prawnym i ekonomicznym obywateli, tak aby zapewnić im należną pozycję w demokratycznym państwie.

Nadzwyczajny Krajowy Zjazd Radców Prawnych zwraca się do Koleżanek i Kolegów radców prawnych, aby – wykorzystując coraz szersze kompetencje zawodowe powierzone im przez ustawodawcę – kierowali się dobrem obywateli i najwyższymi standardami etyki zawodowej, a także, by dzięki społecznej wrażliwości postrzegani byli nie tylko jako profesjonalści, ale również jako aktywni uczestnicy i kreatorzy życia publicznego w społeczeństwie obywatelskim. ■

nie jego pozycji wśród zawodów zaufania publicznego i na arenie międzynarodowej, dbałość o zapewnienie mu należnego miejsca w państwie oraz ochronę najważniejszych zasad samorządności zawodowej w Rzeczypospolitej Polskiej. Byłym oraz obecnym dziekanom rad okręgowych izb radców prawnych, członkom rad okręgowych izb radców prawnych, członkom Krajowej Rady Radców Prawnych, członkom sądów dyscyplinarnych, rzecznikom dyscyplinarnym, członkom komisji, zespołów i innych ciał działających w strukturach samorządu radców prawnych, którzy w minionym XXX-leciu samorządu angażowali się i angażują w jego rozwój oraz budowę silnej i stabilnej pozycji samorządu w życiu

publicznym – za ich codzienną pracę na rzecz środowiska radców prawnych.

Nadzwyczajny Krajowy Zjazd Radców Prawnych dziękuje radcom prawnym, którzy wykazują się szczególną wrażliwością społeczną, świadcząc potrzebującym pomoc prawną na zasadach *pro publico bono* oraz wszystkim naszym Koleżankom i Kolegom, radcom prawnym za ich rzetelną, wysoce profesjonalną oraz wykonywaną w zgodzie z zasadami etyki i przy poszanowaniu podstawowych wartości zawodu pracę, dzięki której zawód radcy prawnego obdarzony jest przez obywateli Rzeczypospolitej Polskiej wysokim zaufaniem społecznym i szacunkiem. ■



Fot. Jacek Baicz

Strategia a biznes

Jarosław Bełdowski

Czy można odnieść sukces w biznesie bez strategii? Z pewnością bylibyśmy w stanie znaleźć kilku wielkich przedsiębiorców, którzy kierowali się intuicją i doszli uczciwie do wielkich pieniędzy. To są jednak wyjątki, ale czy wymiarowi sprawiedliwości potrzebna jest strategia?

Zbyttno nie muszę rozwodzić się nad tym, iż strategia jest ważnym dokumentem dla każdej organizacji. Wśród instytucji publicznych pojawia się również inny aspekt – możliwość rozliczania z wyników, który tak często zatraca się w procesie wyborczym. Jednakże kwerenda, którą przeprowadziłem w odniesieniu do wymiaru sprawiedliwości w Polsce nie napawa optymizmem. Ministerstwo Sprawiedliwości nie posiada jednej spójnej strategii, a nadto znaleźć można wiele odrębnych i rozbudowanych projektów realizowanych w ramach programów unijnych lub okołounijnych. Natomiast wśród dokumentów rządowych wymiar sprawiedliwości jawi się różnoraki...

W Długookresowej Strategii Rozwoju Kraju Polska 2030 wskazuje się na nowy model zarządzania w sądach, w którym funkcja administracyjna powinna być oddzielona od orzeczniczej. Orzeczenia byłyby dostępne powszechnie, miałyby miejsce komunikacja z obywatelami oraz zaufanie do sądów. Ponadto, powinna nastąpić ekonomiczna analiza efektywności wymiaru sprawiedliwości, która sprowadzona została do analizy wydatków na sądownictwo w kontekście wielkości personelu i obciążenia pracą oraz stworzenia systemu pomiaru efektywności pracy sądów. Na koniec powinny nastąpić przyspieszenie postępowań poprzez sprawniejsze dochodzenie i egzekucję należności oraz digitalizacja akt sądowych i systemu doskonalenia i motywowania zawodowego sędziów, a także rozwoju ADR (ang. *alternativedispute resolution*), tj. alternatywnych sposobów rozstrzygnięcia sporów (arbitraż i mediacja). Długookresowa Strategia Rozwoju Kraju nie ogranicza się wyłącznie do zgrabnych postulatów, lecz wskazuje też na kluczowe do przeprowadzenia projek-



Fys, Neburo - Fotolia.com

ty. Są nimi: diagnoza podstawowych wyzwań wymiaru sprawiedliwości i zebranie dotychczasowych doświadczeń wraz z szeroką debatą (punkt IX.7); analiza ekonomiczna efektywności środków wydatkowanych na wymiar sprawiedliwości i zaprojektowanie efektywnego systemu monitorowania i prognozowania zmian w zakresie wymiaru sprawiedliwości (punkt IX.8); zwiększenie przejrzystości oraz operacyjnej efektywności działania wymiaru sprawiedliwości i wprowadzenie centralnej bazy orzeczeń sądowych (punkt IX.9).

Zajrzyjmy do innego dokumentu – Sprawne Państwo 2011–2020 – będącego projektem Ministerstwa Spraw Wewnętrznych z 10 października 2011 r. Ujmuje on również problemy wymiaru sprawiedliwości w ramach diagnozy i propozycji rozwiązań. Diagnoza składa się z trzech części: organizacji, sprawności postępowań oraz efektywności finansowania. Pierwsza dość celnie wskazuje na niewłaściwą alokację zasobów etatowych, wadliwą strukturę administracyjną, niedostateczne informatyczne wspieranie pracy i bazę lokalową oraz przeludnienie w więzieniach. Druga podkreśla stały wzrost wpływu i rozbudowanie kognicji sądów, wyko-

nywanie przez sędziego czynności administracyjnych w procesie, zbyt małą liczbę adwokatów, radców prawnych i komorników, nieskuteczność działań kuratorów sądowych (sic!) i procedury. Ostatnia część diagnozy piętnuje odstający od wzorców europejskich model zarządzania i nieefektywne zarządzanie finansowaniem wymiaru sprawiedliwości. Panaceum na to wszystko ma być szeroka elektronizacja postępowań, połączenie Krajowego Rejestru Karnego z innymi europejskimi systemami, wysoka jakość kodyfikacji, skuteczna egzekucja należności, skuteczny model probacji, uregulowanie modelu funkcjonowania więziennictwa, pomoc pokrzywdzonym przestępstwem.

To jednak nie wszystko, bowiem postawione są dwa cele operacyjne dla strategii dobre prawo i skuteczny wymiar sprawiedliwości. Ten ostatni to usprawnienie sądownictwa, zwiększenie sprawności i skuteczności egzekucji sądowej, nowoczesna i efektywna probacja, zwiększenie pomocy pokrzywdzonym przestępstwem, skuteczna prokuratura, a pierwszy – optymalizacja procedur administracyjnych, procedury nastawione na realizację celów, partycypacja obywateli w procesach konsultacji społecznych, wzmocnienie mechanizmów samoregulacji i wysoki poziom kodyfikacji.

Świadomie postanowiłem dokonać przeglądu wymiaru sprawiedliwości w dokumentach publicznych, decydując się na wliczankę. Zdaję sobie też sprawę, jak trudno przygotować jakikolwiek dokument o charakterze strategii, ale też trzymam kciuki za ministra sprawiedliwości, aby udało się w końcu uporządkować działania w ramach rozpoczętych prac nad Strategią Wymiaru Sprawiedliwości 2020. Czas też postawić sobie cele ilościowe, bo jakość zawsze może być różnie pojmowana. ■

PS Dziękuję za pomoc w zebraniu materiałów do felietonu Jakubowi Michalskiemu, aplikantowi adwokackiemu.

Autor jest pracownikiem naukowym Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie oraz członkiem zarządu Polskiego Stowarzyszenia Ekonomicznej Analizy Prawa.



TOYOTA

ALWAYS A
BETTER WAY

„Policzyliśmy koszty – Toyota jest niezawodna, tańsza w utrzymaniu i mniej traci na wartości”

KRZYSZTOF POZIŃSKI
WŁAŚCICIEL KANCELARII PRAWNEJ

TERAZ WYJĄTKOWA PROMOCJA TOYOTY DLA TWOJEJ FIRMY

- leasing od 101% w Toyota Leasing Polska
- upusty nawet do 16 400 zł
- pakiety ubezpieczeń od 2,9%

www.toyotadlafirm.pl



Szczegóły promocji u dealerów Toyoty. Toyota Avensis – zużycie paliwa i emisja CO₂ (UE 80/1268 z późn. zm.) w zależności od wariantu i wersji auta: od 4,5 do 7,0 l/100 km i od 119 do 170 g/km (cykl mieszany). Informacje o działaniach dotyczących odzysku i recyklingu samochodów wycofanych z eksploatacji: www.toyota.pl.

Henryk Leliwa

Bursztynowe złoto

Od wielu tygodni nasz kraj rozdziera medialna wrzawa wokół firmy Amber Gold i jej „przedsiębiorczego” prezesa. W zasadzie sprawa wydaje się prosta – jak powiedział jeden z ministrów – rodacy uwierzyli w hasła oraz slogany reklamowe i szturmem ruszyli lokować tam ciężko zarobione zaskórniaki.

Choć – z drugiej strony – powstaje ciekawe pytanie: czy kwotę ponad trzech milionów złotych, jaką powierzył Amber Gold jeden z krajanów, można uznać za – typowy dla kraju nad Wisłą – zaskórniak? Dla niektórych, być może, tak...

Można się zgodzić z rzeczonym już na wstępie ministrem, że ofiarami prezesa P. ludzie zostawali dobrowolnie i nie pod przymusem. Można się zgodzić ze stwierdzeniem, że Polska to wolny kraj i każdemu wolno uprawiać takie biznesowe poletko, na jakie ma ochotę. Oczywiście, w zgodzie z prawem, bo uprawa konopi czy koki może być uznana przez organa ścigania za „lekkie” naciągnięcie biznesowej wolności. Podobnie zresztą jak handel bronią czy wódką bez stosownej koncesji.

Nie sposób jednak nie zauważyć, że kampania reklamowa Amber Gold była sprytna. Równie ciekawa była kampania powiązanych z tą firmą linii lotniczych OLT Express. OLT – prawie jak LOT... Słowo „prawie” robi tu rzeczywiście wielką różnicę. Szczególnie dla tych, którzy kupili tam bilety i już rozstali się z nadzieją, że kiedykolwiek polecą samolotem tej linii – i to gdziekolwiek...

Kiedy widziałem billboardy reklamowe Amberu Goldu – jakby to powiedział niegdysiejszy minister sprawiedliwości – to sam łapałem się na tym, że przecież to musi być poważna instytucja finansowa. Bank, prestiżowy fundusz inwestycyjny itd.

I co? I krach. Tym większy, że w tej sprawie „upaprani” są najważniejsi politycy w tym kraju. Ba, to może byśmy i przeżyli – w końcu to przywilej polityka – ale okazuje się, że nasz wymiar sprawiedliwości, głównie zaś prokuratura i sądownictwo, znowu działa ciut jakby dziwnie.

Jak tę nienormalną sytuację ma zrozumieć „przeciętny Kowalski”? To niezwykle proste. Odpowie sobie na dręczące go



Rys. Andrzej Jacyzyn

wątpliwości co do efektywności instytucji wymiaru sprawiedliwości w następujący sposób: rzeczywiście sądy i prokuratura są niezwykle efektywne. Tyle tylko, że dla Marcina P., a nie dla mnie...

Potem ktoś z „resortu” znowu będzie rozpoczął kampanię społeczną pod jakże frapującym tytułem „o lepszy wizerunek wymiaru sprawiedliwości”. Który to już raz? Dziesiąty? Piętnasty?

A badania są znane. 84% Polaków, odpowiadając na pytanie zadane przez OBOP: „bogaty zawsze się wybroni przed sądem”? – odpowiada twierdząco!!! To nie koniec. 67% ankietowanych zgadza się ze stwierdzeniem: „system sprawiedliwości nie jest sprawiedliwy: faworyzuje uprzywi-

lejujących sprawców przestępstw, a gnębi pokrzywdzonych”!!! Przy tym tylko 31% badanych ma pozytywną opinię o polskich prawnikach (wszystkich zawodów). Nic dodać, nic ująć.

Dziś, jeśli przeprowadzilibyśmy podobną ankietę, okazałoby się, że odpowiedzi na dwa pierwsze pytania oscylują w granicach prognozy, który w demokratycznych – co wiemy – wyborach otrzymywał Kim Ir Sen w Korei Północnej albo Idi Amin Dada w Ugandzie. Jakież 98% – lekką ręką licząc.

Zawsze, kiedy dyskutowano o wymiarze sprawiedliwości, jednym z głównych problemów okazywała się nieufność społeczeństwa do jego instytucji i przedstawicieli. Polacy gremialnie sądzą, że sędziowie i prokuratorzy są skorumpowani i podatni na wpływy polityków. Specjaliści, praktycy prawa, jakimi są radcy prawni, mogą mieć, i zapewne mają, w tym względzie zdanie zupełnie odmienne. Jednak to jest tak, jak tłumaczenie Niemcom, że Grekom należy teraz pomóc. Co z tego, że trzeba to zrobić, skoro pokutuje tu silny, negatywny stereotyp „leniwego Greka”. Bez względu na to, czy jest to prawda czy fałsz, szybko tego się nie zmieni. Media zrobiły swoje – podobnie jak w sprawie Amber Gold. Jest już „po ptakach”.

Nikt błędów jednostek nie usprawiedliwi. Zapłaci cały system. Bo tam przecież był „układ” – słowo, które znowu zaczyna robić w kraju furorę godną operowej divy.

Jak było naprawdę – nie wiem. Może wyjaśni to śledztwo – może nie. Może wyjaśni to postępowania wewnątrz sądów i prokuratury. Może wyjaśni to minister sprawiedliwości? Może...

Stała się jednak rzecz niedobra. Okrutnie negatywne odium tej sprawy obrzuca błotem wszystkich, którzy pracują w wymiarze sprawiedliwości. I znowu „przeciętny Kowalski” dostaje porcję informacji, które potwierdzają jego atawistyczne, stereotypowe myślenie o sędziach, prokuratorach i innych prawnikach. „Jedno bagno” i tyle – rzecze Kowalski. Reszta społeczeństwa, jak w antycznej komedii, chórem odpowiada – „Ma rację!”.

Zaraz zatem usłyszymy o kolejnej kampanii wizerunkowej kierowanej przez ministerstwo. Tylko po co wydawać znowu te pieniądze???



Kredyt dla wolnych zawodów

**TWÓJ BIZNES ROZWIJA SIĘ SZYBCIEJ NIŻ MYŚLISZ?
SIĘGNIJ PO KREDYT INWESTYCYJNY!**

Promocyjna oferta kredytowa dla przedstawicieli wolnych zawodów to szansa dla przedsiębiorców, którzy chcą zainwestować w rozwój swojej firmy. Myślisz o zakupie, budowie, bądź modernizacji nieruchomości?

Nie ograniczaj się! Weź kredyt inwestycyjny, który pozwoli Ci na więcej:

- **0% prowizji***
- **kredyt do 1,2 mln zł**
- **decyzja w 24h**
- **minimum formalności**

O szczegóły zapytaj w placówkach banku lub zadzwoń:

801 180 801, 22 549 99 99**

* Promocja trwa do 31.10.2012 r. Szczegóły na www.raiffeisen.pl

** Koszt połączenia wg taryfy operatora.

www.raiffeisen.pl



**Raiffeisen
BANK**

Raiffeisen Bank Polska S.A.

Dlaczego powinniśmy pamiętać o sprawie Akzo Nobel – rok później

■ Jacek Kosuniak

6 września tego roku Trybunał Sprawiedliwości UE wydał wyrok (sprawa Prezes UKE v. Komisja Europejska), w którym odmówił radcom prawnym zatrudnionym w urzędach i przedsiębiorstwach prawa występowania przed wspólnotowymi sądami – podobnie jak wcześniej, kilkakrotnie w ostatnich kilku latach (sprawa Akzo Nobel), sądy wspólnotowe odmawiały radcom prawnym przedsiębiorstw przywileju ochrony tajemnicy radcowskiej.

Spełniła się tym samym (niestety) czarna przepowiednia, którą wypowiedziałem na łamach „Radcy Prawnego” rok temu w artykule zatytułowanym „Dlaczego powinniśmy pamiętać o sprawie Akzo Nobel”, że tendencja do ograniczania uprawnień prawników przedsiębiorstw może rozprzestrzeniać się poza unijne prawo konkurencji i objąć kolejne obszary unijnych (czy tylko?) regulacji prawnych.

Zacząło się bardzo niewinnie. W maju 2010 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (UKE) wniósł skargę do sądu Unii Europejskiej, żądając stwierdzenia nieważności decyzji C(2010)1234 wy-

zentować Prezesa UKE przed tym sądem. Postanowienie to zaskarżył do Trybunału Sprawiedliwości UE Prezes UKE oraz Rzeczypospolita Polska, a w charakterze interwenientów popierających żądania Prezesa UKE i Rzeczypospolitej Polskiej wystąpiły trzy organizacje prawnicze: Krajowa Izba Radców Prawnych, *European Company Lawyers Association* (ECLA) oraz *Law Society of England and Wales* (samorząd prawniczy skupiający solicitorów w Anglii i Walii). Wszystkie trzy interwencje zostały przez sąd oddalone już kilka miesięcy temu, a 6 września TS wydał wyrok, w którym oddalił w całości odwołania zło-

może wspierać doradca, adwokat lub radca prawny), inne strony (np. Prezes UKE) muszą być reprezentowane przez adwokatów lub radców prawnych, przy czym mogą to być jedynie adwokaci lub radcy uprawnieni do występowania przed sądem państwa członkowskiego (lub innego państwa, które jest stroną Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym”).

Na pierwszy rzut oka sprawa jest oczywista, bo polscy radcy prawni (także zatrudnieni na etacie) są uprawnieni do występowania przed polskimi sądami.

Nie było to oczywiste dla Trybunału Sprawiedliwości.

Trybunał (a wcześniej sąd UE) stwierdził, że ze wspólnych państw członkowskich tradycji prawniczych wynika koncepcja roli prawnika jako „współpracownika wymiaru sprawiedliwości, którego zadanie polega na zapewnianiu, przy zachowaniu całkowitej niezależności i w nadrzędnym interesie wymiaru sprawiedliwości, obsługi prawnej, której potrzebuje klient”.

Tego wymogu „całkowitej niezależności” nie spełniają – zdaniem TS – polscy radcy prawni zatrudnieni na etacie „...pojęcie tej niezależności zostało bowiem określone nie tylko w sposób pozytywny, w odniesieniu do dyscypliny zawodowej, lecz również w sposób negatywny, czyli poprzez brak stosunku pracy”, „istnieje bowiem ryzyko że środowisko zawodowe tych radców [zatrudnionych na podstawie umowy o pracę – przypisek autora] wywiera, przynajmniej w pewnym stopniu, wpływ na wyrażaną przez nich opinię prawną”. A więc niez-



Maciej Bobrowicz, prezes Krajowej Rady Radców Prawnych
Wyrok jest zdumiewający w świetle argumentacji, którą przedstawił zarówno rząd Rzeczypospolitej Polskiej, jak i nasz samorząd. Oczywiście powinno być, że radcy prawni zatrudnieni na podstawie umowy o pracę są tak samo niezależni, jak pozostali członkowie samorządu radcowskiego. Z całą stanowczością przypominam, że wyrok dotyczy jedynie interpretacji art. 19 statutu Trybunału Sprawiedliwości i w żaden sposób nie może być traktowany jako ocena niezależności polskich radców prawnych. Wynika to jasno z wystąpienia przedstawiciela Komisji Europejskiej. Samorząd radców prawnych jest pełnoprawnym członkiem CCBE

(Rady Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Europy) – organizacji zrzeszającej adwokatów europejskie – gdzie zasada niezależności jest najważniejszym warunkiem przynależności. Wyrok TS wskazuje na kompletne niezrozumienie specyfiki statusu polskiego radcy prawnego. Przyjąłem go z wielkim rozczarowaniem.

danej przez Komisję Europejską 3 marca 2010 r. (decyzja dotyczyła pewnych aspektów regulacji rynku telekomunikacyjnego). W imieniu Prezesa UKE skargę podpisało dwóch radców prawnych zatrudnionych w UKE. Sąd UE w maju 2011 r. odrzucił skargę jako niedopuszczalną, gdyż – zdaniem sądu – radca prawny zatrudniony na podstawie umowy o pracę nie może repre-

zowane przez Prezesa UKE i Rzeczypospolitą Polską.

Rzecz idzie o interpretację art. 19 (akapit 1, 3 i 4) statutu Trybunału Sprawiedliwości (który ma zastosowanie również do sądu UE), zgodnie z którym: „państwa członkowskie i instytucje UE reprezentuje przed Trybunałem Sprawiedliwości pełnomocnik, ustanawiany dla każdej sprawy (którego



Fot. archiwum

leżność, o której mowa w polskiej ustawie o radcach prawnych, to nie jest taka niezależność, o jaką chodzi Trybunałowi Sprawiedliwości.

Są to argumenty, które już znamy z uzasadnień wyroków unijnych sądów z przeszłości; niestety przyszło nam je usłyszeć po raz kolejny.

To rozstrzygnięcie unijnego sądu (mimo że trochę spodziewane), bardzo zasmuca środowisko prawników przedsiębiorstw w Polsce. Trudno nam zrozumieć, iż unijne sądy zupełnie ignorują fakt, że pozycja prawna prawników przedsiębiorstw w poszczególnych państwach członkowskich jest różna. Są kraje, takie jak Francja, w których pozycja *in-house'ów* jest bardzo słaba, są to po prostu osoby w wykształceniu prawniczym i bez żadnych szczególnych uprawnień, jak choćby ochrona tajemnicy zawodowej. Ale w innych krajach, jak np. Polska lub Wielka Brytania, sytuacja jest zupełnie inna. W Polsce radcy prawni przedsiębiorstw są członkami samorządu radcowskiego, obowiązują ich bardzo rygorystyczne standardy wykonywania zawodu i Kodeks etyczny, podlegają też odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz korzystają z przywileju ochrony tajemnicy radcowskiej. Radcy prawni przedsiębiorstw nie różnią się więc od pozostałych radców prawnych i adwokatów i dlatego podział lansowany przez unijne sądy jest trudny do zaakceptowania.

Niebezpieczna tendencja

Dotychczasowe wypowiedzi unijnych sądów nt. prawników przedsiębiorstw do-

urzędów i przedsiębiorstw prawa do reprezentowania swoich pracodawców przed unijnym sądem. To bardzo niebezpieczna tendencja i obawiam się, że może się ona rozszerzać na inne obszary unijnych regulacji, jak choćby usługi finansowe.

Niebezpieczne jest również to, że ta tendencja może być naśladowana przez krajowych prawodawców – mamy już w Europie przynajmniej jeden taki przypadek.

Odwrócenie tego sposobu myślenia będzie bardzo trudne. Może się, niestety, okazać, że swoimi rozstrzygnięciami z ostatnich kilku lat (sprawa Akzo Nobel i sprawa Prezes UKE – Komisja Europejska) unijne sądy wypracowały linię orzeczniczą na wiele lat. Dotychczas środowiska prawników przedsiębiorstw w Europie liczyły na to, że ten trend zostanie przełamany w którymś z kolejnych orzeczeń. Dziś jest jasne, że tak

Przemysław Kamil Rosiak, radca prawny, pełnomocnik KIRP w postępowaniu przed Trybunałem Sprawiedliwości

Skutki wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE będą następujące:

- wszyscy radcowie prawni, bez względu na formę zatrudnienia, będą nadal mogli występować przed TS w sprawach pytań prejudycjalnych (gdy prośbę o interpretację przepisów unijnych skieruje polski sąd);
- radcowie prawni, zatrudnieni na umowy o pracę w ministerstwach i innych urządach państwowych oraz w instytucjach unijnych, nadal będą mogli występować przed sądami Unii Europejskiej w sprawach ze skarg bezpośrednich, o ile reprezentować będą Rzeczypospolitą Polską, inne państwo członkowskie albo instytucję UE (tzw. podmioty uprzywilejowane);
- radcowie prawni, zatrudnieni na umowy o pracę w innych instytucjach, samorządzie terytorialnym wszystkich szczebli oraz w podmiotach prawa prywatnego (spółki, fundacje, stowarzyszenia, itp.), nie będą mogli reprezentować tych podmiotów przed sądami Unii Europejskiej (są to tzw. podmioty nieuprzywilejowane).

Wygłąda na to, że wydając wyrok, Trybunał Sprawiedliwości nie chciał sobie uzmysłowić, że dość często radcowie prawni i adwokaci wykonują swoje obowiązki dla danego przedsiębiorcy „w pełnym wymiarze godzin” jako tzw. prawnicy firmy, mimo że formalnie nie są u niego zatrudnieni na umowy o pracę.

Wydaje się, że lepiej byłoby, gdyby za polskim ustawodawcą Trybunał Sprawiedliwości przyjął, że stopień niezależności radców prawnych jest wystarczający do występowania przed sądami unijnymi niezależnie od formy ich zatrudnienia, niż brał na siebie dodatkowe obowiązki związane z weryfikacją, czy i gdzie dany radca prawny jest zatrudniony.

tyczyły obszaru europejskiego prawa konkurencji i były w środowisku prawniczym tłumaczone potrzebą zapewnienia jak największej skuteczności działania unijnych służb ochrony konkurencji. Chodziło o to, żeby opinie i analizy prawne sporządzane przez prawników przedsiębiorstw nie były chronione tajemnicą radcowską/adwokacką, dzięki czemu urzędnicy Dyrekcji ds. Konkurencji mogą mieć do nich dostęp, prowadząc przeszukania i postępowania antymonopolowe.

Tym razem jednak niezależność i pozycję zawodową prawników przedsiębiorstw zakwestionowano (chyba po raz pierwszy) poza obszarem europejskiego prawa konkurencji, odmawiając radcom prawnym

się nie stało i w najbliższym czasie się nie stanie, więc pewnie teraz działalność organizacji prawniczych skupi się raczej na aktywnym lobbingu w unijnych instytucjach, czyli raczej kierunku próby zmiany unijnego prawa niż zmiany sposobu jego interpretacji przez sądy.

W całej tej sprawie ofiarami są nie tylko prawnicy przedsiębiorstw, ale przede wszystkim przedsiębiorcy, którym ogranicza się prawo do swobodnego wyboru, czy chcą prowadzić swoje sprawy prawne przy pomocy zatrudnionych na etatach radców prawnych czy zewnętrznych kancelarii prawnych. ■

Autor jest radcą prawnym, zastępcą dyrektora Biura Prawnego PKN ORLEN S.A.



Rozmowa z **Dariuszem Sałajewskim**,
wiceprezesem KRRP

Czasy się zmieniają,

Samorząd radców prawnych jest największym samorządem prawniczym. I najnowocześniejszym, jak twierdzą nie tylko przedstawiciele zawodów prawniczych. Co dziś i w przyszłości będzie dla niego największym wyzwaniem?

Obecnie występujące wyzwania, z którymi zmierzyć się musi samorząd, mają bezpośredni związek z dwoma rodzajami jego zadań ustawowych: rolą klasycznie samorządową, korporacyjną można powiedzieć, choć nie jest to najszczęśliwsze określenie, oraz ważną misją publiczną. Mam tu na myśli zrównoważone połączenie zadania samorządu, jakim jest reprezentowanie interesów jego członków, czyli zabieganie o optymalne warunki wykonywania zawodu, oraz zadanie, które zostało określone przez ustawodawcę jako „udział w kształtowaniu i stosowaniu prawa”. Niezwykle istotne jest wyważenie odpowiednich pro-

porcji między tymi wyzwaniami. Misja ogólnospołeczna samorządu, polegająca na działaniu w interesie publicznym, nie stoi w sprzeczności z działaniami samorządu, który – reprezentując wszystkich radców prawnych – powinien unikać kierowania pod adresem władz państwowych i środowisk politycznych takich dezyderatów i propozycji, których realizacja służyłaby interesowi grupowemu.

Czasy, w których na styku samorządu i ustawodawcy pojawiały się znaczące rozbieżności – to niemal współczesność. A często odbywało się to pod hasłem zwiększenia ograniczonego ponoć dostępu do pomocy prawnej.

Mam poważne wątpliwości, czy decydenci i inicjatorzy niektórych proponowanych rozwiązań w naszym kraju brali w równym stop-

niu pod uwagę zarówno zapewnienie dostępu do usług prawnych, podaży usług, jak i jakość i profesjonalność tych usług. Ostatnie wydarzenia chociażby wskazują, że pozostawienie obywatelowi wyłącznie wyboru usługi z rynku powoduje, iż niezadowolenie – mówiąc delikatnie – z powodu nienależytego wykonania tej usługi kierowane jest pod adresem państwa, a nie rynku. Sądzę, że samorząd przekonał już większość środowisk politycznych o niecelowości dążeń do deregulacji, jeśli chodzi o kwalifikacje osób mogących świadczyć pomoc prawną w pełnym zakresie. Jeżeli jednak kwestia ta powracałaby w przyszłości samorząd musi takiej deregulacji sprzeciwić się w interesie publicznym. Zawsze też będziemy się sprzeciwiać wszelkim pomysłom, których realizacja prowadziła do ograniczenia niezależności zawodu. Pytanie, czy niezależność ta postrzegana jest – i będzie w przyszłości – jako rzeczywisty walor czy jako niechciana konieczność – pozostanie zapewne jeszcze długo otwarte. Spierajmy się więc i pokazujemy, iż możliwość korzystania z niezależnej pomocy prawnej jest podstawową wartością każdego państwa prawa.

Jak połączyć w działaniu dwa rodzaje zadań, przed którymi stoi organizacja radców prawnych: samorządową i publiczną?

Przykładem takiego dezyderatu, który legitymizowany jest obie- ma wyżej wspomnianymi misjami samorządu staje się ostatnio konieczność zmiany obowiązujących, ale anachronicznych zarazem regulacji dotyczących kosztów postępowań sądowych, w tym zasądzanych kosztów zastępstwa procesowego. Problem jest bezsporny i obiektywny, co nie przeszkadza ustawodawcy przyjąć, iż wszystko jest w porządku i nie narażać się na zarzut, iż działa w interesie i tak już dobrze sytuowanych – jak często się niezgodnie z prawdą podkreśla – grup społecznych adwokatów i radców prawnych. Ta hipokryzja – a jest to dobre słowo na opisanie istniejącego stanu rzeczy – skutkuje przymykaniem oczu na fakt, iż utrzymywanie obecnego systemu kosztów procesu po-

cowany jednakowo, a więc i podobnie wynagradzany. Jeżeli już państwo, wskutek swojego ubóstwa, nie jest w stanie ponosić pełnych kosztów zapewnienia zastępstwa procesowego i ocze-kuje „dotowania” ze strony zawodów zaufania publicznego, to nie powinno systemowo dopuszczać, aby również w przypadku pełnomocników z wyboru dochodziło do ostentacyjnej deprecjacji ich wynagrodzeń.

Jak można to zmienić?

Opisane zjawisko, które posłużyło tu tylko jako pewien przykład, wskazuje na potrzebę aktywnego zachowania samorządu, polegającego na przedkładaniu podmiotom posiadającym inicjatywę ustawodawczą lub kompetencje normatywne, propozycji zmian obowiązującego prawa i w ten sposób uczestniczenia w jego

Środowisko radców prawnych, podobnie jak adwokatów, od dawna sygnalizuje „nieadekwatność” niektórych normatywnych stawek wynagrodzeń z tytułu zastępstwa procesowego i krytykuje praktykę sądów trzymających się minimalnych poziomów tych stawek przy zasądzaniu kosztów zastępstwa procesowego.

kształtowaniu. Z drugiej strony, zadaniem samorządu staje się inicjowanie i prowadzenie procesów uświadamiania społeczeństwa o zasadności wychodzących z samorządu postulatów i ich publicznym, a nie tylko grupowym charakterze. Dobrym przykładem takiego działania mógłby być wysiłek intelektualny, aby przyjąć i przedstawić środowiskom władzy kompletną propozy-

wyzwań nie ubywa

zostaje w sprzeczności ze słusznymi dążeniami do odciążenia sądów i skrócenia czasu rozpatrywania spraw.

To „gorący”, narastający z miesiąca na miesiąc problem...

Środowisko radców prawnych, podobnie jak adwokatów, od dawna sygnalizuje „nieadekwatność” niektórych normatywnych stawek wynagrodzeń z tytułu zastępstwa procesowego i krytykuje praktykę sądów trzymających się minimalnych poziomów tych stawek przy zasądzaniu kosztów zastępstwa procesowego. Nieprzejrzyste i niekonsekwentne jest również orzekanie w przedmiocie ustanawiania przez sądy pełnomocników z urzędu i w konsekwencji zasądzania należnych im wynagrodzeń. Nakład pracy pełnomocnika w podobnej sprawie, bez względu na to, czy pochodzi on z wyboru czy z urzędu, powinien być sz-

cję unormowania przedsądowej pomocy prawnej dla osób ubogich, opłacanej przez państwo i będącej elementem polityki społecznej. To kolejny obszar, w którym interes publiczny w pełni spotyka się z interesami środowiska.

Jedno wyzwanie, ale dwie płaszczyzny do działania...

Gdyby pozwolić sobie na pewne uogólnienie, to wyzwania dla samorządu wynikają z oczekiwań środowiska radców prawnych i aplikantów – z jednej strony – a opinii publicznej – z drugiej. Ta druga strona to nasi obecni i potencjalni usługobiorcy, których wymagania rosną, a wystawiane oceny – w przypadku niespełniania oczekiwań – są bardzo surowe. Z kolei nasze środowisko zawodowe ocenia działania samorządu, jeśli nie wyłącznie, to z wyraźną dominacją, poprzez pryzmat aktualnej i spodziewanej kondycji zawodu na rynku. Uważam, że takie oczekiwania

i kryteria oceny są naturalne i polemizowanie z nimi jest niecelowe.

Kondycja zawodów prawniczych zależy także od świadomości prawnej naszego społeczeństwa. A z tą nie jest najlepiej. Można to zmienić?

Trzeba. Polacy nie korzystają z usług prawnych, nie dlatego że ich na nią nie stać, ale dlatego że nadal nie czują takiej potrzeby. Wyniki przeprowadzonych przez TNS OBOP badań wskazują, iż świadomość prawna społeczeństwa jest na niskim poziomie. 29 proc. Polaków nie wie, co to jest pozew, 49 proc. nie jest w stanie wskazać różnicy pomiędzy radcą prawnym a adwokatem. Wielu nie wie, jaka jest różnica między prawem karnym a cywilnym czy administracyjnym. Przeciętny Polak nie rozumie prawa, nie zna systemu wymiaru sprawiedliwości i nie wie, jak i gdzie dochodzić swoich praw. Trzeba więc zmienić system edukacji. Młodych Polaków trzeba uczyć, jak mają funkcjonować w społeczeństwie. Aby wiedzieli, iż prawo do dobrego prawa przysługuje wszystkim obywatelom i instytucjom. I nie może być tak, iż dla wielu przedstawicieli klasy politycznej, dysponujących władzą ustawodawczą, pojęcie dobrego prawa sprowadza się do prawa wygodnego dla rządzących. A jeśli tak jest, to nie możemy już mówić o demokratycznym państwie prawa, tylko o państwie rządzone przez stanowienie prawa. To ogromna różnica. Samorząd radcowski ma

Jestem przekonany, iż samorząd czeka ponowna debata nad kształtem unormowań etycznych. Uchwalony na zjeździe w 2007 roku Kodeks etyki radcy prawnego, uzupełniony przyjętym przez kolejny zjazd w 2010 roku Kodeksem deontologicznym CCBE (Rada Adwokatów i Stowarzyszeń Prawniczych Europy), w opinii wielu członków samorządu nie nadąża za szybko zmieniającą się rzeczywistością.

już w tym zakresie swoje inicjatywy. Siłą rzeczy, były one adresowane do instytucji administracji publicznej odpowiedzialnej za edukację. Izby takie jak poznańska, łódzka, kielecka, szczecińska czy opolska zapisały już pewne doświadczenia co do współpracy ze szkolnictwem na szczeblu lokalnym. Wydaje się jednak, że rozpowszechnianie tych doświadczeń jest jednym z wyzwań. To zadanie o strategicznym znaczeniu z punktu widzenia interesów zawodu, a ten strategiczny interes nie zawsze jest dostrzegany przez środowisko zawodowe...

Czyli promocja zawodu i dobrego prawa jest drogą do zrównoważonego rynku usług prawnych?

Chciałbym zwrócić uwagę na wyniki badań przeprowadzonych przez Ośrodek Badań Studiów i Legislacji KRPP, a dotyczących oczekiwań wobec samorządu młodych radców prawnych, którzy zostali wpisani na listę radców prawnych w 2007 roku i później. Okazało się, iż zdecydowana większość badanych jest zadowolona z wykonywania zawodu. Równocześnie jednak połowa spośród nich oczekuje, iż w najbliższych latach nastąpi wzrost zapotrzebowania na korzystanie z pomocy prawnej. Oznacza to, iż wyzwanie stojące przed samorządem jest jasno i jednoznacznie

sprecyzowane: ma on podejmować, adekwatne do czasów, w których żyjemy, działania ukierunkowane na promocję zawodu i korzyści płynących z korzystania z usług świadczonych przez radców prawnych. Jak wynika ze wspomnianych badań, dotychczasowe działania w tym zakresie są uznawane za niewystarczające. Pojawiają się także postulaty, by zwiększoną rozsądną składkę członkowską w części przeznaczyć na ofensywę promocyjną zawodu w środowiskach prowincjonalnych – w wielkich miastach sytuacja jest nieco lepsza. Pieniądże te mogłyby posłużyć także udziałowi samorządu w kampanii popularyzacji ubezpieczeń pomocy prawnej również na etapie przedsądowym, zwłaszcza wśród małych i drobnych przedsiębiorców.

Da się pogodzić etykę – fundament samorządności – z potrzebami czasu?

Jestem przekonany, iż samorząd czeka ponowna debata nad kształtem unormowań etycznych. Uchwalony na zjeździe w 2007 roku Kodeks etyki radcy prawnego, uzupełniony przyjętym przez kolejny zjazd w 2010 roku Kodeksem deontologicznym CCBE (Rada Adwokatów i Stowarzyszeń Prawniczych Europy), w opinii wielu członków samorządu nie nadąża za szybko zmieniającą się rzeczywistością. Na przyszłorocznym zjeździe przyjdzie nam rozstrzygnąć, które instytucje kodeksowe stoją na straży podstawowych wartości zawodu i należy je nie tylko utrzymać, ale i umocnić, a które reżimy – jak choćby dotyczące pozyskiwania klientów, informowania i marketingu – być może złagodzić, stwarzając radcom prawnym większą swobodę w działaniu na rynku usług prawnych. Przykładem może tu być kwestia możliwości posługiwania się przez radcę wyróżnikiem specjalisty w konkretnej dziedzinie prawa, w informacji o wykonywaniu zawodu, a także jasne zdefiniowanie niedozwolonego pośrednictwa w pozyskiwaniu klientów. Podstawowe wartości zawodu, jakimi są tajemnica zawodowa, unikanie konfliktów interesu, niezależność, godność i profesjonalizm, wymagający nieustającego samokształcenia – jestem o tym głęboko przekonany – w wyniku debaty nad zmianami w Kodeksie etyki nie ulegną jakiegokolwiek relatywizacji.

Znaki czasu to także dostosowanie samorządu do wymagań e-rzeczywistości...

I tu mamy wiele osiągnięć. Szkolenie *e-learning*, wdrażany, choć nie bez problemów, spójny system informatyczny. Przeszliśmy ogromną drogę, ale dalej musimy się ścigać i wyprzedzać pojawiające się zmiany. Do tego potrzebne jest nam stałe umacnianie struktur samorządu. Pamiętamy też, iż siła samorządu nie jest celem samym w sobie. Potrzebna jest ona do wypełniania przez samorząd jego misji. Jest nią służenie zawodowi, a poprzez to również społeczeństwu obywatelskiemu. W takiej właśnie koniunkcji. Jego siłą są i pozostaną okręgowe izby radców prawnych. W ostatnich latach podejmują one wiele oryginalnych własnych przedsięwzięć integrujących środowisko i daleko wykraczających poza obszar lokalny. Samorząd ze wszystkimi swoimi ogniwami to dziś znacząca instytucja, realizująca ważne zadania publiczne. Kierowanie jego ogniwami, jakimi są izby, to nie tylko honor i satysfakcja z zapisania się w historii. To także odpowiedzialna i angażująca znaczną część życia praca. Jej godzenie z aktywnością zawodową i życiem osobistym – zwłaszcza u jakże licznych w ostatniej kadencji pań – to wielka i godna szacunku umiejętność. ■

Dziękuję za rozmowę.

Krzysztof Mering

■ Grażyna J. Leśniak

Dzięki elektronicznym utworom radcowie zyskają klientów

Mimo rozwoju internetu digitalizacja utworów i ich udostępnianie to w Polsce wciąż temat nowy i budzący emocje. Dla radców prawnych to kolejne wyzwanie. I to zarówno z perspektywy ochrony praw twórców, jak i firm, które będą chciały udostępniać takie utwory.

Jak nieoficjalnie dowiedzieliśmy się, Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji przygotowało założenia do projektu ustawy o otwartych zasobach publicznych. Nowe przepisy mają umożliwić szeroki, publiczny dostęp do wszystkich utworów, które powstaną z udziałem mecenatu państwa. Problem jest złożony i dotyczy nie tylko bibliotek, także tych elektronicznych, które zajmą się udostępnianiem utworów w postaci cyfrowej (czyli tzw. zdigitalizowanych), ale także wydawców i – a zdaniem niektórych ekspertów przede wszystkim – twórców. To wreszcie kwestia zmiany prawa i wprowadzenia takich zabezpieczeń informatycznych, które będą chronić interesy wszystkich uczestników tego rynku. Nad nimi także powinni pochylić się radcowie prawni.

Diabeł tkwi w... udostępnieniu

Zdaniem Konrada Marzęckiego, aplikanta radcowskiego, prawnika w instytucie badawczym i kierownika części prawnej w angażującym środki unijne projekcie dotyczącym udostępniania utworów zdigitalizowanych, bez względu na to, czy wytwarzanie egzemplarzy elektronicznych ma cel komercyjny, bo zbiory elektronicznych wersji książek już udostępniane są odpłatnie przez wydawców lub inne podmioty upoważnione, czy też w grę nie wchodzi zysk, lecz zachowanie dziedzictwa kulturowego, istotne znaczenie ma udostępnianie dokumentów. Zwłaszcza tych, które mogą zostać zakwalifikowane jako utwory w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

– Niezależnie od tego, czy zapis cyfrowy utworu stanowi formę zdigitalizowaną na bazie formy materialnej czy jest to tzw. utwór born digital, podlega on co do zasady ochronie prawnoautorskiej. Udostępnianie takiego utworu w ramach biblioteki elektronicznej z wykorzystaniem internetu powinno być kwalifikowane jako jedno z odrębnych pól eksploatacji, o których mowa w art. 50 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych – podkreśla Konrad Marzęcki. Przede wszystkim dlatego że – jak twierdzi – potencjalną zawartość tak udostępnianej bazy mogą stanowić zarówno utwory objęte ochroną w zakresie autorskich praw majątkowych, jak i utwory, co do których ochrona taka wygasa z uwagi na upływ określonego ustawą okresu, czy tzw. utwory osierocone (ang. *orphan works*).

I tu pojawia się pole do popisu dla radców prawnych. Ich pomocy przy badaniu praw mogą bowiem potrzebować podmioty, które zamierzają się zająć profesjonalnym udostępnianiem utworów w po-

staci elektronicznej, podobnie jak twórcy, których prawa zostaną naruszone.

– Coraz bardziej charakterystyczna dla współczesnej rzeczywistości współpraca różnych grup zawodowych z informatykami nie omija również środowiska prawniczego – podkreśla Konrad Marzęcki.

Tylko stare czy także nowe?

Jednak udostępnianie utworów w wersjach elektronicznych i kwestie ewentualnych zabezpieczeń informatycznych zapobiegających dowolnemu ich kopiowaniu to – zdaniem Macieja Hoffmana, dyrektora generalnego Izby Wydawców Prasy – rzecz niejako drugorzędna. – Wydawcy nie mają nic przeciwko digitalizowaniu dzieł archiwalnych, bo dzięki dwóm nośnikom, to jest papieru i postaci cyfrowej, zabezpiecza się je dla potomności. Dyskusji wymaga kwestia dzieł bieżących i tego, co tak naprawdę podlega ochronie. Dziś nie każdy może wydać pocztówkę z obrazem Matejki, bo musi uzyskać zgodę muzeum na fotografowanie lub fotografa na publikację, tak jak każdy może „zmiksować” dzieło muzyczne sprzed 70 lub 50 lat i stworzyć swój własny utwór, który będzie podlegał ochronie, z zastrzeżeniem, że posiada zgodę artystów – wykonawców nagrałego



Rys. Jacek Frankowski

dzieła. Może należy skrócić okres ochrony praw autorskich – mówi Maciej Hoffman. I dodaje: – Przede wszystkim należy dopuścić do głosu twórców, bo to oni powinni się wypowiedzieć, zanim głos zabiorą bibliotekarze i wydawcy.

Otwarte więc pozostaje pytanie: czy i jak ustawodawca powinien uregulować te z pozoru różne zagadnienia, tak aby pogodzić interesy wszystkich zainteresowanych: twórców, wydawców, bibliotekarzy i firm komercyjnych? Podobnie jak i to, czy konieczna będzie do tego zmiana tylko ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, by zapisać w niej także kwestie związane z utworami tzw. osieroconymi, czy opracowanie zupełnie nowej ustawy, która dodatkowo określi zasady w świecie cyfrowym. ■

Życie w dobie niezamówionych informacji

■ Paweł Budrewicz

Ktoś to podobno wyliczył - w latach 2003–2005 wytworzyliśmy tyle informacji, ile w poprzednich 20 000 lat, a więc praktycznie w ciągu całego istnienia ludzkości. Żyjemy w epoce, w której czas życia informacji skrócił się do tego stopnia, że większość z nich nie ma żadnego znaczenia dla nikogo, czasem nawet dla autorów. Obecnie zyskuje na znaczeniu odszukiwanie informacji, zwłaszcza wśród informacji niechcianych.

Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną to z pozoru prosty akt prawny. W rzeczywistości kryje się w niej jedna z większych zagadek internetu – definicja, rola i sens niezamówionej informacji handlowej. Czytanie definicji ustawowej ma w sobie posmak magii, choć raczej tej czarnej – czarnej niczym rozpacz, która ogarnia człowieka w miarę lektury. Niestety, ten przydługi wstęp służy jedynie przygotowaniu czytelnika na to, co nieuniknione w przypadku artykułu na temat spamu – przytoczeniu i omówieniu tej definicji. Postaram się zrobić to delikatnie, tzn. napisać po ludzku.

W dużym skrócie – informacja handlowa to taka informacja, która pośrednio lub bezpośrednio służy promowaniu towarów, usług lub firm, a jest rozpowszechniana w celu osiągnięcia efektu handlowego lub w zamian za określone korzyści. W sumie, ma to nawet sens, tyle że w ustawie zapisano to w bardziej skomplikowany sposób. Nie chodzi już nawet o zwrot „pośrednio lub bezpośrednio”, który jest pustosłowiem (bo przecież *tertium non datur*), ale o całą technikę legislacyjną, w której miesza się definicja pozytywna (czym jest informacja handlowa) i negatywna (czym informacja handlowa nie jest). Nie ułatwia to rozumienia przepisu. W uproszczeniu można powiedzieć, że wysłanie maila nawet o treści wybitnie reklamowej, ale nie w imieniu własnym czy na zlecenie albo za pieniądze, jest dopuszczalne. Jak łatwo zauważyć, pochwalenie się sukcesami firmy poprzez wysyłkę maila na ten temat do klientów jest już zakazane, jeśli klienci nie wyrazili na to zgody. W praktyce może się jednak okazać, że nie sposób będzie jednoznacznie wskazać granice takiego zakazu. Jeśli firma zaczęła stosować nową metodę, tańszą i lepszą od poprzedniej, to czy wysłanie klientom informacji na ten temat to już niedozwolona informacja handlowa (w końcu zamiarem jest to, aby klienci złożyli zamówienia na nową technologię) czy dozwolona informacja ogólna (bo przecież w interesie klientów jest wiedzieć, jakie mają możliwości).

Niezamówiona, czyli jaka?

Definicji „niezamówionej” informacji ustawodawca nam szczęśliwie oszczędził, co należy zapisać na plus w obecnych czasach, w których ustawodawca dąży do nazwania wszystkiego, niekoniecznie łącząc zapał z umiejętnościami. Niemniej, z tym „niezamówionym” jest równie duży problem, co z informacją. W żadnym przypadku nie nawołuję do ustawowego definiowania tego pojęcia – wskazuję tylko na problem.

Otóż, zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej do oznaczonego odbiorcy za pomocą środków komunikacji elektronicznej, zwłaszcza za pomocą poczty elektronicznej. Ponownie pomijam fakt, że działanie poczty elektronicznej jest takie, że siłą rzeczy przekaz jest zawsze adresowany do konkretnego odbiorcy – na samym końcu odbiorca musi być wskazany, inaczej mail nie dojdzie. Rzecz w tym, że obecnie środkiem komunikacji elektronicznej może być też faks wirtualny, tzn. można korzystać z rozwiązania, które „na zewnątrz” ogranicza się do numeru telefonu stacjonarnego, a dla odbiorcy działa jak mail, bo na wskazaną skrzynkę poczty elektronicznej przychodzi skan przefaksowanego dokumentu. Od razu powstaje pytanie, czy taka wysyłka jest objęta zakazem. Formalnie mamy do czynienia z przekazem za pośrednictwem komunikacji elektronicznej. Tyle że nadawca nie musi tego wiedzieć, a wręcz nawet nie ma możliwości tego ustalić. W jego intencji to nie jest przekaz elektroniczny, ale „tradycyjny”, tzn. za pomocą linii telefonicznej.

Ale to wciąż nie jest istota problemu. Bo zasadniczo problemem jest to, czy można wysłać mail z pytaniem o możliwość przesłania oferty/informacji. Każdy z nas na pewno co najmniej raz otrzymał takiego maila: „szanując przepisy i państwa prywatność zapytuję, czy mogę przesłać...”. Czy to już narusza zakaz, czy jeszcze nie?

Otóż, jakkolwiek by definiować informację, z pewnością co do zasady pytanie informacją nie jest. To znaczy – można się z tym

spierać na tej zasadzie, że każdy komunikat, nawet pytający, zawiera w sobie pewien element informacyjny, ale nie w tym rzecz. Aby pytanie można było uznać za informację, musi ono zawierać inną treść niż samo zwrócenie się do adresata z prośbą o odpowiedź, wyjaśnienia, tłumaczenie itp.

Mail o mailu

Jeśli zatem nadawca ograniczył się do prostego pytania: „czy mogę przesłać ofertę na usługi księgowo?“, to trudno postawić mu zarzut, że przesłał informację promującą jego i jego produkty. Owszem, niewątpliwie po zapoznaniu się z tym pytaniem odbiorca wie więcej – wie, że istnieje jakieś biuro rachunkowe, ale nic więcej. Jakość tej wiedzy jest bliska zeru.

Dla odmiany można spotkać maile, które w zasadzie zawierają treść oferty, a na końcu pytanie – „czy przesłać więcej?“. Takie maile z pewnością naruszają zakaz, bo zawarte w nich pytanie jest jak kwiatek do kożucha i wręcz obraża inteligencję odbiorcy. Czego można nie wiedzieć po przeczytaniu kilku, kilkunastu zdań ze szczegółowym opisem oferty? Dlatego można spotkać bardziej inteligentną odmianę próby ominięcia zakazu – pytanie wartościujące. „Czy mogę przesłać ofertę najlepszemu biurach rachunkowych, które świadczy usługi już od 10 lat?“ – tutaj niewątpliwie pozornie niewinne pytanie zawiera tak naprawdę treść mającą z założenia wywołać określone pozytywne skojarzenia, a nie tylko zapytać o zgodę na przesłanie szczegółów.

Przyjmuje się także, że nagminne wysyłanie pytań w krótkim czasie na temat tej samej oferty i na ten sam mail narusza zakaz, nawet jeśli treść wiadomości ogranicza się do suchego pytania. W takim przypadku podstawą uznania, że mamy do czynienia z naruszeniem zakazu jest to, że skoro odbiorca nie odpowiedział na pierwsze pytanie, to można założyć, że nie jest zainteresowany. A skoro nie jest zainteresowany, to ponawianie pytań co dwa dni zaczyna nabierać cech informowania. To jest jednak trochę na granicy prawa, a ocena będzie zależała od częstotliwości wysyłanych maili.

Taki mniej więcej pogląd wyraża też Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, radząc, aby kierować się racjonalnymi wytycznymi, tj. przede wszystkim tym, aby pytanie było wolne od nacisków, sugestii, ukrytych wniosków i, oczywiście, od szczegółów oferty (szczegóły pod „skróconym” adresem <http://goo.gl/SOajG>). Jakie jest stanowisko Urzędu Komunikacji Elektronicznej (a jest taki urząd), trudno powiedzieć, a raczej – trudno znaleźć na ich stronie.

Niemniej, można spotkać zarzut, że samo wysłanie pytania narusza zakaz. Co prawda, oznaczałoby to, że pytanie „czy mogę wysłać ofertę biura księgowo?“ jest informacją, ale nie takie rzeczy można udowodnić. Gdyby przyjąć taki tok rozumowania, to pytanie powinno brzmieć: „czy chce pan/pani poznać jakąś ofertę na jakąś usługę?“, co jest wymogiem po prostu absurdalnym. W praktyce oznaczałoby, że zakazane jest w ogóle wysyłanie jakichkolwiek maili bez zaproszenia.

Stoi temu na przeszkodzie zasada racjonalnego ustawodawcy. Gdyby taki był zamiar prawodawcy, przepis byłby krótszy i prostszy: „nie wolno inicjować kontaktu handlowego za pomocą poczty elektronicznej bez wyraźnego zaproszenia“. Nie trzeba by już wchodzić w szczegóły, co jest, a co nie jest informacją handlową – po prostu nic nie wolno wysłać i już. Skoro jednak w ustawie tak nie napisano, to znaczy, że dopuszcza się pewien minimalny poziom informacji towarzyszącej pytaniu o zgodę na przesłanie oferty.

Usuń!

Tyle prawo, bo pozostaje jeszcze marketing. Czytając dyskusje na tzw. profesjonalnych portalach kariery, nie można oprzeć się wrażeniu, że tak w ogóle to metoda „pytająca“, nawet jeśli mail ogranicza się do pytania w czystej postaci, jest uważana przez osoby zajmujące się marketingiem za spam równy tym wszystkim postaciom informacji niedozwolonym przez prawo. Argument jest tyleż prosty, co na swój sposób oczywisty – tego po prostu nikt nie czyta. Bo w konkurencji z dobrze opracowanym komunikatem reklamowym, ujętym w postaci interaktywnego obrazka html w mailu, w dodatku mającym pewne cechy indywidualizacji przekazu (jako efekt przetwarzania danych umieszczonych w bazie za zgodą adresata), smutny szary mail z pytaniem jest po prostu... szary i smutny. Decyzja „usuń” zapada, zanim jeszcze wzrok dojdzie do końca linijki z tekstem pytania.

I tu można powrócić do punktu wyjścia. Jesteśmy w toku pewnej ewolucji. Były czasy, że pojawienie się w internecie pozwalało na pewną przewagę nad konkurencją. Teraz w internecie może być każdy i to na tysiąc różnych sposobów. Wręcz nawet zrobiło się tłoczno, co na jakość tej obecności wpływa zdecydowanie negatywnie. Dość szybko nauczyliśmy się też odczytywać intencje nadawców kierowanych do nas wiadomości. I już nikt nie ma wątpliwości, że mail o tytule „czy chcesz zobaczyć moje sekretne miejsce?“ nie zapowiada gorącej przygody, ale jest zwyczajną reklamą. I pół biedy, jeśli jest to reklama agencji turystycznej (choć w ostatnich czasach to nie najlepszy przykład), która w ten sposób zachęca do obejrzenia malowniczych zakątków Europy. Najczęściej okaże się, że to reklama banku, a owo sekretne miejsce to elegancki futerał na token.

Przypuszczam, że z czasem znaczenie takich ogólnych maili będzie malało, aż w końcu nie będzie potrzebna ustawa – rynek sam wyeliminuje, a przynajmniej zmarginalizuje tego rodzaju działalność. Podobny los może zresztą spotkać także maile spersonalizowane, rozsyłane do adresatów, którzy zgodzili się na ich otrzymywanie. Coraz częściej bowiem mówi się o tym, że główne „natarcie” reklamowe zostanie skierowane w stronę portali społecznościowych.

Co można zatem tymczasem zalecić? Zarówno nadawcom, jak i odbiorcom maili – ostrożność, umiar i zdrowy rozsądek. Te wartości nie dewaluują się nigdy. ■



Przemysław Kosiński

E-komunikacja z sądami

SN otworzył drzwi do prowadzenia elektronicznej korespondencji z wszystkimi sądami powszechnymi w Polsce, które rozpatrują sprawy na gruncie Kodeksu postępowania cywilnego. Jest to bardzo pozytywny sygnał ze strony judykatury w kierunku władzy ustawodawczej, wywołany potrzebą wynikającą wprost z żywej praktyki prawa, świadczący zarówno o otwartości SN na taką formę komunikacji, jak i na palącą potrzebę uregulowania tego zagadnienia na gruncie k.p.c.

Sąd najwyższy (SN) w swojej niedawnej uchwale z 23 maja 2012 roku (sygn. akt III CZP 9/2012) stwierdził bowiem, że „wniesienie środka odwoławczego drogą elektroniczną jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy przepis szczególnie tak stanowi” (art. 125 § 3 k.p.c.), jednakże w drugim punkcie orzeczenia zastrzegł od razu, że „wydruk niedopuszczalnego środka odwoławczego wniesionego drogą elektroniczną może być potraktowany jako środek odwoławczy niewniesiony tą drogą, jeżeli usunięty zostanie brak podpisu” (art. 130 § 1 w związku z art. 126 § 1 pkt 4 k.p.c.).

Przed wszystkim należy zauważyć, że SN nie widzi problemu w samym fakcie posługiwania się e-mailem w kontakcie z sądem, aczkolwiek, wobec ciasnego gorsetu obecnie obowiązującej ustawy i braku przepisów umożliwiających opatrzenie pisma procesowego w sprawach cywilnych podpisem elektronicznym (wyjątkiem jest tutaj, oczywiście, elektroniczne postępowanie upominawcze – EPU, które jednakże ma ograniczony zasięg oddziaływania), SN musiał uciec się do zastosowania konstrukcji braków formalnych w zakresie podpisu, aby w ogóle móc uznać e-mail za prawidłową formę doręczenia. Jednakże – jak trafnie

zauważył radca prawny Michał Kocur (*vide*: „Rzeczpospolita” z 30 maja 2012 r., str. C2), – powyższy zabieg interpretacyjny ma jedną poważną wadę, którą jest brak po stronie sądu obowiązku wydrukowania e-maila, otrzymanego od strony danego postępowania lub jej pełnomocnika, w jakimkolwiek określonym terminie. Pozostawia to po stronie pracowników administracyjnych sądów dyskrecyjną władzę decydowania o terminie wydruku danego pisma procesowego, a tym samym „decydowania”, czy strona dochowała przewidzianego dla tego pisma terminu (ustawowego czy sądowego). Nie może ulegać wątpliwości, że taki stan rzeczy nie powinien się dalej utrzymać, zwłaszcza w dzisiejszych czasach należących do *social media*, w których dla wielu nie tylko usługi tradycyjnego operatora pocztowego, ale i poczciwy, stary e-mail wydaje się przeżytkiem starej epoki.

Warto w tym miejscu zauważyć, że dla przeciętnie zinformowanego obywatela, który nie przeszedł kilkuletniego kursu z dogmatyki i teorii prawa, zupełnie niezrozumiałym pozostaje fakt, że jedne sprawy w sądzie można „załatwić” w sposób nowoczesny – zdalnie i elektronicznie (*vide*: EPU), a dla tylu innych niezbędne jest wyjście na pocztę, a często również stawienie

się na posiedzenie sądu itd. Oczywiście wydaje się w tym względzie, że szeroko rozumiany wymiar sprawiedliwości w żadnym kraju na świecie nie będzie (przynajmniej w najbliższej przyszłości) wyłącznie elektroniczny, albowiem stanowiłoby to jego wypaczenie (skoro sędziowie nie powinni być jedynie „ustami ustawy”, to tym bardziej nie powinny nimi być komputery), jednakże – z drugiej strony – trend polegający na zwiększaniu stopnia jego informatyzacji będzie postępował coraz bardziej i szybciej. I jeżeli będzie to się odbywało zarówno z korzyścią dla stron, jak i dla szybkości postępowania, to jest to tendencja słuszna i potrzebna. W tym wypadku omawiane zagadnienie dotyczy sprawy wręcz pozamerytorycznej, albowiem dotyczącej li tylko sposobu doręczenia, który powinien być kwestią ściśle techniczną, gdyż każdy profesjonalny pełnomocnik wie, jakie skutki dla jego klienta może nieść uchybienie terminowi.

Elektroniczne biuro podawcze

Dlatego, aby wyjść naprzeciw oczekiwaniom zarówno obywateli, jak i ich pełnomocników, ustawodawca powinien przede wszystkim stworzyć ramy prawne dla tego, co prof. Jacek Gołaczyński, wiceminister sprawiedliwości, komentując ww. uchwałę SN i odnosząc się do planów legislacyjnych Ministerstwa Sprawiedliwości (MS), nazwał „elektronicznym biurem podawczym” – EBP (*vide*: „Rzeczpospolita”, *ibidem*). W praktyce mogłoby to oznaczać przeniesienie dobrych wzorców z zakresu doręczeń funkcjonujących obecnie w EPU na grunt pozostałych postępowań, m.in. uznania daty pozostawienia pisma na serwerze sądu za dzień doręczenia pisma do sądu. Tym sposobem nie ma miejsca na żadną uznaniowość w tym względzie. Dobrze, że Ministerstwo Sprawiedliwości ma takie plany, chociaż, jak zwykle, trzeba

będzie zwrócić szczególną uwagę na szczególności nowych propozycji zmian k.p.c.

Drugą, niezbędną do rozstrzygnięcia przez ustawodawcę kwestią będzie podpis złożony na piśmie elektronicznym. Dobre rozwiązanie legislacyjne w przedmiocie podpisu na piśmie wnoszonym e-mailem do sądu jest warunkiem *sine qua non* powodzenia całego projektu EBP, albowiem w polskim prawie znane są zarówno dobre przykłady podobnych regulacji (*vide*: certyfikaty wydawane w EPU lub sposób identyfikacji podatnika w systemie *e-deklaracje*, pozwalający składać deklaracje podatkowe), jak i rozwiązania, które nie do końca prawidłowo spełniają swoją rolę (*vide*: elektroniczna platforma usług administracji publicznej – ePUAP). Na marginesie warto zauważyć, że jakkolwiek w sposób niedoskonały, to jednak stworzono w Polsce podwaliny do *e-komunikacji* obywateli z urzędami, jednakże sądownictwo nie doczekało się jeszcze takich projektów. Można dyskutować, czy urzędy są bliżej ludzkich spraw, czy sądy dzierżą tutaj palmę pierwszeństwa, jednakże jakakolwiek dysproporcja na niekorzyść polskiego sądownictwa

sądną propozycją byłoby powielenie rozwiązań z EPU i przeniesienie ich wprost do systemu EBP, jeśli to możliwe z wykorzystaniem tych samych certyfikatów, gdyż sztuczne mnożenie niezbędnych dla profesjonalnego pełnomocnika podpisów elektronicznych byłoby niewskazane.

Bez odwrotu?

O zaletach Elektronicznego Biura Podawczego nie trzeba chyba nikogo przekonywać. Wymierne korzyści płynące z takiej formy komunikacji z sądem są dobrze znane tym, którzy na co dzień prowadzą sprawy w EPU. Doręczenie następujące tego samego dnia, co wysłanie pisma z komputera oraz brak potrzeby korzystania z usług operatora pocztowego to chyba dwa najlepsze przykłady efektywności *e-komunikacji*. Nie należy również zapominać o korzyściach płynących dla samych sądów, a zwłaszcza ich sekretariatów, które pojawiłyby się z chwilą uruchomienia EBP. Liczba roboczogodzin zaoszczędzonych przez pracowników administracyjnych sądów na odbieraniu korespondencji papierowej, wpisywaniu jej do papierowego dziennika czy np. same-

nie do danej sprawy lub otwieranie nowej w ramach EBP, wreszcie przesyłanie jej pod właściwy adres e-mail sędziego czy referendarza sądowego. Jeżeli porównamy koszty wprowadzania *e-protokołu* do polskiego sądownictwa z ceną, jaką MS musiałyby zapłacić za w miarę prosty program z ww. funkcjonalnościami, byłaby to prawdopodobnie bardzo trafiona inwestycja. Oczywiście, część osób nadal wnosiliby pisma do sądów drogą tradycyjną, jednakże mając na uwadze planowany przymus nałożony na profesjonalnych pełnomocników co do korzystania z formy elektronicznej, jak i popularność e-maila wśród społeczeństwa, wprowadzenie *e-komunikacji* z sądem pozwoliłoby zaoszczędzić wiele godzin pracy pracowników sekretariatów sądów, które mogliby wykorzystać na wykonywanie innych czynności, z pożytkiem zarówno dla budżetów sądów, jak i dla szybkości procedowania spraw w naszych sądach (gdyż albo mniej pracowników wykonywałoby tę samą pracę, albo ta sama liczba pracowników pracowałaby dużo efektywniej).

Podsumowując, im szybciej polski ustawodawca podąży w ślad za kierunkiem



Fot. ARION – Fotolia.com

powinna stanowić kolejny argument dla ustawodawcy, przemawiający za pilnym zajęciem się tą kwestią, zwłaszcza w obliczu obecnych dążeń rządu do znaczącego skrócenia czasu postępowań sądowych w Polsce. Wracając jednak do podpisów elektronicznych, wydaje się, że skoro Ministerstwo Sprawiedliwości planuje przymus korzystania z elektronicznej formy dla radców prawnych i adwokatów, roz-

go zanoszenia jej do właściwych sędziów, z całą pewnością mogłaby znaleźć przełożenie na większą sprawność danego sądu. Nietrudno sobie wyobrazić, że na potrzeby EBP wdrożono by w każdym sądzie w Polsce specjalne oprogramowanie komputerowe, za pomocą którego pracownik sądu miałby ułatwioną obsługę przychodzących wiadomości i automatyczne ich kategoryzowanie, przypisywa-

wyznaczonym przez SN w ww. uchwale i umożliwi regularną komunikację z sądami w Polsce *via* e-mail, tym lepiej zarówno dla obywateli, jak i dla samego wymiaru sprawiedliwości. ■

Autor jest aplikantem radcowskim przy OIRP w Toruniu, prawnikiem w kancelarii Cieciorński, Waclawik Spółka Partnerska Radców Prawnych.

Technik weterynarii prawnie doradzi

■ Marcin Zawiśliński

Czy technik weterynarii może bez przygotowania zawodowego zostać dobrze prosperującym prawnikiem? W Polsce się udało.

Tę opowieść powinni przeczytać szczególnie zwolennicy pełnego dostępu do zawodów prawniczych. Dotyczy ona, co prawda, pracy adwokata, ale równie dobrze mógłby to być radca prawny albo notariusz. Nie pierwszy już raz okazuje się, że Polak potrafi. Tym razem w roli głównej wystąpił przedsiębiorczy i pomysłowy 25-letni technik weterynarii z Dębicy na Podkarpaciu.

Nasz bohater miał problemy ze znalezieniem pracy. Postanowił więc, podobnie jak to uczyniły setki tysięcy Polaków, wyjechać do Irlandii. Przez kolejne trzy lata był tam pracownikiem fizycznym. Przy okazji nauczył się angielskiego. Po powrocie do domu znalazł zatrudnienie w irlandzkiej firmie budującej u nas autostrady. Jak donosi rzeszowski wydanie „Gazety Wyborczej”, do jego kompetencji należały sprawy księgowe, kadrowe i organizacyjne. Był też „podręcznym” tłumaczem.

Adwokat? Oczywiście...

Pewnego dnia nasz bohater dowiedział się, że jego pracodawca poszukuje prawnika do prowadzenia kompleksowej obsługi prawnej przedsiębiorstwa. Tym też postanowił się zająć, pokazując dokumenty potwierdzające swoje kompetencje zawodowe... jako adwokata. Szefowie irlandzkiej firmy dali mu pełnomocnictwa i stosowną podwyżkę. Nasz bohater jeszcze bardziej rozwinął skrzydła prawnicze. Zaczął też służyć poradą pracownikom firmy i ich znajomym. Według relacji lokalnych mediów reprezentował ich interesy w postępowaniach administracyjnych oraz cywilnych. Szło mu na tyle dobrze, że miał już

w planach otwarcie własnej kancelarii prawnej w Dębicy. Wybrał nawet lokal na jego siedzibę. Swoje usługi prawnicze – jak donoszą lokalne media – reklamował także w internecie. Jego zawodowe oszustwo nie wyszłoby jednak na jaw, gdyby nie ciekawość i dociekliwość jednego z miejscowych adwokatów, który postanowił sprawdzić „swojego kolegę po fachu” w rejestrze korporacyjnym. Okazało się, że nasz bohater w nim nie figuruje.

Finał śledztwa

Jak to możliwe, żeby przez tak długi czas nikt się nie zainteresował kompetencjami i legalnością prawniczego interesu Jakuba N.? W wyniku przeprowadzonego przez dębicką prokuraturę śledztwa okazało się, że nasz bohater działał niczym wytrawny agent służb specjalnych, który profesjonalnie buduje swoją tożsamość.

W umiejętny sposób podrabiał odpowiednie dokumenty potwierdzające jego kompetencje adwokackie, tj. dyplomy, zaświadczenia o wpisie na listę i rejestr adwokatów, pieczętki, a nawet podpis dziekana Okręgowej Rady Adwokackiej w Rzeszowie. Dotyczyło to także zaświadczenia o wpisie na listę adwokatów Rzeczypospolitej Polskiej wraz z podpisami osób odpowiedzialnych za ten wpis. Jak to robił? Okazuje się, że komputer potrafi wygenerować także i to. Przez internet kupił też sobie łańcuch sędziowski z orłem oraz tożę adwokacką. Zrobił sobie służbowe pieczętki. Innymi słowy, pełen profesjonalizm w przygotowaniu do wykonywanego „zawodu” i w działaniu.

Jakub N. przyznał się do zarzucanych mu czynów, czyli do oszustwa i sfałszowania dokumentów. Dobrowolnie poddał się zasądzonej karze. Musi zapłacić 3 tys. zł grzywny i naprawić szkody na rzecz oszukanych firm i osób, oszacowane na kilkadziesiąt tys. zł. Ma na to 2 lata. Jak przystało na „zawodowca”, w trakcie wykonywania czynności prawnych związanych ze śledztwem nie korzystał z pomocy prawnika... ■



Błąd pełnomocnika może zmienić życie jego klienta, ale też samego prawnika. Nie wszystko da się naprawić.



Fot. Sergej Khackmullin – Fotolia.com

sprawy, niezajomość procedur. Zdarzały się przypadki, że prawomocne orzeczenie skazujące było uchylone z przyczyn proceduralnych, które nie prowadziły bezpośrednio do niesłusznego skazania, lecz proces nie spełniał standardu *fair trial*, przez co musiał być powtórzony.

Elektroniczne wsparcie

Wspomóc prawników i zminimalizować ryzyko błędów w prowadzeniu postępowania może LEX Navigator, autorstwa Wolters Kluwer, który ma się ukazać na rynku w październiku tego roku. Jest to narzędzie adresowane do specjalistów uczestniczących w postę-

Errores in procedendo

Skuteczność wszczęcia postępowania uzależniona jest od zachowania warunków formalnych oraz od istnienia przesłanek procesowych warunkujących możliwość rozpoznania sprawy – to abc każdego prawnika. Wpłynięcie pozwu do sądu powoduje zawsze konieczność zbadania, czy odpowiada on wymogom formalnym, umożliwiającym prawidłowy bieg sprawy.

Artykuł 130 § 1 k.p.c. przewiduje sytuację, kiedy pismo procesowe nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych. W procesie, w którym odrzucono apelację z powodu niedochowania terminu przez pełnomocnika, powstaje wymierna szkoda klienta, odpowiadająca żądaniu zawartemu w pozwie. Pozostaje kwestia, czy apelacja przyniosłaby skutek, ale tego już nie da się sprawdzić z całą pewnością.

Skutki niewłaściwego poprowadzenia postępowania także samemu prawnikowi nie pomagają w budowaniu profesjonalnego wizerunku, zaufania klientów i dobrej opinii środowiska. W niektórych przypadkach mogą nawet doprowadzić do wszczęcia procedury dyscyplinarnej w samorządzie.

Czego oczekuje klient

Poziom wymaganej od prawnika staranności jest szczególnie wysoki, gdy stawką jest wolność człowieka, jego bezpieczeństwo lub wielkie pieniądze, np.

w formie majątku spółek i korporacji. Wtedy determinacja klienta do odzyskania korzyści, na które mógłby liczyć przy prawidłowo prowadzonym postępowaniu jest bardzo duża.

Do Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka wpłynęła np. sprawa, w której prawnik nie dotrzymał terminu do wniesienia odwołania. Aby uspokoić klienta, wniósł do Sądu Najwyższego odwołanie nieprzewidziane w ogóle w procedurze.

Bywa, że prawnicy zapominają o składaniu odwołań w terminie. Zdarzają się też przypadki mylnego oznaczenia pisma, niewłaściwego zaadresowania, błędów w danych stron itp.

Groza niesłusznego skazania

Najbardziej uciążliwe dla klientów i wrażliwe społecznie są błędy w postępowaniu karnym, szczególnie pomyłki sądowe. Ich rozpoznaniem i badaniem od kilkunastu lat zajmuje się Helsińska Fundacja Praw Człowieka. Trafiają tam sprawy osób oskarżonych lub skazanych za poważne przestępstwa, które kwestionują wyroki sądów, wskazując ich błędy, dowodzą swojej niewinności. Praca prawników fundacji polega w takich przypadkach na dogłębnej analizie wybranych spraw, w których mogło dojść do pomyłki sądowej lub bezpodstawnego oskarżenia. Najczęstszą ich przyczyną są błędy profesjonalistów. Co to znaczy? Nieuwaga, brak staranności w czasie prowadzenia

powołaniu – sędziów, adwokatów, radców prawnych, którzy chcą zminimalizować ryzyko pomyłki. Ma ono wspomagać pracę prawników, ale również urzędników administracji, doradców podatkowych. Zebrano tu wszelkie informacje będące efektem analiz przeprowadzonych przez znakomitych specjalistów, takich jak prof. dr hab. Tadeusz Wiśniewski (postępowanie cywilne), prof. dr hab. Andrzej Wróbel (postępowanie administracyjne), doradca podatkowy Krzysztof J. Musiał (procedury podatkowe).

Opracowane warianty postępowania, przedstawione w formie diagramów, zawierają postępowanie cywilne, administracyjne oraz procedury podatkowe krok po kroku, opisane i przedstawione w postaci interaktywnych diagramów. Schematy pokazują różne scenariusze przebiegu danego postępowania, obowiązujące terminy do dokonania określonych czynności, potencjalne reakcje innych uczestników postępowania.

Kluczowe kroki w każdej procedurze prezentowane są w kontekście merytorycznym, złożonym m.in. z porad i komentarzy, podstaw prawnych oraz odpowiednio wyselekcjonowanych fragmentów dokumentów wykładni i praktyki. Lista powiązanych dokumentów umożliwia łatwy dostęp do kompletu informacji niezbędnych na każdym etapie postępowania. ■

(AO)

Wydawać by się mogło, że stosowanie kar porządkowych jest pozostawione swobodnemu uznaniu pracodawcy, zaś kontrola sądu ogranicza się do weryfikacji spełnienia przesłanek natury formalnoprawnej.



Rys. Andrzej Jacyzyn

Kary porządkowe

■ Paweł Kisiel

Tymczasem tak nie jest. Sama możliwość stosowania wobec pracowników kar porządkowych, a później również kontrola sądowa, oparte są na zamkniętym katalogu przesłanek. Odpowiedzialność porządkowa ma charakter normatywny, a nie umowny. Kary porządkowe to podstawowy środek dyscyplinujący pracowników, przewidziany przez Kodeks pracy. Takim środkiem może być jednak również poinformowanie pracownika o możliwości rozwiązania stosunku pracy, pod warunkiem, że istnieją powody uprawniające do jednostronnego zakończenia stosunku pracy.

Sankcje, jakie pracodawca może stosować wobec pracowników, to przede wszystkim kary porządkowe, czyli kary upomnienia, nagany oraz pieniężne. Ponadto, zastosować może środki prowadzące do rozwiązania stosunku pracy, czyli wypowiedzenie definitywne oraz rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika (tzw. dyscyplinarka). Wprawdzie z założenia wypowiedzenie zmieniające ma jedynie zmieniać treść umowy o pracę, jednak brak zgody pracownika na nowe warunki pracy lub płacy doprowadzi do rozwiązania stosunku pracy. Wypowiedzenie zmieniające może stanowić również samodzielny środek dyscyplinujący, co potwierdził Sąd Najwyższy. Kodeks pracy pozostawił uznaniu pracodawcy wybór sankcji, jakie zastosuje wobec pracownika. Nie oznacza to jednak możliwości arbitralnego i dowolnego ich stosowania.

Przesłanki zastosowania kar porządkowych a przesłanki uprawniające pracodawcę do rozwiązania umowy o pracę wyznaczają między tymi środkami prawnymi stosunek zakresowy niezależności. Oznacza to, że niektóre zachowania pracowników:

- podlegają odpowiedzialności porządkowej i mogą jednocześnie stanowić przesłankę rozwiązania stosunku pracy,
- mogą skutkować jedynie odpowiedzialnością porządkową,
- rodzą wyłącznie odpowiedzialność polegającą na rozwiązaniu umowy o pracę,
- mogą rodzić odpowiedzialność porządkową, można też z tych samych powodów rozwiązać z pracownikiem stosunek pracy.

Analogiczny stosunek zależności zachodzi pomiędzy odpowiedzialnością porządkową a wypowiedzeniem zmieniającym.

Pomiędzy wskazanymi kategoriami i rodzajami odpowiedzialności zachodzi także różnica podmiotowa. O ile przed wypowiedzeniem zmieniającym oraz definitywnym prawo pracy w sposób szczególny chroni pewne kategorie pracowników (związkowców, kobiety w ciąży itd.), o tyle w przypadku odpowiedzialności porządkowej takiej ochrony już nie ma.

Pracownicza odpowiedzialność porządkowa

Podstawowym środkiem dyscyplinującym pracowników są sankcje przewidziane w Dziale czwartym, Rozdziale VI Kodeksu pracy. Ustawodawca posługuje się terminem odpowiedzialności porządkowej pracowników. Odpowiedzialność ta ma charakter normatywny, co oznacza, że jej źródłem nie może być umowa o pracę. Jej charakter przesądza również o możliwości umownej modyfikacji. Źródłem odpowiedzialności porządkowej pracownika wobec pracodawcy jest wola ustawodawcy. Wprawdzie podstawową zasadą prawa pracy jest semiimpertywność, jednak zasada ta odnosi się tylko do umów o pracę i innych aktów prawnych kreujących lub związanych ze stosunkiem pracy. Moim zdaniem, nie dotyczy ona przepisów Kodeksu pracy, a tym bardziej nie może być rozciągana na system odpowiedzialności normatywnej. W konsekwencji kar ani systemu odpowiedzialności porządkowej nie można modyfikować w drodze umownej czy regulaminowej. Pewną wskazówką w tym zakresie mogą być przepisy określające odpowiedzialność za wykroczenia określone w Kodeksie pracy. Zgodnie z art. 281 pkt. 4, stosowanie wobec pracowników innych kar porządkowych niż przewiduje kodeks rodzi wspomnianą odpowiedzialność.

Cechą wspólną zastosowania każdej kary porządkowej jest konieczność wystąpienia po stronie pracownika dwóch podstawowych przesłanek odpowiedzialności porządkowej:

- 1) naruszenie obowiązków związanych z porządkiem w pracy,
- 2) winy pracownika.

Nie wdając się w głębszą dyskusję co do rozumienia pojęcia winy na gruncie Kodeksu pracy, można wskazać, że wina po stro-

nie pracownika może mieć zarówno postać winy umyślnej, jak i nieumyślnej. Zawsze jednak konieczny jest element negatywnej oceny psychicznej strony zachowania pracownika (Muszalski, *Komentarz*).

System pracowniczej odpowiedzialności porządkowej jest samodzielnym systemem odpowiedzialności prawnej, niezależnym od innych rygorów odpowiedzialności prawnej (cywilnej, karnej, administracyjnej, za wykroczenie) i dlatego nie może być interpretowany w drodze analogii do innych rodzajów odpowiedzialności. Porządkowa odpowiedzialność pracownicza pełni rolę nie tylko sankcjonującą niewłaściwe wykonywanie obowiązków pracowniczych. Zadaniem jej jest również prewencja, czyli zapobieganie niewłaściwemu wykonywaniu obowiązków przez pracowników. Ustawodawca przyznał pracodawcy wyłączną kompetencję do stosowania kar porządkowych, jednak nie pozostawił mu swobody w zakresie ich stosowania. Pracodawcę stosującego kary porządkowe wobec pracowników, z daleko posuniętą ostrożnością, można porównać z organem administracyjnym mającym obowiązek działania na podstawie i w granicach prawa. Pracodawca ma również w tym zakresie powinność wymierzania kar porządkowych jedynie takich, jakie przewiduje kodeks i tylko w razie zaistnienia kodeksowych przesłanek. Oprócz tego pracodawca ma obowiązek stosowania się do podstawowego kryterium stosowania sankcji, jakim jest zakaz dyskryminacji pracowników.

Bezwzględными przesłankami zastosowania kary upomnienia i nagany jest nieprzestrzeżenie przez pracownika:

- a) ustalonej organizacji i porządku w procesie pracy,
- b) przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy,
- c) przepisów przeciwpożarowych,
- d) przyjętego sposobu potwierdzania przybycia i obecności w pracy,
- e) przyjętego sposobu usprawiedliwiania nieobecności w pracy.

Żadne inne zachowania czy zaniechania pracownika nie mogą stanowić podstawy faktycznej wymierzenia pracownikowi sankcji w postaci kary porządkowej. Podstawowym warunkiem legalności zastosowania kary porządkowej jest naruszenie przez pracownika wskazanych powinności o charakterze zawinionym, przy czym stopień zawinienia może być nawet niewielki. Nie budzi większych wątpliwości, że przez pojęcie przepisów bhp oraz przeciwpożarowych ustawodawca miał na myśli powszechnie obowiązujące przepisy bhp zawarte w Kodeksie pracy oraz w przepisach wykonawczych. Wątpliwości nie budzi również pojęcie „przyjęty sposób potwierdzania przybycia i obecności w pracy oraz usprawiedliwiania nieobecności w pracy”. W praktyce najszerszy katalog zachowań może dotyczyć przesłanki w postaci ustalonej organizacji i porządku w procesie pracy, tym bardziej że można wyrazić pogląd, iż ustawodawca nie bez powodu różnicuje tę kategorię zachowań od potwierdzania obecności i usprawiedliwiania przez pracownika nieobecności w pracy. Choć w literaturze wyrażony został pogląd, że ustalony porządek w procesie pracy obejmuje przyjęty sposób potwierdzania przybycia i obecności w pracy oraz usprawiedliwiania nieobecności w pracy, to można stanąć na stanowisku, że taka wykładnia nie jest do końca prawidłowa. W art. 108 § 1 k.p. ustawodawca posługuje się bowiem pojęciem, „a także”: za nieprzestrzeżenie przez pracownika ustalonej organizacji i porządku w procesie pracy, przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, przepisów przeciwpożarowych, a także przyjętego sposobu potwierdzania przybycia i obecności w pracy oraz usprawiedliwiania nieobecności w pracy, pracodawca może stosować karę upomnienia, karę nagany. Dlatego można wyrazić pogląd, że ustawodawca celowo rozróżnia ustalony porządek i organizację

w procesie pracy od przyjętego sposobu potwierdzania przybycia i obecności w pracy oraz usprawiedliwiania nieobecności w pracy.

Wypowiedzenie definitywne i zmieniające stosunku pracy

Ustawodawca przewidział w Kodeksie pracy dwa rodzaje wypowiedzeń stosunku pracy: zmierzające bezpośrednio do rozwiązania stosunku pracy (nazywane w orzecznictwie i literaturze wypowiedzeniem definitywnym) oraz wypowiedzenie zmieniające, którego podstawowym celem i zadaniem nie jest rozwiązanie umowy o pracę, lecz jedynie modyfikacja ustalonego w umowie o pracę lub innym akcie stanowiącym podstawę nawiązania stosunku pracy warunków pracy lub płacy albo jednocześnie warunków pracy i płacy. Typowa sytuacja, w której powstaje obowiązek wypowiedzenia pracownikom warunków pracy czy płacy, to konieczność zmiany regulaminu wynagradzania, premiowania lub pracy.

Wypowiedzenie zmieniające

Przychylając się do poglądu zaprezentowanego przez Sąd Najwyższy, pracodawca ma możliwość wykorzystania instytucji wypowiedzenia zmieniającego także w celu dyscyplinowania pracowników. Na przykład w drodze wypowiedzenia zmieniającego może obniżyć pracownikowi wynagrodzenie. Zakład pracy może w uzasadnionych przypadkach dokonać wypowiedzenia samych tylko warunków płacy, nie zmieniając warunków pracy. W świetle obowiązujących przepisów prawa pracy wypowiedzenie warunków płacy wprawdzie **nie jest karą porządkową, ale może być środkiem dyscyplinującym** (wyrok Sądu Najwyższego z 26 lipca 1979 r.; I PR 64/79; OSNC 1980/1-2/171). Jednak stosując wypowiedzenie zmieniające, pracodawca musi pamiętać o tym że:

- 1) w przypadku umowy zawartej na czas nieokreślony w wypowiedzeniu zmieniającym, tak samo jak w wypowiedzeniu definitywnym, pracodawca ma obowiązek wskazać przyczynę wypowiedzenia, która musi być konkretna, prawdziwa i rzeczywista.
- 2) pracownik może odmówić przyjęcia zaproponowanych nowych warunków pracy lub wynagradzania. Na skutek odmowy przyjęcia nowych warunków umowa o pracę ulegnie rozwiązaniu.

Wypowiedzenie definitywne

Wypowiedzenie umowy o pracę (definitywne) jest zwyczajnym, zwykłym sposobem rozwiązywania stosunku pracy, przyczyny zaś je uzasadniające nie muszą mieć charakteru nadzwyczajnego lub rażąco ciężkiego. Rozważając instytucję wypowiedzenia definitywnego jako środka mającego służyć dyscyplinowaniu pracowników, pracodawca nie powinien posługiwać się możliwością zwolnienia pracownika jako swoistego „straszaka” wobec załogi pracowniczej, nie może niezasadnie grozić rozwiązaniem stosunku pracy. Natomiast uprawniony jest do poinformowania pracownika, że zachowanie lub zaniechanie pracownika uprawnia go do rozwiązania stosunku pracy. Warunkiem dopuszczalności przekazywania takiej wiadomości jest powołanie się na okoliczności, które mogą stanowić uzasadnioną przyczynę rozwiązania umowy o pracę. Analogiczne uwagi można odnieść do tzw. zwolnienia dyscyplinarnego. ■

Autor jest radcą prawnym.

Nie jest dla żadnego praktyka niespodzianką, że miazdząca większość aktów prawnych wymaga zmian zaraz po ich wydaniu. Jaka jest tego przyczyna oraz czy istnieją metody uniknięcia błędów legislacyjnych?

Jakie konsultacje?

Nie ulega wątpliwości, iż ludzie są omylni, popełniają błędy. Większość jednak niedociągnięć powinna być „wyłapywana” na etapie konsultacji społecznych na szczeblu rządowym i zgłaszana przez uczestników dialogu. Mimo wszystko błędów wciąż jest multum, zaś „racjonalny ustawodawca” nadal pozostaje w sferze postulatów.

Konsultacje społeczne czy konsultacje rządowe stanowią filar demokratycznego państwa prawa. Realizują bezpośredni element demokracji, czyli możliwość wpływu jednostki lub zbiorowości na stanowienie prawa.

Najistotniejszym aktem prawnym w tym zakresie pozostaje Konstytucja RP. Zgodnie z art. 20 Konstytucji RP, społeczna gospodarka rynkowa, oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. Szczególną rolę w zakresie tych zasad spełnia instytucja solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych, zwłaszcza konsultacje na etapie przygotowywania i wprowadzania w życie określonych przepisów prawnych. Forma dyskusji publicznej, której organizacją jest jednym z obligatoryjnych elementów w procedurze tworzenia aktów prawnych, zależy od jej organizatora, to jest tego podmiotu, który projekt aktu prawnego przygotowuje i popiera. Ma on wówczas, oczywiście, swobodę w tym zakresie, przy czym musi zachować warunek, aby dyskusja była publiczna, czyli nie ograniczała możliwości wypowiedzi zainteresowanym podmiotom. Mogą to być np. otwarte spotkania czy publikacja wypowiedzi w prasie. Cechą „dyskusji publicznej” jest bowiem zamiar wysondowania opinii określonych grup społecznych. Dla ustawodawcy podstawą wystarczających informacji, koniecznych do podjęcia decyzji, są przeprowadzane konsultacje społeczne, przy czym wystarczające jest powiadomienie zainteresowanych podmiotów. Za takie należałoby uznać przesłanie projektu ustawy do tych podmiotów, które z lobbieniem mają do czynienia na stałe.

Zasada dobrej legislacji

Kolejnym przepisem statuującym obowiązek prowadzenia konsultacji w uzasadnionych jak ta okolicznościach jest art. 2 Konstytucji RP, wprowadzający zasadę demokratycznego państwa prawa, z której wynika z kolei zasada pewności prawa oraz tzw. dobrej legislacji. Wydaje się, iż fakt wydania znaczącego aktu prawnego, bez stosownej konsultacji z partnerami społecznymi, byłby sprzeczny z zasadami „dobrej legislacji”. Zwracamy uwagę, iż Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie wypowiadał się o wynikających z art. 2 Konstytucji RP zasadach, w tym o zasadzie pewności prawa. Trybunał podkreślał, że pewność prawa oznacza nie tyle stabilność przepisów prawa, co możliwość przewidywania działań organów państwa i związanych z nimi zachowań obywa-



Fot. alphaspirt – Fotolia.com

teli. Przewidywalność działań państwa gwarantuje zaufanie do ustawodawcy i do stanowionego przez niego prawa. Umocnieniu tych wartości służyć mają właśnie konsultacje społeczne. Trybunał nadmienił także, że bezpieczeństwo prawne jednostki pozostawać może w kolizji z innymi wartościami, których realizacja wymaga wprowadzenia zmian do systemu prawnego. Jednostka ma prawo jednak oczekiwać, że regulacja prawna nie zostanie zmieniona na jej niekorzyść w sposób arbitralny. Prawodawca nie może w sposób dowolny kształtować treści obowiązujących norm, traktując je jako instrument osiągnięcia różnych celów, które dowolnie sobie wyznacza. „Poddanie wcześniej na innej podstawie ustawowej ukształtowanych stosunków prawnych działaniu nowego i bardziej niekorzystnego dla obywateli prawa pozostaje w sprzeczności z Konstytucją RP wówczas, kiedy tego rodzaju konstrukcja prawna (...) rażąco osłabia zaufanie obywatela do prawa, nie rekompensując tego skutku konieczną ochroną innych, konstytucyjnie uznawanych wartości” – stwierdził Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 31 stycznia 1996 r. w sprawie o sygn. K. 9/95 (OTK w 1996 r., poz. 2, s. 57), co przesądza o konieczności przeprowadzenia konsultacji społecznych w tak newralgicznym obszarze prawa, jakim są przepisy regulujące zjawisko lobbingu.

Konsultacja społeczna jest bowiem instytucją kluczową do tego, aby całość procesu udziału społeczeństwa (konsultacje i uwzględnienie uwag) dała efekty, co zauważa nawet orzecznictwo europejskie.

Niezwykle istotną podstawą prawną dla obowiązku konsultacji społecznych jest kolejno art. 7 Konstytucji RP, zgodnie z którym organa władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, oraz art. 8 Konstytucji RP, stosownie do którego jest ona najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej, zaś jej przepisy stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja RP stanowi inaczej.

Co więcej, jak twierdzi polskie orzecznictwo konstytucyjne, za poważną wadę (art. 7 Konstytucji RP) należy uznać brak wykorzystania jakichkolwiek instrumentów partycypacyjnych na etapie przygotowania zmian legislacyjnych, gdzie zawinić może brak czasu powodujący zaniechanie przeprowadzenia konsultacji, które mogłyby stanowić podstawę choćby czysto formalnie. Pominięcie to ułatwia okoliczność, że w polskim systemie prawnym brak jest wskazania, w jakiej postaci ewentualne konsultacje powinny być przeprowadzone. Konsultacje zresztą bywają traktowane czysto ornamentacyjnie, a tymczasem instrumenty konsultacyjne mają charakter legitymizujący i o to w nich chodzi, aby były środkiem uzyskania konsensu, były brane na serio, a nie były tylko czysto formalnym „pogadaniem sobie”, bez wpływu na losy projektowanych zmian normatywnych. Konsultacje muszą być odpowiednie do materii ustawy.

Nie bez znaczenia pozostaje również brzmienie art. 60 Konstytucji RP, zwłaszcza jego ust. 1 i 2, zgodnie z którymi obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Prawo to obejmuje również uzyskiwanie informacji o działalności organów samorządu gospodarczego i zawodowego, a także innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Rola obywatela nie kończy się bowiem z chwilą oddania głosu w wyborach i wyłonienia organu z tych wyborów pochodzącego (jak Sejm, Senat, samorząd terytorialny). Jeśli są to organa reprezentujące społeczeństwo, jeśli wybrane zostały na podstawie zgłoszonego wcześniej i zaprezentowanego wyborcom programu, to obywatele, którzy ten program poparli, są żywotnie zainteresowani nie tylko jego realizacją, ale także działaniami podejmowanymi przez te organa i uzyskiwanymi rezultatami. Świadomy udział obywateli w życiu społeczeństwa i państwa jest nieodzowny w ustroju demokratycznym, a jego zakres zależy w ogromnym stopniu od stanu wiedzy całej zbiorowości o problemach narodu i państwa. Bez ujawniania i publicznego przedyskutowania zarówno założeń aktów prawnych, jak i profesjonalnych ocen przewidywanych skutków regulacji prawnych trudno współcześnie mówić o rzeczywistym udziale obywateli.

Tak być powinno a

jak jest?

Każdy, kto brał kiedykolwiek udział w konsultacjach społecznych wie, jak wygląda rzeczywistość. Długi stół, po obu stronach rzesza uczestników, na szczycie przedstawiciele ministerstwa, które opiekuje się danym projektem legislacyjnym. Reprezentanci ministerstwa zwykle nie są prawnikami, co już zapala nam czerwoną, ostrzegawczą lampkę. Zwykle nawet nie towarzyszy im prawnik z ministerstwa (sic!), projekt redagowany jest więc przez laików. Najpierw przygotowywane są założenia do ustawy.

Zgodnie z zaleceniem rządowym, takowe nie powinny przekraczać jednej strony A4. Co za tym idzie, zwykle na etapie założeń członkowie dialogu są w miarę zgodni z ministerstwem.

Następnie przychodzi czas na działalność lobbingową, która – na marginesie mówiąc – wciąż jest uznawana za największe zło i furtkę dla nielegalnych biznesów (tutaj warto zauważyć, że w żadnym innym państwie oprócz Polski nie funkcjonuje pojęcie „nielegalny lobbing”, albowiem lobbing, wpisany w szeroko rozumianą procedurę stanowienia prawa, może być tylko legalny).

Kolejnym etapem są konsultacje społeczne. Czasami dyskutuje się nad konkretnym projektem ustawy, a czasem nad założeniami. Mimo iż mamy do czynienia z projektem projektu, już widać pierwszy opór. Praktyka pokazuje, iż konsultacje społeczne nie są po to, aby realnie uczestnicy dialogu mogli wnieść coś do projektu, a raczej po to, aby móc legitymować się *vox populi*. Zadaniem stron konsultacji społecznych jest zatem przekonanie nieprawników nieekonomistów, czyli bliżej nieokreślonych z wykształcenia i wiedzy ludzi, nieskorych do jakichkolwiek zmian w projekcie, do własnych racji. Nie budzi niczych wątpliwości, że najczęściej jest to zadanie niewykonalne.

Założmy jednak, że udało się do czegoś przekonać urzędników i z udziałem „sali” naniesiono do projektu propozycje rozwiązań. Trafia on następnie do Komitetu Rady Ministrów ds. Cyfryzacji oraz pod obrady Komitetu Stałego Rady Ministrów, czasem również do Komitetu ds. Unii Europejskiej itp., jak również do uzgodnień międzyresortowych. Następuje więc moment, w którym pro-

Każdy, kto brał kiedykolwiek udział w konsultacjach społecznych wie, jak wygląda rzeczywistość.

Długi stół, po obu stronach rzesza uczestników, na szczycie przedstawiciele ministerstwa, które opiekuje się danym projektem legislacyjnym. Reprezentanci ministerstwa zwykle nie są prawnikami, co już zapala nam czerwoną, ostrzegawczą lampkę.

jekt trafia do armii urzędników, co do których trudno oprzeć się wrażeniu, że robią wszystko, aby dany projekt „popsuć”. Na tym etapie uczestników dialogu nie bierze się już w ogóle nawet oficjalnie pod uwagę.

Odrebnym problemem jest wsłuchiwanie się w głos środowisk, których przepisy dotyczą lub w głos prawników. Idealnym przykładem jest zagadnienie Jednolitego Patentu Europejskiego. Trudno znaleźć w Polsce prawnika lub ekonomistę, który poparłby objęcie takim patentem Polskę. Pomysł jest szkodliwy, uderzający w interes zarówno polskiego przedsiębiorcy, jak i konsumenta. Spowodować może wzrost cen, ograniczyć konkurencję, a wręcz wycofać z rynku krajowego pewne produkty. Niemniej jednak w rządzie oraz Ministerstwie Gospodarki nikogo problem ten nie interesuje. Konsultacje społeczne? W tym przypadku nie ma o tym mowy, gdyż zagadnienie orbituje w Radzie Europejskiej.

Wracając do ogólnych stwierdzeń, a w zasadzie postulatów: Polsko, zacznij słuchać swoich obywateli!

Jacek Świeca

partner zarządzający w Kancelarii Prawnej Świeca i Wspólnicy,
minister w Gospodarczym Gabinetie Cieni Business Centre Club

Michał Jaskólski

partner w Kancelarii Prawnej Świeca i Wspólnicy,
ekspert Business Centre Club



Prezydium zjazdu, od lewej: Maciej Bobrowicz, Ryszard Ostrowski, przewodniczący, Józef Zych, Jacek Żuławski, Andrzej Kalwas i Zenon Klatka.

XXX lat

■ Grażyna J. Leśniak
Marcin Zawiśliński

samorządu radców prawnych

30 lat minęło jak jeden dzień. Z tej okazji w stołecznym hotelu Westin odbył się Nadzwyczajny Zjazd Krajowej Rady Radców Prawnych. Transmitowany był również na żywo przez internet. To także syndrom czasu.

To był rzeczywiście zjazd nadzwyczajny. Uczestniczyli w nim i wspólnie zasiedli przy stole prezydialnymi wszyscy dotychczasowi prezesi Krajowej Rady Radców Prawnych (Józef Zych, Jacek Żuławski, Andrzej Kalwas, Zenon Klatka oraz Maciej Bobrowicz). Nasze początki były naprawdę trudne. Nikt z nami się nie liczył. – *Naszą „siedzibą” był wtedy jeden pokój. Dziś pracujemy w prestiżowej kamienicy w centrum Warszawy. Co więcej, w każdym z 19 miast, w których mamy oddziały, również mieszczą się nasze siedziby na miarę siły, znaczenia i pozycji zawodu radcy prawnego.*



Przemawia Maciej Bobrowicz, prezes KRRP.

Niech będzie to także swoista alegoria niełatwej drogi, którą przeszliśmy przez te 30 lat – wspominał Maciej Bobrowicz, obecny prezes KRRP. Samorząd radców prawnych zrzesza dziś ponad 40 tys. radców i aplikantów radcowskich.

Wśród zaproszonych gości byli m.in. Bronisław Komorowski, prezydent RP, którego reprezentował minister Krzysztof Łaszkiewicz, minister sprawiedliwości Jarosław Gowin, prezes Trybunału Konstytucyjnego prof. Andrzej Rzepliński, pierwszy prezes Sądu Najwyższego Stanisław Dąbrowski, wiceprezes Naczelnego Sądu Administracyjnego Marek Zirk-Sadowski, zastępca rzecznika praw obywatelskich radca prawny Ryszard Czarniawski, przewodniczący sejmowej Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka Ryszard Kalisz, przewodniczący Krajowej Rady Sądownictwa Antoni Górski, wiceprezes Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa radca prawny Piotr Rodkiewicz oraz prezes Urzędu Patentowego RP Alicja Adamczak.

Krzysztof Łaszkiewicz, sekretarz stanu w Kancelarii Prezydenta, przeczytał list gratulacyjny od Bronisława Komorowskiego, prezydenta RP – *Jak pokazują badania opinii publicznej, radcy prawni obdarzeni są przez Polaków największym zaufaniem spośród wszystkich prawniczych profesji. (...) Z usług radcy prawnego korzysta coraz więcej obywateli. Dzieje się tak przede wszystkim dlatego że od lat rozszerza się zakres pełnomocnictw powierzonych radcom za sprawą kolejnych regulacji ustawowych – podkreślił w imieniu głowy państwa minister Łaszkiewicz. Docenił też wagę i znaczenie akcji Niebieski Parasol, w ramach której radcy i aplikanci radcowscy w wielu miastach na terenie całego kraju udzielali bezpłatnych porad prawnych najuboższym i potrzebującym. Do tej pory skorzystało z nich już kilkanaście tysięcy osób. Najofiarniejsi prawnicy za swoją działalność pro publico bono na rzecz osób fizycznych, organizacji społecznych, instytucji publicznych, kościołów i związków wyznaniowych oraz rodzin dotkniętych doświadczonych przez los zostają od czterech lat wyróżnieni tytułem oraz statuetką „Kryształowe serce radcy prawnego”. Ponad-*

to, co roku prezes KIRP przyznaje nagrodę specjalną dla najaktywniejszej na tym polu okręgowej izby radcowskiej. – *Samorząd radców prawnych wypełnia pewną wyrwę, która jest wyrazem abdykacji państwa w tym wymiarze. To na barkach instytucji państwowych powinno leżeć niesienie pomocy prawnej tym, którzy jej potrzebują. Niestety, dzieje się inaczej, dlatego tym większa moja osobista wdzięczność dla Państwa* – dodał Jarosław Gowin, minister sprawiedliwości. Korzystając z okazji, wspominał również o propozycjach resortu dotyczących szerszego otwarcia zawodu prawniczego. – *Mam świadomość, że wywołują one w przeważającej mierze krytyczne opinie środowisk prawniczych. Rozumiem to i jednocześnie dziękuję za tę twórczą, acz negatywną krytykę. Wiele propozycji staraliśmy się wziąć pod uwagę. Życzyłbym sobie, aby współpraca z innymi samorządami zawodów prawniczych wyglądała równie rzeczowo, jak z samorządem radcowskim* – skomentował minister Gowin. Równocześnie wyraził nadzieję, że dialog ze wszystkimi środowiskami prawniczymi na różne tematy będzie „o wiele szerszy niż w poprzednich kadencjach”. Następnie wręczył kilkunastu radcom prawnym odznaczenia Zasłużony dla Wymiaru Sprawiedliwości. W trakcie uroczystości wysokie odznaczenia państwowe otrzymali: Andrzej Kalwas, Grażyna Błociszewska-Jankowska, Barbara Kras, Andrzej Kurowski, Jan Łoziński. W imieniu prezydenta Bronisława Komorowskiego wręczył je minister Krzysztof Łaskiewicz.

W odpowiedzi na deregulacyjne propozycje ministra Gowina na zjeździe, w obecności delegatów reprezentujących 19 okręgowych izb radcowskich na terenie całego kraju, prezes Bobrowicz podkreślił znaczenie konstytucyjnej rangi samorządności zawodów zaufania publicznego. Tego dotyczyła rezolucja nadzwyczajnego zjazdu, która została przyjęta przez delegatów przez aklamację. Stanowi ona jednoznaczną obronę samorządności zawodowej w Polsce jako „barierę przed rozprzestrzenianiem zachowań i postaw zagrażających istocie demokratycznego państwa” (czyt. str. 4–5).

Jako kolejny głos zabrał prof. Andrzej Rzepliński, prezes Trybunału Konstytucyjnego. – *Trudno sobie wyobrazić nowoczesną polską gospodarkę, zdolną skutecznie konkurować z innymi unijnymi krajami oraz wszędzie tam, gdzie czynni są polscy przedsiębiorcy, bez wsparcia fachowej obsługi prawnej. (...) Doceniam i dostrzegam rolę*

(również kulturotwórczą jako przedstawiciele polskiej inteligencji) radców prawnych nie tylko w dużych miastach, ale przede wszystkim w mniejszych miasteczkach powiatowych – podkreślił prezes. I zaraz dodał – pół żartem, pół serio: – *jaka szkoda, że wszyscy delegaci obecni na zjeździe, będąc przecież grupą profesjonalistów kształtującą polskie prawo, nie są posłami i senatorami RP. I tak stanowiliby państwo mniejszą część polskiego parlamentu, a o ile bardziej profesjonalny byłby wówczas nasz Sejm i Senat.* Podziękował również za wysoką jakość aktów prawnych, które trafiają do Trybunału Konstytucyjnego, a których autorami są radcowie prawni. – *W mojej pięcioletniej już karierze sędziego konstytucyjnego bardzo często zdarzało się, że skarżącego czy instytucję rządową,*



ministra, premiera, a nawet prezydenta, reprezentował radca prawny. W każdym przypadku jakość stanowiska prawnego była wysoka, a przyjemność, jaką mieli i mają sędziowie obcujący na sali rozpraw z radcami prawnymi – równie duża. To z kolei podnosi jakość naszego orzecznictwa, za co serdecznie dziękuję i proszę o więcej – zaapelował prezes. Docenił również współpracę przedstawicieli samorządu radcowskiego z kierowaną przez niego instytucją. Podkreślił, że radcowie prawni stoją za większością pytań prawnych kierowanych przez sądy do Trybunału Konstytucyjnego, zwłaszcza pytań pochodzących z sądów okręgowych i wojewódzkich sądów administracyjnych. Wielu prawników, którzy na co dzień pracują z sędziami jako ich asystenci, to również z zawodu radcowie prawni.



Goście zjazdu (od prawej): Krzysztof Łaskiewicz, sekretarz stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości, Jarosław Gowin, minister sprawiedliwości, Andrzej Rzepliński, prezes Trybunału Konstytucyjnego, Stanisław Dąbrowski, pierwszy prezes Sądu Najwyższego, Antoni Górski, przewodniczący Krajowej Rady Sądownictwa, Marek Zirk-Sadowski, wiceprezes Naczelnego Sądu Administracyjnego, Ryszard Czerniawski, zastępca rzecznika praw obywatelskich.

Nagrodzeni medalem Zasłużony dla Wymiaru Sprawiedliwości

Antoni Marian Barcikowski
Bogusław Biernat
Krystyna Teresa Domagalska
Elżbieta Małgorzata Gozdowska
Helena Górniak
Teresa Maria Gniadek
Małgorzata Kałuża
Iwona Teresa Kisielewska
Magdalena Konkolewska
Irena Kopiec
Maria Majewska
Aleksandra Pacho
Maria Teresa Danuta Tomułowicz
Magdalena Witkowska

Prezes Trybunał Konstytucyjnego podziękował także mecenasowi Andrzejowi Kalwasowi za to, że w drugiej połowie lat 90. ub.w. udało mu się wprowadzić polską korporację radcowską na europejskie salony prawnicze. Kontynuatką dzieła byłego ministra sprawiedliwości w rządzie Marka Belki jest radca prawny Maria Ślązak. Po wielu latach aktywności w Radzie Adwokatury i Stowarzyszeń Prawniczych Europy (CCBE), w grudniu 2011 roku została jej wiceprezydentem. Największe wyzwanie jednak dopiero przed panią mecenas. Już niedługo stanie na czele tej instytucji i tym samym zostanie najważniejszym prawnikiem w Europie – jako pierwszy radca prawny w historii tej jednej z najważniejszych organizacji prawniczych na świecie. Przy tej okazji warto również nadmienić, iż w zasadzie wszyscy goście, którzy zabrali głos na jubileuszowym zjeździe w stołecznym hotelu Westin, podkreślali wzrastającą aktywność i znaczenie polskich radców prawnych za granicą, zarówno w różnych organizacjach prawniczych, jak i na różnych szczeblach kariery zawodowej w międzynarodowych firmach.

Stanisław Dąbrowski, pierwszy prezes Sądu Najwyższego, podzielił się swoimi przemyśleniami na temat roli samorządu radców prawnych w minionych latach. Przy okazji jubileuszu gość nie omieszkął wywołać kilka ważnych tematów, które – jego zdaniem – powinny być poddane szerszej dyskusji, jak chociażby kwestii modelu zawodów prawnych i specjalizacji.

Według pierwszego prezesa SN, radca prawny dziś musi być osobą wszechstronnie przygotowaną. Stopień zaś skomplikowania prawa wymaga rozważenia specjalizacji zawodowych. Zdaniem Stanisława Dąbrowskiego, zmian wymaga także dochodzenie do wodu sędziego.

– *Radcowie prawni i adwokaci to najlepsi i naturalni kandydaci do zawodu sędziowskiego* – powiedział Stanisław Dąbrowski, pierwszy prezes SN.

Na wyjątkowość tego dnia zwracał też uwagę w swoim wystąpieniu Marek Zirk-Sadowski, wiceprezes Naczelnego Sądu Administracyjnego, składając radcom prawnym najlepsze życzenia w imieniu Romana Hausera, prezesa NSA i wszystkich sędziów. Jak podkreślił, na początku przemian ustrojowych pojawiła się potrzeba takiej korporacji jak radcowie prawni. Dziś, jak mówił, radcowie prawni, w takim samym stopniu jak sędziowie i adwokaci, kształtują wyobrażenia społeczeństwa o tym, kim jest prawnik, jakim zasadom etycznym hołduje i jaką rolę w społeczeństwie odgrywa. Wiceprezes NSA, nawiązując do wystąpienia swojego poprzednika, czyli pierwszego prezesa Sądu Najwyższego, zauważył, iż Sąd Najwyższy opiera się na radcach prawnych, którzy są pełnomocnikami w każdej niemal sprawie po stronie organu w sporze z obywatelami. Dla sędziów sądów administracyjnych – jak podkreślił wiceprezes NSA – spotkanie z radcami prawnymi na sali rozpraw jest najczęściej dużym przeżyciem z uwagi na ich wysoki poziom, i to po obu stronach. – *Po stronie niezwiązanej z państwem radcowie prawni również się pojawiają i występują nawet częściej niż adwokaci, bo to jest prawie 12 proc. ogólnej liczby pełnomocników reprezentujących strony* – powiedział sędzia Marek Zirk-Sadowski. I dodał: – *jednak mimo wszystko widać pewną różnicę. Myślę, że to jest po-*

Powiedzieli...

JAN ŁOZIŃSKI, wiceprezes Krajowej Rady Radców Prawnych

Na pewno bycie radcą prawnym oznacza pełnienie służby wobec tych, którzy potrzebują pomocy prawnej. Osobiście nigdy nie wykonywałem zawodu w kancelarii prawnej. Od 22 lat jestem radcą prawnym w Komendzie Wojewódzkiej Policji we Wrocławiu, gdzie służę pomocą na co dzień rozwiązując problemy prawne. W ten sposób spłacam też dług Polsce, która mnie nauczyła tego zawodu, bo nakładem środków publicznych zdobyłem wykształcenie. Bycie radcą prawnym to moje życie. Po 37 latach pracy w zawodzie radcy prawnego każdego dnia idę do pracy z radością.

GRAŻYNA BŁOCISZEWSKA-JANKOWSKA, kierownik Centrum Szkolenia Ustawicznego Radców Prawnych KRRP

Prawnikiem jestem z przypadku. Nigdy w marzeniach młodzieńczych nie myślałam o tym, że będę radcą prawnym. Miałam być lekarzem, przypadek sprawił, że zostałam prawnikiem, a potem radcą prawnym. Mój tata uważał, że w ogóle nie nadaję się do tego zawodu. Zmienił zdanie dopiero po mojej pierwszej wygranej sprawie przed sądem. Moje życie jako radcy prawnego upływa pod znakiem działalności na rzecz samorządu. Tak jest praktycznie od 1988 r. W zasadzie mogę śmiało powiedzieć, że moje

życie to samorząd. Działalam w komisji ds. aplikacji i w komisji ds. szkoleń. Od 1994 roku odpowiadam w Krajowej Radzie Radców Prawnych, nie będąc formalnie jej członkiem, za doskonalenie zawodowe. Dziś, z perspektywy czasu, mogę powiedzieć, że – po mężu – to był najlepszy mój wybór w życiu.

ANDRZEJ KUROWSKI, OIRP w Olsztynie

Jako niewidomy, przyjmuję wszystkie odnaczenia, w tym również to, jako wyraz wdzięczności dla tych wszystkich osób, które mi pomagają i ze mną współpracują choćby przy propagowaniu wielu działań pro publico bono.

Byłem delegatem na pierwszy zjazd. Przyjechałem i tym razem. Między oboma minęło 30 lat. Przez ten czas zaszły w samorządzie prawniczym ogromne zmiany. Zarówno jeżeli chodzi o pozycję i rolę samorządu radcowskiego w stanowieniu prawa, jak i w relacjach z innymi środowiskami prawniczymi, tj. adwokatami czy notariuszami. Ale najistotniejsze jest to, że nasz zawód jest wreszcie traktowany na równi z zawodem adwokata.

Na tegorocznym, jubileuszowym zjeździe bardzo zainteresowała mnie także wypowiedź prezesa Sądu Najwyższego, Stanisława Dąbrowskiego, który wspominał o możliwości otwarcia dla radców prawnych zawodu sędziego. To cieszy, tym bardziej że na przykład w Stanach Zjednoczonych już od dawna adwokat lub prokurator może zostać sędzią.

wód do tego, żeby państwo kontynuowali dyskusję na temat roli radcy prawnego w instytucjach państwowych i później w ich reprezentowaniu. Bo zauważamy jednak, że prawnik, radca prawny niezwiązany z instytucją państwową żadnymi relacjami quasi-służbowymi, bardzo często zabiera o wiele bardziej swobodny i, powiedziałbym, interesująco interpretacyjny głos. To jest pewne zagadnienie, które jest w tym zawodzie obecne cały czas i myślę, że wypracowanie takiej płaszczyzny współpracy z instytucjami państwowymi będzie takim problemem, który po tych 30 latach będzie przedmiotem państwa namysłu.

Jak zaznaczył wiceprezes Marek Zirk-Sadowski, samorząd radców prawnych jest naturalnym zasobem sądów administracyjnych.

Prawie jedna trzecia sędziów sądów administracyjnych z niej się bowiem wywodzi.

– Nie sądzić państwo, że nie czytamy państwa głosów, a to, co mówią państwo na salach, nie znajduje odbicia w naszych dyskusjach i przemyśleniach, niezależnie od tego, co piszemy później w uzasadnieniu, bo to jest już zupełnie inny problem – podkreślił wiceprezes NSA, wzbudzając wesołość sali.

Czas czterech prezesów

W trakcie zjazdu nie mogło też zabraknąć wystąpień czterech byłych prezesów Krajowej Rady Radców Prawnych: Józefa Zycha, Jacka Żuławskiego, Andrzeja Kalwasa i Zenona Klatki.



Od lewej: Andrzej Kalwas, nagrodzony Krzyżem Komandorskim Orderu Odrodzenia Polski, oraz Grażyna Błociszewska-Jankowska, Barbara Kras, Andrzej Kurowski i Jan Łoziński nagrodzeni Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski.

Zdjęcie: Jacek Barcz

Powiedzieli...

BARBARA KRAS, dziekan OIRP we Wrocławiu

Jestem radcą prawnym już od 25 lat. Przez ten czas w istotny sposób zmieniła się forma wykonywania tego zawodu. Kiedy zaczynałam, była to tylko forma stosunku pracy. Obecnie możemy pracować w ramach umowy kancelaryjnej, umowy-zleczenia czy umowy o pracę. Prestiżem i profesjonalizmem dorównaliśmy adwokatom, którzy niejednokrotnie wpisują się również na listę radców prawnych.

Dlaczego zostałam radcą prawnym? To kwestia predyspozycji nie tylko zawodowych, ale i psychicznych. O tym, że chcę zostać prawnikiem wiedziałam, kończąc szkołę podstawową. Zdając maturę, wiedziałam, że pójdę na prawo, ale nie byłam przekonana, czy to będzie akurat radcostwo. Natomiast kończąc studia, miałam już doprecyzowaną ścieżkę zawodową. Od samego początku traktuję swoją pracę jako pewnego rodzaju misję. Natomiast nie jest to aż tak trudny zawód, jak praca adwokata – niejednokrotnie moralnie dwuznaczna. Poza tym mam swoje dziedziny, w których się realizuję i specjalizuję. Notabene specjalizacja to kolejny trend w zawodzie radcy prawnego. Nie należy też zapominać o ciągłym doszkalaniu i profesjonalnym podejściu do pracy.

MARIA MAJEWSKA, OIRP w Wałbrzychu

Nigdy nie pociągła mnie adwokatura, bo nie interesuje mnie prawo karne. Od 1982 r. zawód przynosi mi satysfakcję. Praktycznie od początku kariery zawodowej pracuję w przedsiębiorstwach państwowych. Byłam

przy budowie Rafinerii Gdańskiej i strajkach. Zawsze też jako pracownik identyfikowałam się z ludźmi pracy. Uważam, że zawód radcy prawnego jest bardzo trudny, a obecne czasy są szczególnie ciężkie. Wymagają charakteru i posiadania wartości etycznych. W moim przypadku szczęśliwie złożyło się, że kariera zawodowa była podporządkowana pomaganiu innym. Zawsze starałam się to robić i robię nadal.

ANTONI BARCIKOWSKI, OIRP w Toruniu

Kiedyś mówiło się, nieco górnolotnie, że radca prawny jest ostoją prawa, musi trzymać porządek, czyli poniekąd wchodzić w buty prokuratury, o co ta miała do nas czasami pretensje. Obecnie, poza prawem karnym, możemy zajmować się w zasadzie każdą gałęzią prawa, co nie znaczy, że jesteśmy omnibusami. Jako wykładowca opowiadałem swoim aplikantom, że do 1989 roku miałem cztery zeszytiki, które mi w zupełności wystarczały do codziennego wykonywania mojej pracy. Na początku XXI wieku bez dostępu do Lexa wykonywanie zawodu radcy prawnego jest niemal niemożliwe. Co więcej, uważam, że na przykład ustawy finansowe powinien tworzyć nie jeden prawnik (lub grupa prawników), ale co najmniej trzy osoby: oprócz jurysty także ekonomista i polonista. W przeciwnym razie nikt normalny nie zrozumie takiej ustawy. Powtórzę za poznańskim przedstawicielem palestry, panem Starczewskim: każdy prawnik powinien posługiwać się zdrowym, prawniczym, chłopkim rozumem. Tego, niestety, czasami nam brakuje. W przyszłości nie unikniemy też specjalizacji.

– *Wtedy, gdy walczyliśmy o samorząd, byliśmy silni inną siłą, bo inne były czasy. Wówczas więcej było bowiem przeciwników niż zwolenników* – powiedział z nutką sentymentu Józef Zych. I dodał z dumą: – *To myśmy kształtowali naszą aplikację.*

Józefowi Zychowi wtórował Jacek Żuławki, który – nawiązując do, jak powiedział, ataku na art. 17 Konstytucji RP – wezwał przedstawicieli wszystkich samorządów do powołania organu, który chroniłby osoby wykonujące zawody zaufania publicznego. Cofając się w przeszłość, do losów samorządu za swoich czasów,



Dziekani rad OIRP otrzymują medale pamiątkowe z okazji XXX-lecia samorządu radców prawnych.

Jacek Żuławski wspomniął opinię samorządu dla Sejmu w sprawie ustaw lustracyjnych, pod którą podpisał się osobiście razem z Krystyną Stogą.

O wielkiej roli i znaczeniu radców prawnych przekonany był również Andrzej Kalwas, który zabrał głos jako trzeci były prezes Krajowej Rady Radców Prawnych. – *Nic nam nie spadło z nieba* – powiedział z przekonaniem. I dodał: – *polski radca prawny ma status, który pozwala świadczyć pomoc prawną dla całej władzy państwowej, od gmin poczynając, a na wojewodach kończąc.* Nie krył też, że to za jego rządów radcowie prawni zostali „wprowadzeni na salony”.

Jak podkreślił Andrzej Kalwas, minione XXX-lecie to była ciągła walka. – *Damy sobie radę z tymi, co chcą nas otwierać, a my już jesteśmy tak otwarci, że w zasadzie już drzwi z zawiasów spadły* – powiedział obrazowo, budząc salwy śmiechu na sali. Na koniec swojego wystąpienia wezwał też radców prawnych do obrony własnej tożsamości i pielęgnowania dumy z osiągnięć, które samorząd ma. – *Jesteśmy najlepsi. Nie potrzebujemy się z nikim łączyć. Ci, którzy usiłują nami grać politycznie, przeminą jak zły sen, a my zostaniemy na zawsze* – powiedział na koniec swojego wystąpienia Andrzej Kalwas przy aplauzie zgromadzonych na sali radców prawnych.

Ostatnim zabierającym głos w ramach wspomnień minionego XXX-lecia samorządu był Zenon Klatka, którego wystąpienie było – jak sam powiedział – impresją o wdzięczności i radości.

Wieczór peł

Po nastrojowym koncercie zespołu Raz Dwa Trzy nadszedł czas na wręczenie dorocznych nagród przyznawanych przez kapitułę Krajowej Rady Radców Prawnych. Statuetki wraz z dyplomami wręczali: prezes Maciej Bobrowicz oraz Ewa Stompor-Nowicka, sekretarz Rady.

Radcą Prawnym Roku 2012 została Maria Ślęzak, wiceprezydent Rady Adwokatury i Stowarzyszeń Prawniczych Europy (CCBE). Wyodróżniono ją za wybitne osiągnięcia na arenie międzynarodowej oraz za reprezentowanie samorządu radców prawnych w najważniejszej



Maria Ślęzak, Radca Prawny Roku.



Waldemar Koper, dyrektor ds. prawnych Kompanii Piwowarskiej SA, oraz mec. Marek Czarny z kancelarii Wierzbowski Eversheds.



Paweł Blajer, Dziennikarz Roku.

en nagród

organizacji prawniczej na Starym Kontynencie. – *To, co osiągnęłam, to nie jest tylko mój sukces, to jest sukces nas wszystkich* – przyznała z wrodzoną skromnością pani mecenas.

W konkursie na najbardziej innowacyjną kancelarię za opracowanie i wdrożenie strategii budowania wizerunku oraz za aktywną obecność w internecie, jak również za nowatorskie wykorzystanie mediów społecznościowych zwyciężyła kancelaria prawna Wierzbowski Eversheds. Nagrodę odebrał mec. Marek Czarny. Natomiast wyróżnienie w tej samej kategorii – za stosowanie innowacyjnych rozwiązań w obsłudze klienta – otrzymała kancelaria Fortak&Karasiński.

W konkursie na Innowacyjnego Dyrektora Działu Prawnego główna nagroda trafiła w ręce Waldemara Kopera, dyrektora ds. prawnych w Kompanii Piwowarskiej i zarazem prezesa Polskiego Stowarzyszenia Prawników Przedsiębiorstw. Członkowie kapituły docenili go za wdrożenie w firmie innowacyjnego systemu zawierania umów. Przyznano również nagrodę w kategorii na produkt roku. Zdobyła ją wydawnictwo Wolters Kluwer Polska za Lex Touch – innowacyjną metodę udostępniania wiedzy prawniczej.

Człowiek i media

Odrębną grupę stanowiły nagrody dla świata mediów. Dziennikarzem Roku został Paweł Blajer, dziennikarz TVN CNBC, autor programu „Blajer mówi biznes”, popularyzujący wiedzę prawniczą wśród przedsiębiorców. – *Jestem małym dowodem na to, że można o prawie mówić w telewizji i z tą wiedzą docierać do tych, którzy jej gigantycznie potrzebują, czyli do drobnych przedsiębiorców* – powiedział, dziękując za wyróżnienie.

Kapituła KRRP doceniła również dwa dzienniki. „Rzeczpospolita” za realizację misji edukacyjnej w zakresie prawa oraz za profesjonalne prezentowanie informacji z dziedziny prawa na tzw. żółtych stronach. – *Wiem, że jesteście nie tylko naszymi czytelnikami, ale także stałymi współpracownikami, którzy dzielą się z nami na co dzień swoimi komentarzami, opiniami oraz pytaniami prawnymi.*



Danuta Przywara, prezes Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka.



Joanna Rossa i Maciej Oksiuta z Wolters Kluwer oraz Jadwiga Sztabińska, redaktor naczelna „Dziennika Gazety Prawnej”.



Ewa Usowicz, zastępca redaktora naczelnego „Rzeczpospolitej”.



Prezisi (od prawej): Jacek Żuławski, Andrzej Kalwas, Maciej Bobrowicz, Zenon Klatka i obecny wiceprezes KRRP Dariusz Sałajewski przy rocznicowym torcie.

Serdecznie za to dziękuję – powiedziała Ewa Usowicz, zastępca redaktora naczelnego „Rzeczpospolitej”. Natomiast „Dziennik Gazety Prawną” nagrodzono za wydawanie dodatku „Prawnik”, który zajmuje się m.in. aktywnością samorządów prawniczych.

Wręczono również nagrodę specjalną, którą uhonorowano Helsińską Fundację Praw Człowieka. Doceniono wieloletnią działalność tej organizacji na rzecz obrony praw człowieka i wolności obywatelskich. – *Bez was nasza pomoc byłaby niemożliwa, a nasz program spraw precedensowych co najmniej o połowę mniejszy i mniej skuteczny* – przyznała Danuta Przywara, prezes fundacji.

Na zakończenie zjazdu, tuż po północy, na salę obrad, która zamieniła się w salę balową, wjechał jubileuszowy tort. Pokroili go wszyscy prezisi KRRP.

(mz)

Zdjęcia: Jacek Barcz

Gdy komornik upomni się o nazwę domeny



Rozmowa z **Arturem Piechocińskim**,
radcą prawnym, doradcą dyrektora Naukowej i Akademickiej
Sieci Komputerowej Instytutu Badawczego (NASK), rejestru domeny.pl

Dlaczego nazwa domeny jest tak ważna?

Nazwy domen pełnią liczne funkcje w internecie i mają istotne znaczenie dla rozwoju handlu elektronicznego. Nazwa domeny umożliwia identyfikację określonego źródła informacji. Może identyfikować usługę, towar lub przedsiębiorcę, może być identyczna ze znakiem towarowym, nazwą (firmą), imieniem/nazwiskiem osoby fizycznej. Obecność cyfrowa przedsiębiorcy w internecie bez własnej nazwy domeny wydaje się wręcz niemożliwa.

Warto również wspomnieć, iż wyłączność faktyczna nazwy domeny wraz z jej funkcją identyfikacyjną doprowadziła do nadawania nazwom domen wartości majątkowej. Przypisanie nazwie domeny wartości majątkowej pociągnęło za sobą powstanie handlu nazwami domen. Przykładem wartości, jaką może osiągnąć ciąg znaków w nazwie domeny może być kwota niemal 10 000 000 dolarów, zapłacona w 2008 roku za przeniesienie nazwy domeny „fund.com”, czy kwota 8 500 000 dolarów zapłacona w 2010 roku za nazwę domeny „fb.com”.

Jaki charakter prawny ma nazwa domeny?

Przede wszystkim nie stanowi ona przedmiotu prawa własności ani innego prawa o charakterze bezwzględnym. Wyjątkowo nazwa domeny może stać się przedmiotem prawa ochronnego udzielonego na znak towarowy. Może nastąpić wtedy, gdy nazwa domeny staje się znakiem towarowym powszechnie znanym, np. „onet.pl”, lub zo-

staje zarejestrowana jako znak towarowy. Jednak ochrona udzielona w takim przypadku wynika z faktu, że nazwa domeny stała się jednocześnie znakiem towarowym i tylko dlatego podlega ochronie. Natomiast sama nazwa domeny, która nie jest znakiem towarowym nie podlega ochronie przewidzianej przepisami prawa własności przemysłowej ani innych przepisów prawa. Nazwa domeny może również odpowiadać innemu dobru chronionemu prawem, np. firmie, jednak wtedy chronione jest to dobro, np. nazwa przedsiębiorcy (firma), a nie nazwa domeny sama w sobie.

Co prawda, niektóre narodowe rejestry domen (np. RED.ES rejestr dla .es) rejestrują nazwy domeny po dokonaniu ich przydziału abonentom. Rozwiązanie to może być kwestionowane o tyle, że należałoby w takim przypadku przyjąć założenie, że dany rejestr dysponuje czy nawet jest „właścicielem” zasobu wszystkich kombinacji znaków, jakie mogą być użyte jako nazwa w danej domenie ccTLD. Tymczasem w przypadku nazw domeny, to abonent decyduje, jaki zestaw znaków chce otrzymać, on kreuje daną nazwę domeny. Inne rejestry (np. DNS.BE rejestr dla .be) przyjmowały z kolei rozwiązanie, iż nazwa domeny udzielana jest rejestratorowi (pośrednikowi) na zasadzie licencji przez rejestr, a następnie na zasadzie podlicencji abonentowi. Rejestry takie nie mogą jednak wykazać podstawy prawnej dla przyjęcia, że nazwa domeny może stanowić przedmiot prawa własności intelektualnej lub licencji.

Wśród większości europejskich rejestrów dominuje jednak pogląd, iż nazwa dome-

ny stanowi tylko uprawnienie z umowy pomiędzy rejestrem a abonentem. Uprawnienie to polega na żądaniu utrzymywania określonej nazwy domeny i jest skierowane do rejestru. Uprawnienie abonenta ma charakter względny, jest skuteczne tylko wobec rejestru, dlatego abonent nie może domagać się wykonania rejestracji i utrzymywania nazwy domeny przez rejestratora czy od osób trzecich.

Zupełnie innym zagadnieniem jest natomiast wyłączność faktyczna uzyskiwana przez abonenta nazwy domeny w wyniku jej rejestracji. Rejestracja nazwy domeny i jej utrzymywanie prowadzi do powstania stanu faktycznej wyłączności wykorzystywania danego ciągu znaków, stanowiącego nazwę domeny. Wynika on z tego, że w internecie nie mogą istnieć dwie identyczne nazwy domeny. Stan ów uważa się za zachowany, gdy dwie nazwy domeny mają co najmniej jeden element odróżniający.

Jak odbywa się rejestracja nazwy domeny?

Rejestracja i utrzymywanie nazwy w danej domenie wymaga zawarcia umowy z odpowiednim rejestrem gTLD (*generic Top-Level Domain*) albo ccTLD (*country code Top-Level Domain*). Umowa o rejestrację i utrzymywanie nazwy domeny może być zawarta przez użytkownika internetu bezpośrednio z rejestrem ccTLD lub za pośrednictwem rejestratora, czyli pośrednika reprezentującego użytkownika. Rejestrator w większości trójstronnych modeli stosunków prawnych (rejestr – rejestrator – użytkownik, czyli abonent) występuje wobec rejestru w imieniu

i na rzecz abonenta nazwy domeny, pomimo iż jednocześnie wykonuje dla abonenta obsługę procesów związanych z rejestracją i utrzymywaniem nazwy domeny. Niektóre rejestry dopuszczają zawarcie umowy z abonentem zarówno za pośrednictwem rejestratora, jak i bezpośrednio, np. DENIC dla .de. Inne wyłączają możliwość rejestracji bezpośredniej, np. DNS.BE dla .be, jeszcze inne dopuszczają tylko możliwość rejestracji nazwy domeny bezpośrednio w rejestrze, np. ISNIC – *Internet Iceland Ltd.* dla .is. W Polsce rejestrem domeny .pl jest NASK.

Co jest przedmiotem umowy o nazwę domeny?

Przedmiot umowy stanowi świadczenie polegające na utrzymywaniu nazwy domeny oraz obsłudze technicznej i administracyjnej abonenta. Utrzymywanie nazwy domeny sprowadza się do udostępniania użytkownikom internetu danych określonych przez abonenta nazwy domeny (nazwa domeny i związane z nią adresy serwerów nazw), zamieszczonych w pamięci urzędnika wykorzystywanego w tym celu przez rejestr. Powszechnie mówi się wprawdzie o wykonywaniu przez rejestr czynności rejestracji nazwy domeny, jednak sformułowanie to nie odpowiada faktycznie wykonywanemu świadczeniu. Rejestracja ogranicza się do jednorazowej czynności zamieszczenia przez rejestr danych określonych przez abonenta nazwy domeny w pamięci urzędnika wykorzystywanego do udostępniania użytkownikom internetu tych danych, natomiast właściwe świadczenie, które stanowi utrzymywanie nazwy domeny, polega na kierowaniu zapytań o nazwy domeny. pl. Zapytania takie pochodzą od użytkowników internetu z całego świata.

Czy nazwa domeny może być przedmiotem zajęcia komorniczego?

Tak. Podstawą prawną zajęcia nazwy domeny jako uprawnienia (wierzycielności) powinien być art. 896 k.p.c. Zajęcie dokonane jest z chwilą doręczenia wezwania, przy czym należy przyjąć, iż chodzi o wezwanie, o którym mowa w § 2 tego przepisu. Wykonanie obowiązków objętych wezwaniem z § 1 wydaje się niemożliwe. Przepis ten wymaga także złożenia oświadczeń, oczywiście odpowiednio dostosowanych do rodzaju wierzycielności – nazwy domeny. Oświadczenia takie mają więc dotyczyć tego, czy i w jakiej wysokości przysługuje dłużnikowi zajęta wierzycielność, czy inne osoby roszczą sobie

prawa do wierzycielności, czy i w jakim sądzie lub przed jakim organem toczy się lub toczyła się sprawa o zajętą wierzycielność oraz czy i o jakie roszczenia została skierowana do zajętej wierzycielności egzekucja przez innych wierzycieli.

Jakie są skutki zajęcia?

Przede wszystkim w stosunku do wierzyciela egzekwującego nieważne są rozporządzenia wierzycielnością (art. 885 w zw. z art. 902 k.p.c.), wierzyciel zaś z mocy samego zajęcia może wykonywać wszelkie prawa i roszczenia dłużnika. To na żądanie wierzyciela komornik wydaje mu odpowiednie zaświadczenie (art. 887 w zw. z art. 902 k.p.c.). Wtedy wierzyciel wykonuje uprawnienia dłużnika ze stosunku nazwy domeny, w tym zgodę na przejęcie długu, o której mowa w art. 519 § 2 pkt. 1 k.c. w przypadku sprzedaży nazwy domeny.

Czy można nie zastosować się do wezwań komornika?

Niestety tak, ale wtedy skutkiem takiego niezastosowania się do wezwań komornika może być grzywna, jaka może zostać wymierzona dłużnikowi na podstawie art. 886 w zw. z art. 902 k.p.c.

Czy wierzyciel może sprzedać nazwę domeny, będąc wierzycielem abonenta nazwy domeny?

Tak. Zgodnie z art. 904¹ k.p.c., na wniosek wierzyciela zaspokojenie nastąpić może przez sprzedaż wierzycielności (nazwy domeny) w drodze licytacji lub z wolnej ręki. Licytacja powinna być prowadzona według przepisów o egzekucji z ruchomości. Cena wywołania wynosi połowę sumy, na którą składa się wartość egzekwowanej wierzycielności oraz należne od niej odsetki liczone od dnia ich wymagalności do dnia licytacji. Nabycie nie może nastąpić poniżej ceny wywołania.

Za zgodą dłużnika zajęta wierzycielność może zostać sprzedana z wolnej ręki, po cenie przez niego wskazanej, jeżeli sprzedaż za tę cenę nie narusza interesu wierzyciela. Dłużnik może też wskazać osobę nabywcy oraz inne warunki sprzedaży. Abonent nazwy domeny jest jednocześnie wierzycielem wobec NASK z tytułu utrzymywania nazwy domeny i dłużnikiem z tytułu świadczeń dotyczących nazwy domeny – w przypadku rejestracji bezpośredniej opłata, w przypadku partnerskiej inne obowiązki wynikające z regulaminu, np. aktualizacja danych, podanie serwerów nazw.

Jakie działania podejmuje NASK w związku z zajęciem komorniczym?

Obowiązki rejestru ograniczają się do udzielenia odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 896 § 2 k.p.c. NASK, jako rejestr domeny .pl nie ma natomiast obowiązku utrzymywania nazwy domeny w przypadku niewniesienia opłaty za kolejny okres rozliczeniowy. W przypadku zaś wypowiedzenia umowy o utrzymywanie nazwy domeny przez jej abonenta, pomimo zajęcia, rejestr usuwa nazwę domeny.

Pewnym problemem może być sytuacja zmiany abonenta, bowiem art. 885 w zw. z 902 k.p.c. przewiduje sankcję w postaci nieważności rozporządzenia wierzycielnością. Skutek ten odnosi się jednak wobec wierzyciela, należy zatem przyjąć, że NASK nie jest zobowiązana do wstrzymania zmiany abonenta.

Ile takich zajęć komorniczych odnotowali państwo ostatnich latach?

Znanych NASK zajęć komorniczych było około 70–80 w ostatnich 5–6 latach. Nie mamy natomiast danych na temat liczby egzekucji z wykorzystaniem nazw domeny .pl, które nie zostały zgłoszone do NASK.

Czy patrząc na doświadczenia innych państw, w przyszłości takich spraw może być więcej?

Kwestia zajęcia nazw domeny stanowi nowość nie tylko w Polsce. Również inne rejestry krajowe odnotowały wiele problemów związanych z tzw. *domain names garnishment*. Biorąc jednak pod uwagę wzrost zainteresowania i dyskusji prawnych na ten temat, a także generalną światową tendencję do przymusowego wyłączania usług w razie stwierdzenia naruszeń prawa (*notice and take down*), a w tym usług nazw domen, można wkrótce oczekiwać zwiększenia liczby prowadzonych egzekucji z wykorzystaniem nazw domeny .pl. Wzrost taki byłby również uzasadniony wysoką niekiedy wartością nazw domeny, a tym samym możliwością uzyskania środków na zaspokojenie wierzycieli pochodzących ze „zbycia” nazwy domeny.

Dziękuję za rozmowę. ■

Grażyna J. Leśniak

Profesjonalizm[■] Tomasz Działyński

rankingów

W naukach społecznych przez wiele lat dominował pogląd, że profesje powstają, by zaspokajać określone potrzeby zbiorowości i gwarantować wysoki standard usług. Dlatego profesjonalizm oznacza wysoki standard wykonania danej czynności.

Profesjonalista radca prawny będzie to więc osoba zajmująca się zawodowo wykonywaniem zawodu radcy prawnego. To ktoś, kto ma duże umiejętności w tym zakresie i doskonale wykonuje swoją pracę, świadcząc usługi prawne na rzecz swoich klientów.

Jeden z poczytnych miesięczników w lutym 2012 r. zorganizował ranking zawodów zaufania publicznego pod nazwą „Profesjonalności 2012”. Do zawodów zaufania publicznego zaliczył adwokatów, radców prawnych, architektów, lekarzy oraz aktorów. W tak doborowym towarzystwie, w każdym z pięciu wytypowanych województw, miał być dokonany wybór największego profesjonalisty wśród radców prawnych. Na stronie internetowej magazynu zamieszczono regulamin, zgodnie z którym wyłonienie zwycięzców odbyć się miało według zasad opublikowanych przez organizatora. Zasady głosowania były następujące: do przygotowanej przez podwykonawcę (?) bazy osób z danej branży zostaną wysłane formularze głosowania. (...) na podstawie zebranych głosów zostanie sporządzony ranking laureatów; formularz głosowania, oddzielny dla każdego województwa, zostanie umieszczony na stronie internetowej poświęconej projektowi; o wyłonieniu laureatów zdecyduje liczba otrzymanych głosów. To wszystko. Ani słowa o kryteriach klasyfikacji, ani słowa o warunkach uczestnictwa. Kto głosuje, w jaki sposób zgłaszać uczestników, kto ma do tego prawo, a kto jest wyłączony z tego uprawnienia – ani słowa wyjaśnienia.

Ważnym elementem konkursu są organizowane przez poczytny magazyn uroczyste gale wręczenia nagród laureatom, odbywające się w znanych i ekskluzywnych salach hotelowych. *Show must go on.*

Tylko jaki charakter ma taki *show* dla zawodów zaufania publicznego? W tych zawodach miarą profesjonalizmu powinien być profesjonalizm racjonalnie i obiektywnie wyłonionych uczestników, a nie głosowanie, którego wynik zależy od stopnia zorganizowania głosujących.

A jak ważne są kryteria etyczne?

À propos. W uchwale nr 17/VII/2008 Krajowej Rady Radców Prawnych z 25 stycznia 2008 roku w sprawie udziału radców prawnych w rankingach prawniczych oraz art. 25 pkt. g Kodeksu etyki radcy prawnego stanowi się, że udział radcy prawnego (...) jest dozwolony w takim rankingu, który spełnia łącznie następujące

warunki: organizator rankingu publicznie ogłasza o prowadzeniu rankingu, warunkach uczestnictwa w rankingu oraz kryteriach klasyfikacji uczestników rankingu. Definicje zawarte w warunkach uczestnictwa w rankingu oraz kryteria klasyfikacji muszą być sformułowane jednoznacznie i nie mogą wprowadzać w błąd ani jego uczestników, ani osób zapoznających się z jego wynikami. Już pobieżne porównanie regulacji związanych z dopuszczalnym uczestnictwem w rankingach z warunkami konkursu zorganizowanego przez poczytny magazyn jednoznacznie wskazują, że nie są one zbieżne. Trudno się więc dziwić, że w tej sytuacji wyniki konkursu w Wielkopolsce wśród radców prawnych przyniosły rozwiązanie co najmniej zaskakujące środowisko samorządowe radców prawnych. Zwycięzcą konkursu został bowiem prawnik, który wprawdzie od 2006 r. jest wpisany na listę radców prawnych, ale swoje niemałe osiągnięcia świadczące o dużym profesjonalizmie osiągnął jako prawnik naukowiec, a nie prawnik radca prawny. Nie prowadzi własnej kancelarii, nie ma swojej strony www. Pracuje na uczelni. W efekcie, sam jest zaskoczony, iż w tak wymagającym środowisku radców prawnych, jakim są radcy prawni Wielkopolski, zostawił w rankingowym polu pokonanych wybitnych, bardzo profesjonalnych przedstawicieli naszego zawodu. Sytuacja ta jest co najmniej niezręczna nie tylko dla niego, ale także dla środowiska samorządowego oraz organizatora konkursu. Wydaje się więc konieczne,



Rys. oilly - Fotolia.com

aby w przyszłości bardzo ważny ranking, oceniający profesjonalizm, czyli stopień zawodowego przygotowania i wykonywania obowiązków przez radców prawnych, podlegał jasnym i czytelnym kryteriom określonym w regulaminie konkursu. W przeciwnym wypadku kolejny ranking profesjonalistów może się okazać mało profesjonalny. ■

276 dni

■ Krzysztof Mering

Tyle trwa rozpatrywanie sprawy gospodarczej w polskich sądach – wynika z badania kancelarii prawniczej Deloitte Legal, przeprowadzonego w 13 państwach.

Takim przykładem wieloletniej sprawy – powszechnie uważanej za gospodarczą – a będącą *de facto* sprawą karna, jest głośna afera „Infoplex” z Łodzi. Przypomnijmy, że chodziło tam o sprzedaż biurowca Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych po mocno zawyżonych cenach przez osobę, która wcześniej kupiła ten budynek od zakładów Próchnik. Transakcja ta nastąpiła w 1990 roku i od tego czasu nie schodzi z wokandy, choć często na niej tkwi bez ruchu. Ostatnio wyłączono nawet część sprawy do odrębnego postępowania z uwagi na zły stan zdrowia współoskarżonych, gdyż taka jest także nie tylko sądowa, ale i zdrowotna funkcja czasu.

Mamy w naszym kraju 10300 etatów sędziowskich (dane za 2010 r.) i ta liczba się nie zmienia. Oznacza to, że na 1 sędziego przypadało do załatwienia prawie 1100 spraw rocznie, z czego ok. 170 miało charakter procesowy. Na pytanie, czy to dużo czy nie, można odpowiedzieć analizą wskaźnika opanowania wpływu – czyli współczynnika spraw rozstrzygniętych do liczby spraw zarejestrowanych w danym roku w sądach rejonowych. W 2011 roku wyniósł on 98,5 proc, co oznacza, że na 1,5 proc. spraw sędziowie nie znaleźli czasu.

Jest więc, jak jest, czyli nie najgorzej – porównując nas z Europą, kiepsko – odnosząc się do powszechnej opinii obywateli. Oba te uwarunkowania świadczą o tym, że mogłoby być lepiej.

A może poprawę tej sytuacji przyniosą nowe przepisy k.p.c. Ustawa z 16 września 2011 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie 3 maja tego roku, wprowadza trzy kluczowe z punktu widzenia przedsiębiorców zmiany w postępowaniu.

Pierwszą jest likwidacja postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych przy zachowaniu sądów gospodarczych jako wydziałów sądów powszechnych, kolejną – koncentracja materiału dowodowego na jak najwcześniejszych zasadach. Trzecia zmiana dotyczy środków zaskarżenia – zażalenie na uchylene przez sąd II instancji wyroku sądu I instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Cel, który przyświecał ustawodawcy to uproszczenie postępowania oraz wprowadzenie rozwiązań przyczyniających się do jego przyspieszenia.

A jak to działa w innych krajach? Autorzy raportu – z pomocą partnerskich kancelarii Deloitte przebadali 13 krajów. I tak, we Francji i Belgii przepisy dotyczące procedury gospodarczej są bardziej liberalne niż zwykle postępowanie cywilne. W Hiszpanii, An-

dokończenie na str. 39



Rys. anatre - Fotolia.com

To znacznie mniej niż wynika z raportów „Doing biznes”, według których czas oczekiwania na sądowe rozstrzygnięcie może przekroczyć nawet 800 dni. Z pewnością są w naszym kraju takie sądy – i to głównie w okręgu warszawskim – z którego czerpią informacje autorzy raportu Banku Światowego. Czas trwania postępowania w sądach okręgowych w Warszawie wynosi bowiem 20,5 miesiąca zaś w sądach rejonowych ponad 15 miesięcy. Aby jednak uzyskać średnią w wysokości wspomnianych 276 dni muszą istnieć polskie sądy, w których sprawę gospodarczą można rozstrzygnąć niemal od ręki. Do takich sądów okręgowych należy np. okręg toruński, w którym już po 10 dniach mamy wyrok. W przypadku sądów okręgowych doskonale wypada okręg białostocki i lubelski, które także potrzebują zaledwie 1,5 tygodnia na zakończenie sprawy w I instancji.

W Europie prymusem jest Finlandia, gdzie średni czas rozpatrywania spraw w I instancji wynosi 35–40 dni. W mozaice europejskich sądów są także Niemcy, Austria i Czechy, gdzie ten czas sięga od 90 do 420 dni. W tym peletonie znajduje się Polska, ale mamy też Portugalię i Grecję; 720–1080 dni oraz Włochy, w których przed upływem 1080 dni nie ma co liczyć na rozstrzygnięcie.

– *Nie odstawiamy od średniej europejskiej* – zauważa Aleksander Czech, radca prawny, menedżer w kancelarii Deloitte Legal – *choć, oczywiście, daleko nam do liderów.*

Pewną informacją o sprawności wymiaru sprawiedliwości jest, ile spraw zalega w sądach od ponad 8 lat. I tych spraw jest w polskich sądach rejonowych zaledwie jedna dziesiąta procentu, a w okręgowych nieco ponad 1 procent. Warto o tym pamiętać, gdyż – zdaniem autorów raportu – w świadomości przeciętnego obywatela istnieje obraz ciągnących się latami spraw sądowych, które mają wpływ na nasze widzenie kondycji całej krajowej Temidy.



@borneyboogles – Fotolia.com

ETYKA

w pytaniach i odpowiedziach (7)

Art. 27 ust. 7 Kodeksu etyki radcy prawnego

Pytanie:

1. Czy dopuszczalne jest skierowanie przez radcę prawnego do dłużnika swojego klienta pisma informującego, że radca prawny zamierza w imieniu swojego mocodawcy złożyć do organu ścigania zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa przez tego dłużnika?

2. Czy dopuszczalne jest, by radca prawny w piśmie do tego dłużnika poinformował go, że klient zamierza złożyć takie zawiadomienie?

3. Czy takie działania radcy prawnego mogą być uzależnione od wyboru radcy prawnego, któremu klient taki wybór pozostawia, a w szczególności, czy złożenie zawiadomienia przez radcę prawnego może zostać uzależnione od tego, czy dłużnik zaspo-koić roszczenie klienta?

Powyższe działania radcy prawnego dotyczyłyby w szczególności sytuacji odnoszącej się do popełnienia przestępstw z art. 286 § 1 k.k. oraz 586 k.s.h.

W uzasadnieniu zapytania, wskazując na różnicę w poglądach radców prawnych, wyrażono ocenę, że takie działanie nie jest zagrożeniem odpowiedzialnością karną i to zarówno wtedy, gdy – według radcy prawnego – zachodzi uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, jak i wtedy, gdy to podejrzenie

nie jest dostatecznie uzasadnione. Zdaniem pytającego, dłużnik klienta może się bowiem bronić, przedstawiając swoją argumentację i zapobiec w ten sposób złożeniu zawiadomienia.

Stanowisko

1. Sytuacja faktyczna wynikająca z zapytań nie odnosi się do samego złożenia przez radcę prawnego zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa przez dłużnika jego klienta. Dotyczy ona korespondencji pomiędzy radcą prawnym – pełnomocnikiem klienta – a dłużnikiem tego klienta.

Należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że obowiązek zawiadamiania organów ścigania dotyczy tylko przestępstw popełnianych z urzędu, a nie z oskarżenia prywatnego bądź in-wniosek. Może on mieć charakter społeczny (art. 304 § 1 k.p.k.), prawny (art. 304 § 2 k.p.k. – dot. tylko instytucji państwowych i samorządowych, a więc również samorządu zawodowego, o ile ujawniono je w związku z działalnością tych instytucji) oraz powszechny prawny, a więc opatrzony sankcją za jego niedochowanie (art. 240 k.k. dot. wskazanych tam przestępstw oraz inne ustawy szczególne). Jakakolwiek korespondencja pełnomocnika z dłużnikiem mocodawcy nie jest więc realizowaniem jednego z powyższych obowiązków. Obowiązki te obciążają zresztą w zasadzie mocodawcę, a nie osobiście pełnomocnika. Należy wyrazić pogląd, że podpisanie przez radcę prawnego zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, z powołaniem się na działanie w imieniu mocodawcy i jego pełnomocnictwo – jest prawnie dopuszczalne. Radca prawny, działając jako pełnomocnik, ujawnia, co prawda, okoliczności objęte jego tajemnicą zawodową,

ale czyni to za przyzwoleniem klienta na użytek postępowania, w którym go reprezentuje. Jest to bowiem czynność zawodowa objęta świadczeniem pomocy prawnej, tj. reprezentowaniem klienta w postępowaniu przygotowawczym. Wydaje się jednak pożądane, by radca prawny mógł ograniczyć swoje czynności wyłącznie do przygotowania opinii prawnej na temat zasadności kierowania zawiadomienia oraz treści tego zawiadomienia. Samo zawiadomienie powinien podpisywać mocodawca, którego obowiązek zawiadomienia obciąża. Radca prawny, podpisujący takie zawiadomienie, staje się bowiem potencjalnym świadkiem w postępowaniu karnym, a to nie sprzyja bezwzględnej ochronie jego tajemnicy zawodowej.

2. Zarówno treść tych zapytań, jak i pogląd pytającego wskazują na to, że celem powyższych działań radcy prawnego jako pełnomocnika ma być skłanianie dłużnika do zaspokojenia roszczeń mocodawcy radcy prawnego, a więc służyć skutecznemu działaniu w interesie klienta. Przepis art. 27 ust. 7 Kodeksu etyki jednoznacznie zakazuje radcy prawnemu grożenia komukolwiek w jakichkolwiek zawodowych wystąpieniach postępowaniem karnym lub dyscyplinarnym. Uzasadnienie tego zakazu wynika z chronionych przez ten kodeks wartości, tj. godności zawodu i niepodważania do niego zaufania. Tym zakazem objęta jest nie tylko korespondencja (lub wypowiedź ustna) ze świadkiem bądź potencjalnym świadkiem, ale również z drugą stroną sporu mocodawcy.

Informowanie dłużnika mocodawcy zarówno o zamiarze złożenia zawiadomienia, jak i o jego złożeniu z jednoznaczną lub dorozumianą intencją uzyskania zaspokojenia roszczenia mocodawcy należy uznać za grożenie odpowiedzialnością karną w rozumieniu przywołanego przepisu. Grożeniem będzie więc nie tylko działanie stanowiące przestępstwo (groźba bezprawna, szantaż), ale również zapowiedź wywołania dolegliwości wynikającej z postępowania karnego bądź dyscyplinarnego w celu zmuszenia do zachowania się zgodnego z wolą osoby grożącej. Taka informacja przekazywana drugiej stronie sporu z mocodawcą może również nie służyć interesowi publicznemu chronionemu obowiązkiem zawiadamiania organów ścigania. Nie można bowiem uznać, że w omawianych sytuacjach celem kontaktu pełnomocnika z przeciwnikiem jego klienta jest ochrona prawa naruszonego przestępstwem lub powstrzymanie go od działań sprzecznych z prawem.

Należy też wskazać na inne etyczne obowiązki radcy prawnego, a zwłaszcza na zakaz odstępowania od nich w celu zadowolenia klienta (art. 11 ust. 3 Kodeksu etyki), a także na to, że negatywne nastawienie klienta do strony przeciwnej nie powinno mieć wpływu na postawę radcy prawnego, który obowiązany jest postępować zgodnie z ogólnymi standardami etyki zawodowej (art. 27 ust. 3 Kodeksu etyki). Radca prawny przyjął bowiem na siebie obowiązki wykraczające poza standard wynikający z prawa powszechnego.

Radca prawny nie może więc w korespondencji z przeciwnikiem w sporze jego mocodawcy ani zapowiadać złożenia, ani informować o złożeniu zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, a w szczególności nie może takiego działania uzależniać od zaspokojenia roszczeń mocodawcy.

Powyższym zakazem nie jest, oczywiście, objęta stosowana w praktyce standardowa treść wezwania do zapłaty pod rygorem wystąpienia na drogę procesową. ■

Art. 22 ust. 7 Kodeksu etyki radcy prawnego

Pytanie:

Radca prawny do maja 2010 r. pełnił funkcję prezesa zarządu, a obecnie świadczy pomoc prawną dla związku zawodowego działającego w tym podmiocie. Pomoc prawna obejmuje m.in. interpretowanie treści umów zawieranych przez prezesa zarządu w imieniu tego podmiotu. Czy w omawianym przypadku istnieje konflikt interesów, a radca prawny powinien wyłączyć się z prowadzenia takich spraw?

Stanowisko:

Osoba pytająca, będąc prezesem zarządu, nie świadczyła pomocy prawnej na rzecz zatrudniającego ją podmiotu, a więc ten podmiot nie był klientem tej osoby jako radcy prawnego. Podpisywanie umów było wówczas działaniem w charakterze osoby reprezentującej organ tego podmiotu. Obecnie były prezes świadczy pomoc prawną jako radca prawny na rzecz związku zawodowego działającego w tym podmiocie. Przepisy Kodeksu etyki radcy prawnego nie pozwalają działać w sytuacji konfliktu interesów (art. 8 oraz art. 19–22). Przepisy te w zasadzie regulują sytuację konfliktu pomiędzy interesami klientów radcy prawnego (obecnymi bądź byłymi) oraz pomiędzy interesami klienta a interesami radcy prawnego. Odnoszą się one jednak także do sytuacji, w której świadczenie pomocy prawnej – mające na celu ochronę prawną interesów klienta (art. 2 ustawy o radcach prawnych) – zostaje skonfrontowane z uprzednimi zajęciami radcy prawnego niebędącymi czynnościami z zakresu pomocy prawnej. Dotyczy to sytuacji, gdy radca prawny „brał udział w sprawie jako przedstawiciel organów władzy publicznej lub instytucji prawa publicznego” (art. 22 ust. 1 lit. a) kodeksu). Oznacza to, iż uczestnictwo wynikające z zajmowanego przedstawicielskiego stanowiska, wpływające na treść rozstrzygnięcia władczego, uniemożliwia późniejsze świadczenia pomocy prawnej w tej sprawie.

Oceniając sytuację opisaną w pytaniu, która nie odnosi się do funkcji w „organie władzy publicznej lub instytucji prawa publicznego”, należy wskazać, że uprzedni istotny, a w szczególności przedstawicielski, udział w dokonywaniu czynności prawnej w imieniu tego podmiotu stwarza sytuację, w której może nastąpić zderzenie przeciwstawnych interesów reprezentowanych przez tę samą osobę (prezesa zarządu, a potem radcy prawnego). Unikanie sytuacji konfliktu interesów mogących utrudnić radcy prawnemu zachowanie pełnej niezależności w zakresie formułowanych opinii i poglądów stanowi jeden z podstawowych obowiązków etyczno-zawodowych radcy prawnego. Udzielanie porady prawnej w analizowanych okolicznościach może pozostawać w takim związku z poprzednimi czynnościami wykonywanymi przez radcę prawnego, które z uwagi na przesłanki podmiotowe – przedmiotowe i granice czasowe mogą być uznane za „sprawę związaną” (art. 22 ust. 1 lit. a)). Może ono także prowadzić do sytuacji, w której wiedza posiadana przez radcę prawnego o sprawach spółki, którą kierował, stwarzałyby jego obecnemu klientowi „nieuzasadnioną przewagę” [art. 22 ust. 2 lit. c)] w sporze z władzami spółki. Dlatego przyjęcie przez radcę prawnego świadczenia pomocy prawnej w sytuacji opisanej w pytaniu wiązałoby się z wysokim ryzykiem naruszenia zasad etyki zawodowej. ■

Komisja ds. Etyki
Krajowej Rady Radców Prawnych



Rys. Jakub Jirszak – Fotolia.com

Cloud computing

– bezpieczeństwo przechowywania i przesyłania danych

■ Marcin Fiedziukiewicz

Cloud computing to najważniejszy obecnie trend w dziedzinie IT, który zmienia podejście do biznesu nie tylko na świecie, ale też w naszym kraju. Na polskim rynku pojęcie „chmury”, w kontekście szeroko pojętych usług B2B pojawiło się stosunkowo niedawno i wywołało liczne dyskusje na temat tego, czy jest to tylko chwilowa moda czy kierunek biznesu, za którym podążą wszyscy.

Cloud computing to model usługi przechowywania, przetwarzania i przesyłania danych poprzez dostęp do odpowiednich zasobów, oprogramowania i sprzętu w internecie. Wyróżniamy trzy modele „chmury obliczeniowej”:

SaaS (Software as a Service) – czyli oprogramowanie jako usługa; dystrybucja oprogramowania do odbiorców poprzez internet najczęściej to dostęp do narzędzia z poziomu przeglądarki internetowej (najczęstszym przykładem są tutaj różne platformy CRM lub narzędzia do księgowania i prowadzenia rachunkowości) lub aplikacji mobilnych. Oprogramowanie tego typu

zapewnia dostęp uprawnionym osobom do aplikacji z każdego miejsca na świecie. W kontekście usług dla kancelarii prawnych ten obszar jest dla nas najbardziej interesujący.

PaaS (Platform as a Service) – czyli platforma jako usługa; udostępnienie wirtualnego środowiska pracy; skierowane głównie do programistów w celu tworzenia oprogramowania i udostępniania go swoim klientom;

IaaS (Infrastructure as a Service) – czyli infrastruktura jako usługa; dostarczenie sprzętu jako przestrzeni dyskowej na serwerze, która może być elastycznie

dostosowana do bieżących potrzeb odbiorcy. Pozwala zmniejszyć koszty związane z zakupem sprzętu koniecznego do utrzymania danych firmy.

Zalety „chmury”

„Chmura obliczeniowa” jest niezwykle wygodna, ponieważ nie wymaga instalowania oprogramowania na komputerach firmowych, a dostarcza wszelkie usługi poprzez internet. Wiąże się to z dużo mniejszym kosztem ich utrzymania. Główną zaletą tego modelu jest dostosowanie do potrzeb działalności każdego przedsiębiorcy. Optymalizacja zapotrzebowania na usługi IT pozwala na rozliczanie się za faktycznie wykorzystywane w danym okresie zasoby. W tym modelu odpowiedzialność (też kosztowa) za utrzymanie, support, aktualizowanie oprogramowania leży po stronie dostawcy usługi. Całość opłat wliczona jest w abonament usługi.

W obecnym okresie silnego rozwoju „chmury obliczeniowej” i trendów przeniesienia usług biznesowych w ten obszar, pojawia się wiele kontrowersji związanych

z bezpieczeństwem przechowywania danych poza firmą. Warto wspomnieć o podziale w obrębie tego modelu na „chmurę prywatną” i „chmurę publiczną”. „Chmura publiczna” to chmura zewnętrzna skierowana do wszystkich użytkowników internetu, co oznacza, że nasze dane są przechowywane w zewnętrznych jednostkach i migrowane – nie możemy sprawdzić, gdzie w danym momencie się znajdują.

„Chmura prywatna” oznacza przechowywanie danych na serwerach dedykowanych naszej firmie, nad którymi, jako klient usługi, mamy pełną kontrolę, a dane są do odzyskania w zdecydowanie prostszy sposób.

W dobie nowoczesnych rozwiązań internetowych bezpieczniej jest powierzyć nasze dane ściśle chronionej serwerowni, w której nawet po awarii materiały mogą być odzyskane dzięki ich stałemu archiwizowaniu. Wybierając aplikację „w chmu-

rze” warto zatem zwrócić uwagę, czy dane są przechowywane w jednym bezpiecznym miejscu, czy są szyfrowane oraz czy serwerownia ma wymagane certyfikaty bezpieczeństwa i czy jest na terenie naszego kraju.

Chmura a zarządzanie kancelarią prawną

Środowisko prawników w USA już od wielu lat korzysta z aplikacji „w chmurze”, które w znaczny sposób ułatwiają ich pracę. Obecnie za oceanem marki, które proponują nowoczesne rozwiązania to na przykład Total Attorneys, HoudiniESQ, Clio czy Rocket Matter. W Stanach Zjednoczonych wielu prawników korzysta aktywnie w swojej pracy z tabletów i smartfonów, na których takie aplikacje mogą być dostępne, czy przez przeglądarkę lub zainstalowane w postaci aplikacji. Prowadzi to do zwią-

szczenia mobilności prawnika, oszczędza jego czas, jednocześnie obniżając koszt obsługi IT.

Rozwój „chmury obliczeniowej” także w naszym kraju to proces, który doprowadzi do zmniejszenia kosztów prowadzenia biznesu. Przede wszystkim da też możliwość korzystania z najnowocześniejszych i najwygodniejszych rozwiązań podmiotom, których do tej pory nie było stać na drogich pracowników IT i budowę infrastruktury.

Rozwiązania obecne na rynku szanują zasady poufności. To odbiorca usługi decyduje o dostępie osób do wybranych dokumentów. Zatem nawet w „chmurze”, wszystko pozostaje tylko i wyłącznie w naszych rękach. ■

Autor jest dyrektorem ds. rozwoju aplikacji TemiTime w Wydawnictwie Wiedza i Praktyka.

276 dni

dokończenie ze str. 35

glii i Włoszech nie występuje rozróżnienie tych rodzajów spraw. Z kolei na Węgrzech niektóre przepisy dotyczące spraw gospodarczych są bardziej restrykcyjne niż w przypadku zwykłych spraw cywilnych. Portugalia przyjęła rozwiązanie polegające na uproszczonym systemie dla spraw związanych z zaległościami wynikającymi z niezapłaconych faktur pomiędzy przedsiębiorcami. Jest to rozwiązanie zmierzające do nadania tytułu wykonawczego przez odrębne, pozasądowe ciało ustanowione na szczeblu międzynarodowym. W Anglii, Portugalii i Belgii funkcjonują wyspecjalizowane sądy lub trybunały, a także wewnętrzne jednostki sądów cywilnych, które zajmują się sprawami gospodarczymi.

Jeśli chodzi o prekluzję dowodową, to we Francji i Belgii istnieje możliwość przedstawiania wszelkich dowodów na każdym stadium postępowania, pod warunkiem udostępnienia dowodu stronie przeciwnej i umożliwienia jej wypowiedzenia się co do dowodu. W Portugalii dowody mogą być prezentowane w terminie określonym przez przepisy (co do zasady przed I rozprawą), spóźnienie się z dowodem oznacza automatyczne odrzucenie dowodu przez sąd. W Wielkiej Brytanii, a także Portugalii, spóźnienie się z dowodem, które ma na celu oczywiste przedłużenie postępowania – podlega karze grzywny.

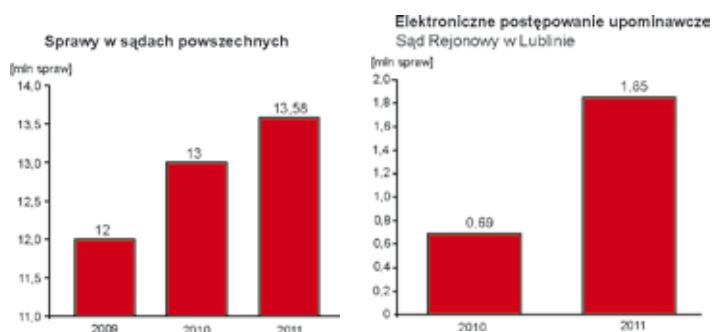
Sąd marzeń

W sądzie gospodarczym w Zurychu przedsiębiorców i strony niemające takiego statusu obowiązują te same przepisy. Działają także odrębne procedury w zależności od wartości sporu: procedura zwykła – jeśli wartość sporu przekracza 30 tys. CHF i uproszczona – poniżej 30 tys. Jest też procedura tzw. podsumowująca – obowiązująca wówczas, kiedy sprawa jest oczywista na pod-

stawie zebranego materiału dowodowego, niezależnie od wartości przedmiotu sporu. Sprawa jest wówczas rozstrzygana w kilka miesięcy. Strony mają też obowiązek przedstawienia dowodów na jak najwcześniejszym etapie postępowania, a spóźniony dowód ulega odrzuceniu przez sąd.

Jak będzie?

Zdaniem ekspertów Deloitte Legal, jest jeszcze za wcześnie, by określić, jakie wymierne skutki przyniesie przedsiębiorcom ostatnia nowela k.p.c. To będzie wiadomo za kilka miesięcy. Niemniej autorzy raportu już teraz wskazują na kilka potencjalnych, pozytywnych efektów zmiany.



Źródło: Deloitte Legal

– Nowe przepisy są szansą na szybsze rozstrzyganie spraw i większą interaktywność procesów – podkreśla Aleksander Czech. Sędzia staje się menedżerem postępowania, dzięki czemu może ono toczyć się sprawniej.

Radcy prawni z Deloitte Legal zastanawiają się także, czy lepszym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie jednej kompleksowej noweli Kodeksu postępowania cywilnego zamiast wielu mniejszych zmian. Zdają sobie także sprawę, że równie ważne są zmiany organizacyjne i wzmocnienie kadrowe sądów.

A co państwo o tym sądzą? ■

Jak dobrze reprezentować klienta przed ETS?

■ Rafał Ciesielski

Coraz więcej polskich radców prawnych występuje przed Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości. Sąd, chcąc ułatwić prawnikom udział w rozprawie, przygotował w 2008 roku swój przewodnik dla pełnomocników procesowych¹ oraz przewodnik po procedurze², a także informacje o postępowaniu w przypadku pytań prejudycjalnych³.

Niezależnie od powyższych wskazówek Rada Adwokatur i Stowarzyszeń Prawniczych Europy przyjęła własny zbiór porad skierowanych przede wszystkim do tych prawników, którzy po raz pierwszy występują przed Trybunałem Sprawiedliwości. Pełny tekst w wersji angielskiej można znaleźć na stronie kirp.pl.

Dokument CCBE składa się z trzech części. Pierwsza dotyczy wystąpienia pisemnego, druga – udziału w rozprawie przed sądem, a trzecia to zestaw praktycznych rad w sprawie pobytu w siedzibie ETS.

Wystąpienia pisemne

Rady ogólne: Wniosek pisemny powinien być tak krótki, jak tylko jest to możliwe. Należy unikać powtarzania informacji, które są zawarte w orzeczeniu lub postanowieniu sądu krajowego, gdyż TS posiada tłumaczenia tych orzeczeń i postanowień. Jeżeli w sprawie strona jest reprezentowana przez kilku pełnomocników, to powinni oni uprzednio uzgodnić między sobą, kto będzie referował dany punkt. Przed sporządzeniem wniosku należy rozważyć wypunktowanie głównych tez stawianych przez stronę przeciwną, co ułatwi skupienie się na własnych argumentach. Należy pamiętać, że obowiązujące terminy proceduralne (2 miesiące i dziesięć dni) są zawite i nie będą uwzględniane jakiegokolwiek odroczenia czy przesunięcia. Wniosek o przeprowadzenie rozprawy ustnej może nie zostać uwzględniony, dlatego wystąpienie pi-

semne może być jedyną okazją, by wpłynąć na ostateczny rezultat sprawy.

Styl: Język wniosku powinien być jasny i prosty, najlepsze są zdania pojedyncze, łatwe do przetłumaczenia na oficjalny język Trybunału Sprawiedliwości (francuski). Po-mocne może okazać się poproszenie obcokrajowca władającego naszym językiem o przeczytanie wystąpienia tak, by sprawdzić, czy tekst będzie łatwy do przełożenia przez tłumacza. Należy unikać krajowego żargonu prawniczego, języka idiomatycznego i kwiecistego stylu i starać się być tak zwięzłym, jak to tylko możliwe.

Struktura: Warto rozpocząć od krótkiego streszczenia, co pomoże skupić uwagę sędziów na kluczowych punktach wniosku. Trzeba unikać długich wstępów i nie powtarzać treści pytań lub decyzji sądu krajowego. Wszelki opis stanu faktycznego powinien być zredukowany do absolutnego minimum i może się pojawić tylko w takim zakresie, w jakim jest konieczny do ustalenia właściwego prawa wspólnotowego. Trybunał polega na ustaleniach sądu krajowego, chyba że zostaną one w jasny sposób zakwestionowane przez jedną ze stron. Odnosząc się do pytań sądu krajowego, należy to robić w takiej kolejności, w jakiej zostały one zadane. Jeżeli pełnomocnik zamierza zmienić ten porządek lub opisać pytania sądu własnymi słowami, to powinien to zrobić w sposób przejrzysty i zrozumiały. Dokonując konkluzji, warto zamieścić propozycje odpowiedzi na pytania sądu krajowego w taki

sposób, by sąd mógł je zamieścić w części opisowej wyroku.

Treść: Zazwyczaj wystąpienia pisemne odgrywają ważniejszą rolę niż przesłuchania przed Trybunałem Sprawiedliwości. Dlatego należy skupić się na najważniejszych punktach sprawy, pamiętając, że poza ewentualnym wezwaniem sądu do udzielenia odpowiedzi na dodatkowe pytania może nie być okazji do przedstawienia sprawy, w innym terminie. Jeśli to możliwe, warto we wniosku zawrzeć odpowiedzi na przewidywane pytania, które mogą pojawić się ze strony sędziów, jednak unikając powtórzeń. Użyteczne może być zwięzłe opisanie krajowych ram prawnych. Powinno być ono przygotowane w sposób łatwy do zrozumienia przez sędziego pochodzącego z kraju innej tradycji prawnej. Wszelkie załączniki i aneksy nie są tłumaczone, a sędziowie mogą ich w ogóle nie przeczytać (otrzymują je tylko na żądanie).

Przesłuchanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

Rady ogólne: Należy niezwłocznie odpowiedzieć na list z sekretariatu TS w sprawie wniosku o przeprowadzenie przesłuchania, podając konkretne przyczyny, dla których rozprawa jest konieczna. W przypadku uwzględnienia wniosku, TS określa długość trwania wystąpienia (zazwyczaj 15 minut przy wystąpieniach przed izbą składającą się z trzech sędziów i 20 minut przy składzie pięciosobowym). Czas jest ściśle przestrzegany, a jego przedłużenie jest możliwe jedynie za zgodą TS, udzieloną w odpowiedzi na uprzedni pisemny wniosek pełnomocnika. Warto wcześniej skontaktować się z sekretariatem, by sprawdzić, kto jeszcze będzie uczestniczył w rozprawie. Należy wcześniej uzgodnić z pozostałymi pełnomocnikami podział ról, a zwłaszcza poszczególnych punktów wystąpienia. Jeżeli TS żąda od stron skupienia się na konkretnych punktach, to należy rozważyć możliwość przy-

gotowania wyłącznie tych punktów. Jeżeli to możliwe, należy przesłać z odpowiednim wyprzedzeniem streszczenie swojego wystąpienia z podkreślonymi najważniejszymi punktami oraz odniesieniami do innych orzeczeń i decyzji sądowych do tłumaczy Trybunału Sprawiedliwości pod adresem interpret@curia.europa.eu. Niezależnie od tego, takie streszczenie lub kopię swoich notatek należy przekazać tłumaczom przed rozprawą. Jeżeli w wystąpieniu pełnomocnik będzie odnosił się do wyroków lub decyzji sądów, które nie znajdują się w aktach

szczególne punkty lub pytania, które mogą pojawić się podczas przesłuchania. Rozprawa składa się zazwyczaj z mów pełnomocników stron, po czym następują pytania ze strony sędziów, wystąpienia przedstawicieli państw członkowskich w kolejności alfabetycznej (według alfabetu francuskiego i francuskich nazw krajów), a na koniec wypowiedzi reprezentanta lub reprezentantów instytucji europejskich, najczęściej Komisji Europejskiej. Jeżeli pojawią się pytania, to pełnomocnicy muszą być przygotowani na udzielenie odpowiedzi zarówno co do

we własnym wystąpieniu pisemnym, raczej trzeba przedstawić podstawową przyczynę, dla której TS powinien zająć stanowisko zgodne z wnioskiem. Jeżeli to konieczne, można w sposób zwięzły odnieść się do argumentów strony przeciwnej, zawartych w piśmie jej pełnomocnika. Przemawiając, należy skupić się na dwóch–trzech najistotniejszych punktach, wskazując jednocześnie, że pełnomocnik jest gotów przedstawić również pozostałe argumenty. Zadaniem Trybunału Sprawiedliwości jest przedstawić odpowiednią interpretację prawa wspólnotowego, która będzie stosowana we wszystkich państwach członkowskich. Dlatego należy skupić się na prawie, a nie na okolicznościach konkretnej sprawy. Trzeba unikać powtarzania argumentów przedstawianych przez innych i należy bezwzględnie stosować się do poleceń TS, włączając w to odebranie głosu.

Zagadnienia praktyczne

Siedziba Trybunału Sprawiedliwości znajduje się w Luksemburgu na wzgórzu Kirchberg. W odległości pięciu minut pieszo spaceru od sądu znajduje się kilka hoteli umożliwiających wcześniejszy przyjazd i zakwaterowanie. Dzielnica europejska znajduje się po drodze z lotniska do miasta Luksemburg i jest łatwo dostępna samochodem i komunikacją publiczną (autobusy). Ze względu na częste w tej okolicy korki na drogach należy uwzględnić ten czynnik, planując swój przyjazd. W Trybunale Sprawiedliwości należy stawić się najpóźniej 45 minut przed godziną rozprawy, pamiętając, że dużo czasu może zabrać kontrola bezpieczeństwa. Nie należy wchodzić przez wejście dla gości i grup zwiedzających siedzibę TS, przy kontroli bezpieczeństwa należy okazać legitymację radcy prawnego. W pokoju dla adwokatów znajdują się trzy komputery z drukarkami, w tym jeden podłączony do internetu. Na sali rozpraw, inaczej niż w polskim sądzie, pełnomocnicy siedzą naprzeciwko sądu. Miejsca po obu stronach sędziów są przeznaczone dla urzędników sądowych. Na sali rozpraw można używać notebooków i skorzystać z rzutnika multimedialnego. Telefony komórkowe muszą zostać wyłączone przed rozpoczęciem przesłuchania. ■



Fot. archiwum

sprawy, powinien przynieść ze sobą treść tych orzeczeń na rozprawę. Przed sądem występuje się w urzędowej todzie swojego kraju, dlatego nie należy o niej zapomnieć przed wyjazdem do Luksemburga.

Czego można oczekiwać

W gmachu Trybunału Sprawiedliwości należy odnaleźć właściwą salę rozpraw oraz pokój dla adwokatów, w którym można zostawić bagaż i przebrać się w tożę. Po przybyciu na salę rozpraw jeden z tłumaczy poprosi o kopie wystąpienia, jego streszczenie lub notatki, dlatego trzeba pamiętać o zabraniu ich ze sobą. W budynku sądu nie będzie możliwości zrobienia kserokopii, dlatego warto pamiętać o tym wcześniej. Bezpośrednio przed rozpoczęciem rozprawy sekretarz TS lub jego przedstawiciel zaprosi pełnomocników stron na krótkie spotkanie z sędziami. Jednym z najczęściej zadawanych pytań jest prośba o informację, czy prawnik będzie potrzebował całego przydzielonego czasu na swoje wystąpienie. Przewodniczący składu sędziowskiego może zwrócić uwagę pełnomocników na

faktów, jak i co do prawa (w szczególności stosowania właściwego prawa krajowego). Eksperti i pomocnicy prawnika powinni siedzieć w taki sposób, by łatwo i bez zakłócania przebiegu rozprawy służyć mu swoją pomocą. Odpowiedzi powinny być krótkie, konkretne i odnosić się do punktów poruszonych przez stronę przeciwną, jeżeli jest to właściwe, pytań sędziów do tej strony. Nie będzie już innej możliwości przedstawienia swojego stanowiska.

Podczas przesłuchania: Występując, należy zwracać się do sędziów, zwłaszcza do przewodniczącego składu sędziowskiego i sędziego – sprawozdawcy oraz rzecznika generalnego. Należy mówić wolno i wyraźnie do mikrofonu, inaczej tłumacze nie przełożą wypowiedzi. Wystąpienie powinno mieć jasną i prostą formę, bez żartów i błyskotliwych point, które rzadko są możliwe do przetłumaczenia. Raczej nie należy czytać z kartki, lecz przygotować się do przemowy, pomagając sobie notatkami.

Treść: Wystąpienie należy rozpocząć od krótkiego streszczenia przemówienia. Nie należy powtarzać argumentów zawartych

¹ http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/txt9_2008-09-25_17-37-52_275.pdf

² http://curia.europa.eu/jcms/jcms/fo2_12354/conseils-aux-plaideurs

³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:160:0001:0005:EN:PDF>

■ Ewelina Kurnatowska

Polski prawnik za granicą

– moje wrażenia z Chin

W 2011 roku zostałam laureatką stypendium rządu Chińskiej Republiki Ludowej. Stypendium umożliwiło mi podjęcie studiów z języka mandaryńskiego oraz chińskiego prawa gospodarczego na Uniwersytecie w Xiamen (Prowincja Fujian). W ramach studiów prawniczych odbyłam także staż w lokalnej kancelarii prawnej, należącej do jednej z większych sieci kancelarii prawniczych w Chinach.

Staż został zorganizowany za pośrednictwem Wydziału Prawa Uniwersytetu Xiamen. Zasady odbycia stażu nie różniły się od znanych nam na gruncie rodzimym. W trakcie wstępnego okresu stażu moim głównym zadaniem było towarzyszenie „starszemu prawnikowi” podczas jego codziennych obowiązków w kancelarii. W tym okresie zapoznałam się z działaniem sądów, administracji, lokalnego rządu chińskiego, a także sądu arbitrażowego w Xiamen oraz w Hongkongu.

Następnie zostałam oddelegowana do działu współpracy z klientami zagranicznymi kancelarii, głównie z Niemiec, Holandii i Francji. W codziennej pracy prawniczej miałam do czynienia z umowami w zakresie kupna-sprzedaży, dostawy wszelkiego rodzaju dóbr z Chin do wyżej wymienionych krajów europejskich. Sporadycznie zajmowałam się umowami z zakresu prawa budowlanego oraz z zakresu prawa własności intelektualnej, praw autorskich i praw pokrewnych.

Opisując pracę w kancelarii chińskiej, muszę wspomnieć o instytucji tzw. Guanxi, czyli sieci personalnych powiązań między



Grupa stażystów kancelarii, kolejno: z Kazachstanu, USA, Wielkiej Brytanii, Nigerii oraz Polski, Sąd Arbitrażowy w Xiamen.



Sędziowie Sądu Arbitrażowego w Xiamen podczas spotkania ze stażystami kancelarii.



Oficjalne zakończenie Szkoły Prawa Międzynarodowego przy Uniwersytecie w Xiamen (*Xiamen Academy of International Law*), świadectwa uczestnictwa wręcza sędzia Peter Tomka, prezydent MTS w Hadze.

pracownikami kancelarii, klientami oraz organami administracji państwowej. „Guanxi” są podstawą funkcjonowania przeciętnego Chińczyka zarówno w życiu prywatnym, jak i zawodowym. Zatem jako nowy członek zespołu kancelarii towarzyszyłam starszemu prawnikowi w spotkaniach z klientami oraz miejscowymi oficjalnymi, podczas których byłam osobiście przedstawiana jako nowy stażysta.

Mimo że w kancelarii pracowali stażyści z całego świata, chińskie biura prawne przede wszystkim zatrudniają prawników wykształconych w systemie *common law*, głównie ze Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii i Indii. Jednak zwraca uwagę fakt, że chińskie firmy coraz częściej inwestują także w krajach Europy kontynentalnej, takich jak Polska, Czechy czy Niemcy, co na pewno będzie miało swoje odzwierciedlenie na rynku usług prawniczych w Chinach.

Studia prawnicze w Chinach

W zakresie organizacji i funkcjonowania studia prawnicze w Chinach nie różnią się od studiów w Polsce. Zajęcia odbywają



Uczestnicy Szkoły Prawa Międzynarodowego przy Uniwersytecie w Xiamen, edycja 2012.

się w formie ćwiczeń, wykładów i seminariów. Na moim roku akademickim było łącznie dziesięcioro studentów z różnych stron świata, w tym z USA, Nigerii, Francji, Hiszpanii i Włoch.

Zajęcia były prowadzone w języku angielskim przez chińskich profesorów oraz wyjątkowo przez wykładowców z USA oraz Wielkiej Brytanii. Poza typowymi przedmiotami prawniczymi, głównie z chińskiego prawa gospodarczego i prawa cywilnego, każdy student miał obowiązek zaliczenia zajęć z języka mandaryńskiego oraz zajęć z tzw. kultury Chin, w ramach których odbywały się także wykłady z systemu politycznego Chin.

Status studenta Uniwersytetu Xiamen umożliwił mi uczestniczenie w prestiżowej Szkole Prawa Międzynarodowego Uniwersyte-

tu Xiamen (*Xiamen Academy of International Law*). W tym roku szkoła mogła się pochwalić wybitnymi wykładowcami z całego świata, wymieniając choćby prof. Stephana Talmona z Uniwersytetu w Bonn, prof. Francisca Snydera z *London School of Economics*, prof. Hanspetera Neuholda z Wiedeńskiej Szkoły Dyplomacji. Przewodniczącym oraz wykładowcą tegorocznej edycji Szkoły Prawa Międzynarodowego był sędzia Peter Tomka, prezes Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości.

Dla zainteresowanych:

Strona Internetowa Xiamen Academy of International Law

<http://www.xiamenacademy.org/professors/2012>

Strona Internetowa Wydziału Prawa Uniwersytetu w Xiamen:

<http://law.xmu.edu.cn/english/e7.asp>

Strona Internetowa Sądu Arbitrażowego w Xiamen:

<http://www.arbitration-adr.org/resources/?p=serviceprovider-s&a=show&id=214>

Staż i studia w Chinach pozwoliły mi spojrzeć z innej perspektywy na ten odległy kraj. Chiny nie tylko są państwem o bogatym dziedzictwie kulturowym, celem tysięcy wycieczek turystów spragnionych doświadczenia orientu, ale także państwem, który – zgodnie z najnowszymi statystykami ekonomicznymi – w najbliższych piętnastu latach ma stać się pierwszą potęgą gospodarczą na świecie, na którą my, prawnicy, nie możemy pozostać obojętni. ■

Autorka jest aplikantem radcowskim OIRP w Poznaniu.

Zdjęcia E.K.

Czytelnicy „Radcy Prawnego”!!!

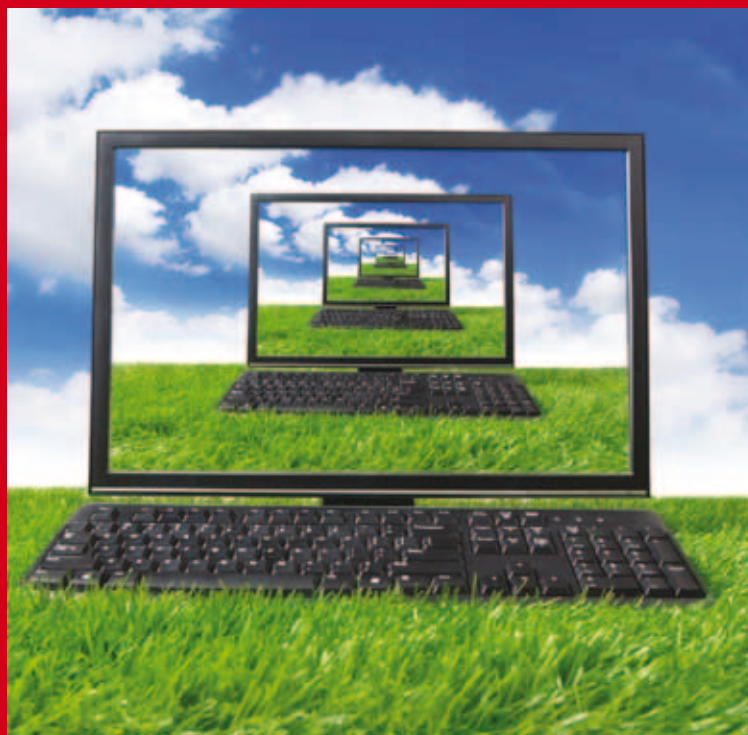
A może woleliby Państwo otrzymywać nasz miesięcznik w wersji elektronicznej zamiast w tradycyjnej – papierowej?

- Prosto na konto e-mailowe
- Wcześniej, niż poczta dostarczy egzemplarz tradycyjny
- Jeśli tak, prosimy o informację wraz z podaniem adresu e-mailowego, pod który wysyłalibyśmy elektronicznego „Radcę”.

Można do nas:

- napisać: : 00-540 Warszawa, Al. Ujazdowskie 41
- przysłać e-maila: radca.prawny@kirp.pl
- zatelefonować: 22 319 54 11

Redakcja „Radcy Prawnego”





Rys. Andry Dykun - Fotolia.com

Mistrz prawniczego moralitetu

To nazwisko zna każdy miłośnik thrillerów prawniczych na świecie. John Grisham napisał ich już ponad dwadzieścia, jedenaście zekranizowano.

Motyw przewodni wszystkich jego powieści jest zazwyczaj podobny. Taki choćby, jak zapowiedź „Apełacji”. Brzmi następująco: „Młody, uczciwy prawnik... Gigantyczne pieniądze... Makabryczna manipulacja... Szokujący finał”. Któż z nas nie pamięta młodego absolwenta prawa po Harvardzie, niejakiego Mitcha McDeere'a, który dostaje i przyjmuje lukratywną ofertę pracy z kancelarii prawniczej „Bendini Lambert i Locke”? Jego radość nie trwa jednak długo, bo za pośrednictwem agenta FBI dowiaduje się, że jego pracodawca najprawdopodobniej prowadzi interesy mafii z Chicago. Tak zawiązuje się akcja „Firmy”, jednej z najpopularniejszych powieści Grishama, znakomicie zekranizowanej przez Sidneya Pollacka z genialnym

Tomem Cruisem w roli Mitcha oraz Genem Hackmanem jako bezwzględny prawnikiem Avery Tolarem. W tym roku amerykańska telewizja emituje właśnie 22-odcinkowy serial pod tym samym tytułem w reżyserii Lukasa Reitera.

Filmowe gwiazdy

Bohaterów książek Grishama łączy jedno: walka o dobro. Mają często skomplikowane i niejednoznaczne biografie. Nie zawsze tak nieskazitelne jak Mitch McDeere z „Firmy”, ale zawsze dążą do pokonania zła, które pod różnymi postaciami czai się w różnych zakamarkach amerykańskiego wymiaru sprawiedliwości. John Grisham jest identyczny. Też zaczynał jako młody prawnik z głową pełną ideałów oraz głęboką wiarą w ducha i literę prawa. W adwokackim fachu przepracował 10 lat, po 60–70 godzin tygodniowo spędzając w sądach lub w kancelarii i widząc niejedno. W tym czasie napisał i wydał (nakład: 5 tys. egz.) swoją pierwszą powieść „Czas zabijania”. Po drugiej, wspomnianej już „Firmie”, adwokacką toę zawiesił na

80. ub.w.) zekranizował „Mickeya” na podstawie oryginalnego scenariusza Grishama. Poza tym w minionym dwudziestolecium na dużym ekranie mogliśmy podziwiać bohaterów „Komory” w reżyserii Jamesa Foley, „Malowanego domu” Alfonso Araua, „Ławę przysięgłych” Gary'ego Fledera oraz w – co wyjątkowe w pisarskiej karierze Grishama – komedii obyczajowej „Święta Last Minute”, nakręconej przez Joe Rotha. W sumie aż jedenaście ekranizacji, w których zagrała plejada gwiazd światowego kina: John Cusack, Jamie Lee Curtis, Matt Damon, Gene Hackman, Ed Harris, Tommy Lee Jones, Chris O'Donnell, Julia Roberts, Denzel Washington, Dustin Hoffman, Susan Sarandon. Niewielu, szczególnie współczesnych, pisarzy może się pochwalić takim uznaniem wśród najpopularniejszych aktorów, którzy niejednokrotnie wręcz zabiegają o role w filmach kręconych na podstawie jego thrillerów prawniczych i psychologicznych. A wspomnijmy jeszcze, że prawa do ekranizacji „Niewinnego”, autentycznej historii walki prawnika o człowieka skazanego niesłusznie na karę śmierci, kupił George Clooney. W Polsce też możemy znaleźć przykłady takich niesprawiedliwych wyroków, tyle że dożywocia. Ale gdzie są ci, choćby literaccy, adwokaci, którzy stanęliby w ich obronie. Na razie pozostaje nam oglądać telewizyjnego „Ojca Mateusza” (TVP) lub „Prawo Agaty” (TVN)...

Uznanie i popularność

Do tej pory thrillery prawnicze Grishama sprzedawały się w ponad 225 mln egzemplarzy na całym świecie (np. „Raport Pelikana” tylko w Stanach Zjednoczonych rozszedł się w nakładzie 11 mln egzemplarzy). To sytuuje go w trójce najpoczytniejszych współczesnych pisarzy globu – obok autora powieści szpiegowskich Toma Clancy'ego oraz Brytyjki J. K. Rowling, autorki przygód Harry'ego Pottera.

John Grisham urodził się w jednym z najbiedniejszych amerykańskich stanów – Arkansas, ale od dzieciństwa mieszka w stanie Missisipi. Stamtąd pochodzą również niektórzy bohaterowie jego książek. Tam też z ramienia Partii Demokratycznej przez kilka lat był członkiem lokalnej Izby Reprezentantów. Utrzymuje się przede wszystkim z pisania. I wychodzi mu to znakomicie. W 2007 roku otrzymał *British Book Award for Lifetime Achievement* (za całokształt twórczości). ■

■ Marcin Zawiśliński

A na imię miałaś właśnie obwodnica...

Wojciech Tumidalski

Pamiętaj Państwo jeszcze, jak kilka lat temu opinię publiczną rozgrzewał spór o zachowanie doliny rzeki Rospuda, przepływającej obok Augustowa?



Fot. GfS - Fotolia.com

Protesty ekologów przypominających, że dolina Rospudy jest objęta unijnym programem Natura 2000 doprowadziły do tego, że trzeba było zmienić przebieg obwodnicy tego miasta. Wyroki sądów administracyjnych potwierdziły, że planowanie obwodnicy trzeba zacząć od nowa. Siłą rzeczy, musiały też upaść wynegocjowane wcześniej kontrakty z budowlancami. Ostatecznie w marcu 2009 r. rząd ogłosił, że planowana od 1992 r. obwodnica będzie realizowana w nowym wariantcie – przez miejscowość Raczek.

Właśnie byliśmy świadkami prawomocnego zakończenia sporu spółki Budimex ze

Skarbem Państwa o zapłatę wielu milionów złotych kary umownej za przerwany budowę obwodnicy Augustowa.

Sąd Apelacyjny w Warszawie orzekł właśnie, że Skarb Państwa, a w jego imieniu Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, ma zapłacić Budimeksowi 21,9 mln zł kary umownej, wraz z odsetkami od 2009 r., za przerwany budowę obwodnicy Augustowa przez dolinę Rospudy. W istocie, sąd apelacyjny utrzymał w mocy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, który w listopadzie 2011 r. uwzględnił w zasadniczej części pozew Budimeksu o zapłatę wobec GDDKiA.

Pozwany Skarb Państwa Budimex żądał w pozwie zapłaty 43 mln zł kary wynikającej z umowy z GDDKiA. Według powodów, Budimex musiał wycofać się z budowy, bo GDDKiA – jako inwestor – utraciła pozwolenie na budowę obwodnicy w wyniku sądowej decyzji. Skoro utracono pozwolenie, pojawiła się podstawa prawna do żądania kar umownych z tytułu niewywiązania się z kontraktu przez stronę – uzasadniała mec. Marta Szymanek, pełnomocniczka powodowej spółki.

Andrzej Dąbek, radca Prokuratury Generalnej, twierdził w odpowiedzi, że rozwiązanie umowy nastąpiło wobec „niedającej się przewidzieć sytuacji nadzwyczajnej” – a w takim przypadku kary umownej nie należy stosować. Przekonywał, że podpisując umowę, Budimeksowi dostarczono pozwolenie na budowę, które było ważne – wprawdzie jeszcze nieprawomocne, ale nie można było czekać z robotami na uprawomocnienie się pozwolenia. Sądy administracyjne orzekające w tej sprawie już w trakcie budowy uchyliły pozwolenie, ale – jak mówił mecenas Dąbek – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad nie była w stanie tego przewidzieć.

Orzekający w tej sprawie w I instancji Sąd Okręgowy w Warszawie w 2011 r. podzielił opinię Budimeksu. Sędzia Małgorzata Borkowska uzasadniała, że to na GDDKiA spoczywał obowiązek uzyskania pozwolenia na budowę i utrzymania go do końca inwestycji jako legalnego i prawomocnego dokumentu. „Utrata tych pozwoleń była przyczyną leżącą po stronie zamawiającego i stwarzała możliwość odstąpienia od umowy przez wykonawcę” – wyjaśniła sędzia. Zdaniem sądu, inwestor już w dniu podpisywania umowy mógł przewidzieć nowe okoliczności, ale podjął ryzyko – i odstąpienie od umowy oraz wynikający z tego obowiązek zapłaty kary jest efektem tego ryzyka.

Sąd wyciżył też, że Budimeksowi nie należy się cała kwota kary umownej, o jaką wystąpił on w pozwie. Z wyciżeń sądu wy-

nika, że przed przerwaniem budowy firma wykonała ok. 24 proc. zleconych jej prac i uzyskała za to ponad 100 mln zł wynagrodzenia. Sąd uznał, że związku z tym przyznanie całej kary umownej byłoby wygórowane i zdecydował, że będzie to połowa zapisanej w umowie sumy.

Sąd jednocześnie przypomniał, że w tle całej tej sprawy pozostaje to, że GDDKiA – po unieważnieniu wariantu obwodnicy Augustowa przez dolinę Rospudy – rozpięła w lutym zeszłego roku nowy przetarg na tę obwodnicę, o wartości prawie 660 milionów złotych. Przetarg ten również wygrał Budimex. Trudno więc uznać, że firma całkiem utraciła korzyści wynikające z odstąpienia od budowy, skoro znów będzie w niej uczestniczyć. Obwodnica w nowej wersji ma przebiegać przez wieś Raczki i przecinać Rospudę w innym miejscu.

Od wyroku tej treści apelacje złożyły obie strony procesu. Rozpoznał je we wrześniu Sąd Apelacyjny w Warszawie.

W skrócie rzecz ujmując, Budimex chciał zmiany wyroku i zasądzenia całej żądanej kwoty, bo – jak przekonywała mecenas Szymanek – nowa umowa nie rekompensowała szkody spółki. Z kolei Prokuratura Generalna wniosła o oddalenie pozwu, bo według jej uzasadnienia, Budimex nie poniósł żadnej szkody, zaś nowej umowy z firmą nie byłoby, gdyby nie odstąpiono od starej.

Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał, że obie apelacje są niezasadne, a ustalenia pierwszej instancji – generalnie prawidłowe i utrzymał wyrok w mocy. Najważniejsze ustalenie, to że uchylene przez sąd pozwolenia na budowę dla GDDKiA nie było takim „nadzwyczajnym zdarzeniem”, które uzasadniałoby niestosowanie klauzuli o karach umownych. Co więcej – według sądu – wina pozwanego nie polegała na utracie pozwolenia na budowę, ale na tym, że w ogóle przystąpiono do niej z nieprawomocnym pozwoleniem.

„A wystarczyło, by GDDKiA wystąpiła do Budimeksu o wstrzymanie podpisania umowy do uzyskania prawomocnego pozwolenia” – mówili reporterom po wyroku prawnicy powoda. Według nich, odsetki zasądzone od chwili pierwszego wezwania GDDKiA do zapłaty w lutym 2009 r. wyniosą ok. 10 mln zł.

Wyrok sądu apelacyjnego jest już do wykonania. Prawnicy Budimeksu nie wykluczają wystąpienia o zapłatę zasądzonej kwoty, która wraz z odsetkami sięgnie ok. 30 mln zł. Prokuratura Generalna Skarbu Państwa rozważy zaś kasację do Sądu

Najwyższego, z wnioskiem o wstrzymanie wykonalności wyroku. O kasacji myśli też Budimex.

Tymczasem przez Augustów przejeżdżają dziennie tysiące ciężarówek, co utrudnia życie mieszkańcom. Przebiega tamtędy ważna droga E67, prowadząca na Litwę. Nosi ona nazwę Via Baltica i, szczerze mówiąc, na polskim odcinku nie jest to zbyt wygodna droga. Mieszkańcy Augustowa czekają na obwodnicę miasta już od kilkunastu lat; organizowali wiele blokad i protestów, domagając się budowy trasy. Nowa obwodnica ma podobno powstać do 2014 r. – o ile nie wystąpią żadne nieprzewidziane okoliczności.

W zeszłym roku miałem okazję spędzić trochę czasu w Augustowie. Wiadomo, to tam popularny niegdyś piosenkarz Janusz Laskowski w lokalu „Albatros” (bardzo smaczny chłodnik) spotkał dziewczynę, o której zaśpiewał jeden ze swych hitów „...a na imię miałaś właśnie Beata...”

Beaty żadnej nie spotkałem, ale zapamiętałem, jak trudno do Augustowa dojechać. Miasto faktycznie zakorkowane przez tiry i osobowym autem trudno się po nim poruszać. Nie tak wyobrażałem sobie sławne „Augustowskie noce”, w trakcie których warkot ciężarówek wolno sunących po ulicach kurortu daje się we znaki letnikom.

Będąc w Augustowie, nie sposób nie skorzystać z bogatej oferty rejsów wycieczkowych po słynnym Kanale Augustowskim. Okazuje się, że od kilku lat najpopularniejszym kursem jest ten... w dolinę Rospudy! – *Wcześniej nawet tam nie pływa- liśmy. Były rejsy ogólne, był rejs szlakiem Jana Pawła II nad Wigry, ale teraz tylko Rospuda i Rospuda* – powiedział mi pilot wycieczkowej łódki. Ma on zresztą swoją teorię na temat protestów wokół budowy obwodnicy. *Ekolodzy, ekolodzy... Niech pan zobaczy, ile stacji benzynowych jest w Augustowie. Co one zrobią, ile zarobią, gdy tiry nie będą już jeździć przez miasto?* – zapytał retorycznie.

To już nieistotne. Zapewne wszyscy kierowcy byliby szczęśliwi, mogąc wreszcie przejechać kilkaset kilometrów dobrą, wielopasmową drogą, z której zjeżdżaliby wtedy, kiedy mają na to ochotę, a nie wtedy, gdy jest objazd. Albo wtedy, gdy chcieliby zobaczyć jakąś miejscowość, a nie wtedy, gdy jedyna droga przez nią prowadzi. Wygląda jednak na to, że trzeba będzie jeszcze na to poczekać. I to nie „z niedających się przewidzieć” przyczyn. ■

Raport z weryfikacji Wojskowych Służb Informacyjnych to dokument, który już dostarczył wiele zajęć prawnikom, a można z całą pewnością powiedzieć, że to jeszcze nie koniec. Co i rusz na wokandy sądów różnych instancji trafiają sprawy, które wynikły z opublikowania w lutym 2007 r. tego dokumentu, będącego owocem działalności Komisji Weryfikacyjnej WSI, kierowanej przez Antoniego Macierewicza. W raporcie, którego publikacja nastąpiła w Monitorze Polskim, na mocy kontrasygnowanego przez premiera postanowienia prezydenta RP (był nim wtedy Lech Kaczyński) opisywano działania WSI, które – według komisji – stanowiły naruszenie prawa oraz wykroczenie wojskowych służb poza cele, do których zostały powołane. W raporcie wymieniano z imienia i nazwiska oficerów służb, jak również osoby, które – zdaniem komisji – współpracowały z WSI i to w zakresie wykraczającym poza ich ustawowe zadania i kwestie obronności kraju.

Jedną z takich osób był Aleksander Makowski – jak napisano, wieloletni oficer wywiadu PRL (służył m.in. w Nowym Jorku i w Rzymie). Jako biznesmen miał związać się współpracą z UOP i z WSI – to ostatnie, gdy przebywał na terytorium Afganistanu. Miał tam brać udział w operacji o tajemniczym kryptonimie „Zen”.

Ujawnienie tej operacji w raporcie od początku budziło liczne kontrowersje. Zdaniem Macierewicza, sama operacja „Zen” uzasadniała likwidację WSI. Jerzy Szmajdziński, były szef MON, oceniał, że zapewniła ona bezpieczeństwo żołnierzom w Afganistanie. Krótco przed ujawnieniem raportu Radosław Sikorski (w latach 80. ub.w. poznał Afganistan jako reporter brytyjskiej prasy) odszedł z funkcji szefa MON w rządzie PiS. Uznał, że jego spór z Macierewiczem zagraża bezpieczeństwu żołnierzom w Afganistanie. Sikorski chciał dymisji Macierewicza z ówczesnie zajmowanej funkcji wiceministra obrony. Ujawnienie akcji Sikorski nazwał „ciężkim błędem”.

W raporcie nie ujawniono, o co dokładnie chodziło w akcji „Zen”, ale wiadomo, że mowa była m.in. o możliwości ujęcia w tej akcji Osamy bin Ladena. Według raportu, Makowski dopuszczał się mistyfikacji. „W sprawie «Zen» służby, działając na zlecenie hochsztaplera, okradły państwo polskie i były gotowe narazić polskich żołnierzy i zwierzchników sił zbrojnych na najwyższe niebezpieczeństwo i międzynarodową kompromitację” – napisano. W raporcie stwierdzono, że WSI chciały wyłudzić od

Pokłosie raportu z weryfikacji WSI

NATO wielomilionową nagrodę za rzekomą eliminację terrorystów. „Operacja «Zen» była swoistym przykryciem do zupełnie innych działań, mających na celu odniesienie osobistych korzyści przez Makowskiego” – napisano w raporcie. Ujawniono, że Makowski pobrał od WSI ok. 32 tys. zł oraz 108 tys. dolarów.

Za ten fragment urzędowego dokumentu Makowski pozwał Skarb Państwa, żądając przeprosin od prezydenta (bo to głowa państwa podpisała raport, choć – jak twierdzi Makowski – wcale nie musiał, bo już aneksu nie opublikował), premiera (bo kontrasygnował dokument, a też nie musiał tego robić) i ministra obrony – jako nadzorującego WSI (które nie istnieją od kilku lat, zastąpiły je Służba Wywiadu Wojskowego i Służba Kontrwywiadu Wojskowego).

Jak mówił były agent, nie domaga się od pozwanych pieniędzy – jedynie symbolicznej złotówki. Chodzi mu tylko o przeprosiny. Tłumaczył, że czekał z pozwem kilka lat, bo chronił swoje źródła z Afganistanu. – *Dziś – mówił – jedni nie żyją, inni są już bezpieczni.*

O raporcie zdanie miał jednoznaczne: ujawnienie akcji służy „jedynie organizacji i osobom, przeciwko którym były skierowane”, naraża też na niebezpieczeństwo jego i osoby z nim współdziałające. Nie kwestionował, iż był agentem UOP, a potem WSI, ale – jak podkreślił – organa państwa nie miały prawa tego ujawnić. Dlatego pozwał „następców prawnych” tych, którzy o tym zdecydowali. Zapewniał, że nie popełnił przestępstwa, ani tym bardziej nie chciał oszukać państwa.

– *Zdradzono mnie i oszukano. Zdradzono, bo ujawniono fakt współpracy i tożsamość obcym wywiadam, a oszukano, bo we współpracy z agentem każda służba i państwo zobowiązuje się wieszcie strzec jego tożsamości i faktu współpracy. Zdrada i oszustwo zawsze niosą dla zdradzonego i oszukanego wielką dolegliwość psychiczną, moralną i fizyczną – czy to w stosunkach małżeńskich, biznesowych, czy międzyludzkich* – mówił w sądzie.

Powód uzasadniał, że w 2007 r. Polska – jej siły zbrojne w ramach koalicji NATO –

były w stanie wojny z reżimem talibów, który działa do dziś, a także ze strukturami Al-Kaidy. – *W stanie wojny ujawniono operację Wojska Polskiego, żołnierzy i agentów biorących w niej udział, wrogowi – wywiadowi talibów i innym wywiadam. W mojej ocenie, to przestępstwo udziału w obcym wywiadzie. Coś takiego robią zdrajcy* – oświadczył Makowski przesłuchiwany w procesie jako strona.

Przyznał też, że w 2006 r. uczestniczył we wspólnej z CIA operacji mającej na celu „wylimitowanie, czyli zabicie członka kierownictwa Al-Kaidy”, za co CIA przewidywała 25 mln dolarów nagrody. To miało być ową próbą wyłudzenia pieniędzy od państwa polskiego, o czym pisano w raporcie.

Prokuratura Generalna Skarbu Państwa w imieniu pozwanych wносиła o oddalenie powództwa. Uzasadniano, że prezydent i premier w ogóle nie powinni być w tej sprawie pozwani, zaś MON nie może ponosić odpowiedzialności za treść dokumentu urzędowego, którego prawdziwości nie podważono.

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie zapadł 11 września – nomen omen, jak zauważył Makowski, nawiązując do symboliki dnia, w którym przed 11 laty doszło do zamachu na World Trade Center w Nowym Jorku, co dało początek tzw. wojnie z terroryzmem.

Mocą wyroku, Makowskiemu należą się przeprosiny – ale tylko od MON. Sąd uznał, że opisanie operacji „Zen” było bezprawne i naruszało dobra osobiste powoda. Sąd ograniczył też zakres przeprosin, które mają się ukazać w „Rzeczpospolitej” i w TVP1 po „Wiadomościach”. Makowski chciał przeprosin w trzech telewizjach i dwóch gazetach. Żądanie symbolicznej złotówki za doświadczenia sąd uznał za przedawnione roszczenie.

Sąd uznał, że MON ma przeprosić Makowskiego za bezprawne naruszenie jego dóbr osobistych przez podanie o nim w raporcie nieprawdziwych informacji – na temat jego rzekomych nadużyć i „hochsztaplerstwa” oraz za ujawnienie jego nazwiska i szczegółów jego działalności w sytuacji, gdy sprawa nie kwalifikowała się do ujaw-

nienia w raporcie. – *Zwłaszcza ujawnienie wcześniejszej współpracy Makowskiego z wywiadem UOP nie znajdowało podstawy w przepisach* – podkreślił w ustnym uzasadnieniu wyroku sędzia Jan Wawrowski.

Według sądu, powód skutecznie obalił domniemanie prawdziwości dokumentu urzędowego, a strona pozwana nie przedstawiła dowodów przeciwnych i nie udało jej się potwierdzić prawdziwości też z raportu. Sąd przywołał tu m.in. zeznania gen. Marka Dukaczewskiego – ostatniego szefa WSI przed likwidacją tych służb.

Można odnieść wrażenie, że „wielkim nieobecnym” procesów dotyczących raportu z weryfikacji WSI, zwanego potocznie „raportem Macierewicza”, jest właśnie Macierewicz, przesłuchiwany w sprawach głównie jako świadek. Gdy to on jest pozywany, zwykle procesy wygrywa, bo – zdaniem sądów – wykonywał swe zadania jako urzędnik państwowy. Poniekąd w jego imieniu, w procesach wygranych przez ludzi opisanych w raporcie, przeprosza MON. Koszt tych przeprosin przekracza już setki tysięcy złotych.

Osoba Macierewicza ważniejszą rolę odgrywa w postępowaniu karnym, jakie od 2007 r. prowadzi warszawska prokuratura. W śledztwie badane jest, czy doszło do niedopełnienia obowiązków przy tworzeniu raportu i znieśławienia osób w nim wymienionych. Prokuratura przygotowała wnioski o uchylenie immunitetu poselskiego Macierewicza – Prokuratura Generalna zwróciła go Prokuraturze Apelacyjnej w Warszawie do uzupełnienia. Wiele wskazuje, że ten wątek sprawy może ulec przedawnieniu.

– *Jeśli raport Macierewicza z katastrofy smoleńskiej będzie na tym samym poziomie, co raport WSI, to wiarygodność całej sprawy smoleńskiej dozna uszczerbku* – ironizował Makowski po wyroku w swojej sprawie.

Orzeczenie jest jeszcze nieprawomocne. Możliwe, że prokuratura zechce się od niego odwołać – jeszcze nie wiadomo. Makowski jest z wyroku generalnie zadowolony i raczej odwoływać się nie zamierza. ■

Wojciech Tumidalski

Autor jest dziennikarzem PAP.

Turniej negocjacyjny dla aplikantów radcowskich

■ Grzegorz Furgał

Od 1 października na specjalnej stronie www.turniej.kirp.pl wszyscy chętni aplikanci radcowscy – chcący wziąć udział w największym turnieju negocjacyjnym w Polsce – mogą się rejestrować i walczyć o nagrody warte w sumie ponad 100 tysięcy złotych.

Jak podkreśla Maciej Bobrowicz, prezes Krajowej Rady Radców Prawnych, negocjacje to nie targowanie się. Negocjacje to nie wysyłanie kolejnych e-maili z ponawianym żądaniem zapłaty. To negocjacje przez małe „n”. Negocjacje przez wielkie „N” to wspólne poszukiwanie rozwiązań.

Uporczywe powtarzanie swoich żądań musi doprowadzić do rozstrzygnięcia sporu przez sąd.

W USA 98% (!) sporów sądowych kończy się porozumieniem co do rozwiązania

mają jednak czytać, skoro książek o negocjacjach prawniczych nie ma.

Dlatego przed przystąpieniem do turnieju proponujemy zapoznanie się z trzema pozycjami książkowymi. Są to: Gavin Kennedy „Negocjować można wszystko”, Roger Fisher, William Ury „Dochodząc do TAK” oraz Danny Ertel, Mark Gordon „Negocjacje *fair play*” (ang. *The Point of The Deal*).

Turniej negocjacyjny dla aplikantów radcowskich ogłasza Centrum Mediacji Gospodarczej przy Krajowej Radzie Radców Prawnych po to, aby sprawdzić, spró-

prawników. Praktyczny poradnik dla radców prawnych”, dostępny na platformie e-learningowej www.elearning.kirp.pl.

Jak podkreśla Wojciech Kowalewski, dyrektor działu prawnego Siemens, celem negocjacji jest rozwiązanie sporu, a jego strony, prowadząc negocjacje, zachowują nad dynamiką sporu pełną kontrolę. Mają przy tym szansę na zidentyfikowanie priorytetów i uwarunkowań drugiej strony, powiększając pole manewru dla znalezienia rozwiązania. W tym procesie zaangażowanie odpowiednio przygotowanego prawnika może decydować o tym, czy takie rozwiązanie uda się wypracować, a więc ostatecznie może zdecydować o sukcesie całego pomysłu na polubowne załatwienie sporu.

Pierwszy etap, po rejestracji i weryfikacji zgłoszeń, planowany jest na 18 listopada. Wtedy to wszystkie drużyny będą miały do rozwiązania *case study*, po którym 19 najlepszych drużyn, po jednej z każdej okręgowej izby radców prawnych, przejdzie do II etapu. Odbędzie się on 2 grudnia. Cztery najlepsze drużyny przejdą do finału, który odbędzie się w Warszawie w styczniu 2013 roku. Zwycięzcami będą: Najlepsza Drużyna, dla której przewidziano 20 tys. zł oraz cenne nagrody oraz Najlepszy Negocjator, wyłoniony przez jury, który otrzyma czek na 10 tys. zł oraz nagrody sponsorów.

Sponsorem głównym turnieju jest Orlen, patronami: miesięcznik „Forbes” oraz Rzecznik Praw Obywatelskich. Patronem medialnym turnieju jest „Dziennik Gazeta Prawna”, a sponsorami: Arcelor Mittal, neoKancelaria, wydawnictwo CH Beck, Siemens oraz Mont Blanc.

Dla tych, którzy fascynują się negocjacjami i chcą je lepiej poznać, potrzebny jest „Turniej negocjacyjny dla aplikantów radcowskich”, fascynujące *case study*, multimedialne gry negocjacyjne i wreszcie finał: w blasku jupiterów, transmitowany przez internet, o cennych nagrodach nie wspominając. Startuje największy w Polsce turniej negocjacyjny – pozostaje nam tylko zaprosić do wzięcia w nim udziału wszystkich aplikantów radcowskich. ■

Wojciech Kowalewski, dyrektor działu prawnego, Siemens

Jako spółka technologiczna działająca na wielu rynkach branżowych, uczestniczymy w bardzo różnorodnych projektach. W zasadzie w ramach każdego projektu, niezależnie od tego, czy dotyczy on np. branży energetycznej, przemysłowej czy medycznej, mamy do czynienia z negocjacjami – np. na etapie uzgadniania warunków umowy lub ustalenia wpływu nieprzewidzianych wcześniej przez strony okoliczności na to, co dzieje się w projekcie. Oczywiście, w takiej sytuacji każda ze stron ma własne priorytety i interesy. Dzięki negocjacjom możliwe jest jednak wypracowanie rozwiązań, które są do przyjęcia dla wszystkich zaangażowanych stron. A rola prawników w takich negocjacjach jest często kluczowa. I jako prawnicy musimy się do odgrywania tej roli odpowiednio przygotować. Inicjatywa zorganizowania turnieju jest doskonałym przykładem tego, jak możemy – jako środowisko prawnicze – rozwijać umiejętności niezbędne dla zapewnienia skutecznego wsparcia dla naszych partnerów i klientów. Dla nich, w sytuacji, gdy powstaje spór, skuteczne zastosowanie alternatywnych sposobów jego rozwiązania przynieść może znaczące korzyści. Skierowanie sprawy do sądu i używanie, często po długim czasie, wyroku nie jest przecież celem samym w sobie.

sporu. To porozumienie jest wynikiem NEGOCJACJI.

– *A gdzie uczyłeś się negocjacji?* – zadają pytanie. – *W trakcie mojej praktyki* – odpowie większość (z moich badań wynika, że odpowie tak 85% osób), a to oznacza: „mam doświadczenie, ale nie uczyłem się profesjonalnie”. Na pytanie zadane 100 aplikantom, czy przeczytali jakąkolwiek książkę o negocjacjach, zgłasza się zaledwie kilka osób. Na marginesie: cóż

bować, poćwiczyć negocjacje i.. przekonać do nich.

Jak będzie wyglądał turniej?

Regulamin, który dostępny jest na stronie www.turniej.kirp.pl, wskazuje, iż do konkursu mogą przystąpić trzyosobowe drużyny, które składają się z aplikantów tylko jednej OIRP. Przed przystąpieniem do rozwiązywania zadań każdy z nich musi przejść szkolenie „Negocjacje dla



NAGRODA
PREZESA KRRP
10.000 zł
DLA NAJLEPSZEGO
NEGOCJATORA



NAGRODA
20.000 zł
DLA NAJLEPSZEGO
ZESPOŁU
NEGOCJACYJNEGO

i wiele innych
cennych
nagród

Zgłoszenia od 1 października 2012 r.
www.turniej.kirp.pl

Sponsor Główny:



Patroni: **Forbes**



Patron
medialny:

**DZIENNIK
GAZETA PRAWNA**

Sponsorzy:



SIEMENS



■ Andrzej Dрамиński

XXIII Ogólnopolska Letnia Spartakiada Prawników Olsztyn 2012

W okresie od 5 do 9 września 2012 roku Olsztyn stał się areną zmagania prawników biorących udział w XXIII Ogólnopolskiej Letniej Spartakiadzie Prawników.

Ta cykliczna impreza już po raz drugi została zorganizowana w Olsztynie (poprzednio w 2008 r.). Ponownie ciężar organizacyjny spoczął na Stowarzyszeniu Prawników Spartakiada 2008, które tym razem współdziałało z Krajową Radą Radców Prawnych oraz Naczelną Radą Adwokacką. Honorowy patronat nad imprezą objęli Jack Protas, marszałek województwa warmińsko-mazurskiego, oraz Piotr Grzymowicz, prezydent Olsztyna.

Na starcie stanęło 570 uczestników reprezentujących praktycznie wszystkie zawody prawnicze, rywalizujących w dwóch kategoriach wiekowych. Najliczniejsi byli reprezentanci wymiaru sprawiedliwości (162 osoby), adwokaci (161 osób) oraz radcowie prawni (132 osoby).

Uroczystego otwarcia spartakiady dokonała reprezentująca marszałka Alicja Rutecka, dyrektor Departamentu Sportu Urzędu Marszałkowskiego, oraz Andrzej Josse, wieloletni organizator prawniczych spartakiad.

Począwszy od czwartku do soboty na olsztyńskich obiektach trwała sportowa rywalizacja. Większość dyscyplin (piłka nożna, siatkówka, tenis, badminton, tenis stołowy, siatkówka plażowa, pływanie, lekkoatletyka, regaty) rozgrywana była na terenie Kortowa. Pozostałe zawody (koszykówka, strzelanie, kręgle) odbywały się na obiektach na terenie Olsztyna. Prawdziwym strzałem w dzie-



siatkę był turniej piłki nożnej kobiet, podczas którego ogromne emocje towarzyszyły zarówno zawodniczkom, jak i licznie zebranych kibicom.

Wydarzeniom sportowym towarzyszyły spotkania integracyjne, spośród których z największym uznaniem uczestników spotkał się Bal Sportowca. Honorowymi gośćmi balu byli: Maciej Bobrowicz, prezes Krajowej Rady Radców Prawnych, oraz Andrzej Zwara, prezes Naczelnej Rady Adwokackiej.

Spartakiada zakończyła się w sobotni wieczór ceremonią wręczenia medali w zawodach drużynowych, gdyż w konkurencjach indywidualnych medale i nagrody były wręczane bezpośrednio po zakończeniu danych zawodów (łącznie wręczono ponad 500 medali). Wytypowani przez sędziów uczestnicy odebrali również wyróżnienia i nagrody indywidualne.

W klasyfikacji województw (stworzonej na wzór klasyfikacji olimpijskiej) pierwsze miejsce zajęli reprezentanci województwa mazowieckiego, drugie gospodarze – reprezentanci województwa warmińsko-mazurskiego, a trzecie reprezentanci województwa wielkopolskiego (organizatora przyszłorocznej spartakiady). ■



TENIS



Mistrzostwa w Poznaniu

11 i 12 sierpnia w obiekcie Parku Tenisowego Olimpia w Poznaniu odbyły się I Otwarte Mistrzostwa Prawników w Tenisie Ziemnym o Puchar Dziekana Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu.

KATEGORIA SINGIEL KOBIEC:	
1. miejsce	Ewa Trudnowska,
2. miejsce	Arlleta Lewandowska,
KATEGORIA SINGIEL MĘŻCZYZN W WIEKU DO 34 LAT	
1. miejsce	Maciej Duda,
2. miejsce	Maciej Ciesielski,
KATEGORIA SINGIEL MĘŻCZYZN W WIEKU OD 35 DO 44 LAT	
1. miejsce	Jarosław Dobrowolski,
2. miejsce	Hubert Norek
KATEGORIA SINGIEL MĘŻCZYZN W WIEKU POWYŻEJ 44 LAT	
1. miejsce	Maciej Łuczak
2. miejsce	Jacek Dauter
KATEGORIA DEBEL MĘŻCZYZN:	
1. miejsce	Maciej Duda i Maciej Nowak,
2. miejsce	Robert Kubicki i Michał Laskowski

Organizacji mistrzostw przyświecał cel konsolidacji wszystkich grup zawodowych prawników do wspólnego aktywnego wypoczynku. Impreza cieszyła się dużym zainteresowaniem uczestników. W pięciu kategoriach wystartowało ponad 50 zawodników. W finałach poziom gry stał na bardzo wysokim poziomie. Szczególnie interesujący był finał singla mężczyzn w kategorii do 34 lat, w którym Maciej Duda (mistrz Polski prawników w tenisie ziemnym) wygrał z Maciejem Ciesielskim.

Za zajęcie 1. i 2. miejsca w każdej kategorii uczestnicy otrzymali od Krystyny Babiak, dziekana Okręgowej Izby Radców Prawnych w Poznaniu – puchary, dyplomy i nagrody rzeczowe. ■

Jeremi Mazany, Tomasz Działyński

ULICA

Dziekan OIRP będzie miał swoją ulicę

Staraniem Rady OIRP w Olsztynie jednej z ulic na Osiedlu Generałów w Olsztynie zostało nadane imię Stanisława Lewandowskiego – wybitnego radcy prawnego i pierwszego dziekana OIRP w Olsztynie.

Nadania imienia dokonała Rada Miasta Olsztyna uchwałą nr XXV/449/12 z 20 lipca 2012 roku.

Jak podkreśla Michał Korwek, obecny dziekan OIRP w Olsztynie, to godne uhonorowanie dziekana Stanisława Lewandowskiego i naszego ciechanowsko-olsztyńsko-ostrołęckiego samorządu radców prawnych. Jest to szczególne wydarzenie z uwagi na obchodzone w tym roku XXX-lecie całego samorządu radców prawnego. ■

(GF)

NASZA REPREZENTACJA

Reprezentacja radców prawnych w piłce nożnej zaprasza

Krajowa Izba Radców Prawnych zaprasza radców prawnych i aplikantów ostatniego roku do reprezentacji radców prawnych w piłce nożnej, przygotowującej się do mistrzostw Europy adwokatów, które w 2013 r. odbędą się we Włoszech. Treningi i mecze kontrolne reprezentacja rozpoczęła 15 września 2012 r.

Wszystkich chętnych proszę o przysyłanie zgłoszeń pocztą elektroniczną pod adresem reprezentacjaradcowprawnych@wp.pl

Zgłoszenie powinno zawierać:

- 1) dane personalne i kontaktowe wraz z podaniem statusu zawodowego (radca/aplikant),
- 2) informację o tym, której OIRP zawodnik jest członkiem,
- 3) preferowaną pozycję na boisku. ■

Michał Korwek
przewodniczący Komisji ds. Integracji KIRP

UHONOROWANI

Wyróżnienie dla OIRP Bydgoszcz i OIRP Toruń

Samorząd radcowski w Polsce ma 30 lat. Z tej okazji sejmik nadał najwyższe wojewódzkie wyróżnienie, Odznakę Honorową za Zasługi dla Województwa Kujawsko-Pomorskiego, obu działającym w naszym regionie okręgowym izbom radców prawnych, bydgoskiej i toruńskiej.



O przyznanie Odznaki Honorowej za Zasługi dla Województwa Kujawsko-Pomorskiego dla obu OIRP wnioskował marszałek Piotr Całbecki. – *To dowód naszego szacunku i uznania dla roli społecznej i publicznego zaangażowania skupionych w nich środowisk* – podkreślił gospodarz województwa. ■

(m)

Fot. Witold Broda/freepress.pl

Grać, aby wygrać

(negocjacje prawnicze jako gra zero-jedynkowa)

■ Julie Macfarlane

Zawarty poniżej cytat to sporządzony przez prawnika opis podejścia jego klienta do negocjacji. Stanowi on doskonałe podsumowanie moralnych podstaw myślenia typu „grać, aby wygrać”, stosowanych w jego ramach technik oraz przyświecającego mu ostatecznego celu.

Pomimo faktu, że stanowi on opis zachowań „nieprawnika”, te same techniki są powszechnie stosowane przez prawników w negocjacjach prawnych w takim samym celu.

Używa brutalnej siły (...) wyrazów dezaprobaty oraz słowa „nie” jako narzędzi, dzięki którym dostaje to, czego chce, dążąc do zwycięstwa – do doprowadzenia drugiej strony do kapitulacji.

Istotą negocjacji prawniczych jest wygrywanie i gra o zwycięstwo. Prawnicy zdają sobie, rzecz jasna, sprawę z faktu, że w końcu zmuszeni będą zawrzeć w pewnym zakresie kompromis i pójść na ugodę.

Prawnicy rozumieją negocjacje prawnicze jako grę, w której aby jeden zyskał, drugi musi stracić, ponieważ traktują negocjacje jako dodatek do procesu sądowego i do obu przygotowują się w taki sam sposób.

Jednocześnie wielu prawników zakłada, że im ostrzej będą grać, tym korzystniejszą ugodę uda im się zawrzeć. Bez względu na to, czy jest to prawda – a istnieje wiele dowodów na to, że nie jest – to przekonanie to umacnia fikcję, że możliwe jest – czy też wręcz konieczne – aby „wygrać” proces negocjacji. Walka o zwycięstwo oznacza trak-

towanie procesu negocjacyjnego jako gry zero-jedynkowej.

Gra zero-jedynkowa oznacza taką koncepcję negocjacji, w której zysk dla jednego gracza oznacza stratę dla drugiego. Takie podejście do negocjacji oznacza, że zakładamy, iż wszystkie strony chcą tego samego, a więc jedynym sposobem na zawarcie ugody jest podzielenie tego mającego ściśle określone rozmiary „tortu” (pieniędzy, udziału w rynku, praw własności intelektualnej, prawa opieki nad dzieckiem itd.) w sposób możliwy do zaakceptowania dla stron. W negocjacjach prawnych możliwe do uzyskania udziały zazwyczaj łączy się z siłą argumentów prawnych – im bardziej wiarygodne będą zatem przedstawione argumenty uprawdopodobniające sukces w ewentualnym procesie, tym większy będzie fragment tortu, do którego dana strona będzie rościć sobie prawa (i *vice versa*). Jako że ugoda kształtowana jest zazwyczaj jako odzwierciedlenie prawdopodobnych skutków prawnych, takie podejście będzie oznaczało poleganie niemal wyłącznie na środkach prawnych o charakterze pieniężnym, a zróżnicowanie i kreatywność zastosowanych rozwiązań będą, siłą rzeczy, niewielkie.

W ramach tego klasycznego dystrybucyjnego modelu negocjacji, w którym prowadzone rozmowy podporządkowane są jednemu czynnikowi – wartości pieniężnej, celem każdego kompetentnego profesjonalisty jest zdobyć tak wiele, jak tylko się da, powiększając tym samym swój kawałek tortu i zmniejszając kawałek, jaki będzie

przypadał przeciwnikowi. Wykluczone jest tu zatem podejście oparte na szukaniu potencjalnych obustronnych korzyści i na ich maksymalizacji.

Prawnicy rozumieją negocjacje prawnicze jako grę, w której aby jeden zyskał, drugi musi stracić, ponieważ traktują negocjacje jako dodatek do procesu sądowego i do



obu przygotowują się w taki sam sposób. Oznacza to, że wynik negocjacji postrzegają oni w identycznych kategoriach, co wynik postępowania zakończony orzeczeniem sądu, zakładając, że jest tylko jeden zwycięzca, który bierze wszystko, a pozostali muszą pogodzić się z porażką. Normy regulujące tego rodzaju podejście, oparte na idei „sumy zerowej”, stanowią idealne uzupełnienie wiary w prymat praw podmiotowych oraz w oparcie się w swoich działaniach wyłącznie na wiedzy prawniczej. Biegła znajomość prawa staje się niezbędnym elementem pozwalającym na opracowanie tak zwanej „zwycięskiej” strategii. Zakłada, że

negocjacje prawnicze to gra zero-jedynkowa, która stawia wiedzę w zakresie prawa materialnego na uprzywilejowanej pozycji, ponieważ to właśnie dzięki niej możliwe jest przewidzenie, na ile prawdopodobne jest odniesienie zwycięstwa – a więc także oszacowanie, jak silną ma się pozycję negocjacyjną. W ramach tego modelu silna pozycja negocjacyjna oznacza zatem zdolność wysuwania z pełnym przekonaniem najmocniejszych możliwych argumentów, które pozwoliłyby na odniesienie sukcesu w postępowaniu przed sądem.

Należy jednak zadać pytanie: na ile wiarygodny jest argument, że negocjacje powinny przebiegać właśnie w taki sposób – jako gra, w której gra się o zwycięstwo, gra zero-jedynkowa – zupełnie jakby wszystkie strony dążyły dokładnie do tych samych celów i kierowały się takimi samymi motywami? W wielu sporach prawnych poszczególne strony mają różne cele, chcą osiągnąć je

zero-jedynkowymi. Każdy z podanych przykładów pozwala na skorzystanie z wielu kreatywnych opcji, w ramach których to, że jedna strona dostanie więcej z tego, co chce uzyskać, nie oznacza wcale, że druga strona zmuszona będzie dostać mniej.

Zamiast przedstawiać argumenty „za” lub „przeciw” określonym rozstrzygnięciom, prawnicy mogą świadczyć swoim klientom bardziej korzystne usługi, badając różne możliwe korzyści, które mogą wynegocjować w ich imieniu. Takie podejście określa się czasem jako badanie „potencjału integracyjnego” drzemiącego w danym układzie, w ramach którego negocjatorzy analizują wszystkie dostępne opcje, w idealnej sytuacji osiągając stan optimum Pareto. W każdym procesie negocjacji pojawia się zazwyczaj punkt, w którym dalsze powiększanie przysłowiowego „tortu” potencjalnych korzyści nie jest już wykonalne, i wówczas ów powiększony tort należy podzielić w taki sposób, który zgodny będzie z poczuciem sprawiedliwości każdej ze stron. Na tym ostatecznym etapie negocjacji, nawet jeśli przebiegała ona jak najbardziej w atmosferze współpracy, trzeba ustanowić priorytety i dokonać wyboru. Jednak w sytuacji, gdy wcześniejsze rozmowy toczone przez strony prowadzone są z założeniem, że możliwe są takie rozwiązania, które będą atrakcyjne dla obu stron i które nie mają zero-jedynkowego charakteru, rezultatem będzie większa liczba dostępnych opcji, lepsze i bardziej kompletne zrozumienie tego, jak spełnić oczekiwania obu stron oraz bardziej konstruktywna i kreatywna atmosfera negocjacji.

Mimo to jednak, z powodu wiary w prymat praw podmiotowych (oraz przekonania, że procesy zorientowane na te prawa są najlepszą drogą ku sprawiedliwości), negocjacje prawnicze prowadzone są tak, jak gdyby istotnie miały one charakter zero-jedynkowy, jak gdyby zawsze musiały w nich występować zwycięzca i przegrany. Oznacza to, że myślenie o ugodzie możliwe jest dopiero wtedy, gdy w opinii danego prawnika dołożono już wystarczających starań w celu zmaksymalizowania szansy na odniesienie „zwycięstwa”. Nieważne, czy to klient będzie tym, kto zasugeruje ugodę, stwierdzając, że nadszedł już czas na zawarcie układu lub że istnieje taka możliwość, czy będzie to prawnik, który w rozmowie z klientem zdecyduje się poruszyć ten temat – prawnik i tak zawsze będzie sobie zadawał następujące pytanie: „czy grałem na tyle ostro, że teraz będę mógł zawrzeć korzystny układ?”. Będzie się

też zastanawiał, ile czasu i pracy poświęcił, pracując nad daną sprawą, ponieważ prawnikom coraz trudniej wyobrazić sobie wygranie sprawy we wczesnym jej etapie, być może, nawet jeszcze przed sformułowaniem (zwycięskiej) taktyki czy przed postępowaniem wyjaśniającym i wymianą pism.

Ci spośród prawników, którzy najsilniej związani są z ideą kontryktoryjności, skupiają się tak bardzo na walce o zwycięstwo, że nie uważają zawierania układów za element swojej pracy, co ukazuje poniższa wymiana zdań:

Zamiast przedstawiać argumenty „za” lub „przeciw” określonym rozstrzygnięciom, prawnicy mogą świadczyć swoim klientom bardziej korzystne usługi, badając różne możliwe korzyści, które mogą wynegocjować w ich imieniu.

Prowadzący wywiad: – *co by było, jeśli klient z jakiegoś powodu dostałby cykora i powiedział panu: „chcę żeby pan do nich poszedł i zapytał, czy chcą pogadać o ugodzie”, jaka byłaby pana reakcja?*

Udzielający wywiadu: – *bardzo negatywna!*

Prowadzący wywiad: – *co powiedziałby pan klientowi?*

Udzielający wywiadu: – *powiedziałbym mu, że jak chce pan ugody, to niech pan idzie do nich i z nimi o tym pogada, ja nie jestem w tym dobry, mój fach to wojna, a nie pokój.*

Tego rodzaju wojenne metafory są regularnie stosowane przez prawników, kiedy odnoszą się do procesu negocjacji. Choć nie wszyscy prawnicy czuliby się komfortowo, opisując proces sądowy w kategoriach „wojny” (cytowany wyżej prawnik jednakowoż tłumaczy później, że „celem jest zniszczenie przeciwnika”), wielu z nich stosuje przenośnię odwołującą się do „walki”, a także, co istotne, odnosi się do ugody jako do „rzucenia broni i poddania się”. Tego rodzaju słownictwo ukazuje nam ideologię leżącą u podstaw negocjacji – ideologię walki aż do zwycięstwa, która często towarzyszy prawnikom aż do chwili, kiedy ugoda zostanie ostatecznie zawarta. ■

Fragment książki „Prawnik jutra” wydanej przez KRRP.



Rys. Africa Studio – Fotolia.com

różnymi sposobami i z różnych powodów, dzięki czemu pozostaje wiele miejsca na inteligentne, strategiczne negocjacje, w których bierze się pod uwagę zróżnicowane priorytety oraz cele stron. W rzeczywistości bowiem materia sporów prawnych oraz podnoszone w nich kwestie rzadko kiedy mają charakter zero-jedynkowy, podobnie jak niewiele sporów czy niewiele elementów niektórych sporów naprawdę dotyczy wartości o niepodzielnym charakterze. Na przykład spory mające za przedmiot wpływy handlowe i udział w rynku, wspólne sprawowanie opieki nad dzieckiem czy zakończenie stosunku pracy nie są sporami

To „coś”

„Jedynie ci, którzy mierzą daleko, przekonają się, jak daleko są w stanie dotrzeć” – napisał T.S. Eliot. Nikt przeciętny nigdy nie tworzył i nie stworzył historii – historia ludzkości jest pełna niezwykłych ludzi, którzy zmieniają świat. Kim są ci nieprzeciętni, potrafiący zmienić życie innych? Jakie szczególne cechy czy umiejętności posiadają? Czy to „coś” dziedziczymy czy to kwestia wychowania, wartości i przekonań, które posiadamy, a może pewnych zdolności? Czy można się tego nauczyć? Które elementy decydują?

Ciekawe pytania... A gdyby zastanowić się, jakie cechy szczególne mają ci prawnicy, którzy są wyjątkowi...?

W grudniowym numerze kanadyjskiego magazynu LEXPERT z 2004 roku opublikowano ciekawy artykuł „Top 40 and under 40”, w którym zadano pytanie: co łączy najlepszych prawników należących do czterdziestki najlepszych prawników Kanady „około czterdziestki”.

Tych najlepszych wyłoniono spośród prawie 6000 innych... Ciekawe, że żadnego znaczenia nie miało pochodzenie tych osób: egipskie, hinduskie czy anglosaskie. Ich edukacja akademicka również w dużym stopniu nie miała znaczenia.

Okazało się, że cechami łączącymi tę „czterdziestkę” są: pewność siebie połączona z przekonaniem, że pomyślnie uda się wykonać zadanie, umiejętność strategicznego koncepcyjnego rozwiązywania problemów oraz umiejętności przywódcze. Niezwykle ważną okazała się unikalna umiejętność łączenia koncepcyjnego i strategicznego myślenia z uważnością dostrzegania szczegółów.

Ogromne znaczenie ma również to, że te predyspozycje mają swoje podłoże w klasycznej inteligencji (IQ), która pozwala „czterdziestce” rozwiązywać problemy i myśleć w inny sposób niż robi to 90% społeczeństwa.

Ale najciekawsze to fakt, że zwycięzcy plasują się znacznie powyżej przeciętnej w zakresie umiejętności związanych z inteligencją emocjonalną (EQ)!

Kompetencje te determinują to, jak radzimy sobie z niesprzyjającymi okolicznościami, stresem i konfliktami, w jaki sposób budujemy i utrzymujemy relacje z innymi ludźmi i czy potrafimy

wykształcić w sobie postawę pełną optymizmu, czy potrafimy być empatyczni?

To daje rzeczywistą przewagę...

Czy wypijamy te umiejętności z „mlekiem matki” czy można się ich nauczyć? Dlaczego „sympatyczni i przystojni” lepiej zarabiają – jak zbadali to Amerykanie? Dlaczego wybory wygrywają prezydenci, których lubią wyborcy i do których mają zaufanie, a nie ci drudzy, którzy, być może, są nawet błyskotliwymi intelektualistami czy „perfekcyjnymi menedżerami”?

Dlaczego u niektórych prawników drzwi się nie zamykają, a u innych klient pojawia się wyjątkowo – a przecież wszyscy mamy te same dyplomy wydziałów prawa, a w dodatku nasi klienci nie są w stanie przecież ocenić naszej wiedzy... Czym się kierują, dokonując wyboru spośród kilku prawników? Ktoś odpowie: „kierują się rekomendacjami”. Zgoda – w momencie podejmowania decyzji o tym, że chcą się z nami spotkać – a potem? Przecież niektórzy z nich nigdy po pierwszej wizycie nie wracają.

A czym przywódcy porywają tłumy? Sprawnością logicznego myślenia czy tym „czymś”?

Historia bowiem jest pełna niezwykłych ludzi, którzy zmieniają świat... I to o nich są książki i wiersze...

„Liczy się nie krytyk, nie człowiek, który wskazuje, że inny potknął się albo mógł coś wykonać lepiej. Uznanie należy się temu, kto tkwi na arenie z twarzą uwalaną błotem, potem i krwią, kto usilnie się stara, kto błądzi, ale nie rezygnuje i zaczyna ciągle od nowa, kto zna wielki entuzjazm i wielkie poświęcenie, kto poświęca się dla sprawy. W najlepszym razie poznaje w końcu smak triumfu, w najgorszym razie zaś – jeśli nawet przegra, to jednak wykaże się tak wielką odwagą, że nigdy nie znajdzie się wśród bojaźliwych dusz, nieznających ani zwycięstwa, ani klęski.” (Theodore Roosevelt)

Motto to dedykuję tym wszystkim, którzy są wyjątkowi... i zmieniają świat.

Maciej Bobrowicz
Felieton.Bobrowicz@kirp.pl

RADCA PRAWNY
wydawany od 1992 r.

Wydawca
Krajowa Rada Radców Prawnych
00-540 Warszawa
Aleje Ujazdowskie 41
tel. 22 622 05 88, faks 22 319 56 16
e-mail: radca.prawny@kirp.pl

Kolegium Redakcyjne
Barbara Kras, przewodnicząca kolegium redakcyjnego

Krzysztof Mering, redaktor naczelny
tel. 22 319 56 12, e-mail: mering@kirp.pl

Albert Stawiszynski, zastępca redaktora naczelnego,
tel. 22 319 56 11

Janina Cymer, sekretarz redakcji
tel. 22 625 29 90, 22 319 56 11, e-mail: radca.prawny@kirp.pl

Zespół: Wojciech Bujko, Juliusz Cybulski, Mieczysław Humka, Zenon Klatka, Stefan Mucha, dr Tomasz Pietrzykowski, Anna Sobczak
Fotoreporter – Jacek Barcz

Stale współpracują: Andrzej Damiński, Grażyna J. Leśniak Jerzy Mosoń, Wojciech Tumidalski

Biurowo Reklamowe – Smart Communication Group

Dorota Hołubiec, tel. 22 254 13 60

Projekt graficzny – Jerzy Matuszewski

DTP i druk – BARTGRAF
Ewa Księżopolska-Bisińska, tel. 22 625 55 48

Nakład: 29 500 egz.



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH

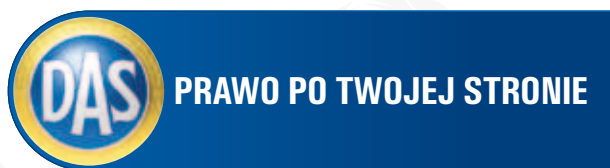


30 lat Krajowej Izby
Radców Prawnych

Partnerzy XXX-lecia samorządu radców prawnych



RZECZPOSPOLITA



WYDAWNICTWO C.H. BECK



Deutsche Bank

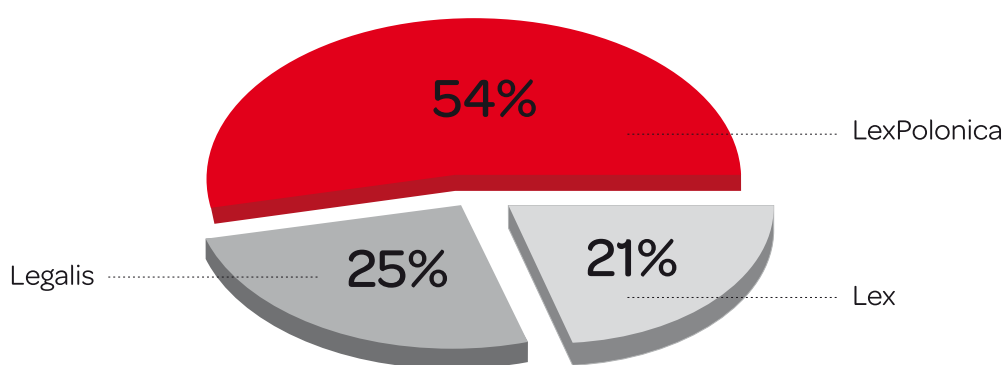


LexPolonica

Serwis Prawniczy LexisNexis®

- najchętniej cytowany serwis prawniczy na rynku

Ponad 54% artykułów prasowych m.in. takich tytułów jak Dziennik Gazeta Prawna, czy Rzeczpospolita, powołując się na podstawę prawną, cytuje Serwis Prawniczy LexisNexis LexPolonica. Już od 5 lat jest to najchętniej cytowany serwis informacji prawnej.



Informacje prasowe ogółem - ujęcie procentowe.

Dane własne LexisNexis na podstawie statystyki Press-Service Monitoring Mediów z dnia 27.08.2012 r.

Serwis Prawniczy LexisNexis LexPolonica stanowi **kompletną bibliotekę legislacyjną** prawa polskiego, zawiera m.in.

- komentarze wybitnych specjalistów - sędziów Sądu Najwyższego i członków komisji kodyfikacyjnych,
- liczne opracowania monograficzne - bestsellery na rynku wydawniczym,
- wyśmienicie opracowaną bazę wzorów i umów pochodzących z cenionych przez środowisko prawnicze pozycji wydawniczych LexisNexis.

Szczególną wartością serwisu LexPolonica podkreślaną przez klientów jest **bogaty wybór orzecznictwa**, który wyróżnia się wysokiej jakości opracowaniem merytorycznym.

Bezpłatny dostęp na 7 dni



Rekrutacja w branży prawnej



Fot. apops – Fotolia.com

Najważniejszym kapitałem każdej firmy są jej pracownicy. Ogromna liczba metod rekrutacyjnych, wieloetapowa selekcja i dobór personelu przyprawiają o zawrót głowy także aplikantów. Proces poszukiwania prawnika formalnie nie różni się zbyt wiele od rekrutacji w innych branżach.

To, z jakim rodzajem procesów rekrutacyjnych może spotkać się każdy aplikant, uzależnione jest przede wszystkim od wyboru przyszłego miejsca pracy. Inaczej wygląda rekrutacja na stanowisko w małej kancelarii czy urzędzie, inaczej w korporacji, gdzie dobór pracowników może trwać tygodniami i składać się z kilku etapów. Stopień komplikacji procesu rekrutacyjnego zależy również od rangi stanowiska. – Obecnie nawet rekrutacja na praktyki do kancelarii prawnej może być złożonym procesem rekrutacyjnym, składającym się z rozmów kwalifikacyjnych, testów językowych, merytorycznych bądź werbalnych czy numerycznych – mówi Ewelina Skocz HR & Project Manager z BCSystems.

Jak przygotować się do procesu rekrutacji? – Po pierwsze, trzeba odpowiedzieć sobie na pytania: jakiego charakteru pracy szukamy, czy szukamy pracy stałej i jaki wymiar godzinowy jest dla nas najodpowiedniejszy. Odpowiedzi na te pytania pozwolą nie tylko na znalezienie satysfakcjonującego stażu bądź pracy, ale także zaoszczędzić czas zarówno poszukującego, jak i rekrutującego, pozwolą też uniknąć wszelkiego rodzaju nieporozumień – opowiada Ewelina Skocz.

Każdy proces rekrutacyjny zaczyna się od sprecyzowania wymagań pracodawcy na dane stanowisko. Nie ma znaczenia, czy rekrutację prowadzi profesjonalna firma doradztwa personalnego czy bezpośrednio kancelaria. Ten etap należy do najważniejszych z punktu widzenia pracodawcy, a zadaniem rekruta jest spełnić wszystkie określone w opisie stanowiska wymagania. Opis stanowiska zawiera informacje na temat preferowanego przez pracodawcę wykształcenia, doświadczenia, znajomości języków obcych, predyspozycji osobowościowych etc. Jeśli spełniamy wszystkie formalne wymagania, możemy napisać odpowiednie CV i swoją aplikację zgłosić przyszłemu pracodawcy.

Kolejny etap rekrutacji polega na wybraniu na podstawie przesłanych przez kandydatów aplikacji osób, które będą miały szansę na rozmowę w sprawie pracy z konsultantem firmy doradztwa personalnego lub z osobą odpowiedzialną za rekrutację w kancelarii. – W przypadku rekrutacji na stanowiska prawnicze

w kancelariach bądź firmach doradczych są zazwyczaj dwa–trzy spotkania i po pozytywnym ich zakończeniu kandydatowi zostaje przedstawiona oferta pracy – mówi Ewelina Skocz. Wskazuje również, że często dzieje się tak, że kancelaria prosi kandydatów o wyrażenie zgody na testy językowe, merytoryczne, werbalne bądź numeryczne. Testy te w niektórych kancelariach przeprowadzane są jeszcze przed rozmową rekrutacyjną – jako jeden z etapów dopuszczających do spotkania.

Etap bezpośredniego spotkania z przyszłym pracodawcą jest – z punktu widzenia kandydata na dane stanowisko – najważniejszy. Należy się do niego gruntownie przygotować. Posiąć podstawową wiedzę na temat kancelarii, w której chcemy pracować. Niezbędne jest przygotowanie merytoryczne w związku z działem prawnym, do którego aplikujemy. Bardzo ważne – o ile nie decydujące – jest pierwsze wrażenie w kontakcie z osobą rekrutującą, sposób zachowania, a nawet ubiór. – Podczas bezpośredniego spotkania należy pamiętać, że rozmowa kwalifikacyjna zaczyna się w momencie wejścia do recepcji, a kończy z chwilą opuszczenia jej siedziby. Dlatego też niezwykle ważne jest zachowanie poza salą rozmów, chociażby z tego względu, że personel obsługujący firmę może być pytany o zachowanie kandydata – podkreśla Ewelina Skocz.

Zdobycie wymarzonej i dobrze płatnej pracy wymaga nie tylko posiadania odpowiednich umiejętności, dobrego CV i znajomości kilku języków obcych. Potrzebny jest też wysiłek, motywacja i umiejętność zaprezentowania się od najlepszej strony. Należy pamiętać, że rekrutacja zaczyna się od pomysłu na przyszłą pracę, a kończy dopiero z chwilą podpisania przez kandydata umowy o pracę.

PO

Zgodnie z analizą BCSystems, w stosunku do kandydatów biorących udział w procesie rekrutacyjnym wymagania najczęściej spotykane w branży prawnej to:

- dobry *background* edukacyjny (zdobyty również za granicą oraz LLM czy studia podyplomowe);
- pracodawcy poszukujący idealnego kandydata zwracają uwagę przede wszystkim na doświadczenie. Najbardziej pożądane są osoby posiadające doświadczenie w czołowych firmach lub kancelariach. Warto je zdobyć chociażby odbywając praktyki lub staże. Mile widziane jest również doświadczenie w transakcjach lub projektach;
- pracodawcy coraz częściej preferują osoby, które władają dodatkowym językiem obcym poza, oczywiście, językiem angielskim;
- coraz większa liczba pracodawców zwraca także uwagę na posiadanie umiejętności podejścia biznesowego kandydatów i posiadanie tzw. umiejętności miękkich wykonywanych w relacjach z klientami (umiejętności negocjacyjne, komunikatywność itp.).

Aplikacja vs praca

Połączenie odbywania aplikacji radcowskiej z wykonywaną pracą zawodową to naturalne wyzwanie, któremu musi sprostać każdy młody prawnik. Dla większości z nich to okres, który ukształtuje przyszłą karierę prawniczą.

■ Piotr Olszewski

Pozycja aplikanta w życiu zawodowym zależy od rodzaju i miejsca wykonywanej pracy, ale również od podejścia pracodawcy, który może potraktować zatrudnienie aplikanta jako inwestycję albo wręcz przeciwnie – jako obciążenie związane z dodatkowymi obowiązkami i wydatkami. Najczęściej jest tak, że aplikacja radcowska otwiera przed młodym prawnikiem szersze perspektywy zawodowe, z których – jak mówi jeden z aplikantów warszawskiej okręgowej izby radców prawnych – *trzeba umieć w odpowiedni sposób skorzystać. Kiedy w ubiegłym roku dostałem się na aplikację, od razu trafiłem do pracy w niewielkiej kancelarii prawnej, gdzie pracodawca potrafi docenić moje zawodowe plany i ambicje* – dodaje.

Entuzjazm studzi jednak niełatwa rzeczywistość na rynku pracy w kontekście liczby aplikantów w stosunku do wolnych miejsc pracy. Kiedy kilka lat temu dokonano tzw. otwarcia zawodów prawniczych, liczba młodych ludzi, trafiających po studiach prawniczych na aplikację radcowską, zaczęła w dynamiczny sposób rosnać. Początkowo większość z nich do zmian podchodziła z entuzjazmem. Jednak dziś opinie są dużo bardziej stonowane. – *Państwo otworzyło dostęp do zawodów prawniczych, by dać szansę absolwentom studiów na kontynuowanie nauki na aplikacjach korporacyjnych. Dziś już wiadomo, że sama aplikacja nie będzie gwarancją funkcjonowania w wolnych zawodach prawniczych. Przetwarzają najsilniejsi* – mówi Tomasz, aplikant radcowski z Krakowa. – *Dlatego tak ważne jest, by kontakty i doświadczenie zdobywać już w trakcie aplikacji, a najlepiej jeszcze podczas studiów prawniczych. Jeśli ktoś zabiera się za to dopiero po jej*

ukończeniu, to może mieć poważny problem ze znalezieniem klientów i utrzymaniem się na rynku – dodaje.

Potwierdziła to Agnieszka Czapska, konsultant specjalizacji Legal & Tax w Hays Poland: – *sytuacja na rynku pracy młodego prawnika nie należy do najłatwiejszych. Osoby bez doświadczenia zaczynają najczęściej od bezpłatnych praktyk w kancelariach bądź płatnych staży, szczególnie w dużych kancelariach. W największych firmach prawniczych konkurencja jest duża i tylko najlepsi otrzymują oferty pracy.*

– *Rynek prawniczy już się nasycił, dlatego w najbliższych latach trudno będzie znaleźć dobrze płatną posadę. Dzisiaj poważnym problemem jest znalezienie płatnych praktyk* – podkreśla z kolei Andrzej, aplikant radcowski z Poznania.

Dla wielu przyszłych radców problemem jest więc utrzymanie się podczas samej aplikacji. – *Aplikacje są dla ludzi w dobrej sytuacji materialnej. Nie dość, że musisz ją opłacić, to – praktykując w kancelarii – często zarabiasz w granicach 1000–1500 zł. Większości moich znajomych na aplikacjach pomagają rodzice. Nieliczni, zazwyczaj mieszkający w Warszawie, gdzie jest lepszy rynek, mogą zarobić w czasie aplikacji kilka tysięcy* – opowiada Anna.

Dlatego coraz więcej przyszłych radców rozgląda się za pracą na etacie, którą starają się łączyć z nauką na aplikacji. – *Znalezienie jej nie jest łatwe, ale jeśli już się uda, to wiele spraw ułatwia. Może pieniądze nie są zbyt wielkie ale dają pewną stabilizację* – mówi Monika, która pracuje w urzędzie w jednej z podwarszawskich miejscowości. – *Dla mnie to układ idealny. Mam pracę, którą będę mogła wykonywać nadal po skończeniu aplikacji, a jeśli okaże się, że uda się coś lepszego znaleźć w zawodzie, to będę się tylko cieszyć.*

Żeby poradzić sobie na rynku, pogodzić aplikację z wykonywaną pracą, trzeba być – z jednej strony – bardzo elastycznym, a z drugiej – znaleźć taką dziedzinę i nadto specjalizować się na takim polu, aby czerpać z tego jak największe korzyści. Różnorodność i złożoność polskiego czy europejskiego systemu prawa, powstawanie nowych dziedzin i specjalizacji, nakazuje stwierdzić, iż czasy prawników „od wszystkiego” odeszły w niepamięć. Liczą się umiejętności i wiedza w ramach konkretnej gałęzi czy specjalizacji, bo w przypadku realizacji projektów wielopłaszczyznowych ich wykonanie powierzane jest najczęściej zespołowi prawników, z których każdy specjalizuje się w odrębnej dziedzinie. Obecnie prawnik wobec zmian gospodarczych w Polsce w ostatnich latach, jest jednocześnie negocjatorem, przedsiębiorcą, a co za tym idzie – musi rozumieć biznes i reguły, na podstawie których działają klienci.

Aplikacja radcowska otwiera przed prawnikiem szerokie spektrum możliwości i perspektyw zawodowych. – *Narzędziem rozwoju powinna być aplikacja, która umożliwi uzyskanie wszechstronnej wiedzy prawnikowi i która uczy bardzo praktycznego spojrzenia na prawo, jako instrumentu służącego do wykonywania przyszłego zawodu* – mówi Janina, aplikantka pierwszego roku z Warszawy. – *Obecnie jest tak, że najwięcej można się nauczyć podczas praktyk lub pracy w kancelarii. W trakcie aplikacji tych zajęć praktycznych jest zbyt mało* – dodaje. Aplikanci postulują też, aby upowszechnianiem świadomości prawnej w społeczeństwie zajęło się państwo, a także same korporacje, które już dziś organizują akcje bezpłatnych porad prawnych *pro publico bono*. Większa świadomość prawna Polaków przyniosłaby profity zarówno prawnikom, jak i ich klientom. Prawnicy będą mieć pracę, a klienci zyskają większą ochronę prawną. – *Dopóki nie zmieni się podejście Polaków do prawa, wielu młodych radców może spodziewać się problemów ze znalezieniem pracy* – przewidują.

Przybywa osób, które na pójście na aplikację decydują się dopiero po tym, jak już odnajdą się na rynku pracy.

– *Ja aplikację traktuję jako kolejny element swojego rozwoju zawodowego. Od kilku lat pracuję w prywatnej firmie. Na robienie aplikacji zdecydowałam się, bo jej ukończenie da mi większe możliwości awansu* – mówi Julia z Trójmiasta.

Podobnie myśli coraz więcej osób, dlatego na aplikacji coraz częściej można spotkać 30- i 40-latków. Ale nie brakuje też aplikantów, którzy już teraz odnaleźli się w zawodzie. Maciej jest aplikantem w Warszawie. Od dwóch lat pracuje w dużej warszawskiej kancelarii prawnej. – *Praktyki w niej zacząłem jeszcze podczas studiów. Teraz pracuję jako prawnik w dziale zajmującym się prawem energetycznym. Dobrze zarabiam, a moja pensja jeszcze wzrośnie po tym, jak ukończę aplikację* – stwierdza. Podkreśla, że kluczowe jest znalezienie sobie własnej działki, w której w przyszłości chcemy się specjalizować. – *Dzisiaj nie da się już być prawnikiem od wszystkiego. Kancelarie i duże firmy poszukują ludzi, którzy mają dosko-*

wych, na przygotowanie się do egzaminu radcowskiego oraz zwolnienie od pracy z zachowaniem prawa do wynagrodzenia w celu uczestniczenia w egzaminie wstępnym i radcowskim. Takie przywileje mają jednak drugą stronę medalu. W praktyce, co wynika z programu aplikacji, pracownik, uczęszczając na zajęcia i odbywając np. praktyki sądowe, może być wyłączony z wykonywania obowiązków pracowniczych aż przez dwa dni w tygodniu. Nic więc dziwnego, że pracodawcy, dbając także o swój interes, wnikliwie analizują sytuację prawną pracownika-aplikanta i nie uważają faktu odbywania aplikacji za inwestycję. Potwierdziła to również analiza Hays Poland, z której wynika, że najchętniej zatrudniani są aplikanci w trakcie aplikacji (II rok), ponieważ mają już pewne doświadczenie zawodowe i są również bardziej dyspozycyjni, biorąc pod uwagę mniejszą liczbę zajęć na aplikacji i odbyte już praktyki w sądach. Osoby na I roku aplikacji nie mają jeszcze doświadczenia.

na okres przygotowania do egzaminu i zaczynają poszukiwanie pracy zaraz po nim.

Można jednak zauważyć – szczególnie w większych kancelariach prawnych – że pracodawcy traktują zatrudnienie aplikanta jako inwestycję, która zaprocentuje. Ważnym elementem jest zdobycie uprawnień i uczestniczenie w szkoleniu, które wymaga zaangażowania i sprawia, że prawnik się rozwija. Każdemu pracodawcy zależy na tym, aby mieć wykształconych pracowników. Jedną z form inwestycji w aplikanta – na zasadzie „dobrej praktyki” – jest opłacenie jego aplikacji. – *Staramy się wspierać młodych prawników, którzy obierają drogę rozwijania swoich zdolności, idąc na aplikację. Za egzaminy wstępne czy zawodowe nasi pracownicy płacą we własnym zakresie, jednak my pokrywamy za nich koszty szkolenia* – mówi Elżbieta Dobrzyńska-Bajger z kancelarii KPMG D. Dobkowskimi.

Sytuacja aplikanta-pracownika niekiedy może być skomplikowana. Jednak w większości przypadków przy odpowiedniej or-



Rys. Kamil Strzyżewski

nale opanowane poszczególne dziedziny prawa – dodaje.

Nie można również zapomnieć o prawach, jakie wiążą się z odbywaniem aplikacji w trakcie zatrudnienia. Pracownikowi wpisanemu na listę aplikantów radcowskich przysługuje, z zachowaniem prawa do wynagrodzenia, zwolnienie od pracy w celu uczestniczenia w obowiązkowych zajęciach szkoleniowych. Aplikantowi przysługuje także prawo do płatnego urlopu, w wymiarze 30 dni kalendarzo-

Ich dyspozycyjność jest mniejsza, ale częściej godzą się na bezpłatne praktyki bądź chcą pracować za mniejsze pieniądze. Aplikanci ostatniego roku aplikacji nie są zbyt pożądanymi przez pracodawców ze względu na zbliżający się egzamin zawodowy, który wiąże się również z urlopem (często nawet 3-miesięcznym). Pracodawca niechętnie zatrudni nowego pracownika, który za kilka miesięcy przestanie być dostępny na kilka tygodni. Często kandydaci robią sobie przerwę we współpracy z kancelariami

organizacji czasu, obowiązków i stosunków z pracodawcą takie połączenie przynosi spore korzyści. – *Osobiście nie widzę większego problemu w pogodzeniu obowiązków związanych z wykonywaniem pracy w kancelarii z odbywaniem aplikacji. Wypełnienie wszystkich obowiązków, czas na realizację własnych pasji i umiejętności przekonania pracodawcy o swojej wartości to cechy, które w trakcie swojego rozwoju musi posiadać każdy z nas* – przekonyuje aplikantka z Krakowa.

Jak skutecznie uczyć się prawa?

Opanowanie w krótkim czasie ogromnej partii materiału przed kolokwium to chleb powszedni każdego aplikanta. Czy można uczyć się prawa szybciej i skuteczniej? Pomóc w tym mogą różne techniki efektywnej nauki.

Pamięć charakteryzowana jest jako zdolność, możliwość, predyspozycja do przyswajania i utrwalania informacji, a w następstwie przypominanie sobie ich oraz związanych z nimi doznań, emocji, wrażeń. Za sprawą procesów myślowych informacje te układane są w logiczną całość, spójne historie. Co zrobić, aby nauka kodeksu także ułożyła się w logiczną całość i spójną historię?

Odpowiedzi na to pytanie może być wiele i zależą od indywidualnych predyspozycji każdego człowieka. – *Każdy z osobna stanowi pewne indywidualium. Nie tylko w sferze tego, czego się ma nauczyć ale także w aspekcie swoich predyspozycji* – mówi Tomasz Wachowiak z bydgoskiej Szkoły Pamięci Wojakowskich. – *Mamy umysły ścisłe i humanistów. Ze względu na dominujący rodzaj pamięci dzielimy osoby na wzrokowców, słuchowców, czy kinestetyków. Występują też różne formy mieszane wspomnianych osób. Także ładunek emocjonalny i nastawienie jakie towarzyszą nauce ma bardzo duże znaczenie. Pora dnia, nastrój, ogólne zainteresowanie tematem - to wszystko składowe powodujące bardzo zindywidualizowany obraz osoby uczącej się* – opowiada dalej Tomasz Wachowiak.

Istnieją różne metody i techniki skutecznej nauki, które mogą pomóc w ćwiczeniu naszej pamięci. Efektywne techniki uczenia się to przede wszystkim metody, dzięki którym można poprawić dwa wskaźniki. Tempo uczenia się oraz jakość, czyli ilość materiału, który człowiek jest w stanie zapamiętać w określonym czasie. W celu poprawy tej efektywności mogą być stosowane metody zwane mnemotechnikami, czyli sposobami ułatwiającymi zapamiętywanie poprzez używanie skojarzeń, wyobraźni, symboliki, dzięki którym jesteśmy w stanie przenosić zapamięty-



Fot. lighthouse - Fotolia.com

wany materiał bezpośrednio do pamięci długoterminowej, tej, która pozwala na zapamiętanie i potem przypomnienie sobie w bardzo krótkim czasie.

Nauka prawa nie różni się od nauki innych treści. Nie trzeba także stosować specjalnych metod, aby poprawić jej skuteczność. Metody efektywnej nauki są uniwersalne i mogą z nich korzystać uczniowie, studenci, ale również lekarze czy prawnicy. – *W aspekcie nauki prawa, każdy przepis ma twarde oparcie w praktyce, a więc to znaczne ułatwienie w całym procesie przyswajania wiedzy* – mówi Tomasz Wachowiak. – *Należy jednak pamiętać, że osoba ucząca się może sama sobie zaszkodzić, odrywając daną wiedzę od praktyki na zasadzie „teoria sobie, a życie sobie”* – to błędne określenie, jeśli chodzi o skuteczność nauki – dodaje. Tomasz Wachowiak podkreśla, że cały proces nauki musi opierać się na wyobraźni, koncen-

tracji, powtarzaniu, a przede wszystkim na ZROZUMIENIU i przełożeniu teorii na praktykę. Tzw. czysta nauka, bez praktycznego przełożenia, szybciej uleci niż ta, dla której znajdzie się zastosowanie.

Prawidłowy proces zapamiętywania powinien opierać się na powtarzaniu różnych treści w coraz dłuższych odcinkach czasu. Po raz pierwszy zaraz po zapoznaniu się z materiałem, drugą powtórkę zaleca się po kilku minutach, następną po godzinie, kolejną następnego dnia, potem za tydzień, miesiąc, a nawet za pół roku – ten cykl gwarantuje zapamiętanie danej wiedzy nawet do końca ży-

cia – bez późniejszej potrzeby powtarzania. Praktyka jednak pokazuje, że z tego „prawidłowego procesu zapamiętywania” aplikant nie zawsze jest w stanie skorzystać. Przed egzaminem często jedynym skutecznym rozwiązaniem musi być nauka prawa „na pamięć”. To rozwiązanie nieraz ostateczne, ale dla jakości wiedzy, według specjalisty ze Szkoły Pamięci, bardzo złe. „Wkuwanie” przed egzaminem ma jednak kilka zalet. Każdy materiał da się wkuć, co skutkuje zdaniem egzaminem. Ćwiczy także naszą pamięć, gdyż każde jej obciążenie jest bardzo potrzebne dla zachowania sprawności umysłowej. Jednak przyswojona w ten sposób wiedza nie ma żadnego zastosowania praktycznego, nie przyczynia się do rozwoju jednostki, do poszerzenia jej zakresu wiedzy, a co za tym idzie – umiejętności. – opowiada Tomasz Wachowiak.



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH

W numerze:

Praktyczne zagadnienia prawne na tle orzecznictwa sądowego
(postępowanie cywilne, prawo cywilne, prawo podatkowe)

dr hab. Łukasz Błaszczak

Wybrane przypadki orzeczeń nieistniejących (*sententia non existens*) w procesie cywilnym
na przykładzie orzecznictwa Sądu Najwyższego _____ 2

dr Joanna Kuźmicka-Sulikowska

Problematyka umowy przedwstępnej zobowiązującej do zawarcia kolejnej
umowy przedwstępnej _____ 5

dr Marek Kopyściański

Rozpoznawanie prowizji za pośrednictwo kredytowe jako „bezpośredni” koszt uzyskania
przychodów lub koszt niezwiązany bezpośrednio z przychodami _____ 8

Agnieszka Rudnicka

Radca prawny jako funkcjonariusz publiczny cz. I _____ 10

dr Maciej Koszowski

Granice prounijnej wykładni prawa krajowego _____ 15

Grzegorz Lang

Obowiązek organizowania przetargów na zadania z zakresu gospodarki odpadami
w świetle prawa Unii Europejskiej _____ 21

In the issue:

Practical legal issues and case law
(civil procedure, civil law, tax law)

Dr Łukasz Błaszczak

Selected cases of non-existent sentences (*sententia non existens*) in civil proceedings
– examples from the case law of the Supreme Court _____ 2

Dr Joanna Kuźmicka-Sulikowska

Issues of a preliminary contract obligating to conclude another preliminary contract _____ 5

Dr Marek Kopyściański

Recognition of a credit agency commission as a „direct” tax-deductible cost or
a cost not connected directly with revenues _____ 8

Agnieszka Rudnicka

Legal adviser as a public official part I _____ 10

Dr Maciej Koszowski

Limits of the pro-Community interpretation of domestic law _____ 15

Grzegorz Lang

A duty to organize tender procedures for the waste management operations in the light
of the European union law _____ 21

Rada programowa:

Jerzy Stępień – sędzia TK w stanie spoczynku
prof. dr hab. Marek Bojarski
prof. dr hab. Andrzej Kidyba
mec. Zenon Klatka
dr Mirosław Pawełczyk
prof. dr hab. Tadeusz Tomaszewski

Praktyczne zagadnienia prawne na tle orzecznictwa sądowego (postępowanie cywilne, prawo cywilne, prawo podatkowe)

Postępowanie cywilne

Wybrane przypadki orzeczeń nieistniejących (*sententia non existens*) w procesie cywilnym na przykładzie orzecznictwa Sądu Najwyższego

dr hab. Łukasz Błaszczak*

W ramach zagadnienia orzeczeń nieistniejących można wyróżnić tę grupę przypadków, która wiąże się ze szczególnymi sytuacjami związanymi z czynnościami decyzyjnymi podejmowanymi w procesie cywilnym. Na skutek różnego rodzaju uchybień i nieprawidłowości dochodzi bowiem do patologicznej sytuacji, w której orzeczenie mające pozory prawidłowego orzeczenia sądowego, faktycznie uznane zostaje za orzeczenie nieistniejące. Co więcej, w rzeczywistości uprawnienie do stwierdzenia, że dane orzeczenie jest orzeczeniem nieistniejącym pozostaje w gestii samego sądu, który na przykład przy okazji rozpatrywania środka zaskarżenia będzie oceniać przedmiot (substrat) zaskarżenia¹, bądź też na skutek zainicjowania innego postępowania będzie dochodziło do badania orzeczenia nieistniejącego z uwagi na podniesiony np. zarzut powagi rzeczy osądzonej.

Problematyka orzeczeń nieistniejących budzi zainteresowanie nie tylko doktryny² – na co zwracałem już uwagę w swoich

publikacjach³, ale – co ważniejsze – jest ona niezwykle interesująca z punktu widzenia samej praktyki. Kwestia ta tym bardziej się komplikuje, jeśli podejmiemy próbę nakreślenia granicy pomiędzy orzeczeniami istniejącymi a orzeczeniami nieistniejącymi, które nie mają ustawowo określonych kryteriów, na podstawie których można by przyjąć stosowną kwalifikację. Dlatego doktryna w dużej mierze wyprowadza swoje koncepcje na podstawie istniejącego w tym względzie orzecznictwa SN, które wskazuje na przykłady orzeczeń nieistniejących. Za każdym razem podkreślane jest, że orzeczenia nieistniejące są wyjątkowymi przypadkami, które nie powinny mieć miejsca.

W latach 50. XX wieku w orzecznictwie prezentowane było stanowisko, że osoba wadliwie wezwana do procesu w charakterze pozwanego nie staje się stroną, w związku z tym wydany ewentualnie przeciwko niej wyrok stanowi *sententia non existens*⁴. Z oczywistych względów przy obecnym ujęciu tej kwestii nie sposób byłoby podzielić stanowiska przedstawionego

* Radca prawny OIRP we Wrocławiu, pracownik naukowo-dydaktyczny w Zakładzie Postępowania Cywilnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.

¹ T. Ereciński, *Apelacja w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2009, s. 58. Autor zwraca uwagę, iż *Niezbędną przesłanką dopuszczalności zaskarżenia każdego orzeczenia sądowego jest to, by orzeczenie istniało nie tylko faktycznie, ale również prawnie*. W odniesieniu do skargi kasacyjnej zob. uwagi T. Zembrzuski, *Dostępność skargi kasacyjnej w procesie cywilnym*, Warszawa 2008, s. 90. Ponadto, patrz S. Hanausek, *Orzeczenia sądu rewizyjnego w procesie cywilnym*, Warszawa 1960, s. 189.

² T. Ereciński, *Apelacja... op.cit.*, s. 58; S. Czepita, G. Szacoń, *Teoretyczne i praktyczne aspekty zagadnienia tak zwanych wyroków nieistniejących w procesie cywilnym*, w: *Proces cywilny. Nauka–Kodyfikacja–Praktyka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Feliksowi Zedlerowi*, red. P. Grzegorzczak, K. Knoppek, M. Walasik, Warszawa 2012, s. 99 i n.; T. Wiśniewski, *Przebieg procesu cywilnego*, Warszawa 2009, s. 260; M. Michalska, *Rozstrzygnięcie sądu kasacyjnego w procesie cywilnym*, w: *Rozprawy Prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego*, Kraków – Warszawa 1964, s. 325 i n.; K. Markiewicz, *Problem sententia non existens na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Rejent” 2002, nr 11, s. 92 i n.; B. Bładowski, *Orzeczenia nieistniejące w cywilnym postępowaniu odwoławczym*, „Nowe Prawo” 1991, nr 1, s. 79 i n.; K. Piasecki, w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do artykułów 1–505¹⁴*, tom I, pod red. K. Piaseckiego, Warszawa 2006, s. 1225; K. Korzan, *Wyroki nie istniejące*, *Acta Universitatis Wratislaviensis*, No 307, „Przegląd Prawa i Administracji”, tom VII, Wrocław 1976, s. 185 i n.; A. Miączyński, *Faktyczne i prawne istnienie orzeczenia w sądowym postępowaniu cywilnym*, ZNUJ 1972, z. 55, s. 108; E. Gapska, *Wady orzeczeń sądowych*, Warszawa 2009, s. 118, 150–170; też: *Ewolucja koncepcji orzeczeń prawnie nieistniejących w postępowaniu cywilnym*, w: *Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych*. Materiały konferencyjne Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Postępowania Cywilnego. Szczecin–Niechorze 28–30.09.2009 r., Warszawa 2009, s. 183 i n.; K. Weitz, *Skutki naruszenia art. 321 § 1 k.p.c.*, w: *Proces cywilny... op.cit.*, s. 351.

³ Ł. Błaszczak, *Orzeczenia nieistniejące (sententia non existens) w sądowym postępowaniu cywilnym*, w: *Wokół problematyki orzeczeń*, Toruń 2007, s. 7–29 i n.; tenże, *Glosa do postanowienia SN z dnia 17 listopada 2005 r.* (I CK 298/05), „Rejent” 2007, nr 1, s. 120–126.

⁴ Orzeczenie SN z 30 stycznia 1952 r., C 1619/52, „Nowe Prawo” 1952, nr 8–9, s. 102; orz. SN z 28 marca 1957 r., CZ 62/57, OSPiKA 1958, z. 3, poz. 72, z glosą krytyczną Z. Resicha i W. Siedleckiego, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Państwo i Prawo” 1959, z. 1, s. 109. Zob. także K. Stefko, *Wadliwe akty sądu w po-*

powyżej. Niemniej jednak, jak nietrudno dostrzec, problem orzeczeń nieistniejących jest w dalszym ciągu aktualny i nadal rodzi duże wątpliwości.

Orzeczenie nieistniejące to takie orzeczenie, które nie istnieje w znaczeniu faktycznym (zdarzenia faktycznego) bądź takie, które nie istnieje w znaczeniu prawnoprocesowym⁵. Brak faktycznego istnienia orzeczenia ma miejsce zarówno wówczas, gdy sąd w ogóle nie wydał orzeczenia, jak i wtedy, gdy nie wydał rozstrzygnięcia w przedmiocie, którego środek odwoławczy dotyczy⁶. Za W. Siedleckim można przyjąć, że akt prawnie nie istnieje, jeżeli zachodzi brak jednego z zasadniczych elementów konstytucyjnych; innymi słowy wówczas, gdy brak mu tego rodzaju elementów czy warunków, które – według ustawy procesowej – nadają mu charakter i skutki orzeczenia sądowego⁷. Natomiast K. Korzan podnosi, iż z faktycznym nieistnieniem wyroku mamy do czynienia wówczas, gdy istniejący wyrok rozstrzyga tylko o części żądań zawartych w pozwie, natomiast w stosunku do pozostałych żądań brak jest orzeczenia⁸.

Do orzeczeń nieistniejących z całą pewnością zaliczymy orzeczenia wydane przez osoby lub zespoły osób, które nie reprezentują władzy państwowej (sądowniczej)⁹, tzn. zostały wydane przez pracowników sekretariatu (pracownika sekretariatu), protokolanta bądź przez asystentów sędziów. Nie można na tej samej płaszczyźnie stawiać referendarzy sądowych, którzy w ramach kompetencji ustawowych mają prawo podejmowania czynności decyzyjnych – co dotyczy chociażby kompetencji do wydawania nakazów zapłaty w postępowaniu upominawczym oraz w elektronicznym postępowaniu upominawczym, jak i postanowień¹⁰, a z kolei przez tę okoliczność nie można twierdzić, że orzeczenia wydane przez nich mają status *sententia non existens*¹¹.

Kolejny przypadek, w ramach którego można rozważać kwestię nieistnienia orzeczenia, jest brak ogłoszenia. W doktrynie przeważa stanowisko, że wyrok nieogłoszony, choć uchwalony przez skład sądzący i ułożony na piśmie, w rzeczywistości prawnie nie egzystuje (nie istnieje)¹². Ogłoszenie jest bowiem nie tylko momentem narodzin orzeczenia, ale przede wszystkim elementem konstytucyjnym. Od tej chwili sąd jest tym orzeczeniem związany. Przed ogłoszeniem sentencji wyrok może być jeszcze przez sąd zmieniony, a po tej chwili może być już tylko zmieniony lub uchylony przez sąd wyższej instancji wskutek jego zaskarżenia. W myśl art. 326 § 3 zd. 1 k.p.c. ogłoszenie wyroku

dokonuje się przez odczytanie sentencji. Ponadto także, co ma znaczenie z punktu widzenia powyższej kwalifikacji, sąd jest związany wydanym wyrokiem od chwili jego ogłoszenia (art. 332 § 1 k.p.c.). Można zatem przyjąć, że ogłoszenie jest tym momentem, od którego wyrok uzyskuje moc prawną, aczkolwiek z pewnymi wyjątkami, co ma miejsce chociażby w odniesieniu do zastrzeżonego wyroku zaocznego, który wiąże sąd od chwili podpisania sentencji (art. 341 k.p.c.). Nie zmienia to zasadniczo przyjętego założenia, że ogłoszenie stanowi konstytucyjny element dla wyroku sądowego, który kreuje jego byt prawny¹³. Brak zatem ogłoszenia wówczas, gdy to ogłoszenie miało mieć miejsce, może prowadzić do patologicznej sytuacji, w której będziemy mieli do czynienia z przypadkiem *sententia non existens*. Tego rodzaju stanowisko zdaje się akceptować również orzecznictwo sądowe. Zgodnie bowiem z wyrokiem SN z 3 lutego 2012 r., 1. Wyrok podlegający ogłoszeniu, który nie został ogłoszony, jest wyrokiem nieistniejącym w znaczeniu prawnoprocesowym (...)”¹⁴. Podobnie w myśl postanowienia SN z 17 listopada 2005 r., „Wyrok podlegający ogłoszeniu, a nieogłoszony, jest wyrokiem nieistniejącym w znaczeniu prawnoprocesowym”¹⁵.

Za element konstytucyjny należało uznać również podpis pod orzeczeniem. Podpis jest więc warunkiem decydującym o prawnoprocesowym istnieniu orzeczenia. Sąd Najwyższy w uchwale z 26 września 2000 r. przyjął, że „wyrok, którego sentencji skład sądu nie podpisał, nie istnieje w znaczeniu prawnoprocesowym także wówczas, gdy został ogłoszony”¹⁶. Zaś w postanowieniu z 4 kwietnia 2003 r. SN przyjął, że „1. Orzeczenie, którego sentencja nie została podpisana przez sędziów wchodzących w skład sądu, nie może być uznane za wydane, czyli – innymi słowy – istniejące w znaczeniu prawnoprocesowym”¹⁷. Z kolei w wyroku z 2 lutego 2007 r. SN przyjął, że „(...) 2. Podpisanie orzeczenia przez sędziego, który nie orzekał w sprawie powoduje nieistnienie samego rozstrzygnięcia”¹⁸. Z powyższego niewątpliwie wynika, że również w przypadku braku podpisu pod orzeczeniem tego rodzaju przypadki należy kwalifikować jako orzeczenia nieistniejące. Tak więc, brak podpisu nie jest podstawą do stwierdzenia nieważności postępowania (art. 379 k.p.c. w zw. z art. 386 § 2 k.p.c.), jak również braku tego nie można utożsamiać z przypadkiem określonym w § 4 art. 386 k.p.c.¹⁹.

W kontekście wskazanych powyżej uwag na temat ogłoszenia oraz podpisu wydaje się, że pomiędzy tymi elementami powinna

stępowaniu cywilnym, w: *Rozprawy Prawnicze. Księga pamiątkowa dla uczczenia pracy naukowej Kazimierza Przybyłowskiego, Kraków–Warszawa 1964, s. 325 i n;* S. Włodyka, *Podmiotowe przekształcenie powództwa*, Warszawa 1986, s. 108.

⁵ T. Ereciński, *Apelacja... op.cit.*, s. 58.

⁶ Ł. Błaszczak, *Orzeczenia... op.cit.*, s. 8.

⁷ W. Siedlecki, *Podstawy rewizji cywilnej*, Warszawa 1959, s. 7 i n.; także tego autora, *Zaskarżalność orzeczeń w sądowym postępowaniu cywilnym*, w: *Studia z prawa postępowania cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Zbigniewa Resicha*, Warszawa 1985, s. 274; podobne stanowisko zajmuje także B. Bładowski, *Nowy system odwoławczy w postępowaniu cywilnym*, Zielona Góra 1996, s. 49; A. Miączyński, *Struktura i funkcja orzeczeń w sprawach cywilnych*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego”. *Prace prawnicze* 1971, z. 51, s. 140 i n.; J. Krajewski, *Nadzór judykacyjny nad prawomocnymi orzeczeniami w polskim procesie cywilnym*, Toruń 1963, s. 161 i 162.

⁸ K. Korzan, *Przestrzeganie norm cywilnoprosesowych jako instrumentu zapobiegającego powstaniu szkody w przedsiębiorstwie handlowym*, Katowice 1977, s. 50; także K. Markiewicz, *Problem sententia non existens... op.cit.*, s. 103.

⁹ E. Gapska, *Wady... op.cit.*, s. 153; W. Siedlecki, *Podstawy... op.cit.*, s. 8 i n.; A. Miączyński, *Faktyczne i prawne... op.cit.*, s. 109.

¹⁰ Patrz więcej art. 47¹, art. 353¹ § 2, art. 362¹, art. 505¹⁶ § 2, art. 505³⁰ § 1 k.p.c.

¹¹ A.M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2011, s. 154 i n.

¹² J. Sikora, *Orzeczenia... op.cit.*, s. 182; K. Stefko, *Wadliwe akty sądu... op.cit.*, s. 30; B. Bładowski, *Nowy... op.cit.*, s. 49; tenże, *Orzeczenia nieistniejące... op.cit.*, s. 81; A. Miączyński, *Skuteczność orzeczeń... op.cit.*, s. 91; W. Siedlecki, w: B. Dobrzański, M. Lisiewski, Z. Resich, W. Siedlecki, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, tom I, pod red. Z. Resicha i W. Siedleckiego, Warszawa 1969; J. Krajewski, *Nadzór... op.cit.*, s. 163; E. Gapska, *Wady... op.cit.*, s. 157.

¹³ W tym kierunku idą także poglądy E. Gapska, *Wady... op.cit.*, s. 170, zresztą w całej pełni zasługujące na aprobatę i zdecydowanie słuszne.

¹⁴ I UK 271/11, *LEX nr 1169837*.

¹⁵ I CK 298/05, OSNC 2006/9/152, Biul.SN 2006/3/11, „Monitor Prawniczy” 2006/23/1278.

¹⁶ III CZP 29/00, OSNC 2001, nr 9, poz. 25.

¹⁷ III CZP 10/03.

¹⁸ IV CSK 366/06.

¹⁹ Ł. Błaszczak, *Orzeczenia nieistniejące... op.cit.*, s. 14 i n.; E. Gapska, *Wady... op.cit.*, s. 166.

istnieć ścisła tożsamość. Ogłoszenie odnosi się bowiem do tego, co zostało spisane, ale również podpisane. W moim przekonaniu, najrozsądniejszym rozwiązaniem jest przyjęcie, że ogłoszenie decyduje o prawnym istnieniu orzeczenia, niemniej jednak nie może ono nastąpić w stosunku do orzeczenia, które nie zostało podpisane. Orzeczenie bez podpisu może bowiem budzić wątpliwości, czy rzeczywiście pochodzi od osoby uprawnionej do jego wydania. Zarówno podpisanie orzeczenia, jak i jego ogłoszenie (jako elementy konstytutywne) będą decydowały o prawnym byciu orzeczenia sądowego. Jeśli brak któregośkolwiek z nich, można przyjąć słuszną tezę, że mamy do czynienia z *sententia non existens*. W wypadku natomiast, gdy ustawa nie przewiduje ogłoszenia orzeczenia, wtedy to brak podpisu sprawia, że orzeczenie jest nieistniejące²⁰. Warto również zwrócić uwagę na zgola odmienne stanowisko SN, zajęte w postanowieniu z 3 kwietnia 1969 r., w którym z kolei sąd przyjął, iż „wyrok ogłoszony, mimo że nie został podpisany przed ogłoszeniem przez cały skład orzekający sądu, formalnie kończy postępowanie w sprawie i nie może być uważany za wyrok w ogóle nieistniejący, niewydany (...)”²¹. Stanowisko to zdaje się jednak zdecydowanie odosobnione.

W odniesieniu jednakże do kwestii podpisu sprawa znacznie się komplikuje, gdy podpis zamieszczony zostanie wyłącznie pod uzasadnieniem, zaś nie będzie widniał pod samą sentencją. Konsekwencje w postaci prawnego nieistnienia orzeczenia SN wiąże także z zamieszczeniem podpisu pod samym tylko uzasadnieniem stanowiącym wraz z sentencją jeden dokument²². I tak, SN w postanowieniu z 3 grudnia 2003 r. przyjął, iż „jeżeli wydane na posiedzeniu niejawnym postanowienie tzw. formalne, podlegające zaskarżeniu, zostało skonstruowane w ten sposób, że wraz z uzasadnieniem stanowi jeden dokument, to podpisanie przez skład sądu tylko uzasadnienia – przy braku podpisu pod sentencją – powoduje, że takie postanowienie w znaczeniu prawnoprosesowym nie istnieje”²³. Jednakże znamienne znaczenie z punktu widzenia analizowanego zagadnienia ma tu uchwała z 13 marca 2002 r., w której SN stwierdził, że „jeżeli wydane na posiedzeniu niejawnym w trybie nieprocesowym postanowienie rozstrzygające co do istoty sprawy zostało skonstruowane w ten sposób, że wraz z uzasadnieniem stanowi jeden dokument, to podpisanie przez sędziego samego uzasadnienia, przy braku podpisu sentencji, pociąga za sobą ten skutek, że takie postanowienie w znaczeniu prawnoprosesowym nie istnieje”²⁴.

Zdaniem sądu, sporządzenie bowiem sentencji postanowienia oraz jego uzasadnienia stanowią w każdym przypadku dwie czynności sądu, na których odrębność wskazują m.in. przepisy art. 324 § 3 i art. 325 k.p.c. oraz 328 § 2 i art. 330 § 1 i 2 k.p.c., mające z uwagi na przepis art. 13 § 2 k.p.c. odpowiednie zastosowanie do innych rodzajów postępowań, a ponadto art. 357 § 1–3 k.p.c., również w związku z art. 517 k.p.c. i których w związku z tym nie należy ujmować w kategorii jednej czynności nawet

wówczas, gdy sentencja i uzasadnienie zostały sporządzone „jednocześnie”²⁵. Jeśli zatem założycy, że mamy do czynienia z dwiema odrębnymi czynnościami, to w konsekwencji należałoby przyjąć, że obie czynności powinny być podpisane odrębnie²⁶. Koncepcja z kolei opowiadająca się za nieistnieniem orzeczenia, tak jak to wskazuje Sąd Najwyższy, mogłaby okazać się odstającą od założeń samej praktyki. Nie bez kozery spotkała się ona z krytyką doktryny²⁷. Z drugiej strony, należy mieć na względzie, iż ustawodawca wyraźnie odróżnia dwie czynności sądu, z których pierwsza polega na sporządzeniu i podpisaniu sentencji postanowienia, a druga na sporządzeniu i podpisaniu uzasadnienia. Zasady podpisywania dokumentów zawierających każdą z tych czynności uregulowane zostały odmiennie w stosunku do sentencji (art. 324 § 3 w zw. z art. 361 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.) i uzasadnienia (art. 330 § 2 w zw. z art. 361 w zw. z art. 13 § 2 k.p.c.)²⁸. Przyjęcie, że wystarczy zamieścić podpis tylko pod uzasadnieniem, napotka trudność w sprawach podlegających rozpoznaniu w składzie ławniczym (art. 509 k.p.c.), w których wydano np. na posiedzeniu niejawnym postanowienie oddalające wniosek z powodu oczywistego braku uprawnienia wnioskodawcy (art. 514 § 2 k.p.c.). W takim przypadku – jak wskazuje E. Gapska – sentencję powinni podpisać sędzia i dwaj ławnicy, zaś uzasadnienie wyłącznie przewodniczący (art. 357 § 2 w zw. z art. 517 k.p.c.)²⁹.

Oczywiście, wskazanych wyżej wypadków nie można utożsamiać z sytuacją, w której orzeczenie zostało podpisane jedynie przez część składu sądu, albowiem tego rodzaju przypadek nie powoduje zakwalifikowania orzeczenia do kategorii orzeczeń nieistniejących. Przypadek ten zaś wskazuje na uchybienie, które można by objąć przedmiotem zaskarżenia, wskazując na nieważność opartą na podstawie w postaci składu sprzecznego z przepisami prawa (art. 379 pkt 4 k.p.c.). Trudno byłoby bowiem twierdzić, że brak jednego podpisu może przekreślać byt prawny samego orzeczenia sądowego w kategorii jego istnienia prawnoprosesowego.

W orzecznictwie wskazuje się także na inny jeszcze przypadek nieistnienia orzeczenia, a mianowicie – zgodnie z postanowieniem SN z 25 stycznia 2001 r., „brak w pisemnej sentencji wyroku rozstrzygnięcia o całości żądania powoduje, że w tej części wyrok nie istnieje, także wtedy, gdy ogłoszono o całości żądania”³⁰. W uzasadnieniu tego postanowienia podkreślono przy tym, że wysoce niepożądane ze względu na powagę wyroku i bezpieczeństwo obrotu byłoby dopuszczenie możliwości ustalenia zakresu i treści wyroku za pomocą wszelkich środków dowodowych, także dowodów osobowych, a braku rozstrzygnięcia w sentencji nie może zastąpić samo tylko uzasadnienie. Tożsame stanowisko wyrażono w piśmiennictwie, w którym przesądzono, że nieujęcie rozstrzygnięcia w formę pisemną wyklucza możliwość rozważania jego prawnego istnienia z tej tylko przyczyny, że nie istnieje ono nawet faktycznie³¹. Orzeczenie takie bowiem, nawet jeśli osiągnie prawomocność formalną, to i tak nie uzyska

²⁰ Ł. Błaszczak, *Orzeczenia nieistniejące... op.cit.*, s. 16; zob. także E. Gapska, *Wady... op.cit.*, s. 160.

²¹ III CRN 21/69, OSNPG 1969/9/95.

²² E. Gapska, *Wady... op.cit.*, s. 169.

²³ I CZ 140/03, LEX nr 602357.

²⁴ III CZP 12/2, OSNC 2003/2/17, „Prokuratura i Prawo – wkł.” 2002/12/37, „Biuletyn SN” 2002/3/10, „Wokanda” 2002/5/11.

²⁵ Uzasadnienie do uchwały SN z 13 marca 2002 r. jw.; zob. także E. Gapska, *Wady... op.cit.*, s. 169.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ K. Markiewicz, *Problem sententia non existens... op.cit.*, s. 114 i n.

²⁸ E. Gapska, *Wady... op.cit.*, s. 169.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ III CKN 1382/00, OSNC 2001/9/132, „Biuletyn SN” 2001/6/10.

³¹ A. Miączyński, *Faktyczne i prawne... op.cit.*, s. 111.

powagi rzeczy osądzonej, albowiem w myśl art. 366 k.p.c. wyrok prawomocny ma powagę rzeczy osądzonej tylko odnośnie tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia. Jeśli więc brak jest rozstrzygnięcia albo jest ono na tyle sprzeczne, iż nie wiadomo co z niego wynika, to trudno mówić w takim przypadku o powadze rzeczy osądzonej, ponieważ nie wiadomo nawet, czego ta powaga miałaby dotyczyć.

Jeśli doszłoby do wydania w procesie cywilnym orzeczenia nieistniejącego, to w konsekwencji środek zaskarżenia należałoby za każdym razem odrzucić. Brak substratu zaskarżenia sprawia, że nie jest możliwe wniesienie środka prawnego, za pomocą którego istniałaby możliwość wzruszenia orzeczenia. Podobnie SN przyjął w wyroku z 30 listopada 2007 r., w którym podniósł, iż „(...) 2. Wyrok podlegający ogłoszeniu, a nieogłoszony jest wyrokiem nieistniejącym. Od takiego wyroku nie przysługuje więc apelacja, a sąd powinien wznowić postępowanie i zamknąć je wydaniem oraz ogłoszeniem wyroku zgodnie z przepisami k.p.c. Taki nieogłoszony wyrok nie może być też podstawą do wysuwa-

nia twierdzenia, że postępowanie, jakie toczyło się po jego wydaniu, jest dotknięte nieważnością jako postępowanie prowadzone w sprawie prawomocnie osądzonej (art. 379 § 3 k.p.c.)³².

Nieuzasadnione wydaje się także skorzystanie z instytucji powództwa o ustalenie prawa lub stosunku prawnego (art. 189 k.p.c.), albowiem orzeczenie nie ma formy prawa ani również stosunku prawnego. Dlatego niedopuszczalne jest wniesienie od orzeczenia nieistniejącego powództwa z art. 189 k.p.c.

Pozostaje zatem możliwość wykazania nieistnienia orzeczenia przy sposobności innego postępowaniu, wskazując na brak orzeczenia i tym samym możliwość ponownego rozstrzygnięcia danej kwestii, jeśli jedna ze stron podniosłaby zarzut powagi rzeczy osądzonej nieistniejącego orzeczenia jako przesłankę skutkującą odrzuceniem pozwu. Z drugiej znów strony, jeśli rozprawa została zamknięta i wydane zostało orzeczenie nieistniejące, to ewentualnie można podjąć próbę otwarcia na nowo rozprawy i kontynuowania postępowania, skoro zapadłe orzeczenie jest orzeczeniem nieistniejącym³³.

³² IV CNP 111/07, *LEX nr 623810*.

³³ Ł. Błaszczak, *Recenzja pracy*: Edyta Gapska, *Wady orzeczeń sądowych*, w *Polski Proces Cywilny 2011*, nr 3, s. 193.

Problematyka umowy przedwstępnej zobowiązującej do zawarcia kolejnej umowy przedwstępnej

dr Joanna Kuźmicka-Sulikowska*

Wskazanie rodzaju umów, które mogą zostać poprzedzone umową przedwstępną jest kwestią sporną. Nie została ona wprost rozstrzygnięta przez ustawodawcę, który stanowi jedynie, że umowa przedwstępna jest umową, przez którą jedna ze stron lub obie zobowiązują się do zawarcia oznaczonej umowy (art. 389 § 1 k.c.), z czego wynika, że może być to umowa jednostronnie lub dwustronnie zobowiązująca. Otwiera to pole do dyskusji, w ramach której zarysowały się dwa zasadnicze stanowiska¹. Zwolennicy pierwszego z nich optują za tym, że umowa przedwstępna może zobowiązywać tylko do zawarcia umów

o charakterze zobowiązującym i zobowiązująco-rozporządzającym². Reprezentujący natomiast alternatywny w stosunku do tego pogląd (który zdaje się dominować) podnoszą, że nie ma przeszkód ku temu, by w umowie przedwstępnej zobowiązywać się do zawarcia wszelkich umów prawa cywilnego, nie tylko zobowiązujących (bądź zobowiązująco-rozporządzających), lecz także umów z zakresu prawa rzeczowego, spadkowego, rodzinnego, autorskiego i prawa własności intelektualnej³. Dopuszcza się tu również zawieranie umów przedwstępnych do umowy o pracę⁴ czy umowy spółki handlowej⁵. Stanowisko

* Adiunkt w Zakładzie Prawa Cywilnego i Prawa Międzynarodowego Prywatnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, radca prawny.

¹ Choć prócz nich pojawiają się też i inne poglądy, np. że co do zasady umowa przedwstępna może zobowiązywać do zawarcia umów zobowiązujących i zobowiązująco-rozporządzających, ale do pozostałych umów prawa cywilnego może jednak mieć zastosowanie *per analogiam* (Z. Radwański w: *System Prawa Cywilnego*, t. III, cz. 1, *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1981, s. 411).

² J. Skąpski w: *Prawo cywilne*, red. S. Grzybowski, Warszawa 1972, s. 189; tak też Cz. Żuławska, choć autorka ta zajmuje dość dyskusyjne stanowisko w tej kwestii, twierdząc, że umowa przedwstępna może stanowić drogę dojścia do zawarcia umów zobowiązujących, rozporządzających i zobowiązująco-rozporządzających (Cz. Żuławska w: *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, red. G. Bieniek, Warszawa 2005, s. 164-165). W literaturze przedmiotu podnosi się bowiem, że z umowy przedwstępnej nie może wynikać zobowiązanie do zawarcia wprost umowy czysto rozporządzającej (E. Drozd, *Umowa zobowiązująca jako podstawa prawna dla umów z zakresu prawa rzeczowego w: Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, red. L. Ogiełto, W. Popiołek, M. Szpunar, Kraków 2005, s. 869; E. Gniewek, *Przeniesienie własności a umowa przedwstępna*, NP 1979, nr 7-8, s. 61; A. Maciąg, *Rodzaje umów, które mogą być poprzedzone umową przedwstępną*, NP 1979, nr 7-8, s. 67 i s. 70). Zob. jednak stanowisko M. Krajewskiego, który zdaje się akceptować taką możliwość (M. Krajewski w: *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Prawo zobowiązań – część ogólna* red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 735).

³ W. Popiołek w: *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449¹*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, s. 1127; P. Machnikowski w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2006, s. 605; E. Gniewek, *Z problematyki prawnej umów przedwstępnych*, NP 1970, nr 7-8, s. 1045-1046; M. Krajewski w: *System... op.cit.*, s. 733; tenże, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 76-78; A. Rembieleński, A. Rembieleńska-Skomił, *Aktualne problemy na tle kodeksowej konstrukcji umowy przedwstępnej*, SPE 1988, t. XL, s. 37; A. Maciąg, *Rodzaje umów... op.cit.*, s. 68-70; A. Łuszczyk-Zając, *Realizacja roszczenia o zawarcie umowy*, Warszawa 2005, s. 44-45; A. Kondracka, *Pojęcie i charakter prawny umowy przedwstępnej*, „Monitor Prawniczy” 1999, nr 3, s. 13.

⁴ R. Sadlik, *Umowa przedwstępna w stosunkach pracy*, „Prawo Pracy” 1999, nr 12, s. 16; P. Machnikowski w: *Kodeks... op.cit.*, s. 605; M. Gersdorf w: *Kodeks pracy. Komentarz*, red. Z. Salwa, Warszawa 2005, s. 149; wyrok SN z 22 kwietnia 1977 r., I PZP 5/77, OSNCP 1977, nr 10, poz. 180; post. SN z 13 maja 1977 r., I PZ 23/77, OSPiKA 1979, nr 3, poz. 47.

⁵ W. Popiołek w: *Kodeks cywilny. Komentarz... op.cit.*, s. 1128; M. Krajewski w: *System... op.cit.*, s. 735; tenże, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 77; P. Machnikowski w: *Kodeks... op.cit.*, s. 605. Choć zob. też odmienne stanowisko: M. Hałgas, *Dopuszczalność zawierania umowy przedwstępnej do umowy spółki handlowej*, PUG 2005, nr 8, s. 15 i n.

dopuszczające tak szerokie wykorzystanie instytucji umowy przedwstępnej zdaje się dominować w literaturze przedmiotu. W tym kontekście warto też wskazać, że z reguły w ramach obydwu zaprezentowanych poglądów przyjmuje się, że umowa przedwstępna może zobowiązywać zarówno do zawarcia umowy o charakterze konsensualnym, jak i realnym⁶.

Generalnie, zauważyć należy, że bardziej przekonujące wydaje się stanowisko dopuszczające zastosowanie umowy przedwstępnej w odniesieniu do różnych umów zawieranych w ramach szeroko rozumianego prawa prywatnego. Niezależnie jednak od tego, czy opowiedzieć się za pierwszym czy drugim z przedstawionych poglądów doktryny, to ocena na ich tle dopuszczalności zawarcia umowy przedwstępnej zobowiązującej do zawarcia kolejnej umowy przedwstępnej będzie jednakowa. Zgodnie bowiem z kwalifikacją dominującą z literaturze przedmiotu, umowa przedwstępna uznawana jest za umowę zobowiązującą⁷. Jeśli wziąć pod uwagę jedynie ten aspekt, to jest charakter prawny tej umowy, w świetle obydwu wspomnianych powyżej poglądów wydaje się, że nie ma przeszkód dla zawarcia umowy przedwstępnej, która zobowiązywać będzie do zawarcia umowy przyrzeczonej w postaci umowy przedwstępnej, będącej wszak umową zobowiązującą. Wniosek ten, jak się wydaje, należy skonfrontować jednak dodatkowo z funkcją przypisywaną umowie przedwstępnej. Mianowicie, najczęściej wywodzi się, że zawarcie przez strony umowy przedwstępnej stanowi w istocie przygotowanie do zawarcia umowy definitywnej (stanowczej, przyrzeczonej) w sytuacjach, gdy określone przyczyny – faktyczne bądź prawne – przesądzają o tym, że strony nie są skłonne (lub wręcz nie mogą) zawrzeć zamierzonej umowy definitywnej (np. dopiero gromadzą odpowiednie środki finansowe czy oczekują na stosowne zezwolenie itp.), niemniej jednak już chcą sobie zapewnić, że umowa taka zostanie w przyszłości zawarta⁸ (zwłaszcza, jeśli dopełnią przesłanek umożliwiających zaistnienie tzw. silniejszego skutku umowy przedwstępnej). Co istotne w związku z przypisywaniem umowie przedwstępnej takiej właśnie roli umowy o charakterze przygotowawczym i organizacyjnym⁹ podnosi się istotne znaczenie odróżniania jej od umów przyrzeczonych. Jako zasadnicze kryterium wskazuje się w tym kontekście okoliczności zawierania umowy i jej cel. Stwierdza się mianowicie, że za tym, iż daną umowę należy uznać za przedwstępną przemawiać będzie istnienie w danym przypadku okoliczności stojących na przeszkodzie definitywnemu związaniu się stron. Brak natomiast takich okoliczności świadczyć będzie na rzecz interpretacji umowy jako stanowczej. Za zasadnością takiego rozumowania przemawiać ma założenie o racjonalnym postępowaniu uczestników obrotu prawnego, dla których głównym celem zawierania umów jest bezpośrednio osiągnięcie zaplano-

wanych przez nich efektów gospodarczych, a nie dochodzenie do nich dopiero za pośrednictwem następnej umowy¹⁰. Zawieranie umowy przedwstępnej traktowane jest zatem w istocie jako wyjątek od reguły, w myśl której co do zasady w obrocie zawierane są umowy stanowcze¹¹. Dodatkowo trzeba zauważyć, że już zastosowanie trzech umów w ramach mechanizmu przeniesienia własności, to jest kolejno: umowy przedwstępnej, umowy zobowiązującej i w końcu umowy rozporządzającej uznawane jest za nadmierne i zbędne komplikowanie obrotu¹². Z podobną oceną mogłaby się spotkać się sytuacja, gdyby strony zawierały najpierw jedną umowę przedwstępną, później następną, a później dopiero w wykonaniu tej ostatniej umowę zobowiązująco-rozporządzającą (albo nawet jeszcze dalej: najpierw umowę zobowiązującą, a dopiero później umowę rozporządzającą). Kwestię tę jednak trudno z góry przesądzić, bowiem może się zdarzyć i tak, że wyraźnie celem działania stron będzie np. zawarcie dwóch następujących po sobie umów przedwstępnych, co będzie uzasadnione przez okoliczności ich zawierania (czy to o charakterze obiektywnym, czy subiektywnym), a wolą stron z określonych przyczyn będzie właśnie takie skomplikowanie obrotu. Samo brzmienie przepisów kodeksowych regulujących instytucję umowy przedwstępnej (art. 389 k.c., art. 390 k.c.) zdaje się nie stać takiemu rozwiązaniu na przeszkodzie, a większość autorów nie odnosi się wprost do tego zagadnienia.

Wyraźne stanowisko co do niedopuszczalności zawarcia umowy przedwstępnej zobowiązującej do zawarcia kolejnej umowy przedwstępnej zajął natomiast Sąd Najwyższy. Mianowicie, w uzasadnieniu swojego wyroku z 30 stycznia 2004 r. (I CK 129/2003)¹³ sąd ten wskazał m.in., iż: „nie można się (...) zgodzić ze stanowiskiem (...), że w świetle art. 389 k.c. umową przyrzeczoną w umowie przedwstępnej może być również umowa przedwstępna (...). Treść regulacji dotyczącej umowy przedwstępnej, w szczególności przepisu art. 390 § 2 k.c., jest oparta na założeniu, że umowa ta poprzedza umowy definitywne, tj. takie, które same już pozwalają na osiągnięcie zamierzonego celu gospodarczego lub społecznego. Najbardziej przekonuje ten pogląd, wyrażony zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie (por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 czerwca 1997 r., I CKN 162/97, OSNC 1997/12, poz. 199), który ogranicza zawarcie unormowanej w art. 389–390 k.c. umowy przedwstępnej do definitywnych umów zobowiązujących (także wywierających jednocześnie skutek rozporządzający)”.

W tym kontekście należy jednak od razu zwrócić uwagę na skrajnie przeciwne stanowisko wyrażone przez tenże sąd w ostatnim czasie, a mianowicie w wyroku z 28 października 2010 r. (II CSK 219/2010)¹⁴, gdzie *expressis verbis* opowiedział się on za dopuszczalnością zawarcia umowy przedwstępnej zobowiązują-

⁶ Cz. Żuławska w: *Komentarz... op.cit.*, s. 165; A. Maciąg, *Rodzaje umów... op.cit.*, s. 66; M. Krajewski w: *System... op.cit.*, s. 734; tenże, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 68; A. Kondracka, *Pojęcie... op.cit.*, s. 14.

⁷ P. Machnikowski, *Umowa przedwstępna po nowelizacji Kodeksu cywilnego. Wybrane zagadnienia*, AUWr 2004, nr 2642, PPIA t. LX, s. 79; Z. Radwański w: *System... op.cit.*, s. 410, ale zob. W. Popiołek, który optuje za tym, że jest to raczej instytucja ogólnej części prawa zobowiązań (W. Popiołek w: *Kodeks cywilny. Komentarz... op.cit.*, s. 1127).

⁸ E. Gniewek, *Z problematyki... op.cit.*, s. 1046; tenże, *Przeniesienie własności... op.cit.*, s. 59; P. Machnikowski, *Umowa przedwstępna... op.cit.*, s. 79; A. Rembieniński, A. Rembienińska-Skomiła, *Aktualne problemy... op.cit.*, s. 36.

⁹ Cz. Żuławska w: *Komentarz... op.cit.*, s. 166.

¹⁰ M. Krajewski w: *System... op.cit.*, s. 736; P. Machnikowski, *Umowa przedwstępna... op.cit.*, s. 82; tenże w: *Kodeks... op.cit.*, s. 607; Z. Radwański w: *System... op.cit.*, s. 412.

¹¹ M. Krajewski w: *System... op.cit.*, s. 736; tenże, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 75; tenże, *Umowa przedwstępna zgodnie z nowelą do Kodeksu cywilnego*, PPH 2003, nr 6, s. 5; E. Drozd, *Umowa przedwstępna a umowa przyrzeczona*, NP 1973, nr 11, s. 1572.

¹² E. Gniewek, *Przeniesienie własności... op.cit.*, s. 58 i s. 61.

¹³ LexPolonica nr 2082440.

¹⁴ OSNC 2011, nr 6, poz. 73; zob. też wyszczególnienie najważniejszych tez tego orzeczenia: T. Bogusz, *Sekwencja umów przedwstępnych*, „Monitor Prawa Handlowego” 2011, nr 2, s. 44.

cej do zawarcia kolejnej umowy przedwstępnej. Pierwsza z tych umów zobowiązywać będzie w takim przypadku jedną lub obie strony do zawarcia jako umowy przyrzeczonej innej umowy przedwstępnej, a ta ostatnia z kolei obejmować będzie zobowiązanie – jednej lub obu stron – do zawarcia określonej umowy definitywnej. Na co należy zwrócić uwagę w kontekście poczynionych wcześniej uwag dotyczących funkcji umowy przedwstępnej, w ocenie Sądu Najwyższego (w przeciwieństwie do oceny prawnej wyrażonej uprzednio w tej sprawie przez Sąd Apelacyjny w Poznaniu) dopuszczeniu możliwości zawierania umowy przedwstępnej zobowiązującej do zawarcia kolejnej umowy przedwstępnej nie stoi na przeszkodzie istota stosunku prawnego kształtowanego przez przepisy o umowie przedwstępnej (art. 353¹ k.c.), a o decyzji stron co do zawarcia takiej sekwencji umów decydować mogą względy pragmatyczne.

Sąd Najwyższy uznał tu za dopuszczalne zawarcie umowy przedwstępnej, która obligować będzie do zawarcia następnej umowy przedwstępnej, niosącej ze sobą dla stron tylko skutki obligacyjne. W ocenie tego sądu nie ma też przeszkód ku temu, by treść pierwszej z tych umów przedwstępnych była zbliżona czy nawet identyczna z treścią zawartej następnie drugiej umowy przedwstępnej, będącej w istocie przy takiej sekwencji umów umową przyrzeczoną w pierwszej umowie przedwstępnej. Co więcej, w uzasadnieniu powołanego orzeczenia znalazło się także stwierdzenie (odnoszące się, oczywiście, do stanu faktycznego sprawy), że: „nie ma przy tym znaczenia, że pierwsza umowa została zawarta w formie pisemnej i obliguje strony do zawarcia kolejnej umowy przedwstępnej w formie aktu notarialnego i ta umowa tworzy dopiero odpowiednią podstawę do powstania roszczenia o zawarcie umowy definitywnej o skutku rozporządzającym, tj. przenoszącej własność nieruchomości lokalowej”. Przede wszystkim zauważyć należy, że w tym ostatnim przypadku raczej chodziło o umowę o skutku zobowiązująco-rozporządzającym, bowiem, jak już wskazywano wcześniej, dominuje pogląd, zgodnie z którym umowa przedwstępna nie może zawierać zobowiązania do zawarcia umowy jedynie o skutku rozporządzającym (choć prezentowane są też odmienne spojrzenia na tę kwestię). Abstrahując jednak od tego aspektu, istotne jest tu zwrócenie uwagi na kwestię formy wspomnianych umów przedwstępnych. Ma to bowiem znaczenie na gruncie art. 390 § 2 k.c., gdzie ustawodawca zastrzega wymóg *ad eventum* co do formy umowy przedwstępnej, uzależniając możliwość dochodzenia przez stronę uprawnioną zawarcia umowy przyrzeczonej (a więc tzw. silniejszego skutku umowy przedwstępnej) od tego, by umowa przedwstępna czyniła zadość wymaganiom, od których zależy ważność umowy przyrzeczonej, zwłaszcza dotyczącym formy. W doktrynie sporne jest, czy dotyczy to tylko

wymogów co do formy szczególnej stawianych w stosunku do umowy przyrzeczonej *ad solemnitatem* w tym zakresie przez przepis ustawy¹⁵, czy także przez same strony, choć, jak się wydaje, w literaturze przedmiotu dominuje stanowisko, że chodzi tu o obydwa te przypadki¹⁶. Kwestia ta jest szczególnie istotna zwłaszcza wobec podnoszonych w doktrynie uwag, w myśl których powoływany art. 390 § 2 k.c. „ma zapobiec wykorzystywaniu umowy przedwstępnej do omijania przesłanek ważności kontraktu głównego. W razie jego braku możliwe byłoby ustne zawarcie umowy przedwstępnej i na tej podstawie wymuszenie przed sądem zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości¹⁷, a „ustawa zastrzega formę *ad eventum* dla umowy przedwstępnej w celu ochrony tych samych wartości, które chroni, zastrzegając formę *ad solemnitatem* dla umowy przyrzeczonej¹⁸”. Dopiero zatem, gdyby umowa przedwstępna czyniła zadość wymogom co do formy (jak wskazywano wcześniej, według niektórych autorów jest to wystarczające, według innych – konieczne jest spełnienie również innych wymagań), od których zależy ważność umowy przyrzeczonej, a zobowiązany odmawiał zawarcia umowy przyrzeczonej, uprawniony miałby możliwość dochodzenia zawarcia umowy przyrzeczonej (art. 390 § 2 k.c.). Tu pojawia się obszernie diskutowany problem, czy prawomocne orzeczenie sądu, stwierdzające obowiązek złożenia oznaczonego oświadczenia woli, zastępuje tylko to oświadczenie (art. 64 k.c., art. 1047 k.c.) czy całą umowę. W kontekście orzecznictwa Sądu Najwyższego w tej kwestii, należy przede wszystkim zwrócić uwagę na uchwałę z 7 stycznia 1967 r. (III CZP 32/66)¹⁹, gdzie stwierdzono, że takie prawomocne orzeczenie sądu co do zasady zastępuje tylko to jedno oświadczenie, wobec czego, jeśli oświadczenie to ma stanowić składnik umowy, to niezbędne jest jeszcze złożenie stosownego oświadczenia woli przez drugą stronę przy zachowaniu wymaganej formy. Co jednak istotne z punktu widzenia prowadzonych rozważań, zdaniem SN nie dotyczy to zawarcia umowy przyrzeczonej w umowie przedwstępnej (art. 390 § 2 k.c.) oraz przypadków, kiedy sąd uwzględnił powództwo o stwierdzenie obowiązku zawarcia umowy całkowicie zgodnie z żądaniem powoda, gdyż wtedy orzeczenie sądu stwierdza zawarcie umowy i zastępuje tę umowę²⁰. Co więcej, zgodnie z aprobowanym w literaturze przedmiotu poglądem, w odniesieniu do formy prawomocny wyrok sądowy zastępuje wymaganą dla czynności prawnej formę szczególną, a więc też akt notarialny²¹.

¹⁵ E. Drozd, *Umowa przedwstępna... op.cit.*, s. 1569; J. Strzępka, *Umowy przedwstępne w obrocie społecznym*, Warszawa 1978, s. 36.

¹⁶ P. Machnikowski w: *Kodeks... op.cit.*, s. 611; W. Popiołek w: *Kodeks... op.cit.*, s. 1141; M. Krajewski w: *System... op.cit.*, s. 758.

¹⁷ M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 152; tenże w: *System... op.cit.*, s. 757.

¹⁸ D. Dulęba, *Skutki niezachowania formy umowy przedwstępnej*, PPH 2006, nr 8, s. 53, z szerszym uzasadnieniem tego poglądu.

¹⁹ OSN 1968, nr 12, poz. 199; zob. też wyrok SN z 19 września 2002 r., II CKN 930/00, niepubl.

²⁰ Trzeba jednak zauważyć, że takie stanowisko SN bywa krytykowane – zob. M. Krajewski, *Sytuacja uprawnionego z umowy przedwstępnej o skutku silniejszym*, PPH 1996, nr 7, s. 25. Autor ten zresztą przedstawia szerzej różne zapatrywania przedstawicieli doktryny na tę kwestię. Tu można np. wskazać, że według niektórych autorów orzeczenie sądu zastępuje w takiej sytuacji tylko oświadczenie woli dłużnika, a wierzyciel składa swoje oświadczenie woli, wnosząc pozew (E. Gniewek, *Realizacja... op.cit.*, s. 76). Z uwagi na wąskie ramy tego opracowania brak miejsca na szczegółowe omawianie wszystkich poglądów zgłaszanych w tej kwestii, dość wskazać, że przedstawione stanowisko SN jest dyskusyjne w doktrynie, choć nie brak też głosów poparcia dla niego (zob. np. A. Kondracka, *Pojęcie... op.cit.*, s. 15; tak też jak się wydaje Cz. Żuławska w: *Komentarz... op.cit.*, s. 174).

²¹ E. Gniewek, *Z problematyki... op.cit.*, s. 1049 i powołana tam literatura przedmiotu. Trzeba zauważyć, że autor ten podnosi, iż w istocie orzeczenie sądu zastępuje tylko oświadczenie woli zobowiązanego, dlatego jego zdaniem warto, by sąd w sentencji orzeczenia zamieszczał też treść oświadczenia woli osoby uprawnionej, co rozwiązywałoby problem zachowania formy szczególnej. Stanowisku temu jednak zarzuca się, że brak jest tu podstaw prawnych do orzekania przez sąd o obowiązku powoda (M. Krajewski, *Sytuacja uprawnionego... op.cit.*, s. 26). Szerzej na temat pojawiających się tu problemów zob. P. Machnikowski w: *Kodeks... op.cit.*, s. 612, który wskazuje m.in. że w przypadku konieczności zachowania wymogu kwalifikowanej formy pisemnej teoretycznie powód powinien w takiej formie złożyć odrębne oświadczenie woli, choć nie jest to dogodne z praktycznego punktu widzenia. Do takiego poglądu zdaje się też ostatecznie przychylić M. Krajewski (zob. obszernie rozważania tego autora: M. Krajewski w: *System... op.cit.*, s. 766–768).

Rozpoznawanie prowizji za pośrednictwo kredytowe jako „bezpśredni” koszt uzyskania przychodów lub koszt niezwiązany bezpośrednio z przychodami

dr Marek Kopyściański*

Koszty uzyskania przychodu są zasadniczym elementem konstrukcyjnym podatku dochodowego, zwłaszcza wówczas, gdy źródłem uzyskiwania przychodu jest szeroko rozumiana działalność gospodarcza. Szeroki zakres zjawisk faktycznych i prawnych występujących w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej powoduje, że problematyka kosztów uzyskania przychodów jest nie tylko skomplikowana, ale skutkuje również wątpliwościami praktycznymi. Zakwalifikowanie danego stanu faktycznego do kosztów uzyskania przychodów zależy od przeznaczenia określonych wydatków i obiektywnej możliwości powiązania ich, nawet pośrednio, z przychodami. Celowość i efektywność wydatków ponoszonych w ramach prowadzenia działalności gospodarczej, o ile mieszczą się w racjonalnych kryteriach oceny, pozostawione są ocenie podatnika¹.

Kosztami uzyskania przychodów stosownie do treści art. 15 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych² są wszystkie wydatki poniesione w celu osiągnięcia przychodu lub zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodu. W takim ujęciu kosztami uzyskania przychodów są zarówno koszty pozostające w bezpośrednim związku z uzyskanymi przychodami, jak i pozostające w związku pośrednim, nawet wówczas gdyby z przyczyn niezależnych od podatnika przychód nie został osiągnięty³.

Przepisy u.p.d.o.p. nie formułują żadnej definicji „bezpśredniości” związku kosztu z przychodem ani „pośredniości” związku z przychodem. Ograniczają się jedynie do sformułowania alternatywy, opisując jedną, bliżej niezdefiniowaną grupę kosztów jako koszty bezpośrednio związane z przychodami (np. art. 15 ust. 4 u.p.d.o.p.), pozostałe zaś koszty nazywając innymi niż bezpośrednio związane z przychodami (np. art. 15 ust. 4 d u.p.d.o.p.). W tych przypadkach ustawodawca nie posłużył się definicjami legalnymi, które wyznaczałyby jednoznaczne granice w zakresie zaliczenia kosztów do jednej z tych grup, co w konsekwencji zmusza do poszukiwania granic pomiędzy „bezpśredniością” i „pośredniością” związku wydatku z przychodem w procesie wykładni prawa⁴. Ponadto, niewątpliwie też o uznaniu danego kosztu za bezpośredni będzie przesądzał konkretny stan fak-

tyczny, gdyż ten sam rodzaj kosztu u różnych przedsiębiorców może być odmiennie kwalifikowany⁵. Dla oceny, czy koszt ma charakter „bezpśredni” czy „pośredni” istotne znaczenie ma fakt, iż zarówno przychód, jak i koszt są wielkościami określonymi kwotowo, co oznacza, że jeśli koszt uzyskania przychodów można powiązać z osiąganym przychodem, czyli pozostaje on w widocznym związku z konkretnym przychodem, to taki koszt jest potrącany w roku, w którym przychód związany z danym kosztem wystąpił albo powinien wystąpić. Brak gwarancji uzyskania przychodu, związany z ryzykiem prowadzenia działalności gospodarczej, nie wyłącza wydatku z katalogu kosztów bezpośrednich. Wydatek stanowi bowiem bezpośredni koszt uzyskania przychodu niezależnie od tego, czy przyniósł on przychód w spodziewanej wysokości.

Mając na względzie treść art. 15 ust. 1 u.p.d.o.p., można przyjąć, że co do zasady do kosztów bezpośrednio związanych z uzyskaniem przychodu zalicza się koszty poniesione w celu osiągnięcia przychodów, a do kosztów innych niż koszty związane z przychodem („pośrednich”) zaliczyć należy wszystkie te wydatki, które są ponoszone w celu zachowania albo zabezpieczenia źródła przychodu⁶. Te ostatnie są wydatkami, które mają niewątpliwie wpływ na osiąganie przychodów, z uwagi na swą ogólną przydatność, jednakże nie można ich powiązać z konkretnym przychodem. Nie można wówczas ustalić, w którym roku wystąpi przychód uzasadniający potrącenie tego kosztu w danym roku podatkowym. Są to w szczególności koszty ogólnego zarządu związane z zapewnieniem funkcjonowania przedsiębiorstwa, takie jak koszty obsługi administracyjnej, księgowej czy prawnej, koszty działań promocyjnych, ubezpieczeń, mediów, podatek od nieruchomości itp., przy czym katalog kosztów „pośrednich” jest otwarty i niesłychanie szeroki, gdyż w odniesieniu do nich obowiązuje, oczywiście, ogólna zasada, iż decydujące znaczenie ma ocena indywidualnego, konkretnego przypadku.

Nie inaczej jest w przypadku prowizji uzyskiwanej przez pośrednika kredytowego. Mimo że prowizja jest tym rodzajem wynagrodzenia, który może sugerować dość jednoznaczny związek z określonym przychodem (prowizja w zamian za wy-

* Autor jest adiunktem w Katedrze Prawa Finansowego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, radcą prawnym.

¹ R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2011 r., s. 416.

² Ustawa z 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2000 r. Nr 54, poz. 654 ze zm.) dalej: u.p.d.o.p.

³ Zob. wyrok WSA we Wrocławiu z 12 maja 1999 r., sygn. akt I SA/Wr 482/97, wydany w stanie prawnym obowiązującym do 31 grudnia 2006 r., zachowujący w pełni swoją aktualność, zważywszy na fakt, iż od 1 stycznia 2007 r., tj. po nowelizacji u.p.d.o.p. nie ma wątpliwości, że wydatki poniesione na zachowanie lub zabezpieczenie źródła przychodów stanowią koszt podatkowy.

⁴ Zob. wyrok NSA z 11 kwietnia 2012 r., sygn. akt. II FSK 1706/10.

⁵ Także u tego samego przedsiębiorcy, w zależności od tego, jak ukształtowany zostanie konkretny stosunek prawny, ten sam rodzaj kosztu może być uznany za „bezpśrednio” związany z przychodem, jak i „pośrednio” związany z przychodem. Zresztą przy ustalaniu kosztu uzyskania przychodu niemal każdy wydatek wymaga indywidualnej oceny, por. wyrok NSA z 24 listopada 2007 r., sygn. akt II FSK 1447/05; wyrok WSA w Warszawie z 21 czerwca 2011 r. sygn. akt III SA/Wa 2379/10; wyrok WSA w Warszawie z 9 marca 2009 r. sygn. akt III SA/Wa 1151/09.

⁶ A. Gomułowicz w: S. Babiarczyk, L. Błystak, B. Dauter, A. Gomułowicz, R. Pęk, K. Winiarski, *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz 2011*, Wrocław 2011 r., s. 525–526.

konanie czynności niezbędnych do zawarcia umowy kredytu), to jednak w praktyce istotne jest, w jaki sposób zostaną ustalone zasady rozliczenia prowizji, kiedy i w związku z jakimi zdarzeniami przysługuje ona pośrednikowi itd. Zaistnienie określonych okoliczności lub ich brak może skutkować uznaniem w konkretnym przypadku prowizji kredytowej jako kosztu bezpośrednio związanego z przychodem albo kosztu, którego nie da się powiązać z konkretnym przychodem.

Przepisy o rozpoznawaniu kosztów podatkowych generalnie odnoszą się do ich klasyfikacji w dacie poniesienia (art. 15 ust. 4 i art. 15 ust. 4 d u.p.d.o.p.), tzn. podatnik, np. bank wypłacający prowizję pośrednikowi kredytowemu, powinien dokonać klasyfikacji wydatku jako zaliczanego lub niezaliczanego do kosztów uzyskania przychodów oraz jako kosztu pośredniego lub bezpośredniego w dacie poniesienia i konsekwentnie stosować podejście. Tym samym decydujące znaczenie powinny mieć tutaj okoliczności towarzyszące dokonywaniu wydatku (również podstawy faktyczne i prawne dokonania wydatku), a także możliwość powiązania z potencjalnym choćby przychodem i czasem, w którym powinien być osiągnięty. Należy bowiem przypomnieć rzecz oczywistą, iż to nie data poniesienia kosztu ma decydujący wpływ na określenie daty uzyskania przychodu. O potrącalności kosztów w czasie decyduje bowiem data uzyskania przychodu, z którym te koszty pozostawały w związku (art. 15 ust. 1 i 4 u.p.d.o.p.)⁷.

Przechodząc bezpośrednio do kwestii rozpoznania prowizji kredytowej jako kosztu „bezpśredniego” lub „pośredniego”, zaznaczyć trzeba, iż w praktyce w większości przypadków wydatek związany z wypłatą prowizji będzie kosztem, który można powiązać z konkretnym przychodem. Zwłaszcza wówczas, gdy umowa z bankiem zakłada proste rozliczenie: zawarcie konkretnej umowy kredytu i postawienie do dyspozycji kredytobiorcy środków pieniężnych – wypłata wynagrodzenia pośrednikowi w postaci prowizji. Nawet jednak wówczas, gdy rozliczenie prowizji następuje w bardziej złożonej formie, wydatki polegające na wypłacie prowizji można przypisać określonym przychodom. W praktyce banki, rozliczając się z pośrednikami kredytowymi, często stosują identyfikowanie kredytów uruchomionych w danym miesiącu w formie „portfeli”, które generują przychody w określonej wysokości i w określonym czasie, a wynikające z harmonogramów kredytów. Wynagrodzenie w takich sytuacjach jest wypłacane pośrednikom miesięcznie, zaś przychody identyfikowane w banku jako generowane przez portfel kredytów uruchomionych również w tym okresie. W takiej sytuacji jednak również można prowizję wypłacaną pośrednikowi przyporządkować konkretnym przychodom banku, choć nie będzie to przyporządkowanie do poszczególnych umów, ale do ich grupy.

Zagadnienie to było przedmiotem rozstrzygnięcia Naczelnego Sądu Administracyjnego⁸. Spór sprowadzał się do zakwalifikowania tych wydatków do kategorii kosztów bezpośrednio związanych z przychodami zgodnie z art. 15 ust. 4 u.p.d.o.p. lub do kategorii kosztów innych niż bezpośrednio związane z przychodami, zgodnie z art. 15 ust. 4 d u.p.d.o.p. NSA trafnie wskazał, że brak gwarancji uzyskania przychodu w planowanej wysokości i terminie nie wyłącza przedmiotowej prowizji z katalogu kosztów bezpośrednich. Wydatek stanowi bezpośredni koszt uzyskania przychodu niezależnie od tego, czy przyniósł on przychód w spodziewanej wysokości. Przy kwalifikowaniu kosztów uzyskania przychodów należy brać pod uwagę przeznaczenie wydatku (jego celowość, racjonalność, niezbędność) i jego potencjalną możliwość przyczynienia się do osiągnięcia przychodu. I dalej w uzasadnieniu NSA zwrócił uwagę, iż nie może nasuwać wątpliwości, że typowym bezpośrednim kosztem uzyskania przychodu jest zakup towarów handlowych czy materiałów do produkcji, a przecież podmiot gospodarczy nigdy nie ma gwarancji, że wyprodukowany lub oferowany do sprzedaży towar znajdzie nabywcę⁹.

Jak już jednak wspomniano, o zakwalifikowaniu wydatku jako bezpośrednio związanego z uzyskiwanym przychodem lub jako niezwiązanego z uzyskiwanym przychodem decydują indywidualne okoliczności, w szczególności treść ukształtowanego przez strony stosunku prawnego, a nie rodzaj wydatku. Dotyczy to, oczywiście, również prowizji pośrednika kredytowego wypłacanej przez bank. W przypadku, gdy jej wypłata (a więc poniesienie kosztu podatkowego) będzie niezależna od powstania konkretnych przychodów osiąganych przez bank, np. w przypadku stałej prowizji, wypłacanej miesięcznie, niezależnie od liczby zawartych umów i uruchomionych kredytów na rzecz klientów przekazanych bankowi przez pośrednika, to wówczas taka prowizja będzie miała charakter wydatku niezwiązanego bezpośrednio z przychodami i tym samym będzie kosztem uzyskania przychodu z chwilą poniesienia wydatku¹⁰.

Reasumując, raz jeszcze należy stwierdzić, że w praktyce prowizja za pośrednictwo kredytowe zwykle będzie identyfikowana jako koszt bezpośrednio związany z przychodem i stosownie do treści art. 15 ust. 4 u.p.d.o.p. będzie potrącalny w tym roku podatkowym, w którym osiągnięte zostały odpowiadające temu kosztowi przychody. Natomiast zupełnie wyjątkowo, tj. wówczas, gdy zgodnie z treścią stosunku prawnego wypłata prowizji będzie następowała niezależnie od tego, czy w ogóle zostanie osiągnięty przychód, koszt prowizji zgodnie z art. 15 ust. 4 d u.p.d.o.p. będzie stanowił koszt inny niż koszty bezpośrednio związane z przychodami i będzie potrącalny w dacie jego poniesienia.

⁷ Zob. wyrok WSA w Warszawie z 17 czerwca 2004 r., sygn. akt, III SA 558/03.

⁸ Zob. powołany już wyrok NSA z 11 kwietnia 2012 r., sygn. akt. II FSK 1706/10.

⁹ Analogiczna sytuacja była przedmiotem rozważań Ministra Finansów w piśmie z 2 czerwca 2010 r. nr DD6/033-58/SOH/PK-639/10. Dotyczyła ponoszonych przez ubezpieczycieli kosztów prowizji agencyjnych. Ministerstwo Finansów stwierdziło w nim, że jeżeli prowizja agencyjna dotyczy konkretnej umowy ubezpieczenia, zawartej przez agenta ubezpieczeniowego, to może być uznana za koszt bezpośrednio związany z przychodem podatkowym (art. 15 ust. 4, ust. 4 b lub ust. 4 c u.p.d.o.p.) w roku, w którym osiągnięty został odpowiadający temu kosztowi przychód podatkowy. Jeżeli zaś prowizja agencyjna nie może być powiązana z konkretnym przychodem podatkowym, to prowizja dla agenta powinna być zakwalifikowana do kosztów innych niż bezpośrednio związane z przychodem podatkowym. Taka sytuacja – zdaniem Ministerstwa Finansów – może zaistnieć, jeżeli wynagrodzenia dla agentów ubezpieczeniowych są ustalane wg parametrów określonych w umowie agencyjnej, niezależnie od wysokości osiągniętego przychodu podatkowego. Wydaje się jednak, że samo niezależnienie prowizji od wysokości przychodu, jaki ma być osiągnięty, nie wystarczy do uznania takiego kosztu za „pośredni”. Zdaniem autora niniejszej publikacji, konieczne jest wystąpienie warunku niemożności powiązania z konkretnymi przychodami.

¹⁰ Stosownie do art. 15 ust. 4e u.p.d.o.p. za dzień poniesienia kosztu uzyskania przychodów uważa się dzień, w którym ujęto koszt w księgach rachunkowych na podstawie otrzymanej faktury (rachunku) bądź innego dowodu (z wyjątkiem sytuacji, gdy dotyczyłoby to ujętych jako koszty rezerw albo biernych rozliczeń międzyokresowych kosztów).

Radca prawny jako funkcjonariusz publiczny cz. I

Agnieszka Rudnicka*

Normy prawa karnego materialnego przyznają szczególną ochronę podmiotom, którym przydany jest status funkcjonariusza publicznego, a jednocześnie niektóre spośród owych norm formułują określone zakazy zachowania się, adresowane jedynie do funkcjonariuszy publicznych. Kategoria podmiotów mieszczących się w kategorii funkcjonariuszy publicznych została w sposób enumeratywny wskazana przez ustawodawcę poprzez użycie konstrukcji definicji legalnej, w art. 115 § 13 k.k. Choć wskazany katalog został ukształtowany w sposób zamknięty, to nie oznacza, iż jego wykładnia i przypisanie lub nie statusu funkcjonariusza publicznego w konkretnym stanie faktycznym nie budzi wątpliwości. Przede wszystkim wskazać należy, iż musi on być poddawany wykładni ścisłej, co oznacza, że nie może znaleźć do niego zastosowania wykładni rozszerzającej, a także nie jest uprawnione stosowanie wykładni zwięzającej. Nie sposób omówić wszelkich problemów i wątpliwości, jakie budzi omawiana definicja w procesie stosowania prawa, dlatego w niniejszym opracowaniu chciałabym odnieść się jedynie do zagadnienia, w jakich okolicznościach osobie wykonującej zawód radcy prawnego przysługuje status funkcjonariusza publicznego na gruncie prawa karnego.

W pierwszej części niniejszego opracowania odniosę się do kwestii, kiedy członkom samorządu zawodowego radców prawnych można przypisać cechę funkcjonariusza publicznego, natomiast w drugiej chciałabym udzielić odpowiedzi na pytanie: kiedy radcy prawnego świadczącemu pomoc prawną przysługuje ów status?

W tej części opracowania należy w szczególności zwrócić uwagę na ten fragment definicji funkcjonariusza publicznego, który mówi o osobach uprawnionych do wydawania decyzji administracyjnych, którym w zakresie wskazanego uprawnienia przysługuje status funkcjonariusza publicznego oraz o osobach orzekających w organach dyscyplinarnych działających na podstawie ustawy. Dlatego należy ustalić, czy organa samorządu radców prawnych są uprawnione do wydawania decyzji administracyjnych w rozumieniu k.p.a. oraz wskazać ich ewentualną podstawę prawną, a także określić komu, w ramach samorządu zawodowego radców prawnych, przysługuje status osoby orzekającej w organie dyscyplinarnym. Funkcjonowanie samorządu

zawodowego radców prawnych, znajdującego umocowanie w art. 17 Konstytucji RP, jest wyrazem decentralizacji władztwa publicznego. Państwo, tworząc samorządy zawodowe, przekazało im jednocześnie część swego władztwa. Poprzez to przekazanie państwo ograniczyło swoje funkcje związane z działaniem w formach władczych, właściwych dla organów administracji publicznej¹. W ramach owego władztwa mieszczą się między innymi prawo do wydawania aktów administracyjnych, a także piecza nad należyтым wykonywaniem zawodu, wyrażająca się poprzez funkcjonowanie sądownictwa dyscyplinarnego w ramach samorządu. Członkami organów samorządu radców prawnych mogą być jedynie radcowie prawni. Niewątpliwie, pełnienie funkcji w organach samorządu zawodowego stanowi zarówno prawo, jak i powinność radcy prawnego – zgodnie z art. 48 ust. 2 Kodeksu etyki radcy prawnego. Organa samorządu w toku wykonywania przydanych im przez ustawodawcę kompetencji po-

Funkcjonowanie samorządu zawodowego radców prawnych, znajdującego umocowanie w art. 17 Konstytucji RP, jest wyrazem decentralizacji władztwa publicznego.

dejmują rozmaite uchwały czy decyzje, dlatego poddając analizie normy ustawy o radcach prawnych, należy określić, które z nich spełniają kryteria przewidziane dla decyzji administracyjnej. Jako decyzję administracyjną należy określić oświadczenie woli kompetentnego organu, podjęte na podstawie normy prawa administracyjnego materialnego do ustalonego stanu faktycznego oraz indywidualnie określonego podmiotu, wydane w przepisanim trybie oraz we właściwej formie, zakomunikowane stronie, w celu wywołania określonego skutku prawnego, posiadające wyraźnie wskazaną podstawę prawną². Kodeks postępowania administracyjnego już w art. 1 stanowi, iż normuje on postępo-

* Aplikantka III roku aplikacji radcowskiej w OIRP w Katowicach.

¹ M. Stahl w: *Podmioty administrujące*, t. 6, *System Prawa Administracyjnego*, R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), Warszawa 2011, s. 509.

² Na wymienione elementy konstytutywne decyzji administracyjnej wskazują zarówno doktryna, jak i orzecznictwo: np. B. Adamiak, *Wadliwość decyzji administracyjnej*, Wrocław 1986, s. 22–23; wyrok NSA z 22 września 1983 r., SA/Wr 367/83, ONSA 1983, z. 2, poz. 75; uchwała SN z 5 lutego 1988 r., III AZP 1/88, OSPiKA 1989, z. 3, poz. 59.

wania także przed innymi niż państwowe podmiotami powołanymi z mocy prawa do załatwiania indywidualnych spraw rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnej. Jednakże pamiętać należy, że określona decyzja ma charakter decyzji administracyjnej, dlatego że została wydana w toku postępowania opartego na k.p.a., ale zachodzi zależność dokładnie odwrotna – to dana decyzja ma charakter decyzji administracyjnej i dlatego

Członkami organów samorządu radców prawnych mogą być jedynie radcowie prawni. Niewątpliwie, pełnienie funkcji w organach samorządu zawodowego stanowi zarówno prawo, jak i powinność radcy prawnego – zgodnie z art. 48 ust. 2 Kodeksu etyki radcy prawnego.

procedura jej wydania musi odpowiadać normom k.p.a. Dlatego należy wskazać te rozstrzygnięcia o charakterze indywidualnym, podejmowane przez organa samorządu radców prawnych, które posiadają cechy decyzji administracyjnej. Przede wszystkim wskazać należy na uchwałę rady okręgowej izby radców prawnych, podejmowaną w przedmiocie wpisu na listę radców prawnych, o której to uchwale mowa w art. 24 ust. 2 ustawy o radcach prawnych. Wskazana uchwała decyduje o możliwości wykonywania zawodu, podejmowana jest ona w odniesieniu do konkretnej, zindywidualizowanej osoby, a swe oparcie znajduje we wskazanej ustawie. Decyzję tę podejmuje rada okręgowej izby radców prawnych w wyniku zastosowania procedury określonej w Kodeksie postępowania administracyjnego, w wyniku zastosowania norm materialnych – ustawy o radcach prawnych, jest ona adresowana do indywidualnego podmiotu, tj. osoby, wobec której podjęto decyzję o wpisaniu jej na listę radców prawnych, oraz rozstrzyga konkretną sprawę z zakresu administracji publicznej przekazanej w gestię samorządu zawodowego. Decyzja ta wymaga zakomunikowania stronie, a także wywołuje określone konsekwencje „na zewnątrz” samorządu, bowiem uprawnionym do wykonywania zawodu radcy prawnego jest jedynie osoba, która została wpisana na listę radców prawnych oraz złożyła ślubowanie. Stwierdzić więc należy, iż wskazana uchwała jest decyzją administracyjną, podejmowaną przez organ kolegialny – radę okręgowej izby radców prawnych. Analogiczne rozważania można odnieść do uchwały rady okręgowej izby radców prawnych, wskazanej w art. 24 ust. 2 c ustawy o radcach prawnych w przedmiocie odmowy wpisu na listę radców prawnych, na podstawie której danej osobie odmawia się prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego. Wskazaną uchwałę także należy zakwalifikować jako decyzję administracyjną. Jednocześnie ustawa w art. 31 wskazuje organ wyższego stopnia właściwy do rozpoznania odwołania wniesionego od uchwały rady okręgowej izby radców prawnych w przedmiocie wpisu na listę radców prawnych. Organem tym, zgodnie z art. 31 ust 2 ustawy jest Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych. Uchwała Prezydium KRRP w przedmiocie rozpoznania odwołania należy także do kategorii decyzji administracyjnych, bowiem odpowiada wszelkim kryteriom przewidzianym dla tej kategorii aktów administracyjnych

i w stosunku do niej można wysunąć analogiczne argumenty, jak w stosunku do uchwały organu pierwszej instancji. Następnie ustawa wskazuje na uchwałę rady okręgowej izby radców prawnych w przedmiocie zawieszenia prawa do wykonywania zawodu radcy prawnego, o czym mówi art. 28 ust 4, którą to uchwałę również należy zaliczyć do decyzji administracyjnych, podobnie jak uchwałę wydaną w następstwie wniesienia odwołania od decyzji rady okręgowej izby radców prawnych przez Prezydium KRRP, które jest organem wyższego rzędu w sprawach dotyczących zawieszenia prawa do wykonywania zawodu, zgodnie z art. 28 ust 5 ustawy. W art. 291 ustawa przyznaje umocowanie radzie okręgowej izby radców prawnych do wydania uchwały w przedmiocie skreślenia z listy radców prawnych, której to uchwale należy nadać status decyzji administracyjnej. Jednocześnie ustawa wskazuje, iż organem wyższego stopnia właściwym do rozpoznania odwołania od wskazanej decyzji w przedmiocie skreślenia z listy jest Prezydium KRRP, w związku z czym wskazać należy, że także uchwała Prezydium KRRP – wydana w wyniku rozpoznania odwołania – jest decyzją administracyjną.

Art. 33 stanowi podstawę do podjęcia uchwały w sprawie wpisu na listę aplikantów radcowskich, a także w przedmiocie odmowy wpisu. Uchwały te także należy zakwalifikować jako decyzje administracyjne. Od wskazanych uchwał przysługuje odwołanie do Prezydium KRRP, będącego organem wyższego stopnia. Uchwała Prezydium KRRP – wydana na skutek wniesienia odwołania od decyzji rady okręgowej izby radców prawnych w przedmiocie wpisu na listę aplikantów radcowskich – stanowi także decyzję administracyjną. Następnie, art. 37 ustawy o radcach prawnych przydaje kompetencję radzie okręgowej izby radców prawnych do wydania decyzji w przedmiocie skreślenia aplikanta radcowskiego z listy aplikantów, która to decyzja po-

Art. 33 stanowi podstawę do podjęcia uchwały w sprawie wpisu na listę aplikantów radcowskich, a także w przedmiocie odmowy wpisu. Uchwały te także należy zakwalifikować jako decyzje administracyjne.

dejmowana jest w formie uchwały. Organem wyższego stopnia właściwym do rozpoznania odwołania od wskazanej decyzji jest Prezydium KRRP. Uchwała Prezydium KRRP – wydana na skutek rozpoznania odwołania – jest także decyzją administracyjną. Ocena rozstrzygnięć wydawanych przez organa samorządu radców prawnych była także niejednokrotnie przedmiotem rozważań w orzecznictwie oraz doktrynie prawa administracyjnego. Naczelny Sąd Administracyjny orzekł, iż decyzją administracyjną jest zarówno decyzja w przedmiocie wpisu na listę radców prawnych, jak i w przedmiocie wpisu na listę aplikantów radcowskich³. Z kolei Sąd Najwyższy wniósł, iż rozstrzygnięcie w sprawie wpisu lub odmowy wpisu na listę aplikantów radcowskich ma cechy decyzji administracyjnej⁴. Także i doktryna prawa administracyjnego stoi na stanowisku, iż wszelkie uchwały podejmowane przez organa samorządu decydujące o wpisie na listę uprawnio-

³ Wyrok NSA z 9 marca 1988 r., IV SAB 30/87, OSPIKA 1989, z. 6, poz. 133.

⁴ Postanowienie SN z 22 lutego 2001 r., III RN 71/00, OSNPiUS 2001, z. 17, poz. 526.

nych do wykonywania zawodu mają cechy decyzji administracyjnych⁵.

Podsumowując tę część rozważań, wskazać należy na wnioski wynikające z faktu zaliczenia wyszczególnionych wyżej rozstrzygnięć. Jak już zostało wskazane, ustawodawca – konstruując definicję funkcjonariusza publicznego – wskazał także na osoby, które są uprawnione do wydawania decyzji administracyjnych. Owo funkcjonalne ujęcie funkcjonariusza publicznego w zestawieniu z regulacjami ustawy o radcach prawnych pozwala założyć, iż status funkcjonariuszy publicznych przysługuje członkom rad okręgowych izb radców prawnych oraz członkom Prezydium Krajowej Rady Radców Prawnych, bowiem te organa zostały przez ustawodawcę uprawnione do rozstrzygania indywidualnych spraw z zakresu administracji publicznej w drodze decyzji administracyjnych. Należy jednak zwrócić uwagę na sposób, w jaki ustawa limituje pojęcie funkcjonariusza publicznego w odniesieniu do osób uprawnionych do wydawania decyzji administracyjnych, a znajdujących się poza strukturą administracji rządowej i samorządowej. Status funkcjonariuszy publicznych, a więc i wzmożona ochrona za nim idąca i odpowiedzialność za przestępstwa skonstruowane jako indywidualne, przysługuje wskazanym podmiotom jedynie w zakresie, w jakim są one uprawnione do wydawania decyzji. Oznacza to, iż musi istnieć związek o charakterze funkcjonalnym pomiędzy czy to sprawstwem, czy to pokrzywdzeniem a faktem wydawania decyzji administracyjnej przez konkretną osobę. Owo kryterium funkcjonalne owego związku ma – w moim przekonaniu – najistotniejszy charakter, choć nie bez znaczenia będzie mieć także zwią-

Należy zwrócić uwagę na sposób, w jaki ustawa limituje pojęcie funkcjonariusza publicznego w odniesieniu do osób uprawnionych do wydawania decyzji administracyjnych, a znajdujących się poza strukturą administracji rządowej i samorządowej.

zek miejscowy oraz czasowy, jednak bez związku o charakterze funkcjonalnym czy – mówiąc inaczej – treściwym nie sposób przydać statusu funkcjonariusza publicznego. Status funkcjonariusza nie obejmuje, co należy podkreślić, wszelkiej działalności takiego podmiotu, a jedynie tę, która jest związana z jego kompetencją – w tym wypadku – z faktem uczestniczenia w organie uprawnionym na mocy przepisów ustawy do rozstrzygania spraw indywidualnych z zakresu administracji publicznej w drodze decyzji administracyjnych. W związku z czym na gruncie przepisów ustawy o radcach prawnych status funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu Kodeksu karnego przysługuje członkom rad okręgowych izb radców prawnych oraz członkom Prezydium KRRP w zakresie, w jakim są oni uprawnieni do wydawania decyzji administracyjnych.

Na marginesie rozważań zasadne wydaje się także zwrócenie uwagi na fakt, iż normy ustawy o radcach prawnych stanowią podstawę prawną decyzji administracyjnych wydawanych nie tylko przez organa samorządu radców prawnych, lecz także przez wyspecjalizowane organa reglamentujące dostęp do zawodu. Należy zatem wskazać na komisję kwalifikacyjną, czuwającą nad prawidłowym przebiegiem egzaminu wstępnego na aplikację

Na gruncie przepisów ustawy o radcach prawnych status funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu Kodeksu karnego przysługuje członkom rad okręgowych izb radców prawnych oraz członkom Prezydium KRRP w zakresie, w jakim są oni uprawnieni do wydawania decyzji administracyjnych.

radcowską. Wskazana komisja składa się z siedmiu przedstawicieli, spośród których dwóch wskazywanych jest przez Krajową Radę Radców Prawnych. Osoby te mogą być radcami prawnymi, należy to wnioskować na zasadzie *a contrario* z art. 33⁵ ust. 3 stanowiącym, iż członkowie komisji wyznaczeni przez Ministra Sprawiedliwości oraz przedstawiciele nauki prawa nie mogą być radcami prawnymi. Na podstawie art. 33¹⁰ ust. 1 ustawy komisja kwalifikacyjna została wyposażona w kompetencję do ustalenia wyniku egzaminu wstępnego w drodze uchwały. Należy wskazać, iż uchwała ustalająca wynik egzaminu wstępnego ma charakter decyzji administracyjnej, bowiem jest ona podejmowana w indywidualnej sprawie, na podstawie konkretnego, ustalonego stanu faktycznego, podejmowana jest w wyniku przeprowadzonego postępowania znajdującego oparcie w normach prawa administracyjnego procesowego, wymaga ona zakomunikowania stronie oraz znajduje wyraźne oparcie w przepisach prawa. Wskazaną uchwałę jako decyzję administracyjną kwalifikuje również orzecznictwo⁶. W związku z tym należy wskazać, iż członkowie komisji kwalifikacyjnych, w tym także członkowie będący radcami prawnymi, podejmujący uchwałę w sprawie wyniku egzaminu wstępnego należą do kategorii funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu prawa karnego materialnego. Podobne rozważania można także odnieść do komisji egzaminacyjnych powoływanych do przeprowadzenia egzaminu radcowskiego. Zgodnie z art. 36¹ ust. 4, w skład komisji egzaminacyjnej wchodzi czterech radców prawnych wskazywanych przez Krajową Radę Radców Prawnych, jako egzaminatorów, oraz czterech radców prawnych jako zastępców egzaminatorów. Na podstawie art. 36⁶ ust. 2 ustawy komisja egzaminacyjna podejmuje uchwałę o wyniku egzaminu radcowskiego. Wskazaną uchwałę należy zakwalifikować jako decyzję administracyjną z uwagi na to, iż jest ona wydawana w wyniku rozpoznania konkretnej indywidualnej sprawy z zakresu administracji publicznej, w wyniku przeprowadzenia postępowania na podstawie Kodeksu postępowania administracyjnego, posiada ona wyraźnie oznaczoną podstawę

⁵ S. Pawłowski, *Ustrój i zadania samorządu zawodowego w Polsce*, Poznań 2009, s. 110; M. Tabernačka, *Zakres wykonywania zadań publicznych przez organy samorządów zawodowych*, Kolonia Limited 2007, s. 138.

⁶ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 15 kwietnia 2010 r., VI SA/Wa 50/10, Legalis; Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego siedziba w Warszawie z 20 sierpnia 2009 r., VI SA/Wa 1155/09, Legalis.

prawną, wymaga zakomunikowania stronie oraz wywołuje określone skutki. W związku z tym członkom komisji egzaminacyjnych, w tym radcom prawnym wchodzącym w skład owych komisji, w związku z wydawaniem przez nich decyzji administracyjnych w przedmiocie ustalenia wyniku egzaminu radcowskiego przysługuje na podstawie norm prawa karnego status funkcjonariuszy publicznych.

W dalszej kolejności należy odnieść się do zagadnienia organów uprawnionych do orzekania w sprawach dyscyplinarnych na gruncie ustawy o radcach prawnych. Jak stanowi art. 54 ustawy, okręgowy sąd dyscyplinarny rozpatruje sprawy dyscyplinarne członków okręgowej izby radców prawnych, wniesione przez rzecznika dyscyplinarnego oraz odwołania od ostrzeżenia. Natomiast – zgodnie z art. 62 ustawy – Wyższy Sąd Dyscyplinarny rozpatruje odwołania od orzeczeń okręgowych sądów dyscyplinarnych, a także – jako sąd pierwszej instancji – sprawy dyscyplinarne członków Krajowej Rady Radców Prawnych i rad okręgowych izb radców prawnych. Ponadto wskazać należy, iż na podstawie art. 66 ust. 1 w sprawach dotyczących przewinień mniejszej wagi dziekan okręgowej izby radców prawnych może poprzestać na ostrzeżeniu. Kodeks karny wskazuje, iż funkcjonariuszem publicznym jest osoba orzekająca w organach dyscyplinarnych działających na podstawie ustawy. Dlatego zauważyć trzeba, że istotnymi elementami tego fragmentu definicji legalnej funkcjonariusza publicznego są:

- wchodzenie w skład organu orzekającego w sprawach dyscyplinarnych (w przypadku, gdy organ ma charakter kolegialny) lub piastowanie funkcji takiego organu (gdy jest to organ jednoosobowy),
- umocowanie tego organu do rozpoznawania spraw o charakterze dyscyplinarnym w przepisach rangi co najmniej ustawowej,
- przypisanie temu organowi funkcji orzekania.

Nie ulega wątpliwości, iż na gruncie ustawy o radcach prawnych organami uprawnionymi do orzekania w sprawach dyscyplinarnych są okręgowe sądy dyscyplinarne oraz Wyższy Sąd Dyscyplinarny, bowiem są to organa powołane do rozpoznawania spraw tego rodzaju, posiadają one umocowanie w akcie normatywnym rangi ustawy oraz można im przypisać funkcję orze-

Nie ulega wątpliwości, iż na gruncie ustawy o radcach prawnych organami uprawnionymi do orzekania w sprawach dyscyplinarnych są okręgowe sądy dyscyplinarne oraz Wyższy Sąd Dyscyplinarny.

kania. Należy przy tym zaznaczyć, iż nie należą one do kategorii sądów, choć w skład ich nazwy wchodzi określenie „sąd”. Są one organami korporacji zawodowej pełniące funkcję orzekania, przydaną im na podstawie przepisów prawa powszechnie obowiązującego i posiadających kompetencje do wymierzania kar o charakterze dyscyplinarnym.

Problem natomiast rodzi się przy ocenie dziekana jako organu orzekającego w sprawach dyscyplinarnych. Dziekan jest uprawniony do zastosowania wobec radcy prawnego lub aplikanta radcowskiego, który dopuścił się przewinienia mniejszej wagi, ostrzeżenia. Należy zauważyć, że owe ostrzeżenie nie mieści się w katalogu kar dyscyplinarnych wymienionych w art. 65 ust. 1 ustawy, a na gruncie ustawy o radcach prawnych katalog kar ma charakter zamknięty i organ orzekający nie może wymierzyć obwinionemu innej kary niż wskazana w ustawie ani w innym wymiarze. Stąd wypływa wniosek, że ostrzeżenia dziekańskiego nie

Ostrzeżenia dziekańskiego nie można zakwalifikować jako kary dyscyplinarnej, skoro ustawodawca nie określił go jako kary.

można zakwalifikować jako kary dyscyplinarnej, skoro ustawodawca nie określił go jako kary. Ustawa posługuje się sformułowaniem „dziekan (...) może poprzestać na ostrzeżeniu”, a nie na „wymierzeniu kary ostrzeżenia”⁷. Z kolei art. 73 ustawy stanowi, iż członkowie sądów dyscyplinarnych w zakresie orzekania w sprawach dyscyplinarnych podlegają tylko przepisom prawa. Wskazana norma niejako potwierdza cechę, jaką należy przypisać sądom dyscyplinarnym, tj. cechę niezawisłości⁸. Argumentem potwierdzającym tę cechę sądu dyscyplinarnego potwierdza także art. 67 ustawy, stanowiący, iż postępowanie dyscyplinarne o ten sam czyn toczy się niezależnie od postępowania karnego lub postępowania dyscyplinarnego wszczętego w jednostce organizacyjnej, w której przepisy szczególne przewidują takie postępowanie. Warto także w tym miejscu sięgnąć do przepisów ustawy regulującej postępowanie dyscyplinarne toczące się wobec członków samorządu najbardziej w swym charakterze zbliżonego do samorządu radców prawnych – samorządu adwokackiego. Otóż art. 89 prawa o adwokaturze stanowi wprost, iż sąd dyscyplinarny jest niezawisły w zakresie orzekania i samodzielnie rozstrzyga nasuwające się zagadnienia prawne i orzeka na mocy przekonania opartego na swobodnej ocenie całokształtu dowodów, uwzględniając okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść obwinionego. Ponadto, także sąd dyscyplinarny samorządu adwokackiego nie jest związany orzeczeniem wydanym w innym postępowaniu. Wydaje się, iż fakt wyrażenia wprost zasady niezawisłości sądu dyscyplinarnego samorządu adwokatów nie oznacza, iż sąd dyscyplinarny samorządu radców prawnych nie posiada tej cechy, a cechę tę można wywieść właśnie ze sformułowania, iż sąd orzeka jedynie na podstawie przepisów prawa i jedynie nimi jest związany. Definiując funkcję orzekania, nie sposób nie odnieść się do cech, jakie musi posiadać organ, któremu można przypisać tę funkcję. Organ ten musi posiadać pewne specyficzne cechy, dzięki którym funkcja ta może być należycie wypełniana. Główną cechą jest niezawisłość organu orzekającego w sprawach dyscyplinarnych, a także samodzielność jurysdykcyjna. Obie te cechy można przypisać

⁷ W prawie represyjnym, do którego to prawa należy zaliczyć także prawo dyscyplinarne, można odnaleźć środek w postaci ostrzeżenia jako środka oddziaływania wychowawczego na gruncie prawa wykroczeń. Wydaje się, choć jest to daleko idąca analogia, iż ostrzeżenie dziekańskie ma podobny charakter, nie jest karą, a jedynie środkiem quasi-karnym, mającym na celu zwrócenie uwagi racy prawnemu lub aplikantowi na jego niewłaściwe postępowanie.

⁸ Z. Klatka, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 381.

sądom dyscyplinarnym wymierzającym kary dyscyplinarne wobec członków samorządu radców prawnych. Natomiast dziekanowi nie sposób przypisać funkcji orzekania, ustawa nie przydaje mu bowiem cech wymaganych dla organu sprawującego tę funkcję. Ponadto, dziekan nie wymierza kary dyscyplinarnej. Ponadto, trudno uznać ostrzeżenie dziekana za karę dyscyplinarną, skoro nie odnosi się co do niej sądowa kontrola, jaka ma zastosowanie do orzeczeń sądów dyscyplinarnych w postaci kasacji rozpoznawanej przez Sąd Najwyższy. Można stwierdzić, iż owe ostrzeżenie jest innym niż kara dyscyplinarna środkiem mającym na celu wpłynięcie na radcę prawnego lub aplikanta radcowskiego, który dopuścił się przewinienia mniejszej wagi⁹. Stąd należy wysunąć wniosek, iż status funkcjonariusza publicznego przysługuje członkom okręgowych sądów dyscyplinarnych, a także członkom Wyższego Sądu Dyscyplinarnego, bowiem wchodzi oni w skład organów orzekających w sprawach dyscyplinarnych działających na podstawie ustawy. Należy także zwrócić uwagę na fakt, iż w odniesieniu do osób orzekających w organach dyscyplinarnych ustawodawca nie stosuje takiego ograniczenia, jak w stosunku do osób uprawnionych do wydawania decyzji administracyjnych w postaci ograniczenia statusu funkcjonariusza publicznego do zakresu, w jakim te osoby są uprawnione do wydawania decyzji. W związku z tym status ten przysługuje nie tylko w związku z orzekaniem w sprawach dyscyplinarnych, ale także w sytuacjach, które nie są w sposób funkcjonalny powiązane z pełnioną przez te osoby funkcją. Orzekanie w sprawach dyscyplinarnych należy także odnieść do zagadnienia wydawania decyzji administracyjnych, bowiem orzeczenia dyscyplinarne są aktami z zakresu administracji publicznej, którym jednakże nie można przypisać cechy decyzji administracyjnych, choć rozstrzygają one indywidualną sprawę z zakresu administracji publicznej, tj. pieczy nad należyтым sprawowaniem zawodu. Stosowanie w tym postępowaniu odpowiednio przepisów Kodeksu postępowania karnego nie czyni z tego postępowania, co prawda, postępowania karnego, a karze dyscyplinarnej nie przydaje charakteru kary kryminalnej, jednakże fakt odpowiedniego stosowania przez organa orzekające w sprawach dyscyplinarnych norm

Status funkcjonariusza publicznego przysługuje członkom okręgowych sądów dyscyplinarnych, a także członkom Wyższego Sądu Dyscyplinarnego, bowiem wchodzi oni w skład organów orzekających w sprawach dyscyplinarnych działających na podstawie ustawy.

prawa karnego procesowego jest jednym z zasadniczych argumentów, jakie przemawiają przeciwko uznaniu orzeczenia dyscyplinarnego za decyzję administracyjną. Analizując tryb odwoławczy, jaki przysługuje od orzeczenia sądu dyscyplinarnego pierwszej instancji, uwagę zwraca instytucja kasacji kierowanej do Sądu Najwyższego. W sprawach z zakresu administracji publicznej od rozstrzygnięcia wydanego przez organ drugiej instan-

cji przysługuje skarga do sądu administracyjnego, jak w przypadku wskazanych powyżej decyzji administracyjnych wydawanych na podstawie przepisów ustawy o radcach prawnych. Rodzi to zasadnicze wątpliwości o zasadność takiego stanu rzeczy – gdy sprawy z zakresu pieczy nad należyтым sprawowaniem zawodu – czyli z zakresu władztwa państwowego przekazane do kompetencji samorządów zawodowych rozstrzygane są w postępowaniu, które leży na pograniczu postępowania quasi-karnego i ad-

Od ostrzeżenia dziekańskiego przysługuje odwołanie do okręgowego sądu dyscyplinarnego, a rozstrzygnięcie wydane na skutek rozpoznania odwołania ma charakter ostateczny. Nie przysługuje od tego rozstrzygnięcia ani kasacja do Sądu Najwyższego ani skarga do sądu administracyjnego.

ministracyjnego. Jeżeli natomiast odnieść się do oceny pozycji dziekana stosującego środek dyscyplinujący ostrzeżenia w kontekście definicji funkcjonariusza publicznego, należy stwierdzić, że ostrzeżenie należy zakwalifikować jako akt będący formą wykonywania zadań publicznych w zakresie nadzoru nad członkami samorządu¹⁰. Jest to akt administracyjny o charakterze indywidualnym, wydawany w wyniku rozpoznania konkretnej sprawy z zakresu administracji publicznej, przekazanej do kompetencji organów samorządu zawodowego radców prawnych, jednakże zakwalifikowanie go jako decyzji administracyjnej rodzi zasadnicze wątpliwości. Od ostrzeżenia dziekańskiego przysługuje odwołanie do okręgowego sądu dyscyplinarnego, a rozstrzygnięcie wydane na skutek rozpoznania odwołania ma charakter ostateczny. Nie przysługuje od tego rozstrzygnięcia ani kasacja do Sądu Najwyższego ani skarga do sądu administracyjnego. Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów status orzeczenia dziekańskiego jest niejasny, w związku z czym, skoro nie sposób jednoznacznie zakwalifikować go jako decyzji administracyjnej, tak samo i dziekana nie sposób określić w związku z wydawaniem ostrzeżenia jako osoby uprawnionej do wydawania decyzji administracyjnej. Wydaje się, że zakwalifikowanie dziekana do kategorii funkcjonariuszy publicznych w związku ze stosowanym przez niego ostrzeżeniem stanowiłoby nieuprawnioną wykładnię rozszerzającą, a tego typu metoda wykładni jest na gruncie prawa karnego materialnego niedopuszczalna, zgodnie z zasadą *nullum crimen sine lege stricta*.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż członkowie samorządu zawodowego radców prawnych posiadają we wskazanych wyżej sytuacjach status funkcjonariuszy publicznych w związku z piastowanymi przez nich funkcjami w samorządzie, a także w wyspecjalizowanych organach powołanych w celu reglamentacji dostępu do zawodu i wydawanymi rozstrzygnięciami, co sprawia, iż przysługuje im w tym zakresie szczególna ochrona, jaką ustawodawca przewidział dla funkcjonariuszy publicznych, jak i kierowane są do nich określone zakazy i nakazy zachowania się.

⁹ W. Bujko, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w: Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, pod red. A. Berezy, Warszawa 2010, s. 191; można jednakże spotkać głos, iż ostrzeżenie dziekańskie jest karą dyscyplinarną – S. Pawłowski, *op.cit.*, s. 177.

¹⁰ M. Tabernecka, *op.cit.*, s. 149.

Granice prounijnej wykładni prawa krajowego**

dr Maciej Koszowski*

Wprowadzenie

Szczególnym zagadnieniem wiążącym się z wykładnią prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej¹ jest kwestia ograniczeń (granic) dla dokonywania takiej wykładni. Powstaje bowiem pytanie, jak dalece za pośrednictwem tego typu wykładni prawo unijne, w szczególności to niemające bezpośredniego skutku, może ingerować w prawo wewnętrzne państw członkowskich. Kluczowe wydaje się przy tym przede wszystkim to, czy obowiązek przeprowadzania prounijnej wykładni prawa krajowego wymusza na organach krajowych (w tym zwłaszcza sądach) wydawanie rozstrzygnięć wyraźnie sprzecznych z ustawodawstwem krajowym? Bo jeśli tak, to wówczas prawo unijne, również to z założenia pozbawione przymiotu bezpośredniej stosowalności w krajowych porządkach prawnych (dyrektywy), taki przymiot by *de facto* posiadało.

Co więcej, jeśli by zawsze można było wyklądać prawo krajowe w ten sposób, aby zapewnić jego pełną zgodność z prawem unijnym, to w zasadzie przeprowadzający wykładnię prounijną organ krajowy stosowałby prawo krajowe w bardzo niewielkim zakresie. Decyzję o tym, jakie skutki prawne przypisać konkretnym stanom faktycznym, organ ten podejmowałby bowiem w przeważającej mierze na podstawie prawa unijnego, a jedynie w materiałach przez to prawo nieunormowanych lub istnienia jakiegoś luzu decyzyjnego w stosowaniu tego prawa sięgałby on do ustawodawstwa krajowego. W piśmiennictwie podnosi się także, że gdyby nie było żadnych ograniczeń dla wykładni prawa krajowego w zgodzie z prawem unijnym, to za zbędną należało-

by uznać zarówno instytucję skutku bezpośredniego dyrektyw, jak i odpowiedzialności państwa z tytułu ich nienależytej tudzież nieterminowej implementacji^{2, 3}.

W związku z powyższym niezbędne jawi się istnienie pewnych granic, po przekroczeniu których organa krajowe nie są już zobowiązane do dokonywania prounijnej wykładni prawa krajowego. To zagadnienie postaram się nieco bardziej przybliżyć w niniejszym artykule.

Zakres kompetencji organu krajowego

Niewątpliwie, jakąś granicę w przeprowadzaniu przez organa krajowe wykładni prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej stanowi zakres kompetencji, jaki przysługuje poszczególnym organom, tj. w sensie, iż każdy z nich dysponuje określoną właściwością rzeczową tudzież funkcjonalną⁴. Tak określona granica wydaje się jednak nie mieć za dużego znaczenia z punktu widzenia wykładni prounijnej, a to z tej racji, iż w razie stwierdzenia braku posiadania wspomnianych rodzajów właściwości, organ krajowy w ogóle nie mógłby przystąpić do rozpoznania danej sprawy, a tym samym nie mógłby on też wydać w niej jakiegokolwiek merytorycznego rozstrzygnięcia⁵.

Zakaz wykładni *contra legem*

Po drugie, w literaturze przedmiotu wskazuje się, że obowiązek wykładni prounijnej ustaje z chwilą, kiedy z perspektywy krajowego porządku prawnego miałyby się ona stać wykładnią

* Autor jest doktorem prawa, adiunktem w Wyższej Szkole Biznesu w Dąbrowie Górniczej.

** Artykuł stanowi rozwinięcie i uaktualnienie fragmentu artykułu pt: „Wykładnia praw wspólnotowa w ujęciu teoretyczno-prawnym”, opublikowanego w „Przebiegach Legislacyjnych” nr 3/2009.

¹ W niniejszym artykule naprzemiennie będę posługiwał się określeniami: „wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem unijnym (Unii Europejskiej)”, „wykładnia prounijna” oraz „wykładnia zgodna”. Popularny natomiast w polskim piśmiennictwie termin: „wykładnia praw wspólnotowa”, jako że obecnie – tj. od wejścia w życie Traktatu z Lizbony (1 grudnia 2009 r.) – w dużej mierze nieaktualny, nie będzie z tego powodu używany.

² A. Gawrysiak-Zablocka, *Granice praw wspólnotowej wykładni polskiego prawa spółek*, http://us.szc.pl/zjazd_kph/?xml=load_page&st=14593, s. 7.

³ Istnienia granic w przypadku prounijnej wykładni prawa krajowego wydaje się natomiast nie dostrzegać G. Orłowski, *Prounijna wykładnia przepisów prawa pracy*, „Monitor Prawa Pracy”, nr 8/2010, s. 397.

⁴ Rozstrzygając sprawę von Colson i Kamann ((14/83), pkt 26), oraz Adeneler i in. ((C-212/04), pkt 109), Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie nawiązał w kontekście obowiązku dokonywania przez organa krajowe wykładni zgodnej do pojęcia właściwości (jurysdykcji) sądowej (odpowiednio *for matters within their jurisdiction* oraz *to do whatever lies within their jurisdiction*). Identycznym zwrotem jak w orzeczeniu w sprawie von Colson i Kamann Trybunał Sprawiedliwości posłużył się też w wyroku w sprawie Marleasing ((C-106/89), pkt. 8).

⁵ Kwestię „kompetencji” zupełnie inaczej – tj. iż sądom krajowym przy przeprowadzaniu prounijnej wykładni prawa krajowego nie wolno wykraczać poza pozycję ustrojową, jaka przysługuje im w świetle zasady podziału władzy panującej w danym państwie – wydaje się rozumieć A. Wróbel, *Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE*, http://www2.wpia.uw.edu.pl/files//podyplomowe/gospodarka_rynkowa/wrobel_andrzej.pdf, s. 13–14, 15.

*contra legem*⁶. Co dokładnie należy w tym kontekście uważać za zgodne, a co za niezgodne z prawem krajowym, nie jest już jednak wcale takie oczywiste. Bardzo niewiele mówią przy tym wypowiedzi w rodzaju, iż obowiązek wykładni zgodnej nie zachodzi w sytuacji, gdyby wykładnia taka „miała prowadzić do zaprzeczenia prawa krajowego lub jego odrzucenia” czy „do uzyskania rezultatu dokładnie odwrotnego do tego, jaki zakładał ustawodawca” (w domyśle krajowy)⁷. To samo dotyczy zresztą twierdzeń zakazujących przeprowadzania wykładni prounijnej „w sposób sprzeczny z wyraźnymi postanowieniami” aktu prawa krajowego⁸, „wbrew oczywistej treści przepisu wewnętrznego”⁹ tudzież sprzecznie z „wołą krajowego prawodawcy”¹⁰.

Uznanie organu krajowego

Pewną próbę zdefiniowania granicy wykładni prawa krajowego w zgodzie z prawem unijnym w sposób bardziej precyzyjny stanowi postulat dokonywania wykładni prounijnej w ramach uznania (dyskrecji) tudzież możliwości interpretacyjnych, jakimi dysponuje organ krajowy. Swoją początek bierze ona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, który – będąc świadomym konieczności ograniczenia obowiązku przeprowadzania wykładni zgodnej – w sprawie von Colson i Kamann (14/83) oznajmił, iż obowiązek ten rozciąga się tak daleko, jak zezwala na to dyskrekcja wynikająca z prawa krajowego¹¹. Aczkolwiek trzeba zaznaczyć, iż w późniejszym wyroku w sprawie Marleasing (C-106/89, pkt 8), mimo odwołania się przez rzecznika generalnego do pojęcia możliwości interpretacyjnych posiadanych przez organ krajowy¹², Trybunał Sprawiedliwości nie nawiązał już ani do tych możliwości, ani do mającej przysługiwać sądom krajowym dyskrecji, poprzestając jedynie na zwrocie „tak dalece, jak to możliwe” (*as far as possible*)¹³; z czego można by wnosić, iż tym samym odciął się on od poprzednio wysuniętej koncepcji. W jeszcze późniejszym orzeczeniu, w sprawie Adeneler i in. (C-212/04), po raz kolejny znajdziemy jednak odniesienie do metod interpretacyjnych przyjętych w prawie krajowym¹⁴.

Poważną słabością zarysowanej tak jak wyżej propozycji ujęcia granic wykładni prounijnej jest leżące u jej podstaw założenie, iż organ krajowy faktycznie dysponuje jakimś uznaniem, możli-

wościami interpretacyjnymi, przy wydawaniu swoich rozstrzygnięć¹⁵. Jak się wydaje, presuponuje się tutaj nawet coś więcej, tj. to, że zakres takiego uznania (możliwości) *in abstracto*, a co najmniej w konkretnych przypadkach, pozwala się z dużą dokładnością ustalić. Stąd w literaturze przedmiotu padają twierdzenia, że w ramach wykładni zgodnej organ krajowy władny jest dokonać tylko „wykładni uszczegółwiającej lub doprecyzowującej (wykładnia *infra* lub *intra legem*)” albo wykładni uzupełniającej (wykładnia *praeter legem*)”¹⁶ tudzież, że za pomocą tego rodzaju wykładni można osiągnąć tylko takie rezultaty, jakie byłyby również możliwe, przynajmniej teoretycznie, gdyby prawo Unii Europejskiej w ogóle nie było brane pod uwagę¹⁷.

Nie wchodząc w zawiłe rozważania natury teoretyczno-filozoficznej, chciałbym jedynie wskazać, iż zarówno powyższa koncepcja, jak i wzmiankowane wypowiedzi przedstawicieli doktryny mogą zostać zakwestionowane z tej prostej przyczyny, iż organ krajowy (sędzia), wydając w zawiłej przed nim sprawie rozstrzygnięcie, kieruje się nie tylko zawartością tekstów prawnych i znanymi mu sposobami ich interpretacji, ale w równym stopniu, a może nawet bardziej, ocenami ugruntowanymi w środowisku aksjologicznym, z którego on się wywodzi. W konsekwencji, mimo niejasności i ogólnikowości norm prawa krajowego oraz rozbieżnych rezultatów poszczególnych metod ich wykładni (celowościowej, językowej, systemowej), zapadające w tym prawie wyroki (decyzje) mogą być *de facto* w znacznym stopniu zdeterminowane. Skoro zaś tak, to trudno byłoby tu mówić o jakimś szerokim zakresie uznania (możliwości interpretacyjnych) po stronie organów krajowych i w nim dopatrywać się potencjalnych granic wykładni zgodnej. W takim stanie rzeczy te miałyby bowiem marginalne – jeśli w ogóle jakiegokolwiek – znaczenie przy prounijnej wykładni prawa krajowego.

Ponadto, nawet przy akceptacji, iż prawo krajowe rzeczywiście pozostawia organom je stosującym jakąś sporą dozę luzu decyzyjnego, powstaje drugi istotny problem: kto ma decydować o tym, czy dokonanie wykładni prounijnej w konkretnym przypadku mieściłoby się, czy nie, w zakresie uznania organu krajowego, a tym samym jej poniechanie stanowiło, bądź nie stanowiło, naruszenie obowiązku przeprowadzania prounijnej wykładni prawa krajowego. Wydaje się, iż zarówno do oceny istnienia, jak i rozmiarów dyskrecji, jaką dysponuje organ krajowy,

⁶ E. Maniewska, *Prowspółnotowa wykładnia prawa polskiego w poakcesyjnym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Europejski Przegląd Sądowy”, nr 1/2005, s. 57, C. Mik, *Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej*, w: *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 162, A. Kalisz, *Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego*, 2007, s. 207, A. Gawrysiak-Zabłocka, *op.cit.*, s. 7, K. Wójtowicz, *Zasady stosowania prawa wspólnotowego w państwach członkowskich Unii Europejskiej*, „Zeszyty CEN”, z. 8/2003, s. 21, G. Krysztofiuk, *Obowiązek prounijnej interpretacji prawa karnego*, „Studia Iuridica”, XLVI/2006, s. 220, A. Sotys, *Wykładnia contra legem jako kryterium wyznaczenia granicy obowiązku wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem UE w polskim porządku prawnym*, w: *Doświadczenia prawne pierwszych lat członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, red. S. Biernat i S. Dudzik, Warszawa 2011, na przykład s. 124–125, 141, A. Wentkowska, *Interpretacja In dubio pro communitate – dyrektywa wykładni proeuropejskiej w orzecznictwie sądów polskich*, w: *Doświadczenia prawne pierwszych lat członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, red. S. Biernat i S. Dudzik, Warszawa 2011, s. 167, A. Wróbel, *op.cit.*, s. 16.

⁷ K. Kowalik-Bańczyk, *Prowspółnotowa wykładnia prawa polskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy”, nr 3/2005, s. 14.

⁸ A. Gawrysiak-Zabłocka, *op.cit.*, s. 7.

⁹ K. Wójtowicz, *op.cit.*, s. 21.

¹⁰ G. Krysztofiuk, *op.cit.*, s. 220.

¹¹ *It is for the national court to interpret and apply the legislation adopted for the implementation of the directive in conformity with the requirements of community law, in so far as it is given discretion to do so under national law* (pkt. 28). Podobnie w sprawie Murphy i in. (157/86), gdzie TS stwierdził, iż: *It is for the national court, within the limits of its discretion under national law, when interpreting and applying domestic law, to give to it, where possible, an interpretation which accords with the requirements of the applicable community law...* (pkt 11).

¹² *The obligation to interpret a provision of national law in conformity with a directive arises whenever the provision in question is to any extent open to interpretation. In those circumstances the national court must, having regard to the usual methods of interpretation in its legal system, give precedence to the method which enables it to construe the national provision concerned in a manner consistent with the directive* (pkt 8).

¹³ Formułę tę TS powtórzył przy wydawaniu wyroków w sprawach Miret (C-334/92), pkt 20, Carbonari i in. (C-131/97), pkt 45, Centrosteeel (C-456/98), pkt 16, 19, Lazzeri (C-356/00), pkt 43, Pfeiffer i in. (od C-397/01 do C-403/01), pkt 113, Pupino (C-105/03), pkt 43, Adeneler i in. (C-212/04), pkt 108.

¹⁴ *Nevertheless, the principle that national law must be interpreted in conformity with Community law requires national courts to do whatever lies within their jurisdiction, taking the whole body of domestic law into consideration and applying the interpretative methods recognised by domestic law, with a view to ensuring that the directive in question is fully effective and achieving an outcome consistent with the objective pursued by it* (pkt. 111).

¹⁵ Odnośnie do różnych sposobów pojmowania takiego uznania (luzu decyzyjnego) por. K. Kowalik-Bańczyk, *op.cit.*, s. 13–14 z A. Wróbel, *op.cit.*, s. 17.

¹⁶ C. Mik, *op.cit.*, s. 162.

¹⁷ S. Biernat, *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Wspólnot Europejskich*, w: *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998, s. 145–146.

zdolni, a zarazem kompetentni są przede wszystkim sędziowie (inne organa stosujące prawo) danego państwa członkowskiego, ewentualnie pozostali przedstawiciele krajowych zawodów prawniczych. Wszak to oni na co dzień obcują z prawem krajowym, wypracowując metody jego stosowania oraz reguły interpretacji krajowych tekstów prawnych¹⁸. O wiele natomiast trudniej byłoby doszukiwać się tu jakiegokolwiek kompetencji po stronie sędziów Trybunału Sprawiedliwości lub członków Komisji Europejskiej. Wspomniane organa, z racji, że w ich skład wchodzi osoba z różnych państw, nie są powiązane w sposób ścisły z daną krajową kulturą prawną, brak im też wyraźnej legitymacji do jej kształtowania.

W świetle wyводу z ustępu poprzedniego ani TS, ani KE nie byłyby praktycznie w stanie skontrolować tego, czy organa stosujące prawo w danym państwie członkowskim faktycznie wiążą się z wymogu prounijnej wykładni prawa krajowego. To zaś automatycznie poddawałoby w wątpliwość prawny charakter tego wymogu, czyniąc przeprowadzanie wykładni prawa krajowego w zgodzie z prawem unijnym bardziej fakultatywnym, niż – jak chce to TS – obligatoryjnym¹⁹. W rezultacie, również i z tego powodu należałoby podchodzić sceptycznie do propozycji widzącej granicę wykładni zgodnej w uznaniu (dyskrecji) organu krajowego.

Wspólne standardy dla granic wykładni prounijnej

Jeśli dyskrekcja organu krajowego nie może wyznaczać granic wykładni prounijnej²⁰, a te granice są ze względu jak w pkt. 1 konieczne, to czy przypadkiem nie mamy tu do czynienia ze swoistym impasem? Otóż, wydaje się, że nie. Zamiast bazować na relatywizowanej do praw krajowych idei uznania w stosowaniu prawa, można by bowiem postulować, aby to Trybunał Sprawiedliwości UE sam ustanowił wspólne dla wszystkich państw członkowskich standardy w przedmiocie mierzenia dopuszczalnego stopnia ingerencji prawa unijnego w zawartość ustawodawstw krajowych za pośrednictwem obowiązku wykładni zgodnej; przy czym, z uwagi na uniwersalne wartości, takie jak pewność i przewidywalność prawa oraz pogłębianie zaufania obywateli do instytucji państwa, dopuszczalne, a nawet pożądane, byłoby tu zróżnicowanie w zależności od poszczególnych gałęzi (dziedzin) prawa krajowego²¹. Ewentualnie w zależności od specyfiki poszczególnych krajowych porządków prawnych, w tym utrwalonych w nich kanonów i ograniczeń w wykładni tekstów praw-

nych, w stosunku do niektórych członków Unii Europejskiej standardy te, w drodze wyjątku, mogłyby przewidywać jakieś, choć najlepiej tymczasowe, odstępstwa od rozwiązań ogólnych.

Granice wykładni zgodnej w prawie polskim

Na przykład biorąc za punkt odniesienia polski porządek prawny (polskie prawo krajowe), wydaje się, że można by przyjąć, iż we wszystkich gałęziach prawa, a więc zarówno w prawie cywilnym, karnym, jak i administracyjnym, w tym i podatkowym, za nieprzekraczającą granicę należałoby uznać wykładnię prounijną, której wynik nie wykraczałby poza możliwe znaczenie językowe interpretowanego przepisu; tym bardziej jeszcze, gdyby wykładnia ta służyła do rozwiania wątpliwości powstałych na gruncie językowych metod interpretacji^{22, 23}.

Jeśli chodzi natomiast o wykładnię zgodną, która prowadziłaby do rezultatów wyraźnie sprzecznych z wynikiem wykładni językowej, to wydaje się, że w przypadku Polski zasadne byłoby przetransponowanie tu reguł wypracowanych odnośnie do wykładni rozszerzającej i analogii²⁴.

W tym miejscu warto też mieć na uwadze, iż wykładnia prounijna, ponieważ *ex definitione* zmierza do urzeczywistnienia prawa Unii Europejskiej, może łatwo zostać podciągnięta pod schemat rozumowania *per analogiam*. Mianowicie, zgodnie z jednym z dwóch przyjmowanych w polskiej literaturze teoretyczno-prawnej modeli analogii, dopuszczalne jest rozciągnięcie przepisu prawa na wypadki wyraźnie nieobjęte jego hipotezą wówczas, gdy służyłoby to realizacji tego samego celu (*ratio legis*), jak ten, który chciano osiągnąć poprzez ustanowienie tego przepisu dla przypadków wyraźnie w jego hipotezie przewidzianych. Jeśliby zatem potraktować dany przepis prawa krajowego jako mający na celu dostosowanie prawa polskiego do prawa unijnego (jego implementację), to wtedy drogą analogii można by stosować ten przepis również i do innych niż wyraźne nim unormowanie stanów faktycznych, ilekroć stany te podpadały pod zakres normowania odpowiednich postanowień prawa unijnego. Kontynuując ten tok rozumowania, prawo Unii Europejskiej mogłoby przenikać do prawa krajowego nie tylko za pośrednictwem analogii *extra*, ale również *intra i contra legem*. Ponadto, wydaje się, że brak jest też przeciwwskazań, aby ogólne wartości i zasady prawa unijnego, choćby przez wzgląd na zasadę prymatu tego prawa nad ustawodawstwem krajowym, zostały również

¹⁸ Z wyjątkiem otrzymania odpowiedzi od TS na postawione mu pytanie prejudycjalne, podjęcie decyzji ustalającej, czy w konkretnej sprawie wykładnia prawa krajowego w zgodzie z prawem unijnym jest (jeszcze) możliwa, wydaje się pozostawać w gestii sędziego krajowego A. Wróbel, *op.cit.*, s. 14 i 15.

¹⁹ Na okoliczność, iż Trybunał Sprawiedliwości często przypisuje sobie – a nie państwom członkowskim – prawo do oceny tego, co stanowi granicę wykładni zgodnej (wykładni *contra legem* prawa krajowego), zwraca uwagę K. Kowalik-Bańczyk, *op.cit.*, s. 14.

²⁰ Tak też wydaje się K. Wójtowiczowi, który twierdzi, że w przypadku wykładni prawa krajowego w zgodzie z prawem Unii Europejskiej granice swobody sędziego krajowego nie zostały przez TS wyraźnie zarysowane, i że za rozwiązanie tego problemu nie może zostać uznana wskazówka TS, zgodnie z którą sędzia krajowy ma stosować wykładnię zgodną tak dalece, jak to możliwe. K. Wójtowicz, *op.cit.*, s. 21.

²¹ Przeciwno koncepcji wspólnych standardów wynikających z prawa unijnego (orzecznictwa TS UE), tj. iż „dla oceny tego, co stanowi wykładnię *contra legem* w konkretnym przypadku należy odnieść się do prawa krajowego aniżeli wspólnotowego”, zob. A. Gawrysiak-Zabłocka, *op.cit.*, s. 7.

²² W polskim piśmiennictwie na to, iż niedopuszczalna byłaby wykładnia zgodna pomijająca brzmienie litery prawa krajowego, i że to właśnie w tej literze należy upatrywać granicę tej wykładni, wskazuje A. Kalisz, *op.cit.*, s. 207. O zakazie sięgania do wykładni zgodnej ilekroć przepis prawa krajowego jest jednoznaczny w sensie, że nie budzi on wątpliwości interpretacyjnych, wspomina też G. Krysztofiuk, przy czym autor ten dodatkowo wyjaśnia, iż wykładnia zgodna jest odmianą wykładni systemowej, która może być zastosowana dopiero wówczas, gdy wykładnia językowo-logiczna nie dostarcza jednoznacznej odpowiedzi; zob. G. Krysztofiuk, *op.cit.*, s. 220. Odmienne, tj. przeciwko wykorzystywaniu przy określaniu granic wykładni zgodnej językowych reguł wykładni wraz z zasadą *clara non sunt interpretanda* wypowiedział się A. Sołtys, *op.cit.*, 127–131, 142.

²³ Co do przykładu z polskiego prawa spółek na wykładnię zgodną mieszczącą się w granicach znaczenia językowego interpretowanego przepisu zob. A. Gawrysiak-Zabłocka, *op.cit.*, s. 7–8.

²⁴ W temacie zasad w przedmiocie dopuszczalności wykładni rozszerzającej i analogii w polskim prawie krajowym zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2006, s. 200–202.

wplecione we wnioskowanie drogę tzw. analogii *iuris* (z „ducha” prawa)^{25, 26}.

Rozwijając zaproponowane dwa akapity wyżej kryterium dla określenia granic wykładni zgodnej na przykładzie polskiego porządku prawnego, to w prawie cywilnym i dziedzinach mu pokrewnych (prawie spółek handlowych, prawie pracy, prawie autorskim czy prawie rodzinnym) nie istniałyby wyraźne zakazy dla wykładni prounijnej i powinna być ona przeprowadzana w jak najszerszym zakresie. To znaczy, wykładnia zgodna mogłaby tu z pewnością ingerować w zawartość prawa krajowego w granicach możliwego znaczenia językowego poszczególnych przepisów. Poza tym, z uwagi na dopuszczalność stosowania w polskim prawie prywatnym wykładni rozszerzającej oraz analogii *extra legem* i *analogii iuris*, jak i ze względu na niedookreślony charakter wielu norm tego prawa, należałoby przyjąć, że obowiązek wykładni prounijnej rozciągałby się na wszystkie przypadki jednoznacznie przez to prawo nieunormowane. Więcej, nawet w razie, gdyby dana kwestia była jednoznacznie przez prawo krajowe uregulowana, to mimo to mogłaby ona zostać rozstrzygnięta odmiennie, ilekroć tylko przeciwko przeprowadzeniu wykładni prounijnej nie przemówiłyby argumenty, jakie w rozpoznawanym stanie faktycznym wykluczałyby możliwość skorzystania z analogii *contra legem*.

Z kolei przenosząc się na grunt polskiego prawa karnego, administracyjnego i podatkowego, przez wzgląd na zamknięty charakter regulacji prawnej i związany z tym zakaz wykładni rozszerzającej oraz analogii (zasada *nullum crimen, nulla poena* oraz *nullum tributum sine lege*), wynik wykładni prounijnej musiałby się mieścić w granicach możliwego znaczenia językowego poszczególnych przepisów prawnych. Nie dotyczy to jednak sytuacji, w których wykładnia zgodna, mimo iż wykraczałaby poza znaczenie językowe interpretowanego przepisu, prowadziła do skutków korzystnych dla jednostki (podatnika, oskarżonego, obywatela), a to z uwagi na to, że zasadniczo również analogia i wykładnia rozszerzająca jest w takich przypadkach w Polsce dopuszczalna. Ergo, nawiązując do kanonów interpretacji tekstów prawnych panujących w polskiej kulturze prawnej, wykładnia prounijna nie mogłaby zastrzekać i rozsze-

zać odpowiedzialności karnej, powodować wzrostu zobowiązań podatkowych oraz nakładać ciężarów i obowiązków wyraźnie nieprzewidzianych przez krajowe prawo publiczne.

Trybunał Sprawiedliwości

W temacie wspólnych standardów dla wyznaczenia granicy wykładni prounijnej można też odnieść wrażenie, że również sam Trybunał Sprawiedliwości zrozumiał potrzebę ich wprowadzenia i, co więcej, podjął już pierwsze kroki w celu ich sformułowania. W sprawie Nijmegen (80/86), sprawach połączonych Criminal proceedings (C-74/95 i C-129/95) oraz sprawie Pupino (C-105/03) TS stwierdził mianowicie, że wykładnia zgodna nie może powiększać zakresu odpowiedzialności karnej wynikającej z prawa krajowego ani powodować zaostrzenia tej odpowiedzialności. Takie ograniczenie wydaje się iść w parze z zaproponowanym w punkcie wyżej zakazem stosowania wykładni prounijnej prawa krajowego, wzorowanym na zakazie wykładni rozszerzającej i analogii na niekorzyść oskarżonego. Warto tu też nadmienić, iż w przytoczonych orzeczeniach jako uzasadnienie dla postawionej tezy wskazano chęć poszanowania zasady pewności prawa oraz jego nieretroaktywności²⁷.

Niestety, poza dziedziną prawa karnego w orzecznictwie TS brak ogólnych wskazówek co do reguł pozwalających wytyczyć wspólne dla wszystkich państw członkowskich granice obowiązku prounijnej wykładni prawa krajowego²⁸. Mając na względzie prawo prywatne, w doktrynie przyjmuje się, że w zasadzie – odmiennie niż w przypadku odpowiedzialności karnej – wynik wykładni prawa krajowego w zgodzie z prawem unijnym będzie mógł tu skutkować pogorszeniem sytuacji prawnej jednostki²⁹. Ogólnie, utrzymuje się też, że mająca za przedmiot przepisy tego prawa wykładnia prounijna może stanowić zarówno wykładnię zwązającą, jak i rozszerzającą³⁰. Z drugiej jednak strony, podnosi się czasem, iż w drodze wykładni zgodnej nie powinno się dopuszczać do powstawania sankcji nieważności czynności prawnej, ilekroć sankcja ta nie została przewidziana w prawie krajowym³¹.

²⁵ Podobnie wydaje się uważać K. Kowalik-Bañczyk, której zdaniem „sędzia ma – w drodze analogii – próbować tak wyłożyć przepis krajowy, by był on zgodny z prawem wspólnotowym, kierując się przede wszystkim celem, jaki ma zostać osiągnięty dzięki normom wspólnotowym”; zob. K. Kowalik-Bañczyk, *op.cit.*, s. 10–11. Odnośnie do rozumowania *per analogiam* w kontekście wykładni prounijnej zob. też E. Maniewska, *op.cit.*, s. 51.

²⁶ Na temat rodzajów i możliwych modeli analogii w zastosowaniach prawniczych zob. L. Morawski, *op. cit.*, s. 203–214 oraz J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa 1966; por. też M. Koszowski, *Fenomen analogii*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny”, nr 1/2010, s. 35–37.

²⁷ Odpowiednio: *However, that obligation on the national court to refer to the content of the directive when interpreting the relevant rules of its national law is limited by the general principles of law which form part of community law and in particular the principles of legal certainty and non-retroactivity.a directive cannot, of itself and independently of a national law adopted by a member state for its implementation, have the effect of determining or aggravating the liability in criminal law of persons who act in contravention of the provisions of that directive* (pkt 13); *More specifically, in a case such as that in the main proceedings, which concerns the extent of liability in criminal law arising under legislation adopted for the specific purpose of implementing a directive, the principle that a provision of the criminal law may not be applied extensively to the detriment of the defendant, which is the corollary of the principle of legality in relation to crime and punishment and more generally of the principle of legal certainty, precludes bringing criminal proceedings in respect of conduct not clearly defined as culpable by law.* (pkt 25); *In particular, those principles [general principles of law, particularly those of legal certainty and non-retroactivity] prevent that obligation from leading to the criminal liability of persons who contravene the provisions of a framework decision from being determined or aggravated on the basis of such a decision alone, independently of an implementing law...* (pkt 45). Zob. też opinię rzecznika generalnego w sprawie Marleasing (C-106/89), pkt 8: *The obligation to give an interpretation in conformity with a directive is, it is true, restricted by Community law itself, of which the directive forms part, and in particular by the principles of legal certainty and non-retroactivity which also form part of Community law . In cases involving criminal proceedings, for example, such an interpretation cannot result in criminal liability unless such liability has been introduced by the national legislation implementing the directive.*

²⁸ Z orzeczeń w sprawach Centroteel (C-456/98), pkt 19, oraz Marleasing (C-106/89), pkt 9, można by próbować wysnuć wniosek, iż w krajowym prawie umów (kontraktowym) oraz prawie spółek granice wykładni prounijnej, jeśli w ogóle istnieją, to są o wiele słabsze niż w obszarze prawa karnego, a obowiązek tej wykładni w przypadku tych dziedzin prawa bynajmniej nie kończy się na możliwym znaczeniu językowym, mogąc pozostawać z takim znaczeniem w oczywistej sprzeczności.

²⁹ C. Mik, *op.cit.*, s. 163, K. Kowalik-Bañczyk, *op.cit.*, s. 15, S. Biernat, *op.cit.*, s. 145–146, A. Gawrysiak-Zabłocka, s. 10, A. Wróbel, *op.cit.*, s. 18. Por. jednak C. Mik, *op.cit.*, s. 164, A. Gawrysiak-Zabłocka, *op.cit.*, s. 10.

³⁰ C. Mik, *op.cit.*, s. 165.

³¹ A. Gawrysiak-Zabłocka, *op.cit.*, s. 10 oraz opinia rzecznika generalnego w sprawie Marleasing (C-106/89), pkt 8; co do wykładni zgodnej w sytuacji, gdy prawo krajowe przewiduje sankcję nieważności stojącą w sprzeczności z celem dyrektywy zob. A. Gawrysiak-Zabłocka, *op.cit.*, s. 11–12 oraz orzeczenia TS w sprawach Centroteel (C-456/98), pkt 19, oraz Marleasing (C-106/89), pkt 9.

Przekraczanie granic wykładni prounijnej

Godna rozważenia jest też taka konfiguracja, w której organa krajowe danego państwa członkowskiego, przeprowadzając wykładnię prounijną prawa krajowego, z własnej inicjatywy wychodzą poza granice, jakie nakreślił (lub nakreśli w przyszłości) Trybunał Sprawiedliwości, np. za pośrednictwem tego rodzaju wykładni interpretują przepisy prawa karnego w sposób rozszerzający na niekorzyść oskarżonego. Mianowicie, takie postępowanie, mimo iż *prima facie* zmierza w kierunku pełnego urzeczywistnienia prawa unijnego (zapewnienia mu maksimum efektywności), nie wydaje się nie pozostawać bez zastrzeżeń. W polskim piśmiennictwie, co prawda z zaznaczeniem, że nie jest to przypadek Polski, można spotkać głosy sugerujące, iż wykładnia zgodna, nawet taka, która z punktu widzenia prawa krajowego stanowiłaby wykładnię *contra legem*, może być dopuszczona przez praktykę lub prawo krajowe (o ile przez taką praktykę lub prawo dopuszczona jest wykładnia *contra legem*)³². Niemniej jednak, bardziej zasadne wydaje się, że ponieważ wartości takie, jak pewność prawa i ogólny zakaz jego retroaktywności stanowią również element porządku prawnego Unii Europejskiej, wykładnię prounijną, jaka prowadziłaby do ich naruszenia, przynajmniej w dziedzinie prawa karnego, należałoby uznawać za niedozwoloną i to nie tyle już w świetle prawa krajowego, ile samego prawa unijnego³³. Dlatego przekroczenie granic wykładni zgodnej, co najmniej w niektórych, jeśli nie we wszystkich przypadkach, identycznie jak zaniechanie dokonania tej wykładni, powodowałoby naruszenie zobowiązań, jakie państwo członkowskie ma wobec Unii Europejskiej.

Domniemanie pełnej implementacji

Instytucję granic prounijnej wykładni prawa krajowego zaciemnia swoiste domniemanie odnośnie do działalności krajowych prawodawców, które można by nazwać domniemaniem pełnej implementacji. Zgodnie z nim, każde państwo członkowskie, które podjęło próbę transpozycji dyrektywy do ustawodawstwa krajowego, uczyniło to w zamiarze należytego wywiązania się z ciężącego na nim wobec Unii Europejskiej obowiązku, a tym samym dążyło do jak najpełniejszej realizacji w prawie krajowym celów wytyczonych dyrektywą³⁴. Zdaniem A. Kalisz, takie domniemanie opiera się na dość rozbudowanej fikcji prawnej, która zakłada, że prawodawca krajowy istnieje, zna prawo Unii Eu-

ropejskiej oraz tworzy zgodne z nim prawo krajowe. Notabene, mimo przyznania kontrfaktycznego charakteru tego domniemania uważa je ona za użyteczne i zapobiegające chaosowi prawnemu³⁵.

Domniemanie pełnej implementacji będzie istotne w tych wszystkich sytuacjach, w których krajowy organ stanie przed dylematem, czy dokonać wykładni prawa krajowego w zgodzie z dyrektywą czy zaniechać tego, powołując się na granice tej wykładni. To znaczy, domniemanie to powinno stanowić mocny argument na korzyść pierwszej z tych alternatyw, w myśl zasady, o nieco już zdezaktualizowanej nazwie, *in dubio pro communitate*. Takie domniemanie może też posłużyć za pewne dodatkowe uzasadnienie dla stosowania w prawie krajowym analogii, o jakiej była mowa w pkt. 5.2., tj. tej jej odmiany, w której o podobieństwie między przypadkiem unormowanym a nieunormowanym przesądza tożsamość celu danej regulacji.

Bezpośredni skutek dyrektyw i odpowiedzialność państw członkowskich

Na koniec wypada jeszcze nadmienić, iż samo stwierdzenie, że przeprowadzenie wykładni prawa krajowego w zgodzie z prawem unijnym nie jest w danym przypadku obowiązkowe tudzież możliwe ze względu na przekroczenie granic tej wykładni, nie oznacza wcale, że prawo unijne nie znajdzie w tym przypadku zastosowania.

Mianowicie, dyrektywy, choć z zasady są aktami pośrednio stosowanymi, to jednak mogą też – jeśli nie zostaną prawidłowo przetransponowane do krajowego porządku prawnego w przepisany terminie – wywołać skutek bezpośredni. Polega on na tym, że organ krajowy odmawia zastosowania w zawisłej przed nim sprawie przepisu (normy) prawa krajowego, stosując w zamian odpowiednie postanowienia dyrektywy, po czym bezpośrednio na nich – bez dokonywania prounijnej wykładni przepisu (normy) prawa krajowego – opiera swoje rozstrzygnięcie. Wywołanie takiego skutku w przypadku dyrektyw obwarowane jest jednak trzema warunkami: a) mające zostać bezpośrednio zastosowane postanowienia dyrektywy powinny nakładać obowiązki na dane państwo (przyznawać uprawnienia jednostkom), b) postanowienia te muszą mieć precyzyjny i bezwarunkowy charakter oraz c) przedmiotem rozstrzygnięcia wydawanego przez organa krajowe nie są stosunki między jednostkami, tylko między jednostką(ami) a państwem³⁶. Taka możliwość nie zachodzi natomiast w przypadku przypominających swą istotą dy-

³² C. Mik, *op.cit.*, s. 162.

³³ Zob. orzeczenia TS w sprawach Lindqvist (C-101/01), Pupino (C-105/03), Adeneler i in. (C-212/04), w których TS nakazuje organom krajowym upewnić się, czy przeprowadzenie wykładni prounijnej nie doprowadzi do naruszenia ogólnych wartości (zasad) prawa, zwłaszcza jego pewności i nieretroaktywności, tudzież nie zagrazi prawom podstawowym chronionym przez UE. Odpowiednio: *Consequently, it is for the authorities and courts of the Member States not only to interpret their national law in a manner consistent with Directive 95/46 but also to make sure they do not rely on an interpretation of it which would be in conflict with the fundamental rights protected by the Community legal order or with the other general principles of Community law, such as inter alia the principle of proportionality* (pkt 87); *It should be noted, however, that the obligation on the national court to refer to the content of a framework decision when interpreting the relevant rules of its national law is limited by general principles of law, particularly those of legal certainty and non-retroactivity* (pkt. 44). *It is true that the obligation on a national court to refer to the content of a directive when interpreting and applying the relevant rules of domestic law is limited by general principles of law, particularly those of legal certainty and non-retroactivity, and that obligation cannot serve as the basis for an interpretation of national law contra legem* (pkt 110).

³⁴ Zob. orzeczenia TS w sprawach Miret (C-334/92), pkt 20-21 (*Thirdly, it should be borne in mind that when it interprets and applies national law, every national court must presume that the State had the intention of fulfilling entirely the obligations arising from the directive concerned*; pkt 20) oraz Pfeiffer i in. (od C-397/01 do C-403/01), pkt 112–113 (*The national court must, in the light of the third paragraph of Article 249 EC, presume that the Member State, following its exercise of the discretion afforded it under that provision, had the intention of fulfilling entirely the obligations arising from the directive concerned*; pkt 112). Zob. też C. Mik, *op.cit.*, s. 139-140, A. Kalisz, *op.cit.*, s. 204.

³⁵ A. Kalisz, *op.cit.*, s. 204.

³⁶ C. Mik, *op.cit.*, s. 162, K. Kowalik-Bańczyk, *op.cit.*, s. 16, S. Biernat, s. 142, J. Barcik i A. Wentkowska, *Prawo Unii Europejskiej po Traktacie z Lizbony*, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 181–182 oraz orzecznictwo TS tam przytoczone. W temacie różnic i podobieństw między wykładnią prawa krajowego w zgodzie z dyrektywami a bezpośrednim skutkiem tych ostatnich zob. A. Wróbel, *op.cit.*, s. 9–10.

rektywy decyzji ramowych, jakie przyjmowane były przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony w ramach III filaru. Tutaj „ominięcie” skutku pośredniego mogło bowiem nastąpić wyłącznie poprzez sięgnięcie do instytucji wykładni zgodnej³⁷.

Przenikanie prawa unijnego do prawa krajowego, bez pośrednictwa wykładni prounijnej, jest jeszcze bardziej widoczne w stosunku do prawa pierwotnego, rozporządzeń i innych unijnych środków prawnych posiadających przymiot bezpośredniej stosowalności. Aczkolwiek wydaje się, że organ krajowy powinien dążyć przede wszystkim do pogodzenia krajowych przepisów (norm) z prawem unijnym – w tym za pomocą wykładni zgodnej – a dopiero, gdy to okaże się niemożliwe, odmówić zastosowania prawa krajowego i zastosować sprzeczny z nim przepis (normę) prawa unijnego³⁸. Tym bardziej dotyczy to wywołania bezpośredniego skutku przez dyrektywę, który to skutek w ich przypadku powinien wchodzić w grę, tylko po uprzednim stwierdzeniu niemożności dokonania prounijnej wykładni prawa krajowego³⁹.

Warto też pamiętać, że ilekroć z uwagi na granice wykładni prounijnej nie można dokonać wykładni prawa krajowego w zgodzie z dyrektywą, jaka nie została należycie implementowana w określonym na to terminie, i która jednocześnie, z racji braku spełnienia warunków, o jakich była mowa powyżej, nie może wywołać skutku bezpośredniego, tylekroć podmioty zainteresowane będą mogły dochodzić od państwa członkowskiego rekompensaty za szkodę poniesioną na skutek niewywiązania się przez to państwo z zobowiązań, jakie ma ono wobec Unii Europejskiej⁴⁰.

Podsumowanie

Podsumowując, należy zauważyć, iż problem granic wykładni prounijnej nie został jeszcze w dostatecznym stopniu rozwiązany. Poza samym uznaniem potrzeby zachodzenia takich granic, obecnie nie do końca bowiem wiadomo, na czym te granice miałyby dokładnie polegać. Za niewystarczającą, z racji jej enigmatyczności, potraktować trzeba tu propozycję zakazującą wykładni prounijnej prawa krajowego ze skutkiem *contra legem*. Podobnie, jak niezbyt zasadne jawi się utożsamianie granic tego typu wykładni z zakresem uznania (dyskrecji) organu stosującego prawo krajowe. *Primo*, już sam fakt posiadania przez organa krajowe jakiegoś większego luzu decyzyjnego w stosowaniu przez nie prawa budzi spore wątpliwości, presuponując tylko jedną z wielu możliwych filozofii prawa. *Secundo*, nawet w razie akceptacji istnienia takiego luzu, Trybunał Sprawiedliwości oraz Komisja Europejska nie wydają się organami ani w pełni kompetentnymi, ani legitymowanymi do oceny tego, czy w konkretnym przypadku przeprowadzenie wykładni prounijnej mieściło się czy nie w zakresie uznania (dyskrecji), jakim dysponował organ kra-

jowy. W efekcie, wbrew stanowisku TS, dokonywanie wykładni zgodnej byłoby wtedy bardziej uprawnieniem aniżeli obowiązkiem, jaki na państwa członkowskie nakłada prawo Unii Europejskiej.

Z kolei druga z zaprezentowanych w niniejszym artykule możliwości ujęcia granic wykładni prounijnej – postulująca ustanowienie przez TS wspólnych dla wszystkich państw członkowskich standardów (reguł) wyznaczających dopuszczalny stopień ingerencji prawa unijnego w prawo krajowe za pośrednictwem tego rodzaju wykładni – poza prawem karnym, gdzie wyznacznikiem jest zakaz zastrzania odpowiedzialności karnej jednostki, nie została, jak dotąd, zrealizowana.

W konsekwencji, poza obszarem prawa karnego trudno byłoby dzisiaj mówić o wyraźnie określonych granicach prounijnej wykładni prawa krajowego. Ze szcążkowego orzecznictwa TS oraz poglądów doktryny można by jedynie wnioskować, iż w prawie prywatnym granice te, o ile w ogóle istnieją, są bardzo odległe. Bynajmniej nie powinno się ich tu upatrywać w możliwym znaczeniu językowym krajowych przepisów prawnych, w tym sensie, iż rezultat wykładni prounijnej może w tej gałęzi prawa nie tylko poza takie znacznie wykraczać, ale nawet być z nim w oczywisty sposób sprzeczny.

Ponadto, w odniesieniu do dyrektyw granice wykładni prounijnej wydaje się dodatkowo jeszcze rozmywać domniemanie pełnej implementacji, które to domniemanie w razie pojawienia się w tym względzie wątpliwości stanowić będzie mocny argument za dokonaniem wykładni prawa krajowego w zgodzie z postanowieniami dyrektywy.

Brak możliwości przeprowadzenia wykładni prounijnej automatycznie nie przesądza o tym, że prawo Unii Europejskiej nie zostanie w konkretnym przypadku zastosowane. Co więcej, zastosowanie tego prawa będzie możliwe nie tylko w odniesieniu do prawa pierwotnego i rozporządzeń, których postanowienia z zasady stosuje się w krajowych porządkach prawnych bezpośrednio, ale także w przypadku dyrektyw, które pod pewnymi warunkami, mimo iż z założenia są aktami pośrednio stosowanymi, mogą również wywołać skutek bezpośredni. W sytuacji zaś, gdy brak będzie zarówno możliwości dokonania wykładni prawa krajowego w zgodzie z daną dyrektywą z powodu instytucji granic tego typu wykładni, jak i wywołania przez tę dyrektywę bezpośredniego skutku, wówczas poszkodowanym jednostkom przysługiwać będzie odszkodowanie od państwa, które dopuściło się nieprawidłowej tudzież nieterminowej implementacji i w ten sposób nie dopełniło zobowiązań, jakie ciąży na nim w stosunku do Unii Europejskiej.

³⁷ C. Mik, *op.cit.*, s. 162, G. Krysztofiuk, *op.cit.*, s. 221–222.

³⁸ Zob. orzeczenie TS w sprawie Murphy i in. (157/86), pkt 11: *It is for the national court, within the limits of its discretion under national law, when interpreting and applying domestic law, to give to it, where possible, an interpretation which accords with the requirements of the applicable community law and, to the extent that this is not possible, to hold such domestic law inapplicable.*; por. też orzeczenie w sprawie Centrosteeel (C-456/98), pkt 18: *...it is likewise unnecessary, ..., to answer the national court's questions concerning the Treaty provisions on freedom of establishment and freedom to provide services, since the case pending before that court may be resolved on the basis of the Directive and the case-law of the Court of Justice on the effects of directives.* Zob. też E. Maniewska, *op.cit.*, s. 57, K. Kowalik-Bańczyk, *op.cit.*, s. 14, A. Kalisz, *op.cit.*, s. 207–208, S. Biernat, *op.cit.*, s. 141, 144–145.

³⁹ Za taką kolejnością zdaje się też opowiadać A. Wróbel, *op.cit.*, s. 11. Odmienne, tj., że najpierw należy ustalić, czy prawo UE nie wywołuje bezpośredniego skutku i dopiero w razie odpowiedzi negatywnej przystąpić do przeprowadzenia wykładni zgodnej, S. Biernat, *op.cit.*, s. 142–144. Por. też A. Gawrysiak-Zabłocka, *op.cit.*, przypis 48 na s. 7.

⁴⁰ S. Biernat, *op.cit.*, s. 142–143 oraz K. Kowalik-Bańczyk, *op.cit.*, s. 14–15 wraz z przywołanym tam orzecznictwem TS.

Obowiązek organizowania przetargów na zadania z zakresu gospodarki odpadami w świetle prawa Unii Europejskiej

Grzegorz Lang*

W lipcu ubiegłego roku Sejm uchwalił nowelizację ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach¹ (dalej: ustawa), która całkowicie zmieniła system gospodarki odpadami komunalnymi. Gminy przejęły tzw. władztwo nad opadami. Jednakże, równocześnie wprost nałożono na nie obowiązek organizowania przetargów. Wiele samorządów sprzeciwia się temu obowiązkowi, argumentując, że w tym punkcie ustawa jest sprzeczna z prawem UE. Jest to argument błędny.

Przejęcie „władztwa nad odpadami”

Utrzymanie czystości i porządku w gminach, tak jak przed nowelizacją ustawy z 1 lipca 2011 r.², nadal jest obowiązkowym zadaniem własnym gmin. To zadanie polega m.in. na:

- zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (art. 3 a ust. 1 ustawy);
- zorganizowaniu odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (art. 6 c ust. 1 ustawy).

Przed ubiegłoroczną nowelizacją ustawa nie regulowała obowiązków budowy i utrzymania regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów. Natomiast jeżeli chodzi o zbiórkę odpadów, to ustawa przewidywała dwa sposoby jej organizacji.

Pierwszym, w praktyce podstawowym rozwiązaniem było nałożenie na właścicieli nieruchomości obowiązku zawarcia umowy na odbiór odpadów z uprawnionym przedsiębiorcą lub zakładem komunalnym. Drugim rozwiązaniem było zawieranie umów na odbiór odpadów przez gminę. W dawnym stanie prawnym warunkiem przejęcia „władztwa”³ nad odpadami przez gminę była wyrażona w referendum akceptacja mieszkańców dla odpowiedniej uchwały rady gminy (dawny art. 6 a ust. 1 ustawy).

Nowelizacja z lipca 2011 r. zniósła wymóg akceptacji uchwały rady gminy w referendum (art. 6 a ust. 1 ustawy w obowiązującym brzemieniu). Równocześnie z ułatwieniem przejęcia władztwa nad odpadami ustawa ograniczyła swobodę wyboru formy wykonywania gospodarki odpadami komunalnymi. Zgodnie z art. 3 a ust. 1 ustawy, gminy muszą zorganizować przetarg na budowę, utrzymanie i eksploatację regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Dopuszczalne jest zawarcie umowy w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych⁴, umowy partnerstwa publiczno-prywatnego⁵ lub umowy koncesji⁶. Dopiero, gdy przetarg się nie powiedzie, gmina może samodzielnie realizować to zadanie (art. 3 a ust. 2 ustawy). Gminom nie przysługuje tutaj swoboda co do wyboru formy wykonania zadania własnego.

Podobnie, w myśl przepisu art. 6 d ust. 1 ustawy, gmina zobowiązana jest do zorganizowania przetargu na odbieranie (w zakresie określonym uchwałą rady gminy) odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo przetargu na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Również w tym przypadku gminy mogą wybrać jeden z wymienionych powyżej trybów zawarcia umowy. Trzeba zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 6 e ustawy, spółki z udziałem gminy także muszą uczestniczyć w przetargu. Ustawodawca wyraźnie wykluczył powierzenie wykonywania zadań w trybie bezprzetargowym. Gminy nie mogą polegać na powierzeniu wykonywania zadań własnej jednostce organizacyjnej na mocy aktu organu gminy⁷.

Ustawa jednoznacznie zatem przewiduje reguły szczególnie (*lex specialis*) wobec zasad ogólnych. Nie można pominąć procedury przetargowej, powołując się na przepisy ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym⁸, czy przepisy ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej⁹. Przepis art. 9 ust. 3 ustawy ustrojowej stanowi, że formy prowadzenia gospodarki gminnej określa odrębna ustawa. Z kolei art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej jednoznacznie przesądza, że organa stano-

* Autor jest radcą prawnym w Warszawie.

¹ Dz.U. z 2005 r. Nr 236, poz. 2008 ze zm.

² Ustawa z 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2011, Nr 152, poz. 897).

³ Tylko nielicznym gminom udało się przejść „władztwo” nad odpadami. Przyczyną był wymóg 30-procentowej frekwencji w referendum. Do 2010 r. w 34 gminach wynik referendum był pozytywny i przejęły władztwo nad odpadami w różnym zakresie. Za: *Raport: Konkurencja na rynku usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych*. UOKiK 2012, str. 312.

⁴ Ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

⁵ Ustawa z 28 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 nr 19 poz. 100 ze zm.).

⁶ Ustawa z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. nr 19 poz. 101 ze zm.).

⁷ Por. wyrok NSA z 8 listopada 2005 r., sygn. III GSK 105/05, ONSAiWSA 2006 2 poz. 62..

⁸ Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.

⁹ Dz.U. 2011 r. Nr 45, poz. 236.

wiące jednostek samorządu terytorialnego mogą postanowić o wyborze sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej, jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Niewątpliwie przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach są takimi przepisami szczególnymi, skoro forma wykonywania zadań w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi nie została pozostawiona uznaniu gminy, ale musi być wynikiem (następstwem) przetargu.

Wyjątek od zasady stosowania dyrektywy

W „pierwszym kroku” rady gmin są zobowiązane do podjęcia co najmniej próby zlecenia zadań w trybie przetargowym. Ustawodawca pozostawił im jedynie wybór formy takiego zlecenia spośród tradycyjnego zamówienia publicznego, partnerstwa publiczno-prywatnego i koncesji. Należy podkreślić, że przepisy Prawa zamówień publicznych wdrażają dyrektywę 2004/18/WE¹⁰. Procedura zawarcia umowy koncesji także oparta jest na przepisach dyrektywy, zwłaszcza dotyczących procedury negocjacyjnej z ogłoszeniem. Z kolei przepisy art. 4 ust. 1 i 2 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym odsyłają do przepisów dwóch wymienionych wyżej ustaw proceduralnych.

Niniejszy artykuł będzie dalej poświęcony relacji ustawy Prawa zamówień publicznych do dyrektywy 2004/18/WE, bowiem wydaje się, że w praktyce ta ustawa będzie miała większe znaczenie niż ustawa o koncesji.

Wiele samorządów jest niechętnych wystawianiu swoich jednostek w szranki walki konkurencyjnej w przetargu. Podnoszone są argumenty, że ustawa jest sprzeczna z prawem Unii Europejskiej, ponieważ polskie prawo nie może nakładać na gminy obowiązku organizowania przetargów, jeżeli powierzają zadania swoim jednostkom¹¹.

Na poparcie tezy o sprzeczności ustawy z prawem unijnym przywołuje się linię orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości, którą zapoczątkowało orzeczenie w sprawie *Teckal*¹². Interpretując definicję zamówienia publicznego¹³, TS wyjaśnił, że zamówienie publiczne to umowa między dwoma odrębnymi prawnie podmiotami¹⁴. Następnie, bez szczególnego uzasadnienia¹⁵, sformułował wyjątek od zasady stosowania dyrektywy, chociaż umowa zawierana jest między dwoma odrębnymi prawnie podmiotami.

W orzeczeniu *Teckal* TS dopuścił bezpośrednio – czyli bez przetargu – zlecenie zadań podmiotom, nad którymi zamawiający 1) samodzielnie albo wspólnie z innymi podmiotami publicznymi sprawuje kontrolę podobną do sprawowanej nad własnym wydziałem oraz 2) wykonujący zlecenie wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz sprawujących kontrolę. W kolejnych orzeczeniach konsekwentnie podkreślał, że tzw. zamówienia *in-house* to wyjątek od zasady stosowania dyrektyw o zamówieniach publicznych, a jeżeli nie mają one zastosowania – zasad wywiedzionych wprost z traktatu (np. w przypadku koncesji). Jak wiadomo, na co także zwracał uwagę TS, wszelkie wyjątki należy interpretować ściśle (zawężająco)¹⁶.

Z punktu widzenia prawa unijnego, nasz ustawodawca poddał zamówienia *in-house* przepisom wdrażającym do prawa polskiego dyrektywę 2004/18/WE i zasady traktatowe. Tym samym nakazał gminom stosowanie przepisów służących konkurencyjności i wzmacniających swobody rynku wewnętrznego. Już z tego powodu nie sposób *a priori* uznać, że przepisy ustawy naruszają prawo unijne. A tak przecież należałoby streścić argumenty przeciwników obowiązkowych przetargów na zadania z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi.

Orzecznictwo dotyczące wyjątku *Teckal* nie uprawnia do wniosku, że prawo krajowe nie przewidujące zwolnienia dla zamówień *in-house* jest sprzeczne z prawem UE. Trybunał bowiem „zezwoił” na odstępstwo od stosowania dyrektyw i zasad traktowych, ale w żadnym wypadku nie „nakazał” wprowadzenia takiego wyjątku do prawa krajowego¹⁷. Podsumowując, prawo krajowe może rozciągać zakres zastosowania przepisów wywiedzionych z dyrektywy 2004/18/WE¹⁸ na sytuacje w ogóle nieobjęte dyrektywami lub objęte tylko niektórymi ich postanowieniami¹⁹.

Wyjątek *Teckal* w postępowaniu odwoławczym i sądowym

Przeciwnicy przetargów powołują się na prawo unijne w celu zakwestionowania prawa krajowego. Najpewniej argumentacja oparta na wyjątku *Teckal* będzie wykorzystywana w postępowaniach odwoławczych i sądowych²⁰. Co do zasady²¹, jeżeli chodzi o przepisy dyrektywy, to takie powołanie może być skuteczne, gdy przepis dyrektywy nie został prawidłowo i na czas wdrożony

¹⁰ Dyrektywa Parlamentu i Rady 2004/18/WE koordynującej procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. L 134 z 30 kwietnia 2004 r., s. 114; polskie wyd. spec. Dz. Urz. rozdz. 6, t. 1, s. 132).

¹¹ *Samorządowy bunt śmieciowy*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 12 lipca 2012 r.

¹² Wyrok TS z 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 *Teckal*, Zb. Orz. 1999, s. I-8121.

¹³ Art. 1 lit. a) dyrektywy 93/36/WE z 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy: „zamówieniami publicznymi na dostawy” są umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie między dostawcą (osobą fizyczną lub prawną) a jedną z instytucji zamawiających,....”. Art. 1 lit. a) zd. wstępne dyrektywy 92/50/EWG z 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi: „zamówienia publiczne na usługi oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą...”. Obie wymienione dyrektywy zostały zastąpione dyrektywą 2004/18/WE, w której definicja zamówienia publicznego nie uległa istotnej zmianie: art. 1 ust. 2 lit. a): „zamówienia publiczne” oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy”.

¹⁴ *Teckal*, pkt 49: „jeżeli chodzi o to, czy istnieje umowa, sąd krajowy musi określić, czy było porozumienie między dwiema odrębnymi osobami” (tł. wł.; ang. oryg.: *As to whether there is a contract the national court must determine whether there has been an agreement between two separate persons*).

¹⁵ *Teckal*, pkt 50.

¹⁶ Wyrok TS z 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 *Stadt Halle and RPL Lochau*, Zb. Orz. 2005, s. I-1, pkt 46; z 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen*, Zb. Orz. 2005, s. I-8612, pkt 63.

¹⁷ Trybunał nie orzeka o zgodności prawa krajowego z prawem unijnym, ale jedynie o naruszeniu prawa przez państwa członkowskie lub interpretuje prawo unijne w odpowiedzi na zapytanie sądu lub trybunału krajowego. Dlatego mówienie o tym, że TS orzekł o „zgodności” lub „niezgodności” prawa krajowego z prawem unijnym jest jedynie skrótem myślowym.

¹⁸ Dyrektywa Parlamentu i Rady 2004/18/WE z 31 marca 2004 r. koordynująca procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. L 134 z 30 kwietnia 2004 r., s. 114; polskie wyd. spec. Dz. Urz., rozdz. 6, t. 1, s. 132).

¹⁹ Wyrok TS z 17 marca 2012 r. w sprawie C-95/10 *Strong Segurança*, niepublik., pkt 46.

²⁰ Naturalnie rodzi się pytanie, jakie środki prawne będą mogły być zastosowane, gdy gmina powołująca się na wyjątek *Teckal* będzie argumentowała, że do umowy w ogóle nie ma zastosowania Prawo zamówień publicznych. Jeżeli umowa nie została jeszcze zawarta, to wystarczająca może być skarga do wojewódzkiego sądu administracyjnego na akt gminy, powierzający zadania z zakresu gospodarki odpadami bez zastosowania jednego z trybów przewidzianych

do krajowego porządku prawnego. Ponadto, taki przepis dyrektywy jest jasny oraz przyznaje prawa na tyle precyzyjnie i bezwarunkowo, aby wdrożenie do prawa krajowego nie było konieczne²². Trybunał przyznawał walor tzw. skutku bezpośredniego niektórym przepisom dyrektyw regulujących procedury udzielania zamówień publicznych²³. Każdorazowo oceniał jednak konkretne przepisy.

Wyjątek z orzeczenia *Teckal* został wyinterpretowany przez Trybunał Sprawiedliwości z definicji zamówienia publicznego. Nie mamy zatem do czynienia z precyzyjnym i bezwarunkowym przepisem dyrektywy. Wręcz odwrotnie, wyjątek jest wykreowanym w orzecznictwie odstępstwem od zasady stosowania przepisów dyrektywy. Skorzystanie z niego uzależnione jest też od wystąpienia wielu warunków. Na przykład TS wskazuje, że nie jest dopuszczalne pominięcie przetargu, gdy podmiot wykonujący zamówienie dysponuje znaczną autonomią²⁴, którą zwykle cieszą się spółki handlowe²⁵. Ostateczna ocena, czy zlecenie zamówienia z pominięciem przetargu było zgodne z prawem unijnym, zależy od prawa krajowego i dokumentów korporacyjnych konkretnej spółki. Tymczasem polskie prawo pozwala dość szeroko ukształtować ustrój spółki. Jednocześnie nie tylko nie przewiduje żadnych szczególnych uprawnień dla gmin będących jedynymi udziałowcami spółek komunalnych, ale wręcz odróżnia „interes spółki”²⁶. Ochronie tego interesu służy m.in. zakaz wydawania zarządowi wiążących poleceń²⁷ czy prawo zarządu do zaskarżenia uchwał godzących w interes spółki²⁸, a nawet przepisy karne penalizujące działania na szkodę spółki²⁹.

W arsenale argumentów zaczerpniętych z prawa unijnego jest także argument nakazujący organom stosującym prawo – stosowanie wykładni przepisów krajowych zgodnie z prawem unijnym (ang. *consistent interpretation*). Taki argument w odniesieniu do obowiązku organizowania przetargu na zadania z zakresu go-

spodarki odpadami ma nieduże szanse powodzenia. Uwzględnienie wyjątku *Teckal* przez polski sąd oznaczałoby wykładnię *contra legem*. Tak daleko posuniętej wykładni prawa krajowego nie wymaga jednak prawo unijne³⁰, a w zasadzie zakazuje prawo polskie³¹.

Wyjątek *Teckal* nie został skodyfikowany w dyrektywie 2004/18/WE³². Tymczasem wydaje się, że jest to przesłanka powstania skutku bezpośredniego. Opierając się na unijnej definicji zamówienia publicznego, trudno także precyzyjnie wskazać jego treść. Potwierdza to bogate, i stale ewoluujące, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. Każde odpowiedzialne określenie treści wyjątku *Teckal* musi, siłą rzeczy, być obwarowane wieloma warunkami. Wszystko to oznacza, że powoływanie się na wyjątek *Teckal* w celu ominięcia przetargów najpewniej skazane będzie na niepowodzenie.

Legitymacja do powołania się na wyjątek *Teckal*

Zgodnie z orzecznictwem TS, możliwość powołania się wprost na dyrektywę przysługuje podmiotom prywatnym „przeciwko” państwu członkowskiemu³³, i tylko w celu ochrony praw przyznanych dyrektywami. To nasuwa dwie obserwacje.

Po pierwsze, gminy nie są osobami prywatnymi, ale emanacją państwa członkowskiego³⁴. Taka kwalifikacja gmin na gruncie prawa unijnego wyklucza skorzystanie przez nie ze skutku bezpośredniego przepisu dyrektywy. Jest zatem mało prawdopodobne, aby TS uznał polskie gminy za podmioty prywatne. Unia Europejska zobowiązana jest poszanować porządek konstytucyjny państw członkowskich^{35,36}. Jak wiadomo, władze gminne sprawują władzę publiczną³⁷ i związane są zasadą legalizmu³⁸. Trybu-

w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Po zawarciu umowy w grę wchodzi także pozew o ustalenie nieważności umowy (art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 3 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z odpowiednim artykułem ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przez niezastosowanie, czyli uchybienie obowiązku stosowania PZP przez gminę). Inna droga to odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej od bezpodstawnego niezastosowania PZP. W myśl art. 179 ust. 1 PZP środki ochrony prawnej przysługują wobec „naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”. Trybunał orzekł, że decyzja o bezpośrednim zleceniu bez zastosowania przepisów o zamówieniach publicznych to najpoważniejsze naruszenie prawa zamówień publicznych i dlatego podlega dyrektywie odwoławczej 89/665/EWG (por. *Stadt Halle*, punkt 36–37). Równocześnie z zaskarżeniem pominięcia przepisów PZP należy wnosić o unieważnienie umowy (art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a) PZP).

²¹ Orzecznictwo i literatura dotycząca skutku bezpośredniego jest bardzo bogata. Zob. np. A. Wróbel (red.) *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, tom I, Warszawa 2010, s. 109; P. Craig, G. De Búrca *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford 2011, s. 180.

²² Wyrok TS z 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 Beentjes, Zb. Orz. 1988, s. 4635, pkt 43.

²³ Wyroki TS: z 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 *Fratelli Costanzo*, Zb. Orz. 1989, s. 1839, pkt 33; z 16 września 1989 r. w sprawie C-27/98 *Metalmeccanica Fracasso*, Zb. Orz. 1998, s. I-5697, pkt 37.

²⁴ Wyrok z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 *Carbotermo*, Zb. Orz. 2006, s. I-4137, pkt 47.

²⁵ *Parking Brixen*, pkt 20.

²⁶ Wyrok SN z 5 listopada 2009 r., sygn. I CSK 158/09, OSNC 2010 nr 4, poz. 63, s. 82.

²⁷ Art. 219 § 2, art. 465¹ Kodeksu spółek handlowych.

²⁸ Art. 249 § 1 w zw. z art. 250 pkt 1, art. 422 § 1 w zw. z § 2 pkt 1 k.s.h.

²⁹ Zwłaszcza art. 296 § 1a Kodeksu karnego.

³⁰ Wyroki TS: z 8 października 1987 r. w sprawie 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, Zb. Orz. 1987, s. 3969, pkt 13; z 4 lipca 2006 r. w sprawie C-212/04 *Adeneler i inni*, Zb. Orz. 2006, s. I-6057, pkt 110; z 15 kwietnia 2008 r. w sprawie C-268/06 *Impact*, Zb. Orz. 2008, s. I-2483, pkt 100; z 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-378/07 *Angelidaki i inni*, Zb. Orz. 2009, s. I-3071, pkt 19; z 15 lipca 2009 r. w sprawie C-12/08 *Mono Car Styling*, Zb. Orz. 2009, s. I-6653, pkt 61.

³¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 czerwca 2000 r., K 25/99, OTK 2000/5, poz. 141.

³² Wyrok w sprawie *Teckal* został wydany 18 listopada 1999 r., dyrektywę 2004/18/WE przyjęto 31 marca 2004 r. Projekt dyrektywy 2004/18/WE (COM(2000) 275 final – 2000/0115(COD)) został przedstawiony 30 stycznia 2001 r. (Dz. Urz. C 29E z 30 stycznia 2001 r., s. 11).

³³ Wyrok TS z 10 czerwca 1999 r. w sprawie C-346/97 *Braathens*, Zb. Orz. 1999, s. I-3419, pkt 29.

³⁴ Wyrok TS z 14 września 2000 r. w sprawie C-343/98 *Collino*, Zb. Orz. 2000, s. I-6659, pkt 22.

³⁵ Art. 4 ust. 2 Traktatu Unii Europejskiej w brzmieniu nadanym Traktatem z Lizbony (Dz. Urz. C 83 z 30 marca 2010 r., s. 13; wersja skonsolidowana). W porównaniu z poprzednio obowiązującym przepisem art. 6 ust. 3 TUE („Unia szanuje tożsamość narodową państw członkowskich”), przepis art. 4 ust. 2 TUE wyraźnie stanowi, że tożsamość narodowa jest nierozdzielnie związana z „podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego”. Zdaniem S. Dudzika brzmienie obowiązującego przepisu kładzie większy nacisk na poszanowanie przez UE tożsamości narodowej państw członkowskich (P. Sarnecki (red.) *Ustrój Unii Europejskiej i ustroje państw członkowskich*, Warszawa 2007 r., s. 20).

³⁶ W innym orzeczeniu z linii orzeczniczej *Teckal* – w orzeczeniu z 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 *Coditel Brabant* (Zb. Orz. 2008, s. I-8457) Trybunał nie przejął argumentacji Rzecznik Generalnej V. Trstenjak. Rzecznik zwróciła uwagę, że Europejską Kartę Samorządu Lokalnego (Dz.U. z 1994 r. Nr 124, poz. 607) przyjęły w ramach Rady Europy wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej. Zagwarantowana w karcie samodzielność gmin przemawia za przyznaniem prawa do bezprzetargowego zlecenia usług telewizyjnej kablowej spółdzielni międzygminnej. Trybunał w uzasadnieniu wyroku nie nawiązał do karty, tylko przeprowadził analizę wg kryteriów z orzeczenia *Teckal*. Trybunał orzekł, że gmina może zlecić zadanie bez przetargu, gdy członkami spółdzielni są wyłącznie gminy. W takim przypadku gmina sprawuje kontrolę podobną do sprawowanej nad własnym wydziałem wspólnie z innymi gminami, mimo że udział pojedynczej gminy wynosi jedynie 0,25% spółki. Istotną okolicznością był zakaz uczestnictwa w spółce podmiotów prywatnych.

³⁷ Art. 163 Konstytucji RP.

³⁸ Art. 7 Konstytucji RP.

nał wprawdzie odrzucał argument o konieczności ochrony tożsamości narodowej państw członkowskich, ale tylko wówczas, gdy poszanowanie krajowego porządku konstytucyjnego prowadziłoby do obejścia prawa unijnego albo wręcz otwierało drogę do naruszenia zasad traktatowych³⁹. Obowiązek organizowania przetargów nie tylko nie narusza prawa unijnego, ale przeciwnie – wzmacnia realizację swobód rynku wewnętrznego.

Po drugie, celem unijnego prawa zamówień publicznych jest m.in. zapewnienie bezstronności udzielania zamówień. W kontekście postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przepisy dyrektywy służą interesom wykonawców⁴⁰. Dlatego z dyrektyw można wywieść przede wszystkim określone prawa wykonawców, którym odpowiadają obowiązki zamawiających⁴¹. Potwierdza to także – służąca zagwarantowaniu skuteczności dyrektywy 2004/18/WE – dyrektywa odwoławcza 89/665/EWG⁴². Dyrektywa 89/665/EWG nawet nie wymaga, aby krajowe procedury odwoławcze przyznawały środki prawne zamawiającym⁴³.

Trzeba oczywiście odnotować, że TS przyznawał prawa także zamawiającym. Wbrew wyraźnym postanowieniom prawa włoskiego, TS przyznał zamawiającym prawo do stosowania innych kryteriów wyboru ofert niż cena. Podstawą tego prawa, a zarazem granicą swobody doboru kryteriów był jednak konkretny przepis, tj. art. 30 ust. 1 lit. b) dyrektywy 93/37/WE⁴⁴. Trybunał podkreślił, że generalny nakaz stosowania wyłącznie kryterium ceny podważa cele dyrektywy, bo uniemożliwia wybór najbardziej konkurencyjnej oferty.⁴⁵ W innym orzeczeniu TS uznał, że prawo krajowe nie może określać rodzajów zamówień, które byłyby wyłączone z dawnej dyrektywy sektorowej 93/38/EWG⁴⁶. Przepis art. 8 ust. 1 tej dyrektywy wyraźnie bowiem upoważniał zamawiających do pominięcia procedur dyrektywy przy udzielaniu zamówień służących świadczeniu usług telekomunikacyjnych, które podlegały wolnej konkurencji. Zabezpieczeniem przed nadużyciami tego przepisu było uprawnienie Komisji Europejskiej do żądania informacji o wyłącznych zamówieniach bezpośrednio od zamawiającego. Oceniając angielskie przepisy, TS zwrócił uwagę na konieczność zachowania równych warunków konkurencji także między zamawiającymi świadczącymi usługi telekomunikacyjne⁴⁷. Innymi słowy, uznał, że krajowe ograniczenia bezpodstawnie ograniczały swobodę gospodarczą tych podmiotów, a tym samym zagrażały równej konkurencji.

Orzecznictwo potwierdzające pewne prawa zamawiających nieprzypadkowo jest bardzo skromne. Prawa zamawiających zabezpieczają głównie konkretne rozwiązania dyrektyw. Na rzecz zamawiających TS przywołuje niekiedy zasadę pewności prawnej (ang. *legal certainty*), gdy opowiada się za ochroną sprawności postępowania i wymaga lojalności wykonawców uczestniczących w postępowaniach⁴⁸. Gminy stosujące przepisy

wdrażające dyrektywę 2004/18/WE mogą liczyć na prawo unijne w celu ochrony sprawności prowadzonych postępowań. W tym przypadku najczęściej uprawnione będzie sięganie po wykładnię prounijną polskich przepisów.

Przechodząc na grunt ustawy, jest bezsporne, że zobowiązanie gmin do organizowania przetargów, a więc stosowania przepisów krajowych wdrażających dyrektywę 2004/18/WE, służy zapewnieniu równej konkurencji między wykonawcami. Gminy wykonujące zadanie własne z zakresu gospodarki odpadami nie występują w rywalizacji rynkowej z innymi jednostkami władzy publicznej. Ponadto, tego rodzaju zamówienia podlegają dyrektywie 2004/18/WE, a nie – uwzględniającej konkurencję na niektórych rynkach usług użyteczności publicznej – dyrektywie sektorowej 2004/17/WE. Wątpliwe zatem, aby TS potwierdził prawo gmin do pominięcia przetargów. Nie sposób bowiem znaleźć zasadę prawa unijnego, która uzasadniałaby pominięcie przetargu wbrew prawu krajowemu.

Przytoczone orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości pozwała uznać, że wyjątek *in-house* nie kreuje dla gmin prawa podmiotowego, które byłoby chronione prawem unijnym. Przeciwnicy przetargów zdają się nie dostrzegać tego aspektu sprawy, chociaż jest on kluczowy do zrozumienia relacji polskiej ustawy i dyrektywy 2004/18/WE.

Podsumowanie

Pogląd, że „krajowy” obowiązek organizowania przetargów, z uwzględnieniem rozwiązań prawa Unii Europejskiej narusza to prawo, budzi silny sprzeciw. Próżno szukać w prawie unijnym argumentu za stosowaniem przez agendy państwa członkowskiego wyjątku od zasad traktatowych, skoro to samo państwo członkowskie, w swoim prawie, wyraziło wolę stosowania tych zasad. Stąd wykazanie niezgodności przepisów art. 3 a i art. 6 c ustawy z prawem unijnym – bez zmiany zapatrywania TS na sens i cel dyrektywy 2004/18/WE, a nade wszystko traktatowych zasad rynku wewnętrznego – w obecnym stanie prawnym jest właściwie niemożliwe.

³⁹ Wyrok TS z 1 kwietnia 2008 r. w sprawie C-212/06 *Rząd Wspólnoty Francuskiej, Rząd Walonii p. Rządowi Flandryjskiemu*, Zb. Orz. 2008, s. I-1683, pkt 58.

⁴⁰ Wyroki TS: z 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 *Universale-Bau i inni*, Zb. Orz. 2002, s. I-11617, pkt 52; z 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 *Komisja p. Francji*, Zb. Orz. 2001, s. I-939, pkt 41.

⁴¹ Opinia Rzecznika Generalnego N. Fenelly z 2 kwietnia 1998 r. w sprawie C-76/97 *Tögel*, Zb. Orz. 1998, s. I-5360, pkt 56.

⁴² Dyrektywa Rady 89/665/EWG z 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. L3995 z 30 grudnia 1989, s. 33, Polskie wydanie specjalne Dz. Urz. r. 6, t. 1, s. 246).

⁴³ Wyrok TS z 21 października 2010 r. w sprawie C-570/08 *Symvoulio Apochetefseon Lefkosias*, Zb. Orz. 2010, s. I-10131, pkt 38.

⁴⁴ Dyrektywa Rady 93/36/EWG z 14 czerwca 1993 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy (Dz. Urz. nr L 199 z 9 sierpnia 1993 r., s.1; Polskie wydanie specjalne Dz. Urz. r. 6, t. 2, s. 163).

⁴⁵ Wyrok TS z 7 października 2004 r. w sprawie C-247/02 *Sintesi*, Zb. Orz. 2004, s. I-9215, pkt 35–40.

⁴⁶ Dyrektywa Rady 93/38/EWG z 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. L 199 z 9 sierpnia 1993 r., s. 84; Polskie wydanie specjalne Dz. Urz. r. 6 t. 2, s. 194).

⁴⁷ Wyrok TS z 26 marca 1996 r. w sprawie C-392/93 *British Telecommunications*, Zb. Orz. 1996, s. I-1631, pkt 28.

⁴⁸ Z tych względów TS uznał za zgodne z dyrektywami wyznaczanie w prawie krajowym terminów na wnoszenie środków odwoławczych, chociaż dyrektywa 89/665/EWG takich terminów nie określa. Por. wyroki TS: w sprawie C-470/99 *Universale-Bau*, pkt 74–76; z 15 lutego 2004 r. w sprawie C-230/02 *Grossmann Air Service*, Zb. Orz. 2004, s. I-1829, pkt 38.