

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

PRAWO W DZIAŁANIU

10

SPRAWY CYWILNE

Redakcja naukowa Elżbieta Holewińska-Łapińska



LEX

a Wolters Kluwer business

Warszawa 2011

RADA PROGRAMOWA

Tadeusz Ereciński, Lech Gardocki, Lech Paprzycki,
Andrzej Rzepliński, Marek Safjan, Stanisław Waltoś, Adam Zieliński

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący
Andrzej Siemaszko

Członkowie:

Beata Gruszczyńska, Elżbieta Holewińska-Łapińska, Marek Mozgawa, Jacek Sadowski,
Roman Trzaskowski, Dobrochna Wójcik, Eleonora Zielińska

REDAKCJA

Redaktor Naczelny
Andrzej Siemaszko

Redaktor Naukowy – Sprawy cywilne
Elżbieta Holewińska-Łapińska

Sekretarz Redakcji – Sprawy cywilne
Michał Warciński

Redaktor Naukowy – Sprawy karne
Marek Mozgawa

Sekretarz Redakcji – Sprawy karne
Paweł Bachmat

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości,
ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00-071 Warszawa

ISSN 2084-1906

Nakład 200 egz.

Wydawca:

Na zlecenie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości
Wolters Kluwer Polska sp. z o.o.
01-231 Warszawa, ul. Płocka 5a

WOLTERS KLUWER POLSKA



Wolters Kluwer
Polska

DYREKTOR DZIAŁU CZASOPISM

Klaudiusz Kaleta
e-mail: kkaleta@wolterskluwer.pl

SEKRETARIAT

tel. (22) 535 82 03; 535 80 20
faks (22) 535 83 32
e-mail: czasopisma@wolterskluwer.pl

Szczegółowe informacje o prenumeracie
czasopisma można uzyskać pod numerem
infolinii 0 800 120 188; faks (22) 535 82 05

Spis treści:

Elżbieta Holewińska-Łapińska	
Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi (w świetle wyników badania akt spraw postępowań wykonawczych)	5
Marek Jaślikowski	
Podstawy ogłoszenia upadłości konsumenckiej w praktyce sądów powszechnych	43
Jacek Sadowski	
Rozstrzyganie sporów wyborczych – analiza praktyki sądowej	101
Piotr Rylski	
Pozycja ustrojowa i procesowa referendarza sądowego w postępowaniu cywilnym	139
Mikołaj Wild	
Rozwiązanie problemu podmiotów nieprzerejestrowanych do Krajowego Rejestru Sądowego z punktu widzenia prawa europejskiego, analizy historycznej i porównawczej	187

Contents:

Elżbieta Holewińska-Łapińska	
Exercise of the right to contacts with children	5
Marek Jaślikowski	
Grounds for declaration of consumer bankruptcy in court practice	43
Jacek Sadowski	
Resolving election disputes – analysis of court practice	101
Piotr Rylski	
Systemic and procedural position of court referendary in civil proceedings	139
Mikołaj Wild	
Solution to the problem of entities whose records were not moved to the National Court Register from the perspective of EU law, historical analysis and comparative analysis	187

Elżbieta Holewińska-Łapińska*

Realizacja prawa do kontaktów z dziećmi (w świetle wyników badania akt spraw postępowania wykonawczych)

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE

Wykonanie orzeczenia o kontaktach z dzieckiem osoby, która z nim nie mieszka, napotyka w Polsce liczne problemy od wielu lat. Dostępne mechanizmy prawne mające służyć „wymuszeniu” na osobach odpowiedzialnych za dziecko zachowań umożliwiających bezpośredni kontakt z nim osoby uprawnionej, bądź stwarzały stan zagrożenia dobra dziecka, gdy odebranie go odbywało się w asyście policji, bądź okazywały się nieskuteczne. Uprawnieni do kontaktów (w szczególności, gdy uprawnionym było jedno z rodziców dziecka), niejednokrotnie „brali sprawy w swoje ręce” i porywali dzieci wymuszając za pomocą „faktów dokonanych” zmianę rozstrzygnięcia o sposobie wykonywania władzy rodzicielskiej nad dziećmi. Obawa przed porwaniem dziecka bywa często jednym z czynników przesądzających o utrudnianiu kontaktów.

Niezależnie od tego, czy orzeczenie o kontaktach było wykonywane z zastosowaniem środków egzekucyjnych czy w ramach postępowanie opiekuńczego, w licznych przypadkach podejmowane środki okazywały się nieskuteczne, co rodziło nawet prawnomiędzynarodową odpowiedzialność Polski¹. W orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach przeciwko Polsce wskazywano, że na państwie ciąży obowiązek podjęcia odpowiednich działań, aby orzeczenia o kontaktach osób bliskich (w szczególności ojca) z dzieckiem były wykonywane skutecznie i szybko. I tak w wyroku z 19.06.2007 r., w sprawie

* Prof. dr hab. E. Holewińska-Łapińska jest profesorem nadzwyczajnym w Sekcji Prawa Cywilnego Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ W 1999 r., w sprawie Wielgosz przeciwko Polsce, decyzja ETPC z 11.05.1999 r., LEX nr 41089, Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził między innymi, że artykuł 8 Konwencji z 4.11.1950 r. o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności chroni naturalne związki pomiędzy rodzicem i dzieckiem, w tym bezpośrednie kontakty, bowiem mają one fundamentalne znaczenie, zaś „Poszanowanie rodziny wedle art. 8 Konwencji zakłada, że taki kontakt nie powinien być zabroniony, jeśli nie ma ważnych przyczyn, które usprawiedliwiłyby takie ograniczenie”. Sześć lat później, w wyroku z 23.06.2005 r., w sprawie Zawadka przeciwko Polsce, LEX nr 153414, Trybunał ponownie przypomniał, iż wymieniony przepis konwencji „zawiera w sobie prawo rodzica do zastosowania środków w celu powrotu dziecka do rodzica oraz obowiązek po stronie organów krajowych podjęcia takich środków. Odnosi się to także do spraw, w których powstają spory pomiędzy rodzicami i/lub innymi członkami rodziny dzieci w przedmiocie kontaktu z nimi oraz ich miejsca zamieszkania”.

Pawlik przeciwko Polsce² Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że władze krajowe miały obowiązek „51. (...) zapewnienia wdrożenia ustaleń w zakresie kontaktów, ponieważ to one sprawują władzę publiczną i mają do dyspozycji środki do opanowania problemów z egzekucją. (...) 53. (...) nie można stwierdzić, iż mając na względzie interes jaki wchodził w grę kompetentne władze krajowe poczyniły odpowiednie wysiłki na rzecz ułatwienia spotkania. Przeciwnie **bezczytność władz przeniosła na skarżącego ciężar stałego uciekania się do kolejnych czasochłonnych i całkowicie nieefektywnych środków dla wyegzekwowania jego praw.** 54. Trybunał powtarza, że w sprawach tego rodzaju adekwatność środków podjętych przez władze oceniana jest na podstawie **szybkości ich wdrożenia; wymagają one szybkiego załatwienia, gdyż upływ czasu i zmiana okoliczności mogą mieć nieodwracalne skutki dla relacji pomiędzy dziećmi a rodzicem, który z nimi nie mieszka** (zobacz Ignaccolo-Zenide p. Rumunii, nr 31679/96, § 102, ETPCz 2000-I)”.

W wyroku z 20.04.2010 r., w sprawie Z. przeciwko Polsce³, Europejski Trybunał Praw Człowieka ponownie negatywnie ocenił nieefektywne działania polskich sądów, których celem miało być doprowadzenie do wykonywania orzeczenia o kontaktach ojca z córką w okresie separacji faktycznej rodziców oraz po rozwiązaniu ich małżeństwa. Trybunał dostrzegł trudności w wykonaniu orzeczenia, wynikające z konfliktu pomiędzy rodzicami dziecka. Pouczył jednak, po raz kolejny, że „75. (...) **brak współpracy pomiędzy rodzicami w separacji nie stanowi okoliczności, które same w sobie mogą zwolnić władze z pozytywnych zobowiązań** wynikających z artykułu 8 Konwencji. Nakładają one raczej na władze **obowiązek podjęcia środków, które doprowadziłyby do pogodzenia konkurencyjnych interesów stron, mając na uwadze nadrzędne dobro dziecka**”.

W opinii Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka wykonanie w Polsce prawomocnych orzeczeń o kontaktach z dziećmi stanowi jeden z bardzo istotnych przejawów naruszeń Konwencji, co – w szczególności w świetle praktyki Fundacji – dotyczy sytuacji po rozwodzie rodziców⁴. Rodzic niemogący zrealizować kontaktu został nazwany rodzicem „drugiej kategorii”, a jego sytuacja była przedmiotem konferencji zorganizowanej w Warszawie przez Helsińską Fundację Praw Człowieka 3.04.2008 r.⁵

Wielokrotnie na problemy z wykonaniem orzeczeń o kontaktach uskarżali się ojcowie dzieci niesprawujący nad nimi bezpośredniej pieczy, co wielu z nich skłoniło do powołania organizacji mających bronić praw ojca. Organizacje te często, w różnych formach, wyrażają swoje negatywne opinie wobec orzecznictwa sądów

² Skarganr11638/02, <http://bip.ms.gov.pl/pl/prawaczlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/orzecznictwo-wsprawach-dotyczacych-polski/rok2007/download,1005,0html>. Treść wyroku z uzasadnieniem w angielskiej i w polskiej wersji językowej 4.08.2011 r. były dostępne pod wymienionym adresem internetowym

³ Skarga nr 34694/06. Omówienie wyroku, por. B. Grabowska, *Brak kontaktu ojca z dzieckiem narusza Konwencję*, „Biuletyn Informacyjny Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka” 2010/4, s. 1-2.

⁴ Tak w liście wystosowanym do Ministra Sprawiedliwości Andrzeja Czumy z 6.02.2009 r., w którym Fundacja przedstawiła „zestawienie problemów z zakresu praw człowieka związanych z funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości oraz rekomendacje w kierunku ich rozwiązania”. Zestawienie zostało przygotowane przez Z. Hołdę, A. Bodnarę, P. Kładocznego, M. Bernattę, Ł. Bojarskiego, M. Ejchart, D. Pudzianowską.

⁵ Sprawozdanie z konferencji „Prawa rodziców drugiej kategorii” przedstawił M. Domagalski, *Matka też musi respektować wyrok*, „Rzeczpospolita” z 4.04.2008 r., przedruk „Rodzina i Prawo” 2008/9–10, s. 160–161.

rodziny i niskiej skuteczności prawomocnych rozstrzygnięć w sprawie kontaktów. Przedstawiały między innymi swoje postulaty Stowarzyszeniu Sędziów Sądów Rodzinnych⁶ oraz Ministrowi Sprawiedliwości⁷.

Niska skuteczność wykonywania orzeczeń dotyczących stytności z dziećmi znana jest Ministerstwu Sprawiedliwości⁸. Jako priorytetowe traktowane są postępowania o wydanie dziecka toczące się na podstawie konwencji haskiej o cywilnych aspektach uprowadzenia dziecka za granicę z 25.10.1980 r., a mimo tego nie wszystkie kończą się sukcesem. Koncentracja sił i środków na tych postępowaniach ma też skutki negatywne, co trafnie przedstawił Przewodniczący Krajowej Rady Kuratorów Andrzej Martusiewicz stwierdzając, iż podczas wykonywania takich orzeczeń „często dochodzi do dosyć dramatycznych wydarzeń. Wiele dzieci jest odbieranych przy pomocy brygady antyterrorystycznej i według procedury, która u większości osób, które znają pojęcie «dobro dziecka» spowodowałaby, że ciarki przebiegłyby im po plecach”. Jednocześnie sprawy te są bardzo czasochłonne, co ma negatywny wpływ na realizację innych obowiązków kuratorskiej służby sądowej, „która ma olbrzymie obciążenia (...). Nie może być tak, że na całe tygodnie wyłącza się jednego kuratora bądź cały zespół, który pod nadzorem odpowiednich departamentów Ministerstwa Sprawiedliwości i Ministerstwa Spraw Zagranicznych wykonuje jedno odebranie”⁹.

Niezadowolająca sytuacja w zakresie stanu prawnego¹⁰ i wykonywania orzeczeń dotyczących kontaktów z dziećmi spowodowała pracę nad stosownymi zmianami. Od 27.09.2001 r. zaczęła obowiązywać ustawa z 19.07.2001 r.¹¹ nowelizująca kodeks postępowania cywilnego w zakresie problematyki dotyczącej odebrania od nieuprawnionej osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką. Celem zmian wówczas dokonanych było nadanie postępowaniu o odebranie osoby cech postępowania opiekuńczego z jednoczesną eliminacją cech postępowania egzekucyjnego, ujednolicenie postępowania, jego uproszczenie, odformalizowanie i przyspieszenie, wzmocnienie ochrony dobra osoby, której postępowanie dotyczy, zwiększenie skuteczności postępowań prowadzonych w związku z uprowadzeniem dziecka do Polski lub bezprawnym jego zatrzymaniem w Polsce.

⁶ Por. E. Waszkiewicz, *Sprawozdanie z przebiegu X Kongresu Stowarzyszenia Sędziów Sądów Rodzinnych w Polsce, Zakopane 30.09.–3.10.2008 r.*, „Rodzina i Prawo” 2009/11, s. 101.

⁷ Por. np. Informację o spotkaniu organizacji działających na rzecz praw ojców z przedstawicielami Ministerstwa Sprawiedliwości w dniu 10.09.2009 r., „Rodzina i Prawo” 2009/13, s. 109, oraz zamieszczone tam (s. 110–116) „List otwarty Organizacji Broniących Praw Dzieci i Rodziców” i stanowisko Stowarzyszenia Centrum Praw Ojca i Dziecka.

⁸ Por. np. A. Łukasiewicz, *Gdy walczyć o dziecko, a nie o jego dobro*, „Rzeczpospolita” nr 277 z 28.11.2002 r. – prasowe sprawozdanie z seminarium, które odbyło się 27.11.2002 r. w Ministerstwie Sprawiedliwości na temat „Walka o dziecko a jego dobro w świetle konwencji o prawach dziecka oraz konwencji dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę”.

⁹ Wypowiedź podczas obrad Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka i Komisji Spraw Zagranicznych Sejmu RP w dniu 8.01.2009 r.

¹⁰ Kodeks rodzinny i opiekuńczy dopiero od 13.06.2009 r., po nowelizacji dokonanej ustawą z 6.11.2008 r. (Dz. U. Nr 220, poz. 1431) normuje prawo do kontaktów. Wskazuje osoby uprawnione do kontaktów z dzieckiem, definiuje pojęcie kontaktów oraz przewiduje ich ograniczanie oraz zakaz wzorując się na rozwiązaniach europejskiej konwencji w sprawie kontaktów z dziećmi. Por. J. Strzebińczyk, *Kontakty z dziećmi*, w: *System Prawa Prywatnego*, t. 12, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, T. Smoczyński (red.), Warszawa 2011, s. 373–386 i powołana tam literatura.

¹¹ Dz. U. Nr 98, poz. 1069. Por. na ten temat J. Gudowski, *Postępowanie w sprawach o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej lub pozostającej pod opieką*, „Przegląd Sądowy” 2002/1.

Zmiana ta okazała się niewystarczająca dla należytego wykonywania orzeczeń o kontaktach, co pogłębiło stanowisko Sądu Najwyższego wypowiedziane w uchwale z 28.08.2008 r.¹², „zamykające” możliwość stosowania przepisów egzekucyjnych (art. 1050 i art. 1051 k.p.c.), gdy nie chodzi o definitywne odebranie dziecka, ale jedynie o umożliwienie spotkania z nim.

Sądy, przed publikacją wskazanej uchwały Sądu Najwyższego, stosowały przepisy o odebraniu osoby, gdy należało przekazać dziecko pod stałą bezpośrednią pieczę placówki lub innej osoby niż ta, u której dziecko przebywało. Jeżeli natomiast dziecko miało być wydane w celu odbycia spotkania lub krótkiego pobytu u osoby uprawnionej do kontaktów (np. w okresie świąt, wakacji) stosowane były przepisy egzekucyjne, w szczególności grzywna w celu wymuszenia pożądanego zachowania osoby sprawującej stałą pieczę nad dzieckiem.

Nalożenie grzywny, gdy w sprawie miał zastosowanie art. 1050 k.p.c., następowało po bezskutecznym upływie terminu określonego przez sąd w postępowaniu egzekucyjnym do wykonania czynności (np. przyprowadzenia dziecka w oznaczone miejsce w oznaczonym czasie) i zagrożeniu grzywną w przypadku niewykonania czynności. Nalożenie grzywny, gdy w sprawie miał zastosowanie art. 1051 k.p.c. następowało po ustaleniu naruszenia tytułu egzekucyjnego bez wyznaczenia dodatkowego terminu do wykonania zobowiązania.

Nieuiszczenie grzywny w tygodniowym terminie powinno skutkować automatyczną jej zamianą na areszt, o czym zobowiązany powinien zostać poinformowany przez sąd. Wykluczenie tej możliwości pozbawiłoby sądy jednego z instrumentów służących realizacji kontaktów, przy założeniu, że sądy powszechne przyjęłyby stanowisko Sądu Najwyższego.

Wątpliwości co do sposobu przymusowego wykonania orzeczenia o kontaktach z dzieckiem oraz sygnały o rozbieżności praktyki sądów powszechnych, których źródłem była uchwała Sądu Najwyższego z 8.08.2008 r. (III CZP 75/08), uzasadniały zweryfikowanie, czy rozbieżność orzecznictwa istotnie występuje, ustalenia na ile stanowisko Sądu Najwyższego wpłynęło na zmianę dotychczasowej praktyki sądów, a także oceny skuteczności wykonania orzeczenia przy zastosowaniu środków egzekucyjnych i postępowania opiekuńczego o wydanie osoby.

W tym celu zwrócono się do wylosowanych sądów z różnych regionów kraju¹³ o nadesłanie akt spraw, w których w 2009 r. toczyło się stosowne postępowanie,

¹² Sąd Najwyższy w uchwale z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08), OSNC 2009/1, poz. 12, wypowiedział pogląd, iż „postanowienie regulujące kontakty rodziców z dzieckiem, nakazujące wydawanie dziecka przez rodzica, któremu powierzono wykonywanie władzy rodzicielskiej, oraz zobowiązujące drugiego rodzica do odprowadzania dziecka, podlega wykonaniu w postępowaniu unormowanym w art. 598¹ i nast. k.p.c.”. Skutki stosowania uchwały zostały omówione w opracowaniach i glosach do niej (bez wyjątku krytycznych). Por. R. Zegadło, *Glosa do uchwały SN z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08)*, „Rodzina i Prawo” 2009/11; A. Kallaus, *Glosa do uchwały SN z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08)*, „Rodzina i Prawo” 2009/12, M.B. Dunajska, *Rozważania o wykonywaniu postanowienia o ustaleniu kontaktów z dzieckiem w świetle uchwały Sądu Najwyższego z 28.09.2008 r. (III CZP 75/08)*, „Rodzina i Prawo” 2011/19.

¹³ Analizie zostały poddane akta spraw nadesłanych przez Sądy Rejonowe w Będzinie, Białymstoku, Bielsku-Białej, Brzegu, Brzeziniach, Gdańsk-Południe w Gdańsku, Gliwicach, Głogowie, Gnieźnie, Grudziądzu, Kaliszu, Koninie, Koszalinie, Krośnie, Legionowie, dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, Mielcu, Nysie, Olsztynie, Opolu, Ostrołęce, Otwocku, Pile, Poznań-Stare Miasto w Poznaniu, Pruszkowie, Przemyślu, Pszczynie, Rzeszowie, Sieradzu, Suwałkach, Szczecin-Centrum w Szczecinie, Wałbrzychu, Warszawa-Śródmieście w Warszawie, Włocławku, Wołominie, Wrocław-Krzyki we Wrocławiu, Zielonej Górze, Zorach, Żyrardowie. Analizie poddano akta 100 spraw. Dlatego dane liczbowe i procentowe pokrywają się, o ile w aktach były informacje dotyczące badanej kwestii.

niezależnie od daty wydania orzeczenia o kontaktach. Chodziło o to, aby ustalić, czy publikacja kontrowersyjnej w opinii praktyków uchwały Sądu Najwyższego miała wpływ na działania sądów. Badanie w założeniu miało charakter sondażowy.

Po zakończeniu badania, w dniu 26.05.2011 r., została uchwalona ustawa nowelizująca kodeks postępowania cywilnego, którą Senat przyjął bez poprawek, a Prezydent RP podpisał 1.07.2011 r.¹⁴

Wykonanie orzeczenia o kontaktach, zgodnie z nowym stanem prawnym, podlega postępowaniu opiekuńczemu, a podstawowym środkiem zmierzającym do zapewnienia pożądanego zachowania osoby sprawującej bezpośrednią pieczę nad dzieckiem zobowiązanej do umożliwienia kontaktu i osoby uprawnionej do kontaktu jest zasądzenie sumy pieniężnej, którą w przypadku naruszenia obowiązku przez jedną z tych osób wypłaca ona drugiej „stronie”.

Instytucja „sumy przymusowej”, wzorowana jest na rozwiązaniach obowiązujących w Holandii, we Francji i w Belgii. Zgodnie z oczekiwaniami autorów projektu nowelizacji powinna być efektywniejsza od grzywny na rzecz Skarbu Państwa¹⁵.

W wyniku dyskusji podczas prac parlamentarnych opowiedziano się tylko za stosowaniem dolegliwości finansowej (rezygnując z przymusowego odbierania dziecka w celu umożliwienia kontaktu z nim osobie uprawnionej, co przewidywały projekty)¹⁶.

¹⁴ Dz. U. Nr 144, poz. 854. Najistotniejsze postanowienia tej ustawy są następujące: 1) wszczęcie postępowania wykonawczego w sprawie kontaktów z dzieckiem jest możliwe wyłącznie na wniosek osoby uprawnionej; 2) podstawą wszczęcia postępowania wykonawczego jest orzeczenie sądu albo ugoda zawarta przed sądem, których wykonalność została stwierdzona (z urzędu) przez sąd, albo ugoda zawarta przed mediatorem, po jej zatwierdzeniu przez sąd (art. 578¹ k.p.c.); 3) w razie uzasadnionej obawy naruszenia obowiązków wynikających z postanowienia o kontaktach przez osobę, pod której pieczę dziecko pozostaje, lub przez osobę uprawnioną do kontaktu z dzieckiem albo osobę, której tego kontaktu zakazano, sąd opiekuńczy może zagrozić nakazaniem zapłaty oznaczonej sumy pieniężnej na rzecz osoby uprawnionej lub zobowiązanej (w zależności od tego, która z nich naruszyła orzeczenie sądu); 4) jeżeli nastąpiło naruszenie stosownych obowiązków sąd musi zagrozić nakazaniem zapłaty kwoty (ustalonej z uwzględnieniem sytuacji majątkowej naruszonego) za każde przyszłe naruszenie obowiązków; 5) jeżeli osoba, której sąd opiekuńczy zagroził nakazaniem zapłaty nadal nie wypełnia obowiązku, sąd opiekuńczy nakazuje jej zapłatę należnej sumy, ustalając jej wysokość stosownie do liczby naruszeń; 6) sąd może w wyjątkowych wypadkach zmienić wysokość sumy pieniężnej uwzględniając zmianę okoliczności sprawy; 7) prawomocne postanowienie sądu, w którym nakazano zapłatę należnej sumy pieniężnej, jest tytułem wykonawczym bez potrzeby nadawania mu klauzuli wykonalności (z wyjątkiem zagranicznego orzeczenia lub ugody), wobec których niezbędne jest stwierdzenie wykonalności przy odpowiednim zastosowaniu art. 1150–1151², art. 1151⁴ i art. 1152 k.p.c.); 8) na postanowienia sądu dotyczące sumy pieniężnej przysługują zażalenia; 9) w sprawach wykonywania kontaktów z dzieckiem nie stosuje się art. 570 k.p.c., a wydanie każdego kolejnego postanowienia wymaga stosownego wniosku; 10) przed wydaniem postanowień w sprawie sąd ma obowiązek wysłuchania uczestników postępowania.

¹⁵ Projekt ustawy, opracowany w Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego – tekst opublikowany w „Rodzina i Prawo” 2009/13, s. 99–108 – został wniesiony do Sejmu, jako projekt rządowy (druk Sejmu VI kadencji nr 3063) i był rozpatrywany wspólnie z wcześniejszym projektem, który został opracowany w komisji sejmowej „Przyjazne Państwo” (druk sejmowy nr 1856). W uzasadnieniu projektu rządowego podano, że wpływ do budżetu państwa z tytułu wyegzekwowanych grzywien w sprawach o egzekucję kontaktów (art. 1050 i art. 1051 k.p.c.) w latach 2007–2009 wyniosły 256.089,44 zł (w 2007 r. – 119.256,54 zł, w 2008 r. – 94.485,38 zł, a do 30.11.2009 r. – 42.347,52 zł). Jak stwierdził, przed uchwaleniem ustawy, T. Ereciński, wprowadzenie „sumy przymusowej” w Polsce „byłoby eksperymentem, dlatego nie ma pewności, czy propozycje w tej mierze przejdą proces legislacyjny oraz jak będą stosowane w praktyce” – por. G. Nauka, Spotkanie Kolegium Redakcyjnego „Rodziny i Prawa” z przewodniczącymi sądów rodzinnych, „Rodzina i Prawo” 2009/13, s. 121.

¹⁶ Uwzględnione zostało stanowisko Rzecznika Praw Dziecka oraz organizacji pozarządowych, zwłaszcza stowarzyszeń ochrony praw ojców. Celem przyjętego rozwiązania, jak stwierdził poseł sprawozdawca, ma być ochrona dobra dziecka a nie interes państwa wyrażający się w podejmowaniu środków służących powadze orzeczeń sądowych, które powinny być wykonywane. Zapowiedział monitorowanie przez Parlament stosowania ustawy i nie wykluczył kolejnej jej zmiany, gdyby aktualnie proponowane środki okazały się nieskuteczne. Por. Sejm Rzeczypospolitej Polskiej Kadencja VI Sprawozdanie Stenograficzne (dalej powoływane jako Spr. Sten. 93/VI kad., lub ze wskazaniem stosownego nr posiedzenia) z 93. posiedzenia Sejmu z 25.05.2011 r., s. 11–17.

Nowy stan prawny (ustawa przewidziała 30-dniowe zaledwie od dnia publikacji *vacatio legis*) nie podważa celowości prezentacji badania aktowego przeprowadzonego przed jego wejściem w życie. Typowe dotychczas stany faktyczne zapewne nie ulegną zmianie. Wyniki badania powinny stanowić materiał porównawczy dla kolejnej analizy praktyki wykonywania orzeczeń o kontaktach z dziećmi. Trudno przewidzieć, czy nowy, nieznany dotychczas polskiemu prawu instrument dolegliwości majątkowej okaże się skuteczny, szczególnie gdy zważy się na bardzo istotną różnicę w sytuacji materialnej typowej rodziny w Polsce i w państwach, na których się wzorowano.

Celowe wydaje się zwrócenie uwagi, że rozwiązanie dotyczące „sumy przymusowej” w miejsce grzywny na rzecz Skarbu Państwa, oraz brak ustawowych granic jej wysokości, było oceniane krytycznie zarówno w niektórych opiniach o projekcie ustawy¹⁷ jak i w poselskiej dyskusji¹⁸. Najprawdopodobniej też (poza względami politycznymi) przesądziło to o braku jednomyślności podczas głosowania nad przyjęciem projektu ustawy¹⁹.

2. WYKONYWANIE ORZECZENIA O KONTAKTACH W PRAKTYCE SĄDÓW POWSZECHNYCH PRZED NOWELIZACJĄ POSTĘPOWANIA NA MOCY USTAWY Z 26.05.2011 R. – SPRAWOZDANIE Z BADANIA AKT SĄDOWYCH

2.1. Charakterystyka socjologiczna dzieci i wnioskodawców

Przedmiotem badania były akta postępowania wykonawczego. W znacznej ich części nie było żadnych informacji pozwalających na charakterystykę osób

¹⁷ Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego w opinii do projektu uznał, że świadczenie pieniężne mogłoby pogłębić antagonizmy między zobowiązanym a uprawnionym. Ireneusz Kunicki w opinii opracowanej na zlecenie Biura Analiz Sejmowych podniósł szereg wątpliwości co do zasadności rezygnacji z grzywny na rzecz Skarbu Państwa i zastąpienia jej koniecznością spełnienia świadczenia pieniężnego przez osobę niewykonyującą swych obowiązków w związku z realizacją kontaktów z dzieckiem. Wyraził obawę zmniejszenia się skuteczności dolegliwości finansowej. Wskazał, że Skarb Państwa dysponuje licznymi i skuteczniejszymi środkami wymuszenia grzywny (np. niezwłoczne po otrzymaniu polecenia wszczęcia egzekucji grzywny komornik z urzędu podejmuje szereg czynności opisanych w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 9.03.2006 r. w sprawie egzekucji grzywien, kar pieniężnych i kosztów postępowania w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 42, poz. 288)). Zwrócił też uwagę, że skuteczność egzekucji zależy od sytuacji majątkowej dłużnika. Przepis nie spełni swego celu, gdy dłużnik jest ubogi lub czerpie dochody z działalności w tzw. szarej strefie. Dlatego zachowanie aresztu jest wskazane jednak w zmodyfikowanej formie, bowiem w dotychczasowej praktyce to zagrożenie nie odgrywało żadnej roli (areszt nie był stosowany) z uwagi na obciążenie wierzyciela kosztami jego wykonania (art. 1056 § 3 zd. 2 k.p.c.). Zdaniem I. Kunickiego koszty aresztu powinny być pokryte z zarobków dłużnika (art. 1056 § 3 zd. 1 k.p.c.). Koszty sprowadzania do miejsca osadzenia i wyżywienia dłużnika powinien tymczasowo pokrywać Skarb Państwa, a następnie ściągać od dłużnika poczynione wydatki na swoją rzecz, bowiem „państwo jest odpowiedzialne za wykonywanie orzeczeń sądowych”. Autor opinii zwrócił uwagę na obniżające skuteczność wykonywania orzeczeń rozwiązanie polegające na dwuetapowości postępowania wykonawczego przewidziane w projekcie.

¹⁸ Krytykowano brak zapisu, że możliwość jej zasądzenia zależy od winy osoby zobowiązanej oraz brak jednoznacznych kryteriów zasądzania kwoty pieniężnej, np. w formie odsetka zarobków lub przez powiązanie wysokości zasądzonej kwoty z wysokością minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wskazano także, że żądanie ukarania może być całkowicie bezpodstawne i nadużywane, jako środek w rozgrywkach pomiędzy osobą uprawnioną i zobowiązaną do umożliwienia kontaktu z dzieckiem. Zgłoszono postulat wprowadzenia sankcji za rażąco nieuzasadnione złożenie wniosku. Tak Posłanka Barbara Bartuś, Spr. Sten. 68/VI kad., s. 221, Poseł Stanisław Rydzon, który odwołał się do wystąpienia Posłanki Bartuś oraz stwierdził, że podziela wątpliwości I Prezesa SN oraz Krajowej Rady Komorniczej, Spr. Sten. 68/VI kad., s. 222.

¹⁹ Przeciwno uchwaleniu projektu ustawy głosowało 138 posłów, za – 285, 2 wstrzymało się.

uprawnionych i zobowiązanych do kontaktów oraz dzieci. Poszczególne kategorie danych, na podstawie których planowano charakterystykę socjologiczną wymienionych osób, występowały w różnej liczbie zbadanych spraw. Dlatego przy omawianiu poszczególnych elementów tej charakterystyki różna liczba przypadków będzie stanowiła 100%. Celowe wydaje się posługiwanie danymi procentowymi.

2.1.1. Dzieci

2.1.1.1. Liczba dzieci, z którymi uprawnieni pragnęli się spotykać w poszczególnych sprawach

W zbadanych sprawach uprawnieni dochodzili realizacji kontaktów z 131 dziećmi. W większości, bo w 82 sprawach (62,6%), chodziło o kontakt z jednym dzieckiem. W pozostałych sprawach uprawnieni pragnęli spotykać się z rodzeństwami. Dziewiętnastokrotnie chodziło im o kontakt z dwojgiem dzieci, raz z trojgiem i w 2 przypadkach z czworgiem dzieci. Nie było przypadku dochodzenia kontaktów z rodzeństwem liczniejszym niż czwórka dzieci.

2.1.1.2. Wiek dzieci

W zbadanych aktach były informacje o wieku 95 dzieci (tu 95 = 100%). Najmłodsze dziecko miało 9 miesięcy, najstarsze 17 lat i 4 miesiące. Jedenaścioro dzieci (11,6%) liczyło nie więcej niż 3 lata. W wieku od 3 do 5 lat było 16 dzieci (16,8%); od 5 do 7 lat liczyło 24 dzieci (25,3%). Tak więc ponad połowa dzieci (53,7%), z którymi uprawnieni domagali się wykonania orzeczenia ustalającego kontakty, liczyła nie więcej niż 7 lat.

Dzieci starszych niż siedmioletnie, które jednak liczyły nie więcej niż 10 lat było 19 (20,0%). W kolejnej grupie wiekowej, od 10 do 13 lat, było 11 dzieci (11,6%). Dzieci starszych niż trzynastoletnie było 14,3%. Można domniemywać, iż dzieci w tej grupie wiekowej zwykle samodzielnie decydują, czy chcą kontaktów z osobą uprawnioną i ich wola najczęściej ma znaczenie decydujące o spotkaniach.

2.1.1.3. Stan zdrowia i rozwoju dzieci

Informacji o stanie zdrowia i rozwoju dzieci było bardzo mało. Pochodziły one najczęściej z wypowiedzi (pism) osób sprawujących bezpośrednią pieczę nad dziećmi, np. w związku z wyjaśnieniem przyczyn, które spowodowały, że do określonych spotkań dziecka z osobą uprawnioną nie doszło. Wiadomo na tej podstawie, że 2 dzieci miało bardzo poważne problemy zdrowotne (jedno wrodzoną wadę serca, drugie chorobę kręgosłupa, która wymagała skomplikowanej operacji), a u 4 dzieci wystąpiły różnego rodzaju zaburzenia, w szczególności psychiczne (w tym w 2 przypadkach będące konsekwencją przeżyć dzieci w związku z rozpadem małżeństwa rodziców i bardzo konfliktową sytuacją w rodzinie z tej przyczyny). Można było przypuszczać, że 81 dzieci było zdrowych i rozwiniętych psychofizycznie zgodnie z normą właściwą dla ich wieku. O zdrowiu i rozwoju pozostałych dzieci nie było żadnych informacji. Przedstawione dane w ujęciu procentowym są następujące:

- 93,1% dzieci było zdrowych i należycie rozwiniętych,
- 2,3% miało poważne problemy zdrowotne,
- sytuacja zdrowotna 4,6% nie była zadawalająca, lecz zdiagnozowana i z dobrymi rokowaniami co do poprawy.

2.1.1.4. Pochodzenie dzieci od rodziców, sposób ustalenia ojcostwa

We wszystkich sprawach pochodzenie dzieci od matek i ojców było znane. Brak było informacji o sposobie ustalenia ojcostwa w 11 przypadkach. Najczęściej (82,2%) ustalenie ojcostwa nastąpiło wskutek domniemania pochodzenia od męża matki. Zaledwie w jednej sprawie pochodzenie dziecka od ojca ustalił sąd. W pozostałych przypadkach żądanie zrealizowania kontaktów dotyczyło uznanych dzieci.

Bardzo niepokojące jest ustalenie, że do kontaktów nie dochodziło w ponad 80%, gdy rodzice dziecka w chwili jego urodzenia byli małżeństwem. Można bowiem domniemywać, że w okresie poprzedzającym wszczęcie postępowania, zwłaszcza gdy rodzice jeszcze byli małżeństwem, pomiędzy dziećmi a osobą domagającą się kontaktów (najczęściej ojcem dziecka) istniała więź emocjonalna.

2.1.1.5. Władza rodzicielska nad dziećmi rodzica żądającego wykonania orzeczenia o kontaktach

Jedynie w 49 zbadanych aktach (100%) były informacje o władzy rodzicielskiej nad dziećmi. Pełna władza rodzicielska przysługiwała rodzicowi domagającemu się wykonania orzeczenia o kontaktach w 65,3% przypadków, władza rodzicielska ograniczona do określonych obowiązków i uprawnień wobec osoby dziecka w wyroku orzekającym rozwód (10 przypadków) lub separację (1 przypadek) przysługiwała 22,4% rodziców, a ograniczona na podstawie art. 109 k.r.o. (z reguły przez nadzór kuratora rodzinnego) w 12,3% przypadków.

2.1.1.6. Bezpośrednia piecza nad dziećmi w czasie postępowania

Bezpośrednią pieczę nad 118 dziećmi (90%) sprawowała wyłącznie ich matka, a nad 10 dziećmi (7,6%) wyłącznie ojciec. Tylko w jednym przypadku (gdy o wykonanie orzeczenia o kontaktach zabiegali dziadkowie) dziecko pozostawało pod pieczą obojga rodziców. Nad dwojgiem dzieci (w 2 różnych sprawach) pieczę sprawowali dziadkowie (w jednym przypadku wykonywania orzeczenia domagała się matka, w drugim ojczysta babcia dziecka).

W zbadanych sprawach dzieci wraz z osobą, która sprawowała nad nimi pieczę, najczęściej (w 71%) mieszkaly w miastach nie mających statusu miast wojewódzkich, w 18% w miastach wojewódzkich, w 11% na wsiach.

2.1.2. Rodzice dzieci

Jak wynika z przedstawionych już ustaleń 82,2% dzieci pochodziło z małżeństwa rodziców. W dniu wystąpienia z żądaniem wykonania orzeczenia uprawniającego do kontaktów, większość tych małżeństw ustała wskutek orzeczenia rozwodu.

W części spraw rodzice nadal byli małżeństwem, ale żyli w rozłączeniu. Niektórzy w związkach faktycznych z nowymi partnerami życiowymi. W wielu aktach zbadanych spraw nie było informacji o stanie cywilnym rodziców. Nie było też „równoległości” danych (nie zawsze były informacje dotyczące obojga rodziców). Więcej danych dotyczyło matek dzieci niż ojców. Stan cywilny nie był jednak udokumentowany odpisami aktów stanu cywilnego. Informacje o nim wynikały z oświadczeń rodziców, wywiadów środowiskowych, notatek kuratorów itp., i nie były weryfikowane, bowiem w fazie wykonawczej nie było to potrzebne. Dlatego poniższe dane należy traktować jako tworzące jedynie przybliżony obraz sytuacji.

2.1.2.1. Stan cywilny każdego z rodziców, sytuacja osobista

Zostały ustalone dane o stanie cywilnym i sytuacji osobistej 52 matek i zaledwie 34 ojców dzieci. W 13 przypadkach wiadomo, że rodzice byli nadal małżeństwem, a w 39 ich małżeństwo ustało przez rozwód. Podczas badanego postępowania wykonawczego w sprawach o kontakty z dziećmi w toku było 10 procesów rozwodowych oraz jeden proces o orzeczenie separacji. Jeden z ojców nie żył (o kontakty z wnukami walczyli jego rodzice; matka je utrudniała).

Z akt wynikało, że 9 matek i 5 ojców zawarło nowy związek małżeński, 7 matek i 4 ojców pozostawało w konkubinatach z nowymi partnerami; 23 rozwiedzione z ojcem dzieci matki i 11 rozwiedzionych ojców nie zmieniło stanu cywilnego (nadal ich stan cywilny był wolny). Z akt wynikało, że osoby te nie stworzyły także nowych nieformalnych związków. Jeden z ojców był kawalerem.

Przytoczone informacje wydają się istotne, bowiem sytuacja każdego z rodziców, a w szczególności tego, który utrudnia lub uniemożliwia drugiemu spotkania z dziećmi, często ma doniosły wpływ na wykonanie orzeczenia o kontaktach. Zawarcie nowego małżeństwa lub nawiązanie konkubinatu może powodować dążenie do takiego zrekonstruowania rodziny, aby nowy partner (partnerka) w pełni „zastąpił” dziecku drugie z rodziców. Towarzyszyć temu może pragnienie, aby dziecko zapomniało o swoim rodzicu, z którym nie mieszka, a aktualnego męża (partnera) matki traktowało jako ojca, bądź żonę (partnerkę) ojca jako matkę. Zdarza się także, że nowy partner/partnerka mają niechętny stosunek do ojca lub matki pasierbów. Także inne osoby, z którymi mieszka dziecko wraz z jednym z rodziców (np. dziadkowie), mogą demonstrować postawy nieprzychylne realizacji orzeczenia o kontaktach (np. nie chcą w swoim domu widzieć ojca dzieci, zwłaszcza zięcia, z którym pozostają w konflikcie).

Małżonkowie żyjący w rozłączeniu (także rozwiedzieni) często nadal są w głębokim konflikcie, co rzutuje na wykonywanie orzeczenia o kontaktach. Jedną z częstych przyczyn tego bywa niewykonywanie lub nienależyte wykonywanie obowiązku alimentacyjnego wobec dziecka przez rodzica, który domaga się wykonania orzeczenia o kontaktach, szczególnie gdy sytuacja materialna rodzica sprawującego bieżącą pieczę nad dzieckiem jest niezadowalająca.

2.1.2.2. Uprawnienie osoby sprawującej bezpośrednią pieczę nad dzieckiem do mieszkania

Uprawnienie osoby sprawującej bezpośrednią pieczę nad dzieckiem do mieszkania, w którym piecza była sprawowana, wydawało się istotne. Jeżeli bowiem

osoba taka nie miała „własnego” prawa do lokalu, osoby trzecie (np. właściciel lokalu) mogły utrudniać lub uniemożliwiać spotkania w nim z dzieckiem. Informacje w tej kwestii były zawarte w 42 (100%) aktach. Były one następujące:

- „własne” prawo do mieszkania wystąpiło w 64,3% spraw,
- w 21,4% spraw osoba sprawująca pieczę nad dzieckiem korzystała z mieszkania (części mieszkania) na podstawie użyczenia go przez własnych rodziców lub inną osobę ze swojej rodziny,
- w 7,1% prawo do mieszkania przysługiwało aktualnemu małżonkowi lub partnerowi osoby sprawującej pieczę nad dzieckiem,
- w 4,8% przypadków mieszkanie było użyczone przez rodzinę małżonka/partnera,
- w 2,4% sytuacja była inna.

2.1.2.3. Podstawowe źródła utrzymania rodziców

Istotne było ustalenie podstawowych źródeł utrzymania rodziców. Informacje na ten temat zawarte w zbadanych aktach były bardzo ograniczone. Wiadomo było, że dwóch ojców przebywa w zakładzie karnym oraz że 5 ojców i 2 matki mają status osoby bezrobotnej bez prawa do otrzymywania zasiłku. Poza tym ustalono źródła utrzymania 58 matek i 55 ojców.

Tabela 1 Źródła utrzymania rodziców				
Źródło utrzymania	Matki korzystające z danego źródła utrzymania		Ojcowie korzystający z danego źródła utrzymania	
	liczba matek	% matek	liczba ojców	% ojców
Stała praca	45	77,5	49	89,1
Renta/emerytura	2	3,5	1	1,8
Działalność gospodarcza	2	3,5	1	1,8
Zasiłek dla bezrobotnego	2	3,5	1	1,8
Pomoc społeczna	1	1,7	0	0,0
Na utrzymaniu osoby trzeciej	6	10,3	3	5,5
Ogółem	58	100,0	55	100,0

Za dosyć pewne i stabilne źródła utrzymania można uznać wynagrodzenie za pracę, renty, emerytury, dochody z prowadzonej działalności gospodarczej. Takie źródła utrzymania miało 94,5% ojców i 84,5% matek. Nie było w aktach informacji (poza sytuacjami sporadycznymi, zwykle gdy sąd wymierzył grzywnę) o wysokości dochodów ze wskazanych źródeł.

Z ustaleniem źródeł utrzymania wiązała się dodatkowa ważna informacja dotycząca sytuacji osoby sprawującej nad dzieckiem bezpośrednią pieczę (w 90% matki). Osoba pracująca w pełnym wymiarze czasu pracy, pełny całodzienny

kontakt z dzieckiem ma z reguły jedynie w weekend. Wtedy również najczęściej osoba uprawniona ma ustalone spotkania z dzieckiem. Może to być jedną z przyczyn napiętej sytuacji i utrudniania kontaktów.

Stosowne ustalenia były możliwe w 63 sprawach (100%). Okazało się, że w 87,3% przypadków osoba sprawująca bezpośrednią pieczę przez większość dni w tygodniu pracowała i możliwość spędzania całych dni z dzieckiem była wskutek tego ograniczona.

2.1.2.4. Poziom wykształcenia rodziców

Wysoki odsetek rodziców pracujących jest zwykle, co najmniej pośrednio, związany z poziomem ich wykształcenia. Dane na ten temat dotyczyły 53 matek i 47 ojców.

Tabela 2 Poziom wykształcenia rodziców				
Poziom wykształcenia rodziców	Matki o danym poziomie wykształcenia		Ojcowie o danym poziomie wykształcenia	
	liczba matek	% matek	liczba ojców	% ojców
Podstawowe	1	1,9	1	2,1
Zawodowe	16	30,2	20	42,6
Średnie	25	47,2	16	34,0
Wyższe	11	20,7	10	21,3
Ogółem	53	100,0	47	100,0

Większość rodziców, których wykształcenie jest znane, miała co najmniej wykształcenie średnie (67,9% matek i 55,3% ojców). Znaczny też był odsetek matek (20,7%) i ojców (21,3%) o wykształceniu wyższym. Osoby o wyższym statusie wykształcenia powinny rozumieć rolę więzi emocjonalnej i kontaktów osobistych dziecka z drugim rodzicem dla jego rozwoju, wychowania. Jednak, jak się okazało, tak nie było, a spory o realizację kontaktów toczyły się w rodzinach o różnym statusie.

2.2. Oczekiwania wnioskodawców wobec postępowania wykonawczego

2.2.1. Wnioskodawcy i kontakty, które pragną zrealizować

2.2.1.1. Osoby inicjujące wszczęcie postępowania

O pomoc w realizacji kontaktów z dziećmi głównie zwracali się ich ojcowie (85%). Znacznie rzadziej czyniły to matki (10%), a najrzadziej (5%) babcie i dziadkowie dzieci. Inne osoby bliskie nie domagały się wykonania orzeczeń o kontaktach.

2.2.1.2. Orzeczenie ustalające kontakty

Kontakty, których nie mogli zrealizować wnioskodawcy, co do których były informacje o podstawie ich ustalenia, najczęściej (40%) były orzeczone w wyrokach rozwodowych.

Ze zbliżoną częstotliwością orzeczeniem, na które powoływali się uprawnieni, było postanowienie sądu rodzinnego ustalające kontakty (26%) oraz postanowienia zabezpieczające dochodzone kontakty (24%), wydane podczas postępowania o orzeczenie rozwodu oraz postępowania o ustalenie kontaktów z dziećmi. W 9% przypadków kontakty były ustalone w ugodzie sądowej zawartej pomiędzy wnioskodawcą, a osobą sprawującą bezpośrednią pieczę nad dzieckiem (najczęściej stronami ugody byli małżonkowie lub byli małżonkowie). W jednym przypadku kontakty były ustalone w orzeczeniu ograniczającym również władzę rodzicielską osoby uprawnionej na podstawie art. 109 k.r.o.

2.2.1.3. Formy kontaktów, które nie były realizowane należycie

W orzeczeniach (ugodach) normujących kontakty były przewidziane różne ich formy. Najczęstszą były spotkania z dzieckiem poza miejscem jego stałego pobytu (poza mieszkaniem, w którym sprawowana jest bezpośrednia piecza nad dzieckiem), które miały się odbywać okresowo w określonych dniach i godzinach, zwykle bez obecności osoby sprawującej bieżącą pieczę nad dzieckiem.

Uprawnieni domagali się głównie realizacji uprawnienia do zabierania dziecka do swojego mieszkania (80%), bądź do spotkania z dzieckiem w innym, „neutralnym” miejscu (19%), np. w placówkach interwencji kryzysowej, określonym lokalu, zwłaszcza oferującym atrakcyjne spędzenie czasu przez dzieci.

Spotkania w mieszkaniu, w którym dziecko stale przebywa były rzadziej przewidzianą formą styczności (12%), której realizacji dochodzono w zbadanych postępowaniach.

Sporadycznie chodziło o spędzenie z dzieckiem ferii świątecznych (3%) lub części wakacji (2%).

Niektórzy wnioskodawcy mogli realizować różne formy styczności z dziećmi²⁰ (np. kilkugodzinne spotkanie raz w tygodniu w mieszkaniu dziecka i określony weekend w mieszkaniu we własnym mieszkaniu z nocowaniem w nim dziecka, albo spotkanie w miejscu „neutralnym” oraz uprawnienie do przejęcia bezpośredniej pieczy nad dzieckiem przez część wakacji). Napotykali oni przeszkody w realizacji wszystkich lub niektórych form kontaktów i domagali się interwencji sądu umożliwiającej im zrealizowanie uprawnień.

2.2.2. Stopień niewywiązywania się przez osobę sprawującą pieczę nad dzieckiem powodujący zwrócenie się przez uprawnionego do sądu

Uprawnieni do kontaktów, napotykający przeszkody w realizacji styczności z dziećmi, w różnicowany sposób reagowali na zaistniałe sytuacje. Dla nielicznych

²⁰ Podane dane procentowe odnoszą się do każdej z wymienionych form kontaktów. Dlatego nie sumują się do 100%.

brak realizacji jednego spotkania, choćby z przyczyn obiektywnych (np. niebudząca wątpliwości, poważniejsza choroba dziecka, zajęcia edukacyjne lub związane z kultem religijnym, uroczystość rodzinna w kręgu bliskich osoby sprawującej bieżącą pieczę nad dzieckiem w dniu zaplanowanego kontaktu), był wystarczającą przyczyną zwrócenia się do sądu, najczęściej z żądaniem „ukarania” osoby zobowiązanej do umożliwienia kontaktów. Większość wykazywała cierpliwość w takich sytuacjach i zwracała się o pomoc do sądu, gdy uchybienia strony przeciwnej były poważniejsze.

W 61% zbadanych spraw uprawnieni występowali na drogę sądową, gdy realizowali przewidzianą w stosownym orzeczeniu lub ugodzie styczność z dzieckiem w niepełny sposób, napotykając utrudnienia. Część spotkań nie dochodziła do skutku, bądź spotkania odbywały się, ale z ograniczeniami, które nie były przewidziane w orzeczeniu lub ugodzie, np. w innym miejscu (mieszkanie osoby sprawującej bezpośrednią pieczę, a nie mieszkanie uprawnionego), w obecności osoby sprawującej bezpośrednią pieczę lub innych osób, mimo że uprawniony miał zagwarantowane spotkanie bez ich obecności, lub gdy do kontaktu dochodziło w warunkach w inny sposób zakłócających intymność spotkania (np. otwarte drzwi wszystkich pomieszczeń w mieszkaniu dziecka, podsłuchiwanie, nagrywanie bądź filmowanie przebiegu spotkania, prowokowanie uprawnionego do gwałtownych reakcji przez zaczepki słowne, przedstawianie żądań niezwiązanych z przebiegiem spotkania), brak reakcji na niewłaściwe zachowanie się dziecka bądź dostrzegalna aprobata dla nich. W tej grupie przypadków, mimo różnych – niekiedy bardzo poważnych – trudności w zrealizowaniu prawa do kontaktów, określonych w orzeczeniu sądowym lub w ugodzie, uprawniony nie był pozbawiony styczności z dzieckiem.

W drugiej grupie stanów faktycznych (30%) uprawnieni praktycznie w ogóle nie realizowali kontaktów, bowiem albo od dłuższego czasu nie udało się odbyć żadnego spotkania, albo do spotkań dochodziło sporadycznie lub w sposób inny niż założony (np. uprawnieni przychodzili do szkoły dziecka i tam mieli z nim kontakt podczas przerwy międzylekcyjnej lub odbywali krótką rozmowę z dzieckiem uprzednio oczekując na jego wyjście z zajęć pozalekcyjnych, albo jedynie widzieli dziecko z pewnej odległości, mimo że orzeczenie przewidywało zabieranie przez uprawnionego dziecka do własnego mieszkania w oznaczonych dniach, spędzanie z nim weekendu).

W części spraw kontaktów nie było – uprawniony zastawał zamknięte mieszkanie, bądź bezskutecznie oczekiwał na przyprowadzenie dziecka w oznaczonym w orzeczeniu lub ugodzie miejscu i czasie, albo też uprawniony był informowany, że dziecko nie chce go widzieć.

W pozostałej grupie spraw (9%) sytuacje były zróżnicowane i nie mieściły się w jednym z wcześniej omówionych schematów sytuacyjnych (np. uprawniony wniosek o wszczęcie postępowania egzekucyjnego zgłaszał „prewencyjnie”).

W większości akt był ograniczony materiał dowodowy z punktu widzenia możliwości obiektywnego ustalenia sposobu i zakresu realizacji przez uprawnionego jego prawa do kontaktów z dzieckiem, stopnia zaniedbań osoby zobowiązanej do umożliwienia kontaktów oraz stwierdzenia przyczyn zaistniałej sytuacji.

Podjęto próbę dokonania takich ustaleń w drodze zbadania, jaki okres upłynął od daty orzeczenia (ugody) regulującego kontakty do daty wniosku do sądu w analizowanych postępowaniach oraz ilu spotkań z dzieckiem nie udało się uprawnionemu zrealizować w tym okresie.

Okres od daty orzeczenia (ugody) do daty wniosku do sądu w poszczególnych sprawach był bardzo różny. Najkrótsze okresy to 4, 6 i 7 dni, a najdłuższy to 6 lat i 8 miesięcy.

Połowa (50%) wniosków było złożonych po upływie okresu nie dłuższego niż 18 miesięcy od daty orzeczenia (ugody). Najczęściej w tej grupie wnioski były składane po upływie 3 miesięcy (w 7 sprawach), po upływie 4 i 11 miesięcy (po 6 spraw) oraz po okresie nie dłuższym niż jeden miesiąc i 5 miesięcy (po 5 spraw). W 30% spraw był to okres nieprzekraczający 6 miesięcy. Okresy dłuższe niż 18 miesięcy (do 80 miesięcy) były bardzo zróżnicowane w poszczególnych sprawach. Ich przedstawianie nie wydaje się celowe, gdy zważy się, że stany faktyczne poszczególnych spraw (od daty orzeczenia do daty wniosku w badanej sprawie, która nie zawsze była pierwszym postępowaniem „wykonawczym”) często nie były możliwe do ustalenia w świetle materiału dowodowego zgromadzonego w analizowanych aktach. W części spraw było wiadome, że sytuacja wielokrotnie się zmieniła, więc z długości tego okresu nie wynikają wnioski istotne dla analizy problemu²¹. Większe znaczenie dla tej analizy miały ustalenia liczby spotkań, które nie doszły do skutku. Niestety, tylko w 32 sprawach możliwe były stosowne ustalenia.

Wnioskodawcy oczekiwali interwencji sądu stwierdzając w poszczególnych sprawach niezrealizowanie od jednego do 20 spotkań, do których byli uprawnieni. W 18 sprawach wskazywano, że nie odbyło się od jednego do 4 spotkań, w 8 od sześciu do 10 spotkań, w pozostałych sprawach było to 12, 15, 16, 17, 18, 20 spotkań. Ilustruje to zestawienie przedstawione w tabeli 3.

2.3. Tryb postępowania mającego na celu wykonanie orzeczenia lub ugody sądowej ustalających kontakty z dzieckiem

2.3.1. Sposób sformułowania żądania przez osobę uprawnioną do kontaktów

W 80% zbadanych spraw osoba uprawniona do kontaktów z dzieckiem w sposób jednoznaczny domagała się wdrożenia postępowania egzekucyjnego nazywając siebie wierzycielem, a osobę sprawującą osobistą pieczę nad dzieckiem dłużnikiem, oraz wnioskując o nałożenie na dłużnika grzywny lub zagrożenie jej nałożeniem.

²¹ Np. przez pewien czas kontakty odbywały się regularnie, potem nie odbywały się przez dłuższy czas z powodów obiektywnych, takich jak nieobecność uprawnionego w kraju, odbywanie kary pozbawienia wolności itp. W pewnych okresach podmiot uprawniony nie przejawiał zainteresowania stycznością, bądź zobowiązany utrudniał spotkania. Niekiedy na domaganie się realizacji kontaktów lub pełną lojalność zobowiązanego wpływały doraźne interesy strony uprawnionej i zobowiązanej (związane z toczącymi się procesami o rozwód, alimenty, ingerencję w wykonywanie władzy rodzicielskiej itp.). Wymownym tego przykładem był wniosek o wszczęcie egzekucji kontaktów po 4 dniach od ich ustalenia dokonanego podczas trwania procesu o rozwód rodziców dziecka, a także zbieżność czasowa wniosku o wykonanie kontaktów z wniesieniem powództwa o podwyższenie alimentów na rzecz dziecka przez osobę sprawującą nad dzieckiem bezpośrednią pieczę.

Tabela 3

Liczba spotkań, które się nie odbyły w sprawie w okresie od daty orzeczenia (ugody) ustalającego kontakty do daty wpływu wniosku o wykonanie orzeczenia

L.p.	Liczba spotkań, które się nie odbyły w danej sprawie	Okres od daty orzeczenia do daty wpływu sprawy do sądu (w miesiącach)	Średnia liczba spotkań w miesiącu, które się nie odbyły po wydaniu orzeczenia (ugody)
1.	20	9	2,22
2.	18	27	0,66
3.	17	12	1,41
4.	16	4	4,00
5.	15	14	1,07
6.	12	11	1,09
7.	10	5	2,0
8.	10	14	0,7
9.	10	40	0,25
10.	8	41	0,19
11.	7	17	0,41
12.	6	6	1,00
13.	6	11	0,54
14.	6	11	0,54
15.	4	23	0,17
16.	4	18	0,22
17.	4	17	0,23
18.	4	14	0,28
19.	4	11	0,36
20.	4	7	0,57
21.	4	7	0,57
22.	4	3	1,33
23.	4	2,5	1,6
24.	4	2	2,00
25.	3	6	0,50
26.	2	24	0,08
27.	2	3	0,66
28.	2	2	0,10
29.	2	1	2,00
30.	1	1	1,00
31.	1	1	1,00
32.	1	3	0,33

W 11% spraw żądanie było sformułowane zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08)²², kierującym sprawę do postępowania opiekuńczego o odebranie osoby (art. 598¹-598¹³ k.p.c.).

W 9% spraw z samej treści żądania wprost nie wynikało stanowisko co do trybu postępowania. Miały one różną treść, np. prośby o pomoc w wykonywaniu orzeczenia, zawiadomienia o braku realizacji orzeczenia sądowego.

2.3.2. Tryb rozpoznania sprawy przez sąd i wynik postępowania

W trybie postępowania egzekucyjnego rozpoznanych zostało 81% zbadanych spraw. W 48% jako podstawę rozstrzygnięcia wskazano art. 1050 k.p.c., w 19% art. 1051 k.p.c., a w pozostałych 14% spraw podano obydwa wymienione przepisy albo nie podano żadnej normy, ale sygnatura akt i sposób rozstrzygnięcia wskazywał na tryb egzekucyjny. W pozostałych sprawach (19%) zastosowano postępowanie o odebranie osoby (art. 598¹-598¹³ k.p.c.).

Wynik zbadanych postępowań był następujący:

- w 69% zbadanych spraw żądanie uprawnionego do kontaktów okazało się uzasadnione (w 54 przypadkach nastąpiło to w trybie postępowania egzekucyjnego, a w 15 w postępowaniu o odebranie osoby),
- w 28% nastąpiło oddalenie wniosku,
- w 3% postępowanie umorzono.

Większość rozstrzygnięć oddalających (24 z 28) wydano w sprawach rozpoznanych w trybie postępowania egzekucyjnego, 4 w trybie postępowania o odebranie osoby.

2.3.3. Rozstrzygnięcie o grzywnie

W przeważającej większości zbadanych spraw zostało zastosowane postępowanie egzekucyjne, a w jego przebiegu nastąpiło rozstrzygnięcie merytoryczne o grzywnie (w 48 przypadkach zagrożenie grzywną, w 6 zasądzenie jej). Tak więc, samo zagrożenie grzywną miało miejsce w 89% przypadków pozytywnego rozstrzygnięcia o grzywnie.

Nie we wszystkich przypadkach wysokość grzywny została oznaczona, nie we wszystkich również orzeczono o zamianie grzywny na areszt (zagrożono, że to może nastąpić).

W 36 sprawach nastąpiło ustalenie kwoty grzywny, a w 16 sąd wskazał, że w przypadku jej nieuiszczenia zostanie zamieniona na areszt przy przyjęciu określonego przelicznika jednego dnia aresztu (art. 1053 § 1 k.p.c. przewiduje, że stawka za jeden dzień aresztu może wynosić od 5 zł do 150 zł).

Wysokość grzywien określona z zbadanych spraw wynosiła od 100 zł do 1000 zł, a wysokość zastosowanych w poszczególnych sprawach przeliczników grzywny na 1 dzień aresztu od 25 zł do 150 zł.

Najczęściej wysokość grzywny wynosiła 500 zł (w 12 orzeczeniach), 1000 zł (w 7 orzeczeniach), oraz 300 zł (w 6 orzeczeniach), najrzadziej (jednokrotnie) grzywny w wysokości 650 zł i 450 zł.

²² OSNC 2009/1, poz. 12.

Tabela 4 Długość aresztu w przypadkach nieuiszczenia grzywny			
L.p.	Wysokość grzywny w złotych	1 dzień aresztu jako równowartość złotych	Długość aresztu w miejsce nieuiszczonej grzywny
1.	1000	25	40
2.	1000	50	20
3.	1000	50	20
4.	600	100	6
5.	500	100	5
6.	500	100	5
7.	500	50	10
8.	500	50	10
9.	450	150	3
10.	400	100	4
11.	300	30	10
12.	300	50	6
13.	300	100	3
14.	200	50	4
15.	200	40	5
16.	200	40	5

Zważywszy na wysokość grzywny i zastosowanego w danej sprawie przelicznika jednego dnia aresztu można stwierdzić, że najkrótszy pobyt w areszcie wynosiłby 3 dni, a najdłuższy 40 dni. Najczęściej stosowano taki przelicznik, aby ewentualny pobyt w areszcie wynosił od 3 do 5 dni.

2.4. Opis przypadków

2.4.1. Kontakty w obecności kuratora sądowego

2.4.1.1. Przypadek pierwszy

Strony kontaktu.

I. Dwoje małoletnich dzieci pochodzących z małżeństwa rodziców rozwiązanego przez rozwód. Syn urodzony 17.01.2004 r., córka urodzona 23.02.2006 r.

II. Ojciec dzieci.

Postępowanie wykonawcze.

Postępowanie wykonawcze będące przedmiotem analizy rozpoczęte 1.07.2007 r.; ostatnie orzeczenie sądu w ramach tego postępowania zapadło 23.02.2010 r. Postępowanie wykonawcze trwa nadal.

Informacje dotyczące stanu faktycznego sprawy.

Z akt będących przedmiotem analizy wynika, że rodzice dzieci pozostają w stanie konfliktu. Ich małżeństwo ustało wskutek rozvodu (brak daty jego orzeczenia). Jedną z przyczyn rozkładu pożycia małżeńskiego było fizyczne i psychiczne znęcanie się męża nad żoną, potwierdzone prawomocnym wyrokiem skazującym. Mimo orzeczenia rozvodu nie uległy zakończeniu sytuacje konfliktowe. Wiadomo, że trwają postępowania sądowe, w których stronami są byli małżonkowie, w tym sprawa o podział majątku wspólnego. W analizowanych aktach nie ma odpisu orzeczenia normującego rozstrzygnięcie w przedmiocie władzy rodzicielskiej ojca. Matka sprawuje bezpośrednią pieczę nad obojgiem dzieci.

W dniu 15.05.2007 r., podczas postępowania w sprawie o ustalenie kontaktów ojca z dziećmi rodzice zawarli ugodę ustalającą sposób kontaktów. Miał on być następujący.

Począwszy do 20.05.2007 r. ojciec będzie spotykał się z dziećmi w co drugą niedzielę od godz. 10 do godz. 14. Spotkania mają rozpoczynać się w mieszkaniu matki i dzieci o godz. 10 i trwać przez pierwszą godzinę w tym mieszkaniu w obecności matki. Podczas tej części spotkania uczestniczą w nim oboje dzieci. Pomiędzy godz. 11 a 14 ojciec przebywa tylko ze starszym z dzieci (z synem) poza mieszkaniem matki, bez jej obecności. Czas ten będzie spędzał w mieszkaniu swoich rodziców w innej (pobliskiej) miejscowości. Po zakończeniu tej części spotkania ojciec powinien odprowadzić syna i przekazać go pod bezpośrednią pieczę matki.

W przeddzień pierwszego spotkania ojciec stawiał się na terenie nieruchomości będącej miejscem zamieszkania matki i dzieci w stanie nietrzeźwym w towarzystwie kilku mężczyzn (swoich kolegów), którzy mieli w rękach puszki z piwem. Wszyscy zachowywali się w sposób agresywny. Na wezwanie matki dzieci interweniowała policja.

Do spotkania ojca z dziećmi 20.05.2007 r. nie doszło.

W dniu 28 maja do sądu wpłynął wniosek matki o zmianę sposobu kontaktów ustalonych w opisanej ugodzie polegającą na tym, że spotkania miałyby przez cały czas odbywać się w mieszkaniu matki, w jej obecności oraz w obecności kuratora sądowego.

Podczas rozprawy 21.06.2007 r. rodzice dzieci, reprezentowani przez pełnomocników adwokatów, zawarli kolejną ugodę. Zmodyfikowała ona ugodę z 15.05.2007 r. wyłącznie w ten sposób, że spotkania miałyby się odbywać z udziałem kuratora sądowego obecnego przez cały czas spotkania, także w tej jego części, która miała się odbywać poza mieszkaniem matki. Rodzice ustalili też, że koszty związane z obecnością kuratora będą ponosili w równych częściach. Sąd zatwierdził ugodę i umorzył postępowanie z wniosku matki dzieci.

Z notatek urzędowych sporządzanych przez zawodowych kuratorów sądowych wynika, że zostały zrealizowane (w obecności kuratora) spotkania ojca z dziećmi w dniach: 1.07.2007 r., 15.07.2007 r., 29.07.2007 r., 14.08.2007 r. (4 spotkania).

Z notatek wynika, że spotkania odbywały się w spokojnej atmosferze. Ojciec obdarowywał dzieci drobnymi upominkami (zabawki, słodycze, „produkty nabiałowe”, bez bliższego sprecyzowania).

Ojciec główną uwagę koncentrował na zabawie ze starszym dzieckiem. Chłopiec nie wyrażał jednak ochoty na spotkanie w domu dziadków i ten etap spotkania miał z reguły formę spaceru syna w towarzystwie ojca i kuratora poza terenem nieruchomości będącej miejscem stałego pobytu dzieci.

Podczas spotkania w dniu 14.08.2004 r. syn (liczący 3 lata i 7 miesięcy) użył wobec ojca wulgarnych słów. Matka dzieci nie wyraziła zgody na to, aby część spotkania zaplanowana w mieszkaniu dziadków ojczystych została zrealizowana, gdyż prawdopodobnie poprzedniego dnia ojciec dzieci pił alkohol. W tej sytuacji ojciec dzieci zakończył spotkanie po jednej godzinie.

W notatce o przebiegu spotkania z 14.08.2007 r. kurator zawarł informację o oświadczeniu ojca, iż rozważa zaniechanie spotkań w dotychczasowej formie, gdyż ich koszty są dla niego zbyt wysokie. Do sądu wpłynęło 16.08.2007 r. pismo ojca dzieci, iż „odwołuje kontakty w obecności kuratora z powodu kosztów finansowych”, zważywszy na obowiązek alimentacyjny (łącznie w kwocie 700 zł miesięcznie na oboje dzieci), obciążenia kredytowe i inne wydatki. W tym piśmie ojciec oświadczał, że chciałby mieć nadal kontakty z dziećmi, ale w obecności swojej rodziny „gdyż nie wiązałyby się z tym żadne koszty”.

W aktach znajdują się trzy notatki urzędowe kuratorów (ostatnia z 21.09.2007 r.) informujące, iż ojciec dzieci odwoływał kolejne spotkania z nimi, w datach wynikających z treści ugody. Mimo, że do spotkań nie doszło sąd postanowił przyznać kuratorom wynagrodzenie za gotowość do uczestniczenia w dwóch spotkaniach ojca z dziećmi.

Pismo ojca dzieci z 16.08.2007 r. zapoczątkowało kolejne postępowanie o zmianę ustalonych kontaktów z małoletnimi dziećmi. Odbyły się 4 rozprawy. Ojciec wnosił o odroczenie jednej z nich, bowiem chciał skorzystać z pomocy adwokata, co sąd uwzględnił. Na kolejnych rozprawach oboje rodzice byli reprezentowani przez adwokatów. Sąd przesłuchał rodziców oraz kuratorów, którzy uczestniczyli w spotkaniach, jako świadków. Matka dzieci podkreślała, że czuje się ofiarą. Obecność kuratora powoduje zaś, że spotkania odbywają się „w miarę spokojnie”.

W notatce urzędowej kierownika Zespołu Kuratorskiej Służby Sądowej z 22.11.2007 r. zawarta jest informacja, że kontakty ojca z dziećmi zostają zawieszone do rozprawy w dniu 16.01.2008 r.

W dniu 16.01.2008 r. rozprawa została odroczona do 5.03.2008 r., bowiem sąd skierował rodziców dzieci do mediacji.

Postępowanie mediacyjne.

Postępowanie mediacyjne odbyło się 15.02.2008 r. i zostało zakończone podpisaniem przez rodziców dzieci ugody pozasądowej wynegocjowanej przez mediatorkę. Ugoda ta, w części merytorycznej, przewidywała na dalszą przyszłość dwugodzinne spotkania ojca z dziećmi w objętym współwłasnością domu rodziców (w mieszkaniu matki i dzieci), w co drugą niedzielę miesiąca, oraz precyzowała zasady spotkań przez pierwsze 3 miesiące. W tym okresie spotkania miałyby się odbywać raz w miesiącu, w obecności kuratora sądowego, na koszt matki. Strony ustaliły, że po upływie 3 miesięcy określą, czy dalsze spotkania będą w obecności kuratora, a będzie to zależało „od wypracowania przez nich właściwego sposobu porozumiewania się”.

Ostatecznie, podczas rozprawy 2.04.2008 r., rodzice dzieci, reprezentowani przez adwokatów, zawarli ugodę o nieco innej treści, niż ustalona podczas mediacji. Spotkania ojca z dziećmi będą odbywały się w co drugą niedzielę przez dwie godziny (od godz. 12 do godz. 14) w miejscu zamieszkania matki i dzieci, w obecności matki i kuratora sądowego, z możliwością wychodzenia na spacer. Koszty udziału kuratora sądowego podczas spotkań w kwietniu, maju i czerwcu będą pokrywali wspólnie oboje rodzice. Od lipca 2008 r. koszty udziału kuratora w spotkaniach ojca z dziećmi będzie pokrywała wyłącznie matka dzieci.

W aktach wykonawczych (Opm) brak notatek na temat spotkań po 14.08.2007 r. do 20.04.2008 r., co pozwala domniemywać, że kontaktów w tym okresie nie było. Począwszy od 20.04.2008 r., spotkania ojca z dziećmi odbywają się w obecności kuratora, zgodnie z treścią ugody z 2.04.2008 r. Regularnie zamieszczane są notatki z przebiegu spotkań, z których wynika, że kontakty przebiegają w spokojnej atmosferze. Jedynie w notatce ze spotkania 10.05.2009 r. zawarta jest informacja, że podczas spotkania syn zapytał rodziców, dlaczego tata z nimi nie mieszka. Spowodowało to „wymianę zdań” pomiędzy rodzicami, iż udzielają synowi złych odpowiedzi na tak postawione przez niego pytanie, a są to wzajemne oskarżenia.

Ostania notatka kuratora dotyczy spotkania z 14.02.2010 r. Stwierdza, że spotkanie przebiegło w spokojnej atmosferze. Ojciec obdarował dzieci prezentami, a one „chętnie bawiły się z ojcem”.

W dniu 23.02.2010 r. sąd wydał postanowienie o przyznaniu kuratorom wynagrodzenia za udział w kontaktach i nakazał ściągnąć od matki dzieci kwotę 749,52 zł tytułem nieuiszczonego przez nią wynagrodzenia za udział kuratora w kontaktach w miesiącach październik, listopad, grudzień 2009 r., oraz luty 2010 r.

Uwagi.

W aktach nie ma żadnych zapisów na temat podstaw prawnych toczących się postępowań. Rodzice dzieci zawierali ugody. Nie było potrzeby sporządzania uzasadnień orzeczeń.

2.4.1.2. Przypadek drugi

Strony kontaktu.

I. Dwoje małoletnich dzieci pochodzących z małżeństwa rodziców rozwiązanego przez rozwód. Syn urodzony 15.06.2003 r., córka urodzona 4.10.2004 r.

II. Ojciec dzieci.

Postępowanie wykonawcze.

Postępowanie wykonawcze będące przedmiotem analizy rozpoczęte 24.04.2009 r.; ostatnie orzeczenie sądu w ramach tego postępowania zapadło 23.02.2010 r. Postępowanie wykonawcze trwa nadal.

Informacje dotyczące stanu faktycznego sprawy.

Sąd okręgowy przesłał do sądu rodzinnego właściwego z uwagi na miejsce zamieszkania dzieci odpis prawomocnego wyroku rozwodowego z 20.02.2009 r.

w celu wykonania jego pkt IV poświęconego kontaktom ojca z dziećmi w obecności kuratora sądowego.

Zgodnie z wyrokiem rozwodowym władza rodzicielska została powierzona matce, władza rodzicielska ojca zaś została ograniczona przez nadzór kuratora sądowego zobowiązanego do składania raz w miesiącu sprawozdania z nadzoru. Kontakty ojca z dziećmi w formie spotkań sąd ustalił na „raz w miesiącu” (w ostatnią sobotę miesiąca) przez osiem godzin (od godz. 10 do godz. 18), w miejscu zamieszkania dzieci, z możliwością zabierania ich na spacer, a także – po uzgodnieniu z matką dzieci – „do ZOO, parku lub na lody”. Kontakty zostały orzeczone w obecności kuratora sądowego.

Sąd rodzinny zarządził „posiedzenie wykonawcze w sprawie ustalonych kontaktów z dziećmi”, na które wezwał ich matkę zobowiązując ją do przedstawienia zaświadczenia o zarobkach.

Pierwszy kontakt odbył się 30.05.2009 r. W aktach znajduje się 10 notatek urzędowych kuratorów sądowych w syntetyczny sposób informujących sąd o przebiegu kontaktów, ostatnia dotyczy spotkania z 30.01.2010 r. Z notatek wynika dobry kontakt ojca z dziećmi. Nie ma informacji wskazujących na nieprawidłowości w realizacji styczności. Rodzice rozważali modyfikację kontaktów zważywszy na pewną uciążliwość ośmiogodzinnego spotkania. Ostatecznie jednak zmiana nie nastąpiła.

Sąd rozwodowy nie rozstrzygnął o kosztach kontaktów. Sąd rodzinny obciążył kosztami oboje rodziców wspólnie.

2.4.1.3. Przypadek trzeci

Strony kontaktu.

I. Syn, pochodzący z niesformalizowanego związku rodziców żyjących w rozłączeniu, urodzony 3.02.2003 r., uznany przez ojca.

II. Ojciec dziecka.

Postępowanie wykonawcze.

Postępowanie wykonawcze, będące przedmiotem analizy rozpoczęte 5.05.2007 r. Postępowanie wykonawcze trwa nadal.

Informacje dotyczące stanu faktycznego sprawy.

Rodzice dziecka nie są, ani nie byli małżeństwem. Przez okres 2 lat pozostawali w bliskim związku, ale rozkład pożycia rozpoczął się jeszcze przed urodzeniem dziecka. Wynikało to z problemów zdrowotnych ojca dziecka oraz z faktu, że pozostawał on w małżeństwie, mieszkał z żoną i córkami, a z partnerką, przyszłą matką syna, mieszkał tylko przez miesiąc po urodzeniu dziecka. Ojciec uznał syna po tygodniu od jego narodzin, a już 3.11.2003 r. wnosił o unieważnienie uznania pod wpływem wątpliwości, czy dziecko od niego pochodzi. Postępowanie o unieważnienie uznania zostało umorzone 17.12.2003 r.

Pomiędzy rodzicami trwają konflikty. Gdy ich syn liczył 2 miesiące ojciec wniósł o powierzenie mu wykonywania władzy rodzicielskiej nad dzieckiem i ograniczenie władzy rodzicielskiej matki. W uzasadnieniu tego żądania podnosił, że matka

dziecka nadużywa alkoholu, a ojciec jej starszego dziecka przejawia agresję wobec syna wnioskodawcy. Matka dziecka z kolei wносиła o pozbawienie ojca władzy rodzicielskiej i zakazania mu styczności z dzieckiem. Zarzucała, że ojciec dziecka nie kontaktuje się z nim, nie łoży dobrowolnie i systematycznie na utrzymanie dziecka oraz ma cechy stanowiące zagrożenie dla dobra dziecka (był skazany za znęcanie się nad żoną, leczył się psychiatrycznie). Zarzuty, które ojciec dziecka stawiał matce nie potwierdziły się. Zarzut matki w części okazały się także nieprawdziwe.

Ustalenie kontaktów ojca z synem nastąpiło we wrześniu 2006 r. Upřednio, po rozstaniu rodziców, styczności nie było.

Matka jest młodszą od ojca o 18 lat. W chwili nawiązania związku z ojcem dziecka była już matką jednego dziecka (córką), pochodzącego ze związku niesformalizowanego. Ojciec tego dziecka przebywa za granicą utrzymując styczność z córką oraz z matką dziecka. Małoletni, którego dotyczy postępowanie, był wychowywany w przeświadczeniu, że jego ojcem jest ojciec starszej siostry.

Jeszcze podczas postępowania o ustalenie kontaktów zapadło, na czas postępowania, orzeczenie o spotkaniach ojca z synem w obecności kuratora sądowego. Taki też przez cały czas jest sposób kontaktów, modyfikowany dwukrotnie w formie ugód sądowych zawieranych w toku postępowań, którego inicjatorami byli rodzice (matka wносиła o zakazanie kontaktów we wniosku z 4.04.2007 r., ojciec o ich poszerzenie).

Z wyjaśnień kuratora, który uczestniczył w kontaktach wynika, że w maju i czerwcu 2007 r. ojciec spotykał się z małoletnim pięciokrotnie, w terminach ustalonych przez sąd. Później sytuacja uległa zmianie w konsekwencji następującego zdarzenia. Bez wiedzy matki, podczas spotkania z synem w maju 2007 r. ojciec, uzyskał od dziecka materiał do badania genetycznego (miał ze sobą specjalny „pateczek”, który na jego prośbę chłopiec polizał). Z akt nie wynika, jaka placówka przeprowadziła badanie genetyczne ani jaką metodę zastosowała. Ojciec twierdził, że badanie wykazało wysokie prawdopodobieństwo, że dziecko od niego pochodzi. W konsekwencji ojciec poinformował dziecko o swoim ojcostwie. Dotychczas, po ustaleniu przez sąd kontaktów, ojciec został przedstawiony synowi jako „kolega”, a chłopiec mówił mu po imieniu, nadal pozostając w przeświadczeniu, że jego ojcem jest inny mężczyzna, do którego zwracał się „tato”. Wiadomość ta, podana bez odpowiedniego przygotowania, spowodowała głębokie negatywne przeżycia u dziecka, a matka zdecydowała o niedopuszczeniu do dalszych kontaktów, szczególnie że „równolegle” zarówno ojciec dziecka, jak i jego była żona, z którą pozostaje w konkubinacie, odbywali rozmowy na ten temat, między innymi z matką i ojcem jej starszego dziecka w formie odbiegającej od przyjętych norm obyczajowych, między innymi w porze nocnej.

Z notatek kuratora wynika, że ojcu stawiającemu się na spotkanie nie otworzono drzwi w dniach 1, 14, 15, 28.09.2007 r., oraz 6, 12, 20.10.2007 r. Dnia 5.10.2007 r. uprawniony do kontaktów przedstawił sytuację w komisariacie policji, a notatka służbowa na ten temat znajduje się w aktach sprawy.

Z opinii sporządzonej przez biegłych z ROD-K w sprawie o ustalenie kontaktów, na podstawie wywiadu, obserwacji małoletniego, rozmowy oraz po zastosowaniu Skali Postaw Rodzicielskich M. Płopy, Inwentarza Osobowości EPQ-R, Rysunku Rodziny, wynikało między innymi, że „matka manipuluje synem (...)

syn unika kontaktów z ojcem w obawie przed jej negatywną reakcją (...). Takie zachowanie świadczy o jej nieodpowiedzialności wychowawczej i ograniczonych kompetencjach wychowawczych”. Biegli stwierdzili także, że nie występuje związek emocjonalny dziecka z mężczyzną, którego dotychczas uważał za ojca. Biegli ustalili trudną sytuację chłopca uczuciowo związanego z matką, podporządkowującego się jej woli, utożsamiającego się z jej postawami oceniając, że dziecko „nie ma poczucia stabilizacji i bezpieczeństwa”.

Podczas trwania postępowania w sprawie o ustalenie kontaktów do spotkań ojca z synem nie dochodziło, mimo że uprawniony przybywał do domu, w którym mieszkał syn w ustalonych terminach. Dnia 27.05.2008 r. wpłynął do sądu wniosek ojca o ograniczenie władzy rodzicielskiej matki oraz o „wyegzekwowanie nakazu sądowego dotyczącego naszych kontaktów”. W tej sytuacji matka ustanowiła pełnomocnika procesowego adwokata. Na posiedzeniu sądu 29.09.2008 r. rodzice zawarli ugodę ustalającą 2 razy w miesiącu dwugodzinne spotkania ojca z synem, poza domem matki, w obecności kuratora sądowego.

W aktach wykonawczych znajdują się notatki kuratora, z których wynika, że kontakty były realizowane zgodnie z ugodą. Dnia 2.02.2009 r. do sądu wpłynął wniosek ojca o zmianę kontaktów przez wydłużenie czasu spotkań oraz przebywanie dziecka raz w miesiącu pod bezpośrednią pieczę ojca trwające od godz. 18 w piątek do godz. 18 w niedzielę. Ojciec wnosił, aby kurator był obecny przy odbieraniu syna z domu matki przez ojca i odprowadzaniu dziecka po zakończeniu spotkania. Dnia 14.01.2010 r. w sprawie „Nsm” rodzice zawarli nową ugodę przewidującą proponowany przez ojca sposób odbierania i odprowadzania syna oraz wydłużenie jednego z sobotnich spotkań z 2 do 7 godzin (od godz. 12 do 19). Nadal spotkania mają się odbywać 2 razy w miesiącu.

Ostatnie sprawozdanie kuratora z 22.02.2010 r. zawiera informację o spotkaniach z 5 i 20.02.2010 r., które odbyły się zgodnie z treścią ugody.

2.4.1.4. Przypadek czwarty

Strony kontaktu.

I. Syn pochodzący z małżeństwa rodziców żyjących w rozłączeniu, urodzony 31.07.1997 r.

II. Ojciec dziecka.

Postępowanie wykonawcze.

Postępowanie wykonawcze będące przedmiotem analizy rozpoczęte 6.12.2008 r. Postępowanie wykonawcze trwa nadal. Ostatnie dane zawarte w aktach sprawy pochodzą z 15.03.2010 r.

Informacje dotyczące stanu faktycznego sprawy.

Rodzice dziecka, małżonkowie w chwili wpływu do sądu wniosku o uregulowanie kontaktów (17.10.2007 r.) pozostawali w głębokim konflikcie. Formalnie mieszkali razem, ale żona wraz z dzieckiem spędzała całe dnie w domu rodziców często tam nocując, a ostatecznie przed zakończeniem postępowania o uregulowanie kontaktów, wyprowadziła się do nich z dzieckiem, którego

dotyczy sprawa. Mimo przebywania w tym samym mieszkaniu syn stron niechętnie nawiązywał jakikolwiek kontakt z ojcem, nie chciał rozmawiać, nie chciał być przez niego odwożony do szkoły. Niechętna postawa dziecka ignorującego ojca, odmawiającego wejścia w bliższy kontakt z nim, a nawet zachowującego się niegrzecznie, uległa wzmocnieniu po opuszczeniu wspólnego domu.

W związku rodziców wystąpił rozkład pożycia małżeńskiego związany z wielokrotnymi wyjazdami męża do USA w celach zarobkowych. Każde z małżonków inaczej oceniało te wyjazdy i ich wpływ na przebieg życia rodzinnego. Syn jest bardzo silnie związany emocjonalnie z matką i jej rodziną.

Po wszczęciu postępowania, w postanowieniu z 25.10.2007 r., na podstawie art. 578 k.p.c. w zw. z art. 732 k.p.c., art. 755 § 1 pkt 4 k.p.c., na czas postępowania zostały zabezpieczone kontakty ojca z synem, bez obecności matki raz w tygodniu przez 2,5 godziny oraz w pierwszy i trzeci weekend miesiąca. Mimo realizowania spotkań wież pomiędzy ojcem i synem nie została odbudowana.

Po długotrwałym spornym postępowaniu sąd rejonowy w postanowieniu z 30.05.2008 r. ustalił czterogodzinne kontakty w miejscu zamieszkania dziecka, bez obecności matki, ale w obecności kuratora sądowego, w każdą pierwszą i trzecią sobotę miesiąca oraz w każdą drugą i trzecią niedzielę miesiąca. Apelacja ojca została oddalona.

Kontakty były realizowane zgodnie z orzeczeniem od 20.12.2008 r. (pierwsze spotkanie w obecności kuratora) do 20.02.2010 r. Kolejne spotkania nie odbyły się w związku z chorobą ojca i jego hospitalizacją. Ostatnia informacja z akt sprawy z 15.03.2010 r. to pismo kuratora informujące, że planowane jest spotkanie 20.03.2010 r.

Ze sprawozdań kuratora wynika, że wszystkie spotkania odbywały się terminowo, zgodnie z orzeczeniem sądu. Dziecko było obecne, bardzo grzeczne, przyjazne wobec kuratora, z którym wytworzyło silną pozytywną wież, jednocześnie zaś ignorujące ojca (brak przywitania nawet w formie odpowiedzenia „dzień dobry”, brak jakiegokolwiek kontaktu bezpośredniego np. podania ręki, zdenerwowanie w krótkich okresach „sam na sam” z ojcem, nieodpowiadanie na pytania, nienawiązywanie rozmowy, odmowa przyjęcia pomocy ojca np. przy naprawie roweru, niechętnie przyjmowanie prezentów, co najmniej przez okazywanie braku zainteresowania, co jest w paczce). Pierwsza krótka wspólna gra z ojcem i kuratorem miała miejsce podczas spotkania 11.10.2009 r. (po 11 miesiącach regularnych, cotygodniowych spotkań). Nie nastąpił jednak zasadniczy przełom. Nadal syn zachowywał się podczas spotkań powściągliwie, nie witał się, nie podejmował rozmowy, odmawiał wspólnej zabawy i innych form współpracy.

2.4.2. Stosowanie przepisów egzekucyjnych

2.4.2.1. Przypadek pierwszy

Strony kontaktu.

I. Dziewczynka urodzona 23.09.2000 r.

II. Ojczysta babka dziecka.

Postępowanie wykonawcze.

Postępowanie wykonawcze będące przedmiotem analizy rozpoczęte 20.12.2007 r. na podstawie wniosku babki „o wszczęcie egzekucji czynności o charakterze niemajątkowym”, umorzone na podstawie art. 823 k.p.c. postanowieniem z 30.06.2009 r.

Informacje dotyczące stanu faktycznego sprawy.

Dnia 21.04.2006 r. matka dziecka i jego ojciec oraz babka ojczysta zawarli ugodę sądową, opatrzoną klauzulą wykonalności Sądu Rejonowego w T. ustalającą sposób kontaktów osobistych ojca i babki z wnuczką liczącą wówczas pięć i pół roku. Postępowanie wykonawcze nie dotyczy kontaktów ojca z dzieckiem, a wyłącznie kontaktów babki z nim.

Z ugody wynikało uprawnienie babki do zabierania dziecka w co drugi weekend każdego miesiąca na spotkania trwające w sobotę i w niedzielę od godz. 10 do godz. 18. Babka miała przychodzić po wnuczkę do mieszkania matki dziecka i odprowadzać ją po zakończeniu spotkań. Taki sposób kontaktów strony zaplanowały na pierwsze 3 miesiące ich realizacji. Później babka byłaby uprawniona do zabierania dziecka do swojego mieszkania z taką samą częstotliwością, z tym że każdorazowo spotkanie trwałoby od godz. 15 w sobotę do godz. 15 w niedzielę, z jednym noclegiem wnuczki w mieszkaniu babki. Pierwszy kontakt zaplanowano na 22.04.2006 r.

Dnia 19.12.2007 r. do Sądu Rejonowego w T. wpłynął wniosek babki „o wszczęcie egzekucji czynności o charakterze niemajątkowym” zawierający żądanie wyznaczenia matce dziecka, nazywanej dłużniczką, 7-dniowego terminu do wykonania punktu ugody dotyczącego sposobu kontaktów babki z wnuczką z zagrożeniem grzywną na wypadek, gdyby nie wykonała swego obowiązku.

Z uzasadnienia wniosku wynika, że babka w okresie 2 miesięcy poprzedzających wniosek nie mogła zrealizować spotkań z wnuczką, mimo stawiania się w miejscu zamieszkania matki dziecka w ustalonych terminach.

Dnia 7.01.2008 r. Sąd wezwał wnioskodawczynię do usunięcia braków formalnych jej pisma procesowego przez „doręczenie oryginału tytułu wykonawczego”. Oryginał ten został złożony 20.01.2008 r. Termin rozprawy został ustalony na 7.03.2008 r. Stawiły się babka i matka dziecka, odpowiednio nazywane w protokole wierzycielem i dłużnikiem.

Babka dziecka przesłuchiwana po dokonaniu pouczenia w trybie art. 304 k.p.c. poinformowała, że od października 2007 r. nie widuje wnuczki. Gdy stawia się, aby ją odebrać, zastaje zamknięte drzwi i wyłączony domofon. Stwierdziła też, że „matka dziecka twierdzi, że ja nie zachowuję się jak babcia i dlatego nie dostaję wnuczki”.

Babka oświadczyła, że podczas wcześniejszych spotkań wnuczka była zadowolona, nie chciała wracać do domu i nigdy nie płakała.

Matka dziecka stwierdziła, że po spotkaniach córka płakała i mówiła, że boi się babci, która „gra na uczuciach” wnuczki mówiąc jej, „że jak czegoś nie zrobi to tata jej nie będzie kochał”. Przyznała, że od października 2007 r. „nie daje babce córki”. Wnosiła o zawieszenie postępowania egzekucyjnego.

Sąd 7.03.2008 r. postanowił odmówić zawieszenia postępowania egzekucyjnego, wyznaczył matce dziecka termin do 21.04.2008 r. do wykonania ugody

w punkcie dotyczącym spotkań babki z wnuczką i zagroził grzywną w kwocie 300 zł z zamianą na areszt w wypadku nie zapłacenia grzywny, przyjmując jeden dzień aresztu za równoważny 100 zł grzywny.

W dniu 16.04.2008 r. wpłynął do sądu wniosek babki „o wszczęcie egzekucji”. Babka informowała w nim, że 6 kwietnia, gdy przyszła po wnuczkę została wpuszczona na podwórko. Obecna tam wnuczka, w obecności swej matki, „ze spuszczoną głową i ze łzami w oczach” poprosiła babkę, aby ta już więcej po nią nie przychodziła. W ocenie babki wnuczka została zmuszona przez matkę do tego, bowiem „była smutna, zachowywała się nienaturalnie i miała łzy w oczach”.

Na rozprawie 30.05.2008 r. matka dziecka wyjaśniła, że córka 5.04.2008 r. nie chciała pójść do babci i dlatego nie doszło do realizacji spotkania. Oświadczyła też, że robi wszystko co jest w jej mocy, aby przekonać córkę do spotkań z babcią.

W postanowieniu z 30.05.2008 r. sąd, na podstawie art. 1050 § 3 k.p.c., nałożył na matkę dziecka „dłużniczkę” 300 zł grzywny z zamianą na 3 dni aresztu w przypadku nie zapłacenia grzywny w terminie 7 dni od uprawomocnienia się tego postanowienia. Sąd zagroził surowszą grzywną (400 zł), gdyby uniemożliwiła ustalone w ugodzie kontakty babki z wnuczką. Zażalenie dłużniczki zostało odrzucone. Zapłaciła grzywnę.

W dniu 30.06.2009 r. sąd umorzył postępowanie, bowiem „wierzyciel w ciągu roku nie dokonał czynności potrzebnej do dalszego prowadzenia postępowania”.

Z akt nie wynika, czy dochodzi do kontaktów babki z wnuczką.

2.4.2.2. Przypadek drugi

Strony kontaktu.

I. Dziewczynka urodzona 22.03.1997 r.

II. Ojczysta babka dziecka.

Postępowanie wykonawcze.

Postępowanie wykonawcze będące przedmiotem analizy rozpoczęte 25.06.2007 r. na podstawie wniosku babki sformułowanego w formie informacji „o celowym uniemożliwieniu kontaktów z wnuczką”, umorzone na podstawie art. 823 k.p.c. postanowieniem z 22.07.2009 r.

Informacje dotyczące stanu faktycznego sprawy.

Dnia 7.02.2006 r. sąd rejonowy orzekł o zmianie kontaktów babki z wnuczką ustalonych w ugodzie zawartej przed tym sądem 9.11.2004 r. To orzeczenie zostało zmienione na skutek apelacji ojca dziecka przez sąd okręgowy. Zmiana polegała na zmianie godzin spotkania babki z wnuczką (jeden raz w miesiącu, w każdą третią niedzielę w godz. 10–11, sąd pierwszej instancji orzekł o spotkaniu w godz. 14–18).

Małżeństwo rodziców małoletniej zostało rozwiązane przez rozwód. Ojciec dziecka był skazany wyrokiem z 13.07.2004 r. na karę łączną 8 miesięcy pozbawienia wolności za popełnienie czynu opisanego w art. 190 § 1 k.k. w związku z art. 12 k.k. Poszkodowanymi była matka dziecka i jej ojciec. W czasie postępowania

wykonawczego ojciec dziecka przebywał w rejonowym areszcie śledczym. Pomiędzy rodzicami dziecka trwały bardzo napięte, konfliktowe stosunki. Pośrednio świadczy o tym fakt, że matka powróciła do nazwiska sprzed zawarcia małżeństwa. Nastąpiła także zmiana nazwiska córki na rodowe nazwisko matki.

Z akt sprawy wynikało, że nie były realizowane spotkania wnioskodawczyni z wnuczką także we wcześniejszym okresie. Z tej przyczyny w 2006 r. toczyło się postępowanie egzekucyjne. Nie zmieniło to sytuacji faktycznej. Nadal babka nie realizowała orzeczonych spotkań z wnuczką.

W piśmie matki dziecka z 10.07.2007 r., będącym odpowiedzią na wniosek, został wypowiedziany pogląd, iż wniosek został zainspirowany przez ojca dziewczynki, a nawet przez niego sporządzony. Matka potwierdziła, że babka (wnioskodawczyni) nie spotykała się z wnuczką od wiosny 2006 r., a ostatnie spotkanie odbyło się podczas uroczystości pierwszokomunijnej dziecka, na którą babka została zaproszona. Sposób sformułowania powyższego skłaniał ku domysłowi, że brak spotkań wynikał z braku inicjatywy ze strony uprawnionej. Jednocześnie matka stwierdziła, że wcześniej zasądzonej grzywny nie mogła zapłacić, gdyż (wskutek działań ojca dziecka i jego matki) komornik zajął środki na rachunku bankowym matki dziecka, co uniemożliwiło jej pobranie środków z wynagrodzenia za pracę oraz świadczeń dla córki z MOPS. Twierdziła także, że nie wiedziała o zasądzeniu grzywny w 2006 r.

W postanowieniu z 29.11.2007 r. sąd orzekł grzywnę w wysokości 450 zł z zamianą na 3 dni aresztu w przypadku nieściągnięcia grzywny. Zobowiązał matkę do zapłacenia grzywny w tygodniowym terminie od uprawomocnienia się postanowienia.

Pismem z 31.03.2008 r. sąd wystawił „Nakaz przyjęcia do odbycia kary” oraz zwrócił się do dyrektora zakładu karnego w Ł. z powiadomieniem o areszcie wobec matki dziecka (dłużniczki), która została zobowiązana do stawienia się w zakładzie karnym 21.04.2008 r., oraz z prośbą o informację, czy stawiała się w zakładzie karnym we wskazanym dniu.

Akta zawierają wymianę korespondencji między sądem a dyrekcją zakładu karnego dotyczącą spełnienia wymagań, od których jest uzależnione przyjęcie dłużniczki w celu odbycia aresztu (w tym określonych w art. 1056 i art. 1057 k.p.c. oraz pokrycie kosztów utrzymania podczas aresztu, wyliczonych na kwotę 13 zł 50 gr, zgodnie ze „stawką dzienną podstawową” ustaloną w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 10.03.2005 r. w sprawie określenia wartości dziennej normy żywienia²³). Został ustalony kolejny termin stawienia się matki w zakładzie karnym – 22.09.2008 r.

Dłużniczka nie stawiała się w celu odbycia aresztu (wezwanie z sądu nie zostało przez nią podjęte w terminie). Dnia 22.07.2009 r., na podstawie art. 823 k.p.c. sąd umorzył postępowanie.

2.4.2.3. Przypadek trzeci

Strony kontaktu.

- I. Chłopiec urodzony 22.01.2005 r. (sposób ustalenia ojcostwa nie wynika z akt),
- II. Ojciec dziecka.

²³ Dz. U. Nr 48, poz. 457.

Postępowanie wykonawcze.

Postępowanie wykonawcze będące przedmiotem analizy rozpoczęte 28.08.2009 r. na podstawie wniosku pełnomocnika procesowego matki, radcy prawnego, o nałożenie na ojca dziecka grzywny w kwocie 500 zł w związku „z niewykonaniem roszczenia niepieniężnego”. Ostatnie orzeczenie z 11.05.2010 r. zasądzaące na rzecz matki dziecka od jego ojca zwrot kosztów postępowania klauzulowego i zastępstwa procesowego.

Informacje dotyczące stanu faktycznego sprawy.

Sprawa niniejsza jest nietypowa, bowiem uprawnionym, a zarazem zobowiązanym do kontaktów z synem, wówczas liczącym 2 lata i 5 miesięcy, został ojciec dziecka w sprawie wszczętej na wniosek matki dziecka o uregulowanie kontaktów. Nastąpiło to w postanowieniu z 25.06.2007 r. Sąd rejonowy ustalił spotkania ojca z dzieckiem poza miejscem zamieszkania matki. Spotkania miały się odbywać w co drugi weekend od godz. 17 w piątek do godz. 19 w niedzielę (2 noclegi w mieszkaniu ojca) oraz w każdy wtorek od godz. 16 do godz. 19. Sąd uregulował także zasady spotkań z okazji świąt Bożego Narodzenia i Wielkanocy, oraz zagwarantował spotkanie w mieszkaniu ojca co roku w dniu 10 stycznia (dzień następujący bezpośrednio po urodzinach dziecka) w godz. od 9 do 20.

Postępowanie wykonawcze zostało wszczęte także z inicjatywy matki, bowiem ojciec nie wykonywał orzeczenia o kontaktach należycie (opuszczał ustalone dni spotkań, spóźniał się, odprowadzał dziecko z opóźnieniem).

Postanowieniem z 12.11.2009 r. sąd zobowiązał ojca do terminowego wywiązywania się z obowiązku odbierania dziecka na spotkania i odprowadzania go do miejsca zamieszkania matki, zgodnie z postanowieniem z 25.06.2007 r., počawszy od wskazanej daty pod rygorem nałożenia grzywny w kwocie 500 zł. Ojciec nie wykonywał należycie swych obowiązków. W dniu 9.02.2010 r. wpłynął wniosek matki o nadanie wskazanemu postanowieniu klauzuli wykonalności. Na posiedzeniu 25.02.2010 r. sąd wysłuchał oboje rodziców i przesłuchał świadka. W dniu 9.03.2010 r. została nałożona na ojca grzywna w kwocie 500 zł z zamianą na 5 dni aresztu w razie nieziszczenia oraz z zagrożeniem wymierzenia surowszej grzywny (700 zł).

2.4.2.4. Przypadek czwarty**Strony kontaktu.**

I. Dwoje dzieci pochodzących z małżeństwa: dziewczynka urodzona 29.07.2000 r., chłopiec urodzony 16.02.2003 r.

II. Ojciec dzieci.

Postępowanie wykonawcze.

Postępowanie wykonawcze będące przedmiotem analizy rozpoczęte 3.09.2007 r. na podstawie wniosku ojca „o nałożenie grzywny w celu przymuszenia”, trwało w kwietniu 2010 r.

Informacje dotyczące stanu faktycznego sprawy.

Sprawa dotyczy realizacji spotkań ojca z dziećmi w jego mieszkaniu oraz pobytów wakacyjnych pod bezpośrednią pieczę ojca, ustalonych po raz pierwszy

w formie zabezpieczenia roszczenia na czas trwania postępowania o uregulowanie kontaktów ojca z dziećmi, które zapadło 30.05.2007 r. w sprawie o rozwód (żądanie matki dzieci) i o separację (żądanie ojca dzieci).

Rodzice dzieci zawarli małżeństwo w 1998 r. i zamieszkali w mieszkaniu usytuowanym w domu rodziców żony. W małżeństwie dochodziło do licznych konfliktów, konfliktowe były także stosunki każdego z małżonków z teściami. W związku z doniesieniem żony o stosowaniu wobec niej przemocy, od 2006 r. wykonywanie przez małżonków władzy rodzicielskiej pozostawało pod nadzorem kuratora sądowego.

W marcu 2007 r. ojciec dzieci wyprowadził się i wkrótce (29 marca) wniósł o uregulowanie kontaktów z dziećmi. Pierwszy wniosek o ukaranie matki dzieci grzywną w kwocie 1000 zł ojciec dzieci wniósł 3.09.2007 r., bowiem nie mógł dwukrotnie zrealizować styczności z synem. Dziecko odmawiało opuszczenia z ojcem mieszkania, w którym zwykle przebywało (spotkania ze starszym dzieckiem w obu wypadkach zostały zrealizowane).

Sąd oddalił ten wniosek w postanowieniu z 25.09.2007 r. ustalwszy, że matka dzieci w terminach odbioru ich przez ojca „udostępniła” dzieci i przygotowała niezbędne ubrania (inne przedmioty), zapakowane do ich plecaków. Młodsze dziecko nie wyraziło zgody (protestowało) na pozostanie pod pieczę ojca poza miejscem stałego przebywania (nie chciało jechać z ojcem i z siostrą w zaplanowane miejsce). Sąd uznał, że matka dzieci (dłużniczka) nie utrudniała kontaktu i nie ma podstaw do ukarania jej grzywną na podstawie art. 1050 § 1 k.p.c.

Postępowanie o ustalenie kontaktów zostało zawieszone postanowieniem z 12.11.2007 r. w związku ze sprawą z powództwa męża (ojca dzieci) o separację oraz żądaniem rozwodu przez pozwaną. Dnia 12.06.2008 r. uprawomocnił się wyrok rozwodowy z 10.03.2008 r., w którym sąd orzekł o kontaktach ojca z dziećmi, a 6.10.2008 r. sąd rodzinny podjął zawieszone postępowanie o uregulowanie kontaktów ojca z dziećmi i postępowanie to umorzył 5.11.2008 r.

Kolejny wniosek ojca o nałożenie grzywny 1000 zł w celu przymuszenia wpłynął do sądu 28.08.2008 r. Zarzucał, że nie może zabierać do swego mieszkania syna, zaś do spotkań z córką poza miejscem stałego przebywania dziecka (w domu matki) nie doszło czterokrotnie, bowiem dzieci odmówiły wyjazdu. Przyczyny tego stanu rzeczy ojciec upatrywał po stronie byłej żony (presja psychiczna wobec dzieci, organizowanie lub umożliwianie im w terminach spotkań z ojcem alternatywnego, atrakcyjnego dla dzieci, spędzania czasu). Dnia 24.03.2009 r. wniosek został oddalony. Sąd uznał, że nie może zastosować art. 1051 k.p.c. i odwołał się do stanowiska Sądu Najwyższego wypowiedzianego w uchwale SN z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08).

Sąd okręgowy w postanowieniu z 17.04.2009 r. wskutek zażalenia wnioskodawcy uchylił zaskarżone postanowienie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, bowiem nie podzielił stanowiska zawartego w uchwale SN III CZP 75/08. Sąd okręgowy stwierdził, że „rodzic, u którego dziecko stale przebywa (bowiem sąd temu rodzicowi powierzył wykonywanie władzy rodzicielskiej jednocześnie regulując kontakty drugiego z rodziców z dzieckiem), nie jest osobą nieuprawnioną, w stosunku do której można żądać odebrania dziecka, zaś postępowanie uregulowane w przepisach art. 598¹–598¹³ k.p.c. dotyczy odebrania osoby

podlegającej władzy rodzicielskiej od osoby nieuprawnionej. Sąd okręgowy wyraził też pogląd, że „sprawa dotycząca realizowania kontaktów rodzica z dzieckiem nie jest sprawą dotyczącą władzy rodzicielskiej w rozumieniu art. 598¹ k.p.c. (...) Osobista styczność z dzieckiem nie jest atrybutem władzy rodzicielskiej i prawo do tego mają rodzice nawet wtedy, gdy władzy rodzicielskiej zostali pozbawieni (por. uchwałę SN z 26.01.1983 r., III CZP 46/83, OSNCP 1984/4, poz. 4). Realizacja osobistej styczności z dzieckiem może następować w różnej formie, również poprzez określenie terminów i sposobu spotkań. W związku z powyższymi ustaleniami nie można przyjąć, że osoba, która domaga się (w zakresie okresowych kontaktów z dzieckiem) respektowania ustaleń sądu zawartych w postanowieniu określającym rodzaj kontaktów, ma legitymację czynną do występowania z wnioskiem o odebranie dziecka. W przedziwnym razie prawo żądania odebrania dziecka posiadaliby również np. dziadkowie w stosunku do wykonujących władzę rodzicielską rodziców”.

Sąd okręgowy, w uzasadnieniu referowanego postanowienia, wskazał także na następujące komplikacje wynikające z przyjęcia stanowiska wypowiedzianego przez Sąd Najwyższy w uchwale z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08):

- wydanie, na podstawie art. 598⁶ k.p.c. postanowienia zlecającego kuratorowi przymusowe odebranie dziecka musi być poprzedzone postanowieniem, wydanym na podstawie art. 598⁵ k.p.c., określającym termin wydania dziecka przez zobowiązanego uprawnionemu,
- wydanie postanowienia art. 598⁵ k.p.c. może nastąpić po uprzednim zawiadomieniu o postępowaniu prokuratora i doręczeniu mu odpisu wniosku, dlatego żadne postanowienie regulujące kontakty, wydane w postępowaniu bez udziału prokuratora, nie mogłoby stać się podstawą do zlecenia kuratorowi przymusowego odebrania dziecka,
- osoba egzekwująca kontakty musiałaby złożyć wniosek o odebranie dziecka przed terminem konkretnego spotkania z dzieckiem z góry zakładając, że rodzic, u którego dziecko przebywa, nie zastosuje się do nakazu umożliwienia uprawnionemu kontaktowania się z dzieckiem za każdym razem,
- każde orzeczenie zlecające kuratorowi przymusowe odebranie dziecka, odnoszące się do zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest zachowanie rodzica, który ma się podporządkować nakazowi umożliwienia kontaktów, byłoby przedwczesne,
- wykonywanie orzeczeń uprawniających do kontaktów z dzieckiem wyłącznie na podstawie przepisów o odebraniu dziecka pozbawiałyby osobę uprawnioną jakiejkolwiek ochrony i sankcji wobec zobowiązanego w zakresie „terminów do kontaktowania się, które już nastąpiły i nie zostały respektowane”.

Z wymienionych przyczyn sąd drugiej instancji uznał, że w sprawie ma zastosowanie art. 1051 k.p.c. „który to przepis niewątpliwie stanowi podstawę prawną roszczenia wnioskodawcy, skoro ewidentnie wszczął on postępowanie egzekucyjne”.

Jednocześnie sąd wskazał, że do prowadzenia egzekucji konieczny jest odpis orzeczenia ustalającego kontakty z klauzulą wykonalności (art. 776 k.p.c.).

Zaskarżone postanowienie zostało uchylone dlatego, że nie doszło do rozpoznania istoty sprawy. Sąd ponownie rozpoznający sprawę powinien wezwać wnioskodawcę do przedstawienia tytułu wykonawczego, a o ile to nastąpi, powinien szczegółowo ustalić, czy, w jakim czasie, z jakich przyczyn nie doszło do kontaktów uprawnionego z dziećmi, czy matka utrudniała kontakty, czy też ich brak wynikał z przyczyn niezależnych od matki dzieci.

Dnia 20.05.2009 r. ojciec dzieci przedstawił odpis wyroku rozwodowego ustalającego kontakty z klauzulą wykonalności. Sąd ponownie rozpatrując wniosek o ukaranie matki dziecka grzywną prowadził postępowanie dowodowe. Przesłuchani zostali świadkowie na posiedzeniach sądu 20.10.2009 r. i 10.12.2009 r., ale nadal zachodziła konieczność odroczenia rozprawy w celu wezwania kolejnych świadków. W związku z chorobą sędziego kolejny termin rozprawy został wyznaczony na 15.02.2010 r. Na tym etapie znalazło się postępowanie w chwili przedstawienia akt sprawy do badania.

2.4.3. Wykonywanie orzeczenia o kontaktach na podstawie przepisów o odebraniu osoby pozostającej pod władzą rodzicielską lub opieką

2.4.3.1. Przypadek pierwszy

Strony kontaktu.

- I. Chłopiec urodzony 25.05.2004 r., uznany przez ojca.
- II. Ojciec dziecka.

Postępowanie wykonawcze.

Postępowanie wykonawcze, będące przedmiotem analizy, zostało rozpoczęte 15.04.2009 r. na podstawie wniosku ojca „o przymuszenie” matki dziecka do wykonania orzeczenia regulującego kontakty ojca z dzieckiem. Pierwotnie (16.04.2009 r.) wniosek został potraktowany jako zawierający żądanie nałożenia grzywny w celu przymuszenia i sprawie nadano sygnaturę „RCo”. W dniu 25.06.2009 r. na posiedzeniu sądu wnioskodawca sprecyzował żądanie wnioskując o „nakazanie wydania i odebrania małoletniego ojcu przez matkę w terminach określonych postanowieniem, co do kontaktów z synem”.

Sąd postanowił rozprawę odroczyć do 27.07.2009 r. w celu zawiadomienia prokuratora o terminie „w związku ze zmianą dekretacji sprawy” oraz zarządził „skreślić sprawę w Co i wpisać sprawę do Nsm z wniosku o wydanie małoletniego, o terminie zawiadomić prokuratora i doręczyć odpis wniosku”.

Dnia 3.07.2009 r. do sądu wpłynęło pismo prokuratora, że zgłasza swój udział w toczącym się postępowaniu.

Dnia 27.07.2009 r. sąd wydał postanowienie nakazujące matce wydać małoletniego ojcu każdorazowo w terminach ustalonych w sprawie o kontakty VIII R Nsm X/08 postanowieniem Sądu Rejonowego z 28.05.2008 r., tj. w każdą II i IV sobotę miesiąca od godz. 10 do godz. 19, poza miejscem zamieszkania dziecka. Postanowienie to zaskarżyła matka, ale jej apelacja została odrzucona 22.09.2009 r., wskutek opóźnienia we wniesieniu opłaty.

Informacje dotyczące stanu faktycznego sprawy.

Rodzice dziecka, uznanego przez ojca, pozostawali w konkubinacie zamieszkując wraz z rodzicami mężczyzny. Po rozpadzie ich związku matka dziecka zawarła związek małżeński z innym mężczyzną i wraz z nim wychowuje syna, którego dotyczy postępowanie, razem z dzieckiem z małżeństwa. Nie można wykluczyć, że chłopiec traktuje męża matki jako ojca. Według oświadczenia ojca, syn ojczyma nazywał tatą, a do ojca zwracał się po imieniu.

Kontakty ojca z synem miały odbywać się poza mieszkaniem matki dziecka. To było przedmiotem konfliktu, bowiem matka dopuszczała do spotkań ojca z dzieckiem w swoim mieszkaniu twierdząc, że chłopiec nie chciał wyjść z ojcem i towarzyszącą mu każdorazowo matką (babcią dziecka), bowiem bał się, że nie zostanie ponownie odprowadzony do matki. Wnioskodawca i jego matka, słuchana jako świadek w sprawie, byli przeświadczeni, że protest dziecka przed wyjściem z domu wynikał z negatywnego nastawienia go do ojca przez matkę i jej nową rodzinę. Wskazywali na brak intymności podczas spotkania (otwarte wszystkie drzwi w mieszkaniu, obecna, a nawet stojąca w drzwiach pomieszczenia, w którym przebywało dziecko, matka dziecka, jej mąż i teściowa, źle ukryta kamera nagrywająca przebieg spotkania). Twierdzili, że chłopiec jest zastraszony, nie chce okazać akceptacji odwiedzającym obawiając się negatywnej reakcji ojczyma. Za zachowanie dziecka winili jego matkę. Przedmiotem dodatkowego konfliktu było niewywiązywanie się przez wnioskodawcę z obowiązku alimentacyjnego (świadczenia wypłacane przez Fundusz Alimentacyjny).

Można domyślać się, że rodzice dziecka, negatywnie nastawieni wobec siebie, starali się wzajemnie udokumentować niewłaściwe postawy (ojciec spisywał protokoły z każdego spotkania lub braku spotkania, matka usiłowała mieć synka w zasięgu wzroku oraz dbała, by zawsze podczas wizyt byłego partnera w mieszkaniu były osoby trzecie).

W uzasadnieniu apelacji (która została odrzucona) matka dziecka informowała sąd o udziale jego ojca (uprawnionego do styczności z synem) w handlu narkotykami, a nawet domniemanym zatrzymaniu go z tego powodu.

W aktach sprawy (dokumentujących jej stan do 22.09.2009 r.) brak informacji o wykonaniu orzeczenia sądu.

2.4.3.2. Przypadek drugi**Strony kontaktu.**

I. Chłopiec urodzony 21.04.2003 r., pochodzący z małżeństwa rodziców rozwiązanego przez rozwód.

II. Ojciec dziecka.

Postępowanie wykonawcze.

Postępowanie wykonawcze, będące przedmiotem analizy, zostało rozpoczęte 15.04.2009 r. na podstawie wniosku ojca „o odebranie osoby podlegającej władzy rodzicielskiej”.

Prokurator, zawiadomiony o sprawie poinformował sąd, że nie zgłasza swego w niej udziału.

Informacje dotyczące stanu faktycznego sprawy.

Rodzice dziecka byli małżeństwem, które zostało rozwiązane przez rozwód wyrokiem z 18.08.2008 r. Postępowanie rozwodowe było długotrwałe. Na czas jego trwania sąd powierzył bezpośrednią pieczę nad synem matce oraz zabezpieczył kontakty ojca w orzeczeniu z 18.05.2007 r. Równolegle toczyły się inne postępowania dotyczące małżonków, w tym sprawa karna przeciwko ojcu dziecka o znęcanie się psychiczne nad żoną i synem.

Przez cały czas ojcu nie udawało się zrealizować kontaktów z synem. Matka wyprowadziła się z dzieckiem ze wspólnego mieszkania. Początkowo wynajmowała mieszkanie w W., które było wskazane jako adres dla doręczeń. Zlecony kuratorowi rodzinnemu wywiad o sytuacji w rodzinie, a następnie nadzór nad wykonywaniem władzy rodzicielskiej i – ostatecznie – odebranie dziecka w celu wykonania orzeczenia o kontaktach z ojcem nie zostały wykonane, bowiem kurator nie zastawał w tym mieszkaniu matki i syna. Ostatecznie ustalił, że tam nie przebywają. Przez pewien czas matka z dzieckiem przebywała u swojej matki w innym województwie, co nawet spowodowało uznanie się przez sąd w W. za niewłaściwy i przekazanie sprawy do Sądu Rejonowego w O. Sąd wskazany (a także miejscowa Policja) ustalił, że dziecko nie przebywa na terenie poddanym jego właściwości miejscowej, ale w W., w wynajmowanym mieszkaniu. Z przytoczonych danych wynikało, że nadal właściwy jest Sąd w W. Pod wskazanym adresem, a także dwoma innymi, matka i dziecko nie przebywali. Sąd w celu ustalenia miejsca ich pobytu zastosował art. 598³ k.p.c. Zwracał się do placówek Policji w miejscach prawdopodobnego pobytu matki i dziecka, placówek, w których dziecko mogło realizować obowiązek szkolny (w zakresie klasy „0” a następnie pierwszej), a także zażądał ustalenia miejsca pobytu przez Policję. Ostatecznie okazało się, że matka z synem przebywa w Domu Samotnej Matki w G.

2.4.3.3. Przypadek trzeci (oddalenie wniosku)**Strony kontaktu.**

- I. Pochodzący z małżeństwa chłopiec urodzony 17.12.1997 r.
- II. Ojciec dziecka.

Postępowanie wykonawcze.

Postępowanie wykonawcze będące przedmiotem analizy zostało rozpoczęte 27.08.2009 r. przed sądem rejonowym, „RCo”, na podstawie wniosku ojca, „o egzekucję kontaktów z małoletnim”. Sposób kontaktów został ustalony w postanowieniu sądu okręgowego z 16.04.2007 r.

Wnioskodawca żądał ukarania matki dziecka grzywną w wysokości 2000 zł, zasądzenia zwrotu kosztów przejazdu na spotkania z synem z miejsca swego zamieszkania do miejsca przebywania dziecka (ojciec mieszka w centralnej Polsce, dziecko w południowo-zachodniej) oraz zwrotu kosztów postępowania. Podczas posiedzenia sądu rozszerzył żądanie wnosząc o zasądzenie 5000 zł tytułem poniesionych w ciągu 4 lat kosztów przejazdów na spotkania z synem.

Sąd rejonowy z siedzibą właściwą z uwagi na miejsce zamieszkania ojca, w postanowieniu z 4.09.2009 r. z sygn. „RCo” uznał się za niewłaściwy i przekazał

sprawę do sądu rejonowego z siedzibą właściwą z uwagi na miejsce zamieszkania dziecka i jego matki, gdzie toczyła się pod sygnaturą „Nsm”. Sąd zawiadomił o wniosku prokuratora, który jednak nie stawiał się na posiedzenie.

Dnia 2.11.2009 r. do tego sądu wpłynął wniosek ojca o przekazanie sprawy do prowadzenia sądowi okręgowemu, jako sądowi pierwszej instancji. W uzasadnieniu wskazywał on na przewlekłe prowadzenie przez sąd rejonowy innych postępowań związanych z realizacją kontaktów (12 miesięcy i 6 miesięcy) oraz sprawowaniem przez kuratora rodzinnego nadzoru nad wykonywaniem władzy rodzicielskiej przez matkę dziecka. Wniosek ten został oddalony w postanowieniu sądu rejonowego z 3.12.2009 r.

Podczas postępowania rozwodowego, rozpoczętego w 2005 r., które prawdopodobnie nie zakończyło się prawomocnym orzeczeniem, w postanowieniu z 16.04.2007 r., został ustalony sposób kontaktowania się ojca z synem, utrudniony z przyczyn obiektywnych (odległe miejsca ich stałego pobytu). Poza dokładnie określonymi dniami świątecznymi i miesiącem wakacji, ojciec został uprawniony do spędzania z dzieckiem, poza mieszkaniem matki, weekendu pierwszego, trzeciego i piątego tygodnia każdego miesiąca.

Według twierdzeń ojca, gdy przybywał na spotkanie zastawał drzwi zamknięte, nie był wpuszczany do mieszkania, a matka odmawiała wydawania dziecka nie podając przyczyny. Według twierdzeń matki, nie utrudniała kontaktów, ale nie jest w stanie przełamać niechęci syna do spotkań z ojcem. Matka twierdziła też, że mąż nie przestrzegał terminów spotkań. Pomiędzy lipcem 2008 r., a dniem złożenia wniosku w niniejszej sprawie (koniec października 2009 r.) był po syna w jej mieszkaniu tylko raz (20.06.2009 r.) i to w asyście policji. Kilkakrotnie spotykał się z dzieckiem na terenie szkoły. Według oceny matki, syn boi się spotkań z ojcem, a jego przybycie w asyście policji jest dla dziecka źródłem przeżyć, które wymagają pomocy psychologicznej (matka wnosiła o pozbawienie ojca władzy rodzicielskiej i zakazanie mu kontaktów z dzieckiem). W celu uwiarygodnienia swojego stanowiska przedstawiła opinię ROD-K, opinię psychologiczną, opinię Poradni Psychologiczno-Pedagogicznej.

W opinii ROD-K, przygotowanej na potrzeby postępowania o rozwód, znalazła się charakterystyka małżonków. Wymieniono następujące cechy męża (wnioskodawcy w opisywanej sprawie): „egocentryczny, dominujący, roszczeniowy, uparty, emotywny”.

W opinii psychologicznej, przygotowanej w toku prowadzenia postępowania przygotowawczego w innej sprawie, wskazano na decyzję chłopca niespotykania się z ojcem, jako wynikającą między innymi z „irracjonalnego zachowania się ojca, które można podsumować «im bardziej stara się o miłość swego syna, tym bardziej syn się od niego oddala» (...) Podczas przesłuchania nie zauważono przejawów konfabulacji, ani wzmózonej podatności na sugestie (...) zeznania świadka spełniają kryteria psychologicznej wiarygodności”.

Z opinii Poradni Psychologiczno-Pedagogicznej wynika, że matka zwróciła się o pomoc, bowiem małoletni wyrażał „silną niechęć i lęk przed kontaktami ze swoim ojcem”. Przyczyną tego okazały się dominujące u chłopca „przykre odczucia związane z opisywaniem negatywnych zachowań taty, zwłaszcza wobec mamy”. W postanowieniu z 8.02.2010 r. wniosek ojca został oddalony. Orzeczenie to nie zostało uzasadnione.

Na marginesie należy zauważyć, że 2.12.2009 r. ojciec wystąpił o stwierdzenie przewlekłości postępowania w relacjonowanej sprawie. Sąd Okręgowy w O. oddalił skargę w postanowieniu z 17.02.2010 r. (II S 1/10).

Informacje dotyczące stanu faktycznego sprawy.

Małoletni pochodzi ze związku małżeńskiego zawartego w 1993 r. Po zawarciu małżeństwa rodzina zamieszkiwała w N. w mieszkaniu żony (matki chłopca, którego dotyczy relacjonowane postępowanie). Z uwagi na zmianę pracy przez męża mieszkanie to zostało sprzedane i rodzina zamieszkała w S. nabywając tam mieszkanie objęte małżeńską wspólnością majątkową. W czasie trwania sprawy o kontakty z dzieckiem podział majątku nie został dokonany. Separacji faktycznej towarzyszyło przeniesienie się żony z małoletnim synem do N. w lipcu 2006 r. Wynajmuje tam kawalerkę.

Rozkład pożycia małżeńskiego rodziców małoletniego był długotrwały. Co najmniej od 2004 r. towarzyszyły mu konflikty, liczne choroby żony (w tym choroba afektywna dwubiegunowa) i okresowe nadużywanie przez nią alkoholu (co zapewne było reakcją na sytuację w związku i chorobę). Jest rencistką z powodu wielu schorzeń. Z akt wynika opinia, że mimo chorób matka wywiązywała się z obowiązków wychowawczych, a dobro dziecka nie było poważniej zagrożone wskutek jej problemów zdrowotnych i emocjonalnych. Z danych zawartych w opinii ROD-K, sporządzonej w sprawie rozwodowej, wynika, że mąż od dłuższego czasu nie okazywał żonie należytego szacunku. Był dominujący, kontrolował wydatki (żona nie pracowała zawodowo po urodzeniu, w wieku 43 lat, syna), a jednocześnie, z uwagi na obowiązki zawodowe, w ograniczonym zakresie uczestniczył w codziennym życiu rodziny. Do konfliktów (także z aktami agresji) dochodziło często w obecności dziecka. Chłopiec identyfikował się z matką i zajmował postawę chroniącą ją przed ojcem. Te wspomnienia zapewne przesądziły o jego niechęci do utrzymywania styczności z ojcem stwierdzonej w powoływanych opiniach.

2.5. Ocena realizacji kontaktów w zbadanych sprawach

W zbadanych sprawach wnioskodawcy oczekiwali interwencji sądu stwierdzając w poszczególnych przypadkach niezrealizowanie od 1 do 20 spotkań, do których byli uprawnieni. Niekiedy nie miało dla nich znaczenia, z jakiej przyczyny spotkanie z dzieckiem się nie odbyło i zwracali się o interwencję sądu także, gdy była to przyczyna obiektywna (np. obłożna choroba dziecka). Były też sprawy, w których przeszkody napotymane przez wnioskodawców w realizacji uprawnień do kontaktów z dziećmi były trudne lub niemożliwe do przezwyciężenia, a stan taki trwał wiele miesięcy, a nawet lat. Dokonując ogólnej oceny stopnia realizacji kontaktów w zbadanych sprawach (na podstawie zawartości akt nadesłanych do badania) można wyróżnić dwie grupy przypadków:

- pierwszą grupę przypadków stanowią sprawy, w których – mimo przeszkód lub nie dojsia do skutku poszczególnych spotkań – **uprawnieni – co do zasady – realizowali swoje uprawnienia;**
- druga grupa przypadków to sprawy, w których, **mimo interwencji sądu, *de facto* spotkań nie było** lub odbywały się na tyle sporadycznie, że nie mogły zagwarantować podtrzymania więzi rodzinnych.

Stosując uogólnienia i pewne uproszczenia można podjąć próbę wskazania głównych przyczyn określonego stanu rzeczy.

W pierwszej grupie spraw (uprawnieni realizujący kontakty), aż w 42,3% przypadków nie było możliwe wskazanie głównej przyczyny zadawalającej sytuacji. Zapewne w rodzinie nie było bardzo poważnego, nieprzewidywalnego konfliktu osoby uprawnionej do kontaktów i sprawującej pieczę nad dzieckiem. „Strony” zachowywały powściągliwość w demonstrowaniu negatywnych emocji wobec siebie, dzieci nie sprzeciwiały się spotkaniom lub chciały się spotykać.

W pozostałych sprawach z omawianej grupy przypadków można było dostrzec jedną przyczynę, zdecydowanie ważniejszą od pozostałych, dzięki której do spotkań z dzieckiem dochodziło, a należały do nich:

- żądanie ukarania grzywną osoby sprawującej pieczę nad dzieckiem (25%),
- obecność kuratora sądowego podczas wszystkich spotkań z dzieckiem (14,3%),
- ukaranie grzywną (7,2%),
- inna, jedna dominująca przyczyna, np. zdecydowane stanowisko dzieci, zwłaszcza nieco starszych, domagających się spotkań (7,2%),
- brak konfliktu pomiędzy rodzicami dziecka (3,5%)²⁴.

Jak z powyższego wynika, częściej niż w co trzecim przypadku (32,2%) ukaranie grzywną lub zagrożenie jej orzeczeniem na wypadek dalszego utrudniania kontaktów miało znaczenie przesądzające – wymuszające pożądane zachowanie osoby sprawującej pieczę nad dzieckiem.

Główne przyczyny braku kontaktów, mimo zastosowania różnych środków przez sąd (np. grzywna, udział kuratora w realizacji kontaktów) były następujące:

- postawa zobowiązanego, który niezależnie od zrealizowanych lub prawdopodobnych „sankcji” był zdeterminowany, aby do spotkań uprawnionego z dzieckiem nie doszło (43,3%)²⁵,
- postawa dziecka – zdecydowanie sprzeciwiającego się kontaktom, zachowującego się podczas spotkań w sposób niewłaściwy, ignorujący uprawnionego, ale także arogancki bądź roszczeniowy (20%)²⁶,
- inne, poza wymienionymi, zindywidualizowane przyczyny zaistniałej sytuacji (15%)²⁷,
- postawa osób, z którymi mieszka dziecko i osoba sprawująca nad dzieckiem pieczę – dziadkowie, partner rodzica (8,3%),
- zła postawa uprawnionego do kontaktów (6,5%),
- bierność uprawnionego (6,7%).

²⁴ Chodziło przykładowo o takie sytuacje, gdy brak spotkania będący przyczyną wszczęcia postępowania został wyjaśniony, rodzice dziecka (np. rozwiedzeni) postępowali wobec siebie lojalnie i dostrzegali potrzebę kontaktów, a także nie było między nimi innych sporów (w szczególności o alimenty należne dziecku od uprawnionego do kontaktów).

²⁵ Przyczyny takiej postawy były różne: nienawiść do uprawnionego, głębokie przeświadczenie, że uprawniony krzywdzi (lub może skrzywdzić) dziecko (np. w przypadku podejrzenia o molestowanie seksualne lub zachowania na jego pograniczu), pragnienie przywiązania dziecka do aktualnego partnera życiowego.

²⁶ W części tych przypadków zapewne miał miejsce „zespół wyalienowanego rodzica”, tzw. PAS (*Parental Alienation Syndrome*). Por. A. Czerederecka, *Rozwód a rywalizacja o opiekę nad dziećmi*, Warszawa 2010, s. 71; T. Justyński, *Prawo do kontaktów z dzieckiem w prawie polskim i obcym*, Warszawa 2011, s. 211.

²⁷ Np. długa przerwa w kontaktach spowodowana trudną do akceptacji dla dziecka przyczyną, taką jak pobyt rodzica w zakładzie karnym, wspomnienia jego zachowania z przeszłości wobec dziecka lub osoby bliskiej, choroba psychiczna uprawnionego.

Wyniki badania wskazują na doniosłość roli „przymusu majątkowego”, jako środka sprzyjającego zmianie postawy osoby utrudniającej uprawnionym do kontaktów z dzieckiem realizację kontaktów. Świadczy o tym zdecydowany brak akceptacji przez sądy powszechne dla wykładni dotychczas obowiązującego prawa zaproponowanej w uchwale Sądu Najwyższego z 28.08.2008 r. (III CZP 75/08). Wyrażał się on w zastosowaniu (aż w 81% zbadanych spraw) przepisów o postępowaniu egzekucyjnym umożliwiającym zagrożenie grzywną lub jej orzeczenie.

Ustalono, że większość rodziców dzieci, których dotyczyły sprawy o kontakty (85,4% matek oraz 92,7% ojców) miało własne dochody (wynagrodzenia za pracę, renty i emerytury, dochody z działalności gospodarczej). Co do zasady więc możliwe byłoby zastosowanie wobec nich „sumy przymusowej” w przypadkach naruszenia obowiązków wiążących się z wykonywaniem kontaktów.

Badanie nie wykazało, jaki był poziom dochodów osób sprawujących pieczę nad dziećmi i osób uprawnionych do kontaktów. Można jednak domniemywać, że w większości dochody te były niższe od średniej krajowej. Domysł taki jest oparty na informacjach pochodzących od osób, którym sądy wymierzyły grzywnę (zagroziły wymierzeniem grzywny) oraz na przypadki rezygnacji z udziału kuratorów sądowych w spotkaniach z dziećmi (cenionego przez zainteresowanych) z przyczyn finansowych. Dolegliwość majątkowa zapewne będzie dla takich osób odczuwalna i mogą podejmować działania w celu jej uniknięcia, co powinno (choć nie jest to pewne we wszystkich stanach faktycznych) skłaniać także do należytego wykonywania orzeczenia o kontaktach.

Można przewidywać, z wysokim prawdopodobieństwem, że zagrożenie zasądzenia „sumy przymusowej” będzie antagonizowało część rodziców w stosunku do siebie, a to będzie pogłębiało zagrożenie dobra dzieci, których dotyczą kontakty.

Przy wszystkich rozstrzygnięciach dotyczących kontaktów wskazane jest wykorzystywanie terapii rodzinnej i mediacji. Sankcja o charakterze majątkowym powinna być traktowana jako ostateczność, choć niewątpliwie w stosunku do części zobowiązanych okaże się podstawowym środkiem oddziaływania.

Summary

Elżbieta Holewińska-Łapińska – *Exercise of the right to contacts with children*

This paper presents the results of an examination of files of 100 cases pending before randomly selected courts, in which the enforcement proceedings concerning a judgment or settlement in the matter of contacts with a child were in progress in 2009 and 2010, regardless of the date when they were initiated. In that period, there were controversies as to whether to apply provisions of the Code of Civil Procedure on enforcement of non-pecuniary performances or (according to the standpoint of the Supreme Court expressed in its resolution of 28 Aug. 2008, III CZP 75/08, OSNC 2009/1, para. 12) provisions on the proceedings regulated in Art. 5981 and subs. of CCP. Examination of the files showed that 81% of cases were heard as enforcement proceedings.

On 26 May 2011, a law to amend the Code of Civil Procedure was enacted (official journal Dz. U. No. 144, item 854). Enforcement of a judgment concerning contacts, in accordance with the new state of law, is governed by guardianship proceedings, while the basic measure to ensure the desired behaviour of the person in whose direct care the child is, said person

being obliged to allow such contacts, and the person entitled to contacts is the award of a sum of money which sum, in case of infringement of the duty by either person, is paid by said person to the other "party".

In all likelihood, after the amendments to the law, the typical facts of the cases will not change. In the examined cases, persons requesting help in achieving contacts with the children were fathers (85%), mothers (10%), grandparents (5%). Considering that 85.4% of mothers and 92.7% of fathers had their own income, it would be possible to apply the "mandatory" sum in respect of them, although it could be anticipated that this would deepen the conflict within the family, which conflict is the main reason for violating the arrangements relating to contacts with the child. An assessment of the effectiveness of the new laws will require another analysis of the practice of enforcing child contact judgments, for which the present study should provide comparative material.

Marek Jaślikowski*

Podstawy ogłoszenia upadłości konsumenckiej w praktyce sądów powszechnych

1. UWAGI WPROWADZAJĄCE I PRZEDMIOT OPRACOWANIA

Upadłość konsumencka została wprowadzona do systemu prawa polskiego 31.03.2009 r. na mocy ustawy z 5.12.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych¹. W niniejszym opracowaniu zostały przedstawione rozważania dogmatyczne oraz wyniki badania aktowego zawarte w dotychczas niepublikowanym raporcie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości na temat funkcjonowania upadłości konsumenckiej w praktyce sądów powszechnych².

Badanie objęło analizę 957 akt spraw, co stanowi 77% spośród wszystkich spraw, które wpłynęły do sądów upadłościowych w okresie od 31.03.2009 r. do 1.06.2010 r., tj. w okresie pierwszych 14 miesięcy funkcjonowania przedmiotowej instytucji oraz 84% spośród wszystkich spraw załatwionych w tym okresie³.

Tabela 1 Sprawy z zakresu upadłości konsumenckiej zarejestrowane w repertorium „GU”, które wpłynęły do sądów upadłościowych na obszarze całego kraju, w okresie objętym badaniem				
Sądy	Liczba spraw w okresie od 31.03.2009 r. do 01.06.2010 r.			
	Wpływ	Załatwiono ogółem	Pozostało do załatwienia	Sprawy objęte badaniem
44	1236	1134	102	957

Przedmiotem badania były akta spraw prawomocnie zakończonych, z 44 sądów upadłościowych⁴, zarejestrowane w repertorium „GU”, tj. sprawy o ogłosze-

* Mgr Marek Jaślikowski jest asystentem w Sekcji Prawa Cywilnego Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ Dz. U. Nr 234, poz. 1572 – dalej jako ustawa nowelizująca prawo upadłościowe i naprawcze z 5.12.2008 r.

² M. Jaślikowski, *Upadłość konsumencka w praktyce sądów powszechnych*, 2011 r. – www.iws.org.pl.

³ Wpływ został ustalony na podstawie badań ankietowych przeprowadzonych w sądach upadłościowych na terenie całego kraju.

⁴ W badaniu znalazły się akta z Sądów Rejonowych w: Białymstoku, Bielsku-Białej, Bydgoszczy, Częstochowie, Elblągu, Gdańsk-Północ w Gdańsku, Gliwicach, Jeleniej Górze, Kaliszu, Katowice-Wschód w Katowicach, Kielcach, Koninie, Koszalinie, Kraków-Sródmieście w Krakowie, Krośnie, Legnicy, Lesznie, Lublinie, Łódź-Sródmieście w Łodzi, Łomży, Nowym Sączu, Olsztynie, Opolu, Ostrołęce, Pile, Piotrkowie Trybunalskim, Płocku, Poznań-Stare Miasto w Poznaniu, Przemyśle, Radomiu, Rzeszowie, Siedlcach, Sieradzu, Słupsku, Suwałkach, Szczecin-Centrum w Szczecinie, Tarnobrzegu, Toruniu, Wałbrzychu, m.st. Warszawy, Włocławku, Wrocław-Fabryczna we Wrocławiu, Zamościu, Zielonej Górze.

nie upadłości konsumenckiej. Przedmiotem badania nie były natomiast sprawy zarejestrowane w repertorium „GUp”, tj. sprawy upadłościowe po ogłoszeniu upadłości, ze względu na brak tego typu spraw prawomocnie zakończonych.

2. POJĘCIE UPADŁOŚCI KONSUMENCKIEJ

Termin „upadłość konsumencka” jest powszechnie używany w publicystyce prawniczej, praktyce sądowej oraz literaturze naukowej, przede wszystkim z zakresu ekonomii i prawa, dla określenia postępowania upadłościowego prowadzonego wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, uregulowanego w Tytule V, Części III, ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze⁵. „Upadłość konsumencka” nie występuje natomiast w polskim języku prawnym, nie jest to określenie ustawowe⁶. W piśmiennictwie trafnie zwraca się uwagę na fakt, że podczas prac legislacyjnych nazwa „upadłość konsumencka” była używana w tytułach projektowanych aktów prawnych, w ich uzasadnieniach oraz w toku dyskusji podczas posiedzeń komisji sejmowych, ostatecznie jednak ustawodawca nie posłużył się tym określeniem i *de lege lata* może być ono akceptowane w języku prawniczym wyłącznie jako pewien skrót myślowy oznaczający postępowanie upadłościowe prowadzone wobec osób fizycznych, które nie prowadzą działalności gospodarczej ani zawodowej⁷. Można przypuszczać, że ostatecznie zrezygnowano z tego terminu z powodu przyznania zdolności upadłościowej osobom fizycznym, które nie są konsumentami w świetle przepisów prawa cywilnego. Ustawodawca mógł wprowadzić sformułować definicję legalną konsumenta tylko na użytek ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, trafnie jednak uznał, że rozwiązanie takie nie byłoby odpowiednie.

W podobny sposób termin „upadłość konsumencka” rozumiany jest w innych systemach prawnych. Tam również znaczenie terminu „konsument” jest z reguły inne niż w ogólnych przepisach prawa cywilnego. Według większości zagranicznych regulacji upadłości konsumenckiej „konsument” ma możliwość oddłużenia się nie tylko względem przedsiębiorców, lecz również wobec innych konsumentów, a nawet podmiotów prawa publicznego. Ponadto, w niektórych porządkach prawnych za konsumentów, na gruncie przepisów regulujących postępowanie upadłościowe, uznaje się osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą w określonym rozmiarze, czy też działalność zarobkową określonego rodzaju (np. przedstawicieli wolnych zawodów). Należy jednak podkreślić, że konsumencje postępowania upadłościowe z reguły w sposób istotny różnią się od postępowania upadłościowego w tradycyjnym znaczeniu tego terminu, łączonym z upadłością kupiecką. Wskazuje się, że inne są założenia upadłości konsumenckiej, że inna jest hierarchia interesów, które wymagają uwzględnienia w toku postępowania upadłościowego. W tym wypadku chodzi bowiem przede wszystkim o oddłużenie osoby fizycznej, która popadła w stan niewypłacalności. Zaspokojenie

⁵ Tekst. jedn.: Dz. U. z 2009 r. Nr 175, poz. 1361 ze zm. – dalej jako p.u.n.

⁶ Por. O. Zachmielewska, *Upadłość konsumencka w świetle domniemania racjonalności ustawodawcy*, „Państwo i Prawo” 2010/11, s. 96.

⁷ W. Głodowski, A. Hrycaj, *Zakres podmiotowy i podstawy ogłoszenia „upadłości konsumenckiej”*, „Państwo i Prawo” 2010/2, s. 70.

wierzycieli pozostaje wprowadzić jedną z funkcji postępowania upadłościowego, jednak najważniejsze znaczenie przypisuje się funkcji oddłużeniowej⁸.

W literaturze, w rozważaniach poświęconych genezie upadłości konsumenckiej, wskazuje się po pierwsze, że ojczyzną upadłości konsumenckiej są Stany Zjednoczone, po drugie, że upadłość konsumencka stanowi swego rodzaju odpowiedź na problem nadmiernego zadłużenia osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, który w krajach Europy zachodniej ujawnił się w lat 70–tych XX w., przy czym pierwszym państwem europejskim, które wprowadziło specjalną procedurę umarzania zobowiązań konsumenckich i zwolnienia z obowiązku spłacenia zadłużenia była Dania, która zrobiła to w 1984 r.⁹

Do chwili obecnej, instytucja upadłości konsumenckiej, w różnym kształcie, została przyjęta niemal we wszystkich państwach starego kontynentu, a także w wielu państwach poza Europą, zaś przepisy regulujące konsumenckie postępowanie upadłościowe przez niektórych autorów zaliczane są do szerokiej kategorii prawa ochrony konsumenta¹⁰.

Autorzy zajmujący się upadłością konsumencką zwracają uwagę na ścisły związek między tendencją regulacji usług finansowych, w szczególności kredytu konsumenckiego, a potrzebą regulacji upadłości konsumenckiej. Wskazuje się, że dobór usług finansowych w przypadku konkretnego konsumenta powinien wynikać z analizy dochodu, możliwości zarobkowych, majątku, sytuacji rodzinnej i osobistej, preferencji konsumpcyjnych, kształcenia dzieci, zwyczajów w dziedzinie spędzania wolnego czasu¹¹. Niewłaściwy dobór tych usług może prowadzić do nadmiernego zadłużenia, które najczęściej jest skutkiem lekkomyślnego korzystania z kredytu konsumenckiego i życia ponad stan, ale także z kredytów i pożyczek hipotecznych, korzystania z kart kredytowych, nierozważnego udzielania poręczeń. Nie bez znaczenia mogą być również liczne długookresowe zobowiązania z innych tytułów, np. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych, składek związanych z przynależnością do organizacji, umów o stałą dostawę różnych dóbr lub usług¹². Przyczyną nadmiernego zadłużenia mogą być również różnego

⁸ Szerzej na temat upadłości konsumenckiej w innych krajach por. np. P. Tereszkievicz, *Postępowania upadłościowe i oddłużeniowe dla konsumentów w Stanach Zjednoczonych i niektórych krajach europejskich* (cz. 1), „Transformacje Prawa Prywatnego” 2000/1–2, s. 99–122; P. Tereszkievicz, *Postępowania upadłościowe i oddłużeniowe dla konsumentów w Stanach Zjednoczonych i niektórych krajach europejskich* (cz. 2), „Transformacje Prawa Prywatnego” 2000/3, s. 27; M. Hanshew, *Upadłość konsumencka w Niemczech*, w: PRO PUBLICO BONO, Zeszyty Naukowe Dolnośląskiej Wyższej Szkoły Służb Publicznych ASESOR, 2005/1, s. 129–139; W. Szpringer, *Kredyt konsumencki i upadłość konsumencka na rynku usług finansowych UE*, Warszawa 2005, s. 66–79; W. Szpringer, *Upadłość konsumencka. Inspiracje z rozwiązań światowych oraz rekomendacje dla Polski*, Warszawa 2006, s. 22–41; W. Szpringer, *Spółeczna odpowiedzialność banków. Między ochroną konsumenta a osłoną socjalną*, Warszawa 2009, s. 262–279; K. Michalak, *Przesłanki wszczęcia konsumenckiego postępowania niewypłacalnościowego (surendettement personel) i postępowania zmierzającego do uwolnienia osoby fizycznej z reszty długów (retablissement personel) we Francji*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2008/1; K. Michalak, *Przebieg konsumenckiego postępowania niewypłacalnościowego (surendettement personel) i postępowania zmierzającego do uwolnienia osoby fizycznej z reszty długów (retablissement personel) we Francji*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2008/2, s. 49; E. Kabza, *Upadłość konsumencka w USA*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego”, s. 79–110.

⁹ Por. np. P. Tereszkievicz, *Postępowanie upadłościowe i oddłużeniowe dla konsumentów w Stanach Zjednoczonych i niektórych krajach europejskich* (cz. 1)..., s. 99–101; J. Jacyszyn, *Upadły konsument*, „Rejent” 2009/1, s. 34.

¹⁰ Por. T. Tereszkievicz, *Postępowanie upadłościowe i oddłużeniowe dla konsumentów w Stanach Zjednoczonych i niektórych krajach europejskich* (cz. 1)..., s. 102.

¹¹ W. Szpringer, *Upadłość konsumencka – koncepcje i tendencje regulacji*, „Prawo Bankowe” 2005/1, s. 58.

¹² W. Szpringer, *Kredyt konsumencki i upadłość konsumencka...*, s. 64–66.

rodzaju zdarzenia o charakterze nadzwyczajnym, wyjątkowym, zdarzenia, na które dłużnik nie miał wpływu, a nawet takie, których nie mógł przewidzieć (np. nagła śmierć osoby, z którą dłużnik prowadzi wspólne gospodarstwo domowe)¹³.

W wypadku nadmiernie zadłużonych konsumentów dyskutowane są dwie grupy problemów. **Po pierwsze**, wskazuje się na potrzebę podejmowania działań o charakterze prewencyjnym, chodzi o zapobieganie nadmiernemu zadłużeniu. Prewencji służy całość prawa o kredycie konsumenckim, obowiązki informacyjne zarówno po stronie kredytodawcy, jak i kredytobiorcy, regulacja wysokości odsetek, dopuszczalność odsetek od zaległych odsetek. Z zagadnieniem tym wiąże się również polityka socjalna, rodzinna oraz zdrowotna państwa. **Po drugie**, wskazuje się na potrzebę rehabilitacji dłużnika, uwolnienia go od reszty długów, przy czym przeważa pogląd, zgodnie z którym zdecydowanie ważniejsza jest prewencja niż oddłużenie, zgodnie z zasadą, że lepiej zapobiegać niż leczyć. Upadłość konsumencka w tym kontekście jest traktowana jako ostateczność¹⁴.

Dla rozważań na temat upadłości konsumenckiej nie bez znaczenia jest przyjęty w danym systemie prawa konkretny model ochrony konsumenta. W doktrynie rozróżnia się model rynkowej i socjalnej ochrony konsumenta. Pierwszy zakłada, że świadomy, rozsądny i dobrze poinformowany konsument dokonuje samodzielnie wyboru oferty rynkowej i ponosi odpowiedzialność za jego skutki. Socjalny model ochrony pozbawia go przymiotu suwerennego, odpowiedzialnego podmiotu rynkowego i w istocie prowadzi do jego ubezwłasnowolnienia. Rynkowy model ochrony nie ingeruje w wolność umów, próbuje natomiast wyrównać braki informacyjne, eliminować asymetrię informacji i umożliwiać porównywanie ofert rynkowych. W doktrynie wskazuje się również, że istnieje kategoria *vulnerable consumer*, np. o niskim poziomie wykształcenia, bezrobotni, mniejszości narodowe, ludzie bardzo młodzi lub starsi, którzy mimo prawidłowego informowania nie są w stanie tej wiedzy przetworzyć i wykorzystać, zatem wymagają szczególnej ochrony¹⁵.

Wypowiadany jest też pogląd, że granica między ochroną, a dawaniem przywilejów jest płynna, że prawo konsumenckie powinno tylko starać się wyrównywać sytuację strony słabszej, tj. konsumenta, bowiem nadmierna ochrona konsumenta może powodować u niego zjawisko *Moral Hazard*, postawy roszczeniowe i braku odpowiedzialności za podjęte decyzje, co w końcowym rachunku obraca się przeciwko niemu. Podkreśla się, że prawo konsumenckie nie stanowi instrumentu, przy pomocy którego można realizować ochronę socjalną konsumenta, że ochrona taka powinna być raczej realizowana w obrębie prawa socjalnego, ochrony zdrowia, zwalczania bezrobocia, polityki prorodzinnej¹⁶.

¹³ Zagadnienie przesłanek zagrożenia niewypłacalnością konsumenta jest szeroko dyskutowane w literaturze. Tytułem przykładu, W. Szpringer, *Upadłość konsumencka. Inspiracje z rozwiązań światowych...*, s. 19–20, wymienia następujące przesłanki: – strukturalne i makroekonomiczne (podatki, inflacja, transformacja systemowa, duży udział kosztów utrzymania w całości wydatków), – kryzysy życiowe (wypadki, choroby, rozwody, śmierć bliskiej osoby), – brak umiejętności radzenia sobie z problemami finansowymi oraz racjonalnej analizy rynku finansowego, brak zrozumienia istoty usług finansowych, – czynniki etyczne oraz style życia (pojęcia: *credit for needs* oraz *credit for convenience*, pierwszy brany z konieczności przez osoby biedne, drugi przez osoby bogate lub należące do klasy średniej w celu zapewnienia luksusowej konsumpcji i życia „ponad stan”), – tradycje narodowe (np. kultura oszczędzania, kultura zadłużania się).

¹⁴ W. Szpringer, *Upadłość konsumencka – koncepcje...*, s. 60.

¹⁵ W. Szpringer, *Kredyt konsumencki i upadłość konsumencka...*, s. 38.

¹⁶ W. Szpringer, *Upadłość konsumencka – inspiracje z rozwiązań światowych...*, s. 8.

Upadłości konsumenckiej w powyżej wskazanym rozumieniu nie można utożsamiać z upadłością osób fizycznych, która w wielu systemach prawnych funkcjonuje już od XIX w. Warto przypomnieć, że w tym okresie wykształciły się pod względem podmiotowym dwa systemy upadłości:

- system upadłości kupieckiej,
- system upadłości ogólnej, tj. system oparty na zasadzie uniwersalności podmiotowej upadłości.

Oba te systemy obowiązywały na obszarze ziem polskich, które znajdowały się pod zaborami¹⁷.

W okresie międzywojennym, polski ustawodawca przyjął system upadłości kupieckiej. Artykuł 1 § 1 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo upadłościowe¹⁸ stanowił, że „kupiec, który zaprzestał płacenia długów, będzie uznany za upadłego”. W doktrynie wskazywano wówczas, że system tzw. upadłości kupieckiej został przyjęty prawie we wszystkich ustawodawstwach, które – tak jak polskie – w postępowaniu egzekucyjnym, nie pozwalają na „ubieganie jednych wierzycieli przez drugich”, zgodnie z maksymą *prior tempore potior iure*¹⁹. Argumentowano, że skoro wierzycielom dano możliwość przystąpienia do egzekucji wszczętej przez jednego z nich i uczestniczenia w podziale sumy uzyskanej z egzekucji, to nie ma potrzeby stosowania przepisów postępowania upadłościowego także do wypadków niewypłacalności osób niebędących kupcami w sytuacji, gdy stosunki kredytowe tych osób są z reguły mniej skomplikowane. Z kolei tam, gdzie prawodawstwo egzekucyjne uznaje zasadę przewencji, gdzie opieszale lub opóźniony wierzyciel może być całkowicie pozbawiony zaspokojenia – wskutek przeprowadzenia egzekucji wyłącznie na korzyść wierzyciela, który ją rozpoczął – prawo upadłościowe rozciąga swe przepisy na wszystkich dłużników, niezależnie od tego czy są kupcami, czy też nie²⁰.

Zasada uniwersalności podmiotowej upadłości została przyjęta w takich państwach jak: Niemcy, Anglia, Austria, Holandia, Szwecja, Szwajcaria, Japonia, Turcja, Stany Zjednoczone Ameryki, Jugosławia, Czechosłowacja. Z kolei zasada upadłości tzw. kupieckiej, w okresie międzywojennym, poza Polską obowiązywała w takich państwach jak: Belgia, Włochy, Bułgaria, Rumunia, Grecja, Egipt. W literaturze wyodrębniano również kraje, mające odrębne przepisy dla upadłości kupieckiej i rolniczej (Norwegia, Dania, Węgry, Hiszpania)²¹.

Obowiązujące wówczas regulacje postępowania upadłościowego, które przyjęły zasadę uniwersalności podmiotowej upadłości, miały na celu przede wszystkim zaspokojenie roszczeń wierzycieli. Postępowanie upadłościowe niewątpliwie nie było prowadzone w interesie dłużnika, jego celem nie było oddłużenie, rehabilitacja osoby fizycznej, która popadła w stan niewypłacalności. Prokonsumenckie podejście do upadłości, jak już była o tym mowa, wiąże się z rozwojem prawa konsumenckiego i problemem nadmiernego zadłużenia gospodarstw domowych,

¹⁷ Por. O. Buber, *Polskie prawo upadłościowe*, Warszawa 1936, s. 6–8.

¹⁸ Dz. U. RP Nr 93, poz. 834 – dalej jako p.u.

¹⁹ O. Buber, *Polskie prawo upadłościowe...*, s. 9.

²⁰ O. Buber, *Polskie prawo upadłościowe...*, s. 9.

²¹ O. Buber, *Polskie prawo upadłościowe...*, s. 9.

który ujawnił się w krajach zachodniej Europy w latach 70-tych zeszłego wieku. Upadłość konsumencka stanowiąca w istocie jeden z instrumentów ochrony konsumentów, w przeciwieństwie do upadłości osób fizycznych jest zatem instytucją stosunkowo młodą. Jeżeli zaś chodzi o upadłość osób fizycznych to warto przypomnieć, patrząc z perspektywy historycznego rozwoju prawa upadłościowego, (szeroko pojętego prawa egzekucyjnego), że pierwotnie upadłość dotyczyła osób fizycznych, nie zaś kupców. W prawie rzymskim jej skutki rozciągały się nie tylko na majątek, ale również na osobę dłużnika, któremu, w pewnym okresie, groziła utrata życia²².

3. POSTĘPOWANIE UPADŁOŚCIOWE WOBEC OSÓB FIZYCZNYCH NIEPROWADZĄCYCH DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ W SYSTEMIE PRAWA POLSKIEGO

Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, powszechnie określane mianem upadłości konsumenckiej, zostało wprowadzone do systemu prawa polskiego ustawą nowelizującą prawo upadłościowe i naprawcze z 5.12.2008 r. Ustawodawca świadomie zrezygnował z regulacji tej instytucji w osobnym akcie prawnym i nadał jej charakter instytucji prawa upadłościowego. Przyjęcie takiego modelu upadłości konsumenckiej było konsekwencją założenia, że postępowanie to – oprócz oddłużenia upadłego – ma również, w pewnym zakresie, służyć zaspokojeniu wierzycieli, przy czym uznano, że temu ostatniemu celowi najlepiej odpowiada postępowanie upadłościowe obejmujące likwidację majątku upadłego, na którego sprawdzonych wzorcach ustawodawca ostatecznie oparł strukturę konsumenckiego postępowania upadłościowego²³.

Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej zostało umiejscowione w Części III, Tytule V, ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, jako jedno z pięciu postępowań odrębnych. Wprowadzenie nowego postępowania w istocie oznaczało rozszerzenie zakresu przedmiotowego ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, co znalazło odzwierciedlenie w zmianie treści art. 1 p.u.n., do którego dodano lit. b.

W związku z takim umiejscowieniem postępowania upadłościowego prowadzonego wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, w literaturze pojawiły się wątpliwości w kwestii charakteru prawnego nowego postępowania, które znalazły również odzwierciedlenie w praktyce sądów upadłościowych.

Zdaniem W. Godłowskiego i A. Hrycaj²⁴, ustawodawca nie wprowadził nowego rodzaju upadłości, który można by określać jako „konsumencką” w odróżnieniu od „ogólnej” lecz zdecydował, że dla osób nieprowadzących działalności

²² Por. E. Till, *Zasady materialnego prawa konkursowego austriackiego*, wyd. drugie, Lwów, s. 3–4; K. Stefko, *Rzut oka na historyczny rozwój prawa egzekucyjnego*, w: *Księga pamiątkowa ku czci Bolesława Orzechowicza*, t. II, Lwów 1916, s. 459.

²³ Por. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Druk sejmowy nr 831 z 16.07.2008 r. – www.sejm.gov.pl.

²⁴ W. Godłowski, A. Hrycaj, *Zakres podmiotowy...*, s. 70–71.

gospodarczej ani zawodowej będzie prowadzone odrębne postępowanie upadłościowe. K. Michalak podkreśla, że zmiana redakcyjna art. 1 p.u.n. nie wpłynęła na zakres przedmiotowy ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, która – tak jak poprzednio – reguluje zasady wspólnego dochodzenia roszczeń wierzycieli od niewypłacalnych dłużników oraz skutki ogłoszenia upadłości, a także zasady postępowania naprawczego wobec przedsiębiorców zagrożonych niewypłacalnością. Poszerzony został natomiast zakres podmiotowy stosowania ustawy, przez przyznanie zdolności upadłościowej osobom fizycznym nieprowadzącym działalności gospodarczej²⁵. Z kolei M. Mrówczyński jest zdania, że od momentu wejścia w życie nowelizacji prawa upadłościowego i naprawczego, co nastąpiło 31.03.2009 r., w naszym porządku prawnym istnieją dwa rodzaje upadłości – upadłość ogłaszana wobec przedsiębiorców i upadłość zwana konsumencką²⁶. Wydaje się, że podobny pogląd reprezentuje R. Adamus, który przyjmuje, że wprowadzenie upadłości konsumenckiej rozszerzyło zarówno zakres podmiotowy, jak i przedmiotowy prawa upadłościowego i naprawczego, przy czym ten ostatni aktualnie obejmuje:

- postępowanie upadłościowe dla przedsiębiorcy, w tym tzw. postępowanie oddłużeniowe i międzynarodowe postępowanie upadłościowe; w ramach postępowania upadłościowego dla przedsiębiorcy autor rozróżnia ogólne postępowanie upadłościowe oraz cztery rodzaje odrębnych postępowań upadłościowych, tj. postępowanie wszczęte po śmierci niewypłacalnego dłużnika, wobec banków, wobec zakładów ubezpieczeń, wobec emitentów obligacji;
- postępowanie upadłościowe nie–przedsiębiorcy, które ma status postępowania odrębnego;
- postępowanie w przedmiocie pozbawienia prawa prowadzenia działalności gospodarczej²⁷.

De lege lata z powodzeniem można bronić poglądu, że postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej stanowi nowy rodzaj postępowania upadłościowego, że ustawodawcy nie chodziło tylko o rozszerzenie katalogu podmiotów wyposażonych w zdolność upadłościową, ale o wprowadzenie nowego, jakościowo odmiennego od dotychczasowego, prowadzonego wobec przedsiębiorców postępowania. Zważyć należy, że inna jest nie tylko geneza, ale i aksjologia upadłości konsumenckiej. W konsumenckim postępowaniu upadłościowym na pierwszy plan wysunięty został interes dłużnika, który zyskał przewagę nad interesami wierzycieli. Stanowi on siłę napędową tego postępowania, decyduje o jego wszczęciu i przebiegu.

Ustawodawca decydując się na wprowadzenie upadłości konsumenckiej nie kierował się jednak wyłącznie interesem dłużnika i niewątpliwie uwzględnił również interesy wierzycieli. Przyjął, że procedura oddłużeniowa będzie miała

²⁵ K. Michalak, *Komentarz do art. 1 ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze*, w: K. Michalak, *Komentarz do ustawy z 5.12.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, w zakresie zmian do ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze*, LEX 2009.

²⁶ M. Mrówczyński, *Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2009/9, s. 69.

²⁷ R. Adamus w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, A. Witosz (red.), Warszawa 2010, s. 18–19.

zastosowanie tylko wobec stosunkowo wąskiej grupy dłużników, którzy w stan niewypłacalności popadli wskutek wyjątkowych i niezależnych od nich okoliczności, a swoim zachowaniem w toku postępowania dali należytą rękojmię, że w przyszłości nie popadną w stan niewypłacalności. Wprowadzenie regulacji przewidującej szeroki, czy też nieograniczony dostęp do upadłości konsumenckiej w praktyce oznaczałoby, że z możliwości oddłużenia mogłyby skorzystać osoby lekkomyślne, a nawet nieuczciwe, które w momencie zaciągania zobowiązań miały świadomość, że nie będą w stanie ich wykonać. Uprzywilejowanie takiej grupy dłużników byłoby nie tylko nieracjonalne, ale przede wszystkim niemoralne.

Interes wierzycieli wymagał, aby w postępowaniu zmierzającym do oddłużenia niewypłacalnego konsumenta uzyskali realne gwarancje co najmniej częściowego zaspokojenia, co w praktyce oznaczało konieczność wprowadzenia regulacji określającej sposób spieniężenia majątku dłużnika i zasady podziału uzyskanej sumy między wierzycieli. Ustawodawca mając powyższe na uwadze zdecydował się na skorzystanie z gotowych, sprawdzonych rozwiązań, których dostarczyło prawo upadłościowe dotychczas regulujące upadłość przedsiębiorców. Te gotowe rozwiązania uwzględniające jednak istotę, specyfikę upadłości konsumenckiej mogły zostać wprowadzone do polskiego systemu prawa na co najmniej trzy różne sposoby:

- po pierwsze, upadłość konsumencka mogła zostać uregulowana w nowym akcie prawnym, który swoim zakresem obejmowałby wyłącznie konsumenckie postępowanie upadłościowe, ewentualnie również inne postępowania dotyczące konsumentów,
- po drugie, przedmiotowe postępowanie mogło zostać wprowadzone w drodze nowelizacji ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, jako jedno z postępowań regulowanych tą ustawą, przez dodanie stosownej części, działu, czy też rozdziału,
- po trzecie, możliwa była też generalna reforma prawa upadłościowego i przekształcenie go z prawa przedsiębiorców w prawo powszechne²⁸.

Ustawodawca trafnie zrezygnował z regulacji upadłości konsumenckiej w odrębnym akcie prawnym i umiejscowił ją w ustawie – Prawo upadłościowe i naprawcze. Takie rozwiązanie, na co zwrócono uwagę w uzasadnieniu projektu, uwzględnia kompleksowy charakter ustawy i pozwala na uniknięcie powtórzeń, czy zbędnych odesłań, które nie ułatwiają stosowania prawa. Dodatkowo należy podnieść, że regulacja upadłości konsumenckiej nie jest zbyt obszerna, co też mogło mieć pewne znaczenie. Ustawodawca regulując upadłość konsumencką nie zdecydował się bowiem na wyodrębnienie w jej ramach postępowań odrębnych, np. uwzględniających aspekt podmiotowy upadłości. Ustawodawca ostatecznie nie zdecydował się również na regulację konsumenckiego postępowania naprawczego (takie postępowanie przewidywały projekty ustawy z: 2003 r. – druk nr 2668, 2006 r. – druk nr 776 i 2008 r. – druk nr 1047) oraz przedsądowego lub sądowego postępowania polubownego. Warto też wskazać, że takie umiejscowienie upadłości konsumenckiej spotkało się z aprobatą doktryny²⁹.

²⁸ Por. P. Tereszkievicz, *Postępowanie upadłościowe i oddłużeniowe dla konsumentów...*, s. 52.

²⁹ Por. P. Sokal, *Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2009/8, s. 80–81.

Lokalizacja przepisów regulujących postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej w ustawie – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz nadanie temu postępowaniu statusu postępowania odrębnego nie przeczy jednak tezie, że mamy w tym wypadku do czynienia z nowym rodzajem upadłości³⁰. Dla oceny charakteru danego postępowania decydującego znaczenia nie ma systematyka ustawy, lokalizacja przepisów regulujących postępowanie, ale stawiane przed nim cele i zasady, na których zostało oparte. Należy zważyć, że w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej prawo upadłościowe i naprawcze z 5.12.2008 r. (która wprowadziła upadłość konsumencką) przesądzono, że upadłość konsumencka jest procedurą oddłużeniową. Niewątpliwie oddłużenie jest głównym celem, który realizuje to postępowanie i który wyraźnie wynika z całokształtu omawianej regulacji.

Oddłużenie jest wprawdzie realizowane w ramach upadłości likwidacyjnej, nie ulega jednak wątpliwości, że likwidacja majątku dłużnika i zaspokojenie wierzycieli jest tylko środkiem (warunkiem), który prowadzi do tego celu. Ustawodawca przyjął bowiem, że jednym z warunków oddłużenia jest przynajmniej częściowe zaspokojenie wierzycieli. Istotne znaczenie ma również fakt, że legitymację do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości przyznano wyłącznie dłużnikowi. W ten sposób ustawodawca przesądził, o czyj interes w tym postępowaniu chodzi.

Ustawodawca wprowadzając nowy rodzaj upadłości dokonał istotnej zmiany w treści art. 1 p.u.n., tj. przepisu, który określa zakres przedmiotowy ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, przez dodanie w pkt 1, lit. b. Zmianę w redakcji art. 1 p.u.n. należy tłumaczyć intencją rozróżnienia dwóch jakościowo różnych postępowań – postępowania upadłościowego wobec przedsiębiorców i postępowania upadłościowego wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej. Gdyby wprowadzenie upadłości konsumenckiej stanowiło tylko zmianę podmiotową zakresu ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, to zapewne ustawodawca nadałby art. 1 p.u.n. inną treść, np. wskazując w ust. 1, że: „ustawa reguluje zasady wspólnego dochodzenia roszczeń wierzycieli od niewypłacalnych dłużników oraz skutki ogłoszenia upadłości, a także zasady postępowania naprawczego wobec przedsiębiorców zagrożonych niewypłacalnością”. Znamienne jest również to, że ustawodawca w treści art. 1 p.u.n. nie wymienił żadnego innego, poza postępowaniem upadłościowym wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, z pięciu odrębnych postępowań upadłościowych.

Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej zostało uregulowane jako jedno z postępowań odrębnych, w Części III, Tytule V, (art. 491¹–491¹²), ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze. Postępowanie to nie jest jednak w istocie postępowaniem odrębnym, ale jednym z dwóch rodzajów postępowania upadłościowego. Po pierwsze sam ustawodawca dokonując zmiany redakcyjnej art. 1 p.u.n. przesądził, że nie jest to postępowanie odrębne, po drugie, odrębności tego postępowania, wynikające z jego odmiennych w stosunku do postępowania prowadzonego wobec przedsiębiorców założeń, są na tyle istotne, że nie można w tym wypadku mówić tylko

³⁰ Inaczej W. Głodowski, A. Hrycaj, *Zakres podmiotowy...*, s. 70–71.

o odrębnościach, ale o zasadniczej różnicy „jakościowej” wskazującej na wprowadzenie nowego rodzaju postępowania upadłościowego. Ponadto, o czym już była mowa, umiejscowienie przepisów regulujących analizowane postępowanie nie może mieć decydującego znaczenia dla określenia jego charakteru. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca w Części I, zatytułowanej: „Przepisy ogólne o postępowaniu upadłościowym i jego skutkach”, w Tytule X, prawa upadłościowego i naprawczego, uregulował postępowanie w sprawach orzekania zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, przy czym nie ulega wątpliwości, że postępowanie to nie jest postępowaniem upadłościowym, a jego umiejscowienie w ustawie tłumaczy się tylko związkami funkcjonalnymi z problematyką upadłości przedsiębiorców. Ustawodawcy nie przeszkodziło to jednak w umieszczeniu tego postępowania w Części I ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, która jak sam tytuł wskazuje reguluje postępowanie upadłościowe i jego skutki. Co więcej, ustawodawca nie uwzględnił tego postępowania w treści art. 1 p.u.n., który reguluje zakres przedmiotowy ustawy.

Lokalizacja przepisów regulujących postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej budzi pewne wątpliwości. Lepszym rozwiązaniem byłoby ulokowanie tego postępowania w odrębnej części ustawy, poświęconej tylko upadłości konsumenckiej, nie zaś w Części III, regulującej postępowania odrębne. W ten sposób zostałaby wyeksponowana specyfika i charakter tego postępowania oraz jego „odrębność” względem postępowania prowadzonego wobec przedsiębiorców.

4. ETAPY (STRUKTURA) POSTĘPOWANIA UPADŁOŚCIOWEGO PROWADZONEGO WOBEC OSÓB FIZYCZNYCH

Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej zostało uregulowane w Części III, Tytule V, (art. 491¹– 491¹²) ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, przy czym w kwestiach nieunormowanych w tym tytule odpowiednie zastosowanie mają przepisy o postępowaniu upadłościowym obejmującym likwidację majątku upadłego, za wyjątkiem przepisów wymienionych w art. 491² ust. 1 p.u.n. Z kolei przez odesłanie z art. 35 i art. 229 p.u.n. w postępowaniu upadłościowym wobec osób fizycznych odpowiednie zastosowanie znajdują również przepisy Księgi I, Części I kodeksu postępowania cywilnego, z wyjątkiem przepisów o zawieszeniu i wznowieniu postępowania. Zarówno w literaturze, jak i orzecznictwie, ugruntowany jest pogląd, że nakaz odpowiedniego stosowania przepisów oznacza, że niektóre z nich można stosować wprost, bez jakichkolwiek zabiegów dostosowawczych, stosowanie innych wymaga odpowiednich modyfikacji, tj. takich, które uwzględnią istotę i charakter danego postępowania (instytucji), jego funkcje, zasady naczelne, a jeszcze inne w ogóle nie znajdują zastosowania³¹. W postępowaniu upadłościowym wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej nie znajdują zatem zastosowania nie tylko przepisy wymienione w treści art. 491² ust. 1 p.u.n., lecz również

³¹ Por. J. Nowacki, *Odpowiednie stosowanie przepisów prawa*, „Państwo i Prawo” 1964/3, s.; S. Grzybowski, *w: System prawa cywilnego...*, t. I, 1985, s. 114.

te przepisy regulujące postępowanie upadłościowe przedsiębiorców, które pozostają w sprzeczności z istotą, charakterem i funkcjami upadłości konsumenckiej³².

Wobec tak szerokiego zastosowania przez ustawodawcę metody odesłań przy regulacji postępowania upadłościowego wobec osób fizycznych, w literaturze podniesiono, że wprawdzie metoda odesłań jest szeroko stosowana i zgodna z zasadami techniki prawodawczej, to jednak w pewnych wypadkach wprowadza zbyt dużo wątpliwości i stoi w opozycji do postulatu pewności prawa, że bardziej właściwe byłoby w tym wypadku kazuistyczne wyliczenie niż nadmierna syntezytyczność przepisów³³. Należy zgodzić się z powyższymi uwagami zważywszy, że dotychczasowa praktyka odpowiedniego stosowania przepisów w postępowaniu upadłościowym prowadzonym wobec osób fizycznych pokazuje, że sądy upadłościowe nie radzą sobie z tym zabiegiem, czego dowodem są istotne rozbieżności w zakresie stosowania wielu, wydawałoby się jednoznacznych w swojej treści przepisów o podstawowym znaczeniu.

Tytułem przykładu można podać, że w wypadku nie złożenia przez dłużnika wraz z wnioskiem o ogłoszenie upadłości oświadczenia na piśmie co do prawdziwości danych zawartych we wniosku, w połowie sądów wniosek taki jest zwracany bez wezwania do usunięcia tego braku na podstawie odpowiednio stosowanego art. 25 ust. 3 p.u.n., z kolei w pozostałych sądach dłużnik jest wzywany do uzupełnienia tego braku. W tych sądach przyjmuje się, że zwrot wniosku bez wezwania do uzupełnienia braku w powyższym zakresie byłby niezgodny z istotą upadłości konsumenckiej, której jednym z założeń było odformalizowanie i uproszczenie postępowania.

Jeszcze więcej problemów z odpowiednim stosowaniem przepisów mają dłużnicy. Znamienne jest, że 95% wniosków o ogłoszenie upadłości zawiera braki formalne. Wyniki badania w tym zakresie nie powinny jednak nikogo dziwić, można nawet rzec, że były łatwe do przewidzenia jeszcze przed wejściem w życie omawianej regulacji. Zważyć należy, że *de lege lata* konsumenckie postępowanie upadłościowe jest postępowaniem stosunkowo skomplikowanym, a inicjujący je wniosek o ogłoszenie upadłości jest sformalizowanym pismem procesowym, znacznie trudniejszym do sporządzenia niż np. pozew czy wniosek o wszczęcie postępowania nieprocesowego. Warto też przypomnieć, że po wejściu w życie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze przedsiębiorcy, a nawet ich zawodowi pełnomocnicy długo nie radzili sobie z wymogami wniosku o ogłoszenie upadłości, trudno było więc oczekiwać, że lepiej w tym zakresie poradzą sobie osoby fizyczne, „konsumenci”, często osoby w podeszłym wieku, bez wykształcenia, nieporadne. Dodatkowych trudności dostarcza wymóg odpowiedniego stosowania przepisów regulujących wymogi formalne wniosku o ogłoszenie upadłości przedsiębiorcy, tym bardziej, że do kwestii spornych należy nawet charakter, istota konsumenckiego postępowania upadłościowego. Odpowiednie stosowanie przepisów, jak zostało to już wyjaśnione, często wymaga zabiegów dostosowujących, uwzględniających specyfikę danego postępowania, jego charakter, zasady nim

³² Por. S. Gurgul, *Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej* (cz. I), „Monitor Prawniczy” 2009/10, s. 529.

³³ E. Kabza, *Upadłość konsumencka w USA...*, s. 110.

rzządzające i funkcje, które pełni. Założenie, że konsumenci poradzą sobie z odpowiednim stosowaniem przepisów było wadliwe i całkowicie oderwane od realiów praktyki. Nie rezygnując z metody odesłań jako zasady, ustawodawca powinien jednak szereg zagadnień uregulować w sposób wyraźny, kazuistyczny, w szczególności chodzi o te przepisy, które nakładają na wnioskodawcę konkretne obowiązki, np. w zakresie wymogów formalnych wniosku o ogłoszenie upadłości i jego załączników.

Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych, podobnie jak postępowanie upadłościowe prowadzone wobec przedsiębiorców, dzieli się na dwa zasadnicze stadia (etapy), tj. postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości i postępowanie upadłościowe prowadzone po ogłoszeniu upadłości, określane też mianem właściwego postępowania upadłościowego³⁴.

Postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości, jak sama nazwa wskazuje, ma na celu ustalenie, czy można ogłosić upadłość określonego podmiotu. W ramach tego etapu postępowania można wyodrębnić kilka faz, czy też zespołów czynności mających przede wszystkim charakter kontrolny (sprawdzający). Postępowanie wszczynane jest na wniosek, który może złożyć wyłącznie dłużnik (art. 491² ust. 2 p.u.n.). Wierzyciele na tym etapie postępowania nie biorą w nim udziału, nie są też uprawnieni do zaskarżania decyzji sądowych kończących ten etap postępowania (art. 26 ust. 1, art. 54 ust. 1 p.u.n.). Złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości jest prawem (przywilejem) dłużnika, nie zaś – jak w wypadku przedsiębiorców – obowiązkiem, i z tych względów nie jest obwarowane żadnym terminem (art. 491² ust. 1 w zw. z art. 21 p.u.n.). Sąd bada, czy jest właściwy do rozpoznania wniosku (właściwość rzeczowa i miejscowa), czy zostały spełnione wymogi formalne i fiskalne wniosku, ewentualnie wzywa do uzupełnienia dostrzeżonych braków. Jeżeli dłużnik nie ma zdolności procesowej i nie działa za niego przedstawiciel ustawowy, sąd upadłościowy ustanawia dla niego kuratora (art. 26¹ p.u.n.). W wypadku, gdy w sprawie występuje „element obcy” sąd bada również, czy zachodzi jurysdykcja krajowa. W dalszej kolejności sąd bada, czy konkretny podmiot ma legitymację do złożenia wniosku, czy podmiotowi wobec którego ma zostać ogłoszona upadłość przysługuje zdolność upadłościowa oraz czy istnieją podstawy do ogłoszenia upadłości. Na tym etapie postępowania, w wypadkach określonych w art. 36 i n. p.u.n. sąd z urzędu dokonuje zabezpieczenia majątku dłużnika, z kolei na wniosek dłużnika orzeka o zwolnieniu od kosztów sądowych (art. 491² ust. 1 w zw. z art. 32 ust. 1 p.u.n.). W związku z tym, że przepisy wyraźnie rozstrzygają problem sposobu prowadzenia postępowania upadłościowego przewidując wyłącznie upadłość likwidacyjną, w postępowaniu tym nie stosuje się przepisów o wstępnym zgromadzeniu wierzycieli (art. 44–50 w zw. z art. 491² ust. 1 p.u.n.). Postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości osoby fizycznej zawiera szereg odrębności, które zostały uregulowane w przepisach Tytułu V, Części III ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, a ponadto te, które wynikają z nakazu odpowiedniego stosowania przepisów regulujących

³⁴ Szerzej na temat struktury postępowania upadłościowego por. np. O. Buber, *Polskie prawo upadłościowe...*, s. 123; J. Jankowski, *Przebieg postępowania egzekucyjnego, upadłościowego i układowego. Struktura postępowania w ujęciu dynamicznym*, Kraków 1999, s. 245; F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze w zarysie*, Warszawa 2009, s. 37–39.

postępowanie w przedmiocie ogłoszenia upadłości dłużnika będącego przedsiębiorcą³⁵. Ten etap postępowania może zostać zakończony zwrotem wniosku, jego oddaleniem, umorzeniem postępowania albo orzeczeniem o ogłoszeniu upadłości.

Konsumenckie postępowanie upadłościowe po ogłoszeniu upadłości prowadzone jest na podstawie przepisów o postępowaniu upadłościowym obejmującym likwidację majątku upadłego. Ustawodawca za niecelowe uznał stosowanie w tego typu sprawach przepisów o postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu wyjaśniając, że postępowanie to nie odpowiada istocie upadłości konsumenckiej, a do tego powodowałoby negatywne konsekwencje w postaci nadmiernej komplikacji postępowania, co z kolei prowadziłoby do przewlekłości i wzrostu kosztów³⁶. Nie wydaje się jednak, aby rozwiązanie to było trafne, w szczególności sprzeczni budzi teza, że postępowanie upadłościowe z możliwością zawarcia układu pozostaje w sprzeczności z istotą upadłości konsumenckiej. Warto przypomnieć, że możliwość zawarcia układu w konsumenckim postępowaniu upadłościowym przewidywał projekt ustawy – o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze i innych ustaw z 2007 r. Co więcej, jak wynika z uzasadnienia projektu, ogłoszenie upadłości z możliwością zawarcia układu miało być zasadą. Przyjmowano, że możliwość upadłości z likwidacją majątku powinna być ograniczona do sytuacji, w której występuje uzasadniona okolicznościami trwała utrata zdolności dłużnika do spłaty zobowiązań (podeszły wiek, utrata zdolności zarobkowania, poziom zadłużenia wskazujący na nierealność nawet częściowej spłaty w realnie dającym się ustalić okresie czasu)³⁷. Wyłączając możliwość ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu ustawodawca w istocie w sposób znaczny ograniczył zakres podmiotowy upadłości konsumenckiej. Z oddłużenia w ramach procedury upadłościowej nie mogą bowiem skorzystać osoby fizyczne, które wprawdzie nie dysponują majątkiem nadającym się do likwidacji, ale za to mają duże możliwości zarobkowe, a zatem i możliwości spłaty zobowiązań. *De lege lata* można natomiast ogłosić upadłość osoby, która np. ma niewielki majątek, ale całkowicie utraciła zdolność zarobkowania. Takie rozwiązanie nie wydaje się uzasadnione. Dłużnik, który wprawdzie nie dysponuje majątkiem, ale ma możliwość uzyskiwania znacznych dochodów, które gwarantują spłatę zobowiązań również powinien mieć możliwość oddłużenia.

Właściwe postępowanie upadłościowe nie jest postępowaniem jednolitym.

W jego ramach można wyodrębnić następujące zespoły czynności (etapy):

- ustalenie i objęcie majątku masy upadłości;
- likwidacja masy upadłości;
- zgłaszanie i ustalenie wierzytelności;
- podział funduszy masy;
- ustalenie planu spłaty wierzycieli;
- wykonywanie planu spłaty;
- umorzenie niezaspokojonych zobowiązań upadłego i zakończenie postępowania upadłościowego.

³⁵ Na temat odrębności postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej por. np. F. Zedler, *Prawo upadłościowe...*, s. 190–191.

³⁶ Por. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, druk sejmowy nr 831, z 16.07.2008 r. – www.sejm.gov.pl.

³⁷ Por. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze i innych ustaw, druk sejmowy nr 1892, z 25.04.2007 r. – www.sejm.gov.pl.

5. CHARAKTER I FUNKCJE POSTĘPOWANIA UPADŁOŚCIOWEGO PROWADZONEGO WOBEC OSÓB FIZYCZNYCH

Założeniem twórców prawa upadłościowego i naprawczego było, jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, by prawo to spełniało trzy zasadnicze cele (funkcje):

- zaspokojenie wierzycieli niewypłacalnego dłużnika (funkcja windykacyjna),
- niedopuszczenie do dalszych niewypłacalności, które są następstwem niepłacenia zobowiązań przez niewypłacalnego dłużnika (funkcja profilaktyczna),
- kształcenie wśród przedsiębiorców określonych wzorców zachowań, które można określić jako podstawę rzetelnego przedsiębiorcy (funkcja wychowawcza)³⁸.

Tylko w ograniczonym zakresie prawo upadłościowe i naprawcze, pierwotnie adresowane do przedsiębiorców (w ograniczonym zakresie do byłych przedsiębiorców), miało realizować funkcje oddłużeniowe. W tym celu wprowadzono przepisy, które regulują procedurę umarzania niezaspokojonych w postępowaniu upadłościowym zobowiązań upadłego. Możliwość oddłużenia przyznano jednak wyłącznie przedsiębiorcom będącym osobami fizycznymi, którzy popadli w stan niewypłacalności bez własnej winy³⁹.

W rozwoju historycznym prawa upadłościowego (egzekucyjnego) jako pierwsza wykształciła się funkcja windykacyjna. Zanim jednak to nastąpiło myślą przewodnią egzekucji była zemsta, co widoczne jest na przykładzie prawa rzymskiego. Egzekucja pełniła funkcję kary za niedopełnienie obowiązku. Wierzyciel, który we właściwym czasie nie został zaspokojony miał prawo zabić dłużnika lub sprzedać w niewolę (*trans Tiberum*). W okresie późniejszym ostatnie stadium egzekucji często polegało na tym, że dłużnik nie będąc w stanie spłacić wierzyciela godził się odrobić swój dług i aż do umorzenia długu pozostać we władzy wierzyciela⁴⁰. Egzekucja osobista z czasem zaczęła ustępować egzekucji majątkowej. Dopiero jednak w okresie cesarstwa, jak podaje K. Stefko, zasadniczo zmienia się myśl przewodnią egzekucji, bowiem w miejsce dotychczasowych środków przymusu, które zmierzają do zniszczenia osoby i majątku dłużnika, wchodzi środki, których jedynym celem jest najszybsze zaspokojenie wierzycieli⁴¹.

Zaspokojenie wierzycieli niewypłacalnego dłużnika zostało uznane za podstawowy cel prawa upadłościowego z 1934 r.⁴² Takie założenie przyjęli również twórcy prawa upadłościowego i naprawczego z 2003 r. wskazując, że wprowadzenie z istoty niewypłacalności wynika, że wierzyciele nie mogą być zaspokojeni

³⁸ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, Warszawa 29.08.2002 r. – www.sejm.gov.pl.

³⁹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, Warszawa 29.08.2002 r. – www.sejm.gov.pl.

⁴⁰ K. Stefko, *Rzut oka na historyczny rozwój prawa egzekucyjnego...*, s. 461–466; por. też, W. Miklaszewski, *Wykład postępowania cywilnego rzymskiego w zarysie historycznym*, Warszawa 1885, s. 322–326; E. Till, *Zasady materialnego prawa konkursowego...*, s. 3–4.

⁴¹ K. Stefko, *Rzut oka na historyczny rozwój prawa egzekucyjnego...*, s. 472.

⁴² Uzasadnienie projektu prawa upadłościowego w opracowaniu podkomisji postępowania upadłościowego na podstawie referatu prof. M. Allerhanda, Warszawa 1935, s. 12.

w całości, to jednak prawo upadłościowe powinno stwarzać sprzyjające warunki, by w postępowaniu upadłościowym wierzyciele zostali zaspokojeni w jak najwyższym stopniu⁴³.

Funkcja windykacyjna prawa upadłościowego, określana też mianem funkcji ochrony praw wierzycieli⁴⁴, jest bardzo mocno eksponowana w literaturze⁴⁵. Zdaniem A. Jakubeckiego podstawowym celem postępowania upadłościowego jest ochrona wierzycieli niewypłacalnego dłużnika w drodze zapewnienia im zaspokojenia wierzytelności w jak najwyższym stopniu, przy czym cel ten może zostać osiągnięty w dwojaki sposób, albo w drodze podziału funduszy masy upadłości uzyskanych w wyniku jej likwidacji, albo w drodze wykonania układu przyjętego przez wierzycieli w toku postępowania upadłościowego⁴⁶. Podobnie przyjmuje J. Jacyszyn, który wskazuje, że ideą przewodnią postępowania upadłościowego jest ochrona wierzyciela przez zaspokojenie jego roszczeń w jak najwyższym stopniu, a jeśli racjonalne względy na to pozwolą, zachowanie dotychczasowego przedsiębiorstwa. Decydujące znaczenie ma optymalizacja w zaspokojeniu roszczeń wierzycieli i z tego punktu widzenia nie ma znaczenia przyczyna niewypłacalności. Ochrona wierzyciela to cel nadrzędny postępowania upadłościowego, ma ono bowiem służyć interesom wierzycieli, ich chronić i zabezpieczać przed niewypłacalnym dłużnikiem⁴⁷.

Zaspokojenie wierzycieli niewypłacalnego dłużnika jest niewątpliwie jednym z celów postępowania upadłościowego prowadzonego wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej. Cel ten można wywieść przede wszystkim z treści art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. b p.u.n., który stanowi, że „ustawa reguluje zasady wspólnego dochodzenia roszczeń wierzycieli od niewypłacalnych dłużników będących osobami fizycznymi nieprowadzącymi działalności gospodarczej, których niewypłacalność powstała wskutek wyjątkowych i niezależnych od nich okoliczności”. Zważyć też należy, że odpowiednie zastosowanie w tym postępowaniu znajduje art. 2 p.u.n. Nie wydaje się jednak, aby funkcja ochronna w wypadku upadłości konsumenckiej była najważniejsza. Podstawowym celem tego postępowania nie jest zaspokojenie wierzycieli dłużnika będącego osobą fizyczną, ale jego oddłużenie⁴⁸, co zostało przesądzone już na etapie prac nad projektem ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, która wprowadziła instytucję upadłości konsumenckiej do polskiego systemu prawa. W „uwagach ogólnych” uzasadnienia

⁴³ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, Warszawa 29.08.2002 r. – www.sejm.gov.pl.

⁴⁴ Por. J. Brol, *Funkcje postępowania upadłościowego i ich realizacja w świetle praktyki sądowej*, „Przegląd Sądowy” 1994/7–8, s. 27–44; J. Brol, *Prawo upadłościowe w świetle praktyki sądowej*, Warszawa 1995, s. 16–18; J. Brol, *Propozycje do założeń nowego prawa upadłościowego i układowego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2000/6, s. 12–13.

⁴⁵ Por. np. M. Allerhand, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Bielsko-Biała 1991, (według wydania Księgarni F. Hoesicka – Warszawa 1937), s. 11; P. Nazarewicz, *Likwidacja majątku masy upadłości (I)*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1994/7–8, s. 1; P. Janda, *Zaspokojenie roszczeń wierzycieli jako cel postępowania upadłościowego*, „Państwo i Prawo” 2005/10, s. 63; P. Janda, *Sposoby zaspokojenia roszczeń w postępowaniu upadłościowym obejmującym likwidację majątku upadłego*, Kraków 2007, s. 11–24; F. Zedler, *Prawo upadłościowe...*, s. 49; D. Chrapoński, *Wylączenia z masy upadłości*, Warszawa 2010, s. 14–15;

⁴⁶ A. Jakubecki, *Prawo upadłościowe i naprawcze ze skrowidzem*, Kraków 2003, s. II.

⁴⁷ J. Jacyszyn, *Nowe prawo upadłościowe i naprawcze (ogólna charakterystyka)*, w: *Przegląd Prawa i Administracji*, t. LXIV, *Rozprawy z prawa handlowego*, J. Frąckowiak (red.), Wrocław 2004, s. 67–68.

⁴⁸ Tak M. Mrówczyński, *Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych...*, s. 70.

stwierdzono, że „upadłość konsumencka jest procedurą oddłużeniową”. Następnie wskazano, że „postępowanie upadłościowe w sprawach konsumenckich, oprócz oddłużenia upadłego, ma również w pewnym zakresie zaspokoić wierzycieli, dlatego projekt przyjmuje, że postępowanie to będzie prowadzone według przepisów o postępowaniu upadłościowym”. Uzasadnienie projektu ustawy nie ma oczywiście charakteru wiążącego, nie mniej jednak, stanowi ono cenny materiał interpretacyjny, który pozwala na odczytanie *ratio legis* danej regulacji. Należy też wskazać, że prymat funkcji oddłużeniowej nad funkcją ochronną wierzycieli wynika już z istoty upadłości konsumenckiej, która nie została wprowadzona w interesie wierzycieli, ale w interesie dłużników, jako jeden z instrumentów państwa do walki z nadmiernym zadłużeniem gospodarstw domowych. Chodziło o umożliwienie osobom nadmiernie zadłużonym, które swoim dotychczasowym postępowaniem zasłużyły sobie na ten przywilej, nowego startu, a tym samym przeciwdziałanie społecznemu wykluczeniu. Chodziło o to, aby osoby znajdujące się w ciężkiej sytuacji finansowej nie przeniosły swojej aktywności zarobkowej do szarej strefy, ale aby dołożył wszelkich starań mających na celu spłatę zobowiązań zyskując w zamian ich częściowe umorzenie.

Jeżeli chodzi o rozwiązania szczegółowe, które dają wyraz temu, że funkcja oddłużeniowa zyskała przewagę nad funkcją windykacyjną, to należy przede wszystkim zwrócić uwagę na treść art. 491² ust. 2 p.u.n., według którego wniosek o ogłoszenie upadłości może zgłosić tylko dłużnik. Rezygnując z przyznania wierzycielowi legitymacji do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości konsumenckiej ustawodawca bardzo mocno podkreślił, o czyj interes chodzi w tym postępowaniu. Intencją ustawodawcy nie było zatem wprowadzenie instytucji, która ułatwiłaby dochodzenie roszczeń wierzycielom od niewypłacalnych dłużników będących osobami fizycznymi nieprowadzącymi działalności gospodarczej. Takie rozwiązania przewidywał projekt ustawy – o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze i innych ustaw z 25.04.2007 r. Jak wynika z uzasadnienia, projektowana regulacja miała spełniać dwie – jak się wydaje – równorzędne funkcje. Z jednej strony umożliwić rozwiązanie problemu niewypłacalności, z którym samodzielnie dłużnik nie może sobie poradzić, z drugiej strony zapewnić wierzycielom borykającym się z problemem egzekucji od osób fizycznych przeprowadzenie likwidacji w sprawdzonych i wypróbowanych ramach postępowania upadłościowego⁴⁹.

De lege lata wyłącznie dłużnik decyduje o wszczęciu konsumenckiego postępowania upadłościowego, to jego interes, nie zaś interesy wierzycieli, stanowi siłę napędową postępowania. Wierzyciele nie są nawet uczestnikami postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości (art. 26 w zw. z art. 491² ust. 2 p.u.n.) i co istotne, w żaden sposób nie mogą przeciwdziałać ogłoszeniu upadłości. Złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości nie jest obowiązkiem dłużnika, ale prawem. W tym postępowaniu nie ma bowiem zastosowania art. 21 p.u.n. nakładający na dłużnika obowiązek złożenia we właściwym terminie wniosku o ogłoszenie upadłości oraz przewidujący odpowiedzialność dłużnika za szkodę wyrządzoną wskutek niezłożenia wniosku we właściwym terminie.

⁴⁹ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze i innych ustaw, Druk sejmowy z 25.04.2007 r., nr 1892 – www.sejm.gov.pl.

Funkcja oddłużeniowa w konsumenckim postępowaniu upadłościowym zyskała przewagę nad funkcją windykacyjną, co nie oznacza, że ta ostatnia uległa marginalizacji. Ustawodawca, regulując upadłość konsumencką, tak ważył interesy bezpośrednio zainteresowanych podmiotów, tj. dłużnika i wierzycieli, aby z jednej strony przyznać prymat interesom dłużnika, z drugiej zaś nie dopuścić do pokrzywdzenia wierzycieli, którzy ponoszą rzeczywiste koszty oddłużenia. Możliwość zaspokojenia wierzycieli stanowi warunek *sine qua non* wdrożenia procedury oddłużeniowej. Jeżeli majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania i chociażby częściowe zaspokojenie wierzycieli, sąd wniosek oddala (art. 13 p.u.n.).

Twórcy obowiązującego prawa upadłościowego i naprawczego zakładali, że prawo to powinno zapobiegać dalszym upadłościom oraz kształtować prawidłowe postawy przedsiębiorców. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że niepłacenie przez niewypłacalnego dłużnika jego zobowiązań może rodzić niewypłacalność innych podmiotów, że może powstać wtedy, na zasadzie efektu domina, cały łańcuch niewypłacalności. Uznano, że w interesie społecznym leży, by nie dopuszczać do takich ciągów upadłościowych. Z tych względów przyjęto rozwiązania niejako wymuszające na niewypłacalnych przedsiębiorcach podjęcie działań zmierzających do jak najszybszego wszczęcia postępowania upadłościowego, które umożliwiałoby jak najszybsze zaspokojenie wierzycieli z majątku niewypłacalnego dłużnika. Uznano też, że od przedsiębiorcy należy wymagać, by w wypadku, gdy popadł w stan niewypłacalności, podjął wszelkie kroki minimalizujące jej negatywne skutki, przede wszystkim, aby jak najszybciej złożył wniosek o ogłoszenie upadłości, a później lojalnie współpracował z organami wymiaru sprawiedliwości w toku postępowania upadłościowego. Jakikolwiek opóźnienia przy zgłoszeniu wniosku, czy też brak lojalnej współpracy uznano za przejaw braku uczciwości i rzetelności przedsiębiorcy i dlatego wprowadzono rozwiązania, które miały skutecznie zniechęcać go do tej nieuczciwości. W tym celu utrzymano, znaną już polskiemu systemowi prawa, odpowiedzialność cywilną za szkody spowodowane niezłożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie oraz wprowadzono możliwość pozbawienia takiego przedsiębiorcy prawa prowadzenia działalności gospodarczej. Realizacji funkcji wychowawczej miały służyć również przepisy wprowadzające odpowiedzialność karną dla nieuczciwych przedsiębiorców oraz innych osób utrudniających prowadzenie postępowania upadłościowego. W ocenie twórców prawa upadłościowego i naprawczego wszystkie te środki miały tworzyć spójną całość sankcji, których stosowanie miało skutecznie realizować funkcje wychowawcze, w celu kształtowania prawidłowej postawy etycznej wśród przedsiębiorców.

Konsumenckie postępowanie upadłościowe, poza oddłużeniem niewypłacalnego dłużnika i zaspokojeniem jego wierzycieli, podobnie jak postępowanie prowadzone wobec przedsiębiorców, realizuje również funkcję profilaktyczną i wychowawczą. Niewypłacalność dłużnika będącego osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej może rodzić niewypłacalność innych podmiotów, zarówno przedsiębiorców jak i konsumentów. Często też, jak pokazują badania, niewypłacalność osób fizycznych pociąga za sobą niewypłacalność całych wieloosobowych gospodarstw domowych. Bywa tak, że rodzice starając się pomóc dzieciom, które podpadły w stan niewypłacalności (np. z powodu utraty pracy, problemów zdrowotnych), zaciągają zobowiązania przekraczające ich możliwości finansowe, doprowadzając w ten sposób do stanu niewypłacalności. W praktyce nierzadko wnioski

o ogłoszenie upadłości składane są przez dwie, trzy, a nawet więcej osób, które tworzą gospodarstwo domowe. W takiej sytuacji szybkie ogłoszenie upadłości i wszczęcie procedury oddłużeniowej może odnieść pozytywny skutek nie tylko z punktu widzenia interesu konkretnego dłużnika i jego wierzycieli, ale również gospodarstwa domowego, które ten dłużnik współtworzy. Ustawodawca nie zmusza jednak dłużnika będącego osobą fizyczną, tak jak czyni to w wypadku przedsiębiorcy, do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, nie nakłada na niego odpowiednich sankcji w wypadku zaniechania w tym przedmiocie. Można rzec, że w wypadku konsumentów „rezygnuje z kija na rzecz marchewki”. Upadłość konsumencka, która przewiduje możliwość oddłużenia, sama w sobie stanowi swego rodzaju zachętę dla uczciwego dłużnika, który w momencie popadnięcia w stan niewypłacalności nie zaciąga kolejnych zobowiązań działając w ten sposób na niekorzyść wierzycieli, ale podejmuje inicjatywę wyjścia z niekorzystnej sytuacji składając wniosek o ogłoszenie upadłości. Przyjęcie założenia i jego upowszechnienie w świadomości społecznej, że z dobrodziejstwa oddłużenia może skorzystać wyłącznie dłużnik, który w stan niewypłacalności popadł wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności, który nie działał na szkodę wierzycieli chociażby przez zaciąganie kolejnych zobowiązań będąc już w stanie niewypłacalności, ale był w stosunku do nich lojalny, niewątpliwie może przyczynić się do ukształtowania prawidłowych postaw wśród szeroko pojętych konsumentów. Temu celowi sprzyja również uzależnienie możliwości oddłużenia od wykonania przez upadłego obowiązków określonych w planie spłaty wierzycieli. Ustawodawca kierował się w tym wypadku nie tylko interesem wierzycieli, ale również względami wychowawczymi, podkreślając, że z przywileju może skorzystać tylko dłużnik lojalny, uczciwy, który swoją postawą w toku postępowania upadłościowego zasłużył sobie na ten przywilej.

W literaturze trafnie wskazuje się, że ustalenie hierarchii celów (funkcji) postępowania upadłościowego nie ma wyłącznie teoretycznego znaczenia. Funkcje, które ma pełnić dane postępowanie – podobnie jak zasady, na których zostało oparte – decydują o jego istocie, charakterze oraz wytyczają kierunek wykładni poszczególnych przepisów⁵⁰. Z tych względów ustalenie, że podstawowym celem konsumenckiego postępowania upadłościowego jest oddłużenie niewypłacalnego dłużnika, a dopiero w dalszej kolejności zaspokojenie wierzycieli i realizacja innych funkcji, ma istotne znaczenie przede wszystkim dla organów tego postępowania, w szczególności sądu, który decyduje o ogłoszeniu upadłości. Przedmiotowe postępowanie nie może być zatem traktowane jak typowe postępowanie upadłościowe, a wykładnia przepisów powinna przede wszystkim uwzględniać interes niewypłacalnego dłużnika oraz funkcję oddłużeniową, jednocześnie nie tracąc z pola widzenia interesów wierzycieli i funkcji windykacyjnej.

6. PODSTAWY OGŁOSZENIA UPADŁOŚCI KONSUMENCKIEJ

6.1. Uwagi ogólne

Przepisy zamieszczone w Dziale III, Tytule I, Części I ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze traktują o tym, jakie okoliczności muszą zaistnieć, aby sąd ogłosił

⁵⁰ P. Janda, *Sposoby zaspokojenia roszczeń w postępowaniu upadłościowym...*, s. 11.

upadłość, jakie zaś stanowią przeszkodę ogłoszenia upadłości i skutkują oddaleniem wniosku o ogłoszenie upadłości. Okoliczności te tradycyjnie już określa się mianem podstaw ogłoszenia upadłości⁵¹, przy czym *de lege lata* za takim określeniem, podobnie jak na gruncie prawa upadłościowego z 1934 r., przemawia również systematyka ustawy. W doktrynie rozróżnia się pozytywne i negatywne podstawy ogłoszenia upadłości. Te pierwsze muszą zaistnieć, aby sąd mógł ogłosić upadłość, z kolei w wypadku tych drugich, ich zaistnienie czyni ogłoszenie upadłości niemożliwym⁵².

Przepisy regulujące postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej zamieszczone w Tytule V, Części III ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze nie regulują samodzielnie podstaw ogłoszenia upadłości i odsyłają w tym zakresie (art. 491² ust. 1 p.u.n.) do odpowiedniego stosowania przepisów zamieszczonych w Dziale III, Tytule I, Części I ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, które mają zastosowanie w obu rodzajach upadłości. Z uwagi na powyższe uzasadnione jest wyróżnienie ogólnych i szczególnych podstaw upadłości w zależności od tego, czy konkretna podstawa ma zastosowanie w obu rodzajach upadłości, czy też tylko w jednej.

Zasadniczą podstawą ogłoszenia upadłości osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej, podobnie jak w wypadku innych podmiotów wyposażonych w zdolność upadłościową, jest ich niewypłacalność (art. 10 p.u.n.), przy czym ustawodawca dodatkowo wymaga, aby niewypłacalność powstała wskutek wyjątkowych i niezależnych od dłużnika okoliczności (art. 491³ ust. 1 p.u.n.). Inaczej rzecz ujmując, dłużnik, który składa wniosek o ogłoszenie upadłości w pierwszej kolejności powinien wykazać (uprawdopodobnić), że stał się niewypłacalny, a następnie, że niewypłacalność powstała wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności. Jeżeli dłużnik nie jest niewypłacalny, wniosek o ogłoszenie upadłości podlega oddaleniu na podstawie art. 10 i art. 11 w zw. z art. 491² ust. 1 p.u.n. W wypadku zaś, gdy niewypłacalność nie powstała wskutek wyjątkowych i niezależnych od dłużnika okoliczności, wniosek podlega oddaleniu na podstawie art. 491³ ust. 1 p.u.n.

De lege lata można mieć wątpliwości, czy w wypadku upadłości osób fizycznych ustawa przewiduje jedną pozytywną podstawę ogłoszenia upadłości, tj. kwalifikowaną niewypłacalność, czy też mamy w tym wypadku do czynienia z dwoma samoistnymi podstawami upadłości pozostającymi ze sobą w ścisłym związku. Kwestia ta nie ma wprawdzie większego znaczenia praktycznego i nie wymaga w tym miejscu szerszego komentarza, jednak uzasadnione wydaje się rozróżnienie dwóch pozytywnych podstaw ogłoszenia upadłości osób fizycznych:

- niewypłacalność,
- istnienie okoliczności wyjątkowych i niezależnych od dłużnika, które tę niewypłacalność spowodowały.

Redakcja art. 491³ ust. 1 p.u.n. i użycie określenia „w szczególności” sugeruje, że przykładem sytuacji, w której niewypłacalność dłużnika nie powstaje wskutek

⁵¹ Por. O. Buber, *Polskie prawo upadłościowe...*, s. 17–25; B. Kujawski, *Podstawy ogłoszenia upadłości*, Warszawa 1937.

⁵² Por. F. Zedler, *Prawo upadłościowe...*, s. 43; por. A.G. Harla, *Określenie podstaw ogłoszenia upadłości w aspekcie przedmiotowym*, w: *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, M. Modrzejewska (red.), Warszawa 2010, s. 270–271.

wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności jest sytuacja, w której dłużnik zaciąga zobowiązania będąc niewypłacalnym. Wydaje się jednak, że okoliczność ta stanowi samoistną, szczególną, negatywną podstawę ogłoszenia upadłości (art. 491³ ust. 1 p.u.n.). Zaciąganie zobowiązań w stanie niewypłacalności nie ma bowiem i nie może mieć wpływu na powstanie niewypłacalności. Jest to okoliczność o charakterze następczym, która może mieć wpływ wyłącznie na pogłębienie stanu niewypłacalności. Takie zachowanie dłużnika niewątpliwie świadczy jednak o braku uczciwości i lojalności względem wierzycieli i z tego powodu słusznie spotkało się z dezaprobatą ze strony ustawodawcy. W literaturze zwrócono już uwagę na wadliwą redakcję art. 491³ ust. 1 p.u.n.⁵³ oraz wysunięto propozycję odpowiednich zmian redakcyjnych⁵⁴.

Ratio legis przyjętego w art. 491³ ust. 1 p.u.n. rozwiązania wskazuje, że nie chodzi w tym wypadku o zaciąganie jakichkolwiek zobowiązań, ale tylko takich, które w sensie ekonomicznym są nieopłacalne, niekorzystne, powodują pogorszenie sytuacji dłużnika, w konsekwencji również jego wierzycieli. Tytułem przykładu można wskazać, że brak jest podstaw do oddalenia wniosku w sytuacji, gdy dłużnik mając przeterminowane zobowiązanie wynikające z zadłużenia na karcie kredytowej (wysoko oprocentowane) zaciągnął nowe zobowiązanie (znacznie niżej oprocentowane) i przeznaczył je w całości na spłatę zobowiązania z karty kredytowej, co niewątpliwie było działaniem uzasadnionym ekonomicznie⁵⁵. Wydaje się, że brak jest również podstawy do oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości w wypadku, gdy dłużnik, który dysponuje określonym majątkiem, z którego mogą zaspokoić się wierzyciele, będąc niewypłacalny, zaciąga nowe zobowiązanie w celu zgromadzenia stosownych środków pieniężnych z przeznaczeniem na koszty postępowania upadłościowego. Bez znaczenia jest natomiast to (oczywiście w granicach rozsądku), na jaką kwotę opiewa nowe zobowiązanie⁵⁶.

Do negatywnych podstaw ogłoszenia upadłości osoby fizycznej, należy dodatkowo zaliczyć:

- stan majątku dłużnika, który nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania – art. 13 ust. 1 i 2 p.u.n.;
- okoliczności wymienione w art. 491³ ust. 2 p.u.n.

Wyniki przeprowadzonego badania wskazują, że w praktyce sądowej kluczowa była ocena wyjątkowych i niezależnych od dłużnika okoliczności, które skutkowały powstaniem niewypłacalności oraz ocena stanu majątku dłużnika pod kątem jego wystarczalności na zaspokojenie kosztów postępowania. W większości wypadków wymienione wyżej podstawy decydowały o oddaleniu wniosku o ogłoszenie upadłości. Ze względu na ich praktyczną doniosłość te dwie podstawy zostały szerzej omówione w dalszej części niniejszego opracowania.

6.2. Niewypłacalność dłużnika

Według art. 10 p.u.n. „upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny”, zgodnie zaś z art. 11 ust. 1 p.u.n. „dłużnika uważa się

⁵³ W. Głodowski, A. Hrycaj, *Zakres podmiotowy...*, s. 79.

⁵⁴ W. Głodowski, A. Hrycaj, *Zakres podmiotowy...*, s. 79.

⁵⁵ Por. C. Zalewski, *Nowelizacja...*, s. 4.

⁵⁶ Por. C. Zalewski, *Nowelizacja...*, s. 4.

za niewypłacalnego, jeżeli nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych”. Odpowiednie stosowanie przytoczonych przepisów w postępowaniu upadłościowym wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej nie wymaga żadnych modyfikacji i zabiegów dostosowawczych. Z samej istoty upadłości wynika, że może ona zostać ogłoszona tylko wobec osoby niewypłacalnej. Tylko przy takim założeniu mogą zostać zrealizowane zasadnicze cele upadłości, zarówno przedsiębiorców, jak i osób fizycznych. Jeżeli zaś chodzi o niewykonywanie wymagalnych zobowiązań pieniężnych, to w wypadku osób fizycznych, tego rodzaju zobowiązania są regułą i najczęściej wiążą się z coraz szerszym udziałem osób fizycznych w rynku usług finansowych.

Niewykonywanie zobowiązań pieniężnych może dotyczyć zarówno zobowiązań prywatnoprawnych, jak i publicznoprawnych (*lege non distinguente*), nie ma przy tym znaczenia to, w jakim rozmiarze dłużnik nie wykonuje swoich zobowiązań, czy dotyczy to wszystkich zobowiązań, czy tylko niektórych. Istotne jest natomiast, aby zobowiązania były wymagalne⁵⁷.

W upadłości konsumenckiej nie ma zastosowania art. 11 ust. 2 p.u.n., według którego „dłużnika będącego osobą prawną, albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, uważa się za niewypłacalnego także wtedy, gdy jego zobowiązania przekroczą wartość jego majątku, nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje”. **Po pierwsze**, z wyraźnego brzmienia przytoczonego przepisu wynika, że reguluje on podstawę niewypłacalności dłużnika będącego osobą prawną, albo jednostką organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, nie zaś dłużnika będącego osobą fizyczną, przy czym nie ma w tym wypadku znaczenia, czy dłużnik jest, czy też nie jest przedsiębiorcą. **Po drugie**, jeżeli chodzi o osoby fizyczne, to stosunkowo często jest tak, że konkretna osoba ma stosunkowo niewielki majątek oraz stałe dochody, które pozwalają na zaciąganie określonych zobowiązań. W takiej sytuacji dłużnika należałoby uznać za niewypłacalnego nawet wówczas, gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje, zaś stan niewypłacalności powstałby już w momencie zaciągnięcia zobowiązania. Z istoty i celów upadłości konsumenckiej wynika, że nie o taki stan niewypłacalności chodzi.

W upadłości konsumenckiej nie znajdzie zastosowania również art. 12 ust. 1 p.u.n., według którego „sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli opóźnienie w wykonaniu zobowiązań nie przekracza trzech miesięcy, a suma niewykonanych zobowiązań nie przekracza 10% wartości bilansowej przedsiębiorstwa dłużnika”⁵⁸. Trafnie wskazuje się w literaturze, że celem tego przepisu jest ochrona dłużnika w sytuacji, kiedy niewykonywanie przez niego zobowiązań ma charakter przejściowy i krótkotrwały⁵⁹. Przepis ten stanowi swoisty „wentyl bezpieczeństwa”, łagodzi określoną w sposób rygorystyczny podstawę upadłości

⁵⁷ Szerzej por. np. J.S. Petraniuk, *Upadłość i jej podstawy w prawie upadłościowym i naprawczym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003/12, s. 17–23; M. Pannert, *Niewypłacalność jako przesłanka ogłoszenia upadłości*, „Monitor Prawniczy” 2004/16, s. 733–738; F. Zedler w: A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe...*, s. 45–48; R. Adamus w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, A. Witosz (red.), Warszawa 2010, s. 64–70; S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, s. 55–59.

⁵⁸ Tak K. Michalak, *Ogłoszenie upadłości osób fizycznych...*, s. 83–84.

⁵⁹ D. Zienkiewicz w: *Prawo upadłościowe i naprawcze...*, s. 42.

z art. 11 p.u.n.⁶⁰, wychodzi naprzeciw potrzebom obrotu gospodarczego uwzględniając obowiązujące realia w zakresie praktyki regulowania zobowiązań. Należy bowiem zważyć, że niewykonanie zobowiązania nie zawsze musi być powodem trudności finansowych, taka sytuacja może zaistnieć nawet w wypadku ich braku. Ochrony, którą zapewnia art. 12 p.u.n. nie wymaga „konsument”, który przecież sam decyduje o tym, czy złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości. Nie można też zgodzić się z poglądem, że złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości może prowadzić do nadużycia „instytucji upadłości konsumenckiej”⁶¹. Samo to, że dłużnik dysponuje majątkiem, który w przypadku egzekucji singularnej wystarczyłby do zaspokojenia dochodzonych wierzytelności nie ma żadnego znaczenia. Trafnie wskazuje się, że upadłość konsumencka stanowi przywilej dla dłużnika, zatem tylko dłużnik powinien decydować o tym, czy z tego przywileju skorzystać w wypadku zaistnienia ustawowych podstaw.

6.3. Wyjątkowe i niezależne od dłużnika okoliczności

Wyrażenie „wskutek wyjątkowych i niezależnych okoliczności” przejęte zostało z art. 1 prawa o postępowaniu układowym z 1934 r.⁶², według którego „kupiec, który wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności zaprzestał płacenia długów lub przewiduje w najbliższej przyszłości zaprzestanie ich płacenia, może żądać otwarcia postępowania celem zawarcia układu z wierzycielami”.

W literaturze, w okresie obowiązywania art. 1 prawa o postępowaniu układowym, przyjmowano, że zaprzestanie płacenia długów musi być spowodowane przyczynami nieleżącymi w przedsiębiorstwie dłużnika jako takim, ale zdarzeniami leżącymi na zewnątrz przedsiębiorstwa i niezależnymi od niego. Za takie okoliczności uznawano np. ogólne pogorszenie się sytuacji gospodarczej kraju, utratę rynków zbytu, załamanie się polityki kredytowej, dewaluację pieniądza. Ponadto do okoliczności wyjątkowych i niezależnych zaliczano zdarzenia indywidualne, odnoszące się do danego przedsiębiorstwa i niezawinione przez kupca jak np. nieurodzaj, pożar przedsiębiorstwa, nieprzewidywaną niewypłacalność jego kontrahentów.

Jednocześnie wskazywano, że nie zachodzą wymogi ustawowe otwarcia postępowania układowego, gdy niewypłacalność jest wynikiem rozmyślnego, a nawet lekkomyślnego działania samego kupca w jego przedsiębiorstwie, albo też takich czynów, które noszą znamiona czynu karygodnego⁶³.

De lege lata, w literaturze wyrażono pogląd, z którym co do zasady można się zgodzić, że nie ma żadnych przeszkód, aby podobne znaczenie nadać temu sformułowaniu na gruncie art. 1 ust. 1 oraz art. 491³ ust. 1 p.u.n.⁶⁴.

Zdaniem K. Michalak „okoliczności wyjątkowe” to wszystkie te zdarzenia i stosunki, których powstania dłużnik w normalnym stanie rzeczy nie mógł i nie

⁶⁰ Por. R. Adamus w: *Prawo upadłościowe i naprawcze...*, s. 72.

⁶¹ Por. S. Gurgul, *Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych...*, s. 531–532.

⁶² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 24.10.1934 r. – Prawo o postępowaniu układowym (Dz. U. RP Nr 93, poz. 836).

⁶³ Por. W. Gawlas, W. Jonsik, *Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym z komentarzem*, Poznań (brak daty wydania), s. 253; K. Wellisch, *Polskie prawo o postępowaniu układowym*, „Polski Proces Cywilny” 1934/21–22, s. 663.

⁶⁴ S. Gurgul, *Postępowanie upadłościowe wobec osób fizycznych...*, s. 532.

powinien brać pod uwagę, zaś „okoliczności niezależne od dłużnika” to wszystkie te okoliczności, których dłużnik nie spowodował rozmyślnie, albo wskutek niedbalstwa lub lekkomyślności. Autorka wskazuje, że szczególny charakter konsumenckiego postępowania upadłościowego obliguje sąd do rozpatrywania każdego wniosku indywidualnie i badania wyjątkowych i niezależnych okoliczności konkretnie w każdej sytuacji. Jej zdaniem sąd powinien mieć na względzie wiek, doświadczenie i wykształcenie dłużnika, bowiem ta sama okoliczność może być dla osoby dysponującej wiedzą i profesjonalnym przygotowaniem zjawiskiem zwyczajnym, natomiast dla nieporadnego i łatwowiernego dłużnika okoliczność taka może nosić znamiona wyjątkowości⁶⁵.

A. Witosz przyjmuje natomiast, że „wyjątkowość” musi być spowodowana obiektywnymi okolicznościami, nie tylko w zakresie stosunków gospodarczych, lecz także w stosunku do dłużnika (np. choroba, niepełnosprawność). W zakresie okoliczności gospodarczych autor wymienia takie okoliczności, jak:

- dekonstrukcja na rynku pracy,
- zmiana kursu walut,
- utrata majątku (lub jego części) wskutek kradzieży,
- zdarzenia losowe (np. pożar, zniszczenie wywołane zalaniem).

Jeżeli natomiast chodzi o okoliczności niezależne od dłużnika, to autor przyjmuje, że ważny jest w tym wypadku nie tylko brak elementu winy, lecz w pewnych sytuacjach brak elementu wiedzy o zaistniałych okolicznościach, do których posiadania nie był on zobowiązany⁶⁶.

Należy zgodzić się z poglądem, że „wyjątkowe okoliczności” to wszystkie te zdarzenia i stosunki, których powstania dłużnik w normalnym toku rzeczy nie mógł lub nie powinien brać pod uwagę. „Wyjątkowość” jest uzależniona od okoliczności danego wypadku. Konkretnie okoliczności nie są wyjątkowe *per se*, ale stają się wyjątkowe w realiach konkretnej sprawy, w danym miejscu i czasie. „Wyjątkowość” okoliczności polega na tym, że stanowią one dla dłużnika i jego otoczenia, swego rodzaju zaskoczenie. Dłużnik nie przewidywał ich wystąpienia, a nawet nie mógł ich przewidzieć. Nie brał pod uwagę tych okoliczności przy podejmowaniu określonych decyzji rodzących konsekwencje finansowe, majątkowe i nie można dłużnikowi postawić z tego tytułu zarzutu. „Wyjątkowość” nie odnosi się do częstotliwości występowania danych okoliczności w przyrodzie, ale raczej stopnia prawdopodobieństwa ich wystąpienia w danym wypadku. Tytułem przykładu można wskazać, że w zależności od konkretnej sprawy okolicznością wyjątkową może być śmierć osoby bliskiej, z którą dłużnik wspólnie prowadził gospodarstwo domowe. Śmierć nie jest okolicznością wyjątkową *per se* (wcześniej, czy później dotyka każdego człowieka), można rzec, iż jest to okoliczność nieuchronna, występująca powszechnie. Jeżeli jednak śmierć dotyczy osoby w młodym wieku, cieszącej się dobrym zdrowiem, będącej w doskonałej kondycji psycho-fizycznej, to może zostać uznana za okoliczność wyjątkową. Jeżeli natomiast śmierć dotyczy osoby w podeszłym wieku, przewlekłe chorej, której stan zdrowia ulegał

⁶⁵ K. Michalak, *Ogłoszenie upadłości osób fizycznych...*, s. 86.

⁶⁶ A. Witosz w: R. Adamus, A.J. Witosz, A. Witosz, *Upadłość konsumencka...*, s. 62–63.

stałemu pogorszeniu, zaś prawdopodobieństwo jego poprawienia było niewielkie, to trudno w takich okolicznościach śmierć osoby bliskiej uznać za okoliczność wyjątkową. Okolicznością wyjątkową *per se* nie jest też utrata pracy. Trudno jednak zarzucić dłużnikowi, że nie brał tej okoliczności pod uwagę, jeżeli np. zatrudniony był na podstawie umowy o pracę na czas nieokreślony, miał bardzo dobrą opinię u przełożonych, zaś zakład pracy dłużnika w dacie, w której zaciągał on zobowiązania, doskonale prosperował, nie miał żadnych trudności finansowych. Inaczej należałoby ocenić sytuację, gdyby dłużnik zaciągał zobowiązania wiedząc o trudnościach finansowych zakładu pracy, mającej nastąpić restrukturyzacji zatrudnienia, czy też jego likwidacji.

Trafnie też wskazuje się, że „okoliczności niezależne od dłużnika”, to wszystkie te okoliczności, których dłużnik nie spowodował rozmyślnie, albo wskutek niedbalstwa lub lekkomyślności. Chodzi o to, że w konkretnych okolicznościach nie można dłużnikowi postawić zarzutu, że nie dysponował określoną wiedzą, czy też, że nie przetworzył jej w określony sposób. Ocena taka może zostać dokonana z uwzględnieniem całości okoliczności danej sprawy również tych, które mają charakter podmiotowy, dotyczą bezpośrednio osoby dłużnika. Sąd dokonując przedmiotowej oceny powinien wziąć pod uwagę wykształcony w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wzorzec „ostrożnego i rozsądnego konsumenta”, który na podstawie uzyskanych informacji dokonuje właściwych wyborów, jest podmiotem świadomym, krytycznym i aktywnym, zdolnym do przetwarzania niezbędnych informacji. W ocenie tej należy jednak uwzględnić również kategorię tzw. *vulnerable consumer*, np. osoby o niskim poziomie wykształcenia, w podeszłym wieku, które mimo prawidłowego informowania nie są w stanie tej wiedzy przetworzyć i wykorzystać, zatem wymagają szczególnej ochrony⁶⁷.

Niewypłacalność musi zostać spowodowana przez okoliczności wyjątkowe i niezależne od dłużnika. Konieczne jest zatem istnienie związku przyczynowo-skutkowego, nie zaś samo wystąpienie tych okoliczności w konkretnej sprawie. Związek taki wystąpi np. w sytuacji, gdy osoba fizyczna mająca stałe dochody (umowa o pracę na czas nieokreślony) na stosunkowo wysokim poziomie i realne perspektywy osiągania wyższych dochodów zaciąga szereg zobowiązań finansowych nieprzekraczających jednak jej możliwości zarobkowych, a następnie ulega ciężkiemu wypadkowi, przy założeniu, że ma on charakter okoliczności „wyjątkowej i niezależnej”, w wyniku którego staje się osobą trwale niezdolną do wykonywania jakiejkolwiek pracy zarobkowej i utrzymuje się wyłącznie ze świadczeń z ubezpieczeń społecznych, których wysokość nie pozwala na spłatę zobowiązań. Inaczej natomiast należy ocenić sytuację, gdy osoba, która uległa tego typu wypadkowi już po wystąpieniu tego zdarzenia zaciąga zobowiązania finansowe, których ze względu na brak możliwości zarobkowania nie będzie mogła spłacić. Nie powinno mieć przy tym znaczenia, czy pozyskiwane środki przeznaczone są na bieżące utrzymanie, koszty leczenia niezbędnego do ratowania zdrowia lub życia, czy też na inne cele. W tym drugim wypadku niewypłacalność nie została spowodowana przez okoliczności wyjątkowe i niezależne, ale świadome zachowanie

⁶⁷ W. Szpringer, *Kredyt konsumentki i upadłość konsumentki...*, s. 38.

dłużnika, który zaciągając zobowiązania co najmniej godził się z faktem pokrzywdzenia wierzycieli.

Na podstawie art. 491³ ust. 1 p.u.n. sąd oddala wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli do rozwiązania stosunku pracy dłużnika doszło z przyczyn leżących po stronie pracownika lub z jego winy. W literaturze zwrócono uwagę na wątpliwości, które mogą się pojawić w wypadku stosowania tego przepisu, w zakresie rozumienia sformułowania „przyczyny leżące po stronie pracownika”⁶⁸. Wydaje się jednak, wbrew zgłoszonym zastrzeżeniom, że przepis ten nie budzi wątpliwości. „Przyczynom leżącym po stronie pracownika” można przeciwstawić przyczyny leżące po stronie pracodawcy oraz przyczyny o charakterze obiektywnym, które nie mają związku ani z osobą pracownika, ani nie leżą po stronie pracodawcy. Przyczyny leżące po stronie pracownika mogą być zależne lub niezależne od jego woli, zawinione lub niezawinione, zaś te ostatnie mogą stanowić okoliczności wyjątkowe (pozostawać w związku z tymi okolicznościami), które jednocześnie stanowią podstawę ogłoszenia upadłości. Wykładnia przepisu powinna zmierzać do usunięcia ewentualnych sprzeczności w jego treści, które w istocie są sprzecznościami pozornymi. W świetle art. 491³ ust. 1 p.u.n. wydaje się oczywiste, że w wypadku, gdy do rozwiązania stosunku pracy doszło z przyczyn leżących po stronie pracownika (dłużnika), które jednocześnie można zakwalifikować jako wyjątkowe i niezależne od niego okoliczności, to sąd w takiej sytuacji nie oddali na tej podstawie wniosku o ogłoszenie upadłości.

6.4. Majątek niewystarczający na zaspokojenie kosztów postępowania

Według art. 13 ust. 1 p.u.n. „sąd oddali wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania”. Zgodnie zaś z ust. 2 art. 13 p.u.n. „sąd może oddalić wniosek o ogłoszenie upadłości w razie stwierdzenia, że majątek dłużnika jest obciążony hipoteką, zastawem, zastawem rejestrowym, zastawem skarbowym lub hipoteką morską w takim stopniu, że pozostały jego majątek nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania”. Sens tej regulacji nie budzi wątpliwości. Chodzi o to, że w sytuacji, gdy majątek dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania oczywiste jest, że w wypadku ogłoszenia upadłości wierzyciele nie zostaną zaspokojeni nawet w najmniejszym stopniu. Z kolei brak możliwości zaspokojenia wierzycieli – realizacji podstawowego celu (funkcji) prawa upadłościowego – przesądza o niecelowości inicjowania postępowania. Trafnie wskazuje się w literaturze, że „sąd upadłościowy nie jest grabarzem martwych gospodarczo podmiotów”, że upadłość nie jest celem samym w sobie, że postępowanie to prowadzi się wtedy, gdy jest szansa na ochronę interesów wierzycieli⁶⁹.

W literaturze został wyrażony również pogląd, że jeżeli majątek dłużnika wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania, to nie stanowi podstawy do oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości okoliczność, że po pokryciu kosztów nie

⁶⁸ Por. A.J. Witosz w: R. Adamus, A.J. Witosz, A. Witosz, *Upadłość konsumencka...*, s. 63–66; W. Głodowski, A. Hrycaj, *Zakres podmiotowy...*, s. 79–80.

⁶⁹ R. Adamus w: *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, A. Witosz (red.), Warszawa 2010, s. 77.

zostanie przypuszczalnie nic z tego majątku dla wierzycieli⁷⁰. Pogląd ten znajduje uzasadnienie w art. 13 ust. 1 p.u.n., którego sens, w świetle dyrektyw wykładni językowej, jest jasny i nie budzi wątpliwości. Zważyć jednak należy, że wykładnia operatywna tego przepisu dokonywana przez sądy powszechne odbiega od rezultatów wykładni językowej na rzecz wykładni systemowej i funkcjonalnej. Powszechnie przyjmuje się, że nie powinno się ogłaszać upadłości, gdy nie istnieją widoki choćby częściowego zaspokojenia wierzycieli, że nie można wszcząć i prowadzić postępowania upadłościowego w sytuacji, gdy nie mogą zostać zrealizowane jego cele. Sądy na podstawie art. 13 ust. 1 p.u.n. oddalają wniosek o ogłoszenie upadłości zarówno wtedy, gdy majątek niewypłacalnego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania, jak również wtedy, gdy wprowadzie majątek ten wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania, jednak brak jest widoków na choćby częściowe zaspokojenie wierzycieli. Wydaje się jednak, że względy racjonalne nie mogą usprawiedliwiać wykładni rozszerzającej art. 13 ust. 1 p.u.n., która niewątpliwie ma w tym wypadku charakter prawotwórczy. W istocie w praktyce sądowej wykształciła się pozaustawowa, negatywna podstawa ogłoszenia upadłości w postaci braku majątku na chociażby częściowe zaspokojenie wierzycieli. Wydaje się, że konieczne są w tym wypadku zmiany legislacyjne, które usankcjonowałyby dotychczasową praktykę.

W konsumenckim postępowaniu upadłościowym hierarchia celów i wartości została określona w sposób odmienny niż ma to miejsce w postępowaniu z udziałem niewypłacalnego dłużnika będącego przedsiębiorcą. Konsumenckie postępowanie upadłościowe ma na celu przede wszystkim oddłużenie niewypłacalnego dłużnika, którego interes zyskał przewagę nad interesami wierzycieli i który stanowi siłę napędową tego postępowania. Jednak cel ten może zostać zrealizowany wyłącznie w wypadku, gdy wierzyciele zostaną w jakimś stopniu zaspokojeni. Ustawodawca przyjął bowiem, że oddłużenie nie może nastąpić z pokrzywdzeniem wierzycieli, których dłużnik powinien zaspokoić w maksymalnym stopniu. Zaspokojenie to przebiega dwuetapowo. Etap pierwszy wiąże się z likwidacją masy upadłości i podziałem funduszy masy, etap drugi z wykonaniem planu spłat.

Stosowany odpowiednio art. 13 ust. 1 p.u.n. stanowi zatem podstawę oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej w wypadku, gdy majątek dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania. Jednocześnie należy wskazać, mając na względzie hierarchię celów i interesów, które realizowane są w konsumenckim postępowaniu upadłościowym, że istotnemu osłabieniu uległy argumenty celowościowe przemawiające na rzecz rozszerzającej wykładni art. 13 ust. 1 p.u.n. Wydaje się, że interes wierzycieli nie może przemawiać za oddaleniem wniosku o ogłoszenie upadłości w przypadku, gdy dłużnik dysponuje majątkiem na zaspokojenie kosztów postępowania, przy czym majątek ten jest niewystarczający na zaspokojenie wierzycieli nawet w najmniejszym stopniu. Artykuł 13 ust. 1 p.u.n. nie powinien być stosowany tak rygorystycznie jak ma to miejsce w postępowaniu upadłościowym

⁷⁰ Por. J. Korzonek, *Prawo upadłościowe i Prawo o postępowaniu układowym. Komentarz*, t. I, Bydgoszcz 1992, s. 35.

prowadzonym wobec przedsiębiorcy. Zważyć należy, że ogłoszenie upadłości i oddłużenie osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej zostało uzależnione przede wszystkim od wystąpienia okoliczności niezależnych i wyjątkowych, które w konkretnym przypadku mogą przemawiać za bardziej „liberalnym” podejściem do art. 13 ust. 1 p.u.n.

W konsumenckim postępowaniu upadłościowym nie znajdzie natomiast zastosowania art. 13 ust. 3 p.u.n., trafnie bowiem podnosi się w literaturze, że postępowanie to przeznaczone jest wyłącznie dla dłużników, którym nie można postawić zarzutu, że działali na szkodę wierzycieli⁷¹.

W praktyce istotne znaczenie ma prawidłowe oszacowanie majątku dłużnika oraz kosztów postępowania w konkretnej sprawie. Ewentualny błąd sądu może skutkować poważnymi konsekwencjami w postaci oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Koszty nie powinny być szacowane według przyjętego z góry szablону, ale z uwzględnieniem realiów konkretnej sprawy.

Majątek dłużnika może obejmować np. własność ruchomości i nieruchomości, inne prawa rzeczowe do nieruchomości i ruchomości, wierzytelności, środki pieniężne, prawa z papierów wartościowych, majątkowe prawa autorskie. Stanowiące własność dłużnika ruchomości i nieruchomości powinny mieć określoną, realną wartość i nadawać się do spieniężenia. Powszechnie bowiem przyjmuje się, że majątek nie wystarcza na pokrycie kosztów postępowania nie tylko wtedy, gdy dłużnik nie ma dostatecznych funduszy, lecz także wtedy, gdy wprawdzie posiada pewne przedmioty, ale nie można ich spieniężyć, ewentualnie spieniężenie ich powoduje nadzwyczajne trudności⁷². Podobnie, w przypadku, gdy w skład majątku dłużnika wchodzi wierzytelności przysługujące mu w stosunku do osób trzecich, nie można pomijać treści wierzytelności i okoliczności związanych z ich ściągalnością lub zbywalnością⁷³.

Dokonując oceny wartości majątku dłużnika pod kątem jego „wystarczalności” na pokrycie kosztów postępowania należy też zważyć, że nie cały majątek dłużnika wchodzi do masy upadłości, z której finansowane są koszty postępowania. Do masy upadłości nie wchodzi w szczególności mienie, które jest wyłączone od egzekucji według przepisów kodeksu postępowania cywilnego (art. 63 p.u.n.). Wyniki badania pokazują, że w przypadku osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej regułą jest, że ich jedyny majątek stanowią rzeczy ruchome, które nie przedstawiają w zasadzie żadnej wartości (np. dwudziestoletni samochód osobowy, stary rower), albo są trudne do spieniężenia, oraz przedmioty urządzenia domowego, rzeczy osobiste (np. pościel, bielizna).

Na koszty postępowania upadłościowego składają się opłaty sądowe oraz wydatki niezbędne do osiągnięcia celu postępowania, przykładowo wymienione w art. 230 ust. 2 p.u.n., przy czym jeżeli chodzi o koszty postępowania prowadzonego wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej należy uwzględnić różnice wynikające z odrębnego uregulowania tego postępowania. W skład kosztów nie będą wchodziły np. wydatki związane ze zwoławaniem

⁷¹ Por. W. Głodowski, A. Hrycaj, *Zakres podmiotowy...*, s. 81.

⁷² Por. M. Allerhand, *Prawo upadłościowe. Komentarz*, Bielsko-Biała 1991, s. 65.

⁷³ Por. A. Jakubecki, *Glosa do postanowienia SN z 1.04.2003 r. (II CK 484/02)*, OSP 2004/3, poz. 38.

zgromadzenia wierzycieli (art. 491² ust. 1 w zw. z art. 44–50 p.u.n.). Kolejna różnica dotyczy kosztów obwieszczenia postanowienia o ogłoszeniu upadłości. W wypadku upadłości konsumenckiej obwieszczenia dokonuje się przez ogłoszenie w budynku sądowym oraz zamieszczenie w co najmniej jednym dzienniku o zasięgu krajowym, zaś w wypadku upadłości przedsiębiorcy przez obwieszczenie w Monitorze Sądowym i Gospodarczym oraz opublikowanie w dzienniku o zasięgu lokalnym (art. 53 ust. 1, art. 491² ust. 3 p.u.n.). Nie bez znaczenia z punktu widzenia kosztów postępowania może być zgoda sędziego-komisarza, aby likwidację masy upadłości prowadził upadły pod nadzorem syndyka. W takim wypadku koszty związane z udziałem syndyka w postępowaniu upadłościowym powinny ulec istotnemu obniżeniu (art. 491² ust. 5 p.u.n.).

6.5. Podstawy ogłoszenia upadłości w praktyce sądów powszechnych

Na 957 badanych spraw wniosek o ogłoszenie upadłości oddalono w 432, przy czym z reguły przyczyną był brak jednej z pozytywnych podstaw ogłoszenia upadłości lub wystąpienie podstawy (podstaw) negatywnej.

Zdecydowana większość wniosków została oddalona na podstawie art. 13 ust. 1 p.u.n., w myśl którego „sąd oddali wniosek o ogłoszenie upadłości, jeżeli majątek niewypłacanego dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania”. Tylko w 4 przypadkach majątek dłużnika obciążony był hipoteką i sąd oddalił wniosek na podstawie art. 13 ust. 2 p.u.n. przyjmując, że pozostały majątek dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania. Artykuł 13 ust. 1 p.u.n. w 334 sprawach wskazywany był jako podstawa rozstrzygnięcia, przy czym w 181 sprawach przepis ten stanowił wyłączną podstawę oddalenia wniosku. W niektórych sądach w przypadku ustalenia, że majątek dłużnika nie wystarcza na pokrycie kosztów postępowania rezygnowano z badania pozostałych podstaw ogłoszenia upadłości, w innych natomiast sądy dokonywały oceny również pozostałych podstaw ogłoszenia upadłości (pozytywnych i negatywnych). Warto wskazać, że w 18 sprawach, w których wniosek został oddalony na podstawie art. 13 ust. 1 p.u.n. jednocześnie przyjęto, że wystąpiły wyjątkowe i niezależne okoliczności, które stanowiły przyczynę niewypłacalności. Sądy w sposób zróżnicowany szacowały wysokość niezbędnych kosztów postępowania, od kwoty 3000 zł do 22.000 zł, a nawet kilkudziesięciu tysięcy złotych. Na uwagę zasługuje również fakt, że w niektórych sprawach, w których ogłoszono upadłość, dłużnicy nie dysponowali w zasadzie żadnym majątkiem na pokrycie kosztów postępowania.

Tabela 2

Sposób załatwienia sprawy

Liczba badanych spraw	Zwrócono wniosek	Odrzucono wniosek	Zawieszono postępowanie	Umorzono postępowanie	Oddalono wniosek	Uwzględniono
957	489	7	1	28	432	16
100%	51,09%	0,73%	0,10%	2,92%	45,14%	1,67%

Tabela 3

Podstawa (podstawy) prawna oddalenia wniosku wskazana przez sąd

Podstawa prawna	Liczba spraw
art. 13 p.u.n. (majątek niewystarczający na zaspokojenie kosztów postępowania)	334
art. 13 p.u.n. – wyłączna podstawa	181
art. 1 ust. 1 p.u.n. (tylko jeden wierzyciel)	18
art. 491 ³ p.u.n. (brak okoliczności wyjątkowych i niezależnych)	128
art. 491 ³ p.u.n. (dłużnik zaciągał zobowiązania będąc niewypłacalnym)	62
brak legitymacji	2
brak zdolności upadłościowej	3
art. 11 ust. 1 p.u.n. (brak niewypłacalności)	1
brak uzasadnienia	51

6.5.1. Niewypłacalność dłużnika

W zdecydowanej większości spraw istnienie niewypłacalności dłużnika nie budziło żadnych wątpliwości. Już wstępna analiza wniosku o ogłoszenie upadłości i dołączonych do niego dokumentów pozwalała na przyjęcie, że dłużnik jest niewypłacalny. W praktyce sądów nie wystąpiły żadne rozbieżności, których źródłem byłyby niewłaściwa wykładnia lub błędne stosowanie art. 10 i art. 11 p.u.n.

Tylko w jednym wypadku sąd oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 11 ust. 1 w zw. z art. 491² ust. 2 p.u.n. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Elblągu (V GU 25/09) wnioskodawca wniósł o ogłoszenie upadłości argumentując, że „z powodu upadłości wnoszę o umorzenie w całości długu. Jestem całkowicie niezdolny do pracy. Żyje w nędzy i do końca swojej egzystencji biologicznej nie spłaciłbym tego długu wierzycielowi (...)”. Sąd rejonowy oddalił wniosek wskazując w uzasadnieniu, że dłużnik na bieżąco wykonuje swoje zobowiązanie i z tego powodu nie można uznać go za osobę niewypłacalną w rozumieniu art. 11 ust. 1 p.u.n., a tylko w stosunku do takiej osoby można orzec upadłość.

Sądy z reguły nie poświęcały zbyt wiele uwagi podstawie ogłoszenia upadłości z art. 11 ust. 1 p.u.n. ograniczając się do konstatacji, że przesłanka ta została spełniona. Nieco szerzej na temat niewypłacalności dłużnika wypowiedział się Sąd Rejonowy w Koszalinie (VII GU 6/10). W uzasadnieniu postanowienia oddalającego wniosek o ogłoszenie upadłości wyjaśnił, że stan niewypłacalności dłużnika na potrzeby ogłoszenia upadłości konsumenckiej powstaje w sytuacji, gdy nie jest on w stanie regulować wymagalnych zobowiązań z pozyskiwanych przez siebie środków finansowych (wynagrodzenia, rent, emerytury, oprocentowania z lokat) lub posiadanego majątku. Zdaniem sądu, nie można zgodzić się z tezą, że dłużnik tak długo jest wypłacalny, jak długo spłaca w terminie raty zaciągniętych kredytów lub pożyczek, mimo że spłaty są następstwem dalszego powiększania zadłużenia. Takie założenie, w ocenie sądu, byłoby niesłuchanie krzywdzące dla wierzycieli i w konsekwencji zachęcałoby dłużników do zaciągania następnych kredytów

przy braku możliwości finansowych do ich spłaty. W omawianej sprawie powstał problem oceny zaciąganie przez dłużnika kolejnych pożyczek i kredytów na spłatę poprzednich. Sąd uznał, że takie działanie jest nieracjonalne i niegospodarne, w konsekwencji oddalił wniosek na podstawie art. 491³ ust. 1 p.u.n.

Specyfika konsumenckiego postępowania upadłościowego nie wymaga odrębnej regulacji w zakresie omawianej podstawy ogłoszenia upadłości. Podstawa ta została sformułowana w sposób na tyle uniwersalny, że może mieć zastosowanie do wszystkich kategorii podmiotów wyposażonych w zdolność upadłościową. Jak pokazuje dotychczasowa praktyka, ocena tej podstawy na gruncie przepisów o upadłości konsumenckiej nie wywołuje żadnych wątpliwości.

6.5.2 Wyjątkowe i niezależne od dłużnika okoliczności

Wyjaśniając znaczenie określenia „wyjątkowe i niezależne okoliczności”, sądy z reguły nawiązywały do sposobu rozumienia tego pojęcia w literaturze wskazując, że wyjątkowe okoliczności to wszystkie te zdarzenia i stosunki, których powstania dłużnik w normalnym toku rzeczy nie mógł lub nie powinien był brać pod uwagę, okoliczności natomiast niezależne od dłużnika, to wszystkie te okoliczności, których dłużnik nie spowodował rozmyślnie, albo wskutek niedbalstwa lub nierozmyślności. Do wyjątkowych okoliczności zaliczono np. przewlekłą chorobę, utratę pracy, ciąg zdarzeń w życiu prywatnym dłużnika, jak śmierć dziecka, załamanie nerwowe, choroba nowotworowa, konieczność sprawowania opieki nad chorą matką w trakcie leczenia szpitalnego, jak i jej pobytu w domu, ciężką chorobę małżonka powodującą znaczne wydatki na koszty leczenia, utratę pracy, długotrwałą chorobę pozbawiającą dłużnika całkowicie lub w znacznej części możliwości zarobkowych, chorobę dziecka, na skutek której dłużnik musiał zrezygnować z pracy i przejść na urlop wychowawczy oraz zająć się jego rehabilitacją, klęskę suszy.

W kilku sprawach argumentacja sądu upadłościowego w zakresie oceny okoliczności powodujących niewypłacalność mogła budzić istotne wątpliwości. W jednym z orzeczeń sąd ograniczył się do stwierdzenia, że śmierć współmałżonka jest zapewne okolicznością niezależną, jednak z całą pewnością nie jest to zdarzenie wyjątkowe, w innym, że „zły stan zdrowia, nie jest okolicznością wyjątkową, bowiem na zły stan zdrowia skarża się wielu ludzi w wieku zbliżonym do dłużniczki, a nierzadko również ludzi młodszych”. Interesujący wydaje się również pogląd wyrażony w jednym z orzeczeń, że „okolicznością wyjątkową w życiu dłużniczki był rozwód, nie można jednak uznać, że była to okoliczność zupełnie niezawiniona, skoro zgodziła się na rozwód bez orzekania o winie męża”.

Pewne rozbieżności w praktyce sądów ujawniły się w zakresie oceny okoliczności niewypłacalności w stosunku do byłych przedsiębiorców. W niektórych sprawach sądy wskazywały, że takie trudności, jak nieterminowe regulowanie zobowiązań przez kontrahentów, nieuczciwie prowadzona przez nich konkurencja i konieczność sądowego dochodzenia swoich należności, wpisane są w ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej. Dłużnicy jako przedsiębiorcy mogli i powinni byli brać je pod uwagę, przygotować się na ich wystąpienie gromadząc wcześniej środki pieniężne lub ubezpieczając się od tego ryzyka. W kilku jednak sprawach takie okoliczności były uznawane za wyjątkowe i niezależne.

Sądy w relacjach dłużnik (konsument) – wierzyciel (bank, instytucja finansowa) powszechnie przyjmowały wzorzec „ostrożnego i rozsądnego” konsumenta, który na podstawie uzyskanych informacji dokonuje właściwych wyborów, jest podmiotem świadomym, krytycznym i aktywnym. Wzorzec ten stosowały wobec wszystkich konsumentów bez wyjątku, również wobec osób w podeszłym wieku, o niskim poziomie wykształcenia i doświadczenia życiowego, osób chorych psychicznie, lekko upośledzonych, z różnych względów nieporadnych, które nie zawsze miały pełną świadomość w zakresie własnych możliwości finansowych, natomiast zaciągając zobowiązania działały w zaufaniu do banków jako profesjonalistów.

W kilku sprawach można postawić sądowi upadłościowemu zarzut, że przyjmując, iż zaistniały okoliczności wyjątkowe i niezależne od dłużnika, nie dysponował w tym zakresie wystarczającym materiałem procesowym, który pozwalał przede wszystkim na ustalenie związku przyczynowo-skutkowego między zaistnieniem konkretnych okoliczności, a ich wpływem na powstanie niewypłacalności. Z reguły dotyczyło to jednak spraw, w których wnioszek podlegał oddaleniu na podstawie art. 13 p.u.n., a podstawa ta była widoczna już na pierwszy „rzut oka”.

Uzależnienie ogłoszenia upadłości od zaistnienia wyjątkowych i niezależnych od dłużnika okoliczności, które skutkowały powstaniem niewypłacalności, jest rozwiązaniem, które zasługuje na pełną aprobatę. Tego typu ograniczenie w dopuszczalności do instytucji upadłości konsumenckiej jest uzasadnione po pierwsze ze względu na potrzebę ochrony interesu wierzycieli, którzy niewątpliwie ponoszą koszty procedury oddłużeniowej zważywszy, że oddłużenie następuje kosztem ich majątku, po drugie ze względów społecznych, etycznych i wychowawczych. Oddłużenie w wypadku osób, które doprowadziły do niewypłacalności na skutek lekkomyślności, niedbalstwa, braku staranności o własne interesy, w sytuacji, gdy możemy postawić im zarzut, że dysponując odpowiednią wiedzą, którą miały lub powinny były mieć, oraz zdolnościami niezbędnymi do przetwarzania stosownych informacji, podejmowały decyzje nieracjonalne, ekonomicznie nieuzasadnione, które można ocenić jako przejawy niegospodarności i niedbalstwa, nie wydaje się uzasadnione i budzi moralny sprzeciw. Żadne względy nie mogą usprawiedliwiać działań podejmowanych przez dłużnika na szkodę wierzycieli, a już na pewno dłużnik nie może w takich wypadkach być nagradzany, czy też korzystać z przywilejów. Zaciąganie zobowiązań w sytuacji, gdy dłużnik ma świadomość, że nie będzie ich w stanie wykonać, nawet jeżeli działa w celu ratowania zdrowia, życia własnego lub osoby najbliższej, nie zasługuje na ochronę. Stan wyższej konieczności (kontratyp) stanowi okoliczność wyłączającą bezprawność, nie zwalnia natomiast z odpowiedzialności cywilnej. Wierzyciele nie powinni być zmuszani do przejmowania funkcji państwa, np. w zakresie opieki społecznej, finansowania służby zdrowia. Wprowadzenie przesłanki „wyjątkowych i niezależnych okoliczności” pozwala na uwzględnienie powyższych postulatów. Jednocześnie należy wskazać, że przesłanka ta nie jest zbyt rygorystyczna i co istotne, wbrew pozorom, jest stosunkowo elastyczna. Wykładnia art. 491³ ust. 1 p.u.n. idzie w tym kierunku, że konkretne okoliczności nie są uznawane za wyjątkowe *per se*, ale wyjątkowymi czynią je okoliczności danej sprawy, zarówno o charakterze subiektywnym, jak i obiektywnym. Wyjątkowe okoliczności stanowią klauzulę generalną, której sąd nadaje konkretną treść, w realiach danej sprawy. Wydaje się, że klauzula ta nie wymaga zmian.

Praktykę sądów w zakresie oceny okoliczności wyjątkowych i niezależnych obrazują poniższe przykłady.

1. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Białymstoku (XIV GU 48/09) wnioskodawczyni, emerytka w wieku 68 lat, bez majątku, wskazała we wniosku o ogłoszenie upadłości, że w okresie od września 2007 r. do maja 2009 r. zawarła kilka umów kredytowych. Raty kredytów spłacała ze swojej emerytury w wysokości 617 zł i emerytury męża 1776 zł. W dniu 24.06.2008 r. mąż wnioskodawczyni, postanowieniem Sądu Okręgowego w Białymstoku, został ubezwłasnowolniony całkowicie z powodu zaburzeń psychicznych, zaś wnioskodawczyni została ustanowiona opiekunem. Z powodu pogarszającego się stanu zdrowia męża dłużniczka zmuszona była oddać go pod opiekę Prywatnego Ośrodka dla Osób Przewlekłe Psychiczenie Chorych, gdzie znajduje się w chwili obecnej. Wnioskodawczyni wskazała, że wraz z mężem na rzecz ośrodka przeszły środki w wysokości 1776,04 zł uzyskiwane z tytułu emerytury, a do tej pory przeznaczane na spłatę zaciągniętych zobowiązań. Z powyższych względów nie jest w stanie dalej regularnie obsługiwać kolejnych spłat, gdyż jej emerytura na to nie pozwala.

Sąd rejonowy oddalił wniosek na podstawie art. 13 p.u.n. W uzasadnieniu wskazał jednak, że „w niniejszej sprawie dłużniczka wykazała, że jej niewypłacalność powstała wskutek wyjątkowych (nietypowych, wykraczających poza normalny układ stosunków) i niezależnych od niej okoliczności”. Sąd przyjął, że dłużniczka nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych dopiero od momentu umieszczenia męża w Ośrodku Opieki, że do tej chwili spłacała raty z tytułu zaciągniętych pożyczek i kredytów w sposób terminowy. Nie zalegała z płatnościami. Dopiero wyjątkowe i niezależne od dłużniczki okoliczności, a mianowicie pogorszenie się stanu zdrowia męża, niezbędność jego umieszczenia w specjalistycznym ośrodku i idący za tym przymus ponoszenia kosztów jego pobytu doprowadził do tego, że dłużniczka stała się niewypłacalna. Wyjątkowość przedmiotowej sytuacji przejawia się w tym, że dłużniczka nie była w stanie jej przewidzieć. W normalnym stanie rzeczy nie mogła bowiem brać pod uwagę, że pomimo ciężkiej choroby męża, nie będzie w stanie dłużej się nim zajmować oraz będzie zmuszona do skorzystania z pomocy specjalistycznego ośrodka. Co za tym idzie nie mogła przypuszczać, że emerytura męża nie będzie już mogła być spożytkowana tak jak dotychczas. Jeśli chodzi o „niezależność” niewypłacalności od dłużniczki, to zdaniem sądu, umieszczenie męża w ośrodku nie było spowodowane przez nią rozmyślnie albo na skutek niedbalstwa czy lekkomyślności. W tym wypadku wystąpiła przyczyna obiektywna, pogorszenie się stanu zdrowia męża dłużniczki. W konsekwencji sąd przyjął, że stan niemożności zaspokojenia wierzycieli jest wynikiem okoliczności wyjątkowych i niezależnych od dłużnika, powstałych po zaciągnięciu przez niego zobowiązań.

W świetle powyżej przytoczonego stanu faktycznego oraz akt sprawy argumentacja sądu budzi poważne wątpliwości. Sąd przyjął bowiem, że pogorszenie stanu zdrowia męża wnioskodawczyni i konieczność skorzystania z profesjonalnej opieki zdrowotnej, w konsekwencji konieczność wydatkowania na ten cel znacznych środków pieniężnych stanowiło okoliczność wyjątkową z uwagi na fakt, że dłużniczka nie mogła jej przewidzieć. Zważyć jednak należy, że sąd nie poczynił

w tym zakresie żadnych ustaleń. W szczególności nie ustalił, jakie konkretnie problemy zdrowotne ma mąż wnioskodawczynie, jaki był dotychczasowy przebieg jego choroby, jak wyglądało jego leczenie, jakie były rokowania, czy w istocie wnioskodawczynie zaciągając zobowiązania kredytowe nie miała świadomości, że stan zdrowia męża pogorszy się, że będzie musiała skorzystać z profesjonalnej opieki zdrowotnej. Sąd przyjmując, że wnioskodawczynie nie miała takiej świadomości nie rozważył, czy w okolicznościach niniejszej sprawy wnioskodawczynie nie powinna przewidzieć takiego stanu rzeczy, przy dochowaniu należytej staranności. Zważyć należy, że w wypadku wielu schorzeń pogorszenie stanu zdrowia i konieczność skorzystania z profesjonalnej opieki nie jest okolicznością wyjątkową, ale typową, łatwą do przewidzenia, nieuchronną, zwłaszcza w wypadku osób starszych, przewlekle chorych.

2. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (X GU 171/09) wnioskodawca bez majątku, utrzymujący się ze świadczenia rehabilitacyjnego, jako przyczynę niewypłacalności wskazał przewlekłą chorobę. Wyjaśnił, że w wyniku złamania kręgosłupa, nie przedłużono mu umowy o pracę i aktualnie utrzymuje się wyłącznie ze świadczenia rehabilitacyjnego z ZUS. Sąd oddalił wniosek na podstawie art. 13 ust. 1. W uzasadnieniu wskazał jednak, że niewypłacalność dłużnika powstała wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności, tj. w skutek nieprzedłużenia umowy o pracę przez zakład pracy oraz przewlekłą chorobę w wyniku złamania kręgosłupa.

3. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (X GU 310/09) wniosek złożyła emerytka bez jakiegokolwiek majątku. Sąd wniosek oddalił na podstawie art. 13 ust. 1. W uzasadnieniu wskazał jednak, że „niewypłacalność dłużniczki jest związana z wyjątkowymi i niezależnymi od niej okolicznościami. Ciąg zdarzeń w życiu prywatnym dłużniczki, jak śmierć dziecka, załamanie nerwowe, choroba nowotworowa, są okolicznościami wyjątkowymi oraz niezależnymi, których konsekwencje najprawdopodobniej mogły spowodować niewypłacalność dłużniczki”.

4. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (X GU 390/09) sąd oddalając wniosek na podstawie art. 13 ust. 1 p.u.n. wskazał, że niewypłacalność dłużnika powstała wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności, tj. w skutek opieki nad chorą matką w trakcie leczenia szpitalnego, jak i jej pobytu w domu, jak również ze względu na pomoc udzieloną synowi.

5. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (X GU 498/09) wniosek o ogłoszenie upadłości złożyła emerytka, bez jakiegokolwiek majątku, argumentując, że stan niewypłacalności spowodowany jest trudną sytuacją finansową oraz pogarszającym się stanem zdrowia. Sąd wniosek oddalił na podstawie art. 13 ust. 1 p.u.n., przyjął jednak, że niewypłacalność dłużnika powstała z przyczyn wyjątkowych i niezależnych. Zdaniem sądu „zły stan zdrowia, liczne dolegliwości, koszty leczenia, znacząco pogorszyły sytuację finansową wnioskodawczynie i uniemożliwiły jej spłatę zaciągniętych kredytów oraz pożyczek, które dłużniczka przedtem starała się wykonywać terminowo”.

6. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (X GU 34/10) wnioskodawca, bez jakiegokolwiek majątku, zatrudniony na podstawie umowy o pracę, jako przyczynę niewypłacalności wskazał ciężką chorobę, z powodu której obniżeniu uległa wysokość uzyskiwanego wynagrodzenia z 7000 zł do 2000 zł. Sąd oddalił wniosek na podstawie art. 13 ust. 1 p.u.n. Jednocześnie wskazał, że niewypłacalność powstała wskutek wyjątkowych i niezależnych okoliczności, tj. choroby, która w dalszej konsekwencji wpłynęła na wysokość uzyskiwanego wynagrodzenia, a tym samym na możliwość spłaty zaciągniętych zobowiązań.

7. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Gliwicach (XII GU 165/09) wnioskodawczyni wskazała, że zaciągała zobowiązania w związku z ciężką chorobą męża, której przebieg szczegółowo opisała, a który zmarł. Okoliczności sprawy wskazywały, że dłużniczka zaciągała kredyty będąc już niewypłacalną i nie mając szans na ich spłatę. Sąd oddalając wniosek na podstawie art. 13 p.u.n. wskazał jednak, że dłużniczka stała się niewypłacalna wskutek wyjątkowych i niezależnych od niej okoliczności, to jest ciężkiej choroby jej męża i związanych z jego leczeniem wydatków.

8. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Gliwicach (XII GU 72/09) wnioskodawca, rencista bez jakiegokolwiek majątku, we wniosku o ogłoszenia upadłości podał następujące okoliczności. „W dniu 1.10.1976 r. uległem wypadkowi przy pracy, wskutek którego straciłem rękę. Jestem obecnie zaliczany do trzeciej grupy inwalidów z przeciwwskazaniami do ciężkiej pracy pod ziemią przy obsłudze maszyn. Od tego czasu otrzymuje rentę z ZUS, obecnie wypłacanej w wysokości 2539,32 zł, jest to jedyne źródło utrzymania. W 1998 r. syn w wieku 18 lat zachorował na schizofrenię paranoidalną, jest niezdolny do pracy, wymaga pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych, jak i stałej opieki, od 1998 r. leczy się psychiatrycznie. Od samego początku leczenie syna pochłaniało ogromne wydatki. Zła sytuacja finansowa rodziny pogorszyła się na tyle, że byłem zmuszony zaciągać pożyczki i kredyty. Pomimo stałego leczenia stan syna jest bardzo poważny. Od 2008 r. stale przebywa w szpitalu psychiatrycznym. Dwa lata temu zmarł niespodziewanie mąż mojej córki, po śmierci męża została sama z dzieckiem bez środków do życia. Aby pomóc córce byłem zmuszony zaciągać kolejne zobowiązania finansowe. Trudna sytuacja rodzinna spowodowała również wiele problemów w moim małżeństwie, które jest na skraju rozpadu. Żona nigdy nie chciała partycypować w ponoszeniu kosztów finansowych trudnej sytuacji naszej rodziny. Chcąc zapewnić elementarny byt swojej córce, jak i płacić za niezbędne leczenie swojego syna, byłem zmuszony zaciągać zobowiązania finansowe. Na dzień złożenia wniosku moje długi przewyższają możliwości płatnicze. Jestem zadłużony na kwotę prawie 100 tys. zł. Miesięcznie otrzymuję z ZUS tytułem przysługującej mi renty kwotę 2539,32 zł. Kwota zaś miesięcznych rat w związku ze wszystkimi zobowiązaniami finansowymi, które zaciągnąłem, wynosi 3880,00 zł. Od października 2008 r. zalegam z opłatami za czynsz. Nie jestem w stanie również płacić opłat za media w związku ze spłacanymi długami wobec banków i innych instytucji finansowych”. Sąd oddalił wniosek na podstawie art. 13 p.u.n.

wskazując jednocześnie, że dłużnik stał się niewypłacalny wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności.

Taka ocena sądu budzi jednak wątpliwości. Zważyć bowiem należy, że dłużnik świadomie zaciągał zobowiązania, które przekraczały jego możliwości finansowe, wiedział, że nie będzie mógł ich wykonać, że krzywdzi w ten sposób wierzycieli. Z okoliczności sprawy wynika również, co umknęło sądowi, że dłużnik zaciągał zobowiązania będąc niewypłacalny.

9. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (X GU 149/09) sąd ogłosił upadłość przyjmując, że niewypłacalność powstała z przyczyn wyjątkowych i niezależnych od dłużnika. Wnioskodawczyni we wniosku podała następujące okoliczności. „W dniu 31.08.2000 r. poręczyłam pożyczkę dewizową w banku na sumę 106.465,26 USD. Do udzielenia poręczenia zmusił mnie, pod groźbą utraty pracy, mój ówczesny pracodawca. Firma przestała istnieć, a pożyczka nie została spłacona przez pożyczkobiorcę, a ja zostałam wezwana przez bank do spłaty długu, którego rat w żaden sposób nie mogę obsłużyć. Od 1999 r. jestem wdową samotnie wychowującą dziecko, a od 8 lat pracuję w firmie, o miesięcznym wynagrodzeniu netto 3839 zł. Wynagrodzenie w całości przeznaczam na wynajem mieszkania oraz koszty utrzymania siebie i mojego szesnastoletniego syna. Nie posiadam żadnego majątku, który mógłby posłużyć jako źródło spłaty przedmiotowej pożyczki. Należność główna wraz z odsetkami opiewa na kwotę ponad 500.000 zł”.

Również w tym wypadku ocena sądu budzi istotne wątpliwości. Wydaje się, że wniosek powinien zostać oddalony. Po pierwsze wnioskodawczyni wskazała, że nie posiada żadnego majątku, który mógłby posłużyć jako źródło spłaty zadłużenia, zaś uzyskiwane wynagrodzenie w całości przeznacza na wynajem mieszkania oraz koszty utrzymania siebie i szesnastoletniego syna. Po drugie, poręczenie kredytu niewątpliwie nie jest okolicznością wyjątkową i niezależną od dłużnika. Wprawdzie dłużniczka wskazała, że do udzielenia poręczenia została zmuszona pod groźbą utraty pracy przez ówczesnego pracodawcę, to jednak okoliczność ta nie została w jakikolwiek sposób uprawdopodobniona. Wniosek podlegał zatem oddaleniu również na podstawie art. 491³ ust.1 p.u.n.

10. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (X GU 150/09) wnioskodawca, emeryt, były przedsiębiorca bez jakiegokolwiek majątku wskazał, że stał się niewypłacalny z powodu kłopotów finansowych, które rozpoczęły się w związku z upadłością kontrahenta, który nie wypłacił dłużnikowi kwoty 77.000 zł. Sąd wprawdzie oddalił wniosek na podstawie art. 13 ust. 1. p.u.n. jednak w uzasadnieniu przyjął, że niewypłacalność dłużnika powstała z przyczyn wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności, tj. wskutek niewypłacalności głównego kontrahenta i braku zapłaty znacznej należności. Wydaje się, że ogłoszenie upadłości przez przedsiębiorcę nie stanowi okoliczności wyjątkowej. Osoby prowadzące działalność gospodarczą, profesjonalści, powinny mieć świadomość ryzyka oraz zagrożeń wynikających z uczestnictwa w obrocie gospodarczym, muszą brać pod uwagę tego typu sytuacje i liczyć się z koniecznością ponoszenia strat.

11. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Bydgoszczy (XV 66/09) wnioskodawca, zatrudniony na podstawie umowy o pracę, bez jakiegokolwiek majątku, jako przyczynę niewypłacalności podał pogorszenie się stanu zdrowia, problemy z kręgosłupem, chorobę psychiczną, utratę dodatkowych źródeł dochodów. Sąd oddalając wniosek wskazał, że przesłanka, o której mowa w art. 491³ ust. 1 niewątpliwie została spełniona. Ustalił, że poczynszy od sierpnia 2008 r. stan zdrowia dłużnika uległ pogorszeniu, konsekwencją czego była utrata możliwości dodatkowego zarobkowania. Ponadto drastyczny kryzys gospodarczy, który zaistniał w gospodarce światowej jesienią 2008 r. dotknął również zakład, w którym jest zatrudniony dłużnik, skutkiem powyższego był spadek zleceń, a w efekcie spadek płac pracowników nawet o 40%. Sąd oddalił wniosek z uwagi na fakt, że dłużnik będąc niewypłacalnym zaciągał kolejne kredyty, jak również na podstawie art. 13 p.u.n. Sąd wyjaśnił przy tym, że bez znaczenia jest przyczyna, dla której dłużnik zaciągał kolejne kredyty.

12. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Krośnie (V GU 25/09) wnioskodawca jako przyczynę niewypłacalności wskazał utratę pracy. Sąd wniosek oddalił na podstawie art. 13 ust. 2, uznał jednak, że wniosek jest zasadny, bowiem utrata pracy przez dłużnika jest okolicznością wyjątkową i niezależną od niego.

13. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Legnicy (V GU 2/10) wnioskodawczyni jako przyczynę niewypłacalności podała chorobę męża i swoją. Sąd wniosek oddalił przyjmując, że brak jest podstawy ogłoszenia upadłości. Wyjaśnił, że choroba może być okolicznością wyjątkową i niezależną, która uzasadniałaby ogłoszenie upadłości dłużnika pod tym jednak warunkiem, że byłaby to choroba długotrwała, pozbawiająca dłużnika całkowicie lub w znacznej części możliwości zarobkowych.

14. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Legnicy (V GU 136/09) wnioskodawczyni podała, że „niewypłacalność powstała na skutek niekorzystnych warunków atmosferycznych klęski suszy w 2006 r., która uniemożliwiła uiszczenie czynszu dzierżawnego – wnioskodawczyni nie uzyskała z przedmiotu dzierżawy pożytków. Kwoty z umów pożyczek były przeznaczane na spłatę zaległego czynszu”. Sąd wniosek oddalił na podstawie art. 13 p.u.n., przyjął jednak, że niewypłacalność powstała w wyniku wyjątkowych i niezależnych okoliczności. Wskazał, że „powodem niezapłacenia na rzecz Agencji Nieruchomości Rolnych czynszu dzierżawnego była klęska suszy, która miała miejsce latem 2006 r. Zaistnienie suszy jest faktem powszechnie znanym. Z tej przyczyny, dłużniczka nie uzyskała z przedmiotu dzierżawy pożytków, które pozwoliłyby spłacić zobowiązania wynikające z czynszu na rzecz wierzyciela. Niewypłacalność wnioskodawczyni powstała wskutek klęski suszy, czyli wyjątkowej okoliczności (nietypowej, wykraczającej poza normalny układ stosunków), niezależnej (czyli obiektywnej). Zjawiska tego rodzaju mają charakter losowy i nie można ich przewidzieć”. Oceniając zaistniałe w sprawie okoliczności, nie można w ocenie sądu przypisać dłużnicze winy nieumyślnej, ani tym bardziej winy umyślnej w zaistnieniu przyczyn

niewypłacalności. Wnioskodawczyni zaciągnęła wprawdzie trzy pożyczki w bankach, ale z uzyskanych w ten sposób pieniędzy spłaciła częściowo należności na rzecz wierzyciela.

15. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (XIV 121/09) sąd wniosek oddalił na podstawie art. 491³ ust. 1 oraz art. 13 p.u.n. Sąd ustalił, że wnioskodawczyni od 11.02.2008 r. przebywa na urlopie wychowawczym z uwagi na konieczność zajmowania się niepełnosprawnym synem lat 5, który wymaga stałej opieki, mieszka w wynajętym mieszkaniu o powierzchni 26,5 m² wraz z dzieckiem, gdzie miesięczne koszty wynoszą 560 zł, a na jej majątek składa się wyposażenie zajmowanego mieszkania w postaci mebli i sprzętu TV i AGD o wartości ok. 7500 zł. Sąd ustalił ponadto, że wnioskodawczyni utrzymuje się z zasiłków otrzymywanych na dziecko w kwocie 661 zł. oraz alimentów płaconych przez ojca dziecka w wysokości 600 zł. Jej obecne zobowiązania wynoszą ok. 60.000 zł z tytułu zaciągniętych kredytów w trzech bankach w latach 2006–2008 r., z których wywiązywała się do stycznia 2009 r. Zdaniem sądu niewypłacalność wnioskodawczyni powstała wskutek wyjątkowych i niezależnych okoliczności, gdyż w związku z chorobą dziecka musiała zrezygnować z pracy, przejść na urlop wychowawczy i zająć się jego rehabilitacją. Ostatecznie jednak sąd uznał, że zachodzi podstawa do oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości, z uwagi na fakt, iż wnioskodawczyni nie mając żadnego znacznego majątku zaciągała kolejne kredyty pogłębiając w ten sposób swoją niewypłacalność, zwłaszcza w styczniu 2008 r., czym wypełniła dyspozycję art. 491³ ust. 1.

16. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Szczecinie (XII GU 164/09) we wniosku o ogłoszenie upadłości wnioskodawca przytoczył następujące okoliczności. W 2004 r. szukając możliwości „dorobienia” (zgodnie z wykształceniem i posiadaną wiedzą w dziedzinie budowy statków), założył firmę zajmującą się izolacją statków. Firma zaczęła działać na terenie Niemiec i Francji do czasu, gdy niemiecka firma (z którą ściśle współpracował) ogłosiła upadłość. Ta sytuacja spowodowała całkowitą niewypłacalność dłużnika, który jednocześnie zmuszony został do zaprzestania prowadzenia działalności gospodarczej i likwidacji firmy, co nastąpiło w 2006 r. Sąd wniosek oddalił na podstawie art. 13. W uzasadnieniu wskazał jednak, że upadłość niemieckiego kontrahenta stanowi przyczynę zewnętrzną i niezależną od dłużnika oraz, że dłużnik spełnił przesłankę pozytywną ogłoszenia upadłości w postaci niewypłacalność, która powstała wskutek wyjątkowych i niezależnych okoliczności. Można zgodzić się z sądem, że wskazane okoliczności miały charakter niezależny od dłużnika brak jest natomiast argumentów przemawiających za ich wyjątkowością.

17. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Zamościu (V GU 12/09) wnioskodawca wskazał, że w 1997 r. zaciągnął kredyt na zakup sprzętu rolniczego na kwotę 117.000, zaś w 2000 r. wybuchł pożar w gospodarstwie rolnym – spaliła się chlewnia i stodoła oraz część sprzętu rolniczego. Sąd wniosek oddalił na podstawie art. 13 p.u.n. przyjął jednak, że wystąpiły wyjątkowe i niezależne okoliczności.

18. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Zamościu (V GU 17/09) sąd wniosek oddalił na podstawie art. 13 ust. 1. W uzasadnieniu wskazał, że dłużnik stał się niewypłacalny z powodu niezależnych i wyjątkowych okoliczności. Ustalił, że w lutym 2008 r. dłużnik doznał udaru mózgu co spowodowało utratę wzroku, wiązało się z pobytem w szpitalu i przeprowadzoną operacją oka. Koszty leczenia, dojazdu do szpitala i leki pochłaniają dochody z emerytury. Ponadto dłużnik utracił możliwość uzyskiwania dodatkowych dochodów z tytułu świadczonych usług, zaś stałe dochody z tytułu emerytury wydatkuje na leki.

19. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Białymstoku (XIV GU 40/09) wnioskodawczyni we wniosku o ogłoszenie upadłości przytoczyła następujące okoliczności: „pierwszy kredyt zaciągnęłam w 1991 r. starając się o wykup mieszkania komunalnego. W dniu 5.04.1991 r. zmarł mąż. Od lat 90-tych XX w. do chwili obecnej jestem w trakcie długotrwałego i kosztownego leczenia kardiologicznego. Kilka razy w roku przebywam w szpitalu na leczeniu z powodu migotania przedsionków. W okresie od 02.05.2008 r. zawarłam szereg umów kredytu gotówkowego na bieżące potrzeby”. Wnioskodawczyni oświadczyła, że nie ma majątku, z którego mogłaby być prowadzona egzekucja. Jedyne dochód stanowi emerytura, z której wszystko idzie na spłatę kredytów. Sąd oddalił wniosek wskazując w uzasadnieniu, że wnioskodawczyni nie wykazała, że niewypłacalność została wywołana okolicznościami wyjątkowymi (nietypowymi, wykraczającymi poza normalny układ stosunków) i niezależnymi od dłużnika (czyli obiektywnymi). Zdaniem sądu analiza dat zawierania kolejnych umów kredytowych wskazuje, że następowało to w krótkich odstępach czasu. Kolejne kredyty przeznaczone były na bieżące potrzeby i spłatę wcześniejszych zobowiązań. Przesłuchana w trybie art. 30 wnioskodawczyni podała, że z zamiarem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości nosiła się już od grudnia 2008 r., a mimo to zaciągnęła kolejno jeszcze siedem kredytów w różnych bankach. Sąd stwierdził, że wnioskodawczyni przez własne nierozsądne postępowanie doprowadziła do zaistniałej sytuacji i co więcej, nawet w ostatnim czasie zaciągnęła kolejne zobowiązanie będąc już niewypłacalną. Uzyskiwane przez nią środki nie miały wyjątkowego przeznaczenia. Potrzebne były wyłącznie na bieżące utrzymanie i uregulowanie poprzednich zobowiązań, co zdaniem sądu nie stanowi wyjątkowej okoliczności uzasadniającej uwzględnienie wniosku.

20. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Tarnowie (GU 25/09) wnioskodawca wskazał we wniosku, że jest osobą bezrobotną z orzeczonym stopniem niepełnosprawności, zaś przyczyną utraty pracy w roku 2008 była długotrwała choroba (uraz kręgosłupa) uniemożliwiająca podjęcie pracy w podobnym charakterze. W okresie poprzedzającym chorobę wnioskodawca zaciągnął zobowiązania kredytowe, które usiłował spłacić również przez kolejne kredyty co doprowadziło do tzw. spirali kredytowej. Do momentu utraty pracy zobowiązania kredytowe były obsługiwane, ostatniej wpłaty dokonał w 2009 r. Zarówno rehabilitacja jak i leczenie nie przyniosły poprawy i w obecnej chwili wnioskodawca wystąpił o przyznanie świadczeń rentowych. Do czerwca 2009 r. pozostawał na zasiłku dla bezrobotnych. Po rozwodzie został porzucony przez żonę, leczył się na depresję. Na rozprawie 20.11.2009 r. sąd postanowił wysłuchać dłużnika, który podał, że

jest osobą bezrobotną bez prawa do zasiłku, mieszka z matką i „przyjaciółką”, żyje z tego, co pożyczy matka, jest obciążony alimentami na dzieci łącznie w kwocie 400 zł, których nie płaci. Pracodawca wypowiedział umowę o pracę w 2008 r. ze względu na niemożność pracy (ból kręgosłupa), zarabiał 2000 zł netto. Kredyty zaciągał w okresie od 2007–2008, przy czym 40–50 tys. zł przekazał współnikowi, który się „ulotnił” pod koniec 2007 r. W 2009 r. darował dzieciom za niepłacone alimenty działkę o wartość około 12.000 zł. Sąd oddalając wniosek wyjaśnił, że „art. 491³ prawa upadłościowego i naprawczego w istotny sposób zawęża zdolność upadłościową osób fizycznych uzależniając ją od wyjątkowych i niezależnych od dłużnika okoliczności. Ta „wyjątkowość” musi być spowodowana obiektywnymi okolicznościami nie tylko w zakresie stosunków gospodarczych, lecz także w stosunku do dłużnika. W zakresie okoliczności gospodarczych, zdaniem sądu, należy mieć na względzie np. dekoniunkturę na rynku pracy, zmianę kursu walut, utratę majątku na skutek kradzieży lub zdarzenia losowego (powódź, pożar). Ponadto na gruncie art. 491³ p.u.n. należy również przyjąć, iż zaciągnięcie zobowiązania w okresie istniejącej już niewypłacalności, choćby niezawinionej oraz rozwiązanie stosunku pracy z przyczyn leżących po stronie dłużnika lub za jego zgodą, samo przez się zobowiązuje sąd do oddalenia wniosku. Zdaniem sądu dłużnik popadł w stan niewypłacalności, ale wniosek podlega oddaleniu z dwóch powodów. Po pierwsze dłużnik nie wykazał, by jego niewypłacalność powstała na skutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności. Dłużnik w 2007 i 2008 r. zaciągnął zobowiązania kredytowe w kwocie ponad 138.000 zł. Wprawdzie w tym okresie jeszcze pracował i zarabiał około 2000 zł netto miesięcznie, jednak – jak sam zeznał – już w 2008 r. zaczął niedomagać z uwagi na schorzenie kręgosłupa. Tak więc zdaniem sądu dłużnik powinien liczyć się z możliwością ograniczenia swoich możliwości zarobkowych z uwagi na chorobę, co w istocie nastąpiło. Ponadto należy wziąć pod uwagę fakt, że dłużnik zaciągał kredyty w celu rozpoczęcia działalności gospodarczej w przemyśle drzewnym i utracił środki na ten cel przeznaczone przekazując je nieuczciwemu współnikowi. W ocenie sądu, okoliczność ta nie może jednak w żaden sposób usprawiedliwiać dłużnika, ani też nie może być uznana za wyjątkową i niezależną od dłużnika przyczynę niewypłacalności.

Sąd wyjaśnił następnie, że określenie „wyjątkowe i niezależne od dłużnika okoliczności” zostało przyjęte z art. 1 – Prawo o postępowaniu układowym z 1934 r. regulującego dawniej przesłanki otwarcia postępowania układowego. Pod rządem tego przepisu w orzecznictwie i w doktrynie ukształtowało się stanowisko, że wyjątkowe okoliczności to wszystkie te zdarzenia i stosunki, których powstanie dłużnik w normalnym toku rzeczy nie mógł lub nie powinien był brać pod uwagę, okoliczności natomiast niezależne od dłużnika, to wszystkie te okoliczności, których dłużnik nie spowodował rozmyślnie, albo wskutek niedbalstwa lub nierozumności. Zdaniem sądu w przedmiotowej sprawie dłużnik swoim lekkomyślnym zachowaniem, jakim było wręczenie osobie prawie nieznanej, bez żadnej umowy czy pokwitowania kwoty około 50.000 zł, spowodował swoją niewypłacalność. W takiej sytuacji trudno przyjąć, że była to okoliczność niezależna od dłużnika, bowiem dłużnik sam ją wywołał, co spowodowało zaciągnięcie kolejnych kredytów. W konsekwencji sąd przyjął, że niewypłacalność dłużnika powstała na skutek jego beztroski i lekkomyślności.

21. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (X GU 207/09) wniosek o ogłoszenie upadłości złożył emeryt, były członek zarządu spółki z o.o., niemający żadnego majątku. Sąd oddalił wniosek na podstawie art. 13 ust. 1. Ponadto wskazał, że zadłużenie powstało w wyniku działalności wnioskodawcy jako członka zarządu spółki z ograniczona odpowiedzialnością. Zdaniem sądu, nie można zatem zgodzić się ze stwierdzeniem, że powstało ono w sposób od dłużnika niezależny, czy też że nie miał możliwości faktycznych ani prawnych przeciwdziałaniu ich powstaniu. Sąd podkreślił, że odpowiedzialność członka zarządu spółki z o.o. odpada w sytuacji złożenia w terminie wymaganym przez ustawę wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, zaś niewykonanie tego obowiązku i związane z tym konsekwencje trudno uznać za niezawinione.

22. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Elblągu (V 16/09) wnioskodawcy, małżonkowie, byli przedsiębiorcy, jako przyczynę niewypłacalności podali takie okoliczności, jak zła koniunktura gospodarcza, niekorzystne zdarzenia, jakie miały miejsce w okresie prowadzenia przez nich działalności gospodarczej w formie spółki cywilnej, zlikwidowanie w 2005 r. działalności gospodarczej, utrata pracy przez jednego z małżonków. Sąd oddalając wniosek wyjaśnił, że pod pojęciem „wyjątkowe okoliczności” należy rozumieć wszystkie te zdarzenia i stosunki, których powstania dłużnik w normalnym toku rzeczy nie mógł lub nie powinien był brać pod uwagę. Okoliczności niezależne od dłużnika to, wszystkie te okoliczności, których dłużnik nie spowodował rozmyślnie lub wskutek niedbalstwa lub lekkomyślności. Zdaniem sądu przytoczone przez wnioskodawców okoliczności, które miały doprowadzić do zaprzestania regulowania wymagalnych zobowiązań pieniężnych i należności publicznoprawnych, w większości nie były czymś wyjątkowym. Takie trudności, jak nieterminowe regulowanie zobowiązań przez kontrahentów, nieuczciwie prowadzona przez nich konkurencja i konieczność sądowego dochodzenia swoich należności, wpisane są w ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej. Dłużnicy jako przedsiębiorcy mogli i powinni byli brać je pod uwagę, przygotować się na ich wystąpienie gromadząc wcześniej środki pieniężne lub ubezpieczając się od tego ryzyka. Sąd wskazał, że podniesiona przez dłużników kwestia jednoczesnego zwolnienia się z pracy bez wcześniejszego uprzedzenia dwudziestu pracowników i przejścia przez niektórych z nich zleceń wykonywanych na rzecz firmy, z którą dłużnicy współpracowali, nie została nawet przez nich uprawdopodobniona. Fakt, że pracownicy uzyskali tytuły wykonawcze wskazywał, że dłużnicy naruszyli przepisy prawa pracy. Skutkować to mogło podjęciem przez pracowników decyzji o zwolnieniu się z pracy. Wówczas nie można było uznać, że zdarzenie to zaistniało niezależnie od zachowania dłużników, które z kolei musiało cechować się co najmniej lekkomyślnością. Dłużnicy nie zaprzestali prowadzenia działalności gospodarczej po powstaniu stanu niewypłacalności. Prowadzili ją jeszcze prawie przez dwa lata. Zaciągali nowe zobowiązania będąc już osobami niewypłacalnymi. W konsekwencji sąd oddalił wniosek na podstawie art. 491³ ust. 1 p.u.n.

Z kolei Sąd Okręgowy w Elblągu (VII Gz 35/09) oddalił zażalenie wnioskodawców. Podzielił argumentację sądu pierwszej instancji, że fakt nieterminowego regulowania należności przez kontrahentów dłużników, nieuczciwa konkurencja

podmiotów działających na rynku, konieczność dochodzenia swoich należności na drodze sądowej, są wpisane w ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej i nie są niczym wyjątkowym. Od przedsiębiorców, jakimi byli wnioskodawcy do 2005 r. wymagana jest szczególna staranność w prowadzeniu interesów i obowiązek szybkiego reagowania na trudności finansowe, w tym w sposób przewidziany w prawie upadłościowym, aż do niezwłocznej likwidacji prowadzonej działalności w sytuacji, gdy jej dalsze prowadzenie zmierzałoby jedynie do mnożenia długów, a nie do ich spłaty. Tymczasem dłużnicy – prowadzący w dacie powstania ich trudności finansowych działalność gospodarczą w normalnych dla naszego kraju warunkach rynkowych – nie podjęli koniecznych w tej sytuacji decyzji (np. o wystąpieniu do sądu z wnioskiem o ogłoszenie upadłości), których podjęcie było przecież od nich zależne i dlatego też nie mogą się obecnie powoływać na fakt, że stali się niewypłacalni wskutek okoliczności wyjątkowych i od nich niezależnych.

23. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Elblągu (V 17/09) wniosek złożył rencista chory na przewlekłą schizofrenię. We wniosku podał, że zaciągnął kredyty na „załatwienie pracy dla siostrzeńca”, kolejne zaciągał na spłatę pierwszych. Jako przyczynę popadnięcia w stan niewypłacalności wskazał przewlekłą schizofrenię oraz łatwowierność. Sąd wniosek oddalił. W uzasadnieniu wskazał, że pod pojęciem „wyjątkowe okoliczności” należy rozumieć wszystkie te zdarzenia i stosunki, których powstania dłużnik w normalnym toku rzeczy nie mógł lub nie powinien był brać pod uwagę. Okoliczności niezależne od dłużnika to wszystkie te okoliczności, których dłużnik nie spowodował rozmyślnie lub wskutek niedbalstwa lub lekkomyślności. Zdaniem sądu, pomimo choroby dłużnik nie był osobą ubezwłasnowolnioną całkowicie lub częściowo. Mógł on zatem kierować swoim postępowaniem i nie była mu potrzebna pomoc w prowadzeniu jego spraw. Dokonane przez niego czynności prawne z bankami korzystały z domniemania ich ważności, w szczególności, że składając bankom świadczenia woli dłużnik nie znajdował się w stanie wyłączającym świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli (art. 82 k.c.). Domniemanie to nie zostało obalone w niniejszym postępowaniu. Dla jego potrzeb należało więc założyć, że przewlekła schizofrenia, na którą cierpiał dłużnik, nie miała wpływu na zaciąganie przez niego zobowiązań. W ocenie sądu, gdyby było inaczej to w innym postępowaniu dłużnik powinien doprowadzić do stwierdzenia nieważności dokonanych czynności prawnych, a następnie w razie przekształcenia jego zobowiązań w obowiązek zwrotu korzyści uzyskanej bez podstawy prawnej, domagać się ogłoszenia swojej upadłości. Wysokość miesięcznych rat, które powinien był płacić na rzecz banków przewyższała dochody osiągane tytułem renty. Niewypłacalność nie powstała wskutek niezależnych i wyjątkowych okoliczności. Zaciągając pierwszy kredyt zamierzał wspomóc finansowo siostrzeńca, z którym pozostawał w bliskich relacjach. Umówił się z nim, że ten zwróci otrzymane pieniądze po otrzymaniu pracy. Zdaniem sądu fakt, że osoba, której pożyczyło się pieniądze nie jest w stanie ich oddać jest czymś, co należy zawsze brać pod uwagę, przy czym pożyczanie pieniędzy młodej niepracującej osobie sąd uznał za lekkomyślność.

24. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Gliwicach (XII GU 44/09) wnioskodawca we wniosku o ogłoszenie upadłości wskazał, że „kredyty brał na

splątę zadłużenia za mieszkanie, na remont i zakup sprzętu AGD”. Sąd rejonowy wniosek oddalił na podstawie art. 13.

Z kolei Sąd Okręgowy w Gliwicach (X Gz 181/09) oddalił zażalenie wnioskodawcy wskazując w uzasadnieniu, że analizując treść przepisu art. 491³ ust. 1 p.u.n. doszedł do wniosku, iż możliwość skorzystania z trybu upadłości konsumenckiej powinna być czymś wyjątkowym, stanowiącym przywilej dla dłużnika. Obowiązujący porządek prawny wymaga, aby dłużnicy wykonywali swoje zobowiązania. Dlatego postępowanie upadłościowe należy prowadzić tylko wobec osób, które stały się niewypłacalne wskutek wyjątkowych okoliczności, których w normalnym toku rzeczy dłużnik nie mógł lub nie powinien brać pod uwagę i niezależnych od tych osób, czyli takich, których dłużnik nie spowodował roztęmiennie albo wskutek niedbalstwa lub lekkomyślności (np. klęski żywiołowe, kryzys gospodarczy, nagły wzrost inflacji, utrata całego lub znacznej części majątku wskutek kradzieży lub pożaru). W ocenie sądu wnioskodawca doprowadził do swojej trudnej sytuacji materialnej i powstania znacznego zadłużenia przez zaciąganie kolejnych kredytów i pożyczek w znacznych kwotach, w krótkich odstępach czasu. Zaciągając kolejne zobowiązania i znając swój dochód wnioskodawca działał świadomie i celowo pogłębiał swój stan niewypłacalności.

25. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Kaliszu (V GU 89/09) wnioskodawczyni, rencistka bez jakiegokolwiek majątku, przytoczyła we wniosku o ogłoszenie upadłości następujące okoliczności: „banki zachęcały do kredytów no to brałam, żeby poprawić swoją sytuację. Od kiedy banki zaczęły dawać kredyty na dowód było to dla mnie dużym ratunkiem, zaczęło się nam lepiej żyć. Wysoki sądzie, dlaczego banki dawały mi pożyczki przy tak niskiej rencie, skoro jestem niewypłacalna. Kiedy zaczęło mi brakować pieniędzy poszłam do banku i dowiedziałam się, że już nie dostanę więcej kredytów, przy tak niskiej rencie, jaką posiadam”. Sąd rejonowy oddalił wniosek na podstawie art. 13 p.u.n., zaś Sąd Okręgowy w Łodzi oddalił zażalenie wnioskodawczyni. W uzasadnieniu wskazał, że postępowanie upadłościowe wobec osoby fizycznej powinno być prowadzone, gdy stan niewypłacalności był następstwem okoliczności wyjątkowych i niezależnych od dłużnika. Dla przykładu taką okolicznością mogłaby być nagła choroba dłużnika. Jednak w przypadku wnioskodawczyni nie można mówić o nagłej chorobie, bowiem dłużniczka od 1998 r. choruje na epilepsję i leczy się w poradni zdrowia psychicznego. Sąd podniósł ponadto, że dłużniczka mając dochody w kwocie 460 zł miesięcznie netto mogła i powinna przypuszczać, iż będzie miała kłopoty ze spłatą rat zaciągniętych kredytów i pożyczek. Wobec tego można mówić o zawinionym działaniu dłużniczki, która zaciągając nowe zobowiązania uczyniła sobie z kredytów i pożyczek źródło dochodu. Nie mając możliwości spłaty zobowiązań z uzyskiwanych dochodów i posiadanego majątku dłużniczka bezpodstawnie przypuszczała, że zaciągane zobowiązania spłaci.

26. Sąd Okręgowy w Łodzi (X Gz 15/10) oddalając zażalenie wnioskodawcy wyjaśnił, że postępowanie upadłościowe wobec osoby fizycznej powinno być prowadzone, gdy stan niewypłacalności był następstwem okoliczności wyjątkowych i niezależnych od dłużnika. Dla przykładu taką okolicznością mogłaby być nagła

choroba dłużnika. Jednak w przypadku wnioskodawczyni nie można mówić o nagłej chorobie, bowiem dłużnik od 20 lat leczy się w Poradni Zdrowia Psychicznego. Jednocześnie jednak nie jest ubezwłasnowolniony i nie wykazał, że istnieją podstawy do jego ubezwłasnowolnienia. W niniejszej sprawie dłużnik – jak sam wyjaśnił – zarabia 1000 zł, z tego płaci 320 zł na alimenty, a mimo to zawierał kolejne umowy kredytowe, doprowadzając do aktualnego zadłużenia na łączną kwotę ponad 120.000 zł. Zaciągając kolejne zobowiązania mógł więc przypuszczać, że z uwagi na brak dochodów będzie miał kłopoty ze spłatą rat zarówno kredytów, które były już uruchomione, jak i nowo otwartych. Wobec tego można mówić o rozmyślnym działaniu dłużnika, który zaciągał nowe zobowiązania będąc już niewypłacalnym, nie mając możliwości spłaty zobowiązań z uzyskiwanych dochodów i posiadanego majątku. Co najmniej zaś można przyjąć, że na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa bezpodstawnie przypuszczał, że zaciągane zobowiązania spłaci.

27. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy Katowice–Wschód w Katowicach (V GU 130/09/11) wnioskodawca wskazał, że brał kredyty na remont mieszkania i leczenie, zaś jako przyczynę niewypłacalności podał obniżenie dochodów (w dwóch zakładach pracy) z powodu zmiany warunków zatrudnienia, która została wywołana kryzysem gospodarczym. Sąd oddalił wniosek ze względu na brak okoliczności wyjątkowych i niezależnych oraz na podstawie art. 13. W uzasadnieniu wskazał, że zamiar przeprowadzenia remontu mieszkania nie usprawiedliwiał zaciągania zobowiązań pieniężnych bez uwzględnienia możliwości zmiany w przyszłości sytuacji finansowej dłużnika na niekorzyść, co w obecnych warunkach gospodarczych należało przyjmować za prawdopodobne, zwłaszcza w latach 2008–2009. Ponadto, zwykłe doświadczenie życiowe, bez względu na posiadane wykształcenie, nakazuje wręcz, by ewentualne pożyczki zaciągać po rozważeniu możliwości ich spłaty także w przypadku nieprzewidzianego spadku dochodów w przyszłości. Takie postępowanie staje się tym bardziej wymagane w sytuacji, gdy osoba zaciągająca kilka pożyczek poważnie choruje – jak to ma miejsce w odniesieniu do dłużnika i kiedy właśnie także z powodu choroby może nastąpić spadek dochodów, a jednocześnie wzrost wydatków na leczenie. Sąd ponadto podniósł, że dłużnik w stosunkowo krótkim czasie, tj. od maja 2008 r. do marca 2009 r., zaciągnął przynajmniej dziewięć pożyczek, w tym jedną na sumę 36.000 zł, a uzyskane środki przeznaczył, w dużej części na remont mieszkania, które nie stanowiło jego własności, i w którym już w październiku 2009 r. nie zamieszkiwał. Tak więc dłużnik poniósł nakłady na cudze mieszkanie i nawet z niego nie skorzystał. Zdaniem sądu, trudno uznać takie postępowanie dłużnika za rozsądne.

28. Sąd Okręgowy w Katowicach (XIX Gz 113/10) oddalając zażalenie wnioskodawcy stwierdził, że niewątpliwie globalny kryzys gospodarczy wpłynął na sytuację ekonomiczną przedsiębiorców, czego konsekwencją była konieczność zmniejszenia poziomu zatrudnienia lub zmniejszenie wymiaru czasu pracy. Okoliczności te bezpośrednio wywarły skutek w postaci obniżenia wysokości uzyskiwanych dochodów przez dłużnika. Zdaniem sądu, ogłoszenie upadłości dłużnika nie jest jednak uzależnione od tego, by stan niewypłacalności w pewnej części był

spowodowany okolicznościami od dłużnika niezależnymi i wyjątkowymi, ale co wymaga szczególnego podkreślenia, ustawodawca wymaga by stan ten w całości zaistniał na skutek tego typu okoliczności. Zdaniem sądu, skutek w postaci zaprzestania terminowego regulowania wymagalnych należności z całą pewnością zaistniał z uwagi na wiele przyczyn, wśród których znajdują się również te, na które zwrócił uwagę skarżący. W ocenie sądu, mając na uwadze zasady doświadczenia życiowego, nie można jednak pominąć faktu, że przez zaciąganie szeregu zobowiązań na kwotę w wysokości w sumie ponad 60.000 zł skarżący w istotnym stopniu przyczynił się do swej niewypłacalności. Uwzględniając jedynie zobowiązania wobec instytucji kredytowych suma miesięcznych rat apelującego w okresie, w którym pokrywają się terminy wymagalności wszystkich zobowiązań wynosi 1621 zł, co przy zarobkach dłużnika w wysokości 2500 zł netto, osiąganych w okresie pracy w godzinach nadliczbowych, stanowi znaczne obciążenie. Sąd ustalił ponadto, iż dodatkowo skarżący zobowiązany jest w stosunku do pięciu innych wierzycieli, a każda z tych wierzytelności posiadała stosunkowo krótki termin wymagalności. Z kolei wzorzec należytej staranności wymaga, by nie doprowadzać do sytuacji, w której około 64% kwoty wynagrodzenia wynoszącej 2500 zł netto obciążonych jest długoterminowymi zobowiązaniami. Zdaniem sądu, z całą pewnością postępując zgodnie z powyższym wzorcem skarżący znajdując się w takiej sytuacji nie powinien był zaciągać kolejnych zobowiązań. Sąd nie podzielił argumentacji skarżącego, która miała na celu obarczenie odpowiedzialnością za stan niewypłacalności instytucji kredytowych. Sąd wskazał, że mając na uwadze zasady doświadczenia życiowego, zwłaszcza sytuację, jaka miała miejsce w okresie zaciągania przez skarżącego zobowiązań, nie sposób racjonalnie twierdzić, że „najwyższej klasy” specjaliści dokonywali analizy jego możliwości spłat rat kredytów tym samym wyłączyli odpowiedzialność swych klientów za ewentualne trudności w spełnieniu zobowiązań. Jest faktem powszechnie znanym, że w okresie o którym mowa, instytucje kredytowe udzielając pożyczek lub kredytów wymagały od potencjalnych kredytobiorców spełnienia jedynie niezbędnego minimum wymagań formalnych, a w ramach konkurencji z innymi podmiotami działającymi na rynku obniżały owe wymagania celem zachęcenia do skorzystania ze swych usług jak największej liczby klientów. Powyższa sytuacja w dostępie do kredytu zapewne w jakimś stopniu wpłynęła na niewypłacalność skarżącego. Zdaniem sądu wzorzec należytej staranności wymaga jednak, by przy ocenie własnych możliwości spłaty zaciąganych zobowiązań uwzględnić również fakt, że sytuacja majątkowa wraz z biegiem czasu może ulec zmianie, w tym również pogorszeniu. Nie sposób racjonalnie przypuszczać, że raz ukształtowane warunki zatrudnienia nie ulegną w przyszłości jakimkolwiek modyfikacjom. Zwłaszcza należy zwrócić uwagę, że kwota 2500 zł netto stanowiąca dochód skarżącego w okresie dobrej w jego ocenie sytuacji majątkowej była uzyskiwana w wyniku pracy w godzinach nadliczbowych, która ze swej istoty ma charakter wyjątkowy, uzależniona jest od bieżących potrzeb pracodawcy, a w świetle przepisów prawa pracy nie może stać się regułą. Rozważając zatem możliwość zaciągania zobowiązań w tak znacznej w stosunku do dochodów wysokości skarżący powinien był uwzględnić powyższe okoliczności. Zdaniem sądu, o ile występowanie globalnego kryzysu gospodarczego można niewątpliwie uznać za okoliczność wyjątkową i niedającą

się przewidzieć, o tyle zmniejszenie pracownikowi wymiaru czasu pracy, na co powołuje się skarżący, do takich okoliczności nie należy. Niestabilność zatrudnienia jest charakterystycznym elementem aktualnej sytuacji na rynku pracy, której analiza prowadzi do wniosku, że utrata pracy bądź zmniejszenie wymiaru czasu pracy jest sytuacją powszechną i dotyczącą znaczną część społeczeństwa. Nie sposób zatem twierdzić, że obniżenie dłużnikowi wymiaru czasu pracy, które było jedną z przyczyn niewypłacalności, jest okolicznością wyjątkową. Zdaniem sądu, skarżący przyjmując na siebie zobowiązania w wysokości przekraczającej możliwości ich spłaty w istotny sposób doprowadził do stanu swej niewypłacalności.

29. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy Katowice–Wschód w Katowicach (X GU 78/09/5) wnioskodawca, osoba bezrobotna, bez jakiegokolwiek majątku, we wniosku o ogłoszenie upadłości przytoczył następujące okoliczności: „zaraz potem jak wzięłam kredyt firma, w której pracowałam nie przedłużyła mi umowy o pracę, która zawarta była na czas określony”. Sąd oddalając wniosek przyjął, że dłużnik pobierając, w trakcie zatrudnienia, wynagrodzenie w kwocie 900 zł, z której to kwoty opłacał alimenty do kwoty 200 zł, przy swojej niestabilnej sytuacji zawodowej – braku umowy zawartej na czas nieokreślony – wykazał się wyjątkowo nieracjonalnym działaniem zaciągając zobowiązanie kredytowe. Powołany na wstępie przepis wymaga od dłużnika odpowiedzialnego i racjonalnego działania, mierzonego do możliwości płatniczych, jakie dłużnik posiada i posiadać będzie w najbliższym czasie. Sąd Okręgowy w Katowicach (XIX Gz 435/09) zażalenie wnioskodawcy oddalił.

30. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy Katowice–Wschód w Katowicach (X GU 42/10/3) wnioskodawczyni jako przyczynę niewypłacalności podała problemy ze zdrowiem oraz śmierć męża, który był głównym żywicielem rodziny. Sąd rejonowy oddalił wniosek zaś w uzasadnieniu wskazał, że śmierci męża dłużniczki, która według wnioskodawczyni spowodowała niemożność spłaty zobowiązań, nie można uznać za zdarzenie wyjątkowe. Dłużniczka zaciągając kolejne kredyty powinna liczyć się z sytuacją, w której będzie zmuszona spłacać zobowiązania samodzielnie mając do dyspozycji jedynie posiadane przez siebie środki. Śmierć współmałżonka jest zapewne okolicznością niezależną, jednak z całą pewnością nie jest to zdarzenie wyjątkowe.

30. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy Katowice–Wschód w Katowicach (X GU 233/09/3) wnioskodawczyni, emerytka bez jakiegokolwiek majątku, wskazała, że brała kredyty na leczenie i pomoc dla syna. Syn wyjechał, zaś wnioskodawczyni „została z kredytami”. Sąd wniosek oddalił ze względu na brak okoliczności niezależnych i wyjątkowych oraz na podstawie art. 13 p.u.n. Wskazał, że pomoc synowi na nieokreślone cele i koszty leczenia, podczas gdy zapewniona jest opieka zdrowotna z ubezpieczenia społecznego nie usprawiedliwia pobrania kredytów w tak dużej wysokości, tym bardziej, gdy dochody są niskie, przez co możliwość spłaty niepewna.

31. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy Katowice–Wschód w Katowicach (X GU 4/10/4) wnioskodawczyni wskazała, że przyczyną niewypłacalności

są przewlekłe choroby, na które choruje, tj. depresja, zwłóknienie płuc, niedotlenienie serca, które jest powiązane z układem krążenia, a także choroby reumatyczne. Dodatkowo podniosła, że jej miesięczne wydatki na leki wynoszą 400 zł, zaś obecna sytuacja skłania ją do dzielenia leków, aby starczyło do następnego miesiąca. Z renty w wysokości 1180 zł musi również opłacić mieszkanie, energię, gaz i prąd. Po opłaceniu i wykupieniu leków zostaje jej na życie 200 zł na miesiąc. Sąd wniosek oddalił ze względu na brak okoliczności wyjątkowych i niezależnych oraz na podstawie art. 13 p.u.n. Wskazał, że dłużniczka zaciągała zobowiązania będąc niewypłacalną, zaś wskazane przez nią okoliczności w postaci złego stanu zdrowia nie są okolicznościami wyjątkowymi. Sąd stwierdził, że na zły stan zdrowia skarży się wielu ludzi w wieku zbliżonym do dłużniczki, a nierzadko również ludzi młodszych. Na podstawie doświadczenia życiowego, bez względu na posiadane wykształcenie, dłużniczka mogła przewidzieć, że nie będzie w stanie spłacić zaciągniętych kredytów i pożyczek wraz z odsetkami z posiadanej renty rodzinnej, która nie starcza jej nawet na zaspokojenie podstawowych potrzeb życiowych związanych z zakupem żywności, uiszczaniem opłat za dostarczane media oraz opłat czynszowych i zakup leków.

32. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Kielcach (V GU 15/09), sąd oddalając wniosek ze względu na brak okoliczności niezależnych i wyjątkowych wskazał, że okolicznościami takimi mogą być np. nagłe choroby, niepełnosprawność, utrata pracy, okradzenie. Dłużnik załączył do wniosku karty informacyjne ze szpitala oraz orzeczenie o stopniu niepełnosprawności, w żaden sposób nie wykazał jednak, aby przebyte choroby i niepełnosprawność miały związek z powstałym zadłużeniem. Zdaniem sądu, z treści wniosku i załączonych do niego dokumentów jednoznacznie wynika, że zadłużenie dłużnika powstało wskutek zaciągnięcia kredytów w kilku bankach, w krótkich odstępach czasu. Dłużnik nie wskazał, w jakim celu powyższe kredyty były zaciągane i na co zostały przeznaczone otrzymane kwoty.

33. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Koszalinie (VII GU 6/10) wnioskodawczyni podała we wniosku, że od 1998 r. samotnie wychowuje dzieci, zaś mąż, z którym jest w separacji, wyjechał za granicę i przestał łożyć na utrzymanie dzieci. Z tych względów zmuszona została do brania systematycznie kredytów, aby w ogóle funkcjonować i utrzymywać rodzinę. Kredyty na koszty nauki dzieci, na utrzymanie wymagającej opieki matki, brata i syna (częste wizyty u prywatnych lekarzy w różnych częściach kraju, bardzo drogie leki). Sąd oddalając wniosek wskazał, że niewypłacalność nie powstała wskutek wyjątkowych i niezależnych okoliczności. Przyznał, że bez wątpienia wnioskodawczyni spotkała poważne problemy rodzinne wymagające od niej dużego nakładu pracy i poświęcenia czasu dla opieki nad bliskimi. Problemy te nie miały jednak bezpośredniego przełożenia na powstałe zadłużenie w wysokości 328.000 zł. Wnioskodawczyni sama przyznała, że większość zadłużenia jest efektem kumulujących się odsetek od kredytów gotówkowych. Wysokość rat kredytu gotówkowego wraz z odsetkami jest podawana dłużnikowi do jego wiadomości przez instytucje finansowa w momencie udzielenia kredytu. Nie są to wartości nieprzewidywalne, których

zaciągająca zobowiązanie nie mogła się spodziewać. Sąd podniósł również, że wnioskodawczyni nie wskazała, żeby jej jedyne źródło dochodu, wynagrodzenie za pracę, miało ulec zmniejszeniu i w konsekwencji stanowić nieprzewidywalną okoliczność, która zachwiałaby jej płynnością finansową. Wnioskodawczyni nie przytoczyła żadnego racjonalnego uzasadnienia, dla którego miałyby pozostawać w przeświadczeniu, że po zaciągnięciu kolejnych kredytów na spłatę poprzednich zaległości nie popadnie w większe zadłużenie. Niewypłacalność wnioskodawczyni powstała na skutek jej niegospodarnego i nieracjonalnego zarządzania środkami finansowymi.

34. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (XIV GU 99/09), sąd oddalając wniosek o ogłoszenie upadłości wyjaśnił, że do wyjątkowych i niezależnych okoliczności powodujących niewypłacalność kwalifikują się takie zdarzenia niezależne od woli dłużnika jak np. pożar, powódź, katastrofy, nagła choroba, kalectwo, nagła i niespodziewana śmierć osoby, z którą dłużnik prowadził i finansował wspólne gospodarstwo domowe. Ponadto dłużnik nie może działać niedbale lub lekkomyślnie w zakresie gospodarowania swoimi finansami i co najmniej przewidywać, w zakresie usprawiedliwionym okolicznościami i przeciętną wiedzą, skutki swego postępowania w tej mierze. O roztępnym działaniu dłużnika można mówić na przykład wtedy, gdy zaciągał nowe zobowiązania będąc już niewypłacalnym i nie mając możliwości spłaty tych zobowiązań z uzyskiwanych dochodów i posiadanego majątku, bądź na skutek lekkomyślności lub niedbalstwa, bezpodstawnie przypuszczał, że zaciągnięte zobowiązania spłaci. Zdaniem sądu niewypłacalność dłużniczki wynika przede wszystkim z niemożności obsługi finansowej dotychczas zaciągniętych zobowiązań kredytowych, a pomimo tego stanu rzeczy dłużniczka zaciągała nowe zobowiązania i nie spłacała ich, bądź spłacała w niezadowalającym stopniu, pogłębiając konsekwentnie stan swojej niewypłacalności. Zachowanie to uznać należy, zdaniem sądu, co najmniej za lekkomyślne, a tezę tę wzmacnia dodatkowo okoliczność pogorszenia jej stanu zdrowotnego. Hospitalizacja i pozbawienie, bądź ograniczenie ze względów zdrowotnych możliwości zarobkowania, powinno dłużniczkę skłonić do szczególnej ostrożności przy zaciąganiu nowych zobowiązań finansowych, co do których nikłe były szanse ich spłaty. Konieczność zaspokojenia z zaciąganych wówczas kredytów bieżących finansowych potrzeb, związanych m.in. z pokryciem kosztów rehabilitacji czy zakupu leków, nie może stanowić okoliczności usprawiedliwiającej w sytuacji, gdy jej poprzednie zobowiązania nie zostały pokryte.

35. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (XIV GU 142/09) wnioskodawczyni wskazała we wniosku, że ma 65 lat, mieszka od 3 lat samotnie, utrzymuje się wyłącznie z emerytury w wysokości ok. 1000 zł. W grudniu 2006 r. nagle zmarł jej mąż, w wieku 63 lat z powodu wylewu. Mąż dłużniczki pozostawił w chwili śmierci dłużniczce do spłaty zadłużenie z tytułu zaciągniętych kredytów i pożyczek gotówkowych, o których dłużniczka nie wiedziała, a które spłacała. W związku z brakiem środków na bieżące utrzymanie siebie oraz spłacanie zadłużenia dłużniczka wpadła w tzw. „błędne koło kredytowe”, skutkiem którego było zaciąganie coraz większej liczby kredytów,

w tym konsolidacyjnych, których koszty znacznie przerosły możliwości finansowe dłużniczki. Dłużniczka żyjąc samotnie nie zdawała sobie sprawy z konsekwencji podejmowanych działań. Była załamana po nagłej stracie męża. W zasadzie nie kontrolowała swoich nieracjonalnych zachowań. Za namową córki dłużniczka zaczęła uczęszczać do psychologa, a córka w tym czasie pomagała w spłacie zobowiązań. Łączna kwota zadłużenia wynosi ok. 130.000 zł, zaś łączna miesięczna rata przeznaczona na spłaty to kwota ok. 4000 zł. Zdaniem wnioskodawczynie stan depresji spowodowany niezależnymi okolicznościami w postaci nagłej śmierci męża oraz przerastająca dłużniczkę sytuacja finansową uzasadnia ogłoszenie wobec niej upadłości. Sąd oddalił wniosek na podstawie art. 491³ ust. 1 oraz art. 13 p.u.n. przyjmując jednak, że niewypłacalność powstała wskutek wyjątkowych, niezależnych okoliczności, tj. nagłej śmierci męża wnioskodawczynie i konieczności spłaty zaciągniętych przez niego kredytów i pożyczek. Jednocześnie sąd podniósł, że wnioskodawczynie, mając skromne dochody w postaci emerytury i żadnego znacznego majątku, zaciągając kolejne kredyty pogłębiła swoją niewypłacalność, czym wypełniła dyspozycję art. 491³ ust. 1 p.u.n.

36. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi (XIV GU 50/09) wnioskodawczynie jako okoliczności uzasadniające wniosek o ogłoszenie upadłości wskazała problemy ze zdrowiem, śmierć męża oraz kradzież środków finansowych w wysokości 5000 zł pozyskanych z umowy kredytowej na cele konsumpcyjne. Sąd wniosek oddalił na podstawie art. 491³ ust. 1 oraz art. 13 p.u.n. W ocenie sądu podane przez dłużniczkę okoliczności nie mogą usprawiedliwiać jej niewypłacalności. Mąż dłużniczki zmarł bowiem 11.05.2007 r., przy czym zgon nie był nagły, a poprzedzony chorobą. Przed śmiercią męża dłużniczka miała już uruchomione 4 kredyty. Po śmierci męża, pomimo niespłacenia kredytów dłużniczka zawierała kolejne umowy kredytowe, a w okresie zawierania umowy kredytowej z 28.09.2007 r. była już częściowo niewypłacalna. Nie przeszkodziło to jednak dłużniczce w zaciągnięciu kolejnych 6 kredytów, ostatniego w grudniu 2008 r. Biorąc powyższe pod uwagę sąd doszedł do przekonania, że nie śmierć męża była przyczyną niewypłacalności dłużniczki, ale narastające zobowiązania pieniężne wynikające z zawieranych umów kredytowych już po śmierci męża. Wnioskodawczynie zaciągając kolejne zobowiązania finansowe przy posiadanych wcześniej niespłaconych długach generowała swoje zadłużenie. Jako osoba posiadająca doświadczenie życiowe powinna przewidywać skutki swych działań, w postaci swojej niewypłacalności. Sąd wskazał ponadto, że po śmierci męża dłużniczka nie mogła liczyć na żadne dodatkowe środki finansowe, ponadto – jak oświadczyła w złożonym wniosku – jest osobą niepełnosprawną, zaś jej jedynym źródłem utrzymania jest niewysoka renta. Zdaniem sądu kradzież pieniędzy w grudniu 2008 r. mogła się jedynie przyczynić do stopnia niewypłacalności wnioskodawczynie, nie była natomiast okolicznością powodującą jej niewypłacalność, gdyż nastąpiła w momencie, kiedy dłużniczka posiadała nieuregulowane zobowiązania wynikające z 13 umów kredytowych.

37. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Nowym Sączu (V GU 9/09) sąd ustalił, że dłużniczka od wielu lat choruje na chorobę niedokrwienia serca oraz

nadciśnienie tętnicze oraz wykazuje zaburzenia gospodarki lipidowej. W 2004 r. przeszła zawał mięśnia sercowego. W październiku 2008 r. przeszła operację zespolenia tętnicy piersiowej wewnętrznej lewej z gałęzią komorową przednią oraz tętnicy piersiowej wewnętrznej prawej z prawą tętnicą wieńcową. W dniach od 5 listopada do 2 grudnia 2008 r. odbyła rehabilitację kardiologiczną. Wymaga przewlekłego leczenia dietetycznego i farmakologicznego, oszczędzającego trybu życia oraz kontroli specjalistycznej. Zdaniem sądu przebyta operacja, co do zasady może być zdarzeniem usprawiedliwiającym wniosek o ogłoszenie upadłości, ale w rozpoznawanej sprawie zdarzenie to nie wpłynęło na utratę dochodów przez dłużniczkę lub ich znaczny spadek skutkujący jej niewypłacalnością, jak bowiem ustalono dłużniczka do grudnia 2008 r. na bieżąco regulowała swoje zobowiązania. Przyczyną trudności finansowych dłużniczki nie był zatem przebyty zabieg czy przewlekła choroba, ale zaciąganie kolejnych zobowiązań, których dłużniczka nie była już w stanie spłacać z uwagi na wcześniejsze zobowiązania.

38. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Nowym Sączu (V GU 22/09) wnioskodawczyni wskazała we wniosku, że przyczyną niewypłacalności jest utrata pracy. Sąd oddalając wniosek wyjaśnił, że zdarzenie takie jak utrata pracy co do zasady może być zdarzeniem usprawiedliwiającym wniosek o ogłoszenie upadłości, jednak w rozpoznawanej sprawie dłużniczka wiedząc o tym, że jest zatrudniona wyłącznie na czas określony (do 30.06.2009 r.) zaciągała kolejne zobowiązania kredytowe, których termin płatności przypadał na lata 2012–2013, nie posiadając zdolności kredytowej i będąc już osobą niewypłacalną. W sytuacji braku środków na spłatę już wymagalnych zobowiązań zawierała także umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, z których nie jest w stanie się wywiązać. Przyczyną trudności finansowych dłużniczki nie była zatem wyłącznie utrata pracy, ale zaciąganie kolejnych nadmiernych zobowiązań finansowych, których dłużniczka nie była już w stanie spłacić z uwagi na wcześniejsze zobowiązania.

39. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy w Radomiu (V GU 37/09) sąd uznał, że okolicznością wyjątkową w życiu dłużniczki był rozwód przyjmując jednocześnie, że nie była to okoliczność zupełnie niezawiniona, skoro wnioskodawczyni zgodziła się na rozwód bez orzekania o winie męża.

6.5.3 *Majątek niewystarczający na zaspokojenie kosztów postępowania*

W sprawach będących przedmiotem badania, sądy oddalając wnioski o ogłoszenia upadłości na podstawie art. 13 p.u.n. z reguły ograniczały się do konstatacji, że dłużnik nie dysponuje majątkiem na zaspokojenie kosztów postępowania oraz, że z tego powodu wniosek podlega oddaleniu niekiedy dodając, iż okoliczność ta jest oczywista czy też, że nie budzi wątpliwości. W niektórych orzeczeniach podawały bardziej lub mniej szczegółowe zestawienie kosztów postępowania oraz argumenty odnosząc się do celu postępowania upadłościowego. Wskazywano, że celem postępowania upadłościowego nie jest likwidacja majątku dłużnika dla samej likwidacji, że postępowanie upadłościowe ma zmierzać do zaspokojenia wierzycieli choćby w minimalnym stopniu, że w razie braku majątku służącego

na zaspokojenie wierzycieli, a tym bardziej w wypadku braku środków na koszty postępowania upadłościowego, nie wszczyna się postępowania upadłościowego, a wniosek o wszczęcie należy oddalić. Argumentowano, że uwzględnienie wniosku w sytuacji, w której majątek dłużnika nie wystarcza na zaspokojenie nawet kosztów postępowania sprzeciwiałoby się celowi postępowania, którym jest wspólne dochodzenie roszczeń przez wierzycieli. Przeprowadzenie postępowania w sytuacji, w której pokryte zostałyby tylko koszty nie doprowadziłoby do zaspokojenia wierzycieli nawet w najmniejszym stopniu, przeciwnie pogorszyłoby sytuację wierzycieli, którzy zamiast zaspokoić swoje roszczenia, musieliby się godzić na zaspokojenie kosztów postępowania z ostatnich składników majątku dłużnika.

Sądy wymagają od dłużnika nie tylko tego, aby dysponował majątkiem, który wystarcza na zaspokojenie kosztów postępowania, ale także majątkiem, który pozwala na choćby częściowe, realne (nie zaś tylko symboliczne) zaspokojenie wierzycieli. W kilku orzeczeniach podkreślono, że fakt zwolnienia wnioskodawcy z kosztów postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości nie ma najmniejszego wpływu na konieczność pokrycia kosztów postępowania prowadzonego po ogłoszeniu upadłości, że koszty te na zasadach ogólnych powinny zostać pokryte z majątku wchodzącego w skład masy upadłości. Są to bowiem dwa odrębne postępowania, dla których ustawodawca przewidział inne warunki finansowania i tylko w przypadku postępowania o ogłoszenie upadłości dopuścił możliwość zwolnienia wnioskodawcy od kosztów.

W praktyce sądowej powstały istotne rozbieżności w zakresie szacowania prawdopodobnych kosztów konsumenckiego postępowania upadłościowego. Podawane przez sądy szacunkowe koszty dotyczyły spraw, w których dłużnik albo nie miał w zasadzie żadnego majątku (a przynajmniej takiego, który nadawałby się do spieniężenia), albo majątek ten był nieznaczny. Różnice między poszczególnymi sądami, a nawet sędziami są zaskakujące. Sądy wskazywały kwoty od 3000 zł, 7000–8000 zł, 12.000 zł, 15.000 zł, do 22.000 zł, w jednym sądzie była nawet mowa o bliżej nieokreślonej kwocie kilkudziesięciu tysięcy.

Różne były np. stawki wynagrodzenia syndyka: 500 zł, 600 zł, 1200 zł, 2000 zł, 10.000 zł. Niekiedy sądy podawały koszty niezbędne do prowadzenia postępowania przez okres 6 miesięcy, w innych wypadkach przez okres jednego roku. Niewątpliwie nie bez znaczenia jest to, czy sąd ustalił koszty na poziomie 3000 zł, czy 22.000 zł, czy ustalił koszty niezbędne za okres sześciu miesięcy, jednego roku, czy np. pięciu lat. W wielu sprawach sądy oddalały wnioski, gdy dłużnik dysponował kwotą np. 20.000 zł, z kolei w innych ogłaszały upadłość w sprawach, w których dłużnik dysponował znacznie mniejszą kwotą. Różnice te są rażące, niezrozumiałe i nie do zaakceptowania zważywszy, że dotyczą spraw o zbliżonych stanach faktycznych.

Jeżeli chodzi o szacowanie kosztów postępowania należy zarzucić sądom upadłościowym szabloność, brak indywidualnego podejścia uwzględniającego realia konkretnej sprawy. Stosowane szablony, często w sposób bezrefleksyjny, na zasadzie automatyzmu, były przenoszone z postępowania prowadzonego wobec przedsiębiorcy, z pominięciem odrębności występujących w upadłości konsumenckiej. Tytułem przykładu można podać, że stosunkowo często sądy zaliczały do kosztów postępowania prowadzonego wobec osoby fizycznej nieprowadzącej

działalności gospodarczej koszty obwieszczenia postanowienia o ogłoszenia upadłości w Monitorze Sądowym i Gospodarczym oraz koszty opublikowania w dzienniku o zasięgu lokalnym, pomijając w tym zakresie treść art. 491² ust. 3 p.u.n. Z kolei szacując koszty związane z wynagrodzeniem i wydatkami syndyka, w zasadzie nie brały pod uwagę treści art. 491² ust. 5 p.u.n.

Warto też podkreślić, że w 18 sprawach sądy oddaliły wniosek o ogłoszenie upadłości przyjmując jednocześnie, że niewypłacalność dłużnika powstała z przyczyn wyjątkowych i niezależnych od niego, że nie ogłoszono upadłości tylko ze względu na brak środków na pokrycie kosztów postępowania.

Prawidłowe oszacowanie niezbędnych kosztów postępowania niewątpliwie ma istotne znaczenie, bowiem w konkretnym przypadku może decydować o uwzględnieniu lub oddaleniu wniosku. Dla pełnego obrazu praktyki warto sięgnąć do poniższych przykładów.

1. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (X GU 150/09) sąd oddalając na podstawie art. 13 p.u.n. wniosek o ogłoszenie upadłości ustalił, że dłużnik nie ma żadnego majątku i utrzymuje się wyłącznie z emerytury w kwocie 2045 zł netto. Sąd przyjął, że koszty postępowania będą wynosiły, przy założeniu, że postępowanie nie będzie trwało krócej niż 6 miesięcy – 10.000 zł (średnio nie mniej niż 1800 zł miesięcznie). Sąd podniósł, że tylko część emerytury dłużnika wynoszącej 2045 zł netto weszłaby do masy upadłości i mogłaby być przeznaczona na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego.

2. W sprawie rozpoznanej przez Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy w Warszawie (X GU 279/09) wniosek o ogłoszenie upadłości złożył rencista (renta inwalidzka 1211 zł), bez jakiegokolwiek majątku. Sąd oddalając wniosek na podstawie art. 13 p.u.n. wyjaśnił, że łączne koszty nawet niewielkiego i nieskomplikowanego postępowania upadłościowego przekraczają kwotę 10.000 zł: koszty ogłoszeń 3500 zł, koszty wszelkiej korespondencji w toku całego postępowania 500 zł, wydatki ponoszone przez syndyka około 500 zł na miesiąc, wynagrodzenie syndyka miesięcznie około 630 zł. Podobnie ten sam sąd oszacował koszty w sprawach (X GU 297/09, X GU 310/09, X GU 34/10, X GU 73/10, X GU 99/10), z kolei w sprawie X GU 215/09 oszacował koszty na minimum 8000 zł.

3. Sąd Rejonowy w Bielsku Białej minimalne koszty postępowania określił na kwotę 5000–6000 zł. Do kosztów tych zaliczył koszty obwieszczeń o ogłoszeniu upadłości, sporządzeniu listy, umorzeniu lub ukończeniu postępowania – 2400 zł, wynagrodzenie syndyka – 2000 zł, koszty biurowe i opłaty urzędowe – 600 zł – (por. sprawy VI GU 2/10, VI GU 60/09, VI GU 55/09, VI GU 48/09, VI GU 41/09, VI GU 25/09, VI GU 24/09, VI GU 23/09, VI GU 20/09, VI GU 10/10). Z kolei w sprawie VI GU 54/09 koszty te oszacował na kwotę „około 8000 zł”.

4. Sąd Rejonowy w Bydgoszczy (XV GU 12/10) oddalając wniosek na podstawie art. 13 wyjaśnił, że przy interpretowaniu pojęcia majątku w znaczeniu art. 13 ust. 1 trzeba mieć na względzie cel przyjętego unormowania – jest nim

zapobieżenie ogłaszania upadłości dłużników, których majątek oczywiście nie wystarczy nawet na zaspokojenie kosztów postępowania. Chodzi tu zatem o majątek, który można spieniężyć bez nadzwyczajnych trudności. Wykładnia gramatyczna omawianego przepisu również prowadzi do takiej konkluzji. Sąd ustalając majątek i oceniając jego wartość z punktu widzenia przesłanki jego wystarczalności na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego uwzględniać powinien wyłącznie stan czynny majątku. Zdaniem sądu majątek dłużnika pojmować należy w rozumieniu prawnorzeczowym – wyłącznie jako aktywa, nie są nim natomiast objęte wierzytelności i roszczenia, których realizacja w toku postępowania upadłościowego z natury rzeczy jest niepewna.

5. Sąd Rejonowy w Bydgoszczy szacował koszty postępowania na kwotę 11.000–13.000 zł (przy założeniu, że syndyk otrzyma za swoją pracę kwotę 1276 zł miesięcznie, stanowiącą minimalne wynagrodzenie za pracę w roku 2009, a postępowanie będzie trwało minimum 6 miesięcy – sprawy V GU 64/09, XV GU 58/09).

6. Sąd Rejonowy Poznań–Stare Miasto w Poznaniu koszty postępowania określił na kwotę co najmniej 7820 zł (sprawy XI GU 240/09; XI GU 227/09, XI GU 164/09, XI GU 26/10, XI GU 142/09), co najmniej 8800 zł (sprawy XI GU 161/09, XI GU 162/09, XI GU 172/09), co najmniej 10.820 zł (sprawa XI GU 177/09), szczegółowo określając, co wchodzi w skład tych kosztów.

7. Sąd Rejonowy w Jeleniej Górze (VIII GU 66/09) ustalił, że dłużnik osiąga dochód z tytułu emerytury w wysokości 1200 zł miesięcznie oraz, że nie posiada ani majątku ruchomego, ani nieruchomości, prócz małowartościowych rzeczy do codziennego użytku. Sąd wskazał, że w takiej sytuacji trudno określić dokładną wysokość kosztów postępowania upadłościowego, jednak przy dość przybliżonej kalkulacji, kształtują się one w granicach ok. 15.000, dla upadłości „konsumenckiej”.

8. Sąd Rejonowy w Kaliszu oszacował koszty na kwotę co najmniej 5000 (sprawy V GU 10/10, V GU 88/09, V GU 64/09, V GU 61/09, V GU 60/09, V GU 58/09).

9. Sąd Rejonowy w Kielcach szacunkowe koszty postępowania upadłościowego ustalił na poziomie 5000–10.000 zł (w sprawach V GU 2/10, V GU 30/09, V GU 37/09, V GU 33/09, V GU 34/09, V GU 36/09).

10. Sąd Rejonowy w Lublinie (VIII GU 144/09) oddalając wniosek o ogłoszenie upadłości przyjął, że koszty postępowania objęłyby kwotę około 3000 zł (koszty ogłoszeń – co najmniej 1000 zł, wynagrodzenie i zwrot wydatków TNS – 500 zł, wynagrodzenie syndyka – 1000 zł, koszty likwidacji majątku – 500 zł, koszty korespondencji pocztowej – 200 zł, koszty korzystania z telefonu – 200 zł, koszty materiałów biurowych – 200 zł). W sprawach XVIII GU 111/09 i XVIII GU 110/09 koszty oszacował na kwotę 7100 zł, zaś w sprawie XVIII GU 44/09 na kwotę 7400 zł.

11. Sąd Rejonowy w Łodzi wskazał, że miesięczne koszty prowadzenia postępowania upadłościowego mogą kształtować się w przedziale od 1000–2000 zł (XIV GU 166/09, XIV GU 145/09).

12. Sąd Rejonowy w Nowym Sączu (V GU 5/09) oddalając wniosek o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 13 p.u.n. wyjaśnił, że postępowanie upadłościowe w swych założeniach ma zmierzać do zaspokojenia wierzycieli dłużnika choćby w minimalnym stopniu. Celem postępowania upadłościowego nie jest natomiast likwidacja majątku dłużnika dla samej likwidacji. Dlatego też w razie braku majątku służącego na zaspokojenie wierzycieli i pokrycie kosztów postępowania nie wszczyna się postępowania upadłościowego, a wniosek o wszczęcie należy oddalić. Zdaniem sądu średni koszt postępowania upadłościowego w rozpoznawanej sprawie nie będzie niższy niż 6000–8000 zł. (koszty obwieszczeń i ogłoszeń, koszty inwentaryzacji i wyceny majątku dłużnika, koszty związane z jego sprzedażą oraz wynagrodzenie syndyka), a majątek dłużnika nie stanowi wartości większej niż 4500 zł.

13. Sąd Rejonowy w Pile (V GU 15/09) oszacował minimalne koszty postępowania na kwotę 10.000 zł.

14. Sąd Rejonowy w Szczecinie (XII GU 106/09) wskazał, że ogłoszenie upadłości wiąże się z wieloma kosztami, na które składają się przede wszystkim koszty ogłoszeń – 3000–4000 zł; wynagrodzenie syndyka – minimum – 15.000 zł; koszty biurowe – minimum 1000 zł; koszty bankowe i pocztowe – ok. 1000 zł. Łącznie minimum 20.000–21.000 zł.

W sprawie XII GU 119/09 ten sam sąd sporządził nieco inny wykaz spodziewanych kosztów: koszty ogłoszeń – 3000 zł; wynagrodzenie syndyka – minimum 8000 zł; koszty biurowe – minimum 500 zł; koszty bankowe i pocztowe – około 500 zł. Łącznie 12.000 zł.

15. Sąd Rejonowy dla Wrocławia–Fabrycznej we Wrocławiu (VIII GU 44/09) koszty postępowania określił na co najmniej 7000–8000 zł.

7. PODSUMOWANIE

Wprowadzenie upadłości konsumenckiej do polskiego systemu prawa było zabiegiem pożądanym, a nawet koniecznym. Nadmierne zadłużenie poszczególnych osób fizycznych, jak również wieloosobowych gospodarstw domowych, jest zjawiskiem na tyle powszechnym, że obecnie urasta do rangi jednego z najważniejszych problemów społecznych krajów rozwiniętych. Polska nie jest niestety wyjątkiem w tym wypadku, a dyskutowany problem stał się szczególnie widoczny w realiach obecnego kryzysu gospodarczego.

Instytucja upadłości konsumenckiej stanowi jeden z instrumentów walki z ze zjawiskiem nadmiernego zadłużenia. Wpisuje się w politykę państwa, które podejmuje określone działania, przede wszystkim o charakterze prewencyjnym. W tym kontekście zwraca się uwagę na potrzebę rehabilitacji dłużnika, uwolnienia go od

części długów, umożliwienia mu nowego startu i przeciwdziałania wykluczeniu społecznemu.

Według powszechnej opinii, wprowadzona w 2009 r. upadłość konsumencka nie sprostала oczekiwaniom społecznym, jest instytucją „martwą”, która w zasadzie nie funkcjonuje w praktyce, nie cieszy się zainteresowaniem konsumentów. Z tego tytułu ustawodawcy stawia się liczne zarzuty, które dotyczą zarówno zasadniczych założeń przedmiotowej instytucji, jak i szczegółowych rozwiązań, które budzą wątpliwości lub nie sprawdziły się w praktyce.

Wyniki badania dowodzą, że omawiana instytucja – wbrew wypowiedziom opinii – funkcjonuje w praktyce, nie jest „martwą literą prawa”. W okresie pierwszych 14 miesięcy funkcjonowania tej instytucji sądy zarejestrowały wpływ 1236 wniosków, przy czym warto podkreślić, że pierwsze wnioski o ogłoszenie upadłości konsumenckiej były wnoszone już na kilka miesięcy przed wejściem w życie stosownych przepisów. Jeden z poselskich projektów ustawy o „upadłości konsumenckiej” przewidywał, że takich wniosków może wpłynąć kilka milionów, wydaje się jednak, że racjonalny ustawodawca nie czynił takich fantastycznych i oderwanych od realiów założeń. Ustawodawca niewątpliwie oparł się natomiast na założeniu, że ogłoszenie upadłości, w konsekwencji możliwość oddłużenia, musi stanowić wyjątek, a nie regułę, że dłużnik może skorzystać z tego trybu tylko w wyjątkowych wypadkach i tylko wtedy, gdy daje gwarancję, że oddłużenie wykorzysta na nowy start w życiu. Wydaje się, że założenie to, w pewnym sensie, zostało zrealizowane. W okresie objętym badaniem upadłość ogłoszono w 16 sprawach, co mając na względzie liczbę spraw załatwionych stanowi 1,4%. W świetle tych danych ogłoszenie upadłości niewątpliwie stanowi wyjątek, nie zaś regułę.

Zamiarem ustawodawcy było wprowadzenie nowego rodzaju postępowania upadłościowego, przy czym – jak wynika to z uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej – upadłość osób fizycznych miała być przede wszystkim procedurą oddłużeniową. Ustawodawcy nie chodziło tylko o rozszerzenie katalogu podmiotów, którym przyznano zdolność upadłościową, ale o wprowadzenie nowego postępowania, opartego na odmiennych założeniach niż dotychczasowe postępowanie upadłościowe przedsiębiorców.

Zważyć należy, że inna jest nie tylko geneza, ale i aksjologia upadłości konsumenckiej. Na pierwszy plan wysunięty został interes dłużnika, który zyskał zdecydowaną przewagę nad interesami wierzycieli. Stanowi on siłę napędową tego postępowania, decyduje o jego wszczęciu i przebiegu. Wprowadzając upadłość konsumencką ustawodawca wziął jednak pod uwagę potrzebę ochrony interesów wierzycieli. Interes wierzycieli wymagał tego, aby zostali oni w jak największym stopniu zaspokojeni przez niewypłacalnego dłużnika, co w praktyce oznaczało konieczność wprowadzenia regulacji określającej sposób spieniężenia jego majątku i podziału uzyskanej sumy między wierzycieli. Z tych względów ustawodawca regulując upadłość konsumencką zdecydował się na skorzystanie z gotowych, sprawdzonych rozwiązań, których dostarczyło prawo upadłościowe dotychczas regulujące upadłość przedsiębiorców.

Pozytywnie należy ocenić sposób uregulowania podstaw ogłoszenia upadłości konsumenckiej. Na aprobatę zasługuje zwłaszcza uzależnienie ogłoszenia upadłości od zaistnienia wyjątkowych i niezależnych od dłużnika okoliczności, które

skutkowały powstaniem niewypłacalności. Tego typu ograniczenie jest uzasadnione, po pierwsze ze względu na potrzebę ochrony interesów wierzycieli, którzy ponoszą koszty procedury oddłużeniowej, po drugie ze względów społecznych, etycznych i wychowawczych.

Oddłużenie w przypadku osób, które doprowadziły do niewypłacalności na skutek lekkomyślności, niedbalstwa, braku staranności o własne interesy w sytuacji, gdy możemy postawić im zarzut, że dysponując odpowiednią wiedzą, którą miały lub powinny były mieć, oraz zdolnościami niezbędnymi do przetwarzania stosownych informacji, podejmowały decyzje nieracjonalne, ekonomicznie nieuzasadnione, które można ocenić jako przejawy niegospodarności i niedbalstwa, nie wydaje się uzasadnione i budzi moralny sprzeciw. Wydaje się też, że żadne względy nie mogą usprawiedliwiać działań podejmowanych przez dłużników na szkodę wierzycieli, a już na pewno dłużnik nie może w takich wypadkach być nagradzany i korzystać z przywilejów. Zaciąganie zobowiązań w sytuacji, gdy dłużnik ma świadomość, że nie będzie ich w stanie wykonać, nawet jeżeli działa w celu ratowania zdrowia własnego lub osoby najbliższej, nie zasługuje na ochronę. Stan wyższej konieczności (kontratyp) stanowi okoliczność wyłączającą bezprawność, nie zwalnia natomiast z odpowiedzialności cywilnej. Wierzyciele nie powinni być zmuszani do przejmowania funkcji państwa, np. w zakresie opieki społecznej, finansowania służby zdrowia. Wprowadzenie przesłanki „wyjątkowych i niezależnych okoliczności” pozwala na uwzględnienie powyższych postulatów. Jednocześnie należy wskazać, że przesłanka ta nie jest zbyt rygorystyczna i co istotne, wbrew pozorom, jest stosunkowo elastyczna. Wykładnia art. 491³ ust. 1 p.u.n. idzie w tym kierunku, że konkretne okoliczności nie są uznawane za wyjątkowe *per se*, ale wyjątkowymi czynią je okoliczności danej sprawy (zarówno o charakterze subiektywnym, jak i obiektywnym). Wyjątkowe okoliczności stanowią klauzulę generalną, której sąd nadaje konkretną treść, uzależnioną od realiów danej sprawy.

Artykuł 491³ ust. 1 p.u.n. uzależniający ogłoszenie upadłości od zaistnienia okoliczności wyjątkowych i niezależnych wymaga jednak drobnej zmiany redakcyjnej. Redakcja tego przepisu, zwłaszcza użycie określenia „w szczególności” sugeruje bowiem, że przykładem sytuacji, w której niewypłacalność dłużnika nie powstaje wskutek wyjątkowych i niezależnych od niego okoliczności jest przypadek, gdy dłużnik zaciąga zobowiązania będąc niewypłacalnym. Zaciąganie zobowiązań w stanie niewypłacalności nie ma jednak (bowiem nie może mieć) wpływu na powstanie niewypłacalności. Jest to okoliczność o charakterze następczym, która może mieć wpływ wyłącznie na pogłębienie stanu niewypłacalności. Takie zachowanie dłużnika świadczy o braku uczciwości i lojalności względem wierzycieli. Zachowanie to negatywnie zostało ocenione przez ustawodawcę i stanowi samoistną podstawę oddalenia wniosku. W pozostałym zakresie przepis ten nie wymaga zmian.

Jeżeli chodzi o zaciąganie zobowiązań w stanie niewypłacalności, to wydaje się oczywiste, że nie chodzi w tym przypadku o zaciąganie jakichkolwiek zobowiązań, ale tylko takich, które w sensie ekonomicznym są nieopłacalne, niekorzystne, powodują pogorszenie sytuacji dłużnika, w konsekwencji również jego wierzycieli.

Pewne zastrzeżenia budzi praktyka sądów upadłościowych w zakresie szacowania kosztów postępowania upadłościowego, którą charakteryzuje szablonowość, brak indywidualnego podejścia uwzględniającego realia konkretnej sprawy, przenoszenie – często w sposób bezrefleksyjny – na zasadzie automatyzmu, „gotowych wzorów” z postępowania prowadzonego wobec przedsiębiorców, z pominięciem odrębności występujących w upadłości konsumenckiej.

Summary

Marek Jaślikowski – *Grounds for declaration of consumer bankruptcy in court practice*

This article presents reflections on the tenets and results of file examination, contained in the unpublished as yet report by the Polish Institute of Justice on the functioning of consumer bankruptcy in the practice of courts. The examination included an analysis of 957 case files, which accounted for 77% of all cases initiated before bankruptcy courts in the period from 31 Mar. 2009 to 1 Jun. 2010, i.e. during the first 14 months of functioning of consumer bankruptcy, and 84% of the cases ended in that period. The examination concerned files of validly ended cases, within the areas of jurisdiction of 44 bankruptcy courts, recorded in “GU” register, i.e. cases concerning declaration of consumer bankruptcy.

Examination results prove that “consumer bankruptcy”, contrary to common opinions, functions in practice and is not just “dead letter of law”. During the first 14 months after introduction, courts recorded 1,236 motions; the first motions for declaration of consumer bankruptcy were filed a few months before the relevant provisions entered into force.

The legislator started with the premise that declaration of bankruptcy, and in consequence the possibility of debt removal, must be an exception and not the rule and that the debtor can resort to this procedure only in exceptional cases and only when he/she guarantees that debt removal will serve to make a fresh start in life. To some extent, this premise was realised. In the period covered by analysis, bankruptcy was declared in 16 cases, which is 1.4% of the number of cases dealt with. In the light of these data, declaration of bankruptcy is undoubtedly an exception.

“Consumer bankruptcy” is a new kind of bankruptcy proceedings, the basic aim of which is removal of debts of an insolvent debtor. The legislator did not intend to just extend the list of entities which were granted bankruptcy capacity, but to introduce a new kind of proceedings based on different premises than the existing bankruptcy proceedings for entrepreneurs. Debtor’s interest was brought to the fore, gaining clear advantage over creditors’ interests. It is the driving force in these proceedings, decisive for their initiation and course. However, when introducing consumer bankruptcy, the legislator also considered the need to protect interests of creditors, who obtained guarantee of satisfaction in these proceedings to the greatest extent possible.

What merits a positive assessment is also how the grounds for declaration of consumer bankruptcy were regulated and especially the fact that declaration of bankruptcy depends on the occurrence of exceptional circumstances beyond the debtor’s control, which resulted in his/her becoming insolvent. A limitation of the kind is justified, firstly, by the need to protect creditors’ interests, as they undoubtedly bear the costs of debt removal procedure, secondly for social, ethical and educational reasons.

The legislator was right to refuse the possibility of debt removal to persons who led to insolvency by their recklessness, negligence, lack of care for their own affairs. No reasons can justify measures taken by debtors to the detriment of creditors and certainly in such events

the debtor cannot be rewarded and entitled to privileges. Creditors should not be forced to take over the State's functions, e.g. in the field of welfare, financing of health care. Thanks to the introduction of a condition of "exceptional circumstances beyond control" the above can be taken into consideration.

In court practice, interpretation of Art. 4913.1 of Bankruptcy and Rehabilitation Law is such that the specific circumstances are not considered as exceptional per se, but they are made exceptional by the facts of a given case, both subjective and objective. Exceptional circumstances clause is a general one, and the court fills it with specific contents, depending on the facts of the given case.

There are, however, some reservations about the bankruptcy courts' practice of estimating the costs of proceedings, which are "boilerplate" in nature, lack individual approach in taking into accounts the facts of a given case, often lack reflection, automatism in using existing templates from proceedings concerning entrepreneurs, denying the different character of consumer bankruptcy.

Jacek Sadowski*

Rozstrzyganie sporów wyborczych – analiza praktyki sądowej

1. UWAGI WSTĘPNE – CEL I PRZEDMIOT BADAŃ

Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza orzecznictwa sądów powszechnych w sprawach dotyczących sporów wyborczych, to jest w sprawach toczących się w okresie kampanii wyborczej na skutek złożenia wniosku o wydanie orzeczenia w przedmiocie:

- zakazu rozpowszechniania nieprawdziwych informacji zawartych w materiałach wyborczych,
- przepadku materiałów wyborczych zawierających takie informacje,
- nakazania sprostowania takich informacji lub publikacji odpowiedzi w związku z treścią takich informacji,
- nakazania przeproszenia osoby, której dobra osobiste w wyniku rozpowszechniania nieprawdziwych informacji w materiałach wyborczych zostały naruszone (art. 91 ustawy z 12.04.2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej, art. 74 ustawy z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego, art. 72 ustawy z 16.07.1998 r. – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw)¹.

Temat ten jest generalnie dość słabo rozpoznany w doktrynie prawa. Na istniejący stan rzeczy składa się co najmniej kilka przyczyn.

Brak możliwości wnoszenia od prawomocnych orzeczeń wydawanych w tych sprawach skargi kasacyjnej² w sposób istotny ogranicza w odniesieniu do tej kategorii spraw bieżący nadzór judykacyjny Sądu Najwyższego. Z kolei wymagana

* Dr Jacek Sadowski jest adiunktem oraz przewodniczącym Sekcji Prawa Cywilnego Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ Wskazać należy, że wszystkie wymienione ustawy z dniem 1.08.2011 r. zastąpione zostały przez ustawę z 5.01.2011 r. – Kodeks wyborczy (Dz. U. nr 21, poz. 112 ze zm.). Zważywszy jednak, że dotychczasowy model postępowania w sprawach sporów wyborczych w znacznym stopniu przejęty został przez Kodeks wyborczy, wnioski płynące z poniższej analizy, odnoszącej się do stanu prawnego obowiązującego w latach 2006–2009 r., wydają się pozostawać aktualne również na gruncie obecnie obowiązującego prawa. Co do pewnych odmienności regulacji zawartych w kodeksie wyborczym – por. uwagi końcowe.

² Por. postanowienie SN z 10.04.2001 r. (I CZ 25/01), OSNC 2001/12, poz. 176; postanowienie SN z 26.03.1999 r. (III SW 1/99), OSNP 2000/22, poz. 839; postanowienie SN z 3.03.1999 r. (III CZ 8/99), LEX nr 521836.

przez ustawodawcę szybkość postępowania w sprawach wyborczych, które w założeniu powinny zostać zakończone w terminie nieprzekraczającym 72 godzin, najpóźniej zaś do czasu zakończenia kampanii wyborczej, powoduje, że w praktyce nie jest stosowana również instytucja pytań prawnych kierowanych przez sądy odwoławcze do Sądu Najwyższego. W efekcie brak wypowiedzi Sądu Najwyższego w tej kategorii spraw utrudnia w znacznym stopniu zarówno rozpoznanie zagadnień prawnych, które budzą istotne wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i wypracowanie koncepcji usuwających powstające problemy oraz zapewniających pewną spójność i jednolitość orzecznictwa.

Z kolei orzecznictwo sądów powszechnych w sprawach wyborczych, jako orzecznictwo z zasady niepodlegające publikacji, jest w praktyce wciąż niedostępne dla szerszego kręgu odbiorców. Nieliczne publikowane judykaty sądów apelacyjnych z tego zakresu nie zmieniają w sposób istotny takiego stanu rzeczy. Wprawdzie niektóre z orzeczeń sądowych wydawanych w toku kampanii wyborczej wzbudzają powszechne zainteresowanie i są przedmiotem licznych komentarzy ze strony mediów i polityków, jednak zainteresowanie to ma charakter wyłącznie bieżący i nie prowadzi zazwyczaj do szerszej refleksji i pogłębionej analizy prawnej.

Skąpość i fragmentaryczność regulacji prawnych dotyczących sądowego postępowania w sporach wyborczych, które uprzednio zawarte były w poszczególnych ordynacjach, a obecnie znajdują się w kodeksie wyborczym, również nie sprzyja szerszej refleksji analitycznej. Dodatkowo sprawy z tego zakresu zazwyczaj silnie naznaczone są emocjami o charakterze politycznym, co również w jakimś stopniu może wpływać na pewien dystans zachowywany przez doktrynę prawa w stosunku do tej problematyki.

Zasada sądowej kontroli prawidłowości przebiegu procesu wyborczego została szeroko przyjęta w polskim porządku prawnym. Funkcja kontrolna sądów występuje na wielu etapach, poczynając od formalnej kontroli procesu rejestracji kandydatów, poprzez rozstrzyganie sporów powstałych na tle prowadzonej kampanii wyborczej, rozpatrywanie protestów wyborczych, w końcu orzekanie o ważności wyborów³. Działalność sądów w tym zakresie, w tym zwłaszcza potencjalna możliwość wpływu na ostateczny wynik procesu wyborczego, dotyczy istotnej kwestii związanej z przyjętą w polskim porządku ustrojowym konstytucyjną zasadą podziału władz. Co więcej, poddanie procesów wyborczych kontroli sądowej zawsze rodzi ryzyko uwikłania sądu w bieżące spory polityczne, wywołuje obawę ostrej, motywowanej politycznie krytyki decyzji sądowych czy wywierania społecznego nacisku na podjęcie przez sąd decyzji zgodnej z oczekiwaniami partii politycznych lub grup społecznych⁴.

Wszystkie te zagadnienia skupiają się szczególnie wyraźnie w przypadku rozpoznawania przez sądy powszechne sporów powstałych w związku z toczącą się kampanią wyborczą. W tym przypadku bowiem kontrola sądu ma charakter konkretny i indywidualny, sąd pełni w istocie rolę arbitra wyważającego i oceniającego

³ Por. A. Rakowska, *Postępowanie w sprawach z protestów wyborczych*, „Państwo i Prawo” 2010/3, s. 62–63.

⁴ A. Wróbel, *Niektóre problemy rozstrzygania o ważności wyborów przez Sąd Najwyższy*, w: *Iudices electionis custodes. Księga pamiątkowa Państwowej Komisji Wyborczej*, F. Rymarz (red.), Warszawa 2007, s. 197.

rację aktywnych uczestników procesu wyborczego (kandydatów i ich komitetów wyborczych). Ponadto jest to kontrola z założenia natychmiastowa, dokonywana w toku trwających wyborów a nie następcza. Co więcej przyznane środki prawne umożliwiają sądom daleko posuniętą ingerencję w treść i formę prowadzonej kampanii wyborczej, łącznie z możliwością zakazania rozpowszechniania określonych materiałów wyborczych, czy orzeczenia przepadku materiałów wyborczych zawierających określone treści.

Przeprowadzone w ramach prac Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości badania empiryczne dotyczące sporów związanych z treścią rozpowszechnianych w toku kampanii wyborczej materiałów wyborczych objęły 45 losowo wybranych spraw z 10 okręgów sądowych (okręg warszawski, Warszawy–Pragi, bydgoski, gdański, krakowski, toruński, elbląski, tarnowski, kielecki, ślupski). Badania aktowe objęły więc obszar trzech apelacji – warszawskiej, gdańskiej i krakowskiej.

Przy losowym doborze spraw jako kryterium pomocnicze przyjęto założenie, zgodnie z którym do badań w pierwszej kolejności kwalifikowane były te sprawy, w których orzeczenia sądu pierwszej instancji poddane zostały kontroli instancyjnej. Zdarzenia takie miały miejsce w 41 spośród 45 badanych spraw. W efekcie więc przeprowadzona analiza objęła łącznie 86 orzeczeń wydanych przez sądy okręgowe i apelacyjne.

Badaniami objęto sprawy, w których wnioski inicjujące postępowanie wpłynęły do sądów w latach 2006–2009. W tym zakresie można wyróżnić trzy kategorie spraw:

- sprawy z 2009 r., w których wnioski wszczynające postępowanie złożone zostały na podstawie art. 74 ustawy z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego;
- sprawy z 2007 r., w których wnioski wszczynające postępowanie złożone zostały na podstawie art. 91 ustawy z 12.04.2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej;
- sprawy z 2006 r., w których wnioski wszczynające postępowanie złożone zostały na podstawie art. 72 ustawy z 16.07.1998 r. – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw.

Zestawienie wszystkich analizowanych spraw zawierają tabele 1–3.

2. Ogólna charakterystyka postępowań dotyczących sporów wyborczych

Przed wejściem w życie kodeksu wyborczego, każda z procedur wyborczych uregulowana była w odrębnym akcie prawnym, tradycyjnie określanym mianem ordynacji. Wszystkie ordynacje zawierały również regulacje dotyczące sądowego rozstrzygania sporów powstających w toku kampanii wyborczej (sporów wyborczych). W każdej z nich regulacje te zawarte były w jednej rozbudowanej jednostce normatywnej. Ujmując rzecz chronologicznie przepisem modelowym był w tym zakresie art. 91 ustawy z 12.04.2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej⁵, który stanowił:

⁵ Tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 190, poz. 1360 ze zm.

Tabela 1

Sprawy wszczęte w 2006 r. na podstawie wniosków złożonych w trybie art. 72 ustawy z 16.07.1998 r.
– Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw

Lp	Sygn. akt	Sąd I instancji	Sąd II instancji
1	I Ns 202/06	Sąd Okręgowy w Bydgoszczy	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
2	I Ns 15/06	Sąd Okręgowy w Elblągu	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
3	I Ns 10/06	Sąd Okręgowy w Elblągu	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
4	I Ns 485/06	Sąd Okręgowy w Gdańsku	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
5	I Ns 331/06	Sąd Okręgowy w Kielcach	Sąd Apelacyjny w Krakowie
6	I Ns 297/06	Sąd Okręgowy w Kielcach	Sąd Apelacyjny w Krakowie
7	I Ns 250/06	Sąd Okręgowy w Kielcach	Sąd Apelacyjny w Krakowie
8	I Ns 31/06	Sąd Okręgowy w Krakowie	Sąd Apelacyjny w Krakowie
9	I Ns 29/06	Sąd Okręgowy w Krakowie	Sąd Apelacyjny w Krakowie
10	I Ns 30/06	Sąd Okręgowy w Krakowie	Sąd Apelacyjny w Krakowie
11	I Ns 35/06	Sąd Okręgowy w Krakowie	Sąd Apelacyjny w Krakowie
12	I Ns 39/06	Sąd Okręgowy w Krakowie	Sąd Apelacyjny w Krakowie
13	I Ns 36/06	Sąd Okręgowy w Krakowie	Sąd Apelacyjny w Krakowie
14	I Ns 109/06	Sąd Okręgowy w Słupsku	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
15	I Ns 112/06	Sąd Okręgowy w Słupsku	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
16	I Ns 162/06	Sąd Okręgowy w Tarnowie	Sąd Apelacyjny w Krakowie
17	I Ns 161/06	Sąd Okręgowy w Tarnowie	Sąd Apelacyjny w Krakowie
18	I Ns 159/06	Sąd Okręgowy w Tarnowie	Sąd Apelacyjny w Krakowie
19	I Ns 156/06	Sąd Okręgowy w Tarnowie	Sąd Apelacyjny w Krakowie
20	I Ns 145/06	Sąd Okręgowy w Tarnowie	Sąd Apelacyjny w Krakowie
21	I Ns 133/06	Sąd Okręgowy w Toruniu	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
22	I Ns 48/06	Sąd Okręgowy w Warszawie	Sąd Apelacyjny w Warszawie
23	III Ns121/06	Sąd Okręgowy w Warszawie	Sąd Apelacyjny w Warszawie
24	I Ns 80/06	Sąd Okręgowy Warszawa – Praga	Sąd Apelacyjny w Warszawie

Tabela 2

Sprawy wszczęte w 2007 r. na podstawie wniosków złożonych w trybie art. 91 ustawy z 12.04.2001 r.
– Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej

Lp	Sygn. akt	Sąd I instancji	Sąd II instancji
1	I Ns 7/07	Sąd Okręgowy w Elblągu	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
2	I Ns 489/07	Sąd Okręgowy w Gdańsku	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
3	I Ns 479/07	Sąd Okręgowy w Gdańsku	Sąd Apelacyjny w Gdańsku

Tabela 2 cd.

Sprawy wszczęte w 2007 r. na podstawie wniosków złożonych w trybie art. 91 ustawy z 12.04.2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej

Lp	Sygn. akt	Sąd I instancji	Sąd II instancji
4	I Ns 493/07	Sąd Okręgowy w Gdańsku	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
5	I Ns 33/07	Sąd Okręgowy w Krakowie	Sąd Apelacyjny w Krakowie
6	I Ns 165/07	Sąd Okręgowy w Toruniu	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
7	I Ns 149/07	Sąd Okręgowy w Toruniu	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
8	XXV Ns 152/07	Sąd Okręgowy w Warszawie	Sąd Apelacyjny w Warszawie
9	XXVNs 139/07	Sąd Okręgowy w Warszawie	Sąd Apelacyjny w Warszawie
10	III Ns 125/07	Sąd Okręgowy w Warszawie	Sąd Apelacyjny w Warszawie
11	I Ns 38/07	Sąd Okręgowy w Warszawie	Sąd Apelacyjny w Warszawie
12	II Ns 27/07	Sąd Okręgowy w Warszawie	Sąd Apelacyjny w Warszawie
13	XXV Ns 153/07	Sąd Okręgowy Warszawa – Praga	Sąd Apelacyjny w Warszawie
14	I Ns 83/07	Sąd Okręgowy Warszawa – Praga	Sąd Apelacyjny w Warszawie

Tabela 3

Sprawy wszczęte w 2009 r. na podstawie wniosków złożonych w trybie art. 74 ustawy z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego

Lp	Sygn. akt	Sąd I Instancji	Sąd II Instancji
1	I Ns 98/09	Sąd Okręgowy w Bydgoszczy	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
2	I Ns 229/09	Sąd Okręgowy w Gdańsku	Sąd Apelacyjny w Gdańsku
3	I Ns 27/09	Sąd Okręgowy w Warszawie	Sąd Apelacyjny w Warszawie
4	I Ns 20/09	Sąd Okręgowy w Warszawie	Sąd Apelacyjny w Warszawie
5	II Ns 30/09	Sąd Okręgowy Warszawa – Praga	Sąd Apelacyjny w Warszawie
6	III Ns 47/09	Sąd Okręgowy Warszawa – Praga	Sąd Apelacyjny w Warszawie
7	I Ns 32/09	Sąd Okręgowy Warszawa – Praga	Sąd Apelacyjny w Warszawie

„1. Jeżeli rozpowszechniane, w tym również w prasie w rozumieniu prawa prasowego, materiały wyborcze, a w szczególności plakaty, ulotki, hasła i wypowiedzi lub inne formy prowadzonej w okresie kampanii wyborczej agitacji, zawierają informacje nieprawdziwe, kandydat na posła albo kandydat na senatora lub pełnomocnik wyborczy zainteresowanego komitetu wyborczego ma prawo wnieść do sądu okręgowego wniosek o wydanie orzeczenia:

- 1) zakazu rozpowszechniania takich informacji;
- 2) przepadku materiałów wyborczych zawierających takie informacje;
- 3) nakazania sprostowania takich informacji;
- 4) nakazania publikacji odpowiedzi na stwierdzenia naruszające dobra osobiste;
- 5) nakazania przeproszenia osoby, której dobra osobiste zostały naruszone.

2. Sąd okręgowy rozpoznaje wniosek, o którym mowa w ust. 1, w ciągu 24 godzin w postępowaniu nieprocesowym. Sąd może rozpoznać sprawę w wypadku usprawiedliwionej nieobecności wnioskodawcy lub uczestnika postępowania, którzy o terminie rozprawy zostali prawidłowo powiadomieni. Postanowienie kończące postępowanie w sprawie sąd niezwłocznie doręcza wraz z uzasadnieniem osobie zainteresowanej, o której mowa w ust. 1, i zobowiązanemu do wykonania postanowienia sądu.

3. Na postanowienie sądu okręgowego przysługuje w ciągu 24 godzin zażalenie do sądu apelacyjnego, który rozpoznaje je w ciągu 24 godzin. Od postanowienia sądu apelacyjnego nie przysługuje środek prawny i podlega ono natychmiastowemu wykonaniu.

4. Publikacja sprostowania, odpowiedzi lub przeprosin następuje najpóźniej w ciągu 48 godzin, na koszt zobowiązanego. W orzeczeniu sąd wskazuje prasę, w rozumieniu prawa prasowego, w której nastąpić ma publikacja, oraz termin publikacji.

5. W razie niezamieszczenia sprostowania, odpowiedzi lub przeprosin sąd, na wniosek zainteresowanego, zarządza ich publikację na koszt zobowiązanego, w trybie postępowania egzekucyjnego”.

Analogiczną treść i strukturę miały przepisy ustawy z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego⁶ (art. 74) oraz ustawy z 16.07.1998 r. – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw⁷ – w brzmieniu nadanym ustawą z 26.07.2002 r. o zmianie ustawy – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw oraz o zmianie niektórych innych ustaw⁸, przy czym w przypadku tej drugiej ustawy, problematyka dotycząca sporów wyborczych ujęta została w dwóch jednostkach redakcyjnych – art. 72 i art. 73. Ponadto samorządowa ordynacja wyborcza przewidywała, poza niemajątkowymi środkami ochrony wynikającymi z art. 91 ordynacji parlamentarnej i art. 74 ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego, również środek ochrony o charakterze majątkowym w postaci możliwości zasądzenia od uczestnika postępowania na rzecz instytucji charytatywnej kwoty do 10.000 zł. Warto dodatkowo wskazać, że rozwiązania analogiczne do zawartych w art. 91 ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu przewidują – w odniesieniu do rozstrzygania sporów powstałych w toku kampanii referendalnej – ustawa z 14.03.2003 r. o referendum ogólnokrajowym⁹ (art. 44) oraz ustawa z 15.09.2000 r. o referendum lokalnym¹⁰ (art. 35 i art. 36). Nieco odmiennie natomiast powyższa kwestia ujęta została w ustawie z 27.09.1990 r. o wyborze Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej¹¹ (art. 80). Pomijając inną stylizację samego przepisu, wskazać należy, że uprawnienie do złożenia wniosku inicjującego postępowanie sądowe w toku kampanii prezydenckiej ujęte zostało w tym wypadku znacznie szerzej. Prawo żądania

⁶ Dz. U. Nr 25, poz. 219 ze zm.

⁷ Tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 176, poz. 1190.

⁸ Dz. U. Nr 127, poz. 1089.

⁹ Dz. U. Nr 57, poz. 507 ze zm.

¹⁰ Dz. U. Nr 88, poz. 985 ze zm.

¹¹ Teks jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 72, poz. 467 ze zm.

rozpoznania przez sąd sporu powstałego na tle prowadzonej kampanii wyborczej przysługiwało bowiem każdemu zainteresowanemu. Ponadto ustawa o wyborze Prezydenta RP w szerszym stopniu przewidywała środki ochrony o charakterze majątkowym – możliwość nakazania uczestnikowi postępowania wpłacenia kwoty do 50.000 zł na rzecz instytucji charytatywnej oraz zasądzenia od uczestnika na rzecz wnioskodawcy kwoty do 50.000 zł tytułem odszkodowania.

Niezależnie od wskazanych powyżej różnic, które nie mają jednak istotnego charakteru, regulacje zawarte we wszystkich aktach prawa wyborczego tworzyły jednolity w istocie model postępowania sądowego w zakresie rozpoznawania sporów wyborczych. Co więcej, model ten przejęty został w obowiązującym od 1.08.2011 r. kodeksie wyborczym.

Postępowanie w przedmiocie sporów wyborczych prowadzone jest w trybie postępowania nieprocesowego. Sądem właściwym rzeczowo do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji jest sąd okręgowy. Rozpoznanie sprawy następuje w składzie jednego sędziego na rozprawie, choć z przepisów ogólnych dotyczących postępowania nieprocesowego wynika teoretyczna możliwość rozpoznania sprawy również na posiedzeniu niejawnym (art. 514 § 1 k.p.c.). W praktyce zasadą jest jednak rozpoznawanie tej kategorii spraw na rozprawie, co wynika z ich istoty jako spraw, w których istnieje spór pomiędzy uczestnikami. Sąd pierwszej instancji wydaje rozstrzygnięcie merytoryczne w formie postanowienia. Od orzeczenia sądu okręgowego uczestnikowi postępowania przysługuje zażalenie do sądu apelacyjnego. Zgodnie z art. 91 ust. 3 zd. 2 ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu, od prawomocnego postanowienia sądu apelacyjnego nie przysługuje środek prawny i podlega ono natychmiastowemu wykonaniu. Wyrokiem z 12.07.2009 r. Trybunał Konstytucyjny uznał jednak, że norma zawarta w tym przepisie, a także identyczna norma zawarta w art. 74 ust. 3 zd. 2 ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego oraz w art. 80 ust. 2 zd. 5 ustawy o wyborze Prezydenta RP, w zakresie, w jakim wyłącza dopuszczalność wznowienia postępowania, jest niezgodna z art. 45 ust. 1 oraz art. 77 ust. 2 Konstytucji¹². Analogiczne ograniczenie występujące w art. 72 ust. 3 ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw zostało już uprzednio w tym samym zakresie uznane za niezgodne z Konstytucją.¹³ Ponadto w orzecznictwie Sądu Najwyższego dopuszczono możliwość wniesienia skargi o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego postanowienia wydanego w postępowaniu w przedmiocie rozstrzygnięcia sporu wyborczego¹⁴. Nie jest natomiast dopuszczalna skarga kasacyjna od prawomocnych orzeczeń wydawanych w tych sprawach¹⁵.

Jak wskazuje się w doktrynie, postępowanie rozstrzygające spory powstałe w toku kampanii wyborczej ukształtowane zostało jako szczególny, przyspieszony rodzaj postępowania, dopuszczający odstępstwa od ogólnych reguł zawartych w przepisach kodeksu postępowania cywilnego¹⁶. Zasada szybkości postępowania

¹² Sygn. akt K 7/09, OTK-A 2009/7, poz. 113.

¹³ Wyrok TK z 13.05.2002 r. (SK 32/01), OTK-A 2002/3, poz. 31.

¹⁴ Postanowienie SN z 19.03.2008 r. (III CNP 10/08), OSNC-ZD 2009/1, poz. 3.

¹⁵ Por. postanowienie SN z 10.04.2001 r. (I CZ 25/01), OSNC 2001/12, poz. 176; postanowienie SN z 26.03.1999 r. (III SW 1/99), OSNP 2000/22, poz. 839; postanowienie SN z 3.03.1999 r. (III CZ 8/99), LEX nr 521836.

¹⁶ P. Klecha, *Postępowanie sądowe w ustawach wyborczych*, „Państwo i Prawo” 2006/8, s. 76.

realizowana jest w pierwszej kolejności poprzez określenie krótkich terminów dla czynności procesowych sądu oraz uczestników postępowania. Ustawodawca nakazał rozpoznanie sprawy przez sąd pierwszej instancji w ciągu 24 godzin od chwili złożenia wniosku. Termin na wniesienie zażalenia od postanowienia sądu pierwszej instancji wynosi również 24 godziny. Analogicznie sąd odwoławczy powinien rozpoznać wniesione przez uczestnika zażalenie w ciągu 24 godzin. Dalszą regulacją zmierzającą do przyspieszenia postępowania jest uprawnienie sądu do rozpoznania sprawy pomimo usprawiedliwionej nieobecności wnioskodawcy lub uczestnika postępowania. Warunkiem koniecznym jest jednak prawidłowe powiadomienie uczestników o terminie rozprawy. Zasada szybkości postępowania widoczna jest również na etapie wykonania prawomocnego orzeczenia. Zgodnie z art. 91 ust. 4 ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu, publikacja sprostowania, odpowiedzi lub przeprosin powinna nastąpić najpóźniej w ciągu 48 godzin, na koszt zobowiązanego. W orzeczeniu kończącym postępowanie sąd zobowiązany jest wskazać publikator prasowy, w którym ma nastąpić nakazana publikacja oraz jej termin. Ponadto, w razie niezamieszczenia sprostowania, odpowiedzi lub przeprosin w wyznaczonym terminie, sąd – na wniosek zainteresowanego – zarządza ich publikację na koszt zobowiązanego, w trybie postępowania egzekucyjnego (art. 91 ust. 5 ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu).

Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie wskazuje się na dwie zasadnicze funkcje sądowego rozstrzygania sporów powstających pomiędzy kandydatami i ich komitetami wyborczymi w toku prowadzonej kampanii wyborczej. Pierwszą zakładaną funkcją jest ochrona rzetelności procesu wyborczego, czemu służyć ma nałożony na sądy obowiązek weryfikowania zgodności z prawdą informacji podawanych w toku kampanii wyborczej. Przewidziany w ordynacjach mechanizm kontroli ma w ten sposób zapewnić uczciwą kampanię wyborczą i tym samym umożliwić obywatelom dostęp do zgodnych z prawdą informacji o sprawach publicznych i o kandydatach. Kampania wyborcza powinna prowadzić bowiem do swobodnego i niezakłóconego uformowania się woli wyborców i podjęcia decyzji wyrażanej w akcie głosowania¹⁷. Jak podkreślił Sąd Najwyższy, *ratio legis* tego unormowania tkwi w dążeniu do zapewnienia wyborcom nie tylko proceduralnej, ale i materialnej wolności wyboru, która może być zakłócona w razie sugestywnego (przy użyciu wszelkich form propagandy i agitacji) przedstawiania nieprawdziwych stanów i zdarzeń stanowiących przesłanki dokonywania wyboru wśród kandydatów. Tym samym podstawową wartością jest w tym przypadku ochrona wyborców¹⁸. Akcentując gwarancyjny charakter tych przepisów w kontekście prawidłowości przebiegu kampanii wyborczej wskazuje się również na ich drugą funkcję związaną z ochroną dóbr osobistych uczestników procesu wyborczego, to jest prawa do ochrony czci i dobrego imienia kandydatów. Przy czym podkreśla się zarazem, że jest to w istocie funkcja pochodna – przepisy o ochronie dóbr osobistych mają stanowić jeden z instrumentów zabezpieczenia niezakłóconego przebiegu kampanii wyborczej¹⁹.

¹⁷ Tak Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12.07.2009 r. (K 7/09), OTK-A 2009/7, poz. 113.

¹⁸ Postanowienie SN z 10.04.2001 r. (I CZ 25/01), OSNC 2001/12, poz. 176. Por. również P. Klecha, *Postępowanie sądowe...*, s. 75; T. Domińczyk, *Cywilna ochrona dóbr osobistych uczestników procesu wyborczego*, w: *Demokratyczne standardy prawa wyborczego Rzeczypospolitej Polskiej. Teoria i praktyka*, Warszawa 2005, s. 85.

¹⁹ M. Kolański, *Ochrona dóbr osobistych w prawie wyborczym*, „Przegląd Sejmowy” 2002/1, s. 35.

3. ZAKRES PRZEDMIOTOWY I PODMIOTOWY POSTĘPOWANIA

3.1. Kampania wyborcza

Zakres przedmiotowy szczególnego przyspieszonego postępowania nieprocesowego, w ramach którego następuje rozstrzygnięcie sporów wyborczych, ograniczony został do zdarzeń związanych z agitacją wyborczą, które miały miejsce w czasie trwania kampanii wyborczej. Stanowisko doktryny wydaje się być w tym zakresie zgodne²⁰. Również w praktyce orzeczniczej sądów powszechnych pogląd ten nie budzi większych wątpliwości.

W przypadku wyborów parlamentarnych oraz wyborów do Parlamentu Europejskiego, kampania wyborcza rozpoczyna się z dniem ogłoszenia postanowienia Prezydenta Rzeczypospolitej o zarządzeniu wyborów i ulega zakończeniu na 24 godziny przed dniem wyborów (art. 85 ust. 1 ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu oraz art. 73 ust. 1 ordynacji do Parlamentu Europejskiego).

W wyborach prezydenckich kampania wyborcza rozpoczyna się z dniem ogłoszenia postanowienia Marszałka Sejmu o wyborach (art. 76b ust. 1 ustawy o wyborze Prezydenta RP). Przepis w dalszej części zastrzega, że kampanii wyborczej nie można prowadzić na 24 godziny przed dniem głosowania i w dniu głosowania aż do jego zakończenia.

Z kolei w odniesieniu do wyborów samorządowych, początek kampanii wyborczej następuje z dniem ogłoszenia rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów o zarządzeniu wyborów. Kampania ulega zakończeniu na 24 godziny przed dniem wyborów (art. 65 ust. 1 ordynacji samorządowej).

W praktyce sądowej występuje w tym zakresie przede wszystkim problem zakończenia kampanii wyborczej w toku trwania postępowania sądowego w sprawie związanej z rozpowszechnianiem materiałów wyborczych zawierających nieprawdziwe informacje dotyczące kandydata. Jak wynika z przeprowadzonych badań, w sytuacji takiej w orzecznictwie dominuje pogląd o konieczności umorzenia uprzednio wszczętego postępowania, przy czym sądy przywołują różne podstawy prawne takiego rozstrzygnięcia. Za pogląd mniejszościowy uznać należy natomiast stanowisko, zgodnie z którym zakończenie kampanii wyborczej nie ma wpływu na toczące się postępowanie sądowe.

Wśród badanych spraw powyższa sytuacja procesowa wystąpiła w 7 przypadkach. W pięciu z nich sądy podjęły decyzje o umorzeniu postępowania z uwagi na zakończenie kampanii wyborczej (sprawy II Ns 30/09, III Ns 121/06, I Ns 83/07, XXV Ns 153/07, I Ns 35/06). W dwóch natomiast sprawach postępowanie sądowe, pomimo formalnego zakończenia kampanii wyborczej, toczyło się nadal i zakończone zostało rozstrzygnięciem merytorycznym (I Ns 32/09, I Ns 202/06).

W sprawie I Ns 32/09 postanowienie sądu I instancji wydane zostało 4.06.2009 r., a więc na jeden dzień przed zakończeniem kampanii wyborczej do Parlamentu Europejskiego. Zażalenie od postanowienia sądu okręgowego złożone zostało 5.06.2009 r. W dniu 7.06.2009 r. odbyły się wybory do Parlamentu Europejskiego. Sąd Apelacyjny w Warszawie zażalenie wnioskodawcy rozpoznał

²⁰ P. Klecha, *Postępowanie sądowe...*, s. 77; M. Kolasiński, *Ochrona dóbr osobistych...*, s. 35.

dopiero 28.07.2009 r. z uwagi na problemy z wcześniejszym doręczeniem odpisu postanowienia uczestnikowi postępowania. Rozważając wpływ zakończenia kampanii wyborczej na tok dalszego postępowania w tej sprawie, sąd apelacyjny wskazał, że dotychczasowa praktyka sądów przyjmowała w takiej sytuacji konieczność umorzenia postępowania z uwagi na jego bezprzedmiotowość. Jednak w ocenie sądu odwoławczego na rzecz zmiany dotychczasowego stanowiska przemawia przede wszystkim argumentacja przytoczona w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 21.07.2009 r. (K 7/09), w którym uznano m.in., że art. 74 ust. 3 zd. 2 ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego, w zakresie, w jakim wyłącza dopuszczalność wznowienia postępowania, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP.

W szczególności sąd odwoławczy powołał się na argumentację TK odwołującą się do konstytucyjnego prawa do sądu i niedopuszczalności ograniczeń w dochodzeniu na drodze sądowej ochrony praw i wolności, w tym ograniczenie w zakresie środków prawnych służących wzruszaniu prawomocnych orzeczeń.

W ocenie sądu apelacyjnego te same argumenty przemawiają przeciwko ograniczeniu w rozpoznawanej sprawie prawa strony do środka odwoławczego. Z tych względów sąd apelacyjny uznał, że w wypadku postępowania wszczętego na podstawie art. 74 ust. 1 ustawy z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego i będącego w toku w chwili zakończenia kampanii wyborczej lub przeprowadzenia wyborów, brak jest podstaw do przyjęcia, że wydanie orzeczenia co do istoty sprawy stało się zbędne.

Z kolei w sprawie I Ns 202/06 Sąd Apelacyjny w Gdańsku rozpoznawał zażalenie wnioskodawcy na postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy już po wyborach, ale jeszcze przed ogłoszeniem wyników przez Państwową Komisję Wyborczą. Z tych względów, jak wskazał sąd apelacyjny, wnioskodawca zachował legitymację wynikającą z art. 72 ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw. Konieczne było więc merytoryczne rozpoznanie zażalenia wniesionego przez wnioskodawcę jeszcze przed wyborami.

W pozostałych sprawach fakt zakończenia kampanii wyborczej stanowił dla sądów negatywną przesłankę procesową, uniemożliwiającą dalsze procedowanie w sprawie, przy czym najczęściej sytuacja taka występowała w toku postępowania odwoławczego, po wydaniu jeszcze w czasie trwania kampanii wyborczej orzeczenia co do istoty sprawy przez sąd pierwszej instancji.

Warto zarazem zauważyć niejednorodność rozstrzygnięć sądów odwoławczych w tym zakresie. Otóż w sprawach II Ns 30/09 oraz III Ns 121/06 sądy apelacyjne uznały, że zakończenie kampanii wyborczej czyni zbędnym i niedopuszczalnym prowadzenie postępowania zażaleniowego. W efekcie na podstawie art. 355 § 1 k.p.c. umorzone zostało postępowanie zażaleniowe. Skutkowało to uprawomocnieniem się orzeczeń wydanych przez sądy pierwszej instancji. W pozostałych sprawach sądy odwoławcze wydawały postanowienia o uchyleniu zaskarżonego postanowienia sądu pierwszej instancji i umorzeniu całego postępowania. To drugie rozwiązanie należy uznać za zdecydowanie bardziej poprawne. Zgodnie bowiem z art. 386 § 3 k.p.c., jeżeli zachodzi podstawa do umorzenia postępowania, sąd drugiej instancji uchyla wyrok i umarza postępowanie w sprawie.

Jak zostało to już wskazane, w orzecznictwie przywoływane są różne motywy i podstawy prawne dla uzasadnienia decyzji o umorzeniu postępowania z uwagi

na zakończenie kampanii wyborczej. I tak w sprawie I Ns 83/07 Sąd Apelacyjny w Warszawie stwierdził, że przyspieszone postępowanie nieprocesowe prowadzone w trybie art. 91 ustawy z 12.04.2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i Senatu Rzeczypospolitej Polskiej zapewnia ochronę prawną (możność jej poszukiwania) w czasie trwania kampanii wyborczej i jedynie w tym czasie postępowanie takie może być prowadzone. Moment zakończenia kampanii wyborczej stanowi przeszkodę do wydania orzeczenia co do istoty sprawy i wyklucza prowadzenie nieprocesowego postępowania sądowego. Z tych względów, uznając, że upadła celowość orzekania w tej sprawie, uchylono rozstrzygnięcie sądu okręgowego i umorzono postępowanie na podstawie art. 386 § 3 w zw. z art. 397 § 2 i art. 13 § 2 k.p.c. Analogiczny pogląd podnoszący zbędność orzekania co do istoty sprawy przedstawiony został w sprawie XXV Ns 153/07. Z kolei w sprawie I Ns 35/06 jako przyczynę umorzenia postępowania wskazano utratę przez wnioskodawców legitymacji czynnej. Jak wskazał bowiem sąd apelacyjny, w dacie rozpoznawania zażalenia wybory do rad gmin zostały już przeprowadzone. W efekcie wnioskodawcy stracili obecnie przymiot „kandydatów na radnego”. W tej sytuacji nie przysługują im już uprawnienia przewidziane w art. 72 ordynacji samorządowej. W efekcie, wydanie orzeczenia w tym trybie stało się niedopuszczalne, co prowadziło do uchylenia postanowienia sądu pierwszej instancji i umorzenia postępowania.

Wydaje się, że wbrew przeważającemu stanowisku sądów okręgowych i apelacyjnych uznać należy, że sam fakt zakończenia kampanii wyborczej nie stanowi przeszkody procesowej wyłączającej możliwość dalszego prowadzenia postępowania w przedmiocie nieprawdziwych informacji rozpowszechnionych w toku kampanii. Przypomnieć należy, że zasadniczym celem tego postępowania jest zapewnienie obywatelom dostępu do zgodnych z prawdą informacji o kandydatach i tym samym umożliwienie im podjęcia swobodnej i niezależnej decyzji, która znajduje swój ostateczny wyraz w akcie wyborczym. Tak określony cel postępowania odpada dopiero z chwilą zakończenia procesu wyborczego, to jest zakończenia aktu głosowania. Dopiero więc od tego momentu uznać należy, że dalsze procedowanie w szczególnym trybie wyborczym staje się zbędne, co stanowi przesłankę umorzenia postępowania przed sądem pierwszej instancji (art. 355 § 1 k.p.c.) oraz uchylenia rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji i umorzenia postępowania przez sąd odwoławczy (art. 386 § 3 k.p.c.).

Warto przytoczyć pogląd Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, który na tle art. 72 ust. 1 ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw wskazał, że stosowanie szczególnego trybu postępowania przewidzianego w tej ustawie, który w celu zapewnienia rzetelności procesu wyborczego zakłada uszczuplenie gwarancji procesowych stron, po zakończeniu wyborów jest nieuzasadnione. W takiej sytuacji bowiem wynik toczzonego postępowania nie ma już żadnego wpływu na rezultat wyborczy. Odpada więc zasadniczy cel dalszego ograniczania gwarancji procesowych stron.²¹

²¹ Orzeczenie z 9.01.2007 r. w sprawie Kwiecień przeciwko Polsce, orzeczenie z 8.07.2008 r. w sprawie Kita przeciwko Polsce.

3.2. Pojęcie materiału wyborczego

W świetle art. 91 ust. 1 ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu RP przedmiot rozpoznania sądu jest prawdziwość informacji zawartej w materiale wyborczym. Analogicznie przedmiot postępowania określony został w pozostałych aktach prawa wyborczego – art. 72 ust. 1 samorządowej ordynacji wyborczej oraz art. 74 ust. 1 ordynacji do Parlamentu Europejskiego. Jedynie ustawa o wyborze Prezydenta RP nie posługuje się wprost pojęciem materiału wyborczego wskazując jedynie, że chodzi o nieprawdziwe dane i informacje zawarte na plakatach, w hasłach, ulotkach, wypowiedziach albo innych formach propagandy i agitacji (art. 80 ust. 1 ustawy). Tym samym dla wyznaczenia zakresu przedmiotowego postępowania dotyczącego sporów wyborczych kluczowe jest pojęcie materiału wyborczego.

Z przywołanych przepisów wynika, że materiałami wyborczymi są wszelkie formy prowadzonej w okresie kampanii wyborczej agitacji, w tym zwłaszcza plakaty, ulotki, hasła i wypowiedzi. Z przepisów ordynacji wyborczej wynika obowiązek wyraźnego oznaczenia podmiotu, od którego pochodzi dany materiał wyborczy. Nieprzestrzeganie tego obowiązku stanowi przestępstwo zagrożone karą grzywny (art. 220 ordynacji parlamentarnej, art. 199b ordynacji samorządowej, art. 149 ordynacji do Parlamentu Europejskiego, art. 88ea ustawy o wyborze Prezydenta RP). Zarazem materiały wyborcze zawierające oznaczenie komitetu wyborczego, od którego pochodzą, podlegają ochronie prawnej (art. 89 ust. 2 ordynacji parlamentarnej, art. 70 ust. 2 ordynacji samorządowej, art. 78a ust. 2 ustawy o wyborze Prezydenta RP).

W analizowanym orzecznictwie sądów powszechnych widoczne jest stosunkowo szerokie podejście do pojęcia materiału wyborczego. Wskazuje się, że do zakresu znaczeniowego tego pojęcia zaliczyć można każdy rodzaj aktywności, której da się przypisać cechy agitacji prowadzonej w okresie kampanii wyborczej (Sąd Okręgowy w Tarnowie w sprawie I Ns 145/06).

Materiałem wyborczym są nie tylko wypowiedzi pochodzące od osób bezpośrednio zaangażowanych w kampanię wyborczą (startujących kandydatów i wspierających ich komitetów wyborczych), ale również wszelkie publikacje mogące mieć wpływ na wynik wyborów, o ile stanowią formę agitacji prowadzonej w ramach kampanii wyborczej, przy czym agitacja jest „działalnością propagandową, przedsięwzięciem w celu przekonywania, zjednywania zwolenników dla określonej sprawy, bądź wynikającą z chęci zdyskredytowania przeciwników. Jeżeli w wyniku tak prowadzonej agitacji podane zostaną nieprawdziwe fakty odnoszące się bądź do programu wyborczego, bądź do osoby kandydata, mogące zdyskwalifikować go w oczach wyborców i temu służące, to takie zachowania wymagają ingerencji w trybie przepisów prawa wyborczego”²² (Sąd Apelacyjny w Warszawie w sprawie III Ns 125/07, podobnie m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie XXV Ns 139/07). Zasadniczym elementem jest w tym ujęciu cel danego zachowania, który musi mieć w ocenie sądu charakter agitacyjny – zmierzać do pozyskania zwolenników, bądź zdyskredytowania danego kandydata lub ugrupowania

²² Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 10.11.2006 r. (I ACz 872/06), OSA 2006/4, poz. 26.

w oczach wyborców (tak Sąd Apelacyjny w Gdańsku w sprawach I Ns 98/09 oraz I Ns 133/06).

Jak wynika z przeprowadzonej analizy, kontrowersje co do zakwalifikowania danej wypowiedzi do kategorii materiału wyborczego powstają w przypadku wypowiedzi, w tym tekstów prasowych, pochodzących od osób trzecich, nie zaangażowanych bezpośrednio w proces wyborczy. Przykładowo w sprawie I Ns 98/09 Sąd Okręgowy w Bydgoszczy uznał, że nie stanowi materiału wyborczego wypowiedź, która nie pochodzi ani od osoby biorącej bezpośrednio udział w kampanii wyborczej (np. kandydata na posła, senatora, burmistrza, radnego), ani od przedstawiciela komitetu wyborczego, tudzież członka, przedstawiciela lub pełnomocnika komitetu wyborczego lub partii politycznej. Z tych samych względów w sprawie I Ns 133/06 nie został uznany za materiał wyborczy artykuł prasowy, w którym jedynie przytoczona została wypowiedź kandydata na burmistrza. Jak podkreślił sąd w tej sprawie, nie była to wypowiedź „sygnowana przez żaden komitet wyborczy, czy też przez samego kandydata”. Analogiczne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Gdańsku w sprawie I Ns 229/09 oraz Sąd Okręgowy w Elblągu w sprawie I Ns 10/06. Podobnie w sprawie I Ns 112/06 sąd uznał, że nie może być uznany za materiał wyborczy artykuł prasowy będący wypowiedzią miejscowego dziennikarza, który dokonał oceny dwóch kandydatów ubiegających się o stanowisko wójta. Podkreślić jednak należy, że w dwóch ostatnich sprawach poglądy sądów pierwszej instancji nie zostały w tym zakresie podzielone przez sądy odwoławcze. Z kolei w sprawie I Ns 250/06 sąd okręgowy stwierdził, że warunkiem formalnym uznania danego materiału za materiał wyborczy jest wyraźne oznaczenie podmiotu, od którego dany materiał pochodzi. Zgodnie bowiem z art. 70 ust. 1 ustawy – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw, materiały wyborcze powinny zawierać wyraźne oznaczenie, od kogo pochodzą. Z tego względu w sprawie I Ns 250/06 nie został zakwalifikowany jako materiał wyborczy materiał prasowy podpisany jedynie inicjałami (pomimo, że osoba autora była znana zarówno sądowni, jak i uczestnikom postępowania).

Generalnie uznać należy, że cel analizowanych przepisów skłania do szerokiego ujmowania pojęcia materiału wyborczego. Przepisy ustaw wyborczych dotyczące sądowego rozstrzygnięcia sporów powstałych w związku z treścią materiałów wyborczych zmierzają w pierwszym rzędzie do ochrony rzetelności procesu wyborczego. Powierzenie sądom kompetencji do weryfikowania zgodności z prawdą informacji podawanych w toku kampanii wyborczej ma zagwarantować wyborcom dostęp do prawdziwych informacji o kandydatach i tym samym zapewnić im możliwość podjęcia swobodnego i niezakłóconego wyboru. W efekcie więc przedmiotem kontroli sądowej powinny być wszelkie formy agitacji wyborczej zawierające informacje niezgodne z prawdą. Istotna jest więc potencjalna możliwość wpływu danej informacji na podejmowany akt wyboru (zdolność perswazyjna danej informacji). W tym kontekście bez znaczenia natomiast jest okoliczność, kto jest autorem danej informacji, w szczególności czy jest on bezpośrednio i aktywnie zaangażowany w kampanię wyborczą, czy też zamieszcza daną informację jedynie jako obserwator procesu wyborczego. W szczególności więc, wbrew niektórym poglądom spotykanym w praktyce orzeczniczej, brak jest przeszkód, aby za materiał wyborczy uznać wypowiedź dziennikarską. Kwestia ta związana jest zresztą z omówionym poniżej zagadnieniem kręgu uczestników w sprawach wyborczych.

3.3. Krąg wnioskodawców i uczestników

Ustawy wyborcze wskazują, że podmiotem uprawnionym do żądania wszczęcia postępowania sądowego w przedmiocie kontroli prawdziwości informacji zawartej w materiale wyborczym są kandydat (na posła do Sejmu, senatora, radnego, posła do Parlamentu Europejskiego) lub pełnomocnik wyborczy zainteresowanego komitetu wyborczego (art. 91 ust. 1 ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu, art. 74 ust. 1 ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego, art. 72 ust. 1 ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw). Odmienne rozwiązanie w tym zakresie zawiera jedynie ustawa o wyborze Prezydenta RP, która legitymację czynną przyznaje każdemu zainteresowanemu, a więc w praktyce każdej osobie posiadającej co najmniej czynne prawo wyborcze w wyborach prezydenckich. Wprawdzie spory sądowe powstałe w toku kampanii prezydenckiej nie były przedmiotem prowadzonych na potrzeby tej analizy badań empirycznych, jednak nawet bez ich przeprowadzenia należy wskazać, że tak szeroko ujęta legitymacja do złożenia wniosku, zwłaszcza przy zastosowanej jednocześnie konstrukcji ustawowego zwolnienia od opłat sądowych (art. 90 ustawy o wyborze Prezydenta RP), wydaje się być rozwiązaniem generującym zbędne sprawy wytaczane bez dostatecznych podstaw przez zwolenników, bądź przeciwników poszczególnych kandydatów. Warto wskazać również, że analogiczne rozwiązania przewidujące równie szeroko zakreśloną legitymację wnioskodawcy (każdy zainteresowany) przyjęte były na gruncie poprzednio obowiązujących ordynacji wyborczych do Sejmu i Senatu, a także ordynacji wyborczej do rad gmin²³. Ustawodawca zasadnie odszedł od tej koncepcji, pozostawiając ją jednak na gruncie ustawy o wyborze Prezydenta RP.²⁴

Uprawnienie do złożenia wniosku przysługuje zarówno samym kandydatom, jak i komitetom wyborczym. Ustawa wprawdzie wyraźnie wskazuje na osobę pełnomocnika wyborczego komitetu wyborczego jako podmiot uprawniony do złożenia wniosku, wydaje się jednak, że faktycznym uczestnikiem postępowania jest w tym przypadku komitet wyborczy, który jedynie działa poprzez swojego pełnomocnika wyborczego. Zgodnie bowiem z art. 96 ust. 2 ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu (analogicznie art. 64c ust. 2 ordynacji samorządowej, art. 49 ust. 2 ordynacji do Parlamentu Europejskiego, art. 40a ust. 7 ustawy o wyborze Prezydenta RP), pełnomocnik wyborczy komitetu wyborczego uprawniony jest do występowania na rzecz i w imieniu komitetu wyborczego we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw finansowych zastrzeżonych do kompetencji pełnomocnika finansowego. Tym samym szczególna zdolność sądowa w postępowaniu dotyczącym sporów wyborczych przysługuje komitetowi wyborczemu działającemu poprzez swojego pełnomocnika.

W praktyce sądowej powyższa kwestia nie jest ujmowana jednolicie. W wielu sprawach jako strona postępowania wskazywany jest sam pełnomocnik wyborczy,

²³ Art. 139 ust. 1 ustawy z 28.05.1993 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 45, poz. 205 ze zm.), art. 1 ust. 1 ustawy z 10.05.1991 r. – Ordynacja wyborcza do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn.: Dz. U. z 1994 r. Nr 54, poz. 224), art. 57 ust. 1 ustawy z 8.03.1990 r. – Ordynacja wyborcza do rad gmin (tekst jedn.: Dz. U. z 1996 r. Nr 84, poz. 387).

²⁴ Rozwiązanie to ostatecznie wyeliminowane zostało przez kodeks wyborczy, który uprawnienie do złożenia wniosku, również w wypadku wyborów Prezydenta RP, przyznaje kandydatowi lub pełnomocnikowi wyborczemu zainteresowanego komitetu wyborczego.

często przy tym oznaczany w orzeczeniu kończącym z imienia i nazwiska (tak m.in. w sprawach I Ns 29/06, I Ns 15/06, XXV Ns 153/07, III Ns 125/07, I Ns 38/07, I Ns 10/06, I Ns 7/07, I Ns 109/06). W innych z kolei sprawach jako strona postępowania wskazywany jest komitet wyborczy (tak m.in. w sprawach XXV Ns 152/07, I Ns 27/09, I Ns 20/09, I Ns 27/07, I Ns 31/06, I Ns 30/06, I Ns 36/06, I Ns 331/06, I Ns 297/06). Z przyczyn wskazanych powyżej to drugie stanowisko uznać należy za prawidłowe.

Odosobniony przypadek miał miejsce w sprawie I Ns 489/07, w której sąd wprost zakwestionował zdolność sądową komitetu wyborczego. W uzasadnieniu wydanego w tej sprawie rozstrzygnięcia sąd wskazał, że ordynacja wyborcza do Sejmu i Senatu nie przyznaje komitetowi wyborczemu osobowości prawnej. Z przepisu art. 96 ust. 2 pkt 1 ustawy wynika bowiem, że w imieniu komitetu wyborczego, w tym również w postępowaniu przed sądem, występuje powołany pełnomocnik wyborczy. Ponadto, zgodnie z art. 104 ordynacji, komitet wyborczy nie ponosi odpowiedzialność za swoje zobowiązania majątkowe – odpowiedzialność tę ponoszą odpowiednio: partia polityczna, która powołała dany komitet wyborczy albo osoby wchodzące w skład komitetu wyborczego. Z regulacji tych wynika więc, zdaniem sądu, brak osobowości prawnej komitetu wyborczego, co jest równoznaczne z brakiem zdolności sądowej po jego stronie.

Wywód ten wymaga krótkiej polemiki. Po pierwsze, zakres zdolności sądowej, a więc zdolności do występowania w procesie jako strona (art. 64 § 1 k.p.c.), wbrew wywodom sądu, nie został ograniczony jedynie do osób fizycznych i osób prawnych. Zgodnie z art. 64 § 1¹ i § 2 k.p.c., zdolność sądową mają również jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną oraz organizacje społeczne dopuszczone do działania na podstawie obowiązujących przepisów, choćby nie posiadały osobowości prawnej. Po drugie, zarówno w samym kodeksie postępowania cywilnego, jak i w ustawach pozakodeksowych, ustawodawca w odniesieniu do konkretnych postępowań przyznaje określonym podmiotom przymiot strony, a tym samym szczególną zdolność sądową. Na gruncie kodeksu postępowania cywilnego dotyczy to między innymi:

- Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w postępowaniu w sprawach z zakresu ochrony konkurencji (art. 479²⁹ § 1 k.p.c.),
- Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki,
- Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej,
- Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego w tak zwanych sprawach regulacyjnych (art. 479⁵⁰ § 1, art. 479⁶¹ § 1, art. 479⁷² § 1 k.p.c.),
- organu rentowego w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych,
- pracodawcy w sprawach z zakresu prawa pracy (art. 460 § 1 k.p.c.).

Z kolei w ustawach pozakodeksowych można wskazać na szczególną zdolność sądową m.in. w sprawach z zakresu sprostowania i odpowiedzi prasowej²⁵ (art. 31 ustawy z 26.01.1984 r. – Prawo prasowe²⁶), czy właśnie w sprawach dotyczących sporów wyborczych.

²⁵ Por. uchwała SN z 7.04.2006 r. (III CZP 22/06), OSNC 2007/2, poz. 23.

²⁶ Dz. U. nr 5, poz. 24 ze zm.

Przeprowadzone badania wykazują występowanie w praktyce sądowej pewnych różnic co do ujmowania zakresu legitymacji przysługującej kandydatom oraz komitetom wyborczym. W szczególności w niektórych orzeczeniach, choć jest to stanowisko zdecydowanie mniejszościowe, widoczna jest tendencja do badania uprawnienia wnioskodawcy przez pryzmat swoiście pojmowanego interesu prawnego związanego ze wszczęciem konkretnego postępowania. Koncepcja ta wyraźnie nawiązuje do nieprocesowej kategorii „zainteresowanego”, którym jest każdy, czyich praw dotyczy wynik postępowania (art. 510 § 2 k.p.c.). Interes prawny w postępowaniu nieprocesowym nie wynika z reguły, tak jak w przypadku procesu (art. 189 k.p.c.), z naruszenia lub zagrożenia sfery prawnej wnioskodawcy, lecz z pewnych zdarzeń, które powodują konieczność uregulowania wiążących się z nimi stosunków prawnych i rodzą obiektywną potrzebę wszczęcia postępowania²⁷. Uznaje się więc, że podmiotami mającymi uprawnienie do złożenia wniosku są w sprawach wyborczych jedynie ci kandydaci (komitety wyborcze), których bezpośrednio dotyczy materiał wyborczy zawierający nieprawdziwe informacje i stanowiący przedmiot wniesionej skargi (wniosku).

Jak zostało to doprecyzowane przez Sąd Okręgowy Warszawa–Praga w Warszawie w sprawie II Ns 30/09, celowościowa wykładnia ordynacji wyborczej prowadzi do wniosku, że chodzi w tym przypadku jedynie o te informacje dotyczące kandydata–wnioskodawcy, które mogą potencjalnie wpłynąć na osiągnięty przez niego wynik wyborczy. W niniejszej sprawie przedmiotem wniosku były wypowiedzi jednego z kandydatów (uczestnika sprawy) dokonane w ramach kampanii wyborczej do Parlamentu Europejskiego dotyczące homoseksualizmu. Stwierdził on, że homoseksualizm jest zboczeniem, chorobą, którą można leczyć. Dodał również, że środowiska gejowskie są finansowane przez międzynarodowe organizacje, po to, aby „robić zadymy” w rodzaju różnych parad. Wnioskodawca w tej sprawie – kandydat do Parlamentu Europejskiego – jak sam wskazał, jest homoseksualistą, był współtwórcą senackiego projektu ustawy o rejestrowanych związkach partnerskich. Sąd stwierdził, kwalifikując przy tym wypowiedzi uczestnika jako opinie i oceny, a nie twierdzenia o faktach, że nie można uznać, iż wypowiedzi dotyczące ogółu homoseksualistów były elementem agitacji wyborczej wymierzonej przeciwko wnioskodawcy, bądź partii politycznej, którą reprezentuje.

Jeszcze więcej pojęcie interesu prawnego, jako elementu współtworzącego uprawnienie po stronie wnioskodawcy w postępowaniu prowadzonym w trybie wyborczym, przedstawione zostało przez Sąd Okręgowy w Gdańsku w sprawie I Ns 489/07. Wnioskodawca w tej sprawie – kandydat do Sejmu RP – zakwestionował treść materiału wyborczego innego komitetu, w którym przedstawiono fragment wystąpienia wnioskodawcy podczas debaty sejmowej. Wnioskodawca wskazywał, że materiał ten został zmanipulowany i w efekcie w sposób niezgodny z prawdą prezentował treść tego wystąpienia. Co więcej, w materiale pojawiło się stwierdzenie, że wnioskodawca jest kłamcą. Sąd okręgowy oddalając złożony wniosek uznał m.in., że wnioskodawca nie ma legitymacji czynnej w tej sprawie. Jak wskazał sąd, sam wnioskodawca w złożonym wniosku przyznał, że sporny fragment materiału wyborczego zawiera wystąpienie sejmowe wnioskodawcy,

²⁷ Uchwała SN z 19.02.1981 r. (III CZP 2/81), OSNC 1981/8, poz. 144.

w którym przedstawia on stanowisko swojego klubu parlamentarnego. Tym samym uznać należy, że kwestionowany materiał wyborczy stawia zarzuty całej partii, do której przynależy wnioskodawca, a nie samemu wnioskodawcy. W efekcie, zdaniem sądu, „uprawnionym do dochodzenia roszczeń w tej sprawie mógłby być tylko pełnomocnik danego komitetu wyborczego, a nie kandydat na posła startujący w wyborach z ramienia tej partii”.

Wskazać należy, że powyższy pogląd sądu okręgowego został wyraźnie zakwestionowany przez sąd apelacyjny rozpoznający zażalenie wniesione w tej sprawie. Sąd apelacyjny trafnie wywiódł, że legitymacja formalna wnioskodawcy w niniejszej sprawie wynika wprost z przepisów prawa wyborczego (w tej konkretnej sprawie – art. 91 ust. 1 ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu). Nie zachodzi zatem konieczność badania tej kwestii przez pryzmat przesłanek z art. 510 k.p.c., który określa podmioty zainteresowane, mogące brać udział w postępowaniu nieprocesowym jako jego uczestnicy.

Znacznie częściej w badanych sprawach reprezentowana była jednak koncepcja zdecydowanie szersza, zgodnie z którą legitymacja do złożenia wniosku wynika wprost z przepisów prawa wyborczego i przysługuje każdemu kandydatowi i komitetowi wyborczemu, niezależnie od istnienia ewentualnego związku pomiędzy treścią informacji a osobą wnioskodawcy. Pogląd ten wyrażony został między innymi w sprawie I Ns 32/09, w której sąd wprost wskazał, że przepisy ordynacji wyborczej nie ograniczają legitymacji czynnej jedynie do przypadków, gdy informacja będąca przedmiotem postępowania dotyczy bezpośrednio osoby wnioskodawcy. Jak podkreślił sąd, „każda osoba uprawniona do występowania z wnioskiem w trybie wyborczym może wystąpić na drogę sądową przeciwko innemu kandydatowi lub komitetowi wyborczemu, jeżeli uzna, że głoszone przez nich treści są nieprawdą”.

Analogiczny pogląd wyrażony został m.in. w sprawach III Ns 47/09, XXV Ns 153/07, I Ns 161/06, I Ns 83/07. Interesujący w tym kontekście był stan faktyczny w sprawie XXV Ns 139/07. Przedmiotem rozpoznania był w tej sprawie wywiad prasowy, w którym dotychczasowy burmistrz, a zarazem kandydat w wyborach samorządowych, posługując się nieprawdziwymi informacjami (jak ocenił to sąd rozpoznający tę sprawę) przedstawiał w sposób nadmiernie korzystny swoje dokonania, jako gospodarza gminy. Składając wniosek w tej sprawie wnioskodawca podnosił, że taki sposób prowadzenia kampanii przez uczestnika narusza prawa jego konkurentów wyborczych. Sąd podzielił w tym zakresie stanowisko wnioskodawcy.

Należy opowiedzieć się za koncepcją szeroko ujmującą legitymację kandydatów i komitetów wyborczych w sprawach wyborczych. W szczególności należy podkreślić, że przepisy prawa wyborczego mają w tym przypadku charakter szczególny w stosunku do ogólnych przepisów dotyczących postępowania nieprocesowego zawartych w kodeksie postępowania cywilnego. W efekcie przepis art. 91 ust. 1 ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu (i analogicznie przepisy art. 74 ust. 1 ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego oraz art. 72 ust. 1 ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw) stanowi regulację szczególną w stosunku do przepisu art. 510 § 1 k.p.c.

Zagadnienie kręgu uczestników w sprawach wyborczych częściowo przedstawione zostało już powyżej przy okazji analizowania pojęcia materiału wyborczego.

W tym miejscu wystarczy przypomnieć, że w części badanych spraw sądy uznawały brak legitymacji w stosunku do osób trzecich, niezaangażowanych bezpośrednio w proces wyborczy, w szczególności w stosunku do dziennikarzy poruszających problematykę wyborczą. Wniosek taki nie znajduje prawnego uzasadnienia w przepisach poszczególnych ordynacji wyborczych. Wydaje się więc, że jedyną możliwą w tym zakresie koncepcją jest przyjęcie, że uczestnikiem w sporach wyborczych może być każdy podmiot rozpowszechniający materiały wyborcze, które zawierają nieprawdziwe – według twierdzeń wnioskodawcy – informacje. Nie ma natomiast znaczenia, czy dana osoba jest kandydatem startującym w wyborach, pełnomocnikiem komitetu wyborczego, czy też osobą formalnie niezaangażowaną w kampanię wyborczą²⁸. Nie ma również żadnego znaczenia, czy dany materiał wyborczy podpisany został imieniem i nazwiskiem autora, czy jedynie inicjałami.

4. PRZESŁANKI OCHRONY

4.1. Fałsz informacji zawartej w materiale wyborczym

Zasadniczą przesłanką materialnoprawną warunkującą przyznanie ochrony wnioskodawcy w sprawach wyborczych jest fałsz informacji zawartej w materiale wyborczym. Ustawodawca nawiązał w ten sposób do znanego na gruncie logiki podziału wypowiedzi na dwie kategorie:

- wypowiedzi opisowych (zdań w sensie logicznym),
- wypowiedzi ocennych, sądów wartościujących.

Wypowiedzi opisowe mają charakter deskryptywny, zawierają informacje o określonych faktach, stanowią twierdzenia co do faktów. Są to zdania w sensie logicznym, które dają się klasyfikować według kryterium prawdy i fałszu. Prawdziwość tych wypowiedzi może być przedmiotem dowodzenia. Wypowiedź jest prawdziwa, gdy opisuje rzeczywistość taką, jaką ona jest – głosi, że tak a tak jest, wtedy gdy w rzeczywistości tak właśnie jest albo stwierdza, że tak a tak nie jest, wówczas gdy faktycznie tak nie jest. Wypowiedź jest z kolei fałszywa, gdy opisuje rzeczywistość inaczej, niż ona jest – głosi, że tak a tak jest, gdy w rzeczywistości tak właśnie nie jest albo też głosi, że tak a tak nie jest, gdy tymczasem w rzeczywistości tak właśnie jest²⁹.

Natomiast wypowiedzi ocenne (sądy wartościujące) zawierają poglądy, oceny, opinie, które wartościują pewne stany rzeczy, ale ich nie opisują. Wypowiedzi ocenne uchylają się spod wartościowania w kategoriach prawdy i fałszu. Nie są więc zdaniami w sensie logicznym.

Tak wyraźnie zarysowany podział na dwie odrębne kategorie wypowiedzi w praktyce budzi istotne wątpliwości i powoduje liczne komplikacje. Przede wszystkim związane jest to z samą istotą ludzkiego języka, jako systemu składającego się ze znaków (leksemów) wieloznacznych, odznaczającego się przy tym bogactwem i złożonością form oraz funkcji. Te same formy językowe w zależności

²⁸ Tak trafnie Sąd Apelacyjny w Warszawie w postanowieniu z 26.09.2007 r. (VIA Cz 1624/07), niepubl.

²⁹ Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1990, s. 54.

od kontekstu słownego lub okoliczności zewnętrznych, w których zostają użyte, mogą podlegać zupełnie odmiennym interpretacjom³⁰. Ponadto przedmiotem kwalifikacji, w tym ocen organu orzekającego, nie jest zazwyczaj wypowiedzenie ujęte w postaci jednego zdania, ale większa całość tekstowa (artykuł prasowy, wywiad, publiczne wystąpienie), w której zawarte są zarówno wypowiedzi mające charakter opisowy, jak i ocenny³¹.

Jak wynika z przeprowadzonych badań empirycznych, problem kwalifikacji poszczególnych wypowiedzi jako zdań zawierających informacje poddające się ocenom w kategoriach prawdy i fałszu, bądź jako sądów wartościujących uchylających się spod takich ocen, stanowi jedno z najtrudniejszych zagadnień w toku procesów wyborczych. Zarazem jest w tych sprawach zagadnieniem kluczowym.

Zacznijmy od wskazania kilku, stosunkowo mało kontrowersyjnych spraw, w których sądy uznały, że wypowiedzi stanowiące materiał wyborczy miały charakter zdań deskryptywnych, a więc mogły podlegać kwalifikacji jako wypowiedzi zgodne z prawdą albo fałszywe.

W sprawie I Ns 159/06 przedmiotem badania sądu była wypowiedź zamieszczona na stronie internetowej komitetu wyborczego, w której opisano konkretne zachowanie jednej z kandydatek na radną. W wypowiedzi zarzucono kandydatce, że wywołała awanturę o baner wyborczy, zaatakowała wraz z mężem pracownika agencji reklamowej, który próbował umieścić na ulicy baner reklamowy jej konkurenta w wyborach. Sąd w toku postępowania przeprowadził postępowanie dowodowe celem ustalenia faktycznego przebiegu wskazanych we wniosku okoliczności.

W sprawie I Ns 48/06 przedmiotem rozpoznania była informacja, że wnioskodawca – kandydat na radnego – został prawomocnie skazany. W toku postępowania przed sądem postępowanie dowodowe wykazało, że przeciwko wnioskodawcy faktycznie toczyło się postępowanie karne, ostatecznie jednak zostało warunkowo umorzone. Tym samym informacja przedstawiona w materiale wyborczym była nieprawdziwa.

Z kolei w sprawie I Ns 149/07 przedmiotem oceny sądu była informacja, że wnioskodawca – kandydat na posła – donosił Centralnemu Biuru Antykorupcyjnemu na prezydenta i wiceprezydentów swojego miasta. Również w tym przypadku sąd nie miał wątpliwości, że informacja ta odnosi się do faktów weryfikowalnych za pomocą kryterium prawdy i fałszu.

Z kolei należy przedstawić kilka przykładów, w których sądy trafnie uznały, że wypowiedzi będące przedmiotem zaskarżenia w trybie wyborczym mają charakter sądów wartościujących i tym samym uchylają się od weryfikowania ich prawdziwości.

W sprawie I Ns 33/07 przedmiotem sporu była wypowiedź jednej z kandydatek do Sejmu RP, która swoją rywalkę w wyborach określiła jako „osobę chorą z nienawiści”. Sąd Okręgowy w Krakowie oddalając wniosek w tej sprawie wskazał, że wypowiedź ta miała charakter ocenny i nie podlega weryfikacji w kategoriach prawdy lub fałszu, czego wymaga tryb postępowania z art. 91 ordynacji.

³⁰ B. Stanosz, *Wprowadzenie do logiki formalnej. Podręcznik dla humanistów*, Warszawa 2002, s. 70. Por. również Z. Ziemiński, *Podstawowe problemy stosunku twierdzeń, wypowiedzi oceniających i norm w prawnoustwowie*, „*Studia Prawnicze*” 1970/25, s. 3–23.

³¹ Por. również B. Kordasiewicz, *Jednostka wobec środków masowego przekazu*, Ossolineum 1991, s. 15–22.

Analogicznie oceniona została wypowiedź redaktora naczelnego jednej z lokalnych gazet, który w artykule prasowym określił kandydata na radnego jako „zdrajcę”, „osobę plującą na obecnego wójta” i „kierującą się prywatą” (sprawa I Ns 112/06). Jak wskazał sąd w tej sprawie – „wnioskodawca ma prawo z powyższą oceną się nie zgadzać, ale powinien szukać ochrony na zasadach ogólnych, a nie w oparciu o przepis art. 72 ordynacji wyborczej”.

W końcu w sprawie I Ns 479/07 sąd jako ocenę potraktował zarzut wysunięty pod adresem kandydata na posła, że uciekając do parlamentu „pozostawia za sobą spaloną ziemię” w instytucji, którą dotychczas kierował. Oddalając w tym zakresie złożony wniosek sąd podniósł, że ta część wypowiedzi uczestnika nie odnosi się do konkretnego stanu faktycznego, który uzasadniałby jego sprostowanie. „Nie chodzi tutaj bowiem o «spaloną ziemię» w sensie dosłownym, ani też o żadne konkretne zdarzenie, które podlegałoby weryfikacji na tle stanu faktycznego sprawy”.

Problemy z kwalifikacją danej wypowiedzi jako twierdzenia co do faktów, czy też jako opinii, które stosunkowo często pojawiały się w badanych sprawach, ilustruje grupa trzech spraw o bardzo podobnym stanie faktycznym – sprawy III Ns 47/09, I Ns 32/09, I Ns 30/09. We wszystkich tych sprawach przedmiotem sporu były wypowiedzi dotyczące homoseksualizmu.

W sprawie III Ns 47/09 uczestnik postępowania na spotkaniu wyborczym kandydatów na posłów do Parlamentu Europejskiego stwierdził, że homoseksualizm jest chorobą przekazywaną genetycznie i należy ją leczyć. W sprawie I Ns 32/09 kandydat na posła do Parlamentu Europejskiego w swojej wypowiedzi na spotkaniu wyborczym wskazał, że „homoseksualizm jest jakimś organicznym uszkodzeniem mózgu”. Z kolei w sprawie II Ns 30/09 inny kandydat do Parlamentu Europejskiego stwierdził, że homoseksualizm jest zboczeniem, chorobą, którą można leczyć. Dodał również, że środowiska gejowskie są finansowane przez międzynarodowe organizacje po to, aby „robić zadymy” w rodzaju różnych parad. We wszystkich sprawach wnioskodawca dowodził, powołując się na liczne publikacje naukowe, że powyższe twierdzenia są nieprawdziwe, bowiem „aktualne stanowisko nauki jest jednoznaczne – homoseksualizm nie jest chorobą, ani nie można go leczyć”.

W sprawie II Ns 30/09 sąd okręgowy uznał, że twierdzenia uczestnika stanowią wyrażenie jego poglądu w kwestii homoseksualizmu. W efekcie nie mogą być uznane za nieprawdziwe. Odmienne stanowisko zajęły natomiast sądy okręgowe w sprawach I Ns 32/09 i III Ns 47/09 uznając, że wypowiedzi uczestników dotyczące homoseksualizmu były twierdzeniami co do faktów. Jednak materiał dowodowy zebrany w sprawie nie pozwalał na przyjęcie, iż twierdzenia uczestników były nieprawdziwe. Zarazem, zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zważywszy więc, że wnioskodawcy w tych sprawach nie wykazali nieprawdziwości twierdzeń uczestników, w szczególności nie wykazali, że homoseksualizm nie jest chorobą, wniesione wnioski zostały oddalone. Z tym stanowiskiem nie zgodził się sąd apelacyjny rozpoznający zażalenia wniesione przez wnioskodawców. W sprawie III Ns 47/09 sąd apelacyjny wskazał, że w rozumieniu ordynacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego informacją jest wypowiedź zawierająca stwierdzenie istniejącego stanu rzeczy, faktów i wydarzeń, poddającą się ocenie z punktu

widzenia prawdy i fałszu. Tymczasem kwestionowana przez wnioskodawcę wypowiedź uczestniczki postępowania przedstawia jej pogląd na temat tej orientacji seksualnej, wolny od określeń ocennych, czy obraźliwych i jakichkolwiek odniesień do programu wyborczego, czy też osoby wnioskodawcy. Pogląd uczestniczki, jej wewnętrzne, subiektywne przeświadczenie o istniejącym stanie rzeczy, nie podlega kwalifikacji z punktu widzenia prawdy i fałszu, ani też nie stanowi wypowiedzi mającej na celu przekazanie wyborcom wiedzy o istniejącym i sprawdzalnym stanie rzeczywistości.

Znacznie bardziej kontrowersyjne rozstrzygnięcia co do kwalifikacji w kategorii twierdzeń i opinii wydane zostały przez sądy w poniższych sprawach w odniesieniu do następujących wypowiedzi stanowiących przedmiot sporów wyborczych:

- Partia Kobiet to Partia Ekshibicjonistek (sprawa II Ns 27/07);
- Polskie Stronnictwo Ludowe stało się Polskim Stronnictwem Liberalnym, gdzie szef partii, wicepremier, bardziej broni interesów mafii, która naruszyła nasze bezpieczeństwo paliwowe, występuje nawet o kasację wyroków, jak o rolników, którzy w ponad 80% w ubiegłym roku nie uzyskali dochodów (sprawa I Ns 27/09);
- Platforma Obywatelska wsi chce zabierać, chce odebrać KRUS (sprawa I Ns 38/07);
- I myślę, że Platforma Obywatelska jednak powinna się skupić na przekazywaniu jakiegoś pozytywnego przekazu swojego programu, którego niestety nie ma (sprawa XXV Ns 152/07);
- Wszystko, co robimy ma na celu dobro zwykłych ludzi, konsekwentnie likwidujemy korupcję, zwalczamy przestępczość (sprawa I Ns 83/07).

Wszystkie wskazane powyżej wypowiedzi uznane zostały przez sądy za twierdzenia deskryptywne odnoszące się do faktów oraz podlegające badaniu co do ich prawdziwości w toku postępowania sądowego. Jedynie w sprawie II Ns 27/07 sąd odwoławczy nie podzielił stanowiska sądu pierwszej instancji uznając, że wypowiedź Janusza Korwin-Mikkego w odniesieniu do Partii Kobiet stanowiła wypowiedź wyrażającą złośliwy komentarz uczestnika w związku z plakatem wyborczym, na którym czołowe działaczki partii zostały sfotografowane nago. Jak wskazał sąd apelacyjny w tej sprawie, nie można uznać, jak uczynił to sąd pierwszej instancji, że „uczestnik posłużył się takim określeniem, gdyż uważa, że członkiniami Partii Kobiet są ekshibicjonistki, w znaczeniu przedstawionym przez sąd okręgowy i że w związku z tym nazwa taka miałaby zawierać w sobie informację o dewiacjach seksualnych kobiet należących do tej partii”.

W sprawie XXV Ns 152/07 z wniosku Komitetu Wyborczego Platformy Obywatelskiej przedmiotem oceny sądu była wypowiedź kandydującej w wyborach do Sejmu RP posłanki PiS Jolanty Szczypińskiej, która w trakcie konferencji w Sejmie stwierdziła m.in. „I myślę, że Platforma Obywatelska jednak powinna się skupić na przekazywaniu jakiegoś pozytywnego przekazu swojego programu, którego niestety nie ma”. Wnioskodawca uznał te twierdzenia za nieprawdziwe „albowiem nieprawdą jest, że Platforma Obywatelska nie posiada programu”. Na tę okoliczność złożył w toku postępowania sądowego dowód z dokumentu w postaci szczegółowego programu Platformy Obywatelskiej. Sąd okręgowy w wydanym

orzeczeniu uznał, że wypowiedź posłanki zawierała nieprawdziwą informację, bowiem wyniki postępowania dowodowego w tej sprawie świadczą o tym, że Platforma Obywatelska bez wątpienia posiada swój program. W efekcie sąd zakazał uczestnicze postępowania rozpowszechniania nieprawdziwej informacji jakoby Platforma Obywatelska nie posiadała swojego programu oraz nakazał jej sprostowanie wypowiedzi poprzez opublikowanie w telewizji TVN INFO oświadczenia o następującej treści: „Jolanta Szczypińska, kandydatka na posłankę do Sejmu RP, na konferencji prasowej w Sejmie w dniu 9.10.2007 r. w trakcie wypowiedzi podała nieprawdziwą informację, jakoby Platforma Obywatelska nie miała swojego programu. Informacja ta jest nieprawdziwa bowiem w rzeczywistości Platforma Obywatelska posiada swój program”. Sąd odwoławczy oddalił zażalenie uczestniczki wniesione od tego orzeczenia, w którym argumentowała ona, że wypowiedź jej stanowiła w istocie ocenę działalności konkurencyjnej partii, w szczególności zaś zarzut co do jej bezideowości i braku konstruktywnych propozycji. Uczestniczka podkreślała przy tym, że zarzucała Platformie brak pozytywnego programu, a nie brak programu w ogóle. W uzasadnieniu wydanego rozstrzygnięcia sąd odwoławczy wskazał, że wprowadzie sporna wypowiedź zawierała pewną ocenę, zawierała jednak również informację, że Platforma Obywatelska nie ma programu. Tymczasem strona wnioskująca udowodniła przed sądem pierwszej instancji, że Platforma Obywatelska ma swój program.

Z kolei w sprawie I Ns 38/07 przedmiotem oceny sądu była treść programu Platformy Obywatelskiej w kontekście zarzutu uczestnika, że Platforma Obywatelska chce odebrać wsi KRUS. Sąd po dokonaniu analizy dokumentów w postaci prospektów zawierających program wyborczy Platformy Obywatelskiej RP: „Polska obywatelska. Podstawy programu politycznego Platformy Obywatelskiej”, Warszawa 2007, „Zasadnicze cele naprawy Państwa” – II krajowa Konwencja Platformy Obywatelskiej RP, Warszawa 21.05.2006 r., Program Wyborczy PO 2007 „By żyło się lepiej, Wszystkim!”, a także wypowiedzi lidera Platformy Obywatelskiej, uznał, że „nieprawdziwa jest podana przez uczestnika informacja dotycząca stanowiska PO w sprawie KRUS-u”. W ocenie sądu program Platformy Obywatelskiej nie zakłada zlikwidowania KRUS-u, a jedynie konieczność zreformowania tego systemu.

W końcu w sprawie I Ns 83/07 wnioskodawca wnosił o nakazanie liderowi partii Prawo i Sprawiedliwość sprostowania nieprawdziwej informacji zawartej w spocie wyborczym PiS – „Wszystko, co robimy, ma na celu dobro zwykłych ludzi, konsekwentnie likwidujemy korupcję, zwalczamy przestępczość”. W ocenie wnioskodawcy jest to informacja nieprawdziwa, bowiem sposób działania PiS świadczy o czymś zupełnie innym. Sąd oddalił złożony w tej sprawie wniosek, bowiem – jak wskazał w uzasadnieniu wydanego postanowienia – „wnioskodawca nie wykazał, by informacje zawarte w kwestionowanym spocie były nieprawdziwe”. Tym samym jednak hasło reklamowe zawarte w materiale wyborczym potraktowane zostało jako wypowiedź deskryptywna.

Spośród wskazanych wyżej wypowiedzi żadna w istocie nie powinna stanowić przedmiotu dowodzenia w toku postępowania sądowego, ani być poddawana sądowej ocenie w kategoriach prawdy i fałszu. Nie są one bowiem wypowiedziami co do faktów. Wszystkie mają charakter ściśle polityczny. Stanowią typowe

przykłady wypowiedzi wyborczych o specyficznej retoryce, wpisującej się w nurt walki wyborczej. Wyrażają przekonania i oceny polityków dotyczące ich działalności oraz krytykę działalności konkurencyjnych ugrupowań politycznych. Zarazem mieszczą się w zasadniczym nurcie debaty publicznej i w związku z tym korzystają ze szczególnej ochrony w ramach wolności słowa i swobody debaty politycznej – wartości tkwiących u podstaw społeczeństwa demokratycznego.

Wnioski takie wynikają w pierwszym rzędzie z analizy orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu.

Poczynając od sprawy *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*³², w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka stale obecna jest teza, zgodnie z którą swoboda wypowiedzi jest jedną z głównych podstaw demokratycznego społeczeństwa, warunkiem jego rozwoju i samorealizacji jednostki. Swoboda wypowiedzi nie może przy tym ograniczać się jedynie do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne, lecz odnosi się w równym stopniu do takich, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój w państwie lub jakiejś grupie społeczeństwa. Takie są wymagania pluralizmu, tolerancji i otwartości na inne poglądy, bez których demokratyczne społeczeństwo nie istnieje³³. Szeroki zakres swobody wypowiedzi dotyczy w szczególności wypowiedzi politycznych, bezpośrednio związanych z toczącą się debatą publiczną. Jej nieskrępowany przebieg stanowi o istocie systemu demokratycznego będącego podstawą porządku prawnego przyjętego w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Trybunał strasburski podkreśla, że w szczególności politykom przysługuje wyjątkowo szeroki margines swobody wypowiedzi. Wynika to z ich szczególnej roli w systemie demokratycznym, jako osób wybranych ze społeczeństwa, i tym samym reprezentujących swoich wyborców, zajmujących się ich problemami oraz broniących ich interesów³⁴.

Trybunał strasburski wielokrotnie wskazywał, że art. 10 ust. 2 Konwencji pozostawia szczególnie mało miejsca na ograniczenia wypowiedzi politycznych lub debaty o ważnych sprawach publicznych³⁵. W przypadku dokonanej ingerencji państwo musi przedstawić bardzo przekonujące argumenty, że ograniczenie takiej wypowiedzi było „konieczne w demokratycznym społeczeństwie”³⁶.

Zakres swobody wypowiedzi w toku kampanii wyborczej musi być rozważany z uwzględnieniem zasady wolnych wyborów przewidzianej w art. 3 protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³⁷.

³² Orzeczenie ETPC z 17.12.1976 r. w sprawie *Handyside v. Wielka Brytania*, skarga 5493/72, LEX nr 80798.

³³ Por. m.in. klasyczne orzeczenia Trybunału w sprawach: *Sunday Times przeciwko Wielkiej Brytanii* (I), skarga 6538/74, LEX nr 80817, *Oberschlick przeciwko Austrii* (I), skarga 11662/85, LEX nr 81177, *Lingens przeciwko Austrii*, skarga 9815/82, LEX nr 81012, *Observer i Guardian przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga 13585/88, LEX nr 81167, *Castells przeciwko Hiszpanii*, skarga 11798/85, LEX nr 81253, czy *Bladet Tromsø i Stensaas przeciwko Norwegii*, skarga 21980/93, LEX nr 76989.

³⁴ Tak m.in. orzeczenie z 23.05.1992 r. w sprawie *Castells przeciwko Hiszpanii*; orzeczenie z 27.02.2001 r. w sprawie *Jerusalem przeciwko Austrii*, orzeczenie z 17.10.2007 r. w sprawie *Sanocki przeciwko Polsce*.

³⁵ Z nowszych orzeczeń m.in. wyrok Wielkiej Izby z 30.06.2009 r. w sprawie *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) przeciwko Szwecji* (II), wyrok z 20.01.2009 r. w sprawie *Csáncics przeciwko Węgrom*, wyrok z 14.09.2010 r. w sprawie *Dink przeciwko Turcji*.

³⁶ L. Garlicki, *Sędzia europejski – kustoszem wyborów*, w: *Iudices electionis custode. Księga pamiątkowa Państwowej Komisji Wyborczej*, F. Rymarz (red.), Warszawa 2007, s. 65.

³⁷ Por. szerzej A. Gołuch, *Zasada wolnych wyborów w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Przegląd Sejmowy” 2007/2, s. 240.

Jak wskazuje L. Garlicki³⁸, wyborczy kontekst danej wypowiedzi skutkuje w orzecznictwie Trybunału dalszym zawężeniem obszaru, w jakim dopuszczalne jest ograniczenie swobody wypowiedzi. W debacie wyborczej, będącej jedną z najbardziej uprzywilejowanych form debaty publicznej, można użyć wielu stwierdzeń, które poza tą debatą byłyby uznane za niedopuszczalne. Dopiero wówczas, gdy okaże się, że faktycznym celem wypowiedzi było dokonanie „znieważającego ataku personalnego”, zaś związek wypowiedzi z debatą publiczną ma odległy charakter, możliwe staje się szersze nakładanie ograniczeń z powołaniem się na potrzebę ochrony osób trzecich.

W orzecznictwie Trybunału strasburskiego podnosi się, że wolne wybory oraz wolność wypowiedzi, w szczególności zaś wolność prowadzenia debaty politycznej, tworzą łącznie fundament każdego systemu demokratycznego. Prawa te są ze sobą ściśle związane i przyczyniają się do wzajemnego wzmocnienia. Z tych względów szczególnie istotne jest, by w okresie poprzedzającym wybory, wszelkiego rodzaju informacje i opinie mogły być swobodnie rozpowszechniane³⁹.

Jedną z konsekwencji szerokiego zakresienia granic swobody debaty publicznej na gruncie Konwencji europejskiej jest przyjmowane w orzecznictwie strasburskim rozróżnienie wypowiedzi na twierdzenia o faktach (*facts*) oraz sądy wartościujące (*value judgements*). Trybunał strasburski silnie akcentuje przy tym, że nie jest możliwe wykazanie prawdziwości sądów wartościujących, zaś żądanie w odniesieniu do nich przeprowadzenia dowodu prawdy jest w świetle zasad konwencyjnych niedopuszczalne i narusza swobodę wypowiedzi⁴⁰. Zarazem, co należy z naciskiem podkreślić, Trybunał w sposób dość rozszerzający traktuje kategorię „sądów wartościujących”. Zwłaszcza w przypadku wypowiedzi dokonanych w toku debaty publicznej, w sytuacjach wątpliwych kwalifikuje daną wypowiedź jako „sąd wartościujący”, zwalniając tym samym autora wypowiedzi od obowiązku wykazania jej prawdziwości. Podobnie, do kategorii opinii kwalifikowane są zazwyczaj wypowiedzi mieszane zawierające zarówno twierdzenia co do faktów, jak i oceny. W efekcie zakres pojęcia „twierdzenia faktyczne” ulega w orzecznictwie strasburskim zawężeniu, podczas gdy pojęcie „sądy wartościujące” istotnemu rozszerzeniu⁴¹.

Trybunał strasburski uznał, że wypowiedziami ocennymi, a więc niepodlegającymi weryfikacji w kategoriach prawdy i fałszu były między innymi:

- wypowiedź dziennikarza, w której działania czołowego polityka austriackiego określił jako zbieżne z celami NSDAP (sprawa Oberschlick przeciwko Austrii (I),

³⁸ Por. szerzej A. Gołuch, *Zasada wolnych wyborów...*, s. 240.

³⁹ Orzeczenie z 2.03.1987 r. w sprawie Mathieu-Mohin i Clerfayt przeciwko Belgii; orzeczenie z 19.02.1998 r. w sprawie Bowman przeciwko Wielkiej Brytanii; orzeczenie z 9.01.2007 r. w sprawie Kwiecień przeciwko Polsce; orzeczenie z 24.02.2009 r. w sprawie Długolecki przeciwko Polsce; wyrok z 14.10.2010 r. w sprawie Andruszko przeciwko Rosji.

⁴⁰ Tak m.in. orzeczenie z 8.07.1996 r. w sprawie Lingens przeciwko Austrii; orzeczenie z 28.08.1992 r. w sprawie Schwabe przeciwko Austrii; orzeczenie z 24.02.1997 r. w sprawie De Hayes i Gijssels przeciwko Belgii; orzeczenie z 17.12.2004 r. w sprawie Pedersen i Baadsgaard przeciwko Danii; orzeczenie z 29.03.2005 r. w sprawie Ukraińska Grupa Prasowa przeciwko Ukrainie; orzeczenie z 19.05.2005 r. w sprawie Turhan przeciwko Turcji.

⁴¹ L. Garlicki w: *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2010, s. 643; I.C. Kamiński, *Twierdzenia i opinie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, w: *Fakt v. Opinia – rozważania na kanwie sprawy Michnik v. Zybortowicz*, Materiały pokonferencyjne Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, s. 15 – www.hfhr.org.pl/obserwatorium.

- zarzut publicznie postawiony politykowi, że posługuje się podwójnymi standardami moralnymi (sprawa Schwabe przeciwko Austrii),
- wypowiedź publicysty, który zarzucił słowackiemu ministrowi kultury i edukacji faszystowską przeszłość (sprawa Feldel przeciwko Słowacji),
- określenie jednego ze stowarzyszeń związanych z Austriacką Partią Ludową, jako sektę wykazującą faszystowskie tendencje i totalitarny charakter (sprawa Jerusalem przeciwko Austrii).

Jakkolwiek sądy wartościujące same w sobie nie dadzą się weryfikować w kategoriach prawdy i fałszu, weryfikacji takiej – zgodnie z orzecznictwem Trybunału – mogą podlegać okoliczności faktyczne stanowiące podstawę formułowania określonego sądu ocennego. Przy braku dostatecznej podstawy faktycznej wypowiedzenia ocennego dochodzi do nadużycia wolności słowa⁴². Podkreślić jednak należy, że w praktyce orzecniczej Trybunału, zwłaszcza w przypadku wypowiedzi, które padają w toku politycznej polemiki, wymóg istnienia dostatecznej podstawy faktycznej i tym samym związku pomiędzy oceną a faktami, ma charakter mało rygorystyczny, a niekiedy wręcz minimalistyczny⁴³.

4.2. Naruszenie dobra osobistego wnioskodawcy

W przypadku rozpowszechniania materiału wyborczego zawierającego nieprawdziwe informacje, wnioskodawca może domagać się:

- zakazania rozpowszechniania nieprawdziwych informacji,
- orzeczenia przepadku materiałów wyborczych zawierających takie informacje,
- nakazania sprostowania nieprawdziwych informacji lub publikacji odpowiedzi na stwierdzenia naruszające dobra osobiste,
- nakazania przeproszenia osoby, której dobra osobiste zostały naruszone w wyniku rozpowszechniania nieprawdziwych informacji w materiałach wyborczych.

Ponadto w ustawie o wyborze Prezydenta RP przewidziane zostały dodatkowo środki ochrony majątkowej wnioskodawcy w postaci nakazania uczestnikowi postępowania wpłacenia kwoty do 50.000 zł na rzecz instytucji charytatywnej oraz zasądzenie od uczestnika postępowania na rzecz wnioskodawcy kwoty do 50.000 zł tytułem odszkodowania. Ochrona majątkowa w postaci wpłacenia kwoty do 10.000 zł na rzecz instytucji charytatywnej przewidziana została również w ordynacji samorządowej.

Przewidziane w ustawach wyborczych roszczenia stanowią w istocie kalkę rozwiązań przyjętych w prawie prasowym w odniesieniu do instytucji sprostowania i odpowiedzi oraz w kodeksie cywilnym w zakresie ochrony dóbr osobistych.

⁴² Tak m.in. orzeczenie z 26.04.1995 r. w sprawie Prager i Oberschlick przeciwko Austrii; orzeczenie z 24.02.1997 r. w sprawie De Haes i Gijssels przeciwko Belgii; orzeczenie z 28.09.2000 r. w sprawie Lopes Gomes da Silva przeciwko Portugalii; orzeczenie z 27.02.2001 r. w sprawie Jerusalem przeciwko Austrii; orzeczenie z 15.02.2005 r. w sprawie Steel i Morris przeciwko Wielkiej Brytanii.

⁴³ I.C. Kamiński, *Twierdzenia i opinie...*, s. 19.

Zgodnie z art. 31 prawa prasowego, na wniosek zainteresowanej osoby fizycznej, prawnej lub innej jednostki organizacyjnej redaktor naczelny redakcji właściwego dziennika lub czasopisma jest obowiązany opublikować bezpłatnie rzeczowe i odnoszące się do faktów sprostowanie wiadomości nieprawdziwej lub nieścisłej albo rzeczową odpowiedź zagrażającą dobrom osobistym. Z kolei zgodnie z art. 24 § 1 k.c. ten, czyje dobro osobiste zostało zagrożone cudzym działaniem, może żądać zaniechania tego działania. W razie dokonanego naruszenia może on także żądać, żeby osoba, która dopuściła się naruszenia, dopełniła czynności potrzebnych do usunięcia jego skutków, w szczególności, żeby złożyła oświadczenie odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie. Ponadto pokrzywdzony może żądać również zadośćuczynienia pieniężnego lub zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej na wskazany cel społeczny, zaś w przypadku powstania szkody majątkowej także odszkodowania (art. 24 § 2 k.c.).

W doktrynie prawa charakter i istota przewidzianych w prawie prasowym roszczeń o opublikowanie sprostowania i odpowiedzi stanowi przedmiot sporu⁴⁴. Część autorów uznaje wskazane roszczenia za szczególne środki ochrony dóbr osobistych, podczas gdy inni akcentują odmienną funkcję i rolę reżimu prawnego przewidzianego w prawie prasowym. Osobiście opowiadam się przeciwko uznawaniu sprostowania i odpowiedzi prasowej za komplementarne, czy alternatywne środki ochrony dóbr osobistych⁴⁵. Cele tych instytucji są bowiem odmienne.

Szeroko pojęte sprostowanie prasowe jest instrumentem stworzonym w interesie opinii publicznej, skierowanym w pierwszym rzędzie na ochronę wartości związanych z wolnością wypowiedzi. Tkwiąca u jego podstaw zasada *audiatur et altera pars* ma nie tyle służyć ochronie poszczególnych osób poprzez umożliwienie publicznego ustosunkowania się do postawionych im zarzutów, wypowiedzianych w stosunku do nich twierdzeń i ferowanych o nich opinii, ale stanowi środek prowadzący do wzmocnienia debaty publicznej i prawa do informacji. Umożliwia opinii publicznej zapoznanie się z odmiennymi argumentami i poglądami. Powyższe założenia tkwią u podstaw konstrukcyjnych tej instytucji. Sprostowanie prasowe stanowi głos w publicznej dyskusji, który prasa ma obowiązek przyznać „zaatakowanemu”, aby umożliwić mu przedstawienie jego argumentów

Połączenie w prawie wyborczym roszczeń pochodzących z dwóch różnych porządków prawnych wydaje się odzwierciedlać i realizować zarazem dwa zasadnicze cele regulacji odnoszących się do rozstrzygania sporów wyborczych. Z jednej strony szczególny tryb rozpoznawania tych spraw, który przewidziany został w prawie wyborczym, zmierza do ochrony rzetelności procesu wyborczego i tym samym umożliwienia wyborcom dokonania racjonalnych, a przede wszystkim wolnych od nieprawdziwych przesłanek wyborów. Z drugiej strony przepisy te mają w założeniu chronić również dobra osobiste startujących w wyborach

⁴⁴ Por. m.in. B. Kordasiewicz, *Jednostka wobec...*, s. 116; J. Sobczak, *Prawo prasowe*, Warszawa 2000, s. 351; M. Zaremba, *Prawo prasowe. Ujęcie praktyczne*, Warszawa 2007, s. 97; B. Kosmus, *Sprostowanie i odpowiedź prasowa*, Warszawa 2006, s. 26.

⁴⁵ Por. szerzej J. Sadowski, *Konflikt zasad – ochrona dóbr osobistych a wolność prasy*, Warszawa 2008, s. 314–319.

kandydatów. Ta dwoistość celów postępowania w sprawach wyborczych akcentowana jest również w doktrynie i orzecznictwie⁴⁶.

Dwoistość celów postępowania wyborczego formalnie przywoływana jest również w badanych sprawach. Wskazuje się, że podstawową funkcją tego postępowania jest zapewnienie prawidłowości prowadzonej kampanii wyborczej (sprawa I Ns 156/06, sprawa I Ns 145/06, sprawa III Ns 125/07). Celem wprowadzonego w ordynacjach wyborczych przyspieszonego trybu postępowania jest zapewnienie wyborcom możliwości uzyskania wyjaśnień co do zarzutów stawianych politykom, a tym samym umożliwienie im dokonania należytego wyboru (sprawa III Ns 125/07).

Przeprowadzona analiza wykazuje jednak, że zdecydowanie dominuje stanowisko, zgodnie z którym postępowanie wyborcze stanowi przede wszystkim szczególną formę postępowania o ochronę dóbr osobistych. Reprezentatywne w tym zakresie jest stanowisko Sądu Okręgowego w Tarnowie, który w sprawie I Ns 161/06 wskazał, że przepisy prawa wyborczego – sprawa ta toczyła się na podstawie przepisów ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw – zawierają głównie regulacje o charakterze proceduralnym. Natomiast kwestie z zakresu prawa materialnego regulowane są innymi przepisami, w szczególności przepisami dotyczącymi ochrony dóbr osobistych (art. 24 k.c.). Analogicznie w sprawie I Ns 156/06, sąd okręgowy stwierdził, że „w sferze prawa materialnego art. 72 ust. 1 ustawy – ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw uszczegóławia jedynie rodzaj i okoliczności, w jakich dochodzi do naruszenia dobra osobistego, o którym to naruszeniu stanowi art. 24 § 1 zdanie drugie k.c. oraz precyzuje rodzaj zachowań, które winien podjąć sprawca by usunąć skutki naruszenia (przeproszenie). Ingerencja w te dobra – aby podległa szczególnemu trybowi ochrony – musi mieć formę przekazania nieprawdziwej informacji jako materiału wyborczego. W pozostałym zakresie przy rozstrzyganiu tego roszczenia znajdują zastosowanie ogólne reguły ochrony dóbr osobistych, ukształtowane w szczególności na gruncie art. 24 k.c.”. Taki sam pogląd zaprezentowany został m.in. w sprawach I Ns 145/06, I Ns 165/07, I Ns 29/06, I Ns 27/09, I Ns 20/09, I Ns 297/06, I Ns 149/07).

W efekcie, jak wynika z przeprowadzonych badań, sądy powszechnie przyjmują, że materialnoprawnymi przesłankami warunkującymi uwzględnienie wniosku złożonego w trybie wyborczym są:

- 1) rozpowszechnienie nieprawdziwej informacji w materiale wyborczym;
- 2) naruszenie dobra osobistego wnioskodawcy;
- 3) bezprawność dokonanego naruszenia.

Przesłanki te, określone po części na podstawie przepisów ordynacji wyborczych (przesłanka 1) oraz po części na podstawie przepisów kodeksu cywilnego dotyczących ochrony dóbr osobistych (przesłanka 2 i 3), muszą wystąpić łącznie.

⁴⁶ Por. m.in. M. Kolasiński, *Ochrona dóbr osobistych...*, s. 35; T. Domińczyk, *Cywilna ochrona dóbr osobistych...*, s. 83; wyrok TK z 12.07.2009 r. (K 7/09), OTK-A 2009/7, poz. 113; postanowienie SN z 19.03.2008 r. (III CNP 10/08), OSNC-ZD 2009/1, poz. 3.

Egzemplifikacją powyższego poglądu jest sprawa I Ns 202/06, w której sąd oddalił złożony wniosek z uwagi na fakt, że treść materiału wyborczego stanowiącego przedmiot rozpoznania w tej sprawie nie naruszała dóbr osobistych wnioskodawcy. Co charakterystyczne, sąd stwierdzając brak naruszenia dóbr osobistych w ogóle nie badał, czy informacje zawarte w tym materiale były zgodne z prawdą. Brak naruszenia dóbr osobistych wnioskodawcy czynił bowiem bezprzedmiotowym badaniem dalszych przesłanek zasadności złożonego wniosku.

Podobnie w sprawie I Ns 29/06 sąd oddalając złożony wniosek podniósł, że wnioskodawca w ogóle nie wskazał, jakie dobra osobiste wnioskodawcy zostały w tej sprawie naruszone.

Ciekawa w tym kontekście sytuacja procesowa miała miejsce w sprawie I Ns 165/07. W toku postępowania uczestnik podniósł zarzut zawisłości sporu wskazując, że wnioskodawca uprzednio wytoczył przeciwko uczestnikowi powództwo o ochronę dóbr osobistych na zasadach ogólnych. Jak wskazał, podstawą faktyczną w obu sprawach był ten sam zarzut pod adresem wnioskodawcy zawarty w tym samym materiale wyborczym. Sąd uznając, że przedmiotem obu spraw jest ochrona dóbr osobistych wnioskodawcy podniósł zarazem, że kwestią zasadniczą w tej sprawie jest szczególny tryb postępowania wyborczego. Jego celem jest bowiem udzielenie szybkiej ochrony kandydatowi, tak, aby ochrona ta została uzyskana jeszcze przed wyborami. Szybkie wyjaśnienie sprawy ma bowiem znaczenie dla wyborców, w szczególności wpływa na szanse kandydata na uzyskanie mandatu. Z tych względów uwzględnienie w tej sprawie zarzutu lispendencji oznaczałoby, zdaniem sądu okręgowego, pozbawienie wnioskodawcy prawa do sądu. Ponadto sąd powołał się na przepis art. 92 ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu, zgodnie z którym wykonanie uprawnień wynikających z niniejszej ustawy nie ogranicza możliwości dochodzenia przez osoby pokrzywdzone lub poszkodowane uprawnień na podstawie innych ustaw. W ocenie sądu z przepisu tego „wynika całkowita niezależność niniejszego postępowania od innych postępowań, a więc także od procesu cywilnego o ochronę dóbr osobistych z art. 24 k.c.”.

Wskazać należy, że również sąd apelacyjny rozpoznając w tej sprawie zażalenie uczestnika, nie podzielił zarzutu występowania negatywnej przesłanki procesowej w postaci stanu zawisłości sporu. Sąd apelacyjny wskazał na odmiennność obu postępowań. Postępowanie prowadzone w trybie wyborczym dotyczy jedynie wypowiedzi zamieszczonych w materiałach wyborczych w okresie kampanii wyborczej i ma na celu przede wszystkim zapewnienie rzetelności tej kampanii poprzez eliminację takich oświadczeń, które są nieprawdziwe i dyskredytują kandydatów na posła lub senatora, a tym samym naruszają ich dobra osobiste. Natomiast przepis art. 24 k.c. dotyczy wszelkiego rodzaju naruszenia dóbr osobistych bezprawnym działaniem lub zaniechaniem. Z tych względów w ocenie sądu apelacyjnego oba postępowania są od siebie niezależne i mogą toczyć się równolegle. Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazano, że postępowanie wyborcze wprowadza samoistne i odmienne w stosunku do przewidzianych w art. 24 k.c. przesłanki faktyczne zastosowania tej prawnej podstawy żądań. Z tych względów prawomocne rozstrzygnięcie o żądaniach opartych na podstawie przepisów ordynacji wyborczej nie stanowi przyczyny odrzucenia pozwu o ochronę dóbr osobistych na podstawie art. 199 § 1 pkt 2 k.p.c.⁴⁷

⁴⁷ Postanowienie SN z 5.05.2005 r. (IV CK 735/04), OSNC 2006/4, poz. 68.

Interesujący pogląd na istotę postępowania w sprawach wyborczych zaprezentowany został w dwóch spośród analizowanych spraw (sprawa I Ns 479/07 oraz I Ns 31/06). W szczególności w pierwszej z tych spraw Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wskazał na odmienność przesłanek warunkujących uwzględnienie poszczególnych środków ochrony przewidzianych w art. 91 ustawy – Ordynacja wyborcza do Sejmu i Senatu RP. W przypadku żądania orzeczenia zakazu rozpowszechniania informacji nieprawdziwych, przepadku materiałów wyborczych zawierających takie informacji oraz nakazania sprostowania takich informacji przesłanką wystarczającą do uwzględnienia żądania jest nieprawdziwość informacji zawartych w materiale wyborczym. Z kolei w odniesieniu do żądania opublikowania odpowiedzi oraz przeproszenia uczestnika, dodatkową przesłanką, wynikającą wprost z brzmienia przepisu, jest naruszenie dóbr osobistych. Należy przy tym podkreślić, że z tekstu ustawy nie wynika powszechnie przyjmowane przez sądy założenie, że dokonane naruszenie musi dotyczyć dóbr osobistych wnioskodawcy. W szczególności w przypadku, gdy wniosek złożony zostaje przez komitet wyborczy (pełnomocnika komitetu) przedmiotem ewentualnej ochrony są zazwyczaj dobra osobiste konkretnego kandydata, a nie komitetu wyborczego, jako jednostki organizacyjnej powołanej celem prowadzenia kampanii wyborczej na rzecz popieranych przez komitet kandydatów.

Zdecydowanie dominujący w analizowanych sprawach pogląd, zgodnie z którym przedmiotem postępowania dotyczącego sporów wyborczych jest zarazem ochrona dóbr osobistych wnioskodawcy w sposób bezpośredni, rzutuje na kształt i przebieg tego postępowania. Sądy w tym zakresie odwołują się bowiem bezpośrednio do modelu ochrony ukształtowanego na gruncie regulacji kodeksu cywilnego dotyczącego ochrony dóbr osobistych. W szczególności konsekwencją takiego podejścia jest przejęcie zawartej w art. 24 § 1 k.c. konstrukcji bezprawności dokonanego naruszenia dóbr osobistych. Zgodnie z art. 24 § 1 k.c. ten, czyje dobro osobiste zostało zagrożone lub naruszone cudzym działaniem może żądać ochrony, chyba że działanie sprawcy naruszenia nie miało charakteru bezprawnego. Z brzmienia tego przepisu powszechnie wywodzi się tzw. domniemanie bezprawności naruszenia dóbr osobistych wskazując, że to na podmiocie, którego zachowanie spowodowało naruszenie lub zagrożenie dóbr osobistych, spoczywa obowiązek wykazania, że był do takiego działania uprawniony. Również on ponosi ujemne konsekwencje prawne (ryzyko procesowe) niewyjaśnienia okoliczności z tym związanych. Jak podkreśla się w doktrynie, domniemanie to skutkuje wzmocnieniem pozycji procesowej podmiotu, którego dobra osobiste zostały zagrożone lub naruszone cudzym działaniem, a tym samym wzmacnia cywilnoprawną ochronę dóbr osobistych⁴⁸. W tym ujęciu bowiem za bezprawne uważa się każde działanie naruszające dobra osobiste, jeżeli nie zachodzi (nie zostanie wykazana) żadna okoliczność wyłączająca bezprawność działania.

⁴⁸ Por. m.in. Z. Radwański, *Koncepcja praw podmiotowych osobistych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1988/2, s. 8; A. Cisek, *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, Acta Uniwersytetu Wrocławskiego, Prawo CLXVII, Wrocław 1989, s. 70; J.S. Piąkowski, *Ewolucja ochrony dóbr osobistych*, w: *Tendencje rozwoju prawa cywilnego*, E. Łętowska (red.), Ossolineum 1983, s. 12; A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 91; B. Kordasiewicz, *Jednostka wobec...*, s. 156.

Powyższe ujęcie zdecydowanie dominuje w analizowanych sprawach. Tym samym ciężarem dowodu, że dana informacja zawarta w materiale wyborczym będąca przedmiotem wniosku złożonego w trybie wyborczym nie jest nieprawdziwa, sądy z reguły obciążają uczestnika postępowania.

Reprezentatywny w tym zakresie jest wywód Sądu Apelacyjnego w Krakowie w sprawie I Ns 30/06, w którym sąd stwierdził, że „ciężar dowodu prawdziwości uwłaczającym innym kandydatom faktów podnoszonych w materiale wyborczym spoczywa na Komitecie wyborczym lub osobie, która fakty takie podnosi, zaś uczestnik postępowania nie zaoferował żadnych dowodów mogących wskazywać, że odmowa udzielenia pogotowiu ratunkowemu pomocy przez wójta miała miejsce”. W efekcie sąd apelacyjny zmienił wydane w tej sprawie orzeczenie sądu pierwszej instancji i zakazał komitetowi wyborczemu będącemu uczestnikiem postępowania w tej sprawie rozpowszechniania jako nieprawdziwej informacji zawartej w materiale wyborczym tego komitetu, że wójt jednej z gmin odmówił pomocy pogotowiu ratunkowemu w znalezieniu lokalu na terenie tej gminy. Dodatkowo sąd nakazał publiczne odwołanie tej informacji jako nieprawdziwej oraz orzekł przepadek całego numeru „Gazety Podkrakowskiej”, w której zawarte zostały materiały zawierające tę informację.

Analogiczne rozstrzygnięcia z powołaniem się wprost na domniemanie bezprawności wynikające z art. 24 § 1 k.c. wydane zostały między innymi w sprawach I Ns 161/06, I Ns 156/06, I Ns 145/06, III Ns 47/09, I Ns 149/07, I Ns 27/09, I Ns 20/09, I Ns 36/06 oraz I Ns 297/06.

Przykładowo w sprawie I Ns 27/09 sąd okręgowy wskazał, że wzajemna relacja przepisów ordynacji wyborczej do przepisów kodeksu cywilnego odnoszących się do ochrony dóbr osobistych kształtuje się w oparciu o stosunek *lex specialis* – *lex generalis*. „Regulacja ochrony dóbr osobistych w prawie wyborczym nie ma charakteru autonomicznego i w zakresie nieuregulowanym w tej ustawie sąd stosuje ogólne przepisy dotyczące ochrony dóbr osobistych, w tym głównie przepisy kodeksu cywilnego. Skoro zatem w ustawie z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego brak przepisu szczególnego dotyczącego ciężaru dowodu, to istnieje konieczność zastosowania normy art. 24 § 1 k.c. w zw. z art. 6 k.c.”.

Jedynie w 4 spośród badanych spraw sądy w sposób odmienny określiły rozkład ciężaru dowodu uznając, że w świetle przepisów ordynacji wyborczej to na wnioskodawcy, zgodnie z ogólną regułą dowodową przewidzianą w art. 6 k.c., spoczywa obowiązek wykazania, że informacja stanowiąca przedmiot złożonego wniosku jest nieprawdziwa (tak w sprawach I Ns 32/09, I Ns 10/06, I Ns 29/06, III Ns 47/09).

W szczególności warto w tym kontekście odnotować stanowisko Sądu Okręgowego Warszawa–Praga w Warszawie, który w sprawie III Ns 47/09 podnosząc, że zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, wskazał jednocześnie, że materiał dowodowy zebrany w sprawie nie pozwala na przyjęcie, że sformułowanie użyte przez uczestniczkę postępowania jest nieprawdziwe, zaś sąd w żaden sposób nie jest w stanie zweryfikować twierdzeń uczestniczki postępowania w sprawie rozstrzyganej w skróconej i przyspieszonej procedurze przewidzianej w ordynacji wyborczej.

Wywód ten, co wymaga podkreślenia, nawiązuje pośrednio do sytuacji opisywanej w doktrynie jako stan *non liquet*, gdy bezsporne i niebudzące wątpliwości

ustalenie prawdziwości bądź nieprawdziwości faktów stanowiących podstawę formułowanych zarzutów okazuje się w toku postępowania dowodowego niemożliwe⁴⁹. W takiej sytuacji, również na gruncie ochrony dóbr osobistych, problemu tego nie usuwa domniemanie bezprawności przewidziane w art. 24 § 1 k.c. Konstrukcja ta bowiem, wbrew twierdzeniom pojawiającym się w orzecznictwie, w tym również we wskazanych powyżej sprawach, nie powinna być rozumiana jako domniemanie nieprawdziwości rozpowszechnianych informacji. Z faktu, że w toku postępowania sądowego nie została wykazana prawdziwość jakiegoś twierdzenia nie wynika, że twierdzenie to jest nieprawdziwe. Co najwyżej można w takim przypadku stwierdzić, że dana okoliczność objęta tym twierdzeniem nie została w sposób należyty wykazana. W efekcie brak jest podstaw do nałożenia na uczestnika postępowania obowiązku odwołania nieprawdźliwych informacji. W procesie o ochronę dóbr osobistych możliwe jest wówczas sięgnięcie do konstrukcji tzw. odwołania ograniczonego, a więc nakazanie pozwanemu, w przypadku stwierdzenia bezprawności jego działania, aby złożył oświadczenie, w którym przyzna, że wysunięte pod adresem powoda zarzuty naruszające jego dobra osobiste nie znajdują dostatecznej podstawy faktycznej, czy też oświadczy, że nie podtrzymuje wysuniętych wobec powoda zarzutów z uwagi na brak możliwości ich udowodnienia⁵⁰. Zastrzec jednak należy, że w postępowaniu wyborczym, w którym zasadniczą przesłanką udzielenia ochrony jest wykazanie przez wnioskodawcę, zgodnie z ogólną zasadą z art. 6 k.c., nieprawdziwości zaskarżonej informacji, konstrukcja odwołania ograniczonego nie znajduje zastosowania. W przypadku stwierdzenia, że materiał dowodowy zebrany w sprawie nie daje podstaw do ustalenia prawdziwości bądź nieprawdziwości informacji stanowiącej przedmiot rozpoznania, właściwym rozstrzygnięciem jest więc oddalenie złożonego wniosku, tak jak uczynił to sąd pierwszej instancji w sprawie III Ns 47/09.

Przeprowadzona analiza dotycząca wzajemnych relacji prawa wyborczego i przepisów dotyczących ochrony dóbr osobistych nasuwa kilka zasadniczych uwag.

W świetle regulacji prawa wyborczego podstawową przesłanką materialnoprawną rozstrzygnięcia sporu wyborczego jest fałsz informacji zawartej w materiale wyborczym. Zasadniczym bowiem celem przewidzianych w ordynacjach wyborczych uproszczonych procedur zmierzających do rozstrzygnięcia sporów powstałych na tle prowadzonej kampanii wyborczej jest ochrona procesu wyborczego, próba zapewnienia jego rzetelnego przebiegu poprzez eliminowanie na bieżąco, w toku trwającej kampanii wyborczej, informacji nieprawdźliwych dotyczących poszczególnych kandydatów. W przypadku stwierdzenia, że materiał wyborczy rozpowszechniany w toku kampanii wyborczej zawiera informacje nieprawdźliwe, sąd może zakazać dalszego rozpowszechniania tych informacji, orzec przepadek materiału wyborczego zawierającego te informacje, a także nakazać uczestnikowi postępowania sprostowanie tych informacji. Ponadto poszczególne ordynacje wyborcze przewidują dwa dalsze środki ochrony prawnej, których zastosowanie uzależnione jest od zaistnienia dodatkowej przesłanki

⁴⁹ Por. B. Kordasiewicz, *Jednostka wobec...*, s. 26.

⁵⁰ B. Kordasiewicz, *Jednostka wobec...*, s. 122.

w postaci naruszenia dóbr osobistych – nakazanie publikacji odpowiedzi na stwierdzenia naruszające dobra osobiste oraz nakazanie przeproszenia osoby, której dobra osobiste zostały naruszone. Nie oznacza to jednak, że postępowanie w trybie wyborczym stanowi – jak powszechnie przyjmuje się w badanych orzeczeniach – szczególny rodzaj postępowania w przedmiocie ochrony dóbr osobistych. Ta funkcja postępowania wyborczego jest jedynie pochodną jego zasadniczego celu – zapewnienia rzetelnego i uczciwego przebiegu kampanii wyborczej.

Ani funkcjonalna, ani tym bardziej gramatyczno–logiczna wykładnia przepisów poszczególnych ordynacji wyborczych nie prowadzi do wniosku, że koniecznym warunkiem uzyskania ochrony jest bezprawne naruszenie dobra osobistego. Zgodnie z założeniem ustawodawcy, zasadniczą przesłanką jest niezgodność z prawdą informacji zawartej w materiale wyborczym, zaś w przypadku określonych środków ochrony (publikacja odpowiedzi, przeproszenie pokrzywdzonego, zapłata sumy pieniężnej na rzecz instytucji charytatywnej) dodatkowo naruszenie dobra osobistego. Co więcej, należy stwierdzić, że decyzją ustawodawcy, wprost skonkretyzowaną w prawie wyborczym, zamieszczenie nieprawdziwych informacji w materiale wyborczym stanowi w każdym przypadku działanie bezprawne, które powinno spotkać się z reakcją sądu. Tym samym brak jest potrzeby odwoływania się do konstrukcji domniemania bezprawności naruszenia dóbr osobistych przewidzianej w art. 24 § 1 k.c. W szczególności zaś owo domniemanie nie może być utożsamiane z domniemaniem nieprawdziwości informacji rozpowszechnianych w toku kampanii wyborczej.

W świetle powyższych wywodów rozkład ciężaru dowodu w sprawach wyborczych, wbrew przeważającemu stanowisku sądów, nie odbiega od ujęcia klasycznego, wyznaczonego przez ogólną regułę z art. 6 k.c. Wnioskodawcę obciąża więc zarówno obowiązek wykazania nieprawdziwości danej informacji zawartej w zaskarżonym materiale wyborczym, jak i naruszenia na skutek rozpowszechnienia tej informacji określonego dobra osobistego. Co więcej, przywoływana już powyżej zasada wolnych wyborów i swobody debaty publicznej nakazuje sądowi dużą ostrożność i wstrzemięźliwość przy kwalifikowaniu danej informacji jako nieprawdziwej, a tym samym bezprawnej i niedopuszczalnej w toku kampanii wyborczej.

5. WNIOSKI

Należy zauważyć, że sama idea bieżącej kontroli i związanej z tym możliwej ingerencji sądu w przebieg kampanii wyborczej przewidziana na gruncie poszczególnych ordynacji wyborczych nie została zakwestionowana ani w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ani polskiego Trybunału Konstytucyjnego. Zauważyć jednak należy zarazem, że oba organy orzecznicze dostrzegają pewne zagrożenia, jakie wynikają z tych przepisów zarówno dla praw procesowych uczestników sądowych postępowań wyborczych, jak i dla zasady wolnych wyborów, w szczególności wolności debaty wyborczej. Z jednej strony bowiem uproszczenia proceduralne, przewidziane w tych postępowaniach w celu niezwłocznego rozpoznania sprawy w istotny sposób uszczuplają gwarancje procesowe stron,

w szczególności osób, przeciwko którym wniesione zostały zarzuty. Z drugiej zaś, szerokie kompetencje przyznane sądom w tych postępowaniach – możliwość zakazania uczestnikom wyborów przekazywania określonych informacji, nakazania odwołania głoszonych twierdzeń, czy prawo orzeczenia przepadku materiałów wyborczych – stwarzają realną obawę nadmiernej ingerencji władzy sądowej w sam przebieg procesu wyborczego. Okoliczności te powinny być uwzględniane przy wykładni przepisów dotyczących postępowania w sprawach wyborczych. Swoboda debaty wyborczej stanowi bowiem w systemie demokracji przedstawicielskiej fundamentalną zasadę, zaś wszelkie jej ograniczenia powinny być traktowane jako wyjątki podlegające wykładni ścieśniającej. W szczególności raz jeszcze warto w tym miejscu przytoczyć pogląd Trybunału strasburskiego wypowiedziany w sprawie, w której Trybunał uznał, że rozstrzygnięcie sądu polskiego wydane na gruncie art. 72 ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw stanowiło niedopuszczalną w świetle art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka ingerencję w zasadę swobody debaty wyborczej. Uzasadniając wydane rozstrzygnięcie Trybunał strasburski wskazał m.in. że „wolne wybory oraz wolność wypowiedzi, w szczególności wolność prowadzenia debaty politycznej, tworzą łącznie fundament każdego systemu demokratycznego. Te dwa prawa są ze sobą ściśle powiązane i współlistniejąc przyczyniają się do wzajemnego wzmocnienia. Z tych względów szczególnie istotne jest, by w okresie poprzedzającym wybory informacje i opinie wszelkiego rodzaju mogły być swobodnie rozpowszechniane. Zasady te znajdują zastosowanie zarówno w przypadku wyborów lokalnych, jak i krajowych”⁵¹.

W analizowanych orzeczeniach sądy stosunkowo często przywoływały postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 7.11.2002 r.⁵², zgodnie z którymi przepisy ordynacji wyborczej są przepisami szczególnymi i z tych względów nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej. Odnoszą się one tylko i wyłącznie do nieprawdziwych informacji zawartych w materiałach wyborczych, nie dotyczą natomiast komentarzy i ocen przymiotów kandydata. Jeżeli takie komentarze i ocena naruszają dobra osobiste kandydata, to może on dochodzić ochrony na zasadach ogólnych a nie w oparciu o przepisy zawarte w ordynacjach wyborczych. W badanej praktyce orzeczniczej powyższe dyrektywy nie wydają się być jednak w pełni realizowane. W szczególności wskazać należy na dwa istotne zagadnienia.

Po pierwsze, kontrola sądowa przebiegu kampanii wyborczej odnosi się wyłącznie do materiałów wyborczych zawierających twierdzenia co do faktów, nie obejmuje zaś zawartych w nich opinii, poglądów i sądów wartościujących. Stosunkowo czytelny z logicznego punktu widzenia podział wypowiedzi na zdania deskryptywne i sądy wartościujące nie jest w praktyce oczywisty i jak wynika z przeprowadzonych badań niejednokrotnie sprawia sądom dość znaczne trudności. Jak zostało już uprzednio wskazane, z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zwłaszcza w odniesieniu do wypowiedzi pełniących istotną rolę w debacie publicznej, a do tej kategorii z pewnością należy zaliczyć

⁵¹ Wyrok z 9.01.2007 r. w sprawie Kwiecień przeciwko Polsce, § 48.

⁵² Sygn. akt I ACz 1956/02, OSA 2003/10, s. 47.

wszelkie formy agitacji wyborczej, wynikają dyrektywy interpretacyjne nakazujące wąskie rozumienie „faktów” i szerokie ujmowanie „opinii”. Wydaje się, że w tym kierunku powinna zmierzać również wykładnia tych pojęć na gruncie postępowania wyborczego. Zbyt szerokie kwalifikowanie wypowiedzi wyborczych w kategoriach zdań opisowych może bowiem prowadzić do naruszenia zasady swobody kampanii wyborczej. Przykłady tego typu rozstrzygnięć zostały wskazane w przeprowadzonej analizie. Wydaje się więc zasadny postulat nakazujący, aby w razie istniejących w tym zakresie wątpliwości, traktować daną wypowiedź wyborczą raczej jako pogląd i opinię, niż jako twierdzenie wymagające sądowej weryfikacji w kategoriach prawdy i fałszu. Niezbędna jest przy tym interpretacja badanych wypowiedzi z uwzględnieniem towarzyszącego im kontekstu kampanii wyborczej, w której zasadniczą rolę odgrywa spór toczący się pomiędzy poszczególnymi kandydatami. Logika wyborczego sporu zakłada posługiwanie się określonymi środkami wyrazu charakteryzującymi się pewną przesadą i skłonnością do przerysowywania opisywanych zjawisk. Język debaty wyborczej jest ze swej istoty językiem sporu i konfrontacji. Pamiętać należy również, że wszelkie formy agitacji zakładają pierwszeństwo perswazyjnej funkcji językowej nad funkcją deskryptywną i opisową. Z natury więc ich zasadniczym celem i zadaniem nie jest obiektywny opis istniejącej rzeczywistości.

Jak podkreśla Europejski Trybunał Praw Człowieka, jednostka uczestnicząc w debacie publicznej może pozwolić sobie na pewien stopień „nieumiarkowania”⁵³. Wydaje się, że teza ta w pełni odnosi się do szeroko ujętego kręgu uczestników kampanii wyborczej.

Po drugie, jako nieprawidłową ocenić należy powszechną w orzecznictwie sądowym tendencję do odwoływania się przy rozstrzyganiu sporów wyborczych do modelu postępowania dotyczącego ochrony dóbr osobistych, a w szczególności posługiwanie się konstrukcją domniemania bezprawności przewidzianą w art. 24 § 1 k.c. Jak próbowano to wykazać w toku przeprowadzonej analizy, postępowanie w przedmiocie sporów wyborczych związanych z treścią materiału wyborczego nie stanowi szczególnego rodzaju postępowania o ochronę dóbr osobistych. Tym samym brak jest podstaw do odwoływania się do konstrukcji przyjętych w tym zakresie na gruncie kodeksu cywilnego. Raz jeszcze w tym kontekście przywołać należy stanowisko Sądu Najwyższego, który badając relacje procesowe pomiędzy postępowaniem wyborczym, a procesem o ochronę dóbr osobistych podkreślił, że postępowanie wyborcze wprowadza samoistne i odmienne w stosunku do przewidzianych w art. 24 k.c., przesłanki żądania⁵⁴.

Skutkiem prezentowanego przez sądy podejścia jest odwrócenie ogólnych reguł dotyczących rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 k.c.) i przerzucenie na uczestnika postępowania obowiązku wykazania prawdziwości treści zawartych w rozpowszechnianych materiałach wyborczych. W konsekwencji, nieudane przeprowadzenie takiego dowodu skutkuje uznaniem, że dany zarzut jest nieprawdziwy i wymaga odwołania, zgodnie z regułami przewidzianymi w prawie

⁵³ Orzeczenie z 7.11.2006 r. w sprawie Mamere przeciwko Francji; orzeczenie Wielkiej Izby z 22.10.2007 r. w sprawie Lindon, Otchakovsky-Laurens i July przeciwko Francji; orzeczenie z 6.10.2009 r. w sprawie Kuliś i Różycki przeciwko Polsce.

⁵⁴ Por. postanowienie SN z 5.05.2005 r. (IV CK 735/04), OSNC 2006/4, poz. 68.

wyborczym. W ten sposób domniemanie bezprawności z art. 24 § 1 k.c. traktowane jest w tych sprawach jako domniemanie w istocie nieprawdziwości informacji zawartych w materiałach wyborczych.

Przedstawiona praktyka orzecznicza przyjmowana przez sądy w związku z wykładnią przepisów ordynacji wyborczych dotyczących sądowej kontroli przebiegu kampanii wyborczej stanowi faktyczne zagrożenie dla zasady wolności wyborów. Wydaje się, że jej zasadniczym źródłem są niejasne przepisy prawa wyborczego odnoszące się do rozstrzygania sporów wyborczych. Jak zostało wskazane w toku przeprowadzonej analizy, przepisy te stanowią w istocie mechaniczne połączenie dwóch odmiennych rozwiązań – funkcjonującej w prawie prasowym instytucji sprostowania i odpowiedzi oraz środków ochrony dóbr osobistych przewidzianych w kodeksie cywilnym. To niespójne i nie do końca przemyślane rozwiązanie powinno zostać w sposób istotny skorygowane.

Dodatkowym uzasadnieniem koniecznych zmian legislacyjnych w tym zakresie jest wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 1.12.2010 r.⁵⁵, w którym przepisy dotyczące sprostowania i odpowiedzi prasowej (art. 31 i 33 ust. 1 prawa prasowego) zostały uznane za niezgodne z Konstytucją. W wydanym orzeczeniu Trybunał wskazał, że niejasność i nieokreśloność powyższych regulacji, w szczególności zaś brak precyzyjnych kryteriów pozwalających rozróżnić sprostowanie od odpowiedzi⁵⁶, stanowi o ich sprzeczności z art. 2 i art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. Zarazem utrata mocy obowiązującej tych przepisów została odroczone o osiemnaście miesięcy, celem umożliwienia ustawodawcy przygotowania w tym zakresie nowych rozwiązań legislacyjnych.

Najdalej idący postulat *de lege ferenda* zakłada uchylenie przepisów dotyczących szczególnego postępowania sądowego w zakresie sporów wyborczych. Przeprowadzone badania empiryczne wykazują bowiem, że ewentualne zagrożenia związane ze stosowaniem tej instytucji w obecnym kształcie dla wolności wyborów i swobodnego przebiegu kampanii wyborczej są niejednokrotnie większe niż korzyści związane z realizacją zakładanych przez nią celów.

Jeżeli jednak uznać za zasadne utrzymanie w polskim porządku prawnym szczególnej formy kontroli sprawowanej przez sądy nad przebiegiem kampanii wyborczej, konieczne jest dokonanie niezbędnym zmian ustawowych. Podstawowym założeniem w tym zakresie powinno być stworzenie regulacji, której wyłącznym celem byłaby realizacja interesu publicznoprawnego związanego z ochroną rzetelności procesu wyborczego poprzez zapewnienie uczciwej kampanii wyborczej. Tym samym zasadniczy akcent należy położyć na stworzeniu instrumentów prawnych zapewniających szybkie sprostowanie nieprawdziwych informacji i zarzutów wysuwanych pod adresem poszczególnych kandydatów.

Zdecydowanie natomiast postulować należy odejście od jakichkolwiek nawiązań do ochrony dóbr osobistych, jako konstrukcji odrębnej, przynależnej do sfery prywatnoprawnej i realizowanej według zasad ogólnych prawa cywilnego.

⁵⁵ Sygn. akt K 41/07, OTK-A 2010/10, poz. 127.

⁵⁶ Kwestia ta była już poruszana we wcześniejszym orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego – por. w szczególności wyrok TK z 5.05.2004 r. (P 2/03), OTK-A 2004/5, poz. 39.

Jak wskazano na wstępie, 11.01.2011 r., a więc już po przeprowadzeniu badań objętych tym opracowaniem, uchwalona została ustawa – Kodeks wyborczy, która wprowadza regulacje ogólne i uchyla dotychczasowe regulacje dotyczące poszczególnych rodzajów wyborów. Tym samym z dniem wejścia w życie ustawy, to jest z dniem 1.08.2011 r., utraciły moc:

- ustawa z 27.09.1990 r. o wyborze Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej,
- ustawa z 16.07.1998 r. – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw,
- ustawa z 12.04.2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej,
- ustawa z 20.06.2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza i prezydenta miasta,
- ustawa z 23.01.2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego⁵⁷.

Regulacja dotycząca sporów wyborczych zawarta została w art. 111 zamieszczonym w dziale I kodeksu wyborczego, zawierającym przepisy ogólne, wspólne dla wszystkich procesów wyborczych.

Art. 111 kodeksu wyborczego.

§ 1. Jeżeli rozpowszechniane, w tym również w prasie w rozumieniu ustawy z 26.01.1984 r. – Prawo prasowe (Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm.⁷⁾), materiały wyborcze, w szczególności plakaty, ulotki i hasła, a także wypowiedzi lub inne formy prowadzonej agitacji wyborczej, zawierają informacje nieprawdziwe, kandydat lub pełnomocnik wyborczy zainteresowanego komitetu wyborczego ma prawo wnieść do sądu okręgowego wnioski o wydanie orzeczenia:

- 1) zakazu rozpowszechniania takich informacji;
- 2) przepadku materiałów wyborczych zawierających takie informacje;
- 3) nakazania sprostowania takich informacji;
- 4) nakazania publikacji odpowiedzi na stwierdzenia naruszające dobra osobiste;
- 5) nakazania przeproszenia osoby, której dobra osobiste zostały naruszone;
- 6) nakazania uczestnikowi postępowania wpłacenia kwoty do 100.000 zł na rzecz organizacji pożytku publicznego.

§ 2. Sąd okręgowy rozpoznaje wniosek, o którym mowa w § 1, w ciągu 24 godzin w postępowaniu nieprocesowym. Sąd może rozpoznać sprawę w przypadku usprawiedliwionej nieobecności wnioskodawcy lub uczestnika postępowania, którzy o terminie rozprawy zostali prawidłowo powiadomieni. Postanowienie kończące postępowanie w sprawie sąd niezwłocznie doręcza wraz z uzasadnieniem osobie zainteresowanej, o której mowa w § 1, i zobowiązanemu do wykonania postanowienia sądu.

⁵⁷ Art. 10 ustawy z 5.01.2011 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Kodeks wyborczy (Dz. U. Nr 21, poz. 113).

§ 3. Na postanowienie sądu okręgowego przysługuje w ciągu 24 godzin zażalenie do sądu apelacyjnego, który rozpoznaje je w ciągu 24 godzin. Od postanowienia sądu apelacyjnego nie przysługuje skarga kasacyjna i podlega ono natychmiastowemu wykonaniu.

§ 4. Publikacja sprostowania, odpowiedzi lub przeprosin następuje najpóźniej w ciągu 48 godzin, na koszt zobowiązanego. W orzeczeniu sąd wskazuje prasę w rozumieniu ustawy z 26.01.1984 r. – Prawo prasowe, w której nastąpić ma publikacja, oraz termin publikacji.

§ 5. W razie odmowy lub niezamieszczenia sprostowania, odpowiedzi lub przeprosin przez zobowiązanego w sposób określony w postanowieniu sądu, na wniosek zainteresowanego, zarządza opublikowanie sprostowania, odpowiedzi lub przeprosin w trybie egzekucyjnym, na koszt zobowiązanego.

§ 6. W sprawach, o których mowa w § 1, 4 i 5, przepisu art. 104 nie stosuje się.

Jak widać rozwiązania przyjęte w kodeksie wyborczym są w znacznej części tożsame z wcześniejszymi regulacjami obowiązującymi na gruncie poszczególnych ordynacji wyborczych. Tym samym, pomimo dokonanej zmiany stanu prawnego, rozważania zawarte w opracowaniu pozostają w pełni aktualne. Aktualne pozostają również uwagi *de lege ferenda*.

Summary

Jacek Sadomski, *Resolving election disputes – analysis of court practice*

This paper concerns an analysis of court case law in election disputes concerning the contents of election materials disseminated in the course of election campaigns (Art. 91 of the Act of 12 Apr. 2001 – Law on Elections to the Sejm of the Republic of Poland and the Senate of the Republic of Poland, Art. 74 of the Act of 23 Jan. 2004 – Law on Elections to the European Parliament, Art. 72 of the Act of 16 Jul. 1998 – Law on Elections to community councils, county councils and province diets). Empirical examination covered 45 randomly selected cases from 10 court regions: Warsaw, Warsaw–Praga, Bydgoszcz, Gdańsk, Krakow, Toruń, Elbląg, Tarnów, Kielce, Słupsk.

The basic function of judicial control over election campaigns is protecting the reliability of the election process, which is to be promoted by the courts' duty to verify the truthfulness of information provided during the election campaign. This is intended to ensure fair election campaigns, provide citizens with access to truthful information about the candidates and thus enable them to perform an undistorted act of election. At the same time, the procedure of setting election disputes provided for in election laws poses involves certain threats, both to procedural rights of participants of electoral proceedings before courts and to the principle of free elections, in particular freedom of electoral debate. Because on the one hand the simplified procedure of these proceedings, aimed to ensure immediate examination of the case, considerably diminishes the parties' procedural guarantees, in particular those of persons against whom charges were made, and on the other hand the broad powers granted to courts in these proceedings – the power to prohibit election participants from disseminating specific information, order that they withdraw previously made statements, or order seizure of election materials – pose a real threat of excessive interference of the judiciary in the electoral process as such.

The conducted research confirms, to a large extent, the concerns relating to a threat to the principle of free elections. It is noticeable in at least two aspects. Firstly, courts define too

broadly the category of statements relating to facts, exercising control also over forms of electioneering (statements), which cannot be verified as true or false. Consequently, the rulings as to truthfulness are also issued in respect of opinions, value judgments, or even views of candidates presented during the election campaign. Secondly, in case law there is a dominant standpoint that election cases are a special form of proceedings in the matter of protection of personal interests. This approach results in making, to a considerable degree, references to the model of proceedings concerning protection of personal interests, and in particular applying the construction of presumption of unlawfulness provided for in Art. 24.1 of the Civil Code. Consequently, the general rules on the distribution of burden of proof (Art. 6 CC) are reversed and the participant of proceedings is under a duty to demonstrate the truthfulness of contents of the distributed election materials. Failure to prove it results in recognizing that a given objection is false and requires to be withdrawn in accordance with the rules contained in election laws.

If the institution is to be maintained without detriment to the principle of free elections, legislative amendments are required. They should be based on the assumption of departing from any references to protection of personal interests, as a separate construction which belongs to the sphere of private law and is implemented according to the general principles of civil law. Meanwhile, the stress should be on creating legal instruments that ensure quick correction of untrue information and objections against individual candidates so as to fully promote the public interest in protecting the reliability of the electoral process.

Piotr Rylski*

Pozycja ustrojowa i procesowa referendarza sądowego w postępowaniu cywilnym

1. WPROWADZENIE

Instytucja referendarza sądowego funkcjonuje już od ponad dziesięciu lat w polskim postępowaniu cywilnym. W tym czasie przeszła ona znamiennej ewolucję polegającą na znacznym poszerzeniu kompetencji referendarza. Przestał on być już tylko podmiotem dokonującym czynności w postępowaniach rejestrowych i wieczystoksięgowych, a obecnie uczestniczy także w toku postępowania procesowego wydając orzeczenia dotyczące m.in. kosztów procesu, a nawet orzeczenia merytoryczne (nakazy zapłaty). Wciąż obecna jest także dyskusja nad dalszym zwiększaniem kompetencji referendarza sądowego przy okazji kolejnych nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego. Niezbędne jest więc ustalenie roli tego podmiotu w postępowaniu cywilnym wśród innych organów rozpoznających sprawy cywilne. Podjęcie tego tematu jest także istotne ze względu na całkiem niedawny wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12.05.2011 r.¹, w którym, jak dotąd najszerzej, została przeanalizowana pozycja i znaczenie instytucji referendarza sądowego.

Przedstawienie znaczenia i roli referendarza sądowego w sądach powszechnych i w postępowaniu cywilnym zostanie dokonane za pomocą analizy idącej w trzech kierunkach. **Po pierwsze**, konieczne staje się przeprowadzenie kompleksowej analizy zakresu kompetencji przyznanych mu w postępowaniu cywilnym. Wynika to z nieustannej ewolucji tych kompetencji, a także często nie do końca precyzyjnego określenia przez ustawodawcę ich zakresu. Rozważania te zostaną jednak poprzedzone krótkim wskazaniem genezy tej instytucji w systemach europejskich i prawnoporównawczym przedstawieniem rozmaitych modeli umiejscowienia tego podmiotu w porządkach prawnych wybranych państw europejskich. **Po drugie**, należy przeanalizować umiejscowienie tego organu w ramach ustroju sądowego. Chodzi tu przede wszystkim o określenie znaczenia i adekwatności pojęcia „ochrony prawnej”, którą posługuje prawo o ustroju sądów powszechnych do obecnego zakresu kompetencji referendarzy sądowych. Należy przy tym przeanalizować i ocenić zakres gwarancji ustrojowych niezależności referendarza sądowego. **Po trzecie** wreszcie, niezbędne staje się wskazanie na podstawowe

* Dr Piotr Rylski jest adiunktem w Sekcji Prawa Cywilnego Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ Wyrok TK z 12.05.2011 r. (P 38/08), OTK-A 2011/4, poz. 33.

kwestie związane z procesową pozycją referendarza sądowego, czyli jako organu dokonującego czynności w postępowaniu cywilnym. Chodzi tu także o wskazanie na środki kontroli prawidłowości dokonywanych przez niego czynności.

2. EUROPEJSKIE WZORCE INSTYTUCJI REFERENDARZA SĄDOWEGO

Utworzenie urzędu referendarza sądowego w sądach powszechnych było zgodne z postulatami doktryny i praktyki sądowej zgłaszanymi już od pewnego czasu². Inspirację do wprowadzenia tej instytucji stanowiły jednak przede wszystkim trendy obecne w Europie i to zarówno na poziomie ogólnoeuropejskim, jak i w poszczególnych krajach europejskich.

Wprowadzenie tej instytucji było w pełni zgodne z rekomendacją nr R(86)12 Komitetu Ministrów Rady Europy z 16.09.1986 r. w sprawie środków przeciwdziałania nadmiernemu obciążeniu sądów. W rekomendacji tej postulowano, aby ograniczyć liczbę pozasądowych – stale rosnących – zadań wykonywanych przez sędziów, przekazując je organom „poza systemem wymiaru sprawiedliwości”³. W załączniku do rekomendacji zawarto przykłady takich czynności, od których sędziowie mogliby zostać odciążeni, biorąc pod uwagę możliwości każdego kraju. Zaliczono do nich:

- zawieranie małżeństw;
- zawieranie umów spadkowych;
- zwalnianie z obowiązku zapowiedzi ślubnych;
- upoważnienie jednego małżonka do reprezentowania drugiego
- zmianę nazwiska rodowego;
- uznanie ojcostwa;
- zarządzanie dobrami osób niemających zdolności prawnej lub nieobecnych;
- wyznaczanie przedstawiciela ustawowego dla osób pełnoletnich niemających zdolności prawnej lub dla nieobecnych;
- zatwierdzenia nabywania spadków dla osób prawnych;
- prowadzenie oraz kontrola rejestrów handlowych;
- wydawanie koncesji na prowadzenie działalności handlowej;
- wykonywanie funkcji notariusza;
- prowadzenie ksiąg wieczystych⁴.

Tworząc urząd referendarza w tym nowym kształcie, ustawodawca korzystał także z doświadczeń państw europejskich, w których od wielu dziesięcioleci istnieją podobne urzędy, np. *Rechtspfleger* w Niemczech i Austrii, *greffier* we Francji i Belgii, *Gerichtsschreiber* w Szwajcarii lub *secretarios judiciales* w Hiszpanii⁵. Warto więc wskazać na rozwiązania funkcjonujące w wybranych krajach europejskich.

² M. Jędrzejewska, *Możliwości i zakres ograniczenia obowiązków sędziego*, „Przegląd Sądowy” 1995/1, s. 28.

³ *Standardy prawne Rady Europy*, t. IV Sądownictwo: Organizacja – Postępowanie – Orzekanie: Zalecenia, Warszawa 1998, s. 243.

⁴ Ł. Korózs, M. Sztorc, *Referendarz sądowy, przepisy i objaśnienia*, Zielona Góra 1998, s. 15.

⁵ Por. Ł. Korózs, M. Sztorc, *Referendarz sądowy...*, s. 11; Ł. Korózs, M. Sztorc, *Urząd referendarza w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, kodeks postępowania cywilnego, ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz ustawy o prokuraturze*, „Monitor Prawniczy” 1996/11, s. 393; S. Rudnicki, *Rozwój instytucji referendarza w Niemczech*, „Monitor Prawniczy” 1996/10, s. 387; A.M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2011, s. 53.

Stosunkowo wąsko kompetencje referendarza sądowego zostały określone we Francji i Hiszpanii. Najszerzej natomiast w Austrii i Niemczech. Z tego względu czasami zwykło się wskazywać na dwa modele instytucji referendarza sądowego – francuski (szerzej: romański) oraz austriacko–niemiecki.

We Francji występuje instytucja sekretarza sądowego (*greffier*), który jest pracownikiem sądu wybieranym w drodze konkursu, a w sądach handlowych (*tribunaux de commerce*) ma status funkcjonariusza publicznego. Do jego kompetencji należy prowadzenie repertoriów i wykazów sądowych, sporządzanie protokołów z posiedzeń sądowych i czynności mających miejsce poza siedzibą sądu (np. protokołu z oględzin). Ponadto przyjmuje on wszelką korespondencję, zwłaszcza środki zaskarżenia składane przez strony oraz zarządza przesłanie stronom odpisów orzeczeń lub tytułów wykonawczych. Zarządza także przesłanie stronom opinii biegłych. Rola sekretarza sądowego ma podstawowe znaczenie przy wszczęciu postępowania, gdyż on zajmuje się obiegiem korespondencji w sprawie oraz przygotowaniem posiedzenia od strony technicznej. Sekretarz nie zajmuje się jednak wyznaczaniem terminów posiedzeń i nie decyduje o wezwaniu określonych osób na termin posiedzenia, co jest zastrzeżone dla sędziego sprawozdawcy⁶.

W Hiszpanii występuje funkcja referendarza sądowego (*secretario judicial*), którego zadaniem jest zarządzanie sekretariatem sądowym. Referendarze ci podlegają ministerstwu sprawiedliwości, muszą mieć ukończone studia prawnicze i ukończony egzamin po odpowiednim szkoleniu w centrum studiów sądowych. Do zadań referendarzy należy organizacja pracy biura, przygotowywanie projektów orzeczeń, a także wydawanie zarządzeń o charakterze technicznym. Mają oni także za zadanie przygotowywanie danych statystycznych sądu, a także odpowiadają za powierzone w sądzie dokumenty, przedmioty oraz rachunek bankowy sądu. Od pewnego czasu referendarzom powierza się coraz liczniejsze funkcje procesowe i to także o charakterze orzecznym. Nowy kodeks postępowania cywilnego z 2000 r. przyznał referendarzom uprawnienie do orzekania w pewnych sprawach spadkowych i egzekucyjnych, a także do sporządzania spisu inwentarza⁷.

W Austrii urząd referendarza sądowego istnieje od 1926 r. i jako jedyny w Europie ujęty został w Konstytucji Austrii (art. 87a), a jego pełne uregulowanie znajduje się w ustawie z 12.12.1985 r. *Rechtspflegergesetz*⁸. Jest on tam wyższym urzędnikiem administracji sądowej, a w zakresie sprawowanych zadań w ramach ochrony prawnej jest niezależny od administracji sądowej⁹. Do zakresu jego zadań należą sprawy w postępowaniu wieczystoksięgowym, rejestracja spółek prawa handlowego, stowarzyszeń, sprawy w postępowaniu opiekuńczym i egzekucyjnym, a także wydawanie nakazów zapłaty oraz rozpatrywanie wniosków o przyznanie „prawa ubogich”¹⁰.

⁶ C. Deffiegier, J.-M. Plazy, D. Marshall, S. Gaboriau, H. Pauliat, *Qualité de justice en France* w: *The Administration of Justice in Europe: Towards the Development of Quality Standards*, ed. M. Fabri, Ph.M. Langbroek, H. Pauliat, Bolonia 2003, s. 213; R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Paryż 2010, s. 373.

⁷ H. Soletó-Munoz, *Qualité de justice en Espagne* w: *The Administration...*, s. 147.

⁸ *Rechtspflegergesetz* z 12.12.1985 r., BGBl Nr 560/1985.

⁹ R. Szytk, *Z praktyki notarialnej – znaczenie nowelizacji procedury cywilnej dla praktyki notarialnej (cz. I)*, „Rejent” 2004/9.

¹⁰ Ł. Korózs, M. Sztorc, *Urząd...*, s. 394.

W Niemczech instytucja referendarza istnieje od 1909 r., a podstawę jego działania stanowi ustawa z 5.11.1969 r. – *Rechtspflegergesetz*¹¹. Znajduje się on bowiem na pograniczu działalności sędziego, a w niektórych sytuacjach jest z nim równorzędny¹². W zakresie powierzonych mu zadań podlega wyłącznie ustawom a decyzje podejmuje samodzielnie, jednak sprawy szczególnie zawiłe musi przedłożyć sędziemu¹³. Referendarz uzyskuje swoje stanowisko po trzyletniej aplikacji zakończonej egzaminem (*Rechtspfegerprüfung*). W ramach swojej właściwości referendarze działają jako „sąd”. W tym również zakresie dokonują stosownych ustaleń faktycznych (do kompetencji referendarza należy m.in. rozpoznawanie wniosków o zwolnienie od kosztów sądowych oraz przyznawanie adwokata z urzędu, wydawanie nakazów zapłaty oraz nadawanie im klauzuli wykonalności, obliczanie kosztów sądowych i prowadzenie postępowania egzekucyjnego w celu ich ściągnięcia). Od referendarzy sądowych w Niemczech należy odróżnić specjalnych urzędników sądowych (*Urkundsbeamte der Geschäftsstelle*) wykonujących niektóre zadania organizacyjne. Swoje stanowisko uzyskują po dwuletniej aplikacji oraz zdaniu stosownego egzaminu (*Prüfung für den mittleren Justizdienst*) stosownie do § 153 ust. 2 ustawy o ustroju sądów (*Gerichtsverfassungsgesetz*). Na podstawie § 49 *Zivilprozessordnung* (niem. ZPO) wskazani urzędnicy podlegają wyłączeniu na podobnych zasadach co sędziowie. Kompetencje tych urzędników obejmują m.in. sporządzanie protokołu posiedzenia (§ 159 i n. niem. ZPO), wydawanie wyciągów i odpisów z akt procesowych, w tym odpisów orzeczeń (§ 299 ust. 1 niem. ZPO, § 299 a, § 317 ust. 2 i 3, § 724 ust. 2 niem. ZPO), wydawanie zaświadczeń o prawomocności (§ 706 ust. 1 niem. ZPO). Urzędnicy sądowi prowadzą również terminarz rozpraw, sporządzają wezwania i doręczenia, przyznają również klauzule w postępowaniu egzekucyjnym (§ 724 ust. 2, § 797 ust. 1 niem. ZPO). W tym ostatnim przypadku w trudniejszych sprawach przewidziana jest wyłączna właściwość referendarza (§ 20 pkt 12 i 13 RPflG). W przypadkach w ustawie przewidzianych wyżej wymienieni urzędnicy sądowi posiadają kompetencję do odbierania oświadczeń od stron, w tym również oświadczeń składanych do protokołu. Kompetencja ta przewidziana jest m.in. odnośnie do odebrania wniosku o wyłączenie sędziego (§ 44 ust. 1 niem. ZPO), obligatoryjnego stanowiska strony w kwestii przyznania jej przeciwnikowi procesowemu pomocy w zakresie kosztów postępowania (§ 118 ust. 1 niem. ZPO), wniosku o przeprowadzenie postępowania dowodowego poza postępowaniem sądowym (§ 486 ust. 1 ust. 1 niem. ZPO). W niektórych przypadkach, określonych w § 24 RPflG, do odbioru oświadczeń stron właściwy jest wyłącznie referendarz. Dotyczy to w szczególności odbioru środków zaskarżenia, wniosków o wznowienie, pozwów, odpowiedzi na pozew oraz innych porównywalnych oświadczeń.

Jak przyjmuje się w doktrynie pozycję ustrojowo–procesową referendarza sądowego w Polsce ukształtowano w oparciu o model austriacko–niemiecki¹⁴

¹¹ *Rechtspflegergesetz* z 12.11.1969 r., BGBl I S.206 ostatnio zmieniona art. 78 ust. 3 ustawy z 23.11.2007 r., opubl. BGBl, I S, 2614, dalej jako RPflG.

¹² W. Kamiński, *Wyższy funkcjonariusz sądowy w systemie sądownictwa Republiki Federalnej Niemiec*, „Przegląd Sądowy” 1995/1, s. 38; R. Szytk, *Z praktyki...*, s. 75.

¹³ Ł. Korózs, M. Sztorc, *Urząd...*, s. 394.

¹⁴ Ł. Korózs, M. Sztorc, *Urząd...*, s. 394; A. M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy w postępowaniu...*, s. 79; P. Rawczyński, *Pozycja ustrojowa referendarza sądowego w Polsce*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2011/3, s. 89.

przekazując mu do rozpoznania pewne kategorie spraw dotychczas zastrzeżone dla sądów. Nie ograniczono zaś jego kompetencji jedynie do czynności urzędniczych i administracyjnych, jak jest to w systemach francuskim i hiszpańskim. Wynikało to z postulatu potrzeby odciążenia sędziów nie tylko od czynności administracyjnych i technicznych, gdyż do tego mogła służyć powołana niemal równoległe z referendarzem instytucja asystenta sędziego¹⁵, ale przede wszystkim dla rozpoznawania spraw o charakterze masowym lub o charakterze wypadkowym (procesowym). Na okoliczność tę w sposób szczególny wskazuje uzasadnienie projektu ustawy, którym wprowadzono obecny model instytucji referendarza sądowego, gdzie podkreślono, że konieczność taka „wynika z potrzeby odciążenia sędziów od wykonywania zadań, które nie stanowią sprawowania wymiaru sprawiedliwości (...). Powinno to sprzyjać łagodzeniu niebezpiecznych dla wymiaru sprawiedliwości skutków poważnych niedoborów kadry sędziowskiej i eliminowaniu powstawania zaległości w sprawach mających znaczenie dla zachowania płynności obrotu gospodarczego”¹⁶.

3. ZAKRES KOMPETENCJI REFERENDARZA SĄDOWEGO W POSTĘPOWANIU CYWILNYM

Kompetencje referendarza sądowego, od chwili ustanowienia tego organu w Polskim postępowaniu cywilnym, ewoluowały w kierunku stałego ich poszerzania. Konieczne stało się więc przedstawienie w pierwszej kolejności głównych etapów tej ewolucji (3.1.), by móc wskazać na obowiązujący stan prawny (3.2.).

3.1. Ewolucja regulacji prawnych odnoszących się do kompetencji referendarza sądowego

Instytucja referendarza sądowego została wprowadzona do polskiego porządku prawnego ustawą z 21.08.1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, kodeksu postępowania cywilnego, ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz ustawy o prokuraturze¹⁷, która weszła w życie z dniem 1.01.1998 r.¹⁸ Zgodnie z zapisem art. 122 § 1 u.s.p. wprowadzonego omawianą ustawą w sądach rejonowych mogli być zatrudnieni referendarze sądowi do wykonywania określonych czynności należących do sądów w zakresie postępowania w sprawach związanych z prowadzeniem ksiąg wieczystych i rejestrów sądowych. Podstawowym założeniem wprowadzenia tej instytucji było odciążenie sędziów od czynności o charakterze rejestracyjnym, niezwiązanych bezpośrednio ze sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości. Wynikało to, jak już wskazywano,

¹⁵ M. Rojewski, *Referendarze sądowi. Asystenci sędziów. Urzędnicy sądowi. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 43.

¹⁶ Por. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustaw – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz ustawy o prokuraturze, druk sejmowy Sejmu II kadencji nr 1891.

¹⁷ Dz. U. Nr 117, poz. 752.

¹⁸ Warto wskazać, że już od 1990 r. ustawa – Prawo o ustroju sądów powszechnych z 1985 r. знаła pojęcie referendarza sądowego (art. 122 u.s.p. – art. 85 w brzmieniu sprzed 1998 r.), jednak stanowisko to było zarezerwowane wyłącznie dla pracowników sekretariatów sądowych, którzy mieli co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe. Nie przysługiwały im żadne kompetencje orzecznicze.

z potrzeby zlikwidowania zaległości, jakie powstały przede wszystkim w wydziałach wieczystoksięgowych w związku z rozwojem gospodarki rynkowej i rynku kredytowego w Polsce¹⁹. Procesowego umocowania instytucji referendarza sądowego w postępowaniu cywilnym wskazana ustawa dokonała przez wprowadzenie art. 2 § 1a k.p.c., który stanowił, że w wypadkach wskazanych w ustawie czynności w postępowaniu cywilnym mogli wykonywać działający w sądach referendarze sądowi. W zakresie czynności im powierzonych referendarze sądowi posiadali kompetencje sądu, z uwzględnieniem przepisów art. 518¹ § 1 i 2 k.p.c.²⁰ Kompetencje orzecznicze przyznawał zaś wprowadzony omawianą ustawą art. 509¹ k.p.c., z którego wynikały uprawnienia referendarzy sądowych do dokonywania następujących czynności:

- w sprawach o wpis w księdze wieczystej,
- prowadzenia postępowania o założenie księgi wieczystej,
- w postępowaniu rejestrowym z wyłączeniem prowadzenia rozprawy oraz możliwości wydania postanowienia zarządzającego pierwszy wpis spółek akcyjnych oraz dokonywania wpisu zmian w statutach tych spółek.

Zakres obowiązków referendarzy sądowych w postępowaniu rejestrowym zdecydowanie poszerzył się w związku z wejściem w życie ustawy z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym²¹, która wprowadziła także przepisy o postępowaniu rejestrowym do kodeksu postępowania cywilnego (art. 694¹–694⁸). Dokonała ona także zmian w ramach art. 518¹ k.p.c. dotyczących skargi na orzeczenie referendarza sądowego w postępowaniu rejestrowym.

Istotnej zmiany w ustrojowej pozycji referendarza sądowego i kompleksowego uregulowania tej instytucji²² dokonała ustawa z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (p.u.s.p.), która weszła w życie z dniem 1.10.2001 r. Ustawa ta w art. 2 wyraźnie wskazała, że zadania z zakresu wymiaru sprawiedliwości w sądach powszechnych wykonują sędziowie, lecz jednocześnie wprowadziła nowe pojęcie czynności z zakresu ochrony prawnej, które mogą w sądach rejonowych wykonywać także referendarze sądowi (art. 2 § 2 p.u.s.p.). Art. 147 § 1 p.u.s.p. w pierwotnej wersji zaliczył zaś do zadań z zakresu ochrony prawnej w szczególności postępowania w sprawach związanych z prowadzeniem ksiąg wieczystych i rejestrów sądowych. Efektem tej ustawy było więc wprowadzenie dychotomii w zakresie zadań wykonywanych przez sądy powszechne, na te związane ze sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości i zastrzeżonych wyłącznie dla sędziów i asesorów oraz niepolegających na sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości, lecz na ochronie prawnej, które to czynności mogli oprócz sędziów i asesorów wykonywać także referendarze sądowi.

W wyniku wejścia w życie ustawy z 22.12.2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych²³

¹⁹ M. Rojewski, *Referendarze...*, s. 25.

²⁰ Art. 518¹ § 1 i 2 k.p.c. regulowały instytucję skargi na orzeczenie referendarza sądowego.

²¹ Dz. U. Nr 17, poz. 209.

²² Warto jednak zauważyć, że art. 152 § 8 p.u.s.p. w sprawach nieuregulowanych w ustawie do referendarzy sądowych nakazuje stosować przepisy ustawy z 18.12.1998 r. o pracownikach sądów i prokuratury (Dz. U. Nr 162, poz. 1125 ze zm.).

²³ Dz. U. Nr 13, poz. 98.

umożliwiono zatrudnianie referendarzy sądowych także w sądach okręgowych i przyznano im kompetencję do wydania nakazów zapłaty w postępowaniu upominawczym. Tym samym po raz pierwszy referendarze sądowi uzyskali kompetencję do wydawania merytorycznych rozstrzygnięć w procesie.

Ważną rolę w zakresie poszerzenia kompetencji referendarzy sądowych odegrała ustawa z 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych²⁴, która wprowadziła możliwość wyliczania kosztów przez referendarza po prawomocnym ustaleniu przez sąd o zasadach poniesienia przez strony kosztów procesu, zwalniania od kosztów sądowych, czy zwrotu opłaty.

W istotny sposób zakres kompetencji referendarza w postępowaniu cywilnym poszerzyła ustawa z 16.11.2006 r. o zmianie kodeksu postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw²⁵, która m.in. umożliwiła referendarzom wydawanie zarządzeń związanych z kontrolą wymagań formalnych i fiskalnych pism procesowych, stwierdzania prawomocności, ustanawiania adwokata lub radcy prawnego z urzędu.

Warto także wskazać na ustawę z 24.08.2007 r. o zmianie ustawy – Prawo o notariacie oraz niektórych innych ustaw²⁶, którą referendarz sądowy uzyskał prawo do wykonywania czynności w sprawach z zakresu prawa spadkowego w postępowaniu nieprocesowym z wyłączeniem prowadzenia rozprawy, zabezpieczenia spadku oraz przesłuchania świadków testamentu ustnego.

Ustawa z 9.01.2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw²⁷ wprowadzając elektroniczne postępowanie upominawcze, upoważniła referendarza sądowego do wydawania nakazów zapłaty oraz wykonywania czynności w tym postępowaniu (art. 505³⁰ k.p.c.).

Ustawą z 19.08.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw²⁸ rozszerzono uprawnienia referendarza o postępowanie egzekucyjne przez przekazanie do jego kompetencji spraw wynikłych ze zbiegu egzekucji sądowej i administracyjnej oraz wyjawienia majątku.

Poza tymi głównymi regulacjami, kompetencje referendarzy ulegały rozszerzeniu na mocy drobniejszych nowelizacji kodeksu i ustaw szczegółowych.

Należy jednak wskazać, że zdarzyło się także, że ustawodawca wyraźnie cofnął przyznane referendarzom kompetencje. Stało się tak z uprawnieniem do wydania z urzędu postanowienia uzupełniającego w przypadku, gdy sąd w toku postępowania nie orzekł o obowiązku poniesienia kosztów sądowych lub orzeczeniem nie objął całej kwoty należnej z tego tytułu (art. 108¹ k.p.c.). Kompetencja ta, dodana 2.03.2006 r. została uchylona ustawą z 16.11.2006 r. o zmianie kodeksu postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie z dniem 20.03.2007 r. W literaturze podnoszono bowiem, że tak szeroka kompetencja referendarzy do uzupełniania orzeczeń, poprzez stosowanie zasad obowiązujących przy zwrocie kosztów procesu, nie była właściwa i pozostawała w dysharmonii z art. 108 § 1 k.p.c., który orzekanie o zasadach ponoszenia przez strony kosztów wyraźnie zastrzega do kompetencji sądu²⁹.

²⁴ Dz. U. Nr 167, poz. 1398 ze zm.

²⁵ Dz. U. Nr 235, poz. 1699.

²⁶ Dz. U. Nr 181, poz. 1287.

²⁷ Dz. U. Nr 26, poz. 156.

²⁸ Dz. U. Nr 233 poz. 1381, ustawa wejdzie w życie z dniem 3.05.2012 r.

²⁹ A. M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy – status i uprawnienia*, „Radca Prawny” 2006/5, s. 82.

3.2. Kompetencje referendarza sądowego w postępowaniu cywilnym *de lege lata*

Zgodnie z art. 47¹ k.p.c. referendarz sądowy może wykonywać czynności w postępowaniu cywilnym w przypadkach wskazanych w ustawie. Są to wyraźnie wskazane w ustawie zadania z zakresu ochrony prawnej (art. 2 § 2 p.u.s.p.). Zakres kompetencji, jak wskazano wcześniej, ulega od czasu wprowadzenia tej instytucji do polskiego procesu cywilnego stałemu poszerzeniu. Konieczne jest więc przeanalizowanie, jakie czynności mogą być *de lege lata* wykonywane przez referendarzy sądowych. Zadanie to wcale nie jest łatwe ze względu na to, że normy kompetencyjne nie zawsze zostały przez ustawodawcę sformułowane dostatecznie precyzyjnie. Prowadzi to często do potrzeby interpretacji wskazanych przepisów z odwołaniem się do poglądów orzecznictwa i literatury celem uzyskania pełnego obrazu uprawnień referendarza sądowego. Nie można przy tym zapominać, że przepisy kompetencyjne muszą być wykładane ściśle i nie jest dopuszczalne rozszerzanie uprawnień referendarzy sądowych kosztem kompetencji sądu. W świetle art. 47¹ k.p.c. uprawnienia referendarza są wyjątkiem od dokonywania czynności przez sędziego. Trzeba jednak mieć także na uwadze racjonalność ustawodawcy, gdyż często powierzenie kompetencji do dokonywania jedynie poszczególnych czynności, z pominięciem czynności je poprzedzających lub im towarzyszących, może prowadzić do tego, że instytucja referendarza sądowego nie spełni pokładanej w niej nadziei polegającej na odciążeniu sędziów orzekających od dokonywania czynności powszechnych o mniejszej wadze procesowej.

Czynności referendarza sądowego w postępowaniu cywilnym można podzielić na sześć grup.

1. Pierwszą, najistotniejszą grupą kompetencji referendarza sądowego jest **wydawanie rozstrzygnięć co do istoty sprawy i prowadzenie postępowań co do istoty sprawy w postępowaniu rozpoznawczym** zarówno w procesie, jak i w postępowaniu nieprocesowym.

W procesie referendarz sądowy jest uprawniony do wydawania rozstrzygnięć co do istoty sprawy w trzech postępowaniach odrębnych, a mianowicie w:

- postępowaniu upominawczym (art. 497¹–505 k.p.c.),
- elektronicznym postępowaniu upominawczym (art. 505²⁸–505³⁷ k.p.c.),
- europejskim postępowaniu nakazowym (art. 505¹⁵–505²⁰ k.p.c.).

Wynika to z założenia, że postępowania te mają na celu sprawne rozpoznanie sprawy o charakterze powszechnym oraz że orzeczenia referendarza zawsze podlegają kontroli sądowej w razie wniesienia odpowiedniego środka zaskarżenia. Nakaz zapłaty w tych postępowaniach, choć zrównany w swych skutkach z wyrokami (art. 353² k.p.c.), może zostać wzruszony przez wniesienie sprzeciwu, którego skutkiem jest utrata mocy przez nakaz zapłaty i prowadzi do rozpoznania sprawy przez sąd.

Zgodnie z art. 353¹ § 2 oraz art. 505¹⁶ § 2 k.p.c. w postępowaniu upominawczym, elektronicznym postępowaniu upominawczym oraz europejskim

postępowaniu nakazowym, nakaz zapłaty może być wydany przez referendarza sądowego. Nie oznacza to jednak, że są to jedyne czynności, jakich może dokonywać referendarz sądowy w tych postępowaniach. Zgodnie z art. 497¹ § 3 i art. 505¹⁶ § 3 k.p.c. zarządzenia w postępowaniu upominawczym oraz europejskim postępowaniu nakazowym może wydać także referendarz sądowy. Mogą to być przykładowo zarządzenia wzywające do uzupełnienia braków formalnych pozwu, uiszczenia od niego należnej opłaty, wskazania adresu pozwanego³⁰. Zgodnie zaś z art. 505³⁰ k.p.c. czynności w elektronicznym postępowaniu upominawczym może wykonywać także referendarz sądowy. W związku z rozbieżną treścią wskazanych przepisów może pojawić się więc wątpliwość, czy w przypadku elektronicznego postępowania upominawczego referendarz sądowy może poza zarządzeniami wydawać także postanowienia, które poprzedzają wydanie nakazu (np. postanowienie o zawieszeniu postępowania, postanowienie o przekazaniu sprawy sądowi właściwemu). W omawianym art. 505³⁰ k.p.c. mowa jest bowiem o wykonywaniu czynności w tym postępowaniu, nie ograniczając ich – tak jak robią to dwa pozostałe przepisy – jedynie do wydawania zarządzeń. W literaturze przeważa jednak pogląd, że skoro w elektronicznym postępowaniu upominawczym stosuje się przepisy o postępowaniu upominawczym (art. 505²⁸ k.p.c.), to referendarz w tym postępowaniu wykonuje czynności w takim zakresie, w jakim dokonuje ich w postępowaniu upominawczym³¹. W przypadku zaś zwykłego postępowania upominawczego kompetencje referendarza zostały ograniczone jedynie do wydawania zarządzeń i do wydania nakazu zapłaty. Wydaje się więc, że nie ma on kompetencji do wydawania postanowień. Pogląd ten wprost potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z 8.12.2005 r.³², w której przyjęto, że w postępowaniu upominawczym referendarz sądowy nie jest uprawniony do rozpoznania wniosku o udzielenie zabezpieczenia. W literaturze podnosi się czasem, że skoro ustawa nie ogranicza zarządzeń, do jakich wydania jest uprawniony referendarz sądowy, to mogą być to wszelkie zarządzenia, co pozwala na powierzenie mu prowadzenia tych postępowań bez ingerowania w nie na jakimkolwiek etapie sądu³³. Pogląd ten w przeważającej większości przypadków będzie prawdziwy. Warto jednak wskazać, że kompetencje referendarza nie rozciągają się na te sytuacje, gdy w toku jednego z omawianych postępowań odrębnych zajdzie potrzeba wydania postanowienia³⁴.

Uprawnienia referendarza sądowego kończą się jednak na wydaniu nakazu zapłaty i zarządzeniu jego doręczenia stronom (art. 491 § 3 k.p.c.).³⁵ W razie

³⁰ Ł. Piebiak w: B. Draniewicz, Ł. Piebiak, *Postępowania odrębne. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 270.

³¹ K. Weitz w: *Kodeks postępowania cywilnego. Część pierwsza. Postępowanie rozpoznawcze*, T. Ereciński (red.), t. 2, Warszawa 2009, s. 866; H. Pietrzkowski, *Metodyka pracy sędziego w sprawach cywilnych*, Warszawa 2009, s. 525; P. Rawczyński, *Status publicznoprawny referendarza sądowego oraz jego funkcje w sądowym postępowaniu cywilnym*, „Przegląd Prawa Egzekucyjnego” 2009/10, s. 66.

³² Uchwała SN z 8.12.2005 r. (III CZP 108/05), OSNC 2006/11, poz. 181. Orzeczenie to zapadło co prawda przed wprowadzeniem art. 497¹ § 3 k.p.c. ale wydaje się, że skoro zabezpieczenie jest udzielane w formie postanowienia, a nie zarządzenia to zachowało ono aktualność. Odmienne M. Jędrzejewska w: *Kodeks...*, t. 2, s. 783.

³³ Ł. Piebiak w: B. Draniewicz, Ł. Piebiak, *Postępowania...*, s. 270.

³⁴ W praktyce ze względu na rozpoznawanie spraw w tych postępowaniach na posiedzeniu niejawnym konieczność wydania postanowienia będzie dość rzadka.

³⁵ Referendarz sądowy może także wydać zarządzenie celem wezwania pozwanego do uzupełnienia braków formalnych i fiskalnych sprzeciwu (art. 130⁵ k.p.c.).

skutecznego wniesienia sprzeciwu od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym, elektronicznym postępowaniu upominawczym oraz w europejskim postępowaniu nakazowym, nakaz zapłaty traci moc i sprawę rozpoznaje właściwy sąd³⁶. Ze względu na enumeratywne wyliczenie kompetencji referendarza sądowego nie jest dopuszczalna rozszerzająca wykładania przepisów odnoszących się do jego kompetencji. Z pewnością więc referendarz sądowy nie jest uprawniony do odrzucenia sprzeciwu wniesionego po terminie lub z innych przyczyn niedopuszczalnego (art. 504 k.p.c.), czy uchylecia nakazu zapłaty w przypadkach, o których mowa w art. 502¹ k.p.c.

W odniesieniu do wspomnianego zakresu kompetencji referendarza we wskazanych wyżej postępowaniach może powstać wątpliwość w związku z brzmieniem art. 398²² § 1 k.p.c., z którego wynika, że na orzeczenie referendarza sądowego, o których mowa w art. 394 § 1 pkt 1, 2, 4², 5–9 przysługuje skarga, chyba przepis szczególny stanowi inaczej. Problem polega na tym, że wskazane przepisy odnoszą się do postanowień sądu, co do których ustawa wyraźnie nie wskazała, że mogą być one wydane przez referendarza sądowego. Chodzi tu w szczególności o postanowienia w przedmiocie:

- odmowy odrzucenia pozwu, przekazania sprawy sądowi równorzędnemu lub niższemu, podjęcia postępowania w innym trybie (pkt 1),
- skazania świadka, biegłego, strony, jej pełnomocnika oraz osoby trzeciej na grzywnę, zarządzenia przymusowego sprowadzenia świadka oraz odmowy zwolnienia świadka i biegłego od przymusowego sprowadzenia (pkt 5),
- zawieszenia postępowania i odmowy podjęcia zawieszonego postępowania (pkt 6),
- odmowy uzasadnienia orzeczenia oraz jego doręczenia (pkt 7),
- sprostowania lub wykładni orzeczenia oraz ich odmowy (pkt 8).

Kwestia sprawdza się do tego, czy można treść art. 398²² § 1 k.p.c. uznać za szczególny sposób poszerzenia kompetencji orzeczniczych referendarza sądowego w każdym postępowaniu cywilnym, czy też odnosi się on jedynie do tych postępowań, w których referendarz może wydawać postanowienia, czyli które może rozpoznawać w całości samodzielnie³⁷. Wydaje się, że wskazywany już postulat potrzeby zacieśniającej wykładni przepisów o kompetencjach referendarzy sądowych prowadzi do wniosku, że skoro ustawodawca wyraźnie nie przyznał kompetencji referendarzom w procesie do wydania pewnych postanowień, np. o zawieszeniu postępowania, to czynność tą zawsze musi dokonać sąd. Art. 398²² k.p.c. może mieć więc zastosowanie jedynie do tych postępowań, które referendarz sądowy może prowadzić samodzielnie w całości (np. postępowanie wieczystoksięgowe³⁸).

³⁶ W postępowaniu upominawczym i europejskim postępowaniu nakazowym jest to sąd, przed którym wyznaczono powództwo (art. 503 § 1 i art. 505¹⁹ § 1 k.p.c.), a w przypadku elektronicznego postępowania upominawczego jest to sąd właściwości ogólnej lub umownej w razie podniesienia zarzutu przez pozwanego (por. art. 505³⁶ k.p.c.).

³⁷ W literaturze wskazuje się jedynie, że z art. 398²² § 1 k.p.c. wynika poszerzenie kompetencji referendarza sądowego co do tych czynności, jednak bez zajęcia stanowiska, czy chodzi tu o każde postępowanie, czy tylko o te, które referendarz może prowadzić w całości samodzielnie – por. T. Wiśniewski w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), t. II, Warszawa 2010, s. 257.

³⁸ Por. A. Maziarz–Charuza, *Skarga na orzeczenie referendarza sądowego w postępowaniu wieczystoksięgowym*, Kraków 2006, s. 107.

Obecnie brak jednak takiego postępowania co do istoty sprawy w procesie, które referendarz sądowy może samodzielnie prowadzić. Wynika z tego, że czynności dokonywane już po wydaniu orzeczenia co do istoty sprawy (nakazu zapłaty), jak np. sprostowanie lub wykładnia nakazu zapłaty wydanego przez referendarza sądowego, może nastąpić wyłącznie w drodze postanowienia wydanego przez sąd. Wyjątek, jak się wydaje, dotyczy jedynie możliwości wydania nakazu uzupełniającego w świetle art. 351 w zw. z art. 353¹ § 2 k.p.c. W rezultacie prowadzi to do dalszego angażowania sędziów do dokonywania pewnych czynności w tych postępowaniach, w których mieli oni zostać zastąpieni przez referendarzy sądowych.

W postępowaniu nieprocesowym sytuacja przedstawia się odmiennie, gdyż powierzono w nim referendarzom sądowym prowadzenie w całości niektórych postępowań.

Zgodnie z art. 509¹ § 1 k.p.c. czynności w sprawach o wpis w księdze wieczystej może wykonywać referendarz sądowy. Na gruncie brzmienia tego przepisu powstała kwestia, czy referendarz sądowy jest obecnie uprawniony także do prowadzenia postępowania w przedmiocie założenia księgi wieczystej. Poprzednie brzmienie tego przepisu wyraźnie wskazywało bowiem na to uprawnienie³⁹. Jak trafnie wskazała A. Maziarz–Charuza⁴⁰, w związku z wprowadzeniem jednolitego postępowania wieczystoksięgowego do kodeksu postępowania cywilnego ustała konieczność rozgraniczania między czynnościami dokonywanymi przez referendarza w ramach wpisu do księgi wieczystej i zakładania księgi wieczystej. Pogląd ten należy podzielić w świetle jednoznacznego brzmienia art. 23 zd. 2 ustawy o księgach wieczystych i hipotece (u.k.w.h.), według którego czynności sądu w zakresie prowadzenia ksiąg wieczystych mogą wykonywać także referendarze sądowi. Wynika z tego, że ustawodawca przekazał referendarzom wszelkie czynności związane z prowadzeniem ksiąg wieczystych, a nie tylko te, które polegają na dokonaniu wpisu. W literaturze przyjmuje się więc, że referendarz jest także uprawniony, w ramach postępowania wieczystoksięgowego, do prowadzenia postępowania o złożenie dokumentu do zbioru dokumentów⁴¹, a także do wydawania postanowień o nałożeniu grzywny na podstawie art. 36 ust. 4 u.k.w.h.⁴² Dokonywanie przez referendarza wszystkich czynności w zakresie prowadzenia ksiąg wieczystych oznacza, że może on na przykład prowadzić postępowanie dowodowe, wydawać zarządzenia oraz orzeczenia, w tym orzeczenia o wpisie lub wykreśleniu wpisu, sporządzać uzasadnienia tych orzeczeń, jeśli przewidziano taki obowiązek, dokonywać odpowiednich zawiadomień⁴³. Kompetencje referendarza są tu więc

³⁹ Art. 509¹ § 1 k.p.c. w brzmieniu obowiązującym od 1.01.1998 r. do 22.09.2001 r. wskazywał, że referendarz może wykonywać czynności zarówno w postępowaniu o wpis do księgi wieczystej, jak i w postępowaniu o założenie księgi wieczystej. To ostatnie postępowanie było uregulowane w ustawie o księgach wieczystych i hipotece oraz w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z 18.03.1992 r. w sprawie wykonania przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece.

⁴⁰ A. Maziarz–Charuza, *Skarga...*, s. 64; P. Rawczyński, *Status...*, s. 74; odmiennie Z. Świeboda w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, K. Piasecki (red.), t. 2, Warszawa 2006, s. 22.

⁴¹ K. Żołnierczuk, *Skarga na czynności referendarza sądowego w postępowaniu wieczystoksięgowym*, „Rzeszowskie Zeszyty Naukowe. Prawo–Ekonomia” 2000/29, s. 140; A. Maziarz–Charuza, *Skarga...*, s. 64; P. Rawczyński, *Status...*, s. 74.

⁴² S. Rudnicki, *Postępowanie wieczysto księgowe po zmianach*, „Monitor Prawniczy” 2002/3, s. 107. Przepis ten stanowi, że sąd może wymierzyć opieszalemu właścicielowi grzywnę w wysokości od 500 do 10.000 zł w celu spowodowania ujawnienia prawa własności.

⁴³ J. Gudowski w: *Kodeks...*, t. 3, s. 29.

w pełni zrównane z kompetencjami sądu w tym postępowaniu. Jedyne różnice polega na tym, że na wskazane w ustawie zarządzenia i postanowienia referendarza sądowego przysługuje skarga na orzeczenie referendarza, a nie zażalenie.

Art. 509¹ § 2 k.p.c. stanowi, że czynności w postępowaniu rejestrowym⁴⁴ może wykonywać referendarz sądowy, z wyłączeniem prowadzenia rozprawy. Referendarz sądowy może zatem w postępowaniu rejestrowym dokonywać wszystkie czynności, pod warunkiem że podejmuje je na posiedzeniu niejawnym lub jawnym niebędącym rozprawą⁴⁵. W literaturze przyjmuje się, że również w przypadku, gdy sędzia w postępowaniu rejestrowym przeprowadził rozprawę, referendarz może przeprowadzić dalsze czynności w tym postępowaniu poza rozprawą, w tym wydać orzeczenie na posiedzeniu niejawnym⁴⁶. Sporne jest w literaturze, czy referendarz sądowy może dokonywać także innych czynności związanych z prowadzeniem rejestru poza prowadzeniem postępowania o wpis. Takimi czynnościami będzie na przykład wydanie postanowienia nakładającego grzywnę na podstawie art. 24 ustawy o KRS⁴⁷, a w sytuacji opisanej w art. 311 k.s.h., kiedy wydanie postanowienia zarządzającego wpis spółki akcyjnej do rejestru musi być poprzedzone dokonaniem określonych czynności przez sąd rejestrowy – wydanie postanowienia o wyznaczeniu biegłego rewidenta w oparciu o art. 312 § 2 k.s.h. i określenie wynagrodzenia za pracę biegłego rewidenta oraz zatwierdzenie rachunku jego wydatków na podstawie art. 312 § 6 k.s.h.⁴⁸

W literaturze można spotkać pogląd, że rozszerzanie kompetencji referendarza sądowego na postępowania, których nie można zaliczyć do postępowania rejestrowego, o którym mowa w art. 694¹ § 1 k.p.c., jest niedopuszczalne. Brak w ustawie o Krajowym Rejestrze Sądowym podobnej regulacji, jaką jest art. 23 zd. 2 u.k.w.h., który powierza referendarzom wszelkie czynności związane z prowadzeniem ksiąg wieczystych. Artykuł 509¹ k.p.c. wyraźnie przyznaje referendarzowi jedynie uprawnienie do dokonywania czynności w postępowaniu rejestrowym. Postępowanie rejestrowe zaś, to – zgodnie z art. 694¹ k.p.c. – postępowanie w sprawach o wpis w Krajowym Rejestrze Sądowym. Nie ma przy tym podstaw, aby rozumieć inaczej pojęcie „postępowanie rejestrowe” na gruncie przepisu art. 509¹ § 2 k.p.c., a inaczej na gruncie przepisu art. 694¹ k.p.c. Nadanie temu samemu pojęciu odmiennych znaczeń na gruncie tej samej ustawy musiało by być bowiem wyraźnie przewidziane w tej ustawie⁴⁹. Zdaniem A. Michnik⁵⁰, wydanie postanowienia o wyznaczeniu biegłego rewidenta w oparciu o art. 312 § 2 k.s.h., określenie wynagrodzenia za pracę biegłego rewidenta oraz zatwierdzenie

⁴⁴ Przepisy o postępowaniu rejestrowym stosuje się na mocy art. 694¹ § 2 k.p.c. odpowiednio także do postępowania o wpis do rejestru zastawów (por. art. 44 ustawy z 6.12.1996 r. o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (Dz. U. Nr 149, poz. 703 ze zm.), a także do rejestru dzienników, czasopism, rejestru funduszy emerytalnych, rejestru funduszy inwestycyjnych oraz ewidencji partii politycznych. Wydaje się więc, że referendarz może dokonywać w tych postępowaniach wszelkich czynności związanych z wpisem do tych rejestrów, z wyjątkiem prowadzenia rozprawy (por. T. Niemiec, *Nowy zakres czynności referendarzy sądowych*, „Gazeta Sądowa” 2005/7–8, s. 31; P. Rawczyński, *Status...*, s. 77).

⁴⁵ J. Gudowski w: *Kodeks...*, t. 3, s. 29.

⁴⁶ A. Michnik, *Postępowanie o wpis do rejestru przedsiębiorców*, Warszawa 2009, s. 136.

⁴⁷ M. Leśniak, *Postępowanie o wpis w Krajowym Rejestrze Sądowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2001/5, s. 11.

⁴⁸ M. Leśniak, *Postępowanie...*, s. 11.

⁴⁹ A. Michnik, *Postępowanie...*, s. 137.

⁵⁰ A. Michnik, *Postępowanie...*, s. 137.

rachunku jego wydatków na podstawie art. 312 § 6 k.s.h. nie należą do czynności z zakresu postępowania rejestrowego, lecz są to sprawy nieprocesowe nierejestrowe, do których stosuje się przepisy ogólne o postępowaniu nieprocesowym. Podobnie wydanie postanowienia nakładającego grzywnę na podstawie art. 24 ustawy o KRS jest wydaniem postanowienia w sprawie, która dopiero zmierza do wydania wpisu, jednak sprawą o wpis, a tym samym sprawą rejestrową, nie jest⁵¹. Pogląd ten przekonuje, z punktu widzenia zakazu domniemywania kompetencji referendarza sądowego, jednak wyraźnie wynika z niego niekonsekwencja lub wręcz nieporadność ustawodawcza⁵². Powierzono bowiem referendarzowi podejmowanie najistotniejszych rozstrzygnięć w przedmiocie wpisu do rejestru, a jednocześnie odmawia mu się, na skutek braku wyraźnej regulacji, prawa do dokonywania czynności, które dopiero mają doprowadzić do dokonania wpisu (np. nałożenie grzywny na podstawie art. 24 ustawy o KRS). Postulować należałoby więc wyraźne uregulowanie tej kwestii i przesądzenie, że referendarz sądowy może prowadzić wszelkie postępowania związane z prowadzeniem rejestru, na wzór art. 23 u.k.w.h.

Zgodnie z art. 509¹ § 3 k.p.c. czynności w sprawach z zakresu prawa spadkowego może wykonywać referendarz sądowy z wyłączeniem prowadzenia rozprawy, zabezpieczenia spadku oraz przesłuchania świadków testamentu ustnego. Przepis ten stanowi *lex specialis* względem art. 627 k.p.c., według którego postępowanie spadkowe należy do zakresu działalności sądów. Referendarz nie jest uprawniony do wydawania orzeczeń, które następują po przeprowadzeniu rozprawy. Nie może on rozpoznawać spraw o stwierdzenie nabycia spadku, o dział spadku, o wyjawienie przedmiotów spadkowych oraz zatwierdzenie uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku⁵³. Ponadto nie jest kompetentny do wydania orzeczenia w przedmiocie zmiany postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku albo uchylenia zarejestrowanego aktu poświadczenia dziedziczenia i orzeczenia co do istoty sprawy w tym przedmiocie. Referendarz jest więc kompetentny co do zarządzenia spisu inwentarza (art. 637 § 1 k.p.c.), odebrania oświadczenia o przyjęciu lub odrzuceniu spadku (art. 640–644 k.p.c.), otwarcia i ogłoszenia testamentu (art. 646–654 k.p.c.), wydania osobie powołanej na wykonawcę testamentu odpowiedniego zaświadczenia (art. 665 k.p.c.), ustanowienia kuratora spadku (art. 666–668 k.p.c.), zwolnienia wykonawcy testamentu (art. 691 § 1 k.p.c.).

Referendarze sądowi mogą także prowadzić postępowania w sprawach o przyznanie kompensaty ofiarom niektórych przestępstw na podstawie ustawy z 7.07.2005 r. o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw⁵⁴. Postępowanie to jest prowadzone odpowiednio według przepisów

⁵¹ A. Michnik, *Postępowanie...*, s. 138 i cyt. tam literatura.

⁵² Stąd nie można zgodzić się z J. Ławnicką, *Referendarz sądowy jako organ w postępowaniu przed sądem rejestrowym*, „Przegląd Sądowy” 2007/5, s. 102, że czynności referendarza sądowego mogą obejmować nie tylko czynności podejmowane w postępowaniu w sprawie o wpis do rejestru, ale także czynności w zakresie postępowania w sprawach związanych z prowadzeniem rejestrów. Argumentem nie może być obecnie treść art. 147 § 1 u.s.p., z którego wynikało, że referendarze byli zatrudniania m.in. do wykonywania czynności w postępowaniu w sprawach związanych z prowadzeniem rejestrów sądowych. Przepis ten od 31.08.2007 r. nie zawiera już tego doprecyzowania.

⁵³ P. Rawczyński, *Status...*, s. 78.

⁵⁴ Dz. U. Nr 169, poz. 1415.

kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu nieprocesowym. Na orzeczenie referendarza przysługuje zaś skarga do sądu.

2. Drugą grupą czynności, których może dokonywać referendarz sądowy, są czynności zastrzeżone dotychczas dla przewodniczącego, czyli związane z **kontrolą warunków formalnych i fiskalnych pism procesowych oraz ustanowienie kuratora dla osoby, której miejsce pobytu nie jest znane**.

Zgodnie z art. 130⁵ k.p.c., zarządzenia, o których mowa w art. 130–130⁴ k.p.c., może wydać także referendarz sądowy. Chodzi tu przede wszystkim o:

- zarządzenia o wezwaniu do uzupełnienia braku formalnego lub fiskalnego pisma procesowego (art. 130 § 1 i art. 130¹ § 1¹ k.p.c.),
- zwrot pisma procesowego na skutek nieuzupełnienia braku formalnego lub fiskalnego (art. 130 § 2 i art. 130¹ § 2 zd. 1 k.p.c.),
- zwrot pisma wniesionego przez adwokata, radcę prawnego lub rzecznika patentowego, które nie zostało należycie opłacone, jeżeli to pismo podlega opłacie w wysokości stałej lub stosunkowej obliczonej od wskazanej przez stronę wartości przedmiotu sporu (art. 130² § 1 k.p.c.).

Referendarz sądowy może dokonywać przedstawionych czynności w każdym postępowaniu przed sądem, także wtedy gdy sam postępowania nie prowadzi. Czynności te mogą być więc dokonywane w sądzie każdej instancji (ale tylko w sądzie rejonowym lub okręgowym, gdyż tam są zatrudniani referendarze), w każdym trybie i rodzaju postępowania (postępowanie zabezpieczające, egzekucyjne, upadłościowe).

Warto jednak wskazać, że referendarz nie może dokonać wszystkich czynności, o których mowa w art. 130–130⁴ k.p.c. Z pewnością nie jest dopuszczalne w świetle art. 130⁵ k.p.c. wydawanie przez referendarza postanowień⁵⁵, gdyż są to czynności zastrzeżone dla sądu, a nie przewodniczącego. W związku z tym oznaczenie wysokości zaliczki na wydatki i zobowiązanie strony do jej uiszczenia na podstawie 130⁴ k.p.c., jako że zapada w formie postanowienia⁵⁶, nie może być dokonane przez referendarza⁵⁷. Warto też wskazać, że postanowienie to często zostaje wydane na rozprawie, a wtedy z pewnością czynności tej nie może dokonać referendarz, lecz musi ją podjąć sąd orzekający.

Referendarz nie może także wydać postanowienia o odrzuceniu sprzeciwu od wyroku zaocznego, zarzutów od nakazu zapłaty oraz sprzeciwu od nakazu zapłaty, o których mowa w art. 130¹ § 2 zd. 2 k.p.c.

Zgodnie z art. 144 § 4 k.p.c. referendarz może także dokonywać czynności związanych z ustanowieniem kuratora dla osoby, której miejsce pobytu nie jest znane. Oznacza to, że poza samym postanowieniem o ustanowieniu takiego kuratora referendarz jest uprawniony także do przeprowadzenia dochodzenia w celu ustalenia miejsca zamieszkania lub pobytu pozwanego w sprawach o ustalenie pochodzenia dziecka i o związane z tym roszczenia (art. 144 § 1 zd. 2 k.p.c.) oraz do

⁵⁵ P. Rawczyński, *Status...*, s. 63.

⁵⁶ M. Jędrzejewska w: *Kodeks...*, t. 1, s. 422.

⁵⁷ Odmienne A.M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy – status...*, s. 78; M. Rojewski w: W. Maciejko, W. Rojewski, P. Zaborniak, *Zarys metodyki pracy referendarza sądowego*, Warszawa 2009, s. 66; P. Rawczyński, *Status...*, s. 64.

zarządzenia ogłoszenia publicznego o ustanowieniu kuratora (art. 144 §2 k.p.c.). Referendarz może także, zarządzając dokonanie doręczenia pisma kuratorowi, uzależnić skuteczność doręczenia od upływu oznaczonego terminu od chwili obwieszczenia w budynku sądowym (art. 144 § 3 k.p.c.). W praktyce jednak uprawnienie to nie będzie często stosowane, gdyż chodzi tu jedynie o te pisma, których doręczenie zarządza referendarz, a nie sąd. Regulacja ta dotyczy więc jedynie tych przypadków, gdy doręczenie następuje w sprawach, w których referendarz rozpoznaje sprawę co do meritum (postępowanie nieprocesowe) lub w których może wydawać zarządzenia (np. postępowanie nakazowe), a nie każdego innego postępowania prowadzonego przez sąd. Ze względu na zawarte w art. 146 k.p.c. odesłanie – które nakazuje do organizacji, które nie mają organów, albo których organy są nieznane z miejsca pobytu, stosować przepisy o ustanowieniu kuratora – w literaturze przyjmuje się, że referendarz sądowy będzie mógł ustanowić kuratora także dla osób niebędących osobami fizycznymi⁵⁸.

3. Trzecią grupę stanowią czynności związane z orzekaniem w przedmiocie kosztów postępowania, w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych oraz ustanowienia adwokata lub radcy prawnego z urzędu.

Zgodnie z art. 108 § 1 k.p.c. sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji. Sąd może jednak rozstrzygnąć jedynie o zasadach poniesienia przez strony kosztów procesu, pozostawiając szczegółowe wyliczenie referendarzowi sądowemu; w tej sytuacji, po uprawomocnieniu się orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, referendarz sądowy w sądzie pierwszej instancji wydaje postanowienie, w którym dokonuje szczegółowego wyliczenia kosztów obciążających strony. Przepis ten upoważnia referendarza jedynie do dokonywania szczegółowego wyliczenia kosztów sądowych, gdy sąd orzekł o zasadach ich poniesienia. Niedopuszczalne jest więc pozostawienie referendarzowi kompetencji do ustalenia, w jakim stosunku koszty pomiędzy stronami powinny zostać rozdzielone⁵⁹.

W świetle ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych referendarze są uprawnieni także do orzekania w przedmiocie:

- zwrotu opłaty (art. 82 u.k.s.c.),
- ustalania należności świadków, biegłych, tłumaczy i stron (art. 93 u.k.s.c.),
- odraczania lub rozkładania na raty należności sądowych (art. 125 u.k.s.c.).

Referendarz jest uprawniony także do dokonywania czynności w zakresie zwalniania od kosztów sądowych, jeżeli zostały przewidziane w ustawie o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (art. 118 u.k.s.c.). Przyjmuje się, że powierzenie referendarzom sądowym czynności w postępowaniu incydentalnym dotyczącym zwalniania od kosztów sądowych obejmuje nie tylko wydawanie stosownych postanowień, ale także odpowiednich zarządzeń⁶⁰. W ramach kompetencji referendarza znajduje się zatem:

⁵⁸ A.M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy w postępowaniu...*, s. 162.

⁵⁹ T. Demendecki w: *Kodeks postępowania cywilnego. Praktyczny komentarz*, A. Jakubecki (red.), Kraków 2008, s. 172.

⁶⁰ K. Gonera, *Komentarz do ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych*, Warszawa 2007, s. 481; J. Stasiak, *Zwolnienie od kosztów sądowych*, Warszawa 2010, s. 106.

- rozpoznanie wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych – łącznie z możliwością zwrotu (art. 102 ust. 2 i ust. 4 u.k.s.c.), uwzględnienia, oddalenia lub odrzucenia (art. 107 ust. 2 u.k.s.c.) takiego wniosku, a także wezwania strony będącej osobą fizyczną, ubiegającej się o zwolnienie od kosztów sądowych do złożenia oświadczenia o stanie rodzinnym, majątku, dochodach i źródłach utrzymania (art. 102 ust. 2 w wz. z art. 130 § 1 k.p.c.);
- zarządzenie stosowanego dochodzenia w celu wyjaśnienia rzeczywistego stanu majątkowego strony ubiegającej się o zwolnienie od kosztów sądowych albo korzystającej z takiego zwolnienia (art. 109 u.k.s.c.);
- cofnięcie zwolnienia (art. 110 u.k.s.c.);
- skazania na grzywnę strony, która chcąc uzyskać zwolnienie od kosztów sądowych, świadomie podała nieprawdziwe dane o swojej sytuacji (art. 111 u.k.s.c.)⁶¹.

Jednocześnie w literaturze dominuje zapatrywanie, że wątpliwości natury konstytucyjnej budzi możliwość orzekania przez referendarza o oddaleniu wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych w razie oczywistej bezzasadności dochodzonego roszczenia lub obrony praw⁶². Ocena, czy zachodzi oczywista bezzasadność dochodzonego roszczenia lub obrony praw, stanowi według części autorów sprawowanie wymiaru sprawiedliwości⁶³.

Zgodnie zaś z art. 123 § 2 k.p.c., postanowienie o ustanowieniu albo odmowie ustanowienia adwokata lub radcy prawnego może wydać także referendarz sądowy. W związku z brzmieniem tego przepisu znów może powstać wątpliwość, czy chodzi tu jedynie o samo rozstrzygnięcie kwestii o przyznaniu lub odmowie ustanowienia pełnomocnika z urzędu, czy też mogą być wydawane inne postanowienia i zarządzenia związane z rozpoznawaniem tych spraw. Porównanie jednak treści art. 118 u.k.s.c. i art. 123 § 2 k.p.c. wskazuje, że kompetencja referendarza w tych sprawach jest ograniczona do wydania postanowienia ustanawiającego lub odmawiającego ustanowienia pełnomocnika z urzędu oraz do wydawania zarządzeń, o których mowa w art. 130–130⁴ (wynika to z art. 130⁵ k.p.c.). Referendarz nie jest więc uprawniony do:

- zarządzenia dochodzenia, o którym mowa w art. 119¹ k.p.c.,
- cofnięcia ustanowienia pełnomocnika z urzędu (art. 120 u.k.s.c.),
- zwolnienia pełnomocnika z urzędu z obowiązku zastępowania strony (art. 118 § 3 k.p.c.),
- zwrócenia się o wyznaczenie innego adwokata lub radcy prawnego do dokonywania czynności poza siedzibą sądu (art. 118 § 4 k.p.c.),
- odrzucenia wniosku (art. 117² § 2 k.p.c.).

4. Czwarta grupę czynności referendarza stanowią czynności dokonywane w związku ze stwierdzeniem prawomocności orzeczenia i nadania klauzuli wykonalności tytułom egzekucyjnym.

⁶¹ K. Goner, *Komentarz...*, s. 481.

⁶² A. Górski, L. Walentynowicz, *Koszty sądowe...*, s. 168; J. Stasiak, *Zwolnienie...*, s. 107.

⁶³ J. Stasiak, *Zwolnienie...*, s. 107.

Zgodnie z art. 364 § 2 k.p.c. referendarz sądowy może wydać postanowienia w sprawie, o której mowa w art. 364 § 1, tj. w postępowaniu o stwierdzenie prawomocności orzeczenia. Takie sformułowanie przepisu prowadzi do wniosku, że referendarz sądowy może wydać każde postanowienie w przedmiocie tego wniosku, nie tylko o stwierdzeniu prawomocności, ale także o oddaleniu wniosku, jak i o jego odrzuceniu. Nie ma bowiem ograniczenia w tym przepisie jedynie do postanowienia o stwierdzeniu prawomocności⁶⁴. Należy więc przyjąć, że chodzi tu o każde postanowienie w przedmiocie wniosku o stwierdzenie prawomocności⁶⁵.

W postępowaniu klauzulowym kompetencje do nadawania klauzuli wykonalności niektórym tytułom egzekucyjnym przyznał referendarzom sądowym art. 781 § 1¹ k.p.c. Chodzi tu o:

- orzeczenia sądowe prawomocne lub podlegające natychmiastowemu wykonaniu, jak również ugody zawarte przed sądem (art. 777 § 1 pkt 1 k.p.c.),
- orzeczenia referendarza sądowego prawomocne lub podlegające natychmiastowemu wykonaniu (art. 777 § 1¹ k.p.c.),
- inne orzeczenia ugody lub akty (w tym akty notarialne), które podlegają wykonaniu w drodze egzekucji (art. 777 § 1 pkt 3–6 i § 3 k.p.c.).

Referendarz nie może jednak nadawać klauzuli wykonalności w przypadku, gdy konieczne jest rozstrzygnięcie zagadnień prawnych wykraczających poza kontrolę tytułu egzekucyjnego (art. 778¹, art. 787, art. 787¹, art. 788, art. 789 k.p.c.). Ze względu na odmienne brzmienie tego przepisu w stosunku do art. 364 § 2 k.p.c. sporne jest, czy referendarz sądowy jest uprawniony jedynie do wydania pozytywnego orzeczenia w przedmiocie nadania klauzuli wykonalności, czy też leży w jego kompetencji wydanie orzeczeń negatywnych, takich jak oddalenie wniosku o nadanie klauzuli wykonalności lub jego odrzucenie. Mimo wątpliwości w tym zakresie zdaje się przeważać pogląd, że referendarz jest uprawniony nie tylko do nadania klauzuli wykonalności, ale także wydania innego rozstrzygnięcia w tym przedmiocie (np. oddalenia wniosku o nadanie klauzuli wykonalności)⁶⁶. W literaturze można jednak spotkać i takie stanowisko, że art. 781 §1¹ k.p.c. wyraża ogólne upoważnienie do wykonywania przez referendarzy sądowych wszystkich czynności w postępowaniu o nadanie klauzuli wykonalności, a nie tylko tych, które dotyczą samego nadania klauzuli wykonalności (np. przekazanie sprawy sądowi właściwemu, zawieszenie postępowania)⁶⁷. Pogląd ten jednak w świetle wyraźnego brzmienia przepisu wydaje się zbyt daleko idący.

Zbliżone do stwierdzenia prawomocności i nadania klauzuli wykonalności jest uprawnienie referendarza sądowego do wydania postanowienia stwierdzające wykonalność europejskiego nakazu zapłaty (art. 795⁶ § 2 k.p.c.) oraz zaświadczenia dotyczącego orzeczenia wydanego w europejskim postępowaniu w sprawie drobnych roszczeń (art. 795⁸ § 2 k.p.c.).

⁶⁴ Jedynie na takie postanowienie wskazuje M. Jędrzejewska w: *Kodeks...*, t. 2, s. 99.

⁶⁵ A.M. Arkuszewska, *Referendarz...*, s. 79.

⁶⁶ M. Walasik, *Czynności referendarza sądowego w postępowaniu o nadanie klauzuli wykonalności*, „Polski Proces Cywilny” 2011/1, s. 136; A.M. Arkuszewska, *Referendarz...*, s. 183.

⁶⁷ M. Walasik, *Czynności...*, s. 135–136.

5. Piątą grupę stanowią zaś **czynności wykonywane w ramach przeprowadzania pomocy prawnej**. Dotyczy to zarówno pomocy prawnej o charakterze krajowym, jak i międzynarodowym. Referendarz sądowy może brać udział w czynnościach dokonywanych przez sąd przy przeprowadzaniu dowodu przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających dokonanie tej czynności na odległość (art. 235 § 2 k.p.c.). Dowód w takiej sytuacji przeprowadza sąd orzekający, a referendarz sądowy bierze tylko udział w czynnościach dokonywanych przez ten sąd zamiast sądu wezwanego. Jak zauważono w literaturze, przy wykonywaniu tych czynności pojawiają się zapewne problemy związane z uprawnieniem do wykonywania czynności z zakresu tzw. policji sesyjnej (art. 48, 49 p.u.s.p.)⁶⁸. *De lege lata* referendarz nie jest uprawniony do korzystania z tych instrumentów.

W zakresie międzynarodowej pomocy prawnej art. 1130 § 2 k.p.c. przewiduje, że referendarz sądowy może dokonywać wszelkich czynności z wyłączeniem przeprowadzenia dowodu. Referendarz nie mógłby więc przeprowadzać dowodu z przesłuchania świadków, biegłych, stron lub uczestników postępowania i oględzin. Wydaje się także, co znajduje potwierdzenie w uzasadnieniu nowelizacji, że referendarz nie jest uprawniony do sporządzania wniosków o przeprowadzenie tych dowodów. Nie ma natomiast ograniczeń co do możliwości sporządzania przez referendarza i przyjmowania wniosków w odniesieniu do dokonywania innych czynności (art. 1131¹ k.p.c.). Dotyczy to także czynności związanych z przygotowaniem i przyjmowaniem wniosków o doręczenie pism sądowych (art. 1132, art. 1135 k.p.c.). W literaturze przekonującą twierdzi się, że mimo, iż w art. 1130 § 1 k.p.c. nie wymienia się doręczania pism pozasądowych (art. 1133¹ k.p.c.), to uprawnienie w tym zakresie przysługuje także referendarzom sądowym.⁶⁹

6. Szóstą grupę uprawnień referendarza sądowego stanowią **najnowsze regulacje dotyczące czynności w ramach właściwego postępowania egzekucyjnego**. W odpowiedzi na głosy doktryny⁷⁰, na mocy ustawy z 19.08.2011 r.⁷¹, przyznano referendarzom kompetencje w zakresie rozstrzygania spraw dotyczących zbiegu egzekucji administracyjnej i sądowej (art. 773 § 1¹ k.p.c.) oraz wyjawienia majątku, bez możliwości stosowania środków przymusu (art. 920² k.p.c.).

Warto wskazać, że w literaturze – mimo ciągłego rozszerzania zakresu kompetencji referendarza sądowego – wciąż wskazuje się na możliwości i potrzebę przekazywania dalszych uprawnień tym organom. Najczęściej dotyczą one przekazania referendarzom sądowym prowadzenia kolejnych rodzajów postępowań nieprocesowych. Stąd często wskazuje się na możliwość rozpoznawania przez referendarzy takich spraw, jak:

- stwierdzenie zgonu,
- przyjęcie oświadczenia o uznaniu ojcostwa,
- odebranie od opiekuna przyrzeczenia,

⁶⁸ A.M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy w postępowaniu...*, s. 158.

⁶⁹ J. Ciszewski w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, T. Ereciński (red.), t. 5, s. 351.

⁷⁰ K. Weitz, *Podsumowanie dyskusji na Ogólnopolskim Zjeździe Katedr Postępowania Cywilnego*, w: *Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego a Kodeks postępowania cywilnego*, T. Ereciński (red.), K. Weitz (red.), Warszawa 2010, s. 314, gdzie przytoczony został głos R. Obrebskiego.

⁷¹ Dz. U. Nr 233 poz. 1381, ustawa wejdzie w życie z dniem 3.05.2012 r.

- zabezpieczenia spadku,
- złożenia przedmiotu do depozytu sądowego⁷²,
- a nawet o stwierdzenie nabycia spadku, jeżeli spadkodawca nie sporządził testamentu, a w skład spadku nie wchodzi gospodarstwo rolne⁷³.

Szczegółowe propozycje rozszerzenia kompetencji referendarzy sądowych zgłasza także Ogólnopolskie Stowarzyszenie Referendarzy Sądowych postulując m.in. upoważnienie referendarzy do dokonywania czynności w:

– postępowaniu niespornym (sprawy z zakresu ochrony praw osobistych i majątkowych, ustanowienie opieki nad małoletnim i nadzór nad nią, ustanowienie kurateli dla podmiotów niemogących wykonywać swych praw, przyjmowanie świadczenia do depozytu, zobowiązanie alkoholika do leczenia w zakładzie odwykowym, uznanie za zmarłego, stwierdzenie zgonu, sprostowanie, unieważnienie i ustalenie treści aktu stanu cywilnego, odtworzenie dyplomu i świadectwa naukowego, umorzenie utraconego dokumentu, przyjmowanie oświadczeń o uznaniu dziecka pozamałżeńskiego),

- postępowaniu w razie zaginięcia lub zniszczenia akt,
- postępowaniu zabezpieczającym (wydanie postanowienia o udzieleniu lub odmowie udzielenia zabezpieczenia oraz postanowienia w przedmiocie uchylenia lub ograniczenia zabezpieczenia, nadanie postanowieniu o udzieleniu zabezpieczenia podlegającemu wykonaniu w drodze egzekucji klauzuli wykonalności),
- postępowaniu egzekucyjnym (wszystkie czynności z wyjątkiem spraw związanych z rozpoznaniem powództw przeciwegzekucyjnych, skargi na czynności komornika oraz spraw, w których zachodzi potrzeba wyznaczenia rozprawy)⁷⁴.

Można spotkać także postulaty wykraczające poza samo postępowanie cywilne, a konkretnie mające na celu przyznanie referendarzom kompetencji w postępowaniu karnym wykonawczym, takich jak:

- odraczanie płatności kary grzywny,
- rozkładanie na raty kary grzywny,
- kierowanie do egzekucji kary grzywny,
- ustanowienie pełnomocnika z urzędu⁷⁵.

3.3. Podsumowanie i wnioski

1. Instytucja referendarza sądowego została wprowadzona w celu odciążenia sędziów w rozpoznawaniu spraw o charakterze masowym oraz spraw incydentalnych pojawiających się w toku postępowania cywilnego. Wyłącznym celem nie

⁷² M. Jędrzejewska, *Możliwości...*, s. 32; W. Maciejko, M. Rojewski, P. Zaborniak, *Zarys...*, s. 34.

⁷³ J. Ławnicka, *Referendarz...*, s. 108.

⁷⁴ Por. uwagi zawarte w dokumencie *Propozycje Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Referendarzy Sądowych w zakresie: aplikacji sądowej i ścieżki kariery zawodowej referendarza sądowego, zasady funkcjonowania „przedsądu” referendarskiego, rozszerzenia kompetencji referendarzy sądowych*, dostępne na stronie www.referendarz.pl.

⁷⁵ W. Maciejko, M. Rojewski, P. Zaborniak, *Zarys...*, s. 34.

było zaś odciążenie sędziów jedynie od czynności administracyjnych i technicznych, gdyż referendarze sądowi zostali upoważnieni do wydawania wiążących rozstrzygnięć także co do istoty sprawy. Wynika z tego, że przyjęty w naszym systemie prawnym model referendarza zbliża się do modelu funkcjonującego w Austrii i Niemczech, a nie do modelu znanego w systemach francuskim i hiszpańskim sekretarza sądowego.

2. Jak wynika z przeprowadzonej analizy dotychczasowa ewolucja urzędu referendarskiego polegała na stopniowym zwiększaniu uprawnień referendarzy sądowych poprzez powierzanie im do wykonywania kolejnych czynności, które wcześniej zastrzeżone były dla sądów. W ten sposób ustawodawca zmierzał do odciążenia sędziów, a tym samym do usprawnienia działania wymiaru sprawiedliwości. Można wręcz postawić tezę, że tempo zmian normatywnych prowadzących do przekazywania kolejnych uprawnień referendarzom sądowym w ostatnich latach zdecydowanie wzrosło. Większość obecnie posiadanych uprawnień referendarze sądowi uzyskali w wyniku nowelizacji dokonanych po 2005 r. Jak można się domyślać wynika to zapewne z pozytywnej oceny dotychczasowej pracy referendarzy sądowych zatrudnionych w wydziałach cywilnych.

3. Warto wskazać, że poszerzanie kompetencji referendarza sądowego nie wpłynęło na zakres kompetencji sądu w ten sposób, że wszystkie czynności, których może dokonywać referendarz zawsze może dokonać także sąd. Instytucja referendarza została więc ukształtowana jako alternatywa dla czynności sądu. Nie wyklucza to jednak w sprawach trudniejszych lub o większym ciężarze gatunkowym dokonywania czynności przez sędziego. Umożliwia to także dokonywanie czynności przez sędziów w mniejszych sądach, gdzie referendarze sądowi nie są w wystarczającej liczbie zatrudnieni. Umożliwia to pełną elastyczność w przekazywaniu kompetencji referendarzom sądowym w poszczególnych sądach.

4. Z przeprowadzonej w tym rozdziale analizy normatywnej wynika, że można wyróżnić co najmniej dwa sposoby legislacyjnego ujęcia przyznanych referendarzom kompetencji. Z jednej strony ustawodawca przekazał referendarzom prowadzenie pewnych postępowań (niektóre postępowania nieprocesowe), w innych zaś przekazał do ich kompetencji dokonywanie jedynie poszczególnych czynności w postępowaniu (np. nadawanie klauzuli wykonalności). Dychotomia ta sprawia liczne problemy interpretacyjne, co prowadzi do tego, że mimo wydawałoby się wyraźnej woli do przekazania pewnych postępowań w całości do rozpoznania referendarzom sądowym nie daje ku temu podstaw regulacja normatywna (np. elektroniczne postępowanie upominawcze).

5. Należy postulować, aby ustawodawca tworząc przepisy kompetencyjne przekazywał referendarzom do rozpoznania całe postępowania, a nie tylko poszczególne czynności. Mogą to być pewne postępowania incydentalne (np. postępowanie w przedmiocie ustanowienia adwokata lub radcy prawnego), pomocnicze (np. postępowanie w przedmiocie nadania klauzuli wykonalności) lub wręcz postępowania co do istoty sprawy (np. postępowanie rejestrowe). W takiej

sytuacji nie powstawałyby tak liczne wątpliwości co do uprawnień referendarza sądowego. W przeciwnym razie nie będzie można mówić o prawdziwym odciążeniu sędziów od dokonywania czynności, jeżeli w wielu kwestiach będą oni musieli dokonywać czynności w ramach postępowania, w którym orzeczenie ma wydać referendarz sądowy.

6. Jak wskazują poglądy doktryny, wciąż istnieją możliwości rozszerzenia zakresu kompetencji referendarzy sądowych na kolejne czynności w ramach postępowania cywilnego. Wskazać trzeba w pierwszej kolejności na potrzebę przekazywania referendarzom kolejnych postępowań z trybu nieprocesowego (np. postępowanie depozytowe), czy wprowadzenia szerszych kompetencji referendarzy w toku postępowania egzekucyjnego (np. rozpoznawanie skarg na czynności komornika sądowego). Niewykluczone jest także poszerzenie kompetencji referendarza sądowego na czynności w innych postępowaniach niż postępowanie karne (postępowanie karne wykonawcze). Wydaje się więc, że obecny zakres kompetencji tego organu powinien ulegać dalszemu poszerzeniu w najbliższych latach. Granicę tego rozwoju wyznacza jednak zakres pojęcia „ochrony prawnej”, do której sprawowania referendarze sądowi zostali powołani.

4. POZYCJA USTROJOWA REFERENDARZA SĄDOWEGO

Problematyka pozycji ustrojowej referendarza sądowego jest ściśle związana z pojęciami wymiaru sprawiedliwości i ochrony prawnej. Wprowadzając instytucję referendarza sądowego ustawodawca równocześnie w art. 1 § 3 p.u.s.p. wprowadził pojęcie ochrony prawnej, które to zadania mogą oprócz sędziów wykonywać także referendarze sądowi⁷⁶. Konieczne jest więc ustalenie znaczenia tego pojęcia i ocena, na ile przyznane *de lege lata* referendarzom kompetencje mieszczą się w jej granicach (4.1.) Ponadto konieczne będzie przeanalizowanie statusu prawnego referendarza sądowego jako pracownika sądu (4.2.) oraz ustrojowych gwarancji jego niezależności (4.3.).

4.1. Pojęcie ochrony prawnej

W świetle art. 177 Konstytucji RP sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw ustawowo zastrzeżonych dla właściwości innych sądów. To swoiste domniemanie kompetencji sądów powszechnych uszczegóławia art. 1 § 2 p.u.s.p., według którego sądy powszechne sprawują wymiar sprawiedliwości w zakresie nienależącym do sądów administracyjnych, sądów wojskowych oraz Sądu Najwyższego. Zgodnie zaś z § 3 tego przepisu sądy powszechne wykonują również zadania z zakresu ochrony prawnej, powierzone w drodze ustaw⁷⁷. O ile pojęcie wymiaru sprawiedliwości jest już od

⁷⁶ Od 31.08.2007 r. także starsi referendarze sądowi.

⁷⁷ Na skutek nowelizacji ustawą z 18.08.2011 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 203, poz. 1192) art. 1 § 3 p.u.s.p. zostanie z dniem 28.03.2012 r. zmieniony i uzyska brzmienie „sądy powszechne wykonują również inne zadania z zakresu ochrony prawnej, powierzone w drodze ustaw.”

dłuższego czasu objęte zainteresowaniem doktryny i orzecznictwa, o tyle pojęcie zadań z zakresu ochrony prawnej nadal stanowi swoiste *novum* dla praktyki orzeczniczej i nie doczekało się wykładni sądowej. Warto wskazać, że pojęcie to nie jest także w omawianym kontekście używane w Konstytucji RP⁷⁸.

Dawniej przez ochronę prawną rozumiano działalność podejmowaną specjalnie dla ochrony prawa, polegającą na ustalaniu, czy przepis prawa został naruszony i przez kogo oraz na wyciągnięciu konsekwencji przewidzianych w ustawie w razie naruszenia przepisu⁷⁹. Jeszcze dziś można czasami spotkać się z poglądami, że ochrona prawna w szerokim znaczeniu, oprócz orzekania, obejmuje także działalność pojednawczą oraz opiniodawczą. Szczególnym rodzajem ochrony prawnej w ścisłym tego słowa znaczeniu jest wymiar sprawiedliwości. Ochrona prawna może mieć charakter represyjny lub prewencyjny i polegać na rozstrzyganiu, kontroli legalności lub obsłudze prawnej. Do takiego szerokiego pojęcia ochrony prawnej nawiązuje też Konstytucja w rozdziale IX, zatytułowanym „Organy kontroli państwowej i ochrony prawa”, zaliczając do organów ochrony prawa Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Krajową Radę Radiofonii i Telewizji⁸⁰.

Z pewnością należy odrzucić na gruncie art. 1 p.u.s.p. tak szerokie pojęcie ochrony prawnej. Wyraźnie w przepisie tym odróżniono od siebie wymiar sprawiedliwości oraz zadania z zakresu ochrony prawnej. Trudno więc przyjąć, żeby ochrona prawna mieściła w sobie także wymiar sprawiedliwości⁸¹. W przeciwnym razie referendarze sądowi mogliby także wykonywać czynności zakresu wymiaru sprawiedliwości, skoro stanowiłyby one także czynności z zakresu ochrony prawnej.

W związku z powyższym w obecnej literaturze przeważnie przyjmuje się negatywną definicję pojęcia ochrony prawnej. Zdaniem T. Erecińskiego, J. Gudowskiego i J. Iwulskiego⁸² pojęcia „sprawowanie wymiaru sprawiedliwości” oraz „zadań z zakresu ochrony prawnej” w świetle art. 1 p.u.s.p. wyczerpująco opisują zakres powierzonych sądom kompetencji. W związku z tym autorzy przyjmują, że można ochronę prawną określić jako ten element działalności sądów, który nie stanowi sprawowania wymiaru sprawiedliwości⁸³. Autorzy stwierdzają więc, że „zadaniami z zakresu ochrony prawnej” są zadania sądów, które nie polegają na rozstrzyganiu sporów o prawo i konfliktów prawnych ani na rozstrzyganiu zasadności zarzutów karnych. Przykładowo wskazuje się na zadania związane z prowadzeniem ksiąg wieczystych i rejestrów sądowych⁸⁴.

W doktrynie podkreślono także, że czynności powierzone referendarzom są w istocie czynnościami jurysdykcyjnymi, ale nie stanowią wymiaru sprawiedliwości

⁷⁸ Jedyne rozdział IX Konstytucji RP zatytułowany jest Organy kontroli państwowej i ochrony prawa. Nie chodzi tu jednak o sferę działań sądów powszechnych, lecz innych organów państwowych. Rozdział ten reguluje pozycję ustrojową Najwyższej Izby Kontroli, Rzecznika Praw Obywatelskich oraz Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji.

⁷⁹ S. Włodyka, *Ustrój organów ochrony prawnej*, Warszawa 1968, s. 9, J. Waszczyński, *Ustrój organów ochrony prawnej*, Łódź 1971, s. 14.

⁸⁰ T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, J. Gudowski (red.), Warszawa 2009, s. 35.

⁸¹ Od 28.03.2012 r. brzmienie art. 1 § 3 p.u.s.p. będzie jednak mogło wskazywać na szersze ujęcie ochrony prawnej.

⁸² T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo...*, s. 595.

⁸³ Po 28.03.2012 r. trzeba będzie uznać, że chodzi tu o ochronę prawną w ścisłym tego słowa znaczeniu, czyli zadania nie związane ze sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości.

⁸⁴ T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo...*, s. 595.

sensu stricto, bo ten jest wyłącznym przywilejem sądów i niezawisłych sędziów, lecz należy je zakwalifikować do czynności pomocniczych wymiaru sprawiedliwości⁸⁵.

W istocie zdefiniowanie pojęcia ochrony prawnej w ścisłym znaczeniu zależy od definicji pojęcia **wymiaru sprawiedliwości**. Pojęcie to wyznacza bowiem granicę w przekazywaniu kompetencji referendarzom sądowym. O ile bowiem ustawodawca zwykły jest uprawniony do stałego rozszerzania kompetencji referendarza sądowego, o tyle nie może w tym naruszać art. 175 Konstytucji RP, według którego wymiar sprawiedliwości sprawują wyłącznie sądy⁸⁶. Wydaje się, że tam gdzie zaczyna się sprawowanie wymiaru sprawiedliwości kończy się kompetencja referendarzy sądowych. Jest to więc także granica dla ustawodawcy, który nie powinien powierzać referendarzom czynności z tego zakresu.

Zasada sądowego wymiaru sprawiedliwości została wyraźnie sformułowana w Konstytucji jako zasada sędziowskiego wymiaru sprawiedliwości. Wynika to z zamieszczenia w art. 178–181 Konstytucji RP podstawowych regulacji dotyczących sędziów, jako piastujących urząd polegający na sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości⁸⁷. W poprzednim porządku konstytucyjnym sporne było rozumienie pojęcia „wymiar sprawiedliwości”, a w doktrynie przyjmowano trzy jego rozumienia.

Według pierwszego – wymiar sprawiedliwości był tylko działalnością sądów. Zgodnie z definicją przedmiotową była to działalność polegająca na rozstrzyganiu konfliktów wynikających ze stosunków prawnych, a nawet wszelka działalność polegająca na rozstrzyganiu sporów na podstawie norm prawnych, dokonywana w imieniu państwa.

Zwolennicy drugiej koncepcji, zwanej mieszaną, określali wymiar sprawiedliwości jako działalność sądów w zakresie rozstrzygania spraw cywilnych i karnych. Innymi słowy wszelkie czynności dokonywane przez sądy należały do wymiaru sprawiedliwości.

W sposób najszerszy definiowano wymiar sprawiedliwości według trzeciej koncepcji. Według niej stanowi on imperatywną działalność sądów, polegającą na wymierzaniu kar bądź rozstrzyganiu konfliktów prawnych lub spraw niekonfliktowych w sferze podstawowych praw i wolności obywateli w celu zabezpieczenia przestrzegania i realizowania obowiązujących norm prawnych⁸⁸.

Wskazane ujęcia mają jednak dziś znaczenie raczej historyczne. Wskazuje się bowiem, że prowadzenie sporu na temat pojmowania wymiaru sprawiedliwości nie ma zasadniczego znaczenia praktycznego⁸⁹. Obecnie znacznie większe znaczenie zaczyna być przypisywane prawu do sądu, o którym mowa w art. 45 Konstytucji RP.

Zgodnie z dominującym poglądem doktryny prawa wymiar sprawiedliwości stanowi działalność państwa polegającą na sądzeniu, czyli na wiążącym

⁸⁵ S. Rudnicki, *Nowy urząd referendarza sądowego – głos w dyskusji*, „Monitor Prawniczy” 1996/11, s. 395.

⁸⁶ Por. uzasadnienie wyroku TK z 1.12.2008 r. (P 54/07), OTK-A 2008/10, poz. 171.

⁸⁷ T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo...*, s. 18.

⁸⁸ Por. zamiast wielu autorów – S. Włodyka, *Konstytucyjna zasada sądowego wymiaru sprawiedliwości w PRL*, „Państwo i Prawo” 1964/11, s. 654; S. Włodyka w: *Granice konstytucyjnej zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości, Księga pamiątkowa ku czci Kamila Stefki*, Warszawa–Wrocław 1967, s. 423; K. Lubiński, *Pojęcie i zakres wymiaru sprawiedliwości*, „Studia Prawnicze” 1987/4, s. 3.

⁸⁹ T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo...*, s. 18.

rozstrzyganiu sporów o prawo, w których przynajmniej jedną ze stron jest jednostka lub inny podmiot podobny⁹⁰.

W ten sposób rozumiany wymiar sprawiedliwości sprawuje Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe (art. 175 ust. 1 Konstytucji). Monopol sądów w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości rodzi konieczność zagwarantowania sądowego rozstrzygnięcia każdej sprawy, której przedmiotem jest spór o prawo, zaś stroną sporu jest jednostka lub inny podmiot podobny. W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego sądowy wymiar sprawiedliwości nie oznacza jednak, że wszystkie sprawy i spory dotyczące sytuacji prawnej jednostki muszą być rozstrzygane wyłącznie przez sądy⁹¹. Wystarczy, by sądom została zagwarantowana kompetencja do ostatecznej weryfikacji rozstrzygnięcia organu nie-sądowego. Nie budzi więc wątpliwości, że prawo do sądu jest zachowane na gruncie takich regulacji, które – dopuszczając możliwość uruchomienia postępowania przed sądem powszechnym lub sądem administracyjnym – zapewniają kontrolę sądową rozstrzygnięcia, decyzji czy innego aktu indywidualnego kształtującego sytuację prawną jednostki lub innego podmiotu podobnego⁹².

Na „prawo do sądu” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji składają się bowiem dwa prawa – prawo do sądowego wymiaru sprawiedliwości oraz prawo do sądowej ochrony jednostki przed arbitralnością władzy. Z tak rozumianym prawem do sądu skorelowane są jednocześnie dwie funkcje sądów – funkcja wymiaru sprawiedliwości, w ramach której sądy merytorycznie rozstrzygają sprawę oraz funkcja ochrony prawnej jednostki, w ramach której sądy kontrolują akty organów władzy publicznej godzące w konstytucyjnie gwarantowane prawa i wolności⁹³.

Warto także wskazać, że w istotnym orzeczeniu dotyczącym asesorów sądowych Trybunał Konstytucyjny wskazał na niedopuszczalność powierzania czynności z zakresu wymiaru sprawiedliwości podmiotom, w stosunku do których nie można mówić o ich niezawisłości. W wyroku z 24.10.2007 r.⁹⁴ Trybunał zauważył, że z Konstytucji wynika zasada, iż wymiar sprawiedliwości jest sprawowany przez sędziów. Niezawisły i niezależny sąd to z założenia sąd składający się z sędziów. Jako wprost przewidziany wyjątek wskazany jest jedynie udział obywateli na zasadach określonych w ustawie. Konstytucja nie wyklucza całkowicie wprowadzania dalszych wyjątków od wymienionej zasady polegających na powierzeniu sprawowania wymiaru sprawiedliwości osobom, których status prawny nawiązuje tylko do konstytucyjnej pozycji sędziego. Odstępstwa takie są jednak dopuszczalne, jeżeli zostaną spełnione łącznie dwa warunki.

Po pierwsze, wyjątki muszą być uzasadnione konstytucyjnie legitymowanym celem i mieścić się w granicach realizacji tego celu. Instytucja powierzenia pełnienia

⁹⁰ Por. J. Ławnicka, *Referendarz...*, s. 98; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2006, s. 342; Z. Czeszejko-Sochacki, *O wymiarze sprawiedliwości w świetle Konstytucji, międzynarodowych standardów i praktyki*, „Państwo i Prawo” 1999/9, s. 3.

⁹¹ Por. wyrok TK z 8.12.1998 r. (K 41/97), OTK ZU 1998/7, poz. 117.

⁹² Por. wyrok TK z 8.12.1998 r. (K 41/97); wyrok TK z 2.06.1999 r. (K 34/98), OTK ZU 1999/5, poz. 94; wyrok TK z 14.07.2003 r. (SK 42/01), OTK ZU 2003/6/A, poz. 63.

⁹³ Por. wyrok TK z 20.05.2000 r. (K 21/99), OTK ZU nr 4/2000, poz. 109; wyrok TK z 2.04.2001 r. (SK 10/00), OTK ZU nr 3/2001, poz. 52; wyrok TK z 12.05.2003 r. (SK 38/02), OTK ZU nr 5/A/2003, poz. 38; wyrok TK z 13.06.2006 r. (SK 54/04), OTK ZU nr 6/A/2006, poz. 64.

⁹⁴ Wyrok TK z 24.10.2007 r. (SK 7/06), OTK A 2007/9, poz. 109.

czynności sędziowskich osobom niebędącym sędziami służyć powinna przede wszystkim lepszej realizacji podmiotowego prawa określonego w art. 45 Konstytucji.

Po drugie, muszą być spełnione wszystkie istotne „materialnie” warunki, od których uzależniona jest bezstronność, niezawisłość i niezależność sądu. Inaczej mówiąc, niezależnie od nazwy stanowiska służbowego, status osoby, której powierzono pełnienie czynności sędziowskich, musi odpowiadać wzorowi niezawisłości, wynikającemu z konstytucyjnych przepisów dotyczących statusu sędziego.

Biorąc pod uwagę to stanowisko z pewnością referendarze sądowi nie mogą być uznani za podmioty, którym ustawa zapewnia dostateczne gwarancje niezawisłości w sensie materialnym. W świetle uregulowań prawa o ustroju sądów powszechnych (o których mowa w pkt 4.2. i 4.3.) nie może ulegać wątpliwości, że referendarze sądowi nie są w świetle regulacji konstytucyjnej uprawnieni do wykonywania czynności z zakresu wymiaru sprawiedliwości.

W związku z powyższymi ustaleniami należy zastanowić się, na ile przyznane *de lege lata* referendarzom kompetencje nie naruszają zasady określonej w art. 177 Konstytucji RP, czyli zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości i prawa do sądu. Innymi słowy chodzi o ustalenie, czy kompetencje przekazane referendarzom mogą być uznane za sprawowanie ochrony prawnej, a nie już za sprawowanie wymiaru sprawiedliwości.

Dotychczas przedmiotem kontroli orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego z omawianego punktu widzenia stała się przede wszystkim kompetencja referendarzy sądowych do orzekania w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych. W istotnym wyroku z 1.12.2008 r.⁹⁵ Trybunał uznał, że przepis uprawniający referendarza do orzekania w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych nie jest sprzeczny z Konstytucją RP między innymi dlatego, że czynność ta nie stanowi elementu sprawowania wymiaru sprawiedliwości.

Kwestia ta jeszcze przed zapadnięciem wspomnianego orzeczenia Trybunału nie budziła wątpliwości w literaturze. W doktrynie prawa przyjmowano bowiem, że zwolnienie od kosztów sądowych nie jest wymierzaniem sprawiedliwości w dosłownym sensie, lecz raczej czynnością z dziedziny administrowania środkami budżetowymi, może być zatem powierzone referendarzom sądowym jako wysoko wykwalifikowanym urzędnikom sądowym, z zapewnieniem stronie możliwości wniesienia skargi na orzeczenie referendarza do sądu⁹⁶. Co więcej podkreśla się, że powierzenie także referendarzom sądowym – obok sędziów – czynności w postępowaniu incydentalnym dotyczącym zwalniania od kosztów sądowych stanowi krok w stronę wyprowadzenia tej materii z sądu, a nawet poza resort sprawiedliwości. W przyszłości o zwolnieniu od kosztów sądowych powinien decydować nie sąd (sędzia), lecz inny organ państwowy lub samorządowy, np. instytucja pomocy (opieki) społecznej. Prawo ubogich jest bowiem rodzajem pomocy społecznej świadczonej przez państwo (ze środków budżetowych państwa) osobom ubogim, które takiej pomocy wymagają⁹⁷.

W orzecznictwie TK kwestia ta była także prezentowana już wcześniej odnośnie do orzekania w przedmiocie kosztów sądowych. W wyroku z 13.06.2006 r.⁹⁸

⁹⁵ Wyrok TK z 1.12.2008 r. (P 54/07), OTK-A 2008/10, poz. 171.

⁹⁶ K. Gonera, *Komentarz...*, s. 343; A.M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy – status...*, s. 74.

⁹⁷ K. Gonera, *Komentarz...*, s. 343.

⁹⁸ Wyrok TK z 13.06.2006 r. (SK 54/04), OTK ZU 2006/6/A/, poz. 64.

Trybunał stwierdził, że „postanowienie o kosztach postępowania, chociaż stanowiące konieczny element rozstrzygnięcia sprawy przez sąd, nie jest elementem materialnym wyroku rozstrzygającego spór prawny. Postanowienie o kosztach nie jest elementem aktu sądowego sprawowania wymiaru sprawiedliwości, lecz czynnością konsekwentną, stanowiącą konsekwencję rozstrzygnięcia merytorycznego w ramach sprawowania wymiaru sprawiedliwości (choć jest czynnością z zakresu ochrony prawnej). (...) Orzeczenie (postanowienie) sądu ustalające koszty postępowania nie należy do aktów (czynności) dokonywanych w ramach sprawowania funkcji wymiaru sprawiedliwości przez sąd, lecz do czynności dodatkowych, konsekwentnych wobec rozstrzygniętej sprawy”.

Trybunał Konstytucyjny w omawianej sprawie – rozwijając tę linię orzeczniczą – stwierdził, że również postanowienie w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych nie stanowi formy wymierzania sprawiedliwości, lecz jest czynnością z zakresu ochrony prawnej. W uzasadnieniu wskazano, że nie ma zatem przeszkód, aby ustawodawca, w ramach przysługującej mu swobody legislacyjnej, powierzył orzekanie w tym zakresie organom, które nie sprawują wymiaru sprawiedliwości. Dla zagwarantowania jednostce prawa do sądu konieczne, ale jednocześnie i wystarczające, będzie zapewnienie jej możliwości zaskarżenia takiego rozstrzygnięcia organu niesądowego do sądu powszechnego lub administracyjnego, który w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych orzeknie ostatecznie. W konsekwencji uznano, że wprowadzenie skargi na orzeczenie referendarza sądowego, rozpoznawanej przez sąd, całkowicie spełnia to kryterium.

Pogląd ten został podtrzymany w niedawnym wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 12.05.2011 r.⁹⁹, gdzie podkreślono, że rozstrzyganie w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych nie ma charakteru „sprawy” w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Odwolując się do przyjętych kryteriów wykształconych w literaturze i orzecznictwie Trybunału nie może być wątpliwości, że czynności przekazane referendarzom, a określone w grupach od drugiej do szóstej poprzedniego rozdziału (rozdz. 3) nie stanowią sprawowania wymiaru sprawiedliwości, lecz można je objąć pojęciem ochrony prawnej. Zarówno bowiem zarządzenia związane z brakami formalnymi i fiskalnymi pism procesowych (grupa druga), jak i orzekanie o wysokości należnych kosztów procesu lub w przedmiocie zwolnienia od kosztów sądowych czy o ustanowieniu pełnomocnika (grupa trzecia), czynności z zakresu pomocy prawnej (grupa piąta), a także czynności dokonywane po uprawomocnieniu się orzeczenia włącznie z pewnymi czynnościami na etapie egzekucji (grupa czwarta i szósta) nie stanowią autorytatywnego rozstrzygania o sporach prawnych. Są one zaś czynnościami o charakterze pomocniczym wymiaru sprawiedliwości, które nie rzutują na merytoryczną ocenę sprawy. Wątpliwości może jedynie budzić sygnalizowana już kwestia dopuszczalności odmowy zwolnienia od kosztów sądowych w razie oczywistej bezzasadności powództwa, gdyż wymaga ona co prawda dość pobieżnej, ale jednak oceny zasadności zgłoszonego przed sądem roszczenia. Nie jest zaś dopuszczalne pozostawienie tej kwestii do oceny innemu organowi niż niezawisły sąd. Wydaje się więc, że w tym zakresie regulacja normatywna powinna spotkać się z reakcją ze strony ustawodawcy.

⁹⁹ Wyrok TK z 12.05.2011 r. (P 38/08), OTK-A 2011/4, poz. 33.

Problem wywołuje jednak pierwsza z omówionych grup czynności powierzonych referendarzom, czyli rozpoznawanie przez nich spraw oraz wydawanie rozstrzygnięć co do istoty sprawy.

Odnosnie postępowania nieprocesowego nie budzi już obecnie wątpliwości, że sąd rozpoznając w tym trybie sprawę nie zawsze sprawuje wymiar sprawiedliwości¹⁰⁰. Wiele spraw nieprocesowych ze swej istoty nie zawiera bowiem elementu sporu o prawo. Postępowanie nieprocesowe, zwane niegdyś niespornym, ze swej istoty jest bowiem nakierowane na rozpoznawanie spraw o charakterze niekonfliktowym. Choć w praktyce może okazać się, że w niektórych przypadkach pojawi się spór (np. sprawy działowe, sprawy o stwierdzenie nabycia spadku), to są to sytuacje raczej wyjątkowe. Przekazanie tych spraw do postępowania nieprocesowego wynikało bowiem z potrzeby uregulowania pewnych spraw w jednym całościowym postępowaniu, w którym sąd ma szersze uprawnienia do działania *ex officio*. W większości jednak przypadków sprawy rozpoznawane w postępowaniu nieprocesowym mają charakter zbliżony do postępowania administracyjnego, w którym chodzi o uregulowanie pewnych stanów faktycznych lub prawnych w celu ochrony przed potencjalnymi naruszeniami. Taki charakter z pewnością mają sprawy w postępowaniu wieczystoksięgowym czy rejestrowym. Podobne cechy wykazują sprawy o uznanie za zmarłego czy sprawy depozytowe. Ze względu na nieistnienie w nich elementu rozpoznawania sporu o prawo dokonywanie czynności w tych postępowaniach nie może zostać uznane za akt z zakresu sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Można więc uznać, że wykonywanie czynności przez referendarzy w tych postępowaniach, także polegające na wydawaniu rozstrzygnięć co do istoty (np. przez orzeczenie wpisu), nie jest sprzeczne z zasadą sądowego wymiaru sprawiedliwości. Nie ma więc przeszkód do przekazania niektórych z tych spraw do kompetencji referendarzy (np. sprawy depozytowe, czy o uznanie za zmarłego).

Z zakresu pojęcia ochrony prawnej wyłączone są te sprawy z zakresu postępowania nieprocesowego, w których zachodzi potrzeba rozstrzygnięcia o spornych interesach i prawach uczestników. Tytułem przykładu należy tu wskazać na postępowanie o zasiedzenie, postępowanie o zniesienie współwłasności. Licząc się z takim problemem ustawodawca wyłączył możliwość prowadzenia rozprawy przez referendarza, nawet w tych kategoriach spraw, które referendarz ma prawo prowadzić i rozstrzygać (np. sprawy rejestrowe). Rozprawa, której elementem jest forma kontradiktoryjna z reguły jest przewidziana lub zarządzana, gdy pojawia się potrzeba przedstawienia przez uczestników swoich stanowisk sądowi. Pamiętać jednak należy, że mówiąc o sporze o prawa nie chodzi o spór faktyczny, gdyż ten pomiędzy uczestnikami może istnieć w każdym postępowaniu, lecz o spór w sensie prawnym. Chodzi więc o taką sytuację, gdy istota postępowania zakłada

¹⁰⁰ K. Lubiński, *Istota i charakter prawny działalności sądu w postępowaniu nieprocesowym*, Toruń 1985, s. 227–242, analizując funkcje sądu w postępowaniu nieprocesowym, dzieli je na te, które polegają na: a) wykonywaniu wymiaru sprawiedliwości, b) wykonywaniu przez sąd innego rodzaju działalności jurysdykcyjnej, c) wykonywaniu przez sąd czynności pomocniczych wymiaru sprawiedliwości. J. Krajewski, *Stosunek procesu do postępowania nieprocesowego*, Zeszyty Naukowe UMK 1967/23, s. 27, jest zaś zdania, że jeżeli funkcja sądu nie polega na rozstrzyganiu przez sąd sporów o prawo, to może chodzić o takie czynności, jak: a) współdziałanie w zobowiązaniu, zmianie i zniesieniu aktów prawnych, b) zapobieganie naruszeniu praw, c) czynności natury administracyjnej.

rozstrzyganie o rozbieżnych interesach uczestników postępowania. Tak jest z reguły w sprawach działowych, w sprawach o ustanowienie drogi koniecznej, czy w sprawach o zasiedzenie.

Odmienne należy jednak ocenić kwestię wydawania przez referendarza sądowego nakazów zapłaty w postępowaniu upominawczym i elektronicznym postępowaniu upominawczym¹⁰¹. Nakaz taki może zostać wydany w każdej sprawie cywilnej, w której powód dochodzi roszczenia pieniężnego (art. 498 k.p.c.), jeżeli tylko nie zajądą przesłanki negatywne określone w art. 499 k.p.c. Zgodnie z tym przepisem nakaz zapłaty nie może być wydany, jeżeli według treści pozwu:

- roszczenie jest oczywiście bezzasadne;
- przytoczone okoliczności budzą wątpliwość;
- zaspokojenie roszczenia zależy od świadczenia wzajemnego;
- miejsce pobytu pozwanego nie jest znane, albo gdyby doręczenie mu nakazu nie mogło nastąpić w kraju.¹⁰²

W razie braku podstaw do wydania nakazu zapłaty przewodniczący wyznacza rozprawę, chyba że sprawa może być rozpoznana na posiedzeniu niejawnym (art. 497¹ § 2 k.p.c.).

W nakazie zapłaty nakazuje się pozwanemu, żeby w ciągu dwóch tygodni od doręczenia tego nakazu zaspokoił roszczenie w całości wraz z kosztami, albo w tym terminie wniósł sprzeciw do sądu. Pozwanemu doręcza się nakaz zapłaty wraz z pozwem i pouczeniem o sposobie wniesienia sprzeciwu oraz o skutkach niezaskarżenia nakazu.

W literaturze trafnie przyjmuje się, że nakaz zapłaty nie może być w zasadzie wydany zawsze z powodu tych przyczyn, które w zwykłym postępowaniu prowadzą do oddalenia powództwa, odrzucenia pozwu lub przekazania sprawy. Wyliczenie więc w art. 499 k.p.c. przyczyn uniemożliwiających wydanie nakazu zapłaty nie jest pełne¹⁰³. Zasadniczo brak podstaw do wydania nakazu zapłaty zachodzi w każdym wypadku, w którym nie można w sposób niebudzący wątpliwości przyjąć – na podstawie dostępnego w pozwie materiału – zasadności dochodzonego roszczenia i dopuszczalności jego dochodzenia w sądowym postępowaniu cywilnym. Wynika z tego, że wydanie nakazu zapłaty wymaga od organu orzekającego oceny zasadności zgłoszonego roszczenia procesowego. W literaturze i orzecznictwie przyjmuje się wręcz, że brak podstaw do wydania nakazu zapłaty może być nie tylko rezultatem oceny stanu faktycznego z punktu widzenia norm prawa materialnego, lecz także wynikiem niemożności zastosowania tych norm ze względu na zachodzące wątpliwości natury faktycznej (niekompletność stanu faktycznego), czy niejasność samych żądań¹⁰⁴. Nie ulega jednak wątpliwości,

¹⁰¹ Odnosi się to także do nakazu zapłaty wydanego w europejskim postępowaniu nakazowym.

¹⁰² Co do przesłanek odmowy wydania nakazu zapłaty w europejskim postępowaniu nakazowym por. art. 11 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. ustanawiającego postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty (Dz. Urz. UE 2006 L 399/1; sprost.: Dz. Urz. UE 2007 L 70/490).

¹⁰³ M. Jędrzejewska w: *Kodeks...*, t. 2, s. 785.

¹⁰⁴ Por. uzasadnienie orzeczenia SN z 13.11.1970 r. (II CZ 193/70), OSPiKA 1971/7–8, poz. 144 oraz S. Dalka, *Ochrona sądowa roszczeń majątkowych w postępowaniu nakazowym i upominawczym*, Gdańsk 1977, s. 106.

że ocena sądu następuje zasadniczo na podstawie twierdzeń zawartych w pozwie i jego załącznikach. Nie jest wymagane złożenie dodatkowych dokumentów świadczących np. o miejscu zamieszkania pozwanego w kraju albo o braku uzależnienia od świadczenia wzajemnego¹⁰⁵.

W świetle powyższego nie może ulegać wątpliwości, że wydanie przez referendarza sądowego nakazu zapłaty stanowi element sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Orzeka się bowiem o prawach i obowiązkach podmiotów rozstrzygając spór o prawo, jaki w procesie wynika z samego faktu wniesienia powództwa. Ocena niezbędna do wydania nakazu zapłaty wiąże się przecież z koniecznością ustalenia merytorycznych przesłanek zasadności powództwa, choć nie koniecznie w wyniku postępowania dowodowego, którego się w tym postępowaniu nie prowadzi. Jak była już o tym mowa, rozstrzyganie o sporach prawnych, nawet na podstawie tak ograniczonego materiału procesowego, musi być uznane za sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. Już w innym miejscu miałem okazję wyrazić pogląd, że mimo iż w zakresie powierzonych czynności referendarz sądowy ma kompetencje sądu (art. 47¹ k.p.c.), to jednak jego pozycja ustrojowa sprawia, że nie wydaje się możliwe powierzenie mu czynności, które mogą w jakimkolwiek stopniu wpływać na ustalenie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, stanowiącej jedną z podstawowych funkcji sądu w zakresie merytorycznego rozstrzygania spraw, a tym samym, w zakresie sprawowania wymiaru sprawiedliwości¹⁰⁶. Choć w przypadku wydania nakazu zapłaty referendarz nie dokonuje ustaleń faktycznych, to jednak wyraża pogląd co do zasadności dochodzonego roszczenia, co zbliża tę sytuację do wyrokowania *sensu stricto*.

Przekazanie referendarzom sądowym kompetencji do wydawania nakazów zapłaty, zrównanych po uprawomocnieniu w swych skutkach z wyrokami sądowymi (art. 353² k.p.c.), pozostaje więc w sprzeczności z treścią art. 2 § 1 i art. 147 § 1 p.u.s.p., które przewidują powierzanie referendarzom sądowym jedynie zadań z zakresu ochrony prawnej¹⁰⁷.

Wydaje się jednak, że mimo iż przekazanie tych kompetencji wykracza poza pojęcie ochrony prawnej, to jednak nie narusza ono zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości, o którym mowa w art. 175 Konstytucji RP. Z prawa do sądu wynika bowiem, że sprawa przekazana pod osąd nie musi być zawsze w całości rozpoznana przez sąd w rozumieniu konstytucyjnym. Wystarczy, że istnieje możliwość kontroli prawidłowości i zasadności dokonanej czynności przez sąd.

W stosunku do nakazu zapłaty ustawa przewiduje szczególny środek zaskarżenia, jakim jest sprzeciw. Pismo zawierające sprzeciw wnosi się do sądu, który

¹⁰⁵ M. Manowska, *Postępowanie nakazowe i upominawcze*, Warszawa 2001, s. 142–143.

¹⁰⁶ P. Rylski, *Działanie sądu z urzędu a podstawa faktyczna wyroku cywilnego*, Warszawa 2009, s. 24.

¹⁰⁷ Odmienne P. Rawczyński, *Pozycja ustrojowa...*, s. 100. Autor powołuje się w tym zakresie na uzasadnienie wyroku TK z 15.04.2009 r. (SK 28/08), w którym wyrażono pogląd, że „uproszczony charakter postępowania nakazowego i upominawczego zakłada, że postępowania te mają być sprawne i szybkie, głównie z tej przyczyny, że dochodzone w nich roszczenia (w większości przypadków roszczenia pieniężne) oraz ich wysokości są już w dalekim stopniu ustalone i udowodnione. Tym samym mniejsza jest w nich rola sądu rozpoznającego sprawę merytorycznie od samego początku; sąd wydając nakaz zapłaty pełni w ich trybie raczej funkcję organu ochrony prawnej”. W orzeczeniu tym TK badał jednak zgodność z Konstytucją przepisu dotyczącego możliwości odrzucenia zarzutów lub sprzeciwu od nakazu zapłaty bez uprzedniego wzywania do uzupełnienia braku. Trybunał nie wypowiedział się więc na temat pojęcia wymiaru sprawiedliwości i ochrony prawnej na gruncie prawa o ustroju sądów powszechnych.

wydał nakaz zapłaty, a w przypadku nakazu wydanego przez referendarza sądowego – do sądu, przed którym wytoczono powództwo. W piśmie pozwany powinien wskazać, czy zaskarża nakaz w całości czy w części, przedstawić zarzuty, które pod rygorem ich utraty należy zgłosić przed wdaniem się w spór, a także pozostałe zarzuty przeciwko żądaniu pozwu oraz wszystkie okoliczności faktyczne i dowody na ich potwierdzenie (art. 503 § 1 k.p.c.).

W razie prawidłowego wniesienia sprzeciwu nakaz zapłaty traci moc, a przewodniczący wyznacza rozprawę i zarządza doręczenie powodowi sprzeciwu razem z wezwaniem na rozprawę (art. 505 § 1 k.p.c.). Nakaz zapłaty traci moc w części zaskarżonej sprzeciwem. Sprawa jest więc od początku rozpoznawana przez sąd.

Charakter sprzeciwu od nakazu zapłaty w literaturze nie jest oceniany jednolicie. Sprzeciw od nakazu zapłaty określany jest zarówno jako pismo procesowe, co odpowiada brzmieniu przepisu „pismo zawierające sprzeciw”¹⁰⁸, jak i prezentowane jest stanowisko, że sprzeciw od nakazu zapłaty należy do środków zaskarżenia¹⁰⁹. W literaturze przeważnie opowiada się za tą drugą oceną. Według art. 363 § 1 i art. 504 § 2 k.p.c. nakaz, przeciwko któremu nie wniesiono sprzeciwu, ma skutki prawomocnego wyroku, a orzeczenie sądu staje się prawomocne, jeżeli nie przysługuje od niego środek odwoławczy lub inny środek zaskarżenia. M. Manowska podniosła trafnie, że sposób określenia wymogów sprzeciwu od nakazu zapłaty w znowelizowanym art. 503 k.p.c. istotnie zbliżył go w tym zakresie do zarzutów od nakazu zapłaty. Wymaga jednocześnie podkreślenia, że w art. 503 § 1 k.p.c. jest wyraźnie mowa o zaskarżeniu nakazu w całości lub części, a nieuzupełnienie braków formalnych sprzeciwu prowadzi do jego odrzucenia, co jest również charakterystyczne dla innych środków zaskarżenia. Skłania to do oceny, że sprzeciw od nakazu zapłaty należy zaliczyć do środków zaskarżenia¹¹⁰.

Jest to jednak środek o charakterze anulacyjnym i niedewolutywnym. Trafnie zauważono też, że specyficzną cechą sprzeciwu od nakazu zapłaty, jako środka zaskarżenia, jest to, iż pełni on jednocześnie funkcję odpowiedzi na pozew w postępowaniu toczącym się po wniesieniu sprzeciwu. Ponadto wywiera on skutki już z uwagi na samo skuteczne wniesienie i nie podlega rozpoznaniu, jak inne środki zaskarżenia¹¹¹. W tym bowiem dopiero momencie między stronami powstaje spór. W sytuacji, gdy pozwany nie wnosi sprzeciwu można bowiem uznać, że w pełni akceptuje zgłoszone przez powoda roszczenie.

Reasumując można uznać, że sprzeciw od nakazu zapłaty przewidziany w postępowaniu upominawczym oraz elektronicznym postępowaniu upominawczym, który powoduje ponowne rozpoznanie sprawy przez sąd i całkowicie uchyla czynność referendarza sądowego, zapewnia stronie pozwanej prawo do rozpoznania sprawy przez niezawisły sąd w rozumieniu art. 45 Konstytucji. Pełni on bowiem zbliżoną funkcję do przewidzianej od innych orzeczeń referendarza sądowego skargi na jego orzeczenie, która także często ma charakter anulacyjny i niedewolutywny (por. 5.2.). Wydaje się jednak, że wymaga interwencji ustawodawczej

¹⁰⁸ M. Jędrzejewska w: *Kodeks postępowania cywilnego...*, t. 2, s. 591.

¹⁰⁹ M. Manowska, *Postępowanie...*, s. 163.

¹¹⁰ D. Zawistowski w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, H. Dolecki (red.), T. Wiśniewski (red.), t. II, Warszawa 2010, s. 723.

¹¹¹ D. Zawistowski w: *Kodeks...*, t. II, s. 723.

treść art. 2 i art. 147 p.u.s.p., gdyż jak widać referendarzom sądowym przekazano, wbrew ich brzmieniu, także pewne czynności z zakresu sprawowania wymiaru sprawiedliwości¹¹². Można jednak także bronić stanowiska, że art. 353¹ § 2 k.p.c. przekazujący tę kompetencję referendarzom sądowym stanowi *lex specialis* względem wskazanych przepisów prawa o ustroju sądów powszechnych.

4.2. Status referendarza sądowego

W doktrynie ani w judykaturze nie doszło do jednoznacznego i niebudzącego wątpliwości określenia pozycji ustrojowej referendarza sądowego¹¹³. Przedstawiciele doktryny, którzy starali się analizować status referendarza w Polsce, przedstawiali go jako urzędnika państwowego o szczególnym charakterze i randze¹¹⁴, organ sądowy¹¹⁵ lub gwaranta sprawności i szybkości postępowania¹¹⁶. W związku z powyższym, mimo licznych zmian ustawodawczych, status referendarza sądowego nie jest do końca jasny. W literaturze trafnie wskazuje się, że umiejscowienie referendarza pomiędzy sędzią a urzędnikiem sądowym, powyżej asystenta sędziego, dowodzi, że instytucja ta nie została w sposób jednoznaczny sprecyzowana przez ustawodawcę¹¹⁷. Konieczne jest więc przeanalizowanie regulacji prawnych i podjęcie próby dookreślenia statusu ustrojowego referendarza sądowego.

Urząd referendarza sądowego ma w naszym kraju bogate tradycje historyczne. Za czasów Zygmunta I referendarz (*referendarius*) urzędował przy dworze, przyjmując skargi i prośby od poddanych, które następnie referował kanclerzom i królowi. W XVII w. referendarze zaczęli funkcjonować w ramach sądów referendarskich jako urzędnicy sądowi. Zasiadali również w sądach asesorskich, relacyjnych i sejmowych. Sądy referendarskie działały aż do rozbiorów, przechodząc w tym czasie, zwłaszcza w drugiej połowie XVIII w., wiele reform. Pod zaborami urząd referendarza nie istniał; zadania urzędników sądowych mających niektóre kompetencje sędziowskie spełniał w zaborze rosyjskim i Księstwie Warszawskim podsędek, zaś w zaborze pruskim i austriackim – justycjariusz¹¹⁸.

W okresie międzywojennym zbliżone kompetencje do późniejszych kompetencji referendarskich mieli sekretarze spełniający samoistnie niektóre czynności sędziowskie. Od ich rozstrzygnięć strona mogła odwołać się do sędziego (prokuratora) lub sądu, do którego sekretarz należał (art. 265 § 2 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 6.02.1928 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych¹¹⁹). Określenie „referendarz” przypisywano wówczas urzędnikom Prokuratury Generalnej (art. 83 i art. 87 przywołanego wyżej rozporządzenia Prezydenta RP z 6.02.1928 r.)

¹¹² Na marginesie warto podkreślić, że w niedawnym wyroku z 12.05.2011 r. (P 38/08) Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 2 § 2 p.u.s.p., w zakresie, w jakim powierza wykonywanie zadań z zakresu ochrony prawnej także referendarzom, jest zgodny z art. 45 ust. 1 i art. 175 ust. 1 Konstytucji.

¹¹³ P. Rawczyński, *Status...*, s. 49.

¹¹⁴ Ł. Korózs, M. Sztorc, *Urząd...*, s. 394

¹¹⁵ M. Uliasz, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, Warszawa 2008, s. 72.

¹¹⁶ Ł. Korózs, M. Sztorc, *Ustrój sądów powszechnych. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 203.

¹¹⁷ T. Niemiec, *Pomocnicy Temidy z niejasnym statusem*, „Gazeta Prawna” 2005/121, s. 26; P. Rawczyński, *Status...*, s. 49.

¹¹⁸ Por. Z. Góralski, *Urzędy i godności w dawnej Polsce*, Warszawa 1983, s. 113; Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa i prawa Polski*, t. II, Warszawa 1966, s. 155; S. Piłza, *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym*, cz. 1, Kraków 1997, s. 553; A.M. Arkuszewska, *Referendarz...*, s. 74.

¹¹⁹ Dz. U. Nr 12, poz. 93.

oraz funkcjonariuszom prokuratury (referendarz śledczy; por. art. 7 i art. 15 ustawy z 20.07.1950 r. o Prokuraturze Rzeczypospolitej Polskiej¹²⁰).

Ustawa z 20.06.1985 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych¹²¹ uczyniła z referendarza wyższego urzędnika sądowego, powierzając mu czynności administracyjne oraz czynności z zakresu nadzoru nad pracą sekretariatów sądowych. Brak kompetencji merytorycznych uzasadniał niższe wymagania kwalifikacyjne stawiane kandydatom na ten urząd. Referendarzem mogła bowiem zostać osoba, która posiadała jedynie pięcioletnią praktykę na stanowisku sekretarza sądowego.

Dopiero ustawa z 21.08.1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, kodeksu postępowania cywilnego, ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz ustawy o prokuraturze¹²² nadała referendarzowi status urzędnika państwowego o szczególnych charakterze i randze. Powierzono mu bowiem wykonywanie określonych czynności w sprawach związanych z prowadzeniem ksiąg wieczystych i rejestrów sądowych, które wcześniej zastrzeżone były do wyłącznej właściwości sądów. Zmianie charakteru urzędu referendarskiego towarzyszyło zwiększenie wymagań stawianych kandydatom na to stanowisko. Nowelizacja ta wprowadziła bowiem zasadę, że referendarzem sądowym może zostać osoba, która ukończyła wyższe studia prawnicze lub administracyjne oraz odbyła aplikację referendarską (6-miesięczną), sądową, prokuratorską, notarialną, adwokacką lub radcowską i złożyła odpowiedni egzamin (art. 122 p.u.s.p.).

Obawiając się trudności w powołaniu dostatecznej liczby referendarzy spełniających powyższe wymagania ustawodawca postanowił nie wyłączać sądów od spraw związanych z prowadzeniem ksiąg wieczystych i rejestrów sądowych¹²³. Tym samym doszło do powstania sytuacji, w której te same czynności związane z prowadzeniem ksiąg wieczystych i rejestrów sądowych wykonywały niezależne sądy oraz nieposiadający przymiotu niezależności referendarze sądowi, przy czym podziału czynności pomiędzy nich dokonywało kolegium sądu wojewódzkiego (okręgowego).

Kolejny krok w ewolucji urzędu referendarskiego stanowiła ustawa – Prawo o ustroju sądów powszechnych, która powierzyła referendarzom sądowym zadania z zakresu sądowej ochrony prawnej. Ustawa ta zniósła możliwość pełnienia funkcji referendarza sądowego osobom z wyższym wykształceniem administracyjnym i wprowadziła roczną aplikację referendarską kończącą się egzaminem¹²⁴. Wyraźnie uregulowano także w art. 150 § 4 p.u.s.p., że referendarz sądowy jest w zakresie wykonywanych obowiązków niezależny.

Zgodnie z tą ustawą w strukturze sądów referendarze sądowi występują jako odrębna grupa, a ich status został uregulowany w dziale IV rozdziału II (art. 149–153a) p.u.s.p. Już z treści działu IV wynika, że referendarz sądowy nie jest „zwykłym” pracownikiem sądu, skoro te grupy zawodowe zostały wyraźnie wymienione odrębnie¹²⁵.

¹²⁰ Dz. U. Nr 38, poz. 346.

¹²¹ Dz. U. z 1994 r. Nr 7, poz. 25, ze zm..

¹²² Dz. U. Nr 117, poz. 752.

¹²³ Ł. Korózs, M. Sztorc, *Urząd referendarza w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz ustawy o prokuraturze*, „Monitor Prawniczy” 1996/11, s. 394–395.

¹²⁴ Por. art. 149 p.u.s.p. w pierwotnym brzmieniu.

¹²⁵ P. Rawczyński, *Status...*, s. 56.

Ustawa – Prawo o ustroju sądów powszechnych zawiera katalog odesłań do przepisów, które odpowiednio stosuje się do referendarzy sądowych:

- przepisy dotyczące sędziów zamieszczone w art. 45 § 1, art. 47, art. 82, art. 87–89, art. 92, art. 93 oraz art. 97 §1 i 2 p.u.s.p. (art. 151b § 3 p.u.s.p.¹²⁶);
- przepisy o odpowiedzialności dyscyplinarnej i porządkowej urzędników państwowych mianowanych z ustawy z 16.09.1982 r. o pracownikach urzędów państwowych¹²⁷ (art. 152 § 8 p.u.s.p.);
- przepisy z ustawy z 18.12.1998 r. o pracownikach sądów i prokuratury – w sprawach nieuregulowanych w ustawie – Prawo o ustroju sądów powszechnych (art. 151b § 4 p.u.s.p.).

Według obecnego brzmienia art. 149 § 1 p.u.s.p. na stanowisko referendarza sądowego może być mianowany ten, kto:

- posiada obywatelstwo polskie i korzysta w pełni praw cywilnych i obywatelskich;
- jest nieskazitelnego charakteru;
- ukończył wyższe studia prawnicze w Polsce i uzyskał tytuł magistra prawa lub zagraniczne uznane w Polsce;
- ukończył 24 lata;
- ukończył aplikację ogólną prowadzoną przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury lub zdał egzamin sędziowski lub prokuratorski, albo ukończył aplikację notarialną, adwokacką lub radcowską i złożył odpowiedni egzamin¹²⁸.

Jeżeli chodzi o **wymagania** stawiane kandydatowi, to w stosunku do referendarzy sądowych są one podobnie sformułowane, jak dla kandydatów na sędziów. Różnicą jest to, że referendarzem sądowym można zostać już po ukończeniu 24 lat. W przypadku zawodu sędziego minimalna granica wieku to 29 lat. Obowiązkowe jest posiadanie obywatelstwa polskiego oraz wyższego wykształcenia prawniczego uzyskanego na polskich uniwersyteckich studiach prawniczych, studiach prawniczych ukończonych w szkołach prywatnych, a także na zagranicznych uczelniach uznawanych w Polsce.

W obecnym stanie prawnym, aby zostać referendarzem, jak już wskazywano, trzeba legitymować się wyłącznie **wykształceniem prawniczym**. Osoby, które na mocy poprzedniej regulacji ukończyły z wynikiem pozytywnym aplikację referendarską, mając wykształcenie administracyjne, mogły tylko do 31.12.2004 r. ubiegać się o mianowanie na referendarza sądowego (art. 205a p.u.s.p.).

Po wejściu w życie ustawy z 23.01.2009 r. o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury¹²⁹ i związanej z tym nowelizacji ustawy – Prawo o ustroju sądów

¹²⁶ Od 28.03.2012 r. przepis ten ulegnie zmianie i będzie odsyłał do art. 45 § 1, art. 82a, art. 87–89, art. 92 § 1 i 2, art. 93 oraz art. 97 § 1 i 2 wyraźnie wskazując, że urlopu, o którym mowa w art. 93, udziela prezes sądu apelacyjnego.

¹²⁷ Tekst jedn.: Dz. U. z 2001 r. Nr 86, poz. 953.

¹²⁸ Od 28.03.2012 r. ulegnie zmianie ostatnie wymaganie, gdyż będzie ono brzmiało w sposób następujący „ukończył aplikację ogólną prowadzoną przez Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury lub zdał egzamin sędziowski, prokuratorski, notarialny, adwokacki lub radcowski”.

¹²⁹ Dz. U. Nr 26, poz. 157.

powszechnych, zmienił się system kształcenia referendarzy sądowych. Aplikacja referendarska zastąpiona została aplikacją ogólną. Trwa ona 12 miesięcy i ma na celu przygotowanie do zajmowania stanowiska referendarza sądowego, asystenta sędziego lub asystenta prokuratora¹³⁰. Ukończenie aplikacji ogólnej uprawnia do złożenia wniosku o umieszczenie na liście aplikantów sędziowskich lub prokuratorów. O przyjęciu decydują wyniki kandydata przesądzając o jego pozycji na liście klasyfikacyjnej. Osoby, które nie dostaną się na aplikację specjalistyczną mogą ubiegać się o stanowisko asystenta sędziego lub referendarza sądowego. Ponadto nowy model aplikacji sędziowskiej – aplikacja ogólna z późniejszym profilem sądowym ustala obligatoryjny etap nauki aplikanta polegający na pracy na stanowisku referendarza sądowego (por. art. 153a p.u.s.p.).

System kształcenia referendarzy sądowych został więc ściśle połączony z kształceniem przyszłych sędziów. W założeniu ustawodawcy stanowisko referendarza sądowego ma stanowić pośredni etap pomiędzy aplikacją a zajmowaniem stanowiska sędziego¹³¹. Rozwiązanie to może budzić wątpliwości, gdyż uniemożliwia to wykształcenie odrębnej grupy zawodowej o dużym doświadczeniu, skoro w założeniu stanowisko to ma stanowić jedynie pewien etap kształcenia sędziego. Z pewnością liczono się z tym, że część z osób po ukończeniu aplikacji nie uzyska nominacji sędziowskich i pozostanie wykonując zawód referendarza. Założenie to jednak nie musi okazać się prawidłowe, gdyż osoby takie mogą poszukiwać stanowisk w innych zawodach prawniczych (adwokatura, radcowie prawni, notariat).

Stosunek pracy z referendarzem nawiązuje się na podstawie mianowania, którego dokonuje Minister Sprawiedliwości, na wniosek prezesa sądu okręgowego¹³². Wniosek prezesa sądu okręgowego musi być poprzedzony zasięgnięciem informacji o kandydacie w Krajowym Rejestrze Karnym. Zwraca się on także do właściwego komendanta wojewódzkiego Policji o nadesłanie danych dotyczących nieskazitelnego charakteru kandydata. Akt mianowania nie jest decyzją administracyjną w rozumieniu przepisów kodeksu postępowania administracyjnego. Z jednej strony jest on aktem z zakresu władzy sądowniczej kreującym stosunek służbowy, a z drugiej – czynnością prawną pracodawcy skutkującą nawiązaniem stosunku pracy na podstawie mianowania¹³³. Zgodnie z art. 150 § 1 p.u.s.p. na stanowisko starszego referendarza sądowego może być mianowany referendarz sądowy, który zajmował stanowisko referendarza sądowego przez co najmniej dziesięć lat, nie był karany za przewinienia dyscyplinarne, a także uzyskiwał pozytywne okresowe oceny kwalifikacyjne.

Przed podjęciem pracy referendarz sądowy składa **ślubowanie** wobec prezesa sądu okręgowego według ustalonej roty. Odmowa jego złożenia jest równoznaczna z rezygnacją z rozpoczęcia pracy. Złożenie ślubowania stanowi konieczny warunek nabycia uprawnień do wykonywania czynności z zakresu ochrony prawnej. Akt ślubowania nie ma jedynie charakteru symbolicznego, ale wskazuje

¹³⁰ P. Rawczyński, *Status...*, s. 57.

¹³¹ A.M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy w postępowaniu...*, s. 80.

¹³² Od 28.03.2012 r. referendarza będzie mianował i rozwiązywał z nim stosunek pracy prezes sądu apelacyjnego. On także będzie miał obowiązek zasięgnąć o kandydacie stosownych informacji.

¹³³ T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo...*, s. 433.

również granice wykonywania przyszłych obowiązków¹³⁴. Analizując odmowę złożenia ślubowania przez referendarza należy podkreślić, że jest to równoznaczne z rezygnacją z podjęcia pracy, ponieważ ślubowanie stanowi warunek *sine qua non* w zakresie nabycia uprawnień do dokonywania czynności z zakresu ochrony prawnej. Sama treść ślubowania wskazuje, że nie jest to element tradycji czy określonej symboliki, tylko oznacza zobowiązanie się przyszłego urzędnika sądowego do wzorowej służby na rzecz Rzeczypospolitej Polskiej¹³⁵.

Jak wynika z powyższego pracodawcą referendarza sądowego jest sąd okręgowy albo sąd rejonowy, jednak rozwiązać umowę o pracę z referendarzem może tylko Minister Sprawiedliwości¹³⁶, co jest zabezpieczeniem jego pozycji prawnej i stosunku pracy (por. szerzej pkt 4.3.).

Zgodnie z art. 148 § 2 p.u.s.p. referendarz sądowy podlega okresowym ocenom kwalifikacyjnym, których dokonuje właściwy prezes sądu. Dokonanie oceny okresowej powinno obejmować:

- jakość i terminowość wykonywania zadań,
- przestrzeganie dyscypliny pracy,
- efektywność wykorzystania czasu pracy,
- realizację doskonalenia zawodowego¹³⁷.

Na podstawie delegacji zawartej w art. 148 § 3 p.u.s.p. Minister Sprawiedliwości może określić, w drodze rozporządzenia, szczegółowe zasady i tryb dokonywania okresowych ocen kwalifikacyjnych referendarzy i asystentów sędziów. W rozporządzeniu minister powinien określić terminy dokonywania ocen, sposób ich wyrażania i podawania do wiadomości osobom ocenianym oraz uwzględnić prawo osób ocenianych do kwestionowania dokonanych ocen.

Niestety do dnia dzisiejszego nie wydano rozporządzenia w sprawie przeprowadzania takich ocen, co sprawia, że przepis art. 148 § 2 p.u.s.p. pozostaje martwą literą prawa¹³⁸. Należałoby postulować jak najszybszą zmianę tego stanu rzeczy.

Referendarz sądowy ponosi **odpowiedzialność dyscyplinarną** za naruszenie swoich obowiązków, w tym za oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa oraz za uchybienie godności stanowiska.

W sprawach dyscyplinarnych referendarzy orzekają komisje dyscyplinarne. Powoływane są one przez prezesów sądów okręgowych do rozpatrywania w pierwszej instancji spraw dyscyplinarnych referendarzy zatrudnionych w sądzie sądowym. Z kolei Minister Sprawiedliwości powołuje komisję dyscyplinarną

¹³⁴ M. Rojewski, *Referendarze...*, s. 45.

¹³⁵ W. Maciejko, M. Rojewski, P. Zaborniak, *Zarys...*, s. 24.

¹³⁶ Po 28.03.2012 r. uprawnienie do będzie przysługiwało prezesowi sądu apelacyjnego.

¹³⁷ Od 28.03.2012 r. dodatkowym kryterium podlegającym ocenie w tym przepisie będzie także kultura urzędowania.

¹³⁸ Warto jednak wskazać, że art. 148 p.u.s.p. po 28.03.2012 r. dookreślił w pewnym stopniu procedurę dokonywania oceny. Według § 2a tego przepisu okresową ocenę sporządza się na piśmie i niezwłocznie zapoznaje z nią referendarza. Referendarz, w terminie siedmiu dni od zapoznania z oceną, ma prawo zgłosić sprzeciw do prezesa sądu. Sprzeciw rozpatruje się w terminie czternastu dni. Według zaś § 2b tego przepisu w razie uwzględnienia sprzeciwu okresową ocenę zmienia się albo sporządza się po raz drugi. Od oceny sporządzonej po raz drugi przysługuje sprzeciw na zasadach określonych w § 2a.

do rozpatrywania spraw dyscyplinarnych referendarzy w drugiej instancji¹³⁹. Do składu obu komisji dyscyplinarnych powołuje się referendarzy sądowych. Jeżeli czyn referendarza sądowego jest przewinieniem mniejszej wagi, wówczas ponosi on odpowiedzialność porządkową. Karą porządkową wymierzaną przez prezesa sądu jest upomnienie. W zakresie nieuregulowanym w ustawie do odpowiedzialności dyscyplinarnej i porządkowej referendarzy stosuje się odpowiednio przepisy o odpowiedzialności dyscyplinarnej i porządkowej urzędników państwowych mianowanych (art. 152 § 7–8 p.u.s.p.).

W sprawach nieuregulowanych w ustawie – Prawo o ustroju sądów powszechnych, w zakresie odpowiedzialności dyscyplinarnej i porządkowej referendarzy sądowych stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z 16.09.1982 r. o pracownikach urzędów państwowych. Jako przykład może posłużyć regulacja zawarta w art. 36¹ i art. 36² tej ustawy, która określa między innymi okres kadencji komisji dyscyplinarnych i skład, w jakim komisja dyscyplinarna orzeka¹⁴⁰.

4.3. Niezależność referendarza sądowego i jej gwarancje ustrojowe

Z art. 151 § 1 p.u.s.p. wynika niewątpliwie, że referendarz sądowy nie jest – podobnie jak sędzia – niezawisły, lecz niezależny. Niezawisłość sędziowska jest bowiem ściśle związana z ustrojową pozycją sędziego, a nie referendarza jako szczególnego urzędnika i pracownika sądu. Referendarz nie korzysta więc także z niezawisłości w rozumieniu konstytucyjnym i z gwarancji ją zabezpieczających. Jest jednak oczywiste, że przy wykonywaniu swoich obowiązków, a zwłaszcza przy wydawaniu orzeczeń, referendarz sądowy nie może podlegać żadnym poleceniom albo wpływom¹⁴¹.

Należy zauważyć, iż art. 45 ust. 1 Konstytucji odnosi niezależność i niezawisłość do sądu. Inne przepisy Konstytucji odnoszą cechę niezależności do sądów, a cechę niezawisłości – do sędziów. Niezależność, niezawisłość i bezstronność sądu i sędziego pozostają jednak w ścisłym związku.

Trybunał Konstytucyjny, wyjaśniając znaczenie pojęcia niezależnego sądu, przypominał, że „niezależność sądów zakłada przede wszystkim oddzielenie organizacyjne i funkcjonalne sądownictwa od organów innych władz, tak aby zapewnić sądom pełną samodzielność w zakresie rozpoznawania spraw i orzekania”. Z kolei niezawisłość polega na tym, że „sędzia działa wyłącznie w oparciu o prawo, zgodnie ze swoim sumieniem i wewnętrznym przekonaniem”¹⁴². „Niezawisłość obejmuje szereg elementów: 1) bezstronność w stosunku do uczestników postępowania, 2) niezależność wobec organów (instytucji) pozasądowych, 3) samodzielność sędziego wobec władz i innych organów sądowych, 4) niezależność od wpływu czynników politycznych, zwłaszcza partii politycznych, 5)

¹³⁹ Por. zarządzenie Ministra Sprawiedliwości z 27.01.2004 r. w sprawie powołania przy Ministrze Sprawiedliwości Komisji Dyscyplinarnej do rozpatrywania spraw dyscyplinarnych referendarzy sądowych w drugiej instancji (Dz. Urz. MS Nr 2, poz. 5).

¹⁴⁰ W. Maciejko, M. Rojewski, P. Zaborniak, *Zarys...*, s. 36.

¹⁴¹ T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo...*, s. 603.

¹⁴² Wyrok TK z 14.04.1999 r. (K 8/99), OTK ZU 1999/3, poz. 41, s. 255; wyrok TK z 27.01.1999 r. (K 1/98), OTK ZU 1999/1, poz. 3, s. 40.

wewnętrzna niezależność sędziego¹⁴³. (...) Szczególnie drastyczną postacią sprzeniewierzenia się obowiązkom łączącym się z zasadą niezawisłości jest naruszenie obowiązku zachowania przez sędziego bezstronności, co m.in. może polegać na dostosowywaniu treści wydawanych orzeczeń do sugestii czy poleceń przekazywanych sędziemu z zewnątrz, już to do antycypowania tych sugestii z myślą o wpływających z tego korzyściach. Prowadzi to do pojawienia się zjawiska «sędziego dyspozycyjnego», a to wyklucza możliwość wymierzania sprawiedliwości»¹⁴⁴.

Trybunał Konstytucyjny wyjaśniał również znaczenie bezstronności sędziowskiej. „Bezstronność sędziego jest niezbywalną cechą władzy sądowniczej, a zarazem przymiotem, wraz z utratą którego sędzia traci kwalifikacje do spełniania swoich funkcji. Polega ona przede wszystkim na tym, iż sędzia kieruje się obiektywizmem, nie stwarzając korzystniejszej sytuacji dla żadnej ze stron czy uczestników postępowania, zarówno w trakcie toczącej się przed sądem sprawy, jak i orzekania. Traktuje on zatem uczestników postępowania równorzędnie”¹⁴⁵.

Wydaje się, że przyznana referendarzom niezależność w sposób dostateczny gwarantuje bezstronność i obiektywność referendarza, a w sensie funkcjonalnym – w zakresie orzekania – jest ona zbliżona do niezawisłości sędziowskiej, co oznacza, że referendarz wydając orzeczenia lub zarządzenia podlega tylko Konstytucji i przepisom prawa pozytywnego¹⁴⁶. Odmienne niż sędzia, referendarz podlega nie tylko ustawom, ale także aktom niższej rangi, którymi jest związany. Ze względu zaś na niewykonywanie zadań z zakresu wymiaru sprawiedliwości nie jest wymagana względem referendarzy sądowych niezawisłość orzekania, podobnie jak w przypadku sędziów. W celu zagwarantowania niezależności referendarza sądowego ustawodawca wprowadził określone regulacje co do kwestii możliwości rozwiązania stosunku pracy z referendarzem, jego przeniesienia, wynagrodzenia oraz samorządu referendarzy.

Stosunek pracy referendarza sądowego podlega zwiększonej ochronie, ponieważ wymaga tego charakter jego pracy. Tym samym ustawowa niezależność referendarza sądowego musiała także znaleźć odzwierciedlenie w przepisach chroniących jego stosunek pracy. Podstawowym gwarantem stabilnej sytuacji prawnej referendarza sądowego jest enumeratywne wyliczenie podstaw rozwiązania stosunku pracy oraz długi okres wypowiedzenia, wynoszący trzy miesiące (por. art. 151a § 7 i § 10 p.u.s.p.)¹⁴⁷.

W razie rozwiązania stosunku pracy z referendarzem sądowym na podstawie art. 151a § 7 pkt 2¹⁴⁸ p.u.s.p., w okresie między ustaniem zatrudnienia w likwidowanym lub reorganizowanym sądzie a podjęciem pracy lub działalności gospodarczej, referendarzowi przysługuje świadczenie pieniężne ze środków budżetu państwa przez okres nie dłuższy niż 6 miesięcy, obliczone jak ekwiwalent pieniężny za urlop wypoczynkowy; świadczenie to nie przysługuje referendarzowi sądowemu mianowanemu, który nabył prawo do emerytury (art. 151a § 8 p.u.s.p.)¹⁴⁹.

¹⁴³ Por. szerzej J. Mokry, *Osobowość sędziego a niezawisłość sędziowska*, Warszawa 1988, s. 2–3.

¹⁴⁴ Wyrok TK z 24.06.1998 r. (K 3/98), OTK ZU 1998/4, s. 334.

¹⁴⁵ Wyrok TK z 27.01.1999 r. (K 1/98), OTK ZU 1999/1, poz. 3, s. 39.

¹⁴⁶ T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo...*, s. 604.

¹⁴⁷ Od 28.03.2012 r. kwestie te będą uregulowane odpowiednio w art. 151a § 10 i § 13 p.u.s.p.

¹⁴⁸ Od 28.03.2012 r. przepis ten będzie znajdował się w art. 151a § 10 pkt 2 p.u.s.p.

¹⁴⁹ Od 28.03.2012 r. przepis ten będzie znajdował się w art. 151a § 11 p.u.s.p.

Minister Sprawiedliwości może przenieść referendarza sądowego na jego wniosek lub za jego zgodą na inne miejsce służbowe (art. 151a § 1 p.u.s.p.).¹⁵⁰ Zgoda referendarza sądowego na przeniesienie na inne miejsce służbowe nie jest wymagana w przypadku:

- zniesienia stanowiska wywołanego zmianą w organizacji sądownictwa lub zniesienia danego sądu lub wydziału albo przeniesienia siedziby sądu,
- niedopuszczalności zajmowania stanowiska referendarza sądowego w danym sądzie wskutek zawarcia związku małżeńskiego albo powstania stosunku powinowactwa,
- gdy wymaga tego wzgląd na powagę stanowiska referendarza sądowego, na wniosek kolegium właściwego sądu okręgowego (art. 151a § 2 pkt 1–3 p.u.s.p.).

Do przeniesienia referendarza sądowego na inne miejsce służbowe stosuje się odpowiednio art. 76 p.u.s.p., który stanowi, że w razie przeniesienia do innej miejscowości przysługuje mu zwrot kosztów przeniesienia, z wyjątkiem przypadku, gdy przeniesienie nastąpiło w drodze dyscyplinarnej lub na wniosek. Referendarzowi przenoszonemu na jego wniosek Minister Sprawiedliwości, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, może przyznać zwrot kosztów przeniesienia.

Wynagrodzenie referendarza sądowego zostało ściśle powiązane z wynagrodzeniem sędziego sądu rejonowego, w celu zapewnienia odpowiedniej waloryzacji w przypadku zmian w wysokości uposażenia sędziów (art. 151b § 1 p.u.s.p.).

Ustawa – Prawo o ustroju sądów powszechnych przewidziała możliwość ubiegania się o stanowisko starszego referendarza sądowego dla tych referendarzy sądowych, którzy mają odpowiednio długi staż pracy. Różnica w stosunku do referendarza sądowego odnosi się do wysokości wynagrodzenia (art. 151b § 2 p.u.s.p.).

W literaturze przyjęto, że regulacja ta jest bardzo dobrym rozwiązaniem ustawodawcy, ponieważ pozwoli w przyszłości zachować w administracji sądowej doświadczonych i wzorowych orzeczników¹⁵¹. Ze względu na zwiększone wynagrodzenie praca w sądownictwie powszechnym może być dla nich lepsza niż ewentualne przejście do innych zawodów prawniczych.

Trafnie jednak z krytyką spotkało się uregulowanie o obowiązku posiadania aż dziesięcioletniego stażu pracy na stanowisku referendarza sądowego, aby być mianowanym na stanowisko starszego referendarza (art. 150 § 1 p.u.s.p.). Podkreśla się przede wszystkim, że niewielu z pracujących do dzisiaj referendarzy sądowych ma tak długi staż w swoim zawodzie. Poza tym możliwość zostania starszym referendarzem sądowym powinna mieć już miejsce po okresie siedmioletnim, w nawiązaniu do czasu oczekiwania na pierwszą stawkę awansową¹⁵².

W praktyce może pojawić się także problem związany z brakiem czytelnej regulacji, czy starszym referendarzem sądowym zostawałoby się automatycznie po danym okresie pracy, czy byłaby to decyzja uznaniowa. Starszy referendarz

¹⁵⁰ Od 28.03.2012 r. przeniesienia na inne miejsce służbowe na obszarze danej apelacji będzie dokonywał prezes sądu apelacyjnego, a poza obszar apelacji – Minister Sprawiedliwości.

¹⁵¹ W. Maciejko, M. Rojewski, P. Zaborniak, *Zarys...*, s. 38.

¹⁵² Por. szczegółowo W. Maciejko, M. Rojewski, P. Zaborniak, *Zarys...*, s. 38.

sądowy nie zyskuje żadnych dodatkowych kompetencji, jest to jedynie podkreślenie jego doświadczenia zawodowego i co za tym idzie – korzystniejsza sytuacja finansowa.

Ustawa – Prawo o ustroju sądów powszechnych wprowadziła także samorząd referendarzy. Zgodnie z art. 151 § 2 p.u.s.p. referendarze sądowi zatrudnieni na obszarze tego samego sądu okręgowego co najmniej raz w roku odbywają zebranie referendarzy sądowych okręgu. Zebranie referendarzy sądowych okręgu zajmuje stanowisko we wszystkich sprawach istotnych dla wykonywania zadań przez referendarzy sądowych, wybiera na okres kadencji przedstawiciela, reprezentuje referendarzy sądowych okręgu wobec organów sądu okręgowego. Przewodniczącym zebrania referendarzy sądowych okręgu jest referendarz sądowy najstarszy wiekiem (art. 151 § 3 p.u.s.p.).

Warto podkreślić, że zebrania referendarzy sądowych w danym okręgu co najmniej raz w roku są obowiązkiem, a nie uprawnieniem, tak więc sytuacja, w której w danym okręgu sądowym nie odbywają się te spotkania, jest bardzo niepożądana¹⁵³. W zakresie kompetencji zebrania referendarzy sądowych jest zajmowanie stanowiska we wszystkich istotnych sprawach związanych z wykonywaniem przez nich obowiązków, a także wybór przedstawiciela, który ich reprezentuje w kontaktach z organami sądu, tzn. z prezesem sądu oraz kolegium sądu okręgowego. Przepisy ustawy nie określają wprost kadencji, na którą wybierany jest dany przedstawiciel, lecz należy przyjąć, że ma on kadencję roczną.

Kwestia ustrojowych gwarancji niezależności referendarza sądowego była także przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego w cytowanym już wyroku w sprawie z 12.05.2011 r. Wskazano w nim bowiem, że podmiot, któremu powierzono w ramach struktury sądów oznaczone zadania z zakresu ochrony prawnej, musi mieć zagwarantowane warunki stabilności zatrudnienia, bezstronności i niezależności od innych organów władzy publicznej. Zdaniem TK status referendarza sądowego w obowiązującym kształcie odpowiada tym kryteriom. Jako argumenty wskazano tu:

- art. 151 § 1 p.u.s.p. postulujący zasadę, że referendarz sądowy w ramach wykonywanych obowiązków jest niezależny „co do treści wydawanych orzeczeń i zarządzeń”,
- art. 151a § 1 p.u.s.p., według którego stanowisko referendarza sądowego charakteryzuje stabilność, która jest wartością podlegającą ochronie prawnej, a ponadto szczegółowe uregulowanie rozwiązania stosunku pracy za wypowiedzeniem (art. 151a § 7–11),
- okoliczność, że kandydaci na referendarzy sądowych muszą spełniać wymagania, które są stawiane kandydatom na sędziów (por. art. 149 § 1 pkt 1–3 p.u.s.p.) oraz ukończyć 24 lata i odpowiednią aplikację.

W konkluzji Trybunał Konstytucyjny uznał, że wymagania stawiane kandydatom na referendarza sądowego i warunki nawiązania stosunku pracy z referendarzami służą wzmocnionej ochronie stabilności zatrudnienia oraz zapewnieniu bezstronności i niezależności od innych organów władzy publicznej.

¹⁵³ W. Maciejko, M. Rojewski, P. Zaborniak, *Zarys...*, s. 39.

4.4. Podsumowanie i wnioski

1. Ustawodawca wprowadzając instytucję referendarza sądowego do sądów powszechnych dokonał wyraźnego rozróżnienia zadań sprawowanych przez te sądy, a mianowicie zadań z zakresu sprawowania wymiaru sprawiedliwości oraz zadań z zakresu ochrony prawnej. Wykonywanie tych pierwszych zostało wyraźnie zastrzeżone jedynie dla sędziów, którym Konstytucja RP i ustawy w sposób dostateczny gwarantują niezawisłość. Czynności z zakresu ochrony prawnej mogą zaś wykonywać zarówno sędziowie jak i referendarze sądowi.

2. Pojęcie ochrony prawnej stanowi dopełnienie pojęcia wymiaru sprawiedliwości, gdyż oba składają się na całokształt zadań wykonywanych przez sądy powszechne (ochrona prawna w szerokim znaczeniu). Definiując pojęcie ochrony prawnej *sensu stricto* należy przyjąć, że stanowi ono całokształt czynności sądów powszechnych niestanowiących wymiaru sprawiedliwości. Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości polega zaś na wiążącym rozstrzyganiu sporów o prawo, w których przynajmniej jedną ze stron jest jednostka lub inny podmiot podobny. Ochrona prawna może więc polegać bądź na czynnościach niemających charakteru orzeczniczego (rozstrzygającego), bądź mających taki charakter pod warunkiem, że chodzi o sprawy nie wiążące się z rozstrzygnięciem sporów o prawo.

3. Wśród obecnych kompetencji referendarza sądowego największe wątpliwości budzą szczególnie dwie, a mianowicie możliwość odmowy zwolnienia od kosztów sądowych w razie oceny, że zgłoszone roszczenie jest oczywiście bezzasadne oraz możliwość wydawania nakazów zapłaty w postępowaniu upominawczym oraz elektronicznym postępowaniu upominawczym. Pierwsze z nich z pewnością wymaga oceny zasadności roszczenia procesowego i powinno zostać zastrzeżone wyłącznie dla sędziego. Odnośnie do drugiej kompetencji wydaje się, że mimo iż stanowi ona sprawowanie wymiaru sprawiedliwości, to system zaskarżenia wydanego nakazu zapłaty sprzeciwem, jako środka niedewolutywnego, zapewnia stronom konstytucyjne prawo do sądu w rozumieniu art. 45 Konstytucji RP. Pozostaje ono jednak w sprzeczności z regulacją ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych.

4. Pozycja referendarza sądowego została ukształtowana z punktu widzenia ustrojowego jako urzędnika sądowego o wysokich kwalifikacjach, zbliżonych do tych, jakie posiadają sędziowie. Zapewnia to możliwość przekazywania im czynności orzeczniczych z zakresu ochrony prawnej na równi z sędziami.

5. Ze względu na to, że referendarze sądowi nie sprawują wymiaru sprawiedliwości ustawa zapewnia ich niezależność w zakresie sprawowanych funkcji. Przewidziane w tym celu gwarancje dotyczące trwałości zatrudnienia, wynagrodzenia czy samorządu zawodowego są w pełni adekwatne do wykonywanych funkcji.

6. Wątpliwości budzi kwestia uregulowania kariery zawodowej referendarzy sądowych. Ustawodawca z jednej strony dąży do stworzenia autonomicznej grupy wykształconych urzędników, czego przejawem jest utworzenie stanowiska

starszego referendarza sądowego, jako szansy rozwoju zawodowego, z drugiej zaś strony, likwidując aplikację referendarską, umieścił stanowisko referendarza sądowego jako etap pośredni w edukacji kandydatów na sędziów. Tym samym doszło w pewnym sensie do deprecjacji urzędu referendarza, gdyż w sposób milczący przyjęto, że zostaną nimi jedynie osoby, które z jakichkolwiek względów nie uzyskają nominacji sędziowskiej. Uniemożliwia to wykształcenie kadry doświadczonych orzeczników zajmujących się rozstrzyganiem nieskomplikowanych spraw o charakterze masowym.

5. POZYCJA PROCESOWA REFERENDARZA SĄDOWEGO W POSTĘPOWANIU CYWILNYM

Na zakończenie należy rozważyć jeszcze kwestię procesowej pozycji referendarza sądowego. Wymaga to po pierwsze zakwalifikowania referendarza sądowego w toku postępowania cywilnego jako jego organu, a po drugie wskazania na szczególnie sposób kontroli czynności referendarza, jaki stanowi skarga na jego orzeczenie.

Jak była mowa, referendarz sądowy jest urzędnikiem sądowym o wysokich kwalifikacjach prawnych, któremu ustawa zagwarantowała zachowanie niezależności przy podejmowaniu czynności. Ponadto jednak referendarz sądowy odróżnia się od innych urzędników sądowych tym, że nie wchodzi on w skład organu sądowego, lecz sam jest takim organem¹⁵⁴. Nie wynika to jednak z ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, lecz z regulacji procesowej. Zgodnie z art. 47¹ k.p.c. referendarz sądowy może wykonywać czynności w postępowaniu cywilnym w wypadkach wskazanych w ustawie. W zakresie powierzonych mu czynności referendarz sądowy ma kompetencje sądu, chyba że ustawa stanowi inaczej. Wbrew stanowisku K. Piaseckiego¹⁵⁵ należy uznać, że referendarz sądowy nie jest organem pomocniczym w postępowaniu cywilnym, lecz w pełni samodzielnym organem sądowym¹⁵⁶. Kwestia ta ma znaczenie nie tylko teoretyczne. Tezę o tym, że referendarz sądowy w postępowaniu cywilnym jest organem postępowania, akceptowaną w literaturze¹⁵⁷, podkreśla obecnie wyraźne brzmienie art. 54 k.p.c., który zalicza referendarza do organów sądowych¹⁵⁸.

Dla wyjaśnienia kwestii pozycji procesowej referendarza sądowego warto wskazać, w jaki sposób ujmuje się w literaturze sąd, jako podmiot postępowania cywilnego.

Pojęcie sądu, jako podmiotu postępowania cywilnego, jest wieloznaczne i w dużej mierze zależy od kontekstu, w którym używa się tego określenia¹⁵⁹. W literaturze spotyka się rozmaite znaczenia tego pojęcia. Można mówić o sądzie w znaczeniu ustrojowym (np. sąd rejonowy, sąd okręgowy, sąd apelacyjny), instytucjonalnym (np. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, Sąd Najwyższy), w znaczeniu

¹⁵⁴ J. Ławnicka, *Referendarz...*, s. 97.

¹⁵⁵ K. Piasecki, *Organizacje wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, Warszawa 2005, s. 315.

¹⁵⁶ J. Ławnicka, *Referendarz...*, s. 97.

¹⁵⁷ Por. A.M. Arkuszewska, *Referendarz sądowy w postępowaniu...*, s. 51.

¹⁵⁸ Art. 54 k.p.c. zmieniony ustawą z 16.09.2011 r., która wejdzie w życie 3.05.2012 r.

¹⁵⁹ W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2005, s. 108–109.

składu sądu, w znaczeniu funkcjonalno-proceduralnym (np. sąd rodzinny, sąd spadku), czy w kontekście sądu polubownego. Z punktu widzenia procesowego podstawowe znaczenie ma pojęcie sądu, jakie nadaje mu kodeks postępowania cywilnego. Chodzi o sąd w znaczeniu podmiotu postępowania oraz jego udział w tym postępowaniu.

Przez sąd w znaczeniu procesowym należy więc rozumieć konkretny organ procesowy (skład orzekający) wyrokujący lub dokonujący innych czynności procesowych w tym postępowaniu. Organ taki jest bowiem, wraz z uczestnikami postępowania, jednym z jego podmiotów i oddziałuje na jego przebieg i zakończenie. Sąd w tym znaczeniu ma pozycję nadrzędną względem innych uczestników postępowania, gdyż wyłącznie on kieruje postępowaniem i jako jedyny decyduje o zakończeniu postępowania¹⁶⁰. Stanowi tym samym centralny element każdego sądowego postępowania cywilnego. Wszystkie czynności postępowania są dokonywane bądź przez sąd (jego organy), bądź przez strony i inne podmioty wobec sądu¹⁶¹.

W taki sam sposób, jak o sądzie, można mówić dzięki art. 47¹ zd. 2 k.p.c. również o referendarzu sądowym, jeżeli chodzi o jego ujęcie procesowe. Treść art. 47¹ k.p.c. stanowi w zasadzie powtórzenie skreślonego art. 2 § 1a k.p.c. sprzed wejścia w życie nowelizacji z 2.07.2004 r. i odpowiada postulatowi części doktryny krytycznie odnoszącej się do jego dotychczasowego umiejscowienia obok instytucji drogi sądowej. Jednak zamieszczenie tego przepisu w dziale dotyczącym składu również czasami budzi wątpliwości¹⁶². Przede wszystkim prowadzi do błędnej praktyki wpisania w komparacji orzeczeń wydawanych przez referendarza stwierdzenia „sąd w składzie referendarza sądowego”. Referendarz sądowy orzeka w sądzie w znaczeniu ustrojowym (wydziale sądu), sam jednak sądu nie stanowi, a tym bardziej nie jest członkiem składu sądu¹⁶³.

Czynności referendarza zastępują czynności sądu w rozumieniu procesowym. Stanowi on bowiem równorzędny organ postępowania cywilnego. Brzmienie wspomnianego przepisu jest jednak o tyle niefortunne, że wspomina o zastrzeżonych dla referendarza sądowego czynnościach. Jak była mowa wcześniej, poprawniej byłoby, aby w przepisie tym odniesiono się do postępowań. Przepis ten niewątpliwie jednak zrównuje procesową pozycję referendarza sądowego z pozycją sądu rozpoznającego daną sprawę. Referendarz w zakresie rozpoznawania sprawy ma więc wszelkie uprawnienia sądu, m.in. może nałożyć obowiązek na strony w celu dostarczenia dokumentu do sądu (art. 248 § 1 k.p.c.), może wydać postanowienie o ukaraniu grzywną (art. 255 k.p.c.). W zakresie kompetencji do dokonywania poszczególnych czynności stosuje się zaś wszelkie przepisy dotyczące sądu.

Szczególnie chodzi tu o prawo do wyłączenia referendarza sądowego na zasadzie art. 54 k.p.c. Regulacja ta stanowi istotną gwarancję dla stron postępowania

¹⁶⁰ Z. Resich, *Podmioty procesu w nowym kodeksie postępowania cywilnego*, „Nowe Prawo” 1966/2, s. 139; E. Wengerek, *Przyczyny i zakres aktywności sędziego w polskim procesie cywilnym*, „Studia Iuridica” 1976/5, s. 39–40.

¹⁶¹ E. Waśkowski, *System procesu cywilnego*, Wilno 1932, s. 111; P. Rylski, *Działanie...*, s. 19–20.

¹⁶² M.P. Wójcik w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, A. Jakubecki (red.), Warszawa 2008, s. 90.

¹⁶³ Stąd nie do końca precyzyjna jest wypowiedź K. Kołakowskiego, że „referendarz – wydaje orzeczenia lub zarządzenia w sądzie (jako jednostce organizacyjnej), jednak nie jako sąd (organ procesowy)” – por. K. Kołakowski w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, K. Piasecki (red.), t. I, Warszawa 2010, s. 1632–1633.

zmierzająca do zapewnienia bezstronności organu rozpoznającego sprawę lub dokonującego innych czynności w tym postępowaniu. Zgodnie ze znowelizowanym brzmieniem art. 54 k.p.c. od 3.05.2012 r. przepisy działu o wyłączeniu sędziego stosuje się odpowiednio do wyłączenia referendarza sądowego, ławników, jak również innych organów sądowych oraz prokuratora. Wniosek o wyłączenie referendarza sądowego oraz ławnika, sąd rozstrzyga zgodnie z przepisami art. 48–53¹ k.p.c., a wniosek o wyłączenie pozostałych osób przekazuje odpowiedniemu organowi nadrzędnemu.

Przed uchwaleniem ustawy nowelizującej, która w art. 54 k.p.c. nie odwoływała się do referendarza, w literaturze przeważał pogląd, że wniosek o wyłączenie referendarza rozpoznawał prezes sądu w drodze administracyjnej, jako organ nadrzędny nad referendarzem¹⁶⁴. Pogląd ten można było na tle poprzedniego stanu prawnego uzasadniać szczególnym statusem pracowniczym referendarza sądowego, dla którego pracodawcą jest sąd rejonowy lub okręgowy (por. pkt 4.2.) Obecnie jednak kwestia ta została wyjaśniona w sposób niebudzący wątpliwości zrównując sytuację referendarza z sędzią. Rozwiązanie to jest w pełni trafne. Skoro referendarze sądowi zostali uprawnieni do dokonywania czynności sądowych na równi z sędziami, to w zakresie ich wyłączenia powinien orzekać sąd stosując przepisy art. 48–53¹ k.p.c. W ten sam sposób do tej pory orzekano jedynie o wyłączeniu ławników, którzy w zakresie określonym ustawą orzekają w składach kolegialnych i mają uprawnienia sędziego. Jeszcze bardziej uzasadnione było więc rozszerzenie tej regulacji na referendarzy dokonujących czynności jurysdykcyjnych samodzielnie. Zdecydowanie podnosi to prestiż tego organu postępowania, a ponadto zapewnia procesową regulację postępowania w przedmiocie wyłączenia. Dotychczas brak było administracyjnych regulacji odnoszących się do postępowania z tego typu wnioskami, nie mówiąc już o możliwości ewentualnego zaskarżenia decyzji prezesa sądu w kwestii wyłączenia referendarza.

Reasumując, trzeba podkreślić zrównanie pozycji procesowej referendarzy sądowych z sądem w zakresie rozpoznawania przekazanych do ich kompetencji spraw i dokonywania czynności. Różnice w zakresie pozycji procesowej sądu i referendarza sądowego odnoszą się jedynie do dwóch kwestii. **Po pierwsze**, zakres kompetencji referendarza sądowego został określony enumeratywnie przepisami prawa, podczas gdy sędziowie są uprawnieni do rozpoznawania wszelkich spraw cywilnych. **Po drugie** zaś, w stosunku do czynności referendarza sądowego o charakterze decyzyjnym (orzeczenia, zarządzenia) przewidziano szczególny środek prawny rozpoznawany przez sędziego, jaki stanowi skarga na orzeczenie referendarza sądowego.

Procesowym środkiem zaskarżenia w stosunku do orzeczeń referendarza sądowego jest skarga na orzeczenie referendarza sądowego. Instytucja ta została pierwotnie unormowana w art. 518¹ k.p.c. Do 5.02.2005 r. istniały wątpliwości, jak należy interpretować lakoniczne brzmienie art. 518¹ § 1 k.p.c. „na orzeczenie referendarza przysługuje skarga do sądu rejonowego”. Niejasne było, czy skarga przysługuje na wszystkie bez wyjątku orzeczenia referendarza, zarówno te co do istoty sprawy, jak i na wszelkie inne orzeczenia wydawane w postępowaniu

¹⁶⁴ M.P. Wójcik w: *Kodeks...*, s. 78.

rejestrwym przez referendarza, co wynikałoby z dosłownej treści art. 518¹ § 1 k.p.c., czy jedynie na orzeczenia referendarza odpowiadające orzeczeniom sądu, od których przysługują środki odwoławcze, za czym z kolei przemawiały względy celowościowe¹⁶⁵.

Ustawodawca usunął te wątpliwości, zmieniając ustawą z 2.07.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw¹⁶⁶ brzmienie przepisu art. 518¹ § 1 k.p.c. Przepis ten został uchylony z dniem 2.03.2006 r. ustawą z 28.07.2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Jego treść została jednak co do zasady powtórzona w dodanym przez wskazaną ustawę art. 398²² k.p.c., który stanowi, że na orzeczenia referendarza sądowego co do istoty sprawy, orzeczenia kończące postępowanie, a także orzeczenia, o których mowa w art. 394 § 1 pkt 1, 2, 4², 5–9, orzeczenia co do nadania klauzuli wykonalności, a także orzeczenia co do stwierdzenia wykonalności europejskiego nakazu zapłaty i co do wydania zaświadczenia, o którym mowa w art. 795⁸, przysługuje skarga, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej¹⁶⁷. Obecnie nie podlega zatem kwestii, że skarga przysługuje na orzeczenia referendarza, od których w razie wydania ich przez sąd przysługują środki odwoławcze.

Na tle literalnej wykładni art. 398²² § 1 k.p.c. może być natomiast nadal wątpliwe, czy skarga przysługuje też na zarządzenie referendarza o zwrocie wniosku, a to wobec zastosowania w tym przepisie pojęcia „orzeczenie referendarza”. W literaturze przeważa jednak pogląd, że względy celowościowe przemawiają za koniecznością dopuszczenia skargi także w stosunku do zarządzenia o zwrocie wniosku¹⁶⁸.

W doktrynie istnieją wątpliwości co do charakteru prawnego skargi na orzeczenie referendarza sądowego i jej umiejscowienia w systemie środków zaskarżenia przewidzianych przez kodeks postępowania cywilnego. J. Gudowski¹⁶⁹ określa ten środek prawny jako tzw. inny środek odwoławczy, funkcjonujący obok środków odwoławczych zwyczajnych (apelacji i zażalenia) oraz nadzwyczajnych (skargi kasacyjnej, skargi o wznowienie postępowania oraz skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego). Natomiast według K. Weitza¹⁷⁰, nie chodzi tu o środek odwoławczy, lecz inny, zwyczajny środek zaskarżenia. Podobnie M.P. Wójcik¹⁷¹, który traktuje tę skargę jako inny środek zaskarżenia w rozumieniu art. 363 § 1 k.p.c. A. Maziarz–Charuza¹⁷² oraz P. Telenga¹⁷³ uważają z kolei, że omawiana skarga

¹⁶⁵ Za dopuszczalnością skargi jedynie na postanowienia referendarza co do istoty sprawy (o treści pozytywnej i negatywnej), inne postanowienia i zarządzenia, które kończą postępowanie w sprawie, a także te orzeczenia, które w postępowaniu sądowym są zaskarżalne w drodze zażalenia opowiedział się J. Gudowski w: T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, *Komentarz do kodeksu postępowania cywilnego*, t. II, cz. I, Warszawa 2002, s. 46.

¹⁶⁶ Dz. U. Nr 172, poz. 1804.

¹⁶⁷ Od 3.05.2012 r. przepis ten ulegnie zmianie w zakresie dotyczącym czynności referendarza sądowego dokonywanych w ramach postępowania klauzulowego i stwierdzenia wykonalności, o którym mowa w art. 795⁸ k.p.c., gdyż zostaną one wykreślone z omawianego przepisu. Wiąże się to z wprowadzeniem art. 767^{3a} k.p.c., który ustala ogólną zasadę zaskarżalności skargą wszystkich postanowień wydanych przez referendarza w postępowaniach uregulowanych w części III k.p.c.

¹⁶⁸ M. Leśniak, *Postępowanie...*, s. 11; A. Michnik, *Postępowanie...*, s. 264.

¹⁶⁹ J. Gudowski w: *Kodeks...*, t. 2, s. 270

¹⁷⁰ J. Jodłowski, Z. Resich, T. Misiuk–Jodłowska, J. Lapierre, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2007, s. 487.

¹⁷¹ M.P. Wójcik, *Kodeks...*, s. 567.

¹⁷² A. Maziarz–Charuza, *Skarga na orzeczenie referendarza sądowego po nowelizacji z 2.03.2006 r.*, „Przegląd Sądowy” 2007/10, s. 125.

¹⁷³ P. Telenga, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, A. Jakubecki (red.), Warszawa 2008, s. 775.

należy do szczególnych środków zaskarżenia, z tym że nie ma ona charakteru jednolitego.

A. Maziarz–Charuza definiuje skargę na czynności referendarza sądowego jako szczególny środek zaskarżenia przysługujący na wskazane przez ustawodawcę orzeczenia, w terminie tygodniowym od dnia dokonania czynności przez referendarza lub od dnia doręczenia zawiadomienia, albo w przypadku braku zawiadomienia – od dnia dowiedzenia się o dokonanej czynności, powodującym utratę mocy zaskarżonego orzeczenia lub kontrolę sądu zaskarżonego wpisu¹⁷⁴.

Reasumując należy przyjąć, że skarga jest środkiem zaskarżenia postępowania cywilnego, niebędącym środkiem odwoławczym¹⁷⁵. Skarga na orzeczenie referendarza ma na celu kontrolę legalności i zasadności podejmowanych przez referendarza decyzji i zmierza do ich uchylenia lub zmiany, w razie gdy są one sprzeczne z prawem¹⁷⁶. W niektórych wypadkach jest ona środkiem zaskarżenia o charakterze odwoławczym, mianowicie wówczas, gdy np. sąd dokonuje kontroli zaskarżonego orzeczenia, po czym utrzymuje je w mocy albo zmienia lub też je uchyla w całości lub w części i w stosownym zakresie wnioski odrzuca względnie postępowanie umarza (por. art. 398²³ § 1 oraz art. 518¹ § 3 i 3a). Wyłączne jest jedynie rozstrzygnięcie kasatoryjne – uchylenie zaskarżonego orzeczenia i przekazanie sprawy referendarzowi sądowemu do ponownego rozpoznania. Podkreślić trzeba, że co do zasady skarga nie ma charakteru dewolutywnego, gdyż rozpoznaje ją sąd, przy którym działa referendarz, a zatem odpowiedni sąd rejonowy lub okręgowy.

Wyjątkowy charakter posiada skarga na orzeczenie referendarza wydane w przedmiocie kosztów sądowych lub kosztów procesu, której ustawa przydała cechy środka odwoławczego (*sensu stricto*). Zgodnie bowiem z art. 398²³ § 2 k.p.c. w sprawach skarg na powyższe orzeczenia referendarza sąd orzeka jako sąd drugiej instancji, stosując odpowiednio przepisy o zażaleniu¹⁷⁷. Wynika z tego, że w tym jedynym przypadku ma ona charakter dewolutywny¹⁷⁸.

Po wniesieniu skargi sprawę rozpoznaje sąd rejonowy lub okręgowy, w którym działał referendarz. Sąd stosuje, co do zasady, przepisy o postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, nie będąc przy tym związany zarzutami skarżącego (por. jednak art. 398²³). Orzeczenie sądu podlega zaskarżeniu apelacją (lub zażaleniem), a orzeczenie sądu okręgowego – skargą kasacyjną, jeżeli jest w danym wypadku dopuszczalna. Orzeczenie sądu rozpoznającego skargę powinno uwzględniać rozstrzygnięcie o kosztach poniesionych zarówno w postępowaniu referendarskim, jak i w postępowaniu przed sądem¹⁷⁹.

¹⁷⁴ A. Maziarz–Charuza, *Skarga...*, s. 34. Pogląd ten nie uwzględnia obecnie tego, że w stosunku do orzeczeń o nadaniu klauzuli wykonalności i orzeczeń o stwierdzeniu wykonalności europejskiego nakazu zapłaty i o wydaniu zaświadczenia, o którym mowa w art. 795⁸ k.p.c., a także orzeczeń o kosztach sądowych lub o kosztach procesu, wniesienie skargi nie powoduje utraty mocy przez orzeczenie. Od 3.05.2012 r. zasada ta zostanie rozciągnięta na wszystkie postanowienia referendarzy wydane w postępowaniach uregulowanych w części III k.p.c. (art. 767^{3a} k.p.c.)

¹⁷⁵ A. Oleszko, *Pytania i odpowiedzi*, „Rejent” 1998/2, s. 88; A. Maziarz–Charuza, *Skarga...*, s. 34.

¹⁷⁶ K. Żolnierczuk, *Skarga na czynności...*, s. 141.

¹⁷⁷ A. Michnik, *Postępowanie...*, s. 265.

¹⁷⁸ Od 3.05.2012 r. podobna zasada zostanie rozciągnięta na wszystkie postanowienia referendarzy wydane w postępowaniach uregulowanych w części III k.p.c. (art. 767^{3a} k.p.c.)

¹⁷⁹ J. Gudowski w: *Kodeks...*, t. 2, s. 271.

Wskazane regulacje prawne prowadzą do wniosku, że skarga na orzeczenie referendarza została ukształtowana co do zasady jako środek niedewolutywny i anulacyjny. Celem było umożliwienie stronom i uczestnikom postępowania cywilnego przeprowadzenie ponownie przez sąd pełnego rozpoznania kwestii, o której rozstrzygał referendarz. Wyjątki dotyczą tylko tych postępowań, w których chodzi o szybkość postępowania i gdzie istnieje niewielkie ryzyko popełnienia błędu przez referendarza (np. orzeczenie o kosztach procesu, o nadanie klauzuli wykonalności) i stąd w sprawach tych wniesienie skargi nie powoduje automatycznego upadku zaskarżonego orzeczenia. Przedstawiona regulacja jest ze wszech miar prawidłowa, gdyż wprowadza każdorazową możliwość poddania swojej sprawy pod osąd niezawisłego sądu. Z tego też względu sąd rozstrzygający w przedmiocie skargi na orzeczenie referendarza nie dysponuje możliwościami orzekania kasatoryjnego i musi ponownie rozpoznać przedstawioną mu przez stronę sprawę.

Pozycja procesowa referendarza sądowego w postępowaniu cywilnym została więc w zakresie powierzonych mu czynności zrównana z sądem orzekającym. Oznacza to, że referendarz sądowy dokonując czynności w postępowaniu cywilnym działa zawsze jako jego organ.

Prowadzi to do wniosku, że referendarz sądowy stanowi odrębny od sądu (jako składu orzekającego) organ procesowy, a nie skład sądu orzekającego jak mogłaby wskazywać systematyka k.p.c. W związku z tym referendarz sądowy w zakresie rozpoznawanych spraw i dokonywanych czynności dysponuje tymi samymi kompetencjami co sąd orzekający.

Pozycja procesowa referendarza sądowego doznaje **ograniczenia** przez ustanowienie szczególnego środka zaskarżenia, jaki stanowi skarga na jego orzeczenia wnoszona do sądu, w którym jest on zatrudniony. Skarga ta ma charakter co do zasady niedewolutywny i anulacyjny. Prowadzi to do wniosku, że strona niezadowolona z rozstrzygnięcia wydanego przez referendarza sądowego zawsze może żądać rozpoznania sprawy przez niezawisły sąd. Służy temu przede wszystkim brak możliwości wydania przez sąd orzeczenia kasatoryjnego w przedmiocie skargi na orzeczenie referendarza sądowego.

Wyjątkowe przypadki ukształtowania skargi kasacyjnej, jako środka o charakterze dewolutywnym (orzeczenie w przedmiocie kosztów sądowych i kosztów postępowania) lub o charakterze nieanulacyjnym (orzeczenia w przedmiocie wpisu do rejestrów i ksiąg wieczystych)¹⁸⁰, są w pełni uzasadnione specyfiką postępowań mających na celu szybkie rozpoznanie sprawy lub dokonywanie czynności o charakterze masowym.

6. WNIOSKI KOŃCOWE

Instytucję referendarza sądowego wprowadzono do polskiego systemu prawnego realizując postulaty doktryny i rekomendację Komitetu Ministrów Rady Europy, a także przy wykorzystaniu doświadczeń innych państw Unii Europejskiej. W założeniu ustawodawcy referendarz sądowy miał odciążyć sędziów od rozpoznania spraw i dokonywania czynności w postępowaniu cywilnym o charakterze powszechnym oraz

¹⁸⁰ Od 3.05.2012 r. wyjątek ten będzie dotyczył także przeczeń referendarza wydanych w postępowaniach prowadzonych w ramach części III k.p.c.

incydentalnie pojawiających się w postępowaniu. Miał on więc dokonywać czynności merytorycznych, a nie jedynie administracyjnych i organizacyjnych.

Instytucja ta zdała egzamin, gdyż od jej wprowadzenia w 1998 r. widoczne jest stałe poszerzanie kompetencji tego organu procesowego na coraz to bardziej skomplikowane kategorie spraw. Jak wskazywano w opracowaniu, należy postulować dalsze poszerzanie kompetencji referendarzy w postępowaniu cywilnym, zwłaszcza na kolejne sprawy rozpoznawane w trybie postępowania nieprocesowego oraz postępowanie egzekucyjne.

Duże zastrzeżenia budzi jednak forma prawna przekazywania kompetencji referendarzom sądowym. Różnorodność sformułowań użytych w przepisach i ich zawilgość prowadzi do licznych trudności interpretacyjnych. Wydaje się uzasadniony postulat, aby ustawodawca, tworząc przepisy kompetencyjne, przekazywał referendarzom do rozpoznania pewne postępowania, a nie tylko poszczególne czynności. Z reguły bowiem dokonanie określonej czynności może wymagać dokonania innych czynności poprzedzających lub czynności następujących już po wydaniu orzeczenia. Przekazanie całego postępowania pozwoli uniknąć ciągłych sporów o to, gdzie w zakresie dokonania danej czynności procesowej kończy się kompetencja referendarza sądowego.

W ramach zadań wykonywanych przez sądy powszechne można w świetle regulacji ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych wyróżnić sprawowanie wymiaru sprawiedliwości oraz dokonywanie czynności z zakresu ochrony prawnej. O ile pierwsza z tych domen została zarezerwowana wyłącznie dla sędziów, o tyle w zakresie zadań z zakresu ochrony prawnej ustawodawca wprowadził podział czynności przewidując, że obok sędziów czynności te mogą wykonywać także referendarze sądowi. Zakres kompetencji referendarzy sądowych nie powinien więc wykraczać poza to, co można uznać za ochronę prawną na gruncie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych.

Ustawodawca w kilku wypadkach przyznał referendarzom sądowym kompetencje wkraczające na pole wymiaru sprawiedliwości, zwłaszcza w zakresie umożliwienia im wydawania nakazów zapłaty w postępowaniu upominawczym i elektronicznym postępowaniu upominawczym. Choć rozwiązanie to można uzasadnić w świetle konstytucyjnego prawa do sądu (art. 45 Konstytucji RP) w rozumieniu prezentowanym przez Trybunał Konstytucyjny, to musi pojawić się pytanie o zasadność utrzymywania podziału na czynności z zakresu wymiaru sprawiedliwości i czynności z zakresu ochrony prawnej. Kwestia ta zdaje się, że została dostrzeżona w pewnym stopniu przez ustawodawcę, który z dniem 28.03.2011 r. zmieniając treść art. 1 § 3 p.u.s.p. wyraźnie wskazuje, że jego zadaniem pojęcie ochrony prawnej mieści w sobie także sprawowanie wymiaru sprawiedliwości. Przekazywanie jednak zadań wymiaru sprawiedliwości referendarzom sądowym pozostaje jednak wciąż w sprzeczności z art. 2 § 2 p.u.s.p.

Od strony ustrojowej pozycja referendarza sądowego została zróżnicowana względem pozycji sędziego. Referendarz sądowy jest urzędnikiem sądowym, zatrudnionym na podstawie mianowania, od którego wymaga się wysokich kwalifikacji prawnych i moralnych. Ze względu jednak na powierzenie mu innych czynności niż sprawowanie wymiaru sprawiedliwości nie przyznano mu gwarancji niezawisłości sędziowskiej ograniczając się do zapewnienia mu niezależności przy dokonywanych czynnościach. Niezależność ta jest wystarczającą gwarancją swobody w dokonywaniu czynności powierzonych referendarzom sądowym.

Z przeprowadzonej analizy wynika jednak, że nie do końca spójna jest ustawodawcza wizja kariery zawodowej referendarzy sądowych. Ustawodawca z jednej strony dąży do stworzenia autonomicznej grupy wykształconych urzędników (wprowadzając stanowisko starszego referendarza), z drugiej zaś strony umieszcza stanowisko referendarza sądowego jako etap pośredni w edukacji kandydatów na sędziów, likwidując specjalistyczną aplikację referendarską. Może to prowadzić do traktowania zawodu referendarza jako zajęcia tymczasowego. Wątpliwości budzi bowiem sama możliwość przechodzenia z zawodu referendarza sądowego do zawodu sędziego. Zniechęca ona bowiem referendarzy do rozwoju w zakresie własnego stanowiska i sprawia, że dążą oni do jak najszybszego przejścia do zawodu sędziego.

Pozycja procesowa referendarza sądowego w postępowaniu cywilnym została w zakresie powierzonych mu czynności co do zasady zrównana z sądem orzekającym. Referendarz sądowy dokonując czynności w postępowaniu cywilnym działa więc zawsze jako jego organ postępowania. Pozycja procesowa referendarza sądowego doznaje jednak ograniczenia przez ustanowienie szczególnego środka zaskarżenia, jaki stanowi skarga na jego orzeczenia. Skarga ta ma co do zasady charakter niedewolutywny i anulacyjny co zapewnia stronom możliwość kontrolowania rozstrzygnięć referendarza sądowego przez niezawisły sąd. W coraz szerszym stopniu, tam gdzie nie jest to konieczne, ustawodawca wprowadza wyjątki od tej zasady przyznając skardze charakter dewolutywny i nieanulacyjny (por. wprowadzony ustawą nowelizującą z 16.09.2011 r. art. 767^{3a} k.p.c.).

Summary

Piotr Rylski, *Systemic and procedural position of court referendary in civil proceedings*

Court referendaries were introduced into the Polish civil proceedings a few years ago. The function has undergone telling evolution in which the powers of this procedural authority have broadened significantly. The court referendary ceased to be just an entity performing acts in proceedings concerning registers and land-and-mortgage registers.

Currently, the referendary also participates in lawsuits issuing decisions on litigation costs, and even decisions on the merits (order for payment under the writ of payment proceedings). This article aims at determining the function of this actor in civil proceedings. Presentation of the importance and role of a court referendary in general courts and in civil proceedings takes the form of a three-directional analysis. Firstly, a comprehensive analysis of powers granted to referendaries in civil proceedings is conducted. This was necessary due to the constant evolution of these powers, whose scope was not always clearly defined by the legislator.

Secondly, an analysis is made of the place of this authority within the court system. The main goal was to determine the meaning and appropriateness of the term "legal protection", which is used in the Law on the System of General Court with respect to the current scope of powers of court referendaries. The emphasis was on assessing the scope of systemic guarantees of independence of the court referendary.

Thirdly, fundamental issues are identified relating to the procedural position of the court referendary, that is, an authority performing acts in civil proceedings, with special emphasis on problems of the means of reviewing the correctness of the acts performed thereby.

Mikołaj Wild*

Rozwiązanie problemu podmiotów nieprzerejestrowanych do Krajowego Rejestru Sądowego z punktu widzenia prawa europejskiego, analizy historycznej i porównawczej

1. WPROWADZENIE

W piśmie Departamentu Sądów Powszechnych z 22.12.2009 r. jako propozycję do planu prac naukowo-badawczych Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości na rok 2010 r. wskazano temat „Koncepcje możliwych rozwiązań prawnych problemu podmiotów nieprzerejestrowanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz analiza porównawcza podobnych zagadnień w innych systemach prawnych państw Unii Europejskiej”. Uzasadniając ten wybór wskazano, że zgodnie z przepisami wprowadzającymi ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym na spółki wpisane do rejestru handlowego nałożony został obowiązek złożenia wniosków o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego (KRS)¹. Jako termin złożenia takiego wniosku ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym wskazywały 31.12.2003 r. Obowiązek ten nie został wykonany mniej więcej przez 160.000 podmiotów wpisanych do dotychczasowych rejestrów (stan na koniec roku 2009). Uchylone zostały jednocześnie przepisy dotyczące formy prowadzenia dotychczasowych rejestrów, ich jawności i powszechnej dostępności, jak również jawności materialnej i możliwości aktualizacji wpisów z urzędu. W piśmie wskazano też, że zdecydowana większość z tych podmiotów nie prowadzi jakiegokolwiek działalności, a ich uczestnicy nie wykazują zainteresowania w przerejestrowaniu spółek.

W ocenie Departamentu Sądów Powszechnych niezbędne było zatem dokonanie pogłębionej analizy naszych rozwiązań prawnych na tle innych systemów prawnych, w których dochodziło do wprowadzenia nowego systemu rejestracji podmiotów i oceny, czy wobec pozostawienia w mocy dotychczasowych wpisów

* Mgr Mikołaj Wild jest asystentem w Sekcji Prawa Cywilnego Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.

¹ Ustawa z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 ze zm.), dalej jako ustawa o KRS.

nie jest niezbędna systematyczna konwersja danych podmiotów nieprzerejestrowanych do Krajowego Rejestru Sądowego, czy też dopuszczalne jest pozostawienie ich w dotychczasowych rejestrach.

W toku prac nad przygotowaniem opracowania 29.04.2010 r. Sejm RP uchwalił ustawę o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym², w której podjęto problem podmiotów nieprzerejestrowanych do KRS. Nowelizacja ta musiała znacząco wpłynąć na kształt opracowania. W miejsce „możliwych” rozwiązań problemu podmiotów nieprzerejestrowanych do KRS ocenie należało poddać te rozwiązania, które zostały przyjęte w wymienionej nowelizacji. Uchwalenie tej ustawy stało się również przyczyną modyfikacji ostatecznego tematu opracowania.

W opracowaniu podjęto zatem próbę oceny, również z perspektywy prawno-porównawczej, tych rozwiązań, które na mocy ustawy z 29.04.2010 r. stanowią obecnie obowiązujące prawo. Jest to o tyle istotne, że niektóre z przyjętych rozwiązań wydają się w znacznym stopniu nowatorskie oraz *prima facie* mogą budzić wątpliwości z punktu widzenia prawa unijnego.

Opracowanie składa się z trzech części. W pierwszej omówione zostaną regulacje przyjęte w nowelizacji z 29.04.2010 r. W drugiej zostanie zaprezentowana analiza kolejnych zmian przepisów wprowadzających ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowych w omawianym zakresie wraz z ich recepcją w orzecznictwie i piśmiennictwie prawniczym oraz podstawowymi problemami wynikającymi z uchwalanych regulacji. W trzeciej części podjęta zostanie analiza przyjętych regulacji z punktu widzenia prawa europejskiego, jak również wybranych porządków prawnych państw Unii Europejskiej. W podsumowaniu wskazane zostaną wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*.

2. ZAŁOŻENIA USTAWY Z 29.04.2010 R. O ZMIANIE USTAWY – PRZEPISY WPROWADZAJĄCE USTAWĘ O KRAJOWYM REJESTRZE SĄDOWY

Ustawa o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym miała na celu usunięcie nieprawidłowości, stanowiących konsekwencję niedopełnienia przez znaczną liczbę spółek prawa handlowego wpisanych w dawnym rejestrze handlowym obowiązku złożenia (do 31.12.2003 r.) wniosku o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego.

W uzasadnieniu projektu³ wskazywano na istnienie w rejestrach handlowych spółek zawiązanych przed 1.09.1939 r., które od kilkudziesięciu lat nie prowadzą działalności gospodarczej. Wskazano na nieprawdziwe dane ujawnione w rejestrach dotyczące tych spółek (np. wpisy organów, których kadencja dawno minęła, a ich członkowie nie żyją, wpisy działalności gospodarczej, której spółka nie prowadzi, a niejednokrotnie prowadzić już nie może, wpisy kapitału zakładowego i wartości akcji niezgodne z wymogami obowiązującego prawa handlowego), co zostało ocenione tym bardziej jako niedopuszczalne, że niektóre ze wymienionych

² Dz. U. z 1997 r. Nr 121, poz. 770 – dalej jako ustawa – Przepisy wprowadzające.

³ Sejm RP VI kadencji, nr druku 2684.

podmiotów uczestniczą w obrocie gospodarczym w oparciu o dokumenty zawierające nieaktualne dane.

Ponieważ w wyniku powyższych okoliczności domniemanie prawdziwości wpisów nie miało w rzeczywistości zastosowania do znacznej liczby podmiotów posługującej się odpisami z dawnego rejestru, celem ustawy było ograniczenie możliwości posługiwania się wyciągami, odpisami i zaświadczeniami z dawnych rejestrów do celów innych niż przerejestrowanie spółki lub dochodzenie roszczeń przez wierzycieli takich spółek.

Początkowo, jak wynika z uzasadnienia projektu, nowelizacja nie określała końcowej daty, do której posługiwanie się wyciągami, odpisami i zaświadczeniami z dawnych rejestrów byłoby dopuszczalne. Zmiana ta miała zmierzać jedynie do zdyscyplinowania spółek do wypełnienia ciężącego na nich obowiązku. Podkreślano, że takie rozwiązanie nie powoduje utraty bytu prawnego przez podmioty rejestrowe, które uchylają obowiązkowi rejestrowym, zatem „proponowana sankcja nie powinna zostać uznana za nieproporcjonalną bądź krzywdzącą, w szczególności wobec faktu, iż podmioty, o których mowa powyżej, w wyniku braku należytej staranności, pomimo znacznego upływu czasu od chwili wejścia w życie nowelizowanej ustawy oraz ustawy o KRS, nie uporządkowały swojej sytuacji prawnej i nie wypełniły ciężących na nich obowiązków rejestrowych”.

Uchwalony projekt ustawy przewiduje jednak ostatecznie znacznie dalej idące unormowanie niż wynikałoby to z uzasadnienia projektu. Na mocy znowelizowanego przepisu art. 9 ust. 2 ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym, **dotychczasowe wpisy w rejestrach sądowych zachowują bowiem moc do czasu rejestracji, nie dłużej jednak niż do 31.12.2013 r.** Analogiczną regulację przewiduje też znowelizowany art. 9 ust. 3 ustawy – Przepisy wprowadzające przyzwalający na posługiwanie się odpisami, wyciągami i zaświadczeniami ze starych rejestrów (dosłownie nakazujący stosować przepisy dawne „do odpisów, wyciągów, zaświadczeń oraz skutków prawnych wpisów”) nie bezterminowo (jak wynikałoby z uzasadnienia projektu), lecz – podobnie jak w art. 9 ust. 3 ustawy – nie dłużej niż do 31.12.2013 r.

Wobec powyższych zmian wymaga pogłębionej dalszej analizy, czy spółki nie zostają jednak w ten sposób pozbawione osobowości prawnej, a jeżeli tak jest w istocie, to czy zabieg taki jest dopuszczalny. Skutek określony w znowelizowanym art. 9 ust. 2 i 3 ustawy wprawdzie jeszcze nie nastąpił, nie oznacza to jednak, że pogłębiona analiza w tym zakresie nie jest konieczna.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że z punktu widzenia wiarygodności danych ujawnionych w rejestrach, a tym samym z punktu widzenia pewności obrotu, ostateczne rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę ma jeszcze bardziej gwarancyjny charakter.

Omawiane zmiany legislacyjne zmierzały również do wyeliminowania nieprawidłowości związanych z procesem tzw. reaktywacji przedwojennych spółek. Ze względu na dość wąski charakter tej problematyki w niniejszym opracowaniu pominięto jednak tę kwestię, tym bardziej, że nie budzi ona wątpliwości z punktu widzenia prawa europejskiego, a trudno byłoby odnaleźć porównywalne regulacje w krajowych porządkach prawnych innych państw Unii Europejskiej.

Przed omówieniem zagadnień komparatystycznych wydaje się jednak konieczne określenie stanu rzeczy w dacie wejścia w życie nowelizacji. Konieczna

w tym zakresie wydaje się analiza historyczna przepisów wprowadzających ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym.

3. PRZEPISY WPROWADZAJĄCE USTAWĘ O KRAJOWYM REJESTRZE SĄDOWYM – ANALIZA HISTORYCZNA

3.1. Założenia pierwotnego tekstu ustawy

3.1.1. Obowiązek przerejestrowania oraz konsekwencje jego naruszenia

3.1.1.1. Obowiązek przerejestrowania podmiotów wpisanych w dawnych rejestrach

Na mocy pierwotnego tekstu ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym, na podmioty podlegające obowiązkowi wpisu, które były wpisane do ewidencji gospodarczej lub do rejestru sądowego, nałożony został obowiązek złożenia wniosku o wpis do Krajowego Rejestru Sądowego (art. 7 ust. 1 ustawy)⁴. Wniosek ten był co do zasady zwolniony od opłaty sądowej (art. 7 ust. 6 ustawy)⁵ i miał zostać złożony nie później niż do 31.12.2003 r. (art. 8 ust. 1 ustawy)⁶, ponad pięć lat od dnia ogłoszenia ustawy. Temu właśnie obowiązkowi uchybiło ok. 160.000 podmiotów zarejestrowanych w dawnych rejestrach, co stało się przyczyną przygotowania niniejszego opracowania oraz uchwalenia ustawy z 29.04.2010 r.

3.1.1.2. Sankcje przewidziane w ustawie – Przepisy wprowadzające

Pierwotny tekst ustawy przewidywał dwie negatywne konsekwencje związane z uchybieniem terminowi. Najpierw art. 8 ust. 2 ustawy obciążał spóźnionego wnioskodawcę opłatami sądowymi przewidzianymi w postępowaniu rejestrowym⁷. Zdecydowanie bardziej dolegliwa wydawała się jednak druga sankcja przewidziana, niejako mimochodem, w art. 9 ust. 1 ustawy. Na mocy tego przepisu dotychczasowe wpisy miały zachować moc „do czasu rejestracji, zgodnie w KRS „nie dłużej jednak niż do upływu terminu określonego w art. 8 ust. 1” (tj. 31.12.2003 r.). Jednocześnie na mocy art. 9 ust. 2 do czasu rejestracji znajdowały również zastosowanie dotychczasowe przepisy „w zakresie odpisów, wyciągów i zaświadczeń oraz skutków prawnych wpisów”⁸. Przepisy w takim kształcie

⁴ Art. 7 ust. 1. „Podmiot podlegający zgodnie z przepisami ustawy, o której mowa w art. 1, obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, wpisany do ewidencji działalności gospodarczej lub do rejestru sądowego na podstawie przepisów obowiązujących do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy, jest obowiązany do złożenia wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców. Przepis art. 50 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym stosuje się odpowiednio”.

⁵ Art. 7 ust. 6. „Wniosek, o którym mowa w ust. 1, nie podlega opłacie sądowej, z zastrzeżeniem art. 8 ust. 2”.

⁶ Art. 8 ust. 1. „Wniosek, o którym mowa w art. 7 ust. 1, należy złożyć nie później niż do dnia 31 grudnia 2003 r.”.

⁷ Art. 8 ust. 2. „W razie przekroczenia terminu określonego w ust. 1, wnioskodawca ponosi opłaty sądowe przewidziane w postępowaniu rejestrowym”.

⁸ Art. 9 ust. 1. „Do czasu rejestracji, zgodnie z przepisami ustawy, o której mowa w art. 1, nie dłużej jednak niż do upływu terminu określonego w art. 8 ust. 1, dotychczasowe wpisy zachowują moc”. Art. 9 ust. 2. „Do czasu rejestracji, o której mowa w ust. 1, w zakresie odpisów, wyciągów i zaświadczeń oraz skutków prawnych wpisów stosuje się przepisy obowiązujące do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy”.

nigdy nie weszły w życie. Wydaje się jednak oczywiste, że w swoim pierwotnym brzmieniu art. 9 ust. 1 przewidywał *a contrario* brak mocy wpisów w dotychczasowych rejestrach handlowych po dniu 31.12.2003 r.

3.1.1.3. Postępowanie przymuszające i likwidacja podmiotów rejestrowych prowadzone na podstawie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym

Inną konsekwencją, nieprzewidzianą wprost przez ustawę – Przepisy wprowadzające, była możliwość prowadzenia tzw. postępowania przymuszającego przewidzianego w samej ustawie o Krajowym Rejestrze Sądowym⁹. Postępowanie przymuszające *sensu stricto* regulowane jest przez art. 24 ustawy o KRS. Jak wskazuje się w doktrynie, celem tego postępowania jest usprawnienie samego postępowania rejestrowego, jednak bez przerzucania na sąd rejestrowy ciężaru obowiązków rejestrowych¹⁰.

Na mocy art. 24 ust. 1 ustawy o KRS, w razie stwierdzenia, że wniosek o wpis do rejestru lub dokumenty, których złożenie jest obowiązkowe, nie zostały złożone pomimo upływu terminu, sąd rejestrowy wzywa obowiązanych do ich złożenia, wyznaczając dodatkowy 7-dniowy termin, pod rygorem grzywny. Następnie, w razie niewykonania obowiązków w tym terminie sąd rejestrowy miał nakładać grzywnę na obowiązanych. Nałożenie grzywny przez sąd rejestrowy, na mocy art. 24 ust. 2 mogło być ponawiane. Należy przy tym wskazać, że wbrew przyjętej w polskim prawie teorii organów, wyżej wymienione środki są kierowane nie przeciwko samym podmiotom rejestrowym, lecz przeciwko osobom odpowiedzialnym za składanie wniosków rejestrowych¹¹. Oczywiście środki te nie mogły być stosowane wobec zwykłych wspólników spółki z o.o., akcjonariuszy czy też komandytariusza, jakkolwiek rozważana jest możliwość doręczenia tym osobom w celach informacyjnych orzeczenia wydanego w toku postępowania przymuszającego, co może wpłynąć na podjęcie działań wobec opieszłych osób zobowiązanych do złożenia stosownych wniosków w ramach wewnętrznych relacji podmiotu rejestrowego¹².

Art. 24 ustawy o KRS przewiduje również – w sytuacjach, w których nałożenie grzywny nie skutkowałoby złożeniem wymaganego wniosku – możliwość wykreślenia wpisu niezgodnego z rzeczywistym stanem rzeczy (art. 24 ust. 3), a w szczególnie uzasadnionych przypadkach, dokonania z urzędu wpisu danych odpowiadających rzeczywistemu stanowi rzeczy (art. 24 ust. 4). Warunkiem zastosowania tego drugiego środka było jednak założenie, że dokumenty, które miałyby stanowić podstawę wpisu znajdują się w aktach rejestrowych, a dane mające podlegać wpisowi są istotne. Powyższe środki nie mogłyby więc raczej zostać zastosowane w odniesieniu do podmiotów uchybiających obowiązkowi

⁹ O samym postępowaniu przymuszającym por. Ł. Zamojski, *Przepisy przymuszające stosowane przez sąd rejestrowy zawarte w ustawie o Krajowym Rejestrze Sądowym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006/2, s. 38; por. także W. Markowski, *Istota postępowania przymuszającego w Krajowym Rejestrze Sądowym*, „Rejent” 2005/3, s. 138.

¹⁰ Ł. Zamojski, *Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 189; por. także cyt. przez tego autora, M. Tarska w: *Komentarz do kodeksu spółek handlowych*, Warszawa 2009, s. 609.

¹¹ Ł. Zamojski, *Ustawa o...*, s. 189.

¹² Por. Ł. Zamojski, *Ustawa o...*, s. 189.

określonymu w art. 7 ust. 1 ustawy – Przepisy wprowadzające. W odniesieniu do podmiotów nieprzerejestrowanych w Krajowym Rejestrze Sądowym nie istnieje wpis, który mógłby podlegać wykreśleniu, co w sposób oczywisty wyklucza zastosowanie art. 24 ust. 3 ustawy o KRS. Wątpliwe również, aby można było uznać, że dokumenty, które miałyby stanowić podstawę wpisu do KRS znajdują się w aktach rejestrowych, wymagałoby to bowiem przesądzenia aktualności danych zawartych w dokumentach, składanych częstokroć wiele dziesięcioleci wcześniej¹³.

Należy również rozważyć przewidzianą przez KRS możliwość likwidacji podmiotów rejestrowych niewykonujących swoich obowiązków. Na mocy art. 25 ustawy o KRS, jeżeli pomimo stosowania grzywny, o której mowa w art. 24, osobowa spółka handlowa wpisana do rejestru nie wykonuje obowiązków określonych w art. 24 ust. 1, sąd rejestrowy z urzędu może, z ważnych powodów, orzec o rozwiązaniu spółki oraz ustanowić likwidatora. Z kolei, na mocy art. 26 ust. 1 ustawy o KRS, tym razem w odniesieniu do każdej osoby prawnej, nie tylko do osobowych spółek handlowych, jeżeli pomimo stosowania grzywny osoba prawna wpisana do rejestru przedsiębiorców nie wykonuje obowiązków, o których mowa w art. 24 ust. 1, sąd rejestrowy może ustanowić dla niej kuratora na okres nieprzekraczający roku. Kurator ten, na mocy art. 28 ustawy o KRS jest obowiązany do niezwłocznego przeprowadzenia czynności wymaganych do wyboru lub powołania władz osoby prawnej. Jeżeli w terminie trzech miesięcy od dnia ustanowienia kuratora nie dojdzie do wyboru lub powołania władz osoby prawnej albo wybrane lub powołane władze nie wykonują obowiązków, o których mowa w art. 24 ust. 1, kurator może – na mocy art. 29 ust. 1 ustawy – podjąć czynności zmierzające do likwidacji osoby prawnej.

Wydaje się, że praktyczne zastosowanie opisanego postępowania likwidacyjnego w stosunku do podmiotów, które uchybiły obowiązkowi złożenia wniosku o przerejestrowania również musiałoby napotykać na poważne trudności. Należy zauważyć, że art. 25 i n. odnoszą się – odmiennie niż art. 24 ust. 1 ustawy o KRS¹⁴ – wyłącznie do podmiotów wpisanych do Krajowego Rejestru Sądowego. Zastosowanie wobec podmiotów niewpisanych do rejestru postępowania likwidacyjnego określonego w przepisach ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym wymagałoby stosowania *per analogiam* tych regulacji, ze wszelkimi wątpliwościami związanym z wykładnią tego rodzaju.

¹³ Wątpliwy zatem wydaje się pogląd Ł. Zamojskiego, *Ustawa o...*, s. 189, zgodnie z którym brak jakiegokolwiek działania przez podmiot rejestrowy może niekiedy – *lege artis* – prowadzić do ujawnienia podmiotu w KRS w oparciu o dane widniejące w dotychczasowym rejestrze i aktach rejestrowych, jeśli dane te nadal są aktualne. Przeczy temu treść art. 694⁴ § 1 k.p.c., wymagającego jako podstawy każdorazowego wpisu oryginałów dokumentów lub poświadczonych urzędowo odpisów lub wyciągów.

¹⁴ Należy zwrócić uwagę, że art. 24 ust. 1 ustawy o KRS reguluje sytuację, gdy „wniosek o wpis do Rejestru lub dokumenty, których złożenie jest obowiązkowe, nie zostały złożone pomimo upływu terminu” niezależnie od tego, czy podmiot zobowiązany jest wpisany do KRS, czy też nie. Odmiennie w przypadku art. 25 i n. ustawodawca wskazuje, że określone tam sankcje odnoszą się do „osobowej spółki handlowej wpisanej do Rejestru” (art. 25) lub „osoby prawnej wpisanej do rejestru przedsiębiorców” (art. 26 i n.). W piśmiennictwie wskazuje się na wąskie rozumienie tej zasady, skłaniające do wykładni *a contrario* tych przepisów oraz wykluczenie zastosowania art. 26 ustawy np. do osób prawnych wpisanych do prowadzonego w ramach KRS rejestru stowarzyszeń lub innych organizacji społecznych – tak Ł. Zamojski, *Ustawa o...*, s. 190. Przyznać jednak należy, że poglądy te odnoszą się do nieco innej sytuacji.

3.1.2. Urzędowe przerejestrowanie niektórych osób prawnych

Należy również odnotować, że ustawa z 20.08.1997 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym przewidywała również, w odniesieniu do niektórych podmiotów, ich urzędowe przerejestrowanie przez sąd rejestrowy. Na mocy art. 10 ust. 1 tej ustawy podmiot podlegający obowiązkowi wpisu do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji oraz publicznych zakładów opieki zdrowotnej był wpisywany do tego rejestru z urzędu. Sądowi rejestrowemu przysługiwała natomiast możliwość wezwania podmiotu podlegającego takiemu wpisowi do uzupełnienia wniosku o wpis tak, aby czynił on zadość wymogom ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym (art. 10 ust. 2 ustawy).

3.2. Nowelizacje ustawy – przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym

3.2.1. Ustawa z 30.11.2000 r. o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym

Jeszcze przed dniem wejścia w życie ustawy z 20.08.1997 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym ustawodawca w sposób istotny zmienił ustawę – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym, uchwalając 30.11.2000 r. ustawę o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym¹⁵. Nowelizacja została uzasadniona poważnymi zmianami w systemie prawnym, które nastąpiły w okresie *vacatio legis* ustawy. Wskazano w szczególności na uchwalenie ustaw – Prawo działalności gospodarczej, kodeks spółek handlowych oraz nowelizację kodeksu postępowania cywilnego. Okoliczności te, zdaniem projektodawców spowodowały „nie tylko konieczność przygotowania zmiany ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, ale również częściowej zmiany koncepcji jej wejścia w życie, co powoduje również konieczność zmiany ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym”¹⁶.

Na mocy nowelizacji, treść samego obowiązku przerejestrowania, uległa zaledwie redakcyjnej zmianie¹⁷. Ustawodawca nie dokonał również ingerencji w długość terminu na złożenie wniosku o wpis, ustanowionego przez art. 8 ust. 1 ustawy¹⁸, ani w obowiązek ponoszenia opłat rejestrowych przez podmiot, który uchybi terminowi na złożenie wniosku o wpis.

¹⁵ Dz. U. z 2000 r. Nr 114, poz. 1194.

¹⁶ Za uzasadnieniem projektu ustawy, por. Sejm III kadencji, nr druku 2242, www.sejm.gov.pl.

¹⁷ Por. art. 7 ustawy w brzmieniu ustalonym nowelizacją: „1. Podmiot podlegający obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców (...) wpisany do rejestru sądowego na podstawie przepisów obowiązujących do dnia wejścia w życie ustawy, jest obowiązany do złożenia wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców. Przepis art. 50 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym stosuje się odpowiednio. 2. Podmiot podlegający obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców (...) wpisany do ewidencji działalności gospodarczej na podstawie przepisów obowiązujących do dnia 31 grudnia 2001 r. jest obowiązany do złożenia wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców”.

¹⁸ Ustawodawca skreślił jedynie słowa „ust. 1”, gdyż w obecnym stanie prawnym obowiązek rejestracji był unormowany nie tylko w art. 7 ust. 1, lecz także w art. 7 ust. 2. Przepis w nowelizowanym brzmieniu odwoływał się zatem do całego art. 7.

Ustawodawca całkowicie zmienił natomiast treść art. 9 ustawy regulującej kwestię mocy wpisów zawartych w dawnych rejestrach¹⁹. Termin utraty mocy wpisów został zachowany jedynie w stosunku do wpisów w ewidencji działalności gospodarczej. W stosunku do wpisów w rejestrach sądowych ustawodawca przesądził natomiast, że dotychczasowe wpisy zachowują moc „do czasu rejestracji, zgodnie z przepisami ustawy” (art. 9 ust. 2 ustawy), nie określając w żaden inny sposób terminu utraty mocy obowiązującej wpisów w dawnych rejestrach. Do tak określonego czasu rejestracji, w zakresie odpisów, wyciągów i zaświadczeń oraz skutków prawnych wpisów ustawodawca nakazał stosowanie przepisów dawnych (art. 9 ust. 3 ustawy).

Po art. 9 ustawodawca dodał artykuł 9a, wprowadzający fakultatywność postępowania przymuszającego w stosunku do podmiotów wpisanych przed 1989 rokiem²⁰. Tym samym obniżono i tak nie dość poważne „niebezpieczeństwo” zastosowania przez sąd rejestrowy sankcji postępowania przymuszającego. Tę ostatnią zmianę należy uznać zresztą za drugorzędną ze względu na ograniczone możliwości prowadzenia postępowań przymuszających przez sądy rejestrowe. Co więcej jedynie ta drugorzędna zmiana została opisana w uzasadnieniu przez projektodawców. Dodanie art. 9a miało wynikać z faktu „dalszego istnienia w rejestrach handlowych spółek zarejestrowanych jeszcze przed II wojną światową lub też zaraz po niej”, które zdaniem projektodawców były od wielu lat „martwe” i w odniesieniu do których nie dokonywano już żadnych wpisów. Zdaniem projektodawców dokonywanie postępowania przymuszającego w stosunku do tych podmiotów miałyby się z celem. Data 1.01.1989 r. miała zaś wynikać z faktu, iż w tym dniu weszła w życie pierwsza po wielu latach zmiana kodeksu handlowego i można ją uznać za datę praktycznego przywrócenia do życia przepisów tego kodeksu, jak również tego samego dnia wchodziła w życie ustawa z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej wprowadzającej nowe zasady prowadzenia działalności gospodarczej.

Projektodawcy całkowicie pominęli natomiast uzasadnienie wprowadzenia tak istotnej zmiany, jak zniesienie utraty mocy wpisów w dawnych rejestrach sądowych. Zmiana art. 9 została uzasadniona zbiorczo wraz ze zmianami art. 6 i 7 ustawy. Uzasadnienie to opierało się na potrzebie stworzenia wyjątku od zasady bezpośredniego skutku ustawy nowej, chociaż kwestia retrospektywności ustawy o KRS w żaden sposób nie odnosiła się przy tym do problematyki ujętej w art. 9 ustawy. Tym samym, z nie do końca jasnych pobudek, ustawodawca odstąpił od pozbawienia mocy wpisów zawartych w dawnych rejestrach oraz złagodził stosowanie postępowania przymuszającego w stosunku do spółek i innych podmiotów zarejestrowanych przed II wojną światową. O ile zatem można było mieć wątpliwości

¹⁹ Por. art. 9 ustawy w brzmieniu ustalonym nowelizacją: „1. Do czasu rejestracji, zgodnie z przepisami ustawy, o której mowa w art. 1, nie dłużej jednak niż do dnia 31 grudnia 2003 r., zachowują moc dotychczasowe wpisy w ewidencji działalności gospodarczej. 2. Do czasu rejestracji, zgodnie z przepisami ustawy, o której mowa w art. 1, zachowują moc dotychczasowe wpisy w rejestrach sądowych. 3. Do czasu rejestracji, o której mowa w ust. 1 i 2, w zakresie odpisów, wyciągów i zaświadczeń oraz skutków prawnych wpisów, w przypadku określonym: 1) w ust. 1 – stosuje się przepisy obowiązujące do dnia 31 grudnia 2001 r., 2) w ust. 2 – stosuje się przepisy obowiązujące do dnia wejścia w życie ustawy”.

²⁰ Art. 9a. „W stosunku do podmiotów wpisanych do rejestru handlowego przed dniem 1 stycznia 1989 r., które nie zostały wpisane do Krajowego Rejestru Sądowego, stosowanie trybu określonego w art. 24 ustawy, o której mowa w art. 1, nie jest obowiązkowe”.

co do rygoryzmu pierwotnego tekstu ustawy – Przepisy wprowadzające Krajowy Rejestr Sądowy, o tyle ich nowelizacja skutecznie pozbawiła obowiązek określony w art. 7 ustawy jakiegokolwiek realnej sankcji.

3.2.2. Dalsze nowelizacje ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym

Do dnia uchwalenia ustawy z 29.04.2010 r. ustawa – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym była nowelizowana jeszcze dwukrotnie. W żadnej z nowelizacji nie podjęto jednak zmian o tak doniosłym znaczeniu, jak w ustawie z 30.11.2000 r.

W ustawie z 14.12.2001 r. o zmianie ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy – Prawo działalności gospodarczej²¹ ustawodawca wydłużył jedynie o dwa lata (do 31.12.2005 r.) termin składania wniosków o zarejestrowanie w Krajowym Rejestrze Sądowym osób fizycznych zarejestrowanych w ewidencji działalności gospodarczej, z czym wiązała się nowelizacja art. 8 ust. 1 ustawy²², oraz odpowiednia nowelizacja art. 9 ust. 1 oraz art. 9 ust. 3 pkt 1 ustawy²³. Powyższa zmiana została przez projektodawców uzasadniona „sytuacją finansów publicznych” oraz „podjętymi w resorcie programami oszczędnościowymi”, jak również „rezygnacją z możliwości zatrudnienia dodatkowej kadry” zmuszającą do odłożenia w czasie przejęcia przez sądy rejestrowe dodatkowego obowiązków²⁴.

Ustawa wprowadziła również pewne zmiany w art. 9a, ustanawiającym fakultatywność postępowania przymuszającego²⁵. W miejsce kryterium daty wpisu do dawnego rejestru ustawodawca wprowadził kryterium „faktycznego zaprzestania działalności” przez podmioty rejestrowe zarejestrowane w dawnych rejestrach sądowych lub ewidencji gospodarczej. W ten sposób kryterium zastosowania art. 9a, określającego przesłanki fakultatywności postępowania przymuszającego oparte zostało na przesłance, której ustalenie wymagałoby od sądu rejestrowego przeprowadzenia szczególnego postępowania wyjaśniającego, co wobec ograniczonych możliwości sądu rejestrowego czyniło tę kompetencję iluzoryczną. Projektodawca nie wyjaśnił jednak przyczyn wskazanej regulacji, chociaż wydaje się, że w praktyce przekreślała ona sens art. 9a ustawy.

²¹ Dz. U. z 2002 r. Nr 1 poz. 2.

²² Art. 8 ust. 1 ustawy uzyskał w wyniku nowelizacji następujące brzmienie: „1. Wniosek, o którym mowa w art. 7 ust. 1 (wniosek o wpis podmiotu zarejestrowanego w rejestrach sądowych – przyp. M.W.), należy złożyć nie później niż do dnia 31 grudnia 2003 r., a wniosek, o którym mowa w art. 7 ust. 2 (wniosek o wpis osoby fizycznej – przyp. M.W.), należy złożyć nie później niż do dnia 31 grudnia 2005 r.”.

²³ Art. 9 po nowelizacji brzmiał zatem następująco: „1. Do czasu rejestracji, zgodnie z przepisami ustawy, o której mowa w art. 1, nie dłużej jednak niż do dnia 31 grudnia 2005 r., zachowują moc dotychczasowe wpisy w ewidencji działalności gospodarczej. 2. Do czasu rejestracji, zgodnie z przepisami ustawy, o której mowa w art. 1, zachowują moc dotychczasowe wpisy w rejestrach sądowych. 3. Do czasu rejestracji, o której mowa w ust. 1 i 2, w zakresie odpisów, wyciągów i zaświadczeń oraz skutków prawnych wpisów, w przypadku określonym: 1) w ust. 1 – stosuje się przepisy obowiązujące do dnia 31 grudnia 2003 r. 2) w ust. 2 – stosuje się przepisy obowiązujące do dnia wejścia w życie ustawy”.

²⁴ Por. uzasadnienie projektu, Sejm RP IV Kadencji, druk nr 99.

²⁵ W wyniku nowelizacji art. 9a otrzymał brzmienie: „W stosunku do podmiotów wpisanych do dotychczasowych rejestrów lub ewidencji, które nie zostały wpisane do Krajowego Rejestru Sądowego, stosowanie trybu określonego w art. 24 ustawy (...) nie jest obowiązkowe, jeżeli faktycznie zaprzestały działalności”.

Kolejna nowelizacja ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym miała miejsce na mocy ustawy z 14.11.2003 r. o zmianie ustawy – Prawo działalności gospodarczej oraz niektórych innych ustaw²⁶. Ustawa ta w istotny sposób uprościła postępowanie rejestracyjne w stosunku do osób fizycznych, co w odniesieniu do przepisów wprowadzających ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym oznaczało zniesienie obowiązku złożenia wniosku o wpis do rejestru przedsiębiorców prowadzonego w ramach Krajowego Rejestru Sądowego przez osoby fizyczne zarejestrowane w ewidencji działalności gospodarczej. Od strony technicznej oznaczało to uchylenie dawnych art. 7 ust. 2 i 3 oraz art. 9 ust. 1, które odnosiły się wyłącznie do obowiązków rejestracyjnych osób fizycznych, jak również przeformułowanie art. 8 ust. 1 oraz art. 9a, które odnosiły się zarówno do obowiązków rejestracyjnych osób fizycznych, jak również i prawnych.

W wyniku nowelizacji nałożenie obowiązku przerejestrowania oraz wszelkie skutki uchybienia temu obowiązkowi odnosiły się wyłącznie do osób prawnych wpisanych do dawnych rejestrów.

3.3. Ocena stanu prawnego przed wprowadzeniem ustawy z 29.04.2010 r.

3.3.1. Stan prawny

Wskutek wszystkich omówionych nowelizacji ustawa – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym w zakresie sytuacji prawnej osób prawnych zarejestrowanych w dawnych rejestrach powróciła do swojego pierwotnego kształtu, z wyjątkiem jednak przepisu regulującego datę utraty mocy obowiązującej przez wpisy w dawnych rejestrach sądowych. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy niezmiennie przewidywał wobec osób wpisanych do dawnych rejestrów sądowych obowiązek złożenia wniosku o wpis do KRS. Przepis art. 8 ust. 1 wskazywał, że wniosek ten należy złożyć nie później niż do 31.12.2003 r. Także norma zawarta w pierwotnym art. 9 ust. 1 ustawy znalazła się w art. 9 ust. 2 przewidując zachowanie mocy przez dotychczasowe wpisy, aż „do czasu rejestracji, zgodnie z przepisami ustawy”. Jedyna istotna zmiana polegała zatem na rezygnacji przez ustawodawcę ze wskazania daty definitywnej utraty mocy przez wpisy w rejestrach sądowych. Jak wykazała analiza, nie jest jasne, czym kierował się ustawodawca wprowadzając termin ostatecznej utraty mocy przez wpisy w dawnych rejestrach, ani też, jaka myśl przyświecała mu, gdy rezygnował z ustalenia tego terminu w odniesieniu do osób prawnych wpisanych do dawnych rejestrów. Nie ulega wątpliwości jedynie to, że ograniczenie to funkcjonowało początkowo w treści ustawy, a następnie zostało z niej usunięte.

Gwoli ścisłości należy jednocześnie zauważyć, że samo ustalenie, co ustawodawca miał na myśli, wyznaczając datę definitywnej utraty mocy przez dotychczasowe wpisy, napotyka na poważne trudności. Jeżeli uwzględnić konstytutywny charakter wpisu do rejestrów handlowych²⁷, można by *prima facie* uznawać, że ustawa przewidywała nową, nieprzewidzianą wcześniej przez system prawny formę utra-

²⁶ Dz. U. z 2003 r. Nr 217, poz. 2125.

²⁷ Por. m.in. art. 146 k.h., art. 160 k.h., art. 171 k.h., art. 285 § 2 k.h., art. 289 § 2 k.h., art. 460 k.h., art. 465 k.h., art. 469 § 2 k.h.

ty bytu prawnego przez podmioty, które nie zostały przerejestrowane w okresie ustalonym przez prawodawcę. Utrata bytu prawnego następowałaby przy tym *ex lege* w odniesieniu do grupy podmiotów wskazanej przez ustawodawcę.

Należy jednak zauważyć, że gdyby hipoteza ta była prawdziwa, to art. 8 ust. 2 ustawy – Przepisy wprowadzające, przewidujący obciążenie opłatami sądowymi podmiotu składającego wniosek o przerejestrowanie po 31.12.2003 r. regulowałby sytuację nieistniejącą. Jeżeli bowiem podmioty nieprzerejestrowane traciłyby byt prawny z dniem 31.12.2003 r., to nie byłoby możliwe nakładanie na te nieistniejące podmioty opłat rejestrowych. Co więcej, zakwestionowaniu uległoby samo założenie art. 8 ust. 2 ustawy – Przepisy wprowadzające, czyli możliwość prowadzenia po 31.12.2003 r. postępowania rejestrowego w stosunku do podmiotów znajdujących się w starych rejestrach²⁸. Podmioty rejestrowe musiały zatem zachowywać zdolność sądową, przynajmniej w zakresie postępowania rejestrowego.

Lakoniczność pierwotnego brzmienia art. 9 ustawy – Przepisy wprowadzające skłania wręcz do zadania pytania, czy ustawodawca w ogóle zamierzał osiągnąć utratę mocy (w jakimkolwiek zakresie) dotychczasowych wpisów w rejestrach sądowych. Można na przykład rozważać, czy art. 9 ustawy od samego początku nie miał odnosić się wyłącznie do wpisów w ewidencji działalności gospodarczej. Utrata mocy przez te wpisy nie wiązałaby się bowiem z daleko idącymi konsekwencjami, wystąpienie *ex lege* takiego skutku także nie budziłoby znaczniejszych wątpliwości. W takim przypadku jednak pierwotne brzmienie art. 9 ustawy odnoszące się, *lege non distinguente*, do wszystkich wpisów w dawnych rejestrach stanowiłoby usterkę legislacyjną, naprawioną dopiero w ustawie z 30.11.2000 r.²⁹

Niezależnie od tego, jak należy interpretować art. 9 ustawy – Przepisy wprowadzające, to poza tym przepisem ustawodawca nie przewidział w zasadzie żadnych realnych środków mogących dyscyplinować podmioty figurujące w dawnych rejestrach. Ustawodawca nie określił również sposobu na skuteczne wyodrębnienie podmiotów rejestrowych, które nadal prowadzą działalność pomimo uchybienia obowiązкови przerejestrowania, od podmiotów, które uchybiły temu obowiązkowi, gdyż nie prowadzą jakiejkolwiek działalności.

Wprowadzenie i zmiany art. 9a ustawy należy w tym kontekście uznać za kwestie drugorzędne. Ograniczenie „obowiązku” sądów rejestrowych do prowadzenia postępowań przymuszających nie miało raczej większego znaczenia praktycznego. Problem zbyt częstego stosowania przez sądy rejestrowe postępowań przymuszających wydaje się czysto teoretyczny wobec notoryjnej niechęci tych sądów do podejmowania działań z urzędu. Doniosłość regulacji zawartej w art. 9a zmniejsza się tym bardziej, że korzystanie z tego przepisu zostało ostatecznie obwarowane warunkiem (tj. ustaleniem przez sąd rejestrowy faktycznego zaprzestania działalności przez

²⁸ Nie do końca jasne jest również, jak należałoby rozumieć art. 9 ust. 2 ustawy – Przepisy wprowadzające, który nie rozróżniał między stosowaniem przepisów dawnych przed 31.12.2003 r. oraz po tej dacie. Należy jednak uczciwie przyznać, że relacja między art. 9 ust. 1 i art. 9 ust. 2 ustawy pozostaje nie do końca jasna niezależnie od przyjętej interpretacji.

²⁹ Jak wyżej wskazano, ustawa ta wprowadziła wyraźne rozróżnienie w odniesieniu do wpisów w ewidencji działalności gospodarczej (które miały tracić moc z dniem 1.01.2004 r.) oraz wpisami w dawnych rejestrach sądowych (które miały tracić moc dopiero z dniem rejestracji podmiotu w Krajowym Rejestrze Sądowym).

podmiot rejestrowy), którego sądy rejestrowe w większości przypadków nie mogły spełnić. W piśmiennictwie sformułowano wprawdzie pogląd, że zastosowanie art. 9a ustawy mogłoby mieć miejsce w przypadku powzięcia wiarygodnej informacji od współników spółki, członków zarządu osoby prawnej lub organów państwowych³⁰. Sytuacje przekazania z własnej inicjatywy informacji tego rodzaju należy jednak uznać za niezwykle rzadkie, pomijając już nawet kwestię samej dopuszczalności dokonywania tego rodzaju ustaleń w toku sformalizowanego postępowania rejestrowego.

3.3.2. Wypowiedzi orzecznictwa i doktryny

3.3.2.1. Orzecznictwo

Z punktu widzenia analizowanej problematyki szczególne znaczenie zdają się mieć dwa orzeczenia Sądu Najwyższego.

W pierwszym z nich, w wyroku Sądu Najwyższego z 27.04.2006 r.³¹, rozpoznawano skargę kasacyjną opieraną na zarzucie nieważności postępowania. Nieważność ta miała wynikać z braku zdolności sądowej i procesowej powodowej spółki z o.o., co z kolei pozwany skarżący wywodził z braku przerejestrowania powodowej spółki do Krajowego Rejestru Sądowego. Sąd Najwyższy oddalił jednak skargę kasacyjną. W uzasadnieniu SN stwierdził, że brak wpisu powodowej spółki do KRS nie przesądza o braku posiadania przez nią zdolności sądowej i procesowej. Sąd Najwyższy odwołał się do treści art. 9 ust. 2 ustawy z 20.08.1997 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym wywodząc, że do czasu rejestracji zgodnie z przepisami ustawy o KRS zachowują moc wszystkie dotychczasowe wpisy w rejestrach sądowych. Ponieważ zaś – w ocenie Sądu Najwyższego – w toku postępowania przedstawiono kserokopię wyciągu z rejestru handlowego, z której wynikało, że spółka jest wciąż ujawniona w rejestrze handlowym, Sąd Najwyższy uznał, że dotychczasowy wpis zachowuje moc aż do czasu ujawnienia jej w rejestrze przedsiębiorców KRS.

Przytaczane orzeczenie Sądu Najwyższego potwierdziło, że uchybienie obowiązki przerejestrowania spółki do KRS nie może skutkować odmówieniem podmiotowi nieprzerejestrowanemu zdolności sądowej podmiotu rejestrowego. Wykładnia przyjęta przez Sąd Najwyższy wynikała wprost z treści przepisów w ich znowelizowanym brzmieniu.

Drugim orzeczeniem normującym kwestię statusu spółek, które do 31.12.2003 r. nie zostały przerejestrowane, było postanowienie Sądu Najwyższego z 13.01.2006 r.³² Postanowienie to dotyczyło problemu spółek o kapitale zakładowym, który nie odpowiadał obecnym wymogom kodeksu spółek handlowych, które jednak figurowały nadal w dawnych rejestrach sądowych. Problem rozpoznawany przez Sąd Najwyższy sprowadzał się do kwestii, czy podmioty takie mogą żądać przerejestrowania do Krajowego Rejestru Sądowego, skoro nie czynią one zadość

³⁰ Ł. Zamojski, *Ustawa o...*, s. 189.

³¹ Wyrok SN z 27.04.2006 r. (CSK 21/06), LEX nr 359465.

³² Postanowienie SN z 13.01.2006 r. (III CSK 79/05), LEX nr 187052; por. także aprobującą głos R. Wrzecionka, *Charakter procesowy art. 23 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym*, „Głosa” 2008/1, s. 68.

wymogom, które w chwili obecnej są stawiane wobec podmiotów ubiegających się o wpis do rejestru. Szczególnie interesujący wydaje się również stan faktyczny, na tle którego opisywane orzeczenie Sądu Najwyższego zostało wydane. Otóż, w dniu 21.11.2003 r. (a zatem przed 31.12.2003 r.) odbyło się nadzwyczajne walne zgromadzenie akcjonariuszy spółki akcyjnej³³, podczas którego podjęto uchwałę o jej przerejestrowaniu do Krajowego Rejestru Sądowego. Wniosek ten był rozpoznawany przez sąd rejestrowy po 31.12.2003 r.

W postępowaniu Skarb Państwa, występujący w sprawie jako uczestnik, zarzucał, że kapitał zakładowy spółki był – w chwili orzekania o wpisie do KRS – niższy niż wymagany przez kodeks spółek handlowych³⁴. Wbrew temu stanowisku sąd rejestrowy uwzględnił jednak wniosek spółki, co stało się przyczyną apelacji Skarbu Państwa, a następnie – po jej oddaleniu – jego skargi kasacyjnej.

Sąd Najwyższy oddalił skargę, wskazując jako okoliczność rozstrzygającą fakt, że spółka złożyła wniosek o wpis do KRS z zachowaniem terminu ustawowego (tj. wskazanego w art. 8 ust. 1 ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym). Sąd przyjął, że zamiarem ustawodawcy było zapewnienie szybkiego wpisania do rejestru przedsiębiorców spółek zarejestrowanych wcześniej w rejestrze sądowym. Konstatacja ta miała wynikać ze stosunkowo krótkiego (dwuletniego) terminu na złożenie wniosku o wpis oraz celów ustawy o KRS (zapewnieniu jawności, powszechnej dostępności oraz jawności materialnej wpisów w rejestrze). Sąd Najwyższy zauważył również, że w przepisach wprowadzających brakuje norm, które nakładałyby na podmioty zobowiązane do przerejestrowania obowiązek spełnienia jakichkolwiek warunków poza samym złożeniem wniosku.

Sąd Najwyższy wyprowadził również daleko idące wnioski z zachowania mocy przez dotychczasowe wpisy w rejestrach sądowych ustanawianego przez art. 9 ust. 2 ustawy – Przepisy wprowadzające. Sąd stwierdził, że z powyższej regulacji wynika, że – zgodnie z zamysłem ustawodawcy – po wejściu w życie przepisów ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym w obrocie występować będą nadal spółki akcyjne (działające w oparciu o dotychczasowe wpisy w rejestrach sądowych), których treść nie musiała odpowiadać wymogom kapitałowym przewidzianym dla tych spółek w kodeksie spółek handlowych. Zdaniem SN zamiarem ustawodawcy nie było różnicowanie sytuacji spółek akcyjnych działających w dacie wejścia w życie ustawy o KRS w zależności od tego, w jakim rejestrze byłyby wpisane z punktu widzenia wymogów kapitałowych. Odmienne poglądy prowadziłyby bowiem do stawiania dalej idących wymogów wobec spółek, które wypełniły obowiązek przerejestrowania, niż w stosunku do spółek, które nie tego nie uczyniły. Tymczasem, zdaniem Sądu

³³ Na marginesie sprawy ujawnił się przy okazji problem tzw. reaktywacji spółek przedwojennych. Wspomniana spółka została zarejestrowana jeszcze przed wojną i przez dziesięciolecia nie prowadziła jakiegokolwiek aktywności. Akcjonariusze tej spółki, obecni na walnym zgromadzeniu legitymowali się akcjami, wydanymi wcześniej przez Skarb Państwa na mocy ugody sądowej spadkobiercom przedwojennych właścicieli. Wydaje się przy tym, że wydanie akcji przez Skarb Państwa miało na celu zadośćuczynienie pewnym niemajątkowym potrzebom spadkobierców, czemu jednak – wobec wydania dokumentów akcyjnych – późniejsi akcjonariusze przypisali skutek *stricte* majątkowy, tj. przeniesienia praw z akcji przedwojennej spółek. Nabycie akcji funkcjonujących w obrocie kolekcjonerskim stanowi zresztą jeden z najczęstszych sposobów zainicjowania procesu reaktywacji przedwojennych spółek handlowych.

³⁴ Jest to zresztą typowe zjawisko w odniesieniu do przedwojennych spółek. W wielu przypadkach kapitał zakładowy tych spółek stanowi ułamkowe części złotego nie mówiąc o wartości nominalnej samych przedkładanych akcji – por. L. Koziorowski, *Ile jest warte przedwojenne 100 złotych*, „Rzeczpospolita” z 20.04.2010 r.

Najwyższego, spółki składające w terminie wniosek o przerejestrowanie nie powinny być nawet zrównywane z podmiotami, które obowiązku ubiegania się o nowy wpis w rejestrze w ogóle nie wykonały. Tym bardziej, w świetle poglądu Sądu Najwyższego, niedopuszczalne wydawałoby się ich dyskryminowanie.

Należy przy tym zauważyć, że istotnym *criterium divisionis* w ocenie Sądu Najwyższego stawała się kwestia terminowego spełnienia obowiązku złożenia wniosku o wpis do KRS. Sąd Najwyższy uznał m.in. za niedopuszczalne różnicowanie statusu spółki według daty wydawania orzeczenia o wpisie przez sąd rejestrowy, gdyż – jego zdaniem – prowadziłoby to do różnicowania statusu spółki według „tempa rozpoznawania wniosków o rejestrację”³⁵.

Orzeczenie Sądu Najwyższego wydaje się istotne z dwóch powodów. Po pierwsze, ze względu na poczynione ustalenie, że punktem wyjścia do różnicowania sytuacji prawnej podmiotów rejestrowych może i powinno być pytanie, czy podmiot uchybił obowiązkowi złożenia wniosku o przerejestrowanie podmiotu w terminie. Po drugie, orzeczenie Sądu Najwyższego ujawnia pewne „skutki uboczne” regulacji przyjmującej niezakłócony byt podmiotów wpisanych do dawnych rejestrów. Wyegzekwowanie wszelkich regulacji nakładających lub zwiększających obowiązki podmiotów wpisanych do KRS w stosunku do podmiotów figurujących w dawnych rejestrach jest bowiem znacznie utrudnione.

3.3.2.2. Piśmiennictwo

Piśmiennictwo prawnicze z zasady nie odnosiło się do sytuacji prawnej podmiotów, które uchybiły obowiązkowi przerejestrowania z rejestru sądowego do Krajowego Rejestru Sądowego. Kwestia ta jest pomijana w większości wiodących monografii dotyczących postępowania rejestrowego³⁶. Wydaje się, że po części wynika to z braku docenienia praktycznego wymiaru wskazanej problematyki, po części zaś z braku większych wątpliwości co do istniejącego stanu prawnego.

Ci z autorów, którzy podejmowali wskazaną problematykę przyjmowali – zgodnie z ostatecznym brzmieniem przepisów – że przekroczenie terminu do złożenia wniosku powodowało jedynie dwojakiego rodzaju konsekwencje:

- po pierwsze, sąd rejestrowy mógł stosować postępowanie „przymuszające”,
- po drugie, wnioskodawca ponosił opłaty sądowe³⁷.

W piśmiennictwie podjęto również próbę wyjaśnienia sensu art. 9a ustawy – Przepisy wprowadzające. W szczególności Ł. Zamojski³⁸ w swoim komentarzu do ustawy o KRS wskazuje na niebezpieczeństwo „zaśmiecania” nowego rejestru

³⁵ Stanowisko to jest o tyle zasadne, że w tej samej dacie mogłyby być rozpoznawane zarówno wnioski podmiotów, które uchybiły terminowi do przerejestrowania, jak również wnioski podmiotów, które temu obowiązkowi nie uchybiły.

³⁶ Por. E. Marszałkowska-Krześ, *Wpisy w rejestrze przedsiębiorców dotyczące spółek handlowych*, Warszawa 2004 r.; M. Tarska, *Ustawa o Krajowym Rejestrze Sądowym. Komentarz*, Warszawa 2009 r.; T. Stawicki, *Rejestry publiczne. Funkcje instytucji*, Warszawa 2005 r.; E. Norek, *Krajowy Rejestr Sądowy i postępowanie rejestrowe*, Warszawa 2001 r.; R. Sowiński, *Rejestry i ewidencje działalności gospodarczej i przedsiębiorców*, Kolonia 2007 r.; L. Ciulkin, A. Jakubecki, N. Kowal, *Krajowy Rejestr Sądowy i postępowanie rejestrowe. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2002.

³⁷ A. Michnik, *Postępowanie...*, s. 18; Ł. Zamojski, *Ustawa o...*, s. 189.

³⁸ Jak zauważa Ł. Zamojski, *Ustawa o...*, s. 189.

przez wpisywanie do niego, w drodze działania z urzędu przez sąd rejestrowy, podmiotów nieaktywnych, które w rzeczywistości nie działają na rynku. O ile jednak zjawisko wskazywane przez tego autora rzeczywiście należałoby ocenić jako niekorzystne z punktu widzenia jawności i wiarygodności nowego rejestru, o tyle wydaje się dość wątpliwe, czy zagrożenie to byłoby realne, gdyby nie regulacja art. 9a ustawy.

3.3.3. Praktyczne problemy związane ze stosowaniem ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowym Rejestrze Sądowym

Przewidziane w ustawie instytucje zmierzające do aktualizacji danych, przerejestrowania podmiotów zarejestrowanych w dotychczasowych rejestrach do Krajowego Rejestru Sądowego oraz ostatecznego zamknięcia starych rejestrów, nie spełniły swojej roli. Jak już wskazano wyżej, obowiązek przerejestrowania nie został wykonany mniej więcej przez 160.000 podmiotów wpisanych do dotychczasowych rejestrów. W dotychczasowych rejestrach sądowych od 30.06.2001 r. nie można było dokonywać żadnych nowych wpisów, co wiązało się z uchyleniem przepisów dotyczących formy prowadzenia dotychczasowych rejestrów, ich jawności, powszechnej dostępności oraz jawności materialnej i możliwości aktualizacji wpisów z urzędu³⁹. Jednocześnie przyjęte przez ustawodawcę rozstrzygnięcia nie ograniczały działalności podmiotów legitymujących się wpisami w starych rejestrach.

Wprawdzie wszyscy przedsiębiorcy podlegający ustawie o rachunkowości powinni składać rokrocznie sprawozdania finansowe, co teoretycznie mogłoby prowadzić do wszczęcia postępowania rejestracyjnego, trudno jednak oczekiwać od podmiotu zaniedbującego obowiązek rejestrowy rzetelnego wykonywania obowiązku sprawozdawczości finansowej.

Negatywnymi skutkami omawianej regulacji były również, jak trafnie wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy z 29.04.2010 r., brak tożsamości danych ujawnianych w Krajowym Rejestrze Sądowym oraz danych zawartych we wcześniejszych rejestrach, brak aktualności większości wpisów ujawnionych w dawnych rejestrach, oraz o problem tzw. „reaktywacji” spółek przedwojennych polegającej na ich „odżywaniu” w oparciu o papiery wartościowe nabyte w ramach obrotu kolekcjonerskiego. Spółki takie, wskutek zaniedbań organów dokonujących nacjonalizacji funkcjonują w dawnych rejestrach oraz, pomimo braku jakiegokolwiek działalności przez dziesiątki lat, zachowują swój byt prawny.

4. REGULACJE EUROPEJSKIE A STATUS PRAWNY PODMIOTÓW NIEPRZEREJESTROWANYCH DO KRAJOWEGO REJESTRU SĄDOWEGO

4.1. Przystąpienie do Unii Europejskiej – nowy kontekst normatywny regulacji rejestrowych

Dla sytuacji prawnej podmiotów nieprzerejestrowanych do Krajowego Rejestru Sądowego oraz oceny nowelizacji z 29.04.2010 r. istotne znaczenie posiada

³⁹ Ł. Zamojski, *Ustawa o...*, s. 189.

akcesja do Unii Europejskiej, która nastąpiła nie całe pół roku po upływie ostatecznego terminu przerejestrowania do Krajowego Rejestru Sądowego podmiotów ujawnionych w starych rejestrach. Z tą chwilą Polska zobowiązana była do implementacji do swojego porządku prawnego „dorobku wspólnotowego” (*acquis communautaire*), w tym m.in. prawa wtórnego Wspólnot Europejskich oraz Unii Europejskiej wraz z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz Sądu Pierwszej Instancji wydanym na jego podstawie. Kwestie rejestrowe były poddane regulacji Wspólnot Europejskich oraz Unii Europejskiej.

Podstawowe znaczenie posiada w tym miejscu Pierwsza Dyrektywa Rady nr 68/151/EWG z 9.03.1968 r.⁴⁰ oraz – obecnie – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.09.2009 r. nr 2009/101/WE⁴¹ wraz z orzecznictwem wydanym na ich podstawie.

4.2. Pierwsza Dyrektywa Rady nr 68/151/EWG z 9.03.1968 r.

4.2.1. Cele wydania dyrektywy

Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę gospodarczą z 25.03.1957 r. powierzał Radzie uchwalenie dyrektyw mających na celu skoordynowanie m.in. przepisów rejestrowych we wszystkich państwach członkowskich (art. 56 ust. 2 Traktatu). Dyrektywą taką była Pierwsza Dyrektywa Rady nr 68/151/EWG z 9.03.1968 r. zmierzająca – zgodnie z swym tytułem – do skoordynowania, w celu uzyskania ich równorzędności, gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek zgodnie z art. 58 ust. 2 Traktatu, a to w celu ochrony interesów zarówno udziałowców jak i osób trzecich.

Dyrektywa ta ma istotne znaczenie dla omawianej problematyki co najmniej z dwóch względów. **Po pierwsze**, ponieważ jednym z jej głównych celów było zapewnienie maksymalnej jawności stanu prawnego i faktycznego spółek zarejestrowanych w państwach członkowskich oraz maksymalizacji dostępu osób trzecich do podstawowych informacji na ich temat⁴². **Po drugie** dyrektywa zmierzała do ograniczenia dopuszczalnych przypadków „unieważnienia” spółek, co również miało być podyktowane zapewnieniem bezpieczeństwa prawnego zarówno w stosunkach między spółką a osobami trzecimi, jak również stosunków między udziałowcami⁴³. Obie te kwestie posiadają podstawowe znaczenie z punktu widzenia analizowanych zagadnień⁴⁴.

⁴⁰ Pełen tytuł w języku polskim: Pierwsza Dyrektywa Rady 68/151/EWG z 9.03.1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności w całej Wspólnocie, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników jak i osób trzecich.

⁴¹ Pełen tytuł w języku polskim: dyrektywa 2009/101/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.09.2009 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 48 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich.

⁴² Zgodnie z preambułą do dyrektywy „jawność musi umożliwić osobom trzecim poznanie zasadniczych aktów spółki oraz niektórych informacji jej dotyczących, w szczególności chodzi o tożsamość osób, które są uprawnione do zaciągania zobowiązań w imieniu spółki”.

⁴³ Por. fragment preambuły do dyrektywy „w celu zapewnienia bezpieczeństwa prawnego w stosunkach między spółką a osobami trzecimi, jak też pomiędzy udziałowcami, rzeczą niezbędną staje się ograniczenie przypadków nieważności oraz, mającego moc wsteczną, skutku deklaracji o nieważności i ustalenie krótkiego terminu dla sprzeciwu osoby trzeciej do takiej deklaracji”, preambuła do dyrektywy 68/151/EWG *in fine*.

⁴⁴ Dyrektywa normowała również problematykę ważności zobowiązań zaciąganych przez spółkę, zagadnienie to pozostaje jednak bez większego znaczenia dla problematyki analizowanej w niniejszym opracowaniu.

4.2.2. Postanowienia dyrektywy dotyczące jawności spółek

W artykułach 2–6 dyrektywy, składających się na jej dział I zatytułowany Jawność⁴⁵, określone zostały:

- dane, które spółka powinna była ujawnić oraz dokumenty, które spółka powinna przedłożyć (art. 2),
- zasady gromadzenia informacji na temat spółek w publicznych rejestrach, ich ujawnienia jak również skutki prawne ujawnienia tych danych (art. 3),
- obowiązek zamieszczenia danych rejestrowych spółek na pismach i rachunkach (art. 4),
- obowiązek państw członkowskich do określenia osób zobowiązanych do spełnienia formalności związanych z jawnością spółek (art. 5),
- obowiązek państw członkowskich do wprowadzenia sankcji za brak publikacji bilansu i rachunku zysków i strat za każdy okres obrachunkowy oraz za brak wymaganych danych rejestrowych na dokumentach handlowych spółki (art. 6).

W zakresie dokumentów, które spółka powinna przedłożyć, dyrektywa nie ustanawiała nowych wymogów w stosunku do wymogów wymaganych już przez prawo polskie w dacie akcesji. Przepis art. 2 wymagał od państw członkowskich podjęcia niezbędnych środków do objęcia obowiązkową jawnością dotyczącą spółek:

- aktów założycielskich spółek wraz z wszelkimi zmianami oraz tekstem jednolitym wyżej wymienionych aktów po każdej dokonanej zmianie;
- danych dotyczących osób posiadających prawo do reprezentacji spółki (wraz z informacją, czy wyżej wymienione osoby mogą samodzielnie podejmować zobowiązania za spółkę, czy też muszą działać wspólnie), jak również uczestniczących w zarządzaniu, nadzorowaniu lub kontrolowaniu spółki;
- danych o stanie finansowym spółek, w tym bilansu i rachunku zysków i strat⁴⁶;
- danych dotyczących wysokości kapitału zakładowego i zmiany siedziby spółki;
- danych dotyczących rozwiązania lub likwidacji spółki.

Należy zauważyć, że wymogów ustanawianych przez dyrektywę nie spełniały w pewnym zakresie regulacje rejestrowe obowiązujące w Polsce przed wejściem w życie ustawy o KRS⁴⁷. Regulacje przyjęte w kodeksie handlowym nie przewidywały na przykład obowiązku przedłożenia przez spółkę po

⁴⁵ *Publicité* (franc.), *Disclosure* (ang.), *Offenlegung* (niem.).

⁴⁶ Wymóg ten został następnie rozszerzony o dokumenty księgowe, których publikacja była wymagana przez dyrektywę 78/660/EWG, dyrektywę 83/349/EWG, dyrektywę 86/635/EWG i dyrektywę 91/674/EWG;

⁴⁷ Por. J. Frąckowiak, *Znaczenie regulacji przyjętej w ramach Unii Europejskiej dla polskiego prawa na przykładzie Pierwszej i Jedenastej Dyrektywy* w: „Acta Universitatis Wratislaviensis” No 1703, Wspólnoty Europejskie (Unia). Wybrane Problemy prawne, część II, Wrocław 1998, nb 139–143.

każdej zmianie aktu założycielskiego, tekstu jednolitego tego aktu⁴⁸, obowiązku ujawnienia danych dotyczących członków organów nadzoru⁴⁹. Tym samym, należy uznać, że zakres danych ujawnianych w dawnych rejestrach handlowych nie odpowiadał wymogom co do jawności zawartym w dyrektywie nr 68/151/EWG.

O większej zgodności można natomiast mówić w odniesieniu do samych zasad gromadzenia i udostępniania informacji dotyczących spółek na gruncie kodeksu handlowego. Pominąć w tym miejscu należy niezwiązaną ściśle z rozpoznawaniem zagadnieniem kwestię ogłaszania w krajowym publikatorze wszelkich informacji podlegających jawności na mocy art. 2 dyrektywy⁵⁰ oraz daleko idących skutków prawnych tych ogłoszeń⁵¹. Nie zmienia to jednak faktu, że skoro nie wszystkie informacje, które na mocy art. 2 dyrektywy podlegały jawności, były wprowadzane do dokumentacji rejestrowej, unormowanie rejestrów sądowych naruszało art. 3 ust. 2 dyrektywy.

Pewne znaczenie należy przyznać także regulacji przyjętej w art. 6 dyrektywy, nakładającej na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia odpowiednich kar w przypadku naruszenia przez spółki obowiązków sprawozdawczych określonych w art. 2 dyrektywy. Nie ulega wątpliwości, że wszystkie spółki, które uchybiają do dnia dzisiejszego obowiązkowi przerejestrowania naruszają również obowiązki sprawozdawcze określone w art. 2 dyrektywy. Obecnie, w związku z zamknięciem dawnych rejestrów, nie jest już możliwe wypełnianie tego obowiązku przez podmioty nieprzerejestrowane. Można zatem przyjąć, że porządek europejski wymaga zatem nałożenia stosownych sankcji na podmioty, które nie wykonały obowiązku przerejestrowania, choć nie z powodu samego braku przerejestrowania. Wskazany przepis dyrektywy odnosi się *verba legis* do sankcji *strictae* karnych⁵². Skoro jednak dopuszczalne i wymagane przez prawo jest nakładanie przez państwo członkowskie kar, to *a fortiori* dopuszczalne jest przewidywanie przez porządek prawny innych, mniej dolegliwych sankcji.

Należy również zauważyć, że zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości Pierwsza Dyrektywa Rady wymaga sankcjonowania nie tylko całkowitego uchybienia obowiązkowi rejestracyjnemu, lecz także przedkładania niekompletnych sprawozdań⁵³. Pojęcie „osoby trzeciej”, którym posługuje się dyrektywa na określenie podmiotów chronionych, odnosi się nie tylko do współników i wierzycieli spółki, lecz także do wszelkich innych „osób trzecich”, w tym między innymi rynkowych konkurentów spółek⁵⁴. Uchybienie obowiązkowi wprowadzenia odpowiednich sankcji może pociągać za sobą odpowiedzialność państwa za brak implementacji dyrektywy⁵⁵.

⁴⁸ Przewidzianego obecnie w art. 8a ust. 1 pkt 2 ustawy z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym.

⁴⁹ Przewidzianego w art. 39 pkt 2 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym.

⁵⁰ Obowiązek ten w polskim porządku prawnym ujęty był zbyt wąsko. Por. J. Frąckowiak, *Znaczenie...*, nb 144.

⁵¹ J. Frąckowiak, *Znaczenie...*, nb 145 i 146.

⁵² Przypadki nakładania sankcji karnych były również analizowane w orzecznictwie wspólnotowym. Por. postanowienie ETS z 4.05.2006 r. (C-23/03), „European Court Reports” (ECR) 2006/5A/I-03923; wyrok ETS z 3.05.2005 r. wydane w połączonych sprawach C-387/02, C-391/02 i C-403/02, ECR 2005/5A/I-03565.

⁵³ Por. cyt. wyżej orzeczenie ETS z 3.05.2005 r., w połączonych sprawach C-387/02, C-391/02 i C-403/02.

⁵⁴ Por. orzeczenia ETS z 23.09.2004 r. (C-435/02 i C-103/03), ECR 2004/I-08663.

⁵⁵ Por. wydany w stosunku do Niemiec wyrok ETS z 29.09.1998 r. (C-191/95), ECR 1998/I-05449.

4.2.3. Ograniczenie dopuszczalności „unieważniania” spółek

Prima facie fundamentalne znaczenie w kontekście ustawy z 29.04.2010 r. o zmianie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o KRS posiadają także uregulowania zawarte w dziale III dyrektywy zatytułowanym Unieważnienie spółki⁵⁶. Dyrektywa precyzuje minimalne warunki systemu unieważnienia spółek. **Po pierwsze**, na mocy art. 11 ust. 1 dyrektywy unieważnienie musi zostać stwierdzone w drodze decyzji sądowej. **Po drugie**, przepis art. 11 ust. 2 dyrektywy przewiduje enumeratywny katalog przyczyn uzasadniających orzeczenie o unieważnieniu spółki. **Po trzecie**, przepis art. 12 dyrektywy wymaga, aby nieważność spółki skutkowałą jej likwidacją, jak w przypadku rozwiązania spółki przez wspólników i nie naruszała ważności zobowiązań spółki lub zobowiązań podjętych wobec niej.

4.2.3.1. Wyłączność sądowej drogi unieważnienia spółki

Przepis art. 11 ust. 1 dyrektywy stwierdza wyraźnie, że nieważność musi zostać stwierdzona w orzeczeniu sądowym⁵⁷. Wydaje się zatem, że z punktu widzenia treści dyrektywy nieważność spółki nie może wystąpić z mocy prawa, lecz musi stanowić konsekwencję postępowania sądowego⁵⁸.

Nie wydaje się możliwe unieważnienie spółki w drodze aktu abstrakcyjno-generalnego. Jest to o tyle podstawowe ustalenie, że zgodnie z art. 12 dyrektywy, poza przypadkami nieważności unormowanymi w dyrektywie w przypadku spółki nie można powoływać się na żadną podstawę nieistnienia⁵⁹, nieważności (bezwzględnej ani względnej)⁶⁰ lub unieważnienia⁶¹.

4.2.3.2. Przestanki stwierdzenia nieważności spółki

Katalog przyczyn unieważnienia spółek wydaje się dość wąski. Na mocy art. 11 ust. 2 dyrektywy jedynymi przypadkami, w których nieważność spółki mogła zostać stwierdzona jest:

- brak aktu założycielskiego lub niedopełnienie formalności kontroli prewencyjnej lub brak formy właściwej formy tego aktu,
- brak informacji w akcie założycielskim lub w statucie na temat firmy spółki, kwot kapitału indywidualnie subskrybowanego, łącznej kwoty kapitału subskrybowanego lub przedmiotu działalności spółki;

⁵⁶ *Nullité de la société* (franc.), *Nullity of the company* (ang.), *Nichtigkeit der Gesellschaft* (niem.)

⁵⁷ *Nullity must be ordered by decision of a court of law* (ang.), *la nullité doit être prononcée par décision judiciaire* (franc.), *Die Nichtigkeit muß durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden* (niem.).

⁵⁸ Tak również J. Frąckowiak, *Znaczenie...*, nb 154; por. również przytaczany przez R.R. Drury – na zasadzie wyjątku – przypadek regulacji greckiej, gdzie w niektórych okolicznościach organ administracyjny mógł w drodze aktu normatywnego spowodować wykreślenie pewnych spółek z rejestru – R.R. Drury, *Nullity of Companies in English law*, „The Modern Law Review” 1985, s. 645,

⁵⁹ *non-existence* (ang.), *inexistent sein* (niem.), *d’inexistence* (franc.)

⁶⁰ *nullity absolute*, *nullity relative* (ang.), *absolut oder relativ nichtig sein* (niem.), *de nullité absolue*, *de nullité relative* (franc.)

⁶¹ *declaration of nullity* (ang.), *für nichtig erklärt werden* (niem.), *d’annulabilité* (franc.)

- sprzeczność z porządkiem publicznym lub niezgodność z prawem przedmiotu działalności spółki⁶²;
- niedopełnienie wymogów dotyczących minimalnej kwoty kapitału, która ma zostać wpłacona;
- brak zdolności do czynności prawnych wszystkich członków–założycieli;
- fakt, że wbrew prawu krajowemu regulującemu spółkę liczba członków–założycieli jest mniejsza niż dwóch.

Wskazane okoliczności organiczają się, jak widać, do najpoważniejszych uchybień formalnych dokonanych przez spółki.

W orzecznictwie ETS wskazuje się ponadto, że przy wykładni dyrektywy należy uwzględnić jej brzmienie i cel oraz nie dopuszczać do sytuacji, w której spółka byłaby uznana za nieważną z jakichkolwiek innych przyczyn niż określone w art. 11 dyrektywy. Przyczyny nieważności spółki należy przy tym, zgodnie z tym orzecznictwem, wyklądać wąsko⁶³.

Należy jednak również wskazać na orzecznictwo ETS, zgodnie z którym ochrona bytu prawnego spółek wiąże się z ochroną zaufania osób trzecich co do sytuacji prawnej spółek ujawnionych w rejestrach handlowych. W konsekwencji, osoby trzecie mają prawo do przyjmowania za prawdziwe informacji dotyczących spółki, o ile informacje te podlegają ujawnieniu w rejestrach handlowych, jak tego wymaga dyrektywa w swojej początkowej części. Celem dyrektywy nie jest więc – zgodnie z tym stanowiskiem – udzielenie ochrony zaufaniu osób trzecich wobec twierdzeń organów spółki lub jej przedstawicieli, jeżeli twierdzenia te nie zgadzają się z informacjami zawartymi w rejestrach publicznych⁶⁴.

4.2.3.3. Skutki prawne stwierdzenia nieważności spółki

Istotne znaczenie dla omawianej problematyki mają również postanowienia dyrektywy dotyczące skutków ewentualnego unieważnienia spółki. Dyrektywa ogranicza możliwość kwestionowania rozstrzygnięć sądowych o unieważnieniu spółki przez osoby trzecie. Środek odwoławczy od orzeczenia sądowego o unieważnieniu spółki może być wniesiony jedynie w terminie sześciu miesięcy od

⁶² Por. *that the objects of the company are unlawful or contrary to public policy* (ang.), *le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société* (franc.), *wenn der tatsächliche Gegenstand des Unternehmens rechtswidrig ist oder gegen die öffentliche Ordnung verstösst* (niem.). Należy zauważyć, że pojęcie używane przez niemiecką wersję językową odbiega nieco od innych wersji. Mowa jest tam bowiem o „rzeczywistym” przedmiocie (*tatsächliche Gegenstand*) działalności spółki, co zdawałoby odnosić się do sytuacji, w której rzeczywisty przedmiot działalności spółki odbiega od przedmiotu deklarowanego w akcie założycielskim, przeciwko takiemu zapatrywaniu wypowiedział się jednak w sposób wyraźny Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 13.11.1990 r. w sprawie C-106/89, (CR 1990/I-04135, wskazując na wąską wykładnię przesłanek określonych w art. 11 dyrektywy.

⁶³ Wyrok z 13.11.1990 r., w sprawie C-106/89, ECR 1990/I-04135 wraz z opinią Rzecznika Generalnego do tej sprawy.

⁶⁴ Tak *explicite* wyrok ETS z 20.09.1988 r. w sprawie C-136/87, ECR 1988/04665, „*Third parties may legitimately rely on the information concerning a company within the meaning of the First Directive when that information has been the subject of disclosure in accordance with the provisions of Section I of the First Directive. The purpose of the directive is not therefore to permit third parties to rely on appearances created by the company's organs or representatives if those appearances do not conform to the information contained in the public register*”.

dnia ogłoszenia orzeczenia sądu (art. 12 ust. 1 dyrektywy)⁶⁵. Takie rozstrzygnięcie wynika prawdopodobnie z jednej strony z faktu, że nieważność na mocy art. 12 ust. 2 dyrektywy skutkuje likwidacją spółki tak samo, jak gdyby spółka została rozwiązana przez wspólników; z drugiej strony z faktu, że z zastrzeżeniem skutków wynikających z likwidacji, nieważność spółki nie narusza ważności wierzytelności ani zobowiązań spółki (art. 12 ust. 3 dyrektywy).

Tym samym, zgodnie z treścią dyrektywy, unieważnienie spółki nie może działać wstecz. Ze względu na skuteczność *ex nunc* orzeczenie o unieważnieniu spółki nie powoduje nastychmiastowego zaprzestania istnienia spółki, lecz postawienie jej w stan likwidacji. Od momentu unieważnienia spółka istnieje zaś tylko po to, aby rozliczyć się ostatecznie ze swoimi wierzycielami oraz wspólnikami⁶⁶.

4.3. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.09.2009 r. nr 2009/101/WE

Dyrektywa Rady nr 68/151/EWG była kilkakrotnie nowelizowana, aż wreszcie została uchylona na mocy art. 16 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.09.2009 r. nr 2009/101/WE⁶⁷, która w omawianym zakresie co do zasady powtórzyła regulacje przyjęte wcześniej w dyrektywie nr 68/151/EWG⁶⁸. Do obecnej chwili nie zostały, jak się zdaje, wydane jakiegokolwiek orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, które dezaktualizowałyby orzecznictwo wydane na gruncie Pierwszej Dyrektywy Rady.

4.4. Wnioski wypływające z analizy prawa europejskiego

Od razu należy zauważyć, że zakres unormowany w prawie europejskim odnosi się wyłącznie do spółek kapitałowych, pozostaje on zatem węższy niż zakres zastosowania analizowanej w niniejszym opracowaniu noweli do przepisów wprowadzających ustawę o KRS. W zakresie, w jakim ustawa o KRS odnosi się do innych podmiotów niż spółki kapitałowe nie może ona budzić zastrzeżeń z punktu widzenia prawa europejskiego.

Nawet zresztą w odniesieniu do spółek kapitałowych zastosowanie ograniczeń ujętych w omawianych dyrektywach, w szczególności dyrektywy 68/151/EWG nie wydaje się jednoznaczne. Tekst dyrektywy zdaje się wprowadzić – przynajmniej na pierwszy rzut oka – określać wyczerpująco tryb zakończenia bytu prawnego

⁶⁵ W ten sposób, jak zauważa T. Stawecki, *Rejestry publiczne. Funkcje instytucji*, Warszawa 2005, s. 205, dyrektywa kształtuje pośrednio funkcje rejestrów sądowych, przyznając skuteczność orzeczeń o nieważności spółki dopiero po ogłoszeniu ich w rejestrze i publikatorze gospodarczym (a zatem nadawaniem skuteczności jedynie danym ogłoszonym).

⁶⁶ Tak J. Frąckowiak, *Znaczenie...*, nb 154.

⁶⁷ Półen tytuł dyrektywy 2009/101/WE: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.09.2009 r. nr 2009/101/WE w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 48 akapit drugi Traktatu, w celu uzyskania ich równoważności, dla zapewnienia ochrony interesów zarówno wspólników, jak i osób trzecich.

⁶⁸ Jedynie w polskiej wersji językowej można odnaleźć interesującą zmianę. Rozdział IV dyrektywy nie jest określony, jak w przypadku dyrektywy 68/151 jako „nieważność spółki” (co odpowiadałoby sformułowanom przyjętym w niemieckich, francuskich i angielskich wersjach językowych obu dyrektyw). Zamiast tego polska wersja językowa mówi o „nieważności umowy spółki”. Na treść normatywną dyrektywy zmiana ta nie ma jednak raczej większego wpływu.

spółek kapitałowych w innych przypadkach niż z inicjatywy wspólników (akcjonariuszy). Z tej też przyczyny w polskim piśmiennictwie prawniczym wskazano, że „nieważność”, o której mowa w dyrektywie, zbliża się do przyjętego w naszym porządku prawnym „rozwiązania spółki” przez sąd, jako że w jednym i w drugim przypadku chodzi o ustalenie, z jakich przyczyn i kiedy spółka przestaje istnieć oraz w jaki sposób to następuje i jakie skutki pociąga za sobą⁶⁹. Stanowisko takie stanowi jeden z najważniejszych zarzutów podnoszonych przeciwko noweli z 29.04.2010 r.⁷⁰ Na jego uzasadnienie wskazuje się na wynikającą rzekomo z prawa europejskiego obligatoryjność postępowania likwidacyjnego jako jedynej drogi do wykreślenia spółek handlowych z rejestru oraz ustania ich bytu prawnego⁷¹.

Wydaje się jednak, że można żywić uzasadnione wątpliwości, co do zasadności takiego ujęcia. Jeżeliby traktować art. 11 ust. 2 dyrektywy w ten sposób, tj. jako wyczerpujący katalog przyczyn, z jakich sądy rejestrowe (bądź inne organy państwa prowadzące rejestry) mogą doprowadzić do zakończenia bytu spółki, to należałoby uznać, że dyrektywa zakazuje zakończenia spółki z takich powodów jak brak działalności, brak majątku, którego przejawem jest uchylanie obowiązkom sprawozdawczym lub rejestracyjnym. Innymi słowy, zgodnie z takim rozumieniem należałoby uznać, że poza przypadkami wskazanymi w dyrektywie nie istnieje możliwość zakończenia bytu spółek objętych jej regulacją (w domyśle – w inny sposób niż za porozumieniem wspólników). Przy takim ujęciu za niedopuszczalne należałoby uznać wszelkie regulacje prowadzące do „wygaszania” nieaktywnych spółek kapitałowych, występujące przecież – jak pokaże analiza porównawcza – w porządkach prawnych państw Unii Europejskiej.

Takie rozwiązanie nie korespondowałoby także z samym *ratio* omawianych dyrektyw. Zarówno Pierwsza Dyrektywa Rady nr 68/151/EWG, jak również zastępująca ją dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/101/WE zmierzały do realizacji dwóch celów – jak największego dostępu osób trzecich do stanu prawnego spółek oraz do ograniczenia przyczyn unieważnienia spółek wpisanych do rejestru. Wydaje się jednocześnie, że oba te cele nie powinny być jednak traktowane rozłącznie, lecz jako dwa elementy tego samego mechanizmu zmierzającego do stworzenia w państwach Wspólnoty ujednoliconego, wiarygodnego systemu rejestru spółek kapitałowych. Te same przyczyny nakazują bowiem zagwarantowanie szerokiego dostępu do informacji o spółkach oraz wiarygodność informacji, że spółka wpisana do

⁶⁹ J. Frąckowiak, *Znaczenie...*, nb 153.

⁷⁰ Por. typową wypowiedź L. Koziorowskiego, *Ile jest warte przedwojenne 100 złotych*, „Rzeczpospolita” z 20.04.2010 r. „obecnie nie ma również żadnych podstaw do wykreślenia powstałych przed II wojną światową spółek akcyjnych z rejestru handlowego inaczej niż przez rozwiązanie spółki i przeprowadzenie postępowania likwidacyjnego. Niedopuszczalne byłoby w szczególności przyjęcie aktu prawnego, który rozwiązywałby problem w sposób generalny. Taki akt mógłby bowiem budzić wątpliwości co do zgodności z dyrektywą 2009/101/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 16.09.2009 r.”. Należy odnotować, że zarzut niezgodności nowelizacji przepisów wprowadzających ustawę o KRS z art. 12 dyrektywy 2009/101/WE został również podniesiony przez Stowarzyszenie Sędziów „Iustitia” (por. uzasadnienie projektu).

⁷¹ Na taki sens dyrektywy 68/151/EWG wskazuje na przykład uchwała SN z 18.01.1994 r. (III CZP 178/93), OSNC 1994/7–8, poz. 154, J.A. Strzępka w: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2009, komentarz do art. 270, teza 2; A. Kidyba w: *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2009, komentarz do art. 272, teza 2; por. jednak również A. Szajkowski, M. Tarska w: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 151–300*, t. 2, Warszawa 2005, komentarz do art. 270, teza 64 wskazujący za orzeczeniem SN z 26.09.1936 r. (C II 1077/36) na dopuszczalność wykreślenia z rejestru handlowego spółki, która nie rozpoczęła prowadzenia przedsiębiorstwa ani nie zaciągnęła zobowiązań (autorzy nie odnoszą się do dyrektywy 68/151/EWG).

rejestru w rzeczywistości istnieje, a jej byt nie zostanie unicestowiony z powodu pewnych okoliczności, które dla osoby mającej dostęp do rejestru pozostają niedostępne.

Z faktu, że spółki nie mogą zostać pozbawione bytu prawnego w związku z uchybieniami podczas procesu rejestracji nie wynika natomiast wykluczenie, że spółki nie mogą w przyszłości przestać istnieć w wyniku swoich własnych działań lub zaniechań. Co więcej, wydaje się, że wykreślenie z rejestru spółek, które *de facto* nie istnieją, realizuje te właśnie cele, które przyświecały twórcom dyrektyw – tj. maksymalizacji wiarygodności i rzetelności danych ujętych w rejestrach handlowych. Nieuwzględnianie w rejestrach handlowych niedziałających spółek, nie stanowi ich „unieważnienia” w rozumieniu tych dyrektyw, lecz jedynie uzgodnienie stanu ujawnionego w rejestrach handlowych ze stanem istniejącym w rzeczywistości. Nietrafne wydaje się również założenie, które nakazuje przeprowadzanie w każdym przypadku postępowania likwidacyjnego, np. w sytuacji, w której postępowanie upadłościowe zostaje umorzone ze względu na brak majątku koniecznego do pokrycia kosztów tego postępowania.

Usuwanie z rejestrów handlowych nieaktywnych podmiotów zdaje się w pewnych sytuacjach stanowić w równym stopniu respektowanie autonomii podmiotów rejestrowych co wykreślanie z rejestrów handlowych spółek zlikwidowanych w wyniku działań samej spółki. Należy zauważyć, że utrata mocy przez wpisy w rejestrach w wyniku analizowanej nowelizacji nie została dokonana w sposób automatyczny wraz z wejściem w życie nowelizacji z 29.04.2010 r. Moc wpisów w dawnych rejestrach została zachowana przez kolejne trzy lata, aż do końca 2013 r. Do końca tego okresu, posługiwanie się odpisami, wyciągami oraz zaświadczeniami jest natomiast możliwe wyłącznie w zakresie niezbędnym do tej rejestracji oraz do dochodzenia lub zaspokojenia roszczeń wobec podmiotów wpisanych do dotychczasowych rejestrów. Wydaje się zatem, że zaniechanie jakichkolwiek działań zmierzających do rejestracji do końca 2013 r. (zarówno przez spółkę, jak również przez wspólników) może być uznane za domniemane przyzwolenie na utratę możliwości dalszego działania przez spółki po upływie tego okresu, zbliżające się pod wieloma względami do utraty bytu prawnego.

Nierozwiązany pozostaje oczywiście problem dalszego losu zobowiązań spółki oraz jej majątku po utracie mocy przez wpisy w dawnych rejestrach. Problematyczne wydaje się w szczególności pytanie, co stanie się z majątkiem nieprzerejestrowanych spółek po 2013 r., jak również ze zobowiązaniami pozaumownymi tych spółek (zaciąganie nowych zobowiązań umownych przez spółki po wejściu w życie noweli wydaje się znacząco utrudnione). Kwestia ta nie należy jednak do problematyki prawa europejskiego nakierowanego na zapewnienie jawności i wiarygodności rejestrów sądowych.

Wydaje się, że znaczącą wskazówkę co do rozumienia dyrektyw 68/151/EWG oraz 2009/101/WE może stanowić również analiza prawnoporównawcza. Jeżeli analiza ta wykaże, że w państwach członkowskich funkcjonują instytucje prawne prowadzące do zakończenia bytu prawnego spółek wpisanych do rejestru w inny sposób niż poprzez rozwiązanie jej przez wspólników lub stwierdzenie nieważności spółki, to ze znacznym prawdopodobieństwem należy uznać, że to praktyka przyjęta na gruncie polskiego porządku prawnego jest zbyt restryktywna, nakładając na ustawodawcę krajowego niepotrzebne ograniczenia.

5. ROZWIĄZANIE PROBLEMU NIEAKTYWNYCH SPÓŁEK HANDLOWYCH W WYBRANYCH PAŃSTWACH UNII EUROPEJSKIEJ

5.1. Wprowadzenie

Już na wstępie należy podkreślić, że poniższa analiza nie zmierza do kompleksowego przedstawienia problemu zakończenia bytu prawnego spółek w państwach Unii Europejskiej. Systemy rejestracyjne w tych krajach różnią się niekiedy dość znacznie. Celem poniższej analizy jest więc raczej wskazanie tych instytucji wykształconych w państwach Unii Europejskiej, które mogłyby stanowić inspirację przy rozwiązywaniu problemu spółek nieprzerejestrowanych do Krajowego Rejestru Sądowego. Niniejsza analiza pozwala również ocenić, na ile ustawodawstwo przyjęte w Polsce stanowi ewenement wśród porządków prawnych państw UE. Naturalnym przedmiotem badania wydaje się analiza tych regulacji, które przewidują zakończenie bytu spółek handlowych, szczególnie w tych przypadkach, w których tego rodzaju spółki nie przejawiają aktywności. Szczególne znaczenie należy przyznać regulacjom dotyczącym spółek, do których odnoszą się gwarancje wyżej opisanych dyrektyw, tj. spółek z ograniczoną odpowiedzialnością, spółek akcyjnych, spółek komandytowo-akcyjnych.

5.2. Prawo brytyjskie – instytucja *striking off*

5.2.1. Wprowadzenie

Ustawodawca unijny precyzując podmiotowy zakres zastosowania dyrektywy w odniesieniu do porządku prawnego Zjednoczonego Królestwa zrezygnował z wyliczenia typów spółek podlegających prawodawstwu unijnemu na rzecz opisu ich wskazania, jako spółek zawiązanych z ograniczeniem odpowiedzialności⁷². Wymaga odnotowania, że w brytyjskim porządku prawnym rejestr spółek nie jest prowadzony przez sąd lecz przez tzw. *Companies House* stanowiący agencję Ministerstwa Gospodarki, Nauki i Innowacji⁷³. Tym samym – zgodnie z dominującym w polskim porządku prawnym rozumieniem dyrektyw – nie powinno być możliwe przyznanie temu organowi kompetencji unieważnienia spółek.

Problem unieważnienia spółek nie występuje z zasady w brytyjskim porządku prawnym⁷⁴. W roku 1994 na mocy *Deregulation and Contracting Out Act 1994* ustawodawca wprowadził natomiast do ustawy o spółkach, uchwalonej dziesięć lat wcześniej (*Companies Act 1985*) instytucję wykreślenia spółki z rejestru (*striking off*)⁷⁵.

⁷² *Companies incorporated with limited liability, nota bene* opisowy charakter tego pojęcia umknął uwadze tłumaczy i we wszystkich innych wersjach językowych dyrektyw opis ten figuruje jako nietłumaczona, oryginalna „nazwa” spółek brytyjskich objętych regulacją prawa wspólnotowego. W rzeczywistości wydaje się, że pod tym opisem mieszczą się wszelkie tzw. *limited company*, tj. *private company limited by shares*, *public limited company* itp.

⁷³ *Executive Agency of The Department for Business, Innovation and Skills*; cyt. za www.companieshouse.gov.uk/about/boardManagement.shtml; jako cele tego rejestru wskazuje się zawiązywanie i rozwiązywanie spółek (*incorporate and dissolve limited companies*), weryfikowanie, zbieranie i upowszechnianie informacji, wymaganych przez przepisy prawa.

⁷⁴ Wydaje się, że tak należy przyjąć w oparciu o artykuł R.R. Drury, *Nullity of Companies...*, s. 644.

⁷⁵ Instytucja ta normowana była przez art. 652A–625F *Companies Act 1985*.

Instytucja ta została następnie recypowana w nowym prawie spółek uchwalonym w 2006 r. (*Companies Act 2006*). Opiera się ona na założeniu wykreślenia spółki z rejestru, skutkującego jej rozwiązaniem bez postępowania likwidacyjnego oraz przejęciem majątku spółki na rzecz Skarbu Państwa (tj. Korony). Unormowania dotyczące *striking off* zostały zawarte w § 1000–1011 *Companies Act 2006*.

5.2.2. Przestanki i procedura zastosowania *striking off*

Zarówno procedura, jak również przesłanki zastosowania omawianej instytucji zostały zawarte w § 1000 *Companies Act*. Przesłanką do wykreślenia spółki z rejestru jest ustalenie, że spółka nie prowadzi działalności (*company is not carrying on business or in operation*). Procedura wykreślenia spółki z rejestru następuje kilkietapowo. W pierwszym etapie, rejestr posiadając uzasadnione powody, aby przypuszczać, że spółka nie prowadzi działalności⁷⁶, wysła do spółki pismo w celu wyjaśnienia tej kwestii (§ 1000 ust. 1 *Companies Act 2006*). Pismo wysyłane jest na adres spółki wskazany w rejestrze, jeżeli tylko adres spółki jest tam wskazany (§ 1002 ust. 1 *Companies Act 2006*)⁷⁷. Jeżeli w ciągu miesiąca od wysłania pisma rejestr nie otrzyma odpowiedzi, następuje drugi etap postępowania o wykreślenie. Urząd w ciągu czternastu dni po upływie wymienionego wyżej miesięcznego terminu wysła do spółki listem poleconym pismo odwołujące się do pierwszego pisma oraz stwierdzające, że po pierwsze – nie otrzymano odpowiedzi na pierwsze pismo oraz po drugie – że brak odpowiedzi na niniejsze, drugie pismo będzie skutkował publikacją wzmianki o tym fakcie w publikatorze gospodarczym z możliwością wykreślenia firmy spółki z rejestru⁷⁸ (§ 1000 ust. 2 *Companies Act 2006*).

Jeżeli rejestr uzyska w odpowiedzi informację, że spółka nie prowadzi działalności albo w ciągu miesiąca od wysłania pisma nie uzyska żadnej odpowiedzi ze strony spółki, rozpoczyna się trzeci etap wykreślenia spółki z rejestru. Polega on na zamieszczeniu w publikatorze gospodarczym oraz wysłaniu na adres spółki informacji, że z upływem trzech miesięcy od dnia zamieszczenia wskazanej wzmianki nazwa spółki w niej wskazanej, przy braku nowych okoliczności (*unless cause is shown to the contrary*) zostanie skreślona z rejestru, a sama spółka zostanie rozwiązana (§ 1000 ust. 3 *Companies Act 2006*).

Po upływie wskazanego czasu w przypadku braku nowych okoliczności powołanych przez spółkę urząd może skreślić spółkę z rejestru, o czym rejestr jest zobowiązany zawrzeć stosowną wzmiankę w publikatorze gospodarczym. Z chwilą publikacji stosownej notki spółka ulega rozwiązaniu (§ 1000 ust. 4–6 *Companies*

⁷⁶ Uzasadnione przypuszczenia może powstać, zgodnie z wyjaśnieniami zawartymi na rządowej stronie www.businesslink.gov.uk, w szczególności wówczas, gdy urząd rejestrowy nie otrzyma dokumentów, które powinny zostać dostarczone przez spółkę, poczta wysyłana na adres spółki przez urząd rejestrowy wraca jako nie-dostarczona lub spółka – według wiedzy organu rejestrowego – nie posiada zarządu. Por. w tym zakresie na www.businesslink.gov.uk/bdotg/action/detail?itemId=1085046992&cr.i=1085047090&cr.l1=1073858808&cr.l2=1073859230&cr.l3=1085045289&cr.s=sc&cr.t=RESOURCES&type=RESOURCES (stan: grudzień 2011).

⁷⁷ W pozostałych przypadkach *Companies Act* nakazuje wysłanie pisma do osób związanych ze spółką, których adresy są uwidocznione w rejestrze. Kwestia ta z punktu widzenia polskiego porządku prawnego posiada jednak znaczenie drugorzędne.

⁷⁸ Dosłownie *will be published in the Gazette with a view to striking the company's name off the register*. Przy czym *Gazette* należy uznać za odpowiednik polskiego Monitora Gospodarczego.

Act 2006). Rozwiązanie spółki nie wpływa jednocześnie ani na odpowiedzialność członków zarządu oraz niektórych osób związanych ze spółką ani na kompetencję sądu do przeprowadzenia likwidacji spółki (§ 1000 ust. 7).

Companies Act 2006 przewiduje również w artykule 1001 obligatoryjne podjęcie działań zmierzających do wykreślenia spółki z rejestru w przypadku pewnych nieprawidłowości działania likwidatora w toku postępowania likwidacyjnego. W artykule 1003 ww. ustawy unormowane jest również wykreślenie spółki z rejestru na wniosek spółki. Również w tym przypadku warunkiem jest brak aktywności spółki, utrzymujący się w ciągu trzech miesięcy od czasu zamieszczenia w publikatorze gospodarczym informacji o zamiarze skreślenia spółki z rejestru. Należy odnotować, że ten rodzaj zakończenia bytu prawnego spółki jest częstokroć wskazywany przez prawników jako opłacalna alternatywa dla postępowania likwidacyjnego.

5.2.3. Skutki prawne *striking off* – przypadek majątku na rzecz Korony

Podstawowym skutkiem prawnym *striking off* jest utrata bytu prawnego przez spółkę. Jednocześnie majątek spółki staje się majątkiem bez właściciela, tzw. *bona vacantia*, przechodzącym – zgodnie z utrwalonym stanowiskiem systemu *common law* – na Koronę (*Crown*, Brytyjski Skarb Państwa). Podstawę prawną dla tej sukcesji stanowi § 1012 *Companies Act 2006*. Na mocy tego przepisu po ustaniu bytu prawnego spółki wszelkie prawa majątkowe przynależne jej bezpośrednio przed *striking off* są traktowane jako *bona vacantia* oraz stają się dobrami Skarbu Państwa na tych samych zasadach, co inne dobra pozbawione właściciela.

Skarb Państwa posiada prawo do zrzeczenia się nabycia majątku i zaniegowania swojego tytułu do majątku spółki. Prawo odmowy nabycia majątku spółki musi zostać wykonane maksymalnie w ciągu trzech lat od daty, w której Skarb Państwa uzyskał informację o tym, że mienie spółki stanowi *bona vacantia*. Nota o skorzystaniu z prawa odmowy nabycia majątku musi zostać doręczona do organu rejestrowego, podlega zarejestrowaniu przez ten organ, jak również ogłoszeniu w publikatorze gospodarczym (§ 1013 *Companies Act 2006*). Sąd w drodze zarządzenia (tzw. *vesting order*) może przyznać majątek objęty zrzeczeniem osobom legitymującym się w stosunku do tego majątku odpowiednim interesem prawnym (§ 1017–1019 *Companies Act 2006*).

5.2.4. Odwracalność skutków prawnych *striking off* – możliwość przywrócenia bytu wykreślonej spółki

Prawo brytyjskie przewiduje dwa rodzaje przywrócenia wpisu w rejestrze (*restoration to register*) spółki, która została zeń wykreślona w drodze procedury *striking off*. Przywrócenie to może bowiem nastąpić na mocy aktu administracyjnego urzędu rejestrowego lub na mocy orzeczenia sądowego.

5.2.4.1. Przywrócenie wpisu w drodze administracyjnej

Przesłanki przywrócenia wpisu w rejestrze w drodze administracyjnej zostały unormowane w § 1024 i n. *Companies Act 2006*. Z wnioskiem o przywrócenie wpisu można zwrócić się również w okresie, w którym spółka nie została jeszcze

rozwiązana w tym trybie (czyli jak się zdaje w okresie między wykreśleniem spółki z rejestru a zamieszczeniem wzmianki o tym fakcie w publikatorze gospodarczym)⁷⁹. Ze wskazanym wnioskiem do urzędu rejestrowego zwrócić się mogą wyłącznie byli udziałowcy lub były prezes zarządu (*former director*) spółki (§ 1024 ust. 3). Wniosek w tym zakresie nie może zostać złożony po upływie sześciu lat od czasu rozwiązania spółki w drodze *striking off* (§ 1024 ust. 4).

Wniosek o przywrócenie spółki do rejestru może zostać uwzględniony przez urząd rejestrowy tylko wówczas, gdy jednocześnie spełnione są następujące warunki. **Po pierwsze**, w dacie wykreślenia z rejestru spółka prowadziła działalność (§ 1025 ust. 2). **Po drugie**, jeżeli jakikolwiek majątek spółki przypadł jako *bona vacantia* Koronie, odpowiedni przedstawiciel Skarbu Państwa musi zwrócić się do urzędu rejestrowego z pisemną zgodą na przywrócenie spółki do rejestru (§ 1025 ust. 3), rzeczą wnioskodawcy jest natomiast uzyskanie tej zgody oraz poniesienie kosztów zarządu mieniem spółki w okresie po jej rozwiązaniu (§ 1025 ust. 4 pkt a), jak również kosztów związanych z rozpatrzeniem jego wniosku (§ 1025 ust. 4 pkt b). **Po trzecie**, wnioskodawca jest zobowiązany dostarczyć dokumenty konieczne do aktualizacji danych rejestrowych (§ 1025 ust. 5 pkt a) oraz zapłacić grzywny związane z naruszeniem obowiązków sprawozdawczych należnych w dacie skreślenia spółki z rejestru. Na mocy § 1026 *Companies Act 2006* do wniosku należy dołączyć oświadczenie (*statement of compliance*), że wnioskodawca posiada legitymację do złożenia wniosku oraz, że przesłanki przywrócenia spółki do rejestru zostały spełnione. Oświadczenie to może zostać uznane przez organ rejestrowy za wystarczający dowód tych okoliczności.

W przypadku uwzględnienia wniosku urząd rejestrowy zawiera w rejestrze wzmiankę co do daty, od której przywrócenie spółki stanie się skuteczne, jak również zobowiązany jest opublikować stosowną wzmiankę o tym fakcie w publikatorze gospodarczym (§ 1027 ust. 3). W informacji opublikowanej w publikatorze gospodarczym musi zostać podana firma spółki lub, jeżeli przywrócenie spółki skutkuje wpisem spółki pod inną nazwą, wcześniejsza i obecna firma spółki, jej numer rejestrowy, jak również data, od której przywrócenie spółki do rejestru będzie skuteczne. Charakterystycznym skutkiem przywrócenia spółki w drodze administracyjnej jest skuteczność *ex tunc* tego aktu. Spółka jest traktowana tak, jakby nigdy nie została rozwiązana ani wykreślona z rejestru. Oczywiście wyjątkiem od tej zasady jest, unormowane w § 1028 ust. 2 zwolnienie spółki od odpowiedzialności za zaniedbanie obowiązków sprawozdawczych w okresie między rozwiązaniem spółki i wykreśleniem jej z rejestru a jej przywróceniem. Sąd posiada natomiast kompetencję do podjęcia takich rozstrzygnięć, które w słuszny sposób zapewnią skuteczność *ex tunc* decyzji o przywróceniu spółki do rejestru zarówno w stosunku do spółki, jak również w stosunku do wszystkich innych osób⁸⁰. Wniosek w tym zakresie może zostać wniesiony w ciągu trzech lat od daty przywrócenia spółki do rejestru (1028 ust. 4).

⁷⁹ § 1024 ust. 2 *An application under this section may be made whether or not the company has in consequence been dissolved.*

⁸⁰ § 1028 ust. 3 *The court may give such directions and make such provision as seems just for placing the company and all other persons in the same position (as nearly as may be) as if the company had not been dissolved or struck off the register.*

5.2.4.2. Przywrócenie wpisu w drodze orzeczenia sądowego

Przesłanki przywrócenia wpisu w rejestrze przez sąd zostały uregulowane w § 1029 i n. *Companies Act*. Należy wskazać, że przywrócenie wpisu na tej drodze jest możliwe nie tylko wówczas, gdy spółka została wykreślona z rejestru w drodze procedury *striking off*, lecz także wówczas, gdy została ona rozwiązana w drodze postępowania likwidacyjnego w związku ze swoją upadłością lub w wyniku postępowania administracyjnego.

W porównaniu do przywrócenia spółki do rejestru w drodze postępowania administracyjnego, przywrócenie spółki do rejestru w drodze postępowania sądowego cechuje znacznie szerszy krąg podmiotów legitymowanych do zainicjowania tego postępowania. Zgodnie z § 1029 *Companies Act* wniosek w tym względzie może bowiem zostać złożony do sądu przez jakąkolwiek osobę, która uprawdopodobni sądowi posiadanie interesu prawnego w tym zakresie⁸¹, w tym m.in. przez:

- Sekretarza Stanu⁸²,
- byłego członka zarządu spółki,
- osobę posiadającą uprawnienia w stosunku do nieruchomości, wobec której spółka posiada uprawnienia korzystające z pierwszeństwa przed prawami tej osoby⁸³,
- osobę posiadającą uprawnienia w stosunku do rzeczy stanowiącej przedmiot uprawnień spółki lub, w związku z którą to rzeczą na spółce ciążyą określone zobowiązania,
- osoby, które w chwili rozwiązania spółki pozostawały ze spółką w stosunku umownym,
- osoby mogące podnosić określone roszczenia przeciwko spółce.

W zakresie terminu do wniesienia wniosku *Companies Act* różnicuje sytuację prawną wnioskodawców w zależności od celu przywrócenia spółki do rejestru. Jeżeli celem przywrócenia spółki do rejestru byłoby wszczęcie postępowania odszkodowawczego przeciwko spółce związanego ze szkodą na osobie, wniosek o przywrócenie spółki do rejestru może zostać złożony w każdym czasie. *Companies Act* zastrzega jednak równocześnie, że przywrócenie spółki nie powinno zostać dokonane, jeżeli w ocenie sądu ewentualne powództwo odszkodowawcze zostałoby i tak oddalone ze względu na upływ czasu (dawność). Należy jednocześnie zauważyć, że okres między *striking off* a ewentualnym przywróceniem spółki do rejestru może, choć nie musi, być uwzględniany przy liczeniu terminów dawności przez sąd (1030 ust. 1–3).

W każdym innym przypadku wniosek o przywrócenie spółki do rejestru powinien zostać złożony w ciągu sześciu lat od daty rozwiązania spółki, chyba że prezes zarządu spółki wniósł wcześniej w określonym terminie wniosek o administracyjne przywrócenie spółki do rejestru i wniosek ten został oddalony przez

⁸¹ Dosłownie *appearing to the court to have an interest in the master*.

⁸² Jeden z 22 członków brytyjskiej Rady Ministrów (*Cabinet of the United Kingdom*), powoływany przez premiera, zwierzchnik administracji państwowej w powierzonym sobie zakresie. Jego status w znacznym zakresie odpowiada kompetencjom ministra w porządku prawnym RP.

⁸³ Por. § 1029 ust. 2 pkt c „– land in which the company had a superior or derivative interest”.

urząd rejestrowy. W takiej sytuacji wniosek do sądu może zostać złożony w ciągu 28 dni od wydania decyzji przez urząd rejestrowy, chociażby okres sześciu lat od daty rozwiązania spółki już upłynął.

Charakterystyczne, że *Companies Act 2006* nie normuje w sposób enumeratywny przesłanek sądowego przywrócenia spółki do rejestru. Na mocy § 1031 przywrócenie spółki do rejestru przez sąd może mieć miejsce zarówno wówczas, gdy spółka została skreślona z rejestru pomimo tego, że w dacie wykreślenia prowadziła działalność gospodarczą lub nie zostały spełnione warunki wykreślenia (1031 ust. 1 pkt a i b), jak również w każdej innej sytuacji, w której sąd uzna to za słuszne (1031 ust. 1 pkt c)⁸⁴. Przywrócenie spółek do rejestru wywiera skutek prawny z chwilą doręczenia orzeczenia sądu do urzędu rejestrowego. Urząd rejestrowy zamieszcza w publikatorze gospodarczym informację o przywróceniu spółki do rejestru. Informacja ta jest zbliżona pod względem treści z informacją o przywróceniu spółki do rejestru w drodze postępowania administracyjnego.

Skutki sądowego przywrócenia spółki do rejestru unormowane w § 1032 *Companies Act 2006* są również w znacznym stopniu tożsame ze skutkami przywrócenia spółki do rejestru w drodze postępowania administracyjnego – spółka jest traktowana w ten sposób, jakby jej egzystencja nie została przerwana przez wykreślenie z rejestru z wyłączeniem odpowiedzialności za naruszenie obowiązków sprawozdawczych w okresie po wykreśleniu spółki z rejestru. Sądowi przysługuje również uprawnienie do podjęcia rozstrzygnięć zmierzających do zapewnienia skuteczności *ex tunc* orzeczenia o przywróceniu spółki do rejestru.

Companies act 2006 przewiduje również w § 1034 skutki prawne przywrócenia wpisu w rejestrze w zakresie majątku, który jako *bona vacantia* podlegał czynnościom rozporządzającym. Co do zasady przywrócenie wpisu w rejestrze nie wpływa na skuteczność tych czynności, spółka może natomiast domagać się wydania korzyści uzyskanych w wyniku czynności rozporządzających lub wartości majątku zbytego przez Koronę z potrąceniem wydatków poniesionych przez Skarb Państwa.

5.3. Prawo niemieckie

5.3.1. Wprowadzenie

W porządku prawnym RFN nie występuje instytucja wykreślenia z rejestru spółki z tego tylko względu, że nie prowadzi ona działalności. Wymaga natomiast omówienia instytucja wykreślenia z rejestru spółki niemającej własnego majątku (*Löschung vermögensloser Gesellschaften*). Instytucja ta pojawiła się najpierw ustawie z 9.10.1934 r. o rozwiązywaniu i wykreślaniu z rejestru spółek i spółdzielni (*Gesetz über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften* – skracana jako *Amtslöschungsgesetz*). Sama *Amtslöschungsgesetz* stanowiła zresztą usankcjonowanie istniejącej już praktyki orzeczniczej⁸⁵. Na mocy § 2 tej ustawy spółka podlegała wykreśleniu z rejestru w sytuacji, w której nie

⁸⁴ § 1031 ust. 1 pkt c „if in any other case the court considers it just to do so”.

⁸⁵ C.W. Canaris, H., Staub, *Handelsgesetzbuch: Grosskommentar*, t. 1, Berlin–Nowy Jork 1995, s. 217.

posiadała majątku; jako niewystarczającą uznawano samą niewypłacalność spółki. Postępowanie w tym zakresie zostało unormowane w § 141a *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (dalej jako FGG)⁸⁶. Na tle powyższych ustaw sformułowane zostały także podstawowe ustalenia dogmatyczne i praktyczne. Z dniem 1.09.2009 r. FGG została zastąpiona przez *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (FamFG)⁸⁷. Wykreśleniu z rejestru spółki nieposiadającej majątku poświęcony został § 394 tej ustawy.

5.3.2. Przesłanki zastosowania *Löschung vermögensloser Gesellschaften*

Wykreśleniu w omawianym zakresie mogą podlegać spółka akcyjna, spółka komandytowo-akcyjna oraz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Zasady wykreślenia spółki z rejestru znajdują ponadto odpowiednie zastosowanie do spółek jawnych i komandytowych, o ile tylko żaden z osobiście odpowiedzialnych wspólników tych spółek nie jest osobą fizyczną. Spółki takie mogą zostać wykreślone z rejestru pod warunkiem, że brak jakiegokolwiek majątku dotyczy zarówno samej spółki, jak również wspólników, którzy odpowiadają osobiście. Nie jest także dopuszczalne wykreślenie spółek jawnych i komandytowych, jeżeli ich osobiście odpowiedzialnym wspólnikiem jest inna spółka jawna lub komandytowa, w której wspólnikiem odpowiedzialnym osobiście jest osoba fizyczna.

Konieczną przesłanką wykreślenia spółki z rejestru na podstawie § 394 FamFG jest, jak już wspomniano, „brak majątku” spółki. W literaturze podnosi się, że spółki nieposiadające majątku „i przez to niezdolne do życia” stanowią zagrożenie dla obrotu prawnego⁸⁸. Usunięciu tego zagrożenia służy właśnie instytucja w znacznym stopniu odformalizowanego wykreślenia spółki z obrotu. Brak posiadania jakiegokolwiek majątku przez spółkę może zostać stwierdzony w wyniku przeprowadzenia postępowania upadłościowego (w takiej sytuacji spółka podlega wykreśleniu z rejestru z urzędu). Nie jest to jednak konieczny warunek wykreślenia spółki z rejestru w tym trybie. Warunkiem wykreślenia spółki z rejestru jest brak rzeczywistego majątku. Nie stanowią tego majątku np. nieściągalne (choćby istniejące) wierzytelności, ani należące do spółki wraki pojazdów, czy też zanieczyszczone grunty⁸⁹.

Postępowanie o wykreślenie może zostać wszczęte albo z urzędu, albo na wniosek organów skarbowych lub organów samorządu gospodarczego⁹⁰. Charakterystyczne przy tym, że sama spółka nie ma legitymacji do wnioskowania o wykreślenie jej z rejestru bez postępowania likwidacyjnego. Spółka może natomiast spowodować podjęcie działania z urzędu przez sąd, na przykład przedstawiając mu pewne informacje. W piśmiennictwie niemieckim brakuje zgody, co do tego, czy podjęcie działania z urzędu, jak również sama decyzja o wykreśleniu spółki

⁸⁶ Chodzi o zakres aktywności sądu zbliżony do polskiego postępowania nieprocesowego. Tradycyjnie do *freiwillige Gerichtsbarkeit* zaliczane są niektóre sprawy rejestrowe.

⁸⁷ Dosłownie ustawa o postępowaniu w sprawach rodzinnych oraz sprawach nieprocesowych.

⁸⁸ R.A. Schütze, B. Wiczorek, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, t. 1, cz. 2, Berlin, 1995, s. 1207.

⁸⁹ Por. F. Scholz, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, t. 2, Kolonia 2002, komentarz § 74 nb 12 i 14.

⁹⁰ Udział określonych organów samorządu gospodarczego w postępowaniu rejestrowym jest przewidziany w § 380 FamFG.

z rejestru, należą do sfery uznania sędziowskiego, czy też stanowią obowiązek sądu w przypadku, w którym zachodzą przesłanki wykreślenia spółki z rejestru (tj. brak posiadania majątku przez spółkę)⁹¹.

W kontekście działania przez sąd rejestrowy z urzędu należy odnotować, że na mocy § 379 ust. 2 FamFG organy finansowe mają obowiązek udzielania informacji sądom rejestrowym o stanie zobowiązań podatkowych przedsiębiorców wszelkich informacji potrzebnych do orzekania o wykreśleniu wpisów w rejestrze.

5.3.3. Postępowanie

Po wszczęciu postępowania o wykreślenie (niezależnie od tego, czy wszczęcie następuje z urzędu, czy też na wniosek uprawnionych podmiotów), sąd rejestrowy jest zobowiązany poinformować organ spółki (jeżeli takowy istnieje, a jego tożsamość i miejsce pobytu na terenie RFN są znane), oraz wyznaczyć temu przedstawicielowi odpowiedni termin do złożenia sprzeciwu wobec wykreślenia spółki z rejestru.

W przypadku, w którym nie powstaje obowiązek poinformowania przedstawiciela spółki i wyznaczenia mu odpowiedniego terminu do złożenia sprzeciwu (np. braku aktualnych informacji co do organu spółki) sąd może zarządzić ogłoszenie i ustalenie terminu do zgłoszenia sprzeciwu w drodze ogłoszenia w systemie informatycznym stworzonym w tym celu przez administrację wymiaru sprawiedliwości, jak to ma miejsce w przypadku ogłoszeń o wpisach do rejestru handlowego⁹². W takiej sytuacji legitymację do zgłoszenia sprzeciwu posiada każda osoba, która ma interes prawny w niewykreślanu spółki z rejestru handlowego.

Do postępowania o wykreślenie spółki z rejestru stosuje się odpowiednio unormowania dotyczące wykreślenia z rejestru firmy (określone w § 393 ust. 3–5 FamFG). Na mocy tych unormowań orzeczenia sądu rejestrowego w przedmiocie wykreślenia spółki nieposiadającej majątku zapadają w formie postanowień, od których przysługuje zażalenie. Dotyczy to zarówno sytuacji, w której w wyniku postępowania następuje wykreślenie spółki z rejestru, jak również sytuacji, w której sąd rejestrowy odmawia dokonania wykreślenia. Jeżeli został złożony sprzeciw wykreślenie spółki z rejestru następuje dopiero wówczas, gdy postanowienie o oddaleniu sprzeciwu uprawomocniło się.

5.3.4. Skutki prawne wykreślenia spółki z rejestru

Skutki wykreślenia z rejestru spółki nieposiadającej majątku, sprowadzają się do jej rozwiązania oraz końca jej bytu⁹³. Skutki, podobnie jak w przypadku *striking off*,

⁹¹ Tak na gruncie poprzedniego stanu prawnego (§ 141a FGG) F. Becker, T. Bürgers, T. Körber, *Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz*, Heidelberg–Monachium–Landsberg–Berlin 2008, s. 1561 oraz cytowane tam źródła.

⁹² Na mocy § 10 Handelsgesetzbuch (HGB) sąd może zarządzić ogłoszenie informacji o wpisach w rejestrze handlowym w systemie informatycznym ustanowionym przez administrację wymiaru sprawiedliwości.

⁹³ Por. w odniesieniu do spółki akcyjnej § 262 pkt 6 ustawy o akcjach (*Aktiengesetz* – AktG), w odniesieniu do spółki komandytowo-akcyjnej § 289 ust. 2 pkt 3 AktG, w odniesieniu do spółki z o.o. – § 60 pkt 7 ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* – GmbHG) oraz – w odniesieniu do spółki jawnej – § 131 ust. 2 kodeksu handlowego (HGB). Wszystkie te przepisy wskazują wykreślenie spółek nieposiadających majątku, jako jeden z przypadków rozwiązania spółki.

są odwracalne, choć jest to „odwracalność” innego rodzaju, wiążąca się ze swego rodzaju deklaracyjnym charakterem wykreślenia z rejestru spółki nieposiadającej majątku⁹⁴. Jedynym sposobem przywrócenia bytu prawnego takiej osobie prawnej jest więc wykazanie istnienia pewnych składników majątkowych należących do spółki. Wobec braku występującej w prawie brytyjskim sukcesji *bona vacantia* na Skarb Państwa, istnienie składników majątkowych należących do spółki wykreślonej ze względu na brak majątku skutkuje swego rodzaju „przywróceniem” tej spółki do życia.

I tak, wykreślenie spółki z rejestru ze względu na brak majątku nie stoi najpierw na przeszkodzie postępowaniu likwidacyjnemu, jeżeli po wykreśleniu okaże się, że istnieje majątek spółki, który podlega (może podlegać) podziałowi⁹⁵. Wykreślenie z rejestru nie musi również skutkować automatyczną utratą osobowości prawnej i zdolności sądowej. Jak stwierdził *Bundesgerichtshof* w orzeczeniu z 25.10.2010 r.⁹⁶, wykreślenie z rejestru spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, które ma miejsce w trakcie procesu, w którym spółka jest pozwanym, nie skutkuje utratą przez tę spółkę zdolności sądowej, o ile powód wykaże, że spółka posiada jeszcze majątek. W sytuacji, w której spółka zostaje wykreślona z rejestru w toku procesu, w którym przyjmuje stronę czynną (powoda, wnioskodawcy) skutki wykreślenia z rejestru zależą od tego, czy przedmiotem procesu jest roszczenie majątkowe, czy też niemajątkowe. W przypadku, gdy przedmiotem procesu jest roszczenie majątkowe spółka nie traci wprawdzie zdolności sądowej, jest ona jednak traktowana na równi ze spółką postawioną w stan likwidacji, zatem w procesie może być reprezentowana jedynie przez likwidatora⁹⁷.

Powyższe ustalenia wiążą się z przeważającą w prawie niemieckim teorią podwójnego stanu faktycznego (*Doppeltatbestand*), zgodnie z którą wykreślenie spółki z rejestru wtedy tylko powoduje utratę podmiotowości przez spółkę, gdy spółka rzeczywiście nie ma już żadnego majątku⁹⁸. W tym znaczeniu wykreślenie z rejestru posiada, jak to już wyżej wskazano, jedynie znaczenie deklaratywne. Jeżeli natomiast istnieje majątek spółki posiadający realną wartość, spółka „istnieje” nadal pomimo swojego wykreślenia.

5.4. Prawo Austriackie – modyfikacje instytucji niemieckiej

5.4.1. Wprowadzenie

Niemiecka *Amtslöschungsgesetz* została wprowadzona w Austrii 1.03.1939 r. na mocy tzw. Czwartego Rozporządzenia Wprowadzającego Kodeks Handlowy

⁹⁴ Swego rodzaju, gdyż jak trafnie zauważono w literaturze, dopuszczenie do możliwości, że spółka traci osobność prawną w inny sposób niż poprzez wykreślenie (które miałyby charakter deklaracyjny) prowadziłoby do poważnych trudności praktycznych. Spółka mogłaby na przykład powoływać się na brak zdolności prawnej do przyjęcia na siebie zobowiązań w okresie, w którym nie posiadała majątku. Dlatego też, w niemieckim porządku prawnym przyjmuje się konstrukcję, zgodnie z którą brak majątku stanowi konieczną lecz niewystarczającą przesłankę utraty bytu prawnego przez spółkę, konieczne jest jeszcze wykreślenie spółki z rejestru – R.A. Schütze, B. Wieczorek, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Berlin 1995, t. 1, cz. 2, s. 1208.

⁹⁵ Por. § 264 ust. 2 AktG (spółka akcyjna), § 290 ust. 3 AktG (spółka komandytowo-akcyjna), § 66 ust. 5 GmbHG (spółka z o.o.), § 145 HGB (spółka jawna).

⁹⁶ Orzeczenie z 25.10.2010 r. (II ZR 115/09), „Beck-Rechtsprechung” 2010, s. 29390.

⁹⁷ R.A. Schütze, B. Wieczorek, *Zivilprozessordnung*..., t. 1, cz. 2, s. 1209.

⁹⁸ Tak, odnośnie do spółki z o.o. E. Reitenbach, *Die Beendigung der GmbH – systematische Darstellung und Möglichkeiten*, Wiedeń 2010, s. 209; por. również, R.A. Schütze, B. Wieczorek, *Zivilprozessordnung*..., t. 1, cz. 2, s. 1209.

z 24.12.1938 r. (*Vierte Einführungsverordnung zum Handelsgesetzbuch* – dalej w skrócie 4.EVHGB), które po Anschlussie Austrii wprowadziło na jej terenie niemieckie prawo handlowe. Ustawa ta, jeżeli nie liczyć kilku drobnych poprawek jeszcze w drugiej połowie lat pięćdziesiątych ubiegłego wieku odpowiadała swemu niemieckiemu pierwowzorowi, posługując się również niemiecką nomenklaturą pojęciową⁹⁹. Stanu tego nie zmieniło nawet uchwalenie pod koniec 1990 r. ustawy rejestrowej (tzw. *Firmenbuchgesetz* – w skrócie FBG)¹⁰⁰, powielającej z niewielkimi modyfikacjami regulacje przyjęte w *Amtslöschungsgesetz*.

Sytuacja zmieniała się dopiero w wyniku nowelizacji FBG z 1999 r.¹⁰¹ W celu zwiększenia efektywności omawianej instytucji nowela wprowadziła istotne zmiany do istniejącego modelu. Jako *ratio* nowelizacji wskazywano znaczną liczbę zarejestrowanych lecz niedziałających i nieposiadających majątku spółek, których istnienie w rejestrach wiązało się ze znacznym nakładem pracy związanej ze zbędnym doręczaniem pism urzędowych i sądowych. W uzasadnieniu projektu zauważono również, że wykreślenie takich spółek służyło wiarygodności rejestru sądowego, podniesieniu ekonomii pracy sądów rejestrowych. W pracach nad projektem analizowano m.in. zgodność projektowanej regulacji z prawem unijnym, nie stwierdzając jednak jakichkolwiek zastrzeżeń w tym zakresie.

5.4.2. Przestanki wykreślenia spółek

Podstawową przesłanką do wykreślenia spółki z rejestru zgodnie z omawianą „nową” regulacją pozostaje oczywiście dokonanie przez sąd prawomocnego ustalenia, że spółka nie posiada majątku. Ustawa austriacka przewiduje jednak w tym względzie, w porównaniu do regulacji niemieckiej, daleko idące uproszczenia.

5.4.2.1. Umorzenie lub odmowa wszczęcia postępowania upadłościowego

Pierwszą i wystarczającą przesłanką do rozwiązania spółki w związku z brakiem majątku (skutkującego jej wykreśleniem) jest prawomocne orzeczenie wydane w postępowaniu upadłościowym. Zgodnie z § 39 *Firmenbuchgesetz* każda spółka wpisana do rejestru niezależnie od innych przypadków określonych prawem ulega bowiem rozwiązaniu na mocy samego postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania upadłościowego lub jego umorzeniu ze względu na brak majątku potrzebnego na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego.

Hipoteza wskazanej normy dotyczy zarówno spółek kapitałowych, jak również i innych podlegających rejestracji spółek (np. jawnych, komandytowych).

⁹⁹ Por. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o rejestrze handlowym *Firmenbuchgesetz*, projekt z 15.02.1999 r., s. 4, materiał dostępny na www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXI/I/01588/fname_140512.pdf (stan na koniec 2010 r.).

¹⁰⁰ Pełna nazwa tego aktu brzmi: *Bundesgesetz über das Firmenbuch und Änderungen des Handelsgesetzbuchs, des Aktiengesetzes 1965, des Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, des Gesetzes über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, des Erwerbsgesellschaftengesetzes, der Vierten Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich, des Amtslöschungsgesetzes, des Umwandlungsgesetzes, des Versicherungsaufsichtsgesetzes, des Außerstreitgesetzes, der Jurisdiktionsnorm, des Gerichtsorganisationsgesetzes, der Exekutionsordnung, der Konkursordnung, der Ausgleichsordnung, des Geldinstitutezentralegesetzes, des Rechtspflegergesetzes, des Gerichtskommissärsgesetzes, des Gerichtsgebührengesetzes und der Gewerbeordnung 1973*.

¹⁰¹ „Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich”, część pierwsza (BGBl. I) z 30.04.1999 r. nr 74/1999.

Środki proceduralne mające zagwarantować poszanowanie interesów spółki oraz jej wierzycieli (np. zażalenie na odmowę wszczęcia postępowania upadłościowego, wpis informacji o umorzeniu postępowania do rejestru) pozostają unormowane w prawie upadłościowym. FBG reguluje natomiast treść wpisu do rejestru w sytuacji wydania wymienionego wyżej postanowienia, nakazując dokonanie wpisu o rozwiązaniu spółki. Wpis ten jest dokonywany z urzędu przez sąd rejestrowy (§ 39 ust. 2 FBG).

5.4.2.2. Brak złożenia sprawozdań rocznych przez dwa następujące po sobie lata obrachunkowe

Przepis § 40 FBG, stanowiący podstawowy przepis poświęcony wykreśleniu spółki z rejestru ze względu na brak majątku, ustanawia ponadto – w przypadku w którym istnienie majątku spółki nie jest oczywiste – wzruszalne domniemanie braku tego majątku, jeżeli przez dwa następujące po sobie lata obrachunkowe spółka nie składała sprawozdań finansowych, pomimo wezwania jej przez sąd rejestrowy. Należy przy tym wskazać, że pojęcie „wezwania” użyte w § 40 FBG nie wymaga wszczęcia, ani tym bardziej podjęcia stosownych orzeczeń w ramach postępowania przymuszającego, jak w szczególności nałożenia na spółkę grzywny¹⁰².

Na uzasadnienie wskazanej regulacji odwołano się do regulacji tzw. *EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz* (EUGesRÄG), dostosowującej austriackie prawo spółek do wymogów unijnych¹⁰³ i nakładającej na wszystkie spółki z o.o. obowiązek składania sprawozdań rocznych. Egzekwowanie tego obowiązku wobec niektórych spółek napotykało na poważne przeszkody. Wprowadzenie opisanego wyżej domniemania służyło zatem „oczyszczeniu” rejestru handlowego bez nieefektywnych prób nawiązywania kontaktu ze spółkami uchylającymi ww. obowiązkowi. Ponowny brak złożenia sprawozdania rocznego pomimo wezwań kierowanych przez sądy stanowi, zdaniem austriackiego prawodawcy, poważną przesłankę do przyjęcia, że spółka nie prowadzi już żadnej działalności oraz nie ma majątku. Wszczęcie postępowania o wykreślenie stanowi też – w ocenie prawodawcy austriackiego – konieczną sankcję za niewykonanie obowiązków sprawozdawczych, w szczególności wówczas, gdy środki podejmowane trafiają w próżnię, gdyż organ uprawniony do reprezentacji spółki już nie istnieje.

Domniemanie braku majątku spółki stanowi, jak już wyżej wskazano, domniemanie wzruszalne. Domniemanie to powstaje ponadto jedynie wówczas, gdy istnienie majątku spółki nie jest pewne. Ustawodawca wyłącza w ten sposób sytuacje, w których brak przedłożenia sprawozdań rocznych w sposób oczywisty nie wiąże się z brakiem aktywności spółki i nieposiadaniem przez nią majątku, lecz służy innym celom¹⁰⁴. W takich sytuacjach egzekwowanie obowiązków sprawoz-

¹⁰² Orzeczenie Najwyższego Trybunału Austriackiego (*Der Oberste Gerichtshof* – OGH) z 7.07.2007 r. (6Ob4/08), dostępne na stronie *Bundeskanzleramt Rechtssystem*: www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJR_20080707_OGH0002_0060OB00004_08V0000_002.

¹⁰³ *Nota bene*, ustawa ta jest wskazywana jako ustawa implementująca Pierwszą Dyrektywę Rady z 9.03.1968 r. w sprawie koordynacji gwarancji, jakie są wymagane w państwach członkowskich od spółek w rozumieniu art. 58 akapit drugi Traktatu... – por. eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:71968L0151:PL:NOT#FIELD_AT (stan na koniec 2011).

¹⁰⁴ Projektodawcy wskazywali przykład nieskładania sprawozdań finansowych w celu ukrycia stanu swojego majątku przed konkurencją.

dawczych nie może zatem polegać na postępowaniu o wykreślenie, lecz następuje w drodze zwyczajnego postępowania przymuszającego.

Na dodatek, jak to już była mowa powyżej, o „pewności” istnienia majątku spółki można mówić jedynie wówczas, gdy posiadane rzeczy lub roszczenia (co do posiadania których sąd powziął informacje) mają jakąkolwiek realną wartość.

5.4.3. Postępowanie o wykreślenie i skutki prawne wykreślenia spółki z rejestru

Postępowanie o wykreślenie, podobnie jak w prawie niemieckim, może być wszczęte z urzędu lub na wniosek. Legitymację do wniesienia wniosku, również jak w przypadku ustawodawstwa niemieckiego, posiadają organy skarbowe oraz samorząd gospodarczy (§ 40 ust. 1 FBG). Ustawa wymaga również przed dokonaniem wykreślenia wysłuchania stanowiska organów skarbowych oraz organów samorządu gospodarczego (chyba że to te podmioty były wnioskodawcą). Jeżeli podmioty te nie wypowiedzą się w ciągu czterech tygodni przyjmuje się, że aprobuje wykreślenie spółki z rejestru (§ 40 ust. 2 FBG). Ustawa nakłada również obowiązek wzajemnego udzielania sobie wszelkich informacji potrzebnych do przeprowadzenia postępowania o wykreślenie przez organy skarbowe oraz sądy rejestrowe (§ 40 ust. 3). Ciężar dowodu co do istnienia lub braku majątku spółki spoczywa – zgodnie z ogólnymi zasadami ciężaru dowodu – na podmiocie, który inicjuje postępowanie o wykreślenie. Spółka nie musi więc dowodzić, że posiada majątek¹⁰⁵.

W § 41 FBG w sposób szczególny zostało również unormowane doręczanie sądowego wezwania–ponaglenia do przedłożenia sprawozdań rocznych wobec spółek z o.o. nieposiadających reprezentacji. Doręczenie takie następuje poprzez zamieszczenie odpowiedniej wzmianki w bazie danych *Ediktsdatei*¹⁰⁶. W przypadku, w którym spółka nie przedkłada brakujących sprawozdań rocznych w ciągu czterech miesięcy od pierwszego dnia ogłoszenia w *Ediktsdatei* domniemuje się brak majątku spółki. Wszystkie doręczenia w postępowaniu o wykreślenie są już dokonywane na ostatni adres spółki wiadomy sądowi. Na ten adres doręczane jest również postanowienie sądu o wykreśleniu spółki z rejestru. Postanowienie to podlega również ogłoszeniu w *Ediktsdatei* na okres czterech tygodni.

Powyższe rozwiązanie zapewnia, że wykreślenie spółki z rejestru z powodu braku majątku (a w konsekwencji braku działalności spółki) nie zostanie uniemożliwione z powodu, który stanowi podstawę domniemania o braku tego majątku, tj. braku jakiejkolwiek działalności spółki przejawiającej się brakiem organów uprawnionych do reprezentacji. Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy punktem wyjścia przy tworzeniu wskazanej regulacji było podstawowe założenie postępowania cywilnego, zgodnie z którym strona jest zobowiązana informować sąd o wszelkich zmianach dotyczących doręczeń pism procesowych. W wyniku przyjęcia tej konstrukcji nie jest konieczne powoływanie kuratora dla spółek nieposiadających organów.

¹⁰⁵ Orzeczenie OGH z 7.08.2008 r. (6 OB 138/08).

¹⁰⁶ „Die Ediktsdatei” stanowi powszechnie dostępną bazę danych administrowaną przez Ministra Sprawiedliwości. Dostęp do bazy jest bezpłatny i następuje przez www.edikte.justiz.gv.at.

Jeżeli po wykreśleniu spółki z rejestru okaże się, że istnieje majątek, który mógłby podlegać podziałowi, ma miejsce postępowanie likwidacyjne co do tego majątku (§ 40 ust. 4 FBG). Zgodnie z orzecznictwem OGH regulacja ta dowodzi, że ustawodawca świadomie dopuścił istnienie sytuacji, w których w wyniku ułatwionego wykreślenia spółek z rejestru, wykreśleniu będą ulegać również spółki posiadające majątek¹⁰⁷. Wykazanie, że spółka posiadała i posiada majątek jest jedynym sposobem przywrócenia jej bytu prawnego. Spółka, pomimo wykreślenia, posiada jednak legitymację do wszczęcia postępowania, o którym mowa w § 40 ust. 4 FBG¹⁰⁸.

5.5. Szwajcaria

Szwajcaria nie należy do Unii Europejskiej, stąd prezentacja rozwiązań przyjętych w tym porządku prawnym ma jedynie charakter wzmianki, nawiązującej do ustaleń odnoszących się do porządku niemieckiego. Instytucja wykreślenia spółki z rejestru znajduje swoje unormowanie w art. 938a szwajcarskiego prawa zobowiązań (*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Fünfter Teil: Obligationenrecht* – w skrócie OR). Przepis ten został wprowadzony ustawą z 16.12.2005 r.

Zgodnie z art. 938a ust. 1 OR w sytuacji, w której spółka nie wykonuje jakiegokolwiek działalności oraz nie posiada majątku urząd rejestrowy¹⁰⁹ po trzykrotnym wezwaniu spółki może wykreślić ją z rejestru. Jeżeli akcjonariusz, wspólnik lub właściciel posiada interes w zachowaniu wpisu spółki w rejestrze, o wykreśleniu spółki z rejestru orzeka sąd (art. 938a ust. 2 OR).

Szczegóły postępowania zostały określone w rozporządzeniu z 17.10.2007 r. o rejestrze handlowym *Handelsregisterverordnung* (HRegV). Na mocy art. 155 ust. 1 HRegV, jeżeli osoba prawna nie prowadzi działalności oraz nie posiada realnego majątku urząd rejestrowy wzywa osoby właściwe do reprezentacji spółki do zgłoszenia wykreślenia spółki z rejestru w ciągu 30 dni albo przekazania oświadczenia, że spółka powinna utrzymać swój byt prawny. Urząd rejestrowy poucza jednocześnie o skutkach zaniedbania tego obowiązku.

Jeżeli w ciągu wskazanego terminu urząd rejestrowy nie uzyska żądanych informacji ani nie zostaną mu przedstawione powody dla dalszego utrzymania spółki w rejestrze, urząd rejestrowy trzykrotnie publikuje w publikatorze gospodarczym¹¹⁰ tzw. *Rechnungsruf*, informację wzywającą wspólników i wierzycieli spółki do pisemnego zgłoszenia uzasadnionego żądania zachowania spółki w rejestrze w ciągu trzydziestu dni (art. 155 ust. 2 HRegV).

Jeżeli w ciągu 30 dni od momentu ostatniej publikacji nie zostanie zgłoszone żądanie zachowania spółki w rejestrze, urząd rejestrowy wykreśla spółkę z rejestru (art. 155 ust. 3 HRegV). Jeżeli natomiast we wskazanym okresie zostało zgłoszone

¹⁰⁷ Orzeczenie OGH z 7.07.2007 r. (6Ob4/08), www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJR_20080707_OGH0002_0060OB00004_08V0000_002.

¹⁰⁸ Orzeczenie OGH z 5.10.2000 r. (6Ob208/00g), http://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJR_20001005_OGH0002_0060OB00208_00G0000_001.

¹⁰⁹ Prowadzenie rejestru handlowego w szwajcarskim porządku nie jest powierzone sądom, lecz urzędowi rejestrowym (*Handelsregisteramt*) – por. www.handelsregister.ch/.

¹¹⁰ Tzw. „Schweizerisches Handelsamtblatt”.

żądanie zaniechania wykreślenia spółki z rejestru, urząd rejestrowy przekazuje sprawę właściwemu sądowi (art. 155 ust. 3 HRegV).

Jeżeli po przeprowadzeniu postępowania sąd orzekł o wykreśleniu spółki z rejestru, wykreślenie spółki z rejestru następuje na tych samych zasadach, na jakich dokonywane są wpisy do rejestru handlowego na podstawie wyroków sądowych, określonych w art. 19 HRegV. Wpis dokonywany jest wówczas niezwłocznie po doręczeniu prawomocnego wyroku sądu.

5.6. Wnioski z analizy porównawczej

Na podstawie przedstawionej analizy porównawczej można sformułować kilka wniosków. **Po pierwsze**, nie ulega wątpliwości, że przynajmniej w niektórych porządkach prawnych Unii Europejskiej istnieją instytucje prowadzące do wykreślenia i utraty bytu prawnego przez spółki w inny sposób niż poprzez rozwiązanie jej przez wspólników lub stwierdzenie nieważności spółki ze względu na uchybienia wskazane w analizowanym prawie europejskim. Oznacza to, że w omawianych porządkach prawnych dominuje całkowicie odmienne rozumienie ograniczeń nakładanych przez prawo europejskie niż jest częstokroć przyjmowane w rozważaniach na tle polskiego porządku prawnego. **Po drugie**, instytucje te służą – podobnie jak w przypadku polskiego porządku prawnego – zapewnieniu jawności i wiarygodności rejestrów handlowych. Co charakterystyczne, za wyjątkiem niemieckiego porządku prawnego instytucje te zostały wprowadzone lub w sposób istotny przeformułowane w ostatnich latach, co należy wiązać z jednej strony ze wzrostem liczby podmiotów wpisanych do rejestrów, z drugiej strony ze wzrostem obowiązków sprawozdawczych wynikających m.in. z prawa europejskiego, które muszą być egzekwowane przez krajowe organy rejestrowe. **Po trzecie**, porządki prawne przewidują odwracalność wykreślenia spółek z rejestrów handlowych oraz – co jeszcze ważniejsze – regulują w sposób wyraźny dyspozycję majątkiem spółki, jeżeli jego istnienie zostanie ustalone. W żadnym z analizowanych porządków prawnych nie miało miejsce pozbawienie bytu prawnego w drodze aktu abstrakcyjno-generalnego.

6. PODSUMOWANIE – WNIOSKI *DE LEGE LATA* I *DE LEGE FERENDA*

W tle poczynionych analiz należy sformułować następujące wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda*.

✓ Zarzuty kierowane pod adresem ustawy z 29.04.2010 r. wskazujące na jej rzekomą niezgodność z prawem europejskim, w tym w szczególności z dyrektywą 2009/101/WE są **chybione**. Należy uznać, że analizowane unormowania odnoszą się wyłącznie do stwierdzania nieważności (umów) spółek, w związku z naruszeniem przepisów prawa przy ich rejestracji. Dyrektywa 2009/101/WE oraz dyrektywa 68/151/EWG nie odnoszą się natomiast do postępowań, które zmierzają do wykreślenia spółki z rejestru w związku ze zdarzeniami, które mają miejsce już po rejestracji i ze swojej natury mogą posiadać skutek jedynie na przyszłość. Nawet w sytuacji, w której nowelizacja z 29.04.2010 r. prowadziła do utraty w dniu

1.01.2014 r. bytu prawnego przez podmioty nieprzerejestrowane, wydaje się, że nie naruszałaby przepisów dyrektyw.

✓ Chybione są również zarzuty wymagające każdorazowo przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego w stosunku do podmiotów wykreślanych z rejestru. Zgodnie ze stanowiskiem niektórych przynajmniej porządków prawnych państw UE, postępowanie likwidacyjne nie jest wymagane w każdym przypadku. Wymaganie sądowej likwidacji każdego ze 160.000 nieprzerejestrowanych w Polsce podmiotów oznacza w praktyce rezygnację z rozwiązania problemu nieprzerejestrowanych podmiotów.

✓ Powyższe ustalenia nie zmieniają faktu, że nie do końca jasne pozostają skutki utraty mocy przez wpisy w dawnych rejestrach oraz brak możliwości posługiwania się odpisami i zaświadczeniami z dawnych rejestrów po dniu 31.01.2013 r. Nie jest jasne, czy wskazana regulacja posiada charakter jedynie procesowy (tzn. wpływa na możliwość wykazania bytu prawnego podmiotów rejestrowych), czy też materialnoprawny (tzn. wprowadza nowy przypadek ustania bytu prawnego podmiotów rejestrowych). Każde z rozwiązań ma swoje wady i zalety. Rozstrzygnięcie wskazanej kwestii wydaje się niezbędne jeszcze przed dniem utraty mocy przez dotychczasowe wpisy.

✓ Wyrażnego rozstrzygnięcia domaga się również kwestia majątku i zobowiązań podmiotów, które do 1.01.2014 r. nie dokonają przerejestrowania. Jeżeli skutkiem nowelizacji z 29.04.2010 r. miałyby być utrata podmiotowości prawnej przez podmioty nieprzerejestrowane konieczne wydaje się rozporządzenie ich majątkiem oraz – w niektórych przynajmniej przypadkach – przejęcie zobowiązań spółki przez państwo lub inny podmiot. Ze szczególną wyrazistością problem ów pojawia się w przypadku zobowiązań niemających źródła w umowie (zobowiązania z czynów niedozwolonych, z bezpodstawnego wzbogacenia itp., na przykład samochód należący do spółki potrąca przechodnia, następuje zawalenie się domu należącego do spółki).

✓ Należy również rozważyć wprowadzenie możliwości przywrócenia bytu prawnego podmiotów rejestrowych. W takiej sytuacji rozstrzygnięcia wymagałaby kwestia podmiotów uprawnionych do przywrócenia spółki do istnienia, czasu, po jakim przywrócenie przestaje być możliwe, przesłanek przywrócenia spółki do rejestru, jak również w jakim zakresie „przywrócenie” bytu prawnego spółki miałyby następować, czy jedynie do celów postępowania likwidacyjnego (np. w przypadku, w którym spółka posiadałaby jednocześnie majątek, a przywrócenia domaga się wierzyciel spółki), czy też w szerszym zakresie (np. przywrócenie pełnej osobowości prawnej).

✓ Utrata bytu prawnego przez spółki w wyniku aktu abstrakcyjno-generalnego nie wydaje się z samej swej natury niedopuszczalna, konieczne wydaje się jednak zagwarantowanie wspomnianych wyżej uzasadnionych interesów wspólników oraz osób trzecich.

✓ Niezależnie od problemu podmiotów uchybiających obowiązkom rejestrowym należy rozważyć wprowadzenie stałego mechanizmu umożliwiającego wykreślanie z rejestrów sądowych podmiotów, które nie wykazują się aktywnością i nie posiadają majątku, na wzór omawianych regulacji przyjętych w innych państwach UE. Wydaje się, że problem „martwych” spółek (zwłaszcza spółek z o.o.) nie wiąże się jedynie z problemem ich przerejestrowania do Krajowego Rejestru Sądowego. Zasadne wydaje się zatem wprowadzenie ogólnej instytucji, która zapewniłaby wiarygodność wpisów w KRS. W tym zakresie celowe wydaje się szersze wykorzystanie publikatorów gospodarczych.

7. ZAŁĄCZNIKI

7.1. Wyciąg z *Companies Act 2006* (Wielka Brytania)

*Part 31 Dissolution and restoration to the register*¹¹¹

Chapter 1 Striking off

Registrar's power to strike off defunct company

1000 Power to strike off company not carrying on business or in operation

- (1) *If the registrar has reasonable cause to believe that a company is not carrying on business or in operation, the registrar may send to the company by post a letter inquiring whether the company is carrying on business or in operation.*
- (2) *If the registrar does not within one month of sending the letter receive any answer to it, the registrar must within 14 days after the expiration of that month send to the company by post a registered letter referring to the first letter, and stating –*
 - (a) *that no answer to it has been received, and*
 - (b) *that if an answer is not received to the second letter within one month from its date, a notice will be published in the Gazette with a view to striking the company's name off the register.*
- (3) *If the registrar –*
 - (a) *receives an answer to the effect that the company is not carrying on business or in operation, or*
 - (b) *does not within one month after sending the second letter receive any answer, the registrar may publish in the Gazette, and send to the company by post, a notice that at the expiration of three months from the date of the notice the name of the company mentioned in it will, unless cause is shown to the contrary, be struck off the register and the company will be dissolved.*
- (4) *At the expiration of the time mentioned in the notice the registrar may, unless cause to the contrary is previously shown by the company, strike its name off the register.*
- (5) *The registrar must publish notice in the Gazette of the company's name having been struck off the register.*
- (6) *On the publication of the notice in the Gazette the company is dissolved.*

¹¹¹ Wyciąg uzyskany za pośrednictwem www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents.

- (7) *However –*
- (a) *the liability (if any) of every director, managing officer and member of the company continues and may be enforced as if the company had not been dissolved, and*
 - (b) *nothing in this section affects the power of the court to wind up a company the name of which has been struck off the register.*

1001 Duty to act in case of company being wound up

- (1) *If, in a case where a company is being wound up –*
 - (a) *the registrar has reasonable cause to believe –*
 - (i) *that no liquidator is acting, or*
 - (ii) *that the affairs of the company are fully wound up, and*
 - (b) *the returns required to be made by the liquidator have not been made for a period of six consecutive months,**the registrar must publish in the Gazette and send to the company or the liquidator (if any) a notice that at the expiration of three months from the date of the notice the name of the company mentioned in it will, unless cause is shown to the contrary, be struck off the register and the company will be dissolved.*
- (2) *At the expiration of the time mentioned in the notice the registrar may, unless cause to the contrary is previously shown by the company, strike its name off the register.*
- (3) *The registrar must publish notice in the Gazette of the company's name having been struck off the register.*
- (4) *On the publication of the notice in the Gazette the company is dissolved.*
- (5) *However –*
 - (a) *the liability (if any) of every director, managing officer and member of the company continues and may be enforced as if the company had not been dissolved, and*
 - (b) *nothing in this section affects the power of the court to wind up a company the name of which has been struck off the register.*

1002 Supplementary provisions as to service of letter or notice

- (1) *A letter or notice to be sent under section 1000 or 1001 to a company may be addressed to the company at its registered office or, if no office has been registered, to the care of some officer of the company.*
- (2) *If there is no officer of the company whose name and address are known to the registrar, the letter or notice may be sent to each of the persons who subscribed the memorandum (if their addresses are known to the registrar).*
- (3) *A notice to be sent to a liquidator under section 1001 may be addressed to him at his last known place of business.*
- (...)

Chapter 2 **Property of dissolved company**

1012 Property of dissolved company to be bona vacantia

- (1) *When a company is dissolved, all property and rights whatsoever vested in or held on trust for the company immediately before its dissolution (including leasehold*

property, but not including property held by the company on trust for another person) are deemed to be bona vacantia and—

- (a) accordingly belong to the Crown, or to the Duchy of Lancaster or to the Duke of Cornwall for the time being (as the case may be), and*
 - (b) vest and may be dealt with in the same manner as other bona vacantia accruing to the Crown, to the Duchy of Lancaster or to the Duke of Cornwall.*
- (2) Subsection (1) has effect subject to the possible restoration of the company to the register under Chapter 3 (see section 1034).*

1013 Crown disclaimer of property vesting as bona vacantia

- (1) Where property vests in the Crown under section 1012, the Crown's title to it under that section may be disclaimed by a notice signed by the Crown representative, that is to say the Treasury Solicitor; or, in relation to property in Scotland, the Queen's and Lord Treasurer's Remembrancer.*
- (2) The right to execute a notice of disclaimer under this section may be waived by or on behalf of the Crown either expressly or by taking possession.*
- (3) A notice of disclaimer must be executed within three years after —*
 - (a) the date on which the fact that the property may have vested in the Crown under section 1012 first comes to the notice of the Crown representative, or*
 - (b) if ownership of the property is not established at that date, the end of the period reasonably necessary for the Crown representative to establish the ownership of the property.*
- (4) If an application in writing is made to the Crown representative by a person interested in the property requiring him to decide whether he will or will not disclaim, any notice of disclaimer must be executed within twelve months after the making of the application or such further period as may be allowed by the court.*
- (5) A notice of disclaimer under this section is of no effect if it is shown to have been executed after the end of the period specified by subsection (3) or (4).*
- (6) A notice of disclaimer under this section must be delivered to the registrar and retained and registered by him.*
- (7) Copies of it must be published in the Gazette and sent to any persons who have given the Crown representative notice that they claim to be interested in the property.*
- (8) This section applies to property vested in the Duchy of Lancaster or the Duke of Cornwall under section 1012 as if for references to the Crown and the Crown representative there were respectively substituted references to the Duchy of Lancaster and to the Solicitor to that Duchy, or to the Duke of Cornwall and to the Solicitor to the Duchy of Cornwall, as the case may be.*

1014 Effect of Crown disclaimer

- (1) Where notice of disclaimer is executed under section 1013 as respects any property, that property is deemed not to have vested in the Crown under section 1012.*
 - (2) The following sections contain provisions as to the effect of the Crown disclaimer —*
 - sections 1015 to 1019 apply in relation to property in England and Wales or Northern Ireland;*
 - sections 1020 to 1022 apply in relation to property in Scotland.*
- Effect of Crown disclaimer: England and Wales and Northern Ireland*

1015 General effect of disclaimer

- (1) *The Crown's disclaimer operates so as to terminate, as from the date of the disclaimer, the rights, interests and liabilities of the company in or in respect of the property disclaimed.*
- (2) *It does not, except so far as is necessary for the purpose of releasing the company from any liability, affect the rights or liabilities of any other person.*

1016 Disclaimer of leaseholds

- (1) *The disclaimer of any property of a leasehold character does not take effect unless a copy of the disclaimer has been served (so far as the Crown representative is aware of their addresses) on every person claiming under the company as under-lessee or mortgagee, and either –*
 - (a) *no application under section 1017 (power of court to make vesting order) is made with respect to that property before the end of the period of 14 days beginning with the day on which the last notice under this paragraph was served, or*
 - (b) *where such an application has been made, the court directs that the disclaimer shall take effect.*
- (2) *Where the court gives a direction under subsection (1)(b) it may also, instead of or in addition to any order it makes under section 1017, make such order as it thinks fit with respect to fixtures, tenant's improvements and other matters arising out of the lease.*
- (3) *In this section the "Crown representative" means—*
 - (a) *in relation to property vested in the Duchy of Lancaster, the Solicitor to that Duchy;*
 - (b) *in relation to property vested in the Duke of Cornwall, the Solicitor to the Duchy of Cornwall;*
 - (c) *in relation to property in Scotland, the Queen's and Lord Treasurer's Remembrancer;*
 - (d) *in relation to other property, the Treasury Solicitor.*

1017 Power of court to make vesting order

- (1) *The court may on application by a person who –*
 - (a) *claims an interest in the disclaimed property, or*
 - (b) *is under a liability in respect of the disclaimed property that is not discharged by the disclaimer,**make an order under this section in respect of the property.*
- (2) *An order under this section is an order for the vesting of the disclaimed property in, or its delivery to –*
 - (a) *a person entitled to it (or a trustee for such a person), or*
 - (b) *a person subject to such a liability as is mentioned in subsection (1)(b) (or a trustee for such a person).*
- (3) *An order under subsection (2)(b) may only be made where it appears to the court that it would be just to do so for the purpose of compensating the person subject to the liability in respect of the disclaimer.*

- (4) *An order under this section may be made on such terms as the court thinks fit.*
- (5) *On a vesting order being made under this section, the property comprised in it vests in the person named in that behalf in the order without conveyance, assignment or transfer.*

1018 Protection of persons holding under a lease

- (1) *The court must not make an order under section 1017 vesting property of a leasehold nature in a person claiming under the company as underlessee or mortgagee except on terms making that person –*
 - (a) *subject to the same liabilities and obligations as those to which the company was subject under the lease, or*
 - (b) *if the court thinks fit, subject to the same liabilities and obligations as if the lease had been assigned to him.*
- (2) *Where the order relates to only part of the property comprised in the lease, subsection (1) applies as if the lease had comprised only the property comprised in the vesting order.*
- (3) *A person claiming under the company as underlessee or mortgagee who declines to accept a vesting order on such terms is excluded from all interest in the property.*
- (4) *If there is no person claiming under the company who is willing to accept an order on such terms, the court has power to vest the company's estate and interest in the property in any person who is liable (whether personally or in a representative character, and whether alone or jointly with the company) to perform the lessee's covenants in the lease.*
- (5) *The court may vest that estate and interest in such a person freed and discharged from all estates, incumbrances and interests created by the company.*

1019 Land subject to rentcharge

Where in consequence of the disclaimer land that is subject to a rentcharge vests in any person, neither he nor his successors in title are subject to any personal liability in respect of sums becoming due under the rentcharge, except sums becoming due after he, or some person claiming under or through him, has taken possession or control of the land or has entered into occupation of it.

(...)

1021 Power of court to make vesting order

- (1) *The court may –*
 - (a) *on application by a person who either claims an interest in disclaimed property or is under a liability not discharged by this Act in respect of disclaimed property, and*
 - (b) *on hearing such persons as it thinks fit,*
make an order for the vesting of the property in or its delivery to any persons entitled to it, or to whom it may seem just that the property should be delivered by way of compensation for such liability, or a trustee for him.
- (2) *The order may be made on such terms as the court thinks fit.*
- (3) *On a vesting order being made under this section, the property comprised in it vests accordingly in the person named in that behalf in the order, without conveyance or assignment for that purpose.*

1022 *Protection of persons holding under a lease*

- (1) *Where the property disclaimed is held under a lease the court must not make a vesting order in favour of a person claiming under the company, whether –*
 - (a) *as sub-lessee, or*
 - (b) *as creditor in a duly registered or (as the case may be) recorded heritable security over a lease,**except on the following terms.*
- (2) *The person must by the order be made subject –*
 - (a) *to the same liabilities and obligations as those to which the company was subject under the lease in respect of the property, or*
 - (b) *if the court thinks fit, only to the same liabilities and obligations as if the lease had been assigned to him.**In either event (if the case so requires) the liabilities and obligations must be as if the lease had comprised only the property comprised in the vesting order.*
- (3) *A sub-lessee or creditor declining to accept a vesting order on such terms is excluded from all interest in and security over the property.*
- (4) *If there is no person claiming under the company who is willing to accept an order on such terms, the court has power to vest the company's estate and interest in the property in any person liable (either personally or in a representative character, and either alone or jointly with the company) to perform the lessee's obligations under the lease.*
- (5) *The court may vest that estate and interest in such a person freed and discharged from all interests, rights and obligations created by the company in the lease or in relation to the lease.*
- (6) *For the purposes of this section a heritable security–*
 - (a) *is duly recorded if it is recorded in the Register of Sasines, and*
 - (b) *is duly registered if registered in accordance with the Land Registration (Scotland) Act 1979 (c. 33).*

1023 *Liability for rentcharge on company's land after dissolution*

- (1) *This section applies where on the dissolution of a company land in England and Wales or Northern Ireland that is subject to a rentcharge vests by operation of law in the Crown or any other person ("the proprietor").*
- (2) *Neither the proprietor nor his successors in title are subject to any personal liability in respect of sums becoming due under the rentcharge, except sums becoming due after the proprietor, or some person claiming under or through him, has taken possession or control of the land or has entered into occupation of it.*
- (3) *In this section "company" includes any body corporate.*

Chapter 3 Restoration to the register

1024 *Application for administrative restoration to the register*

- (1) *An application may be made to the registrar to restore to the register a company that has been struck off the register under section 1000 or 1001 (power of registrar to strike off defunct company).*

- (2) *An application under this section may be made whether or not the company has in consequence been dissolved.*
- (3) *An application under this section may only be made by a former director or former member of the company.*
- (4) *An application under this section may not be made after the end of the period of six years from the date of the dissolution of the company.*
For this purpose an application is made when it is received by the registrar.

1025 Requirements for administrative restoration

- (1) *On an application under section 1024 the registrar shall restore the company to the register if, and only if, the following conditions are met.*
- (2) *The first condition is that the company was carrying on business or in operation at the time of its striking off.*
- (3) *The second condition is that, if any property or right previously vested in or held on trust for the company has vested as bona vacantia, the Crown representative has signified to the registrar in writing consent to the company's restoration to the register.*
- (4) *It is the applicant's responsibility to obtain that consent and to pay any costs (in Scotland, expenses) of the Crown representative –*
 - (a) *in dealing with the property during the period of dissolution, or*
 - (b) *in connection with the proceedings on the application,**that may be demanded as a condition of giving consent.*
- (5) *The third condition is that the applicant has –*
 - (a) *delivered to the registrar such documents relating to the company as are necessary to bring up to date the records kept by the registrar, and*
 - (b) *paid any penalties under section 453 or corresponding earlier provisions (civil penalty for failure to deliver accounts) that were outstanding at the date of dissolution or striking off.*
- (6) *In this section the "Crown representative" means –*
 - (a) *in relation to property vested in the Duchy of Lancaster, the Solicitor to that Duchy;*
 - (b) *in relation to property vested in the Duke of Cornwall, the Solicitor to the Duchy of Cornwall;*
 - (c) *in relation to property in Scotland, the Queen's and Lord Treasurer's Remembrancer;*
 - (d) *in relation to other property, the Treasury Solicitor.*

1026 Application to be accompanied by statement of compliance

- (1) *An application under section 1024 (application for administrative restoration to the register) must be accompanied by a statement of compliance.*
- (2) *The statement of compliance required is a statement –*
 - (a) *that the person making the application has standing to apply (see subsection (3) of that section), and*
 - (b) *that the requirements for administrative restoration (see section 1025) are met.*
- (3) *The registrar may accept the statement of compliance as sufficient evidence of those matters.*

1027 Registrar's decision on application for administrative restoration

- (1) *The registrar must give notice to the applicant of the decision on an application under section 1024 (application for administrative restoration to the register).*
- (2) *If the decision is that the company should be restored to the register, the restoration takes effect as from the date that notice is sent.*
- (3) *In the case of such a decision, the registrar must –*
 - (a) *enter on the register a note of the date as from which the company's restoration to the register takes effect, and*
 - (b) *cause notice of the restoration to be published in the Gazette.*
- (4) *The notice under subsection (3)(b) must state–*
 - (a) *the name of the company or, if the company is restored to the register under a different name (see section 1033), that name and its former name,*
 - (b) *the company's registered number, and*
 - (c) *the date as from which the restoration of the company to the register takes effect.*

1028 Effect of administrative restoration

- (1) *The general effect of administrative restoration to the register is that the company is deemed to have continued in existence as if it had not been dissolved or struck off the register.*
- (2) *The company is not liable to a penalty under section 453 or any corresponding earlier provision (civil penalty for failure to deliver accounts) for a financial year in relation to which the period for filing accounts and reports ended –*
 - (a) *after the date of dissolution or striking off, and*
 - (b) *before the restoration of the company to the register.*
- (3) *The court may give such directions and make such provision as seems just for placing the company and all other persons in the same position (as nearly as may be) as if the company had not been dissolved or struck off the register.*
- (4) *An application to the court for such directions or provision may be made any time within three years after the date of restoration of the company to the register.*

1029 Application to court for restoration to the register

- (1) *An application may be made to the court to restore to the register a company –*
 - (a) *that has been dissolved under Chapter 9 of Part 4 of the Insolvency Act 1986 (c. 45) or Chapter 9 of Part 5 of the Insolvency (Northern Ireland) Order 1989 (S.I. 1989/2405 (N.I. 19)) (dissolution of company after winding up),*
 - (b) *that is deemed to have been dissolved under paragraph 84(6) of Schedule B1 to that Act or paragraph 85(6) of Schedule B1 to that Order (dissolution of company following administration), or*
 - (c) *that has been struck off the register –*
 - (i) *under section 1000 or 1001 (power of registrar to strike off defunct company), or*
 - (ii) *under section 1003 (voluntary striking off),**whether or not the company has in consequence been dissolved.*
- (2) *An application under this section may be made by –*

- (a) *the Secretary of State,*
 - (b) *any former director of the company,*
 - (c) *any person having an interest in land in which the company had a superior or derivative interest,*
 - (d) *any person having an interest in land or other property —*
 - (i) *that was subject to rights vested in the company, or*
 - (ii) *that was benefited by obligations owed by the company,*
 - (e) *any person who but for the company's dissolution would have been in a contractual relationship with it,*
 - (f) *any person with a potential legal claim against the company,*
 - (g) *any manager or trustee of a pension fund established for the benefit of employees of the company,*
 - (h) *any former member of the company (or the personal representatives of such a person),*
 - (i) *any person who was a creditor of the company at the time of its striking off or dissolution,*
 - (j) *any former liquidator of the company,*
 - (k) *where the company was struck off the register under section 1003 (voluntary striking off), any person of a description specified by regulations under section 1006(1)(f) or 1007(2)(f) (persons entitled to notice of application for voluntary striking off),*
- or by any other person appearing to the court to have an interest in the matter.*

1030 When application to the court may be made

- (1) *An application to the court for restoration of a company to the register may be made at any time for the purpose of bringing proceedings against the company for damages for personal injury.*
- (2) *No order shall be made on such an application if it appears to the court that the proceedings would fail by virtue of any enactment as to the time within which proceedings must be brought.*
- (3) *In making that decision the court must have regard to its power under section 1032(3) (power to give consequential directions etc) to direct that the period between the dissolution (or striking off) of the company and the making of the order is not to count for the purposes of any such enactment.*
- (4) *In any other case an application to the court for restoration of a company to the register may not be made after the end of the period of six years from the date of the dissolution of the company, subject as follows.*
- (5) *In a case where —*
 - (a) *the company has been struck off the register under section 1000 or 1001 (power of registrar to strike off defunct company),*
 - (b) *an application to the registrar has been made under section 1024 (application for administrative restoration to the register) within the time allowed for making such an application, and*
 - (c) *the registrar has refused the application,*

an application to the court under this section may be made within 28 days of notice of the registrar's decision being issued by the registrar, even if the period of six years mentioned in subsection (4) above has expired.

- (6) *For the purposes of this section –*
- (a) *“personal injury” includes any disease and any impairment of a person’s physical or mental condition; and*
 - (b) *references to damages for personal injury include –*
 - (i) *any sum claimed by virtue of section 1(2)(c) of the Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 (c. 41) or section 14(2)(c) of the Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act (Northern Ireland) 1937 (1937 c. 9 (N.I.)) (funeral expenses)), and*
 - (ii) *damages under the Fatal Accidents Act 1976 (c. 30), the Damages (Scotland) Act 1976 (c. 13) or the Fatal Accidents (Northern Ireland) Order 1977 (S.I. 1977/1251 (N.I. 18)).*

1031 Decision on application for restoration by the court

- (1) *On an application under section 1029 the court may order the restoration of the company to the register –*
 - (a) *if the company was struck off the register under section 1000 or 1001 (power of registrar to strike off defunct companies) and the company was, at the time of the striking off, carrying on business or in operation;*
 - (b) *if the company was struck off the register under section 1003 (voluntary striking off) and any of the requirements of sections 1004 to 1009 was not complied with;*
 - (c) *if in any other case the court considers it just to do so.*
- (2) *If the court orders restoration of the company to the register, the restoration takes effect on a copy of the court’s order being delivered to the registrar.*
- (3) *The registrar must cause to be published in the Gazette notice of the restoration of the company to the register.*
- (4) *The notice must state –*
 - (a) *the name of the company or, if the company is restored to the register under a different name (see section 1033), that name and its former name,*
 - (b) *the company’s registered number, and*
 - (c) *the date on which the restoration took effect.*

1032 Effect of court order for restoration to the register

- (1) *The general effect of an order by the court for restoration to the register is that the company is deemed to have continued in existence as if it had not been dissolved or struck off the register.*
- (2) *The company is not liable to a penalty under section 453 or any corresponding earlier provision (civil penalty for failure to deliver accounts) for a financial year in relation to which the period for filing accounts and reports ended –*
 - (a) *after the date of dissolution or striking off, and*
 - (b) *before the restoration of the company to the register.*
- (3) *The court may give such directions and make such provision as seems just for placing the company and all other persons in the same position (as nearly as may be) as if the company had not been dissolved or struck off the register.*
- (4) *The court may also give directions as to –*
 - (a) *the delivery to the registrar of such documents relating to the company as are necessary to bring up to date the records kept by the registrar,*

- (b) *the payment of the costs (in Scotland, expenses) of the registrar in connection with the proceedings for the restoration of the company to the register,*
- (c) *where any property or right previously vested in or held on trust for the company has vested as bona vacantia, the payment of the costs (in Scotland, expenses) of the Crown representative –*
 - (i) *in dealing with the property during the period of dissolution, or*
 - (ii) *in connection with the proceedings on the application.*
- (5) *In this section the “Crown representative” means —*
 - (a) *in relation to property vested in the Duchy of Lancaster, the Solicitor to that Duchy;*
 - (b) *in relation to property vested in the Duke of Cornwall, the Solicitor to the Duchy of Cornwall;*
 - (c) *in relation to property in Scotland, the Queen’s and Lord Treasurer’s Remembrancer;*
 - (d) *in relation to other property, the Treasury Solicitor.*

1033 *Company’s name on restoration*

- (1) *A company is restored to the register with the name it had before it was dissolved or struck off the register, subject to the following provisions.*
- (2) *If at the date of restoration the company could not be registered under its former name without contravening section 66 (name not to be the same as another in the registrar’s index of company names), it must be restored to the register –*
 - (a) *under another name specified –*
 - (i) *in the case of administrative restoration, in the application to the registrar, or*
 - (ii) *in the case of restoration under a court order, in the court’s order, or*
 - (b) *as if its registered number was also its name.*

References to a company’s being registered in a name, and to registration in that context, shall be read as including the company’s being restored to the register.
- (3) *If a company is restored to the register under a name specified in the application to the registrar, the provisions of –*
 - *section 80 (change of name: registration and issue of new certificate of incorporation), and*
 - *section 81 (change of name: effect),*

apply as if the application to the registrar were notice of a change of name.
- (4) *If a company is restored to the register under a name specified in the court’s order, the provisions of –*
 - *section 80 (change of name: registration and issue of new certificate of incorporation), and*
 - *section 81 (change of name: effect),*

apply as if the copy of the court order delivered to the registrar were notice of a change a name.
- (5) *If the company is restored to the register as if its registered number was also its name –*
 - (a) *the company must change its name within 14 days after the date of the restoration,*
 - (b) *the change may be made by resolution of the directors (without prejudice to any other method of changing the company’s name),*
 - (c) *the company must give notice to the registrar of the change, and*

- (d) sections 80 and 81 apply as regards the registration and effect of the change.
- (6) If the company fails to comply with subsection (5)(a) or (c) an offence is committed by –
- (a) the company, and
 - (b) every officer of the company who is in default.
- (7) A person guilty of an offence under subsection (6) is liable on summary conviction to a fine not exceeding level 5 on the standard scale and, for continued contravention, a daily default fine not exceeding one-tenth of level 5 on the standard scale.

**1034 Effect of restoration to the register where property has vested
as bona vacantia**

- (1) The person in whom any property or right is vested by section 1012 (property of dissolved company to be bona vacantia) may dispose of, or of an interest in, that property or right despite the fact that the company may be restored to the register under this Chapter.
- (2) If the company is restored to the register –
- (a) the restoration does not affect the disposition (but without prejudice to its effect in relation to any other property or right previously vested in or held on trust for the company), and
 - (b) the Crown or, as the case may be, the Duke of Cornwall shall pay to the company an amount equal to–
 - (i) the amount of any consideration received for the property or right or, as the case may be, the interest in it, or
 - (ii) the value of any such consideration at the time of the disposition,
 or, if no consideration was received an amount equal to the value of the property, right or interest disposed of, as at the date of the disposition.
- (3) There may be deducted from the amount payable under subsection (2)(b) the reasonable costs of the Crown representative in connection with the disposition (to the extent that they have not been paid as a condition of administrative restoration or pursuant to a court order for restoration).
- (4) Where a liability accrues under subsection (2) in respect of any property or right which before the restoration of the company to the register had accrued as bona vacantia to the Duchy of Lancaster, the Attorney General of that Duchy shall represent Her Majesty in any proceedings arising in connection with that liability.
- (5) Where a liability accrues under subsection (2) in respect of any property or right which before the restoration of the company to the register had accrued as bona vacantia to the Duchy of Cornwall, such persons as the Duke of Cornwall (or other possessor for the time being of the Duchy) may appoint shall represent the Duke (or other possessor) in any proceedings arising out of that liability.
- (6) In this section the “Crown representative” means –
- (a) in relation to property vested in the Duchy of Lancaster, the Solicitor to that Duchy;
 - (b) in relation to property vested in the Duke of Cornwall, the Solicitor to the Duchy of Cornwall;
 - (c) in relation to property in Scotland, the Queen’s and Lord Treasurer’s Remembrancer;
 - (d) in relation to other property, the Treasury Solicitor.

7.2. Wyciąg z Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Niemcy)

§ 394 Löschung vermögensloser Gesellschaften und Genossenschaften¹¹²

- (1) Eine Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Genossenschaft, die kein Vermögen besitzt, kann von Amts wegen oder auf Antrag der Finanzbehörde oder der berufsständischen Organe gelöscht werden. Sie ist von Amts wegen zu löschen, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft durchgeführt worden ist und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Gesellschaft noch Vermögen besitzt.
- (2) Das Gericht hat die Absicht der Löschung den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft oder Genossenschaft, soweit solche vorhanden sind und ihre Person und ihr inländischer Aufenthalt bekannt ist, bekannt zu machen und ihnen zugleich eine angemessene Frist zur Geltendmachung des Widerspruchs zu bestimmen. Auch wenn eine Pflicht zur Bekanntmachung und Fristbestimmung nach Satz 1 nicht besteht, kann das Gericht anordnen, dass die Bekanntmachung und die Bestimmung der Frist durch Bekanntmachung in dem für die Bekanntmachung der Eintragungen in das Handelsregister bestimmten elektronischen Informations- und Kommunikationssystem nach § 10 des Handelsgesetzbuchs erfolgt; in diesem Fall ist jeder zur Erhebung des Widerspruchs berechtigt, der an der Unterlassung der Löschung ein berechtigtes Interesse hat. Vor der Löschung sind die in § 380 bezeichneten Organe, im Fall einer Genossenschaft der Prüfungsverband, zu hören.
- (3) Für das weitere Verfahren gilt § 393 Abs. 3 bis 5 entsprechend.
- (4) Die Absätze 1 bis 3 sind entsprechend anzuwenden auf offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, bei denen keiner der persönlich haftenden Gesellschafter eine natürliche Person ist. Eine solche Gesellschaft kann jedoch nur gelöscht werden, wenn die für die Vermögenslosigkeit geforderten Voraussetzungen sowohl bei der Gesellschaft als auch bei den persönlich haftenden Gesellschaftern vorliegen. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft gehört, bei der eine natürliche Person persönlich haftender Gesellschafter ist.

§ 393 Löschung einer Firma

- (...)
- (3) Das Gericht entscheidet durch Beschluss, wenn es einem Antrag auf Einleitung des Lösungsverfahrens nicht entspricht oder Widerspruch gegen die Löschung erhoben wird. Der Beschluss ist mit der Beschwerde anfechtbar.
- (4) Mit der Zurückweisung eines Widerspruchs sind dem Beteiligten zugleich die Kosten des Widerspruchsverfahrens aufzuerlegen, soweit dies nicht unbillig ist.
- (5) Die Löschung darf nur erfolgen, wenn kein Widerspruch erhoben oder wenn der den Widerspruch zurückweisende Beschluss rechtskräftig geworden ist.

¹¹² Wyciąg uzyskany za pośrednictwem www.gesetze-im-internet.de/famfg/_394.html.

7.3. Wyciąg z Firmenbuchgesetz (Austria)

§ 39 FBG Auflösung zufolge Nichteröffnung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens¹¹³

- (1) Jede in das Firmenbuch einzutragende Gesellschaft ist außer den in anderen Gesetzen genannten Fällen mit der Rechtskraft des Beschlusses aufgelöst, durch den das Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet oder aufgehoben wird.
- (2) Die Auflösung ist von Amts wegen in das Firmenbuch einzutragen.

§ 40 FBG Vermögenslosigkeit

- (1) Eine Kapitalgesellschaft, die kein Vermögen besitzt, kann auf Antrag der nach dem Sitz der Gesellschaft zuständigen gesetzlichen Interessenvertretung oder der Steuerbehörde oder von Amts wegen gelöscht werden; mit der Löschung gilt die Gesellschaft als aufgelöst. Eine Abwicklung findet nicht statt. Sofern das Vorhandensein von Vermögen nicht offenkundig ist, gilt eine Kapitalgesellschaft bis zum Beweis des Gegenteils auch dann als vermögenslos, wenn sie trotz Aufforderung durch das Gericht die Jahresabschlüsse und gegebenenfalls die Lageberichte (§§ 277 ff UGB) von zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht vollständig vorlegt.
- (2) Vor der Löschung sind die nach dem Sitz der Gesellschaft zuständige gesetzliche Interessenvertretung und die Steuerbehörde zu hören, sofern diese nicht ohnehin selbst Antragsteller waren. Äußern sich diese Stellen binnen vier Wochen nicht, so gilt ihre Zustimmung als gegeben.
- (3) Gerichte und Steuerbehörden haben einander die erbetenen für die Vollziehung dieses Bundesgesetzes erforderlichen Auskünfte zu erteilen.
- (4) Stellt sich nach der Löschung das Vorhandensein von Vermögen heraus, das der Verteilung unterliegt, so findet die Abwicklung statt. Die Abwickler sind auf Antrag eines Beteiligten vom Gericht zu ernennen.

§ 41 FBG Zustellungen an Gesellschaften ohne gesetzlichen Vertreter

Hat eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung keine gesetzlichen Vertreter, so kann die Aufforderung gemäß § 40 Abs. 1 an die Gesellschafter durch einmonatige Aufnahme in die Ediktsdatei (im Sinn des § 25 Zustellgesetz) zugestellt werden. Diese Aufforderung ist durch die Hinweise zu ergänzen, dass bei Nichtvorlage der fehlenden Jahresabschlüsse innerhalb von vier Monaten nach dem ersten Tag der öffentlichen Bekanntmachung die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft vermutet wird und dass alle weiteren Zustellungen im Lösungsverfahren an die zuletzt dem Gericht bekannte Anschrift der Gesellschafter erfolgen werden. Das Gericht hat die Gesellschafter an dieser Anschrift über Form und Inhalt dieser öffentlichen Bekanntmachung zu benachrichtigen. Ein Zustellanstand hinsichtlich dieser Benachrichtigung hindert das weitere Verfahren nicht. Der Lösungsbeschluss ist den Gesellschaftern an dieser Anschrift zuzustellen. Unabhängig von dieser Zustellung an die Gesellschafter gilt die Zustellung des Lösungsbeschlusses an die Gesellschaft und an die Gesellschafter vier Wochen nach Aufnahme in die Ediktsdatei (§ 10 Abs. 1 UGB) als bewirkt.

¹¹³ Wyciąg uzyskany za pośrednictwem [www.jusline.at/Firmenbuchgesetz_\(FBG\).html](http://www.jusline.at/Firmenbuchgesetz_(FBG).html).

7.4. Wyciąg z *Obligationenrecht* i *Handelsregisterverordnung* (Szwajcaria)

Obligationenrecht Art. 938a OR¹¹⁴

- 1 *Weist eine Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit mehr auf und hat sie keine verwertbaren Aktiven mehr, so kann sie der Handelsregisterführer nach dreimaligem ergebnislosem Rechnungsruf im Handelsregister löschen.*
- 2 *Macht ein Gesellschafter beziehungsweise ein Aktionär oder Genossenschafter oder ein Gläubiger ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend, so entscheidet der Richter.*
- 3 *Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.*

Handelsregisterverordnung Art. 155 HRegV¹¹⁵

- 1 *Weist eine Rechtseinheit keine Geschäftstätigkeit mehr auf und hat sie keine verwertbaren Aktiven mehr, so fordert das Handelsregisteramt die zur Anmeldung verpflichteten Personen mit eingeschriebenem Brief auf, innert 30 Tagen die Löschung anzumelden oder mitzuteilen, dass die Eintragung aufrecht erhalten bleiben soll. Das Handelsregisteramt weist dabei auf die massgebenden Vorschriften und die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht hin.*
- 2 *Wird innerhalb dieser Frist keine Mitteilung eingereicht oder werden keine Gründe für die Aufrechterhaltung der Eintragung geltend gemacht, so veranlasst das Handelsregisteramt einen dreimaligen Rechnungsruf im Schweizerischen Handelsamtsblatt, in dem Gesellschafterinnen und Gesellschafter sowie Gläubigerinnen und Gläubiger aufgefordert werden, innert 30 Tagen ein begründetes Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung der Rechtseinheit schriftlich mitzuteilen.*
- 3 *Wird innert 30 Tagen seit der letzten Publikation des Rechnungsrufs kein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend gemacht, so löscht das Handelsregisteramt die Rechtseinheit im Handelsregister (Art. 938a Abs. 1 OR).*
- 4 *Wird ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Eintragung geltend gemacht, so überweist das Handelsregisteramt die Angelegenheit dem Gericht zum Entscheid (Art. 938a Abs. 2 OR). Dem Handelsregisteramt werden keine Kostenvorschüsse und keine Verfahrenskosten auferlegt.*
- 5 *Ordnet das Gericht die Löschung an, so findet Artikel 19 Anwendung.*

¹¹⁴ Wyciąg uzyskany za pośrednictwem www.admin.ch/ch/d/sr/220/a938a.html.

¹¹⁵ Wyciąg uzyskany za pośrednictwem www.admin.ch/ch/d/sr/221_411/a155.html.

Summary

Mikołaj Wild, *Solution to the problem of entities whose records were not moved to the National Court Register from the perspective of EU law, historical analysis and comparative analysis*

Pursuant to Provisions introducing the Act on the National Court Register, commercial law companies entered in the old registers were obliged to move their records to the National

Court Register. By the end of 2009, some 160,000 entities failed to discharge the duty. At that time, the provisions on keeping and updating the old registers were no longer in force. In view of the above, pursuant to the amending act of 29 Apr. 2010, solutions were introduced to impose strict discipline on the entities whose records were not moved. From the day of its entry into force, the possibility to use extracts, full copies and certificates from the old registers has been significantly limited. Moreover, pursuant to the amendments, 31 Dec. 2013 was indicated as the final date by which entries in the old registers will retain legal force. The adopted Act raised serious controversies. There were voices (including e.g.: the Association of Judges "Iustitia") that it infringes Community laws relating to registers, including in particular Directive 2009/101/EC. This paper is devoted to analysing the identified objections, taking into account the historical interpretation and comparative law interpretation.

Considering the above perspective, the objections raised should be considered as irrelevant. Directive 2009/101/EC, like the previous one, Directive 68/151/EEC, do not aim to deal exhaustively with the problems of striking companies off commercial registers. This standpoint is confirmed by comparative analysis. The examination concerned, among other things, the English mechanism of the registration authority striking inactive companies off the register and the mechanism adopted in Germany, Austria and Switzerland, namely striking companies without any assets off the register (without liquidation proceedings). On the basis of the conducted analyses, one can state that at least in some European legal orders there are mechanisms that make it possible for companies to cease to exist otherwise than in the European directives quoted above. These mechanisms serve, like the regulations in the Act of 29 Apr. 2009, to ensure transparency and reliability of commercial registers and thus lead to achievement of basic aims of Directives 1968/151/EEC and 2009/101/EC.

An analysis of the norms applicable in the UK, Germany, Austria and Switzerland induces one also to formulate conclusions on the law as it should be. First of all, the issue that needs to be settled clearly is that of assets and liabilities of entities whose records are not moved by 1 Jan. 2014. If the amendments are to result in these entities losing their status of legal persons, it seems necessary to dispose of their assets and – at least in some cases – for the State or another entity to take over their liabilities. Some consideration should also be given to adopting a mechanism of "restoring" the status of legal persons to entities struck off registers. In this case, the issues to be settled would be that of authorities empowered to restore the company as existing, time after which restoration is no longer possible, conditions for restoring the company to the register, etc.