

Studia Prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY

Studies in Law

RESEARCH PAPERS



2023 Nr/No. 2 (33) • e-ISSN: 2451-0807 • ISSN: 1689-8052

Redakcja / Editorial Board – Executive Committee

Redaktor naczelny / Editor-in-Chief – Mariusz Załucki
Zastępca redaktora naczelnego / Vice Editor – Julia Stanek
Redaktor statystyczny / Statistics Editor – Tadeusz Stanisz
Redaktor tematyczny ds. nauk o administracji /
Subject Editor for Administrative Sciences – Monika Augustyniak
Redaktor tematyczny ds. nauk prawnych /
Subject Editor for Legal Sciences – Adam Strzelec
Sekretarz redakcji / Managing Editor – Aleksandra Partyk
Redaktor językowy / Language Editor – Filip Rekucki-Szczurek

www.ka.edu.pl — www.sp.ka.edu.pl

Rada naukowa / Editorial Board

Ignacio Ara Pinilla [Santa Cruz de Tenerife]
Tomas Davulis [Vilnius]
Ramona Dumnică [Pitești]
Thomas Gallanis [Arlington]
Aurelijus Gutauskas [Vilnius]
Pavel Koukal [Brno]
Egidijus Kuris [Vilnius]
Régis Lanneau [Paris]
Jacek Mazurkiewicz [Zielona Góra]
Laura Miraut Martín [Las Palmas de Gran Canaria]
Andra Puran Dascălu [Pitești]
João Proença Xavier [Coimbra]
Justyna Regan [Chicago]
Fábio da Silva Veiga [Porto]
Doug Surtees [Saskatoon]
Tomasz Szanciło [Warszawa]
Jan Widacki [Kraków]
Angelo Viglianisi Ferraro [Reggio Calabria]
Prue Vines [Sydney]

Studia Prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY

Studies in Law

RESEARCH PAPERS



2023 Nr/No. 2 (33) • e-ISSN: 2451-0807 • ISSN: 1689-8052

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
/ Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University Editorial Board:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska,
Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

e-ISSN: 2451-0807

ISSN: 1689-8052

Wersją pierwotną czasopisma jest wydanie elektroniczne
Wszystkie numery czasopisma „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały”
są dostępne w wolnym dostępie (*open access*)

Adiustacja: Filip Rekucki-Szczurek

Korekta: Carmen Stachowicz

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego,
Kraków 2023

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana
w sposób umożliwiając ponowne wykorzystanie, ani też rozpowszechniana
w jakiegokolwiek formie za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych,
kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody
właściciela praw autorskich.

Na zlecenie Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Wydawca: Oficyna Wydawnicza AFM
oficina@afm.edu.pl



Redakcja/Editorial Office

Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały/ Studies in Law: Research Papers
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego/
Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1, 30-705 Kraków (Poland)
tel.: +48 12 25 24 659; e-mail: sp@ka.edu.pl
[www: sp.ka.edu.pl](http://www.sp.ka.edu.pl)

Projekt graficzny: Oleg Aleksejczuk
Skład: Jakub Aleksejczuk

Spis treści / Contents

Artykuły i studia / Articles and Studies

Julia Stanek

The Concept of Legal Motivation 9

Rafał Adamus

Problem dopuszczalności dokonania czynności inwestycyjnej
przez syndyka masy upadłości prowadzącego
przedsiębiorstwo upadłego 35

Aleksandra Partyk

Reconsidering a civil case in the same court composition
when the decision making in the case may be problematic 57

Iga Bałos

Tantiemy dla współtwórców utworu audiowizualnego
w kontekście usług platform streamingowych
oraz dyrektywy w sprawie prawa autorskiego
na jednolitym rynku cyfrowym 75

Tomasz Tyburcy

Kara nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności
(art. 77 § 3 k.k.) jako przykład nowej recydywy jurystycznej? 123

Marcin Konieczny

Manipulacja, perswazja i socjotechnika jako formy
wywierania wpływu 153

Anna Świętek

Naruszenie obowiązku informacyjnego w reklamach kredytu
konsumenckiego 179

Sabina Dudek

Postępowanie o powierzenie grantów w świetle ustawy
wdrożeniowej – wybrane zagadnienia 209

Angelika Maruszewska

Systemy wykonania kary pozbawienia wolności a powrót
do przestępstwa w zarysie prawnym i psychologicznym 235

Recenzje • Sprawozdania • Varia /

Book Reviews Reports • Varia

Rafał Adamus

Modernizacja umowy kontraktacji, wprowadzenie
tzw. depozytu rolniczego, zachęta do tworzenia rolniczych
gieł internetowych – propozycje *de lege ferenda* 251

Kamila Golemo

Mediacja w różnych systemach prawnych. Sprawozdanie
ze spotkania studentów Krakowskiej Akademii
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego z prokurator
Nikoliną Dujic oraz sędzią Johanną Koch 273

Filip Kosiorowski

Sprawozdanie z IV edycji ogólnopolskiego konkursu
Symulacja Rozprawy Cywilnej 277

Jacek Mazurkiewicz

O prawie i prawnikach z perspektywy półwiecza 279

Andrzej Marian Świątkowski

Religia lub inne przekonania – kryterium
antydiskryminacyjnym w prawie Unii Europejskiej 305

Lista recenzentów 323

ARTYKUŁY I STUDIA

Articles and Studies

Julia Stanek

Associate Professor, prof. KAAFM, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

orcid.org/0000-0001-8022-2196

jstanek@afm.edu.pl

The Concept of Legal Motivation¹

Introduction

Motivation is familiar to each of us. We feel motivated from within, by experiencing mental states that we can define as motivational states. We try to explain both our own motivation and the motivation of others in terms of folk psychology. There are many hypothetical explanations as to what lies behind behavior and what motives drive others. In this paper, we are focused on situations where the law stands behind the motivation, which is understood as internal states that direct one's behavior towards a certain effect. This effect may involve maintaining the current state, or transitioning to a subjectively better one. We will refer to the set of all internal states and the circumstances that affect them as the motivational process.

In law, the concept of motivation is often used alongside motive. The perpetrator's motives, the negotiator's motives, the defendant's motives or the motives of judges are analyzed. From legal perspective the motivation is considered only when legal rules or principles are violated. Fortunately, most of society obey most laws, and it is among them we should look for regularities and

¹ The article is funded by National Science Centre in Poland under the project no. 2019/33/B/HS5/01521. The article is based on J. Stanek, *Motywacyjna podstawa prawa*, Kraków 2023.

study the mechanism of motivational processes. Meanwhile, in legal theory motivational aspects appear most often in association with the motivation of judges, and more precisely with the understanding of this motivation in the adjudication process². Narrowing our perspective is not justified. Motivation is a fundamental for every person's behavior, not just for individuals in a court of law.

In this paper we argue that the law has a motivational character, although its significance is not limited to this. In order to understand the motivational effect of law, we should adopt a psychological perspective in the study of law, and this is by no means a new claim. Interest in modern general psychology, evolutionary and social psychology, as well as other cognitive sciences has not diminished in the theory of law for at least a dozen or so years. For the majority of contemporary legal philosophers, the position is that law should in some sense take into account and reflect the achievements of science, in particular the achievements of non-legal sciences such as psychology, social psychology, sociology, cognitive science, neuroscience and many others³. Against this background, interdisciplinary projects to study the possibilities of naturalization of the law are becoming increasingly more popular⁴.

Although motivation is not a frequent subject of research by lawyers, many psychology scholars have tried to deal with this issue. The goal of this paper is not to provide a comprehensive review of

² R.A. Posner, *Overcoming Law*, Cambridge MA 1995; E. Ash, W.B. MacLeod, *Intrinsic Motivation in Public Service. Theory and Evidence from State Supreme Courts*, "The Journal of Law and Economics" 2015, vol. 58, no. 4, pp. 863–913; A. Partyk, *Czy sędziowie mają intuicję? Przyczynek do rozważań o sędziowskich mechanizmach decyzyjnych*, Sosnowiec 2023.

³ D. Patterson, M.S. Pardo, *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford 2016; B.H. Bornstein, M.K. Miller, *Advances in Psychology and Law*, New York 2019; M. Freeman, *Law and Neuroscience*, "Current Legal Issues 13", Oxford 2011; L. Cominelli, *Cognition of the Law. Toward a Cognitive Sociology of Law and Behavior*, Cham 2018.

⁴ B. Leiter, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford 2007; J. Stelmach, B. Brożek, Ł. Kurek, K. Eliasz, *Naturalizm prawniczy. Stanowiska*, Warszawa 2015; J. Stelmach, B. Brożek, Ł. Kurek, *The Province of Jurisprudence Naturalized*, Warszawa 2017.

the major theories of motivation. In the following section, the most influential approaches to the topic of motivation are indicated.

Motivation in psychology

In psychology, the concept of motivation is associated with orienting our behavior towards a specific goal⁵. Motivation is also understood as the process of controlling a person's behavior in order to lead to a specific effect⁶. The result may consist in changes in one's own life and social situation, as well as changes in one's surroundings.

While considering the phenomenon of motivation, qualitatively different factors should be taken into consideration, such as biological (i.e. the transmission of nerve signals and hormone actions), affective (i.e. the emergence of affect and emotions), cognitive (i.e. related to the formulation of goals, expectations, self-image, and self-control processes) and social (i.e. linked to the social environment, and our role in society). All these factors impact the process of motivation simultaneously. However, various theories of motivation tend to assign key importance to one of these factors and perceive motivation through this prism. The following approaches can be distinguished: evolutionary, behavioristic, humanistic and cognitive⁷.

From an evolutionary perspective, motivation mechanisms are connected with reference to the theory of instincts. One of the most influential theories was developed by W. McDougall⁸. For

⁵ E.A. Locke, G.P. Latham, *A Theory of Goal Setting & Task Performance*, Englewood Cliffs 1990.

⁶ T.R. Mitchell, *Motivation. New Directions for Theory, Research, and Practice*, "The Academy of Management Review" 1982, vol. 7, no. 1, pp. 80–88.

⁷ The works of S. Freud are undoubtedly of particular importance for the development of psychology, also for the theory of motivation. Freud's findings are not discussed in detail here, but it is necessary to point out that his approach became an impetus to look at motivation in terms of drive reduction. Thus, assuming that the origin of all behavior lies in inherent instincts, he understands motivation as a process of reducing the tension generated by them.

⁸ W. McDougall, *An Introduction to Social Psychology*, Kitchener 2001 [1919].

McDougall, the influence of instinct on behavior can be described as: (1) perceiving and paying attention to an object; (2) experiencing emotional arousal about it; and (3) acting in relation to it in a certain way, or at least experiencing an impulse to do so⁹. In this theory, emotions are an important element of motivation. They are considered to be adaptive mechanisms that have evolved due to their ability to motivate behavior and assist to achieve certain goals. A newer version emphasizing the evolutionary nature of motivation is proposed in sociobiology¹⁰.

The behavioristic approach is a relatively common approach to motivation, represented by a number of theories in this trend. One of the most comprehensive concept was proposed by C. Hull¹¹. Initially, he recognized tendencies for a specific behavior as a correlation between habit and drive. However, this approach failed to specify the element that activates behavior. The dependence of behavior solely on the strength of drive and habit has not been confirmed in research. It is necessary to take into account one more element: incentives. As a consequence, Hull modified his model by adding an external element, a sort of stimulus, which can also be the goal of a behavior.

The most widely recognized theory of motivation – not only within the humanistic approach – is the concept proposed by A. Maslow¹². It is based on two mechanisms of motivation: deficiency needs (D-needs) and being needs (B-needs), i.e. meta-needs. The deficiency needs are arranged hierarchically, which is why this theory is often referred to as Maslow's hierarchy of needs. The lowest, the most basic biological level includes physiological needs. Further tiers of needs are made up of safety, love and belongingness, and esteem. At the top of Maslow's hierarchy, we find self-actualization needs (e.g. using one's potential), such as cognitive needs: knowledge, understanding the world, aesthetic needs (e.g. symmetry,

⁹ *Ibidem*, p. 33.

¹⁰ D.S. Wilson, E.O. Wilson, *Rethinking the Theoretical Foundation of Sociobiology*, "The Quarterly Review of Biology" 2007, vol. 82, no. 4, pp. 327–348.

¹¹ C. Hull, *A Behavior System. An Introduction to Behavior Theory Concerning the Individual Organism*, New Haven 1958.

¹² A.H. Maslow, *Motivation and Personality*, New York 1987.

order, beauty). In this approach, the source of behavior is always internal cognitive processes and biological processes (linked to energy demand). At the same time, it is recognized that external stimuli do not affect the emergence of motivation, but only the formation and modification of behavior patterns. Maslow's theory has many supporters, as well as critics.

The last and currently the most dominant approach to motivation is the cognitive approach. In general, it is based on the assumption that cognitive processes, i.e. the result of information processing of the human brain, are responsible for triggering the motivation process. The beginnings of the cognitive approach to motivation can be found in the work of psychologists studying mainly the issues of learning (e.g. E. Tolman, K. Lewin, and J. Piaget). The fundamental assumption of these researches is the idea that internal mental representations play a central role in guiding behavior¹³. The internal cognitive representations of external reality that individuals use in the process of taking action, to interact with the world¹⁴. One of the well-known attempts to apply a cognitive approach to motivation is the theory of D. McClelland¹⁵.

The mechanism of legal motivation is based on a cognitive approach to motivation.

The mechanism of legal motivation

A theory of motivation in the context of law should include many factors, a substantial part of which is related to a highly complex phenomenon – social reality. Therefore, it is difficult, or even impossible, to consider every factor affecting motivation. It is necessary to simplify the social reality and isolate the essential elements of it. The different paths are possible when extracting these elements of social reality. In this paper, our path marked out by L. Petrażycki's

¹³ R.E. Franken, *Psychologia motywacji*, trans. M. Przyłipiak, Gdańsk 2006.

¹⁴ N.A.J. Jones, H. Ross, T. Lynam, P. Perez, A. Leitch, *Mental Models. An Interdisciplinary Synthesis of Theory and Methods*, "Ecology and Society" 2011, vol. 16, no. 1, p. 46.

¹⁵ D.C. McClelland, *Human Motivation*, Cambridge 1988.

psychological theory of law¹⁶: a theory that shaped the sociological school of law and influenced American and Scandinavian legal realism¹⁷. The psychological approach to law was developed in these trends, but none of the theories directly refers to the concept of motivation developed within L. Petrażycki's psychological theory of law¹⁸.

According to L. Petrażycki, the basic motivation of people's behavior in society are impulsions (also called emotions). Due to the fact that the concept of emotions used by Petrażycki may be misleading, the concept of impulsions is used in the context of his theory. There are two basic categories of impulsions: special and abstract. The first group include those that are correlated with the taking of a specific action, i.e. their effect is a certain action. Abstract impulsions, on the other hand, do not specify a specific action and their impact is not related to a specific type of conduct. They become a motive for action (an impulse for conduct), while not specifying the way of action.

From the perspective of the science of law, particular roles are played by ethical impulsions that belong to abstract impulsions. They play a fundamental role in our behavior, because they act as "motives of behavior, prompting to perform some tasks and refrain from others (motivational impact of ethical experiences)"¹⁹. Every ethical experience contains within itself an representation of certain conduct and an appulsive ethical impulsion (i.e. attracting, inviting to take a particular action) or a repulsive one (i.e. repulsing and restraining from taking action). This experience, however, may

¹⁶ L. Petrażycki, *Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności*, t. 1, Warszawa 1959; *idem*, *O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, Warszawa 1985.

¹⁷ A. Podgórecki, *Unrecognized Father of Sociology of Law. Leon Petrażycki. Reflections based on Jan Gorecki's Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki*, "Law & Society Review" 1980–1981, vol. 15, no. 1, pp. 183–202; A. Polyakov, *Kommunikativnoje prawoponimaniye. Izbrannyje trudy*, Sankt Petersburg 2014.

¹⁸ J. Stanek, *Rosyjski realizm prawny*, Warszawa 2017; B. Brożek, J. Stanek, J. Stelmach, *Russian Legal Realism*, New York 2018.

¹⁹ L. Petrażycki, *Teorija prava i gosudarstva v svjazi s teoriej npravstvennosti*, Sankt Petersburg 2000 [1909–1910].

be enriched with additional elements such as, for example, ethically significant facts, the representation of the subject of duty and representations of normative facts. Ethical impulses are characterized by having a mystical-authoritative character and that we experience them as an internal limitation of our freedom.

The way in which the law becomes an internal motivation for people by guiding their behavior, explains the functioning of intuitive and positive law. To put it simply, each of these laws is a set of legal impulses. The criterion for differentiating between both types of laws is the existence (or not) of reference to external normative facts (e.g. regulations of the law). Legal impulses which in their intellectual composition have representation of normative facts belong to the field of positive law, however, those which do not have them belong to intuitive law.

Due to the fact that intuitive law constantly changes and develops in comparison with positive law, it is inevitable that at some point, positive and intuitive law begin to diverge from one another in terms of content. Consequently, positive law loses its motivational strength in favor of intuitive law which acquires a greater authority. At the same time, the norms of positive law influence and tend to a certain degree to shape intuitive legal beliefs. Over time, legal experiences caused by the normative facts of positive law can turn into intuitive legal experiences. This is done by repeatedly colliding with the norms of positive law and the consolidation of a given pattern of behavior, which is ultimately perceived as an intuitive legal experience. Petrażycki indicates that the most common group of people in which such a process takes place are lawyers, who when examining and having continuous contact with positive law, at some point accept this law as their intuitive law. Of course, this process occurs to a lesser extent in all members of society. This idea is interesting and original, especially in the light of the now-widely popular theory of somatic markers by A. Damasio²⁰.

Regardless of the possible criticism of L. Petrażycki's approach, it is worth emphasizing its novelty and originality. For instance,

²⁰ A.R. Damasio, *The Somatic Marker Hypothesis and the Possible Functions of the Prefrontal Cortex*, "Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences" 1996, vol. 351, no. 1346, pp. 1413–1420.

the recognition of the influence of emotional and cognitive factors on the process of motivation, while in psychology for many years, it was believed that there was a strict distinction between cognitive and emotional processes. Only recent scientific evidence has highlighted the interdependence of these processes, especially in the matter of emotions. In the following sections, how the elements of the process of legal motivation can be explained based on the achievements of modern science, especially psychology, is considered.

The motivation process in law is grounded on mental representations and emotions. The motivation process is one in which mental representations (imagination) evoke specific emotions. As a result of this process, a motive, which becomes the basis for behavior, is generated. In the further sections, key elements of this concept, i.e., representation, emotions, and legal motivation are discussed.

Mental representations

Imaginations are cognitive representation of reality in the mind. Certainly, this is not the only form of representation of the reality. The very concept of cognitive (or mental) representation means the mental equivalent of objects: both those that really exist and fictional ones. Mental representation essentially replaces those objects in the information processing in our minds²¹.

Imaginations are most often considered as mental representations, similar to perceptions, however, they differ in that what we are imagining at a given moment is beyond our senses. Imaginations are also often identified with mental simulations or imaginative representations²². Imaginations are sensory in nature, with terms that refer to the sense of sight being used most often to describe them, accordingly such terms are used as mental images, seeing with the mind's eye, images in the brain, and visual internal representations.

²¹ D. Pitt, *Mental Representation*, [in:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, eds E.N. Zalta, U. Nodelman, Fall 2022 Edition, Stanford 2022.

²² We must point out that some authors use intentionality as a differentiating criterion for mental representations and simulations. In the following section, however, we assume that all these concepts refer to the same phenomenon.

In other words, imaginations are mainly identified with visual mental imagery.

In psychology, there are at least several different classifications of mental representations. Most generally, we can distinguish visual mental imagery (mental images²³) and verbal representations (representations such as judgments or statements²⁴). The disagreement between the supporters of these approaches is still impossible to resolve. It now seems most likely that the mind uses both visual and verbal systems to represent reality²⁵.

Regardless of the dispute over the nature of mental representations, numerous types of a classification of imaginations according to various criteria (i.a. novelty, sense, nature) are proposed. For instance, mental representations about the future are called anticipatory, and those that refer to the past are called retrospective. For the concept of legal motivation the representations referring to the future are particularly important.

What influence do mental representations have for the law? We argue that they are the essential elements of the concept of legal motivation. However many types of mental representations can be distinguished, the most important ones are those that are directly connected with emotions, i.e. representations of behavior. Four very broad categories of representations are relevant to presented concept of legal motivation: representations of a situation, behavior, rules, and consequences.

Representations of a situation

The first category is representations of a situation. At the initial stage of the motivation process, the brain represents a situation, that is, the specific circumstances in which we find ourselves. It may be a task that we thought of and decided to do. It may be a task that we devised together or borrowed from others (e.g. by imitation). Alternatively, tasks can also be imposed on us by others.

²³ S.M. Kosslyn, W.L. Thompson, G. Ganis, *The Case for Mental Imagery*, Oxford 2006.

²⁴ A. Paivio, *Mental Representations. A Dual Coding Approach*, Oxford 1990.

²⁵ E. Nęcka, J. Orzechowski, B. Szymura, S. Wichary, *Psychologia poznawcza*, Warszawa 2020.

Most often, tasks are analyzed in terms of the end result we intend to achieve and the purpose of our behavior. In law, it is especially important to imagine the goal or result of behavior, that is, the representation of what we want to achieve. The very choice of a task or goal is a more complicated issue.

It is worth pointing out that the representations of a situation include representations of individuals that are related to a given behavior and they may both be connected with obligations and rights. Mental representations of a situation also include all representations relating to the date of performance of an action we are obliged to (pay within 14 days); an image of the place where this action will be performed (deliver to); an image of the characteristics of the action which we are obliged to perform (to be performed with due diligence, in the right order); representations of objects which a given action relates to (quantity and quality).

Representations of behavior

An image of behavior is a representation of actions that lead to the completion of a task or the achievement of a goal. In other words, imagining behavior involves imagining the course of action we are going to take.

The mental images in this group are representations of a program of behavior, which we can construe as a hypothesis about the course of action. We verify this hypothesis by taking action. In psychology, the following types of behavior programs are distinguished within the cognitive approach to motivation:

1. Innately determined programs. These are biologically imprinted programs that are responsible for reflexive behavior (unconditioned reflexes and tropisms). We have no influence on changing them and we cannot modify them.
2. Programs determined both innately and through learning. These are behavioral programs that govern our instincts. In fact, these are innate behavioral programs that we can change and modify in the process of learning (e.g., language behavior).
3. Programs acquired through learning. These are shaped only in the process of socialization through learning (e.g. writing).

4. Programs constructed by the individual ad hoc. They are action plans for intentional behavior, in line with contextual requirements²⁶.

Stated differently, the above classification implies a distinction between innate, habitual and volitional programs.

In the field of law, representations of behavior are one of the most important types of mental representations, the existence and substance of which directly affect one's motivation.

Representations of rules

The process of acting or pursuing a goal also includes a mental representation of the rules that are relevant in a particular context. Namely, the representation of a certain behavior is connected with representation of the rules for that behavior. These may be legal, moral, social or other standards applicable in our culture or community. The representations about the rules of behavior may have imperative character. It means that we perceive them as rules that oblige us to take certain actions in a particular situation. In addition, the mental representation of one's behavior may also have attributive character. It is related to the fact that our behavior could be associated with certain rights of others. For instance, when we take out a loan, we realize that we will have an obligation to repay it, and our representations have an imperative character. However, we also imagine that the lender has the right to demand repayment of the loan. More than that, we could imagine ourselves as the lender, who will behave in a certain way in a given situation.

Representations of the consequences

The last category of representations relevant to legal motivation are the images of the effects. This category of representations encompasses not only representations of the effect of conduct, but also representations of its further consequences. It can be also considered this sort of image as the final stage of an action plan being implemented. We first imagine the action, then the course of action,

²⁶ S. Kreitler, *Cognition and Motivation. Forging an Interdisciplinary Perspective*, Cambridge 2012, pp. 40–41.

and finally the effect and the aftermath of the action. As an example, suppose we decide not to pay our tax. We imagine that the result will be having more money than if we had paid the tax. At the same time, we realize that by not paying the tax, we are violating the law. We can also go a step further and imagine the consequences of violating these regulations, such as a tax audit and the obligation to pay a fine.

In the motivation mechanism, mental representations “provides a window on the future by enabling people to envision possibilities and develop plans for bringing those possibilities about”²⁷. The fundamental role of mental representations lies, therefore, in generating, based on past experience, specific predictions that allow us to clearly and easily imagine the likely consequences of being in a certain situation or taking certain actions²⁸. Using the possibilities that our imagination affords us, we can not only try to predict the near future, but also to consider different scenarios. A visualization of a situation approximates different solutions and sets more realistic expectations.

An essential attribute of mental representations is that they influence not only current individual’s choice of behavior, but also ones in the future. Research reveals that mental representation of possible interaction and action reduce prejudice and may favour pro-social behavior. Studies have shown that the mental image of us helping a specific person in need increases our overall willingness to help others. Moreover, even occasionally imagining that we are helping others reduces inter-group bias in social interactions²⁹.

I believe that imagination allows us to look not only into the future, but also into the past in order to consider, and sometimes evaluate, various possibilities for action.

²⁷ S.E. Taylor, L.B. Pham, I.D. Rivkin, D.A. Armor, *Harnessing the Imagination. Mental Simulation, Self-Regulation, and Coping*, “American Psychologist” 1998, vol. 53, p. 429.

²⁸ S.T. Moulton, S.M. Kosslyn, *Imagining predictions. Mental Imagery as Mental Emulation*, “Philosophical Transactions of the Royal Society B” 2009, vol. 364, pp. 1273–1280.

²⁹ B. Gaesser, Y. Shimura, M. Cikara, *Episodic Simulation Reduces Intergroup Bias in Prosocial Intentions and Behavior*, “Journal of Personality and Social Psychology: Interpersonal Relations and Group Processes” 2020, vol. 118, no. 4, pp. 683–705.

Mental representations not only help us visualize the future and the past, but they are also closely related to emotions. The literature often emphasizes the connection between mental representations and emotions³⁰.

Emotions

Emotions play a crucial role in the motivational process. This statement is quite obvious and raises no controversy. It is less obvious, however, how emotions are understood. There are plenty of theories relating to the mechanism of the emotions and their essence. The increase in the popularity of empirical research, in particularly in the field of cognitive science, has contributed to an increase in the number of projects aimed at understanding the mechanism of emotions³¹.

What aspect of an emotion determines that it is an emotion and not another phenomenon in our psyche? Depending on how we answer this question, we will find ourselves in the group of supporters of the theory of emotions as feelings, judgments or motivations³². These are quite broad categories that do not exhaust all possible perspectives for studying emotions. Moreover, the line between them is blurred³³. These are:

- emotions as feelings – in this view, the affective aspect of emotions is emphasized³⁴;
- emotions as judgments – according to this theory, all emotions are somehow related to cognitive evaluations. These can be

³⁰ I.a. L.J. Sanna, C.D. Parks, E.C. Chang, S.E. Carter, *The Hourglass Is Half Full or Half Empty. Temporal Framing and the Group Planning Fallacy*, "Group Dynamics: Theory, Research, and Practice" 2005, vol. 9, no. 3, pp. 173–188.

³¹ L.F. Barrett, M. Lewis, J. Haviland-Jones, *Handbook of Emotions*, New York–London 2016.

³² A. Scarantino, R. de Sousa, *Emotion*, [in:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, eds E.N. Zalta, Summer 2021 Edition, Stanford 2021.

³³ A. Scarantino, *The Philosophy of Emotions and Its Impact on Affective Science*, [in:] *Handbook of Emotions*, eds L.F. Barrett, M. Lewis, J.M. Haviland-Jones, New York–London 2016, pp. 3–48.

³⁴ W. James, *What is an Emotion?*, "Mind" 1884, vol. 9, no. 34, pp. 188–205; E. Fox, *Perspectives from Affective Science on Understanding the Nature of Emotion*, "Brain Neuroscience Advances" 2018, vol. 2.

evaluative judgments³⁵, evaluative feelings³⁶, and evaluative perceptions³⁷;

- emotions as motivational states – theories emerging in the last trend in research on emotions, do not negate either the evaluative or affective aspect of emotions, but marginalize them. They prioritise the motivational role of emotions in our behavior³⁸. Proponents of this approach recognize that “emotions are motivational states of a distinctive type, or patterns of behavior of a distinctive type”³⁹. One of the key theories in this approach, but also in the study of emotions in general is the theory of basic emotions⁴⁰. In this view, emotions are often seen as a product of an evolutionary process. They are adaptations that arose in response to the threats our ancestors faced⁴¹. In this trend, emotions are often perceived as constructs: psychological⁴² or social⁴³.

³⁵ R. Solomon, *Not Passion's Slave*, Oxford 2003; M. Nussbaum, *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge 2003.

³⁶ B.W. Helm, *Emotional Reason. Deliberation, Motivation, and the Nature of Value*, Cambridge 2001; P. Goldie, *The Emotions. A Philosophical Exploration*, Oxford 2000.

³⁷ C. Tappolet, *Emotions, Value, and Agency*, Oxford 2016; J. Prinz, *The Emotional Construction of Morals*, Oxford 2007; R. Roberts, *Emotions. An Essay in Aid of Moral Psychology*, Cambridge 2003.

³⁸ A. Scarantino, *The Motivational Theory of Emotions*, [in:] *Moral Psychology and Human Agency. Philosophical Essays on the Science of Ethics*, eds. J. D'Arms, D. Jacobson, Oxford 2014, pp. 156–185.

³⁹ *Idem*, *The Philosophy of Emotions*, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁰ P. Ekman, *Basic Emotions*, [in:] *Handbook of Cognition and Emotion*, eds T. Dalgleish, New York 1999, pp. 45–60; S.S. Tomkins, *Affect Imagery Consciousness. The Positive Affects*, vol. 1, New York 1962.

⁴¹ R. Plutchik, *Emotion. A Psychoevolutionary Synthesis*, New York 1980; J. Tooby, L. Cosmides, *The Evolutionary Psychology of the Emotions and their Relationship to Internal Regulatory Variables*, [in:] *Handbook of Emotions*, eds M. Lewis, J.M. Haviland-Jones, L.F. Barrett, New York 2008, pp. 114–137.

⁴² L.F. Barrett, J.A. Russell, *The Psychological Construction of Emotion*, New York 2015.

⁴³ B. Mesquita, M. Boiger, *Emotions in Context. A Sociodynamic Model of Emotions*, “Emotion Review” 2014, vol. 6, no. 4, pp. 298–302; G.A. van Kleef, *Emotions as Agents of Social Influence. Insights from Emotions as Social Information (EASI) theory*, [in:] *The Oxford Handbook of Social Influence*, eds S.G. Harkins, K.D. Williams, J. Burger, Oxford 2017, pp. 237–255.

In recent years, the theory of basic emotions has been increasingly challenged, for example by L. Barrett's theory of constructed emotions. The theory, based on a number of studies in neuroscience and psychology, proposes a mechanism explaining how emotions are created⁴⁴. The undeniable merit of this theory is that it combines essential elements of other theories. The theory of constructed emotions comprises not only biological aspects, but also the role of culture and society. It takes into account the significance of linguistic concepts, the role of society in shaping our values, and the impact of our social roles on how we perceive the world. L. Barrett's theory is based on the premise that emotions are not biologically pre-programmed, but are constructed by the brain based on previous experience, within a person's conceptual grid. As L. Barrett argues, "emotions are constructions of the world, not reactions to it"⁴⁵.

Legal emotions

First of all, it is worth mentioning that legal emotions can be classified as social emotions. What are social emotions? According to a radical interpretation, all emotions should be considered as social emotions because they facilitated adaptation to life in society in the process of evolution. Undoubtedly, emotions are also the result of the influence of culture, social relations and other situational factors. The literature indicates that social emotions always refer to "a real or imagined social object that may be either another person or a socially constructed self. [...] social emotions are also socially constructed as they involve social rules and norms. [...] social emotions serve social regulatory functions [...]"⁴⁶.

Some scholars attempted not only to define social emotions, but also to indicate what criteria allow to distinguish social emotions

⁴⁴ K.A. Lindquist, T.D. Wager, E. Bliss-Moreau, L.F. Barrett, *The Brain Basis of Emotion. A Meta-analytic Review*, "Behavioral and Brain Sciences" 2012, vol. 35, no. 3, pp. 121–143.

⁴⁵ L.F. Barrett, *How Emotions are Made. The Secret Life of The Brain*, New York 2017.

⁴⁶ S. Hareli, B. Parkinson, *What's Social About Social Emotions?*, "Journal for the Theory of Social Behaviour" 2008, vol. 38, no. 2, p. 135.

from other emotions⁴⁷. Four criteria have been proposed. Firstly, social emotions are important from the perspective of communication and achieving goals. However, they are not directly related to the survival function. Secondly, the aforementioned goals are social goals. Third, social emotions are linked to the judgment of others, not just to our inner self. And finally, social emotions do not have a specific set of changes that we can observe in facial expressions.

In a similar vein, but going a step further, J. Haidt defines moral emotions. He recognizes that moral emotions "are linked to the interests or welfare either of society as a whole or at least of persons other than the judge or agent"⁴⁸.

In L. Petrażycki's theory of law, legal and moral emotions are distinguished⁴⁹. Legal emotions, on the one hand, have an imperative nature, meaning generate a sense of duty, while on the other hand, at the same time we feel that it gives others the right (the claim) to expect from us fulfilment of this obligation – an attributive nature. However, moral emotions are characterized only by their imperative nature. Due to the attributiveness of legal emotions, their impact is more motivating than moral emotions. I suggest that the same emotions come into play – be it social or moral emotions – both in the area of law and morality. The difference between law and morality is not in emotions, but in representations: we imagine attributivity within the representations of rules. There is no reason to believe that legal and moral emotions perform in different ways. I believe that the difference between law and morality lies in the nature of representations. For legal motivation to occur, it is important not only to imagine a specific behavior which we are obliged to, but also to realize that another person's right is connected with this obligation. It is an representation of attributiveness.

⁴⁷ K.C. Barrett, J.J. Campos, *Perspectives on Emotional Development II. A Functionalist Approach to Emotions*, [in:] *Handbook of Infant Development*, ed. J.D. Osofsky, Chichester–New York–Weinheim–Brisbane–Singapore–Toronto 1987, pp. 555–578.

⁴⁸ J. Haidt, *Elevation and the positive psychology of morality*, [in:] *Flourishing. Positive Psychology and the Life Well-lived*, ed. C.L.M. Keyes, Washington 2003, p. 276.

⁴⁹ L. Petrażycki, *Teorija prava i gosudarstva...*, *op. cit.*

An association of social emotions with specific representations results in the occurrence of legal motivation, which sets the direction and character of the undertaken actions. For example, the obligation to pay tax, e.g. VAT, in some cultural circles (including Polish society), coming up with clever ideas how to pay the least amount of VAT, and preferably not pay it at all, involves not only a sort of social acquiescence, but also admiration for the taxpayer's resourcefulness and intelligence. Therefore, the mental representation of not paying VAT, and in fact cheating the tax office and the state, is associated with positive emotions. Of course, in the context of the law, that is simply a tax crime. However, there are also countries (e.g. Scandinavian countries are often mentioned in this context) in which the mental representations of tax fraud will be associated with shame and the fear of social condemnation, which are generally negative emotions. Where do these differences come from? Why would what seems like the same representations of behavior be associated with such different emotions and, as a result, also cause differences in behavior? A number of factors are responsible for this, but at the heart of this is the process of selecting and associating representations with social emotions through the operation of emotional (intuition) or rational (reasoning) processes.

Intuitive and positive legal motivation

Regardless of what theory of emotions we adopt and what importance we assign to emotions in the motivation process, we must concern the problem of the correlations between intuition and rational reasoning (or – as it is referred to in various concepts – common sense, reason or rationality).

Two situations should be distinguished, on the one hand, when the emergence of motivation is influenced by the mental representations of normative principles/rules, and on the other, when these representations do not participate in the motivation process. In the case of positive legal motivation, it is most often through reasoning that we come to adhere to the rules of conduct as reflected in our mental representations. Most often, the

authority of positive (normative) rules, and consequently the fact that we conform to representations of rules, is the ultimate result of our rational reasoning. This does not imply that intuition does not appear in the case of positive legal motivation. Intuitive reasoning characterizes any type of legal motivation. However, unlike in intuitive legal motivation, which has no references to external normative facts or normative principles, there is no need to confront our intuitions with these principles. On the other hand, intuitive reasoning in positive legal motivation 'results' from the authority of an external normative fact that collides with rational reasoning. In other words, the difference is that in legal motivation based on intuition, and it has a definite advantage, but intuition can be suppressed or replaced by reasoning later in the motivational process. In legal motivation based on reasoning, this relationship is reversed. To summarize, it is considered that both intuition and reasoning are relevant to legal motivation.

Fig. 1. Legal motivation based on intuition

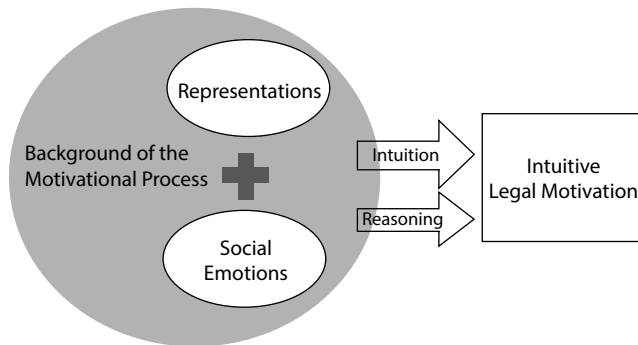
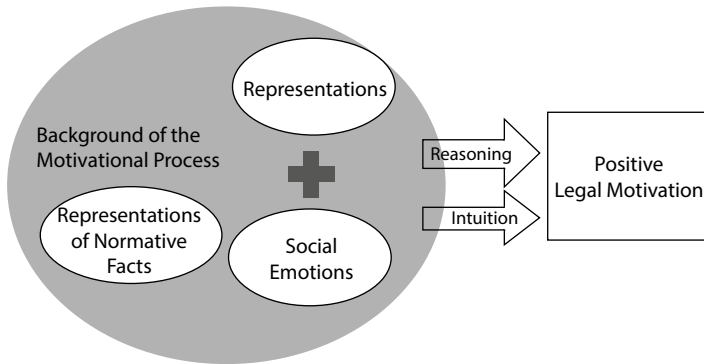


Fig. 2. Legal motivation based on reasoning



The above diagrams illustrate that representations, emotions, intuition and rational reasoning are important elements in the motivation process. These are the basic, but not the only, factors that influence the motivation process.

Motivation is a complex process influenced by many factors, and importantly, it is also vary for different individuals, i.e. our traits, character, experience, and even memory affect our motivation and behavior. Moreover, all these factors work together, which creates a certain mixture of influences, which is referred as the background of the motivation process, against which the interaction between representations and emotions, intuition and rational reasoning takes place. This background includes such internal factors as will and personality traits which vary in different individuals, as well as external factors such as penalties and rewards.

Concluding remarks

The motivational effect of law and the mechanism of motivation itself is not only an interesting theoretical and legal issue, but also has a relevant practical aspect. It can not only help us determine the motivation of those engaging in illegal behavior, but mainly to help us to specify the reasons why we comply with the law. Subsequently, this would allow us to construct new legal solutions that would

effectively influence the behavior of individuals. Is it possible to design legal solutions that take individuals' motivations into account? Is it possible to interfere with motivational processes? Is it possible to change one's motives of conduct? For now, these questions remain unanswered. In this paper it is claimed, however, that the research in this area will be significantly accelerated by the adoption of the three postulates proposed below.

Firstly, when examining the motivational effect of law, it is worth referring to the findings of non-legal sciences, in particular to psychology and its numerous subdisciplines, as well as to sociology and cognitive sciences. Moreover the outcomes of research in these areas of science could be applied in any area of law. They could, but in practice they aren't. As a result, current legal knowledge remains highly inconsistent with scholarly knowledge. We agree that this inconsistency should be minimized. But is it possible and how should the transition from non-legal knowledge to legal knowledge take place? What process will lead to the law increasingly reflecting the current advances in science? These issues remain yet unresolved, especially since lawyers are in no hurry to apply knowledge from non-legal sciences to law. In the practice of the judiciary system, psychological mechanisms are understood colloquially, and most often existing knowledge is not applied. The use of non-legal knowledge in law seems necessary to capture the reasons for our behavior, motives and factors conditioning it.

Secondly, in the study of law, including its motivational effects, more attention should be paid to empirical research that will allow for a more thorough understanding of the mechanisms of motivation and the foundations of human conduct.

Thirdly, in order to effectively study the motivational effect of law, it is worth developing a theoretical framework – concepts of motivation. In this paper it is outlined the concept of motivation, which is adapted to the needs of legal science. This is, as far as possible, a simplified model. In the proposed approach to the legal motivation, mental representations are the first element of the motivation process. Each type of representations is associated with emotions. The whole process is influenced by the factors that have been defined as the background of the motivation process.

Understanding the mechanisms of motivation is not only important for the law. This is a fundamental issue for all social sciences that study society and its rules. How can we use this theory of motivation in law? By knowing and understanding the processes behind the motivational action of law, we will be able to change and create law with maximum motivational effects. In other words, we will be able to create effective legal regulations.

References

- Ash E., MacLeod W.B., *Intrinsic Motivation in Public Service. Theory and Evidence from State Supreme Courts*, "The Journal of Law and Economics" 2015, vol. 58, no. 4, pp. 863–913.
- Barrett L.F., *How Emotions are Made. The Secret Life of The Brain*, New York 2017.
- Barrett L.F., Campos J.J., *Perspectives on Emotional Development II. A Functional Approach to Emotions*, [in:] *Handbook of Infant Development*, ed. J.D. Osofsky, Chichester–New York–Weinheim–Brisbane–Singapore–Toronto 1987, pp. 555–578.
- Barrett L.F., Lewis M., Haviland-Jones J., *Handbook of Emotions*, New York–London 2016.
- Barrett L.F., Russell J.A., *The Psychological Construction of Emotion*, New York 2015.
- Bornstein B.H., Miller M.K., *Advances in Psychology and Law*, New York 2019.
- Brożek B., Stanek J., Stelmach J., *Russian Legal Realism*, New York 2018.
- Cominelli L., *Cognition of the Law. Toward a Cognitive Sociology of Law and Behavior*, Cham 2018.
- Damasio A.R., *The Somatic Marker Hypothesis and the Possible Functions of the Prefrontal Cortex*, "Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences" 1996, vol. 351, no. 1346, pp. 1413–1420.
- Ekman P., *Basic Emotions*, [in:] *Handbook of Cognition and Emotion*, eds. T. Dalgleish, New York 1999, pp. 45–60.
- Fox E., *Perspectives from Affective Science on Understanding the Nature of Emotion*, "Brain Neuroscience Advances" 2018, vol. 2.
- Franken R.E., *Psychologia motywacji*, trans. M. Przyłipiak, Gdańsk 2006.
- Freeman M., *Law and Neuroscience*, "Current Legal Issues 13", Oxford 2011.
- Gaesser B., Shimura Y., Cikara M., *Episodic Simulation Reduces Intergroup Bias in Prosocial Intentions and Behavior*, "Journal of Personality and Social Psychology: Interpersonal Relations and Group Processes" 2020, vol. 118, no. 4, pp. 683–705.

- Goldie P., *The Emotions. A Philosophical Exploration*, Oxford 2000.
- Haidt J., *Elevation and the Positive Psychology of Morality*, [in:] *Flourishing. Positive Psychology and the Life Well-lived*, ed. C.L.M. Keyes, Washington 2003, pp. 275–289.
- Hareli S., Parkinson B., *What's Social About Social Emotions?*, "Journal for the Theory of Social Behaviour" 2008, vol. 38, no. 2, pp. 131–156.
- Helm B.W., *Emotional Reason. Deliberation, Motivation, and the Nature of Value*, Cambridge 2001.
- Hull C., *A Behavior System. An Introduction to Behavior Theory Concerning the Individual Organism*, New Haven 1958.
- James W., *What is an Emotion?*, "Mind" 1884, vol. 9, no. 34, pp. 188–205.
- Jones N.A.J., Ross H., Lynam T., Perez P., Leitch A., *Mental Models. An Interdisciplinary Synthesis of Theory and Methods*, "Ecology and Society" 2011, vol. 16, no. 1, p. 46.
- Kleef G.A. van, *Emotions as Agents of Social Influence. Insights from Emotions as Social Information (EASI) Theory*, [in:] *The Oxford Handbook of Social Influence*, eds S.G. Harkins, K.D. Williams, J. Burger, Oxford 2017, pp. 237–255.
- Kosslyn S.M., Thompson W.L., Ganis G., *The Case for Mental Imagery*, Oxford 2006.
- Kreitler S., *Cognition and Motivation. Forging an Interdisciplinary Perspective*, Cambridge 2012.
- Leiter B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford 2007.
- Lindquist K.A., Wager T.D., Bliss-Moreau E., Barrett L.F., *The Brain Basis of Emotion. A Meta-analytic Review*, "Behavioral and Brain Sciences" 2012, vol. 35, no. 3, pp. 121–143.
- Locke E.A., Latham G.P., *A Theory of Goal Setting & Task Performance*, Englewood Cliffs 1990.
- Maslow A.H., *Motivation and Personality*, New York 1987.
- McClelland D.C., *Human Motivation*, Cambridge 1988.
- McDougall W., *An Introduction to Social Psychology*, Kitchener 2001 [1919].
- Mesquita B., Boiger M., *Emotions in Context. A Sociodynamic Model of Emotions*, "Emotion Review" 2014, vol. 6, no. 4, pp. 298–302.
- Miles T.J., Sunstein C.R., *The New Legal Realism*, "University of Chicago Law Review" 2008, vol. 75, no. 2, p. 831–851.
- Mitchell T. R., *Motivation. New Directions for Theory, Research, and Practice*, "The Academy of Management Review" 1982, vol. 7, no. 1, pp. 80–88.
- Moulton S.T., Kosslyn S.M., *Imagining Predictions. Mental Imagery as Mental Emulation*, "Philosophical Transactions of the Royal Society B" 2009, vol. 364, pp. 1273–1280.

- Nęcka E., Orzechowski J., Szymura B., Wichary S., *Psychologia poznawcza*, Warszawa 2020.
- Nussbaum M., *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge 2003.
- Paivio A., *Mental Representations. A Dual Coding Approach*, Oxford 1990.
- Partyk A., *Czy sędziowie mają intuicję? Przyczynek do rozważań o sędziowskich mechanizmach decyzyjnych*, Sosnowiec 2023.
- Patterson D., Pardo M.S., *Philosophical Foundations of Law and Neuroscience*, Oxford 2016.
- Petrażycki L., *O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, Warszawa 1985.
- Petrażycki L., *Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności*, t. 1, Warszawa 1959.
- Petrażycki L., *Teorija prava i gosudarstva v svjazi s teorije npravstvennosti*, Sankt Petersburg 2000 [1909–1910].
- Pitt D., *Mental Representation*, [in:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, eds E.N. Zalta, U. Nodelman, Fall 2022 Edition, Stanford 2022.
- Plutchik R., *Emotion. A Psychoevolutionary Synthesis*, New York 1980.
- Podgórecki A., *Unrecognized Father of Sociology of Law. Leon Petrażycki. Reflections based on Jan Gorecki's Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki*, "Law & Society Review" 1980–1981, vol. 15, no. 1, pp. 183–202.
- Polyakov A., *Kommunikatiwnoje prawoponimaniye. Izbrannyje trudy*, Sankt Petersburg 2014.
- Posner R.A., *Overcoming Law*, Cambridge MA 1995.
- Prinz J., *The Emotional Construction of Morals*, Oxford 2007.
- Roberts R., *Emotions. An Essay in Aid of Moral Psychology*, Cambridge 2003.
- Sanna L.J., Parks C.D., Chang E.C., Carter S.E., *The Hourglass Is Half Full or Half Empty. Temporal Framing and the Group Planning Fallacy*, "Group Dynamics: Theory, Research, and Practice" 2005, vol. 9, no. 3, pp. 173–188.
- Scarantino A., *The Motivational Theory of Emotions*, [in:] *Moral Psychology and Human Agency. Philosophical Essays on the Science of Ethics*, eds J. D'Arms, D. Jacobson, Oxford 2014, pp. 156–185.
- Scarantino A., *The Philosophy of Emotions and Its Impact on Affective Science*, [in:] *Handbook of Emotions*, eds L.F. Barrett, M. Lewis, J.M. Havilland-Jones, New York–London 2016, pp. 3–48.
- Scarantino A., Sousa R. de, *Emotion*, [in:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, eds E.N. Zalta, Summer 2021 Edition, Stanford 2021.
- Solomon R., *Not Passion's Slave*, Oxford 2003.
- Stanek J., *Motywacyjna podstawa prawa*, Kraków 2023.
- Stanek J., *Rosyjski realizm prawny*, Warszawa 2017.
- Stelmach J., Brożek B., Kurek Ł., *The Province of Jurisprudence Naturalized*, Warszawa 2017.

- Stelmach J., Brożek B., Kurek Ł., Eliasz K., *Naturalizm prawniczy. Stanowiska*, Warszawa 2015.
- Suchman M.C., Mertz E., *Toward a New Legal Empiricism. Empirical Legal Studies and New Legal Realism*, "Annual Review of Law and Social Science" 2010, vol. 6, no. 1, pp. 555–579.
- Tappolet C., *Emotions, Value, and Agency*, Oxford 2016.
- Taylor S.E., Pham L.B., Rivkin I.D., Armor D.A., *Harnessing the Imagination. Mental Simulation, Self-Regulation, and Coping*, "American Psychologist" 1998, vol. 53, pp. 429–439.
- Tomkins S.S., *Affect Imagery Consciousness. The Positive Affects*, vol. 1, New York 1962.
- Tooby J., Cosmides L., *The Evolutionary Psychology of the Emotions and their Relationship to Internal Regulatory Variables*, [in:] *Handbook of Emotions*, New York 2008, pp. 114–137.
- Wilson D.S., Wilson E.O., *Rethinking the Theoretical Foundation of Sociobiology*, "The Quarterly Review of Biology" 2007, vol. 82, vol. 4, pp. 327–348.

Abstract

The concept of legal motivation⁵⁰

Understanding the motivational effect of the law and its mechanism is crucial for examining the impact of law on individual's behavior in society. In this paper a novel approach towards legal motivation is proposed. For this aim, the author first introduce the approach to motivation in psychology and law. In the following section the concept of legal motivation is outlined. The basic elements of the concept are analyzed, in particular representations and emotions. The proposed approach distinguishes between intuitive and positive legal motivation. Distinction of legal motivation is based on the possession or lack of representation of normative facts. The concept of legal motivation proposed in the this paper allows adopting a broader perspective on the motivational effect of law.

Key words: legal theory, legal motivation, intuition, emotions, representations

⁵⁰ The article is funded by National Science Centre in Poland under the project nr 2019/33/B/HS5/01521.

Streszczenie

Koncepcja motywacji prawnej⁵¹

Zrozumienie motywacyjnego charakteru prawa i jego mechanizmu jest kluczowe dla poznania wpływu prawa na zachowanie jednostek w społeczeństwie. W niniejszym artykule zaproponowano nowatorskie podejście do motywacji prawnej. W tym celu w pierwszej kolejności przeanalizowano podejście do motywacji w ramach psychologii i prawa. W dalszej części przedstawiono zarys koncepcji motywacji prawnej oraz przeanalizowano jej podstawowe elementy: wyobrażenia oraz emocje. W proponowanym podejściu zostały wyróżnione motywacja prawna intuicyjna i pozytywna. Podstawą rozróżnienia motywacji prawnej na intuicyjną oraz pozytywną jest posiadanie lub brak wyobrażeń zasad normatywnych. Proponowana w artykule koncepcja motywacji prawnej pozwala przyjąć szerszą perspektywę na motywacyjne działanie prawa.

Słowa kluczowe: teoria prawa, motywacja prawna, intuicja, emocje, wyobrażenia

⁵¹ Artykuł powstał dzięki projektowi Narodowego Centrum Nauki nr 2019/33/B/HS5/01521.

Rafał Adamus

prof. dr hab., Uniwersytet Opolski
orcid.org/0000-0003-4968-459X
radamus@uni.opole.pl

Problem dopuszczalności dokonania czynności inwestycyjnej przez syndyka masy upadłości prowadzącego przedsiębiorstwo upadłego

Zagadnienia wstępne

W literaturze przedmiotu nie był dotychczas podejmowany szerzej temat zagadnienia dopuszczalności dokonywania przez syndyka masy upadłości prowadzącego przedsiębiorstwo upadłego czynności inwestycyjnych¹. Przez czynność inwestycyjną rozumie się tutaj odpłatne nabycie mienia dla masy upadłości, stanowiącego składnik aktywów trwałych (a zatem „dobro inwestycyjne”), w celu oczywiście użytecznym dla tego przedsiębiorstwa. Chodzi tu zatem o aspekt a) wydatkowania funduszy masy upadłości, b) na inwestycję, c) uzasadnioną potrzebami przedsiębiorstwa. Niemniej wskazane tu rozumienie czynności inwestycyjnej ma raczej orientacyjny charakter. Zwrot ten nie jest elementem języka prawnego w odniesieniu do prawa o niewypłacalności. Przy czym jest oczywiste, że

¹ Tekst R. Adamusa na portalu prawo.pl odnoszący się do tego tematu (*idem*, *Prawo nie zakazuje wszystkich inwestycji syndykowi*, 21.09.2023, prawo.pl/biznes/prawo-nie-zakazuje-inwestycji-syndykowi,523022.html [dostęp: 21.09.2023]) ma charakter jedynie publicystyczny i nie spełnia wymogów artykułu naukowego.

ruch każdego przedsiębiorstwa co jakiś czas wiąże się z potrzebami inwestycyjnymi różnej natury (w celu zaoszczędzenia na kosztach, zwiększenia konkurencyjności itp.).

Dokonywanie czynności inwestycyjnych przez syndyka nie jest zachowaniem typowym w postępowaniu upadłościowym, o czym świadczy konstrukcja przepisów prawa upadłościowego, koncentrująca się głównie na likwidacji masy upadłości. Od syndyka oczekuje się, że będzie kumulował, a nie wydatkował, fundusze masy upadłości. Dokonanie przez syndyka czynności inwestycyjnej poza prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego, w celu czysto spekulacyjnym, należałoby traktować jako eksces.

Ogólne założenia badawcze

W niniejszym opracowaniu zostały przyjęte następujące założenia badawcze, które zostały rozwinięte w ramach dalszej analizy.

Po pierwsze, podejmowanie przez syndyka czynności inwestycyjnych w ramach prowadzenia przedsiębiorstwa upadłego, w tym polegających na zakupie m.in. nieruchomości, nie jest zakazane wprost przez prawo upadłościowe. W związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa upadłego mogą istnieć potrzeby inwestycyjne wyrażające się w bardzo różnym zapotrzebowaniu. Nie można *a limine* wykluczyć jakiegokolwiek typu czynności, w tym nawet nabywania nieruchomości przez syndyka masy upadłości dla potrzeb prowadzenia przedsiębiorstwa upadłego.

Po drugie, prowadzenie przez syndyka masy upadłości przedsiębiorstwa upadłego charakteryzuje się pewną autonomią w ramach przepisów o likwidacji masy upadłości, gdyż nie jest to działalność typowa dla organu egzekucyjnego prowadzącego egzekucję generalną, ale jest to działalność o charakterze biznesowym. Przepisy prawa upadłościowego nie wprowadzają żadnej metodyki prowadzenia działalności gospodarczej, nie taka jest ich rola.

Po trzecie, prowadzenie przedsiębiorstwa upadłego przez syndyka masy upadłości podlega zasadzie *business judgement rule* korygowanej przez ogólne zasady prawa upadłościowego, to jest maksymalizację zaspokojenia wierzycieli i zachowanie przedsiębiorstwa

upadłego w całości (art. 2 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe²). Z zasady tej może wynikać potrzeba dokonania przez syndyka czynności inwestycyjnej.

Po czwarte, kompetencje syndyka do dokonania czynności inwestycyjnej należy wywieść z przepisów powierzających mu prowadzenie przedsiębiorstwa upadłego (art. 75 ust. 1, art. 169 ust. 4, art. 206 ust. 1 pkt 1, art. 306, art. 312 pr. up.). W ramach prowadzenia przedsiębiorstwa upadłego syndyk może podejmować czynności niezakazane mu przez prawo albo przez organy postępowania upadłościowego. Można zarekomendować przeprowadzenie specjalnego testu inwestycyjnego.

Po piąte, sędzia komisarz ma kompetencję do zakazywania syndykowi podejmowania pewnych czynności *ex ante* (art. 152 ust. 1 pr. up.). Jeżeli sędzia komisarz nie zakazał syndykowi podejmowania czynności inwestycyjnych określonego rodzaju (w tym np. nabywania nieruchomości), wówczas istnieje przestrzeń dla rozważenia potrzeby podjęcia takiej czynności. Innymi słowy, brak weryfikacji negatywnej ze strony sędziego komisarza uzasadnia rozważenie przez syndyka potrzeby podjęcia takiej decyzji. Prowadzenie przedsiębiorstwa upadłego odpowiada celowi postępowania upadłościowego i ma charakter autonomiczny względem ogólnych zasad likwidacji masy upadłości, z tym zastrzeżeniem, że maksymalizacja zaspokojenia wierzycieli ma charakter priorytetu (art. 2 pr. up.).

Po szóste, syndyk nie jest związany ewentualnym stanowiskiem reprezentanta upadłego ani stanowiskiem organów spółki, nawet gdyby dla dokonania takiej czynności inwestycyjnej, w normalnym układzie stosunków, była potrzebna zgoda rady nadzorczej czy przedstawicieli wspólników. Na dokonanie czynności inwestycyjnej syndyk nie musi uzyskiwać zgody rady wierzycieli; rada wierzycieli nie ma kompetencji do wyrażenia takiej zgody; syndyk może wystąpić do rady wierzycieli o opinię. W sprawie dokonania czynności inwestycyjnej nie ma potrzeby zwoływania zgromadzenia wierzycieli. Nabyta przez syndyka nieruchomość stanie się elementem przedsiębiorstwa upadłego i będzie podlegała zbyciu na ogólnych zasadach prawa upadłościowego.

² Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1520 ze zm., dalej jako: pr. up.

Likwidacja masy upadłości a autonomia prowadzenia przedsiębiorstwa upadłego

Analizę należy rozpocząć od uwagi o potrzebie dostrzeżenia pewnej autonomii prowadzenia przedsiębiorstwa upadłego, jako aktywności biznesowej, w ramach „egzekucyjnego” likwidowania masy upadłości. Likwidacja masy upadłości (czyli likwidacja majątku należącego do upadłego w dniu ogłoszenia upadłości oraz nabytego przez upadłego w toku postępowania upadłościowego) celem zaspokojenia wierzycieli stanowi jeden z podstawowych etapów postępowania upadłościowego³. „Likwidacja masy upadłości” to zarazem brzmienie tytułu VII części I ustawy – Prawo upadłościowe, obejmujące przepisy art. 306–334.

Likwidacja masy upadłości wykazuje pewne podobieństwa do postępowania egzekucyjnego, w ramach którego także może dochodzić do przymusowego spieniężenia składników majątkowych dłużnika przez organ egzekucyjny celem zaspokojenia wierzyciela (bądź wierzycieli), na rzecz którego wszczęto egzekucję. Likwidacja masy upadłości obejmuje – z mocy samego prawa – cały majątek upadłego określany jako masa upadłości. Postępowanie upadłościowe określane niekiedy bywa jako tzw. egzekucja generalna. Likwidacja masy upadłości wykazuje również pewne podobieństwa do postępowania likwidacyjnego osoby prawnej czy jednostki organizacyjnej⁴, w ramach którego – co do zasady – dochodzi

³ Z obszernej literatury przedmiotu na temat istoty upadłości zob. np. F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze w zarysie*, Kraków 2004, s. 24 i nast.; A. Jakubecki, [w:] *idem*, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2010, s. 636 i nast.; S. Cieślak, *Fundusze masy upadłości – postępowanie podziałowe. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 15 i nast.; R. Adamus, *Przedsiębiorstwo upadłego w upadłości likwidacyjnej*, Warszawa 2011, s. 20 i nast.; *idem*, *Likwidacja masy upadłości. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2014, s. 1–170; *idem*, *Liquidation of the Bankruptcy Estate in Poland*, „Bratislava Law Review” 2020, vol. 4, no. 1, s. 115–130.

⁴ Na temat likwidacji właścicielskiej zob. np.: A. Witosz, *Rozwiązanie i likwidacja spółek handlowych*, Warszawa 2011; S. Sołtysiński, [w:] *Prawo spółek osobowych*, red. A. Szajkowski, „System Prawa Prywatnego”, t. 16, Warszawa 2016, s. 830 i nast.; M. Michalski, [w:] *Prawo spółek kapitałowych*, red. S. Sołtysiński, „System Prawa Prywatnego”, t. 17A, Warszawa 2010, s. 538 i nast.; *idem*, [w:], *Prawo spółek kapitałowych*, red. S. Sołtysiński, „System Prawa

do spieniężenia majątku likwidowanego podmiotu (przy czym można dopuścić do sytuacji przejęcia na własność składników majątkowych likwidowanego podmiotu przez jego udziałowców).

Imperatyw działania syndyka polega na likwidowaniu składników majątkowych, a nie na nabywaniu nowych. Niemniej stwierdzenie to dotyczy fazy zbywania składników masy, a nie fazy prowadzenia przedsiębiorstwa upadłego przez syndyka. Syndyk prowadzący przedsiębiorstwo upadłego – w odniesieniu do tego przedsiębiorstwa – nie zachowuje się jak organ prowadzący egzekucję generalną, ale jak zarządzający cudzym majątkiem przy zachowaniu odpowiedniej staranności menedżerskiej.

Likwidacja masy upadłości polega – co do zasady – na spieniężeniu składników masy upadłości celem zaspokojenia roszczeń wierzycieli, których wierzytelności zostały uznane w toku postępowania upadłościowego. Innymi słowy, zwrot „likwidacja” można (z zastrzeżeniem istnienia pewnych wyjątków) zastąpić zwrotem „spieniężenie”. Niemniej przy prowadzeniu przedsiębiorstwa przez syndyka masy upadłości imperatyw jego zachowania nie sprowadza się do spieniężania składników masy upadłości ze skutkiem egzekucyjnym.

Wektory zachowania syndyka mogą być ustawione przeciwnym kierunkowi. Syndyk może nabywać zarówno aktywa obrotowe, jak i składniki aktywów trwałych, jeżeli jest to potrzebne do zachowania przedsiębiorstwa upadłego w stanie nie pogorszonego. W zależności od okoliczności może dojść do wymiany środków produkcji itp. Intencją jest zwrócenie uwagi na okoliczność, że nie można porównywać czynności dokonywanych ze skutkiem egzekucyjnym z czynnościami niezbędnymi dla zachowania przedsiębiorstwa dłużnika.

Przepis art. 311 ust. 1 pr. up. stanowi, że likwidacji masy upadłości dokonuje się przez sprzedaż przedsiębiorstwa upadłego w całości lub jego zorganizowanych części, sprzedaż nieruchomości i ruchomości – przez ściągnięcie wierzytelności od dłużników upadłego

Prywatnego” t. 17B, Warszawa 2010, s. 877 i nast.; *idem*, *Spółka akcyjna*, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 576 i nast.; K. Kopaczyńska-Pieczeniak, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 68 i nast.; A. Kidyba, *Handlowe spółki osobowe*, wyd. 3, Warszawa 2010, s. 53 i nast.; R. Adamus, *Życie po życiu spółki kapitałowej*, „Jurysta” 2010, nr 1, s. 51 i nast.

i wykonanie innych jego praw majątkowych wchodzących w skład masy upadłości albo ich zbycie⁵. Regulacja prawna z art. 311 ust. 1 pr. up. wyraża pewną zasadę ogólną, która doznaje jednak szeregu modyfikacji.

Po pierwsze, w przypadkach wskazanych w ustawie likwidacja ruchomości obciążonych zastawem rejestrowym oraz wierzytelności i praw obciążonych zastawem rejestrowym lub zastawem finansowym może nastąpić także przez przejęcie ich przez wierzyciela będącego zastawnikiem zastawu rejestrowego lub zastawu finansowego, jeżeli umowa o ustanowieniu zastawu przewiduje zaspokojenie zastawnika w drodze przejęcia przedmiotu zastawu (art. 311 ust. 2 pr. up.).

Po drugie, przepisy dotyczące likwidacji w drodze sprzedaży ruchomości oraz przejęcia ruchomości obciążonych zastawem rejestrowym stosuje się odpowiednio do sprzedaży i przejęcia przez wierzyciela zwierząt, jeżeli nie jest to sprzeczne z przepisami dotyczącymi ochrony zwierząt (art. 311 ust. 3 pr. up.).

Po trzecie, ustawodawca przez regulację m.in. art. 312 pr. up. pozwala, w ramach likwidacji masy upadłości, na dalsze prowadzenie przedsiębiorstwa dłużnika⁶. Zgodnie z art. 312 ust. 1 pr. up. w razie ogłoszenia upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego można prowadzić dalej przedsiębiorstwo upadłego, jeżeli możliwe jest zawarcie układu z wierzycielami lub możliwa jest sprzedaż przedsiębiorstwa upadłego w całości lub jego zorganizowanych części.

Zgodnie z art. 316 ust. 1 pr. up. przedsiębiorstwo upadłego powinno być sprzedane jako całość, chyba że nie jest to możliwe. W piśmiennictwie M. Poźniak-Niedzielska trafnie wywiodła, że sprzedaż przedsiębiorstwa jako całości upraszcza przebieg postępowania upadłościowego i skraca drogę prowadzącą do równomiernego zaspokojenia wierzycieli. Taki był również powód, że ustawodawca wyeksponował w prawie upadłościowym problematykę sprzedaży przedsiębiorstwa jako całości przez jej unormowanie jeszcze przed regulacjami odnoszącymi się do sprzedaży ruchomości,

⁵ A. Jakubecki, *op. cit.*, s. 641 i nast.

⁶ Zob. szerzej na ten temat: *ibidem*, s. 642 i nast.; R. Adamus, *Przedsiębiorstwo upadłego...*, *op. cit.*, s. 55 i nast.

nieruchomości i innych praw, podkreślając tym samym znaczenie, które przywiązuje się do takiego sposobu likwidacji masy upadłości⁷. Jeżeli sprzedaż przedsiębiorstwa upadłego jako całości nie jest możliwa ze względów ekonomicznych lub innych, można sprzedać zorganizowaną część przedsiębiorstwa (art. 318 ust. 1 pr. up.). Jeżeli sprzedaż przedsiębiorstwa upadłego jako całości albo zorganizowanej części nie jest możliwa ze względów ekonomicznych lub innych, można sprzedać zbiór rzeczy lub praw obciążonych zastawem rejestrowym, które wchodzi w skład przedsiębiorstwa (art. 318 ust. 2 zd. 2 pr. up.). W dalszej kolejności syndyk prowadzi sprzedaż pojedynczych składników masy upadłości.

Faza zarządzania majątkiem – prowadzenie przedsiębiorstwa upadłego

Z chwilą ogłoszenia upadłości syndyk zastępuje w prowadzeniu przedsiębiorstwa dłużnika⁸ dotychczasowy zarząd korporacyjny upadłego, wspólników prowadzących sprawę upadłej spółki czy samego upadłego będącego osobą fizyczną itp. W myśl art. 75 ust. 1 pr. up., jeżeli ogłoszono upadłość, upadły traci prawo zarządu oraz możliwość korzystania i rozporządzania mieniem wchodzącym do masy upadłości. Zgodnie z przywoływanym już wcześniej art. 173 pr. up. syndyk niezwłocznie obejmuje majątek upadłego, zarządza nim, zabezpiecza go przed zniszczeniem, uszkodzeniem lub zabránieniem go przez osoby postronne oraz przystępuje do jego likwidacji. W istocie rzeczy z chwilą ogłoszenia upadłości przedsiębiorstwo winno być prowadzone przez syndyka.

Prowadzenie przedsiębiorstwa upadłego nie jest głównym celem postępowania w przedmiocie likwidacji masy upadłości. Jest to raczej szczególny środek dla osiągnięcia celu, jakim jest likwidacja masy upadłości. Prowadzenie przedsiębiorstwa upadłego może odbywać się w dwóch formach. Po pierwsze, syndyk może

⁷ M. Poźniak-Niedzielska, *Sprzedaż przedsiębiorstwa bankowego w upadłości*, [w:] *Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga pamiątkowa ku czci prof. Ireneusza Weissa*, Kraków 2003, s. 230.

⁸ Szerzej na temat przedsiębiorstwa upadłego w ramach upadłości likwidacyjnej zob. R. Adamus, *Przedsiębiorstwo upadłego...*, *op. cit.*, s. 55 i nast.

wydzierżawić przedsiębiorstwo upadłego osobie trzeciej (art. 316 ust. 2 pr. up.)⁹. Po drugie, syndyk może prowadzić przedsiębiorstwo samodzielnie. Z punktu widzenia przesłanek, o których mowa w komentowanym przepisie, nie ma znaczenia, czy przedsiębiorstwo będzie prowadzone osobiście przez syndyka, czy zostanie przez niego wydzierżawione. Ustawodawca przyjął dwie pozytywne przesłanki dla dalszego prowadzenia postępowania upadłościowego. Po pierwsze, syndyk może prowadzić przedsiębiorstwo upadłego, jeżeli możliwe jest zawarcie układu z wierzycielami. Po drugie, syndyk może prowadzić przedsiębiorstwo upadłego, jeżeli możliwa jest sprzedaż przedsiębiorstwa upadłego w całości lub jego zorganizowanych części (art. 312 ust. 1)¹⁰. Przesłanki, o których mowa w art. 312 ust. 1 pr. up., odnoszą się do sytuacji, w której przedsiębiorstwo upadłego miałyby być prowadzone po upływie trzech miesięcy od daty ogłoszenia upadłości (art. 206 ust. 1 pkt 1 pr. up.). Do upływu wspomnianego okresu syndyk może prowadzić przedsiębiorstwo upadłego bez względu na okoliczności.

Sam fakt ogłoszenia upadłości przez sąd upadłościowy nie wstrzymuje automatycznie prowadzenia przedsiębiorstwa upadłego. Odnosząc się do dalszego prowadzenia przedsiębiorstwa upadłego, należy wskazać, że kontynuacja prowadzenia przedsiębiorstwa przez syndyka może mieć różny zakres: po pierwsze, prowadzenie przedsiębiorstwa w takim samym zakresie; po drugie, prowadzenie przedsiębiorstwa w zmniejszonym zakresie; po trzecie, prowadzenie przedsiębiorstwa w zwiększonym zakresie (np. gdy upadły w ramach prowadzonego przedsiębiorstwa wdrażał projekt i przed ogłoszeniem upadłości nie zdołał uruchomić produkcji w zakresie tego projektu).

Przepis art. 312 pr. up., co w zasadzie bezpośrednio wynika z jego brzmienia, należy odnosić także do prowadzenia zorganizowanej części przedsiębiorstwa. Innymi słowy, prowadzenie zorganizowanej części przedsiębiorstwa również wymaga ziszczenia się określonych w art. 312 ust. 1 pr. up. przesłanek merytorycznych. Zgodnie z art. 169 ust. 4 pr. up. syndyk prowadzący przedsiębiorstwo

⁹ Na temat dzierżawy przedsiębiorstwa upadłego zob. *ibidem*, s. 127 i nast.

¹⁰ Zob. szerzej *ibidem*, s. 57 i nast.

upadłego może prowadzić działalność wymagającą koncesji, licencji albo zezwolenia, chyba że co innego wynika z odrębnych ustaw.

Brak szczegółowych norm prawnych dla wyznaczenia konkretnej metodyki biznesowej

Likwidacja masy upadłości jest fragmentem postępowania sądowego, jakim jest postępowanie upadłościowe, zatem podlega ono istotnym rygorom o charakterze formalnym. W związku z tym, że prawo upadłościowe składa się z norm o charakterze materialnoprawnym, jak i norm o charakterze proceduralnym oraz ustrojowym, przepisy o likwidacji masy upadłości mają różny charakter prawny¹¹. Prowadzenie przedsiębiorstwa charakteryzuje się jednak pewną autonomią proceduralną. Przepis art. 312 ust. 2 pr. up. stanowi, że jeżeli syndyk prowadzi przedsiębiorstwo upadłego, powinien podjąć wszelkie działania zapewniające zachowanie przedsiębiorstwa co najmniej w niepogorszonym stanie. Regulacja ta nie zakazuje podejmowania czynności inwestycyjnych. W kontekście poruszanego problemu warto zwrócić uwagę na art. 257 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny¹², który w sferze ograniczonego prawa rzeczowego, jakim jest użytkowanie przedsiębiorstwa, przewiduje potrzebę czynności inwestycyjnych, „jeżeli użytkowanie obejmuje określony zespół środków produkcji, użytkownik może w granicach prawidłowej gospodarki zastępować poszczególne składniki innymi. Włączone w ten sposób składniki stają się własnością właściciela użytkowanego zespołu środków produkcji”.

Przedsiębiorstwo powinno być prowadzone według zasady *business judgement rule*. Syndyk upadłości powinien kierować się uwarunkowaniami biznesowymi przy prowadzeniu przedsiębiorstwa upadłego. Przepisy prawa upadłościowego nie są jednak vademecum biznesowym, ale ustaleniem reguł egzekucji generalnej. Nie ingerują one zatem w metodykę prowadzenia przedsiębiorstwa upadłego. Oczywiście metodyka przyjęta przez syndyka masy

¹¹ Zob. np. *idem*, *Miejsce Prawa upadłościowego i naprawczego w systemie prawa*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2011, nr 3, s. 16 i nast.

¹² Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 1610.

upadłości przy prowadzeniu przedsiębiorstwa upadłego nie może być sprzeczna z ogólnymi celami postępowania upadłościowego, wyrażonymi w art. 2 pr. up., którymi są: maksymalizacja zaspokojenia wierzycieli i zachowanie przedsiębiorstwa upadłego jako całości.

„Decyzja biznesowa” syndyka o dokonaniu inwestycji – przygotowanie tzw. testu inwestycyjnego

W procesie likwidacji masy upadłości centralną pozycję zajmuje syndyk masy upadłości. Syndyk prowadzi bezpośrednią likwidację (spieniężanie) aktywów upadłego. W płaszczyźnie prawa cywilnego syndyk zawiera umowy sprzedaży (w rozumieniu art. 535 i nast. k.c., niemniej z istotnymi modyfikacjami wynikającymi z przepisów prawa upadłościowego), których przedmiotem są składniki masy upadłości. Prawo upadłościowe w wielu swoich przepisach kwalifikuje czynności syndyka odnoszące się do likwidacji masy upadłości jako „sprzedaż” (zob. np. art. 310 ust. 1, art. 311 ust. 1, art. 313 ust. 1 i 2, art. 320 ust. 1 i 3, art. 321 ust. 1, art. 323, art. 326 pr. up.). Niemniej ustawodawca posługuje się także pojęciem „zbycie”, które jest szersze niż pojęcie „sprzedaż” (zob. art. 314 ust. 1, art. 315, art. 331 ust. 2, art. 332 pr. up.). W związku z tym, że czynności syndyka wiążą się z uzyskaniem ceny, bardziej trafnym określeniem wydaje się pojęcie „sprzedaży”. Niemniej w zakresie prowadzenia przedsiębiorstwa dłużnika nie realizuje się etap zbywania (likwidacji, sprzedaży) składników mienia masy upadłości. Jest to etap zarządzania składnikami mienia przeznaczonymi do zbycia.

Zarządzanie przedsiębiorstwem odbywa się na rachunek upadłego. Zgodnie z art. 160 ust. 1 pr. up. syndyk dokonuje czynności z zakresu likwidacji masy upadłości „na rachunek upadłego, lecz w imieniu własnym”¹³. W związku z ogłoszeniem upadłości

¹³ Na temat statusu prawnego syndyka zob. np. P. Feliga, *Stanowisko prawne syndyka w procesie dotyczącym masy upadłości*, Warszawa 2013, s. 35 i nast.; I. Gil, *Sytuacja prawna syndyka...*, op. cit., s. 152; M. Koenner, *Syndyk masy upadłości*, Sopot 1999, s. 31 i nast.; K. Korzan, *Syndyk masy upadłości*, „Radca Prawny” 1993, nr 2, s. 22 i nast.; G. Harla, *Syndyk masy upadłości w polskim prawie cywilnym (materialnym i procesowym)*, Warszawa 2007, s. 117 i nast.; idem, *Organy postępowania upadłościowego a organy postępowania*

likwidacyjnej upadły nadal jest podmiotem praw wchodzących w skład jego majątku. Skutkiem ogłoszenia upadłości likwidacyjnej bynajmniej nie jest wyłączenie upadłego, choć zarówno prawo własności upadłego (art. 140 pr. up.), jak i inne prawa zostają mocno ograniczone w przepisach prawa upadłościowego. Upadły ograniczony jest przede wszystkim w możliwości rozporządzania swoim majątkiem (art. 75 ust. 1 pr. up.). Kompetencje te upadły traci na rzecz syndyka (art. 173 pr. up.). Z chwilą ogłoszenia upadłości likwidacyjnej upadły staje się „nie działającym właścicielem”, a syndyk „działającym niewłaścicielem”. Innymi słowy, typowe atrybuty prawa własności składników majątkowych¹⁴ ulegają rozdzieleniu pomiędzy upadłego (dotychczasowego właściciela) i syndyka.

Należy podnieść, że w przypadku upadłych będących jednostkami organizacyjnymi posiadającymi różne organy względem syndyka nie mają zastosowania jakiegokolwiek ograniczenia korporacyjne dotyczące czynności mającej za przedmiot składniki masy upadłości, albowiem upadły traci prawo zawiadywania masą upadłości na rzecz syndyka. Zgodnie z art. 75 ust. 1 pr. up. w przypadku ogłoszenia upadłości upadły traci prawo zarządu oraz możliwość korzystania i rozporządzania mieniem wchodzącym do masy upadłości. Z kolei czynności prawne upadłego dotyczące mienia upadłego, wobec którego upadły utracił prawo zarządu, są nieważne (art. 77 ust. 1 pr. up.). Uznać należy, że pod pojęciem „upadły” kryje się nie tylko zarząd osoby prawnej (innej jednostki organizacyjnej), ale

cywilnego w ujęciu systemowym, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 4, s. 18–26; P. Sobolewski, *Skutki umorzenia postępowania upadłościowego dla postępowań z udziałem syndyka*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 10, s. 75 i nast.; J. Pałys, *Syndyk masy upadłości – pozycja ustrojowa*, „Prawo Spółek” 2000, nr 3, s. 37 i nast.; B. Jochemczyk, *Odpowiedzialność odszkodowawcza syndyka masy upadłości*, „Prawo Spółek” 2004, nr 10, s. 39 i nast.; A. Hrycaj, *Syndyk masy upadłości*, Poznań 2006, s. 29 i nast.; A. Jarocho, I. Pietrzak, M. Sachajko, *Analiza porównawcza instytucji nadzorca sądowego, syndyka masy upadłości i zarządcy przymusowego przedsiębiorstwa*, „Prawo Spółek” 2005, nr 10, s. 53 i nast.; A. Pokora, *Stanowisko prawne syndyka masy upadłości*, „Rejent” 1997, nr 7–8, s. 197 i nast.

¹⁴ Co do atrybutów prawa własności zob. np. P. Machnikowski, [w:] *Prawo rzeczowe*, red. T. Dybowski, wyd. 2, „System Prawa Prywatnego” t. 3, Warszawa 2007, s. 13 i nast.

także inne organy statutowe upadłego (np. rada nadzorcza, komisja rewizyjna, zgromadzenie wspólników, walne zgromadzenie akcjonariuszy itp.). Konsekwentnie podkreślić należy, że syndyk nie jest związany żadnymi statutowymi ograniczeniami dla zarządu spółki co do podejmowania określonych czynności.

Prawo upadłościowe pozwala na postawienie tezy, że prowadzenie przedsiębiorstwa upadłego ma charakter zjawiska autonomicznego na tle problemu likwidacji masy upadłości. O ile przy sprzedaży likwidacyjnej syndyk zachowuje paradygmat organu egzekucji generalnej i podlega ścisłym procedurom prawa upadłościowego, o tyle przy prowadzeniu przedsiębiorstwa upadłego prawo upadłościowe nie narzuca żadnej konkretnej metodyki biznesowej prowadzenia tego przedsiębiorstwa, pozostawia zatem syndykowi pewną swobodę decyzyjną, byleby zarządzanie ze strony syndyka było zgodne z ogólnymi celami postępowania. Generalnie nie ma zakazu dokonywania czynności inwestycyjnych, w tym nabywania nieruchomości przez syndyka prowadzącego przedsiębiorstwo, jeżeli inwestycja jest uzasadniona celami prowadzenia tego przedsiębiorstwa. Badanie biznesowej zasadności decyzji inwestycyjnej może mieć miejsce, jeżeli czynność nie została zakazana do podjęcia przez sędziego komisarza (tzw. weryfikacja negatywna) i nie ma zagrożenia dla utrzymania zgody dla prowadzenia przedsiębiorstwa przez syndyka.

Przed podjęciem decyzji przez syndyka masy upadłości w sprawie dokonania czynności inwestycyjnej warto przygotować odpowiedni test inwestycyjny odpowiadający na odpowiednie pytania dotyczące zasadności i celowości inwestycji w konkretnym przypadku. Celem testu inwestycyjnego jest udzielenie odpowiedzi na pytanie o zasadność dokonania czynności inwestycyjnej. Test inwestycyjny powinien sporządzić syndyk. W szczególnie skomplikowanych sytuacjach test inwestycyjny może opierać się na ekspertyzach, np. technologicznej, technicznej, biznesowej czy prawnej. Test inwestycyjny sporządzany byłby dla organów i uczestników postępowania upadłościowego. Jego sensem jest wytłumaczenie motywów zachowania syndyka.

Należałoby rekomendować, aby był to test sporządzany *ex ante*. Niemniej może być to również test sporządzony po dokonaniu

czynności inwestycyjnej. Z formalnego punktu widzenia mógłby on stanowić załącznik do sprawozdań składanych cyklicznie przez syndyka. W związku z tym, że test inwestycyjny jest instytucją wynikającą z potrzeb praktyki, trudno wprowadzać katalog obligatoryjnych czy fakultatywnych elementów tego testu. Ten fakultatywny dokument prywatny powinien zawierać takie dane, aby merytorycznie spełniał swój cel.

Należałoby udzielić odpowiedzi na pytanie, czy inwestycja jest zgodna z zasadami prawidłowego gospodarowania powierzonym majątkiem, w tym – czy jest zgodna z zasadą *business judgement rule*. Kluczowe będzie ustalenie, czy model postępowania starannego zarządcy mieniem uzasadnia podjęcie takiej inwestycji. Należy ocenić, czy skutki zaniechania inwestycji będą niekorzystne. Z pewnością ma znaczenie okoliczność, czy inwestycja byłaby dokonana na korzystnych warunkach finansowych.

Niemniej zbadanie samego poziomu ogólnej zasadności biznesowej decyzji nie jest wystarczające. Należy ustalić, czy inwestycja nie naruszy celów postępowania upadłościowego, jakimi są maksymalizacja zaspokojenia wierzycieli i zachowanie przedsiębiorstwa w całości. Test inwestycyjny powinien odnosić się do okoliczności, czy wykonanie inwestycji nie spowoduje przewlekłości w postępowaniu upadłościowym. Test powinien wykluczać ryzyko, że podjęcie inwestycji nie zablokuje w sposób nieuzasadniony możliwości szybkiego zaspokojenia wierzycieli. Test powinien wskazywać, czy i w jaki sposób wykonanie inwestycji wpłynie pozytywnie na możliwość uzyskania większej ceny zbycia za przedsiębiorstwo upadłego.

W dalszej kolejności należałoby zarekomendować wykluczenie w ramach testu, że inwestycja nie wiąże się z żadnym podwyższonym ryzykiem gospodarczym. W teście inwestycyjnym warto podjąć wątek, czy inwestycja ma, a jeżeli tak, to jaki konkretny efekt w postaci pozyskania oszczędności w działalności przedsiębiorstwa upadłego. Dalej w teście powinno się odnieść do tego, czy inwestycja jest gospodarczo uzasadniona z uwagi na konkretne i doniosłe potrzeby przedsiębiorstwa upadłego i czy nie jest wyłącznie czynnością z zakresu spekulacji. Ważnym elementem testu będzie wykazanie, czy inwestycja nie jest przewidziana wyłącznie dla znacznego ulepszenia przedsiębiorstwa upadłego (innymi słowy, należałoby

wykluczyć zarzut, że syndyk wchodzi w rolę nabywcy przedsiębiorstwa; nie działa wyłącznie na korzyść nabywcy przedsiębiorstwa).

Istotne będzie sprawdzenie zasadności inwestycji z uwagi na kryterium proporcjonalności. Test powinien wykazywać, czy wykonanie inwestycji pozostaje w odpowiedniej proporcji w odniesieniu do innych typowych miesięcznych (okresowych) wydatków syndyka na prowadzenie przedsiębiorstwa upadłego. Z testu powinno wynikać, czy skala inwestycji pozostaje w rozsądnej i proporcjonalnej relacji względem wartości całego przedsiębiorstwa. W teście inwestycyjnym nie może zabraknąć stwierdzenia, czy syndyk posiada odpowiednie finansowanie na wykonanie inwestycji. Należy rekomendować ustalenie, czy nie ma ryzyka nabycia przedmiotu inwestycji z wadami fizycznymi, czy prawnymi.

Syndyk przy czynnościach z zakresu likwidacji masy upadłości może posługiwać się ze względów organizacyjnych różnymi ciałami pomocniczymi nieuregulowanymi w ustawie, np. komisją ds. likwidacji masy upadłości, w skład której może wchodzić np. księgowy, radca prawny, rzeczoznawca majątkowy itp. Ciała takie nie mogą jednak ani przejmować kompetencji syndyka, ani go zastępować w jego ustawowych obowiązkach. Mają one uprawnienia pomocniczo-doradcze. Jeżeli w związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa potrzebne jest dokonanie pewnych czynności inwestycyjnych, można zasugerować powołanie takiej komisji celem jej oficjalnej i formalnej rekomendacji co do przedsięwzięć inwestycyjnych. Syndyk nie będzie związany taką rekomendacją, niemniej będzie posiadał stanowisko merytoryczne osób zaangażowanych w proces produkcyjny, które może być uzasadnieniem dla podejmowanych przez syndyka decyzji.

Rola sędziego-komisarza w procesie likwidacji masy upadłości

Jak wskazano powyżej, centralną funkcję w procedurze likwidacji masy upadłości pełni syndyk masy upadłości. Niemniej syndyk podlega nadzorowi ze strony sędziego-komisarza¹⁵ i rady wierzycieli.

¹⁵ Na temat pozycji prawnej sędziego-komisarza zob. np. W. Pokora, *Kilka uwag na temat pozycji prawnej sędziego-komisarza w postępowaniu upadło-*

Można postawić tezę, że do syndyka należy tzw. sfera działalności operacyjnej, a do sędziego-komisarza i rady wierzycieli sfera kompetencji nadzorczych i decyzyjnych w wybranych, ważniejszych zagadnieniach. W tej kwestii toczyła się ożywiona polemika co do ewentualnego przemodelowania kompetencji sędziego-komisarza i rady wierzycieli na rzecz zwiększenia kompetencji tej ostatniej. Sprawa jest jednak dyskusyjna. Podnosi się argument, że sędzia-komisarz jest urzędnikiem, nie ma przygotowania biznesowego, dlatego *de lege ferenda* powinno nastąpić ograniczenie władztwa sędziego-komisarza. Niemniej rady wierzycieli, jak pokazują doświadczenia praktyczne, nie zawsze są ciałem wydolnym, ich działanie niesie za sobą ryzyko uprzywilejowania silniejszych grup wierzycieli, którzy mają swoje przedstawicielstwo w radzie, jej członkowie nie zawsze mają tak duże doświadczenie w sprawach upadłościowych, jakie posiada sędzia-komisarz. Wprowadzenie w tym zakresie zmian wymaga zatem rozważy, a ponadto ostateczna kontrola rozstrzygnięć rady wierzycieli zawsze powinna należeć do sędziego-komisarza.

Zgodnie z treścią art. 152 ust. 1 pr. up. sędzia-komisarz kieruje tokiem postępowania, sprawuje nadzór nad czynnościami syndyka, oznacza czynności, których syndykowi nie wolno wykonywać bez jego zezwolenia lub bez zgody rady wierzycieli, jak również zwraca uwagę na popełnione przez nich uchybienia. Sędzia-komisarz posiada zatem generalną kompetencję do oznaczenia czynności, których syndyk nie można podjąć samodzielnie w ramach likwidacji masy upadłości. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na wyrok SN – Sądu Dyscyplinarnego z dnia 29 czerwca 2007 r., SNO 39/07¹⁶, zgodnie z którym „czynności sędziego-komisarza o charakterze nadzorczym mają na celu ochronę interesów wierzycieli i innych podmiotów dotkniętych upadłością. Tym bardziej, sędzia-komisarz nie powinien dopuścić do tego, by jego działania lub zaniechania działały na szkodę wierzycieli upadłego”.

W przywołanym orzeczeniu położono nacisk na kwestię staranności, z jaką winien działać sędzia-komisarz. Ponadto sędzia-komisarz

ściowym, [w:] *Institucje prawa upadłościowego i naprawczego*, red. A. Witosz, Katowice 2006, s. 124 i nast.

¹⁶ OSNSD 2007, nr 1, poz. 56.

posiada szereg konkretnych kompetencji w ramach likwidacji masy upadłości wynikających z treści ustawy. Co bardzo istotne, sędzia-komisarz posiada kompetencję, na zasadach ogólnych, do uchylecia każdej uchwały rady wierzycieli w przedmiocie likwidacji masy upadłości, jeżeli uchwała jest sprzeczna z prawem albo narusza dobre obyczaje (art. 210 pr. up.). W konsekwencji w obecnym modelu prawnym ostateczna weryfikacja rozstrzygnięć co do likwidacji masy upadłości należy do sędziego-komisarza. Ponadto, gdyby w sprawach likwidacji masy upadłości wypowiadało się zgromadzenie wierzycieli, wówczas sędzia-komisarz posiada kompetencję do uchylenia uchwały zgromadzenia wierzycieli, jeżeli jest sprzeczna z prawem, dobrymi obyczajami albo rażąco narusza interes wierzyciela, który głosował przeciw uchwale (art. 200 pr. up.). Sędzia-komisarz posiada bowiem także tzw. kompetencje zastępcze. Po pierwsze, sędzia-komisarz przejmuje *ex lege* wszelkie kompetencje rady wierzycieli, jeżeli ta nie została w danym postępowaniu ustanowiona (art. 213 ust. 1 pr. up.). Po drugie, sędzia-komisarz przejmuje kompetencje rady wierzycieli, jeżeli ta nie wykona ich w terminie wyznaczonym przez sędziego-komisarza (art. 213 ust. 2 pr. up.).

Istotną rolę w sprawach związanych z likwidacją masy upadłości pełni rada wierzycieli¹⁷. Rada wierzycieli jest ciałem kolegiальnym (art. 202 pr. up.) działającym co do zasady *in corpore*. W obecnym kształcie ustawy rada wierzycieli nie jest ciałem obligatoryjnym, nie musi być powoływana w każdym postępowaniu upadłościowym (art. 201 pr. up.). Wierzyciel może nie przyjąć obowiązków w radzie wierzycieli (art. 202 ust. 3 pr. up.). Rada wierzycieli, z uwagi na jej ograniczony skład osobowy, jest ciałem przedstawicielskim (art. 202 ust. 1 pr. up.). Radę wierzycieli ustawodawca traktuje jako zinstytucjonalizowaną reprezentację wierzycieli w postępowaniu upadłościowym, występującą obok zgromadzenia wierzycieli. Zgodnie z art. 205 ust. 1 zd. 2 pr. up. rada wierzycieli przy wykonywaniu swoich obowiązków powinna kierować się interesem ogółu wierzycieli. Z uwagi na istnienie różnych grup interesu w postępowaniu upadłościowym dobór członków rady wierzycieli ma istotne

¹⁷ Na temat rady wierzycieli por. np. R. Adamus, *Rada wierzycieli w postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu z zarządem własnym*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 18, s. 1003 i nast.

znaczenie. Rada wierzycieli posiada kompetencje stanowiące, opiniujące i kontrolne. Co ważne, rada wierzycieli nie ma przyznanego „domniemania kompetencji”. Jeżeli jakaś kompetencja nie została wprost przyznana radzie wierzycieli, to jej po prostu nie ma.

Rada wierzycieli posiada ogólną kompetencję w zakresie kontroli czynności syndyka (art. 205 ust. 1 pr. up.). Swoje kompetencje kontrolne rada wierzycieli może wykonywać także w zakresie czynności syndyka obejmujących likwidację masy upadłości. Rada wierzycieli może żądać od syndyka wyjaśnień, a także może badać księgi i dokumenty dotyczące upadłości (art. 205 ust. 3 pr. up.). Z czynności kontroli działalności syndyka rada wierzycieli składa sprawozdania sędziemu-komisarzowi. Rada wierzycieli posiada kompetencje do wyrażania swojej opinii m.in. w sprawach dotyczących masy upadłości, jeżeli tego zażąda sędzia-komisarz i syndyk (art. 205 ust. 1 pr. up.). Rada wierzycieli *in corpore*, ale także każdy z członków rady wierzycieli, może przedstawić sędziemu-komisarzowi swoje uwagi o działalności syndyka dotyczące m.in. likwidacji masy upadłości (art. 205 ust. 2 pr. up.). Rada wierzycieli zezwala na dalsze prowadzenie przedsiębiorstwa upadłego ponad okres trzech miesięcy liczony od dnia ogłoszenia upadłości (art. 206 ust. 1 pkt 1 pr. up.). Rada wierzycieli wyraża zgodę na sprzedaż praw i wierzytelności (art. 206 ust. 1 pkt 3 pr. up.). Rada wierzycieli posiada kompetencję do wyrażenia zgody na inną formę poszukiwania nabywcy wierzytelności lub praw majątkowych niż aukcja lub przetarg (art. 334 ust. 2 pr. up.). Rada wierzycieli posiada przyznanych jej wprost w ustawie żadnych kompetencji do decydowania o czynnościach inwestycyjnych syndyka.

Podsumowanie

W ramach prawidłowego prowadzenia przedsiębiorstwa upadłego, podejmowanego z należytą starannością w rozumieniu art. 179 pr. up., syndyk może dokonać czynności inwestycyjnej, w tym nawet polegającej na zakupie nieruchomości potrzebnej dla prowadzenia tego przedsiębiorstwa. Syndyk powinien dysponować uzasadnieniem gospodarczym dla takiej decyzji biznesowej z poszanowaniem

ogólnych zasad postępowania upadłościowego wyrażonych w treści art. 2 pr. up. Prowadzenie przez syndyka przedsiębiorstwa ma charakter autonomiczny na gruncie przepisów o likwidacji masy upadłości. Przepisy prawa upadłościowego nie wprowadzają *vide* *demecum* dla konkretnego sposobu prowadzenia działalności tego przedsiębiorstwa. Syndyk powinien kierować się zasadą *business judgement rule*. O zamiarze dokonania czynności inwestycyjnej w postaci nabycia nieruchomości należałoby powiadomić sędziego-komisarza z uwagi na jego pozycję w postępowaniu upadłościowym (art. 152 ust. 1 pr. up.).

Rada wierzycieli nie posiada ustawowej kompetencji do wyrażania zgody na dokonanie licznosci inwestycyjnej przez syndyka masy upadłości, w tym na nabycie nieruchomości. Z kolei nie korzysta ona z domniemania kompetencji. Dla wykonania czynności inwestycyjnej przez syndyka masy upadłości (także w postaci nabycia nieruchomości) nie ma potrzeby zwołania zgromadzenia wierzycieli. Na dokonanie czynności inwestycyjnej w postaci nabycia nieruchomości syndyk nie musi uzyskiwać zgody reprezentanta upadłego. Syndyk nie jest związany postanowieniami umów spółek/statutów przewidujących obowiązek uzyskania zgody korporacyjnej jej organów na nabycie nieruchomości do upadłej spółki. Syndyk nie jest związany także ustawowymi kompetencjami do współdecydowania przez organ nadzorczy i właścicielski spółki kapitałowej w upadłości. Nabycie nieruchomości przez syndyka masy upadłości do przedsiębiorstwa upadłego nie będzie stało na przeszkodzie ustawowej procedurze zbycia przedsiębiorstwa upadłego. Składniki przedsiębiorstwa upadłego podlegające zbyciu w ramach postępowania upadłościowego mogą pochodzić zarówno z czynności upadłego, jak i z czynności syndyka.

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 1610).

Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1520 ze zm.).

Orzecznictwo

Wyrok SN – Sądu Dyscyplinarnego z dnia 29 czerwca 2007 r., SNO 39/07, OSNSD 2007, nr 1, poz. 56.

Literatura

- Adamus R., *Likwidacja masy upadłości. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2014.
- Adamus R., *Liquidation of the Bankruptcy Estate in Poland*, „Bratislava Law Review” 2020, vol. 4, no. 1, s. 115–130.
- Adamus R., *Miejsce Prawa upadłościowego i naprawczego w systemie prawa*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2011, nr 3, s. 16–22.
- Adamus R., *Prawo nie zakazuje wszystkich inwestycji syndykowi*, 21.09.2023, prawo.pl/biznes/prawo-nie-zakazuje-inwestycji-syndykowi,523022.html [dostęp: 21.09.2023].
- Adamus R., *Przedsiębiorstwo upadłego w upadłości likwidacyjnej*, Warszawa 2011.
- Adamus R., *Rada wierzycieli w postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu z zarządem własnym*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 18, Legalis.
- Adamus R., *Życie po życiu spółki kapitałowej*, „Jurysta” 2010, nr 1, s. 51–55.
- Cieślak S., *Fundusze masy upadłości – postępowanie podziałowe. Komentarz*, Warszawa 2004.
- Feliga P., *Stanowisko prawne syndyka w procesie dotyczącym masy upadłości*, Warszawa 2013.
- Gil I., *Sytuacja prawna syndyka masy upadłości*, Warszawa 2006.
- Harla G., *Organy postępowania upadłościowego a organy postępowania cywilnego w ujęciu systemowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 4, s. 18–26.
- Harla G., *Syndyk masy upadłości w polskim prawie cywilnym (materialnym i procesowym)*, Warszawa 2007.
- Hrycaj A., *Syndyk masy upadłości*, Poznań 2006.
- Jakubecki A., [w:] *idem*, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2010, Lex/el.
- Jarocho A., Pietrzak I., Sachajko M., *Analiza porównawcza instytucji nadzorca sądowego, syndyka masy upadłości i zarządcy przymusowego przedsiębiorstwa*, „Prawo Spółek” 2005, nr 10.
- Jochemczyk B., *Odpowiedzialność odszkodowawcza syndyka masy upadłości*, „Prawo Spółek” 2004, nr 10.
- Kidyba A., *Handlowe spółki osobowe*, wyd. 3, Warszawa 2010.
- Koenner M., *Syndyk masy upadłości*, Sopot 1999.

- Kopaczyńska-Piezeniak K., *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, wyd. 2, Warszawa 2010.
- Korzan K., *Syndyk masy upadłości*, „Radca Prawny” 1993, nr 2.
- Machnikowski P., [w:] *Prawo rzeczowe*, red. T. Dybowski, wyd. 2., „System Prawa Prywatnego” t. 3, Warszawa 2007, Legalis.
- Michalski M., [w:] *Prawo spółek kapitałowych*, red. S. Sołtysiński, „System Prawa Prywatnego” t. 17A, Warszawa 2010, Legalis.
- Michalski M., [w:] *Prawo spółek kapitałowych*, red. S. Sołtysiński, „System Prawa Prywatnego”, t. 17B, Warszawa 2010, Legalis.
- Pałys J., *Syndyk masy upadłości – pozycja ustrojowa*, „Prawo Spółek” 2000, nr 3.
- Pokora A., *Stanowisko prawne syndyka masy upadłości*, „Rejent” 1997, nr 7–8, s. 191–206.
- Pokora W., *Kilka uwag na temat pozycji prawnej sędziego-komisarza w postępowaniu upadłościowym*, [w:] *Institucje prawa upadłościowego i naprawczego*, red. A. Witosz, Katowice 2006.
- Poźniak-Niedzielska M., *Sprzedaż przedsiębiorstwa bankowego w upadłości*, [w:] *Studia z prawa prywatnego gospodarczego. Księga pamiątkowa ku czci prof. Ireneusza Weissa*, Kraków 2003.
- Sobolewski P., *Skutki umorzenia postępowania upadłościowego dla postępowań z udziałem syndyka*, „Przegląd Sądowy” 2008, nr 10.
- Sołtysiński S., *Spółka akcyjna*, wyd. 2, Warszawa 2010.
- Sołtysiński S., [w:] *Prawo spółek osobowych*, red. A. Szajkowski, „System Prawa Prywatnego”, t. 16, Warszawa 2016, Legalis.
- Witosz A., *Rozwiązanie i likwidacja spółek handlowych*, Warszawa 2011.
- Zedler F., *Prawo upadłościowe i naprawcze w zarysie*, Kraków 2004.

Streszczenie

Problem dopuszczalności dokonania czynności inwestycyjnej przez syndyka masy upadłości prowadzącego przedsiębiorstwo upadłego

Przedmiotem niniejszego opracowania jest zagadnienie czynności inwestycyjnych dokonywanych przez syndyka masy upadłości. Syndyk jest zobowiązany do zachowania przedsiębiorstwa upadłego w stanie niepogorszonym. Syndyk prowadzi egzekucję generalną z majątku upadłego celem jak najbardziej efektywnego zaspokojenia wierzycieli. Nie można jednak z góry wykluczyć dopuszczalności czynności inwestycyjnej syndyka, jeżeli spełnia ona obiektywne kryteria celowości ekonomicznej. W związku z tym, że ambicją tego artykułu jest rozwią-

zanie pewnego problemu prawnego, zaproponowana została instytucja testu inwestycyjnego, aby uzasadnić celowość dokonywania przez syndyka czynności inwestycyjnych. Test taki powinien być przygotowany, aby uniknąć wątpliwości co do potrzeby dokonania czynności inwestycyjnej w toku postępowania upadłościowego. Wiodącym kryterium jest kryterium celowości ekonomicznej.

Słowa kluczowe: syndyk masy upadłości, przedsiębiorstwo upadłego, likwidacja przedsiębiorstwa upadłego, prowadzenie przedsiębiorstwa upadłego, czynność inwestycyjna

Abstract

The problem of the admissibility of carrying out an investment activity by the bankruptcy trustee running the bankrupt's enterprise

This solution is an electrical solution that is used by the bankruptcy trustee. A trustee is a solution to keep a bankrupt enterprise intact. The trustee conducts general enforcement of the bankrupt's debt to the highest possible satisfaction. However, it is not possible to allow in advance the admissibility of functional activities that meet the criteria of economic desirability. Because the ambition of this article is to solve a certain problem there is a proposal of the testing institution to justify the advisability of the device by the functional trustee. Such a test should be used to exclude doubts about the performance of activities during bankruptcy proceedings. The leading one is compliance with economic expediency.

Key words: bankruptcy trustee, liquidation of a bankrupt enterprise, bankrupt enterprise, investment function

Aleksandra Partyk

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University

orcid.org/0000-0003-3196-6601

apartyk@afm.edu.pl

Reconsidering a civil case in the same court composition when the decision making in the case may be problematic¹

Introduction

The lofty concept stating that judgments pronounced in the name of the law should not be tainted by error does not always match reality. Judges are not infallible even if they tried each and every day to equal Dworkin's Hercules in adjudication. As E. Łętowska, Constitutional Tribunal of Poland judge emeritus, and K. Pawłowski pointed out, Hercules „is in every judge at least once in their life time, once in a while”². Sometimes it happens so, however, that a judge makes a mistake which is spotted in the course of appellate review and as a result the court case is considered once again going back to its very beginning.

While more often than not judicial activities undertaken by the holders of judicial authority are characterised by the highest honesty and consideration, the decisions they pronounce are

¹ Preparation of the article was financed under the project *Motivational basis of law. Contemporary interpretation of Leon Petrażycki's theory* (grant: National Science Centre, Poland, 2019/33/B/H55/01521).

² E. Łętowska, K. Pawłowski, *O prawie i o mitach*, Warszawa 2014, p. 154.

not always deemed correct in the course of the appellate review. There are also instances when because of an error or an oversight a decision issued by the court cannot withstand. Here the possibility to correct judgements by a court of higher instance – which examines decisions issued by courts – becomes of crucial significance. This is exactly the purpose which functioning of at least two-instance court proceedings serves. And so it is not very seldom when a higher instance court sees the need to issue a cassation judgment³. In such a situation court proceedings ought to be conducted again – starting from the very beginning – by the lower instance court.

Regarding the current state of legislation within Polish civil procedure a controversial regulation has been implemented according to which in such a situation, after the contested judgement is set aside, the case should – in principle – be adjudicated by the same judge (or judging panel)⁴. This is the problem I dedicate my study to. I will focus on the regulation functioning within Polish procedural law regarding civil proceedings. I will also point out the procedural aspects of adjudicating by the lower instance court after a decision to set aside the judgment is issued.

This problem can be analysed from various perspectives⁵. I will deliberate on whether adjudicating such cases does not become a source of discomfort for judges. I would also like an important question to be acknowledged, namely if a judge who has already

³ A cassation judgment or decision (Polish: *wyrok kasatoryjny*) contrary to an amending judgment, which modifies a court decision issued previously (Polish: *wyrok reformatoryjny*), leads to the elimination (annulment, cancellation) of the previously issued judgment; it may result in the necessity for the case to be heard again by the court of lower instance.

⁴ This solution was introduced as part of a really substantial amendment to Polish civil procedural law which took place in 2019. Polish civil procedural law, similarly to other branches of law, is subject to constant modifications.

⁵ Some controversies surrounding the regulation in question were previously discussed in my article: A. Partyk, *Should the same judge hear over again a case when it is referred back for reconsideration? Comments on new version of article 386 § 5 of Polish Civil Procedure Code*, "The Journal of Legal and Administrative Studies" 2019, no. 2, pp. 7–23. In the current paper I expand on some themes that were only mentioned in the 2019 paper.

decided on a case once should adjudicate it again, even if they have presented a particular evaluation of evidence, in the situation when taking the appellate court's recommendations into account the said judge is supposed to alter their previous findings.

Under Polish law the court hearing a case is bound by the legal assessment presented by the court of appeal. It is noted, nevertheless, that apart from such an assessment the reasoning presented by the court of appeal could include some formally non-binding guidelines concerning other matters, in particular regarding evaluation of evidence and findings of fact. And so a situation could take place when a judge who earlier presented a particular evaluation of the evidence in a case, is supposed to evaluate the evidence differently, contrary to their previous evaluation, yet in conformity with the court of appeal's expectations, when he or she re-examines the case. As considering the case again and pronouncing a judgment that takes into account the recommendations given by the court of appeal, the judge might issue a decision going against their beliefs which were previously pronounced. And this is what could make deciding such a court case particularly problematic for the judge.

As part of my research work recently I have conducted several interviews with judges. Most of them spoke anonymously. The conversations related to topics from the interface between law and psychology, in particular to judges' intuition and emotions which accompany adjudicating⁶. In the paper I will present selected statements given by these judges regarding the issues surrounding adjudicating a case after the judgment was set aside by a court of higher instance. The vast majority of statements presented in this article come from interviews which were part of a research project called 'Emotions in adjudication'⁷. 6 judges and one trainee judge (Polish: *asesor sądowy*) participated in these

⁶ See also: *eadem*, *Czy sędziowie mają intuicję? Przyczynek do rozważań o sędziowskich mechanizmach decyzyjnych*, Sosnowiec 2023.

⁷ The research was conducted during February and March 2022. More information and analyses are presented in the article: *eadem*, *Sędziowie o emocjach – rozważania w świetle badań empirycznych*, [in:] *Emocje i motywacja w prawie. Wybrane aspekty*, red. J. Stanek, Kraków 2022, pp. 41–73.

conversations⁸. My interlocutors hear civil cases. One of them adjudicates in a court of appeal⁹.

For the purpose of this article I will focus on the question related to the evaluation of the regulation in the light of which after a judgment is set aside the case is considered again by the court composed of the same individuals. When I asked myself this question some time ago, I wanted to find out how different judges may comment on this issue. That led me to embark on my empirical research which I will expand on later. Before I do that, however, I will present concise information on Polish legal regulations regarding civil court cases.

Basic regulations regarding hearing appeals in civil cases

Under Polish law from the perspective of adjudicating civil cases the act of 17th November 1964 Polish Civil Procedure Code¹⁰ [hereinafter: CPC] is of crucial significance. The Polish legislator stipulated that civil procedure is a two-instance procedure. One can file an appeal against a decision of the first instance court (a regional or a district court) with a district court or a court of appeal. The court of appeal examines not only the appeal, but also the court case itself. Pursuant to art. 386 § 2 CPC once the invalidity of the proceedings is recognized the second instance court sets aside the ruling which was contested, revokes the proceedings to the extent they are affected by invalidity and refers the case back to the first instance court for it to be heard once again. Furthermore, the second instance court may set aside the judgment under appeal and hand the case back for it to be heard again if the first instance if the court failed to recognize the merits of the case or when deciding the case requires conducting the entire evidentiary hearing (art. 386 § 4 CPC).

⁸ The research comprised dozens of anonymous surveys as well, this article does not discuss them, however.

⁹ The judges I spoke to adjudicate in different courts.

¹⁰ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 r., nr 43, poz. 296 ze zm.).

De lege lata pursuant to art. 386 § 5 CPC once the judgment is set aside and the case is referred to be adjudicated again, the case is heard by the same judges unless it is not possible or would result in an excessive delay to the proceedings. This regulation came into force on the 7th of November 2019. Under previous legal circumstances once a judgment was set aside and the case was referred to be heard again it was imperative that the case be adjudicated by a different judge or judging panel. And so when the case was heard again it was decided by a panel comprising individuals who did not hold well-formed opinions on the matter. Nowadays, however, things are different. Such a case is to be – in principle – adjudicated by the very judge (or judges) who decided it previously and whose decision was set aside. Under current legal circumstances the legislator only as an exception allows for a situation when a different judge adjudicates the case. It is acceptable when it is impossible for the case to be heard by the panel composed of the same judges or it would result in an excessive delay to the proceedings.

As it appears from the reasoning to the draft of the act amending the Polish Civil Procedure Code, the amendment to art. 386 § 5 CPC will result in that “the consequences of mistakes in the form of additional workload will be suffered by the same judge who made the mistake – what firstly, should be considered as fair, and secondly, will be a motivation to carry out the proceedings diligently”¹¹. The above solution may therefore be treated as some inconvenience intended by the legislator for the judge who pronounced a decision which was later set aside. This solution, nevertheless, has been subject to criticism across literature. M. Michalska-Marciniak, for instance, pointed out that “the institution was used to achieve goals which have little to do with the essence of the problem of shaping up the composition of the first instance

¹¹ Reasons for the draft of the Act of the 13th of July 2019 on amendments to the Act: Civil Procedure Code and other selected acts (Polish: Uzasadnienie projektu ustawy z 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw).

court¹² once a court of appeal decides that a judgment is subject to setting aside and the case is referred back to be reheard. Since the composition of the court is supposed to guarantee independence and impartiality.

What is crucial is that pursuant to art. 386 § 6 CPC the legal assessment presented in the reasoning for the decision of the second instance court is binding both for the court to which the case was referred and for the second instance court should it hear the case again. It does not apply, though, when legal or factual circumstances have changed or if the Supreme Court in a resolution adjudicating a legal problem expressed a dissimilar legal opinion. Here a statement by T. Wiśniewski needs to be quoted, saying, "binding courts of both first and second instance regarding rehearing cases was limited solely to the legal opinion expressed in the reasoning for the second instance court judgement"¹³. Following the decision of the 13th of January 2016 by the Court of Appeal in Warsaw, I ACa 154/15 one should point out that a legal assessment is a legal opinion issued by the second instance court and constitutes the so-called 'judgement on the law' (Polish: *osądzenie co do prawa*).

Being bound by a legal assessment does not mean, however, that while adjudicating the case again the lower instance court content themselves with legal considerations only. More often than not evidentiary proceedings are carried out. And although under the current legal circumstances the court rehearing the case is not directly bound by the recommendations from the higher instance court regarding the methodology of running the proceedings, such a situation cannot be ruled out.

Since as T. Wiśniewski remarked:

for if, for instance, the court of second instance, allowing the appeal, admit that the plaintiff is right, that the facts established by the court of

¹² A commentary on art. 386 by M. Michalska-Marciniak, [in:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II*, red. T. Zembruski, Warszawa 2020, Lex/el.

¹³ A commentary on art. 386 by T. Wiśniewski, [in:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. 2, Artykuły 367–505(39)*, red. *idem*, Warszawa 2021, Lex/el.

first instance are not in compliance with the material gathered during the proceedings or that the facts important for adjudication were not established by the court of first instance, they simply indirectly stimulate conclusions regarding further steps. One could therefore expect that the court of first instance, respecting the opinion delivered by the court of appeal, most probably will align the evidential proceeding with this opinion, although there were no clear instructions in this regard¹⁴.

And so it needs to be emphasised that theoretically what binds the court of first instance while it hears the case again is the legal assessment conducted by the court of appeal. In practice, though, such a legal assessment does not take place in a vacuum. One of the crucial actions of the court in the course of the adjudication process is subsumption of legal regulations to the actual state that has been established. Obviously, situations may occur when the court of appeal accepts the findings of facts established by the court of first instance as entirely correct, yet it finds some infringement of substantive law regulations or procedural shortcomings resulting in the invalidity of the proceedings. The crux of the matter, though, is that in a situation when the mistake was exclusively related to substantive law the court of appeal in principle will not issue a decision setting aside the judgment, but rather a decision amending the judgment, as the court of appeal applies appropriate substantive law *ex officio*. Situations in which violation of solely the substantive law could lead to a cassation judgment are not common. It might happen when, for instance, it was groundlessly assumed that a claim had fallen under the statute of limitations – without arranging further checks regarding the matter – while the court of appeal establishes that the claim was not time-barred. On the other hand, in a situation when the court of second instance decides on the invalidity of a proceeding and sets aside the contested judgment, the court in principle will not present any legal opinion and will limit the motives for its decision when explaining why the invalidity of proceedings occurred. Whereas in practice the situations when a cassation decision is issued occur when the merits of the case were not determined or

¹⁴ *Ibidem*.

when the evidentiary hearing needs to be conducted in its entirety. Such grounds for setting aside a judgment issued by a lower instance court in principle are by nature connected with the lack of acceptance by the court of appeal for the established findings of fact, especially in the light of a different evaluation of evidence. Therefore, in practice issuing a cassation judgment involves assuming by the court of second instance that the first instance court evaluated the evidence incorrectly or that the evidence needs to be supplemented by the first instance court¹⁵.

In this regard the court of appeal presents its line of reasoning in a written statement of reasons for its decision. It is obvious that the judge whose judgment was set aside and who is hearing the case once again familiarises themselves with the reasons presented by the court of appeal. Furthermore, the analysis of the motives included in the written reasons should be particularly thorough. In fact, it is hard to imagine that the court of first instance while hearing a case again could make findings of fact which would significantly differ from those presented by the court of appeal in the cassation decision. That is where the heart of the problem manifests.

Let us fully realise that while pronouncing the previous judgment the judge held a particular view on the case. It was included in the judgment which underwent a review by the higher instance court and was deemed incorrect. One needs to keep in mind that in different situations a judge whose decision has been set aside might share the view of the higher instance court or they might disagree with it.

The judge may agree with the court of appeal regarding a mistake that was made during the first adjudication on the case, and that the court proceedings need to be thoroughly supplemented. Such a situation could occur in particular when the court of first instance initially assumed that the plaintiff's claim was time-barred and next the court of second instance questions this assumption and finally the court of first instance agrees with that critical view.

¹⁵ See also: wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 28.04.2021, VII Ua 19/20 [the decision of the District Court of Warszawa-Praga in Warsaw of 28.04.2021, VII Ua 19/20].

However, it may also happen that the opinion of the court of appeal is not shared by the court of lower instance in the meaning that various judges present contradictory visions of interpretation of regulations or carry out conflicting evaluations of the evidence in the case. Therefore, one cannot rule out the occurrence of cases during which a judge will be in fact obligated to adjudicate (while considering the case again) going against their initial stance. The opinion presented by the court of appeal might be unconvincing and unfounded in the judge's view. Their duty, nevertheless, will be to adopt the suggestions resulting from the deliberations of the higher instance court. In my opinion adjudicating such a case may therefore be a source of discomfort for the judge.

Making decisions by judges

Nowadays the so-called external integration of law which involves opening law to other realms and disciplines is of particular significance. Thus, it cannot be surprising that more and more studies refer to interdisciplinary problems, in particular those connected with psychological aspects¹⁶. Many publications come out whose authors or co-authors are psychologists and which refer to issues which are important for lawyers, especially for judges. Researchers pay attention in particular to how many factors may influence the decisions taken by judges. Those publications that refer to issues connected with emotions that play out in and outside the courtroom are particularly important¹⁷. As it raises no doubts that

¹⁶ See e.g.: *Psychologia i prawo. Między teorią a praktyką*, red. E. Habzda-Siwiek, J. Kabzińska, Sopot 2014; M. Najda, A. Rutkowska, D. Rutkowski, *Psychologia sali sądowej. Jak komunikacja i emocje wpływają na postrzeganie sprawiedliwości*, Bielsko-Biała 2021. At the same time, it is worth adding that the openness of lawyers to the achievements of psychologists can not be considered a novelty, as evidenced, for example, by the theses put forward by L. Petrażycki or the American realists. See for example: A. Partyk, *Czy sędziowie mają intuicję?*, *op. cit.*, pp. 20–21, 34–42; J. Stanek, *Rosyjski realizm prawny*, Warszawa 2017.

¹⁷ One cannot but mention the law and emotions movement at this point. The limited frame of this article does not allow, however, to expand on the topic of that movement.

court proceedings involve emotions experienced not only by the parties to court disputes¹⁸. Judges are brought under various types of pressure.

As A. Korzeniewska-Lasota and A. Sarnowska point out:

although a judge tries to adjudicate independently, to make decisions in a manner free from any direct or indirect external pressures and impartially, that is independently of evaluations resulting from personal experience, stereotypes, beliefs or prejudices, [...] they will never avoid this psychological, maybe often unconscious aspect¹⁹.

And here I would like to pose a question: how can judges perceive the fact that they are supposed to adjudicate a case again once the decision they pronounced in that very case failed to be upheld by the court of higher instance?

Judges' stances

In order to answer this question, I am going to present a few statements given by judges with whom I conducted the above-mentioned interviews.

Firstly, I will focus on a statement given by one judge who talked about two cases in which they were supposed to issue judgments again because the first judgments were set aside by courts of appeal²⁰. Regarding the first court case the decision to set aside the

¹⁸ For an extensive discussion see: M. Najda, A. Rutkowska, D. Rutkowski, *Psychologia sali sądowej...*, *op. cit.*, p. 65 et seq.

¹⁹ A. Korzeniewska-Lasota, A. Sarnowska, *Psychologiczne i neuropsychologiczne aspekty podejmowania decyzji przez sędziów*, [in:] *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych*, cz. 2, red. M. Król, A. Bartczak, M. Zalewska, Łódź 2014, p. 182.

²⁰ The judge mentioned that from time to time even upon an amendment to the judgment they feel emotions when they does not agree with the judgment's modification. The judge described one of the compensation cases when a higher instance court modified the value of compensation due to be paid out to the party. In their opinion the court of appeal failed to see the party's suffering, even though it emanated from the case. Interview 1 from my research project *Emotions in adjudication* which was contacted with the grant I mentioned in footnote 2; see: A. Partyk, *Sędziowie o emocjach...*, *op. cit.*

judgment was connected with the fact that the set of documents submitted by a party was not attached to the right court files. In such a situation the pronounced judgment needed to be set aside as the error did not arise from the actions of the party submitting the documents, it occurred at the court's end. The judge pointed out that the decision to set aside the judgment in such a situation was justified and that they had anticipated it. In the other court case the fact that the judgment was set aside was perceived by the judge differently. My interlocutor stressed that they considered a case against a consumer. The reason for which the judgment was set aside was – as the court of appeal assessed – too quick a completion of proceedings. The judge pointed out that they were to undertake particular actions and having completed them then the judge pronounced identical judgment anyway. The judge commented on the problem of adjudication while the case is considered again by the same judge. The judge pointed out that the reason for which the legislator supposedly decided on such a solution was that judges allegedly handle court cases in an improper manner. In their opinion such an argument is relevant concerning exceptions and not a rule. My interlocutor stressed that they had handled cases previously adjudicated on by other judges numerous times. The judge pointed out that those proceedings were conducted correctly, yet the court of appeal had a different opinion on the matter. The judge asked a rhetorical question as well, whether a judge who is supposed to adjudicate in a way which goes against their views will write a persuasive statement of reasons for the decision when they themselves are not convinced. In their opinion adjudicating on the basis of indications given by a court of higher instance could be unpleasant in some situations and that it even violates the independence and freedom of the judge's decision.

Another interlocutor, who is a court of appeal judge, remarked that it so happens that sometimes the necessity to set aside a judgment is connected with the fact that the proceedings were not conducted properly, they were conducted hastily. The judge pointed out, nevertheless, that the regulation is supposed not to favour judges who run proceedings carelessly. The judge pointed out that guidelines issued by a court of appeal might present some difficulty

for the judge whose case was set aside. The difficulty might lie in the judge not only receiving information stating that they made a mistake, but also being given guidelines regarding the direction they should take when adjudicating. In their opinion such a situation is complicated psychologically²¹.

Next judge spoke along those lines remarking that as much as they understand the intentions of the legislator – for judges to avoid concluding court proceedings prematurely – and yet, in their opinion this solution is improper. The instance when a judge previously adjudicated according to their own deep conviction, having evaluated evidence, legislation in force as of then, and now they are supposed to adjudicate against themselves: basing on the guidelines issued by the court of appeal. The judge added that many a time such a stance is presented categorically.

The judge remarked that they had not face the situation in their practice when they were to adjudicate in a court case after (their) judgment had been set aside. The judge made reference to the situation of their colleague – a judge who does not want to come to terms with the fact that they are supposed to adjudicate against themselves. The judge stressed that the situation when a judge adjudicates ignoring the guidelines is really risky and questionable. In their opinion – despite difficulties – one needs to come to terms with the situation and adjudicate according to the higher court's orders²².

A similar view was presented by the next judge who pointed out that both judges and parties will be discontent with the fact that the same judge who previously voiced a particular belief is to adjudicate again. As adjudicating against oneself after pronouncing one's views is a problem, whereas for the parties it might be troublesome that the judge might be treated as a person who is already biased towards the case²³.

In the opinion of the other judge, the current solution is highly imperfect. The judge pointed out that the regulation is – in their view – unfair not only to judges but also to the parties. The judge

²¹ *Ibidem*, Interview 2.

²² *Ibidem*, Interview 4.

²³ *Ibidem*, Interview 5.

described a case in which they received for retrial a case in which they had previously ruled. The case was related to an accident. The judge assumed that the victim's testimony was completely unreliable, as the victim's description of the incident was untrue. Therefore, they dismissed a claim as it was not unjustified at all. The case was sent back for reconsideration by the court of higher instance. This is because the second instance court found that there were no grounds to question the injured party's version, and the amount of the benefit should be determined.

After the case was returned for retrial, the judge therefore faced a serious dilemma as to how they should handle the case. It was severely stressful for them to have to proceed against their own conscience in a situation where they completely disagreed with the view of the second instance court and found no basis, to award any compensation, but had to do so because they were bound by the view of the appellate court. At the same time, the judge described that it was finally possible to bring the dispute to an amicable conclusion, which the judge accepted with great relief.

In their view, the need to take into account the indications provided by the higher court may raise serious doubts²⁴.

Another judge spoke along those lines, too, describing adjudicating in such a situation as 'unpleasant', pointing out, however, that judges should accept that²⁵.

The regulation was assessed differently by a trainee judge whose perception of the fact that the judge is already familiar with the case was positive. They pointed out, though, that there might be a particular problem connected with the previously expressed belief which could be contrary to the directions given by a court of appeal²⁶.

Instead of a summary

Among the presented statements a view prevails that the current procedural solution is not well-aimed. It was highlighted that

²⁴ *Ibidem*, Interview 3.

²⁵ *Ibidem*, Interview 6.

²⁶ *Ibidem*, Interview 7.

the commented provision may cause discomfort in judges. Such a regulation might be regarded as standing in contradiction to the concept of judges' independence, if while rehearing a case they are forced to determine findings against their previous opinions.

The so-called confirmatory thinking needs to be mentioned here. This cognitive error consists in that we "search only for those arguments that support the previously taken decision and actions, in contrast with explorative thinking which consists in looking for arguments for and against, which means with the thinking that looks for the truth"²⁷. It seems that if a judge has already adjudicated, and so they have expressed their view on the case in their decision and the reasons, when they hear the case later it can be particularly awkward to radically change the evaluations made previously.

One also needs to agree with an observation made by one of the judges interviewed by me, who said that a judge who conducts the case in a way that takes into account the suggestions given by the court of appeal, but with which they do not agree, may find it hard to justify their decisions. At this point I would like to refer to an observation made by one of the judges who I interviewed regarding the topic of judges' intuition. This judge pointed out that if a judge is fully convinced concerning the rightness of their decision it is easy for them to prepare reasons for such a decision. The situation is reverse, however, when the judge has doubts over what judgment should be pronounced in the case²⁸.

At this point let us turn our attention to the fact that thanks to the development of science we know that emotions are particularly important in the decision making process, which was stressed by A. Damásio when he proposed the Somatic-Marker Hypothesis²⁹. Decision making is determined by the existence

²⁷ M. Najda, A. Rutkowska, D. Rutkowski, *Psychologia sali sądowej...*, op. cit., p. 253.

²⁸ Interview 30, concerning the problem of judges' intuition, which I conducted in preparation for a publication, as part of the grant mentioned in footnote 2.

²⁹ A. Damásio, *Descartes' Error: Emotion, Reason and the Human Brain*, New York 1995.

of two systems of thinking, which was emphasised by D. Kahneman³⁰. The achievements of these and many other thinkers who conduct psychological research should be taken into account by lawyers, and also by those who establish the law. Since the procedural law ought to take into consideration also the psychological factors connected with conducting proceedings and issuing decisions by judges.

I claim that the above should persuade the Polish legislator to amend the law and bring back the previously applied rule in the light of which when a case is to be reconsidered it is allocated to be heard by different judges. Following T. Romer, the Supreme Court of the Republic of Poland judge emeritus, and M. Najda I would like to emphasise that "a judge is not a clerk, but a depositary of power of a special kind, the power to administer law. The independence and the mind of a judge on one side, and the framework of law on the other side constitute two polar opposites that make the rule of law possible"³¹. For the rule of law not to remain a fiction legal regulations should be shaped up so that appropriate conditions for judges to adjudicate are guaranteed and in this context also the psychological realm of the thinking processes undertaken by judges needs to be taken into account.

Bibliography

Damásio A., *Descartes' Error: Emotion, Reason and the Human Brain*, New York 1995.

Kahneman D., *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, tłum. P. Szymczak, Poznań 2012.

Korzeniewska-Lasota A., Sarnowska A., *Psychologiczne i neuropsychologiczne aspekty podejmowania decyzji przez sędziów*, [in:] *Integracja zewnętrzna i wewnętrzna nauk prawnych*, cz. 2, red. M. Król, A. Bartczak, M. Zalewska, Łódź 2014.

Łętowska E., Pawłowski K., *O prawie i o mitach*, Warszawa 2014.

³⁰ D. Kahneman, *Pułapki myślenia. O myśleniu szybkim i wolnym*, tłum. P. Szymczak, Poznań 2012.

³¹ T. Romer, M. Najda, *Etyka dla sędziów. Rozważania*, Warszawa 2007, p. 107.

- Michalska-Marciniak M., [in:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II*, red. T. Zembruski, Warszawa 2020, Lex/el.
- Najda M., Rutkowska A., Rutkowski D., *Psychologia sali sądowej. Jak komunikacja i emocje wpływają na postrzeganie sprawiedliwości*, Bielsko-Biała 2021.
- Partyk A., *Czy sędziowie mają intuicję? Przyczynek do rozważań o sędziowskich mechanizmach decyzyjnych*, Sosnowiec 2023.
- Partyk A., *Sędziowie o emocjach – rozważania w świetle badań empirycznych*, [in:] *Emocje i motywacja w prawie. Wybrane aspekty*, red. J. Stanek, Kraków 2022, pp. 41–73.
- Partyk A., *Should the same judge hear over again a case when it is referred back for reconsideration? Comments on new version of article 386 § 5 of Polish Civil Procedure Code*, "The Journal of Legal and Administrative Studies" 2019, no. 2, pp. 7–23.
- Psychologia i prawo. Między teorią a praktyką*, red. E. Habzda-Siwiek, J. Kabzińska, Sopot 2014.
- Romer T., Najda M., *Etyka dla sędziów. Rozważania*, Warszawa 2007.
- Stanek J., *Rosyjski realizm prawny*, Warszawa 2017.
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego [the act of 17th November 1964 Polish Civil Procedure Code] (Dz.U. z 1964 r., nr 43, poz. 296 ze zm.).
- Uzasadnienie projektu ustawy z 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw [Reasons for the draft of the Act of the 13th of July 2019 on amendments to the Act: Civil Procedure Code and other selected acts].
- Wiśniewski T., [in:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, *Artykuły 367–505(39)*, red. *idem*, Warszawa 2021, Lex/el.
- Wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 28.04.2021, VII Ua 19/20 [The decision of the District Court of Warszawa-Praga in Warsaw of 28.04.2021, VII Ua 19/20].

Abstract

Reconsidering a civil case in the same court composition when the decision making in the case may be problematic

According to art. 386 § 5 of Civil Procedure Code where the judgment is set aside and the case is referred to be re-examined, the court examines it in the same composition, unless it is not possible or it would

cause excessive delay in the proceedings. Such a provision is controversial as, in principle, the judge will have to conduct the same civil case again – even if they already gave judgement in the case.

The current regulation in which the same judge is to adjudicate in the case for the second time may be seen as inappropriate in view of the content of another legal regulation. According to art. 386 § 6 of Civil Procedure Code a legal assessment expressed in the statement of reasons for a judgment issued by the court of the second instance is binding on the court to which the case was referred and the court of the second instance in the case of re-examining the case. However, this does not apply to a situation when there was a change in facts or the legal situation, or when after the court of the second instance issued a judgment the Supreme Court of the Republic of Poland expressed a different legal assessment in a resolution settling a legal issue.

In the paper I pay attention to the regulation from the judges' perspective. I present some observations on the difficult role of a judge who is to pass the judgment in the case for the second time. I focus on the issue of psychological mechanisms relating to the reconsideration of a decision that has been challenged. The paper is partly based on the interviews with Polish judges.

Key words: judge, reconsidering a case, composition of a court, emotions in adjudication

Streszczenie

Ponowne rozpatrzenie sprawy cywilnej w tym samym składzie sądu, gdy podjęcie decyzji w sprawie może być problematyczne

Zgodnie z art. 386 § 5 Kodeksu postępowania cywilnego w przypadku uchylecia wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sąd rozpoznaje ją w tym samym składzie, chyba że nie jest to możliwe lub powodowałoby to nadmierną zwłokę w postępowaniu. Taka regulacja jest kontrowersyjna, gdyż jako zasadę przewiduje, że sędzia ponownie orzeka w sprawie cywilnej, jeśli wydał już w sprawie orzeczenie.

Obecna regulacja, zgodnie z którą ten sam sędzia ma orzekać w sprawie po raz drugi, może być postrzegana jako niewłaściwa z uwagi na treść innej regulacji prawnej. Na podstawie art. 386 § 6 Kodeksu postępowania cywilnego ocena prawna wyrażona w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji wiąże zarówno sąd, któremu sprawa

została przekazana, jak i sąd drugiej instancji przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Nie dotyczy to jednak przypadku, gdy nastąpiła zmiana stanu prawnego lub faktycznego albo po wydaniu wyroku sądu drugiej instancji Sąd Najwyższy w uchwale rozstrzygającej zagadnienie prawne wyraził odmienną ocenę prawną.

W artykule zwrócono uwagę na regulację z perspektywy sędziów. Przedstawiono spostrzeżenia na temat trudnej roli sędziego, który ma wydać wyrok w sprawie po raz drugi. Skupiono się również na kwestii mechanizmów psychologicznych związanych z ponownym rozpatrzeniem zaskarżonej decyzji, która została zakwestionowana. Artykuł jest w części oparty na wywiadach przeprowadzonych z polskimi sędziami.

Słowa kluczowe: sędzia, ponowne rozpoznanie sprawy, skład sądu, emocje w orzekaniu

Iga Bałos¹

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

orcid.org/0000-0001-8606-9719

ibalos@afm.edu.pl

Tantiemy dla współtwórców utworu audiowizualnego w kontekście usług platform streamingowych oraz dyrektywy w sprawie prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym*

Wprowadzenie

Od wielu lat zarówno w Polsce, jak i w skali globalnej rośnie popularność platform streamingowych². Dzięki specyfice usługi SVoD (ang. *subscription video on-demand*) i VoD (ang. *video on-demand*)³ widz

* Patrz strona 121.

¹ Autorka w ramach zatrudnienia w kancelarii doradza twórcom z branży kreatywnej, m.in. twórcom filmowym, tłumaczom, pisarzom oraz organizacjom zrzeszającym tych twórców.

² Dane statystyczne z maja 2023 r. w odniesieniu do liczby polskich internautów korzystających z serwisów streamingowych przedstawiają się następująco: 1) Netflix 9,96 mln; 2) Player 2,86 mln; 3) Disney+ 2,95 mln; 4) HBO Max 2,53 mln; 5) VOD TVP 2,41 mln; 6) Canal+ 2,12 mln; 7) Amazon Prime Video 1,78 mln; 8) Polsat Box Go 1,35 mln; 9) Viaplay 1,35 mln; 10) Polsat Go 863 tys. Dane za: TW, *Netflix zajmuje połowę czasu polskim widzom streamingu. Player przed Disney+ i TVP VOD*, 13.06.2023, wirtualnemediapl.pl/artykul/wspoldzielenia-konta-netflix-jak-uzyskac-dostep-player-przed-disney-i-tvp-vod [dostęp: 11.09.2023].

³ Zob. M.L. Wayne, *Netflix, Amazon, and branded television content in subscription video on-demand portals*, „Media, Culture & Society” 2018, vol. 40, iss. 5, s. 725–741.

decyduje samodzielnie o czasie i sposobie konsumowania treści audiowizualnych. Ogląda nowości filmowe lub serialowe albo wraca do dobrze znanych i ulubionych pozycji. Treści można odtwarzać wielokrotnie, korzystając z różnego rodzaju urządzeń. Wirtualna filmoteka nie wymaga miejsca na przechowywanie egzemplarzy nośników, takich jak płyty DVD. Duża część widzów rezygnuje z doświadczenia kinowego na rzecz domowego seansu. W ostatnich latach, ze względu na restrykcje związane z pandemią COVID-19, owa rezygnacja była koniecznością, co dodatkowo wzmocniło pozycję platform i zmieniło także ich model działania. Na samym początku opierał się on wyłącznie na rozpowszechnianiu utworów audiowizualnych na podstawie umowy licencyjnej. W ostatnich latach platformy przejęły także rolę producentów i koproducentów, co umożliwiło im identyfikację na rynku poprzez określone tytuły, najczęściej seriali⁴.

Przeciętny widz w XXI w. częściej udaje się zatem przed odbiornik umożliwiający uruchomienie aplikacji usługi VoD niż do kina. Rzadko wybiera pozycje z klasycznej telewizyjnej ramówki, coraz częściej rezygnując nie tylko z telewizji naziemnej, ale także kablowej⁵. Nie pożycza płyt DVD w wypożyczalni i nie kupuje filmów czy

⁴ Przykładowo flagową produkcją platformy HBO Max, kiedyś HBO Go, była *Gra o tron*, Apple+ wchodził na rynek, zachęcając *The Morning Show*. Swoistym przełomem był 2018 r., kiedy Netflix wyprodukował film *Roma*, który premierę miał wyłącznie na platformie, a następnie trafił do kin. Odwrócono tym samym tradycyjną kolejność dystrybucji filmu. Obraz został nominowany do Oscara w 10 kategoriach, a nagrodzony w 2019 r. trzema statuetkami: dla najlepszego reżysera, za najlepsze zdjęcia i jako najlepszy film nieanglojęzyczny. Zob. R. Faughdner, J. Rottenberg, *What Netflix's release of 'Roma' says about its movie business strategy*, 3.12.2018, latimes.com/business/hollywood/la-fi-ct-netflix-roma-20181203-story.html [dostęp: 11.09.2023].

⁵ Badania dotyczące preferencji polskich widzów nie są publicznie dostępne. Powszechnie cytowane są natomiast wyniki badań przeprowadzonych w odniesieniu do widzów amerykańskich, którzy w 2022 r. po raz pierwszy wybierali częściej streaming niż telewizję kablową. Wyniki z przełomowego lipca 2022 r. przedstawiają się następująco: streaming 34,8% udziału w oglądalności; telewizja kablowa 34,4%; telewizja naziemna 21,6%; pozostałe 9,2%. Dane za: D. Arkin, *Streaming viewership overtakes cable TV for the first time*, 18.08.2022, nbcnews.com/business/consumer/streaming-viewership-overtakes-cable-tv-first-time-rcna43704 [dostęp: 11.09.2023].

całych sezonów seriali na fizycznych nośnikach. Nie wyczekuje, aż ulubiona produkcja trafi jako tzw. *insert* do kolorowego magazynu.

Zmiany w konsumpcji treści audiowizualnych nie mają natomiast pozytywnego wpływu na jeden z istotnych składników wynagrodzenia twórców i aktorów: nie dość że popularność produkcji powstałych dzięki ich zaangażowaniu nie przekłada się na pozyskiwanie dodatkowego dochodu, to w niektórych przypadkach nawet go obniża. Przyczyną jest archaiczna konstrukcja tzw. wynagrodzenia tantiemowego⁶ uregulowanego w art. 70 ust. 2¹ ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Nie została ona dostosowana do realiów XXI w. pomimo apeli środowisk twórczych oraz, co stanowi istotny, aczkolwiek dodatkowy argument, konieczności implementowania przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektywy 96/9/WE i 2001/29/WE⁷. Polski ustawodawca już w latach 90. ubiegłego wieku dostrzegł istotny problem związany z wysokością wynagrodzeń dla twórców audiowizualnych. Przenoszą oni autorskie prawa majątkowe w momencie, kiedy poziom popularności i dochodów, związanych z eksploatacją filmu lub serialu, nie są znane. Dodatkowo zawierają umowę z producentem, który na początkowych etapach produkcji audiowizualnej ma ograniczony budżet, a żeby móc zainteresować

⁶ Zob. ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 2509), dalej jako: pr. aut. Tantiemy nie są pojęciem pochodzącym z języka prawnego, ale z prawniczego. Powszechnie przyjęło się nimi określać wynagrodzenie należne na podstawie art. 70 ust. 2¹ pr. aut. niezależnie od podmiotu zobowiązanego do ich wypłaty. Podkreśla się jednak w literaturze, że określenie „tantiema” lub „wynagrodzenie tantiemowe” winno odnosić się w zasadzie wyłącznie do tych kwot, które są obliczane proporcjonalnie do wysokości wpływów z korzystania z utworu. Jest to zasada stosowana, wedle art. 70 ust. 21 pr. aut., tylko w odniesieniu do kin, natomiast pozostali korzystający wypłacają wynagrodzenie „nieproporcjonalne” a „stosowne”. W powszechnym dyskursie jednak nie czyni się tego rozróżnienia, obejmując pojęciem tantiem wszystkie wynagrodzenia wyliczone w art. 70 ust. 21 pr. aut. Zob. M. Bukowski, *Art. 70, [w:] Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, Warszawa 2015, Lex/el.

⁷ Dz.Urz. UE L 130/92 z 17.05.2019, dalej jako: Dyrektywa.

projektem podmioty trzeciej, przykładowo koproducentów, sponsorów, emitentów czy dystrybutorów, powinien dysponować pełnią praw umożliwiającą komercjalizację końcowego produktu. Powoduje to, że wysokość wynagrodzenia dla współtwórców i aktorów, określona w umowie, nie uwzględnia faktycznej wartości przenoszonych praw. Polski model wynagrodzenia tantiemowego zakłada, że twórcy i artyści wykonawcy poza ustaloną z producentem kwotą otrzymują wynagrodzenie od pomiotów korzystających z utworu audiowizualnego. Zgodnie z treścią art. 70 ust. 2¹ pr. aut. współtwórcy utworu audiowizualnego oraz artyści wykonawcy są uprawnieni do:

- 1) wynagrodzenia proporcjonalnego do wpływów z tytułu wyświetlania utworu audiowizualnego w kinach;
- 2) stosownego wynagrodzenia z tytułu najmu egzemplarzy utworów audiowizualnych i ich publicznego odtwarzania;
- 3) stosownego wynagrodzenia z tytułu nadawania utworu w telewizji lub poprzez inne środki publicznego udostępniania utworów⁸;
- 4) stosownego wynagrodzenia z tytułu reprodukowania utworu audiowizualnego na egzemplarzu przeznaczonym do własnego użytku osobistego.

Wynagrodzenie jest inkasowane i wypłacane za pośrednictwem właściwej organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi⁹. Organizacją tą w Polsce jest Związek Autorów i Producentów Audiowizualnych (ZAPA) przy Stowarzyszeniu Filmowców Polskich (SFP)¹⁰. Problem polega na tym, że lista zobowiązanych do dzielenia

⁸ Przez „inne środki publicznego udostępniania utworów” nie należy rozumieć „publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym” (art. 50 pkt 3 pr. aut.), czyli m.in. w ramach usług VoD. Inne środki publicznego udostępniania utworów winno się odnosić do tzw. nadawania telewizji w internecie, czyli w ramach webcastingu, a nie usług typu „na żądanie”. Zob. M. Bukowski, *Art. 70, op. cit.* i uwagi autora na temat ówczesnej dyskusji na temat odpowiedniego i godziwego wynagrodzenia za korzystanie online z utworów i artystycznych wykonań.

⁹ Zob. art. 70 ust. 3 pr. aut.

¹⁰ ZAPA stanowi odrębną jednostkę organizacyjną SFP, przez którą SFP sprawuje funkcje zbiorowego zarządu prawami autorskimi i prawami pokrew-

się zyskiem obejmuje przykładowo kina, wypożyczalnie płyt DVD, wydawców gazet z tzw. insertami, telewizję naziemną i kablową, ale wciąż nie ma na niej podmiotów rozpowszechniających filmy i seriale za pośrednictwem internetu, w tym platform VoD. Problem ten był szczególnie dotkliwy dla twórców i aktorów w czasie pandemii COVID-19, kiedy kina były zamknięte i nie generowały zysków¹¹.

Potrzeba dostosowania modelu wynagrodzenia tantiemowego do współczesnego rynku audiowizualnego była sygnalizowana przez reprezentantów środowiska twórców od dawna. Zdawało się, że wprowadzenie zmian wymusi konieczność implementowania art. 18 ust. 1 Dyrektywy, wedle którego państwa członkowskie zapewniają, aby w przypadku, gdy twórcy i wykonawcy udzielają licencji lub przenoszą swoje wyłączne prawa do eksploatacji ich utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, mieli oni prawo do odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia. Termin na implantację przepisów minął 7 czerwca 2021 r. W okresie tworzenia niniejszego artykułu prace nad ustawą nowelizującą ustawę o prawach autorskich i prawach ustały, prawdopodobnie z przyczyny uwzględnienia przez polskie organy, uczestniczące w procesie stanowienia prawa, sugestii podmiotów trzecich¹². Obecnie, ze względu na rozpoczęcie nowej kadencji parlamentarnej i powołanie nowego rządu, prace nad regulacją rozpoczną się od nowa.

nymi. Zob. Związek Autorów i Producentów Audiowizualnych, *Często zadawane pytania*, zapa.org.pl/aktualnosc,10,50,Czesto-zadawane-pytania.html [dostęp: 11.09.2023].

¹¹ Zob. Box Office Lab, *Badanie wpływu COVID-19 na działalność producentów filmowych*, Warszawa 2021, pif.pl/wp-content/uploads/2021/10/boxoffice_lab_raport_PL-EN-29-09.pdf [dostęp: 11.09.2023].

¹² Zob. A. Ptak-Igłewska, *Świąteczny konflikt Polaków z Netflixem*, 25.12.2022, rp.pl/biznes/art37667891-swiateczny-konflikt-polakow-z-netflixem [dostęp: 11.09.2023]; A. Wittenberg, *Netflix lobbuje w Polsce. „Zgodzili się na to Niemcy i dziś mają wielki problem”*, 2.03.2023, film.dziennik.pl/novosci-vod/artykuly/8670856,netflix-polskie-kino-tantiemy-przepisy-lobbing-platforma-streamingowa-vod.html#opinia-cieszynskiego [dostęp: 11.09.2023]; P. Pallus, *Trwa batalia o tantiemy ze streamingu. „Nie walczymy z Netflixem”*, 2.01.2023, wirtualnemedial.pl/artykul/tantiemy-streaming-internet-ustawa-dyrektywa-netflix-jacek-bromski [dostęp: 11.09.2023].

Nie wiadomo, czy w dacie publikacji niniejszego tekstu stan prawny ulegnie zmianie, a jeśli tak, to w jaki sposób. Celem artykułu jest jednak nie tylko zwrócenie uwagi na konieczność dostosowania art. 70 ust. 2¹ pr. aut. do przepisów Dyrektywy, ale – przede wszystkim – wyjaśnienie istoty wynagrodzenia tantiemowego. W tekście omówiono także rozwiązanie proponowane przez polskiego projektodawcę w dotychczasowych projektach ustawy implantującej przepisy przedmiotowe przepisy prawa UE, nad którymi przerwano prace. Zgodnie z zasadniczymi tezami postawionymi w artykule należy ocenić je pozytywnie i powielić w przyszłych projektach. Dodatkowo zostały poniżej przedstawione alternatywne, aczkolwiek nie zawsze skuteczne, sposoby rozwiązania problemu dysproporcji zysku platform i podmiotów mających twórczy wkład w powstanie treści audiowizualnych. Mimo że art. 70 ust. 2¹ pr. aut. ma zastosowanie zarówno do współtwórców filmowych, jak i aktorów w rozważaniach skupiono się na sytuacji pierwszej z wymienionych grup zawodowych.

Specyfika umów zawieranych z twórcami filmowymi w kontekście rozporządzania prawami autorskimi z uwzględnieniem praktyk polskiego rynku audiowizualnego¹³

Sytuacja prawna współtwórców filmowych w pewnych obszarach wykazuje różnice w zależności od wykonywanego zawodu, w innych jest w zasadzie taka sama. Poczynając od kwestii zbieżnych, producenci utworów audiowizualnych wymagają, by twórcy przenieśli na nich, bez żadnych ograniczeń czasowych czy terytorialnych oraz w zakresie wszystkich pól eksploatacji znanych z momentu zawarcia umowy, autorskie prawa majątkowe do swojego wkładu twórczego w film, w tym wyłączne prawo zezwalania na wykonywanie zależnego prawa autorskiego w zamian za ryczałtowe wynagrodzenie.

¹³ Pojęcia „polski rynek audiowizualny” używam w znaczeniu szerokim, zarówno jako określenie relacji umownych, obejmujących warunki proponowane przez producentów polskim filmowcom, a także w odniesieniu do uwarunkowań produkcji filmów, realizowanych z myślą o rozpowszechnieniu ich w pierwszej kolejności na terytorium Polski.

Jak wynika z preambuły do Dyrektywy¹⁴, taki sposób ustalania wysokości wynagrodzenia nie powinien stanowić reguły. Tymczasem tzw. *buy-out contracts* stanowią powszechną praktykę w przemyśle audiowizualnym. Kontrahenci pozbawiają tym sposobem twórców prawa do odpowiedniego, proporcjonalnego czy – jakkolwiek rozumianego – godziwego wynagrodzenia. Niestety jest to rozwiązanie często wykorzystywane w branży audiowizualnej¹⁵, ponieważ wymusza je proces rozwoju projektu. Potencjalni koproducenti, emitenci czy podmioty mające współfinansować produkcję wymagają od producenta już od początkowego etapu rozmów albo definitywnie przeniesionych praw do form stadialnych lub gotowego scenariusza albo umowy opcji jednoznacznie rozstrzygającej o przeniesieniu praw w możliwie szerokim zakresie. Szczególnie uzasadnione jest odniesienie do sytuacji współtwórców filmowych-scenarzystów, ponieważ pozostali twórcy zawierają umowę w przedmiocie stworzenia utworu i przeniesienia praw na późniejszych etapach. Tym osobom również proponuje się wyłączenie umowy typu *buy-out*, ponieważ inne rozwiązanie mogłoby zagrażać swobodnej eksploatacji utworu audiowizualnego, co z kolei uniemożliwi producentowi rozliczenie pozyskanych środków. Twórcom nie pozostawia się zwykle praw zależnych, bo korzystanie z opracowań utworów, również istotnie przyczynia się do przychodów, powiązanych z eksploatacją utworu audiowizualnego.

Odstępstwo od *buy-out* może dotyczyć twórców muzycznych, ale zwykle nie tych, którym zostało zlecone napisanie utworu celem włączenia go do utworu audiowizualnego¹⁶. W przypadku umów

¹⁴ Zob. mot. 73 Dyrektywy.

¹⁵ Jednym z wyjątków jest rynek francuski ze względu na specyfikę zbiorowego zarządu, o czym wspomniano w dalszej części artykułu.

¹⁶ Przed umowami typu *buy-out* przestrzega twórców stowarzyszenie ZAIKS. Co prawda nie zrzeka ono zbyt wielu twórców filmowych, niektórzy scenarzyści oddają w zarząd swoje prawa na wybranych polach eksploatacji, jednak uwzględnia problemy wynikające z zaangażowania twórców, np. muzycznych, w tworzenie utworów audiowizualnych. W tekście informacyjnym kierowanym do członków ZAIKS jeszcze przed ostatecznym niepowodzeniem rozszerzenia zakresu art. 70 ust. 2¹ pr. aut. w ramach IX kadencji Sejmu A. Misiewicz, prawniczka ZAIKS, stwierdza: „Polska, wdrażając przepisy dyrektywy, zdecydowała się na uściślenie przepisu art. 70

o przeniesienie praw, podlegającym prawu polskiemu, producenci nie wyrażają zgody na wprowadzenie ograniczenia, o którym mowa w art. 41 ust. 1 pkt 2 pr. aut. Nieograniczoną możliwość przenoszenia nabytych praw na podmioty trzecie producenci traktują jako zabezpieczenie na wypadek konieczności wycofania się z projektu. Z perspektywy twórcy postanowienie zakazujące przenoszenia praw wyłącznych na podmioty trzecie byłoby uzasadnione, gdy producent zobowiązuje się do uiszczania dodatkowego wynagrodzenia, np. z tytułu merchandisingu czy przychodu z tytułu korzystania z utworu audiowizualnego. Przeniesieniu praw wyłącznych nie towarzyszy cesja obowiązków producenta względem twórcy. Jest to kolejny przykład na to, że mechanizmy ochronne, które mogą wykorzystywać twórcy z innych branż, nie mają w praktyce zastosowania na rynku filmowym.

Opisany powyżej model przenoszenia praw wyłącznych jest krytykowany w środowiskach twórczych oraz przez doktrynę, jednak praktyka producentów, ze względu na wspomniane wymogi rynkowe, pozostaje bez zmian¹⁷. Francuscy przedstawiciele doktryny i praktyki odnotowują, iż takie klauzule są typowe w szczególności w umowach proponowanych przez producentów-platformy, mimo że skuteczność owych zapisów może być kwestionowana na gruncie tamtejszego prawa autorskiego¹⁸.

ustawy o prawie autorskim stanowiącym, że prawo do wynagrodzenia dla współtwórców utworu audiowizualnego przysługuje też za eksploatację filmów i seriali przez obecnie najpopularniejsze medium, czyli platformy VOD". Zob. *eadem*, *Okiem ekspertki*, [w:] *Prawa nie na sprzedaż! TAK dla tantiem, NIE dla buy-outów*, zaiks.org.pl/buy-out [dostęp: 13.11.2023]. Należy zwrócić uwagę, że we wspomnianej publikacji niekonsekwentnie używane jest pojęcie „tantiema”. Oznacza ono zarówno wynagrodzenie o charakterze licencyjnym, jak i wynagrodzenie w ramach art. 70 ust. 2¹ pr. aut.

¹⁷ Zob. R. Xalabarder, *International Legal Study on Implementing an Unwaivable Right of Audiovisual Authors to Obtain Equitable Remuneration for the Exploitation of Their Works*, May 2018, s. 3, cisac.org/media/4055/download [dostęp: 11.09.2023].

¹⁸ Zob. Ch. Pascal, *Les clauses de buyout – d’acquisition forfaitaire des droits dans les contrats d’auteur pour les SMAD – illicéité et qualité de producteur audiovisuel*, 10.11.2022, dalloz-actualite.fr/node/clauses-de-ibuyouti-d-acquisition-forfaitaire-des-droits-dans-contrats-d-auteur-pour-smad-illic# .Y-Tc3HbMJPY [dostęp: 11.09.2023]. Należy zwrócić uwagę, że sytuacja

Prawa są zwykle przenoszone na producenta z momentem ustalenia utworu, co oznacza, że w przypadku braku płatności twórca przysługuje jedynie roszczenie o zapłatę bez możliwości skorzystania z zabezpieczenia w postaci zakazu rozpowszechniania filmu. Standardem jest przy tym stosowanie klauzul, w których twórca zobowiązuje się, że w przypadku powstania nowego pola eksploatacji przeniesie pozostałe przy nim prawa na producenta i to najczęściej w ramach pierwotnie umówionego wynagrodzenia lub za dodatkową niewielką kwotę. Co istotne, zgodnie z art. 41 ust. 5 pr. aut., twórca utworu wykorzystanego lub włączonego do utworu audiowizualnego oraz utworu wchodzącego w skład utworu zbiorowego po powstaniu nowych sposobów eksploatacji utworów nie może bez ważnego powodu odmówić udzielenia zezwolenia na korzystanie z tego utworu w ramach utworu audiowizualnego lub utworu zbiorowego na polach eksploatacji nieznanymi w chwili zawarcia umowy. Regulacja ma zabezpieczyć interesy podmiotu

twórców francuskich jest wyjątkowo korzystna ze względu na silną pozycję negocjacyjną organizacji zbiorowego zarządzania SCAM (produkcje dokumentalne) i SACD (produkcje fikcyjne). Jest ona wzmocniona ustawowo chociażby przez nakaz stosowania prawa francuskiego w zakresie wyłączającym możliwość pozbawienia twórcy jego praw, w tym prawa do wynagrodzenia z tytułu eksploatacji utworu audiowizualnego. Twórcy, którzy powierzyli utwory w zarząd, zawierają umowę z producentem „w obecności” organizacji (fr. *en presence de*), a przeniesienie praw odbywa się za zgodą organizacji (fr. *avec accord de*). Specyfika poszczególnych krajowych konstrukcji zbiorowego zarządu utrudnia jednoznaczną ich klasyfikację z perspektywy prawa polskiego, np. przyrównanie modelu do znanego u nas, aczkolwiek kontrowersyjnego, powierzenia powierniczego albo umowy licencyjnej czy ograniczonego przeniesienia. Wymagana we Francji zgoda organizacji na przeniesienie praw przez twórcę filmowego na producenta zbliża tamtejszą konstrukcję do tej stosowanej w Polsce przez ZAIKS, a nie przez ZAPA. Zob. SACD, *Réforme de l'audiovisuel: le ministre apporte de nouvelles garanties essentielles pour les auteurs*, 13.09.2019, sacd.fr/fr/reforme-de-laudiovisuel-le-ministre-apporte-de-nouvelles-garanties-essentielles-pour-les-auteurs-0 [dostęp: 13.11.2023] oraz treści umów wzorcowych, w tym preambuła do umowy pomiędzy scenarzystą a producentem oraz art. 2 tejże. Poszczególne umowy dostępne w zakładkach: sacd.fr/fr/mod%C3%A8les-de-contrats-audiovisuels [dostęp: 13.11.2023].

inwestującego w produkcję utworu audiowizualnego i zapobiegać nieuzasadnionym blokadom rozpowszechniania go.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że okoliczności, w których twórca będzie uprawniony do odmowy udzielenia zezwolenia, będą nietypowe i wyjątkowe. Jako jeden z nielicznych przykładów wskazuje się takie przypadki, „gdy z nowym sposobem eksploatacji związane jest zdecydowane zubożenie wartości artystycznej dzieła. Racje autorów powinny być przy tym każdorazowo konfrontowane z racjami producentów [...] i w razie sporu wyważane przez sąd”¹⁹. Z przepisu natomiast nie wynika, iż owo zezwolenie winno być udzielone nieodpłatnie. Współtwórca może się domagać wynagrodzenia, a jeśli nie zostanie ono uregulowane przez strony umowy, to „zastosowanie znajdzie art. 43 ust. 2, a zatem należne będzie wynagrodzenie odpowiadające zakresowi udzielonego prawa oraz odpowiadające korzyściom (w tym przypadku przewidywanym) wynikającym z korzystania z utworu”²⁰. Jednocześnie w praktyce obrotu dominuje rozwiązanie, w którym twórca w zasadzie udziela tego zezwolenia nieopłatnie albo wprost akceptując, że odbędzie się to bez dodatkowego wynagrodzenia albo pośrednio, jeśli ma być ono objęte wynagrodzeniem, ustalonym w odniesieniu do pól eksploatacji znanych w dniu zawierania umowy²¹.

Aby zdać sobie sprawę z tego, jak bardzo są to rozwiązania niekorzystne, wystarczy odnieść takie postanowienia do sytuacji twórcy, który zawierał umowy przed upowszechnieniem się platform VoD²². Prawo udostępnienia filmu nowej, niezwykle licznej widowni

¹⁹ J. Barta, R. Markiewicz, *Art. 41*, [w:] M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiąkalski, K. Felchner et al., *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2011, Lex/el.

²⁰ T. Targosz, *Art. 41*, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, Warszawa 2015, Lex/el.

²¹ Należy podkreślić, że klauzule, w których strony czynią ustalenia dotyczące pól eksploatacji nieznanych w momencie zawierania umowy, przewidując, iż twórca przeniesienie uprawnień na żądanie drugiej strony umowy i nieodpłatnie są traktowane jako obejście art. 41 ust. 4 pr. aut. (umowa może dotyczyć tylko pól eksploatacji, które są znane w chwili jej zawarcia), a przez to nieważne. Zob. T. Targosz, K. Włodarska-Dziurzyńska, *Umowy przenoszące prawa autorskie*, Warszawa 2010, s. 53.

²² Szczególnym zainteresowaniem mediów cieszyła się sytuacja prawna twórców serialu *Ranczo* i była ona kolejnym przykładem przemawiającym za ko-

na całym świecie twórca przekazał producentowi albo bez dodatkowego wynagrodzenia albo za kwotę, którą trudno nawet określić jako symboliczną.

Warto także zwrócić uwagę na szczególną sytuację tych twórców, którzy są angażowani na bardzo wczesnym etapie prac nad filmem czy serialem. Powszechną praktyką w relacjach producent–scenarzysta jest zawieranie umów opcji²³ zobowiązujących scenarzystę, w zamian za relatywnie niewielką odpłatność, do powstrzymania się od wykonywania swoich praw względem tekstu oraz powstrzymania się od rozmów z podmiotami trzecimi na temat realizacji scenariusza przez określony czas. Producent do wskazanej w umowie daty decyduje, czy jest zainteresowany definitywnym nabyciem praw. Wynagrodzenie za przeniesienie praw wyłącznych jest jednak ustalane już w treści umowy opcji, czyli na etapie, kiedy często nie jest znany ostateczny budżet filmu czy liczba i stopień zaangażowania podmiotów trzecich w finansowanie, a także moment przejścia praw (czyli zawierania umowy definitywnej), co nie jest bez znaczenia ze względu na inflację. Producent będzie działał asekuracyjnie przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia ryczałtowego. Dodatkowo, nawet jeśli wyrazi gotowość do negocjacji warunków i strony postanowią o dodatkowym wynagrodzeniu z tytułu przychodów z eksploatacji filmu, to ze względu na zobowiązaniowy charakter takiego postanowienia wystarczy, że producent przeniesie na innych podmiot prawa wyłączne nabyte od scenarzysty, żeby ten ostatni stracił możliwość ubiegania się o prognozowane zyski. Nawet jeśli do tego nie dojdzie, to dochodzenie należnych twórcy kwot z tytułu wynagrodzenia dodatkowego będzie co najmniej niezwykle trudne z powodu braku informacji pozwalających autorowi na wyliczenie kwoty, która mu się należy.

niecznością wdrożenia przepisów Dyrektywy do polskiego porządku prawnego. Zob. M. Muszyńska, *Ranczo – aktorzy nie dostaną tantiem za emisję serialu na Netflixie. TVP zabiera głos*, 16.12.2020, naekranie.pl/aktualnosci/ranczo-netflix-nie-wypłaci-tantiem-aktorom-1608115048 [dostęp: 13.11.2023]; T. Gardziński, *Netflix nie zapłaci pieniędzy twórcom „Rancza”. Duże rozgoryczenie i irytacja wśród aktorów*, 1.12.2020, rozrywka.spidersweb.pl/netflix-ranczo-tantiemy-bogdan-kalus-jacek-kawalec [dostęp: 13.11.2023].

²³ Zob. I. Bałos, *Umowa opcji w produkcji utworu audiowizualnego w kontekście praw do scenariusza*, „Zeszyty Naukowe UJ” 2022, nr 2, s. 59–88.

Ze względu na specyfikę produkcji filmowych i ich rozciągnięcie w czasie zwykle płatność wynagrodzenia (co dotyczy wszystkich współtwórców filmowych) jest dokonywana w ratach. Mogą one przypadać na zakończenie poszczególnych etapów dni zdjęciowych, a nawet na moment kolaudacji filmu, przy czym do tego momentu może już dojść do wygaśnięcia stosunku umownego, np. na skutek odstąpienia od umowy przez producenta (bez obowiązku zapłaty odstępnego, uiszczenia kary umownej czy innej formy odszkodowania).

Regularnie wypłacane tantiemy ustawowe umożliwiają twórcom filmowym funkcjonowanie w opisanych wyżej realiach produkcji filmowej.

Charakter i ewolucja modelu wynagrodzenia z art. 70 ust. 2¹ pr. aut.

Jak zostało już zasygnalizowane powyżej, współtwórcy filmowi, co do zasady, nie udzielają producentom ograniczonych czasowo licencji na korzystanie ze swojego twórczego wkładu w film, ale przenoszą autorskie prawa majątkowe wraz z wyłącznym prawem zezwalania na wykonywanie zależnego prawa autorskiego bez ograniczeń czasowych, terytorialnych, na wszystkich polach eksploatacji znanych w momencie zawierania umowy. Twórcy przenoszą na producenta także swój udział w prawach do filmu jako całości. Dodatkowo ustawodawca sam przewiduje szereg regulacji ograniczających prawa współtwórców na rzecz producenta²⁴. Ze względu na wymienione okoliczności uzupełnienie wynagrodzenia współtwórców filmowych o środki wypłacane na podstawie modelu z art. 70 ust. 2¹ pr. aut. określa się w literaturze jako rozwiązanie wprowadzone „dla pewnej równowagi”²⁵.

Wedle obecnie obowiązującej wersji przepisu wynagrodzenie wypłacają, za pośrednictwem właściwej organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, podmioty korzystające z utworu

²⁴ Zob. pr. aut.: art. 41 ust. 5; art. 56 ust. 4; art. 71, art. 73.

²⁵ Zob. K. Czyżewski, *Komentarz do art. 70, [w:] Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. A. Michalak, Warszawa 2019, Legalis, nb. 1.

audiowizualnego. Instytucja tantiem, rozumianych jako wynagrodzenie uwzględniającego korzyści płynące z eksploatacji utworu audiowizualnego, była wcześniej uregulowana w ustawie o prawie autorskim odmiennie. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 70 ust. 3 pr. aut. to producent utworu audiowizualnego był zobowiązany do wypłacania wskazanym współautorom, przez czas trwania do nich praw majątkowych, wynagrodzenia proporcjonalnego do wpływów z tytułu rozpowszechniania utworu audiowizualnego w kinach oraz stosownego wynagrodzenia z tytułu najmu lub dzierżawy utworów audiowizualnych oraz ich publicznego odtwarzania.

Opisany wyżej model ustalania godziwego wynagrodzenia dla współtwórców utworu audiowizualnego uległ zmianom na przestrzeni lat. W 2000 r. ustawodawca zdecydował, iż podmiotem zobowiązanym do wypłaty wynagrodzenia nie będzie „producent”, ale „korzystający” z utworu audiowizualnego. Nowelizacja spowodowała przedstawicieli doktryny do rozważań na temat wpływu modyfikacji przepisu na charakter przedmiotowego prawa. Uzasadnione jest stwierdzenie, iż wprowadzane zmiany miały na celu ułatwienie wyegzekwowania należnych kwot i nie wynikały z porzucenia dotychczasowego *ratio legis* czy chęci nadania odmiennego charakteru uprawnieniu twórców. W uzasadnieniu do projektu z dnia 14 września 1999 r. odniesiono się do nowej treści przepisu jednym zdaniem, wyłącznie pochwalając możliwości zrzeczenia się przez twórcę pośrednictwa OZZ przy wypłacie wynagrodzenia tantiemowego. Resztę zmian wprowadzanych do art. 70 pr. aut. pozostawiono bez komentarza²⁶. Z kolei Komitet Integracji Europejskiej, opiniując projektowane przepisy, odniósł się do zmian w art. 70 pr. aut. w następujący sposób: „Opiniowany projekt ustawy, wprowadzając w art. 69, 70 i 86 wzmocnioną²⁷ ochronę praw twórców oraz artystów wykonawców, dostosowuje przepisy polskie do poziomu ochrony stanowiącego przez Dyrektywę Rady 92/100/EWG”²⁸.

²⁶ Uzasadnienie, [w:] Druk nr 1382, Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, „Druki Sejmowe III kadencja”, 24.09.1999, s. 36–37.

²⁷ Pisownia za oryginałem.

²⁸ Uzasadnienie..., *op. cit.*, s. 54.

Z dostępnej dokumentacji przebiegu legislacyjnego nie wynika powód zamiany podmiotu zobowiązanego do wypłaty wynagrodzenia z „producenta” na „korzystającego”. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, przyczynę należy upatrywać w bezskuteczności dochodzenia roszczeń od producentów²⁹. Skutki nowelizacji dają się zatem tłumaczyć wyłącznie względami techniczno-organizacyjnymi. Ustawodawca w pierwotnym brzmieniu ustawy nie określił wynagrodzenia, należnego na podstawie pierwotnej wersji art. 70 ust. 2 pr. aut., mianem „dodatkowego”. Jest to bowiem składowa wynagrodzenia należnego współtwórcom od producenta, który nabył od nich prawa umożliwiające niezakłócone korzystanie z utworu audiowizualnego. Wskazanie na komplementarny charakter wynagrodzenia, przenoszący realną wartość praw zbytych przez twórcę, nie zostało także później wprowadzone do języka ustawy mimo nowelizacji przepisu. W literaturze przedmiotu, moim zdaniem trafnie, wynagrodzenie z art. 70 ust. 2¹ pr. aut. określono jako „dopełnienie honorarium z tytułu wniesienia twórczego wkładu w powstanie utworu audiowizualnego”³⁰. W związku z tym, że ustawodawca zmienił podmiot zobowiązany z „producenta” na „korzystającego”, prawdą jest, że

jedynie odwołując się do wykładni funkcjonalnej tego unormowania, można bronić poglądu, że przyjęta formuła ma wyłącznie charakter techniczno-organizacyjny, tzn. poprzez „pominięcie” producenta ułatwia współtwórcom weryfikację wielkości wynagrodzenia i upraszcza jego inkaso. W tym ujęciu wypłacaną przez korzystającego kwotę należałoby potraktować jako tę część przypadającego producentowi wynagrodzenia, która powinna być przez niego przekazana współtwórcom. Należność, o której mowa, w istocie byłaby więc zobowiązaniem obciążającym producenta, lecz z przywołanych wyżej względów realizowaną przez osobę korzystającą z utworu audiowizualnego³¹.

²⁹ J. Błęszyński, *Glosa do uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 25 listopada 2008 r. III CZP 57/2008*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, nr 5, s. 20.

³⁰ J. Szczotka, 3.2. *Współtwórcy jako uprawnieni do wynagrodzenia z tytułu najemu egzemplarzy*, [w:] *idem*, *Najem i użyczenie egzemplarzy utworu jako odrębne pola eksploatacji*, Warszawa 2013.

³¹ *Ibidem*.

Współcześnie wynagrodzenie należne twórcom na podstawie art. 70 ust. 2¹ pr. aut. jest określanie w doktrynie oraz w orzecznictwie, nie w języku prawnym, mianem „dodatkowego”. Nie stoi to w opozycji do poglądu, że ma ono charakter „dopełnienia” honorarium, należnego twórcy. Przymiotnik „dodatkowy” podkreśla niezależność i odrębność tej części wynagrodzenia od kwoty, którą nabywca praw autorskich ustalił z twórcą w umowie³². Przytoczona we wcześniejszych częściach artykułu argumentacja przeczy tezie, że wynagrodzenie z art. 70 ust. 2¹ pr. aut., w tym projektowany pkt 5, oznacza podwójną płatność na rzecz twórców. Nie jest prawdą w kontekście branży audiowizualnej jako całości,

że w przypadku wielu podmiotów praw autorskich, których utwory byłyby przedmiotem roszczeń kierowanych przez organizacje zbiorowego zarządzania w oparciu o proponowane zmiany [dotyczące rozszerzenia katalogu podmiotów zobowiązanych do uiszczania przedmiotowego wynagrodzenia m.in. o platformy VoD – przyp. I.B.] wynagrodzenie w coraz większej mierze jest przedmiotem uzgodnień pomiędzy producentami, autorami i wykonawcami w drodze kształtującej się praktyki³³.

Po pierwsze, na przystąpienie do negocjowania jakichkolwiek wynagrodzeń związanych z komercjalizacją filmu lub serialu, wykraczających poza odpłatność za przeniesienie autorskich praw majątkowych i zależnych, producenci wyrażają wyłącznie w przypadku uznanych i cenionych twórców. Po drugie, kwestie wynagrodzeń, uiszczanych w okolicznościach, o których mowa w art. 70 ust. 2¹ pr. aut., wykraczają poza przedmiot umowy pomiędzy twórcą a producentem, ponieważ przychody z tytułu eksploatacji uzyskuje podmiot trzeci niebędący stroną przedmiotowego porozumienia.

³² Por. M. Czajkowska-Dąbrowska, A. Wojciechowska, *Art. 70. Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, [w:] *Ustawy autorskie. Komentarze*, t. 2, red. R. Markiewicz, Warszawa 2021, Lex/el.

³³ Zob. Stanowisko nadesłane przez Stowarzyszenie Dystrybutorów Filmowych w ramach konsultacji społecznych Projektu 01, Warszawa, 19.07.2022, s. 9, legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12887995/12887998/dokument587309.pdf [dostęp: 13.02.2023].

Brak ustawowych tantiem dla twórców z tytułu publicznego udostępniania utworów audiowizualnych w internecie a prawo unijne

Prawodawca unijny dostrzegł konieczność harmonizacji krajowych porządków prawnych państw członkowskich w zakresie rozwiązań uwzględniających wpływ szybkiego rozwoju technologii cyfrowych na tworzenie, produkcję, rozpowszechnianie i eksploatację utworów³⁴. Jednym z problemów, który winien być rozwiązany w aktualnym kontekście gospodarczym i technologicznym, jest wynagradzanie twórców³⁵. Zgodnie z art. 18 ust. 1 Dyrektywy państwa członkowskie zapewniają, aby w przypadku gdy twórcy i wykonawcy udzielają licencji lub przenoszą swoje wyłączne prawa do eksploatacji ich utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, mieli oni prawo do odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia. Jak wynika z preambuły, kwota ryczałtowa może spełniać powyższe wymogi w wyjątkowych okolicznościach i nie powinna ona stanowić reguły³⁶. W motywach Dyrektywy zwrócono uwagę na słabszą pozycję negocjacyjną twórców względem nabywców praw wyłącznych. Podkreślono konieczność zagwarantowania prawa twórców do bycia wynagradzonym za pracę w sposób odpowiedni, a także proporcjonalny do faktycznej lub potencjalnej wartości majątkowej przeniesionych praw, z uwzględnieniem wkładu twórcy w całość utworu oraz wszystkie inne okoliczności sprawy, takie jak praktyki rynkowe lub faktyczna eksploatacja utworu.

Opisany powyżej cel prawodawcy unijnego jest kluczowy z perspektywy najbardziej aktualnych i najistotniejszych problemów polskich, i nie tylko, współtwórców filmowych³⁷. Poza nielicznymi wyjątkami producenci proponują im wyłącznie umowy przenoszące autorskie prawa majątkowe i zależne bez jakichkolwiek ograniczeń i bez możliwości partycypowania w przychodach z eksploatacji utworu. Jednym z powodów istotnego zawężenia potencjalnych

³⁴ Mot. 3 Dyrektywy.

³⁵ Mot. 3 Dyrektywy *in fine*.

³⁶ Mot. 73 Dyrektywy.

³⁷ Używam tego pojęcia w szerokim rozumieniu, mając na myśli twórców różnych utworów audiowizualnych, w tym filmów fabularnych, dokumentalnych, seriali i innych.

obszarów negocjacji są wymogi stawiane przez platformy VoD. Przystały one pełnić już tylko funkcję podmiotów rozpowszechniających filmy i seriale na podstawie umów licencyjnych. Występują obecnie w roli producentów i koproducentów, jednocześnie zapewniając określony model rozpowszechniania treści. Warunkiem finansowania produkcji przez platformę jest możliwość nabycia pełni praw do wkładów do utworu audiowizualnego, tak by jego eksploatacja nie wiązała się z jakimkolwiek ryzykiem prawnym czy koniecznością poszerzania kręgu uprawnionych do podziału zysków z eksploatacji.

Kwestie związane z funkcjonowaniem platform VoD i innych podmiotów umożliwiających rozpowszechnianie utworów audiowizualnych przez internet należą do obszaru zainteresowania prawodawcy unijnego, który odnosi się do konsekwencji coraz powszechniejszego wykorzystania technologii cyfrowych. Nierówna pozycja negocjacyjna współtwórców filmowych względem producentów, w tym platform, jest szczególnie dostrzegalna w państwach, w których nie ma tradycji zawierania umów za pośrednictwem czy przy istotnym wsparciu związków zawodowych twórców. Takim krajem jest Polska. Należy zatem uznać, że wszelkie rozwiązania dotyczące kwestii wynagrodzeń współtwórców filmowych w kontekście produkowania i rozpowszechniania efektów ich pracy z wykorzystaniem technologii cyfrowych wpisują się w zakres przedmiotowy Dyrektywy. Wytyczając zakres harmonizacji prawodawca unijny pozostawia państwom członkowskim decyzję co do konkretnych mechanizmów mających zrealizować cel Dyrektywy. Nakazuje przy tym uwzględniać prawodawcom krajowym specyfikę danego sektora oraz funkcjonujące w danym państwie mechanizmy zbiorowych negocjacji.

Specyfika sektora audiowizualnego w kontekście umów zawieranych z twórcami filmowymi została przedstawiona powyżej. Mechanizmy zbiorowych negocjacji pomiędzy podmiotami zatrudniającymi – producentami a współtwórcami filmowymi – nie istnieją na polskim rynku. Polscy twórcy filmowi korzystają natomiast z pośrednictwa podmiotu zbiorowego, jakim jest organizacja zbiorowego zarządzania SFP-ZAPA, przy inkasie i wypłacie tantiem. Czynności te nie byłyby możliwe bez opracowania przez wspomnianą OZZ swoistych i skutecznych mechanizmów skutkujących dystrybucją

środków finansowych od korzystających do twórców. Wpłaty są poprzedzone koniecznym procesem monitoringu sposobu i zakresu korzystania z utworów audiowizualnych. Procesy te przeprowadza SFP-ZAPA, ponieważ poszczególni filmowcy nie dysponują narzędziami ani zasobami informacyjnymi umożliwiającymi samodzielne dochodzenie przedmiotowego wynagrodzenia. Podkreślić wreszcie należy efektywne i nieustępliwe zaangażowanie SFP-ZAPA w spory sądowe z podmiotami zobowiązanymi do uiszczania opłat. Wszystkie wyliczone powyżej obszary aktywności SFP-ZAPA w kontekście wynagrodzenia należnego twórcom na podstawie art. 70 ust. 2¹ pr. aut. wiążą się z wysiłkiem finansowym i organizacyjnym, któremu nie sprostą żaden twórca.

Termin na implementację przepisów Dyrektywy minął 7 sierpnia 2021 r. i nie został dotrzymany przez większość państw członkowskich³⁸. W preambule do rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2021 r. w sprawie europejskich mediów w dekadzie cyfrowej: plan działania na rzecz wsparcia odbudowy i transformacji³⁹ odnotowano, iż implementacja przepisów Dyrektywy do porządków krajowych poszczególnych państw UE następuje z opóźnieniem, któremu winna jest m.in. pandemia COVID-19. Jednocześnie Parlament Europejski zauważa, że stwarza to możliwość uwzględnienia w ramach nowych regulacji rozwiązań,

wynikających z kryzysu lub pogłębionych przez kryzys wyzwań występujących w europejskim sektorze audiowizualnym, takich jak wynagrodzenie twórców z tytułu korzystania z ich utworów w internecie [...]. [Parlament Europejski] podkreśla możliwości oferowane europejskim twórcom i producentom treści audiowizualnych przez dużych dostawców usług VOD; wyraża jednak zaniepokojenie systemem umów o wypożyczenie i wykup utworów stosowanym przez tych usługodawców,

³⁸ W dacie uchwalenia rezolucji, o której mowa w kolejnym zdaniu niniejszego artykułu. Implementacja Dyrektywy została zakończona jedynie w 8 państwach UE. Przebieg krajowych procesów legislacyjnych można śledzić na stronie: Eurovision DSM contest, eurovision.communia-association.org [dostęp: 11.09.2023].

³⁹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2021 r. w sprawie europejskich mediów w dekadzie cyfrowej: plan działania na rzecz wsparcia odbudowy i transformacji (2021/2017(INI)) (Dz.Urz. UE C 184 z 5.05.2022).

którzy często kupują prawa własności intelektualnej do danego utworu w zamian za jednorazową płatność i w ten sposób uzyskują dochód z wykorzystywania takiego utworu [oraz] apeluje do Komisji, aby przeprowadziła badanie na temat wpływu usług VOD na europejski rynek filmowy i audiowizualny, w szczególności na relacje między poszczególnymi podmiotami w łańcuchu wartości, oraz podjęła konkretne działania, aby zapobiec praktykom potencjalnie wiążącym się z przyzusem, które mogą utrudniać twórcom otrzymywanie odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia. [W innym fragmencie PE] zachęca do podejmowania działań mających na celu wspieranie twórców treści oraz stworzenie im możliwości i równych warunków działania, tak by otrzymywali uczciwe wynagrodzenie za swój wysiłek, zwłaszcza w środowisku cyfrowym.

Parlament Europejski uznał zatem, że przy ustalaniu wysokości i wypłacaniu twórcom odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia konieczne jest uwzględnienie łańcucha wartości w kontekście usług świadczonych przez dostawców VoD. Sformułowanie „odpowiednie i proporcjonalne wynagrodzenie” należy do języka prawnego Dyrektywy, w szczególności jej art. 18. Parlament Europejski nie rekomenduje konkretnych rozwiązań prawnych mających wyeliminować systemy umów budzące niepokój organu. Jest to spójne z mot. 73 preambuły do Dyrektywy, który pozostawia państwom członkowskim wybór co do mechanizmu umożliwiającego objęcie ochroną wynagrodzenia dla słabszej transakcyjnie strony, czyli twórców. Moim zdaniem instytucja tantiem, uregulowana w art. 70 ust. 2¹ pr. aut., niepodlegających zrzeczeniu się lub zbyciu stanowi narzędzie do osiągnięcia postulowanego przez Parlament Europejski celu. Należy je jednak dostosować do dzisiejszej rzeczywistości, w której korzystanie z serwisów VoD czyni inne pola eksploatacji mniej znaczącymi z perspektywy przychodów podmiotów korzystających z utworów audiowizualnych. W Rezolucji zwrócono także uwagę na skutki ograniczenia funkcjonowania kin w czasie pandemii COVID-19. Odczuli je oczywiście także polscy twórcy, którzy nie mogli otrzymać istotnej dla nich części wynagrodzenia, wypłacanego w postaci tantiem z tytułu wyświetleń w kinach. Nie można wykluczyć konieczności wprowadzania podobnych restrykcji względem świadczenia i korzystania z usług w miejscach publicznych w przyszłości.

Stanowisko Parlamentu Europejskiego sprowadza się zatem do zauważenia, że nasilenie eksploatacji utworów online, a w przypadku utworów audiowizualnych w szczególności przez platformy świadczące usługi VoD lub SVoD, uwzględnienie współczesnego zapotrzebowania rynku i nawyków podmiotów konsumujących utwory uzasadnia wspieranie twórców także przez mechanizmy uzyskiwania przez nich odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia⁴⁰. Co prawda art. 18 Dyrektywy nie wyróżnia żadnych szczególnych sposobów eksploatacji utworu, ale prawdopodobnie Parlament Europejski oczekuje, że te wymienione powyżej zostaną uwzględnione w procesie implementacji Dyrektywy. Warto podkreślić, iż Parlament Europejski uznał, że państwa członkowskie winny wykorzystać opóźnienie w dostosowanie porządków krajowych do jej celów, „aby uwzględnić w swoich przepisach wykonawczych śmiałe rozwiązania wynikających z kryzysu lub pogłębionych przez kryzys wyzwań występujących w europejskim sektorze audiowizualnym, **takich jak wynagrodzenie twórców z tytułu korzystania z ich utworów w internecie**” [bold – I.B.].

Implementacja art. 18 Dyrektywy do polskiego porządku prawnego w kontekście współtwórców utworów audiowizualnych w propozycji projektodawcy

Polski projektodawca zaproponował implementację art. 18 Dyrektywy przez uzupełnienie art. 70 ust. 2¹ pr. aut. o pkt 5, co pozwala zrekonstruować następującą normę z projektowanego art. 70 ust. 2¹ pkt 5:

Współtwórcy utworu audiowizualnego oraz artyści wykonawcy są uprawnieni do stosownego wynagrodzenia z tytułu publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym.

⁴⁰ Zob. S. Carre, S. le Cam, F. Macrez, *Buyout contracts imposed by platforms in the cultural and creative sector*, November 2023, europarl.europa.eu/supporting-analyses [dostęp: 13.11.2023]; zob. w szczególności s. 17–20 w kontekście tematyki i wniosków raportu.

Propozycja ta została utrzymana przez projektodawcę w treści kolejnych projektów⁴¹. Należy w pełni zgodzić się z projektodawcą, który tłumaczy, iż

rozszerzenie art. 70 ust. 2¹ o nowe pole eksploatacji, tj. publiczne udostępnianie utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym, stanowi logiczne i długo wyczekiwane przez środowiska filmowe uzupełnienie dotychczasowej regulacji o najbardziej dynamicznie rozwijające się obecnie pole eksploatacji. Jest to najbardziej skuteczny sposób zapewnienia „godziwego wynagrodzenia” twórcom i wykonawcom utworów audiowizualnych, którzy w praktyce przenoszą swoje prawa na producenta za jednorazowym, zryczałtowanym wynagrodzeniem, bez prawa do jakiegokolwiek udziału w przyszłych zyskach z eksploatacji utworu⁴².

W niniejszym artykule analizuję tantiemy ustawowe w kontekście platform streamingowych. O takim ujęciu tematu zadecydowała popularność serwisów VoD i SVod, a w konsekwencji zakres eksploatacji utworów audiowizualnych oraz wysokość osiągniętych przez nie przychodów. W związku z tym, że jednak projektowany pkt 5 obejmowałby swoim zakresem także inne podmioty, poczyniono kilka uwag wykraczających poza tytuł niniejszego artykułu.

⁴¹ Regulacja była jednym z przedmiotów następujących projektów: Projektu z dnia 6 czerwca 2022 r. ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw, legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12887989/12887990/dokument561868.pdf [dostęp: 28.11.2023] (dalej jako: „Projekt 01”); Projektu z dnia 17 listopada 2022 r. ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw, legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12887989/12887990/dokument588064.pdf [dostęp: 28.11.2023] (dalej jako: „Projekt 02”); Projektu z dnia 4 stycznia 2023 r. ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw, legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12888011/12888012/dokument599316.pdf [dostęp: 28.11.2023] (dalej jako: „Projekt 03”). Ostatni z projektów został opracowany 17.02.2023 r., jednak nie wprowadza on zmian istotnych z perspektywy tematyki niniejszego artykułu. Teksty wszystkich projektów dostępne są na stronie: legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12360954/katalog/12888011 [dostęp: 28.11.2023].

⁴² Raport z konsultacji publicznych projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw – załącznik do Oceny Skutków Regulacji, s. 46–47, legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12888011/12888012/dokument599321.pdf [dostęp: 11.09.2023].

Owe inne podmioty, które mogłyby być zobowiązane do płacenia tantiem twórcom i artystom wykonawcom z tytułu publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym, to przykładowo operatorzy sieci społecznościowych i serwisy typu YouTube lub Vimeo. Moim zdaniem na to, czy projektowana regulacja obejmie także działania wymienionych podmiotów duży wpływ będzie miał sposób ostatecznej implementacji art. 17 Dyrektywy. Abstrahując od celu regulacji, istotne w omawianym kontekście jest, czy polski ustawodawca jednoznacznie rozstrzygnie, iż dostawca usług udostępniania treści online dokonuje czynności rozpowszechniania utworów⁴³. Czyniąc nawet takie założenie, istotne jest ustalenie, które z podmiotów faktycznie uzyskują przychody, czy dostawca usług, czy podmiot zamieszczający na platformie materiał. Należy podkreślić, że zasady inkasa i dystrybucji wynagrodzenia, pobieranego z tytułu art. 70 ust. 2¹ pr. aut., wynikają z uchwał SFP-ZAPA i nie są objęte przepisami samej ustawy.

Rozważając zakres stosowania projektowanego pkt 5 oraz inne mechanizmy, realizujące cele Dyrektywy, warto zróżnicować dwie sytuacje. Pierwsza to taka, gdy w ramach przykładowo serwisu YouTube swoje kanały prowadzą nadawcy telewizyjni czy dystrybutorzy filmowi. Wówczas tego rodzaju eksploatacja wiązałaby się z koniecznością wypłaty wynagrodzenia na postawie projektowanego pkt 5 przez ten podmiot lub podmioty, które zostaną uznane za korzystających. Druga sytuacja dotyczy materiałów audiowizualnych produkowanych przez użytkowników platform, tzw. *user generated content*. Przede wszystkim należy wskazać, że nie wszystkie z tych treści będą kwalifikowane jako utwór audiowizualny,

⁴³ Prawdopodobnie w takim kierunku ewoluował przepis, jednak nie wiadomo, jaka treść zostanie mu ostatecznie nadana. W projektowanym art. 21⁴ ust. 1 w ramach Projektu 01 stwierdza się, iż „Dostawcom usług udostępniania treści online **wolno rozpowszechniać utwory** [bold – I.B.] zamieszczane przez użytkowników tych usług wyłącznie za zgodą uprawnionego”. W Projekcie 03 dokonano zmiany redakcji przepisu, zamieszczając go także pod innym numerem, nadając projektowanemu art. 22¹ ust. 1 treść: „Dostawca usług udostępniania treści online **dokonuje publicznego udostępnienia utworu** [bold – I.B.] zamieszczonego przez usługobiorcę, jeżeli po zamieszczeniu przez usługobiorcę udziela publicznego dostępu do tego utworu”.

a jedynie jako wideogram. Kolejna kwestia wymagająca analizy, do przeprowadzenia której obecnie narzędzi nie posiadam, to ustalenie modelu przepływów finansowych. Jeśli bowiem byłoby tak, że faktyczne przychody z eksploatacji utworu trafiają bezpośrednio do użytkownika-twórcy, który posiada pełnię praw autorskich do utworu to, zdaniem piszącej te słowa, upada *ratione legis*. Autorka niniejszego artykułu nie twierdzi przy tym, że zarabianie przez platformę na reklamach nie może być kwalifikowane jako przychody z tytułu korzystania z utworu, jednak sygnalizuje, że inaczej trzeba by podejść do sytuacji, w których twórca zachowuje autorskie prawa majątkowe do wkładu do utworu lub do utworu audiowizualnego jako całości, co dotyczy mało skomplikowanych form, a inaczej do przypadków, gdy twórca prawa te przeniósł na inny podmiot⁴⁴.

Proponowane zmiany były długo wyczekiwanie przez twórców oraz SFP-ZAPA i zostały przyjęte entuzjastycznie przez przedstawicieli środowiska twórczego⁴⁵ i poparte przez reprezentantów producentów audiowizualnych (takich jak Krajowa Izba Producentów Audiowizualnych: Polska Gildia Producentów)⁴⁶. W ramach konsultacji i dyskusji publicznych⁴⁷ pojawiły się jednak także głosy krytykujące. W mojej opinii – niezasadne.

⁴⁴ Zob. Stanowisko Google do projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw (UC103), wdrażającej Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie praw autorskich i pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmieniającej dyrektywę 96/9/WE i 2001/29/WE, Warszawa, 20.07.2022, s. 20–21, legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12887995/12887998/dokument587260.pdf [dostęp: 15.11.2023].

⁴⁵ M.in. Gildia Reżyserów Polskich (*Czas na tantiemy z internetu!*, 16.01.2023, polishdirectors.com/czas-na-tantiemy-z-internetu [dostęp: 13.11.2023]); twórcy z branży muzycznej: STOART, zob. w szczególności fragment *Dla czego tak ważna jest nowelizacja ustawy o prawach autorskich w internecie w dzisiejszych czasach?*, sprawiedliwamuzyka.pl [dostęp: 13.11.2023].

⁴⁶ Zob. Raport z konsultacji publicznych projektu ustawy..., *op. cit.*, s. 46.

⁴⁷ Za konsultacje publiczne uznaję etap procesu prawotwórczego, w którym poszczególni interesariusze wyrażają opinię na temat projektowanej regulacji; ze wszystkimi stanowiskami można zapoznać się na stronie: Projekt ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw, 20.06.2022, legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12360954/katalog/12887995#12887995 [dostęp: 11.09.2023], natomiast przez dyskusję publiczną rozumiem przede wszystkim wypowiedzi medialne.

W listopadzie 2022 r. Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego wydało oświadczenie ws. tantiem dla polskich twórców i wykonawców z tytułu emisji w serwisach streamingowych⁴⁸. W komunikacie można przeczytać, iż

brak implementacji dyrektywy nie ma wpływu na wypłacanie twórcom i wykonawcom dodatkowego wynagrodzenia z tytułu emisji w serwisach streamingowych [oraz że] w przygotowanym w Ministerstwie Kultury i Dziedzictwa Narodowego projekcie ustawy implementującej dyrektywę przewiduje się nowelizację art. 70 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych poprzez wprowadzenie przepisu przyznającego twórcom i wykonawcom prawo do „stosownego wynagrodzenia” za eksploatację filmów w Internecie. Niezależnie od projektowanych rozwiązań mających wprowadzić dodatkowe wynagrodzenie dla twórców i wykonawców za korzystanie z filmów na platformach VOD, **obecnie obowiązujące przepisy nie stoją na przeszkodzie, aby twórcy seriali lub filmów ustalali z producentem – w regulującej ich wynagrodzenie umowie – prawo do udziału w zyskach z eksploatacji filmów lub seriali na platformach VOD** [bold za oryginałem – I.B.].

To, że polskie prawo nie zabrania dokonywania ustaleń, o których mowa w cytowanym zdaniu poprzedzającym, nie oznacza, iż jednocześnie polskie przepisy realizują cel Dyrektywy. Zgodnie z mot. 72 preambuły

Twórcy i wykonawcy stoją zazwyczaj na słabszej pozycji wynikającej z umowy, jeżeli udzielają licencji lub przenoszą swoje prawa, również w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, do celów eksploatacji w zamian za wynagrodzenie, i te osoby fizyczne potrzebują ochrony przewidzianej w niniejszej dyrektywie, aby mogły w pełni korzystać z praw zharmonizowanych na podstawie prawa Unii.

Prawodawca unijny zwraca uwagę na potrzebę ochrony podmiotów o wyraźnie słabszej pozycji negocjacyjnej. Pozostawienie

⁴⁸ Zob. Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, *Oświadczenie ws. tantiem dla polskich twórców i wykonawców z tytułu emisji w serwisach streamingowych*, 17.11.2022, gov.pl/web/kultura/oswiadczenie-ws-tantiem-dla-polskich-tworcow-i-wykonawcow-z-tytulu-emisji-w-serwisach-streamingowych [dostęp: 13.11.2023].

ustalania prawa do udziału oraz jego wysokości w zyskach z eksploatacji utworów audiowizualnych na platformach VoD w gestii twórców nie zapewnia im ochrony. O warunkach, jakie jedna z najpopularniejszych w Polsce platform zaproponowała twórcom w ramach kontraktowych, wolnorynkowych mechanizmów, do których odwołuje się Ministerstwo, piszę w dalszej części artykułu.

Zdaniem R. Markiewicza rozwiązanie polegające na rozszerzeniu katalogu pól eksploatacji z art. 70 ust. pr. aut. wykracza poza zakres Dyrektywy, ponieważ nie jest elementem wynagrodzenia umownego⁴⁹. W mojej opinii wymóg, aby odpowiednie i proporcjonalne wynagrodzenie miało charakter kontraktowy, nie wynika ani z preambuły, ani z tekstu normatywnego Dyrektywy. Prawdą jest, że art. 18 znajduje się w rozdziale 3 Dyrektywy zatytułowanym *Godziwe wynagrodzenie twórców i wykonawców w ramach umów o eksploatację*. Problem w sektorze audiowizualnym polega na tym, że twórcy nie mają możliwości zawierania umów z tymi, którzy korzystają z ich utworów w celu osiągnięcia przychodu. Umowy o eksploatację zawierane przez twórców ograniczają się do rynkowego przymusu przeniesienia praw wyłącznych na producenta. Wynagrodzenie z art. 70 ust. 2¹ pr. aut. wprowadza balans ekonomiczny do tych relacji o źródle kontraktowym. Cel w postaci zapewnienia twórcom odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia prawodawca krajowy może osiągnąć dzięki „istniejącym lub nowo wprowadzonym mechanizmom, które mogą obejmować zbiorowe negocjacje i **inne mechanizmy**”⁵⁰ [bold – I.B.].

Uzasadnione jest, by przyjąć, iż pojęcie innego mechanizmu obejmuje także model wynagrodzenia ustawowego. Kiedy prawodawca unijny oczekuje nałożenia obowiązku na kontrahenta twórcy, to wyraźnie o tym stanowi. Przykładowo art. 19 Dyrektywy ustanawiający obowiązek przejrzystości wymaga zapewnienia, by twórcy otrzymywali informacje na temat eksploatacji utworów „od stron, którym udzielili licencji lub na które przenieśli swoje prawa lub ich następców prawnych”. Z kolei w art. 20 Dyrektywy opisano

⁴⁹ Zob. R. Markiewicz, *Prawo o wynagrodzeniach za eksploatację w internecie ryzykowne gospodarstwo*, 1.02.2023, prawo.pl/biznes/wynagrodzenia-tworcow-audiowizualnych,519425.html [dostęp: 13.11.2023].

⁵⁰ Zob. mot. 73 preambuły do Dyrektywy.

mechanizm dostosowania umów nakazujący państwom członkowskim, by twórcy lub ich przedstawiciele

mieli prawo zażądać dodatkowego, odpowiedniego i godziwego wynagrodzenia od strony, z którą zawarli umowę o eksploatację praw, lub następców prawnych tej strony, jeżeli pierwotnie uzgodnione wynagrodzenie okazuje się być niewspółmiernie niskie w porównaniu do wszystkich późniejszych odnośnych przychodów uzyskiwanych z eksploatacji utworów.

Z treści art. 18 Dyrektywy nie wynika, kto w ramach wprowadzanego mechanizmu ma być zobowiązany do zapewnienia twórcom odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia. W literaturze przedmiotu stwierdzono nawet wprost, że

Państwa Członkowskie, implementując zasadę godziwego wynagrodzenia, mogą skorzystać z mechanizmów pozaumownych. Jednym z takich mechanizmów, który Państwa Członkowskie mogą utrzymać lub wprowadzić do swojego porządku prawnego, sprowadza się do uznania niepodlegającego zrzeczeniu się prawa do wynagrodzenia, którego twórcy i artyści wykonawcy nie mogą zbyć (co nie dotyczy spraw związanych z dziedziczeniem czy spraw wynikających z administracji, prowadzonej przez OZZ) i które może być zarządzane i inkasowane przez OZZ⁵¹.

Oczekiwanie, że kwestie wynagrodzenia dla twórców z tytułu korzystania z utworów audiowizualnych przez platformy streamingowe w ogóle można pozostawić zasadzie swobody umów, co sugerowało także Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego w przywołanym wyżej oświadczeniu, ignoruje strukturalną

⁵¹ Za oryginałem: „Member States are also free to use non-contractual mechanisms to implement the principle of a fair remuneration. One such mechanism that Member States are free to maintain or introduce in their laws could consist in an unwaivable right of remuneration that authors or performers cannot transfer (except upon death or for administrative purposes to a CMO) and that could be managed and collected by CMOs” za: S. Dusollier, *Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, 8.06.2020, s. 16–17, europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs_comment_art_18-22_contracts_20200611.pdf [dostęp: 11.09.2023].

nierównowagę pomiędzy stronami. Przepisy ustawy o prawie autorskim co prawda wprowadzają wiele rozwiązań mających wzmocnić kontraktową pozycję twórcy, jednak nie odnoszą się one do omawianego stanu faktycznego. Główną przyczyną jest to, że twórcy nie łączą z platformą żadną umową poza sytuacją tzw. produkcji oryginalnych. Wprowadzenie pożądanego, i wymaganego przez przepisy unijne, poziomu ochrony wynagrodzeń twórców, tak by mieli oni realną szansę na wyegzekwowanie odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia, nie jest możliwe w ramach uregulowań dotyczących umów⁵². Cel winien być zrealizowany przez sprawdzający się w praktyce w odniesieniu do innych pól eksploatacji mechanizm z art. 70 ust. 2¹ pr. aut.

W dyskusji publicznej podniesiono kwestię relacji mechanizmów zapewniających twórcom proporcjonalne i godziwe wynagrodzenie z art. 18 Dyrektywy do art. 23 ust. 1 tejże. Wedle regulacji „Państwa członkowskie zapewniają, aby wszelkie postanowienia umowne, które uniemożliwiają przestrzeganie art. 19, 20 i 21, były bezskuteczne w odniesieniu do twórców i wykonawców”. Zdaniem T. Shapiro⁵³ prawodawca unijny rozstrzygnął tym samym, iż prawo do odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia może być przez strony wyłączone mocą umowy, a więc nie może mieć

⁵² Każdy twórca filmowy, próbujący skorzystać z uprawnień z art. 44 pr. aut., nie podołałby obowiązkowi, wynikającemu z ciężaru dowodu. Artykuł ten jest trudny do zastosowania nawet dla autorów książek czy tłumaczeń, a w branżach tych, teoretycznie, o wiele łatwiej jest wykazać przesłanki, od których zaistnienia zależy podwyższenie wynagrodzenia przez sąd. Gdyby twórca postanowił natomiast dochodzić wynagrodzenia, którego wysokość zależy od wpływów z korzystania z utworu i powziął wątpliwość do co wiarygodności informacji przedkładanych przez platformę, do których uzyskania ma prawo na podstawie art. 47 pr. aut., samo znalezienie specjalisty będącego w stanie przeprowadzić audyt stanowiłoby wyzwanie. Jeśli twórca dotarłby do specjalisty świadczącego takie usługi, jego wynagrodzenie najpewniej przekroczyłoby oczekiwane wpływy twórcy lub znacząco wpłynęło na opłacalność całego przedsięwzięcia.

⁵³ T. Shapiro, *Remuneration Provisions in the DSM Copyright Directive and the Audiovisual Industry in the EU: The Elusive Quest for Fairness*, 8.01.2021, wigin.co.uk/insight/remuneration-provisions-in-the-dsm-copyright-directive-and-the-audiovisual-industry-in-the-eu-the-elusive-quest-for-fairness [dostęp: 15.11.2023].

charakteru wynagrodzenia ustawowego. Dodaje także, że pierwotny projekt Komisji Europejskiej adresował jedynie problem asymetrii informacyjnej⁵⁴, a regulacje dotyczące odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia pochodzą od Parlamentu Europejskiego. Zwraca uwagę, iż środowiskom twórczym nie udało się przekonać Komisji Europejskiej do nałożenia na państwa członkowskie obowiązku wprowadzenia wynagrodzenia ustawowego należnego twórcy utworu audiowizualnego pomimo uprzedniego przeniesienia praw na producenta i pobieranego od korzystającego z utworu, np. platformę streamingową, za pośrednictwem OZZ. Konkludując, powyższe ma przemawiać za tym, że implementacja art. 18 Dyrektywy winna ograniczać się wyłącznie do kwestii natury kontraktowej na zasadzie swobody umów.

Odnosząc się do powyższych argumentów, należy zauważyć, że na proces stanowienia prawa unijnego w szczególności mają wpływ przedstawiciele różnych grup interesu. Doradcą jednej z nich jest autor powyższych wywodów, T. Shapiro, który pełnił funkcję wiceprezesa europejskiego oddziału Motion Picture Association (MPA) z siedzibą w Brukseli⁵⁵. Grupa zrzesza takich producentów i platformy jak Disney, Netflix, Paramount, Sony Pictures, Universal czy Warner Bros⁵⁶. Nie można wykluczyć, iż jest to powód, dla którego autor poszukuje uzasadnienia dla koncepcji, że implementacja art. 18 Dyrektywy nie powinna nakładać ustawowego obowiązku wypłacania wynagrodzenia twórcom filmowym w ramach tantiem. Należy także wskazać, że to właśnie przepisy prawa amerykańskiego, wskazywane jako właściwe dla umowy przez podmioty związane z MPA, przewidują rozwiązania i konstrukcje obce prawu kontynentalnemu, a nawet rozważane jako sprzeczne z podstawowymi zasadami

⁵⁴ Obecnie art. 19 Dyrektywy.

⁵⁵ Zob. fragment z biogramu T. Shapiro: „Ted is experienced in managing campaigns to influence regulation as well as helping organisations and companies navigate the legislative and regulatory environment at the international, EU and Member State levels”, *Ted Shapiro*, fordhamipinstitute.com/wp-content/uploads/2019/04/Shapiro-Ted.pdf [dostęp: 15.11.2023] oraz *Ted Shapiro*, wipo.int/meetings/en/2007/sem_cr_ge/bio/shapiro.html [dostęp: 15.11.2023].

⁵⁶ Zob. Motion Picture Association, *Who we are*, mpa-emea.org/who-we-are [dostęp: 15.11.2023].

porządku publicznego niektórych państw⁵⁷. Zasadne jest stwierdzenie, iż art. 23 ust. 1 Dyrektywy nie obejmuje art. 18, dlatego że to państwa członkowskie decydują o sposobie jego implementacji, a także, że może – i powinien – być on zróżnicowany w zależności od realiów branży i pozycji negocjacyjnej twórców. W przypadku rynku audiowizualnego, co omówiono powyżej, współtwórca filmu lub serialu nie ma możliwości zachowania praw, a to jest najskuteczniejsze narzędzie do walki o satysfakcjonującą wysokość wynagrodzenia i efektywne egzekwowanie jego uiszczania. Dodatkowo twórca przenosi prawa wyłączne, a więc pozbywa się roszczeń zakazowych w zamian za wynagrodzenie nieuwzględniające przyszłego sukcesu produkcji. Wypłaca je podmiot, który w momencie transakcji nie ma przychodów, ma za to zobowiązania względem podmiotów finansujących produkcję, co również przekłada się na kwotę honorarium twórcy. Jest to sytuacja wyjątkowa i nie jest swoista dla wszystkich branż. Być może w niektórych z nich cel Dyrektywy, w szczególności wyrażony w mot. 73 preambuły, można osiągnąć za pomocą innego mechanizmu⁵⁸. W takim ujęciu to przepisy prawa krajowego

⁵⁷ J.C. Ginsburg, *Colors in Conflicts: Moral Rights and the Foreign Exploitation of Colors in Conflicts. Moral Rights and the Foreign Exploitation of Colorized U.S. Motion Pictures Colorized U.S. Motion Pictures*, „Journal of the Copyright Society of the U.S.A” 1988, no. 36, s. 81–100; GESAC, ECSA, *False Bargain for European Creators!. 5 Points on why and how to Address Buy-Out Contracts in the VOD Sector*, authorsocieties.eu/content/uploads/2022/11/gesac-flyer-buyout.pdf [dostęp: 15.11.2023].

⁵⁸ Za zasadność wprowadzenia rozwiązania analogicznego do art. 70 ust. 2¹ pr. aut. w odniesieniu do artystycznych wykonań utworów muzycznych i słowno-muzycznych rozpowszechnianych online poza utworem audiowizualnym opowiada się J. Bleszyński (*Znaczenie projektowanego art. 861 oraz art. 18 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, „Monitor Prawniczy” 2023, nr 10, s. 660–664). Autor zwraca uwagę, że „Odrębnym zagadnieniem jest racjonalność nieobjęcia nim symetrycznie ujętym wzmocnieniem prawa do wynagrodzenia również twórców utworów słownych, muzycznych i słowno-muzycznych, a także artystów wykonawców utworów słownych”. Moim zdaniem symetria taka jest uzasadniona. Oceny tej nie podważa podnoszona w wypowiedziach prasowych okoliczność, że zawierane przez reprezentujące autorów OZZ umowy z użytkownikami o rozpowszechnianie utworów online uważane są za tworzące obecnie stan zadowalający. Nawet gdyby tak było, to nie jest to stan oparty

rozstrzygają o możliwości wyłączenia określonych uprawnień twórcy na podstawie umowy.

Wracając do argumentów przeciwko poszerzeniu zakresu art. 70 ust. 2¹ pr. aut. o pkt 5, podnoszono⁵⁹, że zmiana przepisów wpłynie niekorzystnie na pozycję samych twórców, ponieważ ustawowe tantiemy spowodują obniżenie wynagrodzenia umownego. Miałyby to uzasadniać konieczność zabezpieczenia środków na wypłaty na późniejszym etapie. Powyższa obawa nie znajduje uzasadnienia ani w treści projektowanego przepisu, ani w łańcuchu dystrybucji środków z tytułu eksploatacji utworu audiowizualnego. Po pierwsze, projektowane rozwiązanie dotyczy wynagrodzeń za rozpowszechnianie utworów audiowizualnych udostępnianych publicznie w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym. Przepis odnosi się zatem zarówno do tzw. produkcji oryginalnych, w których producentem lub koproducentem jest platforma VoD, ale także do utworów produkowanych przez podmiot trzeci i jedynie rozpowszechnianych przez platformę na podstawie umowy licencyjnej. Zgodnie z projektowanym przepisem zobowiązany do uiszczenia wynagrodzenia jest korzystający. W drugim z opisanych przypadków platforma-licencjobiorca w ogóle nie wypłaca twórcom wynagrodzeń na podstawie umowy o stworzenie utworu i przeniesienie praw, zatem nie ma możliwości obniżenia tego wynagrodzenia w celu zabezpieczenia środków. W pierwszej sytuacji, kiedy platforma występuje w roli koproducenta lub producenta żadnych środków nie musi zabezpieczać, ponieważ wynagrodzenie wpłacane twórcom, o którym mowa w projektowanym artykule, winno być „stosowne”. SFP-ZAPA w swoim stanowisku, wygłaszanym w ramach konsultacji społecznych Projektu 01, proponowała, by było ono powiązane z przychodami, a w przypadku podmiotów mających siedzibę poza terytorium RP z przychodami uzyskiwanymi wyłącznie na terytorium RP. Nie ma zatem konieczności,

na ustawowych gwarancjach stabilności i pewności treści prawa do wynagrodzenia, które zapewniłaby projektowana nowelizacja. *Ibidem*, s. 663.

⁵⁹ Stanowisko Netflixu oraz Amerykańskiej Izby Handlowej w Polsce, za: Raport z konsultacji publicznych projektu ustawy..., *op. cit.*, s. 47.

by korzystający z utworu zabezpieczał środki, ponieważ będą one pochodziły z generowanych dzięki rozpowszechnianiu filmu lub serialu przychodów.

Kolejnym nietrafionym argumentem przeciwko proponowanej nowelizacji⁶⁰ był brak świadomości, w jaki sposób nowy system miałby funkcjonować, ponieważ brakuje danych, którymi organizacje zbiorowego zarządzania powinny dysponować celem repartycji wynagrodzeń dotyczących utworów audiowizualnych. Należy stwierdzić, że takich danych nie brakuje, aczkolwiek nie są one chętnie udostępniane przez podmioty, które nimi dysponują. Z tym problemem SFP-ZAPA radzi sobie od wielu lat, wykorzystując narzędzia przewidziane w ustawie o prawie autorskim i ustawie z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego⁶¹ w toku inkasowania wynagrodzeń, o których mowa w art. 70 ust. 2¹ pr. aut., w szczególności gdy zobowiązanym jest operator sieci kablowej czy sieć kin⁶². Nie jest to zadanie łatwe, jednak przy poparciu przymusu państwowego, w szczególności komornika, podmioty zobowiązane są skłonne dostosować swoje postępowanie do treści rozstrzygnięcia sądu⁶³. Egzekwowanie należnych twórcom środków wymaga nakładów finansowych, zaangażowania czasowego i wyspecjalizowanych pracowników lub wsparcia profesjonalnego pełnomocnika. Jeśli kwestię wynagrodzeń, uzależnionych od przychodów korzystającego, pozostawi

⁶⁰ Uwaga Netflix'a, za: Załącznik: Uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw (UC103), s. 3, legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12887995/12887998/dokument587285.pdf [dostęp: 15.11.2023].

⁶¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 1550.

⁶² Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 6 listopada 2020 r., V ACa 826/19, LEX nr 3199659; *Porozumienie Stowarzyszenia Filmowców Polskich z siecią kin Multikino*, 2.04.2021, sfp.org.pl/2016/wydarzenia,5,31505,0,1,Porozumienie-Stowarzyszenia-Filmowcow-Polskich-z-siecia-kin-Multikino.html [dostęp: 11.09.2023].

⁶³ Jak pokazuje praktyka, niektóre podmioty zobowiązane nie wypłacają należności i to pomimo prawomocnego wyroku sądowego. Zob. M. Kośka, *Cinema City przegrało spór o kilkanaście milionów złotych. Komornik wszedł na konto*, 1.12.2020, money.pl/gospodarka/cinema-city-przegralo-spor-o-kilkanasie-milionow-zlotych-komornik-wszedl-na-konto-6581634701405120a.html [dostęp: 11.09.2023].

się swobodnemu uznaniu stron w ramach swobody kontraktowej, to po pierwsze, wielu twórców nie będzie w stanie wynegocjować takiego mechanizmu ustalania należnego wynagrodzenia ze względu na swoją niekorzystną pozycję negocjacyjną. Po drugie, przeciętny twórca, pozbawiony przejrzystej procedury i wsparcia, zarówno finansowego, jak i organizacyjnego, nie będzie w stanie dochodzić wykonania zobowiązania czy chociażby weryfikować prawidłowości wyliczeń.

Krytykujący projekt sygnalizowali, że projektowany punkt 5 art. 70 ust. 2¹ pr. aut. spowoduje jednostronny wpływ środków płatniczych za granicę⁶⁴. Powyższe stwierdzenie prawdopodobnie oparto na założeniu, że polscy twórcy nie dostają żadnego wynagrodzenia z tytułu rozpowszechniania ich utworów audiowizualnych za granicą. Nie jest to prawdą. SFP-ZAPA inkasuje i dystrybuuje środki z tytułu tzw. wykorzystania zagranicznych, czyli eksploatacji polskich filmów za granicą. Opłaty te są także uiszczane przez serwisy VoD⁶⁵ na podstawie regulacji krajowych innych państw i umowy pomiędzy organizacjami zbiorowego zarządu.

Ujęcie komparatystyczne problemu

Jak dowodzą opisane wyżej przypadki, najbardziej efektywnym narzędziem do zapewnienia twórcom godziwego wynagrodzenia są normy powszechnie obowiązującego prawa. Wynagrodzenia z tytułu rozpowszechniania utworów audiowizualnych w internecie, w tym za pośrednictwem platform VoD, są wypłacane twórcom w wielu państwach UE oraz poza nią. Wprowadzone mechanizmy są różne, w części porządków krajowych były one zapewnione jeszcze przed implementacją Dyrektywy. Niezbywalne tantiemy należne na podstawie ustawy, obejmujące rozpowszechnianie przez internet, zostały wprowadzone w ramach

⁶⁴ R. Markiewicz, *Prawo o wynagrodzeniach...*, *op. cit.*

⁶⁵ *Kolejny rekordowy rok SFP-ZAPA – 166 mln łącznej kwoty wypłat dla autorów i producentów w 2021*, 10.01.2022, zapa.org.pl/aktualnosci,2,365,Kolejny-rekordowy-rok-SFP-ZAPA-166-mln-lacznej-kwoty-wyplat-dla-autorow-i-producentow-w-2021-roku.html [dostęp: 11.09.2023].

wymaganej harmonizacji na Litwie⁶⁶, w Słowenii⁶⁷ i w Belgii⁶⁸. Rozwiązania podobne do polskiej konstrukcji zostały wprowadzone do prawa holenderskiego jeszcze przed uchwaleniem Dyrektywy, a obecnie rozważane jest poszerzenie wynagrodzeń dla twórców o wpływy pochodzące m.in. ze streamingu⁶⁹. W Hiszpanii⁷⁰,

⁶⁶ M. Dingilevskis, *Lithuania transposes the DSM Directive*, 11.04.2022, ipkiten.blogspot.com/2022/04/guest-post-lithuania-transposes-dsm.html [dostęp: 11.09.2023]. Zob. Autorių teisių ir gretutinių teisių įstatymo, nr. VIII-1185, 2022-03-30 Nr. 2022-06306 [litewska ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych], e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.207019. Należy nadmienić, że wszystkie źródła prawa inne niż dostępne w znanych autorce językach, czyli angielskim lub francuskim, przytaczono za: S. Carre, S. le Cam, F. Macrez, *Buyout contracts imposed...*, *op. cit.*

⁶⁷ Ch. Dziadul, *Slovenia adopts new law for authors' rights*, 17.02.2022, broadbandtvnews.com/2022/10/17/slovenia-adopts-new-law-for-authors-rights [dostęp: 13.02.2023]; zob. Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP-I), 11.10.2022, SOP 2022-01-3088 [słoweńska ustawa o zmianie ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych], pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO7916.

⁶⁸ Zob. E. Chatzoulis, *Follow Belgium and implement authors' rights!*, 11.07.2022, saa-authors.eu/en/blog/776-follow-belgium-and-implement-authors-rights#.Y-SrInbMJPY [dostęp: 11.09.2023]; zob. art. XI.228/11, Code de droit économique [belgijski kodeks prawa gospodarczego], www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2013/02/28/2013A11134/justel#LNK0499 [dostęp: 13.11.2023].

⁶⁹ SAA, *Implementation of the EU Copyright Directive: Article 18 9th Initiative Urheberrecht Copyright Conference*, 22 November 2021, s. 8, urheber.info/media/pages/konferenz-2021/48a57cc68e-1663062364/cecile-despringre_saa.pdf [dostęp: 11.09.2023].

⁷⁰ W kwestii źródła prawa: „Art. 90.4 of the TRLPI was further amended in 2006 by Spanish Act 23/2006, implementing the EU 2001/29 Directive, to include an unwaivable online making available right. The statutory remuneration right currently in force covers all types of online exploitation (both on demand/interactive and linear streaming)” za: C. Perpina, R. Navarro, A. Strain, *Spain's audiovisual sector: fair remuneration and economic growth*, 23.04.2021, s. 2, members.cisac.org/CisacPortal/cisacDownloadFileSearch.do?docId=40042&lang=en [dostęp: 13.11.2023].

we Francji⁷¹, we Włoszech oraz w Estonii⁷² mechanizmy umożliwiające twórcom otrzymywanie odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia obowiązywały na długo przed uchwaleniem tekstu Dyrektywy. Francuski ustawodawca uznał wprost prawo twórców do tego rodzaju wynagrodzenia jako normę bezwzględnie obowiązującą, kształtującą zasady porządku publicznego⁷³.

W obawie przed trudnościami w egzekwowaniu należnych wypłat prawodawca estoński zdecydował się na oryginalne konstrukcyjne rozwiązanie: jeśli korzystający z utworu nie uiszczy pełnej wysokości wynagrodzenia, które strony uznały za odpowiednie i proporcjonalne, uznaje się, że eksploatacja następuje bez zgody uprawnionego. W konsekwencji nieuiszczenie wynagrodzenia nie ogranicza się do niewłaściwego wykonania zobowiązania i powstania roszczenia o zapłatę, ale stanowi bezprawne wkroczenie w prawa wyłączne, a zatem ich naruszenie⁷⁴. Jest to konstrukcja, która wymusiłaby płacenie tantiem ze względu na ryzyko zakazu eksploatacji utworu audiowizualnego, aczkolwiek należy podkreślić, że tego rodzaju rozwiązanie nie wpisuje się w dotychczasową tradycję pojmowania zakresu praw wyłącznych i roszczeń zakazowych w Polsce. Analiza takiego modelu na tle przepisów i polskiej tradycji prawa autorskiego zdecydowanie wykracza poza ramy niniejszego artykułu.

Jednoznaczna kwalifikacja charakteru (natury) wynagrodzenia dla twórców audiowizualnych w danym kraju nastęrcza problemów. Przyczyną są chociażby zróżnicowane regulacje dotyczące

⁷¹ Zob. art. L 131-4, Code de la propriété intellectuelle, créé par la loi no 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle, publié au Journal officiel du 3 juillet 1992, Version en vigueur au 09 février 2023 [francuski kodeks własności intelektualnej], legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006278963.

⁷² Zob. SAA, Open letter: Extend the Polish model of statutory remuneration for audiovisual authors to on-demand usages, saa-authors.eu/en/news/801-open-letter-extend-the-polish-model-of-statutory-remuneration-for-audiovisual-authors-to-on-demand-usages#.ZDbFbXZBxPY [dostęp: 11.09.2023].

⁷³ Zob. art. L 131-5-3, Code de la propriété intellectuelle, *op. cit.*

⁷⁴ Zob. § 14 Autoriõiguse seadus [estońska ustawa o prawie autorskim], riigi-teataja.ee/akt/128122021003 [dostęp: 11.09.2023].

podmiotu pierwotnie uprawnionego z tytułu praw autorskich do utworu audiowizualnego oraz mechanizmów wykorzystywanych w ramach zbiorowego zarządu. W opracowaniach zbiorowych analiza komparatystyczna często ogranicza się do przytoczenia przetłumaczonej treści regulacji, która w przypadku przedmiotowego zagadnienia koncentruje się na niezbywalnym i nieprzenoszalnym charakterze prawa do wynagrodzenia. Z takich stwierdzeń nie wynika, jaki mechanizm ma doprowadzić do tego, by twórca wspomniane wynagrodzenie otrzymał. Najczęściej pośredniczą w tym OZZ, w innych państwach wykorzystywany jest mechanizm rozszerzonego zbiorowego zarządu (*extended collective licensing, ECL*)⁷⁵. Nawet jeśli analiza regulacji obcej jest pogłębiona, nie zawsze usuwa to wątpliwości wynikłe z przyjęcia perspektywy polskich modeli wynagrodzeń. Przykładowo w prawie włoskim natura wynagrodzenia dla twórców audiowizualnych objaśniana jest w następujący sposób:

wszystkim współtwórcom audiowizualnym przysługuje uprawnienie do niezbywalnego, odpowiedniego wynagrodzenia w związku z każdym rozpowszechnieniem utworu, płaconego przez podmiot, który czerpie zyski z tytułu korzystania z utworu w rozumieniu Art. 46 bis (2). Uprawnienia te nie mają odrębnego [w znaczeniu ustawowego – l.B.] statusu, ale raczej charakter umowny. Wywodzą się z przeniesienia praw do korzystania z utworu na producenta (art.46-bis(1)). Jest to przejście praw, które zawsze musi nastąpić (Art. 45), ponieważ producent nabywa prawa do eksploatacji utworu w ramach *cessio legis*. Żadna umowa sprzeczna z tym założeniem nie jest możliwa. Okoliczność, iż płatność jest dokonywana bezpośrednio przez licencjobiorców via SIAE [organizację zbiorowego zarządzania] nie zmienia kontraktowej natury wynagrodzenia, ustanowionego w ramach ustawowej gwarancji płatności na rzecz twórców⁷⁶.

⁷⁵ J. Axham, *The Consistency of the Nordic Extended Collective Licencing Model with International Copyright Conventions and EU Copyright Norms*, 2017, portal.research.lu.se/files/77224573/Axhamn_ECL_NIR_2019_6.pdf; SAA, *Takeaways from SAA's expert seminar: ECL helps audiovisual authors, state Nordic copyright experts*, 15.12.2022, saa-authors.eu/en/news/791-takeaways-from-saa-s-expert-seminar-ecl-helps-audiovisual-authors-state-nordic-copyright-experts [dostęp: 15.11.2023].

⁷⁶ Tłum. własne za: R. Xalabarder, *International Legal Study...*, op. cit., s. 71.

W systemie hiszpańskim prawo do wynagrodzenia za eksploatację online jest prawem ustawowym niepodlegającym zrzeczeniu się lub zbyciu, przy czym przyjmuje się, że jest ono należne w zamian za przeniesienie prawa do eksploatacji utworu na danym polu⁷⁷. Trudno jest także ustalić, wedle polskich kryteriów, naturę prawa do wynagrodzenia z tytułu eksploatacji utworu audiowizualnego online, w tym w ramach VoD, we Francji. Jednym z powodów są konsekwencje zbiorowego zarządu⁷⁸. Można jednak uznać, że w takich państwach jak Hiszpania, Włochy, Słowenia i Estonia przedmiotowe wynagrodzenie ma charakter ustawowy, ponieważ jest twórcy należne niezależnie od faktu posiadania przez niego praw wyłącznych. System francuski można także zaliczyć do przyjmujących takie rozwiązanie, z zastrzeżeniem przyjętego tam modelu zbiorowego zarządzania prawami⁷⁹.

Tantiemy ustawowe a porozumienia branżowe

Doświadczenia innych państw, zwłaszcza takich jak Dania czy Niemcy, wskazują na brak efektywności kontraktowych porozumień pomiędzy platformami a zreszzeniami twórców czy producentów. Proces ustalania warunków potwierdza przewagę negocjacyjną platform, zwłaszcza tych międzynarodowych. Przykładowo w odpowiedzi na wypracowanie kompromisu pomiędzy stowarzyszeniem reprezentującym producentów (Danish Producers Association) i twórców (Create Denmark), na mocy którego miały być dokonywane wypłaty z tytułu eksploatacji filmów i seriali online, Netflix,

⁷⁷ *Ibidem*, s. 73.

⁷⁸ Zbiorowy zarząd we Francji jest realizowany w ramach swoistej konstrukcji przeniesienia praw. Jest to inna sytuacja, niż w ramach modelu polskiego, gdzie OZZ jedynie inkasuje wynagrodzenie, natomiast po przeniesieniu praw wyłącznych przez twórcę na producenta, organizacja nie może występować z pozycji podmiotu udzielającego zezwolenie na korzystanie. Zob. *IRIS Special: Creativity Comes at a Price The Role of Collecting Societies*, eds S. Nikoltchev, European Audiovisual Observatory, Strasbourg 2009, s. 67, rm.coe.int/1680783dcd.

⁷⁹ Zob. przyp. 18 i 76.

Viaplay i inne platformy wstrzymały produkcję na terenie Danii⁸⁰. Skutkuje to zapaścią branży, gigantycznymi stratami w skali kraju oraz brakiem pracy nie tylko dla duńskich twórców, ale wszystkich osób pracujących przy produkcji filmowej⁸¹. W celu podjęcia negocjacji, obecnie nawet nie ze słabszej, ale będąc w przymusowej pozycji, oba stowarzyszenia uznały publicznie swoją winę za spowodowanie kryzysu, dodając, że przeceniły swoje znaczenie⁸².

Propozycję umownego rozwiązania kwestii tantiem skierował do polskich twórców Netflix. Warunki wypłat nie uwzględniają jednak celu, jaki ma być osiągnięty w drodze implementacji Dyrektywy i nie zastąpią prawotwórczej działalności polskiego ustawodawcy. Przykładowo rozwiązania proponowane przez wspomnianą platformę dotyczą wyłącznie tzw. produkcji oryginalnych, nie przyznając wynagrodzenia dla twórców, których utwory są rozpowszechniane w serwisach VoD na podstawie umów licencyjnych. Dodatkowo wynagrodzenie wyliczone metodą proponowaną przez Netflix nie może być uznane ani za odpowiednie, ani za proporcjonalne. Przykładowo wynagrodzenie twórców seriali byłoby wypłacane dopiero po osiągnięciu progu 10 mln globalnych użytkowników. Dodatkowym warunkiem, który musiałby być spełniony, to obejrzenie przez widza nie mniej niż 90% filmu lub sezonu serialu⁸³.

Pomimo iż najbardziej skutecznym narzędziem dla egzekwowania wynagrodzenia tantiemowego pozostaje obowiązek ustawy do czasu jego ustanowienia, porozumienia branżowe stanowią jedyną możliwość poprawienia sytuacji materialnej twórców

⁸⁰ Zob. E. Chatzoulis, *Follow Belgium...*, *op. cit.*; zob. art. XI.228/11, *op. cit.*

⁸¹ A. Pham, *Streaming crisis will cost Denmark min. DKK1-1.5 billion say production powerhouses*, 22.09.2022, nordiskfilmogtvfond.com/news/stories/the-streaming-crisis-will-cost-denmark-min-dkk1-1-5-billion-say-production-powerhouses [dostęp: 11.09.2023].

⁸² *Eadem, Danish unions involved in streaming dispute claim mea culpa, as industry is bleeding*, 13.10.2022, nordiskfilmogtvfond.com/news/stories/danish-unions-involved-in-streaming-dispute-claim-mea-culpa-as-industry-is-bleeding [dostęp: 11.09.2023].

⁸³ *Netflix szykuje pułapkę na polskich filmowców. Oświadczenie Prezesa SFP Jacka Bromskiego*, 21.12.2022, zapa.org.pl/aktualnosci,2,408,Netflix-szykuje-pulapke-na-polskich-filmowcow-Oswiadczenie-Prezesa-SFP-Jacka-Bromskiego.html [dostęp: 11.09.2023].

filmowych. W lipcu 2023 r. SFP-ZAPA zawarło z Grupą Polsat Plus umowę nową generalną dotyczącą korzystania z utworów audiowizualnych z repertuaru SFP w zakresie nadawania, reemitowania oraz udostępniania utworów audiowizualnych w internecie. Jak podkreśla prezes SFP, „Grupa Polsat Plus okazała się pod tym względem pionierem dobrych praktyk, za którym mamy nadzieję, pójdą także kolejne podmioty działające na polskim rynku⁸⁴”.

Podsumowanie

Model tantiemowy, uregulowany przez polskiego ustawodawcę, nie powinien być postrzegany jako szansa na dodatkowe wynagrodzenie dla twórców filmowych i szczególne uprzywilejowanie tej grupy względem osób działających w innych branżach. Tantiemy umożliwiają twórcom korektę wysokości wynagrodzenia ustalonego w umowie z producentem o kwotę, która odzwierciedla prawdziwą wartość rynkową przeniesionych praw. Nie jest ona możliwa do oszacowania na początkowym stadium produkcji, ponieważ zależy od wielu różnych czynników.

Brak godziwego wynagradzania twórców filmowych, zwłaszcza w kontekście zysków platform streamingowych, doprowadził do strajków w Hollywood. Zostały one zapoczątkowane przez scenarzystów, do których dołączyli aktorzy. Mimo iż konstrukcja wynagrodzenia i tzw. *residuals*⁸⁵ w Stanach Zjednoczonych odbiega od praktyki kontynentalnej, to amerykańscy twórcy i artyści także otrzymują kwoty nieproporcjonalne do zysków platform. Aktorzy występujący nawet w najbardziej popularnych serialach produkowanych przez platformy albo nie otrzymują wynagrodzenia wcale,

⁸⁴ Stowarzyszenie Filmowców Polskich podpisało nową umowę z Grupą Polsat Plus, 31.08.2023, sfp.org.pl/wydarzenia,5,34822,1,1,Stowarzyszenie-Filmowcow-Polskich-podpisalo-nowa-umowe-z-Grupa-Polsat-Plus.html [dostęp: 11.09.2023].

⁸⁵ A. Adekaiyero, E. Mazzeo, 'Breaking Bad' star Aaron Paul, 'Orange Is the New Black' cast member Kimiko Glenn, and more actors are revealing how little money they make as the SAG-AFTRA strike rolls on, 6.09.2023, insider.com/actors-revealing-how-little-money-make-sag-aftra-strike-2023-7 [dostęp: 11.09.2023].

albo w wysokości odbiegającej od wyobrażeń widzów na temat zarobków gwiazd ekranu. Ze względu na strukturę zatrudnienia w branży filmowej w Polsce twórcy nie mogą solidarnie powstrzymać się od pracy. Należy jednak pamiętać, że uzupełnienie tantiem ustawowych o należności z tytułu publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym, stanowi prawidłowe wdrożenie art. 18 Dyrektywy, do czego polski ustawodawca jest zobowiązany.

Bibliografia

Akty prawne

Polska

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 2509).

Unia Europejska i państwa UE

Autoriõiguse seadus [estońska ustawa o prawie autorskim], riigiteataja.ee/akt/128122021003 [dostęp: 11.09.2023].

Autorių teisų ir gretutinių teisų įstatymo, nr. VIII-1185, 2022-03-30 Nr. 2022-06306 [litewska ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych], e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.207019.

Code de droit économique [belgijski kodeks prawa gospodarczego], www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2013/02/28/2013A11134/justel#LNK0499 [dostęp: 13.11.2023].

Code de la propriété intellectuelle, créé par la loi no 92-597 du 1er juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle, publié au Journal officiel du 3 juillet 1992, Version en vigueur au 09 février 2023 [francuski kodeks własności intelektualnej], legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006278963.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmiany dyrektyw 96/9/WE i 2001/29/WE (Dz.Urz. UE L 130/92 z 17.05.2019).

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 20 października 2021 r. w sprawie europejskich mediów w dekadzie cyfrowej: plan działania na rzecz wsparcia odbudowy i transformacji (2021/2017(INI)) (Dz.Urz. UE C 184 z 5.05.2022).

Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP-I), 11.10.2022, SOP 2022-01-3088 [słoweńska ustawa o zmianie ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych], pirsr.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO7916.

Orzecznictwo

Wyrok SA w Warszawie z dnia 6 listopada 2020 r., V ACa 826/19, LEX nr 3199659.

Literatura

- Adekaiyero A., Mazzeo E., *'Breaking Bad' star Aaron Paul, 'Orange Is the New Black' cast member Kimiko Glenn, and more actors are revealing how little money they make as the SAG-AFTRA strike rolls on*, 6.09.2023, insider.com/actors-revealing-how-little-money-make-sag-aftra-strike-2023-7 [dostęp: 11.09.2023].
- Arkin D., *Streaming viewership overtakes cable TV for the first time*, 18.08.2022, nbcnews.com/business/consumer/streaming-viewership-overtakes-cable-tv-first-time-rcna43704 [dostęp: 11.09.2023].
- Axham J., *The Consistency of the Nordic Extended Collective Licencing Model with International Copyright Conventions and EU Copyright Norms*, 2017, portal.research.lu.se/files/77224573/Axhamn_ECL_NIR_2019_6.pdf.
- Bałos I., *Umowa opcji w produkcji utworu audiowizualnego w kontekście praw do scenariusza*, „Zeszyty Naukowe UJ” 2022, nr 2, s. 59–88.
- Barta J., Markiewicz R., Art. 41, [w:] M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiąkałski, K. Felchner et al., *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2011, Lex/el.
- Błęszyński J., *Glosa do uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 25 listopada 2008 r. III CZP 57/2008*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2009, nr 5, s. 12–28.
- Błęszyński J., *Znaczenie projektowanego art. 861 oraz art. 18 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, „Monitor Prawniczy” 2023, nr 10, s. 660–664.
- Box Office Lab, *Badanie wpływu COVID-19 na działalność producentów filmowych*, Warszawa 2021, pif.pl/wp-content/uploads/2021/10/boxoffice_lab_report_PL-EN-29-09.pdf [dostęp: 11.09.2023].
- Bukowski M., Art. 70, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, Warszawa 2015, Lex/el.
- Carre S., le Cam S., Macrez F., *Buyout contracts imposed by platforms in the cultural and creative sector*, November 2023, europarl.europa.eu/supporing-analyses [dostęp: 13.11.2023].

- Chatzoulis E., *Follow Belgium and implement authors' rights!*, 11.07.2022, saa-authors.eu/en/blog/776-follow-belgium-and-implement-authors-rights#Y-SrlnbMJPY [dostęp: 11.09.2023].
- Czajkowska-Dąbrowska M., Wojciechowska A., *Art. 70. Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, [w:] *Ustawy autorskie. Komentarze*, t. 2, red. R. Markiewicz, Warszawa 2021, Lex/el.
- Czas na tantiemy z internetu!*, 16.01.2023, polishdirectors.com/czas-na-tantiemy-z-internetu [dostęp: 13.11.2023].
- Czyżewski K., *Komentarz do art. 70*, [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. A. Michalak, Warszawa 2019, Legalis, nb. 1.
- Dingilevskis M., *Lithuania transposes the DSM Directive*, 11.04.2022, ipkiten.blogspot.com/2022/04/guest-post-lithuania-transposes-dsm.html [dostęp: 11.09.2023].
- Dlaczego tak ważna jest nowelizacja ustawy o prawach autorskich w internecie w dzisiejszych czasach?*, sprawiedliwamuzyka.pl [dostęp: 13.11.2023].
- Dusollier S., *Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, 8.06.2020, european-copyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2020/06/ecs_comment_art_18-22_contracts_20200611.pdf [dostęp: 11.09.2023].
- Dziadul Ch., *Slovenia adopts new law for authors' rights*, 17.02.2022, broadbandtvnews.com/2022/10/17/slovenia-adopts-new-law-for-authors-rights [dostęp: 13.02.2023].
- Eurovision DSM contest, eurovision.communia-association.org [dostęp: 11.09.2023].
- Faughdner R., Rottenberg J., *What Netflix's release of 'Roma' says about its movie business strategy*, 3.12.2018, latimes.com/business/hollywood/la-fi-ct-netflix-roma-20181203-story.html [dostęp: 11.09.2023].
- Gardziński T., *Netflix nie zapłaci pieniędzy twórcom „Rancza”. Duże rozgoryczenie i irytacja wśród aktorów*, 1.12.2020, rozrywka.spidersweb.pl/netflix-ranczo-tantiemy-bogdan-kalus-jacek-kawalec [dostęp: 13.11.2023].
- GESAC, ECSA, *False Bargain for European Creators!. 5 Points on why and how to Address Buy-Out Contracts in the VOD Sector*, authorsocieties.eu/content/uploads/2022/11/gesac-flyer-buyout.pdf [dostęp: 15.11.2023].
- Ginsburg J.C., *Colors in Conflicts: Moral Rights and the Foreign Exploitation of Colors in Conflicts. Moral Rights and the Foreign Exploitation of Colorized U.S. Motion Pictures Colorized U.S. Motion Pictures*, „Journal of the Copyright Society of the U.S.A” 1988, no. 36, s. 81–100.
- IRIS Special: Creativity Comes at a Price The Role of Collecting Societies*, eds S. Nikoltchev, European Audiovisual Observatory, Strasbourg 2009, rm.coe.int/1680783dcd.

- Kolejny rekordowy rok SFP-ZAPA – 166 mln łącznej kwoty wypłat dla autorów i producentów w 2021, 10.01.2022, zapa.org.pl/aktualnosci,2,365,Kolejny-rekordowy-rok-SFP-ZAPA-166-mln-lacznej-kwoty-wyp-lat-dla-auto-row-i-producentow-w-2021-roku.html [dostęp: 11.09.2023].
- Kośka M., *Cinema City przegrało spór o kilkanaście milionów złotych. Komornik wszedł na konto*, 1.12.2020, money.pl/gospodarka/cinema-city-przegralo-spor-o-kilkanascie-milionow-zlotych-komornik-wszedl-na-konto-6581634701405120a.html [dostęp: 11.09.2023].
- Markiewicz R., *Prawo o wynagrodzeniach za eksploatację w internecie ryzykowne gospodarczo*, 1.02.2023, prawo.pl/biznes/wynagrodzenia-tworcow-audiowizualnych,519425.html [dostęp: 13.11.2023].
- Ministerstwo Kultury i Dziedzictwa Narodowego, *Oświadczenie ws. tantiem dla polskich twórców i wykonawców z tytułu emisji w serwisach streamingowych*, 17.11.2022, gov.pl/web/kultura/oswiadczenie-ws-tantiem-dla-polskich-tworcow-i-wykonawcow-z-tytulu-emisji-w-serwisach-streamingowych [dostęp: 13.11.2023].
- Misiewicz A., *Okiem ekspertki*, [w:] *Prawa nie na sprzedaż! TAK dla tantiem, NIE dla buy-outów*, zaiks.org.pl/buy-out [dostęp: 13.11.2023].
- Motion Picture Association, *Who we are*, mpa-emea.org/who-we-are [dostęp: 15.11.2023].
- Muszyńska M., *Ranczo – aktorzy nie dostaną tantiem za emisję serialu na Netflixie. TVP zabiera głos*, 16.12.2020, naekranie.pl/aktualnosci/ranczo-netflix-nie-wypłaci-tantiem-aktorom-1608115048 [dostęp: 13.11.2023].
- Netflix szykuje pułapkę na polskich filmowców. Oświadczenie Prezesa SFP Jacka Bromskiego, 21.12.2022, zapa.org.pl/aktualnosci,2,408,Netflix-szykuje-pulapke-na-polskich-filmowcow-Oswiadczenie-Prezesa-SFP-Jacka-Bromskiego.html [dostęp: 11.09.2023].
- Pallus P., *Trwa batalia o tantiemy ze streamingu. „Nie walczymy z Netflixem”*, 2.01.2023, wirtualnemedial.pl/artykul/tantiemy-streaming-internet-ustawa-dyrektywa-netflix-jacek-bromski [dostęp: 11.09.2023].
- Pascal Ch., *Les clauses de buyout – d’acquisition forfaitaire des droits dans les contrats d’auteur pour les SMAD – illicéité et qualité de producteur audiovisuel*, 10.11.2022, daloz-actualite.fr/node/clauses-de-ibuyouti-d-acquisition-forfaitaire-des-droits-dans-contrats-d-auteur-pour-smad-illic#.Y-Tc3HbMJPY [dostęp: 11.09.2023].
- Perpina C., Navarro R., Strain A., *Spain’s audiovisual sector: fair remuneration and economic growth*, 23.04.2021, members.cisac.org/CisacPortal/cisacDownloadFileSearch.do?docId=40042&lang=en [dostęp: 13.11.2023].
- Pham A., *Danish unions involved in streaming dispute claim mea culpa, as industry is bleeding*, 13.10.2022, nordiskfilmmogtvfond.com/news/stories/

- danish-unions-involved-in-streaming-dispute-claim-mea-culpa-as-industry-is-bleeding [dostęp: 11.09.2023].
- Pham A., *Streaming crisis will cost Denmark min. DKK1-1.5 billion say production powerhouses*, 22.09.2022, nordiskfilmogtvfond.com/news/stories/the-streaming-crisis-will-cost-denmark-min-dkk1-1-5-billion-say-production-powerhouses [dostęp: 11.09.2023].
- Porozumienie Stowarzyszenia Filmowców Polskich z siecią kin Multikino, 2.04.2021, sfp.org.pl/2016/wydarzenia,5,31505,0,1,Porozumienie-Stowarzyszenia-Filmowcow-Polskich-z-siecicia-kin-Multikino.html [dostęp: 11.09.2023].
- Ptak-Igiewska A., *Świąteczny konflikt Polaków z Netflixem*, 25.12.2022, rp.pl/biznes/art37667891-swiateczny-konflikt-polakow-z-netflixem [dostęp: 11.09.2023].
- SAA, *Takeaways from SAA's expert seminar: ECL helps audiovisual authors, state Nordic copyright experts*, 15.12.2022, saa-authors.eu/en/news/791-takeaways-from-saa-s-expert-seminar-ecl-helps-audiovisual-authors-state-nordic-copyright-experts [dostęp: 15.11.2023].
- SACD, *Réforme de l'audiovisuel: le ministre apporte de nouvelles garanties essentielles pour les auteurs*, 13.09.2019, sacd.fr/fr/reforme-de-laudiovisuel-le-ministre-apporte-de-nouvelles-garanties-essentielles-pour-les-auteurs-0 [dostęp: 13.11.2023].
- Shapiro T., fordhaminstitute.com/wp-content/uploads/2019/04/Shapiro-Ted.pdf [dostęp: 15.11.2023].
- Shapiro T., *Remuneration Provisions in the DSM Copyright Directive and the Audiovisual Industry in the EU: The Elusive Quest for Fairness*, 8.01.2021, wiggin.co.uk/insight/remuneration-provisions-in-the-dsm-copyright-directive-and-the-audiovisual-industry-in-the-eu-the-elusive-quest-for-fairness [dostęp: 15.11.2023].
- Shapiro T., wipo.int/meetings/en/2007/sem_cr_ge/bio/shapiro.html [dostęp: 15.11.2023].
- Stowarzyszenie Filmowców Polskich podpisało nową umowę z Grupą Polsat Plus, 31.08.2023, sfp.org.pl/wydarzenia,5,34822,1,1,Stowarzyszenie-Filmowcow-Polskich-podpisalo-nowa-umowe-z-Grupa-Polsat-Plus.html [dostęp: 11.09.2023].
- Szczotka J., 3.2. *Współtwórcy jako uprawnieni do wynagrodzenia z tytułu najmu egzemplarzy*, [w:] *idem, Najem i użyczenie egzemplarzy utworu jako odrębne pola eksploatacji*, Warszawa 2013.
- Targosz T., *Art. 41*, [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, Warszawa 2015, Lex/el.
- Targosz T., Włodarska-Dziurzyńska K., *Umowy przenoszące prawa autorskie*, Warszawa 2010.

- TW, *Netflix zajmuje połowę czasu polskim widzom streamingu. Player przed Disney+ i TVP VOD*, 13.06.2023, wirtualnemedial.pl/artykul/wspoldzienia-konta-netflix-jak-uzyskac-dostep-player-przed-disney-i-tvp-vod [dostęp: 11.09.2023].
- Wayne M.L., *Netflix, Amazon, and branded television content in subscription video on-demand portals*, „Media, Culture & Society” 2018, vol. 40, iss. 5, s. 725–741.
- Wittenberg A., *Netflix lobbuje w Polsce. „Zgodzili się na to Niemcy i dziś mają wielki problem”*, 2.03.2023, film.dziennik.pl/nawosci-vod/artykuly/8670856,netflix-polskie-kino-tantiemy-przepisy-lobbing-platforma-streamingowa-vod.html#opinia-cieszynskiego [dostęp: 11.09.2023].
- Xalabarder R., *International Legal Study on Implementing an Unwaivable Right of Audiovisual Authors to Obtain Equitable Remuneration for the Exploitation of Their Works*, May 2018, cisac.org/media/4055/download [dostęp: 11.09.2023].
- Związek Autorów i Producentów Audiowizualnych, *Często zadawane pytania*, zapa.org.pl/aktualnosci,10,50,Czesto-zadawane-pytania.html [dostęp: 11.09.2023].

Inne

- Projekt z dnia 6 czerwca 2022 r. ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12887989/12887990/dokument561868.pdf> [dostęp: 28.11.2023].
- Projekt z dnia 17 listopada 2022 r. ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12887989/12887990/dokument588064.pdf> [dostęp: 28.11.2023].
- Projekt z dnia 4 stycznia 2023 r. ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12888011/12888012/dokument599316.pdf> [dostęp: 28.11.2023].
- Raport z konsultacji publicznych projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw – załącznik do Oceny Skutków Regulacji, legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12888011/12888012/dokument599321.pdf [dostęp: 11.09.2023].
- SAA, *Implementation of the EU Copyright Directive: Article 18 9th Initiative Urheberrecht Copyright Conference*, 22 November 2021, urheber.info/media/pages/konferenz-2021/48a57cc68e-1663062364/cecile-de-springre_saa.pdf [dostęp: 11.09.2023].
- SAA, *Open letter: Extend the Polish model of statutory remuneration for audiovisual authors to on-demand usages*, saa-authors.eu/en/new-

s/801-open-letter-extend-the-polish-model-of-statutory-remuneration-for-audiovisual-authors-to-on-demand-usages#.ZDbFbXZBxPY [dostęp: 11.09.2023].

Stanowisko Google do projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw (UC103), wdrażającej Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie praw autorskich i pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym oraz zmieniającej dyrektywę 96/9/WE i 2001/29/WE, Warszawa, 20.07.2022, legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12887995/12887998/dokument587260.pdf [dostęp: 15.11.2023].

Stanowisko nadesłane przez Stowarzyszenie Dystrybutorów Filmowych w ramach konsultacji społecznych Projektu 01, Warszawa, 19.07.2022, legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12887995/12887998/dokument587309.pdf [dostęp: 13.02.2023].

Uzasadnienie, [w:] Druk nr 1382, Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, „Druki Sejmowe III kadencja”, 24.09.1999.

Załącznik: Uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw (UC103), legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12360954/12887995/12887998/dokument587285.pdf [dostęp: 15.11.2023].

Streszczenie

Tantiemy dla współtwórców utworu audiowizualnego w kontekście usług platform streamingowych oraz dyrektywy w sprawie prawa autorskiego na jednolitym rynku cyfrowym

Celem artykułu jest przedstawienie charakteru wynagrodzenia, należnego współtwórcom filmowym na podstawie art. 70 ust. 2¹ ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (pr. aut.). Obecne brzmienie przepisu nie uwzględnia realiów rynku audiowizualnego ani zmieniających się zwyczajów widzów, którzy rezygnują z seansu w kinie na rzecz VoD. Usługa wypiera również korzystanie z filmów zapisanych na nośniku. Art. 18 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/790 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie prawa autorskiego i praw pokrewnych na jednolitym rynku cyfrowym, która w dacie rozpowszechnienia niniejszego tekstu nie została wciąż implementowana do polskiego porządku prawnego, zobowiązuje państwa członkowskie, aby w przypadku, gdy twórcy i wykonawcy udzielają

licencji lub przenoszą swoje wyłączne prawa do eksploatacji ich utworów lub innych przedmiotów objętych ochroną, mieli oni prawo do odpowiedniego i proporcjonalnego wynagrodzenia. Zdaniem autorki postulat ten, w odniesieniu do współtwórców utworu audiowizualnego, powinien być zrealizowany poprzez rozszerzenie zakresu art. 70 ust. 2¹ pr. aut. i wprowadzenie niezbywalnego prawa do stosownego wynagrodzenia z tytułu publicznego udostępniania utworu w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym

Słowa kluczowe: tantiemy, prawo filmowe, odpowiednie i proporcjonalne wynagrodzenie

Abstract

Inalienable royalties for filmmakers in the context of streaming services and the Directive on Copyright in the Digital Single Market

The aim of the article is to present the nature of remuneration due to film co-authors and performers on the basis of Art. 70(2)(1) of the Act of February 4, 1994 on copyright and related rights (CRRA). The current wording of the provision does not take into account the realities of the contemporary audiovisual industry and changing habits of audience who give up cinema screenings in favor of VoD. The streaming services also replace usage of films stored on DVD or other carriers. According to Article 18 of Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the digital single market, the Member States shall ensure that where authors and performers license or transfer their exclusive rights for the exploitation of their works or other subject matter, they are entitled to receive appropriate and proportionate remuneration. According to the author of this article, the said article, with respect to coauthors of an audiovisual work should be implemented by extending the scope of Art. 70(2)(1) of the CRRA by introducing an inalienable right to appropriate remuneration for making the work publicly available in such a manner that anyone could access it at a place and time individually selected by them.

Key words: residuals, inalienable royalties, appropriate and proportionate remuneration

- * Tekst został złożony do publikacji przed początkiem lutego 2024 r., kiedy to ukazały się założenia nowego projektu ustawy o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz niektórych innych ustaw, nr projektu UC6. Jak można przeczytać w części „istota rozwiązań planowanych w projekcie, w tym proponowane środki realizacji”, nie przewiduje się wprowadzenia podobnych, do już istniejących na gruncie art. 70 ust. 2[1] pr. aut., regulacji w odniesieniu do innych kategorii utworów lub przedmiotów praw pokrewnych lub też innych pól eksploatacji. Projekt ten nie przewiduje zatem wprowadzenia tantiem, o których mowa w tytule niniejszego artykułu. Planowany termin przyjęcia projektu przez Radę Ministrów to pierwszy kwartał 2024 r. Zob. gov.pl/web/premier/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-prawie-autorskim-i-prawach-pokrewnych-oraz-niektorych-innych-ustaw3 [dostęp: 7.02.2024].

Tomasz Tyburcy

dr, Menadżerska Akademia Nauk Stosowanych w Warszawie

orcid.org/0000-0001-8549-6460

tyburcy@vp.pl

Kara nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności (art. 77 § 3 k.k.) jako przykład nowej recydywy jurydycznej?

Wstęp

Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹ wprowadziła do Kodeksu karnego² możliwość wymierzenia przez sąd kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności, czyli z zakazem warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 77 § 3 i 4 k.k.), co stanowi *novum* w polskim prawie karnym i jest powszechnie krytykowane przez środowisko prawnicze.

Nie ulega wątpliwości, że przepisy art. 77 § 3 i 4 k.k. naruszają art. 3 EKPCz³. Kara wymierzona przy ich zastosowaniu będzie miała

¹ Dz.U. z 2022 r., poz. 2600. Większość jej przepisów, w tym art. 77 § 3 i 4 k.k., weszły w życie 1 października 2023 r.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553 ze zm.), dalej jako: k.k.

³ Właśc. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 ze zm.), dalej jako: EKPCz.

bowiem charakter nieredukowalny, mimo że będzie mogła zostać skrócona przez ułaskawienie przez prezydenta RP. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przyjmuje się bowiem, że możliwość zastosowania prawa łaski nie jest uzależniona od oceny, czy dalsze przebywanie skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności w zakładzie karnym jest uzasadnione względami penologicznymi oraz brakuje określenia w prawie krajowym konkretnych kryteriów (warunków), którymi prezydent musi się kierować, stosując prawo łaski, jak również brak zobowiązania prezydenta do ujawniania powodów, dla których zastosował lub nie zastosował prawa łaski⁴. Instytucja ułaskawienia przewidziana w polskim prawie nie nadaje więc karze orzeczonej na podstawie omawianych przepisów charakteru redukowalnego⁵.

Po wejściu w życie ww. ustawy (tj. 1 października 2023 r.) kara nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności będzie mogła być wymierzana za niektóre przestępstwa zgrupowane w rozdziale XVI „Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne” i rozdziale XVII „Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej”⁶ za zbrodnie zabójstwa (art. 148 § 1, 2 i 3 k.k.), umyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu z następstwem śmiertelnym (art. 156 § 3 k.k.) oraz za wprowadzone w tej ustawie niektóre nowe typy kwalifikowane zgwałceń (wobec małoletniego poniżej lat 15, ze szczególnym okrucieństwem lub z następstwem w postaci ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub śmierci).

Ustawodawca przewidział dwie podstawy do fakultatywnego orzeczenia kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia

⁴ Szerzej na ten temat zob. W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, *Kara dożywotniego pozbawienia wolności bez dostępu do warunkowego przedterminowego zwolnienia – refleksje w kontekście gwarancji wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Palestra” 2018, nr 10, s. 21–29.

⁵ Szerzej na ten temat zob. Opinia Rady Legislacyjnej z 29 października 2021 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (UD 281) z dnia 16 września 2021 r. i powołane tam wyroki ETPCz, gov.pl/web/radalegislacyjna/opinia-z-29-pazdziernika-2021-r-o-projekcie-ustawy-o-zmianie-ustawy--kodeks-karny-oraz-niektorych-innych-ustaw-ud-281-z-dnia-16-wrzesnia-2021-r.

⁶ Ze względu na objętość niniejszego artykułu, jak również ze względu na brak skazań za takie przestępstwa w praktyce, nie będą one analizowane.

wolności. Pierwsza z nich (art. 77 § 3 k.k.) opiera się na przesłankach formalnych, tj. uprzednim prawomocnym skazaniu za określony rodzaj przestępstwa (przeciwko życiu i zdrowiu, wolności, wolności seksualnej, bezpieczeństwu powszechnemu lub o charakterze terrorystycznym) na karę dożywotniego pozbawienia wolności lub karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat, natomiast druga podstawa (art. 77 § 4 k.k.) operuje warunkiem materialnym, tj. stwierdzeniem, że pozostawanie sprawcy na wolności spowoduje trwałe niebezpieczeństwo dla życia, zdrowia, wolności lub wolności seksualnej innych osób.

Celem niniejszego artykułu jest analiza przesłanek zastosowania art. 77 § 3 k.k. oraz charakteru prawnego tego przepisu, który zdaniem autora wprowadza nową postać recydywy jurydycznej (prawnej, specjalnej) jednokrotnej. Autor wskazuje również na potencjalne ryzyko związane z wprowadzonym przepisem związane ze zbytym ograniczeniem zakresu uznania sędziowskiego oraz niezgodność analizowanego przepisu z art. 3 EKPCz.

W prawie karnym wyróżnia się różne rodzaje recydywy. Recydywa kryminologiczna oznacza ponowne popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa, niezależnie od tego, czy sprawca został uprzednio skazany, natomiast recydywa penitencjarna występuje, kiedy sprawca po raz kolejny odbywa karę pozbawienia wolności orzeczoną za jakiegokolwiek przestępstwo, niezależnie od tego, kiedy i w jakim zakresie odbył karę pozbawienia wolności orzeczoną poprzednio⁷. Z kolei recydywa jurydyczna (prawna, specjalna) dotyczy przypadków, w których przepisy prawa karnego materialnego wprowadzają obostrzenia w zakresie reakcji karnej związane z określoną formą powrotności do przestępstwa (np. skazanie za określone typy przestępstw, skazanie na określoną karę, odbycie wymaganego okresu kary).

Kodeks karny dzieli recydywę jurydyczną (specjalną) na recydywę specjalną jednokrotną (art. 64 § 1 k.k.), zwaną recydywą specjalną zwykłą, i recydywę specjalną wielokrotną (art. 64 § 2 k.k.), zwaną multirecydywą, a od dnia 1 października 2023 r. również na tzw. recydywę seksualną (art. 64a k.k.).

⁷ M. Budyn-Kulik, *Teza 1 do art. 64*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2023, Lex/el.

Zgodnie z art. 64 § 1 k.k. (w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 października 2023 r.),

jeżeli sprawca skazany za przestępstwo umyślne na karę pozbawienia wolności popełnia w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary umyślne przestępstwo podobne do przestępstwa, za które był już skazany, sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a może ją wymierzyć w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.

Recydywista, o którym mowa w art. 64 § 1 k.k., popełnia więc co najmniej po raz drugi przestępstwo w warunkach określonych w tym przepisie. Z kolei zgodnie z art. 64 § 2 k.k. (w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 października 2023 r.),

jeżeli sprawca uprzednio skazany w warunkach określonych w § 1 lub art. 64a, który odbył łącznie co najmniej rok kary pozbawienia wolności i w ciągu 5 lat po odbyciu w całości lub części ostatniej kary popełnia ponownie umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu, przestępstwo zgwałcenia, rozboju, kradzieży z włamaniem lub inne przestępstwo przeciwko mieniu popełnione z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia, sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.

Recydywista, o którym mowa w art. 64 § 2 k.k., popełnia więc co najmniej po raz trzeci przestępstwo w warunkach określonych w tym przepisie. Nowa postać recydywy specjalnej (tzw. recydywa seksualna – art. 64a k.k.) ma skutki w zakresie obostrzenia kary tożsame z multirecydywą (art. 64 § 2 k.k.). Zgodnie z art. 64a k.k. zd. 1,

jeżeli sprawca w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności orzeczonej za zbrodnię zabójstwa w związku ze zgwałceniem lub za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej zagrożone karę pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 8 lat, popełnia ponownie taką zbrodnię lub takie przestępstwo, sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.

Recydywista, o którym mowa w art. 64a k.k., popełnia więc co najmniej po raz drugi przestępstwo w warunkach określonych w tym przepisie.

Możliwość wymierzenia kary powyżej górnej granicy ustawowego zagrożenia, o której mowa w art. 64 i art. 64a k.k., nie dotyczy zbrodni (art. 64 § 3 i art. 64a zd. 2 k.k.). Natomiast obostrzenia w zakresie obowiązku wymierzenia kary powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia dotyczą zarówno zbrodni jak i występków⁸.

Ratio legis wyodrębnienia recydywy specjalnej (jurydycznej) w prawie karnym materialnym jako podstawy obostrzenia kary należy poszukiwać w dyrektywach wymiary kary (art. 53 k.k.) oraz w zwiększonym stopniu winy recydywisty. Zgodnie art. 53 § 2 k.k., sąd wymierzając karę, uwzględnia m.in. sposób życia sprawcy przestępstwa przed popełnieniem przestępstwa. Przepisy art. 64 k.k. i art. 64a k.k. stanowią więc konkretyzację ww. dyrektywy wymiaru kary. W opinii autora niniejszego artykułu (*a contrario* do art. 115 § 2 k.k., który wskazuje taksatywny katalog determinantów stopnia społecznej szkodliwości czynu), spełnienie przesłanek recydywy specjalnej nie wpływa jednak na stopień społecznej szkodliwości czynu, gdyż art. 64 i art. 64a k.k. wskazują na okoliczności, które leżą poza płaszczyzną przestępstwa (nie są bezpośrednio związane z czynem). Należy również pamiętać, że wobec recydywisty dolegliwość kary nie może przekraczać stopnia winy (art. 53 § 1 k.k. *in fine*).

Nie ulega wątpliwości, że spełnienie przesłanek recydywy specjalnej nie prowadzi do modyfikacji ustawowego zagrożenia (sankcji), albowiem przepisy te nie są modyfikatorami sankcji. Stanowią one wyłącznie podstawę do nadzwyczajnego obostrzenia kary, tj. obligatoryjnego wymierzenia kary pozbawienia wolności: powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia (art. 64 § 1 k.k.) albo od dolnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę (art. 64 § 2 k.k. i art. 64a k.k.) oraz podstawę do fakultatywnego wymierzenia kary za występki do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę (art. 64 § 1 i 2 k.k. i art. 64a k.k.). W tym

⁸ Szerzej na temat zmian w zakresie recydywy jurydycznej zob. T. Tyburcy, *Zmiany unormowania recydywy jurydycznej (art. 64 i art. 64a k.k.) w ustawie z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, „Studia Społeczne” 2022, nr 4, s. 162 i nast.

kontekście za wadliwie skonstruowany należy uznać przepis art. 64 § 3 k.k., zgodnie z którym „przewidziane w § 1 lub 2 podwyższenie górnego ustawowego zagrożenia nie dotyczy zbrodni”. Zgodnie z wprowadzonym art. 77 § 3 k.k.,

wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności sprawcy za czyn popełniony przez niego po prawomocnym skazaniu za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, wolności, wolności seksualnej, bezpieczeństwu powszechnemu lub za przestępstwo o charakterze terrorystycznym na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat, sąd może orzec zakaz warunkowego zwolnienia.

Instytucja warunkowego przedterminowego zwolnienia a nieredukowalne dożywotnie pozbawienie wolności

Instytucja warunkowego przedterminowego zwolnienia stanowi instrument racjonalizacji polityki karnej, pozwalający na uniknięcie wykonywania kary pozbawienia wolności w przypadkach, kiedy nie jest to bezwzględnie konieczne. Zasadnie zwraca się uwagę w orzecznictwie, że

orzekanie co do przedterminowego zwolnienia z reszty kary pozbawienia wolności nie jest ponownym oznaczeniem kary za popełnione przestępstwo, ewentualnie jej łagodzeniem, ale jest racjonalnym stosowaniem środków penitencjarnych dla racjonalizowania kary, by nie pozbawiać wolności bez niezbędnej potrzeby i nie marnować społecznych nakładów na wykonywanie kary, co nie jest bez znaczenia, gdy wiele kar nie może być wykonywanych z braku środków po temu⁹.

Kodeks karny i Kodeks karny wykonawczy¹⁰ nie kształtuje instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia jako prawa podmiotowego skazanego¹¹. Przewidziane jest bowiem wyłącznie

⁹ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 8 kwietnia 2003 r., II AKz 125/03, „Kra-kowskie Zeszyty Sądowe” 2003, z. 4, poz. 33.

¹⁰ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1997 r., nr 90, poz. 557 ze zm.).

¹¹ Wyrok TK z dnia 10 lipca 2000 r., SK 21/99, OTK 2000, nr 5, poz. 144.

uprawnienie do ubiegania się o warunkowe zwolnienie z odbycia reszty kary dożywotniego pozbawienia wolności.

Zgodnie z art. 77 § 1 k.k. skazanego na karę pozbawienia wolności sąd może warunkowo zwolnić z odbycia reszty kary tylko wówczas, gdy jego postawa, właściwości i warunki osobiste, okoliczności popełnienia przestępstwa oraz zachowanie po jego popełnieniu i w czasie odbywania kary uzasadniają przekonanie, że skazany po zwolnieniu będzie stosował się do orzeczonego środka karnego lub zabezpieczającego i przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni ponownie przestępstwa¹².

Zasadnie podkreśla się w literaturze, że warunkowe zwolnienie jest jednym z elementów indywidualizacji penitencjarnej, a więc nie powinno się z góry w wyroku skazującym przesądzać, jak proces resocjalizacji będzie przebiegać i czy powinien trwać dłużej niż ustawowe minimum. Oceny prognostyczne w tym zakresie są bowiem obarczone dużym ryzykiem błędu i dlatego potrzeby w zakresie prewencji generalnej oraz zadośćuczynienie społecznemu poczuciu sprawiedliwości nie mogą wpływać na podwyższanie ustawowego okresu, po którym skazany będzie mógł ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienie¹³.

Przepis umożliwiający wymierzenie kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności jest niezgodny z art. 3 EKPCz. W sprawie *Vinter przeciw Zjednoczonemu Królestwu*¹⁴ Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że art. 3 EKPCz, zakazujący m.in. nieludzkiego lub poniżającego karaniam, musi być interpretowany jako zawierający wymóg redukowalności wymiaru kary dożywotniego pozbawienia wolności, czyli dokonania oceny umożliwiającej

¹² Szerzej na temat przesłanek warunkowego zwolnienia zob. J. Lachowski, *Instytucja warunkowego przedterminowego zwolnienia*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 2, s. 110–121; T. Kalisz, *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności z perspektywy problemów z ustalaniem treści i kierunku prognozy kryminologicznej*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2013, nr 30, s. 175–190.

¹³ A. Pilch, *Prewencyjne wyłączenie warunkowego przedterminowego zwolnienia (na marginesie projektowanej zmiany art. 77 k.k.)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 4, s. 39–40.

¹⁴ Wyrok ETPCz z dnia 9 lipca 2013 r., *sprawa Vinter i inni przeciw Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 66069/09, Legalis.

władzom krajowym rozważenie, czy w trakcie obywatela kary u skazanego na drodze do jego resocjalizacji nastąpiły postępy na tyle istotne, że jego dalsza izolacja nie może już być uzasadniona uprawnionymi względami penologicznymi. Wskazuje się w literaturze, że

stwierdzenie to przez sam ETPC zostało uznane za przełomowe. W późniejszym wyroku *Trabelsi v. Belgia* (wyr. ETPC z 4.9.2014 r., 140/10, Legalis) właśnie sprawa *Vinter* została przywołana jako zmieniająca dotychczasową linię orzecniczą ETPC, zgodnie z którą sama możliwość korekty kary dożywotniego więzienia, nawet uzależniona wyłącznie od swobodnego uznania głowy państwa, wystarczała, aby uznać, że zostały spełnione wymagania art. 3 EKPC¹⁵.

Trafnie wskazuje R. Kierzyńska, że

od czasu wydania wyroku w sprawie *Vinter* strasburski standard złagodzenia kary dożywotniego więzienia jest zatem spełniony tylko wówczas, jeżeli zwolnienie następuje na podstawie okoliczności, na które skazany ma wpływ, czyli oceny jego postawy i zachowania. Ponadto Trybunał stwierdził, że więzień skazany na dożywocie musi już w chwili orzeczenia tej kary dowiedzieć się, co musi uczynić, aby być brany pod uwagę do zwolnienia i jakie warunki musi w tym celu spełnić, oraz o okresach, w których taka kontrola miałaby się odbywać albo można byłoby o nią wnioskować. Standardów tych zdaje się nie spełniać ułaskawienie, które może nastąpić niezależnie od oceny stopnia resocjalizacji sprawcy. Z tego względu należy podzielić pogląd, że chodzi tu o dostęp do instytucji będących odpowiednikiem warunkowego zwolnienia, jak również innych, lecz takich tylko, do których dostęp zależy od oceny postawy i zachowania samego skazanego¹⁶.

Zdaniem autora niniejszego artykułu kary dożywotniego pozbawienia wolności z zakazem warunkowego zwolnienia nie powinno się nazywać karą „bezwzględną” dożywotniego pozbawienia wolności. Każda kara dożywotniego pozbawienia wolności ma bowiem charakter bezwzględny, gdyż nie można warunkowo zawiesić jej wykonania. Prawidłową nazwą tej kary jest więc „nieredukowalne dożywotnie pozbawienie wolności”, które

¹⁵ R. Kierzyńska, *Teza 7 do art. 607r*, [w:] *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, t. 2, art. 607, red. D. Drajewicz, Warszawa 2020, Legalis.

¹⁶ *Ibidem*.

to pojęcie stosowane jest powszechnie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹⁷.

W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazano, że w wypadku uprzedniego skazania za przestępstwo, o którym mowa w art. 77 § 3 k.k., na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat,

z założenia trudno przyjąć, że sprawca mógłby skorzystać z takiego dobrodziejstwa [warunkowego zwolnienia – T.T.]. O możliwości wyłączenia warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary dożywotniego pozbawienia wolności będzie decydować negatywna prognoza społeczno-kryminologiczna, tj. prognoza co do funkcjonowania skazanego w warunkach wolnościowych, nie zaś prognoza penitencjarna, tj. odnosząca się do dalszego funkcjonowania skazanego w zakładzie karnym. Orzeczenie zakazu warunkowego przedterminowego zwolnienia ma na celu skuteczną ochronę społeczeństwa przed szczególnie brutalnymi przestępstwami popełnianymi przez osoby, które w przeszłości już się takich czynów dopuściły, a w ocenie sądu zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że dopuszczą się ich ponownie. Projektowane rozwiązanie powinno zatem znaleźć zastosowanie wobec najbardziej niebezpiecznych sprawców, w przypadku których zarówno względy sprawiedliwościowe, jak i prewencyjne przemawiają przeciwko warunkowemu przedterminowemu zwolnieniu. W odniesieniu do takich przypadków priorytetowe znaczenie ma aspekt eliminacyjny kary pozbawienia wolności¹⁸.

Takie uzasadnienie omawianych przepisów nie jest jednak przekonujące. Należy bowiem podkreślić, że identyczne realizacje funkcji ochronnej prawa karnego oraz w zakresie prewencji indywidualnej zapewniają przepisy w brzmieniu sprzed omawianej nowelizacji. Jeżeli skazany po upływie okresu pozwalającego na ubieganie się o warunkowe przedterminowe zwolnienia z odbycia reszty kary dożywotniego pozbawienia wolności nadal będzie stwarzał zagrożenia dla istotnych dóbr prawych – sąd penitencjarny takiego zwolnienia nie udzieli.

¹⁷ Por. np. cyt. wyrok ETPCz, *Vinter i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, wyrok ETPCz z dnia 4 września 2014 r. *sprawa Trabelsi przeciwko Belgii*, skarga nr 140/10, Legalis.

¹⁸ Uzasadnienie [w:] Druk nr 2024, Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP, 22.02.2022, s. 38.

Nie przekonuje stwierdzenie z uzasadnienia do projektu, że biorąc pod uwagę eliminacyjny charakter kary pozbawienia wolności „w określonych, szczególnych i wyjątkowych sytuacjach powinno być prawnie możliwe wyłączenie możliwości warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary dożywotniego pozbawienia wolności (art. 77 § 3 i 4 k.k.)”¹⁹. Zasadnie podkreśla się bowiem w doktrynie, że funkcja eliminacyjna i zabezpieczająca kary dożywotniego pozbawienia wolności to po części kwestia minimalnych progów przewidzianych dla zwolnienia, po części zaś kwestia organizacyjno-prawnych mechanizmów wykonywania tej kary, szczególnie regulacji prawnej w zakresie właśnie warunkowego zwolnienia²⁰. Wprowadzenia możliwości wymierzenia takiej kary w formie nieredukowalnej nie można więc uzasadniać funkcją eliminacyjną. Jak wspomniano bowiem już wcześniej, wymierzenie jej w formie redukowalnej umożliwi eliminację skazanego ze społeczeństwa do końca życia, jeżeli będzie to konieczne, gdyż nadal będzie stwarzał zagrożenie dla istotnych dóbr prawnych.

Przepisy art. 77 § 3 i 4 stanowią w opinii autora niniejszego artykułu przejaw braku zaufania do sądów penitencjarnych, gdyż wprowadzają możliwość ograniczenia przez sąd wydający wyrok ich kompetencji. Nie ulega jednak żadnej wątpliwości, że to przecież sąd penitencjarny przy podejmowaniu decyzji o warunkowym przedterminowym zwolnieniu może przeprowadzić bardziej fachową ocenę skazanego niż sąd karny wydający wyrok, w którym orzeknie zakaz warunkowego przedterminowego zwolnienia. Nie przekonuje również uzasadnianie omawianej nowelizacji na podstawie dążenia do zwiększenia znaczenia prewencji generalnej. Opiera się ono bowiem na nieuzasadnionym naukowo przeświadczeniu, że nieredukowalne dożywotnie pozbawienie wolności wpłynie na spadek stopnia przestępczości. Jest to założenie błędne, gdyż potencjalni sprawcy przestępstw zagrożonych karą dożywotniego pozbawienia wolności nie podejmują decyzji o ich popełnieniu, opierając na tym, czy ww. kara ma charakter redukowalny. Wprowadzone rozwiązanie normatywne nie będzie więc w stanie odwieść ich od popełnienia

¹⁹ *Ibidem*, s. 37.

²⁰ L. Wilk, *Kara dożywotniego pozbawienia wolności a instytucje warunkowego zwolnienia i prawa łaski*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10, s. 19.

takich przestępstw, nie wpłynie również na zwiększenie ochrony społeczeństwa (znaczenia prewencji generalnej), co powoduje, że należy je ocenić w kategoriach populizmu penalnego, który odwołuje się do emocji społecznych i indywidualnych oraz skutkuje podsycaniem w społeczeństwie negatywnych, pierwotnych (atawistycznych) instynktów (zemsty).

Upřednie prawomocne skazanie za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, wolności, wolności seksualnej, bezpieczeństwu powszechnemu lub za przestępstwo o charakterze terrorystycznym

Pierwszym z warunków formalnych (koniecznych) uprawniających sąd do orzeczenia zakazu warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary dożywotniego pozbawienia wolności (art. 77 § 3 k.k.) jest upřednie prawomocne skazanie za chociażby jedno z przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, wolności, wolności seksualnej, bezpieczeństwu powszechnemu lub za przestępstwo o charakterze terrorystycznym. Posłużono się więc kategorią rodzajową, a nie odwołaniem do konkretnych jednostek redakcyjnych (typów czynów zabronionych). W konsekwencji tego katalog tych przestępstw jest bardzo szeroki i może ulegać zmianie na skutek zmian w zakresie typizacji przestępstw.

Upřednie prawomocne skazanie za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej

W przypadku przestępstw przeciwko wolności seksualnej chodzić będzie wyłącznie o przestępstwa zgrupowane w rozdziale XXV „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”, ale tylko o te, których przedmiotem ataku jest wolność seksualna, dlatego zaliczenie przestępstw związanych z pornografią (art. 202 § 3–4c k.k.) do tych, o których mowa w art. 77 § 3 k.k., zależy będzie od tego, czy uznamy je za skierowane przeciwko wolności seksualnej, czy też wyłącznie przeciwko obyczajności²¹.

²¹ Szerzej na temat przedmiotu ochrony przepisu typizującego czyn zabroniony (w ogólności) zob. T. Tyburcy, *Przedmiot ochrony przepisu typizującego czyn zabroniony*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2017, nr 1, s. 90 i nast.

Nie budzi zasadniczych sporów w doktrynie stanowisko, zgodnie z którym w przypadku przestępstw związanych z pornografią, jeżeli treści pornograficzne dotyczą małoletniego, który ukończył 15 lat – stanowią one przestępstwa wyłącznie przeciwko obyczajności. Trafnie wskazuje M. Bielski, że

w przypadku małoletnich między 15. a 18. rokiem życia, którzy w świetle art. 200 § 1 są osobami zdolnymi do świadomej autodeterminacji seksualnej, w wypadku ich dobrowolnego zaangażowania w produkcję pornograficzną nie można mówić o naruszeniu ich wolności seksualnej, dlatego racjonalizacja penalizacji w tym zakresie może być oparta wyłącznie na naruszeniu obyczajności w sferze życia seksualnego, jako dobra ponadindywidualnego, którego jednostka nie jest swobodnym dysponentem²².

W literaturze występują natomiast spory w zakresie określenia dobra naruszanego przez sprawców przestępstw związanych z pornografią określonych w art. 202 § 3–4c k.k., jeżeli treści pornograficzne dotyczą małoletniego poniżej lat 15. Pierwszy pogląd zakłada, że są to przestępstwa przeciwko wolności seksualnej²³, natomiast według alternatywnego stanowiska ochronie podlega wtedy wyłącznie obyczajność w sferze życia seksualnego²⁴. Należy opowiedzieć się za tym ostatnim poglądem. Trafnie wskazuje się w literaturze, że w przypadku takich przestępstw wolność seksualna jest chroniona przez przepis art. 200 § 1 k.k., a nie przez przepisy kryminalizujące ww. przestępstwa.

W konsekwencji tego należy przyjąć, że uprzednie prawomocne skazanie (np. przy zastosowaniu art. 64 § 1 lub 2 k.k.) na karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat za przestępstwa

²² M. Bielski, *Teza 9 do art. 202*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1, *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, Lex/el.

²³ M. Filar, *Teza 1 do art. 202*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Warszawa 2006, Lex/el., s. 659; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 341; J. Warylewski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, *Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 958–960; M. Bielski, *Teza 10 do art. 202*, *op. cit.*, Lex/el.

²⁴ K. Lipiński, *Teza 7 do art. 202*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021, Lex/el.; J. Piórkowska-Flieger, *Teza 2 art. 202*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016, Lex/el.

określone w art. 202 § 3–4c k.k., w przypadku popełnienia następnie przestępstwa zagrożonego karą dożywotniego pozbawienia wolności – nie będzie stwarzało możliwości orzeczenia kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności na podstawie art. 77 § 3 k.k. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej są stypizowane wyłącznie w ww. rozdziale Kodeksu karnego. Trafnie wskazuje się doktrynie, że

wolność seksualna i obyczajność nie są bowiem dobrami chronionymi (choćby pobocznie) w typach, które nie są zgrupowane w tym rozdziale. Są to tak specyficzne dobra prawne, iż umieszczono je w osobnym rozdziale kodeksu. Wskazać przy tym należy, iż sama motywacja erotyczna sprawy nie przesądza ataku na dobro w postaci wolności seksualnej [...] ²⁵.

W konsekwencji powyższego nie będzie przestępstwem przeciwko wolności seksualnej np. zabójstwo popełnione w celu zaspokojenia seksualnego, pod warunkiem że sprawca nie popełnił również przestępstwa przeciwko wolności seksualnej stypizowanego w tym rozdziale (np. zgwałcenia).

Upřednie prawomocne skazanie za przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu

Analogicznie należy ocenić termin „przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”. Takimi będą mogły być wyłącznie przestępstwa stypizowane w rozdziale XX „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”. To dobro prawne – analogicznie jak wolność seksualna – nie jest bowiem nawet pobocznym dobrem chronionym przez przepisy typizujące przestępstwa zgrupowane w innych rozdziałach Kodeksu karnego lub w prawie karnym pozakodeksowym ²⁶.

²⁵ W. Górowski, M. Szewczyk, *Teza 16 do art. 41*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, wyd. 5, Warszawa 2016, Lex/el.

²⁶ Wyjątkiem jest stypizowanie zabójstwa w związku ze zgwałceniem w art. 148 § 2 pkt 2 k.k. *in medio*. W przypadku takiego czynu należy wskazać w kwalifikacji ten przepis w związku z odpowiednim przepisem z art. 197 k.k., gdyż dookreśla on termin „zgwałcenie”.

Uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu

Inaczej natomiast przedstawia się wykładnia pojęcia „przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu”. Wydaje się, że posłużenie się w omawianym przepisie spójnikiem koniunkcji nie oznacza, że ta kategoria przestępstw to wyłącznie przestępstwa przeciwko życiu, które są zarazem przestępstwami przeciwko zdrowiu²⁷, a jest to tylko nawiązanie do tytułu rozdziału Kodeksu karnego²⁸. Wykładnia odmienna prowadziłaby bowiem do absurdu, gdyż ograniczyłaby zakres znaczeniowy omawianej przesłanki wyłącznie do przestępstw przeciwko zdrowiu kwalifikowanych przez następstwo śmiertelne, przestępstw przeciwko zdrowiu w zbiegu przepisów z art. 155 k.k. lub przestępstw, w których sprawca jednym czynem zrealizował znamiona przepisu typizującego przestępstwo przeciwko zdrowiu na szkodę jednej osoby oraz przepisu typizującego przestępstwo przeciwko życiu na szkodę innej osoby²⁹. Tej przesłanki nie spełniałoby np. uprzednie prawomocne skazanie za zbrodnie zabójstwa, a spełniałoby ją skazanie za czyn o niższym stopniu bezprawia (np. art. 156 § 3 k.k. – umyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu z następstwem śmiertelnym).

Pojęcie „przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu” nie dotyczy wyłącznie przestępstw zgrupowanych w rozdziale Kodeksu karnego o takim tytule, gdyż życie i zdrowie (w przeciwieństwie do

²⁷ Tak też trafnie, choć bez uzasadnienia W. Górski i M. Szewczyk w odniesieniu do identycznej przesłanki w art. 41 k.k. w brzmieniu od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r., który stanowił o skazaniu za umyślne przestępstwo przeciwko życiu i zdrowiu, W. Górski, M. Szewczyk, *op. cit.* Ww. autorzy uważają nowelizację zastępującą spójnik „i” spójnikiem „lub” za pozbawioną wartości normatywnej. Wydaje się jednak, że Kodeks karny w zakresie przepisów odwołujących się do tych dóbr prawnych powinien posługiwać się jednolitą terminologią, a więc art. 77 § 3 k.k. również powinien życie/zdrowie zrelacjonować przy użyciu spójnika alternatywy łącznej, a nie koniunkcji, aby nie powstało ryzyko innego rozumienia takiego sformułowania niż w art. 41 k.k.

²⁸ Tytuły rozdziałów Kodeksu karnego nie posługują się bowiem spójnikami alternatywy a koniunkcji.

²⁹ Szerzej na temat wykładni prowadzącej do absurdu zob. L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2014, s. 146 i nast.

wolności seksualnej oraz bezpieczeństwa powszechnego) chronione są również przez przepisy umieszczone poza tym rozdziałem Kodeksu karnego, których pobocznym przedmiotem ochrony jest życie lub zdrowie (np. art. 177 § 1 i 2 k.k. oraz inne przestępstwa kwalifikowane przez następstwo w postaci śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu).

Przestępstwem przeciwko życiu lub zdrowiu będzie każde przestępstwo, jeżeli przedmiotem ochrony (również pobocznym) przepisu, które je typizuje, jest życie lub zdrowie, pod warunkiem jednak że realizacja określonego znamienia to atak na takie dobro. Na przykład rozbój, jeżeli środkiem przymusu jest wyłącznie groźba użycia przemocy, w tym nawet groźba zabójstwa, nie będzie przestępstwem przeciwko życiu lub zdrowiu, jak również nie będzie takim przestępstwem rozbój z użyciem przemocy, polegającej wyłącznie na naruszeniu nietykalności cielesnej. Groźba nie zagraża bowiem bezpośrednio życiu lub zdrowiu, niezależnie od tego, czym sprawca grozi. Wynika to z tego, że jej realizacja, a więc spowodowanie takiego zagrożenia, zależy od decyzji woli groźącego, a więc nie jest to zagrożenie bezpośrednio rozumiane tak jak w art. 160 k.k. Taka groźba może oczywiście stanowić bezpośredni zamach na życie lub zdrowie i w konsekwencji tego uprawniać do obrony koniecznej, ale nie oznacza to jeszcze, że sprawca popełnił przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu.

W związku z tym będzie możliwe wymierzenie kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności również, jeżeli sprawca wcześniej był prawomocnie skazany za przestępstwa nieumyślne przeciwko życiu lub zdrowiu, jak również przestępstwa umyślnie-nieumyślne, tj. kwalifikowane przez następstwo w postaci spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub śmierci i to niezależnie od tego, czy czyn wyjściowy należał do katalogu przestępstw art. 77 § 3 k.k. (np. art. 224 § 3 k.k.), gdyż ustawodawca nie ograniczył art. 77 § 3 k.k. do prawomocnych skazań za przestępstwa umyślne.

Przestępstwem przeciwko życiu lub zdrowiu nie będzie występ i zbrodnia rozboju³⁰, chyba że sprawca naruszy również

³⁰ Chyba że sprawca zbrodni rozboju będzie działał w sposób bezpośrednio zagrażający życiu.

zdrowie lub życie, a art. 280 § 1 k.k. lub art. 2 k.k. zostanie zakwalifikowany kumulatywnie z przepisami typizującymi przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu.

Przepis art. 77 § 3 k.k. nie ogranicza uprzedniego prawomocnego skazania wyłącznie do skazania za przestępstwa przeciwko zdrowiu (życiu) osobistemu, co oznacza, że obejmuje również skazania na podstawie przepisów chroniących zdrowie (życie) publiczne. W tym kontekście istotne jest ustalenie, czy przepisy typizujące przestępstwa określone w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii³¹ chronią wyłącznie zdrowie lub życie³², czy też chronią wyłącznie reglamentacje obrotu środkami odurzającymi i innymi środkami, do których ta ustawa się odnosi. W literaturze i orzecznictwie dominuje stanowisko, że chronią one zdrowie i życie, co najmniej zdrowie lub co najmniej zdrowie i życie³³. Z kolei pogląd, że chronią one wyłącznie reglamentacje w zakresie obrotu środkami odurzającymi i innymi, do których odnosi się omawiana ustawa, ma charakter mniejszościowy.

Należy opowiedzieć się za stanowiskiem większościowym, albowiem jest ono zgodne z szerokim ujmowaniem dobra chronionego przez przepisy typizujące czyny zabronione. Nie ulega bowiem wątpliwości, że jednym z celów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii jest ochrona zdrowia publicznego, a więc to dobro (nawet tylko narażone na abstrakcyjne niebezpieczeństwo) jest

³¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 172.

³² W literaturze i orzecznictwie spór dotyczy również tego, czy omawiane przepisy chronią zdrowie (życie) publiczne czy osobiste, albo również (co najmniej) zdrowie (życie) osobiste. Jest to istotne np. w kontekście unormowania czynu ciągłego (art. 12 § 1 k.k. *in fine*), gdyż zastosowanie tego przepisu w przypadku zamachu na dobro osobiste wymaga tożsamości pokrzywdzonego. Dla wykładni przesłanek art. 77 § 3 k.k. nie ma to jednak znaczenia.

³³ Por. K. Łuczarcz, A. Muszyńska, *Przedmiot ochrony art. 59*, [w:] *eaedem, Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Kraków–Warszawa 2008; M. Kulik, *Teza 1 do art. 58. Komentarz do niektórych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, Lex/el.; K. Witkowska-Moździerz, *Teza 2 art. 58. Komentarz do wybranych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, [w:] *Przestępstwa narkotykowe i dopalacze. Komentarz*, red. W. Górowski, D. Zając, Warszawa 2019, Lex/el.

przedmiotem ochrony przepisów typizujących czyny zabronione określone w tej ustawie. W konsekwencji tego uprzednie prawomocne skazanie na karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat za przestępstwa w niej stypizowane będzie spełniać formalny warunek, o którym mowa w art. 77 § 3 k.k., stwarzający możliwość wymierzenia kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości warunkowego zwolnienia – w przypadku popełnienia po takim prawomocnym skazaniu przestępstwa zagrożonego karą dożywotniego pozbawienia wolności.

Uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo o charakterze terrorystycznym

Ostatnią kategorią przestępstw, za które uprzednie prawomocne skazanie umożliwia wymierzenie kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności, jest przestępstwo o charakterze terrorystycznym. W tym wypadku ustawodawca w art. 77 § 3 k.k. nie odwołuje się do przedmiotu ochrony przepisów typizujących określone przestępstwa. Przepis art. 115 § 20 k.k., stanowiący definicję legalną przestępstwa o charakterze terrorystycznym, nie tworzy typu czynu zabronionego *sui generis* (nie jest to typ kwalifikowany ze względu na brak podwyższenia sankcji).

Zgodnie z art. 115 § 20 k.k. przestępstwem o charakterze terrorystycznym jest czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, popełniony w celu:

- 1) poważnego zastraszenia wielu osób;
- 2) zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności;
- 3) wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej³⁴.

³⁴ Szerzej na ten temat zob. T. Przesławski, *Cel w konstrukcji przestępstwa terrorystycznego*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 5, s. 17-29; R. Zgorzały, *Przestępstwo o charakterze terrorystycznym w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 7, s. 58-79.

Uprzednie prawomocne skazanie na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat

Drugim warunkiem formalnym (koniecznym) umożliwiającym orzeczenie zakazu warunkowego przedterminowego zwolnienia jest popełnienie przestępstwa po prawomocnym skazaniu za przestępstwo z ww. katalogu na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat.

Przepis art. 77 § 3 k.k. nie wymaga, aby sprawca odbył całą karę lub nawet jej część, co odróżnia omawiany warunek od recydywy specjalnej określonej art. 64 k.k. Wystarczy wyłącznie prawomocne skazanie za przestępstwo za przestępstwo wymienione w art. 77 § 3 k.k. na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat. Przepis art. 77 § 3 k.k. będzie mógł być stosowany również wobec sprawców skazanych prawomocnie przed wejściem w życie omawianej ustawy nowelizującej.

Omawiany warunek zostanie spełniony również, jeżeli osoba po prawomocnym skazaniu, o którym mowa w art. 77 § 3 k.k., popełniła przestępstwo zagrożone karą dożywotniego pozbawienia wolności, nie odbywając jeszcze kary orzeczonej za uprzednie przestępstwo, czyli jeżeli np. zostało ono popełnione w okresie korzystania z odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności lub odbywania kary pozbawienia wolności orzeczonej za inne przestępstwo.

Należy jednak pamiętać, że omawiany przepis dotyczy wyłącznie skazań, które nie uległy zatarciu. W przypadku skazania na karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat zatarcie skazania następuje z mocy prawa z upływem 10 lat od wykonania lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania. Po upływie tego okresu nie będzie już możliwe wymierzenie kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności na podstawie art. 77 § 3 k.k. na podstawie tego skazania. Okres zatarcia może zostać również skrócony w ramach zastosowania przez prezydenta RP prawa łaski, jak również możliwe jest, aby ułaskawienie polegało na zatarciu skazania z dniem wykonania kary lub uznania jej za wykonaną. Nie jest natomiast możliwe, aby akt ułaskawienia zatarał

skazanie w czasie trwania okresu próby, bez uznania okresu próby za zakończony, gdyż wyłączona byłaby wtedy w praktyce możliwość wykonywania środka probacyjnego. Zatarcie takiego skazania może również nastąpić w wyniku amnestii.

Z kolei w przypadku skazania na karę dożywotniego pozbawienia wolności – poza ułaskawieniem lub amnestią, które zatartyby takie skazanie – nigdy nie ulegnie ono zatarcia, gdyż omawiana nowelizacja przewiduje, że w razie warunkowego zwolnienia z kary dożywotniego pozbawienia wolności okres próby trwa dożywotnio (art. 80 § 3 k.k.). Zgodnie z art. 23 omawianej ustawy nowelizującej

w sprawach, w których przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy kara pozbawienia wolności nie została wykonana, do osób warunkowo zwolnionych oraz osób odbywających karę pozbawienia wolności stosuje się przepisy ustawy zmienianej w art. 1 o warunkowym zwolnieniu w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.

Problem wykładniczy pojawia się natomiast w przypadku sprawy, wobec którego orzeczono karę łączną dożywotniego pozbawienia wolności albo karę łączną pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat. Należy odpowiedzieć na pytanie, czy wszystkie kary jednostkowe powinny być wtedy wymierzone za przestępstwa, o których mowa w art. 77 § 3 k.k. czy też wystarczy, że tylko jedna kara jednostkowa została za nie wymierzona.

Nie ulega wątpliwości, że jeżeli co najmniej jedna kara jednostkowa została wymierzona w wymiarze nie niższym niż 20 lat pozbawienia wolności (za przestępstwo, o którym mowa w art. 77 § 3 k.k.) albo była to kara dożywotniego pozbawienia wolności wymierzona za takie przestępstwo – wymiar kary łącznej nie ma znaczenia, a omawiany warunek art. 77 § 3 k.k. jest spełniony. Wydaje się, że analogicznie należy ocenić sytuację, w której suma kar jednostkowych wymierzonych za przestępstwa określone w art. 77 § 3 k.k. wynosi co najmniej 20 lat pozbawienia wolności. W obu tych przypadkach sprawca został bowiem uprzednio skazany za takie przestępstwa na karę co najmniej 20 lat pozbawienia wolności albo na karę dożywotniego pozbawienia wolności.

W innych przypadkach należy natomiast uznać, że nawet orzeczenie kary łącznej co najmniej 20 lat pozbawienia wolności albo

kary dożywotniego pozbawienia wolności nie oznacza, że sprawca został skazany uprzednio w warunkach tego przepisu za przestępstwa w nim wymienione na karę dożywotniego pozbawienia wolności albo na karę co najmniej 20 lat pozbawienia wolności, gdyż wymiar kar jednostkowych wymierzonych za takie przestępstwa nie przekraczał 20 lat pozbawienia wolności. W związku z powyższym nie jest wtedy spełniona formalna przesłanka do zastosowania art. 77 § 3 k.k.

Analogicznie należy ocenić skazania za przestępstwa, które nie pozostają w zbiegu i dlatego nie mogła zostać za nie wymierzona kara łączna, jak również sytuacje, w której za przestępstwa pozostające w zbiegu (art. 85 k.k.) nie wymierzono kary łącznej. W takich przypadkach będą spełnione przesłanki zastosowania art. 77 § 3 k.k., jeżeli sprawcy została wymierzona co najmniej jednak kara dożywotniego pozbawienia wolności za przestępstwa, o których mowa w art. 77 § 3 k.k. lub suma kar wymierzonych za takie przestępstwa, wykonywanych sekwencyjnie wynosi co najmniej 20 lat pozbawienia wolności. Choć ustawodawca w omawianym przepisie posługuje się liczbą pojedynczą („czyn popełniony przez niego po prawomocnym skazaniu za przestępstwo...”), to zgodnie z powszechnie przyjętymi zasadami wykładni oraz techniki legislacyjnej ten termin obejmuje również liczbę mnogą, tj. czyn popełniony po prawomocnych skazaniach za przestępstwa.

Ustawodawca nie przewidział w omawianym przepisie, że przestępstwo, za które sprawca został uprzednio prawomocnie skazany, musi być umyślne. W konsekwencji tego omawianą przesłankę art. 77 § 3 k.k. mogą spełniać również skazani, wobec których orzeczono karę nie niższą niż 20 lat pozbawienia wolności jako karę łączną tylko za przestępstwa nieumyślne (np. za dwa ciężkie wypadki komunikacyjne ze zbiegnięciem z miejsca zdarzenia na kary po 10 lat pozbawienia wolności), jak również skazani za przestępstwa za przestępstwa nieumyślne, o których mowa w art. 77 § 3 k.k., na kary niepodlegające łączeniu albo za podlegające łączeniu, jeżeli nie orzeczono jednak kary łącznej, jeżeli ich suma wynosi co najmniej 20 lat. Prawdopodobnie jest to niedopatrzenie ustawodawcy, który założył na podstawie sankcji grożących za przestępstwa nieumyślne, że taka kara nie może zostać orzeczona

(nawet z np. obostrzeniem, o którym mowa znowelizowanym art. 178 k.k.), zapominając jednak o karze łącznej.

Kodeks karny nigdy nie przewidywał obostrzenia odpowiedzialności karnej na podstawie wcześniejszego skazania za przestępstwo nieumyślne, gdyż takie skazania ze względu na nieumyślną stronę podmiotową nie wpływają aż tak negatywnie na prognozę kryminologiczną, tym bardziej nie powinny stanowić podstawy do wymierzenia kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności w przypadku popełnienia po skazaniu za nie przestępstwa zagrożonego karą dożywotniego pozbawienia wolności.

W tym kontekście art. 77 § 3 k.k. wyłamuje się spod *status quo* obowiązującego w polskim prawie karnym, a więc założenia, że wyższe sankcje czy obostrzenia kary, których podstawą zastosowania są uprzednie prawomocne skazania, ukarania, odbycia kar (np. art. 64 k.k., art. 148 § 3 k.k. *in medio*, art. 178a § 4 k.k.), powinny być uzależnione wyłącznie od uprzednich skazań (ukarań) za przestępstwa umyślne. W związku powyższym w wypadku, gdy będą to uprzednie prawomocne na co najmniej 20 lat pozbawienia wolności wyłącznie za przestępstwa nieumyślne albo umyślne i nieumyślne, ale suma kar pozbawienia wolności wymierzonych za przestępstwa umyślne będzie niższa 20 lat pozbawienia wolności – wymierzenie kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności na podstawie art. 77 § 3 k.k. będzie wymagało głębszego uzasadnienia. Sąd decydujący się na skorzystanie z możliwości przewidzianej w tym przepisie powinien więc w takim wypadku podać więcej obciążających okoliczności, w szczególności wskazujących na negatywną prognozę kryminologiczną, niż w przypadku, jeżeli sprawca był uprzednio prawomocnie skazany za przestępstwo umyślne w warunkach określonych w art. 77 § 3 k.k.

Wykładnia systemowa art. 77 § 3 k.k. w zw. art. 77 § 4 k.k. prowadzi do wniosku, że sprawca, o którym mowa w art. 77 § 3 k.k., nie musi stwarzać trwałego niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności lub wolności seksualnej innych osób, choć niewątpliwie wypełnienie również tej przesłanki, a więc łączna realizacja warunków art. 77 § 3 k.k. i art. 77 § 4 k.k., może przemawiać za

wymierzeniem kary dożywotniego pozbawienia wolności z zakazem warunkowego zwolnienia.

Ustawodawca w art. 77 § 3 k.k. operuje wyłącznie warunkami formalnymi, które jego zdaniem znacznie zwiększają stopień winy. W kontekście przestępstwa osądzanego wskazane w tym przepisie uprzednie prawomocne skazania stanowią o negatywnej prognozie kryminologicznej, mogą wykluczać szansę na resocjalizację i w konsekwencji tego, zdaniem ustawodawcy, powinna istnieć możliwość orzeczenia zakazu warunkowego przedterminowego zwolnienia, co opiera się jednak na założeniu arbitralnym, niemającym oparcia w nauce kryminologii.

Wydaje się, że samo spełnienie formalnych przesłanek zastosowania omawianego przepisu to jednak za mało do wymierzenia kary z jego zastosowaniem. Podejmując decyzje o wymierzeniu kary z zastosowaniem art. 77 § 3 k.k., sąd powinien kierować się dyrektywami wymiaru kary z art. 53 k.k. *Prima facie* wydawać by się mogło, że w przypadku spełnienia przesłanek omawianego przepisu o możliwości skazania z jego zastosowaniem powinny decydować w szczególności względy indywidualnoprewencyjne, w szczególności trwałość stwarzania zagrożenia dla dóbr osobistych wyższego rzędu. Wydaje się jednak, że taką funkcję kary można by jednak zrealizować w identycznym zakresie, nie orzekając zakazu warunkowego zwolnienia, gdyż sąd penitencjarny nie orzeknie warunkowego zwolnienia, jeżeli sprawca nadal będzie stwarzał zagrożenie dla istotnych dóbr prawnych. W konsekwencji tego należy dojść do wniosku, że przy spełnieniu formalnych przesłanek zastosowania art. 77 § 3 k.k. sąd będzie orzekał zakaz warunkowego zwolnienia głównie na podstawie względów sprawiedliwościowych, a inne dyrektywy wymiaru kary będą mieć znaczenie drugorzędne.

Jest to więc stanowisko zbieżne z prezentowanym odnośnie do podwyższenia na podstawie art. 77 § 2 k.k. ustawowego okresu, po którego upływie skazany może ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienia. Trafnie wskazuje się w literaturze i orzecznictwie, że o wyznaczeniu dłuższych okresów odbywania kary przed możliwym terminem zastosowania warunkowego przedterminowego zwolnienia, niż okresy określone w art. 78 k.k.,

decydować powinien przede wszystkim charakter popełnionego przestępstwa i konieczność zaspokojenia w wyroku społecznego poczucia sprawiedliwości³⁵.

Nie ulega jednak wątpliwości, że uzasadnienie wymierzenia kary dożywotniego pozbawienia wolności z zakazem warunkowego zwolnienia powinno wskazywać na większą karygodność czynu niż w przypadku podwyższenia ustawowego okresu odbycia kary, po którego upływie skazany będzie mógł ubiegać się o warunkowe zwolnienia z odbycia reszty kary dożywotniego pozbawienia wolności na podstawie art. 77 § 2 k.k.

W opinii autora niniejszego artykułu przepis art. 77 § 3 k.k. wprowadza nową postać recydywy jurydycznej (specjalnej jednokrotnej). W związku z powyższym, analogicznie jak w przypadku art. 64 § 1 i 2 k.k., popełnienie przestępstwa w warunkach art. 77 § 3 k.k. należy do istoty przestępstwa, a zatem spełnienie przesłanek tejże recydywy, jako kwestia kwalifikacji prawnej czynu, ma znaczenie nie tylko w zakresie umożliwienia wymierzenia kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności, lecz w przypadku nieskorzystania przez sąd z takiej możliwości – może uzasadniać podwyższenie ustawowego okresu, po którego upływie skazany na karę dożywotniego pozbawienia wolności będzie mógł ubiegać się o warunkowe zwolnienia (art. 77 § 2 k.k.). Analogicznie w przypadku spełnienia przesłanek art. 64 § 1 k.k. lub § 2 k.k., jeżeli sąd nie wymierzy kary powyżej górnej granicy ustawowego zagrożenia, popełnienie przestępstwa w warunkach art. 64 § 1 lub § 2 k.k. bez wątplenia powinno zostać uwzględnione przy wymierzaniu kary w granicach ustawowego zagrożenia.

W konsekwencji tego przepis art. 77 § 3 k.k. powinien znaleźć się w kwalifikacji niezależnie od tego, czy sąd wymierzy karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości ubiegania się o warunkowe zwolnienie. W związku z tym, że zastosowanie art. 77 § 3 k.k. jest fakultatywne, przepis ten w podstawie wymiaru kary powinien

³⁵ A. Zoll, *Teza 31 do art. 77, [w:] Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2, *Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wróbel, wyd. 5, Warszawa 2016, Lex/el.; wyrok SA w Krakowie z dnia 14 września 2005 r., II AKa 165/05, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2005, z. 10, poz. 25 oraz wyrok SA w Katowicach z dnia 25 lutego 2011 r., II AKa 438/10, Lex/el. nr 846488.

pojawić się wyłącznie, jeżeli sąd skorzysta z możliwości, którą przepis ten przewiduje, tj. wymierzy karę nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności.

Podsumowanie

Jak wynika ze statystyk w 2020 r., skazano 352 osoby za przestępstwa, za które groziła kara dożywotniego pozbawienia wolności (287 osób za zbrodnie zabójstwa, tj. art. 148 § 1, 2 i 3 k.k., 65 osób za umyślne spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu z następstwem śmiertelnym, tj. art. 156 § 3 k.k.)³⁶. Ze względu na zagrożenie w omawianej nowelizacji taką karą również niektórych typów kwalifikowanych zgwałceń liczba takich przestępstw będzie prawdopodobnie wyższa w kolejnych latach. Ukazuje to, że skala praktyczna problemu, który tworzy omawiana nowelizacja, może być duża.

Przepis art. 77 § 3 k.k. wprowadza nową postać recydywy jurydycznej (prawnej, specjalnej) jednokrotnej. Spełnienie jej przesłanek nie powoduje jednak obostrzenia granic kary dożywotniego pozbawienia wolności (co zdaniem autora nie jest warunkiem koniecznym do uznania określonego przepisu za podstawę recydywy jurydycznej), lecz stwarza możliwość wymierzenia jej z zakazem warunkowego zwolnienia. Za uznaniem omawianego przepisu za instytucję recydywy prawnej przemawia charakter przesłanek uprawniających do zaostrożenia odpowiedzialności karnej, które odwołują się do okoliczności osobistej sprawcy, która nie leży na płaszczyźnie przestępstwa (nie jest bezpośrednio związana z osądzanym czynem zabronionym), tj. do kwalifikowanej karalności sprawcy (właściwej instytucji recydywy), tj. uprzedniego prawomocnego skazania za określony rodzaj przestępstwa (przeciwko życiu i zdrowiu, wolności, wolności seksualnej, bezpieczeństwu powszechnemu lub o charakterze terrorystycznym) na

³⁶ Skazania prawomocne według przestępstw, 2008–2020, Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, Ministerstwo Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2853,45.html>.

karę dożywotniego pozbawienia wolności lub karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat. W przeciwieństwie do re-cydywy, o której mowa w art. 64 i art. 64a k.k., wystarczy już samo skazanie, a nie jest konieczne odbycie określonego okresu kary. Chodzi jednak wyłącznie o skazania, które nie uległy zatarciu.

Zrealizowanie przesłanek omawianego przepisu nie wydaje się jednak wystarczające do wymierzenia kary dożywotniego pozbawienia wolności z zakazem warunkowego zwolnienia. Jeżeli zostaną one spełnione, sąd decydujący się na wymierzenie kary z zastosowaniem omawianego przepisu powinien wskazać na okoliczności, które za tym przemawiają. Chodzi o dyrektywy wymiaru kary (art. 53 k.k.), ale będą to głównie względy sprawiedliwościowe, ponieważ inne funkcje prawa karnego można w identycznym zakresie zrealizować, wymierzając karę dożywotniego pozbawienia wolności bez zakazu warunkowego zwolnienia. Niestety o wymierzeniu kary z takim zakazem zwolnienia będzie decydować również prewencja generalna negatywna (oby w jakim najmniejszym stopniu!). Omawiana ustawa usunęła bowiem z Kodeksu karnego prewencję generalną pozytywną jako dyrektywę wymiaru kary (tj. uwzględniania przy wymierzaniu kary potrzeb w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa o obowiązywaniu danej normy prawnej i jej rzeczywistej ochronie w procesie wymiaru sprawiedliwości), wprowadzając w jej miejsce prewencję generalną negatywną, tj. uwzględniania celów kary w zakresie społecznego oddziaływania.

W opinii autora niniejszego artykułu sądy nie powinny orzekać kary dożywotniego pozbawienia wolności z zakazem warunkowego zwolnienia, ale nie dlatego że uznają omawiane przepisy za sprzeczne z art. 40 Konstytucji RP³⁷, a więc dokonają tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności przepisu ustawy. Ustawa zasadnicza stanowi bowiem wyraźnie, że sędziowie w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości podlegają tylko Konstytucji RP oraz ustawom, a kompetencję do obalenia domniemania konstytucyjności normy ustawowej Konstytucja RP, zastrzega wyłącznie dla Trybunału Konstytucyjnego. Postulat możliwości dokonywania

³⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483).

takiej kontroli, występujący nieprzypadkowo dopiero od 2015 r., nie zasługuje na aprobatę.

Nie oznacza to jednak, że sąd powinien orzekać karę dożywotniego pozbawienia wolności z zastosowaniem omawianych przepisów. Orzeczenia takiej kary „nie usprawiedliwi” bowiem nawet wystosowanie przez sąd pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego, który hipotetycznie wydałby wyrok o zgodności omawianych przepisów z Konstytucją RP. Polskie sądy powinny uwzględniać linię orzeczniczą Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (wnioskując na jej podstawie o możliwym rozstrzygnięciu odnośnie do polskiej regulacji), która od 2013 r. jest jednolita w omawianym zakresie, gdyż w przeciwnym razie narażają Skarb Państwa na szkodę (konieczność wypłacenia kompensaty zasądzonej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka) oraz powodują przewlekłość postępowania (wzruszanie rozstrzygnięć ostatecznych). Złożenie przez skazanego skargi spowoduje bowiem, że Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdzi naruszenie Europejskiej konwencji praw człowieka, co w świetle art. 540 § 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego³⁸ będzie podstawą do wznowienia postępowania na korzyść osoby skazanej. W tym kontekście należy żywić nadzieje, że skazania z zastosowaniem omawianych przepisów będą rzadkie, albowiem sędziowie, mając świadomość ich niezgodności z art. 3 EKPCz, nie będą ich stosować lub będą stosować rzadko.

Należy również mieć nadzieje, że przepis ten czym prędzej zostanie uchylony albo utraci moc w wyniku orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, wydaje się bowiem, że istnieją poważne wątpliwości co do zgodności omawianych regulacji z art. 40 Konstytucji RP, zgodnie z którym „nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu”. Należy zwrócić uwagę, że przepis ten operuje identycznymi kryteriami co art. 3 EKPCz i w konsekwencji tego powinien być wykładany jednolicie, choć oczywiście domniemanie jego konstytucyjności może być obalone wyłącznie przez Trybunał Konstytucyjny.

³⁸ Dz.U. z 1997 r., nr 89, poz. 554.

Bibliografia

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. nr 88, poz. 553).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r., nr 89, poz. 554.).
- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomani (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 172).
- Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r., poz. 2600).

Orzecznictwo

- Wyrok ETPCz z dnia 9 lipca 2013 r., *Vinter i inni przeciw Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 66069/09, Legalis.
- Wyrok ETPCz z dnia 4 września 2014 r. *Trabelsi przeciw Belgii*, skarga nr 140/10, Legalis.
- Wyrok TK z dnia 10 lipca 2000 r., SK 21/99, OTK 2000, nr 5, poz. 144.
- Wyrok SA w Krakowie z dnia 14 września 2005 r., II AKa 165/05, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2005, z. 10, poz. 25.
- Wyrok SA w Katowicach z dnia 25 lutego 2011 r., II AKa 438/10, LEX nr 846488.
- Postanowienie SA w Krakowie z dnia 8 kwietnia 2003 r., II AKz 125/03, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2003, z. 4, poz. 33.

Literatura

- Bielski M., *Teza 9 do art. 202*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1, *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, Lex/el.
- Bielski M., *Teza 10 do art. 202*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1, *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, Lex/el.
- Budyn-Kulik M., *Teza 1 do art. 64*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2023, Lex/el.
- Filar M., *Teza 1 do art. 202*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Warszawa 2006, Lex/el.
- Góral R., *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007.
- Górowski W., Szewczyk M., *Teza 16 do art. 41*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, wyd. 5, Warszawa 2016, Lex/el.

- Hermeliński W., Nita-Światłowska B., *Kara dożywotniego pozbawienia wolności bez dostępu do warunkowego przedterminowego zwolnienia – refleksje w kontekście gwarancji wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Palestra” 2018, nr 10, s. 21–29.
- Kalisz T., *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności z perspektywy problemów z ustalaniem treści i kierunku prognozy kryminologicznej*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2013, nr 30, s. 175–190.
- Kierzynka R., *Teza 7 do art. 607r*, [w:] *Kodeks postępowania karnego, Komentarz*, t. 2, red. D. Drajewicz, Warszawa 2020, Legalis.
- Kulik M., *Teza 1 do art. 58. Komentarz do niektórych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, [w:] *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, Lex/el.
- Lachowski J., *Instytucja warunkowego przedterminowego zwolnienia*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 2, s. 110–121.
- Lipiński K., *Teza 7 do art. 202*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021, Lex/el.
- Łuczarski K., Muszyńska A., *Przedmiot ochrony art. 59*, [w:] *eadem, Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*, Kraków–Warszawa 2008, Lex/el.
- Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2014.
- Pilch A., *Prewencyjne wyłączenie warunkowego przedterminowego zwolnienia (na marginesie projektowanej zmiany art. 77 k.k.)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 9, s. 35–49.
- Piórkowska-Flieger J., *Teza 2 art. 202*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016, Lex/el.
- Przesławski T., *Cel w konstrukcji przestępstwa terrorystycznego*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 5, s. 17–29.
- Rybak-Starczak A., *Glosa do uchwały SN z dnia 27 października 2005 r.*, I KZP 32/05, „Palestra” 2006, z. 7–8, s. 339–346.
- Smarzewski M., *Cyberterroryzm a cyberprzestępstwa o charakterze terrorystycznym*, „Ius Novum” 2017, nr 1, s. 64–75.
- Tyburcy T., *Przedmiot ochrony przepisu typizującego czyn zabroniony*, „Przeгляд Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2017, nr 1, s. 90–114.
- Tyburcy T., *Zmiany unormowania recydywy jurydycznej (art. 64 i art. 64a k.k.) w ustawie z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, „Studia Społeczne” 2022, nr 4, s. 161–185.
- Warylewski J., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, *Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 958–960.
- Wilk L., *Kara dożywotniego pozbawienia wolności a instytucje warunkowego zwolnienia i prawa łaski*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10, s. 11–24.

Witkowska-Moździerz K., *Teza 2 art. 58, Komentarz do wybranych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, [w:] *Przestępstwa narkotykowe i dopalacze. Komentarz*, red. W. Górowski, D. Zając, Warszawa 2019, Lex/el.

Zgorzały R., *Przestępstwo o charakterze terrorystycznym w polskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 7, s. 58–79.

Zoll A., *Teza 31 do art. 77*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2, *Komentarz do art. 53–116*, wyd. 5, red. W. Wróbel, Warszawa 2016, Lex/el.

Inne

Opinia Rady Legislacyjnej z 29 października 2021 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (UD 281) z dnia 16 września 2021 r. i powołane tam wyroki ETPCz, gov.pl/web/radalegislacyjna/opinia-z-29-pazdziernika-2021-r-o-projekcie-ustawy-o-zmianie-ustawy--kodeks-karny-oraz-niektorych-innych-ustaw-ud-281-z-dnia-16-wrzesnia-2021-r.

Skazania prawomocne według przestępstw, 2008–2020, Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, Ministerstwo Sprawiedliwości <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2853,45.html>.

Uzasadnienie, [w:] Druk nr 2024, Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP, 22.02.2022.

Streszczenie

Przesłanki orzeczenia kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności na gruncie nowej recydywy jurydycznej (art. 77 § 3 k.k.)

Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw wprowadziła do Kodeksu karnego możliwość wymierzenia przez sąd kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności, czyli z zakazem warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 77 § 3 i 4 k.k.), co stanowi *novum* w polskim prawie karnym i jest powszechnie krytykowane przez środowisko prawnicze. Ustawodawca przewidział dwie podstawy do fakultatywnego orzeczenia kary nieredukowalnego dożywotniego pozbawienia wolności. Artykuł omawia art. 77 § 3 k.k., który opiera się na przesłankach formalnych, tj. uprzednim prawomocnym skazaniu za określony rodzaj przestępstwa (przeciwko życiu i zdrowiu, wolności, wolności seksualnej, bezpieczeństwu powszechnemu lub o charakterze terrorystycznym)

na karę dożywotniego pozbawienia wolności lub karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 20 lat. Wprowadza nową postać recydywy jurydycznej (prawnej, specjalnej) jednokrotnej. Spełnienie jej przesłanek nie powoduje jednak obostrzenia granic kary dożywotniego pozbawienia wolności, lecz możliwość wymierzenia jej z zakazem warunkowego zwolnienia

Słowa kluczowe: dożywotnie pozbawienie wolności, kara dożywotniego pozbawienia wolności, nieredukowalne dożywotnie pozbawienie wolności, warunkowe zwolnienie, zakaz warunkowego zwolnienia, recydywa

Abstract

Prerequisites for the sentence of life imprisonment without possibility of parole on the grounds of the new juridical recidivism (Article 77 § 3 of Criminal Code)

The Act of 7 July 2022 amending the Act – Criminal Code and certain other acts introduced into the Criminal Code the possibility for the court to impose the sentence of life imprisonment without possibility of parole (Article 77 § 3 and 4 of the Criminal Code), which constitutes a novelty in Polish criminal law and is widely criticised by the legal community. The legislator has provided two grounds for the optional imposition of life imprisonment without possibility of parole. The article discusses Article 77 § 3 of the Criminal Code is based on formal grounds: a previous final conviction for a specific type of crime (against life and health, freedom, sexual liberty, public security or of a terrorist nature) for life imprisonment or imprisonment for a period of not less than 20 years. It introduces a new form of juridical (legal, special) one-time recidivism. Fulfilment of its prerequisites, however, does not tighten the limits of life imprisonment, but the possibility of imposing it with the prohibition of conditional release

Key words: parole, life imprisonment, life imprisonment without parole, probation, prohibition of parole, parole ban, ban of conditional release, recidivism

Marcin Konieczny

dr, Akademia Policji w Szczytnie
orcid.org/0000-0002-1798-1509
markon7788@gmail.com

Manipulacja, perswazja i socjotechnika jako formy wywierania wpływu

Wstęp

Manipulacja w powszechnym przekonaniu stanowi jeden ze sposobów wpływu człowieka na człowieka. W literaturze przedmiotu wpływ ten określany jest na kilka różnych sposobów – jako właśnie wpływanie, nakłanianie, oddziaływanie, sugerowanie, perswazja oraz komunikacja perswazyjna, a także propaganda i propagowanie. Coraz częściej, również w języku potocznym, można się spotkać z takimi terminami jak manipulacja, „pranie mózgu” czy też kontrolowanie umysłu. Wyżej wymienione pojęcia przeważnie używane są zamiennie.

Niniejsze opracowanie, podejmując zagadnienie manipulacji, koncentruje się na semantycznej interpretacji pojęć związanych z wywieraniem wpływu. Z uwagi na powszechne wykorzystywanie narzędzi i technik manipulacji głównym celem niniejszego artykułu jest uświadomienie czytelnikowi siły tych narzędzi i technik. W opracowaniu uporządkowano aparat pojęciowy, wskazując różnice między manipulacją, perswazją a socjotechniką, a także przeanalizowano rolę tych zjawisk w procesie komunikacji oraz wyjaśniono ich odmienną interpretację, uwzględniając różne dziedziny nauki.

Manipulacja i terminy pokrewne – ujęcie definicyjne

Odnosnie do definicji manipulacji i wpływu daje się zauważyć brak precyzyjnych, powszechnie uznawanych ram pojęciowych, co prawdopodobnie wynika z tego, że badania nad manipulacją wciąż znajdują się poza głównym nurtem badań teoretycznych¹. Z manipulacją jako metodą socjotechniczną związane są także takie pojęcia jak perswazja, komunikacja perswazyjna czy propaganda.

Amerykańscy badacze A. Pratkanis i E. Aronson wskazują, że perswazja i manipulacja są charakterystyczne dla współczesności: „każdego dnia bombarduje się nas jednym komunikatem perswazyjnym za drugim. Mamy do czynienia z perswazją opartą nie na wymianie argumentów i dyskusji, ale na manipulacji symbolami i naszymi najbardziej podstawowymi emocjami. Czy tego chcemy, czy nie, żyjemy w epoce propagandy”². Mimo to samo zjawisko szeroko pojętego wpływu na drugiego człowieka jest znane już od okresu starożytności: np. w ateńskiej demokracji każdy obywatel miał bronić swoich racji samodzielnie, bez pomocy innych (choćaby adwokatów), co przyczyniło się do tak dużej popularności erystyki i retoryki.

Przystępując do przeglądu definicji manipulacji, warto zacząć od etymologii słowa „manipulacja”. Wywodzi się ono od łacińskiego wyrażenia *manus pellere*, które znaczy tyle co „mieć kogoś w dłoni” lub też „trzymać dłoń w czyjejs dłoni”³.

Za początkową datę systematycznych, współczesnych badań prowadzonych nad zjawiskiem manipulacji uznaje się 1966 r., kiedy to opublikowane zostały wyniki badań przeprowadzonych przez J.L. Friedmana i S.C. Frasera nad tzw. mechanizmem stopy w drzwiach, czyli jednej z technik manipulacyjnych⁴.

Jedną z pierwszych w literaturze zachodniej prób teoretycznych odnoszących się do omawianego terminu podjęto w 1969 r., kiedy

¹ J. Aksman, *Wpływ, perswazja, propaganda, manipulacja – próba uporządkowania pojęć*, [w:] *Manipulacja – pedagogiczno-społeczne aspekty*, cz. 1, *Interdyscyplinarne aspekty manipulacji*, red. eadem, Kraków 2010, s. 14.

² A. Pratkanis, E. Aronson, *Wiek propagandy. Używanie i nadużywanie perswazji na co dzień*, tłum. J. Radzicki, M. Szuster, Warszawa 2005, s. 14.

³ *Ibidem*.

⁴ T. Witkowski, *Psychomanipulacje. Jak je rozpoznawać i jak sobie z nimi radzić?*, Wrocław 2000, s. 24.

to S.F. Rosenstiel opisała manipulację jako sposób wywierania wpływu na człowieka charakteryzujący się m.in. tym, że⁵:

- jest on realizowany bez względu na ewentualne korzyści lub też straty odnoszące się do manipulowanego;
- jest on realizowany za pomocą technik, które są całkowicie niezauważalne dla osoby manipulowanej;
- jest on realizowany w taki sposób, że osoba manipulowana ma poczucie, że działa w pełni dobrowolnie i samodzielnie;
- manipulujący wywiera na manipulowanego wpływ celem osiągnięcia własnych korzyści.

Z kolei w latach 70. termin manipulacja zaczął pojawiać się w różnych opracowaniach dotyczących komunikacji społecznej w znaczeniu wcześniej nienotowanym w słownikach. Przykładowo wyraz „manipulacja” pojawił się w pracy H.I. Schillera *Sternicy świadomości* z 1976 r., gdzie uwzględniono takie zagadnienia jak: manipulacja jako podstawowy sposób panowania nad społeczeństwem, manipulacja ludzkimi umysłami, manipulowanie, paczkowana świadomość czy wyszukane formy manipulacji⁶.

Na gruncie nauki polskiej dyskusja na temat manipulacji była przez wiele lat ograniczona ze względu na panującą w okresie Polski Ludowej cenzurę. Mimo to temat pojawiał się w publikacjach dotyczących socjotechniki lub propagandy, lecz nie zawsze używano wprost tego właśnie terminu. Większa liczba publikacji naukowych dotyczących zjawiska manipulacji pojawiła się w latach 80., w których zjawisko to postrzegano w kontekście działań społecznych, a charakteryzowano je jako nieuczciwe kierowanie ludzkimi zachowaniami. Za pewną formę manipulacji uważano również wykorzystywanie środków językowych do podstępnego i ukrytego wywierania wpływu na człowieka. Wtedy też zaczęto odróżniać manipulację językiem od manipulacji za pomocą języka⁷.

⁵ S.F. Rosenstiel, za: M. Kliš, *Kształtowanie się pojęcia „manipulacja”*, [w:] *Manipulacja – pedagogiczno-społeczne aspekty...*, op. cit., s. 24.

⁶ I. Kamińska-Szmaj, *Propaganda, perswazja, manipulacja – próba uporządkowania pojęć*, [w:] *Manipulacja w języku*, red. P. Krzyżanowski, P. Nowak, Lublin 2004, s. 25.

⁷ E. Grodziński, *Język jako narzędzie manipulacji*, „Poradnik Językowy” 1983, z. 7, s. 398.

W latach 90. wypracowana została definicja manipulacji, zgodnie z którą stanowi ona „nieuczciwe wpływanie na cudze poglądy: naginanie ich i przeinaczanie w celu osiągnięcia własnych korzyści. Wskazywano też na manipulację jako tendencyjne interpretowanie faktów i danych w celu udowodnienia własnej tezy, zwykle nieprawdziwej”⁸. W tamtym czasie powstała również jedna z bardziej nowoczesnych definicji manipulacji, opracowana przez J. Bralczyka, który zauważył, że „manipulacja dotyczy nie tyle środków, co relacji między nadawcą i odbiorcą, choć ujawnić się może w konkretnych zachowaniach”⁹.

Według M. Kliś pojęcie manipulacji wykorzystywane jest w wielu różnych kontekstach, przez co można mówić o manipulacji człowiekiem i jego świadomością (za pomocą socjotechniki i środków farmakologicznych) albo też o manipulacji genetycznej. Specyficznym rodzajem manipulacji jest manipulacja psychologiczna wykorzystywana np. w sektach lub też innych grupach o destrukcyjnym charakterze, a także manipulacja wykorzystywana w trakcie przekazywania wiadomości lub opinii w mediach¹⁰.

Z kolei za W. Wareckim oraz M. Wareckim można przyjąć, że manipulacja to „forma zamierzonego wywierania wpływu na drugą osobę czy grupę, w taki sposób, aby ta realizowała, nie zdając sobie z tego sprawy, działania zaspokajające potrzeby manipulatora”¹¹. W odniesieniu do powyższego pojęcie manipulacji – w ogólnym znaczeniu – może zostać określone jako wywieranie wpływu na człowieka, sterowanie i posługiwanie się nim wbrew jego woli.

Wpływ, perswazja i propaganda

Pokrewnym terminem do manipulacji jest pojęcie wpływu, rozumiane jako oddziaływanie na kogoś lub też na coś w konkretnym celu

⁸ *Manipulacja* (hasło), *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 1996.

⁹ J. Bralczyk, *Manipulacja językowa*, [w:] *Dziennikarstwo i świat mediów. Nowa edycja*, red. Z. Bauer, E. Chudziński, Kraków 2012, s. 249.

¹⁰ M. Kliś, *Kształtowanie się pojęcia „manipulacja”*, *op. cit.*, s. 25.

¹¹ W. Warecki, M. Warecki, *Słowo o manipulacji, czyli krótki podręcznik samoobrony*, Warszawa 2005, s. 21.

i z konkretnym skutkiem (pozytywnym bądź też negatywnym)¹². Na przykład wyżej wymienieni A. Pratkanis i E. Aronson wpływ ten określają jako wpływ społeczny (*social impact*), a definiują go jako „proces, w wyniku którego dochodzi do zmian w zachowaniach, postawach, doświadczanych emocjach czy motywacjach [...] proces ten jest rezultatem rzeczywistych lub wyobrażonych zachowań i/lub opinii wyrażanych przez inną osobę lub grupę”¹³.

Co szczególnie ważne efektem wpływu jest zarówno natychmiastowa reakcja na dany bodziec, jak i długotrwały proces, którego efekty w niektórych przypadkach są widoczne dopiero po kilku latach. W związku z tym – na podstawie podziału wypracowanego już w latach 60. ubiegłego wieku przez H. Himmelweit – wyróżnia się¹⁴:

- wpływ podświadomy: jego odbiorca odrzuca konkretną postawę z uwagi na kontekst jej przedstawienia, ale powstałe napięcie pozostaje i po czasie uzewnętrznia się;
- wpływ bezpośredni, wpływ kumulatywny, będący tzw. mechanizmem drażnienia.

Kolejne pojęcie pokrewne manipulacji to perswazja, którą określa się jako tłumaczenie, odradzanie, namawianie i przekonywanie. Pierwsza koncepcja perswazji została wypracowana już przez Arystotelesa i dotyczyła trzech podstawowych elementów: źródła, komunikatu oraz emocji. Pojęcie perswazji posiada zarówno pozytywne, jak i negatywne konotacje, które przypisywane są mu w momencie wejścia w sferę publiczną, co ma związek z tym, że przekształca się wtedy w formę wywierania wpływu, którą obecnie określa się mianem promocji, reklamy i *public relations*¹⁵.

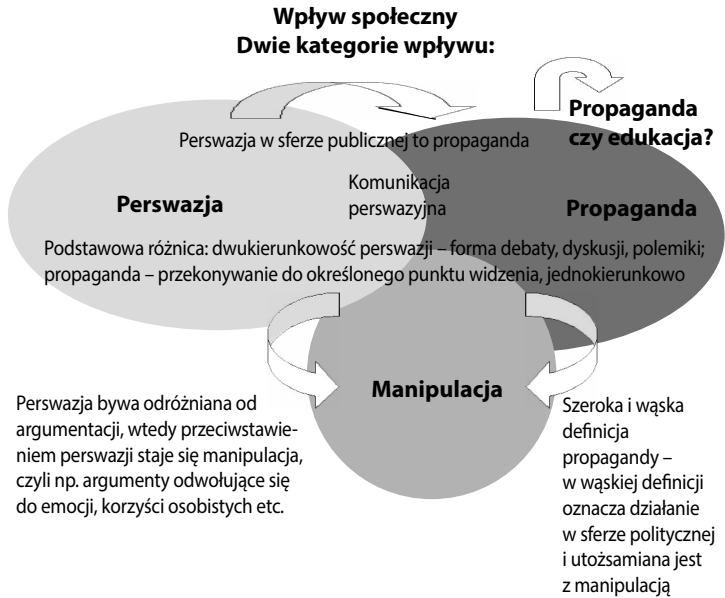
¹² *Ibidem*, s. 15.

¹³ A. Pratkanis, E. Aronson, *Wiek propagandy...*, *op. cit.*, s. VIII.

¹⁴ J. Koblewska, *Szkoła i środki masowego oddziaływania*, Warszawa 1967, s. 88.

¹⁵ W. Pisarek, *O perswazji słów kilka*, [w:] *Sztuka perswazji. Socjologiczne, psychologiczne i lingwistyczne aspekty komunikowania perswazyjnego*, red. R. Garpiel, K. Leszczyńska, Kraków 2004, s. 11.

Rysunek. Wpływ, perswazja, propaganda i manipulacja w ujęciu schematycznym



Źródło: J. Aksman, *Wpływ, perswazja, propaganda, manipulacja...*, op. cit., s. 16.

Jeśli mowa o perswazji w sferze relacji publicznych, to warto przywołać, że funkcjonuje takie pojęcie jak „komunikacja perswazyjna”, która przez J. Warchalę została zdefiniowana jako

zwykle celowe, długofalowe i wielopłaszczyznowe działania komunikacyjne podjęte przez organizację i polegające na konstruowaniu i rozprzestrzenianiu informacji lub szerzej, na konstruowaniu spójnej polityki informacyjnej dążącej do wzbudzania pożądanych przez organizację przekonań na temat jej działalności lub idei przez nią szerzonych i wytworzenia pozytywnego klimatu dla harmonijnej koegzystencji organizacji z bliższym lub dalszym otoczeniem¹⁶.

¹⁶ J. Warchala, *Komunikacja perswazyjna, czyli kilka uwag o retoryczności, prawdomówności i zaufaniu*, [w:] *Kultura i język mediów*, red. M. Tanaś, Kraków 2007, s. 122.

J. Warchala, w zgodzie z teorią wypracowaną przez J. Habermasa, wyraźnie odróżnił perswazję od manipulacji, pierwszą z nich uznając za działanie komunikacyjne, które jest nastawione na porozumienie, koordynację, które dopuszcza wolność wyboru przez jednostkę, drugą z kolei kojarząc z działaniem strategicznym o niezbyt jasnych i nie zawsze jawnych celach, ukierunkowaną na sterowanie ludzkim zachowaniem, przy czym dla samego J. Habermasa działania komunikacyjne stanowią ogólną normę, a działania strategiczne znacznie poza tę normę wykraczają, stąd właśnie bierze się różnica pomiędzy perswazją a manipulacją¹⁷.

Perswazja bywa również omawiana w opozycji do argumentacji i w takim przypadku jest ona utożsamiana z manipulacją. Do argumentów perswazyjnych zalicza się te, które odwołują się do pozaracjonalnych środków wywierania wpływu na drugą osobę, a także działania polegające na tym, że zamiast konkretnej osoby atakowana jest ona sama, z użyciem argumentów mających dostarczyć osobiste korzyści osoby atakującej¹⁸.

W dziejach ludzkości propaganda była często narzędziem, które wykorzystywali przywódcy różnych rewolucji, współcześnie jest natomiast techniką stosowaną przez różnorodne partie polityczne w systemach demokratycznych. Co warto zaznaczyć, w opinii A. Wróbel, w języku polskim wyróżnia się zarówno szeroką, jak i wąską definicję propagandy. Pierwsza z nich posiada charakter interdyscyplinarny, a odnosi się do różnorodnych działań społecznych (np. edukacyjnych, politycznych, wojennych, ekologicznych itp.), natomiast w ujęciu wąskim – oraz w języku potocznym – propaganda to działania podejmowane w sferze politycznej. W tym znaczeniu jest ona łączona z procesem sterowania ludzkimi zachowaniami i postawami¹⁹.

Współczesna propaganda co prawda nie zawsze oparta jest na kłamstwie i oszustwie, lecz za to coraz częściej wykorzystuje ludzką bezrefleksyjność i lenistwo myślowe. W opinii A. Pratkanisa

¹⁷ A. Wróbel, *Wychowanie a manipulacja*, Kraków 2006, s. 30.

¹⁸ K. Szymanek, *Perswazja – wróg czy sprzymierzeniec prawdy?*, [w:] *Via communicandi. Przełom komunikacyjny a filozoficzna idea konsensu*, red. B. Sierocka, Wrocław 2003, s. 204.

¹⁹ A. Wróbel, *Wychowanie a manipulacja*, *op. cit.*, s. 99–101.

i E. Aronsona propaganda nabywa charakterystycznych cech wtedy, gdy wykorzystuje mechanizmy psychologiczne celem stworzenia pozorów, że odbiorca komunikatu dobrowolnie przyjmuje propagandowy sposób myślenia i postrzegania rzeczywistości, a także wtedy, gdy nie liczy się wcale z szeroko rozumianym dobrem jednostek, na jakie oddziałuje. W takich właśnie sytuacjach propaganda jest przeważnie dziełem złego manipulatora²⁰.

Manipulacja a psychologia, etyka i prawo

Dziedziną, która prawdopodobnie najintensywniej skupia się na problemie manipulacji, jest psychologia. Na gruncie badań psychologicznych zauważa się, że manipulacja przeważnie stanowi formę celowego i w pełni zamierzonego wywierania wpływu na daną osobę lub też grupę osób w taki sposób, aby osoba ta lub grupa realizowała działania, które zaspokajają potrzeby manipulatora²¹. W psychologii przyjmuje się więc, że manipulacja jest przemyślanym działaniem, mającym na celu oszukanie osoby manipulowanej oraz nakłonienie jej do postępowania po myśli manipulatora. To właśnie manipulator dąży do osiągnięcia korzyści kosztem osoby manipulowanej, nie przebieając często w środkach²².

Z kolei z punktu widzenia etyki szczególnie ważne jest to, że osoba manipulowana nie zdaje sobie sprawy z tego, że ktoś nią manipuluje, a manipulujący posiada wiedzę, która umożliwi mu wywarcie wpływu na daną jednostkę. W taki właśnie sposób osoba manipulowana staje się w pełni zniewolonym obiektem manipulacji, dlatego też można przyjąć, że manipulacją jest takie oddziaływanie na wykonawcę, w którym ten całkowicie mylnie uważa,

²⁰ A. Pratkanis, E. Aronson, *Wiek propagandy...*, *op. cit.*, s. 228.

²¹ M. Franke, R. van Rooij, *Strategies of Persuasion, Manipulation and Propaganda. Psychological and Social Aspects*, [w:] *Models of Strategic Reasoning. Logistics, Games, and Communities*, eds J. van Benthem, S. Ghoshn, R. Verbrugge, Heidelberg 2015, s. 255–291.

²² S. Kizińczuk, *Manipulacja, perswazja czy magia? Poznaj niesamowitą moc słowa, myśli i wiary i dowiedz się, jak ją wykorzystać*, Gliwice 2008, s. 17.

że jest sprawcą, nie zdając sobie jednocześnie sprawy z tego, że jest jedynie środkiem w rękach sprawcy działania²³.

Wreszcie manipulacja i pokrewne pojęcia są przedmiotem zainteresowania prawa. Zagadnienie to można rozpatrywać np. w kontekście art. 18 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny²⁴, dotyczącego podżegania, którego przejawami są właśnie manipulacja, wywieranie wpływu, perswazja – mające na celu nakłonienie do popełnienia przestępstwa. W myśl tego artykułu

§ 1. Odpowiada za sprawstwo nie tylko ten, kto wykonuje czyn zabroniony sam albo wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, ale także ten, kto kieruje wykonaniem czynu przez inną osobę lub wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie takiego czynu.

§ 2. Odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego.

§ 3. Odpowiada za pomocnictwo, kto w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie, w szczególności dostarczając narzędzie, środek przewozu, udzielając rady lub informacji; odpowiada za pomocnictwo także ten, kto wbrew prawemu, szczególnemu obowiązkowi niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego swoim zaniechaniem ułatwia innej osobie jego popełnienie.

Podżeganie do wykonania określonej czynności podlega zatem odpowiedzialności karnej, ponadto warto wskazać, że w polskim ustawodawstwie występują jeszcze dwa pojęcia pokrewne do podżegania – mobbing i stalking, a związane są z relacją sprawca–ofiara.

Zgodnie z art. 422 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny²⁵ „Za szkodę odpowiedzialny jest nie tylko ten, kto ją bezpośrednio wyrządził, lecz także ten, kto inną osobę do wyrządzenia szkody nakłonił albo był jej pomocny, jak również ten, kto świadomie skorzystał z wyrządzonej drugiemu szkody”. W związku z powyższym zarówno Kodeks karny, jak i Kodeks cywilny uwzględniają

²³ A. Podgórecki, *Zasady socjotechniki*, za: M. Wieczorek-Tomaszewska, *Nowe media. Komunikacyjna funkcja obrazu*, [w:] *Komputer w edukacji*, red. J. Morbitzer, Kraków 2007, s. 269–277.

²⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1138.

²⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1360.

w swych zapisach manipulację i perswazję – tu nazywaną podżeganiem i nakłanianiem.

Manipulacja jako narzędzie socjotechniki

Socjotechnikę, zgodnie z podejściem, które obecnie można uznać za klasyczne, uznaje się za „zespół zaleceń dotyczących tego, jak dokonywać świadomych przekształceń społecznych po to, aby osiągnąć zamierzone cele”²⁶. Ugruntowane w ten sposób stanowisko teoretyczne – podzielane zresztą przez innych badaczy – poddawane było różnym przeobrażeniom, choć w polskiej myśli socjologicznej przetrwało i jest prezentowane do dzisiaj. Warto wspomnieć, że najbardziej obszerna interpretacja zagadnienia socjotechniki w kontekście przywołanej definicji została przedstawiona przez M.K. Mlickiego, który rozumiał przez nią „zespół dyrektyw dotyczących dokonywania racjonalnych przemian życia społecznego. Dyrektywy te określają, jak za pomocą odpowiednich środków dokonywać celowych przemian społecznych, opierając się przy tym na ocenach i wartościach społecznych”²⁷.

W tak pojmowanej manipulacji pomocna jest perswazja, rozumiana jako strategia istotna dla funkcjonowania większych struktur społecznych, choć w omawianym procesie zajmuje ona pozycję drugorzędną, ponieważ perswazję charakteryzują niepewne efekty oraz potencjalne opóźnienie w czasie, jednakże stanowi ona również przedmiot zainteresowania socjologów, przede wszystkim w kontekście roli tzw. image’u (wizerunku), rozumianego jako ogół przekonań oraz wyobrażeń odnoszących się do rzeczywistości jako elementu, który tę rzeczywistość w istotny sposób kształtuje.

Wobec powyższego warto nadmienić, że K.E. Boulding wśród systemów społecznych wyróżnił dwa zasadnicze typy. Jednym z nich są tzw. systemy progowe, w jakich małe przyczyny prowadzą do powstania wielkich następstw. W tego typu systemach czynnikiem napędowym wszelkich zmian są wymienione już trzy rodzaje

²⁶ A. Podgórecki, *Zasady socjotechniki*, op. cit., s. 240.

²⁷ M.K. Mlicki, *Niektóre dylematy socjotechniki*, „Studia Socjologiczne” 1981, nr 1, s. 73.

czynników, natomiast drugą grupę stanowią systemy, jakie są kierowane za pomocą wyobrażeń, a ich cechą charakterystyczną jest wpływ, jaki jest wywierany przez wiedzę o systemie na wszelkiego rodzaju zachodzące w nim zmiany.

Rozumiany w ten sposób wizerunek nie stanowi jedynie zbioru informacji, ale jest również złożoną i wielowymiarową strukturą opierającą się na symbolach, która w dodatku jest zdolna do promocji postaw i motywacji jednostek, które go podzielają²⁸. W ten sposób rola wizerunku jest przede wszystkim perswazyjna. Operacje, jakie są prowadzone na image'u przez elity ideologiczne, instytucje decyzyjne oraz różnorodne autorytety, w dalszej kolejności prowadzą do przebudowania struktury perswazyjnej oraz dokonania zmian w sferze dążeń i postaw społecznych²⁹.

W kontekście socjotechniki istotne jest również to, że systemy sterujące to najczęściej podmioty jednoelementowe (jednostki) bądź też kilkuelementowe (małe grupy). Z kolei liczebność systemów sterowanych jest dowolna, poczynając od małych grup przez wielkie grupy (np. wyznaniowe) aż po całe społeczeństwa³⁰. Istnieje wyraźny podział systemów socjotechnicznych, który odnosi się do środków używanych w trakcie oddziaływania na system sterowany. W takim przypadku wyróżnia się dwa idealne rodzaje oddziaływania³¹:

- oddziaływanie przez uczucia i emocje: ich wspólną cechą jest wpływanie na te elementy ludzkiej psychiki, które są słabo bądź też wcale nie są kontrolowane przez świadomość jednostki³²;
- oddziaływanie przez umysł lub intelekt, w którym chodzi o te elementy osobowości, co do których najczęściej uważa się, że są one dobrze kontrolowane przez świadomość.

²⁸ *Wizerunek* (hasło), [w:] M. Pacholski, A. Słaboń, *Słownik pojęć socjologicznych*, Kraków 1997, s. 60.

²⁹ Z. Pucek, *Manipulacja a wytwarzanie ładu społecznego*, [w:] *Manipulacja – pedagogiczno-społeczne aspekty...*, op. cit., s. 35.

³⁰ M.K. Milicki, *Socjotechnika. Zagadnienia etyczne i prakseologiczne*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1986, s. 13.

³¹ *Ibidem*, s. 23.

³² R.H. Coulter, J. Cotte, M. Lunt Moore, *Believe It Or Not. Persuasion, Manipulation and Credibility of Guilt Appeals*, „NA – Advances in Consumer Research” 1999, vol. 26, s. 288–294.

Co szczególnie istotne, działania socjotechniczne nie byłyby możliwe bez wykorzystania odpowiednich metod socjologicznych. J. Rudniański zabiegi te określił mianem metod walki niezbrojonej, zaliczając do nich³³:

- metodę potęgowania potrzeb nieelementarnych: występuje wtedy, gdy w systemie sterowanym wytwarzana jest potrzeba ekspansji (pieniędzy, władzy), która może zostać zaspokojona przez system sterujący. Głównym warunkiem realizacji tychże potrzeb jest podporządkowanie systemu sterowanego systemowi sterującemu;
- metodę kanalizacji ideałów: jest ona oparta na głębokich pokładach ludzkiej psychiki. W tym przypadku system sterujący ma wpływ na ideały, wiarę oraz wartości systemu sterowanego. Na podstawie przyjętych przekonań i wiary kształtowane są konkretne postawy. Zasadniczą zaletą tej metody jest to, iż system sterowany jest przekonany o tym, że to, co robi, wykonuje z własnej woli oraz dla własnych ideałów, przekonań oraz wierzeń;
- metodę sytuacji deprivacyjnych: polega ona na tym, że system sterujący utrudnia bądź też uniemożliwia systemowi sterowanemu zaspokojenie podstawowych potrzeb – w swojej skrajnej postaci zagraża bytowi biologicznemu;
- metodę intensyfikacji lęku: w momencie groźby, lęku bądź też strachu dochodzi do wzmożenia podporządkowania, jakie wcześniej było realizowane za pomocą metod scharakteryzowanych powyżej.

Przedstawiony katalog może zostać rozszerzony jeszcze o psychotechniki, które w sposób szczegółowy zostały scharakteryzowane w literaturze przedmiotu, a do których zalicza się m.in. wpływ autorytetu na kształtowanie postaw, przekonań i opinii, naśladownictwo oraz mechanizm grupy wiodącej. Nie zmienia to w żaden sposób tego, że całość procedury socjotechnicznej jest bardzo złożona i wymaga sięgnięcia po różnorodne praktyki społeczne. Co ważne, jej implementacja zawsze jest uwarunkowana solidną wiedzą

³³ J. Rudniański, *Elementy prakseologicznej teorii walki*, Warszawa 1983, s. 96–97.

i zapleczem teoretycznym, które pochodzą z różnych źródeł – przede wszystkim dyscyplin naukowych, w tym nauk społecznych³⁴.

Socjotechnika, na podstawie zaprezentowanych powyżej ujęć, nie obejmuje swoim zakresem wszystkich zmian społecznych, ale jedynie te, które stanowią efekt w pełni świadomej działalności. Interesujące są dla niej te spośród licznych procesów życia społecznego, do których powstania przyczyniały się celowe działania stymulujące, a także te, które prowadzą do wcześniej zamierzonych przemian społecznych³⁵. Mimo że manipulacja i socjotechnika mogą pojawiać się w różnorodnych kontekstach społecznych, to ich poszczególne rodzaje mają zastosowanie i sprawdzają się w konkretnych społeczeństwach – posiadających określone cechy. W socjologii na ludzkie zachowania i działania patrzy się przede wszystkim jak na społeczne tworzywo, z jakiego wyłaniają się różnego rodzaju społeczne całości, struktury i zjawiska.

W związku z takim ujęciem manipulacja stanowi jeden z mechanizmów, które porządkują przestrzeń społeczną i życie ludzkich zbiorowości w zgodzie z intencjami i wolą manipulatora. Podmiotem tak rozumianej manipulacji mogą być zarówno jednostki, które funkcjonują w konkretnych rolach społecznych, jak też instytucje, struktury oraz grupy społeczne, które z racji swojego usytuowania w systemie społecznym umożliwiają rozwijanie strategii manipulacyjnych celem ochrony albo reprodukcji, a także planowych zmian w społecznym łańdzu, w którym zostały zakotwiczone. Z punktu widzenia socjologii przedmiotem manipulacji w tego typu układzie mogą stać się przede wszystkim jednostki pełniące konkretne społeczne funkcje, ale także instytucje, grupy społeczne oraz struktury³⁶.

Manipulacja zaliczana jest do działań o charakterze społecznym, przez co nadaje ona socjologicznej interpretacji dość specyficzny kierunek. We wskazanym punkcie widzenia ludzkie działania posiadają konkretne znaczenie, a także zawarty jest w nich ściśle określony sens, który przeważnie nie wyraża autonomicznego wyboru, jaki został dokonany przez jednostkę, ale stanowi pochodną ludzkiej

³⁴ P. Pawełczyk, *Socjotechniczne aspekty gry politycznej*, Poznań 2007, s. 168–170.

³⁵ *Ibidem*, s. 97.

³⁶ Z. Pucek, *Manipulacja...*, *op. cit.*, s. 36.

egzystencji (środowiskowej, klasowej, etnicznej, zawodowej, warsztatowej i wielu innych). Takie ujęcie zostało wskazane w teorii P. Bourdieugo, który zawarł je w koncepcji habitusu, rozumianego jako kompleks postaw, dyspozycji i tendencji, jakie zostały wprowadzone do sfery ludzkich nawyków³⁷. Uzewewnętrznienie przez jednostkę ludzką konkretnego rodzaju habitusu prowadzi do przyjęcia nawykowych sposobów postępowania. Teoria habitusu stanowi w pewnym rozumieniu rozwinięcie faktu społecznego, jaki jest narzucony jednostkom z zewnątrz jako coś wiążącego i obowiązującego w środowisku, w którym się urodziły, wychowały oraz w jakim żyją. Jak zaznacza P. Sztompka, „do opisanego tego zbioru znaczeń, symboli, wzorów, reguł, norm, wartości itp. [...] używamy pojęcia kultura”³⁸.

Z całą pewnością można stwierdzić, że wskazane różnice pomiędzy socjologią a psychologią mają również wpływ na sposób rozumienia problemu manipulacji. Obecnie w społeczeństwach demokratycznych obserwuje się bardzo dużo metod, które opierają się na mechanizmach manipulacyjnych, a wykorzystywane są one przede wszystkim przez tych, którzy wykonują zawody powiązane z wpływem społecznym, np. prawników, lekarzy, polityków, dziennikarzy, twórców medialnych czy nauczycieli. Zasadne jest zatem pytanie o to, czy wszystko, co nas otacza, stanowi manipulację. Czy też może współczesne społeczeństwa wpadły w pewnego rodzaju pułapkę podejrzania o manipulację, która może doprowadzić wręcz do psychozy.

Co do zasady manipulacja posiada podstawowe cechy³⁹:

- skrytość (albo też przedstawienie innych niż zamierzone celów działania osoby manipulującej) oraz wykorzystanie posiadanej przewagi, brak jakiegokolwiek oporu i uprzedmiotowienie;
- planowość – zakładany cel musi zostać wcześniej przez manipulatora uświadomiony oraz określony; jest to działanie zaprogramowane i instytucjonalne.

³⁷ A. Kłoskowska, *Teoria socjologiczna Pierre'a Bourdieu*, [w:] P. Bourdieu, J.C. Passeron, *Reprodukcja. Elementy teorii systemu nauczania*, tłum. E. Neyman, Warszawa 1990, s. 9.

³⁸ P. Sztompka, *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2002, s. 56.

³⁹ A. Wróbel, *Wychowanie a manipulacja*, *op. cit.*, s. 34.

Jeśli przyjąć, że komunikacja stanowi normę, a działania strategiczne stanowią wręcz wykroczenie wobec niej, to manipulacji nie traktuje się jako zła społecznego, a jedynie jako odstępstwo od normy komunikacji społecznej⁴⁰. Manipulacja traktowana w taki sposób może w niektórych przypadkach utracić swoje pejoratywne znaczenie⁴¹.

Jak podkreślono, działania manipulacyjne przeważnie podejmuje się w procesie komunikacji językowej, gdzie manipulacja może przebiegać zarówno na płaszczyźnie przekazu informacji, jak i na płaszczyźnie emocjonalnej. Na płaszczyźnie przekazywania informacji manipulacja może przyjąć formę w pełni świadomego kłamstwa, pomijania istotnych treści, oszustwa albo też przeciwnie – sugerowania pewnych informacji przez całkowicie celowe ustalenie ich nieprawidłowej kolejności przekazywania. Co ważne, funkcja komunikacji językowej nie jest ograniczona jedynie do przekazywania informacji, ponieważ tak samo ważnym jej aspektem jest wywoływanie i wyrażanie emocji. To właśnie te aspekty mogą być wykorzystywane właśnie w procesie manipulacji – w takim przypadku osoby tworzące zmanipulowane komunikaty korzystają ze współczesnej socjologii i psychologii, dzięki czemu są w stanie lepiej poznać ludzką psychikę oraz mechanizmy społecznego funkcjonowania człowieka⁴². Zdobyta w ten sposób wiedza może zostać wykorzystana w procesie manipulacji społecznej⁴³.

Sposoby wywierania wpływu na drugą osobę w procesie komunikacji społecznej po raz pierwszy sformułował R.B. Cialdini w 1996 r. w książce *Wywieranie wpływu na ludzi*. Przywołany autor określił te sposoby w formie sześciu poniższych reguł⁴⁴:

- reguła zaangażowania i konsekwencji: wskazuje ona na umiejętność korzystania przez człowieka z naturalnej dla niego tendencji

⁴⁰ *Ibidem*, s. 30.

⁴¹ M. Tokarz, *Manipulacje komunikacyjne w praktyce: przesłuchanie podejrzanego*, [w:] *Via Communicandi...*, *op. cit.*, s. 246.

⁴² G. Levy, I.M. de Barra, R. Razin, *Persuasion with Correlation Neglect. A Full Manipulation Result*, „*American Economic Review: Insights*” 2022, vol. 4, no. 1, s. 123–138.

⁴³ M. Kliś, *Kształtowanie się pojęcia „manipulacja”*, *op. cit.*, s. 25.

⁴⁴ R.B. Cialdini, *Wywieranie wpływu na ludzi. Teoria i praktyka*, tłum. B. Wojciszke, Gdańsk 2007, *passim*.

do tego, by być konsekwentnym. Podstawą tej techniki jest czyjeś początkowe zobowiązanie – jeżeli jednostce uda się takie na kimś wymóc, w przyszłości o wiele łatwiej będzie namówić taką osobę do spełnienia jej kolejnych żądań;

- reguła społecznego dowodu słuszności: zasada ta może zostać wykorzystana celem wymuszenia czyjegoś ustępstwa przez przekazanie mu informacji o tym, że wiele innych osób (powszechnie podziwianych i znanych) na tego typu żądanie wyraziło zgodę;
- reguła wzajemności: zgodnie z nią powinno się zawsze rewanżować za to, co od kogoś się otrzymuje. Według R.B. Cialdiniego umiejętność wzbudzania u człowieka poczucia zobowiązania na przyszłość jest jednym z elementów prowadzenia skutecznych transakcji, a także przeprowadzania społecznie korzystnych zmian i nawiązywania trwałych relacji;
- reguła lubienia i sympatii: reguła ta odwołuje się do świadomości, że człowiek nie odmawia temu, kto prosi o coś w imię przyjaźni albo też sympatii, nawet w przypadku, gdy prośba dotyczy czegoś, czego wcale nie chce realizować. W związku z tym możliwe jest przyjęcie, że zasada ta ilustruje ludzką skłonność do obdarzania sympatią osób podobnych do nas pod względem wyznawanych poglądów oraz wyglądu – związane jest to z tym, że wskazane podobieństwa oddziałują na wywieranie wpływu na osoby podobne do nas;
- reguła dostępności: zgodnie z nią ograniczona możliwość pozyskania czegoś wzbudza w człowieku emocje, jakie wiążą się ściśle z faktem ograniczenia poszczególnych możliwości. Emocje te dla jednostek są przykre, przez co wymuszają podjęcie szybkich decyzji, jakie są przeważnie wywołane tymi emocjami;
- reguła autorytetu: zgodnie z nią łatwiej jest jednostce uwierzyć w przekonania przedstawiane przez ekspertów niż wypracować sobie autonomiczny i racjonalny osąd (dlatego też tak dużym społecznym szacunkiem cieszą się lekarze, prawnicy, wojskowi lub osoby z wykształceniem wyższym).

Poza wskazanymi powyżej istnieje jeszcze reguła maksymalizacji własnego interesu. Zgodnie z nią każda jednostka stara się pozyskać jak najwięcej za jak najniższą cenę.

Każda z wymienionych zasad oddziaływania na innych przyczynia się do manipulacji osobami uczestniczącymi w procesie komunikacji. Fakt ten jest wykorzystywany przede wszystkim w negocjacjach, w których negocjator może używać wskazanych zasad jako narzędzi swojego oddziaływania, z jednoczesnym odwołaniem się do prawidłowości oraz zasad, jakie kierują ludzkim zachowaniem⁴⁵. Co szczególnie ważne, przekaz manipulacyjny przeważnie posiada kilka podstawowych faz. Najważniejsze z nich to⁴⁶:

- faza wstępna: charakteryzuje ją intencjonalność nadawcy, który przeważnie przejmuje kontrolę nad procesem komunikowania się i określa w jednoznaczny sposób styl i cel komunikacji. W dalszej kolejności nadaje on określone znaczenie poszczególnym komunikatom, stwarzając u odbiorcy wrażenie całkowitej samodzielności w podejmowaniu decyzji i realizacji działań. Również w tej fazie nadawca wybiera medium, za pomocą którego będzie przekazywał swój komunikat;
- faza podstawowa: dochodzi w niej do właściwego opracowania informacji, jakie są przekazywane celem wywołania u odbiorcy wrażenia, że są one wiarygodne. Pewnym uzupełnieniem tej fazy jest wykorzystywanie różnorodnych środków niewerbalnych (wśród których warto wymienić postawę sprawiającą wrażenie posiadania szerokiej wiedzy bądź też miła aparycja);
- faza emocjonalna – nadawca dąży przede wszystkim do wywołania u odbiorcy komunikatu emocji, a także podsuwa mu korzystne dla samego siebie sposoby reagowania.

Scharakteryzowana w ten sposób manipulacja językowa jest wykorzystywana w różnorodnych sytuacjach społecznych, a najczęściej jej obszar oddziaływania obejmuje sferę reklamy, polityki oraz różnorodnych przekazów medialnych⁴⁷. W przypadku tych ostatnich cechy takiego przekazu prowadzą do tego, że jego znaczenie powstaje nie przez czytelność języka, ale przez zasugerowanie odbiorcy danego rodzaju rzeczywistości. Dokonuje się tego przez

⁴⁵ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1, *Racjonalność działania a racjonalność społeczna*, tłum. A.M. Kaniowski, Warszawa 1999, s. 77.

⁴⁶ M. Kliś, *Kształtowanie się pojęcia „manipulacja”*, *op. cit.*, s. 27.

⁴⁷ O. Rohach, J. Rohach, *Manipulation and Persuasion in Business Advertising*, „Research Trends in Modern Linguistics and Literature” 2021, vol. 4, s. 47–61.

różnorodne obrazy, jakie mają wpływ na ludzką egzystencję. Wskazane obrazy w świadomości odbiorców przywołują idee, które z kolei składają się na niczym nieograniczoną przestrzeń oddziaływania. Przez swoje specyficzne cechy przywołane obrazy w łatwy sposób mogą stać się narzędziem w rękach świadomego i wykształconego manipulatora⁴⁸.

Co ważne, w momencie, gdy traktuje się czynność mówienia jako działanie o charakterze komunikacyjnym, które dodatkowo jest teologicznie zdeterminowane, to ważne staje się przede wszystkim odróżnienie perswazji od manipulacji – pierwsza z nich postrzegana jest raczej jako droga służąca wypełnieniu założonych celów, a druga jest sposobem ich realizacji za wszelką cenę. W procesie rozgraniczenia tych terminów, nierzadko wykorzystywanych zamiennie, pomocna jest koncepcja działań komunikacyjnych opracowana przez J. Habermasa. Badacz ten dokonał rozgraniczenia działań komunikacyjnych *sensu stricto*, czyli tych, które są ukierunkowane na wypracowanie porozumienia, od działań strategicznych nastawionych przede wszystkim na osiągnięcie założonych korzyści. Perswazja powinna zatem wiązać z działaniami komunikacyjnymi, czyli z tymi, które są nastawione na koordynację i porozumienie. Z kolei o manipulacji, posiadającej psychologiczną naturę, można mówić wtedy, gdy zauważalne są strategiczne cele wszystkich uczestników komunikacji. Co istotne, manipulacja nie w każdym przypadku stanowi zło społeczne, jednak zawsze jest odstępstwem od normy społecznej komunikacji⁴⁹.

Rodzaje manipulacji

Odnosząc się do manipulacji społecznej, trzeba podkreślić, że można wyróżnić jej kilka podstawowych rodzajów, a wybrane z nich zostaną w tym miejscu scharakteryzowane.

⁴⁸ M. Kliś, *Kształtowanie się pojęcia „manipulacja”, op. cit., s. 28.*

⁴⁹ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego, op. cit., s. 12–79.*

Co do zasady manipulacje społeczne dzieli się na⁵⁰:

- manipulacje życzliwe;
- manipulacje neutralne;
- manipulacje niekorzystne.

Wśród pierwszych z nich, manipulacji życzliwych, wymienia się manipulację opiekuńczą i afiliacyjną. Pierwsza z wymienionych to forma manipulacji, jaka jest stosowana w odniesieniu do podopiecznych, by ze względu na swój wiek, brak dojrzałości oraz doświadczenia i zdrowia psychicznego nie wyrządzili sobie krzywdy. Dość często na ten rodzaj manipulacji decydują się matki, które chcą zachęcić dziecko do tego, by zjadło coś zdrowego lub też by nie zrobiło sobie krzywdy. Mimo że co do zasady intencje są w tym przypadku życzliwe, dość często może dojść do pewnego rodzaju nadużyć; dlatego też w interesie podmiotu poddawanego manipulacji jest jak najszybciej osiągnąć dojrzałość, aby tego typu manipulacje nie były już potrzebne⁵¹.

Manipulacja afiliacyjna polega na zawołowanych działaniach, jakie służą nawiązaniu bliskich kontaktów z drugą osobą. W kontekście relacji intymnych tego typu „ukrycie” jest w bardzo dużym stopniu wymogiem kulturowym. Jak wiadomo, na początku relacji romantycznej czy też platonicznej bardzo rzadko wyraża się wprost intencje o charakterze seksualnym – zostałyby to źle odebrane. Wiadomo jednak, że z czasem obiekt takiej manipulacji przejrzy ją i samodzielnie podejmie decyzję o tym, jak ma wyglądać dalszy rozwój wypadków⁵².

Istota manipulacji neutralnej (zob. tabela 1) sprowadza się do tego, że nie jest ona ukierunkowana ani na odniesienie przez jej odbiorcę korzyści, ani też poniesienie szkody – z tego względu (z uwagi na efekt) określa się ją właśnie jako neutralną dla odbiorcy. Przeważnie stanowi ona działanie, które ma nadawcy dać konkretną korzyść (ale bez szkody dla odbiorcy) albo też jest wynikiem działania nawykowego – wtedy bardzo często przybiera postać manipulacji nieuświadomionej przez nadawcę.

⁵⁰ A. Mirski, *Percepcja różnych rodzajów manipulacji*, [w:] *Manipulacja – pedagogiczno-społeczne aspekty...*, op. cit., s. 87–89.

⁵¹ *Ibidem*, s. 89.

⁵² *Ibidem*.

Tabela 1. Rodzaje manipulacji neutralnej

Rodzaj	Charakterystyka
Manipulacja konwencjonalna	Zachodzi wtedy, gdy osoba ukrywa stan psychiczny, albo też z powodu intencji ze względów konwencjonalnych (przykładem jest udawana powaga w trakcie religijnych uroczystości). Ten rodzaj manipulacji jest przeważnie nieuświadomiony, automatyczny. Nie potępia się go etycznie, a wręcz przeciwnie: jest on etycznie akceptowany. Ważne jest, by jednostka potrafiła rozpoznać ten rodzaj manipulacji, tak aby nie ulec pozorom i błędnym spostrzeżeniom na temat prawdziwych emocji, intencji albo też opinii. W sytuacji, w której obie strony tego rodzaju manipulacji są jej świadome, można mówić o obustronnej grze konwencjonalnej.
Manipulacja wymienna	Działanie ukierunkowane na dany obiekt celem zawarcia transakcji, jaka nie jest oszukańcza, ale za pomocą której zachęca się do tego, by dany podmiot tego typu transakcję podjął. Przykładem manipulacji wymiennej jest reklama, która zasadniczo nie jest etycznie potępiana, ale jednocześnie może prowadzić do tego, że dla danego obiektu będzie ona niekorzystna (zbędny zakup). Ważne jest, by jednostki były świadome tego, że reklama służy manipulacji – gdy jest już to wiadome, oddziałuje ona w dalszym ciągu, ale jej wpływ jest zwykły, co oznacza, że dostrzega się informację o tym, że taki produkt istnieje i że go można kupić.
Manipulacja autoprezentacyjna	Zawołowane działania, które służą przedstawieniu siebie samego w jak najlepszym świetle. Do jej podstawowych rodzajów można zaliczyć m.in. manipulację informacją, zachowaniem, wyglądem oraz wrażeniem. Ten rodzaj manipulacji jest w naszej kulturze obecny od wieków i co do zasady nie jest potępiany, chyba że jego forma jest przesadna. Przeważnie jednak dominuje pogląd, że ludzie mają do niej prawo. Dla obiektu manipulacji ważne jest, by potrafił ją rozpoznać, a także by był świadomy jej psychologicznego wpływu.

Źródło: A. Mirski, *Percepcja różnych rodzajów manipulacji*, op. cit., s. 88–89.

W literaturze przedmiotu wymienia się także rodzaje manipulacji niekorzystnej. Ich podstawowe rodzaje również zostały zaprezentowane w tabeli 2.

Tabela 2. Rodzaje manipulacji niekorzystnej

Rodzaj	Charakterystyka
Manipulacja indoktrynacyjna	Umiejętne oddziaływanie psychologiczne oraz manipulowanie informacją w tym celu, by konkretne osoby przyjęły taki punkt widzenia albo też sposób postrzegania sytuacji, jaki jest im narzucany. Do tego rodzaju manipulacji zalicza się różne akcje propagandowe, działalność sekt lub też systemy wychowawcze. Rozpoznanie tego rodzaju manipulacji jest niezbędne, by dana jednostka miała szanse wypracować sobie własny pogląd na otaczający ją świat.
Manipulacja eksploatacyjna	Działanie, którego celem jest wykorzystanie danego obiektu oraz zdobycie nad nim dominacji – oznacza to, że zasadniczym celem jest pozyskanie korzyści ze stratą dla takiego obiektu. Co ważne, manipulacja ta nie zawsze musi być wroga, ale dla obiektu manipulacji jest ona szkodliwa, przez co jest także etycznie naganna.
Manipulacja wroga	Najbardziej niebezpieczna dla obiektu manipulacji, ponieważ jej podstawowym celem jest przede wszystkim zaszkodzenie mu. Z tego też względu jest ona niewłaściwa etycznie, z wyjątkiem tych sytuacji, w których manipulujący walczy w słusznej sprawie (np. manipulowanie informacją w czasie wojny).

Źródło: A. Mirski, *Percepcja różnych rodzajów manipulacji*, op. cit., s. 87–88.

Niezbędne jest zaznaczenie, że nie każda manipulacja ma charakter nieetyczny – czasami może wynikać z miłości, altruizmu i życzliwości. Generalnie jednak dla jednostki poddanej manipulacji istotna jest świadomość, że stała się obiektem manipulacji; ma to dla niej znaczenie długofalowe i przyczynia się do jej rozwoju – wtedy najczęściej jednostka staje się wolna i bardziej dojrzała przy podejmowaniu decyzji, a także posiada znacznie szerszy obraz sytuacji. Prawidłowe odebranie i zrozumienie manipulacji pozwala na przeciwstawienie się jej – w tym względzie niezbędne jest przede wszystkim właściwe rozpoznanie celów manipulacji i postaw osoby, która manipuluje; mniej ważne (choć również istotne) jest rozpoznanie formy manipulacji, zwłaszcza że nierzadko forma manipulacji mówi o tym, jakie są jej cele i podstawowe założenia⁵³.

⁵³ *Ibidem*, s. 89.

Podsumowanie

Manipulację interpretuje się jako strategię kierowania ludzkimi zachowaniami lub też jako metodę wpływania na ludzi przez zakamuflowane kształtowanie świadomości bez ich wyraźnej woli i wiedzy. Wpływ ten przekłada się na percepcję rzeczywistości, sposób myślenia, system wartości oraz działania. W takim ujęciu manipulacja jest pojęciem bliskim perswazji, a nawet socjotechnice rozumianej jako strategia istotna dla funkcjonowania większych struktur społecznych. Wszystkie te pojęcia stanowią przedmiot zainteresowania socjologów, psychologów, prawników i językoznawców. W opinii badaczy przywołanych zjawisk ludzie zawsze będą manipulować, ponieważ celem każdego człowieka jest osiągnięcie maksymalnego zysku z kontaktów z innymi ludźmi, dlatego też manipulowanie innymi jest przedmiotem badań, które dążą do poznania podstawowych mechanizmów, które nim rządzą.

Bibliografia

- Aksman J., *Wpływ, perswazja, propaganda, manipulacja – próba uporządkowania pojęć*, [w:] *Manipulacja – pedagogiczno-społeczne aspekty*, cz. 1, *Interdyscyplinarne aspekty manipulacji*, red. eadem, Kraków 2010, s. 13–22.
- Bralczyk J., *Manipulacja językowa*, [w:] *Dziennikarstwo i świat mediów. Nowa edycja*, red. Z. Bauer, E. Chudziński, Kraków 2012.
- Cialdini R.B., *Wywieranie wpływu na ludzi. Teoria i praktyka*, tłum. B. Wojciszke, Gdańsk 2007.
- Coulter R.H., Cotte J., Lunt Moore M., *Believe It Or Not. Persuasion, Manipulation and Credibility of Guilt Appeals*, „NA – Advances in Consumer Research” 1999, vol. 26, s. 288–294.
- Franke M., Rooij van R., *Strategies of Persuasion, Manipulation and Propaganda. Psychological and Social Aspects*, [w:] *Models of Strategic Reasoning. Logics, Games, and Communities*, eds J. van Benthem, S. Ghoshn, R. Verbrugge, Heidelberg 2015, s. 255–291.
- Grodziński E., *Język jako narzędzie manipulacji*, „Poradnik Językowy” 1983, z. 7, s. 397–401.
- Habermas J., *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 1, *Racjonalność działania a racjonalność społeczna*, tłum. A.M. Kaniowski, Warszawa 2022.

- Kamińska-Szmał I., *Propaganda, perswazja, manipulacja – próba uporządkowania pojęć*, [w:] *Manipulacja w języku*, red. P. Krzyżanowski, P. Nowak, Lublin 2004, s. 13–27.
- Kizińczuk S., *Manipulacja, perswazja czy magia? Poznaj niesamowitą moc słowa, myśli i wiary i dowiedz się, jak ją wykorzystać*, Gliwice 2008.
- Kliś M., *Kształtowanie się pojęcia „manipulacja”*, [w:] *Manipulacja – pedagogiczno-społeczne aspekty*, cz. 1, *Interdyscyplinarne aspekty manipulacji*, red. J. Aksman, Kraków 2010, s. 23–32.
- Kłoskowska A., *Teoria socjologiczna Pierre’a Bourdieu*, [w:] P. Bourdieu, J.C. Passeron, *Reprodukcja. Elementy teorii systemu nauczania*, tłum. E. Neyman, Warszawa 1990, s. 7–41.
- Koblewska J., *Szkoła i środki masowego oddziaływania*, Warszawa 1967.
- Levy G., Barreda I.M. de, Razin R., *Persuasion with Correlation Neglect. A full Manipulation Result*, „American Economic Review: Insights” 2022, vol. 4, no. 1, s. 123–138.
- Manipulacja* (hasło), [w:] *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 1996.
- Mirski A., *Percepcja różnych rodzajów manipulacji*, [w:] *Manipulacja – pedagogiczno-społeczne aspekty*, cz. 1, *Interdyscyplinarne aspekty manipulacji*, red. J. Aksman, Kraków 2010, s. 83–98.
- Mlicki M.K., *Niektóre dylematy socjotechniki*, „Studia Socjologiczne” 1981, nr 1.
- Mlicki M.K., *Socjotechnika. Zagadnienia etyczne i prakseologiczne*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1986.
- Pawełczyk P., *Socjotechniczne aspekty gry politycznej*, Poznań 2007.
- Pisarek W., *O perswazji słów kilka*, [w:] *Sztuka perswazji. Socjologiczne, psychologiczne i lingwistyczne aspekty komunikowania perswazyjnego*, red. R. Garpiel, K. Leszczyńska, Kraków 2004.
- Pratkanis A.R., Aronson E., *Wiek propagandy. Używanie i nadużywanie perswazji na co dzień*, tłum. J. Radzicki, M. Szuster, Warszawa 2022.
- Pucek Z., *Manipulacja a wytwarzanie ładu społecznego*, [w:] *Manipulacja – pedagogiczno-społeczne aspekty*, cz. 1, *Interdyscyplinarne aspekty manipulacji*, red. J. Aksman, Kraków 2010, s. 33–46.
- Rohach O., Rohach I., *Manipulation and Persuasion in Business Advertising*, „Research Trends in Modern Linguistics and Literature” 2021, vol. 4, s. 47–61.
- Rudniański J., *Elementy prakseologicznej teorii walki*, Warszawa 1983.
- Sztompka P., *Socjologia. Analiza społeczeństwa*, Kraków 2002.
- Szymanek K., *Perswazja – wróg czy sprzymierzeniec prawdy?*, [w:] *Via communicandi. Przełom komunikacyjny a filozoficzna idea konsensu*, red. B. Sierocka, Wrocław 2003.

- Tokarz M., *Manipulacje komunikacyjne w praktyce: przesłuchanie podejrzanego*, [w:] *Via communicandi. Przełom komunikacyjny a filozoficzna idea konsensu*, red. B. Sierocka, Wrocław 2003.
- Warchała J., *Komunikacja perswazyjna, czyli kilka uwag o retoryczności, prawdomówności i zaufaniu*, [w:] *Kultura i język mediów*, red. M. Tanaś, Kraków 2007, s. 121–134.
- Warecki W., Warecki M., *Słowo o manipulacji, czyli krótki podręcznik samoobrony*, Warszawa 2005.
- Wieczorek-Tomaszewska M., *Nowe media. Komunikacyjna funkcja obrazu*, [w:] *Komputer w edukacji*, red. J. Morbitzer, Kraków 2007, s. 269–277.
- Witkowski T., *Psychomanipulacje. Jak je rozpoznawać i jak sobie z nimi radzić*, Wrocław 2000.
- Wizerunek (hasło), [w:] M. Pacholski, A. Słaboń, *Słownik pojęć socjologicznych*, Kraków 1997, s. 60.
- Wróbel A., *Wychowanie a manipulacja*, Kraków 2006.

Streszczenie

Manipulacja, perswazja i socjotechnika jako formy wywierania wpływu

Manipulację postrzega się jako strategię kierowania ludzkimi zachowaniami lub też jako metodę wpływania na ludzi przez ukryte kształtowanie świadomości bez ich wyraźnej woli i wiedzy. Niniejsze opracowanie ma na celu zaprezentowanie subtelnych różnic znaczeniowych między pojęciami manipulacji, perswazji i socjotechniki. Zadaniem podjętym przez autora jest wykazanie, że szerokie spektrum narzędzi wpływu jest różnie postrzegane i definiowane przez poszczególne dyscypliny naukowe. Inaczej interpretowane są przez językoznawców, inaczej przez socjologów, a jeszcze inaczej przez psychologów. W artykule autor przedstawia również wybrane techniki i rodzaje manipulacji oraz dowodzi, że są wśród nich takie, które szkodzą odbiorcom, ale są również takie, w przypadku których manipulujący nie ma złych intencji. Z przedstawionych analiz wynika, że wywieranie wpływu na innych ma wiele form i różni się pod względem technik, celów, intencji oraz skutków w sferze kształtowania postaw i zachowań. Co do zasady, manipulator dąży do osiągnięcia korzyści kosztem osoby manipulowanej. Takie ujęcie nawiązuje do popularnego w dziedziny psychologii zjawiska psychomanipulacji, z jednoczesnym pominięciem jego aspektu prawnego. Tymczasem nie należy zapominać o kwestii równie ważnej, czyli odpowiedzialności karnej za manipulację, pojmowaną jako działa-

nie szkodliwe dla ofiary i wysoce nieetyczne. Przedstawienie aspektów prawnych wydaje się zatem znaczące dla całości zagadnień związanych z przedstawianymi zjawiskami.

Słowa kluczowe: manipulacja, socjotechnika, perswazja, narzędzia manipulacji

Abstract

Manipulation, persuasion and social engineering as forms of influence

Manipulation is perceived as a strategy to direct human behavior or as a method of influencing people by hiddenly shaping their consciousness without their explicit will or knowledge. This study aims to present subtle differences in meaning between the concepts of manipulation, persuasion and social engineering. The author's task is to demonstrate that a wide spectrum of influence tools is perceived and defined differently by individual scientific disciplines. They are interpreted differently by linguists, differently by sociologists, and still differently by psychologists. In the article, the author also presents selected techniques and types of manipulation and proves that there are those that harm the recipients, but there are also those in which the manipulator has no bad intentions. The presented analyzes show that influencing others has many forms and differs in terms of techniques, goals, intentions and effects in shaping attitudes and behaviors. As a rule, the manipulator seeks to gain benefits at the expense of the manipulated person. This approach refers to the phenomenon of psychomanipulation, popular in the field of psychology, while omitting its legal aspect. Meanwhile, we should not forget about an equally important issue, i.e. criminal liability for manipulation, understood as an action harmful to the victim and highly unethical. The presentation of legal aspects therefore seems significant for all issues related to the presented phenomena.

Key words: manipulation, social engineering, persuasion, manipulation tools

Anna Świątek

mgr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

orcid.org/0000-0003-0382-7882

anna.swiatek@vp.pl

Naruszenie obowiązku informacyjnego w reklamach kredytu konsumenckiego

Wprowadzenie

Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim¹, implementując dyrektywę 2008/48/WE², wprowadziła zakres informacji, jakie kredytodawca lub pośrednik kredytowy musi zamieścić w reklamowanej ofercie kredytu konsumenckiego. Wymóg dotyczył udostępnienia konkretnych, rozszerzonych danych o jego kosztach już na etapie wstępnym. W zamyśle prawodawcy dostarczenie określonych, standardowych informacji w reklamie

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 246, dalej jako: u.k.k.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumenckich (Dz.Urz. UE L 133 z 22.05.2008), dalej jako: dyrektywa 2008/48/WE; zob. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/17/UE z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi i zmieniająca dyrektywy 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 (Dz.Urz. UE L 60 z 28.02.2014), dalej jako: dyrektywa 2014/17/UE. Rozszerzyła ona dyrektywę 2008/48/WE, obejmując jej zastosowaniem umowy o kredyt niezabezpieczony przeznaczony na remont nieruchomości mieszkalnej, których całkowita kwota jest wyższa niż 75 tys. euro. Zob. art. 46 dyrektywy 2014/17/UE.

miało umożliwić konsumentowi porównanie różnych ofert oraz stworzyć swoisty bufor bezpieczeństwa przed nieuczciwymi lub wprowadzającymi w błąd praktykami stosowanymi przez przedsiębiorców, zwłaszcza w kontekście przekazywania znaczących informacji o ofercie³. Jest to o tyle istotne, że w sytuacji dokonywania wyboru rzetelna i prawdziwa informacja odgrywa zasadniczą rolę i przesądza o trafności podjętej decyzji. W przypadku usług finansowych jest ona niezbędna ze względu na ich wysoki stopień złożoności, znaczące dysproporcje w umiejętnościach, doświadczeniu i organizacji prezentowanych przez strony oraz ewentualne konsekwencje niewłaściwie dokonanego wyboru, na które ostatecznie narażony jest konsument⁴.

Niewypełnienie wymogów informacyjnych lub ich niewłaściwa forma w reklamie kredytu konsumenckiego nie tylko uniemożliwia konsumentowi poprawne odczytanie oferty, lecz – co istotniejsze – nie pozwala właściwie zweryfikować jej kosztów oraz dostosować odpowiedniej oferty do jego ekonomicznych możliwości. W taki sposób zakłóca też prawidłowe funkcjonowanie rynku finansowego. Działania podejmowane przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów⁵ pokazują, że w praktyce tych reklam obowiązek informacyjny jest przez przedsiębiorców nienależycie wypełniany.

W artykule podjęta została analiza reklam kredytu konsumenckiego pod kątem najczęściej pojawiających się naruszeń

³ Pkt 18 dyrektywy 2008/48/WE.

⁴ Por. B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, *Uwagi o zawodowym obowiązku udzielania informacji*, „*Studia Iuridica 1994*”, t. 21, s. 47 i nast.; *eadem*, *Prawo konsumenta do informacji*, [w:] *Model prawnej ochrony konsumenta*, red. G. Rokicka, Warszawa 1996, s. 88; zob. też Komisja Europejska, Zielona księga w sprawie detalicznych usług finansowych, Bruksela 30.04.2007, KOM(2007) 226; Komisja Europejska, Zielona księga w sprawie detalicznych usług finansowych – Lepsze produkty, szerszy wybór i większe możliwości dla konsumentów i przedsiębiorstw, Bruksela 10.12.2015, COM(2015) 630 final; Konsument to zgodnie definicją zawartą w art. 22¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1360) osoba fizyczna dokonująca z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową.

⁵ Dalej jako: UOKiK.

wymogów informacyjnych ustanowionych w przepisach ustawy o kredycie konsumenckim, które Prezes UOKiK uznał jako niewłaściwe praktyki oraz naruszające zbiorowe interesy konsumentów. Badaniem zostały objęte dwa okresy: lata 2012–2013, w których Prezes UOKiK przeprowadził dwie kontrole (w 2012 r.⁶ oraz w 2013 r.⁷), i lata 2016–2019, w których wydał indywidualne decyzje (wykorzystano w tym celu 20 decyzji z tego okresu). Zastosowano przy tym metodę analityczną i porównawczą.

Zagadnienia wstępne

Powszechne zainteresowanie kredytem konsumenckim sprawia, że stanowi on ważny element w prawie konsumenckim⁸. Ustawa o kredycie konsumenckim definiuje kredyt konsumencki jako umowę o kredyt w wysokości nie większej niż 255 550 zł albo równowartość tej kwoty w walucie innej niż waluta polska, który kredytodawca w zakresie swojej działalności udziela lub daje przyrzeczenie udzielenia konsumentowi (art. 3 ust. 1 u.k.k.). W ustawie wskazano, że kredytem konsumenckim jest również umowa o kredyt niezabezpieczony hipoteką, który jest przeznaczony na remont domu albo lokalu mieszkalnego w wysokości większej niż określona w ust. 1 (art. 3 ust. 1a u.k.k.).

Wymienione są ponadto rodzaje umów, które uznaje się jako umowę o kredyt konsumencki. Są to: umowa pożyczki, umowa kredytu w rozumieniu przepisów prawa bankowego, umowa o odroczeniu konsumentowi terminu spełnienia świadczenia pieniężnego (jeżeli konsument jest zobowiązany do poniesienia jakichkolwiek kosztów związanych z odroczeniem spełnienia

⁶ UOKiK, Raport z kontroli przedsiębiorców udzielających kredytów konsumenckich w 2012 roku, Warszawa 2012, uokik.gov.pl/download.php?plik=12543.

⁷ UOKiK, Reklama parabanków. Raport z kontroli reklam pozabankowych instytucji finansowych oferujących pożyczki konsumentom, Poznań 2013, uokik.gov.pl/download.php?plik=13278.

⁸ Z raportu BIK wynika, że 47,9% konsumentów posiada zobowiązanie z tytułu zaciągniętego kredytu lub pożyczki; źródło: Biuro Informacji Kredytowej, Analizy rynkowe, media.bik.pl/analizy-rynkowe [dostęp: 1.06.2022].

świadczenia), umowa o kredyt, w której kredytodawca zaciąga zobowiązanie wobec osoby trzeciej, a konsument zobowiązuje się do zwrotu kredytodawcy spełnionego świadczenia, i umowa o kredyt odnawialny (art. 3 ust. 2 u.k.k.).

Wskazane rodzaje kredytu konsumenckiego stanowią katalog otwarty, co podkreśla zwrot „w szczególności” i są jedynie przykładowym wyliczeniem, uwzględniającym możliwość kreowania umów nieprzewidzianych przez system prawny⁹. Określenie jedynie górnego pułapu limitu bez wprowadzenia jego dolnego zakresu pozwoliło włączyć wszystkie umowy o kredyt konsumencki dostępne na polskim rynku, w tym kredyty o niskich kwotach i pożyczki, tzw. chwilówki¹⁰. Dzięki temu obowiązek ten objął wszystkich kredytodawców, tj. banki, banki spółdzielcze, SKOK-i, firmy pożyczkowe oraz pośredników kredytowych.

Instytucje finansowe, jak wszystkie przedsiębiorstwa funkcjonujące na rynku, intensyfikują swoje działania przez zabiegi marketingowe. Reklama jest jedną z nich. Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji¹¹ określa reklamę jako „przekaz handlowy, pochodzący od podmiotu publicznego lub prywatnego, w związku z jego działalnością gospodarczą lub zawodową, zmierzający do promocji sprzedaży lub odpłatnego korzystania z towarów lub usług, reklamą jest także autopromocja” (art. 4 pkt 17). Wymienia się przy tym różne jej postaci: formę medialną (radio, telewizja, prasa, kino), na produkcie, przez druki (foldery, plakaty, ulotki), a także na budynkach, tablicach, pojazdach czy ubraniach, a miejsce jej umieszczenia decyduje o rodzaju adresata¹². Podkreśla się też szczególnie dwie jej funkcje: informowanie oraz stymulowanie zachowania¹³. Chociaż informacja i reklama mogą

⁹ Za: *Ustawa o kredycie konsumenckim. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2004, s. 46.

¹⁰ P. Sobolewski, *Opinia prawna w sprawie rządowego projektu ustawy o kredycie konsumenckim*, druk sejmowy nr 3596, Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 2010, s. 3.

¹¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1722.

¹² R. Skubisz, *Wprowadzenie*, [w:] *Prawo reklamy. Zbiór przepisów. Orzecznictwo. Literatura*, red. *idem*, R. Sagan, Lublin 1998, s. 18.

¹³ R. Nowacki, M. Strużycki, *Reklama w przedsiębiorstwie*, Warszawa 2002, s. 37.

występować autonomicznie, w sferze gospodarczej często zaznacza się też ich ścisły związek¹⁴.

Determinacja na rzecz dostępu do rzetelnej informacji sprawia, że reklama jest od lat przedmiotem działań legislacyjnych regulujących zwłaszcza negatywny jej aspekt występujący w praktyce na rynku. Przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁵ wskazują jako czyn nieuczciwej konkurencji reklamowanie w taki sposób, który może wprowadzić lub wprowadza w błąd klienta, co z kolei może wpłynąć na jego decyzje co do nabycia towaru lub usługi (art. 16 ust. 1 pkt 2). Wobec tego, by reklamę można było uznać za wprowadzającą w błąd, muszą zaistnieć następujące przesłanki: reklama musi zawierać zniekształcone informacje oraz reklama w negatywny sposób wpływa lub może wpływać na decyzje konsumenta¹⁶. Wpływ na to może mieć wywołanie u konsumentów odmiennego wrażenia o towarze lub usłudze od stanu rzeczywistego¹⁷ bądź reklama, na podstawie której klient uzyskuje nieprawdziwe wyobrażenia dotyczące towaru lub usług¹⁸. W przypadku reklamy nie musi ona wprost wprowadzać konsumentów w błąd, ale wystarczy do tego stworzenie samego ryzyka takiej sytuacji, by można uznać czyn za wprowadzający w błąd przez reklamę¹⁹. Negatywny wymiar reklamy, który wprowadza w błąd, wskazuje dyrektywa 2006/114/WE²⁰ i podkreśla element celowego nieuczciwego działania, który musi przy tym wystąpić i którego

¹⁴ E. Nowińska, M. du Vall wskazują, że „wypowiedź gospodarcza, która funkcjonuje na rynku może być »czystą« informacją (tj. profesjonalną, konsumencką), może występować w formie sponsoringu lub reklamy o przeważającym ładunku informacji lub być »czystą reklamą« o przeważającym ładunku emocjonalnym” zob. *eaedem*, *Reklama a informacja w komunikacji rynkowej*, „Zeszyty Naukowe UJ” 2001, z. 77, s. 63.

¹⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r., poz. 1913; dalej: u.z.n.k.

¹⁶ Szerzej R. Stefanicki, *Prawo reklamy w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na tle porównawczym*, Poznań 2003, s. 98–100.

¹⁷ K. Grzybczyk, *Prawo reklamy*, Warszawa 2008, s. 58.

¹⁸ Zob. R. Skubisz, [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 690.

¹⁹ Zob. R. Stefanicki, *Prawo reklamy...*, *op. cit.*, s. 98.

²⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/114/WE z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz.Urz. UE L 376/21 z 27.12.2006), dalej jako: dyrektywa 2006/114/WE.

celem jest – za pomocą nieprawdziwego i zafałszowanego obrazu, cechy lub stanu rzeczy reklamowanego w ten sposób przedmiotu lub usługi – wpłynięcie na decyzję i postępowanie gospodarcze osób, do których jest skierowana, i osiągnięcie tym sposobem zysku kosztem konkurencji²¹. Szczególnym dopełnieniem przepisów, wskazującym zasady prawidłowego zamieszczania informacji w reklamach kredytu konsumenckiego stanowią zasady dobrych praktyk. Zasady te tworzone jako dodatkowe źródło informacji i standardów etycznych, odgrywają ważną rolę w całym procesie, mając na celu zapobieganie pojawianiu się nieprawidłowości w tym zakresie na rynku finansowym²².

Wymogi informacyjne w reklamie kredytu konsumenckiego

Informacje, jakie kredytodawca lub pośrednik kredytowy musi zamieścić w reklamie kredytu konsumenckiego, określa art. 7 u.k.k. Należy tu zaznaczyć, że podanie konkretnych informacji warunkuje sytuacja, w której zostaną w reklamie podane jakiegokolwiek

²¹ W art. 3 dyrektywy 2006/114/WE wskazano, że rozpatrując reklamę w aspekcie wprowadzania w błąd, ważne są wszystkie jej cechy, jednak szczególnie ważne są te elementy reklamy, które są nośnikiem informacji w zakresie: a) cech charakterystycznych towarów lub usług takich jak: ich dostępność, rodzaj, wykonanie, skład, sposób i data produkcji lub wykonania, przydatność do celu, zastosowanie, ilość, specyfikacja, pochodzenie geograficzne lub handlowe lub spodziewane rezultaty jego zastosowania lub rezultaty i szczególne właściwości lub kontroli wykonanych na towarach lub usługach; b) ceny lub sposobu obliczenia ceny i warunków dostawy towarów lub świadczenia usług; c) rodzaju, właściwości i praw reklamującego, takich jak: jego tożsamość i majątek, jego kwalifikacje i prawa własności przemysłowej, handlowej lub prawa własności intelektualnej lub jego nagrody i wyróżnienia.

²² Wytyczne wskazujące poprawne formy reklamy kredytu konsumenckiego zawarte są m.in. w kodeksie „Dobre praktyki w zakresie standardów reklamowania kredytu konsumenckiego”, Warszawa 2016, zbp.pl/getmedia/2cddb6b-3eaa-4645-8d1f-43f279625b37/Dobre_Praktyki_Reklamy_Kredytu_Konsumenckiego. Sygnatariuszami dobrych praktyk są: Związek Banków Polskich, Konferencja Przedsiębiorstw Finansowych w Polsce, Związek Firm Pożyczkowych, Provident S.A. Depozytariuszem Dobrych Praktyk jest Związek Banków Polskich.

dane dotyczące kosztu kredytu konsumenckiego, w szczególności stopa oprocentowania. Wówczas kredytodawca lub pośrednik kredytowy zobligowany jest podać stopę oprocentowania²³ wraz z informacją o rodzaju zastosowanej stopy, czy jest to stała, czy zmienna stopa oprocentowania lub czy zastosowane zostały zamiennie obie te stopy. Informacje te podaje wraz z wyodrębnieniem opłat uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu. Oprócz tego podaje całkowitą kwotę kredytu²⁴ oraz rzeczywistą roczną stopę oprocentowania²⁵. Określenie „rzeczywista roczna stopa oprocentowania” powinno widnieć w reklamie jako pełne słowo, a jego użycie w formie skrótu RRSO powinno zawierać jego tłumaczenie, gdyż nie jest to skrót powszechnie znany²⁶. Sens podawania rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania na etapie reklamowania kredytu podkreślił Europejski Trybunał Sprawiedliwości²⁷ w orzeczeniu, w którym stwierdził, że informacja o rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania jest dla konsumenta przydatna, zwłaszcza przed zawarciem umowy, natomiast na późniejszym etapie (w tym przypadku odnowienia kredytu na takich samych warunkach) waga wspomnianej informacji nie jest tak duża²⁸. Tak rozbudowana informacja poszerza zakres ochrony prawnej przysługującej konsumentom, którzy zawierając umowę

²³ „Stopa oprocentowania kredytu – stopa oprocentowania wyrażona jako stałe lub zmienne oprocentowanie stosowane do wypłaconej kwoty na podstawie umowy o kredyt w stosunku rocznym” (art. 5 pkt 10 u.k.k.).

²⁴ „Całkowita kwota kredytu – maksymalna kwota środków pieniężnych nieobejmujących kredytowanych kosztów kredytu, które kredytodawca udostępnia konsumentowi na podstawie umowy o kredyt, a w przypadku umów, dla których nie przewidziano tej maksymalnej kwoty, suma wszystkich środków pieniężnych nieobejmujących kredytowanych kosztów kredytu, które kredytodawca udostępnia konsumentowi na podstawie umowy o kredyt” (art. 5 pkt 7 u.k.k.).

²⁵ Rzeczywista roczna stopa oprocentowania jest całkowitym kosztem kredytu ponoszonym przez konsumenta, wyrażonym procentowo jako wartość całkowitej kwoty kredytu w stosunku rocznym (art. 5 pkt 12 u.k.k.).

²⁶ T. Czech, *Kredyt konsumencki. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 186.

²⁷ Od 2009 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE).

²⁸ Wyrok ETS z dnia 4 marca 2004 r. w sprawie C-264/02 *Cofinoga*, pkt 27 uzasadnienia, za: P. Miłkaszewicz, *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 289.

o kredyt konsumencki z profesjonalistą, posiadają mniejszy zasób wiedzy. Na tym etapie pozwala to przynajmniej zmniejszyć występującą asymetrię informacji dzięki dostarczeniu bardziej przejrzystej i dostępnej informacji²⁹.

Istotnym elementem wskazanym przez ustawodawcę w art. 7 ust. 1 u.k.k. jest wymóg podania tych informacji w sposób jednoznaczny, zrozumiały i widoczny. Ustawodawca celowo wprowadził wymóg jednoznacznej (tj. jasnej, konkretnej, wyraźnej, prostej, klarownej, zdecydowanej i dopuszczającej jedną interpretację), zrozumiałej (tj. jasnej, wyraźnej, prostej, dostępnej, czytelnej, popularnej, niewymagającej wyjaśnienia lub tłumaczenia) oraz widocznej (tj. oczywistej, dostrzegalnej, wyraźnej, z zastosowaniem wyraźnej czcionki) informacji³⁰, by konsument mógł otrzymać rzetelne i łatwo przyswajalne w odbiorze informacje. Spełnienie tych warunków dotyczy wszystkich rodzajów reklam.

Ponadto wraz z podstawowymi informacjami spoczywającymi na kredytodawcy lub pośredniku kredytowym ustawodawca wskazuje wymóg zamieszczenia dodatkowych informacji takich jak: czas obowiązywania umowy, całkowita kwota do zapłaty przez konsumenta oraz wysokość rat, a także cenę towaru lub usługi i kwota wszystkich zaliczek w przypadku umowy o kredyt przewidujący odroczenie płatności, jakie muszą być zamieszczone w reklamie kredytu konsumenckiego w „stosownych przypadkach” (art. 7 ust. 2 u.k.k.). Ustawodawca nie określił jednak, jakie to są stosowne przypadki, a wyłącznie wymienił te informacje, które kredytodawca powinien w takich sytuacjach przekazać konsumentowi. Wobec powyższego stosowne przypadki (stosowny, tj. taki, który najlepiej pasuje do czegoś, odpowiedni, właściwy³¹) należy w szczególności odnieść do reklamy kredytu konsumenckiego, który w warunkach umowy zakłada np. jednorazową spłatę

²⁹ Zob. Z. Ofiarski, *Ustawa o kredycie konsumenckim, Komentarz*, Warszawa 2014, s. 139.

³⁰ D. Sowińska-Kobelak, M. Gryber, *Przewodnik po kredycie konsumenckim*, Warszawa 2018, s. 18.

³¹ *Stosowny* (hasło), www.sjp.pl/stosowny [dostęp: 20.02.2022].

całej kwoty kredytu³² lub umowy o kredyt umożliwiającej odroczenie płatności itp. Z kolei w opinii Prezesa UOKiK zastosowanie zwrotu „stosowne przypadki” oznacza, że wymagane informacje zawarte w art. 7 ust. 2 u.k.k. należy podawać, gdy jest to możliwe w danym stanie faktycznym³³.

Ustawa o kredycie konsumenckim dodatkowo reguluje sytuację, gdy do zawarcia umowy o kredyt konsumencki na warunkach określonych w jego reklamie konieczne jest zawarcie dodatkowej umowy, w szczególności umowy ubezpieczenia, a której kosztów z góry nie można wyliczyć, wówczas na kredytodawcy lub pośredniku kredytowym ciąży obowiązek podania konsumentowi tej informacji w sposób jednoznaczny, zrozumiały i widoczny wraz z wyliczeniem rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania (art. 7 ust. 3 u.k.k.). Informacje wymagane w art. 7 u.k.k. muszą być dla konsumenta tak samo widoczne, czytelne i słyszalne jak dane dotyczące kosztu samego kredytu konsumenckiego (art. 7a u.k.k.). Ustawodawca dopuszcza również sytuacje, w których reklamy nie będą zawierać obowiązkowych informacji wymaganych w art. 7 ust. 1 u.k.k. Wówczas kredytodawca lub pośrednik kredytowy podają w reklamie rzeczywistą roczną stopę oprocentowania (art. 7b ust. 1 u.k.k.) w sposób tak samo widoczny, czytelny i słyszalny jak pozostałe informacje zawarte w reklamie (art. 7b ust. 2 u.k.k.).

Ustawodawca określił także obowiązki pośredników kredytowych, którzy zobligowani są przedstawić w reklamach kredytu konsumenckiego w sposób jednoznaczny, zrozumiały i widoczny informacje na temat zakresu umocowania do dokonywania czynności faktycznych lub prawnych (art. 7 ust. 4 pkt 1 u.k.k.) oraz informację, czy pośrednik kredytowy współpracuje z kredytodawcami (art. 7 ust. 4 pkt 2 u.k.k.). W przypadku takiej współpracy pośrednik kredytowy musi przekazać konsumentowi taką informację oraz podać nazwy kredytodawców, z którymi współpracuje (art. 7 ust. 5 u.k.k.).

Obowiązkowe informacje o kosztach kredytu konsumenckiego (art. 7 ust. 1–3 oraz art. 7b ust. 1 u.k.k.) powinny być podane

³² M. Chruściak, M. Kłoda, A. Kopeć, G. Kott, T. Ostrowski, M. Szakun, *Ustawa o kredycie konsumenckim. Rekomendacje interpretacyjne podstawowych regulacji. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 58.

³³ Decyzja Prezesa UOKiK z 9.03.2016 r., DDK 3/2016, s. 5.

na podstawie reprezentatywnego przykładu (art. 8 ust. 1 u.k.k.). Mimo że ustawa nie zawiera definicji reprezentatywnego przykładu, to jednak wskazuje, że dotyczy on umów o kredyt konsumenci, w których kredytodawca lub pośrednik kredytowy spodziewają się zawrzeć co najmniej dwie trzecie umów danego rodzaju, uwzględniając średni okres kredytowania, całkowitą kwotę kredytu i częstotliwość występowania na rynku umów danego rodzaju³⁴ (art. 8 ust. 2 u.k.k.), natomiast w potocznym rozumieniu należy odczytywać ten zwrot jako mający cechy jakiejś zbiorowości³⁵ lub jako przykład charakterystyczny, tj. powszechny, typowy, na podstawie którego kredytodawca lub pośrednik kredytowy muszą podawać w reklamie obowiązkowe informacje o kosztach kredytu. Przykład reprezentatywny przedstawiany w ofercie ma dotyczyć tylko jednego kredytu, w którym zawarte są wszystkie obowiązkowe informacje.

Zamysł, by wskazać tylko jeden reprezentatywny przykład, poddyktowany był praktycznym rozwiązaniem, które ma ułatwić konsumentowi odbiór informacji na konkretnym przykładzie, wskazując, jakich kosztów ma się spodziewać w reklamowanej ofercie³⁶. Podobne stanowisko przyjął Prezes UOKiK, który zaznaczył, „iż wprawdzie ustawa nie wskazuje, ile reprezentatywnych przykładów może być podanych w reklamie, ale fakt, że w ustawie użyto sformułowanie »reprezentatywny przykład« wskazuje na pojedynczą jego liczbę”³⁷. Podanie kilku przykładów reprezentatywnych do jednego kredytu

³⁴ W kodeksie „Dobre praktyki w zakresie standardów reklamowania kredytu konsumenckiego” zamieszczono wzór formuły, w której zawarte są obowiązkowe informacje wymagane w reklamie kredytu konsumenckiego: „Rzeczywista Roczna Stopa Oprocentowania (RRSO) wynosi ... %, całkowita kwota kredytu (bez kredytowanych kosztów) ... zł, całkowita kwota do zapłaty ... zł, oprocentowanie stałe/zmienne ... %, całkowity koszt kredytu ... (w tym: prowizja ... odsetki ... ubezpieczenie ... usługi dodatkowe ...), ... miesięcznych/tygodniowych rat malejących/równych/w wysokości po ... zł. Kalkulacja została dokonana na dzień ... na reprezentatywnym przykładzie”, zob. *ibidem*, s. 4.

³⁵ *Reprezentatywny* (hasło), sjp.pwn.pl/reprezentatywny [dostęp: 20.02.2022].

³⁶ Z. Ofiarski, *Ustawa o kredycie...*, *op. cit.*, s. 153.

³⁷ Prezes UOKiK, Decyzja nr RKR 4/2017, sygn. RKR-61-1/16/AGW-28/17, Warszawa 30.06.2017, s. 26.

byłoby możliwe, ale stałoby się mniej przejrzyste w odbiorze, co z kolei mogłoby wprowadzić konsumenta w błąd³⁸. W tym celu kredytodawca lub pośrednik kredytowy ma obowiązek gromadzenia odpowiednich danych, na podstawie których dokona ustalenia reprezentatywnego przykładu (art. 8 ust. 3 u.k.k.).

Naruszenia wymogu informacyjnego w reklamach kredytu konsumenckiego

Formy nieuczciwych praktyk związanych z reklamą zawarte w ustawie z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym³⁹ wskazują te elementy, które przyczyniają się do wprowadzania konsumentów w błąd. Normatywnie wprowadzanie konsumentów w błąd jest określone jako działanie podmiotów w zakresie rozpowszechniania nieprawdziwych informacji lub w zakresie rozpowszechniania prawdziwych informacji, lecz ujętych w taki sposób, który może realnie w błąd wprowadzać (art. 5 ust. 2 pkt 1–2 u.p.n.p.). Wprowadzenie w błąd może nastąpić również przez zaniechanie działania w wyniku pominięcia istotnych informacji przez przedsiębiorcę, które stanowią niezbędny element dla konsumenta do podjęcia decyzji w związku z umową i przez to powoduje lub może spowodować podjęcie decyzji dotyczącej umowy odmiennej od tej, której inaczej by nie podjął (art. 6 ust. 1 u.p.n.p.). Przepisy ustawy określają, kiedy praktyka przedsiębiorców wobec konsumentów staje się nieuczciwa⁴⁰. Ma to miejsce, gdy stoi w sprzeczności z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu w trakcie

³⁸ M. Lissowska, *Dyrektywa o kredycie konsumenckim – ekonomiczna analiza prawa*, [w:] *Potencjalne i rzeczywiste standardy ochrony prawnej konsumenta*, red. R. Stefanicki, Wrocław 2011, s. 85.

³⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2017 r., poz. 2070, dalej jako: u.p.n.p.

⁴⁰ Ustawa wskazuje, co jest praktyką rynkową. Może nią być działanie lub zaniechanie przedsiębiorcy, sposób postępowania, oświadczenie lub informacja handlowa, w szczególności reklama i marketing, bezpośrednio związane z promocją lub nabyciem produktu przez konsumenta. Pojęcie produktu ma znaczenie szerokie i obejmuje także usługi (art. 2 pkt 3 i 4 u.p.n.p.).

jej zawierania lub po jej zawarciu (art. 4 ust. 1 u.p.n.p.). Podkreśla się przy tym szczególne zachowania rynkowe, które w ewidentny sposób stanowią nieuczciwą praktykę rynkową i wymienia się je w pierwszej kolejności, tworząc katalog otwarty niewłaściwych działań rynkowych, na co wskazuje zastosowany zwrot „w szczególności”. Jest to przede wszystkim: praktyka rynkowa wprowadzająca w błąd, agresywna praktyka rynkowa, a także stosowanie sprzecznego z prawem kodeksu dobrych praktyk (art. 4 ust. 2).

Nadzór nad prawidłowym wypełnianiem obowiązku informacyjnego w reklamach kredytu konsumenckiego sprawuje Prezes UOKiK jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Jego działania pokazują, w jaki sposób w praktyce instytucje finansowe naruszają wprowadzony wymóg informacyjny w rozpowszechnianych reklamach. Przyjmując szersze ujęcie czasowe, pozwala to skonfrontować praktyki stosowane przez kredytodawców w okresie tuż po wprowadzeniu nowych obowiązków informacyjnych w reklamach kredytu konsumenckiego, które Prezes UOKiK uznał za nieuczciwe z obecnie występującymi praktykami.

Kontrolą przeprowadzoną w 2012 r. zostało objętych 17 reklam 16 podmiotów publikowanych w tym czasie w dziennikach krajowych, gazetce sieci handlowej oraz przez internet⁴¹. Wobec 10 reklam Prezes UOKiK miał zastrzeżenia. Wówczas naruszenia głównie dotyczyły zamieszczania niepełnych informacji o kosztach kredytu. Wobec 8 reklam 7 przedsiębiorców Prezes UOKiK wszczął postępowania w sprawie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów.

Większa kontrola przeprowadzona przez Prezesa UOKiK w 2013 r. objęła reklamy kredytów konsumenckich parabanków, tj. przedsiębiorców udzielających pożyczek pieniężnych, niebędących bankami, spółdzielczymi kasami oszczędnościowo-kredytowymi oraz podmiotami świadczącymi usługi pośrednictwa finansowego⁴².

⁴¹ UOKiK, *Raport z kontroli przedsiębiorców...*, *op. cit.* Kontrola dokonana w 2012 r. analizowała działania przedsiębiorców (wybranych przedstawicieli trzech rodzajów instytucji finansowych, w tym banków, SKOK-ów oraz tzw. parabanków) udzielających kredytów konsumenckich. Kontrola ta po części objęła także zagadnienie reklamy kredytu konsumenckiego. *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, s. 8.

Kontrola dotyczyła reklam prasowych (zasięg: ogólnopolski, regionalny, lokalny), mediów elektronicznych (internet, telewizja ogólnopolska i regionalna, telegazety) w okresie styczeń–luty 2013 r. W badaniu uwzględnione zostały treści reklam mogące stanowić praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów w rozumieniu art. 24 u.k.k. oraz ich zgodność z przepisami ustawy o kredycie konsumenckim i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Kontroli poddano 37 podmiotów. Prezes UOKiK zakwestionował 32 reklamy 23 podmiotów, w których wyszczególnił 41 różnych naruszeń. Największą grupę stanowiły reklamy, które czynnie wprowadzały konsumentów w błąd, naruszając przepisy z art. 5 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 u.p.n.p., przez stosowanie sformułowania „bez BIK” lub „bez weryfikacji BIK”, co mogło wprowadzać konsumenta w błąd oraz przez tworzenie przeświadczenia o możliwości uzyskania pożyczki bezwarunkowo, sugerując odstąpienie od oceny ryzyka kredytowego. Prezes UOKiK uznał to za nieuczciwą praktykę rynkową. Także zdanie sugerujące wyjątkowość danej oferty, np.: „najniższe koszty pożyczek w Polsce”, „najtańsi na rynku”, „bez zgody współmałżonka”, „ekspresowa wypłata”, „minimum formalności”, w opinii Prezesa UOKiK stanowiło nieuczciwą praktykę rynkową, gdyż brak było przy tym wiarygodnej analizy porównawczej, potwierdzającej wyjątkowość tej oferty hasłem⁴³. Taką reklamę Prezes UOKiK uznał za wprowadzającą w błąd przez rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji, gdyż pożyczkodawca nie potwierdził tak reklamowanej oferty w żaden sposób, a nieuzasadnioną informacją mógł zafałszować stan faktyczny i zniekształcić zachowanie konsumenta, co jest nieuczciwą praktyką rynkową. Za podobną praktykę uznał bierne wprowadzenie w błąd przez przedsiębiorcę naruszającego art. 6 ust. 1 i 3 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 1 i 2 u.p.n.p., który podając koszty pożyczki zbyt małą czcionką, uniemożliwił odczytanie obowiązkowej informacji. Do częstych naruszeń (aż w 9 reklamach) zaliczył również niewypełnianie obowiązków informacyjnych, w tym: brak odpowiednich danych dotyczących kosztów kredytów, niepełne dane, złe wyliczenia, a także odnotował działanie uznane jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 10 u.z.n.k. Najwięcej

⁴³ *Ibidem*, s. 22.

nieprawidłowych reklam Prezes UOKiK dostrzegł w internecie – 15, oraz w prasie – 11, pozostałe w formie ulotki – 6. Nie zostały wówczas zakwestionowane reklamy telewizyjne, radiowe i w telegazecie. W wyniku przeprowadzonej kontroli Prezes UOKiK podjął stosowne działania w stosunku do części firm pożyczkowych i wszczął 23 postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

W odrębnych, indywidualnych postępowaniach prowadzonych w latach 2016–2019⁴⁴ Prezes UOKiK wydał szereg decyzji w związku z nagminnym stosowaniem niewłaściwych praktyk przez instytucje finansowe w reklamach kredytu konsumenckiego. Niewłaściwe praktyki dotyczyły naruszenia obowiązku informacyjnego lub czynnego wprowadzania w błąd. Taki też podział został uwzględniony w tabeli (zob. tabela 1). W omawianym okresie spośród 20 wydanych decyzji 12 z nich dotyczyło firm pożyczkowych lub pośredników kredytowych, a 8 decyzji dotyczyło banków. Można zauważyć, że niektóre decyzje uwzględniały oba rodzaje naruszeń⁴⁵. Nierzadko było to efektem przeprowadzania przez instytucję finansową całej kampanii reklamowej, która obejmowała szereg zróżnicowanych działań reklamowych w szerszym okresie czasu.

Tabela 1. Naruszenie obowiązku informacyjnego i czynne wprowadzanie w błąd w reklamach kredytu konsumenckiego, decyzje Prezesa UOKiK wydane w latach 2016–2019

Lp.	Naruszenie obowiązku informacyjnego w kredycie konsumenckim instytucja / decyzja nr / data decyzji	Czynne wprowadzanie w błąd w reklamach kredytu konsumenckiego instytucja / decyzja nr/ data decyzji
1.	LewINVEST RPZ 1/2016 z 12.02.2016	Rapid Finanse Polska Sp. z o.o. RKR 2/2016 z 30.06.2016
2.	Provident Polska S.A. DDK 7/2016 z 9.03.2016	Alior Bank S.A. DDK 3/2016 z 3.09.2016

⁴⁴ Decyzje Prezesa UOKiK, decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf [dostęp: 20.02.2022].

⁴⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z: 9.03.2016 r., DDK 3/2016; 30.06.2016, RKR 2/2016; 3.09.2016, DDK 4/2016; 29.03.2016, DDK 6/2016; 26.08.2016, DDK 19/2016; 30.12.2016, RWA 9/2016; 29.09.2017, RWR 4/2017; 29.12.2017, RKR 11/2017.

Lp.	Naruszenie obowiązku informacyjnego w kredycie konsumenckim instytucja / decyzja nr / data decyzji	Czynne wprowadzanie w błąd w reklamach kredytu konsumenckiego instytucja / decyzja nr/ data decyzji
3.	Rapid Finanse Polska Sp. z o.o. RKR 2/2016 z 30.06.2016	Credit Agricole Bank Polska S.A. DDK 4/2016 z 9.09.2016
4.	Alior Bank S.A. DDK 3/2016 z 3.09.2016	Euro Bank S.A. DDK 6/2016 z 9.03.2016
5.	Credit Agricole Bank Polska S.A. DDK 4/2016 z 9.09.2016	Alior Bank S.A. RBG 7/2016 z 29.08.2016
6.	BGŻ BNP Paribas S.A. DDK 5/2016 z 9.03.2016	Bank Spółdzielczy Rzemiosła w Krakowie RKR 5/2016 z 21.10.2016
7.	Euro Bank S.A. DDK 6/2016 z 9.03.2016	Pośrednictwo Finansowe „Kredyty-Chwilówki” Sp. z o.o. DDK 19/2016 z 26.08.2016
8.	Pośrednictwo Finansowe „Kredyty-Chwilówki” Sp. z o.o. DDK 19/2016 z 26.08.2016	Kreditech Polska Sp. z o.o. RWA 9/2016 z 30.12.2016
9.	Krzysztof Kłysz (PHU) RPZ 9/2016 z 17.10.2016	Europejska Grupa Finansowa Council S.A. RWR 4/2017 z 29.09.2017
10.	Bank Spółdzielczy Rzemiosła w Krakowie RKR 5/2016 z 21.10.2016	Provident Polska S.A. DOIK 10/2017 z 28.12.2017
11.	Takto Finanse Sp. z o.o. RKR 9/2016 z 21.11.2016	Net Credit Sp. z o.o. RKR 11/2017 z 29.12.2017
12.	Kreditech Polska Sp. z o.o. RWA 9/2016 z 30.12.2016	Incredit Sp. z o.o. RKR 13/2017 z 29.12.2017
13.	For You Marcin Dąbrowski we Wręczy- cy Wielkiej RKT 3/2017 z 14.04.2017	BNP Paribas S.A. DOZIK 11/2019 z 30.12.2019
14.	Getin Noble Bank S.A. RKR 4/2017 z 30.06.2017	
15.	Europejska Grupa Finansowa Council S.A. RWR 4/2017 z 29.09.2017	
16.	Net Credit Sp. z o.o. RKR 11/2017 z 29 grudnia 2017	

Źródło: opracowanie własne na podstawie decyzji wydanych przez Prezesa UOKiK w latach 2016–2019; decyzje Prezesa UOKiK, decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf [dostęp: 20.02.2022].

W tabeli 2 przedstawiono konkretne przykłady działań stosowanych przez przedsiębiorców w reklamach kredytu konsumenckiego, które Prezes UOKiK uznał w wydanych przez siebie decyzjach jako naruszające obowiązek informacyjny lub mogące wprowadzać konsumenta w błąd i tym samym za niewłaściwe praktyki naruszające zbiorowe interesy konsumentów.

Tabela nr 2. Praktyki przedsiębiorców uznane przez Prezesa UOKiK jako naruszające obowiązek informacyjny lub mogące wprowadzać w błąd w reklamie kredytu konsumenckiego w decyzjach wydanych w latach 2016–2019

Lp.	Instytucja / decyzja nr / data wydania decyzji	Praktyka w reklamie kredytu konsumenckiego zakwestionowana przez Prezesa UOKiK
1.	BNP PARIBAS DOZIK-11/2019 z 30.12.2019	1) stosowanie hasła: „jeszcze tańszy kredyt gotówkowy” bez wskazania oferty, do której odnosiło się porównanie; uniemożliwienie zweryfikowanie jego prawdziwości; 2) stosowanie hasła: „najszybszy kredyt gotówkowy” bez wskazania oferty, do której odnosi się porównanie lub obiektywnego źródła, na podstawie którego hasło to zostało sformułowane; uniemożliwienie zweryfikowania jego prawdziwości; 3) stosowanie hasła: „pieniądze na koncie nawet w 20 minut”, „przelew nawet w 20 minut” oraz „do 20 000 zł na koncie nawet w 20 minut”, sugerujące krótki okres oczekiwania na wypłatę kredytu od chwili złożenia pełnego wniosku kredytowego przez konsumenta. W rzeczywistości okres ten był znacznie dłuższy; 4) stosowanie hasła „oprocentowanie już od 5,9%” i „prowizja już od 2,99%”, nie wskazując przy tym w sposób tak samo widoczny wymagań, od jakich zależy uzyskanie kredytu na reklamowanych warunkach;
2.	Net Credit Sp. z o.o. RKR-11/2017 z 29.12.2017	1) przedstawianie w reklamach kredytu konsumenckiego oferowanego nowym klientom jako darmowy, podczas gdy w umowach zastrzegany jest obowiązek zapłaty na rzecz kredytodawcy wynagrodzenia w formie prowizji, a zwolnienie z tego obowiązku uzależnione jest od spłaty kredytu w terminie; 2) sugerowanie możliwości otrzymania pożyczanej kwoty w ciągu 15 minut od momentu wysłania wniosku o kredyt, podczas gdy nie było to możliwe w przypadku kredytobiorców posiadających rachunek w innym banku niż kredytodawca;

Lp.	Instytucja / decyzja nr / data wydania decyzji	Praktyka w reklamie kredytu konsumenckiego zakwestionowana przez Prezesa UOKiK
		3) podawanie nieprawdziwej informacji o wysokości rzeczywistej rocznej stopy oprocentowania; 4) naruszanie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji dotyczącej stopy oprocentowania kredytu konsumenckiego oraz opłat uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu w reklamach zawierających dane dotyczące kosztu kredytu; 5) niepodawanie przez przedsiębiorcę w charakterze pośrednika kredytowego: a) informacji o zakresie umocowania pośrednika kredytowego do dokonywania czynności faktycznych lub prawnych, b) informacji, czy pośrednik kredytowy współpracuje z kredytodawcami c) informacji o nazwie kredytodawcy, z którym pośrednik współpracuje;
3.	Europejska Grupa Finansowa Council S.A. RWR 4/2017 z 29.09.2017	1) niewskazanie w ulotkach reklamowych zawierających dane dotyczące kosztu kredytu informacji o: stopie oprocentowania kredytu i opłatach uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu, całkowitej kwocie kredytu, rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania, czasie obowiązywania umowy, całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta oraz wysokości rat na podstawie reprezentatywnego przykładu; 2) niewskazanie informacji o zakresie umocowania do dokonywania czynności faktycznych lub prawnych, współpracy z kredytodawcami oraz o nazwach kredytodawców, z którymi współpracuje; 3) zamieszczanie nieprawdziwych informacji dotyczących oferowanych usług o treści: „Potrzebujesz gotówki? – dostaniesz! Jesteś w BIK? – dostaniesz! Masz komornika? – dostaniesz!”, „Gotówka na dowolny cel dla każdego!”, „także z komornikiem”, „niezależnie od BIK”, „Bank Ci odmówił? U nas dostaniesz kredyt”, „Oddłużenia także z komornikiem”, „Bank Ci odmówił? Przyjdź do nas!”, „gotówka na dowolny cel”, „także z małym dochodem”, „Potrzebujesz gotówki? – dostaniesz! Jesteś w BIK? – dostaniesz! Masz komornika? – dostaniesz!”, „Kredyt na dowolny cel, niezależnie od BIK!, W 15 minut szybka decyzja!”, „Bank Ci odmówił? U nas dostaniesz kredyt na dowolny cel!”, „Pogotowie kredytowe! Zadzwoń, przyjedziemy do Ciebie!”, „Darmowa analiza zdolności kredytowej! Bez BIK”, „Nie masz zdolności kredytowej? Bank Ci odmówił? Przyjdź do nas! Bez względu na wiek, także z komornikiem”, „ale raty łatwo spłacisz! Z tą częścią przyjdź do nas! rezerwacja umowy

Lp.	Instytucja / decyzja nr / data wydania decyzji	Praktyka w reklamie kredytu konsumenckiego zakwestionowana przez Prezesa UOKiK
		kredytowej”, „U nas dostaniesz Kredyt, przyspieszona procedura, wysoka przyznawalność, bez ograniczeń wieku, niezależnie od BIK, na dowolny cel”, „Bank odmówił Ci kredytu? Zmniejszamy raty!”, „Bank Ci odmówił? Weź Kredyt i odbieraj korzyści! bez względu na wiek także z komornikiem decyzja w 15 min”, „Bank Ci odmówił? Weź kredyt dla każdego także z komornikiem bez poręczycieli w 15 min. Szybka decyzja bez BIK”;
4.	FOR YOU Marcin Dąbrowski we Wręczy Wielkiej RKT-3/2017 z 14.04.2017	1) naruszenie obowiązku udzielania konsumentom rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji przez: a) zaniechanie informowania o zakresie swojego umocowania jako pośrednika kredytowego do dokonywania czynności faktycznych i prawnych oraz czy współpracuje z kredytodawcami; 2) zaniechanie informowania o nazwach kredytodawców, z którymi przedsiębiorca współpracuje;
5.	Pośrednictwo Finansowe „Kredyty-Chwilówki” Sp. z o.o. DDK 19/2016 z 26.08.2016	1) niedostarczenie informacji o: (a) zakresie umocowania do dokonywania czynności faktycznych lub prawnych i (b) podmiotach (kredytodawcach), z którymi przedsiębiorca współpracuje;
6.	Kreditech Polska Sp. z o.o. RWA-9/2016 z 30.12.2016	1) naruszenie obowiązku podania w reklamach, w których prezentowane są koszty kredytu konsumenckiego, w sposób jednoznaczny, zrozumiały i widoczny informacji o: a) stopie oprocentowania kredytu konsumenckiego wraz z wyodrębnieniem opłat uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu, b) całkowitej kwocie kredytu, c) rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania, d) czasie obowiązywania umowy, e) całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta;
7.	Takto Finanse Sp. z o.o. RKR 9/2016 z 21.11.2016	1) niepodawanie w reklamach kredytu konsumenckiego zamieszczanych na stronie internetowej spółki w domenie www.taktofinanse.pl (tzw. kalkulator kredytowy), zawierających dane dotyczące kosztu tego kredytu, w sposób jednoznaczny, zrozumiały i widoczny, na podstawie reprezentatywnego przykładu informacji dot.: a) stopy oprocentowania kredytu wraz z wyodrębnieniem opłat uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu, b) całkowitej kwoty kredytu, c) czasu obowiązywania umowy, d) całkowitej kwoty do zapłaty oraz wysokości rat;

Lp.	Instytucja / decyzja nr / data wydania decyzji	Praktyka w reklamie kredytu konsumenckiego zakwestionowana przez Prezesa UOKiK
8.	Bank Spółdzielczy Rzemiosła w Krakowie RKR 5/2016 z 21.10.2016	1. prezentowanie w spotach reklamowych emitowanych: 1) na monitorach znajdujących się w tramwajach MPK S.A. z siedzibą w Krakowie w ramach telewizji M oraz 2) na monitorach znajdujących się w placówkach Banku, dotyczących kredytu konsumenckiego, zawierających dane dotyczące kosztu kredytu, informacji o: a) stopie oprocentowania kredytu wraz z wyodrębnieniem opłat uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu, b) całkowitej kwocie kredytu, c) rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania, d) czasie obowiązywania umowy, e) całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta, w sposób uniemożliwiający ich odczytanie z uwagi na wielkość czcionki oraz krótki czas ich prezentacji,
9.	Krzysztof Kłysz (PHU) RPZ 9/2016 z 17.10.2016	1) brak informacji w reklamach kredytu konsumenckiego zawierających dane dotyczące kosztu kredytu konsumenckiego o: stopie oprocentowania kredytu i opłatach uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu, całkowitej kwocie kredytu, rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania, czasie obowiązywania umowy oraz całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta i wysokości rat na podstawie reprezentatywnego przykładu; 2) brak informacji w reklamach kredytu konsumenckiego czy ww. przedsiębiorca jako pośrednik kredytowy współpracuje z kredytodawcami;
10.	Alior Bank S.A. RBG-7/2016 z 29.08.2016	1) prezentowanie oferty, zgodnie z którą gwarantuje ona najniższą ratę kredytu konsumenckiego przez cały okres spłaty, bez jednoczesnego informowania w ww. reklamach, że rata kredytu konsumenckiego oferowanego może być najniższa po spełnieniu wyczerpujących warunków;
11.	Provident Polska S.A. DDK 7/2016 z 9.03.2016	1) prezentowanie w telewizyjnych reklamach kredytu konsumenckiego, zawierających dane dotyczące kosztów kredytu konsumenckiego, informacji o: a) stopie oprocentowania kredytu wraz z wyodrębnieniem opłat uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu, b) całkowitej kwocie kredytu; c) rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania, d) czasie obowiązywania umowy, d) całkowitej kwocie do zapłaty oraz wysokość rat w sposób uniemożliwiający ich odczytanie z uwagi na wielkość czcionki oraz krótki czas ich prezentacji;

Lp.	Instytucja / decyzja nr / data wydania decyzji	Praktyka w reklamie kredytu konsumenckiego zakwestionowana przez Prezesa UOKiK
12.	Bank BGŻ BNP Paribas DDK 5/2016 z 9.03.2016	1) prezentowanie w telewizyjnych spotach reklamowych kredytu konsumenckiego, zawierających dane dotyczące kosztu kredytu, informacji o: a) stopie oprocentowania kredytu wraz z wyodrębnieniem opłat uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu, b) całkowitej kwocie kredytu, c) rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania, d) czasie obowiązywania umowy, e) całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta, w sposób uniemożliwiający ich odczytanie z uwagi na wielkość czcionki oraz krótki czas ich prezentacji;
13.	Euro Bank S.A. DDK 6/2016 z 9.03.2016	1) prezentowanie w telewizyjnych reklamach dotyczących kredytu konsumenckiego zawierających dane dotyczące kosztu kredytu, informacji o: a) stopie oprocentowania kredytu wraz z wyodrębnieniem opłat uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu, b) całkowitej kwocie kredytu, c) rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania, d) czasie obowiązywania umowy, e) całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta oraz wysokości rat w sposób uniemożliwiający ich odczytanie z uwagi na wielkość czcionki oraz krótki czas ich prezentacji;
14.	Credit Agricole S.A. DDK 4/2016 z 3.09.2016	1) prezentowanie w reklamach telewizyjnych kredytu konsumenckiego, zawierających dane kosztu kredytu, informacji o: a) stopie oprocentowania kredytu wraz z opłatami uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu, b) całkowitej kwocie kredytu, c) rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania, d) czasie obowiązywania umowy, e) całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta oraz wysokości rat w sposób uniemożliwiający ich odczytanie z uwagi na wielkość czcionki oraz krótki czas ich prezentacji;
15.	Alior Bank S.A. DDK 3/2016 z 3.09.2016	1) prezentowanie w telewizyjnych reklamach dotyczących kredytu konsumenckiego, zawierających dane dotyczące kosztu kredytu, informacji o: a) stopie oprocentowania kredytu wraz z wyodrębnieniem opłat uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu, b) całkowitej kwocie kredytu, c) rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania, d) czasie obowiązywania umowy, e) całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta oraz wysokości rat w sposób uniemożliwiający ich odczytanie z uwagi na wielkość czcionki oraz krótki czas ich prezentacji; 2) pominięcie w telewizyjnych reklamach dotyczących kredytu konsumenckiego informacji o całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta;

Lp.	Instytucja / decyzja nr / data wydania decyzji	Praktyka w reklamie kredytu konsumenckiego zakwestionowana przez Prezesa UOKiK
16.	Rapid Finanse Polska Sp. z o.o. RKR 2/2016 z 30.06.2016	<ol style="list-style-type: none"> 1) prezentowanie w reklamie telewizyjnej kredytu konsumenckiego, zawierającej dane dotyczące kosztu kredytu, na podstawie reprezentatywnego przykładu, informacji w sposób uniemożliwiający ich odczytanie przez zastosowanie nieczytelnej formy graficznej oraz krótki czas ich prezentacji; 2) prezentowanie w reklamach telewizyjnych kredytu konsumenckiego, zawierających dane dotyczące kosztu kredytu, na podstawie reprezentatywnego przykładu, informacji w sposób uniemożliwiający ich odczytanie z uwagi na zastosowanie nieczytelnej formy graficznej; 3) prezentowanie w reklamach dotyczących kredytu konsumenckiego – upowszechnianych pod hasłami: „Przygotuj kieszeń na wiosnę! Pierwsza pożyczka do 1000 zł za darmo” oraz „Przygotuj kieszeń na wakacje! Pierwsza pożyczka do 1000 zł za darmo” – zawierających dane dotyczące kosztu kredytu, na podstawie reprezentatywnego przykładu, informacji w sposób uniemożliwiający ich odczytanie z uwagi na wielkość czcionki; 4) niepodawanie w reklamach kredytu konsumenckiego zawierających dane dotyczące kosztu tego kredytu w sposób jednoznaczny, zrozumiały i widoczny, na podstawie reprezentatywnego przykładu informacji o: a) stopie oprocentowania kredytu wraz z wyodrębnieniem opłat uwzględnianych w całkowitym koszcie kredytu, b) całkowitej kwocie kredytu, c) rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania, d) czasie obowiązywania umowy, e) całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta;
17.	LewiNVEST RPZ 1/2016 z 12.02.2016	<ol style="list-style-type: none"> 1) niewskazywanie w reklamach rozpowszechnianych w internecie, zawierających dane dotyczące kosztu pożyczki, informacji o: stopie oprocentowania pożyczki i opłatach uwzględnianych w całkowitym koszcie pożyczki, całkowitej kwocie pożyczki, rzeczywistej rocznej stopie oprocentowania, czasie obowiązywania umowy oraz całkowitej kwocie do zapłaty przez konsumenta na podstawie reprezentatywnego przykładu.

Źródło: opracowanie własne na podstawie decyzji wydanych przez Prezesa UOKiK w latach 2016–2019; decyzje Prezesa UOKiK, *op. cit.*

Naruszenia związane z wypełnieniem obowiązku informacyjnego wymaganego w ustawie o kredycie konsumenckim⁴⁶ najczęściej dotyczyły:

- 1) przedstawienia rzetelnej, prawdziwej i pełnej informacji o kosztach kredytu – co było sprzeczne z art. 7 ust. 1 i 2 u.k.k. oraz naruszało zbiorowe interesy konsumentów, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 u.k.k.;
- 2) braku zamieszczenia informacji o kosztach kredytu konsumenckiego na podstawie reprezentatywnego przykładu – co naruszało art. 27 ust. 1 u.k.k. oraz zbiorowe interesy konsumentów, określone w art. 24 ust. 1 i 2 u.k.k. oraz art. 7 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 oraz ust. 2 pkt 1 i 2 w zw. z art. 8 ust. 1 u.k.k.;
- 3) zamieszczania obowiązkowej informacji w sposób nieczytelny przez zastosowanie zbyt małej czcionki i zbyt krótki czas wyświetlania informacji (reklamy telewizyjne) – co naruszało art. 7 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 i 2 u.k.k. oraz godziło w zbiorowe interesy konsumentów.

W zakresie wypełniania obowiązku informacyjnego przez pośredników kredytowych naruszenia wskazane przez Prezesa UOKiK dotyczyły:

- 1) braku zamieszczenia informacji o zakresie umocowania pośrednika kredytowego do dokonywania czynności faktycznych lub prawnych – co było niezgodne z art. 7 ust. 4 u.k.k. i naruszało art. 26 ust. 1 u.k.k. oraz zbiorowe interesy konsumentów;
- 2) braku zamieszczenia informacji, czy pośrednik kredytowy współpracuje z kredytodawcami – co naruszało art. 7 ust. 4 pkt 2 u.k.k., a także art. 27 ust. 1 i 2 u.k.k. oraz zbiorowe interesy konsumentów, określone w art. 24 ust. 1 i 2 u.k.k.;
- 3) braku zamieszczenia informacji o nazwie kredytodawcy, z którym pośrednik współpracuje – co było niezgodne z art. 7 ust. 5 u.k.k., a przez to stanowiło naruszenie art. 24 ust. 1 i 2 pkt 2 u.k.k.

Przypadki naruszeń, które stanowiły działania czynnego wprowadzania w błąd, przez zamieszczenie w materiałach reklamowych kredytu konsumenckiego takich informacji, które mogły wprowadzać konsumenta w błąd lub przez zamieszczenie nieprawdziwych

⁴⁶ Tekst z: Dz.U. z 2014 r., poz. 1497 ze zm.

informacji, które Prezes UOKiK uznał za naruszające zbiorowe interesy konsumentów i nieuczciwą praktykę rynkową, to:

- 1) stosowanie hasła reklamowego bez wskazania oferty, do której odnosiło się porównanie, np.: „jeszcze tańszy kredyt gotówkowy”, „najszybszy kredyt gotówkowy” itp. – co naruszało art. 4 ust. 1 u.p.n.p.⁴⁷ oraz godziło w zbiorowe interesy konsumentów, a w konsekwencji naruszało art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.k.k.;
- 2) stosowanie hasła reklamowego sugerującego krótki okres oczekiwania na wypłatę kredytu, podczas gdy okres ten był faktycznie dłuższy, np.: „przelew nawet w 20 minut”, „kredyt nawet w 15 minut” – co naruszało art. 5 ust. 1 w zw. z 4 ust. 2 u.p.n.p. oraz godziło w zbiorowe interesy konsumentów, a w konsekwencji naruszało art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.k.k.;
- 3) stosowanie hasła reklamowego, nie wskazując w sposób tak samo widoczny warunków, od jakich zależy uzyskanie kredytu na reklamowanych warunkach – co naruszało art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 4 ust. 2 u.p.n.p. oraz godziło w zbiorowe interesy konsumentów, a w konsekwencji naruszało art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.k.k.;
- 4) przedstawianie oferty kredytowej jako darmowej, podczas gdy pobierana była prowizja, a jej zwrot uzależniony był od terminowej spłaty kredytu – co naruszało zbiorowe interesy konsumentów według art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.k.k. oraz stanowiło nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 4 ust. 2 i art. 5 ust. 3 pkt 2 u.p.n.p.;
- 5) podawanie nieprawdziwej informacji o kosztach kredytu konsumenckiego – co naruszało zbiorowe interesy konsumentów określone w art. 24 ust. 1 i 2 pkt 3 u.k.k. oraz stanowiło nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 4 ust. 2 i art. 5 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 u.p.n.p.;
- 6) zamieszczanie nieprawdziwych informacji o oferowanych usługach, np.: „Potrzebujesz gotówki? – dostaniesz! Jesteś w BIK? – dostaniesz! Masz komornika? – dostaniesz!”, „Gotówka na dowolny cel dla każdego!”, „także z komornikiem”, „niezależnie od BIK” itp. – co stanowiło nieuczciwą praktykę rynkową, o której mowa w art. 5 ust. 1 i 2 pkt 1 w zw. z art. 4 ust. 2 u.p.n.p.

⁴⁷ Tekst z: Dz.U. z 2017 r., poz. 2070.

Podsumowanie

Rynek finansowy jest swoistym barometrem jakości przepisów go regulujących i szybko je weryfikuje. Wyraźne sygnały płynące z tego rynku powinny być więc wskazówką dla ustawodawcy, które z wdrożonych przepisów nie spełniają odpowiednio swojej roli i należałoby je zmienić.

Przytoczone w artykule przykłady działań Prezesa UOKiK pod kątem wypełniania obowiązku informacyjnego w reklamach kredytu konsumenckiego pokazały, że w praktyce od lat dochodzi do naruszeń o podobnym charakterze. Wykazane nieprawidłowości dotyczyły wszystkich istotnych obszarów przekazywanej przez kredytodawców informacji, w tym: dostarczania nieprawdziwej informacji na temat kosztów kredytu, zamieszczania niepełnej informacji o kosztach kredytu lub podawania informacji zbyt małą czcionką, co czyniło ją nieczytelną dla odbiorcy a także zamieszczania informacji w taki sposób, że mogła wprowadzać konsumenta w błąd. W przypadku pośredników kredytowych zarzuty Prezesa UOKiK wobec tej grupy przedsiębiorców dotyczyły głównie naruszeń związanych z brakiem informacji na temat umocowania do dokonywania czynności faktycznych i prawnych oraz o współpracy z kredytodawcami. Niestety tego rodzaju praktyki trudno całkowicie wyeliminować z rynku. Winę za to ponoszą oczywiście same instytucje finansowe, które nie dopełniają staranności w wypełnianym obowiązku, a tak przyjętą postawę można rozważać również w sferze etycznej każdego podmiotu.

Trudno jednak jednoznacznie stwierdzić, że obowiązujące przepisy zawarte w ustawie o kredycie konsumenckim precyzyjnie określają te warunki. Jest to niewątpliwie czynnik, który może powodować problemy w prawidłowym ich przestrzeganiu lub być sposobnością dla instytucji finansowych do ich naruszania przez zbyt swobodną ich interpretację. Brak doprecyzowania w ustawie stosowanych pojęć, kluczowych przy wymogach informacyjnych, brak określenia wielkości czcionki reprezentatywnego przykładu są elementami, których dopracowanie mogłoby wyeliminować przynajmniej część tych naruszeń. W ścisłym związku pozostaje również przepis odnoszący się bezpośrednio do sposobu zamieszczania

informacji, który ma być jednoznaczny, zrozumiały i widoczny. W zamyśle ustawodawcy oznacza on po prostu, że nie budzi wątpliwości przy odbiorze, tymczasem w praktyce reklam nieczytelność obowiązkowej informacji występuje nader często.

Kwestią do rozważenia może być tu także ilość obowiązkowej informacji wymaganej w reklamie kredytu konsumenckiego. Nadmiar informacji na tym etapie nie sprzyja jej przejrzystości, co ostatecznie jest niekorzystne dla samego konsumenta. Reklama jako pierwsze źródło informacji o ofercie kredytowej powinna być bardzo czytelna i prosta w odbiorze. Informacje w niej zawarte powinny ograniczać się do niezbędnego minimum, wręcz skrótowego zapisu pozwalającego na bezproblemowe odczytanie i porównanie podstawowych warunków różnych ofert. Rozszerzanie zakresu dostarczanej informacji powinno następować stopniowo na poszczególnych, kolejnych etapach sprzedaży kredytu konsumenckiego.

Finalnie można dojść do wniosku, że postawa, jaką prezentują same instytucje finansowe, wymusza zwiększone działania nadzorcze, tak by w przypadku naruszeń jak najszybciej eliminować nieprawidłowości z rynku. Z drugiej strony liczne przypadki niewłaściwego wykonywania obowiązku informacyjnego w reklamach kredytu konsumenckiego powinny wymóc na ustawodawcy konkretne działania w kierunku polepszenia jakości informacji przekazywanej konsumentom.

Bibliografia

Akty prawne

Polska

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1360).

Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1722).

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1233).

Ustawa z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (tekst z: Dz.U. z 2017 r., poz. 2070).

Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim (tekst z: Dz.U. z 2014 r., poz. 1497 ze zm., tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 246).

Unia Europejska

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/114/WE z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej (Dz.Urz. UE L 376/21 z 27.12.2006).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/48/WE z dnia 23 kwietnia 2008 r. w sprawie umów o kredyt konsumenckich (Dz.Urz. UE L 133/66 z 22.05.2008).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/17/UE z dnia 4 lutego 2014 r. w sprawie konsumenckich umów o kredyt związanych z nieruchomościami mieszkalnymi i zmieniająca dyrektywy 2008/48/WE i 2013/36/UE oraz rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 (Dz.Urz. UE L 60/34 z 28.2.2014).

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

- Decyzja Prezesa UOKiK z 12.02.2016 r., RPZ 1/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 9.03.2016 r., DDK 3/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 9.03.2016 r., DDK 7/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 29.03.2016 r., DDK 5/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 29.03.2016 r., DDK 6/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 30.06.2016 r., RKR 2/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 26.08.2016 r., DDK 19/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 29.08.2016 r., RBG 7/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 3.09.2016 r., DDK 4/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 17.10.2016 r., RPZ 9/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 21.10.2016 r., RKR 5/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 21.11.2016 r., RKR 9/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2016 r., RWA 9/2016.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 14.04.2017 r., RKT 3/2017.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 30.06.2017 r., RKR 4/2017.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 29.09.2017 r., RWR 4/2017.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 28.12.2017 r., DOIK 10/2017.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2017 r., RKR 11/2017.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 29.12.2017 r., RKR 13/2017.
- Decyzja Prezesa UOKiK z 30.12.2019 r., DOZIK 11/2019.
- Decyzje Prezesa UOKiK, decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf [dostęp: 20.02.2022].

Literatura

- Chruściak M., Kłoda M., Kopeć A., Kott G., Ostrowski T., Szakun M., *Ustawa o kredycie konsumenckim. Rekomendacje interpretacyjne podstawowych regulacji. Komentarz*, Warszawa 2012.

- Czech T., *Kredyt konsumencki. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Grzybczyk K., *Prawo reklamy*, Warszawa 2008.
- Lewaszkiwicz-Petrykowska B., *Prawo konsumenta do informacji*, [w:] *Model prawnej ochrony konsumenta*, red. G. Rokicka, Warszawa 1996, s. 85–105.
- Lewaszkiwicz-Petrykowska B., *Uwagi o zawodowym obowiązku udzielania informacji*, „*Studia Iuridica*” 1994, t. 21, s. 47–54.
- Lissowska M., *Dyrektywa o kredycie konsumenckim – ekonomiczna analiza prawa*, [w:] *Potencjalne i rzeczywiste standardy ochrony prawnej konsumenta*, red. R. Stefanicki, Wrocław 2011, s. 77–92.
- Mikłaszewicz P., *Obowiązki informacyjne w umowach z udziałem konsumentów na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008.
- Nowacki R., Strużycki M., *Reklama w przedsiębiorstwie*, Warszawa 2002.
- Nowińska E., du Vall M., *Reklama a informacja w komunikacji rynkowej*, „*Zeszyty Naukowe UJ*” 2001, z. 77, s. 63–77.
- Ofiarski Z., *Ustawa o kredycie konsumenckim, Komentarz*, Warszawa 2014.
- Reprezentatywny* (hasło), sjp.pwn.pl/reprezentatywny [dostęp: 20.02.2022].
- Skubisz R., [w:] *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006.
- Skubisz R., *Wprowadzenie*, [w:] *Prawo reklamy. Zbiór przepisów. Orzecznictwo. Literatura*, red. idem, R. Sagan, Lublin 1998, s. 15–32.
- Sowińska-Kobelak D., Gryber M., *Przewodnik po kredycie konsumenckim*, Warszawa 2018.
- Stefanicki R., *Prawo reklamy w świetle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na tle porównawczym*, Poznań 2003.
- Stosowny* (hasło), sjp.pl/stosowny [dostęp: 20.02.2022].
- Ustawa o kredycie konsumenckim. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2004.
- Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, red. J. Szwaja, Warszawa 2006.

Raporty i inne

- Biuro Informacji Kredytowej, *Analityz rynkowe*, media.bik.pl/analizy-rynkowe [dostęp: 1.05.2022].
- Kodeks „Dobre praktyki w zakresie standardów reklamowania kredytu konsumenckiego”, Warszawa 2016.
- Komisja Europejska, *Zielona księga w sprawie detalicznych usług finansowych*, Bruksela 30.04.2007, KOM(2007) 226.
- Komisja Europejska, *Zielona księga w sprawie detalicznych usług finansowych – Lepsze produkty, szerszy wybór i większe możliwości dla konsumentów i przedsiębiorstw*, Bruksela 10.12.2015, COM(2015) 630 final.

- Sobolewski P., *Opinia prawna w sprawie rządowego projektu ustawy o kredycie konsumenckim*, druk sejmowy nr 3596, Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa 2010,
- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Raport z kontroli przedsiębiorców udzielających kredytów konsumenckich w 2012*, Warszawa 2012, uokik.gov.pl/download.php?plik=12543.
- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Reklama parabanków. Raport z kontroli reklam pozabankowych instytucji finansowych oferujących pożyczki konsumentom*, Poznań 2013, uokik.gov.pl/download.php?plik=13278.

Streszczenie

Naruszenie obowiązku informacyjnego w reklamach kredytu konsumenckiego

W artykule poruszono problematykę niewłaściwego wypełniania obowiązku informacyjnego w reklamach kredytu konsumenckiego. Ustawa z dnia 12 maja 2011 r. o kredycie konsumenckim narzuca kredytodawcom i pośrednikom kredytowym konieczność zamieszczenia konkretnych informacji o ofercie kredytu konsumenckiego już na etapie jego reklamy. Nieprzestrzeganie tych zasad osłabia przejrzystość przekazu, uniemożliwia konsumentom poprawne odczytanie reklamowanej oferty i narusza obowiązujące prawo. W taki sposób zakłóca również prawidłowe funkcjonowanie rynku finansowego. Celem artykułu jest analiza najczęściej występujących nieprawidłowości w zakresie wymogów informacyjnych stosowanych w reklamach kredytu konsumenckiego na podstawie wydanych decyzji oraz raportów pokontrolnych sporządzonych przez Prezesa UOKiK, w których uznał zastosowane praktyki za niewłaściwe oraz naruszające zbiorowe interesy konsumentów.

Słowa kluczowe: reklama, obowiązkowa informacja, kredyt konsumencki, niewłaściwe praktyki, Prezes UOKiK

Abstract

Violation of the information obligation in consumer credit advertisements

The purpose of the article is to analyze the most common violations of information requirements in consumer credit advertisements and to identify the reasons for repeated actions. The analysis draws on the

previous actions and case law of the President of the OCCP, as well as the post-inspection reports prepared by him on combating irregularities appearing in consumer credit advertisements, in which he found the practices used to be inappropriate and in violation of the collective interests of consumers.

Key words: advertising, mandatory information, consumer credit, unfair commercial practices, President of the OCCP

Sabina Dudek

mgr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

orcid.org/0009-0004-1410-2718

dudeksabina@o2.pl

Postępowanie o powierzenie grantów w świetle ustawy wdrożeniowej – wybrane zagadnienia

Wstęp

Fundusze unijne w Polsce dystrybuowane są w ramach programów operacyjnych, a jednym z trybów udzielania tego rodzaju wsparcia jest przekazywanie grantów. Analiza przepisów dotyczących realizacji projektów grantowych oraz przepisów procedury odwoławczej w naborze wniosków na powierzenie grantów jest celem niniejszego artykułu, w którym przedstawiono rodzaje projektów oraz porównano tryby wyboru projektów do dofinansowania z trybem wyboru grantodawców i grantobiorców. W aspekcie doktrynalnym i jurystycznym omówiono natomiast kwestie związane z możliwością składania protestów przez grantobiorców oraz wątpliwości dotyczące właściwości sądów. W świetle przeprowadzonej analizy istotne wydaje się ustalenie, czy ograniczenia środków odwoławczych w postępowaniu na powierzenie grantów są zgodne z regułami krajowego porządku konstytucyjnego oraz z zasadami ogólnymi postępowania administracyjnego. Ważne jest również, czy ograniczenie środków odwoławczych nie wpływa negatywnie na system dystrybucji środków unijnych w Polsce, a szczególnie na nierówne traktowanie wnioskodawców.

W ostatnich latach instytucje finansujące zaczęły chętniej sięgać po projekty grantowe jako narzędzia dystrybuowania środków Unii Europejskiej. Jednocześnie wysokość przyznawanych środków jest na tyle znacząca (ustawa wdrożeniowa 2021–2027 określiła maks. wysokość grantów na 200 tys. euro), że może wpływać na zmianę sytuacji podmiotów pod względem konkurencyjności i powodować ich ekonomiczne uprzywilejowanie w stosunku do podmiotów działających na tych samych warunkach rynkowych – szczególnie w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw. W związku z tym istotne jest, aby szanse na uzyskanie tego typu wsparcia były równe, a warunki przejrzyste.

Niniejsza analiza dotyczy zarówno przepisów ustawy z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020¹ (która określała krajowe ramy prawne poprzedniej perspektywy finansowej, w ramach której nadal rozlicza się koszty kwalifikowane dofinansowanych projektów), jak i ustawy z dnia 28 kwietnia 2022 r. o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027² (dotycząca środków, których dystrybucja w ramach bieżącej perspektywy dopiero się rozpoczyna). Nabory wniosków o dofinansowanie w programach w zakresie polityki spójności w perspektywie finansowej 2021–2027 (regulowane przez nową ustawę wdrożeniową) uruchomiono dopiero w lutym 2023 r., z kolei wcześniejsze granty były powierzane i są rozliczane na podstawie poprzedniej ustawy. Ze względu na okres przejściowy między starą a nową perspektywą finansową w analizie należy się oprzeć na znacznie szerszym materiale porównawczym (regulaminach naborów czy wyrokach sądów administracyjnych) w stosunku do wcześniejszych naborów o powierzenie grantów.

Należy przy tym wspomnieć, że w nowej ustawie wdrożeniowej przepisy dotyczące programów grantowych zmieniły się tylko w niewielkim stopniu w stosunku do poprzedniej perspektywy finansowej. Przede wszystkim w nowej ustawie doprecyzowano, że

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r., poz. 818 ze zm., dalej jako: ustawa wdrożeniowa 2014–2020 lub stara ustawa wdrożeniowa.

² Dz.U. z 2022 r., poz. 1079, dalej jako: ustawa wdrożeniowa 2021–2027 lub nowa ustawa wdrożeniowa.

wartość udzielonego grantu nie może przekroczyć równowartości 200 tys. euro oraz w przypadku projektów grantowych realizowanych w partnerstwie beneficjent może powierzyć partnerom realizację tylko części zadań związanych z wyborem grantobiorców, a nie realizację całego naboru³.

Rodzaje projektów definiowanych w ustawie wdrożeniowej

Jednym z głównych celów ustaw wdrożeniowych jest określenie ram prawnych rozdzielania środków UE pomiędzy uprawnionych beneficjentów⁴, do których należy zaliczyć beneficjentów końcowych⁵ oraz beneficjentów pomocy⁶. Oprócz środków z pomocy technicznej środki fundusze rozdysponowywane są co do zasady na współfinansowanie projektów, przy czym obie ustawy definiuje projekt jako usystematyzowane przedsięwzięcie określone ramami czasowymi, posiadające jasno sprecyzowany cel i wskaźniki pomagające monitorować osiągnięcie tego celu. Ustawy wdrożeniowe w rozdziale „Projekty”, obok podstawowego rodzaju projektu realizowanego samodzielnie przez beneficjenta, wskazują jeszcze na inne projekty mogące otrzymać wsparcie w ramach programów operacyjnych. Są to między innymi projekty partnerskie realizowane

³ K. Wernicka, *Art. 41 Projekty grantowe*, [w:] *Ustawa o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027. Komentarz*, red. M. Perkowski, R. Poźdźik, Warszawa 2023, s. 349–361.

⁴ W aspekcie programów pomocy państwa „beneficjent” to podmiot, który otrzymuje pomoc, jednak za beneficjenta uważa się również podmioty bez względu na ich formę odpowiedzialne za inicjowanie lub inicjowanie i wdrażanie operacji; w kontekście programów pomocowych definicja za: *beneficjent* (hasło), rpo.slaskie.pl/Slownik [dostęp: 15.01.2023].

⁵ W aspekcie programów pomocy państwa „beneficjent końcowy” rozumiany jest jako ostateczny odbiorca wsparcia, jednak w przypadku programów pomocy beneficjentami końcowymi są również instytucje, które przyznają pomoc; definicja za: *beneficjent ostateczny* (hasło), rpo.slaskie.pl/Slownik [dostęp: 15.01.2023].

⁶ W aspekcie programów pomocy państwa „beneficjent pomocy” to podmiot, który otrzymał pomoc publiczną; definicja za: *beneficjent pomocy* (hasło), rpo.slaskie.pl/Slownik [dostęp: 15.01.2023].

w konsorcjum różnych podmiotów⁷ wnoszących do niego zasoby ludzkie, organizacyjne, techniczne lub finansowe, następnie projekty hybrydowe polegające na wspólnej realizacji działań w partnerstwie publiczno-prywatnym, w zakresie prac budowlanych danej infrastruktury lub wyposażenia składnika majątkowego w środki trwałe wraz z zarządzaniem i utrzymaniem rezultatu tej inwestycji za wynagrodzenie. Wspomniane ustawy wdrożeniowe przewidują również projekty zintegrowane – czyli kilka projektów powiązanych ze sobą wspólnym celem, działania w ramach tych projektów są komplementarne względem siebie, a ich zakresy rzeczowe nawzajem się uzupełniają. W tym rozdziale ustaw zdefiniowano i określono również przepisy dotyczące projektów grantowych oraz projektów, na które udzielony jest grant.

Projekty grantowe i projekty, na które przyznano granty

Przepisy dotyczące zarówno realizowania projektów grantowych, jak i udzielania grantów zostały zawarte w art. 35 i 36 ustawy wdrożeniowej 2014–2020 (odpowiednio w art. 41 ustawy wdrożeniowej 2021–2022). Projekt grantowy polega na powierzeniu beneficjentowi w trybie konkursowym albo pozakonkursowym realizacji projektu, w ramach którego przyznawane są środki finansowe programu operacyjnego w postaci grantów innym podmiotom wybranym w drodze otwartego naboru, czyli „grantobiorcom”. Procedury dotyczące realizacji projektu grantowego zatwierdzane są przez właściwe instytucje zarządzające lub też pośredniczące. Beneficjent projektu grantowego ma za zadanie realizację projektu grantowego zgodnie z założonym celem, wybiera zatem grantobiorców, monitoruje i kontroluje realizację zadań przez grantobiorców oraz rozlicza wydatki przez nich poniesione. W przypadku wykorzystania grantu niezgodnie z celami projektu odzyskuje również środki od grantobiorców⁸. Beneficjent projektu grantowego nie realizuje

⁷ Partnerami w takich projektach mogą być zarówno podmioty z sektora finansów publicznych, jak i podmioty prywatne czy NGO.

⁸ J. Jaśkiewicz, *Art. 36 Odpowiedzialność beneficjenta projektu grantowego*, [w:] *Zasady realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020. Komentarz*, LEX/el. 2014.

bezpośrednio celów danego programu operacyjnego, lecz pełni *de facto* funkcję instytucji dokonującej właściwego wyboru projektów w rozumieniu art. 37 ust. 1 ustawy wdrożeniowej 2014–2020 (odpowiednio art. 44 ust. 1 ustawy wdrożeniowej 2021–2027). Grantobiorcą może być podmiot publiczny albo prywatny z zastrzeżeniem, że nie może to być beneficjent projektu grantowego i nie może być to podmiot wykluczony z możliwości otrzymania dofinansowania, czy to wskutek umieszczenia w rejestrze podmiotów wykluczonych z możliwości korzystania z funduszy UE, czy też z powodu trudnej sytuacji finansowej⁹.

Tryby wyboru projektów do dofinansowania

Wybór projektów przeznaczonych do dofinansowania zgodnie z przepisami zawartymi w rozdziale „Wybór projektów” następuje w trybie konkursowym lub pozakonkursowym. W obecnej perspektywie finansowej ustawodawca nazwał te tryby konkurencyjnym lub niekonkurencyjnym, co w zasadzie trafniej odzwierciedla sposób wyboru projektów do dofinansowania.

W trybie konkursowym wniosek o dofinansowanie projektu jest składany w ramach konkursu organizowanego i przeprowadzane go przez właściwą instytucję. Wcześniej o terminie przeprowadzenia danego konkursu beneficjenci informowani są przez zamieszczone na portalu funduszu UE harmonogram naborów na kolejny rok. Konkurs jest postępowaniem służącym wybraniu do dofinansowania projektów, które spełniły kryteria wyboru projektów, jak również uzyskały wymaganą liczbę punktów albo uzyskały kolejno największą liczbę punktów (w przypadku, gdy alokacja nie pozwala na dofinansowanie wszystkich projektów spełniających kryteria wyboru projektów). W trybie tym projekty konkurują między sobą, a wsparcie otrzymują te, które najtrafniej wpisują się w cele konkursu i kryteria wyboru projektów.

⁹ J. Ostałowski, *Art. 35 w rozdziale 12 Projekty*, [w:] *Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020*, red. R. Poździk, Warszawa 2016, s. 214–216.

Tryb pozakonkursowy może być natomiast zastosowany jedynie do wyboru projektów realizujących zadania publiczne lub o strategicznym znaczeniu dla społeczno-gospodarczego rozwoju regionu bądź kraju. Wnioskodawcami takich projektów mogą być podmioty jednoznacznie zdefiniowane przed złożeniem wniosku o dofinansowanie, a zakres ich działalności musi być kompatybilny z charakterem i celami projektu. Projekty takie są wcześniej zidentyfikowane przez instytucję zarządzającą i zamieszczone w uszczegółowieniu danego programu operacyjnego, w którym znajdują się informacje o zidentyfikowanym projekcie oraz o podmiocie będącym jego wnioskodawcą. W trybie pozakonkursowym wniosek o dofinansowanie projektu jest składany na wezwanie właściwej instytucji w terminie, który określa ona sama. W praktyce nabór ten, jak i opracowanie dokumentacji aplikacyjnej, ma za zadanie jedynie uszczegółwić zapisy projektu już wcześniej zidentyfikowanego przez instytucje finansujące. Projekt ten w żaden sposób nie konkuruje z innymi projektami, gdyż wezwanie do złożenia wniosku o dofinansowanie dotyczy wyłącznie tego projektu¹⁰.

Tryb wyboru grantodawców i grantobiorców

W przypadku projektów grantowych w przepisach znajdujących się jeszcze w rozdziale „Projekty”, czyli w rozdziale poprzedzającym rozdział o zasadach wyboru projektów do dofinansowani, określono jedynie, że grantobiorca musi być wybrany w drodze otwartego naboru ogłoszonego przez beneficjenta projektu grantowego w ramach realizacji projektu grantowego. W celu realizacji projektu wybranego do powierzenia grantu między grantodawcą a grantobiorcą zostaje zawarta umowa o powierzenie grantu. Zawierać ona musi takie zagadnienia jak: zadania grantobiorcy objęte grantem,

¹⁰ Uzasadnienie, [w:] Druk nr 2450, Rządowy projekt ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020, Sejm RP, 30.05.2014, s. 41; Uzasadnienie, [w:] Druk nr 2022, Rządowy projekt ustawy o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027, Sejm RP, 21.02.2022, s. 42–43; przepisy rozdziału „Wybór projektów” w starej ustawie wdrożeniowej i nowej ustawie wdrożeniowej.

kwotę grantu i wkładu własnego oraz warunki przekazania i rozliczenia grantu, a także zobowiązanie do zwrotu grantu w przypadku wykorzystania go niezgodnie z celami projektu grantowego oraz zobowiązanie do poddania się kontroli przeprowadzanej przez grantodawcę lub uprawnione podmioty¹¹.

Większość projektów grantowych stanowią projekty wcześniej zidentyfikowane w uszczegółowieniach programów operacyjnych, czyli wybrane w trybie pozakonkursowym. Użycie przez ustawodawcę terminu „otwarty nabór”, a nie „konkurs” spowodowało, że instytucje wdrażające zaczęły uznawać, że nabory o powierzenie grantów podlegają przepisom normującym wybór projektów pozakonkursowych oraz że do naborów o powierzenie grantów nie mają zastosowania przepisy o projektach wybieranych w trybie konkursowym. Należy zwrócić uwagę, że szczególnie dużo naborów na powierzenie grantów organizowanych było w początkowym okresie pandemii, kiedy to w ramach tarcz antykryzysowych dystrybuowano środki dla podmiotów potrzebujących wsparcia, m.in. przedsiębiorców, szpitali i placówek medycznych. Sposoby organizacji tych naborów wzbudzały dużo emocji wśród potencjalnych grantobiorców, szczególnie że w początkowych naborach decydowała kolejność zgłoszeń projektów, co często skracało czas trwania naborów nawet do kilku minut. Jednak nie tyle sam przebieg tych naborów jest ciekawy pod względem prawnym, ile wątpliwości dotyczące dwóch płaszczyzn: doktrynalnej i jurystycznej – w zakresie ścieżki odwoławczej i sądowej.

Wyłączenie instytucji protestu w projektach grantowych – wątpliwości interpretacyjne

Art. 53 ustawy wdrożeniowej 2014–2020 (odpowiednio art. 63 ustawy wdrożeniowej 2021–2027) umożliwia wnioskodawcom projektów konkursowych/konkurencyjnych wniesienie protestu w celu ponownego sprawdzenia wniosku o dofinansowanie w przypadku negatywnej oceny projektu. Negatywna ocena oznacza, że projekt nie uzyskał wymaganej minimalnej liczby punktów, uzyskał zbyt

¹¹ Art. 35 ust. 6 ustawy wdrożeniowej 2014–2020 (odpowiednio art. 41 ust. 7 ustawy wdrożeniowej 2021–2027).

małą liczbę punktów, aby kwalifikować się do dofinansowania, lub nie spełnił kryteriów wyboru projektów określonych w ramach danego konkursu.

Organem właściwym do rozpatrzenia protestu jest instytucja finansująca (o ile przekazano jej zadanie rozpatrywania protestów) lub instytucja wyższego szczebla (instytucja zarządzająca). Protest wnosi się do instytucji, która przeprowadzała ocenę projektu, aby miała ona możliwość tzw. autokontroli protestu¹². W ramach autokontroli instytucja może uznać zasadność protestu i skierować projekt do dalszego etapu oceny lub umieścić go na liście projektów wybranych do dofinansowania bądź może przekazać go instytucji właściwej do rozpoznania protestu. Autokontrola nie ma miejsca, gdy ta sama instytucja jest właściwa zarówno do przeprowadzenia oceny, jak i do rozpatrzenia środka odwoławczego. Instytucja rozpatrująca protest może albo protest odrzucić, albo go uwzględnić, a następnie, w zależności od etapu, na którym wydano negatywną ocenę, projekt może zostać skierowany do odpowiedniego etapu oceny albo umieszczony na liście projektów wybranych do dofinansowania. Istnieje także możliwość przekazania sprawy instytucji prowadzącej ocenę, jeśli protest był rozpatrywany przez instytucję niedokonującą oceny projektu¹³.

Możliwość wniesienia protestu na ocenę projektu zgłaszanego do dofinansowania uważa się za dowód przestrzegania podmiotowego prawa do skargi na rozstrzygnięcie zapadające w pierwszej instancji w postępowaniach przed organami administracji zgodnie z § 78 Konstytucji RP¹⁴. Podstawową zasadą postępowań w administracji publicznej jest bowiem prawo do odwołania, rozumiane jako prawo

¹² S. Nitecki, *Specyfika postępowania w sprawie wyboru projektów do dofinansowania w zakresie polityki spójności*, [w:] *Kierunki rozwoju jurysdykcji administracyjnej*, red. M. Szewczyk, L. Staniszevska, M. Kruś, Warszawa 2022, s. 727.

¹³ K. Brysiewicz, *Postępowania odwoławcze i sądowe dotyczące oceny wniosków o dofinansowanie w nowej ustawie wdrożeniowej*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 13, s. 682–695.

¹⁴ R. Poźdźnik, *Ocena i wybór projektów do dofinansowania z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego i Funduszu Spójności*, Warszawa 2013, s. 340. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483).

do żądania rozpatrzenia kwestionowanej czynności lub środka wymagającego ponownego rozpatrzenia i podjęcia decyzji przez nową, zwykle wyższą instytucję. Zasada ta może być ograniczona jedynie ustawą i tylko w sytuacjach szczególnych, uzasadnionych względami konstytucyjnymi, oraz w sytuacjach nadzwyczajnych, które wymagają poświęcenia interesów jednostki w imię interesu publicznego, jak też potrzeby szybkiej ochrony jednostki na drodze sądowej¹⁵.

W przypadku projektów współfinansowanych ze środków UE, pomimo że ocena projektu nie następuje w ramach decyzji administracyjnej, jednak wybór projektu do dofinansowania lub odmowa takiego dofinansowania, będąca wynikiem jednostronnej decyzji organu organizującego konkurs, ma określone skutki prawne dla konkretnego wnioskodawcy. W związku z tym będzie tu miał zastosowanie art. 78 Konstytucji RP, który stanowi, że niezależnie od formy i nazwy każdego aktu aplikacyjnego, ochroną konstytucyjną objęte są wszystkie akty indywidualne i konkretne, tworzące status prawny osoby prawnej¹⁶. Należy przy tym zauważyć, że NSA uznaje konkurs za postępowanie administracyjne, w którym władze publiczne lub administracyjne wykonują uprawnienia przyznane im przez prawo i regulują sprawy administracyjne przez akty administracyjne. NSA uznaje również, że cechą postępowania konkursowego jest rywalizacja (konkurowanie) między podmiotami biorącymi udział w konkursie o określoną pulę środków publicznych. Przyznanie lub odmowa przyznania dofinansowania w ramach konkursu jest więc czynnością o charakterze konwencjonalnym, czyli rozstrzygnięciem władczym o prawach podmiotów ubiegających się o dofinansowanie¹⁷.

W przypadku naborów grantowych NSA uznał jednak, że należy stosować przepisy odpowiadające trybowi nadzwyczajnemu – pozakonkursowemu¹⁸. Stosowanie do naborów grantowych

¹⁵ B. Adamiak, *Zasady ogólne zaskarżalności i rozstrzygnięć. Konstrukcja prawa zaskarżalności*, [w:] *Prawo procesowe administracyjne*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, „System Prawa Administracyjnego”, t. 9, Warszawa 2020, s. 304–305.

¹⁶ R. Poździk, *Ocena i wybór...*, *op. cit.*, s. 340.

¹⁷ Wyrok NSA z dnia 18 maja 2017 r., II GSK 1130/17.

¹⁸ *Passim*: wyroki NSA z dnia: 22 października 2021 r., I GSK 623/21; 18 sierpnia 2021 r., I GSK 510/21; 22 lipca 2021 r., I GSK 463/21.

przepisów odpowiadających trybowi nadzwyczajnemu – pozakonkursowemu – niesie za sobą ryzyko pozbawienia wnioskodawców procedury odwoławczej. Przepisy wyrażone w art. 53 ust. 1 ustawy wdrożeniowej 2014–2020 (odpowiednio art. 63 ustawy wdrożeniowej 2021–2027) podnoszą bowiem, iż w przypadku negatywnej oceny projektu wybieranego w trybie konkursowym wnioskodawcy przysługuje prawo wniesienia protestu w celu ponownego sprawdzenia złożonego wniosku w zakresie spełniania kryteriów wyboru projektów. Stosując jedynie wykładnię językową i literalne zastosowania tego przepisu, część instytucji dystrybuujących fundusze UE uznała, że w takim przypadku zasada dwuinстанcyjności postępowania została w sposób wyraźny wyłączona dla innych trybów wyboru projektów niż konkursowy.

Należy jednak przy tym zauważyć, że zastosowanie do tego przepisu jedynie wykładni językowej jest niewystarczające. Otwarty nabór projektu do powierzenia grantu odbywa się bowiem *de facto* w trybie konkursowym. Za taką argumentacją przemawia brak możliwości zakwalifikowania naboru projektów grantowych do dwóch pozostałych trybów wyboru projektów wykazanych w art. 38 ust. 1 ustawy wdrożeniowej 2014–2020 (odpowiednio art. 44 ust. 1 ustawy wdrożeniowej 2021–2027), a więc trybu pozakonkursowego i trybu opartego na przepisach ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych¹⁹ (obecna ustawa wdrożeniowa nie przewiduje tego trybu). Otwarte nabory projektów do udzielenia grantów faktycznie przyjmują wszelakie znamiona wyboru projektów w drodze konkursu i tryb konkursowy jest im dużo bliższy niż pozakonkursowy. Przede wszystkim należy tutaj zaznaczyć, że w przypadku procedury wyboru projektu czy powierzenia grantu projekty rywalizują między sobą o otrzymanie dofinansowania (co nie występuje w przypadku wyboru projektów w trybie pozakonkursowym), a dofinansowanie otrzymują tylko te projekty, które spełniły kryteria wyboru i otrzymały wymaganą liczbę punktów przyznawanych w ramach kryteriów wyboru oraz uzyskały kolejno największą liczbę punktów przyznawanych w ramach kryteriów wyboru do momentu wyczerpania alokacji środków finansowych w konkursie.

¹⁹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 1605.

W związku z powyższym przepisy z zakresu procedury odwoławczej powinny być stosowane wprost, tak jak mają one zastosowanie do projektów wybieranych w trybie konkursowym. Nawet przy założeniu, że nabór grantów jest oddzielnym trybem, do którego ograniczają się tylko przepisy z art. 38 i art. 39 ustawy wdrożeniowej 2014–2020 (odpowiednio art. 41 ustawy wdrożeniowej 2021–2027), to – jak trafnie określa doktryna – pomimo że nie sprecyzowano w ustawie otwartości naboru ani nie uregulowano sposobu i treści ogłoszenia o naborze, to nie budzi wątpliwości, że wybór grantobiorców nie powinien mieć charakteru dyskrejonalnego i zależnego od arbitralnej decyzji beneficjenta projektu grantowego. Zalecane jest zatem w tym względzie odpowiednie stosowanie przepisów ustaw wdrożeniowych wskazujących na to, jakie warunki musi spełniać ogłoszenie o konkursie projektów, a standardy naborów powinny być jak najbardziej zbliżone do gwarantowanych w trybie konkursowym/konkurencyjnym²⁰.

Zarówno komentatorzy, jak i sądy nie mają również wątpliwości, że do otwartych naborów powinno się stosować zasady bezpośrednio sformułowane w art. 37 ust. 1 ustawy wdrożeniowej 2014–2020 (czyli już w rozdziale dotyczącym trybów wyboru projektu do dofinansowania). Chodzi tutaj o takie zasady wyboru projektów jak przejrzystość, bezstronność, rzetelność i równość dostępu do informacji dotyczących trybu oraz zasad naboru²¹. Również przepisy dotyczące skarg do sądów administracyjnych w zakresie oceny projektów konkursowych (o których jest mowa poniżej) stosowane są wprost do naborów projektów grantowych. Biorąc pod uwagę, jak dużą liczbę przepisów z innych rozdziałów ustaw wdrożeniowych stosuje się wprost lub bez żadnej modyfikacji i zabiegów adaptacyjnych do naboru wniosków o powierzenie grantów, duże zdziwienie budzi to, że takiego zastosowania nie znajdują przepisy odnoszące się do wnoszenia protestów, szczególnie że, jak słusznie zauważył prof. J. Starościk, możliwość weryfikacji decyzji administracyjnych jest niezbędna choćby z tego powodu, że należy liczyć się z możliwością

²⁰ K. Wernicka, *Art. 41. Projekty grantowe*, *op. cit.*, s. 349–361.

²¹ W ustawie wdrożeniowej perspektywy finansowej 2021–2027 normy te zostały włączone bezpośrednio do przepisów z zakresu projektów grantowych. J. Ostalowski, *Art. 35...*, *op. cit.*, s. 214–216.

popęlnienia przez organ błędu, wynikającego nie ze złej woli organu, ale ze zwykłej omyłki czy wadliwej oceny stanu faktycznego²².

Kontrola sądownoadministracyjna przyznawania grantów

Kolejna wątpliwość w przedmiotowej procedurze dotyczy właściwości sądów administracyjnych w zakresie rozstrzygania sporów pomiędzy grantodawcą a podmiotami ubiegającymi się o grant oraz to, czy takie spory powinny być rozstrzygane na podstawie art. 61–66 ustawy wdrożeniowej 2014–2020 (odpowiednio art. 73–77 ustawy wdrożeniowej 2021–2027).

Grantodawcy uznawali bowiem, że spory z grantobiorcami, czyli instytucjami predysponującymi grantami, podlegają sądowi powszechnym, ponieważ nie pełnią oni funkcji instytucji pośredniczącej ani instytucji zarządzającej, a przepisy ustawy wdrożeniowej 2014–2020 nie mają zastosowania do autonomicznej procedury odwoławczej naborów grantowych²³. Podnoszono argumentację, że grantodawcy nie działają w przedmiotowej sprawie jako organ administracji publicznej ani też nie realizują żadnych powierzonych im zadań w ramach władztwa administracyjnego. Są oni jedynie beneficjentami, którzy w wyniku konkursu uzyskali środki finansowe na realizację projektu grantowego. Wykazano, iż podstawy, na których opiera się regulamin naboru wniosków na udzielenie grantu, nie są tożsame z dokumentacją instytucji zarządzającej, a regulamin jest niejako aktem wewnętrznym i nie stanowi aktu organu administracji publicznej²⁴. Dodatkowo w doktrynie uważa się umowę na powierzenie grantu za umowę cywilnoprawną, przypominającą umowę o dofinansowanie, zawierającą praktycznie wszystkie elementy wymienione w art. 206 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych²⁵ i powtórzone w art. 35 ust. 6 pkt 1–5 ustawy wdrożeniowej 2014–2020 (odpowiednio art. 41 ust. 7 pkt 1–5

²² J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1978, s. 296.

²³ *Passim*: cyt. wyrok NSA, I GSK 463/21.

²⁴ Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 22 czerwca 2021 r., I SA/Go 100/21.

²⁵ Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 1270.

ustawy wdrożeniowej 2021–2027)²⁶ oraz generującą pomiędzy stronami umowy stosunki cywilnoprawne, a nie administracyjne.

Sądy administracyjne uznały jednak, że procedury wyboru grantobiorcy tworzą materialny substrat aktu w rozumieniu art. 3 § 2 pkt 4 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²⁷ – czyli inne akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa. Szczególnie dotyczy to pism z wynikami ocen projektu, które otrzymują grantobiorcy jako efekt rozstrzygnięcia naborów. Pisma te, mające charakter indywidualny, kreują uprawnienia lub obowiązki wynikające z przepisów prawa, a przede wszystkim mają charakter publicznoprawny i są wydawane w zakresie administracji publicznej.

Dodatkowo sądy administracyjne uznały, że art. 61–66 ustawy wdrożeniowej 2014–2020 regulujące zasady kontroli sądowniczoadministracyjnej nad procesem oceny i wyboru projektów nie mają charakteru zamkniętego. Pozwala to zdaniem sądów na objęcie kontrolą sądowniczoadministracyjną innych aktów, które nie są wymienione w tych przepisach, a spełniają kryterium z art. 3 § 2 pkt 4 p.p.s.a. W opinii sądów pogląd ten wzmacnia treść art. 64 ustawy wdrożeniowej 2014–2020, zgodnie z którym w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie do postępowania przed sądami administracyjnymi stosuje się odpowiednio przepisy Prawa o postępowaniu przed sądami administracyjnymi określone dla aktów lub czynności, o których mowa w art. 3 § 2 pkt 4. Taka wykładnia przepisów przez sądy ma swoje podstawy w konstytucyjnej istocie funkcjonowania sądownictwa administracyjnego, tj. ochrony praw podmiotowych jednostki w stosunkach z administracją. Zawarte w art. 184 Konstytucji RP domniemanie właściwości sądu administracyjnego w rozstrzyganiu spraw administracyjnych należy rozumieć w ten sposób, że właściwość innych sądów w tego rodzaju sprawach stanowi wyjątek.

W ukształtowanym w ostatnich latach orzecznictwie sądowym wyrażany jest pogląd, że w sprawach przekazywanych do właściwości sądów powszechnych, które w pierwszej fazie są realizowane przez organy administracji, właściwość sądu administracyjnego jest

²⁶ J. Ostalowski, *Art. 35...*, *op. cit.*, s. 214–216.

²⁷ Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 1634, dalej jako: p.p.s.a.

wyłaczona tylko w takim zakresie, w jakim sąd powszechny może przejąć sprawę do dalszego jej rozpoznania. Zasadniczo więc sprawy, w których spór o prawo pojawia się na tle poddania jednostki władczym działaniom organów państwa oraz organów wspólnot samorządowych z zakresu administracji publicznej (tzw. sprawy administracyjne), są zaliczone do właściwości sądownictwa administracyjnego. Wyznacznikiem przedmiotu postępowania sądowoadministracyjnego oraz ram tego postępowania jest więc stosunek administracyjnoprawny, a istotę postępowania sądowoadministracyjnego stanowi kontrola pod względem zgodności z prawem tego stosunku, polegająca na badaniu prawidłowości zastosowania przez organ przepisów prawa w odniesieniu do istniejącego w sprawie stanu faktycznego oraz trafność wykładni tych przepisów²⁸.

Należy jednak zauważyć, że odrębne zdanie w tym zakresie ma WSA w Olsztynie, który przychyliła się do stwierdzenia, że grantodawcy nie pełnią funkcji instytucji pośredniczącej czy zarządzającej w Regionalnym Programie Operacyjnym Województwa na lata 2014–2020, a jedynie są beneficjentem realizującym projekt grantowy zgodnie z art. 35 ustawy wdrożeniowej 2014–2020²⁹.

Naruszenie prawa konstytucyjnego i zasad ogólnych postępowania administracyjnego w zakresie dwuinstancyjności postępowania administracyjnego

Zarówno J. Ostalowski, jak i K. Wernicka uważają, że zatwierdzenie przez instytucję zarządzającą lub pośredniczącą procedur wyboru grantobiorców, w tym potencjalnie również środków odwoławczych od aktów wyboru grantobiorców do dofinansowania, stoi w sprzeczności z dyrektywami wyrażonymi w wyroku TK z dnia 12 grudnia 2011 r. na gruncie ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju³⁰. W wyroku tym wprost wskazano, iż wszelkie elementy systemów realizacji dotyczące bezpośrednio praw i obowiązków uczestników

²⁸ *Passim*: wyrok NSA z dnia 5 lipca 2016 r., II GSK 1542/16; wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 grudnia 2020 r., V SA/Wa 1608/20 i cyt. wyrok NSA, I GSK 623/21.

²⁹ Postanowienie WSA w Olsztynie z dnia 28 lipca 2021 r., SA/OI 477/21.

³⁰ Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2011 r., P 1/11.

konkursów (za quasi-konkursy należy uznać *de facto* otwarte naboru grantobiorców przewidziane w ustawie wdrożeniowej) wymagają unormowania w aktach powszechnie obowiązującego prawa.

Uregulowanie środków odwoławczych przysługujących wnioskodawcy w toku postępowania o dofinansowanie z programu operacyjnego poza systemem źródeł powszechnie obowiązującego prawa jest natomiast niezgodne z art. 78 Konstytucji RP. Uniemożliwienie grantobiorcom skorzystania ze ścieżki odwoławczej pozbawia ich prawa konstytucyjnego, jakim jest dwuinstancyjność postępowania administracyjnego (rozumiana jako dwukrotne merytoryczne rozstrzygnięcie tej samej sprawy). Akt wyboru grantobiorcy do dofinansowania jest czynnością administracyjną. Tym samym zarówno postępowanie dotyczące wyboru, jak i ewentualne postępowanie odwoławcze (albo też rezygnacja z takiego postępowania) powinny zostać uregulowane w ustawie (zgodnie z art. 78 i art. 87 ust. 1 Konstytucji RP). Pozostawienie określenia zasad w tym zakresie instytucjom właściwym może skutkować dowolnością w działaniu tych organów oraz pozbawieniem grantobiorców podstawowych praw wynikających z art. 78 Konstytucji RP do dwuinstancyjnego postępowania administracyjnego³¹.

Wprawdzie ustawa wdrożeniowa w dużej części wyłącza stosowanie przepisów z ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego³², należy jednak mieć na uwadze, że organy administracyjne zobowiązane są działać zgodnie z zasadami ogólnymi zawartymi w kodeksie. Wyłączenie stosowania zasad ogólnych Kodeksu postępowania administracyjnego może prowadzić bowiem do stworzenia nowego reżimu procesowego, który nie będzie implementował konstytucyjnego modelu trybu stosowania prawa i zasad sprawiedliwości³³.

³¹ J. Ostalowski, *Art. 36 w rozdziale 12 Projekty*, [w:] *Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów...*, *op. cit.*, s. 216–219.

³² Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 775.

³³ M. Kamiński, *Typowe modyfikacje reguł procesowych modelu ogólnego w postępowaniach szczególnych. Problem modyfikacji ogólnego standardu ochrony praw procesowych jednostki*, [w:] *Postępowanie autonomiczne i szczególne. Postępowania niejurysdykcyjne*, red. A. Matan, „System Prawa Administracyjnego Procesowego”, t. 4, Warszawa 2021, s. 246–247.

Przepisy ustawy wdrożeniowej, szczególnie w tych regulacjach, które nie są w pełni unormowane, powinny być interpretowane w odniesieniu do całego systemu prawnego. Potwierdza to doktryna, która wskazuje, iż zasady ogólne Kodeksu postępowania administracyjnego można traktować jako namiastkę części ogólnej prawa administracyjnego i zasady te powinny być realizowane przez organy administracji publicznej w każdej ich działalności, także poza postępowaniem administracyjnym zmierzającym do wydania decyzji³⁴. Powyższe stanowisko potwierdza również orzecznictwo sądów administracyjnych³⁵.

P. Bieś-Srokosz na podstawie przeprowadzonych badań naukowych dotyczących hybrydowych form działania administracji publicznej, stwierdza, że ogólne zasady Kodeksu postępowania administracyjnego stanowią swoisty pomost pomiędzy przepisami kodeksowymi a ich prawidłową interpretacją, ale także pomiędzy szczegółowymi regulacjami, które nie w każdej sytuacji powielają unormowania kodeksu³⁶.

Rolą zasad prawnych jest wypełnianie luk prawnych oraz pełnienie funkcji interpretacyjnych, korygujących i porządkujących. Dzięki ich zastosowaniu realizowany jest postulat jednolitości działań administracji i ograniczenie swobody działań administracji w ramach tzw. uznania administracyjnego³⁷. Dodatkowo zasady mają istotne znaczenie dla ochrony praw jednostki, a rezygnacja z zastosowania którejkolwiek z nich nie powinna prowadzić do obniżenia standardu tej ochrony³⁸.

³⁴ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Kraków 2006, s. 92; powtórzone: G. Rząsa, *Zasady ogólne*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2011, s. 21–29.

³⁵ E. Komierzyńska-Orlińska, *Charakter i rola (znaczenie) zasad prawa administracyjnego*, [w:] *Zasady w prawie administracyjnym. Teoria, praktyka, orzecznictwo*, red. Z. Duniewska, A. Krakąła, M. Stahl, Warszawa 2018, s. 53.

³⁶ P. Bieś-Srokosz, *Zasady Kodeksu postępowania administracyjnego w postępowaniach administracyjnych prowadzonych przez organy agencji rządowych*, [w:] *Zasady w prawie administracyjnym...*, *op. cit.*, s. 702–770.

³⁷ E. Ura, Ed. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1999, s. 6.

³⁸ W. Piątek, *Znaczenie zasad ogólnych postępowania administracyjnego w wybranych ustawach z zakresu prawa administracyjnego*, [w:] *Zasady w prawie administracyjnym...*, *op. cit.*, s. 693–700.

W związku z powyższym w razie niejasnych rozstrzygnięć ustawowych należy interpretować przepisy przez zastosowanie zasad ogólnych w celu realizacji założeń ustawodawcy, jakimi są w tym przypadku dystrybucja środków unijnych w sposób przejrzysty, rzetelny i bezstronny oraz zapewnienie równego traktowania wnioskodawców.

Jedna z zasad ogólnych Kodeksu postępowania administracyjnego, zawarta w art. 15, wskazuje, że postępowanie administracyjne jest dwuinstancyjne, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. W tym przypadku dwuinstancyjność należy rozumieć, tak jak wcześniej już wspomiano, jako dwukrotne merytoryczne rozstrzygnięcie tej samej sprawy, a organem II instancji nie musi być organ hierarchicznie nadrzędny nad organem I instancji. Organem II instancji może być również organ, który wydał decyzję w I instancji, ale działa w innej obsadzie personalnej³⁹.

Przepisy szczególne (w tej sytuacji przepisy ustaw wdrożeniowych) nie wskazują wprost, że nabory na przekazanie grantów mogą być pozbawione środków odwoławczych, czyli dwukrotnej merytorycznej oceny projektów. Dwuinstancyjność postępowania administracyjnego jest gwarantowana w art. 78 Konstytucji RP. Odstąpienie od zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego, jej ograniczenie lub wyłączenie bądź też wprowadzenie innego środka ochrony prawnej może nastąpić tylko w drodze ustawy, a jako wyjątek od zasady musi być wyraźne i jednoznaczne. Ewentualne wątpliwości co do takiego wyjątku powinny być wyjaśniane na rzecz realizacji zasady, a nie rozszerzenia wyjątku. W takich sytuacjach jest to jedna z podstawowych reguł interpretacji przepisów w toku wprowadzania w życie prawa, stosowana powszechnie w doktrynie i w orzecznictwie⁴⁰. Należy zatem uznać, że odstępstwo od reguły wyznaczonej w art. 78 Konstytucji RP w każdym przypadku powinno być podyktowane szczególnymi okolicznościami oraz

³⁹ P.M. Przybysz, *Art. 15. Zasada dwuinstancyjności postępowania*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022.

⁴⁰ *Passim*: uchwała SN z dnia 1 grudnia 1994 r., III AZP 8/94, OSNP 1997/7, poz. 82 oraz wyrok SN z dnia 9 czerwca 1999 r., III RN 15/99, OSNAPiUS 2000/10, poz. 378.

odpowiadać zasadzie proporcjonalności⁴¹. Według NSA naruszenie zasady dwuinstancyjności postępowania administracyjnego godzi w podstawowe prawa i gwarancje procesowe obywatela, musi być więc oceniane jako rażące naruszenie prawa⁴².

Oczywiście wyjątkiem mogą być wszelkiego rodzaju granty wybrane zgodnie z art. 10 ustawy z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19⁴³. Choć przepisy ustawy COVID-19 nie regulują procedur przyznawania grantów, to jednak biorąc pod uwagę nadzwyczajną sytuację, można uznać ograniczenia w zakresie procedury odwoławczej za zasadne, natomiast w okolicznościach, w których nabór na powierzenie grantów nie dotyczy wyjątkowej sytuacji, jaką jest np. epidemia, pozbawienie potencjalnych grantobiorców ścieżki odwoławczej jest mocno dyskusyjne. Sama doktryna dowodzi, że istniejącej w tym zakresie luki w przepisach ustawy wdrożeniowej nie wypełnia samo „zatwierdzenie” procedur związanych z realizacją projektu grantowego przez właściwą instytucję. Lukę tę można uzupełnić przez odpowiednie stosowanie zasad, które zostały przewidziane dla wyboru projektów w rozdziale 13, a dla procedury odwoławczej w rozdziale 15 ustawy wdrożeniowej 2014–2020 (odpowiednio rozdziały 14 i 16 ustawy wdrożeniowej 2021–2027)⁴⁴.

Równość beneficjentów

Umożliwienie składania protestu przez podmioty wnioskujące o powierzenie grantu wpłynęłoby na lepszą realizację zasady

⁴¹ *Passim*: wyrok TK z dnia 6 grudnia 2011 r., SK 3/11, OTK-A 2011/10; J. Zimmermann, *Aksjomaty postępowania administracyjnego*, Warszawa 2017, s. 204–205; A. Wróbel, *Art. 15 Dwuinstancyjność postępowania administracyjnego*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, Warszawa 2020, s. 164–167.

⁴² Wyrok NSA z dnia 10 kwietnia 1989 r., II SA 1198/88.

⁴³ Dz.U. z 2022 r., poz. 1758.

⁴⁴ J.M. Martyniuk, M. Perkowski, *Niedoskonała procedura odwoławcza w systemie realizacji unijnej polityki spójności w Polsce. Ocena wykonania wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2011 r. (sygn. akt P 1/11)*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2017, nr 3, s. 37–60.

równego traktowania podmiotów korzystających z funduszy UE. Obecnie beneficjenci projektów posiadają znacznie szersze uprawnienia niż potencjalni grantobiorcy. W przypadku projektów konkursowych mają oni prawo do złożenia protestu. Chociaż i tutaj ustawy wdrożeniowe przewidują kolejne daleko posunięte ograniczenie konstytucyjne, jakim jest pozostawienie protestu bez rozstrzygnięcia, w przypadku gdy doszło do wyczerpania alokacji w działaniach lub poddziałaniach. Prawa podmiotowe grantobiorców biorących udział w różnych projektach mogą się również znacząco różnić pomiędzy sobą, co wprowadza nierówność pod względem praw podmiotowych wynikających z tej samej ustawy. W regulaminach naborów na powierzenie grantów część instytucji finansowych wprowadza bowiem zapisy dotyczące protestów i są one oparte w większości na przepisach z ustawy wdrożeniowej. Część instytucji organizuje protest w sposób odmienny od przepisów ustawy wdrożeniowej i przepisów administracyjnych opartych na Kodeksie postępowania administracyjnego, np. dopuszczając do weryfikacji protestu osoby, które wcześniej oceniały dokumentację aplikacyjną. Niektóre instytucje nie przewidują w ogóle ścieżki odwoławczej. Tym samym grantodawcy działający w ramach tej samej ustawy tworzą różny zakres praw podmiotowych grantobiorców.

Możliwość złożenia protestu jest o tyle ważnym elementem procedury oceny projektów, że sądownoadministracyjny etap procedury odwoławczej ogranicza się jedynie do kryterium legalności wyboru projektów do dofinansowania (naruszenia prawa materialnego, ewentualnie procedury, przez właściwe instytucje na etapie oceny projektu). Zadaniem sądu jest jedynie sprawdzenie, czy organ dokonał wyboru projektu w sposób jawny, rzetelny i bezstronny oraz według jasno przyjętych kryteriów. Sąd bada, czy argumentacja oceniającego mieści się w granicach danej sprawy oraz czy nie jest oderwana od kryteriów wynikających z regulaminu konkursu. Jednocześnie nadzór prawny nie obejmuje oceny merytorycznej projektu na podstawie kryteriów zatwierdzonych przez odpowiednie komitety monitorujące, co jest najważniejszą częścią oceny projektów do dofinansowania. Sąd nie jest uprawniony do weryfikacji merytorycznej oceny projektu

przeprowadzonej przez ekspertów, tzn. nie może przyznać projektowi innej liczby punktów⁴⁵.

Podsumowanie

Ustawodawca wydzielił z trybów wyboru projektów nabór na powierzenie grantu, wyróżniając tym samym projekty grantowe jako oddzielny sposób udzielania dofinansowania z funduszy UE⁴⁶. Według J. Ostałowskiego, jednego z autorów komentarzy do ustaw wdrożeniowych, miało to uelastyczyć rozdysponowanie funduszy szczególnie tam, gdzie projekty są proste i liczne, a wartość przyznawanego dofinansowania niewielka⁴⁷. Jednak w praktyce część naborów na powierzenie grantów dotyczy bardzo skomplikowanych technicznie projektów, jak choćby organizowany przez PARP nabór na powierzenie grantu w ramach pilotażu Przemysł 4.0, a wartość możliwego wsparcia to 200 tys. euro, co nie jest małą kwotą. Bardziej zasadne wydaje się stwierdzenie, że ten tryb udzielania wsparcia pozwala przede wszystkim włączyć w system dystrybucji środków UE organizacje, które są bliżej problemów beneficjenta ostatecznego. Grantodawcami często bowiem są organizacje z instytucji otoczenia biznesu, które najlepiej znają zarówno problemy, jak i potrzeby rozwojowe grup, które oczekują wsparcia. Jednak uelastyczenie tego systemu nie może powodować ograniczenia uprawnień podmiotowych grantobiorców – szczególnie chronionych Konstytucją RP. Ustawy wdrożeniowe, w ramach naborów na powierzenie grantów, w żaden sposób nie wskazują bowiem, że grantobiorcy mają być pozbawieni prawa do ścieżki odwoławczej. W wielu miejscach ustawy te ograniczają przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego, jednak nie należy zapominać, że proces udzielania dofinansowania jest rzeczywiście postępowaniem

⁴⁵ Szerzej: M. Martyniuk, *Procedura odwoławcza w systemie realizacji polityki spójności Unii Europejskiej w Polsce. Status quo i perspektywy*, repozytorium. uwb.edu.pl/jspui/handle/11320/12553 [dostęp: 1.05.2023].

⁴⁶ *Passim*: Uzasadnienie, [w:] Druk nr 2450, *op. cit.*, s. 38; Uzasadnienie, [w:] Druk nr 2022, s. 41.

⁴⁷ J. Ostałowski, *Art. 35...*, *op. cit.*, s. 214–216.

administracyjnym i nie powinien być prowadzony w oderwaniu od zasad ogólnych zawartych w Kodeksie postępowania administracyjnego. Dodatkowo warto się zastanowić, czy wprowadzenie rozwiązań stosowanych w wyborze na powierzenie grantu, takich jak niemożliwość składania protestów od oceny wniosków aplikacyjnych, nie doprowadza do ograniczenia konkurencji w powierzenia tych grantów. Brak takich regulacji utrudnia bowiem wnioskodawcy walkę o respektowanie jego prawa do poprawności i rzetelności oceny dokumentacji aplikacyjnej. Jednocześnie ograniczona zostaje kontrola dystrybuowania środków publicznych podlegających ustawie o finansach publicznych. W takim wypadku bowiem nie ma na szczeblu administracyjnym jednego z bardzo ważnych narzędzi kontrolujących decyzje osób, od których zależy rozdzielanie ograniczonych środków pomiędzy różne podmioty.

Bibliografia

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).
- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 775).
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 1634).
- Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 1240).
- Ustawa z dnia 11 lipca 2014 r. o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020 (tekst jedn.: Dz.U. z 2020 r., poz. 818 ze zm.).
- Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 1605).
- Ustawa z dnia 3 kwietnia 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach wspierających realizację programów operacyjnych w związku z wystąpieniem COVID-19 (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1758).
- Ustawa z dnia 28 kwietnia 2022 r. o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027 (Dz.U. z 2022 r., poz. 1079).

Orzecznictwo

- Wyrok TK z dnia 6 grudnia 2011 r., SK 3/11, OTK-A 2011, nr 10, poz. 113.
Wyrok TK z dnia 12 grudnia 2011 r., P 1/11, OTK-A 2011, nr 10, poz. 115.
Uchwała SN z dnia 1 grudnia 1994 r., III AZP 8/94, OSNP 1997, nr 7, poz. 82.
Wyrok SN z dnia 9 czerwca 1999 r., III RN 15/99, OSNAPiUS 2000, nr 10, poz. 378.
Wyrok NSA z dnia 10 kwietnia 1989 r., II SA 1198/88, ONSA 1989, nr 1, poz. 36.
Wyrok NSA z dnia 5 lipca 2016 r., II GSK 1542/16, CBOSA.
Wyrok NSA z dnia 18 maja 2017 r., II GSK 1130/17, CBOSA.
Wyrok NSA z dnia 20 stycznia 2021 r., I GSK 1383/20, CBOSA.
Wyrok NSA z dnia 22 lipca 2021 r., I GSK 463/21, CBOSA.
Wyrok NSA z dnia 18 sierpnia 2021 r., I GSK 510/21, CBOSA.
Wyrok NSA z dnia 22 października 2021 r., I GSK 623/21, CBOSA.
Wyrok WSA w Warszawie z dnia 22 grudnia 2020 r., V SA/Wa 1608/20.
Wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 22 czerwca 2021 r., I SA/Go 100/21.
Postanowienie WSA w Olsztynie z dnia 28 lipca 2021 r., SA/OI 477/21.

Literatura

- Adamiak B., *Zasady ogólne zaskarżalności i rozstrzygnięć. Konstrukcja prawa zaskarżalności*, [w:] *Prawo procesowe administracyjne*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, „System Prawa Administracyjnego”, t. 9, Warszawa 2020, s. 304–305.
- Bieś-Srokosz P., *Zasady Kodeksu postępowania administracyjnego w postępowaniach administracyjnych prowadzonych przez organy agencji rządowych*, [w:] *Zasady w prawie administracyjnym. Teoria, praktyka, orzecznictwo*, red. Z. Duniewska, A. Krakąła, M. Stahl, Warszawa 2018, s. 702–770.
- Bryśiewicz K., *Postępowania odwoławcze i sądowe dotyczące oceny wniosków o dofinansowanie w nowej ustawie wdrożeniowej*, „Monitor Prawniczy” 2016, nr 13, s. 682–695.
- Jaśkiewicz J., *Art. 36 Odpowiedzialność beneficjenta projektu grantowego*, [w:] *Zasady realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020. Komentarz*, Lex/el. 2014.
- Kamiński M., *Typowe modyfikacje reguł procesowych modelu ogólnego w postępowaniach szczególnych. Problem modyfikacji ogólnego standardu ochrony praw procesowych jednostki*, [w:] *Postępowanie autonomiczne i szczególne. Postępowania niejurysdykcyjne*, red. A. Matan, „System Prawa Administracyjnego Procesowego”, t. 4, Warszawa 2021, s. 246–247.

- Komierzyńska-Orlińska E., *Charakter i rola (znaczenie) zasad prawa administracyjnego*, [w:] *Zasady w prawie administracyjnym. Teoria, praktyka, orzecznictwo*, red. Z. Duniewska, A. Krakąta, M. Stahl, Warszawa 2018, s. 45–57.
- Martyniuk J.M., Perkowski M., *Niedoskonała procedura odwoławcza w systemie realizacji unijnej polityki spójności w Polsce. Ocena wykonania wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2011 r. (sygn. akt P 1/11)*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2017, nr 3, s. 37–60.
- Martyniuk M., *Procedura odwoławcza w systemie realizacji polityki spójności Unii Europejskiej w Polsce. Status quo i perspektywy*, repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/handle/11320/12553 [dostęp: 1.05.2023].
- Nitecki S., *Specyfika postępowania w sprawie wyboru projektów do dofinansowania w zakresie polityki spójności*, [w:] *Kierunki rozwoju jurysdykcji administracyjnej*, red. M. Szewczyk, L. Staniszevska, M. Kruś, Warszawa 2022, s. 719–734.
- Ostałowski J., *Art. 35 w rozdziale 12 Projektu*, [w:] *Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020*, red. R. Poździk, Warszawa 2016, s. 214–216.
- Ostałowski J., *Art. 36 w rozdziale 12 Projektu*, [w:] *Komentarz do ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020*, red. R. Poździk, Warszawa 2016, s. 216–219.
- Piątek W., *Znaczenie zasad ogólnych postępowania administracyjnego w wybranych ustawach z zakresu prawa administracyjnego*, [w:] *Zasady w prawie administracyjnym. Teoria, praktyka, orzecznictwo*, red. Z. Duniewska, A. Krakąta, M. Stahl, Warszawa 2018, s. 693–700.
- Poździk R., *Ocena i wybór projektów do dofinansowania z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego i Funduszu Spójności*, Warszawa 2013.
- Przybysz P.M., *Art. 15. Zasada dwuinstancyjności postępowania*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2022.
- Rząsa G., *Zasady ogólne*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, Warszawa 2011, s. 21–29.
- Starościak J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 1978.
- Ura E., Ura Ed., *Prawo administracyjne*, Warszawa 1999.
- Wernicka K., *Art. 41 Projektu grantowe*, [w:] *Ustawa o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej*

2021–2027. *Komentarz*, red. M. Perkowski, R. Poździk, Warszawa 2023, s. 349–361.

Wróbel A., *Art. 15 Dwuinstancyjność postępowania administracyjnego*, [w:] *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel, Warszawa 2020, s. 164–167.

Zimmermann J., *Aksjomaty postępowania administracyjnego*, Warszawa 2017.

Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Kraków 2006.

Inne

Beneficjent (hasło), rpo.slaskie.pl/Sloownik [dostęp: 15.01.2023].

Beneficjent końcowy (hasło), rpo.slaskie.pl/Sloownik [dostęp: 15.01.2023].

Beneficjent pomocy (hasło), rpo.slaskie.pl/Sloownik [dostęp: 15.01.2023].

Uzasadnienie, [w:] Druk nr 2022, Rządowy projekt ustawy o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027, Sejm RP, 21.02.2022.

Uzasadnienie, [w:] Druk nr 2450, Rządowy projekt ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014–2020, Sejm RP, 30.05.2014.

Streszczenie

Postępowanie o powierzenie grantów w świetle ustawy wdrożeniowej – wybrane zagadnienia

W artykule przeanalizowane zostały przepisy ustaw wdrożeniowych dotyczące realizacji projektów grantowych i projektów, na które przyznano granty, a finansowanych lub współfinansowanych z funduszy UE. Przeprowadzona została analiza przepisów ustawy wdrożeniowej zarówno z obecnej perspektywy finansowej 2021–2027, jak i już zakończonej 2014–2020 (w której ramach nadal rozliczane są koszty kwalifikowane dofinansowanych projektów). Omówiono sposoby udzielania wsparcia, dokonano wykładni przepisów procedury odwoławczej w naborze wniosków na powierzenie grantów. W poszczególnych częściach artykułu przedstawiono rodzaje projektów ze szczególnym uwzględnieniem projektów grantowych i projektów, na które przyznano granty, porównano tryby wyborów projektów do dofinansowania z trybem wyboru grantodawców i grantobiorców. Opisano wątpliwości doktrynalne i jurystyczne wynikające z braku możliwości składania protestów przez grantobiorców oraz wątpliwości dotyczące właściwości

sądów. Przeanalizowano możliwość naruszenia praw konstytucyjnych, zasad ogólnych postępowania administracyjnego oraz zasady równości beneficjentów w zakresie ograniczenia środków odwoławczych w postępowaniu na powierzenie grantów.

Słowa kluczowe: ustawa wdrożeniowa, fundusze europejskie, granty, prawa konstytucyjne, zasady ogólne postępowania administracyjnego

Abstract

Procedure for entrusting grants in the light of the Implementation Act – selected issues

The article analyzes the provisions of “implementation acts” in the field of implementation of grant projects and projects for which grants were awarded, financed or co-financed from EU funds. The provisions of the Implementation Act of both the current 2021–2027 financial perspective and the already completed 2014–2020 financial perspective (under which the settlement of eligible costs of co-financed projects are still made) were analyzed. The methods of providing support were examined, the provisions of the appeal procedure in the call for proposals for grants were interpreted. The various parts of the article present the types of projects, with particular emphasis on grant projects and projects for which grants were awarded, and the procedures for selecting projects for co-financing with the extraordinary procedure for selecting grant providers and grant recipients. Doctrinal and juridical doubts regarding the possibility of submitting protests by grant recipients and doubts regarding the competence of courts were described. The possibility of violating constitutional rights, general principles of administrative proceedings and the principle of equality of beneficiaries in the scope of limiting the means of appeal in the procedure for awarding grants was analyzed.

Key words: implementation act, European funds, grants, constitutional rights, general rules of administrative proceedings

Angelika Maruszewska

mgr, Prokuratura Regionalna w Warszawie

orcid.org/0000-0001-7328-8453

angelika.maruszewska@op.pl

Systemy wykonania kary pozbawienia wolności a powrót do przestępstwa w zarysie prawnym i psychologicznym

Wprowadzenie

W świetle obowiązującej ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy¹ skazany powinien odbywać karę pozbawienia wolności w jednym z trzech systemów wykonywania kary. W art. 81 k.k.w. przedstawiono zamknięty katalog systemów wykonywania kary: system programowego oddziaływania, terapeutyczny oraz zwykły. Przepisy Kodeksu karnego wykonawczego nie przewidują wykonywania kary poza wyznaczonymi systemami.

Programy wymienionych wyżej systemów oparte są na założeniu efektywnego oddziaływania na osoby pozbawione wolności, zakładając dobrze postawioną diagnozę i dobranie odpowiedniego systemu wykonywania kary i środków oddziaływania. Proces diagnozy jest rozszerzony i włącza zakres i projektowanie określonego działania.

W literaturze wskazuje się, że niezbywalnym warunkiem właściwego oddziaływania systemów wykonywania kary pozbawienia

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 127, dalej jako: k.k.w.

wolności, a także przyszłej resocjalizacji i wyeliminowania zagrożenia powrotu do przestępstwa, jest prawidłowo dokonane rozpoznanie diagnostyczne². Jak słusznie wskazuje Z. Lasocik,

jeśli wykonanie kary ma mieć jakikolwiek sens, to trzeba to zrobić, uwzględniając indywidualne cechy więźnia i warunki społeczne, w których funkcjonuje. Skoro tak, to oczekujemy, że kara będzie wykonywana inaczej wobec mężczyzn niż wobec kobiet, inaczej wobec młodszych niż wobec starszych, inaczej wobec skazanych na 2 miesiące, a inaczej wobec skazanych na dożywocie, inaczej wobec pierwszy raz karanych – inaczej wobec recydywistów³.

Jeżeli chodzi o problem przestępczości zawodowej, to konsoliduje on z recydywą wielokrotną. Przestępcami zawodowymi nazywani są przestępcy, dla których popełnianie przestępstw stanowi główne źródło utrzymania. Zdefiniowanie celów kary jest istotne, gdyż wpływa ono na zadania i organizację administracji penitencjarnej, wyznaczenie indywidualnych kryteriów skuteczności wykonywania orzeczonej kary, zapobieganie szkodliwym wpływom skazanych zdemoralizowanych, zapewnienie skazanym bezpieczeństwa osobistego, a w późniejszym czasie na wyeliminowanie ryzyka powrotu do przestępstwa. Każda osoba, którą życiowe okoliczności sprowadziły na drogę przestępstwa, ma szansę zmiany życia pod warunkiem zastosowania indywidualnie dobranych pod kątem czynników kryminogennych, a także predyspozycji osobowościowych, metod resocjalizacji⁴.

Systemy wykonywania kary pozbawienia wolności

Karę pozbawienia wolności w systemie programowego oddziaływania odbywają przede wszystkim skazani młodociani, którzy nie

² E. Wysocka, *Diagnoza w resocjalizacji. Obszary problemowe i modele rozwiązań w ujęciu psychopedagogicznym*, Warszawa 2008, s. 13–15, 18.

³ Z. Lasocik, *Funkcjonowanie oddziałów dla tzw. „więźniów niebezpiecznych” w Polsce*, „Archiwum Kryminologii” 2009, t. 31, s. 314, za: K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, LEX/el 2020.

⁴ A. Jaworska, *Paradygmatyczne podstawy współczesnej resocjalizacji penitencjarnej*, [w:] eadem, *Resocjalizacja. Zagadnienia prawne, społeczne i metodyczne*, Kraków 2009, s. 137–148.

ukończyli 21. roku życia (art. 84 k.k.w.), jak również skazani dorośli, którzy po przedstawieniu im projektu programu oddziaływania wyrażają zgodę na współdziałanie w jego opracowaniu i wykonaniu (art. 95 § 1 k.k.w.)⁵. Na podstawie powyższego można wskazać, że resocjalizacja wobec skazanych stała się „ofertą” jednostki penitencjarnej, z której osadzony wcale nie musi skorzystać.

Kierowanie do systemu programowego oddziaływania, ustalenie indywidualnych programów oddziaływania na skazanego i dokonywanie ocen ich wykonywania należy do kompetencji komisji penitencjarnej (art. 76 k.k.w.). Podstawę omawianego systemu stanowi indywidualny program oddziaływania, który polega na dostosowaniu strategii i środków potrzebnych do wychowania osadzonego.

W programach oddziaływania ustala się zwłaszcza rodzaje zatrudnienia i nauczania skazanych, ich kontakty z rodziną i innymi osobami bliskimi, wykorzystywanie czasu wolnego, możliwości wywiązywania się z ciężących na nich obowiązków oraz inne przedsięwzięcia niezbędne do przygotowania skazanych do powrotu do społeczeństwa (art. 95 k.k.w.). Cechą charakterystyczną systemu programowego oddziaływania jest wzajemna współpraca kadry wychowawczej realizującej oddziaływanie penitencjarne i skazanego. Praca personelu wychowawczego zmierza do przemiany osobowości skazanego, a skazany aktywnie współdziała w opracowaniu i realizacji indywidualnego programu oddziaływania⁶. System programowego oddziaływania „rodzi nową wizję więzienia – prospołecznego, przygotowującego człowieka do wolności, nie bez jego woli, ale z jego aktywnym udziałem”⁷.

W literaturze przedmiotu ocenia się decyzję skierowania osadzonego do systemu terapeutycznego jako najważniejszą w zakresie rozstrzygnięć kształtujących sytuację osadzonego. Adresatami systemu terapeutycznego są skazani z niepsychotycznymi zaburzeniami psychicznymi, w tym skazani za przestępstwo określone w art. 197–203 k.k., popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych,

⁵ A. Nawój, *Wykonywanie kary pozbawienia wolności w systemie programowego oddziaływania*, Łódź 2007, s. 96–97.

⁶ K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 436–437.

⁷ A. Nawój, *Wykonywanie kary...*, *op. cit.*, s. 85–95.

upośledzeni umysłowo, a także uzależnieni od substancji psychoaktywnej oraz skazani niepełnosprawni fizycznie, wymagający oddziaływania specjalistycznego, zwłaszcza opieki psychologicznej, lekarskiej lub rehabilitacyjnej (art. 96 k.k.w.). Do omawianego systemu kieruje się także skazanych uzależnionych od alkoholu lub innych środków odurzających bądź psychotropowych po wyrażeniu przez nich zgody. Art. 96 § 3 k.k.w. traktuje, że jeżeli przemawiają za tym względy lecznicze i wychowawcze, w oddziale terapeutycznym mogą odbywać karę także inni skazani, za ich zgodą.

Dyskusyjny w tym zakresie jest problem wyrażania przez osadzonych zgody na odbywanie kary w systemie terapeutycznym, gdyż wydaje się to problemowe w momencie uwzględnienia motywacji do leczenia jako warunku efektywności i skuteczności odbywania kary pozbawienia wolności. W razie braku przedmiotowej zgody sąd penitencjarny na podstawie art. 117 k.k.w. może orzec obowiązek poddania się przez skazanego leczeniu lub rehabilitacji. Nadto wskazać należy, że po stronie jednostki penitencjarnej powstaje wówczas wiele zobowiązań, nie tylko w obszarze kosztów programu terapeutycznego, ale także jeżeli chodzi o zatrudnienia specjalistycznego personelu czy utworzenia w specjalistycznych oddziałach odpowiedniej liczby miejsc⁸.

Cechą charakterystyczną systemu terapeutycznego jest „przechodność” z uwagi na to, że skazani odbywają tylko część kary w ramach tego systemu. Po skończonej terapii osadzony kontynuuje odbywanie kary w granicach systemu zwykłego lub programowego oddziaływania⁹. Celem wykonywania kary pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym jest próba zapobiegnięcia pogłębianiu się patologicznych cech osobowości, przywrócenia równowagi psychicznej oraz kształtowania zdolności współżycia społecznego i przygotowania do samodzielnego życia (art. 97 w zw. z art. 67 k.k.w.) – co jest bardzo istotne z uwagi na zapobieganie ewentualnemu powrotowi do przestępstwa. Osiągnięcie celów określonych w art. 67 k.k.w. ma zapewnić wykonywanie kary pozbawienia wolności w systemie zwykłym. W tym systemie wykonuje się karę

⁸ A. Kwieciński, *Wykonywanie kary pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym*, Warszawa 2017, s. 99–100.

⁹ K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy...*, *op. cit.*, 2020.

wobec skazanych dorosłych, tj. skazanych, którzy ukończyli 21 lat, o ile nie odbywają oni kary w systemie terapeutycznym czy w systemie programowanego oddziaływania.

Metody resocjalizacyjno-wychowawcze, takie jak praca, nauczanie, zajęcia kulturowe i sportowe, a także utrzymywanie kontaktów ze światem zewnętrznym, i środki terapeutyczne są szczególnie ważne w warunkach izolacji więziennej. Wymienione środki oddziaływania na skazanego mają swoje źródło w art. 67 § 3 k.k.w. Do środków oddziaływań na skazanych można zaliczyć także proponowane w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2022 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowego wykonywania kary pozbawienia wolności¹⁰ nagrody, ulgi, kary dyscyplinarne, pomoc postpenitencjarną, jak również działalność duszpasterską.

W 2020 r. karę pozbawienia wolności w systemie zwykłym odbywało łącznie 14 984 osadzonych (w tym 10 015 recydywistów), w 2021 roku liczba ta wzrosła do 17 060 osób osadzonych (w tym 11 701 recydywistów). W 2022 roku liczba osadzonych odbywających karę pozbawienia wolności w systemie zwykłym sięgała 17 634 (w tym 12 084 recydywistów)¹¹.

Zgodę na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie oddziaływania programowego w 2020 r. wyraziło 12 542 osadzonych (w tym 6995 recydywistów), z kolei w 2021 r. zgodę wyraziło 12 427 osadzonych (w tym 6952 recydywistów). W 2022 r. zgodę na odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie oddziaływania programowego wyraziło 12 458 osadzonych (w tym 7130 recydywistów)¹².

Do systemu terapeutycznego w 2020 r. zostało skierowanych łącznie 3187 osadzonych (w tym 1840 recydywistów), a w 2021 r. liczba ta wyniosła 3665 osadzonych (w tym 2176 recydywistów). W 2022 r. do systemu terapeutycznego zostało skierowanych 3642 osadzonych (w tym 2163 recydywistów)¹³.

¹⁰ Dz.U. z 2022 r., poz. 2847.

¹¹ Dane statystyczne Służby Więziennej – stan na dzień 31.12.2020, 31.12.2021 i 31.12.2022, sw.gov.pl.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

Powrót do przestępstwa w znaczeniu kryminologicznym i psychologicznym

Terminem recydywy określanym jest powrót tego samego sprawcy do przestępstwa. Z tym powrotem prawo karne wiąże ujemne konsekwencje. Prawo karne z uwagi na określone kryteria wyróżnia recydywę kryminologiczną i penitencjarną oraz ogólną i specjalną¹⁴. Recydywa – w kontekście kryminologicznym – rozumiana jest jako sytuacja, w której sprawca powraca do działalności przestępczej, z kolei uzasadnieniem recydywy są przesłanki subiektywne odnoszące się do osoby sprawcy¹⁵.

Źródłem zachowań przestępczych jest brak kontroli sfery emocjonalno-popędowej, kierowanie się impulsami, brak wytrwałości w działaniu czy wadliwe mechanizmy działania struktur poznawczych¹⁶. W ramach recydywy ogólnej ujmuje się kontekst okoliczności, które są traktowane jako dyrektywy wymiaru kary, tj. „sposób zachowania się sprawcy”, „właściwości i warunki osobiste”, „sposób życia przed popełnieniem przestępstwa”¹⁷. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny¹⁸ przewiduje surowszą reakcję karną i uniemożliwia zastosowanie wobec recydywisty instytucji wyłączenia możliwości zastosowania warunkowego umorzenia postępowania karnego (art. 66 § 1 k.k.). Nadto przy zaistnieniu okoliczności kwalifikujących Kodeks karny umożliwia orzeczenie dożywotniego zakazu zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony albo dożywotnio (art. 41 § 1a k.k.) oraz umożliwia obligatoryjne orzeczenie dożywotniego zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych w przypadku ponownego skazania za wybrane przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w ruchu drogowym (art. 42 § 4 k.k.).

Jeżeli chodzi o recydywę specjalną, w myśl art. 64 k.k. wyróżnia się recydywę specjalną pojedynczą (§ 1) lub wielokrotną (§ 2).

¹⁴ M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023.

¹⁵ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2020, s. 396–397.

¹⁶ A. Gaberle, J. Błachut, K. Krajewski, *Kryminologia*, Gdańsk 2007, s. 113–115.

¹⁷ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne, op. cit.*, s. 397.

¹⁸ Tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1138, dalej jako: k.k.

W ramach recydywy specjalnej kara wobec sprawcy ukaranego za przestępstwo określonego rodzaju, który ponownie popełnił przestępstwo określonego rodzaju w określonym czasie po odbyciu określonej części uprzednio orzeczonej kary pozbawienia wolności, podlega fakultatywnemu lub obligatoryjnemu jej zaostrzeniu. Na marginesie wskazać należy, że w badaniach recydywy specjalnej zwraca się uwagę na okoliczności ponownego popełnienia czynu zabronionego, a także rodzaj przestępstwa, podłoże czasowe, jak również warunki osobiste sprawcy.

Recydywa specjalna zwykła ujęta została w art. 64 § 1 k.k., która zachodzi, gdy sprawca skazany za przestępstwo umyślne na karę pozbawienia wolności popełnia w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary umyślne przestępstwo podobne do przestępstwa, za które był już skazany. Recydywa specjalna wielokrotna (multirecydywa) określona w art. 64 § 2 k.k. zachodzi, gdy na sprawcy ciąży dwa wyroki skazujące za podobne przestępstwa umyślne i w ciągu 5 lat po odbyciu w całości lub części ostatniej kary popełnia ponownie umyślne przestępstwo, wówczas sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a może ją wymierzyć do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę.

Recydywa penitencjarna określona w art. 86 k.k.w. oznacza sytuację, gdy sprawca po raz kolejny odbywa karę pozbawienia wolności orzeczoną za umyślne przestępstwo lub wykroczenie niezależnie od tego, kiedy i w jakim zakresie odbył karę pozbawienia wolności orzeczoną poprzednio¹⁹. Powrót do przestępstwa z punktu widzenia psychologicznego ujmowany jest na podstawie sposobów myślenia sprawcy czynu zabronionego, a także jego zachowań oraz właściwości i warunków osobistych. Stany emocjonalne sprawcy przestępstwa są doświadczane w odpowiedzi na wydarzenia w jego otoczeniu lub w nim samym.

Doktryna wyróżnia kilka form zaburzeń myślenia przestępczego²⁰. Jedną z pierwszych form jest uśmierzanie: jest to usprawiedli-

¹⁹ T. Szymanowski, *Recydywa w Polsce. Zagadnienia prawa karnego, kryminologii i polityki karnej*, Warszawa 2010, s. 16–17.

²⁰ G.D. Walters, *Criminal thinking and recidivism. Meta-analytic evidence on the predictive and incremental validity of the Psychological Inventory of Criminal*

wianie własnej odpowiedzialności, które polega na przenoszeniu winy na innych, np. za ciężkie dzieciństwo, biedę czy złe towarzystwo. Kolejną formą jest odcięcie – czyli izolowanie się od odpowiedzialności skutkujące brakiem respektu wobec grożącej kary za popełniony czyn zabroniony. Następnie roszczeniowość (oznaczająca przyzwolenie działalności niezgodnej z normami prawnymi i społecznymi), sentymentalność (pozorującą niewinność i uczciwość jednostki) oraz hiperoptymizm (brak właściwej oceny skutków swoich zachowań), a w końcu indolencja poznawcza przez znużenie, leniwe myślenie, a także brak konsekwencji swojego działania²¹.

W literaturze przedmiotu istnieje pogląd, że podstawą psychologicznych koncepcji zachowań przestępczych prowadzących niejednokrotnie do powrotu do popełnienia przestępstwa jest agresja, która nie ulega rozładowaniu²². Zachowania agresywne łamią wszelkie podstawowe prawa człowieka, są przyczyną frustracji, przeżywania silnych emocji czy powstania urazów psychicznych. U podstaw większości psychologicznych koncepcji wyróżnia się także występujące konflikty, kompleksy, charakter relacji z obiektem oraz socjalizację²³. J. Siuta wyróżnia pięć czynników osobowości człowieka, którymi charakteryzują się w większości recydywiści powracający do zakładów karnych. Są to: neurotyczność, ekstrawersja, otwartość na doświadczenia, ugodowość i sumienność. Cechą charakterystyczną neurotyczności są: lęk, wrogość agresywna, nadmierny samokrytycyzm, impulsywność, nadwrażliwość, a także depresyjność. Ekstrawersję cechują asertywność, aktywność, poszukiwanie doznań. Cechy takie jak wyobraźnia, estetyka, działanie, wartości są cechami czynnika otwartości na doświadczenia. Ugodowość i sumienność cechują zaufanie, altruizm, obowiązkowość, rozwaga i samodyscyplina²⁴.

Thinking Styles (PICTS), „Aggression and Violent Behavior” 2012, vol. 17, iss. 3, s. 272–278.

²¹ M. Rode, *Style myślenia przestępczego Podstawy teoretyczne i diagnostyczne*, Warszawa 2013; *eadem*, *Czynniki ryzyka stylów myślenia przestępczego nieletnich*, „Polskie Forum Psychologiczne” 2014, t. 19, nr 2, s. 258–274.

²² K. Lorenz, *On Aggression*, trans. M. Kerr Wilson, London, 2005.

²³ E. Fromm, *Anatomia ludzkiej destruktywności*, tłum. J. Karłowski, Poznań 1999, s. 310–315.

²⁴ J. Siuta, *NEO-PI-R – Inwentarz Osobowości*, Warsaw: Pracownia Testów Psychologicznych Polskiego Towarzystwa Psychologicznego, Warszawa 2008, za:

Powracający do zakładów karnych niejednokrotnie odczuwają silne nieprzyjemne emocje, jakimi są czynniki napięć, frustracji czy przeżywania wzbudzających gniew sytuacji. Wówczas ocenie poddawane są warunki i właściwości osobiste sprawcy czynu zabronionego, przez co rozumie się cechy osobowości takie jak funkcjonowanie w kontaktach międzyludzkich, kwestie materialne, socjalne, zdrowotne i związane z tym stany emocjonalne.

Na kanwie powyższego wskazać należy, że najczęściej odnotowanymi cechami charakterystycznymi osób powracających do przestępstwa są: uogólniona wrogość wobec otoczenia, wściekłość i agresywność (nie tylko w stanie nietrzeźwości), konflikty z najbliższym otoczeniem, odczucie drażliwości, wybuchowość, impulsywność w działaniu, szybkie zniecierpliwienie się przy pokonywaniu trudności, niedojrzałość emocjonalna, niezdolność do okazywania uczuć, niezrównoważenie o charakterze nerwicowym, ale także symptomy neurotyczne, tj. lęk, stres, gniew, przerażenie, zaburzenia snu czy poczucie winy²⁵. Trudno jednak wyznaczyć wymiar czy normy opisanych wyżej intensywności emocji z uwagi na duże różnice indywidualne pomiędzy recydywistami.

Analiza statystyczna zjawiska przestępczości powrotnej

W 2020 r. w Polsce karę pozbawienia wolności odbywało 84 328 osadzonych. Ponad 40%, bo aż 34 223 osoby (w tym kobiety i młodociani), to recydywiści. Z kolei w 2021 r. w Polsce karę pozbawienia wolności odbywało 84 966 osadzonych, w tym ponad 43%, czyli aż 37 246, to recydywiści (w tym kobiety i młodociani). W 2022 r. w Polsce karę pobawienia wolności odbywało 85 010 osadzonych, w tym 44%, czyli aż 37 550 osób, to recydywiści (w tym kobiety i młodociani)²⁶.

Jak wskazują statystyki Służby Więziennej, na przestrzeni trzech lat odnotowano wzrost liczby recydywistów o ponad 3 tys. Do zakładów karnych w 2021 r. w związku z art. 64 § 1 k.k. powróciło

W. Strus, J. Ciecuch, *Kołowy model struktury cech osobowości w ujęciu Lewisa Goldberga*, „Studia Psychologica” 2011 nr 11(2), s. 65–93.

²⁵ Badania własne, 2020–2021, Prokuratura Okręgowa w Gliwicach.

²⁶ Dane statystyczne Służby Więziennej, *op. cit.*

aż 16 970 skazanych, natomiast 4466 osób zostało skazanych na podstawie art. 64 § 2 k.k. Statystyki wskazują, że skazanych odbywających zasadniczą karę pozbawienia wolności po raz drugi było 20 618 osób, po raz trzeci 9673, po raz czwarty i więcej – łącznie około 7 tys. osób.

W 2022 r. w związku z art. 64 § 1 k.k. do zakładów karnych powróciło 17 286 skazanych, 4394 skazanych zostało skazanych na podstawie art. 64 § 2 k.k. Statystyki wskazują, że skazanych odbywających zasadniczą karę pozbawienia wolności po raz drugi było 20 365 osób, po raz trzeci 9904, po raz czwarty i więcej – łącznie ponad 7 tys. osób²⁷.

Po opuszczeniu zakładu karnego sytuacja osadzonych jest dość trudna. Byłym osadzonym towarzyszy wiele dylematów życiowych, zmienia się stosunek do ludzi, zmieniają się poglądy. Odnotowuje się trudności w znalezieniu pracy, dostępie do opieki zdrowotnej czy w ponownym odnalezieniu się w środowisku wolnościowym²⁸.

Podsumowanie i kierunki przyszłych analiz

„Więzienie nie jest miejscem przyjaznym człowiekowi i stwarzającym warunki niezbędne do jego wszechstronnego rozwoju fizycznego, psychicznego i społecznego”²⁹, a jednak mimo tego bardzo wielu opuszczających zakłady karne powraca do przestępstwa, czego skutkiem jest powrót do zakładu karnego.

Analizując badania własne oraz dane statystyczne Służby Więziennej, stwierdzić należy, że wobec recydywistów powinno stosować się odmienne i wyspecjalizowane techniki resocjalizacyjne, aby zapobiegać powrotom do przestępczości. Punktem wyjścia powinna być trafna ocena stanu psychicznego skazanego, czyli tzw. diagnoza dokonywana w momencie przyjęcia osadzonego do zakładu karnego oraz ocena zmotywowania osadzonego do pracy nad samym sobą przez wskazanie propozycji współdziałania w jednym

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Badania własne, *op. cit.*

²⁹ S. Musioł, *Negatywne aspekty kary pozbawienia wolności*, „Probacja” 2013, nr 4, s. 155–171.

z trzech systemów wykonywania kary. Podejmując diagnozę jednostki osadzonej w zakładzie karnym, należy mieć świadomość, że wszelkie zachowanie i czyny popełnione przez osadzonego są efektem wielu doświadczeń i różnych umiejętności podejmowanych działań. Diagnoza w jednostce penitencjarnej nie jest łatwym procesem, ale dzięki właściwej ocenie i odpowiednio dobranym programie systemów wykonywania kar pozbawienia wolności jest szansa na resocjalizację osadzonego, a co za tym idzie – na refleksję nad swoim życiem i niechęcią do powrotu do popełnienia przestępstwa. Nie ma bowiem całkowitego braku możliwości oddziaływania na zmianę człowieka osadzonego w zakładzie karnym, są nieprzemysłane działania penitencjarne, a także problem przeludnienia zakładów karnych³⁰.

Można przyjąć również, że tuż przed opuszczeniem zakładu karnego przez osadzonego pożądana jest współpraca Służby Więziennej z innymi instytucjami, takimi jak urzędy pracy, fundacje i stowarzyszenia postpenitencjarne, a także współpraca z kuratorami czy opieką społeczną w celu zapobiegania ponownej przestępczości osadzonych.

Należy pamiętać, że nasze społeczeństwo stanowią również osadzeni i byli więźniowie, dlatego ważne jest nawiązywanie współpracy i udzielanie pomocy, która będzie podstawą reformy w przeciwdziałaniu przestępczości.

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1138).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (tekst jedn.: Dz.U. z 2023 r., poz. 127).

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2022 r. w sprawie regulaminu organizacyjno-porządkowy wykonywania kary pozbawienia wolności (tekst jedn.: Dz.U. z 2022 r., poz. 2847).

³⁰ M. Marczak, *Resocjalizacyjne programy penitencjarne realizowane przez Służbę Więzienną w Polsce*, Kraków 2009.

Literatura

- Budyn-Kulik M., *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, Lex/el. 2023.
- Dąbkiewicz K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Lex/el 2020.
- Dąbkiewicz K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Fromm E., *Anatomia ludzkiej destruktywności*, tłum. J. Karłowski, Poznań 1999.
- Gaberle A., Błachut J., Krajewski K., *Kryminologia*, Gdańsk 2007.
- Jaworska A., *Paradygmatyczne podstawy współczesnej resocjalizacji penitencjarnej*, [w:] eadem, *Resocjalizacja. Zagadnienia prawne, społeczne i metodyczne*, Kraków 2009, s. 137–148.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, Warszawa 2020.
- Kwieciński A., *Wykonywanie kary pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym*, Warszawa 2017.
- Lorenz K., *On Aggression*, trans. M. Kerr Wilson, London 2005.
- Marczak M., *Resocjalizacyjne programy penitencjarne realizowane przez Służbę Więzienną w Polsce*, Kraków 2009.
- Musioł S., *Negatywne aspekty kary pozbawienia wolności*, „Probacja” 2013, nr 4, s. 155–171.
- Nawój A., *Wykonywanie kary pozbawienia wolności w systemie programowego oddziaływania*, Łódź 2007.
- Rode M., *Czynniki ryzyka stylów myślenia przestępczego nieletnich*, „Polskie Forum Psychologiczne” 2014, t. 19, nr 2, s. 258–274.
- Rode M., *Style myślenia przestępczego. Podstawy teoretyczne i diagnostyczne*, Warszawa 2013.
- Strus W., Ciecuch J., *Kołowy model struktury cech osobowości w ujęciu Lewisa Goldberga*, „Studia Psychologica” 2011, nr 11(2), s. 65–93.
- Szymanowski T., *Recydywa w Polsce. Zagadnienia prawa karnego, kryminologii i polityki karnej*, Warszawa 2010.
- Walters G.D., *Criminal thinking and recidivism: Meta-analytic evidence on the predictive and incremental validity of the Psychological Inventory of Criminal Thinking Styles (PICTS)*, „Aggression and Violent Behavior” 2012, vol. 17, iss. 3, s. 272–278.
- Wysocka E., *Diagnoza w resocjalizacji. Obszary problemowe i modele rozwiązań w ujęciu psychopedagogicznym*, Warszawa 2008.

Inne

- Badania własne, 2020–2021, Prokuratura Okręgowa w Gliwicach.
- Dane statystyczne Służby Więziennej – stan na dzień 31.12.2020, 31.12.2021 i 31.12.2022, sw.gov.pl.

Streszczenie

Systemy wykonania kary pozbawienia wolności, a powrót do przestępstwa w zarysie prawnym i psychologicznym

Kara pozbawienia wolności ma zawierać pełną dolegliwość wyrażającą potępienie dla popełnionych czynów zabronionych. Kodeks karny wykonawczy wskazuje, że celem kary pozbawienia wolności jest wzbudzanie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanых postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymania się od powrotu do przestępstwa, a co za tym idzie – zapobiegnięcie powrotu do przestępstwa. Zasadniczym zadaniem jest przygotowanie skazanego do życia na wolności, kształtowanie jego odpowiedzialności za czyny, a także woli współdziałania na rzecz jego readaptacji społecznej.

Z uwagi na powyższe ustawodawca wprowadził do Kodeksu karnego wykonawczego instytucję trzech systemów wykonywania kary i tym samym przyznał wysoki stopień problematyce oddziaływań podejmowanych w trakcie wykonywania kary pozbawienia wolności, dodatkowo ją akcentując w nadanej każdemu systemowi nazwie.

W niniejszym opracowaniu posłużono się analizą danych statystycznych wynikających z prowadzonych badań własnych oraz literaturą przedmiotu w zakresie omówienia systemów wykonywania kary pozbawienia wolności oraz ich wpływu powrotność do przestępstwa. Co powoduje, że skazani po odbyciu kary pozbawienia wolności decydują się na powrót do przestępstwa? Czy rzeczywiście dobrze dobrany system wykonywania kary pozbawienia wolności pozwoli zapobiec ryzyku powrotu do przestępstwa?

Słowa kluczowe: system wykonywania kary, system oddziaływania penitencjarnego, system zwykły, system terapeutyczny, osadzony w zakładzie karnym, powrót do przestępstwa, recydywa

Abstract

Systems of execution of the penalty of imprisonment, and return to crime in legal and psychological outline

The penalty of imprisonment is to contain a full ailment expressing condemnation for the committed prohibited acts. The Executive Penal

Code indicates that the purpose of imprisonment is to “arouse in the convict the will to cooperate in shaping his socially desirable attitudes, in particular the sense of responsibility and the need to comply with the legal order and thus refrain from returning to crime”, and thus – preventing recidivism. The main task is to prepare the convict for life in freedom, shaping his responsibility for his actions, as well as the will to cooperate for his social readaptation.

In view of the above, the legislator introduced the institution of three punishment enforcement systems into the Executive Penal Code and thus gave a high degree to the issue of interactions undertaken during the execution of a penalty of imprisonment, additionally emphasizing it in the name given to each system. This study uses the analysis of the resulting statistical data from own research and literature on the subject in the scope of discussing the systems of execution of the penalty of imprisonment and their impact on recidivism. What causes convicts to return to crime after serving a sentence of imprisonment? Will a well-chosen system of serving a prison sentence really prevent the risk of recidivism?

Key words: punishment execution system, penitentiary impact system, ordinary system, therapeutic system, incarcerated in prison, return to crime, recidivism

**RECENZJE •
SPRAWOZDANIA • VARIA**

**Book Reviews
Reports • Varia**

Rafał Adamus

prof. dr hab., Uniwersytet Opolski
orcid.org/0000-0003-4968-459X
radamus@uni.opole.pl

Modernizacja umowy kontraktacji, wprowadzenie tzw. depozytu rolniczego, zachęta do tworzenia rolniczych giełd internetowych – propozycje *de lege ferenda*

Wprowadzenie

Niniejsze opracowanie przedstawia projekt zmian przepisów prawa cywilnego celem ochrony interesów producentów rolnych w trzech głównych obszarach: propozycja modernizacji umowy kontraktacji; wprowadzenie nowej instytucji, jaką jest tzw. depozyt rolniczy; wreszcie stworzenie zachęt dla tworzenia internetowych giełd rolniczych.

Umowa kontraktacji¹ jest uregulowana w Kodeksie cywilnym, stąd wszelkie zmiany w tej materii wymagają poważnej debaty.

¹ Zob. np. A. Stelmachowski, *Kontraktacja*, Katowice 1965, *passim*; *idem*, *Kontraktacja produktów rolnych*, Warszawa 1960, *passim*, *idem*, *Zagadnienia prawne kontraktacji*, „Państwo i Prawo” 1954, nr 7–8, s. 76 i n. Tematyka umów o wytworzenie i dostarczenie produktów rolnych jest przedmiotem analiz UNIDROIT w dokumencie pn. *Legal guide on contract farming*, Rome 2015, s. 1 i n., [unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Contract-farming-legal-guide.pdf](https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Contract-farming-legal-guide.pdf) [dostęp: 12.12.2023]. Określa on uniwersalne rekomendacje UNIDROIT co do kształtowania praw i obowiązków stron takich umów – począwszy od etapu negocjacji, przez wykonywanie kontraktu i jego rozwiązywanie. Modelowe rozwiązania UNIDROIT nie mogą prowadzić do naruszania właściwych przepisów *iuris cogentis*.

Umowa kontraktacji ma istotne znaczenie dla gospodarki państwa. W wyniku jej realizacji dochodzi do wytworzenia produktów rolnych niezbędnych dla funkcjonowania społeczeństwa. Przepisy ustawy przy uregulowaniu praw i obowiązków stron umowy powinny uwzględniać okoliczność, że wytwarzanie na sprzedaż produktów rolnych wiąże się ze szczególnym ryzykiem agrobiologicznym (rozumianym jako biologiczny cykl wytwarzania)² producenta rolnego. Ze społecznego i gospodarczego punktu widzenia prawidłowe funkcjonowanie umowy kontraktacji ma istotne znaczenie.

W Polsce uregulowano umowę kontraktacji w Kodeksie cywilnym, który wszedł w życie 1 stycznia 1965 r. Obecnie konstrukcja ta jest przestarzała z uwagi na takie oczywiste okoliczności jak zmiana ustroju gospodarczego w Polsce z socjalistycznego na ustrój gospodarki wolnorynkowej, funkcjonowanie gospodarstw rolnych w ramach tzw. dopłat do gospodarki rolnej Unii Europejskiej, zmiana struktury własnościowej gospodarstw rolnych, duża aktywność grup spekulacyjnych na rynku produktów rolnych, zmiana wielkości gospodarstw rolnych. Dalej można powołać się na takie zdarzenia jak tzw. stepowienia w efekcie przeprowadzonych prac melioracyjnych w Polsce, a tym samym zjawisko strukturalnej suszy czy coraz częstsze skrajne zjawiska pogodowe, takie jak gradobicia, ulewy czy podtopienia. Usprawnienia komunikacyjny mają taki efekt uboczny jak łatwy transfer epidemii zwierzęcych i roślinnych. W warunkach zakłócenia globalnych dostaw produktów rolnych, z uwagi na wydarzenia geopolityczne, poprawna legislacja odnosząca się do umowy kontraktacji nabiera istotnego znaczenia. W wymiarze globalnym powstały dokumenty, które mają istotne znaczenie dla umowy kontraktacji. Na świecie dostrzega się kluczową rolę rolnictwa w zapewnieniu wyżywienia jednostek ludzkich, a także narastające trudności prowadzeniu działalności rolnej.

Depozyt rolniczy i ustawowa zachęta do tworzenia rolniczych giełd internetowych to koncepcja nowej przestrzeni prawnej w interesie producentów rolnych.

² D. Łobos-Kotowska, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, *Zobowiązania. Część szczególna (art. 535–764^o)*, red. M. Habdas, M. Frasz, Warszawa 2018, s. 196.

W dalszej części niniejszego opracowania zostanie zaprezentowany (1) projekt uzasadnienia ustawy i (2) projekt treści ustawy.

Projekt uzasadnienia ustawy

Celem projektowanej ustawy jest wprowadzenie instrumentów ochrony prawnej w interesie producentów rolnych, w szczególności będących osobami fizycznymi. Rolnictwo należy do strategicznych dziedzin gospodarki, w szczególności w obecnej sytuacji geopolitycznej. Z tej przyczyny Rzeczpospolita Polska powinna zagwarantować ochronę prawną producentom rolnym, a zwłaszcza tym, którzy są osobami fizycznymi. Cel ten można osiągnąć za pomocą wielu środków. Niniejszy projekt jest tylko jednym z nich. Projekt ustawy realizuje ten zamysł w drodze odpowiedniego ukształtowania instrumentów prawa cywilnego. Ów cel realizowany jest na następujących płaszczyznach.

Po pierwsze, projekt realizuje cel ochrony producentów rolnych przez stworzenie nowej instytucji depozytu rolniczego. Depozyt rolniczy stanowi szczególnego rodzaju zabezpieczenie, skuteczne względem osób trzecich. Depozyt rolniczy ma na celu umożliwienie rolnikom pozyskanie finansowania z banku (banku państwowego, banku komercyjnego czy banku spółdzielczego) albo spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w pewien sposób podobny (jeżeli chodzi o mechanizm ekonomiczny) do pozyskiwania finansowania w drodze faktoringu przez przedsiębiorców.

Można było zaobserwować następującą niekorzystną dla producentów rolnych praktykę: jeżeli producenci rolni zbywali płody rolne bezpośrednio po zbiorach, to z reguły otrzymywali znacznie niższe ceny, niż gdyby zawarli umowę sprzedaży dopiero w jakiś czas po zbiorach. Niestety z uwagi na brak środków pieniężnych producenci rolni są zmuszani przez okoliczności – związane z potrzebą jak najszybszego dostępu do pieniądza – do być może przedwczesnego zbywania swoich wyprodukowanych płodów rolnych. Tym samym są narażeni na zawieranie transakcji w tzw. dołkach cenowych. Na istniejącej sytuacji korzystają pośrednicy finansowi, którzy nie ponoszą nakładów na produkcję rolną ani nie są dotknięci ryzykiem jej

niepowodzenia. Skupują za tanie pieniądze płody rolne od producentów rolnych, aby je później sprzedać z dużym zyskiem.

Intencją projektu nie jest jednak ani skłanianie producentów rolnych do spekulacji, ani nie jest jego intencją ograniczanie działalności gospodarczej pośredników w skupie produktów rolnych. Intencją projektu jest danie rolnikom-producentom rolnym możliwości wyboru dzięki wprowadzeniu instrumentu prawnego, który po adaptowaniu go przez podmioty finansujące dałby producentom rolnym wcześniejszy dostęp do pieniądza. Producent rolny mógłby dzięki temu uzyskać finansowanie i sprzedać swoje produkty rolne bez presji czasu.

Producent rolny – jak to przewiduje projekt – mógłby otrzymać finansowanie pod zabezpieczenie faktycznie zebranych i prawidłowo przechowywanych płodów rolnych. Celem uzyskania finansowania producent rolny musi złożyć oświadczenie o utworzeniu depozytu rolniczego i zawrzeć umowę o finansowanie. Oświadczenie producenta rolnego o utworzeniu depozytu musi nosić datę pewną. Jest ono skuteczne dopiero z chwilą zawarcia umowy o finansowanie nawiązującą do tego depozytu rolniczego. Depozyt rolniczy został skonstruowany w taki sposób, aby chronić interesy podmiotu finansującego w stosunku do wierzycieli producenta rolnego. Producent rolny powinien w optymalnym dla niego okresie sprzedać przedmiot depozytu rolnego i o tym fakcie powiadomić podmiot finansujący. W przypadku braku sprzedaży przedmiotu depozytu rolniczego przez producenta rolnego w ustalonym przez stronę terminie podmiot finansujący uzyska szczególne uprawnienia. Dzięki tej regulacji producenci rolni powinni uzyskać instrument dla pozyskiwania finansowania na podstawie zabezpieczeń, jakim są zebrane płody rolne. Jednocześnie projekt nowelizuje ustawę o zastawie rejestrowym, tak aby jednoznacznie przesądzić, że zastaw rejestrowy może być także ustanowiony na zebranej produkcji rolnej.

Po drugie, celem poszerzenia możliwości zbytu produktów rolnych polskich producentów rolnych ustawodawca zachęca do dobrowolnego tworzenia przez izby gospodarcze, izby rolnicze, przedsiębiorców internetowych giełd rolniczych umożliwiających poszukiwanie nowych rynków zbytu dla polskich producentów rolnych. Projekt zakłada, że prowadzący giełdy rolnicze będą mogli

dopuszczać do obrotu giełdowego za pośrednictwem stworzonej przez siebie platformy: (a) nabywców towarów zweryfikowanych, (b) jak i niezwyfikowanych co do ich możliwości płatniczych. Projekt nie przewiduje wprowadzenia żadnych szczegółowych regulacji dotyczących funkcjonowania internetowej giełdy towarów rolnych, poza przypisami wprowadzonymi na wzór regulacji obowiązującej w obrocie konsumenckim.

Po trzecie, projekt wprowadza istotnie zmienioną regulację umowy kontraktacji. Dotychczasowa treść regulacji umowy kontraktacji spotyka się z zarzutem, że powstała w zupełnie innych warunkach ustrojowych, przy innej strukturze gospodarstw rolnych, przy innej polityce państwa do indywidualnego rolnictwa, w innych warunkach hydrologicznych i pogodowych. Zgodnie z projektem umowa kontraktacji zawiera zobowiązanie producenta rolnego do wyprodukowania produktów rolnych, o ile nie przeszkodzą temu obiektywne okoliczności dotyczące warunków agrobiologicznych, hydrologicznych, pogodowych i innych. Schemat świadczenia producenta rolnego z umowy kontraktacji składa się z dwóch elementów: wytworzenia produktów rolnych i dostarczenia ich kontraktującemu. Schemat świadczenia charakterystycznego producenta rolnego konstrukcyjnie przypomina schemat świadczenia dostawcy.

Zgodnie z art. 605 k.c. dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy i ich dostarczenia odbiorcy. Zasadnicza różnica tkwi jednak w sile sprawczej wytworzenia przedmiotu świadczenia. Wytworzenie produktów rolnych, które są przedmiotem świadczenia producenta rolnego, wymaga (ujmując to w pewnym uproszczeniu) dwóch elementów sprawczych o różnej intensywności: po pierwsze odpowiedniego zachowania człowieka (m.in. użycia odpowiednich maszyn i środków zgodnie z kulturą rolną, np. nasadzenia, nawożenia, nawodnienia itp.) i – po drugie – kluczowego udziału sił przyrody (jest to udział *sine qua non*). Przy czym wytworzenie przedmiotu dostawy może również wymagać pewnych elementów sił przyrody (zakładu wprawianego w ruch za pomocą sił przyrody). Niemniej nadal oba przypadki, tzn. wytworzenie produktu rolnego i wytworzenie przedmiotu dostawy różni intensywność wpływu sił przyrody na wytworzenie przedmiotu świadczenia. Działanie sił przyrody

przy wytworzeniu produktu rolnego jest przewidywalne. Przy założeniu normalnego działania sił przyrody można się umówić co do uzyskania określonych wielkości produktów rolnych. Niemniej anomalie w działaniu sił przyrody – niespowodowane przez producenta rolnego – mogą jednak uniemożliwić finalne spełnienie umówionego świadczenia. Przy czym producent rolny może nie mieć możliwości spełnienia świadczenia w całości albo może nie mieć możliwości spełnienia świadczenia w określonej jakości i/lub ilości. W dotychczasowej praktyce często się zdarzało, że producenci rolni byli niesłusznie obciążani karami umownymi za niespełnienie kryterium ilościowego dostaw, w sytuacji gdy plony były wynikiem okoliczności od nich niezależnych. Nowa treść regulacji ma podkreślać, że produkcja rolna jest możliwa, o ile nie przeszkodzi temu okoliczności niezależne od producenta rolnego.

Umowa kontraktacji powinna być zawarta w formie pisemnej, elektronicznej lub dokumentowej. Umowa kontraktacji może przewidywać szczegółowe zasady produkcji z uwzględnieniem potrzeb rolnictwa ekologicznego i rolnictwa jakościowego. Projekt zmienia dotychczasowe zasady ponoszenia ryzyka związanego z udzieleniem zaliczek i dodatkowych świadczeń dla producenta rolnego. Dotychczasowa regulacja cały ciężar niepowodzenia produkcji rolnej składała na barki producenta rolnego. Według projektu, o ile umowa kontraktacji przewiduje zaliczki i świadczenie dodatkowe, to w przypadku obiektywnej okoliczności uniemożliwiającej wykonanie umowy producent rolny nie będzie obowiązany do zwrotu prawidłowo wykorzystywanych zaliczek i świadczeń dodatkowych udzielonych przez kontaktującego. Z uwagi na znaczne zmiany przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie umowy sprzedaży – przy konstruowaniu odpowiedzialności za wady – projekt w sposób samodzielny reguluje zagadnienie rękojmi za wady przy umowie kontraktacji.

Dla wygody producentów rolnych będących osobami fizycznymi projekt przewiduje ustalenie przez Ministra Sprawiedliwości w drodze rozporządzenia ogólnych warunków umowy kontraktacji. Intencją projektu nie jest ograniczenie autonomii woli stron umowy kontraktacji, ale wprowadzenie możliwości posłużenia się przez producenta rolnego, za zgodą kontraktującego, rekomendowanymi

ogólnymi warunkami umowy kontraktacji. Projekt w żadnym wypadku nie formułuje obowiązku stosowania ogólnych warunków umowy kontraktacji przez strony. Projekt zakłada mechanizm przeciwny: to obie strony muszą podjąć decyzję o włączeniu ogólnych warunków umowy kontraktacji do stosunku prawnego pomiędzy nimi.

Producenci rolni najczęściej sami nie dysponują własnymi wzorami kontraktów i raczej bazują w tej kwestii na formularzach umownych opracowanych przez kontaktujących. Ogólne warunki umowy kontraktacji mają zatem pomóc producentowi rolnemu w prawidłowym ułożeniu stosunku prawnego, jak również mają spełniać funkcje edukacyjne. Z racji: (a) dyspozytywnego charakteru ogólnych warunków umowy kontraktacji, (b) ustalenia ich treści nie przez stronę stosunku prawnego, ale w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy, projekt przewiduje, że obie strony muszą wyrazić zgodę na włączenie treści ogólnych warunków umowy kontraktacji do stosunku prawnego między nimi. Ogólne warunki umowy kontraktacji wskazane w rozporządzeniu wykonawczym mogą zawierać postanowienia dotyczące w szczególności: standardowych praw i obowiązków producenta rolnego i kontraktującego; rozkładu ryzyka zgodnie z przepisami ustawy; możliwości przedłużenia umowy na dalsze okresy; wykonania uprawnienia kształtującego celem doprowadzenia do ustania stosunku prawnego; limitów w przypadku przewidzenia kar umownych; wyłączenia możliwości zapłaty producentowi rolnemu w drodze potrącenia; wyboru prawa polskiego jako właściwego w przypadku występowania tzw. elementu obcego; jurysdykcji sądów polskich; właściwości sądu wyznaczonego według siedziby gospodarstwa rolnego.

Projekt ustawy

U S T A W A

z dnia

**o depozycie rolniczym, internetowych giełdach rolniczych,
zmianie Kodeksu cywilnego i zmianie niektórych innych ustaw****Rozdział 1.
Postanowienia ogólne****Art. 1.** Ustawa określa:

zasady ustanawiania depozytu rolniczego przez producenta rolnego i zawierania na jego podstawie umowy o finansowanie pomiędzy producentem rolnym a podmiotem finansującym;
niektóre zasady tworzenia internetowych giełd rolniczych;
zmiany w niektórych przepisach dotychczasowych w celu lepszego ochrony interesów producentów rolnych.

Art. 2. Określenia użyte w ustawie oznaczają:

producent rolny – producenta rolnego, o którym mowa w art. 2 ustawy z dnia 15 września 2000 r. o grupach producentów rolnych i ich związkach oraz o zmianie innych ustaw (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1145);

podmiot finansujący – bank w rozumieniu art. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 2488) i spółdzielczą kasę oszczędnościowo-kredytową w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1278);

gospodarstwo rolne – gospodarstwo rolne w rozumieniu art. 55³ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610);

internetowa giełda rolnicza – usługa korzystająca z oprogramowania, w tym ze strony internetowej, z części strony internetowej lub aplikacji, w ramach której umożliwia się producentom rolnym zawieranie z innymi przedsiębiorcami (nabywcami) umów na

odległość w związku z prowadzonym przez nich gospodarstwem rolnym;

organizator internetowej giełdy rolniczej – w szczególności izba rolnicza, izba gospodarcza, przedsiębiorca, który tworzy, obsługuje internetową giełdę rolniczą, dostarcza rolnikom internetową platformę handlową lub umożliwia korzystanie z tej platformy.

Rozdział 2. **Depozyt rolniczy**

Art. 3. 1. Deponentem depozytu rolniczego jest producent rolny prowadzący gospodarstwo rolne, a depozytariuszem depozytu rolniczego jest podmiot finansujący.

2. Przechowawcą depozytu rolniczego jest deponent albo osoba trzecia, na którą wyrazi zgodę depozytariusz.

Art. 4. 1. Celem uzyskania od podmiotu finansującego finansowania działalności gospodarstwa rolnego producent rolny może utworzyć depozyt rolniczy.

2. Depozytem rolniczym jest odpowiednio wydzielone mienie, będące własnością producenta rolnego, stanowiące faktycznie zebrane produkty rolne, oznaczone przynajmniej co do ich rodzaju, daty i miejsca zebrania, ilości i jakości (oznaczenie przedmiotu depozytu rolniczego), przechowywane w odpowiednich do tego warunkach, celem ich późniejszej sprzedaży.

Art. 5. 1. Depozyt rolniczy tworzony jest na podstawie oświadczenia producenta rolnego, które staje się skuteczne z chwilą zawarcia, na jego podstawie, umowy o finansowanie pomiędzy deponentem a depozytariuszem.

2. Niedopuszczalne jest utworzenie depozytu rolniczego przez producenta rolnego:

po ogłoszeniu jego upadłości;

jeżeli czyniłoby to niemożliwym zadośćuczynienie wcześniejszemu roszczeniu osoby trzeciej, a w szczególności wynikającego z umowy kontraktacji.

3. Oświadczenie o utworzeniu depozytu rolniczego określa przynajmniej: przedmiot depozytu rolniczego, sposób i miejsca

przechowywania, maksymalny czas przechowywania nie dłuższy niż 9 miesięcy, wskazanie najpóźniejszej daty z nadejściem której depozyt rolniczy ulega rozwiązaniu z mocy prawa (data końcowa depozytu rolniczego) i jeżeli to dotyczy, osobę trzecią, która będzie przechowawcą. Producent rolny składa oświadczenie o braku przeszkód do ustanowienia depozytu rolniczego, o których mowa w ust. 2.

4. Producent rolny składa oświadczenie na formularzu udostępnionym mu przez podmiot finansujący.

5. Oświadczenie producenta rolnego o utworzeniu depozytu rolniczego wymaga formy pisemnej z datą pewną pod rygorem nieważności.

Art. 6. 1. Depozyt rolniczy jest przechowywany na własny koszt i ryzyko producenta rolnego. Deponent odpowiada za zachowania osoby trzeciej będącej przechowawcą jak za własne zachowania.

2. Deponent ani osoba trzecia nie może bez zgody depozytariusza zmienić miejsca przechowywania depozytu rolniczego, chyba że działa w celu zapobieżenia grożącej szkodzi.

3. W przypadku zmiany miejsca przechowywania depozytu rolniczego bez zgody depozytariusza deponent odpowiada także za jego przypadkową utratę.

Art. 7. Po utworzeniu depozytu rolniczego, niezwłocznie po zawarciu umowy o finansowanie, podmiot finansujący dokonuje wypłaty, na rachunek bankowy producenta rolnego, prowadzony albo utworzony u depozytariusza, określonej w umowie kwoty nie niższej niż 75% ceny średniej ceny rynkowej skupu płodu rolnego, stanowiącego przedmiot depozytu rolniczego, z określonego przez strony w umowie dnia utworzenia depozytu rolniczego lub z dnia zawarcia umowy o finansowanie lub z innej daty, lub dat przypadających na 14 dni przed zawarciem umowy o finansowanie.

Art. 8. Przedmiot depozytu rolniczego, będący własnością producenta rolnego, od chwili zawarcia na jego podstawie umowy o finansowanie aż do daty końcowej depozytu rolniczego:

nie podlega zajęciu, egzekucji, przymusowemu obciążeniu;

nie wchodzi do masy upadłości, do masy sanacyjnej, do masy układowej producenta rolnego.

Art. 9. 1. Przedmiot depozytu rolniczego podlega sprzedaży przez producenta rolnego przed datą końcową depozytu rolniczego, w ramach jednej lub wielu czynności prawnych, po złożeniu podmiotowi finansującemu oświadczenia o całkowitym lub częściowym rozwiązaniu depozytu rolniczego w celu sprzedaży, zawierającym przynajmniej określenie kupującego, rodzaju i ilości przedmiotu sprzedaży, ceny, na formularzu udostępnionym przez podmiot finansujący.

2. Sprzedaż przedmiotu depozytu rolniczego może nastąpić wyłącznie za pośrednictwem rachunku prowadzonego przez podmiot finansujący.

3. Wydanie przedmiotu depozytu rolniczego kupującemu i przejście na kupującego prawa własności przedmiotu tego depozytu może nastąpić tylko na podstawie pisemnego oświadczenia podmiotu finansującego o uznaniu rachunku ustaloną ceną sprzedaży.

4. Na wierzytelności producenta rolnego z tytułu sprzedaży przedmiotu depozytu rolniczego podmiotowi finansującemu przysługuje ustawowe prawo zastawu.

5. Podmiot finansujący ma pierwszeństwo zaspokojenia przed wierzycielami producenta rolnego zarówno co do kwot wypłaconych producentowi rolnemu z chwilą utworzenia depozytu rolniczego, jak i co do kwot stanowiących umówione wynagrodzenie depozytariusza, o ile zajęcie wierzytelności z tego rachunku nie nastąpiło przed złożeniem oświadczenia przez producenta rolnego o utworzeniu depozytu rolniczego.

Art. 10. Wynagrodzenie podmiotu finansującego, ustalone w umowie, a w szczególności suma opłat, kosztów, prowizji, nie może przekraczać kosztów kredytu udzielanego przez depozytariusza w dacie utworzenia depozytu rolniczego.

Art. 11. 1. Jeżeli producent rolny do upływu daty końcowej depozytu rolniczego nie sprzeda całości lub części przedmiotu

depozytu rolniczego, wówczas wierzytelności podmiotu finansującego wobec producenta rolnego stają się wymagalne z mocy samego prawa, a podmiot finansujący, według swojego wyboru, może w szczególności:

złożyć oświadczenie producentowi rolnemu o przejęciu na własność całości lub części przedmiotu depozytu rolniczego z chwilą upływu daty końcowej depozytu rolniczego i następnie samodzielnie albo przez upoważniony wyspecjalizowany podmiot dokonać zbycia przedmiotu depozytu rolniczego nawet w miejscu jego przechowywania, a uzyskaną cenę sprzedaży rozliczyć z wierzytelnością wobec producenta rolnego;

wystąpić do właściwego komornika sądowego o przeprowadzenie sprzedaży licytacyjnej przedmiotu depozytu sądowego rolniczego nawet w miejscu jego przechowywania;

zobowiązać producenta rolnego do samodzielnej sprzedaży przedmiotu depozytu rolniczego; w takim przypadku podmiotowi finansującemu służy ustawowe prawo zastawu na wierzytelności producenta rolnego z tytułu sprzedaży;

zażądać od producenta rolnego zwrotu wypłaconych kwot wraz z odsetkami i kosztami;

podjąć inne działania dopuszczalne prawem.

2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 1) i 2), obowiązują dotychczasowe zasady przechowywania przedmiotu depozytu rolniczego, jednak nie dłużej niż 30 dni po upływie daty końcowej depozytu rolniczego.

3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1 pkt 1), może być złożone od 7 dni przed i do 7 dni po upływie daty końcowej depozytu rolniczego.

Rozdział 3. **Internetowe giełdy rolnicze**

Art. 12. Organizator internetowej giełdy rolniczej umożliwia producentom rolnym zawieranie z innymi przedsiębiorcami (nabywcami towarów) umów na odległość w związku z prowadzonym przez nich gospodarstwem rolnym.

Art. 13. 1. Organizator internetowej giełdy rolniczej dopuszcza do zawierania umów za pośrednictwem tej giełdy nabywców towarów zweryfikowanych lub niezweryfikowanych.

2. Przez zweryfikowanych nabywców towarów rozumie się osoby, które zabezpieczyły płatność dla producenta rolnego przed wykonaniem umowy na odległość, w sposób odpowiedni do wartości transakcji, w szczególności: przedpłatą całego wynagrodzenia, akredytywą, poręczeniem bankowym, gwarancją bankową, albo wpłacą całą kwotę transakcji na bankowy rachunek powierniczy organizatora internetowej giełdy rolniczej.

Art. 14. Najpóźniej w chwili wyrażenia przez producenta rolnego woli związania się umową na odległość organizator internetowej giełdy rolniczej ma obowiązek poinformować producenta rolnego, w sposób jasny i zrozumiały oraz odpowiadający rodzajowi użytego środka porozumiewania się na odległość, o:

1) ogólnych informacjach udostępnionych w specjalnej części interfejsu internetowego, która jest bezpośrednio i łatwo dostępna ze strony, na której prezentowane są oferty, dotyczących głównych parametrów decydujących o plasowaniu w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 845) ofert przedstawionych konsumentowi w wyniku wyszukiwania, oraz względnym znaczeniu tych parametrów w porównaniu z innymi parametrami;

2) tym, czy osoba nabywająca towary na internetowej giełdzie rolniczej jest zweryfikowanym nabywcą i na czym polega ta weryfikacja;

3) podziale obowiązków związanych z umową, która jest zawierana przez producenta rolnego na internetowej giełdzie rolniczej, pomiędzy nabywcę a organizatora internetowej giełdy rolniczej.

Rozdział 4.

Zmiany w przepisach dotychczasowych.

Przepisy przejściowe i końcowe

Art. 15. W ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610) uchyla się w księdze III, tytule XIV dotychczasową treść art. 613–626 i w to miejsce wprowadza się następujące przepisy:

Art. 613. § 1. Przez umowę kontraktacji producent rolny, w zakresie swojego gospodarstwa rolnego, zobowiązuje się, o ile nie dozna przeszkody w niezależnych od siebie obiektywnych okolicznościach, a w szczególności agrobiologicznych, hydrologicznych, pogodowych, wytworzyć i dostarczyć kontraktującemu oznaczoną ilość produktów rolnych określonego rodzaju, a kontraktujący zobowiązuje się zakontraktowane produkty rolne odebrać w terminie umówionym, zapłacić umówioną cenę oraz spełnić określone świadczenie dodatkowe i udzielić zaliczek, jeżeli umowa przewiduje obowiązek spełnienia takiego świadczenia i udzielenie zaliczek.

§ 2. Cena może zostać wskazana także przez wskazanie podstaw dla jej ustalenia.

§ 3. Ilość produktów rolnych może być w umowie oznaczona w szczególności także:

- według obszaru, z którego produkty te mają być zebrane;
- według ilości minimalnej lub według ilości maksymalnej;
- co do jednego lub większej ilości cykli produkcyjnych produktów rolnych;
- jako całość produkcji gospodarstwa rolnego.

§ 4. Przez producenta rolnego rozumie się również grupę producentów rolnych lub ich związek oraz spółdzielnię rolników w rozumieniu ustawy z dnia 4 października 2018 r. o spółdzielniach rolników (Dz.U. z 2018 r. poz. 2073) lub ich związek.

§ 5. Jeżeli producentem rolnym jest osoba fizyczna albo wyłącznie osoby fizyczne:

- przepis art. 385⁶ stosuje się;

strony mogą postanowić, że do stosunku prawnego między nimi stosuje się ogólny wzorzec umowy kontraktacji opracowany przez Ministra Sprawiedliwości.

§ 6. Upoważnia się Ministra Sprawiedliwości do wydania rozporządzenia dotyczącego wzorca umowy kontraktacji stosowanego z udziałem producenta rolnego będącego osobą fizyczną albo wyłącznie osobami fizycznymi uwzględniającego wymogi szczególnej ochrony prawnej osób fizycznych.

Art. 614. Jeżeli przedmiot kontraktacji ma być wytworzony w gospodarstwie rolnym prowadzonym przez kilka osób wspólnie, są oni względem kontraktującego wierzycielami solidarnymi, a odpowiedzialność tych osób względem kontraktującego jest solidarna.

Art. 615. Świadczeniami dodatkowymi ze strony kontraktującego mogą być w szczególności:

- 1) zapewnienie producentowi rolnemu możliwości nabycia określonych środków produkcji z odroczonym terminem płatności;
- 2) zawarcie na rzecz producenta rolnego umowy ubezpieczenia co do produktów rolnych;
- 3) udzielenie poręczeń lub gwarancji płatności na nabycie przez przedsiębiorcę rolnego środków produkcji;
- 4) pomoc agrotechniczna i zootechniczna;

Art. 616. Umowa kontraktacyjna powinna być zawarta w formie pisemnej, elektronicznej lub w formie dokumentowej.

Art. 617. § 1. Umowa może zawierać szczegółowe wskazówki i wytyczne co do sposobu wytworzenia produktów rolnych. Producent rolny może zobowiązać się do szczególnego postępowania przy wytwarzaniu produktów rolnych.

§ 2. Kontraktujący jest uprawniony do nadzoru i kontroli nad wykonywaniem umowy kontraktacji przez producenta rolnego.

§ 3. Producent rolny na żądanie kontraktującego powinien wykazać zgodność z prawem i z umową zastosowanych przez niego środków czy technik produkcji.

Art. 618. § 1. Miejscem spełnienia świadczenia producenta rolnego powinno być gospodarstwo rolne producenta rolnego, chyba że co innego wynika z umowy.

§ 2. Jeżeli według umowy miejscem spełnienia świadczenia producenta rolnego jest inne miejsce niż jego gospodarstwo rolne, a transport ma być wykonywany na koszt i ryzyko producenta rolnego, kontraktujący, który bez względu na przyczynę odmawia przyjęcia umówionego świadczenia, obowiązany jest do zwrotu poniesionych kosztów transportu, chyba że producent rolny bezpodstawnie uniemożliwił kontraktującemu zbadanie przedmiotu kontraktacji w jego gospodarstwie rolnym. Jeżeli producentem rolnym jest osoba fizyczna albo wyłącznie osoby fizyczne mniej korzystne postanowienia umowne są nieważne.

Art. 619. Jeżeli przedmiot kontraktacji jest podzielny, kontraktujący nie może odmówić przyjęcia świadczenia częściowego, chyba że inaczej zastrzeżono z ważnych powodów.

Art. 620. § 1. Jeżeli świadczenie producenta rolnego stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które żadna ze stron odpowiedzialności nie ponosi, producent rolny nie może żądać świadczenia wzajemnego, a w wypadku, gdy je już otrzymał, obowiązany jest do zwrotu według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Obowiązek zwrotu nie dotyczy prawidłowo wykorzystanych, a wcześniej otrzymanych od kontraktującego, zaliczek i świadczeń dodatkowych.

§ 2. Jeżeli świadczenie producenta rolnego stało się niemożliwe tylko częściowo, producent rolny traci prawo do odpowiedniej części świadczenia wzajemnego, a w wypadku, gdy je już otrzymał, obowiązany jest do zwrotu według przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. Obowiązek zwrotu nie dotyczy rozliczonych proporcjonalnie, prawidłowo wykorzystanych,

a wcześniej otrzymanych zaliczek i świadczeń dodatkowych. Jednakże kontraktujący może od umowy odstąpić, jeżeli przedmiot kontraktacji jest niepodzielny.

§ 3. Jeżeli świadczenie producenta rolnego stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które żadna ze stron odpowiedzialności nie ponosi, producent rolny nie jest zobowiązany do zapłaty równowartości prawidłowo wykorzystanych świadczeń dodatkowych lub ich proporcjonalnych części.

§ 4. Brak obowiązku zwrotu prawidłowo wykorzystanych wcześniej otrzymanych zaliczek i świadczeń dodatkowych, a także brak obowiązku zapłaty równowartości prawidłowo wykorzystanych świadczeń dodatkowych, nie dotyczy zaliczek i świadczeń dodatkowych wykorzystanych po tym, jak producent rolny powziął wiedzę o tym, że jego świadczenie stało się niemożliwe wskutek okoliczności, za które żadna ze stron odpowiedzialności nie ponosi.

§ 5. Producent rolny ma pierwszeństwo zaspokojenia przed kontraktującym z tytułu ubezpieczenia produkcji rolnej.

§ 6. Jeżeli producentem rolnym jest osoba fizyczna albo wyłącznie osoby fizyczne mniej korzystne postanowienia umowne są nieważne.

Art. 621. § 1. Producent rolny jest odpowiedzialny względem kupującego z tytułu rękojmi, jeżeli produkty rolne mają wadę w takim zakresie, w jakim wada nie jest następstwem okoliczności, za które żadna ze stron odpowiedzialności nie ponosi.

§ 2. W przypadku wad przedmiotu kontraktacji kontraktujący może:

dokonać proporcjonalnego obniżenia ceny;

od umowy odstąpić z tym zastrzeżeniem, że prawo odstąpienia od umowy z powodu wad fizycznych przedmiotu kontraktacji przysługuje kontraktującemu tylko wtedy, gdy wady są istotne.

§ 3. Kontraktujący nie może wykonać uprawnień, o których mowa w § 2, jeżeli producent rolny wymieni wadliwy przedmiot kontraktacji na wolny od wad albo wady usunie.

§ 4. Obniżona cena powinna pozostawać w takiej proporcji do ceny wynikającej z umowy, w jakiej wartość produkcji rolnej z wadą pozostaje do wartości produkcji rolnej bez wady.

§ 5. Kontraktujący traci uprawnienia z tytułu rękojmi, jeżeli nie zbadał przedmiotu kontraktacji w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomił niezwłocznie producenta rolnego o wadzie, a w przypadku gdy wada wyszła na jaw dopiero później – jeżeli nie zawiadomił producenta rolnego niezwłocznie po jej stwierdzeniu.

§ 6. W przypadkach przewidzianych w § 5 utrata uprawnień z tytułu rękojmi za wady nie następuje mimo niezachowania terminów do zbadania przedmiotu kontraktacji przez kupującego lub do zawiadomienia producenta rolnego o wadzie, jeżeli producent rolny wiedział o wadzie albo zapewnił kontraktującego, że wady nie istnieją.

§ 7. Jeżeli wadliwa jest tylko część przedmiotu kontraktacji i da się ją odłączyć od części wolnej od wad, uprawnienie kontraktującego do odstąpienia od umowy ogranicza się do części wadliwej.

§ 8. Producent rolny ponosi odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady także w tym wypadku, gdy wytworzenie przedmiotu kontraktacji nastąpiło w sposób określony przez kontraktującego, chyba że producent rolny, mimo zachowania należytej staranności, nie mógł wykryć wadliwości sposobu produkcji albo że kontraktujący, mimo zwrócenia przez producenta rolnego uwagi na powyższe wadliwości, obstawał przy podanym przez siebie sposobie produkcji rolnej.

§ 8. Producent rolny odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada zostanie stwierdzona przed upływem 3 miesięcy, od dnia wydania kontraktującemu przedmiotu kontraktacji.

§ 9. Roszczenia przedawniają się z upływem 6 miesięcy, licząc od dnia stwierdzenia wady.

§ 10. Upływ terminu do stwierdzenia wady nie wyłącza wykonania uprawnień z tytułu rękojmi, jeżeli producent rolny wadę podstępnie zataił.

§ 11. Jeżeli producentem rolnym jest osoba fizyczna albo wyłącznie osoby fizyczne mniej korzystne postanowienia umowne są nieważne.

Art. 621¹. W przypadku wad środków produkcji dostarczonych producentowi rolnemu przez kontraktującego stosuje się odpowiednio przepisy o rękojmi przy sprzedaży.

Art. 621². Jeżeli producent rolny opóźnia się z rozpoczęciem wytwarzania przedmiotu kontraktacji lub poszczególnych jego części tak dalece, że nie jest prawdopodobne, żeby zdołał je wytworzyć i dostarczyć w czasie umówionym, kontraktujący może, nie wyznaczając terminu dodatkowego od umowy, odstąpić jeszcze przed upływem terminu do dostarczenia przedmiotu kontraktacji.

Art. 621³. Jeżeli w toku wytwarzania przedmiotu kontraktacji okaże się, że przedsiębiorca rolny wytwarza ten przedmiot w sposób wadliwy albo sprzeczny z prawem lub umową, kontraktujący może wezwać producenta rolnego do zmiany sposobu wykonania, wyznaczając producentowi rolnemu w tym celu odpowiedni termin, a po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu od umowy odstąpić.

Art. 621⁴. Jeżeli z powodu wady przedmiotu produkcji rolnej kontraktujący złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy albo obniżeniu ceny, może on żądać naprawienia tylko takiej szkody, którą poniósł przez to, że zawarł umowę, i gdy szkoda była następstwem okoliczności, za które producent rolny ponosi wyłączną odpowiedzialność. W szczególności może żądać zwrotu kosztów zawarcia umowy, kosztów odebrania, przewozu, przechowania i ubezpieczenia przechowania. Nie uchybia to przepisom o obowiązku naprawienia szkody na zasadach ogólnych.

Art. 622. Strona, która odstępuje od umowy, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy

umowy, a druga strona obowiązana jest to przyjąć. Strona, która odstępuje od umowy, może żądać nie tylko zwrotu tego, co świadczyła, a gdyby zwrot nie był możliwy zapłaty jego wartości, lecz również na zasadach ogólnych naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania. Kontraktujący może żądać od producenta rolnego zwolnienia go z zaciągniętych zobowiązań.

Art. 623. Jeżeli umowa kontraktacji nakłada na producenta obowiązek zgłoszenia w określonym terminie niemożności dostarczenia przedmiotu kontraktacji albo przewidywanego obniżenia jakości przedmiotu kontraktacji wskutek okoliczności, za które producent rolny odpowiedzialności nie ponosi, dopełnienie tego obowiązku nie jest wymagane, gdy kontraktujący o powyższych okolicznościach wiedział albo gdy były one powszechnie znane.

Art. 624. § 1. Wzajemne roszczenia producenta rolnego i kontraktującego przedawniają się z upływem lat dwóch od dnia spełnienia świadczenia przez producenta rolnego, a jeżeli świadczenie producenta nie zostało spełnione – od dnia, w którym powinno być spełnione.

§ 2. Jeżeli świadczenie producenta rolnego było spełniane częściami, przedawnienie biegnie od dnia, w którym zostało spełnione ostatnie świadczenie częściowe.

Art. 625. § 1. Jeżeli po zawarciu umowy kontraktacji gospodarstwo rolne producenta rolnego przeszło na inną osobę, w tym także w wyniku wniesienia jako wkład do spółki, spółdzielni, fundacji rodzinnej czy innego podmiotu, prawa i obowiązki z tej umowy wynikające przechodzą na nabywcę.

§ 2. Nie dotyczy to jednak wypadku, gdy doszło do odpłatnego nabycia gospodarstwa rolnego, a nabywca nie wiedział i mimo zachowania należytej staranności nie mógł się dowiedzieć o istnieniu umowy kontraktacji.

Art. 626. Jeżeli po zawarciu umowy kontraktacji z producentem rolnym będącym osobą fizyczną albo wyłącznie osobami

fizycznymi dochodzi do następstwa prawnego, a następcą prawnym nie jest osobą fizyczną albo wyłącznie osobami fizycznymi przepisów o szczególnej ochronie producentów rolnych będących osobami fizycznymi nie stosuje się.

Art. 16. W ustawie z dnia 6 grudnia 1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 2017) dodaje się w art. 7 ust. 2 pkt. 3¹ w brzmieniu: „zebrane produkty rolne”.

Art. 17. W ustawie z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1278) dodaje się w art. 3 ust. 6 w brzmieniu: „Kasy mogą świadczyć na rzecz swoich członków usługi finansowania określone w ustawie o depozycie rolniczym, internetowych giełdach rolniczych, zmianie Kodeksu cywilnego i zmianie niektórych innych ustaw”.

Art. 18. Ustawa nie ma zastosowania do umów sprzedaży produktów rolnych i umów kontraktacji zawartych przed jej wejściem w życie.

Art. 19. Ustawa wchodzi w życie po upływie 3 miesięcy od dnia jej ogłoszenia.

Kamila Golemo

studentka, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
kamilagolemo@gmail.com

Mediacja w różnych systemach prawnych. Sprawozdanie ze spotkania studentów Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego z prokurator Nikoliną Dujć oraz sędzią Johanną Koch

25 września 2023 r. na Wydziale Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego odbyło się spotkanie z wyjątkowymi gośćmi – prokurator Nikoliną Dujć ze Splitu oraz sędzią Johanną Koch z Berlina. Organizatorem wydarzenia była dr Aleksandra Partyk, adiunktka na ww. wydziale i opiekunka Studenckiej Poradni Prawnej KAAFM. Celem spotkania była analiza porównawcza procesu mediacji w Polsce oraz w Niemczech i Chorwacji.

Mediacja, jako alternatywna forma rozwiązywania sporów, zdobywa coraz większe uznanie w kontekście prawa. Dostrzegalny jest również nacisk na to, aby studenci byli zaznajomieni z możliwością rozwiązywania sporów na tej drodze już na początkowym etapie edukacji. Skutecznym narzędziem do nauki jest dialog oraz poznanie danej problematyki przez porównanie jej z rozwiązaniami, które przyjmują inne kraje oraz ich systemy prawne, tak jak miało to miejsce podczas spotkania z czynnie działającymi praktykami

prawa oraz dopiero wdrażającymi się w świat prawniczy – studentami z Krakowskiej Akademii. Główne aspekty, na których skupiła się analiza porównawcza, to zasady mediacji (dobrowolność, poufność, bezstronność, akceptowalność, neutralność), przepisy, które ją regulują, definicja mediatora i proces jego wyboru.

Spotkanie rozpoczęło się od wykładu dr Aleksandry Partyk, która od lat zaangażowana jest w temat mediacji i podejmuje go na zajęciach ze studentami nie tylko w aspekcie teoretycznym, ale również w formie angażujących ćwiczeń, pozwalających na jak najlepsze zrozumienie istoty tej formy rozwiązywania sporów. Na wrześniowym spotkaniu przedstawiała system mediacji w Polsce, bazując na przepisach Kodeksu postępowania cywilnego. Wskazała, że w naszym systemie prawnym mediację prowadzi się na podstawie umowy albo postanowienia sądu, który kieruje strony na spotkanie z mediatorem. Umowa może być zawarta także przez wyrażenie przez strony zgody na takie rozwiązanie, gdy jedna ze stron złożyła odpowiedni wniosek. Prowadzącym może być osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych, korzystająca w pełni z praw publicznych. Jeżeli strony nie dokonały wyboru pośrednika w sporze, sąd, kierując strony na mediację, wyznacza mediatora mającego odpowiednią wiedzę i umiejętności w zakresie prowadzenia mediacji w sprawach danego rodzaju, biorąc pod uwagę w pierwszej kolejności stałych mediatorów. Pani doktor zwróciła uwagę, że sędziowie w Polsce nie mogą pełnić tej roli, z wyjątkiem sytuacji, gdy są w stanie spoczynku.

Inaczej ta kwestia wygląda w Niemczech, o czym opowiedziała sędzia Johanna Koch, która pełni również rolę mediatora w Sądzie Okręgowym w Berlinie. W swojej wypowiedzi położyła akcent na szczególny rodzaj mediacji, jakim jest mediacja sądowa. Zajmuje się nią mediator będący sędzią, który nie prowadzi danego postępowania sądowego, natomiast pracuje w okręgu danego sądu. Sprawa trafia do niego na mocy postanowienia sądu rozstrzygającego spór za zgodą stron. Sędzia ugodowy przechodzi krótkie szkolenie z zakresu psychologii, wobec stron działa jak mediator, a w przypadku porozumienia strony mogą przed nim zawrzeć ugodę, która po nadaniu jej klauzuli wykonalności jest tytułem wykonawczym. Sędzia Johanna Koch podzieliła się ze studentami swoim

doświadczeniem w mediacji rodzinnej, wskazując, że bardzo często jest to najlepszy wybór dla zakończenia konfliktu i znalezienia rozwiązania bez dodatkowego stresu, który strony odczuwają podczas przesłuchania w sądzie.

W systemie chorwackim, reprezentowanym przez prokurator Nikolinę Dujić, która pełni swoją funkcję w Prokuraturze Rejonowej w Splicie, mediacja została uregulowana w odrębnej ustawie, co jest rozwiązaniem odmiennym niż to, które obowiązuje w prawie polskim. Prokurator zaznaczyła, że mediacje sądowe mają charakter w pełni dobrowolny wówczas, gdy sąd nie może skierować stron do mediacji bez ich wyraźnej zgody, a odmowa nie powoduje dla żadnej z nich jakichkolwiek negatywnych konsekwencji. Jeżeli chodzi o osobę mediatora strony ustalają w drodze porozumienia, czy postępowanie pojednawcze będzie prowadzone przez jednego czy więcej rozjemców i kto zostanie wyznaczony na jego stanowisko. Jeżeli strony nie mogą dojść do porozumienia w tej kwestii, mogą zwrócić się o pomoc do instytucji pojednawczej lub organu powołującego.

W zakresie mediacji cele, założenia oraz procedury systemów prawa chorwackiego, niemieckiego i polskiego są bardzo do siebie zbliżone (choć różnią się od siebie w niektórych aspektach), o czym mogli dowiedzieć się studenci podczas bardzo interesującego i owocnego spotkania, które zakończyło się dyskusją pozostawiającą pole do zadawania pytań i udzielania odpowiedzi rozwiewających wszelkie wątpliwości. Warto dodać, że dialog i wszystkie prezentacje odbywały się po angielsku, co dla młodych prawników jest doskonałą okazją do poznania w praktyce specjalistycznych zwrotów językowych. Relacjonowana w niniejszym sprawozdaniu inicjatywa z pewnością pogłębiła zainteresowanie rozwiązywania sporów za pomocą mediacji i pozwoliła nam poznać ją z perspektywy innych systemów prawnych.

Filip Kosiorowski

student, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

filipkosiorowski96@gmail.com

Sprawozdanie z IV edycji ogólnopolskiego konkursu Symulacja Rozprawy Cywilnej

Dnia 12 maja 2023 r. na terenie kampusu Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego odbyła się długo wyczekiwana IV edycja ogólnopolskiego konkursu Symulacja Rozprawy Cywilnej, którego organizatorem była Studencka Poradnia Prawna KAAFM. Na wydarzeniu zjawili się studenci zarówno prawa, jak i innych kierunków, a także kadra dydaktyczna i sympatycy prawa. W tegorocznej edycji organizatorzy konkursu zostali wspierani przez patronów, m.in. przez Okręgową Radę Adwokacką w Krakowie, Okręgową Izbę Radców Prawnych w Krakowie, Wydawnictwo C.H. Beck czy firmę Ad Exemplum.

Konkurs składał się z dwóch etapów. W pierwszym zainteresowani zobligowani byli po uprzednim zapoznaniu się z aktami sprawy do przesłania w oznaczonym terminie wyroku sądu wraz z uzasadnieniem. Następnie przesyłane pisma procesowe poddawane były ocenie i ostatecznie wybrano trzy finałowe formacje studenckie, tj. dwie drużyny reprezentujące Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II oraz jedną drużynę z Krakowskiej Akademii. W drugim etapie konkursu uczestnicy mieli okazję symulować pełną rozprawę cywilną zgodnie z obowiązującymi przepisami proceduralnymi. W tegorocznej edycji stan faktyczny dotyczył prawa autorskiego, ze szczególnym uwzględnieniem oceny, czy projekt teczki stworzony

przez powoda spełniał kryteria utworu. Każda z prezentowanych finałowych symulacji wyróżniała się fascynującym scenariuszem, nasyconym dynamiczną akcją i nieprzewidywalnymi zwrotami. Drużyny uczestniczące w symulacjach były poddawane ocenie przez jury konkursowe, w którego skład wchodził m.in. dr Katarzyna Jasińska z ramienia Okręgowej Izby Radców Prawnych w Krakowie, sędzia Sądu Rejonowego w Krakowie Tomasz Partyk, sędzia Sądu Okręgowego w Krakowie Agnieszka Zielińska, mecenas Kacper Nowak z Ad Exemplum oraz mecenas Łukasz Pałka – przedstawiciel Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie. Po każdej symulacji uczestnicy mieli możliwość otrzymać cenne i wartościowe uwagi od doświadczonej komisji oceniającej.

Jury konkursowe IV edycji konkursu Symulacja Rozprawy Cywilnej podjęło decyzję, biorąc pod uwagę aktywność uczestników, o przyznaniu tytułu laureata drużynie reprezentującej Krakowską Akademię w składzie Robert Bujak, Vladyslav Shcherbatyi i Filip Kosiorowski. Ponadto w uznaniu zaprezentowanych umiejętności przyznano również nagrody indywidualne, tj. dla najlepszego pełnomocnika (Filip Kosiorowski) oraz dla najlepszego sędziego (Vladyslav Shcherbatyi). Decyzje te zostały podjęte na podstawie analizy kryteriów oceny uwzględniających zarówno aspekty merytoryczne, jak i umiejętności praktyczne zademonstrowane podczas symulacji procesu cywilnego.

Wszyscy studenci doskonale wcielili się w role profesjonalnych pełnomocników, co spotkało się z entuzjastycznym przyjęciem zarówno ze strony oceniających, jak i licznie zgromadzonego audytorium. Zaprezentowane role procesowe pozwoliły nie tylko zdobyć uznanie, ale także dały wyraz indywidualnym predyspozycjom. Konkurs stanowił harmonijne połączenie wartości merytorycznej projektu ze zdrową rywalizacją, co jest niezwykle istotne w kontekście zawodu prawnika.

Jacek Mazurkiewicz

prof. dr hab., Uniwersytet Zielonogórski

<https://orcid.org/0000-0001-5936-9038>

j.mazurkiewicz@wpa.uz.zgora.pl

O prawie i prawnikach z perspektywy półwiecza*¹

* Poglądy i opinie wyrażone w niniejszym tekście oraz styl wypowiedzi stanowią wyłącznie autorską prezentację prof. Jacka Mazurkiewicza.

¹ W artykule tym zamieszczam teksty moich wystąpień na trzech tegorocznych konferencjach naukowych. Chcę przez to zadać kłam w znacznym stopniu prawdziwej, uroczej skądinąd, choć oczywiście (założmy) skandalicznej wypowiedzi amerykańskiego pisarza, polityka i prawnika, autora wydawanych w milionowych nakładach, więc najpoczytniejszych współcześnie na świecie i wielokrotnie przenoszonych (może nie tylko w Hollywood) na w ekran słynnych thrillerów prawniczych i kryminałów: „– Po co jeździsz na te konferencje? [/] – Należę do stowarzyszenia wykładowców prawa, jestem profesorem i różni ludzie spodziewają się, że będę przemierzał kraj i uczestniczył wraz z bandą wykształconych idiotów w spotkaniach i konferencjach kończących się sprawozdaniami, których nikt nie czyta. Gdybym nie pojechał dziekan pomyślałby sobie, że nie wnoszę wkładu w życie uniwersyteckie”, J. Grisham, *Raport Pelikana*, tłum. M. Mastalerz, Warszawa 1993, rozdział 10 (strony podać nie mogę, bo w wersji czytnikowej nie są one numerowane). Za przekazanie tej bezcennej refleksji autorstwa Grishama dziękuję ukochanej Basi Bernfeld z Wiednia, bez mitręgi której, na odsłuchiwaniu nagranych i spisywaniu moich wystąpień polegającej, a potem wielokrotnej korekcie i ważnych uwagach, kwerendzie niemieckojęzycznej i tłumaczeniach z niemieckiego, nigdy bym tego artykułu nie przygotował, wypowiedzi moich, może komuś do czegoś kiedyś użytecznych, nie zachował. Bóg zapłać Basiu.

I. Zamiast wstępu²

„Wszyscy jesteśmy konsumentami”

Tu i ówdzie powtarzany jeszcze banał z za Oceanu³.

I czytawisty tamtejszy fałsz.

Dla okcydentalnej, egotycznej, „ogrodowej”⁴ większości nieoczywisty mimo swojej dramatycznej oczywistości.

Co minutę umiera na świecie z głodu jedenaście osób!⁵

Konsumentów?

* * *

Dla uniwersyteckiego wykładowcy, dziekana, rektora, wysokiego przedstawiciela Unii Europejskiej do spraw bezpieczeństwa i polityki zagranicznej Josepa Borrella, krąg konsumentów ogranicza się zapewne tylko do tych z „ogrodu”, przecież nie tych z „dżungli”⁶! Choć

² Zapis *in extenso* (poza przypisami) mojego wystąpienia zatytułowanego *Nie brakuje łebskich osób fizycznych i bezradnych osób prawnych. Na marginesie ratio legis prawnej ochrony konsumentów na X Jubileuszowej Międzynarodowej Konsumentkiej Konferencji Naukowej „Współczesny rynek konsumenta – sprzedaż i usługi” 15–16 czerwca 2023 r., zorganizowanej w Krakowie przez Katedrę Prawa Cywilnego, Gospodarczego i Prywatnego Międzynarodowego Instytutu Prawa Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie i Stowarzyszenie Rzeczników Konsumentów.*

³ „As **all of us are consumers**, these actions and proposals in the interest of consumers are in the interest of us all” [podkr. moje], J.F. Kennedy, *Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*, 5.03.1962, [web.archive.org/web/20180914022813/http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108](http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=9108).

⁴ Zob. przypis 6.

⁵ (JK, GN), *ONZ i Oxfam: Dramatyczny wzrost poziomu głodu na świecie. „Aż 11 osób na minutę umiera z głodu”*, 13.07.2021, glos.pl/onz-i-oxfam-dramatyczny-wzrost-poziomu-glodu-na-swiecie-az-11-osob-umiera-na-minute-z-glodu.

⁶ „On October 13, 2022, when speaking at the European Diplomatic Academy’s inauguration ceremony in Bruges, Belgium, Borrell declared that »Europe is a garden and the rest of the world is a jungle«. He added that the garden could be invaded by the jungle and that the gardeners would need to travel there in order to defend it”. („13 października 2022 r. w przemówieniu podczas ceremonii inauguracji Europejskiej Akademii Dyplomatycznej w Brugii w Belgii Borrell oświadczył, że „Europa to ogród, a reszta świata to

rozwijając obrzydliwe wynurzenie tego Europejczyka i tak zwanego socjalisty, można dostrzec w jego koncepcji koncepcyjny niedostatek. W znajdującym się w demograficznym upadku „ogrodzie” nie brakuje przecież dziesiątek milionów konsumentów z „dżungli”, a w „dżungli” bywają konsumenci z „ogrodów”.

Zdarzają się niekiedy w „dżungli” wymowne spotkania. W jednym z nich uczestniczyłem z dziećmi.

Dopiero co zaczęliśmy jeść lody w barze Nirula’s na delhijskim Connaught Place⁷, gdy nagle na twarzach Zosi i Marysi pojawiło się przerażenie. Odwróciłem się i za wielometrową, sięgającą chodnika szybą zobaczyłem siedzącego na ulicy, uśmiechającego się wyraźnie do nas, nędzgarza w łachmanach. Bez obu nóg i bez obu rąk. Oczywiście było, czego od nas chciał. Poprosiłem dzieci, aby przesiadły się na moją stronę. Sam usiadłem tam, gdzie dziewczynki siedziały przed chwilą. Teraz ja widziałem go przed sobą. Może was zgorzse, ale lody zjadłem. Pistacjowe lody są bardzo smaczne!

* * *

Kodeks cywilny pojęcie konsumenta ograniczył po swojemu⁸.

I przecież, wbrew *opinio communis*, pojęcia tego nie rozszerzył w art. 385⁵, gdzie prawodawcy dokonali groteskowego nie rozwinięcia, ale w istocie tylko wykładni, pożałuj Boże, legalnej⁹, dzięki

dżungla”. Dodał, że do ogrodu może wkroczyć dżungla i ogrodnicy będą musieli się tam udać, aby go obronić”), *Josep Borrell*, en.wikipedia.org/wiki/Josep_Borrell. Zob. także np. T. Stickings, EU’s Josep Borrell under fire for calling outside world a ‘jungle’, 16.10.2022, thenationalnews.com/world/europe/2022/10/16/eus-borrell-under-fire-for-calling-outside-world-a-jungle.

⁷ Zob. *Nirula’s*, en.wikipedia.org/wiki/Nirula%27s.

⁸ Zgodnie z jego art. 22¹ za „konsumenta uważa się osobę fizyczną dokonującą z przedsiębiorcą czynności prawnej niezwiązanej bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”.

⁹ Stwierdzono w nim, że przepisy „dotyczące konsumenta, zawarte w art. 385¹–385³, stosuje się do osoby fizycznej zawierającej umowę bezpośrednio związaną z jej działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla niej charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o Centralnej Ewidencji

której pełni się nie tylko w internecie kawowy ekspres¹⁰ zakupiony przez przedsiębiorcę, *in casu à la* konsumenta, który w swoim przedsiębiorstwie, w powściągliwej ilości i o wyznaczonej porze, poi swoich kierowniczych pracowników (no i – choć „nielegalnie” – ale bez ograniczeń co do ilości oraz pory *vip*-klientów), tym co – smaksze to bardzo dobrze wiedzą – nazywane jest u nas, moim zdaniem bezprawnie, kawą.

Nie będę zanudzał dywagacjami o bardzo bogatym chyba podlaskim przedsiębiorcy, który *deus ex machina* staje się oczywiście bardzo słabą stroną, po prostu tylko zwykłym konsumentem¹¹, gdy w celach konsumpcyjnych kupuje sobie traktor, co słusznie zaakceptowano w polskiej judykaturze i opisano w jurysprudencji. Tak też będzie, gdy z traktora przesiądzie się on może na zakupionego w celach konsumpcyjnych Boeinga BBJ 777-9.

Wspomnę tylko być może zdezorientowanym, że traktor tego niewyimaginowanego dżentelmena, który szczęśliwie sobie w odczyźnie poradził chyba w czasach obrzydliwej transformacji Balcerowicza *et consortes*, był *par excellence* konsumpcyjny, służył mu bowiem do przewozów z i do prywatnego, osobistego, niekomercyjnego tartaku usytuowanego na prywatnej, osobistej,

i Informacji o Działalności Gospodarczej” (od 1 stycznia 2024 r. zdanie to, na podstawie art. 51 pkt 1 ustawy z dnia 14 kwietnia 2023 r. o konsumenckiej pożyczce lombardowej, Dz.U. z 2023 r., poz. 1285, stanie się § 1 art. 385⁵ k.c., a jako jego § 2 zacznie obowiązywać postanowienie, iż przepisy „dotyczące konsumenta, zawarte w art. 385¹–385³, stosuje się do osoby fizycznej prowadzącej gospodarstwo rolne w rozumieniu art. 6 pkt 4 ustawy z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników (Dz.U. z 2023 r., poz. 208, 337 i 641)”).

¹⁰ Jasne, że tylko przykładowo, ale za to „ze szczytów naszej ukochanej władzy”: „Jan Kowalski prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą polegającą na handlu artykułami AGD. Pan Jan kupuje ekspres do kawy dla swoich pracowników. W takim przypadku, gdy nastąpi jego awaria, będzie mógł skorzystać z ochrony przysługującej konsumentom, ponieważ zakup nie miał dla niego charakteru zawodowego, *Kiedy przedsiębiorcy przysługują prawa konsumenta*, www.biznes.gov.pl/pl/portal/00310.

¹¹ Oczywiście rację ma autor, który pisze, że ów przedsiębiorca jest wtedy, *in casu*, żadnym przedsiębiorcą, jeno stuprocentowym konsumentem, zob. C. Banasiński, *Prawo ochrony konsumenta*, [w:] *Standardy wspólnotowe w polskim prawie ochrony konsumenta*, red. C. Banasiński, Warszawa 2004, s. 15.

niekomercyjnej posiadłości większych rozmiarów.

Nie to co traktory (także z przyczepami) podwójnego użytku, którymi biedniejsi rolnicy z okolicznych wiosek, zasobni w liczne rodziny, nie tylko potomstwo, przywożą w kabinie i na przyczepie nielegalnie – bo z naruszeniem prawa¹² – krewniaków na niedzielną sumę nie tylko u świętego Mikołaja w Szczepieszynie.

Było (wbrew pozorom) *ad rem* i będzie (bez pozorów) *ad rem*

Otóż. Są wypasione i zaopatrzone w grono ekspertów, rzecz jasna – także prawników – osoby fizyczne¹³. I są osoby prawne biedne niczym mysz kościelna w czasach samobójczej dechrystianizacji.

Takie osoby prawne, które nie prowadzą działalności gospodarczej, nie dostają grantów, nie pobierają opłat za świadczone usługi, nikogo nie zatrudniają, nie mają biura ani biurka, auta, telefonu, laptopu.

Takie, które nie są organizacjami pożytku publicznego. Nawet nie organizują zrzutek.

Znam takie.

Jedną bardzo dobrze.

¹² Zgodnie z art. 2 pkt 44 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2023 r., poz. 1047 ze zm.) ciągnikiem rolniczym jest „pojazd silnikowy, którego konstrukcja umożliwia rozwijanie prędkości nie mniejszej niż 6 km/h, skonstruowany do używania łącznie ze sprzętem do prac rolnych, leśnych lub ogrodniczych; ciągnik taki może być również przystosowany do ciągnięcia przyczep oraz do prac ziemnych [...]”, natomiast art. 63 ust. 1 zd. 1 tego prawa przewiduje, że przewóz „osób może odbywać się tylko pojazdem do tego przeznaczonym lub przystosowanym”, zaś ust. 3 tegoż artykułu zabrania „przewozu osób w przyczepie, z tym że dopuszcza się przewóz [...] dzieci do szkół lub przedszkoli i z powrotem w przyczepie dostosowanej do przewozu osób, ciągniętej przez ciągnik rolniczy [...]”.

¹³ Nuży mnie rzucanie grochem o ojczyść betonową ścianę. Niewolnicza kalka, jaką jest termin „osoby fizyczne”, do rozpuku powinna doprowadzić fizyków, zdołować chemików, rozżalić psychologów, nie zdziwić psychiatrów społecznych. Nie tylko dlatego, że „osoba fizyczna” staje się nią – zgodnie z art. 8 k.c. – nie w chwili fizycznego zaistnienia (poczęcia), ale wtedy, gdy o fizyczności przesądzi genialny wielekroć ustawodawca wybrany przez Naród. „*Sam tego chciałeś, Grzegorz Dyndało, sam tego chciałeś!*” (Ale ja nie chciałem – uw. moja).

Fundację założoną z nagrody pieniężnej przyznanej fundatorowi przez zagraniczną instytucję.

Nie zza Oceanu.

No i oczywiście, zarzekam się dzisiaj drżącym ze strachu głosem, nie ze Wschodu!

Z Watykanu.

Fundację prowadzącą przez wiele lat dwa schroniska dla bezdomnych kobiet ciężarnych i ich dzieci. Pierwsze takie schroniska na Dolnym Śląsku po 1945 r.

We Wrocławiu przy ulicy Kołłątaja i w podwrocławskiej Miękinii przy ulicy Kościuszki.

Fundację wyłączoną spod wszelkich konsumenckich przywilejów, o czym dowiedziałem się, gdy chciałem bez zachodu wymienić dwie energooszczędne bardzo, bo nieświejące, kupione przed kilkoma dniami na fakturę wystawioną dla fundacji. I ta bidna z bidnych fundacja jest oczywiście osobą prawną, bo taką osobą staje się *ex lege* z chwilą zarejestrowania w Krajowym Rejestrze Sądowym (art. 7 ust. 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach)¹⁴.

O obcym sugestiach uznania za konsumenta także niektórych osób prawnych przeczytałem wzmiankę, choć nie zdawkową, to jednak tylko relacjonującą, prawie pozbawioną własnej odautorskiej opinii, w żadnym razie takiej opinii sformułowanej *expressis verbis*, tylko u Ewy Łętowskiej i Konrada Osajdy¹⁵ oraz jeszcze bardziej

¹⁴ Dz.U. z 2023 r., poz. 166.

¹⁵ „Rozwój europejskiego prawa konsumenckiego sprzyja dalszej refleksji nad pojęciem konsumenta. Dostrzega się, że analogicznej do niego ochrony wymagają mali i średni przedsiębiorcy przy zawieraniu transakcji z dużymi przedsiębiorcami, którzy mogą dyktować im warunki zawieranych umów. Stąd postuluje się nie tylko rozważenie nie tylko rozszerzenia definicji konsumenta na osoby prawne dokonujących transakcji niezwiązanych z ich działalnością, co przede wszystkim zróżnicowanie korpusu prawa cywilnego na stosunki prawne między rzeczywiście równorzędnymi podmiotami oraz między nierównorzędnymi podmiotami, bez względu na to, czy byłiby przedsiębiorcami, czy nie, w których słabi kontrahenci wymagaliby ochrony przez system prawa”, E. Łętowska, K. Osajda, *Funkcje zobowiązań i prawa zobowiązań*, [w:] *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. K. Osajda, „System Prawa Prywatnego”, t. 5, Warszawa 2020, s. 58.

powściągliwą u Maksymiliana Pazdana¹⁶. Ale nigdzie nie zauważyłem, aby ktokolwiek z innych polskich badaczy się tymi szczątkowymi relacjami, „podszeptami” pożytecznymi w jakimkolwiek stopniu przejął, poszedł ich tropem, sformułował własne postulaty *de lege ferenda itepe*¹⁷.

* * *

Od mojego nieżyjącego od dawna profesora, mego *Vater imago*, mędrca, nie naukowca¹⁸, usłyszałem, gdy – jakby tylko do siebie – powiedział: „Tyle tytułów nadano za głupio udzielone odpowiedzi, a żadnego za mądrze¹⁹ zadane pytanie”.

Wolny na starość od przymusu pogoni za tytułami, ja – choć żaden ze mnie spec od prawa konsumenckiego – idąc w krótkim pytaniu stanowczo dalej aniżeli nieliczni (bo wszystkiego, jak widać, trzej nasi badacze) zapytam o to, o czym reszta akademickich obrońców konsumentów chyba nie myśli u nas myśleć:

Czy nigdy osoba prawna nie powinna posiadać w moim kraju²⁰ praw konsumenckich?²¹

* * *

¹⁶ Zob. M. Pazdan, [w:] *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz. Art. 1–449*¹⁰, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 105.

¹⁷ Niekiedy trafiłem na oczywiste obserwacje dotyczące fundacji jako przedsiębiorcy i jej obowiązków wobec konsumentów, zob. np. A. Kubiak-Cyrul, [w:] *Ustawa o prawach konsumenta. Kodeks cywilny (wyciąg). Komentarz*, red. B. Kaczmarek-Templin, P. Stec, D. Szostak, Warszawa 2014, s. 34–35. Banał o tym, że fundacje nie są konsumentami, zob. np. u: T. Czech, *Prawa konsumenta. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 18.

¹⁸ „Naukowiec to taki, co wymyślił ten wyraz”, H. Steinhaus, *Słownik racjonalny*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1980, s. 45.

¹⁹ Choćby tylko: dorzecznie.

²⁰ W związku z tym, że inne kraje, w tym w szczególności UE, nie okazują przekonującej troski o polskie prawo, w szczególności Unia stanowi tu najbardziej niebezpieczny dla nas prawodawczy podmiot, swój postulat odnoszę tymczasem tylko do RP.

²¹ Tylko czepialskim (innym nie ma potrzeby) wyjaśniam, że nie chodzi mi o osoby prawne, o których mowa w zabawnym, choć bardzo ważnym dla księgowych, art. 385⁵ k.c.

Nie godzi się, aby autsajder podrzucał wybitnym specjalistom tematy. Ale może którąś konsumencką konferencję można byłoby poświęcić konsumenckiej ochronie dzieci albo staruszek i – jak ja – starców, czy choćby ochronie praw konsumenckich w czasach megainflacji. Która nie spadła z nieba, nie została zrzucona z wrzących samolotów, lecz skombinowana została przez władzę, gdy ta sam podjęła sankcyjne i oczywiście nieuchronnie proinflacyjne decyzje²².

Dziś maślanka przestała tu i ówdzie być sprzedawana w litrach, ale jest oferowana na kilogramy.

Nie bez powodu.

Babcie i dziadkowie widzą na plastikowej butelce po staremu bardzo dużą cyfrę „1” i nie przypuszczają, że za nią nie ma już małego skrótu „l”, ale mały skrót „kg”. Dopiero w domu, rozlewając maślankę do kubków, ze zdziwieniem zauważają, że nie starcza jej dla wszystkich, choć kupionej przedtem w takiej samej butelce, starczało. Proste nawet dla mało dociekliwych amatorów: objętość jednego kilograma maślanki jest mniejsza niż objętość jednego litra maślanki. A staruszkowie tej różnicy łatwo nie wypatrzą przez plastikową butelkę, która nie jest zupełnie nieprzeźroczysta, ale nie jest przeźroczysta na tyle, aby stare oczy zauważyły bez trudu, że maślanki jest dużo mniej niż wcześniej.

Jasne, że największe grono najbiedniejszych konsumentów robiących zakupy w marketach poluje z niemałym trudem na najtańsze produkty. To oczywiste, że mając do wyboru cytryny na wagę od ponad 8 do ponad 10 za kilogram, z radością pakują do koszyka siateczkę, w której jest 5 cytryn za promocyjne 4 złote. Nie widzą potrzeby, aby studiować małą etykietkę zapisaną podejrzaną polszczyzną w istotnej części najmniejszymi, trudnymi, niekiedy bardzo trudnymi do przeczytania, bo na granicy tego, co można uznać za czytelne, niekiedy jeszcze roztartymi, często niewidocznymi na zgięciach (załamaniach) literkami, umieszczonymi na niewielkich,

²² W czasach Peerelu Jerzy Urban, wówczas także rzecznik prasowy rządu, mówił z ironią, lecz zgodnie z prawdą, że „rząd się żyżywi” (w domyśle: nawet jak rządzeni z powodu amerykańskich sankcji wymrą z głodu). Teraz (przed i po wyborach) do rozważenia, bo częściowo dyskusyjną, byłaby fraza, że dopiero jeśli „rząd umrze, to rządzący żyją (jako tako)”.

najczęściej powyginanych zagranicznych „metkach”. A tam jest informacja np. taka (rzecz jasna zachowuję wersję oryginalną, z błędami nie tylko dotyczącymi spacji) „skórki plod odrobki chemicznej Thiabendazol”²³ albo „Po zbiorze zastosowano środki konserwujące: Imazalil i woskujące: E903”²⁴ albo „Po zbiorze zastosowano : Imazalil, Flud[i? – uw moja]oxonil i woskujacy E904, E914”²⁵.

²³ „A causa della sua lieve tossicità, il suo uso come additivo è stato vietato in Unione europea, negli Stati Uniti, e in Australia e Nuova Zelanda” („Ze względu na łagodną toksyczność jego stosowanie jako dodatku zostało zakazane w Unii Europejskiej, Stanach Zjednoczonych oraz Australii i Nowej Zelandii”), *Tiabendazolo*, pl.wikipedia.org/wiki/Tiabendazol.

²⁴ „Konserwanty nie są dobre dla naszego zdrowia, podobnie jest z imazalilem, którego nadmierne spożycie prawdopodobnie może prowadzić do rozwoju nowotworów [...]. Oprócz wody warto stosować produkty do mycia żywności (nie płynu do mycia naczyń) oraz delikatnie wyszczotkować skórę. Nawet owoce, które mają grube skóry [...] myć przed jedzeniem. Obierając je lub przekrawając na nożu i dłoniach do wnętrza owocu, przedostają się zanieczyszczenia, które znajdowały się na zewnętrznej warstwie”. *Na skórkach owoców jest imazalil. Sprawdź, na których i jak je umyć*, dziendobry.tvn.pl/zdrowie/imazalil-na-owocach-co-to-jest-i-czy-jest-bezpieczny-sprawdz-jak-nalezyc-myc-cytrusy-st5466346.

²⁵ „Die Substanz wird als systemisches Fungizid mit protektiver und kurativer Wirkung eingesetzt. In Deutschland und Österreich ist Thiabendazol derzeit lediglich als Wirkstoff in Wundverschlussmitteln für Bäume zugelassen. In der Schweiz darf Thiabendazol darüber hinaus auch zur Behandlung von Pflanzkartoffeln eingesetzt werden. Außerdem können in der Schweiz Gewächshäuser zur Bekämpfung der Grauschimmelfäule (*Botrytis cinerea*) mit einem thiabendazolhaltigen Präparat beräuchert werden. [...] Thiabendazol wurde 1998 aus der Liste der Zusatzstoffe gestrichen und wird seither als Fungizid geführt. Dadurch wurde aus der E-Nummer 233 die INS-Nummer 233. Am Einsatz ändert sich dadurch nichts: es wird den Wachsen beigemischt, mit denen die Schalen von Zitrusfrüchten und Bananen behandelt werden. Hier soll es die Bildung von Schimmelpilzen verhindern. Für Zitrusfrüchte ist der Hinweis „konserviert mit Thiabendazol“ vorgeschrieben, nicht jedoch für Bananen, obwohl die Aufnahme vor allem beim Schälen über die Hände erfolgt; häufig wird diese Angabe dennoch freiwillig gemacht. Ferner darf Thiabendazol in äußerst geringen Konzentrationen in Fruchtsäften enthalten sein. In Deutschland dürfen auf und in Zitrusfrüchten maximal 6 mg Thiabendazol pro Kilogramm Lebensmittel enthalten sein, auf und in Bananen maximal 3 mg·kg⁻¹. In Fruchtsäften darf der Gehalt 0,01 mg·kg⁻¹ nicht übersteigen. Um das Schimmeln von Zitrus-

früchten zu verhindern, werden auch Imazalil, Orthophenylphenol oder Biphenyl verwendet. Die Tabakverordnung erlaubt die Konservierung von Tabakfolie mit Thiabendazol.“ („Substancja stosowana jako ogólnoustrojowy środek grzybobójczy o działaniu ochronnym i leczniczym. W Niemczech i Austrii tiabendazol jest obecnie zatwierdzony wyłącznie jako składnik aktywny produktów do zamykania ran u drzew. W Szwajcarii tiabendazol można również stosować do zaprawiania sadzeniaków ziemniaków. Dodatkowo w szklarniach w Szwajcarii można wędzić preparatem zawierającym tiabendazol w celu zwalczania szarej pleśni (*Botrytis cinerea*) dodatek do żywności. Tiabendazol został usunięty z listy dodatków w 1998 r. (EU Richtlinie 98/72) i od tego czasu znajduje się na liście środków grzybobójczych. W rezultacie numer E 233 stał się numerem INS 233. Nie zmienia to zastosowania: jest dodawany do wosków, którymi poddaje się obróbce skórki owoców cytrusowych i bananów. Ma to na celu zapobieganie tworzeniu się pleśni. Stwierdzenie »konserwowane tiabendazolem« jest wymagane w przypadku owoców cytrusowych, ale nie w przypadku bananów, chociaż podczas obierania wchłanianie odbywa się głównie przez dłonie; często jednak informacje te podawane są dobrowolnie. Ponadto tiabendazol może występować w bardzo niskich stężeniach w sokach owocowych. W Niemczech owoce cytrusowe mogą zawierać maksymalnie 6 mg tiabendazolu na kilogram żywności, a banany maksymalnie 3 mg kg⁻¹. Zawartość w sokach owocowych nie może przekraczać 0,01 mg kg⁻¹. Aby zapobiec pleśnieniu owoców cytrusowych, stosuje się również imazalil, ortofenylfenol lub bifenyli. Rozporządzenie w sprawie wyrobów tytoniowych dopuszcza konserwację filmu tytoniowego za pomocą tiabendazolu“), *Thiabendazol*, biologie-seite.de/Biologie/Thiabendazol. „Imazalil, pirimetanil, propiconazol, tiabendazol, to nazwy toksycznych substancji, które mogą znajdować się na skórkach cytrusów. Niestety, wielu rodziców nie zwraca uwagi na etykiety znajdujące się na opakowaniach owoców, a to właśnie na nich znajdują się ważne ostrzeżenia. Na problem zwróciła uwagę Mama Chemik. Jak powszechnie wiadomo, by cytrusy wyglądały lepiej, dłużej zachowały swoją świeżość i przede wszystkim przetrwały podróż, pokrywa się je bardzo często chemicznymi substancjami. Owoce pryskane są też środkami grzybobójczymi, które często w swoim składzie mają tiabendazol i imazalil. To substancje potencjalnie rakotwórcze, mogące uszkodzić układ nerwowy i powodować bezpłodność“, K. Krupka, M. Krasicka, *Trujące substancje w skórkach mandarynek. Sprawdź, na co zwrócić uwagę*, 8.12.2021, parenting.pl/trujace-mandarynki-sprawdz-na-co-uwazac. „Uwaga! Szkodliwa substancja – imazalil – znajduje się na mandarynkach, pomarańczach i innych cytrusach. Sklepy mają obowiązek o tym informować, ale najczęściej robią to »drobnym druczkiem«. Tymczasem wystarczy zjeść 2–3 sztuki dziennie, by przekroczyć limity i zwiększyć ryzyko zachorowania

Kto nie lubi nie tylko deszczową jesienią herbaty z plasterkiem cytryny? Czy babcie i dziadkowie wiedzą, co wrzucają do szklanki z czajem?

Niby te środki chemiczne i wosk nie są dodatkami do cytryn (nikt ich przecież do cytryn nie wstrzykuje), ale są „dodatkami do herbaty”, co niezamożni staruszkowie nieświadomi tego czynią, wrzucając ową chemię i wosk z plasterkami cytryny do gorącego najczęściej napoju.

Ktoś ich o tym uczciwie przestrzega w Kauflandzie (o niemieckim rodowodzie), czy w Biedronce (o portugalskim pochodzeniu)? A może i w (czysto polskim) Dino?

I nawet już nie o ich zdrowie mi chodzi, ale o niesmak w ustach, choć niekoniecznie zaraz gorsze samopoczucie, gdyby – co przecież nieprawdopodobne – byli teraz wśród słuchaczy międzynarodowej konferencji, na której wygłaszam swoje wystąpienie. Bo wiem także

na raka”, *Groźne konserwanty na cytrusach. Powodują choroby*, 8.02.2021, o2.pl/biznes/grozne-konserwanty-na-cytrusach-powoduja-choroby-6606033427663520a. „Ähnlich wie Thiabendazol, Orthophenylphenol oder Biphenyl schützt Imazalil Zitrusfrüchte vor Schimmelbildung. Soweit sie der EU-Vermarktungsnorm unterliegen, müssen mit Imazalil behandelte Zitrusfrüchte gekennzeichnet werden. Behandelte Schalen sollten nicht gegessen werden. Imazalil hat bislang noch keine E-Nummer“ („Podobnie jak tiabendazol, ortofenylofenol czy bifenyl, Imazalil chroni owoce cytrusowe przed powstawaniem pleśni. W zakresie, w jakim podlegają normom handlowym UE, owoce cytrusowe poddane działaniu imazalilu muszą być oznakowane. Skórki poddanej obróbce nie powinny być spożywane. Imazalil nie ma jeszcze numeru E”) *Imazalil*, <https://www.chemie.de/lexikon/Imazalil.html>. „Imazalil zidentyfikowany został jako »prawdopodobnie rakotwórczy dla ludzi«, oznacza to, że spożyty w dużych ilościach może doprowadzić do rozwoju nowotworów. Ze względu jednak na to, że znajduje się on przede wszystkim na skórkach owoców – to nie jest on często spożywany. Aby ograniczyć jego spożycie, które toksyczne i niebezpieczne jest na poziomie powyżej 333 jednostek dla dorosłego mężczyzny o wadze 70 kg, należy regularnie myć owoce przed ich spożyciem”, T. Siewko, *Na skórkach owoców jest imazalil. Sprawdź, na których i jak je umyć*, 26.10.2021, dziendobry.tvn.pl/zdrowie/imazalil-na-owocach-co-to-jest-i-czy-jest-bezpieczny-sprawdz-jak-nalezy-myc-cytrusy-st5466346. „Wykazuje działanie kancerogenne, może uszkadzać wątrobę, nerki”, *Utleniony wosk polietylenowy (E914)*, vitalia.pl/dodatek-chemiczny/259,0/Utleniony-wosk-polietylenowy-e914.html.

to, że „kapitalistyczny sektor produkcyjno-handlowy” żeruje tu na bezradności biednych, wyposażonych w stare nierzadko okulary i w rzeczywistości nieinformowanych (bo informowanych pozornie) o nawoskowanych, lecz przecież najtańszych, cytrynach.

Instytucje powołane do ochrony konsumentów są, ale ich aktywności w biedrze, dino i kaufie nie widać. Przypadek? Ruchy obrony konsumentów, kiedyś w społeczno-politycznej awangardzie, dziś niedostrzegalne nie tylko tam, gdzie konsumenci drugiego sortu.

Jasne, że wszyscy oni są bardzo zaambarasowani swoją robotą, z której żyją, lecz której owoców drugosorciarze, co oburzające, nie dostrzegają.

Krótko

Badacze deliberują na tej konferencji m.in. o rozliczeniach „stron po odstąpieniu przez konsumenta od umowy o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej”, przedstawiając „uwagi do polskiej implementacji dyrektywy 2019/770 oraz do regulacji unijnej” oraz o sytuacji „konsumentów w sprzedaży pakietowej kredytów mieszkaniowych i ubezpieczeń na podstawie skarg zgłaszanych do Rzecznika Finansowego”²⁶.

Super, tak trzymać.

Ale może kiedyś gdzieś ktoś z akademickich badaczy prawa i praktyki ochrony konsumenckiej poświęci choćby kwadrans refleksji o bezradności, niewiedzy i być może niebezpieczeństwach czyhających na tych stareńkich konsumentów rodaków, którzy nigdy nie kupią sobie traktora w celach nie tylko konsumpcyjnych.

Dziękuję.

²⁶ Zob. *Rusza X Międzynarodowa Konferencja Konsumencka*, frff.pl/rusza-x-miedzynarodowa-konferencja-konsumencka.

II. Pytania²⁷

Czy nieudzielenie pomocy medycznej osobom, które przedostały się nielegalnie przez granicę białorusko-polską jest pogwałceniem fundamentalnych zasad i norm religijnych?

Czy uniemożliwienie lub utrudnienie udzielania pomocy mającej na celu ochronę życia i zdrowia osób, które przedostały się nielegalnie przez granicę białorusko-polską jest pogwałceniem fundamentalnych zasad i norm religijnych?

Czy nieudzielenie pomocy medycznej osobom, które przedostały się nielegalnie przez granicę białorusko-polską jest pogwałceniem podstawowych zasad moralnych?

Czy uniemożliwienie lub utrudnienie udzielania pomocy mającej na celu ochronę życia i zdrowia osób, które przedostały się nielegalnie przez granicę białorusko-polską jest pogwałceniem podstawowych zasad moralnych?

Czy nieudzielenie pomocy medycznej osobom, które przedostały się nielegalnie przez granicę białorusko-polską stanowi wypełnienie znamion czynu zabronionego pod groźbą kary przez prawo obowiązujące w Rzeczypospolitej Polski?

Czy siłowe odsyłanie migrantów do państwa, z którego przedostali się nielegalnie przez granicę bez dania im możliwości ubiegania się o status uchodźcy i o azyl, jest w świetle prawa polskiego i międzynarodowego legalne?

Czy sądy powinny rozpatrywać ewentualną odpowiedzialność za nieudzielenie pomocy medycznej osobom, które przedostały się nielegalnie przez granicę białorusko-polską?

Czy sądy powinny rozpatrywać ewentualną odpowiedzialność za siłowe odsyłanie migrantów do państwa, z którego przedostali się nielegalnie przez granicę, bez dania im możliwości ubiegania się o status uchodźcy i o azyl?

²⁷ Zapis *in extenso* (poza przypisami) mojego wystąpienia zatytułowanego *Nie brakuje łebskich osób fizycznych i bezradnych osób prawnych. Na marginesie ratio legis prawnej ochrony konsumentów* na II Międzynarodowej Konferencji Naukowej zatytułowanej „Uchodźcy w polityce państw Europy Środkowo-Wschodniej i Azji Centralnej. Polityka – prawo – bezpieczeństwo – gospodarka” zorganizowanej 26 października 2023 r. w Siedlcach przez Instytut Nauk o Polityce i Administracji Wydziału Nauk Społecznych Uniwersytetu w Siedlcach.

Odpowiedzi

Nieudzielenie pomocy medycznej osobom, które przedostały się nielegalnie przez granicę białorusko-polską, jest pogwałceniem fundamentalnych zasad i norm religijnych.

Uniemożliwienie lub utrudnienie udzielania pomocy mającej na celu ochronę życia i zdrowia osób, które przedostały się nielegalnie przez granicę białorusko-polską, jest pogwałceniem fundamentalnych zasad i norm religijnych.

Nieudzielenie pomocy medycznej osobom, które przedostały się nielegalnie przez granicę białorusko-polską, jest pogwałceniem podstawowych zasad moralnych.

Uniemożliwienie lub utrudnienie udzielania pomocy mającej na celu ochronę życia i zdrowia osób, które przedostały się nielegalnie przez granicę białorusko-polską, jest pogwałceniem podstawowych zasad moralnych.

Nieudzielenie pomocy medycznej osobom, które przedostały się nielegalnie przez granicę białorusko-polską, stanowi wypełnienie znamion czynu zabronionego pod groźbą kary przez prawo obowiązujące w Rzeczypospolitej Polski.

Siłowe odsyłanie migrantów do państwa, z którego przedostały się nielegalnie przez granicę bez dania im możliwości ubiegania się o status uchodźcy i o azyl, jest w świetle prawa polskiego i międzynarodowego nielegalne.

Sądy powinny rozpatrywać ewentualną odpowiedzialność za nieudzielenie pomocy medycznej osobom, które przedostały nielegalnie się przez granicę białorusko-polską.

Sądy powinny rozpatrywać ewentualną odpowiedzialność za siłowe odsyłanie migrantów do państwa, z którego przedostali się nielegalnie przez granicę bez dania im możliwości ubiegania się o status uchodźcy i o azyl.

* * *

Jasne, że to nie wszystkie pytania, które należy postawić, nawiązując do tytułu mojego wystąpienia. Na jedno z nich już udzieliły odpowiedzi polskie sądy²⁸: należy poddać postępowaniu sądowe-

²⁸ „W tym tonie wypowiedział się Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku w wyrokach z 15 września 2022 r. w sprawach II SA/Bk 492/22,

mu odpowiedzialność za siłowe odsyłanie migrantów do państwa, z którego przedostali się przez granicę bez dania im możliwości ubiegania się o status uchodźcy i o azyl.

* * *

Postscriptum dla kochających graniczne płoty.

Jasne, że płoty na granicy wolno stawiać.

Płot to tylko płot!

Poza dwiema kwestiami: smaku i skuteczności.

Gdy Piotr Wielki pokonał Karola XII, Prusy zaproponowały Rosji rozbiór Polski. W takiej kondycji było wówczas nasze państwo, że ów rozbiór nie stanowił dla Piotra kłopotliwego wyzwania. Ale Piotr odmówił, pozostawiając rozbieranie upadłej od dawna Rzeczpospolitej Katarzynie II.

Es sei nicht praktikabel! – tak odpowiedział Piotr Wielki temu, kto go do rozbiorów Polski namawiał²⁹.

Nie do końca jestem pewien, jak to zdanie przetłumaczyć na język polski. Także dlatego, że za czasów cara Piotra mogło mieć ono specyficzną wymowę (nie dlatego, że miało wtedy inną pisownię).

Mój *Vater imago*, wybitny badacz prawa rzymsko-kanonicznego, ostatni taki badacz w Rzeczpospolitej, znawca jidyszu polskiego,

II SA/Bk 493/22 i II SA/Bk 494/22. WSA wskazał, że państwo będące stroną Konwencji genewskiej obowiązane jest stosować się do zasady *non-refoulement* wszędzie tam, gdzie rozciąga się jego jurysdykcja, a więc wszędzie, gdzie dana osoba znajduje się pod efektywną kontrolą organów państwa. Nie ma bowiem znaczenia, gdzie określona sytuacja związana z potencjalnym zawróceniem migranta lub migrantki, ma miejsce. Istotne jest jedynie to, czy dane działanie można przypisać określonemu państwu. Podobnie orzekł WSA w Warszawie w wyroku z 26 kwietnia 2022 r., w sprawie o sygn. IV SA/Wa 420/22. Stwierdził, że zasada *non-refoulement* dotyczy zarówno osób przebywających na terytorium państwa, jak i tych, którzy znaleźli się na jego granicy, niezależnie od sposobu, w jaki tam dotarli. Co więcej, stosowania tej zasady władze państwa nie mogą wyłączyć ani zawiesić nawet w warunkach kryzysu na granicy”, R. Skibińska, *Choć pushbacki cudzoziemców są wątpliwe prawnie, to ciągle mają miejsce*, 26.10.2023, prawo.pl/samorzad/pushback-niezgody-z-prawem-wyroki-sadow,523677.html.

²⁹ Por. U. Kosińska, *Sondaż czy prowokacja? Sprawa Lehmana z 1721 r., czyli o rzekomych planach rozbiorowych Augusta II*, Warszawa 2018, s. 20, nadto zob. s. 21.

jidyszu Żydów litewskich, litwaków i znawca *ladino*, czyli jidyszu Żydów hiszpańskich, poza takimi tam kosałkami opałkami jak XVIII-wieczny serbołużycki południowy i XVIII-wieczny serbołużycki północny, że już o grece i łacinie i to takiej z różnych miejsc i z różnych czasów, nie godzi się wspominać,-

Otóż mój *Vater imago*, i co się profesorom prawa nadzwyczaj rzadko zdarza, nie gniewaj się miły Andrzeju, wspomniany przeze mnie tu i ówdzie Jerzy Falenciak nie uczony, nie intelektualista, tylko mędrzec! tłumaczył zdanie piotrowe na: „Tego się nie praktykuje”.

Co mówił w otoczce refleksji: „Tego czynić się nie godzi”.

Może rozważając dodanie na końcu sarkastycznie: „Tego się czynić nie godzi... , przynajmniej teraz”.

Współcześni znawcy języka niemieckiego tłumaczą: *Es sei nicht praktikabel!* na: „To nie jest praktyczne”.

O czym ja teraz mówię?

O polskich płotach na granicy z Białorusią.

I o izraelskich płotach na granicy z Gazą.

Zachowując w świętej pamięci mur z wojennego getta warszawskiego, usprawiedliwionym jest jedno i drugie tłumaczenie *Es sei nicht praktikabel!*

Pierwsze: „To się nie godzi!”

Drugie: „To nie jest praktyczne”.

Wystarczy przecież motolotnia.

Dziękuję.

III. Opowieść³⁰

Może nie tylko w Polsce takie opowieści zwykło nazywać się anegdotami. To błąd.

³⁰ Zapis *in extenso* (poza przypisami) mojego wystąpienia zatytułowanego *Gdy prawo dewizowe jest a casu ad casum na pasku decyzji politycznych (co nie zawsze oznacza respekt dla wymagającego ochrony dobra obywateli i nieobywateli)* na międzynarodowej konferencji naukowo-badawczej zatytułowanej „Postsocjalistyczne prawo dewizowe. Procesy konwergencji i dyferencjacji w Europie Środkowej i Wschodniej”, którą Katedra Prawa Administracyjnego i Finansowego Instytutu Nauk Prawnych Uniwersytetu Zielonogórskiego zorganizowała 27–28 października 2023 r. w Zielonej Górze.

Martin Buber opatrzył swą słynną i popularną chyba nie tylko w Polsce książkę tytułem *Die Erzählungen der Chassidim*, jak należy przetłumaczony przez Pawła Hertzka na polskie *Opowieści chasydów*, rzecz jasna nie na – co byłoby nie tylko idiotyzmem, ale także religijnym skandalem – anegdoty chasydzkie.

Są opowieści. Są anegdoty. Ale tylko w niektórych opowieściach znajduje się mądrość. Nawet w tych, które *prima facie* (młodym słuchaczom na konferencji: na pierwszy rzut oka) wydają się anegdotami.

Był listopad po polskim październiku 1956.

Wrocławską ulicą Grodzką spacerowali najmniej trzej panowie.

Adam Chełmoński, znany badacz prawa handlowego i gospodarczego, przed drugą wojną światową wiceminister sprawiedliwości w sanacyjnym rządzie generała Felicjana Sławoja-Składkowskiego. I też przed tą wojną wśród wielu towarzyszący polującemu w Puszczy Białowieskiej Hermanowi Goeringowi.

Chełmoński spędził całą straszłą drugą wojnę światową z rodziną w rumuńskim podkarpackim kurorcie. Nie wiem, czy cierpiał. Może. W górach jesienią i zimą niekiedy ciągnie chłodem.

Po wojnie został profesorem na Uniwersytecie Wrocławskim, prodziekanem Wydziału Prawa, wybrany pod koniec życia rektorem tutejszej Wyższej Szkoły Ekonomicznej.

Drugi mężczyzna urodził się w czworaku. Jego przodkowie nie byli nawet chłopami. Byli wyrobnikami, najmowanymi do roboty u bogatych chłopów.

Przed wojną należał do Związku Niezależnej Młodzieży Socjalistycznej „Życie”. Razem z Henrykiem Jabłońskim, Grzegorzem Korczyńskim, Hanką Sawicką, Henrykiem Hollandem, ojcem Agnieszki, Heleną Michnik, matką Adama.

Pod kierunkiem profesora Ignacego Koschembakra-Łyskowskiego herbu Doliwa, byłego rektora Uniwersytetu Warszawskiego, pisał rozprawę doktorską zatytułowaną *Kontraktowa odpowiedzialność armatora według prawa rzymskiego – actio exercitoria*, gdy pod zarzutem prowadzenia działalności socjalistycznej został aresztowany na polecenie komendanta głównego sanacyjnej

policji państwowej generała zamordysty³¹ Józefa Kordiana Zamorskiego³², który w lutym 1939 r. zaprosił do Polski i hucznie, od serca, gościł w naszym kraju Heinricha Himmlera³³.

Wojnę, chwalił pana Boga, Falenciak przeżył. W Konzentrationslager Mauthausen-Ebensee.

Po wojnie został profesorem prawa rzymskiego na Uniwersytecie Wrocławskim i prodziekanem tutejszego Wydziału Prawa, czyli kolegą Chełmońskiego.

Trzecim mężczyzną był Stanisław Walczak. Podczas okupacji niemieckiej żołnierz Gwardii Ludowej i Armii Ludowej. Od 1942 r. członek Polskiej Partii Robotniczej. Uczestnik „organizacji pomocy krakowskim Żydom poprzez przygotowywanie im fałszywych dokumentów oraz ukrywanie ich po tzw. aryjskiej stronie [...]”. Za pomoc Żydom w czasie okupacji został 16 czerwca 1992 r. zaliczony przez Instytut Yad Vashem do grona Sprawiedliwych wśród Narodów Świata³⁴.

³¹ „When Kordian Zamorski was chief of the Polish State Police (1935–39), critics often referred to him by the play-on-words, ‘Zamordian’ – a conflation of the first two syllables of his surname, ‘Zamorski’, with the second, final syllable of his given name, ‘Kordian’. This whimsical alternative name for Zamorski played on the Polish colloquialism, ‘zamordyzm’ – itself formed from ‘za’ (‘by’) and ‘morda’ (‘muzzle’) – which means ‘muzzling of dissent’. Thus, to his critics, Zamorski was ‘Muzzler of Dissent’”, *Kordian Józef Zamorski*, wikipedia.org/wiki/Kordian_J%C3%B3zef_Zamorski. Polskojęzyczna wersja tego hasła w Wikipedii oczywiście tę jeszcze jedną przykrą prawdę o sanacyjnym, nie jedynym w II RP szczyrem hitlerofilu, pomija. Politycy historyczni w naszej ojczyźnie czuwają!

³² Prześladowca nie tylko Jerzego Falenciaka, „w 1938 roku uczestniczył w delegacji polskiej na zjeździe NSDAP w Norymberdze, gdzie pojawił się jako komendant policji, na zaproszenie komendanta niemieckiej Ordnungspolizei”, *Kordian Józef Zamorski*, pl.wikipedia.org/wiki/Kordian_J%C3%B3zef_Zamorski.

³³ Prześladowca nie tylko Falenciaka witał na dworcu Himmlera „z udziałem kompanii honorowej Szkoły Policji w Gołędzinowie [...]”. Generał Kordian-Zamorski towarzyszył Himmlerowi także w Białowieży”, *Kordian Józef Zamorski*, wikipedia.org/wiki/Kordian_J%C3%B3zef_Zamorski.

³⁴ A. Redzik, *Profesor Stanisław Walczak. Promotor reform więziennictwa w latach 1957–1969*, „Palestra” 2013, nr 7–8, s. 288.

Po wojnie przewodniczący Głównej Komisji Badania Zbrodni Hitlerowskich w Polsce.

Oraz minister sprawiedliwości w rządach Józefa Cyrankiewicza i Piotra Jaroszewicza.

Profesor Uniwersytetu Warszawskiego.

(...).

Ale jesteśmy na nadodrzańskiej Grodzkiej jesienią 1956.

Walczak jest szczęśliwy. Mówi z radością: „Wreszcie można mówić, wreszcie można pisać!”

Problem był taki, że pod koniec lat 40. i chyba na początku 50. Walczak napisał i obronił pracę doktorską dotyczącą systemu prawnego Jugosławii. I zachwycił się chyba także samą powojenną Jugosławią. A Jugosławia zaraz potem okazała się be. Tak dalece be, że na przykład niektórych z mieszkających na Dolnym Śląsku Polaków, do niedawna partyzantów Josipa Broz Tito, repatriowanych po wojnie z rodzinami głównie z Bośni, Hercegowiny³⁵, może i Krainy, na zachodnie połacie Dolnego Śląska, osadzono teraz za „titowską przeszłość” w więzieniach³⁶.

Ale jest już październikowa odwilż, dawni partyzanci Tito odzyskali wolność, Walczak jest szczęśliwy. I powtarza zrozumiałą wówczas mantrę: „Wolno pisać, wolno drukować, co za radość!”³⁷

Na co stary Chełmoński, ten od przejażdżek po Puszczy Białowieskiej w trzynastych saniach za Goeringiem, mówi do Walczaka: „Panie Stasiu, masz pan rację. Ale uważać troszkę trzeba”.

* * *

³⁵ Zob. np. A. Baniecki, *Osadnictwo Polaków z byłej Jugosławii w powiecie bolesławieckim w latach 1946–1947*, wroclaw.ap.gov.pl/odcienie-regionalizmu/b_repzjug.html; K. Pielech, *Bożiść poljski*, „Gość Legnicki” 2009, nr 50(220), s. VI–VII, gosc.pl/files/old/gosc.pl/zalaczniki/2009/12/11/1260566086/1260566109.pdf.

³⁶ Czytałem przed wieloma laty o tym wiarygodne opracowania publikowane także w internecie. Dziś, mimo usilnych starań, nie mogę ich odszukać. Czyżby efekt dekomunizacyjnych wysiłków współczesnych grantozależnych „badaczy na zamówienie”? Choć może tylko moje starcze niedostatki w surfowaniu po wątpliwej wartości pseudoskarbnicy internetu.

³⁷ Nadto zob. np. P. Sasanka, *Model z Bałkanów*, „Polityka” 2021, nr 44, s. 68 i n.

Otóż, żona mnie poprosiła, abym był wreszcie ostrożny.

Dlatego dalej będzie część mojego wystąpienia natury ostatnio modnej hybrydowej.

Koalicja państw A to u mnie A. Natomiast państwo uznane za wroga A, to państwo B, u mnie dalej B.

* * *

A ogłosiły wobec B sankcje.

Ciągle ich przybywa. Jakiś czas temu było ich jedynie 11 327. Ale prawie pod koniec lutego 2023 r. było ich już dobrze ponad 14 022³⁸.

Ostatnio małe państwo należące do A, graniczące z B, zaproponowało objęcie sankcjami także eksportowane dotychczas do państwa B guziki i gwoździe. To bardzo ucieszyło chińskich kupców; ponoć dwa dni i dwie noce świętowali z okazji tego daru niebios³⁹.

* * *

Ciągle trzeba uważać. Bo jedni piszą, że B kłamie, a inni piszą, że kłamie A. Macie dostęp do internetu i możecie czytać także inne rzeczy niż te, które się powszechnie u nas czyta. No i wyrobić sobie jakieś zdanie.

Ja niczego nie sugeruję!
Ostrożność nade wszystko!
Czuj duch!

Mimo to wiele wskazuje na to, że B jakoś z sankcjami sobie radzi. Gospodarka nie dołuje, przeciwnie, rozwija się, Sankcje okazały się dla B błogosławieństwem, bo cała masa nisz dotychczas niezajętych przez rodzimych przedsiębiorców została mniej albo bardziej

³⁸ Zob. D. Zengin OK, E. Ekberov, *Россия возглавляет рейтинг стран по числу введенных против них санкций*, 24.02.2023, <https://www.aa.com.tr/ru/мир/россия-возглавляет-рейтинг-стран-по-числу-введенных-против-них-санкций/2828621>

³⁹ Informacja własna od mieszkającego w Harbinie drogiego Bo, którego anonimowość zobowiązałem się zachować pod karą obowiązku spożycia pod nadzorem Bo kotleta z boksera (psa), który usmaży dla mnie przemiła babcia droga Mei, pamiętająca jeszcze moich nieżyjących od dawien dawna krewnych repatriowanych w latach 50. do Miłocic z (wolnej już od japońskich – i do dzisiaj czczonych w demokratycznej ponoć Japonii – zbrodniarzy) Mandzurii, która powróciła do Chin, dziś Chińskiej Republiki Ludowej.

skutecznie wypełniona. Zyski wzrastają znacznie. Wczoraj czytałem, że wzrastają także zyski B płynące z eksportu materiałów energetycznych objętych przecież jakże surowymi sankcjami nałożonymi przez A. Inflacja w B taka sobie, ciągle znacznie jednocyfrowa, mniejsza niż w siedmiu państwach należących do A. W tym, niestety, w naszej ojczyźnie.

Z kolei A – z powodu nałożonych na B sankcji – wykazuje cechy mniejszego albo większego, coraz bardziej niepojącego kryzysu. Gospodarki niektórych państw należących do A znajdują się (z powodu sankcji, które zostały nałożone na B przez A) w niemałych, ponoć nawet dużych, zdaniem podejrzanych pesymistów ponoć tu i ówdzie bardzo dużych tarapatach. Budżety A trzeszczą. Z inflacją dalej niewesoło, w niektórych państwach należących do A – gorzej niż niewesoło. U nas też.

Jak to się stało możliwe?

Bóg raczy wiedzieć.

Diabeł wie chyba też.

Choć trochę na początku sankcje nałożone na B przez A niektórym mieszkańcom B namieszały, może i dały w kość. Nie tylko zresztą obywatelom B. Dlaczego? Ano dlatego, że w B mieszka kilkanaście milionów cudzoziemców, którzy nie są obywatelami B. I co najmniej utrudniło to życie mieszkającym w B Polakom, których jest niemało (zdaniem niektórych w B mieszka kilkadziesiąt tysięcy Polaków, zdaniem innych nawet kilkaset tysięcy naszych rodaków, mających jedynie obywatelstwo państwa B).

Jakie były konsekwencje sankcji? Takie na przykład, że mama, która chciała wysłać studiującemu w A dziecku pieniądze na mieszkanie i jedzenie oraz np. chłopcom na bezalkoholowe piwo, a dziewczkom na ekologiczne kosmetyki, nie mogła tego zrobić. Żeby kupić bilet lotniczy z B do A, mieszkańcy B musieli niedawno pojechać do państwa nienależącego do A, niekiedy nawet kilka tysięcy kilometrów od ich domu.

W listopadzie 2023 r. kolejny kraj należący do A zabronił wjeżdżania na swoje terytorium samochodami zarejestrowanymi w B.

W należącym do B okręgu kaliningradzkim (w związku z sankcjami nazywanym w pewnym państwie należącym do B okręgiem królewieckim) mieszkają także Polacy, niektórzy z dziada pradiada

mieszkający w B, niektórzy zamieszkali tam od niedawna, będący obywatelami B oraz państwa należącego do A, którzy ze względów rodzinnych, w interesach, a także, aby odwiedzić groby swoich krewnych, poległych w latach 1944–1945 w walce z hitlerowcami i pochowanymi w państwie należącym do B, chcą przyjechać do A własnym samochodem zarejestrowanym w B.

Otóż, nie ma pardonu dla jakichkolwiek obywateli B. Także Polaków mieszkających np. w Kaliningradzie (w związku z sankcjami nazywanym w pewnym państwie należącym do B Królewcem), nawet będących obywatelami państwa należącego do A albo mającymi Kartę Polaka. Nie mają oni prawa wjechać swoim samochodem zarejestrowanym w B także do wspomnianego państwa należącego do A, którego są obywatelami⁴⁰.

⁴⁰ Zob. T. Molga, *Polak z Królewca skarży się na sankcje. Jeden zakaz najbardziej komplikuje życie*, 18.11.2023, wiadomosci.wp.pl/polak-z-krolewca-skarzy-sie-na-sankcje-jeden-zakaz-najbardziej-komplikuje-zycie-6964162869816000a: „Witold Kowalczyk, przedsiębiorca z Królewca, apeluje do polskich urzędników o złagodzenie sankcji polegających na zakazie wjazdu do Polski aut osobowych zarejestrowanych w Rosji. – Uderza to w posiadaczy Kart Polaka oraz polskich mieszkańców obwodu. Mają prawo swobodnie przekraczać granicę, ale nie mogą skorzystać z własnego auta – tłumaczy. – To wstyd, że ludzie, którzy uzyskali Kartę Polaka, a mieszkają w obwodzie królewieckim, stali się gorszym sortem. Akurat ja mogę sobie pozwolić na swobodną podróż do Polski, bo jestem menedżerem w dużej firmie. W przypadku osób z Kartą Polaka sankcja i bariery finansowe właściwie uniemożliwiają im utrzymywanie kontaktów z krajem – mówi WP Witold Kowalczyk. – W samym Królewcu i obwodzie pozostało może kilkanaście polskich rodzin. Największą grupę, może nawet 3 tys. osób, stanowią posiadacze Karty Polaka. To osoby o polskim pochodzeniu, repatrianci z byłych środkowoeuropejskich republik ZSRR. Wiele tych rodzin mieszka częściowo w Rosji, a częściowo już w Polsce – opisuje Kowalczyk. – Znam wielu z nich, to są porządni ludzie. Nie ma sensu utrudniać im życia sankcjami – podkreśla. Polak z Królewca skarży się na sankcje. Jeden zakaz najbardziej komplikuje życie. Witold Kowalczyk, przedsiębiorca z Królewca, apeluje do polskich urzędników o złagodzenie sankcji polegających na zakazie wjazdu do Polski aut osobowych zarejestrowanych w Rosji. – Uderza to w posiadaczy Kart Polaka oraz polskich mieszkańców obwodu. Mają prawo swobodnie przekraczać granicę, ale nie mogą skorzystać z własnego auta – tłumaczy. – To wstyd, że ludzie, którzy uzyskali Kartę Polaka, a mieszkają w obwodzie królewieckim, stali się gorszym sortem. Akurat ja mogę sobie

pozwolić na swobodną podróż do Polski, bo jestem menedżerem w dużej firmie. W przypadku osób z Kartą Polaka sankcja i bariery finansowe właściwie uniemożliwiają im utrzymywanie kontaktów z krajem – mówi WP Witold Kowalczyk. – W samym Królewcu i obwodzie pozostało może kilkanaście polskich rodzin. Największą grupę, może nawet 3 tys. osób, stanowią posiadacze Karty Polaka. To osoby o polskim pochodzeniu, repatrianci z byłych środkowoazjatyckich republik ZSRR. Wiele tych rodzin mieszka częściowo w Rosji, a częściowo już w Polsce – opisuje Kowalczyk. – Znam wielu z nich, to są porządni ludzie. Nie ma sensu utrudniać im życia sankcjami – podkreśla. Chodzi o zakaz wjazdu na terytorium UE nawet prywatnych aut z rosyjskimi tablicami rejestracyjnymi. Szef MSWiA Mariusz Kamiński ogłosił to 17 września. Takie sankcje wprowadziły Litwa, Łotwa i Estonia, a także Niemcy, Finlandia i Norwegia. Witold Kowalczyk w imieniu Polaków i osób z Kartą Polaka napisał listy do kilku instytucji m.in. ministerstw oraz do biura Koalicji Obywatelskiej [...]. – Rosjanie mieszkający za granicą przejeżdżają w samochodach z niemieckimi, francuskimi i podobnymi rejestracjami. Służby nic nie mogą na to poradzić. W przypadku posiadaczy Karty Polaka kara obowiązuje, a przecież te osoby deklarują przynależności do polskiej narodowości i kultury – tłumaczy przedsiębiorca [...]. Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji pytane przez WP o sprawę Polaków z Królewca odpowiada: »Przepisy dotyczące tego zakazu zostały wprowadzone na podstawie prawa UE – artykułu 3 i rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie. Natomiast zmiana tych regulacji może być podjęta wyłącznie na poziomie Unii Europejskiej« – piszą urzędnicy. »Nie ma znaczenia, czy pojazdy są wykorzystywane do celów prywatnych czy komercyjnych, pod warunkiem że pojazdy te są objęte kodem CN wymienionym w załączniku i pochodzą z Rosji lub są z niej wywożone. Podkreślić należy, że przedmiotem zakazu jest pojazd, zarejestrowany w Rosji, posiadający rosyjskie tablice rejestracyjne. Nie ma znaczenia narodowość i przynależność państwowa kierowcy lub właściciela takiego pojazdu« – piszą urzędnicy z Ministerstwa Finansów. WP skontaktowała się też z byłym dyplomatą z Królewca, który przyznaje, że sprawa osób z Kartą Polaka jest trudna. – Zaświadcza ona o przynależności do narodu polskiego, ale nie jest obywatelstwem. Więc mówimy o obywatelach Rosji. Tak to zostało głupio skonstruowane już w 2007 roku – komentuje. – Nasz głos jest ignorowany. Polscy urzędnicy, włączając służbę konsularną, nie chcą wychylić się poza koniunkturalną narrację – podsumowuje Witold Kowalczyk. 61-letni Kowalczyk przyjechał do Królewca w 2006 roku. Jak wyjaśnia, był wtedy specjalistą od zarządzania kryzysowego i spraw wschodnich. Poproszono go o reorganizację firmy należącej do międzynarodowego operatora logistycznego. – Kontrakt skończył się tak, że założyłem rodzinę

„48 potrafi!”⁴¹

* * *

A teraz ciut o przepisach.

Sankcje przyjęte przez A wobec B dotyczą także prawa dewizowego.

Katakлизmem dla B miało się stać wyłączenie B z międzynarodowego międzybankowego systemu przesyłania informacji i dokonywania płatności, znanego pod anglosaskim, rzecz jasna, skrótem SWIFT.

Diabelskim zapewne sposobem B sobie z tym ograniczeniem poradziło i radzi. Płatności B wobec wszystkich jego partnerów realizowane są bez istnych przeszkód. Aż to be!

Z kolei Republika Białoruś to u mnie nie B, żadne tam be, choć straszne be!

W rozporządzeniu Rady (WE) nr 765/2006 z 18 maja 2006 r. dotyczącym środków przeciwko prezydentowi Aleksandrowi Łukaszence przewidziano między innymi zamrożenie wszelkich zasobów należących albo pozostających pod kontrola Łukaszenki, co – rzecz jasna – wyklucza także jakikolwiek transfer tych zasobów. O tym stanowi art. 2 tego opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej rozporządzenia Rady⁴².

Artykuł 3 tego rozporządzenia przewiduje jednak humanitarne rozwiązanie pozwalające „odmrozić” zamrożone zasoby Łukaszenki, gdyby „odmrożenie” to było niezbędne, aby Łukaszenko i jego rodzina mogli pokryć płatności za żywność i lekarstwa.

i zostałem tu do dziś. Wszystko, co mam, jest tutaj, więc jestem z Królewca. Kaliningradiec, jak to mówią miejscowi – przedstawia się rozmówca WP. Ma polskie obywatelstwo. Jego dzieci mają podwójne paszporty. Sam posiada auto na królewieckich numerach. Kiedy jedzie do Polski, zamawia transport z granicy”.

⁴¹ Prawa autorskie Jacka Mazurkiewicza także tu zastrzeżone, również uwielbianym w RP nic nieznaczącym w tejże RP znaczkim ©.

⁴² Rozporządzenie Rady (WE) nr 765/2006 z dnia 18 maja 2006 r. dotyczące środków ograniczających skierowanych przeciwko prezydentowi Aleksandrowi Łukaszence i niektórym urzędnikom z Białorusi (Dz.Urz. UE L 134/1 z 20.5.2006).

Chyba Łukaszenko jeszcze nie skorzystał z tego humanitarnego rozwiązania. Jest starszym panem. Starsi panowie, ja wiem dobrze, miewają kłopoty ze zdrowiem.

Ale zdumiony jestem – pozytywnie zdumiony! – troską Unii Europejskiej o zdrowie Łukaszenki.

Jak ktoś chce na Unię rzucić kamieniem, niech na zawsze zapamięta troskę Unii o żywność i leki dla Aleksandra Łukaszenki! I jego rodziny.

Drugi przepis zawarty już w rodzimej ustawie z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspierania agresji na Ukrainę oraz służące ochronie bezpieczeństwa narodowego⁴³.

W artykule 1 i 3 tej ustawy wskazano dwa unijne rozporządzenia, podkreślono ich niewątpliwe obowiązywanie (jakby to podkreślanie było jeszcze potrzebne) i przewidziano możliwość wpisania osób i podmiotów na listy osób i podmiotów, wobec których stosowane są sankcje polegające także na ograniczeniu albo uniemożliwieniu transferu środków finansowych, o czym mowa w ust. 2 art. 3 tej ustawy. Czyli między innymi na niemożliwość dysponowania przez te podmioty i osoby środkami finansowymi, funduszami lub zasobami gospodarczymi.

Na podstawie tych unijnych rozporządzeń i naszej ustawy wpisano na tę listę Ludmiłę Aleksandrowną Oczerietnaju

Zamieszkałą we Francji była, bo rozwiedziona, żonę Władimira Władimirowicza Putina.

Z byłymi żonami bywa różnie.

Niektóre dalej są jak miód, niektóre jak osy. Ja się na tym za bardzo nie znam, no i skąd mógłbym wiedzieć, czy była żona Putina jest wobec niego dalej miododajną, czy kąśliwą. To może wiedzą tajne służby z wyłączeniem przeżywającego wielki kryzys Mosadu.

Sankcjami USA, Wielkiej Brytanii, Australii, Nowej Zelandii, Szwajcarii, Japonii i oczywiście Unii Europejskiej objęto też Alinę Maratówną Kabajewą. Uznaną przez te kraje i Unię *in corpore* za aktualną kochankę Władimira Władimirowicza Putina.

⁴³ Dz.U. z 2023 r., poz. 1497 ze zm.

Z kochankami bywa różnie.

Niekiedy są rzucane, niekiedy same rzucają.

Ja nie zaglądam pod kołdrę Kabajewoj, ale jako obywatel Rzeczypospolitej Polski należącej do Unii Europejskiej i do NATO uważam, że nie ma co się z Kabajewą pieścić! Wystarczy, że ją Putin pieści.

O czym ja mówię. Ano mówię o idiotyzmie większości sankcji. O ich podejrzanym tak zwanym etosie. O sprzeczności z fundamentalną zasadą wykluczającą odpowiedzialność zbiorową. O bezskuteczności na koniec, choć przede wszystkim.

Ze zdjęć publikowanych w internecie wynika, że 40-letnia Kabajewa, pół-Tatarka, mistrzyni świata w gimnastyce artystycznej w 1999 r., zdobywczyni brązowego medalu na igrzyskach olimpijskich w Sydney w 2000 r., mistrzyni Europy w 2002 r., złotego medalu na igrzyskach olimpijskich w Atenach w 2004 r., ma się dobrze. Wygląda na nakarmioną, ubraną i obutą.

Jedyne co mnie zastanawia to to, czy dalej jest kochanką Putina? Czy Władimir Władimirowicz Putin nie ma, nie daj Boże, jakiejś innej kochanki? Bo to mogłoby wskazywać na niedopuszczalną, karygodną lukę w jedynie słusznych sankcjach antykochankowych!

No cóż, o sankcjach A wobec B mógłbym jak stary Żyd z Odessy tęskniący za Paryżem, w którym nigdy nie był, opowiadać przez dwa tygodnie z przerwami przez trzy miesiące.

Dlatego (już teraz) dziękuję.

Andrzej Marian Świątkowski

prof. dr hab., Uniwersytet Ignatianum w Krakowie

orcid.org/0000-0003-1753-7819

andrzej.swiatkowski@ignatianum.edu.pl

Religia lub inne przekonania – kryterium antydyskryminacyjnym w prawie Unii Europejskiej*

I. Wprowadzenie

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wydany w dniu 13.11.2022 roku w sprawie C-344/20, *L.F. przeciwko S.C.R.L.*¹ ma bardzo istotne znaczenie dla zachowania ciągłości jednolitego orzecznictwa unijnego organu wymiaru sprawiedliwości w sprawach dotyczących przepisów dyrektywy Rady 2000/78 z dnia 27.11.2000 roku, ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy². W sentencji wydanego wyroku TSUE orzekł, że przepis wymieniony w art. 1 dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że wymienione w nim pojęcia prawne „religia lub przekonania” stanowią jedną i tę samą przyczynę

* Niniejszy tekst stanowi przedruk rozdziału 9 *Religia lub inne przekonania – kryterium antydyskryminacyjnym w prawie Unii Europejskiej* z książki: Andrzej Marian Świątkowski, *Religia w orzecznictwie europejskich trybunałów sprawiedliwości*, Wydawnictwo Naukowe Akademii Ignatianum w Krakowie, Kraków 2023, s. 161–176. Przedruk publikowany jest w czasopiśmie „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” dzięki uprzejmości Wydawnictwa Naukowego Uniwersytetu Ignatianum w Krakowie.

¹ ECLI:EU:C:2022:774.

² Dz.U. 2000, L 303, s. 16.

dyskryminacji w stosunkach pracy i zatrudnienia. Obejmuje ona zarówno przekonania religijne, jak i światopoglądowe oraz duchowe. Wymieniony przepis tej dyrektywy nie daje podstawy prawnej do wykładni państwom członkowskim UE możliwości uznawania krajowych przepisów odnoszących się do przekonań religijnych i światopoglądowych za dwie odrębne przyczyny dyskryminacji. Przeważnie nie można uważać tych norm prawnych za bardziej korzystne od minimalnych standardów ochrony kryteriów antydyskryminacyjnych wymienionych w art. 1 omawianej dyrektywy³. Tym samym nie mogą do nich mieć zastosowania „minimalne wymagania” wymienione przez unijnego prawodawcę w art. 8 ust. 1–2 dyrektywy 2000/78. Ponadto TSUE orzekł, że wyrażenia religia lub przekonania sformułowane przez pracodawców w regulaminach pracy przedsiębiorstw, zabraniające osobom zatrudnionym manifestowania w jakikolwiek sposób, w szczególności za pomocą wypowiedzi, ubioru albo innych form, swoich przekonań religijnych, światopoglądowych albo politycznych, nie mogą być uznane w świetle przepisów omawianej dyrektywy i dotychczasowego orzecznictwa TSUE za przypadki dyskryminacji bezpośredniej ze względu na religię albo przekonania osób nienoszących w miejscu pracy wszelkich widocznych symboli religijnych, światopoglądowych albo politycznych⁴.

Odmienne zapatrywania w sprawie prawnej ochrony przed dyskryminacją miały przeciwne strony sporu prowadzonego na podstawie ustawy o zwalczaniu niektórych form dyskryminacji⁵ toczącego się przed sądem belgijskim⁶ w ramach prawnych „ogólnej ustawy antydyskryminacyjnej” wprowadzonej do krajowego systemu prawa w celu transpozycji dyrektywy 2000/78. Pewnym zaskoczeniem w niektórych sytuacjach było stanowisko Laili Mediny, Rzeczniczki Generalnej TSUE, w zasadzie zmierzające w kierunku późniejszych rozstrzygnięć TSUE, lecz jednocześnie stanowczo domagające się wprowadzenia do systemu antydyskryminacyjnego prawa unijnego nowej, odmiennej od dotychczasowej, wykładni przepisów omawianej dyrektywy. Nowa interpretacja zmierza – jak utrzymuje

³ Religia lub przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientacja seksualna.

⁴ Wyrok TSUE z 13.11.2022 r., w sprawie *S.C.R.L.*, pkt 63.

⁵ *Moniteur belge* z 30.05.2007 r., s. 29016.

⁶ Tribunal du travail Francophone de Bruxelles.

RG – w kierunku korzystniejszej dla dyskryminowanych potrzeby autonomicznej wykładni aktualnie obowiązujących, ramowych przepisów ochronnych, sformułowanych w ogólnych antydyskryminacyjnych przepisach dyrektywy 2000/78.

W kolejnych częściach niniejszego opracowania przedstawiam stanowisko stron sporu, zapatrywania sądu odsyłającego występującego z pytaniami prejudycjalnymi, uzasadnienie materialno-prawnych i proceduralnych rozstrzygnięć TSUE. Zapatrywania RG TSUE zostały przedstawione we fragmentach uzasadniających powody wydanych rozstrzygnięć albo w końcowej części w przypadku braku możliwości porównania stanowisk wyrażonych w wyroku TSUE z oficjalną opinią prawną sporządzoną i przedstawioną w tym procesie przez RG TSUE.

II. Istota sporu, stanowisko stron, sądu odsyłającego i pytania prejudycjalne

1. Powódka, będąca muzułmanką, a zatem z powodów religijnych kobietą nierozstającą się z chustą islamską, ubiegała się u pracodawcy, w S.C.R.L., o odbycie nieodpłatnego, sześciotygodniowego stażu zawodowego. Warunkiem odbycia tego stażu było przestrzeganie zgodnej z prawem zakładowym polityki neutralności. Jednym z przepisów powszechnej zasady tej polityki było stosowanie się przez wszystkie osoby obecne na terenie zakładu pracy do „(...) niewyrażania w jakikolwiek sposób, poprzez wypowiedzi, ubiór lub w innej formie, własnych przekonań religijnych, światopoglądowych lub politycznych, bez względu na ich charakter”. Z tej przyczyny powódka z góry uprzedziła przedsiębiorcę o niemożności, z powodów religijnych od niej niezależnych, stosowania się do powyższej zasady neutralności postępowania. W następnym miesiącu złożyła ponowny wniosek o odbycie wymienionego wcześniej stażu, wyrażając zgodę na zastąpienie wymienionej w regulaminie zakładowym chusty islamskiej na jakiegokolwiek inne nakrycie głowy. Została powiadomiona przez potencjalnego przedsiębiorcę o powszechnym zakazie noszenia przez zatrudnionych jakiegokolwiek nakrycia głowy, czyli czapki, kapelusza albo chusty. Złożyła skargę niezależnemu organowi publicznemu do spraw zwalczania

przejawów dyskryminacji oraz wniosła do belgijskiego sądu pracy powództwo o zaniechanie wobec niej naruszeń prawa, obowiązującego w państwie członkowskim Unii Europejskiej. Wskazywała sądowi belgijskiemu swoje wyznanie religijne jako wyłączną przyczynę odmowy przyjęcia jej na staż zawodowy.

2. Strona pozwana – przedsiębiorstwo S.C.R.L., do którego zwróciła się powódka L.F., wniosła o oddalenie powództwa. Powołała się na wyrok TSUE wydany 14.03.2017 roku w sprawie *G4S Secure Solutions*, C-157/15⁷. Zgodnie ze wskazanym orzeczeniem, regulamin pracy nie może być uznany za przejaw dyskryminacji bezpośredniej, albowiem w identyczny sposób nakazuje traktowanie w miejscu pracy wszystkich zatrudnionych. W ramach tak zwanego „kodu dresowego” (*dress code*) zobowiązuje wszystkich zatrudnionych do noszenia w miejscu pracy neutralnego stroju. Wymieniony kod wyklucza możliwość noszenia przez wymienione osoby jakichkolwiek symboli religijnych, światopoglądowych albo politycznych.

3. Sąd odsyłający w Brukseli, do którego sprawę wniosła powódka, uznał, że wykładnia pojęcia prawnego „dyskryminacja bezpośrednia”, zdefiniowana w art. 2 ust. 2 litera a) dyrektywy 2000/78 w celu wyznaczenia ogólnych ram do walki z dyskryminacją ze względu na religię i przekonania oraz inne kryteria antydyskryminacyjne wymienione w art. 1 tej dyrektywy, budzi poważne wątpliwości. Zdaniem tego sądu, porównywalność sytuacji osób dyskryminowanych i niedyskryminowanych leży w gestii sądów krajowych. Ponadto dodał, że w sprawie *G4S Secure Solutions* C-157/15 TSUE przyjął tezę o stosowaniu wewnętrznej regulacji dotyczącej zakazu noszenia w miejscu pracy widocznych symboli religijnych, światopoglądowych i politycznych w sposób ogólny i bez rozróżnienia, albowiem zastosowanie tej reguły zachowania może być odmienne od jej stosowania wobec innego pracownika. Treść sentencji wyroku wydanego w wymienionej wyżej sprawie oraz nieznanie okoliczności tej konkretnej sprawy mogą być odmienne od tych, jakie miały miejsce w sprawie C-344/20 w przypadku powódki L.F. Sąd pracy w Brukseli zmierzał do ustalenia, czy sąd krajowy orzekający w tego typu sprawie jest całkowicie pozbawiony szansy konkretnej oceny

⁷ EU:C:2017:203.

sytuacji podczas badania – dyskryminacyjnego albo nie – charakteru wewnętrznej regulacji prywatnego przedsiębiorstwa, w jakim dla pracowników wprowadzony został i obowiązuje zakaz noszenia w miejscu pracy widocznych symboli religijnych, światopoglądowych lub politycznych. Sąd odsyłający rozważał, czy w wyrokach wydanych dotychczas przez TSUE, w wymienionej wcześniej sprawie *G4S Secure Solutions C-157/15* oraz innej sprawie *Boungaoui i ADDH, C-188/15*⁸, zamierzeniem TSUE było ukształtowanie jedynego chronionego kryterium antydyskryminacyjnego obejmującego przekonania religijne, światopoglądowe i polityczne. Sąd ten badał też, czy w rozumieniu osób i podmiotów stosujących przepis art. 1 i inne normy prawne dyrektywy 2000/78 można uważać, iż mają one do czynienia z dwoma różnymi i tym samym niejednakowymi przejawami kryterium antydyskryminującego. Sąd odsyłający jest skłonny uznać, że poprzez umieszczenie religii na tym samym poziomie jak innych, niereligijnych przekonań, w istotny sposób ograniczone zostało pole manewru przy poszukiwaniu „osoby referencyjnej” zdolnej do przeprowadzenia obiektywnej oceny sytuacji w celu ustalenia, czy miał miejsce przypadek dyskryminacji bezpośredniej. Zdaniem tego sądu zastosowanie wewnętrznej regulacji wobec osoby zatrudnionej powołującej się na przekonania religijne nie można byłoby porównać z sytuacją innego pracownika, niemającego przekonań religijnych, ale inne, na przykład polityczne. Miał ten sąd także dalsze wątpliwości: czy normy prawne gwarantujące trzem różnym osobom zatrudnionym równe traktowanie w stosunkach zatrudnienia i pracy, korzystającym z trzech odmiennych kryteriów wyznaczonych przez religię, światopogląd oraz politykę mogą być uznane za zgodne z art. 8 analizowanej dyrektywy 2000/78. W końcu sąd odsyłający do TSUE pytanie prejudycjalnie ustalał, czy różnica w traktowaniu przekonań religijnych i innych, niereligijnych, może być traktowana jako przejaw dyskryminacji bezpośredniej w stosunkach pracy i zatrudnienia⁹.

4. Pytania prejudycjalne

Sąd odsyłający zwrócił się do TSUE z trzema następującymi pytaniami prejudycjalnymi w sprawie *S.C.R.L.* Czy:

⁸ EU: C:2017:204.

⁹ Wyrok TSUE w sprawie C-344/20, pkt. 22–23.

- 1) przekonania religijne, światopoglądowe i polityczne są dwoma aspektami tego samego chronionego kryterium, czy też stanowią odrębne kryteria chronione przed dyskryminacją?
- 2) stwierdzenie, że religia i przekonania są dwoma aspektami tego samego prawnie chronionego kryterium może obniżyć na podstawie art. 8 dyrektywy 2000/78 poziom ochrony przed dyskryminacją?
- 3) regulamin pracy przedsiębiorstwa zabraniający osobom zatrudnionym wyrażania przekonań religijnych, światopoglądowych lub politycznych bez względu na ich charakter stanowi bezpośrednią dyskryminację pracowników, chcących korzystać z prawnie chronionych wymienionych w art. 1 dyrektywy 2000/78 kryteriów antydyskryminacyjnych¹⁰.

III. Uzasadnienie wyroku TSUE

1. Wprowadzenie

TSUE zmienił kolejność wywodów uzasadnienia wydanego wyroku, ponieważ pytania pierwsze i drugie dotyczą formalnie wykładni przepisu art. 1 dyrektywy 2000/78, jednakże odnoszą się do dwóch różnych kwestii prawnych. Pytanie pierwsze dotyczy wykładni pojęć użytych przez unijnego prawodawcę, określającego prawne kryteria antydyskryminacji chroniącej osoby spełniające legalne kryteria różnicowania – przez pracodawców i przedsiębiorców – pracowników i innych osób zatrudnionych przed niezgodną z prawem unijnym dyskryminacją, stosowaną z jednej i tej samej przyczyny. Natomiast pytanie trzecie odnosi się do regulacji prawnej zakazującej osobom pracującym w miejscu pracy lub zatrudnienia eksponowania wszelkich widocznych symboli religijnych, światopoglądowych i politycznych. Pytanie drugie zadane TSUE przez sąd odsyłający ma na celu ustalenie bardziej korzystnej ochrony prawnej przed dyskryminacją stosowaną ze względu na kryteria wymienione w art. 1 dyrektywy 2000/78, na jaką zezwala przepis art. 8 tej dyrektywy.

¹⁰ Powyższe pytanie zostało rozłożone na sześć pytań bardziej szczegółowych, z których wszystkie wystarczająco dokładnie odzwierciedlają główny aspekt sprawy – noszenie w miejscu pracy wszelkich widocznych symboli.

2. Jeden czy dwa odrębne aspekty tego samego kryterium chronionego przed dyskryminacją?

Jest to problem prawny, różniący zapatrywania zaprezentowane w sprawie C-344/20 przez dwa różne organy unijnego wymiaru sprawiedliwości, TSUE i jego Rzeczniczkę Generalną. W tej części przedstawiam stanowisko TSUE, akcentującego jednolity dotychczas kierunek wykładni przepisów dyrektywy 2000/78. Jest on oparty na przepisach prawa pierwotnego: art. 19 TFUE oraz art. 21 Karty praw podstawowych) UE oraz wcześniejszych orzeczeniach wydanych 15.07. 2021 r. w sprawach *WABE eV* i *MH Müller Handel*, C-804/18 i C-341/19¹¹. Na tej podstawie art. 1 dyrektywy 2000/78 wymienia z tego samego tytułu religię i przekonania, podobnie jak art. 19 TFUE, zgodnie z którym prawodawca Unii może podjąć środki niezbędne w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu, w szczególności, na „religię lub przekonania” oraz art. 21 Karty, który wśród różnych powodów dyskryminacji, jakie przytacza, wymienia „religię lub przekonania”. Tym samym dla celów stosowania dyrektywy 2000/78 terminy „religia” i „przekonania” należy rozumieć jako dwie strony tej samej i jedynej przyczyny dyskryminacji. Jak wynika z art. 21 Karty, powód dyskryminacji ze względu na religię lub przekonania należy odróżnić od powodu dotyczącego „poglądów politycznych lub wszelkich innych poglądów”. Obejmuje on zatem zarówno przekonania religijne, jak i przekonania ideologiczne lub duchowe. W identyczny sposób TSUE potraktował drugi aspekt pierwszego pytania. W ślad za orzeczeniem wydanym w sprawach *WABE eV* i *MH Müller Handel*, C-804/18 i C-341/19 orzekł, że „(...) terminy religia i przekonania należy rozumieć jako dwie strony tego samego i jedyne go powodu dyskryminacji”¹². Odstąpił od powielania istotnych fragmentów uzasadnienia wydanego wyroku przy ocenie pojęcia „bez względu na ich charakter”.

W pierwszym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający rozważał, czy nazewnictwo wykorzystane przez prawodawcę unijnego w konstrukcji prawnej zaprezentowanej w art. 1 dyrektywy 2000/78 dotyczy wyłącznie religii, czy też może być rozciągnięte na wszystkie

¹¹ EU:C:2021:594, pkt 47.

¹² Tamże.

wymienione już wcześniej przekonania. W art. 1 bowiem wyraźnie zaznaczono, nie wymieniając przy tym, jakie przekonania prawodawca unijny miał na uwadze, dlaczego w pytaniu prejudycjalnym zasugerowano, że w sformułowaniu „(...) i inne bez względu na ich charakter” mogą się mieścić inne kryteria wymienione przez sąd odsyłający, takie jak na przykład wymieniona w belgijskiej ustawie o zwalczaniu niektórych form dyskryminacji, gdzie wymienione są organizacje krajowych związków zawodowych. „Ochrona przed dyskryminacją zagwarantowana w dyrektywie 2000/78 obejmuje wyłącznie przyczyny wyczerpująco wymienione w art. 1 tej dyrektywy, z takim skutkiem, że dyrektywa ta nie obejmuje przekonań politycznych związanych z przynależnością do związków zawodowych, przekonań artystycznych, sportowych, estetycznych czy innych. Ochrona tych przekonań w państwach członkowskich nie jest zatem regulowana przepisami tej dyrektywy”¹³. Według TSUE, orzekającego w omawianej sprawie, zwrot „bez względu na charakter” religii lub przekonań obejmuje wyłącznie przyczyny wyczerpująco określone i wymienione w art. 1 dyrektywy 2000/78. Nie można zatem, jak przekonuje TSUE w uzasadnieniu analizowanego wyroku, uważać, że powyższe, ogólnikowe, sformułowanie ma skutek uniemożliwiający odniesienie go do przekonań politycznych, związkowych, artystycznych, sportowych, estetycznych i innych¹⁴. Ochrona takich przekonań nie jest więc objęta przepisami przedstawionej dyrektywy.

3. Zakres prawny zakazu eksponowania dużych czy wszelkich symboli religijnych?

We wcześniejszych orzeczeniach TSUE dotyczących prawa antydyskryminacyjnego ustalana była reguła, wedle której wewnętrzna regulacja – w przepisach zakładowych – zakazu noszenia w miejscu pracy wszelkich widocznych symboli przekonań nie tylko religijnych, lecz także światopoglądowych i politycznych, nie jest uznawana za dyskryminację bezpośrednią ze względu na religię lub przekonania wówczas, gdy dotyczy wszelkich – bez

¹³ Tamże, pkt 28.

¹⁴ Wyrok TSUE w sprawie *S.C.R.L.*, C-344/20, pkt 28.

rozróżnienia – przejawów takich przekonań i traktuje w ten sposób wszystkich pracowników i innych zatrudnionych w danym zakładzie pracy. Narzucenie obowiązku adresowanego do zatrudnionych i pracowników dotyczącego noszenia w miejscu pracy neutralnego ubioru stanowiło pozytywną wskazówkę rozstrzygnięcia bezzasadności ewentualnych zarzutów o dyskryminację i brak przestrzegania powszechnych, bezwzględnie obowiązujących i jednakowych standardów ustanowionych przez przedsiębiorców. W orzeczeniach wydanych w sprawach *WABE eV* i *MH Müller*, C-804/18 i C-341/19 TSUE wyraźnie zaznaczył, że każda osoba może wyznawać religię, mieć przekonania religijne, światopoglądowe i polityczne wówczas, gdy jest anonimowa. Tego typu rozwiązanie problemu dyskryminacji ze względu na kryteria wymienione w przepisach obowiązującego prawa unijnego i krajowego jest zgodne z prawem, ponieważ nie wprowadza do stosunków pracy i zatrudnienia odmiennego traktowania¹⁵. Rozstrzygnięcie delikatnego i drażliwego problemu społecznego jest uzasadnione nie tylko powołanymi w niniejszym opracowaniu przepisami Unii Europejskiej, ale również normami Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁶. Art. 9 tej konwencji gwarantuje wszystkim obywatelom państw europejskich prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania. Powyższe uprawnienie jest uznawane za jeden z fundamentów demokratycznego społeczeństwa i centralne dobro ateistów, agnostyków, sceptyków i innych, obojętnych osób¹⁷. Wewnętrzne uregulowanie zakazu dyskryminacji może być uznane za przypadek nierównego traktowania pośrednio oparty na religii lub przekonaniach, gdyż – jak stanowi art. 2 ust. 2 litera b) dyrektywy 2008/78 – norma prawna, kryterium albo pozornie neutralna praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji nie tylko osób związanych z daną religią albo przekonaniem, ale również innych, wymienionych w art. 1 tej

¹⁵ *WABE eV* i *MH Müller*, dz. cyt., pkt 52.

¹⁶ Sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., Dz.U. z 1993 r., nr 6, poz. 284.

¹⁷ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 15.02.2001 r. w sprawie *Dahlab przeciwko Szwajcarii*, CE:ECHR:2001:0215DEC004239398. Zgodnie z art. 52 ust. 3 KPP przepisy tej konwencji mają identyczny zakres i znaczenie jak przepisy prawa unijnego.

dyrektywy¹⁸. Wyłącznie obiektywnie uzasadnione, właściwe i konieczne, stosowane w zgodnym z prawem celu nierówne traktowanie nie stanowi przejawu dyskryminacji, gdy środki wykorzystane dla osiągnięcia zaplanowanego celu są również stosowne i potrzebne. Celem zasługującym na ochronę antydyskryminacyjną może być stosowana przez przedsiębiorców polityka neutralności. Jest ona bowiem postrzegana i rozumiana przez klientów przedsiębiorcy jako wyraz jego swobody. To z kolei zaś jest uznane przez art. 16 KPP za postępowanie prawnie chronione¹⁹. Należy zaznaczyć, że obiektywny charakter neutralności może zostać pozytywnie zidentyfikowany wyłącznie w przypadku zaistnienia rzeczywistej konieczności występującej po stronie przedsiębiorcy²⁰. Według uzasadnienia wyroku TSUE C-344/20 „Powyższa wykładnia jest poddyktowana troską o zachęcanie do poszanowania co do zasady wzajemnej tolerancji i wzajemnego szacunku, jak również o akceptację większego stopnia różnorodności oraz uniknięcie nadużywania polityki neutralności wewnątrz przedsiębiorstwa ze szkodą dla pracowników przestrzegających nakazów religijnych dotyczących stroju”²¹. Na takich, niemal całkowicie opartych na wydanych przez inne składy TSUE wcześniejszych orzeczeniach, a nie zaś stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy, której stan również nie jest najbogatszy, została oparta odpowiedź na trzecie pytanie. Brzmi ona następująco: „(...) postanowienie regulaminu pracy przedsiębiorstwa zakazujące pracownikom wyrażania (...) przekonań religijnych, światopoglądowych lub politycznych, bez względu na ich charakter, nie jest przejawem – w rozumieniu dyrektywy 2000/78– bezpośredniej dyskryminacji «ze względu na religię lub przekonania», o ile (...) jest stosowane w sposób ogólny i bez rozróżnienia”²².

¹⁸ Wyrok TSUE w sprawie *G4S Secure Solutions*, C-157/15, pkt 34.

¹⁹ Wyrok TSUE w sprawie *WABE eV*, dz. cyt., pkt 63.

²⁰ Tamże, pkt 64.

²¹ Wyrok TSUE w sprawie *S.C.R.L.*, C-344/20, pkt 41.

²² Tamże, pkt 42.

IV. Stosowanie dla ochrony równego traktowania bardziej korzystnych krajowych przepisów antydyskryminacyjnych

Sąd odsyłający w pytaniu drugim zmierzał do ustalenia, czy kryteria wymienione w art. 1 dyrektywy 2000/78, stanowiące odrębne przyczyny dyskryminacji ze względu na religię lub przekonania, mogą być uważane na podstawie art. 8 tej dyrektywy za bardziej korzystne od jej pozostałych przepisów? Udzielając odpowiedzi na powyższe pytanie TSUE w pierwszej kolejności wymienił przyczyny wyczerpująco wymienione w art. 1 dyrektywy 2000/78; przypomniał wykładnię pojęć „religia lub przekonania”, stanowiących jeden i ten sam powód dyskryminacji obejmującej przekonania religijne, światopoglądowe albo duchowe. Nigdy zaś polityczne. Ustalił także zakres i treść zakresu uznania przyznanego przez dyrektywę państwom członkowskim UE. Podał przykłady norm konstytucyjnych chroniących wolność religii, jakie można uznać za bardziej korzystne od przepisów unijnych, w trakcie badania właściwego charakteru odmiennego traktowania ze względu na religię. Zwrócił uwagę, że dyrektywa 2000/78 z natury rzeczy ustanawia i reguluje wyłącznie ogólne ramy równego traktowania spraw zatrudnienia i pracowniczych, takie na przykład jak harmonizację uprawnień i interesów stron stosunków pracy i zatrudnienia. Tym samym prawodawca unijny zezwala partnerom społecznym na korzystanie z pewnego zakresu uznania „w związku z różnorodnością ich podejść do miejsca religii lub przekonań ich ustroju”²³. Z perspektywy interesów Unii, zakres uznania przyznany państwom członkowskim UE powinien być poddany kontroli unijnych organów wymiaru sprawiedliwości, zobowiązanych i zarazem uprawnionych do oceny, czy środki podejmowane na poziomie państw członkowskich są uzasadnione i proporcjonalnie wykorzystywane. Oznacza to, że prawodawca unijny samodzielnie nie dokonał konwersji wolności myśli, przekonań i religii z celami zasługującymi na ochronę prawną albo nierówne traktowanie. Pozostawił zatem transformację uprawnień, obowiązków w sferach wolności i przedsiębiorczości krajowym organom państw członkowskich. Przekazał zadanie przeprowadzenia

²³ Tamże, pkt 48.

takiego pogodzenia interesów stronom stosunku pracy lub zatrudnienia, państwowym członkowskim i ich sądom²⁴. Oznacza to, że przy badaniu koniecznego charakteru prawnego zakazu dyskryminacji ocena stosunków nawiązanych przez zainteresowane strony została umiejscowiona przez państwa członkowskie w gestii krajowych sądów.

Z powyższych ustaleń TSUE wyprowadza w sprawie *S.C.R.L., C-340/20* następujący wniosek o ochronie przed dyskryminacją z powodu przekonań religijnych: art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/78 nie zabrania sądowi krajowemu przyznania w konkretnej sprawie większego znaczenia interesom związanym z religią lub przekonaniami, a nie interesom wynikającym w szczególności z wolności prowadzenia działalności gospodarczej. Warunkiem *sine qua non* preferencyjnego potraktowania interesów religii jest podstawa prawna sformułowana przez system prawny państwa członkowskiego UE w krajowych przepisach antydyskryminacyjnych. Przepis art. 8 ust. 1 omawianej dyrektywy unijnej zezwala bowiem państwom członkowskim UE, w celu ochrony zasady równego traktowania, na przyjęcie lub nadal utrzymanie przepisów bardziej korzystnych od tych, które zostały sformułowane w niniejszej dyrektywie. W takiej sytuacji art. 8 ust. 1 tej dyrektywy wyjątkowo pozwala na nierówne potraktowanie przedsiębiorców korzystających ze swobody gospodarczej, ponieważ ochrona religii i sumienia wywołuje skutki prawne na etapie oceny tego, czy zastosowana przez pracodawcę dyskryminacja pośrednia jest lub może być uznana przez sąd krajowy za uzasadnioną. *De lege lata* jest to możliwe tylko wówczas, gdy religia i przekonania nie zostaną uznane przez orzecznictwo TSUE za dwie różne kryteria dyskryminacji. Dotychczas judykatura TSUE wskazana w kazusach wymienionych w tej publikacji nie uznała i nie zaakceptowała takiej możliwości. Uzyskała taką szansę w interpretacji zaprezentowanej w opinii prawnej przedstawionej przez Rzeczniczkę Generalną TSUE w sprawie C-340/20. Prawodawca unijny i unijne organy wymiaru sprawiedliwości zadbały o to, aby państwa członkowskie nie zostały wyposażone w na tyle szeroki zakres uznania, który pozwoliłby im podważyć treść, kontekst, cel i powody

²⁴ Wyrok z dnia 17 grudnia 2020 r., *Centraal Israëlitisch Consistorie van België i in.*, C-336/19, EU:C:2020:1031, pkt 47.

oraz – co moim zdaniem jest najważniejsze – skuteczność ochrony ogólnych warunków ramowych równego traktowania osób zatrudnionych i pracowników w stosunkach pracy. W uzasadnieniu wyroku wydanego w sprawie C-340/20 wymienione zostały powody uniemożliwiające interpretację pojęć „przekonania religijne i światopoglądowe” postrzeganych jako odrębne przyczyny dyskryminacji. Dyskryminacja dotyczy wszystkich pracowników w jednakowy sposób. „Dokonanie podziału tej przyczyny w zależności od celu realizowanego przez daną regulację skutkowałoby podzieleniem ogółu osób zawodowo aktywnych, pracowników i zatrudnionych, na mniejsze grupy, co naruszyłoby ogólne ramy równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy ustanowione w dyrektywie 2000/78”²⁵. W opinii Rzeczniczki Generalnej TSUE starano się wykazać, że zacytowanej wyżej wykładni nie podważa argumentacja, wedle której wymieniony podział prowadzi do obniżenia stopnia ochrony przed dyskryminacją ze względu na religię. Sądy krajowe mogą nadal interpretować przepisy krajowego prawa antydyskryminacyjnego w taki sposób, „(...) aby w ramach wyważania rozbieżnych interesów między pracownikiem a jego pracodawcą przekonania światopoglądowe i duchowe korzystały z tego samego poziomu ochrony przed dyskryminacją co przekonania religijne”²⁶. Jeśli chodzi o ewentualne, potencjalne obniżenie poziomu ochrony przed dyskryminacją powodowane jednym, wspólnym kryterium obejmującym przekonania religijne i światopoglądowe, w uzasadnieniu omawianego wyroku podkreślono, że powyższe zdarzenie mógłby dotyczyć wyłącznie bezpośredniej, a więc niestosowanej na większą skalę, dyskryminacji²⁷. Poza tym jedno kryterium obejmujące religię ani nie uniemożliwia, ani nie ogranicza dokonywania porównań między pracownikami mającymi określone i ustalone przekonania, a także inne oraz różne przekonania religijne²⁸. W wyroku wydanym w sprawie *WABE eV* orzeczono między innymi, że w celu ustalenia występowania dyskryminacji ze względu na religię można dokonywać porównania w grupie osób niewyznających określonej

²⁵ Wyrok TSUE w sprawie *S.C.R.L.*, C-344/20, pkt. 54–55.

²⁶ Tamże, pkt 56.

²⁷ Tamże, pkt 58.

²⁸ Tamże, pkt 59.

religii bądź niemających określonych przekonań²⁹. Celem dyrektywy 2000/78 w kontekście zatrudnienia i pracy jest w pierwszym rzędzie walka z dyskryminacją, która powinna być zakazana w całej Unii, ponieważ zatrudnienie i praca są podstawowymi elementami mającymi zapewnić równe szanse dla wszystkich jej obywateli w szerokim zakresie. Religia i inne pozostałe kryteria antydyskryminacyjne wymienione w art. 1 dyrektywy 2000/78 w szerokim zakresie przyczyniają się do rozwoju życia gospodarczego, kulturalnego i społecznego Unii Europejskiej.

V. Kontrowersyjna, autonomiczna koncepcja ochrony religii

W opinii prawnej przedstawionej TSUE w sprawie C-344/20³⁰ Laila Medina, Rzeczniczka Generalna TSUE, posługująca się hermetycznym językiem, nie zajęła wyraźnego stanowiska w sprawach regulowanych przepisami art. 1 i art. 2 ust. 2 dyrektywy 2000/78, lecz skupiła się niemal wyłącznie na art. 8 tej dyrektywy. Z jednej strony – jej zdaniem – przepis ten zezwala państwom członkowskim UE na wdrożenie tej dyrektywy w taki sposób, aby religia i przekonania religijne podlegały ochronie jako autonomiczne podstawy dyskryminacji. Z drugiej strony natomiast przepis ten stoi na przeszkodzie interpretacji tej samej normy odnoszącej się do przekonań religijnych lub światopoglądowych w krajowym wykazie podstaw dyskryminacji. Uczyniła to świadomie, o czym świadczy rozbieżność wykazu pytań prejudycjalnych zamieszczonych w jej opinii oraz w wyroku TSUE *S.C.R.L.*, C-344/20, przedstawionych przez sąd odsyłający. Poważną część jej wywodów zajmuje krytyka wyroków innych, wcześniejszych orzeczeń TSUE, w szczególności wydanych w sprawach *WABE eV* i *G4S Secure Solutions*. Być może miała rację, ponieważ w uzasadnieniu prezentowanego w tym opracowaniu wyroku TSUE w sprawie *S.C.R.L.*, C-340/20, główną podstawę argumentacji stanowiły fakty i argumenty zamieszczone w tych poprzednich wyrokach. Wkład RG TSUE w niniejszy wyrok oparty jest na niezdefiniowanych pojęciach, takich na przykład jak „auto-

²⁹ *WABE eV*, dz. cyt., pkt 50.

³⁰ Opinia Rzecznik Generalnej Laili Mediny z 28.04.2022 r., ECLI:EU:C:328.

nomiczny powód dyskryminacji”³¹, „filozofia, na jakiej zasadza się zakaz dyskryminacji ze względu na religię i przekonania religijne”³². To zapewne sprawiło, iż nie została wymieniona w uzasadnieniu opiniowanego przez nią wyroku. Rzeczniczka Generalna pod tymi wymienionymi przykładowo ekstraordynaryjnymi tytułami nie zajmuje się w przejrzysty sposób analizą dyrektywy 2000/78 i skutkami prawnymi jej stosowania. Pisze o jednej „dwuczłonowej” unijnej normie prawnej – art. 8, którą w konkluzji opinii ocenia pozytywnie, ponieważ „autonomiczna podstawa dyskryminacji” zezwala na wdrożenie tej dyrektywy do systemów prawnych państw członkowskich. Z drugiej natomiast strony, uważa ten przepis za przeszkodę interpretacji „wykazu podstaw dyskryminacji” i nazywa go „koncepcją szczególnych niedogodności”³³. Jej wykładnia wymienionego wyżej „autonomicznego” przepisu wydaje się nieuzasadniona. Krytykując wyłącznie proceduralne podejście TSUE w sprawie *WABE eV*, Rzeczniczka Generalna zarzuca wyrokowi wydanemu w tej sprawie, że postąpiono w nim podobnie jak TSUE orzekający w sprawie *Melloni*³⁴. Postawiony zarzut nie jest zgodny z pełną prawdą. W uzasadnieniu wyroku w sprawie *S.C.R.L.*, C-344/20 udowodniono³⁵, że w sprawie *WABE eV* wyraźnie stwierdzono, że „dyrektywa 2000/78 pozwala na uwzględnienie kontekstu każdego państwa członkowskiego i przyznanie każdemu z nich zakresu uznania w ramach koniecznego pogodzenia poszczególnych praw i interesów w celu zapewnienia odpowiedniej równowagi między tymi prawami i interesami”. Na tej podstawie TSUE w wyroku C-344/20 mógł orzec, iż „(...) przepisy krajowe chroniące wolność myśli, przekonań i religii jako wartość, do której współczesne społeczeństwa demokratyczne

³¹ Tamże, pkt. 52 i nast.

³² Tamże, pkt. 57 i nast.

³³ Tamże, pkt 65.

³⁴ Wyrok TSUE z 26.02.2013, *Melloni*, C-399/11, EU:C:2013:107, pkt 60. W tej sprawie powołany został art. 53 KPP, który potwierdza, że gdy akt prawa Unii wymaga przyjęcia krajowych aktów stosowania, organy i sądy krajowe są uprawnione do stosowania krajowych standardów ochrony praw podstawowych, o ile zastosowanie owych standardów nie podważa poziomu ochrony wynikającego z KPP stosownie do wykładni Trybunału, ani pierwszeństwa, jednolitości i skuteczności prawa Unii.

³⁵ Wyrok TSUE, C-344/20, pkt 30 *in fine*.

przywiązują od wielu lat coraz większe znaczenie, można brać pod uwagę jako przepisy bardziej korzystne dla ochrony zasady równego traktowania w rozumieniu art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/78 w ramach badania tego, co stanowi odmienne traktowanie ze względu na religię lub przekonania. Uprawnienie przewidziane w art. 8 ust. 1 dyrektywy 2000/78 obejmuje zatem na przykład przepisy krajowe, które uzależniają uzasadnienie odmiennego traktowania pośrednio ze względu na religię lub przekonania od wyższych wymogów, niż czyni to art. 2 ust. 2 lit. b) ppkt (i) dyrektywy 2000/78³⁶.

Norma powołana w wyroku *Melloni* (art. 53 KPP) potwierdza materialnoprawny aspekt relacji między przepisami pierwotnego prawa Unii a krajowymi normami systemów praw państw członkowskich UE. Wymieniony przepis nie jest jednak normą prawną jednolicie interpretowaną³⁷. Z tego powodu do końca nie wiadomo, czy normy dyrektyw, takich na przykład jak art. 8 dyrektywy 2000/78, ograniczają korzyści wynikające z wprowadzenia do krajowych systemów praw państw członkowskich UE w sprawach dotyczących maksymalnie wysokiego, a więc w chwili obecnej poziomu *de facto* nieograniczonego, prawem Unii oraz, czy z racji pierwszeństwa przepisów unijnych nad przepisami prawa krajowego powinny się ograniczać do wymagań minimalnych uregulowanych przepisami prawa unijnego.

VI. Konkluzja

Kształtowana przez najwyższej klasy urzędniczkę unijnego wymiaru sprawiedliwości opinia prawna na temat modyfikacji orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie odniosła zamierzonego skutku. Miał on polegać na zastąpieniu dotychczasowego, starszego orzecznictwa nowymi pomysłami, których wartość i swoista oryginalność została zaprezentowana w opinii Rzeczniczki

³⁶ Wyrok w sprawach *WABE eV*, pkt 88.

³⁷ Aktualny przypadek RP potwierdza rozbieżność wykładni praw i obowiązków regulowanych przez władze państwowe w kraju członkowskim UE a normami prawnymi obowiązującymi w Unii Europejskiej.

Generalnej TSUE. W odpowiedzi na postawione pytania prejudycjalne orzekający w sprawie *S.C.R.L.* TSUE wydał następujący wyrok:

- 1) Artykuł 1 dyrektywy Rady 2000/78 z dnia 27 listopada 2000 roku ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy należy interpretować w ten sposób, że wyrażenia „religia lub przekonania”, którymi ten artykuł się posługuje, stanowią jedną i tę samą przyczynę dyskryminacji, obejmującą zarówno przekonania religijne, jak i przekonania światopoglądowe czy duchowe.
- 2) Artykuł 2 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2000/78 należy interpretować w ten sposób, że postanowienie regulaminu pracy przedsiębiorstwa zakazujące pracownikom wyrażania poprzez wypowiedzi, ubiór lub w inny sposób swoich przekonań religijnych, światopoglądowych lub politycznych, bez względu na ich charakter, nie stanowi względem pracowników, którzy pragną korzystać z wolności religii i sumienia poprzez widoczne noszenie symbolu lub stroju wynikającego z nakazów religijnych, przejawu bezpośredniej dyskryminacji „ze względu na religię lub przekonania w rozumieniu tej dyrektywy, o ile owo postanowienie jest stosowane w sposób ogólny i bez rozróżnienia.
- 3) Artykuł 1 dyrektywy 2000/78 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by przepisy krajowe mające na celu transpozycję tej dyrektywy do prawa krajowego, interpretowane w ten sposób, że przekonania religijne i światopoglądowe stanowią dwie odrębne przyczyny dyskryminacji, można było traktować jako „przepisy bardziej korzystne w celu ochrony zasady równego traktowania od przepisów ustanowionych w [tej dyrektywie]” w rozumieniu jej art. 8 ust. 1.

Lista recenzentów

W roku 2023 artykuły zgłaszane do „Studiów Prawniczych. Rozpraw i Materiałów” opiniowali pod kątem ich naukowej przydatności do rozpowszechniania:

Ryszard Balicki
Maciej Borski
Jacek Chlebny
Paweł Czarnecki
Adam Doliwa
Ewa Gruza
Anna Hrycaj
Katarzyna Jasińska
Ireneusz C. Kamiński
Jan Kil
Grzegorz Krawiec
Paweł Kuczma
Agata Ludera-Ruszel
Artur Łuszczynski
Wojciech Maciejko
Ryszard Markiewicz
Mateusz Mądel
Ruben Miranda Gonçalves
Laura Miraut Martín
Andrzej Olaś
Aleksandra Partyk
Tomasz Partyk
Olga Maria Piaskowska

Piotr Pietrasz
Kinga Piwowarska
Sylwia Przewoźnik
Wojciech Pyziół
Tomasz Srogosz
Julia Stanek
Mateusz Stępień
Beata Stępień-Załucka
Adam Strzelec
Tomasz Szanciłło
Kamil Szpyt
Joanna Uliasz
Fabio da Silva Veiga
Bohdan Widła
Aneta Wiewiórowska-Domagalska
João Proença Xavier
Marek Zirk-Sadowski
Urszula Żółtak