

Nr **18**



cena
40 zł
(w tym 5% VAT)

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY ROK V NUMER 4 (18) ZIMA 2016 ROK

ISSN 2299-405X



SPÓŁDZIELCZY  **INSTYTUT NAUKOWY**

www.prawoiwiedz.edu.pl • www.sin.edu.pl

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

Journal in Legal and Social Studies

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

ROK V NUMER 4 (18) ZIMA 2016

ISSN 2299-405X

Rada Programowa:

prof. **Cezary Mik** (UKSW) – przewodniczący
dr **Bolesław Banaszkiewicz**
prof. **Jolanta Jabłońska-Bonca** (Akademia Leona Koźmińskiego)
prof. **Zbigniew Cieślak** (UKSW)
prof. **Henryk Cioch** (KUL, SIN)
ks. prof. **Antoni Dębiński** (KUL)
ks. abp prof. **Andrzej Dziega** (KUL, SIN)
prof. **Tadeusz Jasudowicz** (UMK)
prof. **Roman Kwiecień** (UEK)
prof. **Jarosław Majewski** (UKSW)
prof. **Marek Michałski** (UKSW)
prof. **Krzysztof Pietrzykowski** (UW, SIN)
dr hab. **Jadwiga Potrzebacz** (KUL)
prof. **Zbigniew Rau** (UŁ)
dr **Marcin Romanowski** (UKSW)
ks. prof. **Krzysztof Warchałowski** (UKSW)
dr hab. **Piotr Zakrzewski**, prof. KUL

International Board:

prof. **Zenon Bankowski** (Wielka Brytania)
prof. **Christian Hillgruber** (Niemcy)
prof. **Håkan Hydén** (Szwecja)
dr **Bogdan Iancu** (Rumunia)
dr hab. **Zdeněk Koudelka** (Czechy)
prof. **Martin Krygier** (Australia)
prof. **Martin Rhonheimer** (Włochy)
prof. **Germano Andre Doederlein Schwartz** (Brazylia)
prof. **Hideki Tarumoto** (Japonia)

Zespół redakcyjny:

prof. **Lech Morawski** – redaktor naczelny
prof. **Adam Czarnota** – zastępca redaktora naczelnego
prof. **Adam Jedliński** – zastępca redaktora naczelnego
prof. **Krzyszta Pawłowicz** – zastępca redaktora naczelnego
dr **Agata Czarnecka** – sekretarz
Janusz Ossowski – redaktor zarządzający
Michał J. Czarnecki – redaktor językowy
Andrzej Kozakowski – skład

Prenumerata roczna 160 zł,
cena za jeden zeszyt 40 zł (w tym 5 % VAT),
nakład 70 egz.

Konto Wydawcy: Raiffeisen Bank
05 1750 1325 0000 0000 1303 1843

Okładka: Henri van Assche, *Pejzaż zimowy*
Źródło: Web Gallery of Art, Węgry (www.wga.hu)

Liczba punktów do oceny parametrycznej
jednostek naukowych - 5

Kwartalnik jest indeksowany w
The Central European Journal of Social
Sciences and Humanities

Wersja pierwotna jest wersją papierową

Wydawca:

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

Adres:

Redakcja Wydawnictwa
Spółdzielczego Instytutu Naukowego G. Bierecki sp. j.
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90
www.sin.edu.pl; redakcja_piww@skok.pl

Adres do korespondencji:

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu
Mikołaja Kopernika
ul. Podchorążych 13D/20, 87-100 Toruń
tel. 503 839 374, 606 285 765
www.prawoiwiedz.edu.pl
e-mail: prawoiwiedz@gmail.com

Na okładce: Henri van Assche (1774–1841),
Pejzaż zimowy z 1814 r.

Źródło: Web Gallery of Art, Węgry
(www.wga.hu)



Spis treści

ARTYKUŁY

Lech Morawski

Der Streit um den polnischen Verfassungsgericht bewusste
und absichtliche Desinformation..... 7

Katarzyna Tomaszewska

Prawidłowość zamówień publicznych w świetle kontroli NIK..... 12

Karolina Walancik-Ryba

Piecza zastępcza w rodzinie zastępczej w świetle orzecznictwa
Trybunału Konstytucyjnego 28

Izabela Urbaniak-Mastalerz

Ku skuteczności mediacji..... 45

Grzegorz Kamiński

Postępowanie sanacyjne a kwestie związane ze stosunkami pracy 69

AUTORZY

Noty o autorach 103



ARTYKUŁY

Der Streit um den polnischen Verfassungsgericht bewusste und absichtliche Desinformation*

Tekst zawiera treść wystąpienia wygłoszonego w Berlinie w dniu 30 października 2016 roku na spotkaniu zorganizowanym przez Klub Gazety Polskiej oraz Ambasadę RP w Berlinie. W spotkaniu, obok licznych przedstawicieli środowisk polonijnych oraz przedstawicieli niemieckiego świata nauki i polityki, wziął udział pan ambasador Andrzej Przyłębski oraz obecna pani prezes Trybunału Konstytucyjnego Julia Przyłębska. Obok mnie referentem był również prof. dr hab. Bogusław Banaszak. Nasze wystąpienia stały się przedmiotem ożywionej dyskusji i licznych polemik. Główną tezę mojego tekstu jest twierdzenie, że zdecydowana większość zarzutów kierowanych przeciwko obecnemu rządowi oraz uchwalonym przez obecny Sejm i Senat ustawom o Trybunale Konstytucyjnym, to klasyczny przykład świadomej i celowej dezinformacji opinii publicznej w kraju i zagranicą. Zarzuty te poddaję weryfikacji w poniższym wystąpieniu.

Lech Morawski

profesor nauk prawnych

Ich möchte die These verteidigen, dass die meisten Vorwürfe gegen die polnische Regierung unbegründet sind und auf einer bewussten und absichtlichen Desinformation deutscher Öffentlichkeit basieren. Gemäß der polnischen Verfassung dürfen die Gerichte nicht das Recht schaffen, sondern nur anwenden, dagegen soll das Tribunal entscheiden, ob die Gesetze und andere Akte verfassungswidrig oder verfassungskonform sind (Art.4, 10 und 188). Das polnische Tribunal behauptet, das es nur den Inhalt (*wording*) der Verfassung feststellt und in keinem Fall sie ändert oder korrigiert (so z.B. in der bekannten Entscheidung von 7.03.1995). Leider ist das reine Rhetorik, die nichts mit der

Wirklichkeit zu tun hat. Wir können ganz einfach beweisen, dass das Tribunal sowohl ganz neue Regeln setzt als auch die geltenden Vorschriften mittels kreativer Auslegung modifiziert. Der ehemalige Präsident des Tribunals und Anhänger der „Bürgerplattform“ prof. L.Garlicki sagte einmal direkt: Wir haben in Polen zwei Verfassungen, die eine vom Parlament im Jahr 1997 verabschiedet und die andere, die von Rechtsprechung des Tribunals geschaffen wurde. Lassen Sie uns an die kreative Aktivität des Tribunals schauen. Meistens behauptet das Tribunal, dass die von Tribunal geschaffenen Regeln und Prinzipien logisch aus Rechtsstaatlichkeitsklauseln (Art.2 polnischer Verfassung) folgern, was jedoch mehr als fragwürdig wird. Nehmen wir als Beispiel die berühmten Prinzipien der legislativen Anständigkeit (*legislative diligence*), die wegen ihrer Unklarheit dem Tribunal eigentlich alle geltenden Rechtsvorschriften zu disqualifizieren erlauben, mit dem einfachen Argument dass sie entweder zu starr oder zu unbestimmt sind und entsprechend zu wenig oder zu viel Diskretion den Richtern geben. Die Praxis zeigt dabei, dass meistens die Akte der Regierung die Kriterien der Anständigkeit nicht erfüllen, dagegen die Akte der Opposition erfüllen. Bewundernswerte Konvergenz! Nehmen wir als weiteres Beispiel die Konstruktion der gesetzgeberischen Auslassung, die dem Tribunal erlaubt, jede Vorschrift zu ignorieren, die das Funktionieren des Tribunals behindert oder erschwert. In Konsequenz kann das Tribunal die Rechtsvorschriften über Quorum, erforderliche Mehrheit oder Reihenfolge des Entscheidens ignorieren. Das ist beispiellos in der Geschichte der modernen Justiz und in der Tat bedeutet, dass das Tribunal nach dem Prinzip „*Anything goes*“ funktioniert. Ich stelle mir die Frage, ob die deutschen Gerichte eine solche Situation tolerieren würden. Mit der Konstruktion der gesetzgeberischen Auslassung steht im engen Zusammenhang bekanntes Lähmungsargument, das ständig das Tribunal gemeinsam mit Venedig-Kommission wiederholt. Das Lähmungsargument ist auch falsch. Das Tribunal entscheidet jährlich ungefähr 500 Fälle (das ist eine stabile Tendenz). Etwa $\frac{3}{4}$ dieser Fälle beziehen sich auf Verfassungsbeschwerde, die der sogenannten Vorprüfung unterliegt. Das tut ein Richter. Die Vorprüfung beruht auf Feststellung, ob der Antrag rein formelle Bedingungen (Termine, Kosten, Anwaltszwang usw.) erfüllt. Auf jeden Fall ist das keine zeitraubende Tätigkeit. Wenn wir diese Tatsache ins Betracht ziehen, so stellt sich heraus, dass die 15 Verfassungsrichter in Polen jährlich sachlich ungefähr 100 Fälle entscheiden. Zum Vergleich: ein ordentlicher Richter entscheidet auch zirka 100 Fälle aber monatlich! Es ist sichtbar, dass Lähmungsargument völlig unbegründet ist. Nebenbei möchte ich bemerken, dass in der vorherigen Legislaturperiode die Regierung der „Bürgerplattform“ über 60 Entscheidungen des Tribunals nicht implementierte und damals niemand von dramatischen Protesten des Tribunals und seinen Anhängern gehört hatte. Es ist also nicht eine Frage der Sorge um die Rechtsstaatlichkeit, aber die Frage der Heuchelei derer, die die Macht verloren haben.

Dazu noch eine Bemerkung. Das Tribunal bezieht sich obsessiv auf das aus der Präambel der Verfassung abgeleitete Grundsatz des ordnungsgemäßen und wirksamen Handelns öffentlicher Institutionen. Abgesehen von der Tatsache, dass nach der herrschenden Meinung aus der Präambel nur die Auslegungsleitlinien und keine geltenden Rechtsnormen abgeleitet werden können, sollen wir darauf hinweisen, dass die Präambel in diesem Kontext eine Verbindung verwendet, so dass öffentliche Institutionen gemeinsam zwei Bedingungen: Zuverlässigkeit (*Fairness*) und Effizienz (Wirksamkeit) erfüllen müssen. Die Argumentation des Tribunals ist also *contra legem*, weil unsere Verfassung keinen separaten Grundsatz der Effizienz der öffentlichen Institutionen kennt und gerade dieses Prinzip dem Tribunal ermöglicht, sämtliche Entwürfe von Sejm und Regierung als verfassungswidrig zu annullieren. Es sollte klar sein, dass die Zuverlässigkeit (*Fairness*) sehr oft das Gerichtsverfahren erschwert und verlängert. Ist das jedoch nicht ein Mißbrauch über Lähmung des Tribunals zu sprechen ?

Am Rande noch eine wichtige Bemerkung. Prof. A.Rzepliński (er hat das zugestehen) bleibt seit 10 Jahren mit vielen Mitgliedern der Venedig-Kommission befreundet, insbesondere mit Präsident der Kommission G.Buquicchio. Es entsteht die Frage, warum die Institution, die aus über 100 Mitgliedern besteht, delegiert nach Warschau einen Kollegen von Präsident A.Rzepliński. Das verstößt gegen Art.2 des Statuts von Venedig-Kommission (Unparteilichkeit der Kommission) und gegen internationale Standards für Forschungsexperten (Interessenkonflikt – *The European Code of Conduct for Research Integrity* 2002). Wir sollen also nicht überrascht werden, dass die Berichte von Venedig-Kommission in jedem Punkt mit den Meinungen von A.Rzepliński einig sind. Aus diesem Grund verstehe ich die polnischen Behörden, warum sie nicht ernst Rapporte von Venedig-Kommission nehmen.

Wie gesagt, rechtssetzende Tätigkeit des Tribunals unternimmt meistens die Form einer kreativen (schöpferischen) Auslegung der Verfassung und anderer Akte. Dazu ist notwendig auch kurzer Kommentar. Die Verfassung von 1997 hat nach langen Diskussionen allgemeinverbindliche Auslegung von Gesetzen abgeschafft. Die konstituierende Versammlung erklärte, dass die allgemeinverbindliche Auslegung von Gesetzen gegen die Unabhängigkeit der Gerichte verstößt. Wenn so, hat das Tribunal kein Recht in Tenor der Entscheidung interpretative Richtlinien zu setzen. Er kann es nur in Begründung des Urteils tun. Dann aber binden die Auslegungsrichtlinien des Tribunals nicht *imperio rationis* sondern nur *ratione imperii*. Das Tribunal ignorierte die Entscheidung der Konstituante und unter Berufung auf den Inhalt von Art.190 Absatz 1 ständig in Tenor seiner Entscheidungen interpretative Richtlinien setzt. Zunächst versuchte der Oberste Gerichtshof zu protestieren, aber ohne Erfolg (z.B. in der Entscheidung von 6.05. 2006). Diese

Praxis ist evident *contra legem* und die Regierung zu Recht ist nicht mit dem Verfahren des Tribunals einverstanden.

Lassen Sie uns jetzt den Vorwurf betrachten, dass die polnische Regierung europäische und internationale Rechtsstaatlichkeitsstandards verletzt. Nach meiner Überzeugung interpretiert die Venedig-Kommission evident falsch die Rechtsstaatlichkeitsstandards, die aus Europäischen Konvention über Menschenrechte und der EU-Verträge folgen. Insbesondere interpretiert sie falsch Art.4.2. des EU-Vertrags, der EU zur Respektierung der nationaler Identität und grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen des Mitgliedsstaates verpflichtet. In engem Zusammenhang mit Art.4.2. steht die UE-Devise „In Vielfalt geeint“. Es ist eine Banalität, dass in Europa nicht nur liberale sondern verschiedene Verfassungstraditionen existieren. Es ist auch eine Banalität, dass das polnische Konstitutionalismus nicht aus der liberalen, sondern aus republikanischen Tradition abgeleitet wird. Auf der republikanischen Tradition beruhen sich alle polnische Verfassungen von der berühmten Verfassung vom 3 Mai 1791, die auf dem Modell der amerikanischen Verfassung von 1787 und der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte gegründet war, bis zu heutiger Verfassung von 1997. Dieser Tradition ist die überwiegende Mehrheit unserer Bürger treu. Aus diesem Grund stimmte die Mehrheit von Polen in Parlaments- und Präsidentschaftswahlen an die Vertreter der Partei „Recht und Gerechtigkeit“ und die Partei hat einen enormen Vorteil, unbekannt in der Geschichte polnischer Wahlen gewonnen. Die republikanische Tradition stützt sich nicht nur auf der Verteidigung der Menschenrechte und der Rechtsstaatlichkeit aber sie ist auch treu anderen Werten wie Gemeinwohl, gesellschaftliche Solidarität, Patriotismus, Bindung an die katholische Religion und Kirche, Treue zum traditionellen Modell von Ehe und Familie oder Widerstand gegen die Abtreibung. Republikanische Tradition ist lebendig nicht nur in Ländern wie Polen und Ungarn aber sie hat viele Anhänger in den USA, England oder Frankreich. Die Venedig-Kommission verhält sich so, als ob sie darüber nichts wüsste. Die Venedig-Kommission scheint es auch nicht zu wissen, dass die größten Philosophen des Liberalismus mit J.Rawls und J.Habermas an der Spitze zur republikanischen Korrektur der liberalen Institutionen aufrufen. Mit Bezug auf Habermas muss ich sagen, dass das, was jetzt in Polen geschieht, leider ein Versuch der wirtschaftlichen und rechtlichen Kolonisierung Polens (und anderer mitteleuropäischen Länder) durch die westlichen Staaten ist. Glauben Sie nicht an Demokratiezerfall in Polen. Sie können doch nach Warschau fahren und nach Belieben protestieren. Wahrscheinlich wird niemand darauf achten, weil in Polen Diskutieren und Protestieren zum demokratischen Kanon geworden ist. Lassen Sie beiseite diesen Unsinn, der die Opposition erfunden hat, um Sie um Hilfe zu bitten und auf diese Weise an die Macht ohne demokratische Abstimmung wiederzukommen. Lassen Sie uns unser eigenes Leben in Einklang mit unseren Traditionen führen. In Polen ist

niemand verfolgt. Toleranz gehört in Polen seit Jahrhunderten zu den wichtigsten Elementen des republikanischen Ethos. Aber auf jeden Fall werden die polnischen Behörden nicht zulassen, dass ein Grüppchen politischer Verlierer entscheiden wird, wie die überwiegende Mehrheit der Bürger meines Landes leben sollte. Und noch ein Wort. Wir wollen in der EU sein aber in EU, die nationalen Identitäten schätzt und um Gottes willen nicht in Europa von orthodoxen Liberalen und linken Doktrinären dominiert. Sie töten die EU, nicht uns.

Katarzyna Tomaszewska

Prawidłowość zamówień publicznych w świetle kontroli NIK*

The Public Procurement in the Light of the Supreme Audit Office Audits

Control is an indispensable part of the administration of public affairs. Its range covers the control and evaluation operations of the Supreme Audit Office relating to the accuracy of procurements. The scope of control performed by the Office has a wide subjective and objective range and is carried out with a great number of models of the correct conducts. The author tries to determine the aforementioned range. The point is to determine the nature of the control activities performed by the Office and their importance in the overall system of control of public procurement.

Katarzyna Tomaszewska

*doktor nauk prawnych
Uniwersytet Wrocławski*

Kontrola stanowi nieodzowny składnik procesu administrowania – zarządzania sprawami publicznymi¹. To proces

-
- 1 Zob. też. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2008, s. 402; zob. też J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1975, s. 343. Kontrola może dotyczyć zarówno struktury organizacyjnej kontrolowanego, jak i jego działalności – zob. Z. Cieślak, J. Jagielski, J. Lang, M. Szubiakowski, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1999, s. 341.

* Opracowanie powstało w związku z realizacją projektu pt. Nadzór publiczny nad rynkiem zamówień publicznych, nr umowy UMO-2014/14/E/HS5/00845, program badawczy Sonata BIS 4.

przynależny do wszystkich dziedzin życia człowieka². Jak wskazuje Georg Jelinek, kontrola stanowi podstawę każdego „państwa prawa”³. Z tego też względu w państwie o ustroju demokratycznym zachodzi konieczność utrzymania tych wszystkich instytucji kontrolnych, które gwarantują legalność jego funkcjonowania⁴. Kontrola, będąc procesem złożonym, polega na obserwowaniu istniejącego stanu rzeczy (postępowania), jego porównywaniu z występującymi wzorcami zachowania poprawnego, czy też stanu pożądanego oraz formułowanie stosownych wniosków pokontrolnych, które wskazują na istnienie, lub też brak, określonego rodzaju nieprawidłowości. Kontrola jest działaniem opierającym się na badaniu istniejącego stanu rzeczy, zestawianiu faktów z tym co powinno być i wyciąganiu z tego tytułu określonego rodzaju wniosków⁵.

- 2 Zob. *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, Wrocław 2005, s. 389.
- 3 Zob. J. Jelinek, *Ogólna nauka o państwie*, przeł. A. Peretiatkowicz, Warszawa 1921, s. 215 i n. To konieczny czynnik organizacji i funkcjonowania państwa. Z tego też względu w doktrynie podkreśla się zasadność istnienia tzw. czwartej władzy – władzy kontrolującej – zob. A. Sylwestrzak, *Kontrola administracji publicznej w III Rzeczypospolitej Polskiej*, Gdańsk 2004, s. 185; A. Sylwestrzak, *Najwyższa Izba Kontroli. Studium Prawnoustrojowe*, Warszawa 2006, s. 19.
- 4 Zob. H. Kelsen, *O istocie i wartościach demokracji*, przeł. F. Turynowa, Warszawa 1936, s. 97-98. Kelsen słusznie wskazywał, że „od systematycznej rozbudowy wszystkich instytucji kontroli zależy w dużym stopniu los nowoczesnych demokracji” – cyt. za: A. Sylwestrzak, *Najwyższa...*, op. cit., Warszawa 2006, s. 13.
- 5 Zob. E. Ochendowski, *Prawo administracyjne*, Toruń 2006, s. 414; W. Dawidowicz, *Zagadnienia ustroju administracji państwowej w Polsce*, Warszawa 1970, s. 34 i n.; zob. więcej J. Starościek, *Zarys nauki administracji*, Warszawa 1971, s. 356; J. Starościek, *Prawo...*, op. cit., s. 346; J. Jagielski, *Kontrola administracji publicznej*, Warszawa 2006, s. 7 i n.; A. Sylwestrzak, *Kontrola...*, op. cit., s. 7 i nast.; zob. *Popularny słownik języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 1999, s. 241; zob. też W. L. Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1924, s. 5; J. S. Langrod, *Kontrola administracji*, Warszawa 1929; *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, op. cit., s. 389 i n.; A. Błaś, J. Boć, J. Jeżewski, *Administracja publiczna*, Poznań 2004, s. 321 i n.; J. Łętowski, *Prawo administracyjne dla każdego*, Warszawa 1995, s. 240; J. Filipek, *Prawo administracyjne. Instytucje ogólne*, cz. II, Kraków 2001, s. 215; J. Wróblewski, *Kontrola w państwie i jej aksjologia (pojęcia podstawowe)*, „Acta Universitatis Lodzianensis, Folia Iuridica” nr 6, 1981, s. 104; H. Fayol, *Administracja przemysłowa i ogólna*, przeł. J. A. Teslar, Poznań 1947, s. 176.

Jako tego rodzaju proces towarzyszący każdemu zorganizowanemu działaniu, obejmuje on ciąg czynności badawczo-ocennych, które odnoszą się również do sprawdzania prawidłowości procedury udzielania zamówień publicznych. Stosownie do zawartości art. 2 pkt. 7a w zw. z pkt. 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej zw. u.p.z.p.)⁶, proces kontrolowania obejmuje postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy, której przedmiotem są roboty budowlane, dostawy bądź usługi.

Działalność podmiotów dysponujących majątkiem publicznym⁷ w ramach procedury udzielania zamówień publicznych jest poddawana ocenie (weryfikacji), pochodzącej od „różnych” podmiotów zwanych kontrolerami i jest realizowana przy użyciu zróżnicowanych punktów (mierników) widzenia⁸. W tym obszarze dopuszczalnym staje się wyróżnienie czynności sprawdzająco-ocennych podmiotów zwanych zamawiającymi (tzw. samokontrola), jak również należy zwrócić uwagę na działania kontrolne pochodzące od wykonawców przedmiotu zamówienia publicznego⁹. Są one realizowane przy pomocy prawnie gwarantowanych środków ochrony, jak protest,

6 Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.

7 Chodzi w tym wypadku o tzw. zamawiających w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), czyli o osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej zobowiązane do stosowania niniejszego ustawodawstwa.

8 Pozostaje w to ścisłym związku ze stwierdzeniem T. Kocowskiego, w myśl którego „wydatkowanie środków określonych mianem publicznych zawsze stanowiło przedmiot szczególnego zainteresowania zarówno samych podmiotów ubiegających się o możliwość realizacji owych świadczeń, organów przeznaczonych do kontroli prawidłowości ich wydatkowania, mediów określanych mianem IV władzy, jak i opinii publicznej” – zob. T. Kocowski, *Kontrola postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Warszawa-Wrocław 2013, s. 21; zob. też K. Puchacz, *Kontrola zamówień publicznych*, Wrocław 2010, s. 12-13; *Kontrola zamówień publicznych na podstawie Informatorów Urzędu Zamówień Publicznych z 2009 i 2010 r.*, Warszawa 2010, s. 3 i n.

9 Zob. więcej W. Jaślan, *Zamówienia publiczne*, Warszawa 1999, s. 138-146.

odwołanie czy też skarga do sądu¹⁰. Niezależnie jednak od powyższego (stosownie do zawartości uregulowań u.p.z.p.) uprawnienia kontrolne przysługują również Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych – centralnemu organowi administracji rządowej, który stoi na straży przestrzegania zasad i procedur odnoszących się do tzw. legalnego udzielania zamówień publicznych. Ponadto w zakresie postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego, obowiązujące ustawodawstwo gwarantuje istnienie działalności badawczo-ocennej prowadzonej przez zewnętrzne organy kontroli, takie jak:

1. Regionalne Izby Obrachunkowe,
2. Urzędy Kontroli Skarbowej,
3. Centralne Biuro Antykorupcyjne,
4. Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów),
5. Najwyższą Izbę Kontroli (dalej zw. NIK).

Funkcjonują one na podstawie odrębnych uregulowań prawnych¹¹, tworząc zaś grupę publicznych instytucji kontroli, nie ograniczają się w swoim działaniu tylko i wyłącznie do kontrolowania obszaru udzielania zamówień publicznych¹².

-
- 10 Ich rola sprowadza się do przyznania uczestnikom postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego środków gwarantujących ochronę przed niezgodnymi z prawem działaniami podmiotu zamawiającego. Jak wskazuje Maciej Guziński, tego rodzaju instrumenty stanowią nie tylko sprawne środki ochrony niniejszych podmiotów, ale również wypełniają funkcje kontrolne w zakresie prawidłowości działań zamawiającego, które pozwalają na skorygowanie błędów proceduralnych jeszcze na etapie trwającego postępowania, a nie dopiero po udzieleniu zamówienia – zob. M. Guziński, *Stosowanie zamówień publicznych w realizacji zadań administracji publicznej*, [w:] *Prawna działalność instytucji społeczeństwa obywatelskiego*, red. J. Blicharz, J. Boć, Wrocław 2009, s. 309; zob. więcej A. Panasiuk, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2004; A. Panasiuk, *System zamówień publicznych. Zarys wykładu*, Warszawa 2013.
 - 11 Zob. art. 171 ust. 2 i art. 203 ust. 1 ust. 2 i ust. 3 Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.); zob. art. 1 i art. 5 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz. U. z 2016 r., poz. 561), art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. z 2015 r., poz. 1096 ze zm.); zob. art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2016 r., poz. 720); zob. art. 2 ust. 1 pkt 4 oraz art. 31 ust. 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1411 ze zm.).
 - 12 Ponadto zakres działania organów określonych w pkt. 1-4 nie ogranicza się tylko i wyłącznie do obszaru kontrolowania. Co więcej, w ich

Na gruncie niniejszego opracowania punkt ciężkości należy jednak położyć na działalność badawczo-ocenną naczelnego (konstytucyjnego) organu kontroli państwowej (Najwyższej Izby Kontroli), którego podstaw prawnych funkcjonowania należy doszukiwać się w zawartości uregulowań Konstytucji z dnia 2 kwietnia z 1997 r.¹³ (art. 201-207) oraz ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (dalej zw. u.n.i.k.)¹⁴. Chodzi bowiem o określenie charakteru prowadzonych czynności kontrolnych NIK oraz ich znaczenia w całokształcie systemu kontrolowania zamówień publicznych. Celowość niniejszego opiera się na założeniu, że kompetencje kontrolne NIK nierzadko nie pokrywają się z uprawnieniami kontrolnymi przysługującymi innym podmiotom¹⁵.

Kontrola zamówień publicznych bardzo często skupia się na prowadzonych (kontrola faktyczna), bądź też zakończonych postępowaniach (kontrola następcza) „zorganizowanych” przez zamawiającego. Wówczas przedmiotem kontrolowania jest ocena ich zgodności (przebiegu) z obowiązującym ustawodawstwem¹⁶. Z punktu widzenia prawidłowości całokształtu systemu zamówień publicznych istotne jest jednak to, aby badanie, obok analizy nakierowanej na zgodność z prawem samego „toka” postępowania, objęło również prawidłowość wydatkowania środków publicznych (wydatki realizowane przez kontrolowany podmiot) oraz prawidłowość dysponowania mieniem publicznym. Tego rodzaju działanie badawczo-ocenne gwarantuje działalność kontrolna NIK, a jej prowadzenie w sposób bezpośredni przyczynia się

działaniu nie sposób odnaleźć cech przemawiających za kontrolowaniem kompleksowym.

- 13 Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.
- 14 Dz. U. z 2015 r., poz. 1096 ze zm. Tego rodzaju ustawodawstwo miało na celu dostosowanie NIK do nowej struktury aparatu państwa i zasad funkcjonowania administracji, a także nowej roli państwa w procesie jego rozwoju społeczno-gospodarczego – zob. Z. Cieślak, J. Jagielski, J. Lang, M. Szubiakowski, M. Wierzbowski, A. Wiktorowska, *Prawo administracyjne...*, op. cit., s. 348; H. Zięba-Załużka, *System organów państwowych w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, System Informacji Prawnej Lex, <URL=https://sip.lex.pl/#/monografia/369163442/138?to cHit=1>, [dostęp: 3.08.2016].
- 15 Zob. H. Zięba-Załużka, *System organów...*, op. cit., <URL=https://sip.lex.pl/#/monografia/369163442/138?to cHit=1>, [dostęp: 3.08.2016].
- 16 Zob. też K. Puchacz, *Kontrola zamówień publicznych*, Wrocław 2010, s. 21.

do zwiększenia bezpieczeństwa i stabilności finansowej kraju, tym samym wpływa również na lepsze (sprawniejsze) zarządzanie państwem¹⁷.

Jak wskazuje Henryk Nowicki, kontrola zamówień dokonywana przez NIK ma nieco odmienny charakter¹⁸. Niewątpliwie jest to również rezultat pozycji ustrojowej omawianego organu, który jest instytucją gwarantującą obiektywne, niezależne i skuteczne kontrolowanie w zakresie poszanowania prawa, w szczególności zaś w zakresie finansów publicznych¹⁹. Nie bez znaczenia pozostaje w tym obszarze również ustawowo określony katalog zasad zamówień publicznych, których ochrona spowodowała powstanie wszystkich organów tzw. kontroli zewnętrznej oraz instytucji właściwych dla kontrolowania wewnętrznego. Chodzi w tym wypadku o następujące reguły: zasadę uczciwej konkurencji, zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i obiektywny, zasadę udzielania wyłącznie zamówienia wykonawcy wyłonionemu w trybie określonym przepisami u.p.z.p., zasadę jawności, formy pisemnej i języka polskiego przy prowadzeniu postępowania oraz zasadę stosowania trybów uregulowanych treścią u.p.z.p.²⁰. Zakres wskazanego katalogu pozwala na przyjęcie założenia o niemożności bezpośredniego podciągnięcia działalności kontrolnej NIK, pod dążenie do ziszczenia (do zapewnienia realizacji) wymienionych powyżej reguł postępowania. To jednak nie zmienia faktu, że NIK jest naczelnym organem kontroli, w tym również w obszarze udzielania zamówień publicznych, a jego działalność obejmuje sprawdzanie prawidłowości wydatkowania środków publicznych, prawidłowość dysponowania mieniem publicznym

17 Zob. D. Bolikowska, W. Robaczyński, *Najwyższa Izba Kontroli. Tradycja i współczesność*, Warszawa 2014, s. 192.

18 W szczególności w zakresie jej skonfrontowania z kontrolą realizowaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych – zob. *System zamówień publicznych w Polsce*, red. J. Sadowy, Warszawa 2013, s. 379.

19 Zob. A. Sylwestrzak, *Najwyższa...*, op. cit., s. 181.

20 Zob. też A. Mituś, *Zjawiska patologiczne w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Patologie w administracji publicznej*, red. P. J. Suwaj, D. R. Kijowski, Warszawa 2009, s. 711; zob. M. Guziński, *Stosowanie zamówień publicznych w realizacji zadań administracji publicznej*, [w:] *Prawna działalność instytucji...*, op. cit., s. 304. Nie są to jednak wszystkie reguły, których przestrzeganie gwarantuje poprawność (prawidłowość) przebiegu postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego. Do niniejszej grupy należy również bowiem zaliczyć obowiązek respektowania (stosowania) uregulowań prawa międzynarodowego (w tym prawa unijnego) – zob. S. Babiarczyk, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. III, System Informacji Prawnej Lex, <URL=https://sip.lex.pl/#/komentarz/587535228/197739/prawo-zamowien-publicznych-komentarz-wyd-iii>, [dostęp: 3.08.2016].

i realizacji zadań przez podmioty prawa prywatnego w obrębie dostaw, usług lub robót budowlanych²¹. Jest „strażnikiem” pieniędzy publicznych oraz przestrzegania ustawodawstwa obowiązującego w omawianym obszarze, w tym w szczególności uregulowań u.f.p. oraz u.p.z.p. Co istotne, zawartość przedstawionego założenia pozostaje w ścisłym związku ze stanowiskiem, w myśl którego administracja publiczna jest finansowana ze środków publicznych, a rozumiana jako ogół czynności podejmowanych w celu zaspokajania potrzeb społeczności, bądź też jako ogół podmiotów powołanych do ich realizacji, pociąga za sobą konieczność zapewnienia ich racjonalnego wydatkowania. Niezaprzeczalne jest również to, że system zamówień publicznych został ukształtowany po to, aby zapewnić racjonalne, efektywne oraz w pełni optymalne wydatkowanie pieniędzy publicznych, zaś rzeczywistość i sprawność realizacji niniejszego założenia gwarantować ma funkcjonowanie NIK²².

Sam ustrojodawca umieścił uregulowania konstytucyjne dotyczące organizacji i funkcjonowania NIK w rozdziale IX zatytułowanym „Organy kontroli i ochrony prawa”. Tym samym, z jednej strony dążył do podkreślenia niezależności omawianego organu od organów władzy wykonawczej oraz sądowniczej, z drugiej z kolei, miał na celu powiązanie NIK z organami legislatywy (władzy ustawodawczej). Stosownie do zawartości art. 202 ust. 1-3 ustawy zasadniczej, Najwyższa Izba Kontroli jest naczelnym organem kontroli państwowej, wypełniającym również funkcje informacyjne²³. Podlega

-
- 21 Zob. poglądy A. Chełmońskiego wskazujące na zasadę prawidłowego gospodarowania mieniem publicznym – zob. A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, M. Szydło, *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, s. 5 oraz K. Kiczka, *Z zagadnień ograniczeń antykorupcyjnych w prawie gospodarczym*, [w:] *Patologie w administracji...*, op. cit., Warszawa 2009, s. 257.
 - 22 K. Chochowski, *Patologie systemu zamówień publicznych*, [w:] *Patologie w administracji...*, op. cit., s. 689.
 - 23 Naczelność w tym wypadku należy identyfikować jako zdolność i jednocześnie uprawnienie do szerokiego kontrolowania z punktu widzenia podmiotowego i przedmiotowego. Nie należy jej rozpoznawać i opisywać przez pryzmat konstrukcji naczelnych organów administracji rządowej, albowiem ani NIK, ani jej organy wewnętrzne nie stanowią organów administracji rządowej. W tym znaczeniu określenie NIK mianem naczelnego organu kontroli państwowej oznacza, iż zajmuje ona zasadnicze (główne) miejsce pośród całokształtu podmiotów kontroli państwowej, jak również jest równoznaczne z posiadaniem przez NIK uprawnień o charakterze koordynacyjnym sprowadzających się do zlecenia czynności kontrolnych innym organom, przeprowadzania kontroli wspólnie z innymi organami, bądź też kierowanie ich prowadzeniem – zob. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne...*, op.

Sejmowi i działa na zasadach kolegalności (kolegalność funkcjonalna), choć niezaprzeczną jest również dominująca rola Prezesa NIK. W tym miejscu pojawia się dwoistość koncepcji względem charakteru omawianego organu. Nie sposób bowiem nie zwrócić uwagi, że w doktrynie powszechnym jest odnośnienie się do konstrukcji tzw. czwartej władzy – władzy kontrolującej. To prowadzi do konstatacji, że organy kontrolne w szczególności zaś NIK nie stanowią integralnej części żadnej z władz wchodzących w skład monteskiuszowskiego podziału: na władzę sądowniczą, wykonawczą oraz ustawodawczą. Nie należy jednak zapominać, że stanowisko względem władzy czwartej (kontrolującej) nie odnajduje swojego bezpośredniego odzwierciedlenia²⁴ na gruncie uregulowań prawnych, w szczególności zaś tych które tworzą podstawy istnienia ustroju demokratycznego państwa prawa. Jak wynika z treści art. 10 Konstytucji RP: „Ustrój Rzeczypospolitej Polskiej opiera się na podziale i równowadze władzy ustawodawczej, władzy wykonawczej i władzy sądowniczej”²⁵. Na tej podstawie pojawia się zatem pytanie o miejsce (o usytuowanie) omawianego organu pośród całokształtu podmiotów władzy publicznej. Wydaje się to tym bardziej istotne, w obliczu uprzednio już wskazanej niezależności (organizacyjnej i kompetencyjnej) NIK względem organów władzy publicznej (wykonawczej, sądowniczej). I choć tego rodzaju stwierdzenie może wzbudzać uzasadnione wątpliwości (gdyby nie konstytucyjne wyodrębnienie), to NIK jako instytucja właściwa dla prawa konstytucyjnego i administracyjnego mogłaby odnajdywać swoje miejsce w obrębie struktury władzy wykonawczej. Niewątpliwie NIK nie jest organem administracji publicznej, ale organami administracji publicznej (administracji państwowej) są jej organy wewnętrzne, tj. Prezes NIK oraz Kolegium NIK²⁶. Co więcej, jej aktywność jako „organu kontroli grosza publicznego” nakierowana jest na kontrolowanie działalności organów egzekutywy (rządowej, samorządowej) oraz innych podmiotów w tym podmiotów prywatnych.

Przedmiotowy organ kontroli państwowej został ukształtowany z uwagi na konieczność badania (sprawdzania i oceniania) działalności

cit., s. 407 oraz szerzej w przedmiocie pojęcia naczelnego organu: J. Jagielski, *Kontrola administracji...*, op. cit., s. 106, jak również zob. E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka, *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Warszawa 2011, s. 18-19.

- 24 Pośrednim przejawem niniejszego założenia jest fakt konstytucyjnego wyodrębnienia rozdziału odnoszącego się do organów kontroli i ochrona prawa, w ramach którego została umiejscowiona NIK.
- 25 Zob. art. 10 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).
- 26 Zob. J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, op. cit., s. 407, zob. więcej w przedmiocie organu administracji publicznej – *Prawo administracyjne*, red. J. Boć, op. cit.

zróżnicowanych ogniw władzy publicznej, w szczególności zaś organów administracji publicznej, jak również podmiotów niepowiązanych organizacyjnie (choć funkcjonalnie) z istniejącym aparatem władzy w państwie²⁷. Jak wskazuje Jacek Jagielski (podążając za stanowiskiem Lecha Garlickiego): „Izba skupia w swej kompetencji całokształt kontroli państwowej, rozumianej jako badanie działalności organów administracji i współdziałających z nimi jednostek, dokonywaną przez fachowy organ zewnętrzny, niezależny od rządu, a powiązany bezpośrednio z parlamentem i służący mu swoim zasobem informacji i wiedzą fachową”²⁸.

Funkcja kontrolna omawianego organu w obszarze udzielania zamówień publicznych sprowadza się do badania prawidłowości dysponowania środkami i mieniem publicznym (państwowym, samorządowym). W dążeniu do ustalenia charakteru czynności badawczo-ocennych NIK w obszarze kontrolowania systemu zamówień publicznych, należy stanąć na stanowisku, w myśl którego stanowią one przejaw:

1. Kontroli samoistnej, prowadzonej „samodzielnie”, tj. w uniezależnieniu od funkcji nadzoru;
2. Kontroli zawodowej oraz kontroli władczej albowiem kontrolowany nie może się od niej uchylić²⁹;
3. Kontroli obligatoryjnej (w zakresie jednostek państwowych) oraz fakultatywnej (w zakresie samorządu terytorialnego oraz podmiotów niepublicznych);
4. Kontroli doraźnej (podejmowanej „w miarę potrzeby”, nie ujętej planami działania omawianego organu) i planowej (dokonywanej wedle uprzednio przygotowanego – okresowego – programu kontroli);
5. Kontroli państwowej z racji charakteru podmiotu zwanego kontrolem;
6. Kontroli dokonywanej przez wyspecjalizowany organ powołany do prowadzenia działalności badawczo-ocennej;
7. Kontroli bezpośredniej zasadniczo dokonywanej w siedzibie kontrolowanego;
8. Kontroli niezależnej i zewnętrznej bo przeprowadzanej przez podmiot samodzielny (autonomiczny, niezawisły) i usytuowany poza „sferą” kontrolowaną;
9. Kontroli w tzw. „ruchu”, czy inaczej zwanej mianem kontroli „na miejscu kontrolowanego”, w jego siedzibie (w zamkniętych pomieszczeniach, na otwartej przestrzeni) i w czasie wykonywania przez niego zadań statutowych (w tym również w dniach wolnych od pracy i poza godzinami jej wykonywania), co pozostaje w ścisłym związku z koncepcją

27 Zob. J. Jagielski, *Kontrola administracji...*, op. cit., s. 105.

28 Zob. ibidem, s. 113-114.

29 Zob. E. Ura, E. Ura, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2009, s. 259.

- tw. kontroli faktycznej. W tym wypadku ustalenie stanu faktycznego następuje na podstawie zebranych w ramach postępowania kontrolnego dowodów w postaci: przedłożonej dokumentacji, zeznań świadków, opinii biegłych, wyjaśnień i oświadczeń przybierających formę pisemną. Wyjątkowo zaś może to być kontrola siedząca przeprowadzana w siedzibie NIK, a ściślej mówiąc w siedzibie jednostek organizacyjnych NIK, na podstawie dostarczonych przez kontrolowanego dokumentów;
10. Kontroli dokonywanej przy użyciu rozmaitych punktów widzenia, które są zróżnicowane w zależności od zakresu podmiotowego dokonywanej kontroli;
 11. Kontroli przedmiotowej bo nakierowanej na dokonanie oceny działalności kontrolowanego (realizowanych przez niego czynności), w żadnym razie nieodnoszącej się do struktury, organizacji organu, jednostki czy też komórki organizacyjnej kontrolowanego;
 12. Kontroli podejmowanej z urzędu (z własnej inicjatywy), realizowanej na wniosek (Prezydenta RP oraz Prezesa Rady Ministrów), czy też przeprowadzanej w związku ze zleceniem przez Sejm i jego organy;
 13. Kontroli zasadniczo nakierowanej na sprawdzenie przebiegu konkretnego zamówienia publicznego, które pozostaje w ścisłym związku z tematem kontroli³⁰;
 14. Kontroli całkowitej (kompleksowej) w obrębie badanego zagadnienia.

W świetle obowiązujących uregulowań u.n.i.k. zakres działalności kontrolnej omawianego organu został wyznaczony w sposób szeroki (zarówno jeśli chodzi o aspekt przedmiotowy, jak i podmiotowy). Można wręcz pokusić się o stwierdzenie, że sięga wszędzie tam, gdzie w grę wchodzi prowadzenie badań dotyczących prawidłowości dysponowania groszem publicznym i mieniem publicznym. Odnosząc się do omawianego zagadnienia od strony ściśle przedmiotowej, należy wskazać, że obszar kontrolowania NIK posiada charakter powszechny (ogólny, wszechstronny). Obejmuje on bowiem całość działań podmiotów kontrolowanych. W świetle prowadzonych rozważań dominujące jednak znaczenie posiada dopuszczalność oceny realizacji ustaw i innych aktów prawnych obowiązujących w sferze działalności finansowej, gospodarczej i organizacyjno-administracyjnej podmiotów kontrolowanych.

Z kolei od strony podmiotowej trzeba wskazać, że klasyfikacji adresatów czynności badawczo-ocennych NIK można dokonywać zarówno przy uwzględnieniu uregulowań u.p.z.p., jak również uregulowań u.n.i.k. Mogą

30 Zob. M. Cichosz, *Zamówienia publiczne w świetle kontroli NIK*, [w:] *Kontrola zamówień publicznych VI Konferencja naukowa 17-18 czerwca 2013 r. Warszawa*, red. T. Kocowski, J. Sadowy, Warszawa-Wrocław 2013, s. 119.

one przybierać charakter ogólny, jak i szczegółowy. Co jednak ważne, niezależnie od niniejszego, jak również niezależnie od płaszczyzny przyjętej klasyfikacji, możliwym staje się stwierdzenie, w myśl którego zakres podmiotowy kontrolowania NIK wykracza poza ramy podmiotów tworzących tzw. sektor finansów publicznych, określony treścią art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych³¹.

Uwzględniając uregulowania określone treścią u.p.z.p., można dokonać następującego wyodrębnienia podmiotów, których działalność podlega kontrolowaniu NIK:

1. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (centralnego organu administracji rządowej, powołany m. in. do kontrolowania zgodności z prawem (tzw. „ograniczona” legalność) postępowań w przedmiocie udzielania zamówień publicznych przez zamawiających (zob. art. 161, art. 165, art. 169 u.p.z.p.). Chodzi w tym wypadku o sprawdzanie prawidłowości wykonywanych przez niniejszy organ czynności badawczo-ocennych w zakresie postępowań prowadzonych przez zamawiających w rozumieniu u.p.z.p.³²;
2. Zamawiający (art. 2 pkt. 12 u.p.z.p.), tj. osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
3. Wykonawcy (art. 2 pkt. 11 u.p.z.p.), tj. osoby fizyczne, osoby prawne albo jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, które złożyły ofertę lub zawarły umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Dokonywanie dalszych klasyfikacji podmiotów podlegających kontroli prowadzonej przez NIK pociąga za sobą konieczność rozróżnienia badania obligatoryjnego oraz fakultatywnego. Ponadto, analiza uregulowań u.n.i.k. stwarza podstawy dla dokonania klasyfikacji w jej ujęciu ogólnym, sprowadzającej się do wyznaczenia podmiotów kontrolowanych jako:

1. Jednostek państwowych;
2. Samorządu terytorialnego;
3. Podmiotów prywatnych.

Szczegółowa zaś identyfikacja przedstawionego zakresu, determinuje zasadność odniesienia się do zawartości art. 2 u.n.i.k. i wyróżnienie tym samym następującego katalogu podmiotów podlegających:

- obowiązkowemu kontrolowaniu:

31 Dz. U. z 2013 r., poz. 885 ze zm.

32 Zob. T. Kocowski, *Kontrola postępowania...*, op. cit., s. 36.

1. organów administracji rządowej, Narodowego Banku Polskiego, państwowych osób prawnych i innych państwowych jednostek organizacyjnych³³;
 2. Kancelarię Sejmu, Kancelarię Senatu, Kancelarię Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Sąd Najwyższy, Naczelny Sąd Administracyjny, Krajową Radę Sądownictwa, Trybunał Konstytucyjny, Rzecznika Praw Obywatelskich, Rzecznika Praw Dziecka, Krajową Radę Radiofonii i Telewizji, Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, Instytut Pamięi Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Krajowe Biuro Wyborcze oraz Państwową Inspekcję Pracy.
- oraz kontrolowaniu fakultatywnemu, a mianowicie:
1. organów samorządu terytorialnego (wszystkich szczebli wraz ze związkami komunalnymi, samorządowymi kolegiami odwoławczymi), samorządowych osób prawnych i innych samorządowych jednostek organizacyjnych. Niniejsza grupa obejmuje również kontrolowanie tego rodzaju jednostek, na których opiera się samorząd terytorialny w zakresie działalności komunalnej³⁴.
 2. innych jednostek organizacyjnych i podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców) w zakresie, w jakim wykorzystują one majątek lub środki państwowe, bądź też komunalne oraz wywiązują się z zobowiązań finansowych na rzecz państwa, w szczególności zaś (z punktu widzenia prowadzonych rozważań) wykonują zamówienia publiczne na rzecz państwa lub samorządu terytorialnego.

33 Jak wskazuje Andrzej Sylwestrzak, „przez państwowe osoby prawne rozumie się wszystkie podmioty prowadzące w różnych formach działalność, posiadające osobowość prawną i dysponujące mieniem należącym do państwa. Nie ma znaczenia sama forma organizacyjnego dysponowania tym mieniem, natomiast państwowa osoba prawna powinna być podmiotem całości mienia będącego podstawą jej działalności”. Z kolei przez inne państwowe jednostki organizacyjne należy rozumieć inne nieposiadające osobowości prawnej jednostki organizacyjne. Chodzi w tym wypadku o jednostki sektora finansów publicznych, takie jak np. jednostka budżetowa, samorządowy zakład budżetowy – zob. A. Sylwestrzak, *Najwyższa...*, op. cit., s. 228; zob. więcej w przedmiocie wyróżnionych jednostek: *Prawo finansowe*, red. R. Mastalski, E. Fojcik-Mastalska, Warszawa 2013, s. 69-77.

34 Zob. A. Sylwestrzak, *Najwyższa...*, op. cit., s. 230.

Pojęcie „prawidłowości” zamówień publicznych, o którym mowa w tytule niniejszego opracowania, posiada charakter abstrakcyjny. W tym miejscu przedmiotowa „prawidłowość” nie może być interpretowana w sposób dosłowny i ograniczać się wyłącznie do rozumienia jej jako zgodności z obowiązującymi przepisami prawa³⁵. Jej właściwe rozumienie wymaga przyjęcia interpretacji opierającej się na stosowanych przez NIK kryteriach kontrolnych. Jak wynika z treści u.n.i.k., ustawodawca w sposób szeroki kształtuje katalog dopuszczalnych wzorców (mierników) prawidłowego postępowania kontrolowanego. Należy do nich zaliczyć: kryterium legalności, celowości, rzetelności, gospodarności. To pozwala na przyjęcie założenia o „kompleksowości” działania kontrolnego NIK. Ma ono jednak zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do kontrolowania podmiotów państwowych. W obrębie bowiem badania podmiotów samorządowych i prywatnych następuje zawężenie dopuszczalności procesu kontrolowania. Nie należy zapominać, że stosowanie mierników prawidłowego postępowania na gruncie u.n.i.k. podlega różnicowaniu stosownie do adresata czynności sprawdzająco-ocennych.

Co do zasady ustawodawca traktuje wszystkie kryteria w sposób jednakowy (jednostajnie). Niemniej jednak, w kontekście kryterium legalności bądź gospodarności w działaniu dokonuje pokreślenia, iż ich naruszenie (przekroczenie) może pociągać za sobą odpowiedzialność karną bądź też odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o której mowa na gruncie ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych³⁶. Ponadto, niezależnie od powyższego nie sposób „przejsć” obojętnie wobec doktrynalnego założenia, w świetle którego miernik odnoszący się do badania legalności postępowania (stanu rzeczy) stanowi kryterium o charakterze dominującym (nadrzędnym) w procesie kontrolowania. Wszystkie bowiem inne mierniki stanu pożądanego (poprawnego) muszą mieścić się w granicach obowiązującego prawa; muszą być podporządkowane kryterium legalności, mimo iż każde z nich

35 Choć nierzadko to właśnie tego rodzaju „adekwatność” jest określana jako metakryterium w procesie kontrolowania. Zob. też poglądy doktrynalne w przedmiocie równoznaczności (jej braku) pomiędzy kryterium legalności a zgodności z prawem (z praworządnością) – zob. A. Wiktorowska, *Prawne determinanty samodzielności gminy. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Warszawa 2002, s. 209 i n. – podają za: K. Marak, *Kryteria kontroli zamówień publicznych*, „Prawo zamówień publicznych” 4, 2015, System Informacji Prawej Legalis, <URL=http://sip.legalis.pl/document-full.seam?documentId=mjxw62zogytkmjsgmytimq#>, [dostęp: 3.08.2016].

36 Dz. U. z 2013 r., poz. 168 ze zm., zob. też E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwaraka, *Najwyższa Izba Kontroli...*, op. cit., s. 48.

z osobna posiada odrębną treść i odrębne znaczenie w systemie kontrolowania administracji publicznej³⁷.

Odnosząc się do kontrolowania tzw. jednostek państwowych, NIK stosuje kryterium legalności, gospodarności, rzetelności i celowości. Z kolei organy samorządu terytorialnego podlegają kontroli dokonywanej z wyłączeniem kryterium celowości. Natomiast w zakresie podmiotów niepublicznych ustawodawca wskazuje na dopuszczalność stosowania przez NIK kryterium legalności i gospodarności. Na tej zatem płaszczyźnie należy przyjąć, że ustalanie istnienia (lub też braku) „prawidłowości” zamówień publicznych w świetle uregulowań u.n.i.k. sprowadza się do badania:

1. Czy działalność kontrolowanego podmiotu zamawiającego lub wykonawcy była zgodna z obowiązującymi przepisami prawa (powszechnie, jak i wewnętrznie obowiązującymi, z przepisami prawa materialnego, proceduralnego oraz ustrojowego), czy posiadała odpowiednią podstawę prawną i pozostawała w granicach kompetencji kontrolowanego (kryterium legalności);
2. Czy działalność podmiotu zamawiającego i wykonawcy pozostawała w zgodzie z regułami efektywnego gospodarowania środkami publicznymi i mieniem publicznym. Chodzi w tym wypadku o zachowanie zasady oszczędności, optymalności i wydajności w działaniu podmiotu kontrolowanego (kryterium gospodarności);
3. Czy działalność podmiotu zamawiającego (niebędącego podmiotem samorządowym) „pozostaje w harmonii” z ustalonymi celami (ostatecznymi oraz cząstkowymi). Chodzi bowiem o zachowanie zasady optymalności i odpowiedniości w zakresie stosowanych metod i środków, stosownie do wyznaczonych celów, stosownie do przyjętych założeń w ramach działalności kontrolowanego. Działalność podmiotu kontrolowanego w swoim założeniu ma być bowiem rozsądna, korzystna i sprzyjająca osiągnięciu założonych i przewidywanych efektów (kryterium celowości);
4. Czy działalność podmiotu zamawiającego, a w szczególności realizacja obowiązków przez pracowników podmiotu kontrolowanego, była prowadzona zgodnie z wewnętrznymi regułami, z zasadą staranności, sumienności, zgodnie z obowiązującymi standardami, regułami i parametrami działania (kryterium rzetelności)³⁸.

Jak zostało już uprzednio wskazane, NIK przeprowadza kontrole (w tym kontrolę obejmującą prawidłowość udzielanych zamówień publicznych) na podstawie rocznego planu pracy, uchwalanego przez Kolegium

37 Zob. J. Jagielski, *Kontrola administracji...*, op. cit., s. 49.

38 Zob. też E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka, *Najwyższa Izba Kontroli...*, op. cit., s. 48-49.

NIK. Umożliwia to uprzednie (na przyszłość) określenie zakresu tematyki działalności kontrolnej i jej przypisanie (rozdysonowanie) do poszczególnych jednostek organizacyjnych omawianego organu. Ponadto, uprzednie planowanie stwarza podstawy dla wstępnego oszacowania koniecznych nakładów rzeczowych, osobowych i finansowych dla potrzeb prowadzonych kontroli, jak również równomierne rozłożenie ciężaru kontrolnego (planowanego na dany rok, w odniesieniu do danych kwestii i danych podmiotów kontrolowanych)³⁹. W ramach kontroli planowych nie bez znaczenia pozostaje również pozytywny oddźwięk jaki następuje w związku z możliwością wewnętrznego „uporządkowania” całej działalności kontrolnej NIK (wszystkich jej jednostek organizacyjnych).

Przeciwieństwem kontroli planowych są kontrole podejmowane w „razie potrzeby” – tzw. badania doraźne, inspirowane pewnymi okolicznościami, które wymagają natychmiastowej reakcji ze strony kontrolera, niezwłocznego sprawdzenia i oceny. Są podejmowane przez NIK z własnej inicjatywy, jak również na skutek wniosków (skarg) pochodzących od podmiotów zewnętrznych. Co istotne mimo iż są prowadzone niezależnie od uprzednio określonego „schematu” działania, ich realizacja odbywa się w zgodzie z przyjętym obszarem tematycznym kontroli, w granicach ustawowo określonego zakresu podmiotowego i przedmiotowego. Jako kontrole doraźne posiadają specyficzny charakter. Bazuje on na wstępnym (rozpoznawczym, sygnalizacyjnym) badaniu (w jej ramach) zagadnień wywołujących wątpliwości po stronie kontrolera lub podmiotu trzeciego, na wysokim stopniu realizacji przez kontrolowanych wystąpień uprzednio przeprowadzonych działań badawczo-ocennych, jak również na zasadności przedkładanych do NIK skarg (wniosków) pochodzących od podmiotów zewnętrznych⁴⁰.

Działalność kontrolna NIK zmierza do dokonania oceny funkcjonowania państwa, jego organów w szczególności zaś prawidłowego gospodarowania środkami publicznymi, mieniem publicznym. Jako tego rodzaju działalność, odnosi bezpośredni skutek względem dążenia do zapewnienia prawidłowości funkcjonowania administracji publicznej oraz innych podmiotów wykonujących zadania o charakterze publicznym. Zakres przedmiotowy i podmiotowy kontroli NIK został przez ustawodawcę określony szeroko. W ramach niniejszego katalogu „spraw” podlegających kontrolowaniu istotne miejsce zajmuje „prawidłowość” postępowania zamawiających i wykonawców w ramach procedury związanej z udzielaniem zamówień publicznych⁴¹.

39 Ibidem.

40 Ibidem.

41 Kontrolowanie procedury zamówień publicznych ma rudymentarne znaczenie. Świadczy o tym nie tylko rozbudowany system zewnętrznego i wewnętrznego kontrolowania, jak i uregulowana treścią u.n.i.k. instytucja audytu zewnętrznego (art. 7 a). Obejmuje ona bowiem ocenę

W tym zakresie NIK jest kwalifikowana jako instytucja zewnętrznego kontrowania systemu zamówień publicznych, a ściślej mówiąc dysponowania środkami publicznymi i mieniem publicznym oraz realizacji zadań w ramach tego rodzaju postępowań. Choć historycznie do zakresu kompetencji NIK należało wykonywanie funkcji nadzorczych, aktualnie obowiązujące ustawodawstwo przewiduje wyłącznie uprawnienia o charakterze kontrolnym. Sprawdzają się one do niewiążącego badania, niewiążącej oceny działania kontrolowanego, bez możliwości władczego oddziaływania na jego postępowanie. Nie pozbawia to jednak NIK ważnego znaczenia:

- jako instytucji wskazującej na nieprawidłowości, na uchybienia „zidentyfikowane” podczas prowadzonych czynności badawczo-ocennych;
- jako organu wskazującego na zagrożenia systemu zamówień publicznych, celem ich usunięcia i zapobieżenia pojawieniu się w przyszłości.

Tego rodzaju stanowisko pozostaje w integralnym związku z założeniem, w myśl którego same urządzenia kontrolne nie są w stanie zagwarantować pełnej sprawności działania administracji i realizacji wszystkich spraw publicznych (rozmaitego rodzaju)⁴². Niemniej jednak, prawidłowo wypełniane funkcje kontrolne są na trwałe połączone z dążeniem do zapewnienia prawidłowego jej funkcjonowania i stałego ulepszania stylu pracy⁴³.

gospodarności, celowości i rzetelności dokonywania wydatków ze środków publicznych przez NIK oraz udzielania przez niniejszy organ zamówień publicznych, a także ocenę wykorzystania jego zasobów.

42 Zob. J. Starościak, *Prawo...* op. cit., s. 378.

43 Ibidem.

Pieczka zastępcza w rodzinie zastępczej w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego

Foster Care in the Jurisdiction of the Constitutional Tribunal

The article is a brief description of the foster family as a legal institution in the light of the Act of 9 June 2011 on family support and foster care system. Article refers to concepts such as related foster family, professional foster family and non-professional foster family, the benefit to cover the cost of maintaining a child in a foster family, as well as the conditions and procedure of granting such benefit. The author focuses on the position expressed by the Constitutional Tribunal – the amount of benefit to cover the cost of maintaining a child in a foster family. In fact, the benefit depends on the type of foster family. The lower limit of the benefit in the case of a related foster family is lower than in the case of a professional and non-professional ones. The author confronts the jurisdiction with judicial practice, which shows that children are often placed in related foster care. The author shows the effects of these regulations and presents some proposals.

Karolina Walancik-Ryba

magister prawa

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie

Organizacja i sposób funkcjonowania pieczy zastępczej zostały uregulowane obecnie w ustawie z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej¹. W uzasadnieniu projektu ustawy ustawodawca wskazywał, że obowiązujące normy prawne cechowała ogólność, co

1 Dział III ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz. U. 2011 nr 149 poz. 887 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą o wspieraniu rodziny.

skutkowało powstawaniem licznych wątpliwości interpretacyjnych oraz niejednolitą praktyką postępowania w ramach opieki zastępczej na różnych obszarach kraju. Brak spójności w interpretacji przepisów przysparza wielu rodzinom zastępczym praktycznych problemów w sprawowaniu opieki nad dziećmi, a ponadto nie zachęca rodzin, które mogłyby starać się o status rodzin zastępczych, do podjęcia się obowiązków związanych z opieką nad dziećmi².

Zgodnie z ustawą o wspieraniu rodziny piecza zastępcza dzieli się na instytucjonalną i rodzinną. Do instytucjonalnej pieczy zastępczej zalicza się: placówki opiekuńczo-wychowawcze, regionalne placówki opiekuńczo-terapeutyczne albo interwencyjne ośrodki preadopcyjne³. Jednocześnie placówki mogą się specjalizować w pełnieniu funkcji socjalizacyjnej, interwencyjnej, specjalistyczno-terapeutycznej lub rodzinnej⁴. Natomiast do rodzinnej pieczy zastępczej zalicza się: rodziny zastępcze albo rodzinne domy dziecka⁵.

Ustawodawca dokonał podziału rodzin zastępczych na: spokrewnione, niezawodowe i zawodowe (w tym pełniące funkcję pogotowia rodzinnego) oraz zawodowe specjalistyczne. Rodzinna piecza zastępcza jest wspierana przez rodziny pomocowe. Rodzinną formę pieczy zastępczej mogą tworzyć małżonkowie lub osoba niepozostająca w związku małżeńskim, u których umieszczono dziecko w celu zapewnienia sprawowania nad nim pieczy zastępczej⁶.

Nowym rozwiązaniem w ustawie o wspieraniu rodziny jest określenie pojęcia rodziny zastępczej spokrewnionej z dzieckiem. Rodziny zastępcze spokrewnione z dzieckiem tworzone są przez wstępnych oraz przez rodzeństwo⁷. Przez wstępnych należy rozumieć osoby, od których pochodzi dziecko w linii prostej poprzez więzy krwi, inne niż rodzice, a zatem dziadków oraz pradziadków (rodziców naturalnych dziadków dziecka, ale już nie ich małżonkowie, którzy są powinowatymi w linii prostej). Rodzinę zastępczą spokrewnioną tworzy także rodzeństwo zarówno naturalne, jak i przyrodnie oraz przysposobione, lecz nie pochodzące z innego związku, macochy czy ojczymowie⁸. Natomiast osoby niespokrewnione z dzieckiem lub jego dalsi

2 Strony internetowe Sejmu (<http://www.sejm.gov.pl>), Senatu (<http://www.senat.gov.pl>) – Uzasadnienie do projektu ustawy o rodzinnej opiece zastępczej, Druk Sejmowy nr 628, Sejm RP VI kadencji.

3 Art. 93 ustawy o wspieraniu rodziny.

4 Art. 95 ustawy o wspieraniu rodziny.

5 Art. 39 ustawy o wspieraniu rodziny.

6 Art. 41 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny.

7 Art. 41 ust. 2 ustawy o wspieraniu rodziny.

8 K. Tryniszewska, *Ustawa o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, Komentarz*, Warszawa 2012, s. 128.

krewni w linii bocznej, inni niż rodzeństwo, tworzą rodziny zastępcze niezawodowe lub rodziny zastępcze zawodowe. Rodziny te, poza przesłankami obowiązującymi wszystkich kandydatów na rodzinę zastępczą, muszą ponadto posiadać: szczególne predyspozycje psychofizyczne, doświadczenie i umiejętności w pracy z dziećmi o szczególnych potrzebach oraz ukończyć specjalistyczne szkolenia.

Ustawodawca nie zdefiniował wprawdzie pojęcia rodziny zastępczej niezawodowej, jednakże, jak wynika z ustawy, rodzinę zastępczą niezawodową tworzą zarówno osoby spokrewnione z dzieckiem inne niż wstępni i rodzeństwo, osoby spowinowacone, jak i wcześniej wspomniane osoby z szeroko rozumianej rodziny, jak i osoby niepołączone z dzieckiem więzami krwi, tzw. osoby obce.

W tym miejscu należy wskazać, że po wejściu w życie ustawy o wspieraniu rodziny orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego dotyczące pieczy zastępczej sprawowanej przez rodzinę zastępczą nie jest zbyt duże. Trybunał wypowiedział się jednak w bardzo istotnej kwestii dotyczącej świadczeń pieniężnych w związku ze sprawowaniem funkcji rodziny zastępczej.

Różnice pomiędzy rodzinami zastępczymi spokrewnionym, niezawodowymi i zawodowymi dotyczą bowiem nie tylko kwestii związanych z posiadaniem odpowiednich kwalifikacji do sprawowania funkcji rodzin zastępczych, czy też istnieniem stopnia pokrewieństwa łączącego kandydatów na rodzinę zastępczą z dzieckiem bądź jego brakiem. Istotną kwestią związaną z pełnieniem funkcji określonej rodziny zastępczej (tj. rodziny zastępczej spokrewnionej, niezawodowej czy też zawodowej) jest również kwestia związana z przyznawaniem rodzinie zastępczej za sprawowanie swojej funkcji świadczeń pieniężnych⁹.

Świadczenia pieniężne przyznawane rodzinie zastępczej za sprawowanie swojej funkcji to: świadczenia na pokrycie kosztów utrzymania dziecka umieszczonego w rodzinie zastępczej, dodatki, wynagrodzenia, dofinansowania do wypoczynku, świadczenia na pokrycie niezbędnych kosztów związanych z potrzebami przyjmowanego dziecka, jak również kosztów związanych z wystąpieniem zdarzeń losowych lub innych zdarzeń mających wpływ na jakość sprawowanej opieki¹⁰.

Zgodnie z ustawą o wspieraniu rodziny, rodzinie zastępczej na każde umieszczone dziecko przysługuje świadczenie na pokrycie kosztów jego utrzymania¹¹. Świadczenie to przysługuje również osobom lub małżonkom niespełniających warunków dotyczących rodzin zastępczych (w zakresie niezbędnych szkoleń), którym sąd powierzył tymczasowo pełnienie funkcji

9 Art. 89 ustawy o wspieraniu rodziny.

10 Art. 89 ustawy o wspieraniu rodziny.

11 Art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny.

rodziny zastępczej na podstawie art. 109 § 2 pkt 5 k.r.o.¹² oraz rodzinie pomocowej w przypadku, gdy rodzina zastępcza nie pobierała ww. świadczenia¹³.

Świadczenie na pokrycie kosztów utrzymania dziecka w rodzinie zastępczej przyznaje się na wniosek rodziny zastępczej¹⁴ złożony w powiatowym centrum pomocy rodzinie właściwym ze względu na miejsce zamieszkania¹⁵ od dnia faktycznego umieszczenia dziecka odpowiednio w rodzinie zastępczej do dnia faktycznego opuszczenia przez dziecko rodziny zastępczej.

Natomiast zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy o wspieraniu rodziny w przypadku, gdy rodzina zastępcza nie ponosi kosztów utrzymania dziecka w związku z jego pobytem w domu pomocy społecznej, specjalnym ośrodku szkolno-wychowawczym, młodzieżowym ośrodku wychowawczym, młodzieżowym ośrodku socjoterapii zapewniającym całodobową opiekę, specjalnym ośrodku wychowawczym, hospicjum stacjonarnym, oddziale medycyny paliatywnej, areszcie śledczym, schronisku dla nieletnich, zakładzie karnym, zakładzie poprawczym, otrzymuje świadczenie, w wysokości nie niższej niż 20% przyznanego świadczenia¹⁶. Katalog ww. przypadków, w których rodzina zastępcza otrzymuje świadczenie jest katalogiem zamkniętym i obejmuje sytuacje, gdy nie dochodzi do faktycznego opuszczenia przez dziecko rodziny zastępczej, rozumianego jako ostateczne wyjęcie dziecka spod pieczy tej rodziny¹⁷.

Świadczenie na pokrycie kosztów utrzymania dziecka umieszczonego w rodzinie zastępczej przysługuje również rodzinie zastępczej po osiągnięciu przez dziecko pełnoletniości, jeżeli nadal przebywa w rodzinie zastępczej i się uczy lub jest niepełnosprawne i się uczy¹⁸, świadczenie to jest wypłacane do czasu ukończenia przez dziecko nauki, nie dłużej jednak niż do ukończenia dwudziestego piątego roku życia. W przypadku powierzenia rodzinie pomocowej opieki i wychowania nad dzieckiem umieszczonym w rodzinie zastępczej, świadczenie to wypłaca się rodzinie pomocowej w wysokości proporcjonalnej do liczby dni pobytu dziecka w danym miesiącu w tej rodzinie¹⁹.

12 Art. 90 ustawy o wspieraniu rodziny.

13 Art. 88 ust. 2 ustawy o wspieraniu rodziny.

14 Art. 88 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny.

15 Art. 88 ust. 3 ustawy o wspieraniu rodziny.

16 Art. 87 ust. 2 ustawy o wspieraniu rodziny.

17 Zob. wyrok WSA w Poznaniu z dnia 18 października 2013 r. (II SA/Po 742/13), LEX nr 1390271.

18 Art. 82 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny.

19 Art. 87 ust. 5, art. 86 ust. 2 i ust. 3 ustawy o wspieraniu rodziny.

Wysokość świadczenia może zostać podwyższona ponad kwoty ustawowe na podstawie decyzji rady powiatu²⁰.

Przyznanie oraz odmowa przyznania ww. świadczenia następuje w drodze decyzji²¹. W przypadku zmiany przepisów regulujących prawo do świadczeń oraz w przypadku zmiany sytuacji osobistej rodziny zastępczej, a także w przypadku zmiany sytuacji osobistej, dochodowej lub majątkowej umieszczonego dziecka, decyzja ta może zostać zmieniona lub uchylona bez zgody rodziny zastępczej²². Ustawodawca nakłada na osobę otrzymującą świadczenie obowiązek niezwłocznego informowania organu, który przyznał ww. świadczenie, o każdej zmianie sytuacji osobistej, dochodowej i majątkowej ich oraz dziecka, która ma wpływ na prawo do tych świadczeń. Ponadto, decyzję tę uchyla się lub zmienia obligatoryjnie w sytuacji, gdy rodzina zastępcza marnotrawi przyznane świadczenia²³. Postępowanie administracyjne w sprawie zmiany lub uchYLENIA decyzji może być prowadzone na zasadzie oficjalności (z urzędu) lub skargowości (na wniosek). Decyzja ta ma charakter konstytutywny i jest aktem wydawanym w pierwszej instancji²⁴.

Jak wcześniej wskazano, wysokość świadczenia na pokrycie kosztów utrzymania dziecka w rodzinie zastępczej jest zróżnicowana w zależności od rodzaju rodziny zastępczej. W przypadku rodziny zastępczej spokrewnionej jest to kwota nie niższa niż 660 zł miesięcznie, natomiast w przypadku rodziny zastępczej niezawodowej i zawodowej jest to kwota nie niższa 1000 zł miesięcznie. Wysokość tych świadczeń może zostać podniesiona przez radę powiatu w drodze uchwały²⁵. Istnieje zatem możliwość podniesienia ww. minimum świadczeń określonych w ustawie o wspieraniu rodziny, jednakże nie jest to obligatoryjne²⁶.

20 Art. 91 ustawy o wspieraniu rodziny.

21 Art. 88 ust. 4 ustawy o wspieraniu rodziny.

22 Art. 88 ust. 5 i art. 89 ustawy o wspieraniu rodziny.

23 Art. 88 ust. 6 ustawy o wspieraniu rodziny.

24 A. Ostapski, *Zmiana/uchylenie decyzji, o której mowa w art. 88 ust. 4 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej, na podstawie art. 88 ust. 5 albo art. 88 ust. 6 tej ustawy, komentarz praktyczny*, LEX 2013.

25 Art. 91 ustawy o wspieraniu rodziny. Zob. wyrok NSA w Warszawie z dnia 5 kwietnia 2002 r., I SA 2160/01, LexPolonica nr 381385.

26 Zob. rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Zachodniopomorskiego z dnia 20 lipca 2012 r. (NK-4.4131.245.2012.AB); Zacho.2012/1982, LEX 2015.

Konsekwencją powyższego rozróżnienia był złożony do Trybunału Konstytucyjnego przez grupę posłów wniosek z dnia 23 lutego 2012 r. o zbadanie zgodności art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny z art. 32 ust. 1 i 2 Konstytucji RP²⁷. Wnioskodawca uzasadniał, że niezgodności art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny z art. 32 Konstytucji RP polega na nieuprawnionym i niczym nieuzasadnionym różnicowaniu kwot świadczeń na pokrycie kosztów utrzymania dziecka przyznawanych rodzinom zastępczym spokrewnionym (nie mniej niż 660 zł miesięcznie) oraz rodzinom zastępczym zawodowym, niezawodowym i rodzinnym domom dziecka (nie mniej niż 1000 zł miesięcznie).

Wnioskodawca podnosił, że żaden przepis ustawy o wspieraniu rodziny nie różnicuje obowiązków nakładanych na rodziny zastępcze spokrewnione, zawodowe, niezawodowe i rodzinne domy dziecka. Jego zdaniem więc, zadania wykonywane przez rodziny zastępcze spokrewnione, są tożsame z zadaniami jakie zostały powierzone rodzinom zastępczym zawodowym, niezawodowym i rodzinnym domom dziecka. W związku z tym, nie ma uzasadnionych powodów różnicowania wysokości świadczeń na pokrycie kosztów utrzymania dziecka umieszczonego w rodzinie zastępczej w zależności od tego, czy rodzina zastępcza jest biologicznie spokrewniona z dzieckiem, czy też są to ludzie dla siebie obcy, a dyskryminacji tego rodzaju nie mogą usprawiedliwiać żadne przepisy ani żadne przyczyny.

W niniejszej sprawie stanowisko zajął również Marszałek Sejmu, który w piśmie z dnia 28 czerwca 2012 r. wniósł o stwierdzenie, że art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny jest zgodny z art. 32 w związku z art. 18 Konstytucji RP.

W uzasadnieniu ww. pisma Marszałek Sejmu stwierdził, że wnioskodawca na tle art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny porównał sytuację faktyczną i prawną podmiotów (tworzących zawodową i niezawodową rodzinę zastępczą), których wzajemne relacje opierają się wyłącznie na więzi prawnej wynikającej z pieczy zastępczej, z podmiotami (rodzina zastępcza spokrewniona), których wzajemne relacje oparte są na więzi pokrewieństwa i wynikającej z niej więzi prawnorodzinnej (obowiązek alimentacyjny).

Podał, że nie można zaprzeczyć, iż między wspomnianymi podmiotami występują pewne cechy wspólne, które jednak nie mają pierwszoplanowego znaczenia z punktu widzenia partycypacji w kosztach utrzymania dziecka. Podniósł, że żadnej z tych cech wspólnych nie można przypisać takiej wagi, która uzasadniałaby uznanie jej za cechę relewantną z punktu widzenia celu zakwestionowanego przepisu, nakazującą jednakowe traktowanie. Marszałek Sejmu zauważył, że wnioskodawca nie dostrzegł okoliczności, która w istotny sposób różnicuje sytuację obu kategorii podmiotów. Tą

27 Zgodnie z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne.

okolicznością jest więź pokrewieństwa i oparta na niej więź prawnorodzinna. Uzasadniał, że sporne świadczenie przewidziane w art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny ma charakter celowy i skierowane jest na zabezpieczenie środków na utrzymanie dziecka. Dodatkowo, powołując się na art. 128 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego²⁸, zgodnie z którym obowiązek alimentacyjny obciąża krewnych w linii prostej oraz rodzeństwo, przypomniał, że obowiązek dostarczania środków na utrzymanie dziecka powinien w pierwszej kolejności należeć do rodziców naturalnych, a w określonych ustawowo przypadkach do dziadków oraz rodzeństwa. Podniósł, że na ten obowiązek składa się dostarczanie dziecku środków na utrzymanie (zaspokajanie jego bieżących potrzeb konsumpcyjnych), a w miarę potrzeby także środków na wychowanie służące rozwojowi intelektualnemu. Według Marszałka Sejmu źródłem tego obowiązku jest stosunek pokrewieństwa wynikający ze wspólności pochodzenia.

W związku z powyższym, podał, że trudno uznać kwestionowane unormowanie za niesprawiedliwe i krzywdzące. Członek najbliższej rodziny (dziadek i babcia lub siostra i brat), wywiązując się ze swoich obowiązków moralnych w postaci sprawowania pieczy zastępczej nad najbliższym krewnym, jednocześnie wywiązuje się ze swoich obowiązków prawnych, których źródłem jest k.r.o. Podkreślił, że wykonanie obowiązku alimentacyjnego względem dziecka, które nie jest jeszcze w stanie utrzymać się samodzielnie, może w określonych warunkach polegać w całości lub w części na osobistych i finansowych staraniach o jego utrzymanie oraz wychowanie, a od takich obowiązków zarówno moralnych, jak i prawnych wolne są podmioty tworzące niezawodowe i zawodowe rodziny zastępcze. Uzasadniał, że w tym stanie rzeczy nie zasługuje na uwzględnienie zarzut wnioskodawcy, że na rodzinie zastępczej spokrewnionej i na niespokrewnionej ciąży jednakowe obowiązki uzasadniające równą partycypację państwa w kosztach utrzymania dziecka. Powołując się na prace nad projektem ustawy o wspieraniu rodziny, przypomniał, że podnoszono wtedy ważny argument, zgodnie z którym, w praktyce występuje pozorność pieczy zastępczej w przypadku wielu rodzin zastępczych spokrewnionych z dzieckiem, zwłaszcza w sytuacji, gdy na wysoki udział tego typu rodzin (rodziny zastępcze spokrewnione z dzieckiem stanowią aż 85% ogółu istniejących dziś rodzin zastępczych) ma wpływ relatywnie wysoka atrakcyjność świadczeń pieniężnych na dziecko powierzone spokrewnionej rodzinie zastępczej w porównaniu z wartością świadczeń rodzinnych kierowanych do rodzin (zasiłki rodzinne i dodatki do zasiłków rodzinnych uzależnione od kryterium dochodowego). Podniósł, że w tej sytuacji zastępowanie obowiązków alimentacyjnych członków rodziny przez kreowanie konkurencyjnego systemu zasiłków wydaje się konstytucyjnie wątpliwe, a nakaz opieki

28 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. 1964 nr 9 poz. 59 z późn. zm.), zwana dalej k.r.o.

nad rodziną i ochrony rodziny przez władzę publiczną nie powinien bowiem ani zwalniać rodziców naturalnych lub innych osób z odpowiedzialności za dziecko, ani ich zastępować. Według Marszałka Sejmu w tym kontekście forma spokrewnionej rodziny zastępczej nie może być także środkiem do ograniczania rozmiarów obowiązków rodzinnoprawnych wstępnych lub rodzeństwa.

Podsumowując stwierdził, że świadczenie przewidziane w art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny ma na celu partycypację państwa w kosztach utrzymania dziecka otaczanego pieczą zastępczą, jednakże nie zwalnia rodzin zastępczych od ponoszenia innych kosztów związanych z wychowaniem dziecka, a pomoc państwa nie może zastępować obowiązku osób spokrewnionych dostarczania środków na utrzymanie i wychowanie dziecka. Podał, że źródłem tego obowiązku jest bowiem stosunek pokrewieństwa i wynikający z niego obowiązek alimentacyjny. Podkreślił, że organy władzy publicznej powinny być zwolnione od obowiązku równego uczestnictwa w kosztach utrzymania dziecka znajdującego się w spokrewnionej rodzinie zastępczej i niespokrewnionej rodzinie zastępczej. Podał, że sytuacja faktyczna i prawna osób tworzących powyższe formy pieczy zastępczej jest bowiem odmienna.

Prokurator Generalny, w piśmie z dnia 6 sierpnia 2012 r., wniósł m. in. o stwierdzenie, że art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Uzasadniał m. in., że niesłuszny jest pogląd wnioskodawcy, jakoby wszystkie podmioty wskazane w kwestionowanym przepisie (rodzina zastępcza spokrewniona, rodzina zastępcza zawodowa, rodzina zastępcza niezawodowa, rodzinny dom dziecka) obciążone zostały tożsamymi obowiązkami. Podniósł, że ustawa o wspieraniu rodziny nie wymaga na przykład od rodziny zastępczej spokrewnionej udokumentowania posiadania kwalifikacji do pełnienia tej funkcji. Powołał się jednocześnie na fakt, że osoby, które mogą tworzyć rodzinę zastępczą spokrewnioną są podmiotami, na których, zgodnie z k.r.o., ciąży obowiązek alimentacyjny. Wobec tego, zdaniem Prokuratora Generalnego, na podstawie art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny, nie można wskazać istotnej cechy wspólnej uzasadniającej jednakowe traktowanie określonych przez wnioskodawcę grup podmiotów. Podał, że trudno mówić o istnieniu cechy wspólnej osób, które mają obowiązek alimentacyjny względem dzieci objętych ich pieczą, i podmiotów, których taki obowiązek nie obciąża (ich sytuacja prawna nie jest tożsama). Podkreślił, że wobec tego nie można domagać się wsparcia finansowego na pokrycie kosztów utrzymania dziecka w równej wysokości dla tych dwóch różnych grup podmiotów (ustawodawca mógł, a nawet powinien, traktować je odmiennie).

W wyroku z dnia 23 kwietnia 2013 r. Trybunał Konstytucyjny uznał, że art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej jest zgodny z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP²⁹.

W uzasadnieniu Trybunał Konstytucyjny wskazał, że zarzut naruszenia art. 32 ust. 2 Konstytucji RP nie został przez wnioskodawcę uzasadniony, a samo stwierdzenie o niewspółmiernym zmniejszeniu wysokości świadczeń dla rodzin zastępczych spokrewnionych, będącym wyrazem ich dyskryminacji, nie może stanowić spełnienia wymogu określonego w art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym³⁰, zatem za wzorzec kontroli art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny został uznany art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

Trybunał Konstytucyjny powołał się na swoje orzecznictwo dotyczące rozumienia zasady równości wynikającej z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Podkreślił, że zasada równości stanowi nakaz jednakowego traktowania podmiotów prawa w obrębie określonej klasy-kategorii³¹. Wobec tego podniósł, że punktem wyjścia do oceny zgodności danej regulacji prawnej z zasadą równości jest rozważenie, czy można wskazać wspólną cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, biorąc pod uwagę treść i cel danej regulacji prawnej. Jeżeli kontrolowana norma traktuje odmiennie adresatów, którzy odznaczają się określoną cechą wspólną, to mamy do czynienia z odstępstwem od zasady równości. Takie odstępstwo nie musi jednak oznaczać naruszenia art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Podkreślił, że niezbędna jest wówczas ocena przyjętego kryterium różnicowania i by odpowiedzieć na pytanie, czy dane kryterium może stanowić podstawę różnicowania podmiotów prawa, charakteryzujących się wspólną cechą istotną, należy rozstrzygnąć: czy kryterium to pozostaje w racjonalnym związku z celem i treścią danej regulacji, czy waga interesu, któremu różnicowanie ma służyć, pozostaje w odpowiedniej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku wprowadzonego różnicowania, czy kryterium różnicowania pozostaje w związku z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, uzasadniającymi odmiennie traktowanie podmiotów podobnych. Na tle tak ukształtowanego wzorca kontroli konstytucyjności wynikającego z zasady równości Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zakwestionowany przez wnioskodawcę art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny jest z nim zgodny. Podał, że podstawą sformułowania takiej tezy jest niedostrzeżenie przez

29 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 kwietnia 2013 r. w sprawie K 12/12, OTK-A 38/4/2013.

30 Ustawa z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.), zwana dalej ustawą o TK.

31 Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 października 1998 r. w sprawie K 7/98, OTK ZU nr 6/1998, poz. 96 i cytowane tam orzeczenia.

wnioskodawcę podstawowego motywu różnicowania sytuacji prawnej podmiotów grupy relewantnej, a w konsekwencji niewykazanie we wniosku tego, że przyjęte kryterium różnicowania narusza wymogi konstytucyjnie uprawnionego odstępstwa od dyspozycji art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

Powołując się na wprowadzenie przez ustawodawcę w ustawie o wspieraniu rodziny pojęcia rodziny zastępczej spokrewnionej z dzieckiem, Trybunał Konstytucyjny wskazał, że dlatego wypłacana jest inna kwota świadczeń na pokrycie kosztów utrzymania dziecka w rodzinie zastępczej spokrewnionej i inna kwota w przypadku pozostałych form rodzinnej pieczy zastępczej, że z mocy prawa na wstępnych i rodzeństwie ciąży obowiązek alimentacyjny wobec dziecka objętego opieką. Wskazał, że świadczenie wynikające z art. 80 ust. 1 pkt 1 ustawy o wspieraniu rodziny ma charakter wspomagający wywiązywanie się z ustawowego obowiązku dostarczania środków na utrzymanie, a w miarę potrzeby także środków na wychowanie, który – na mocy art. 128 k.r.o. – obciąża krewnych w linii prostej oraz rodzeństwo. Wobec tego sytuacja prawna rodzin zastępczych spokrewnionych, w kontekście zakresu obowiązków związanych z pieczą nad dzieckiem, różni się w sposób zasadniczy od sytuacji podmiotów sprawujących inne formy rodzinnej pieczy zastępczej, wymienione w art. 39 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego ta różnica jest skutkiem istnienia więzi pokrewieństwa między dzieckiem pozbawionym opieki i wychowania rodziców a osobami tworzącymi taką rodzinę zastępczą. Wobec tego zakres prawnych obowiązków rodzin zastępczych spokrewnionych wobec dziecka pozbawionego opieki i wychowania rodziców jest szerszy od zakresu obowiązków spoczywających na niezawodowych i zawodowych rodzinach zastępczych oraz rodzinnych domach dziecka. To rozszerzenie dotyczy w szczególności istnienia ustawowego obowiązku alimentacyjnego mającego źródło w przepisach k.r.o.

Trybunał Konstytucyjny zauważył jednocześnie, że intencje ustawodawcy, szczególnego traktowania rodzin zastępczych spokrewnionych, pielęgnowania i doceniania występujących w jej ramach więzi rodzinnych, są ujawniane także w innych przepisach szczegółowych ustawy o wspieraniu rodziny.

Według Trybunału Konstytucyjnego sytuacja prawna spokrewnionych rodzin zastępczych została przez ustawodawcę w sposób zasadny odmiennie ukształtowana od sytuacji podmiotów sprawujących inne formy rodzinnej pieczy zastępczej. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego trudno więc mówić o konieczności równego traktowania wszystkich podmiotów wymienionych w art. 39 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny w kontekście wysokości świadczenia określonego w art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny, ze względu na to, że z więzi pokrewieństwa występujących w spokrewnionych rodzinach zastępczych wynika ustawowy obowiązek alimentacyjny. Podniósł, że ten czynnik różnicujący nie został dostrzeżony przez wnioskodawcę, a tym samym, jego argumentacja na temat niezgodności kwestionowanego

przepisu z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP jest niesłuszna. Według Trybunału Konstytucyjnego wnioskodawca jednocześnie nie obalił domniemania konstytucyjności art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny, w szczególności chociażby przez wykazanie, że przyjęte przez ustawodawcę kryterium różnicowania nie spełnia wymogów zgodnego z Konstytucją RP odstępstwa od zasady równości, a nie mógł oczywiście tego uczynić, skoro nie dostrzegł *ratio legis* zróżnicowania sytuacji spokrewnionych rodzin zastępczych oraz rodzin zastępczych zawodowych, niezawodowych i rodzinnych domów dziecka. Trybunał Konstytucyjny, będąc związany zasadą skargowości, nie mógł wzruszyć domniemania konstytucyjności art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny, skoro w postępowaniu przed Trybunałem ciężar wykazania zarzutu niekonstytucyjności spoczywa na wnioskodawcy (zob. np. wyrok TK z 15 lipca 2009 r., Sygn. K 64/07, OTK ZU nr 7/A/2009, poz. 110).

Podsumowując, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że trudno jest obronić tezę, że sytuacja prawna rodzin zastępczych spokrewnionych oraz rodzin zastępczych zawodowych, niezawodowych i rodzinnych domów dziecka jest identyczna. Różnice występują w szczególności w kontekście obowiązków spoczywających na tych podmiotach w zakresie dostarczania środków na utrzymanie (a także na wychowanie) dziecka (por. art. 128 k.r.o.), co uzasadnia zróżnicowanie kwoty świadczenia przysługującego na podstawie art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny.

Trybunał Konstytucyjny podkreślił jednocześnie, że w niniejszej sprawie nie oceniał konstytucyjności kwestionowanego przepisu w kontekście tego, czy wysokość świadczeń przyznawanych rodzinie zastępczej spokrewnionej oraz podmiotom sprawującym inne formy pieczy zastępczej została określona prawidłowo. Podał, że badaniu podlegał jedynie zarzut wnioskodawcy nierównego potraktowania tych dwóch grup podmiotów uzasadniający naruszenie art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Kwestia wyznaczenia kwot świadczeń na poziomie wskazanym w art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny oraz ukształtowania relacji między nimi nie mieści się bowiem w zakresie wyznaczonym granicami wniosku.

Podkreślić należy, że zdanie odrębne do ww. wyroku, w zakresie dotyczącym art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny, w którym Trybunał uznał ten przepis za zgodny z zasadą równości wyrażoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, zgłosiła sędzia TK Teresa Liszcz. Uznała, że kryterium najbliższego pokrewieństwa (dotyczącego wstępnych i rodzeństwa), zastosowane w zaskarżonym przepisie w celu zróżnicowania wysokości świadczenia na pokrycie kosztów utrzymania dziecka, jest nerelevantne i niesprawiedliwe. Podniosła, że potrzeby dziecka, zaspokojeniu których służy ustawowe świadczenie, są bowiem jednakowe, niezależnie od tego, w jakiej rodzinie (czy też rodzinnym domu dziecka) ono żyje. Nie zgodziła się również z argumentacją, że uzasadnieniem zastosowanego przez ustawodawcę kryterium ma być, ciężący na wstępnych i rodzeństwie obowiązek alimentacyjny wobec

dziecka umieszczonego w spokrewnionej rodzinie zastępczej³². Wyraziła również sprzeciw dla uzasadnienia, że wobec tego świadczenie ze środków publicznych z założenia nie musi pokrywać całości kosztów utrzymania dziecka, które w części – z tytułu obowiązku alimentacyjnego – powinny zostać pokryte przez wstępnych lub rodzeństwo tworzących spokrewnioną rodzinę zastępczą.

Podkreśliła, że ciążący na najbliższych krewnych dziecka obowiązek alimentacyjny, może być – zgodnie z art. 135 § 2 k.r.o. – spełniony także przez osobiste starania o jego utrzymanie lub wychowanie. Podniosła, że w ten właśnie sposób wykonują ów obowiązek rodzeństwo i dziadkowie, którzy za tę pracę na rzecz dziecka nie otrzymują wynagrodzenia (podobnie zresztą, jak – najrzadziej w praktyce występujące – niespokrewnione, niezawodowe rodziny zastępcze). Tymczasem, rodziny zastępcze zawodowe i osoby prowadzące rodzinne domy dziecka otrzymują za opiekę nad umieszczonymi w nich dziećmi wynagrodzenie, które jest całkowicie niezależne od świadczenia, o którym mowa w zaskarżonym przepisie³³.

Sędzia argumentowała, że często zdarza się, że rodzinę zastępczą tworzą dziadkowie dziecka (albo jedno z nich), którzy utrzymują się z niewysokiej emerytury lub renty, niewystarczającej na pokrycie (uzupełnienie) kosztów utrzymania dziecka. Podniosła, że w ostatnich latach media nagłaśniały też przypadki, w których dla nawet kilkorga młodszego rodzeństwa rodzicem zastępczym zostawali ich najstarsza siostra lub brat, sami dopiero uzyskawszy pełnoletniość, niepracujący zarobkowo, uczący się albo niemający pracy, czy też niemogący jej podjąć właśnie z powodu sprawowania osobistej opieki nad rodzeństwem. Podniosła też, że ograniczenie świadczeń pieniężnych na pokrycie kosztów utrzymania dzieci w takiej sytuacji dodatkowo utrudnia tym osobom ich utrzymanie i wychowanie, a same dzieci naraża z reguły na pozostawanie w gorszych warunkach materialnych. Podkreśliła, że takie dzieci za komfort przebywania z najbliższymi krewnymi płacą gorszym zaspokajaniem ich potrzeb materialnych. Ponadto wskazała, że z tego powodu mniej zdeterminowani najbliżsi krewni mogą wręcz zrezygnować z opieki nad rodzeństwem czy wnukami, narażając je na umieszczenie w zawodowej, niezawodowej rodzinie zastępczej albo w rodzinnym domu dziecka. Podkreśliła, że jest głęboko przekonana, że obniżenie wysokości świadczenia pieniężnego na utrzymanie dziecka w spokrewnionej rodzinie zastępczej, i to bez względu na jej stan materialny, jest sprzeczne nie tylko z zasadą równości³⁴, ale też

32 Art. 128 k.r.o.

33 Art. 54 ust. 3 pkt 9, art. 62 ust. 2 pkt 7 i art. 85 ustawy o wspieraniu rodziny.

34 Art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

z zasadą sprawiedliwości społecznej³⁵, ponadto zaś, sprzeciwia się konstytucyjnemu nakazowi otoczenia rodziny ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej³⁶.

Odnosząc się do powyższego orzeczenia, po dokonaniu wnikliwej analizy zarówno argumentów wnioskodawcy, stanowiska Marszałka Sejmu i Prokuratora Generalnego, jak również treści ww. wyroku oraz jego uzasadnienia, nie sposób się z nim zgodzić. Podkreślić bowiem należy, że różnicowanie wysokości świadczeń ze względu na rodzaj rodziny zastępczej w ten sposób, że wysokość tego świadczenia w przypadku rodzin zastępczych spokrewnionych jest niższa od wysokości świadczeń otrzymywanych przez rodziny zastępcze zawodowe, niezawodowe i rodzinne domy dziecka, jest jawnym pokrzywdzeniem rodzin zastępczych spokrewnionych. Przepis ustawy o wspieraniu rodziny jest sprzeczny z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Wskazać należy, że w kontekście różnicy w wysokości należnych świadczeń, niezrozumiała wydaje się być argumentacja Trybunału Konstytucyjny, że zakres prawnych obowiązków rodzin zastępczych spokrewnionych wobec dziecka pozbawionego opieki i wychowania rodziców jest szerszy od zakresu obowiązków spoczywających na niezawodowych i zawodowych rodzinach zastępczych oraz rodzinnych domach dziecka, a rozszerzenie dotyczy w szczególności istnienia ustawowego obowiązku alimentacyjnego mającego źródło w przepisach k.r.o. Podkreślić bowiem należy, że brak jakiegokolwiek powiązania pomiędzy przyznaniem świadczeń na pokrycie kosztów utrzymania dziecka a obowiązkiem alimentacyjnym wynikającym z k.r.o.

Jak zauważyła sędzia TK Teresa Liszcz, najczęściej rodziną zastępczą spokrewnioną zostają ustanowieni dziadkowie dziecka lub ich rodzeństwo. Zarówno sytuacja materialna dziadków z racji otrzymywanej niewysokiej emerytury lub renty, jak i rodzeństwa, które często jeszcze się uczy i nie pracuje bądź pracuje dorywczo, jest zatem dodatkowo utrudniona. Nie sposób tej sytuacji finansowej porównać również z sytuacją rodzin zastępczych niezawodowych, czy też rodzin zastępczych zawodowych. Rodziny zastępcze niezawodowe często bowiem tworzą osoby w wieku średnim, aktywne zawodowo i posiadające stałe źródło dochodu, natomiast rodziny zastępcze zawodowe z tytułu pełnienia swojej funkcji otrzymują wynagrodzenie.

Odnosząc się natomiast bezpośrednio do kwestii niezgodności art. 80 ustawy o wspieraniu rodziny z art. 32 st. 1 Konstytucji RP, zaznaczyć należy, że skoro ww. przepis Konstytucji RP gwarantuje wszystkim równość wobec prawa i przyznaje wszystkim prawo do równego traktowania przez władze publiczne, to dotyczy to także dziecka umieszczonego w pieczy zastępczej niezależnie od rodzaju tej pieczy.

35 Art. 2 Konstytucji RP.

36 Art. 18 Konstytucji RP.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził ponadto, że punktem wyjścia do oceny zgodności danej regulacji prawnej z zasadą równości jest rozważenie, czy można wskazać wspólną cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, biorąc pod uwagę treść i cel danej regulacji prawnej. Wskazał, że mamy do czynienia z odstępstwem od zasady równości, które nie musi jednak oznaczać naruszenia art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, jeżeli kontrolowana norma traktuje odmiennie adresatów, którzy odznaczają się określoną cechą wspólną. Na tle tak ukształtowanego wzorca kontroli konstytucyjności wynikającego z zasady równości Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że zakwestionowany przez wnioskodawcę art. 80 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny jest z nim zgodny. Za podstawę takiej tezy uznał niedostrzeżenie przez wnioskodawcę podstawowego motywu różnicowania sytuacji prawnej podmiotów grupy relewantnej, a w konsekwencji niewykazanie we wniosku tego, że przyjęte kryterium różnicowania narusza wymogi konstytucyjnie uprawnionego odstępstwa od dyspozycji art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń zauważyć jednakże należy, że ustawodawca określając w art. 33 ustawy o wspieraniu rodziny cele pieczy zastępczej, w tym m. in. zapewnienie zaspokojenia potrzeb bytowych, zdrowotnych, edukacyjnych i kulturalno-rekreacyjnych dziecka, nie dokonał różnicowania tych potrzeb ze względu na rodzaj pieczy zastępczej w jakiej zostaje umieszczone dziecko. Należy również zwrócić uwagę na art. 40 ust. 1 ustawy o wspieraniu rodziny, w którym ustawodawca określa funkcje rodziny zastępczej i rodzinnego domu dziecka, jakimi są m. in. zapewnienie dziecku całodobowej opieki i wychowania, w szczególności m. in. zapewnienie dostępu do przysługujących świadczeń zdrowotnych, kształcenia, wyrównywania braków rozwojowych i szkolnych; rozwoju uzdolnień i zainteresowań oraz zaspokajanie potrzeb emocjonalnych, bytowych, rozwojowych, społecznych. Ustawodawca bowiem, określając funkcje rodziny zastępczej, również nie różnicuje powyższych potrzeb dziecka ze względu na rodzaj rodziny zastępczej, w której dziecko zostaje umieszczone. Zatem rodzaju i zakresu tych potrzeb nie można uzależniać od tego, czy piecza zastępcza jest sprawowana przez rodzinę zastępczą spokrewnioną, niezawodową czy też zawodową. Brak zatem uzasadnienia dla różnicowania wysokości świadczenia na pokrycie kosztów utrzymania dziecka, a zatem kosztów związanych z realizacją ww. potrzeb ze względu na rodzaj sprawowanej rodzinnej pieczy zastępczej. Oczywiście zatem pozostaje, przy uwzględnieniu różnic pomiędzy rodziną zastępczą spokrewnioną, niezawodową i zawodową, brak podstaw do różnicowania sytuacji prawnej tych podmiotów w kwestii wysokości środków na pokrycie kosztów utrzymania dziecka.

Odnosząc się natomiast do przepisów k.r.o.³⁷, które określają podział obowiązków i uprawnień między rodziców naturalnych a osoby czy instytucje

37 W tym m.in. art. 112¹ § 1. k.r.o.

sprawujące pieczę zastępczą (zatem rodziny zastępcze), również one nie różnicują zakresu wskazanych obowiązków należących do sprawujących pieczę zastępczą ze względu na rodzaj tej pieczy.

Jeżeli chodzi natomiast o argument Trybunału Konstytucyjnego dotyczący wprowadzenia definicji spokrewnionej rodziny zastępczej w powiązaniu ze różnicowaniem wysokości świadczeń otrzymywanych przez rodzinę zastępczą ze względu na rodzaj tej rodziny, to wydaje się on być również całkowicie nieuzasadniony. Wprowadzenie definicji rodziny zastępczej zgodnie z założeniami ustawodawcy znajdowało bowiem potwierdzenie w zasadach związanych zarówno z pomocniczą funkcją państwa w udzielaniu pomocy i opieki dzieciom pozbawionym opieki rodzicielskiej, prymacie rodziny oraz w kwestii odpowiedzialności za dziecko. Założenia uzasadniające wprowadzenie definicji rodziny zastępczej spokrewnionej w żaden sposób nie są zatem powiązane z różnicowaniem świadczeń na pokrycie kosztów utrzymania dziecka umieszczonego w takiej rodzinie³⁸. Różnice w kosztach utrzymania dziecka w rodzinie zastępczej nie wynikają bowiem z rodzaju rodziny zastępczej, jedynie zaś z indywidualnych cech dziecka umieszczonego w rodzinie zastępczej: jego wieku, rozwoju fizycznego, psychicznego i emocjonalnego, stanu zdrowia oraz jego sytuacji rodzinnej i materialnej.

Podkreślić zatem należy, że różnicowanie wysokości otrzymywanych świadczeń na pokrycie kosztów utrzymania dziecka ze względu na rodzaj rodzinnej pieczy zastępczej, wprowadza sztuczny podział i jest krzywdzące dla rodzin zastępczych spokrewnionych. Zróżnicowanie to jest również sprzeczne z założeniami, które legły u podstaw wprowadzenia ustawy o wspieraniu rodziny. Ustawodawca podkreślał bowiem znaczenie położenia głównego nacisku na utrzymanie dzieci w ich naturalnym środowisku, a zatem w rodzinie, jak również rozwoju rodzinnej pieczy zastępczej poprzez wprowadzanie rozwiązań, które zachęciłyby do tworzenia takich form pieczy. Odnosząc się do powyższych założeń, nie sposób nie dostrzec, że wprowadzenie świadczeń na utrzymanie dziecka umieszczonego w rodzinie zastępczej spokrewnionej w niższej wysokości od świadczeń otrzymywanych przez rodziny zastępcze niezawodowe, zawodowe i rodzinne domy dziecka, jak wskazała sędzia TK Teresa Liszcz, może wręcz zniechęcić najbliższych krewnych do objęcia funkcji rodziny zastępczej, i spowodować rezygnację z opieki nad dzieckiem. Konsekwencją tego stanu może być narażenie dziecka na umieszczenie go w zawodowej lub niezawodowej rodzinie zastępczej albo w rodzinnym domu dziecka, przy uwzględnieniu okoliczności tego rodzaju, że zgodnie z ustawą o wspieraniu rodziny rodzina zastępcza musi wyrazić zgodę na pełnienie tej funkcji, bez tej zgody sąd nie może dziecka w takiej rodzinie umieścić. Najbliżsi krewni dziecka: dziadkowie, rodzeństwo nie są zatem zobowiązani

38 Uzasadnienie do projektu ustawy o rodzinnej opiece zastępczej; Druk Sejmowy nr 628, Sejm RP VI kadencji.

do objęcia funkcji rodziny zastępczej dla dziecka. Obowiązek wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka jest bowiem elementem władzy rodzicielskiej, która przysługuje wyłącznie rodzicom dziecka. W uzasadnieniu projektu ustawy o wspieraniu rodziny ustawodawca wskazał na problem pozorności rodzicielstwa zastępczego w odniesieniu do rodzin spokrewnionych z dzieckiem, zwłaszcza w sytuacji, gdy na wysoki udział tego typu rodzin ma wpływ relatywnie wysoka atrakcyjność świadczeń pieniężnych na dziecko powierzone spokrewnionej rodzinie zastępczej w porównaniu do wartości świadczeń rodzinnych kierowanych do rodzin biologicznych (zasiłki rodzinne i dodatki do zasiłków rodzinnych uzależnione od kryterium dochodowego). Podkreślić jednakże należy, że obniżenie wysokości świadczeń na pokrycie kosztów utrzymania dziecka w rodzinie zastępczej spokrewnionej, w żaden sposób nie spowoduje i nie spowodowało zlikwidowania tej pozorności. Ta pozorność zależy bowiem od konkretnego przypadku – indywidualnych motywów kandydatów na rodzinę zastępczą – nie zaś od wysokości tych świadczeń. Zatem założenie, że przyczyną składania wniosku o ustanowienie rodzin zastępczych spokrewnionych jest wyższa atrakcyjność świadczeń pieniężnych w porównaniu ze świadczeniami otrzymywanymi przez rodziców dziecka, powinno prowadzić do podwyższenia wysokości świadczeń otrzymywanych przez rodziców, nie zaś do obniżenia wysokości świadczeń na pokrycie kosztów utrzymania dziecka otrzymywanych przez rodzinę zastępczą spokrewnioną.

Ponadto, łączenie obowiązku alimentacyjnego, którym zgodnie z art. 128. k.r.o. jest obowiązek dostarczania środków utrzymania oraz w miarę potrzeby także środków wychowania z wysokością świadczeń potrzebnych na pokrycie kosztów utrzymania dziecka w rodzinie zastępczej, wydaje się być nieuzasadniony. Uwzględnić bowiem należy, że potrzeby dziecka związane z jego utrzymaniem nie są uzależnione od rodzaju rodziny zastępczej w jakiej dziecko zostaje umieszczone. Ponadto, patrząc na wysokość świadczeń na pokrycie kosztów utrzymania dziecka przez pryzmat rodzaju rodziny zastępczej i obowiązku alimentacyjnego z art. 128 k.r.o., należałoby również uznać za niekonstytucyjny art. 85 ustawy o wspieraniu rodziny, zgodnie z którym, rodzina zastępcza zawodowa otrzymuje poza świadczeniem na pokrycie kosztów utrzymania dziecka również wynagrodzenie za pełnienie swojej funkcji oraz art. 81 ustawy o wspieraniu rodziny, w którym ustawodawca przyznaje dodatek na pokrycie zwiększonych kosztów utrzymania dziecka niepełnosprawnego, czy też dziecka umieszczone na podstawie ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich. Prowadziłoby to automatycznie do absurdalnych wniosków dotyczących przyczyn wprowadzenia zarówno podziału rodzinnej pieczy zastępczej na formy, jak i wprowadzenia rodzajów rodzin zastępczych.

Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że dzieci najczęściej umieszczone są w rodzinach zastępczych tworzonych przez dziadków i rodzeństwo, a zatem w rodzinach zastępczych spokrewnionych. Podsumowując, stwierdzić należy, że ustawodawca wprowadzając zróżnicowanie w zakresie otrzymywanych przez rodziny zastępcze świadczeń, jawnie dyskryminuje rodziny zastępcze spokrewnione pod względem finansowym. Jak wynika z powyższego, takie stanowisko ustawodawcy znajduje niestety również poparcie w omówionym wyżej orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego³⁹.

39 Artykuł powstał dzięki inspiracji i pomocy merytorycznej prof. Henryka Ciocha. Pan profesor udzielił mi cennych uwag dotyczących wykładni wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 kwietnia 2013 r. w sprawie K 12/12, OTK-A 38/4/2013, w której występował w charakterze pełnomocnika wnioskodawców.

Ku skuteczności mediacji

Towards Effective Mediation

The paper presents the problem of the effectiveness of mediation in Polish legal regulations based on a Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime. The author analyzes the available statistical data relating to the functioning and effectiveness of mediation in criminal cases, juvenile perpetrators of criminal acts, as well as in civil, family, economic and occupational matters. The author tries to answer the following question: Does European legislation strengthen the effectiveness of mediation? However, to answer this question one must also examine whether mediation can be entrusted to meet goals set in Polish, as well as European, regulations. The conclusions of the analysis of the effectiveness of mediation on the basis of different regulations and the available statistical data will be the starting point for an assessment.

Izabela Urbaniak-Mastalerz

*magister prawa
Uniwersytet w Białymstoku*

I. Wprowadzenie

Czym jest mediacja? Gdzie może występować zjawisko mediacji? Czy ma ona sens? Czy uregulowania europejskie wzmacniają skuteczność zawieranych mediacji? Niższe opracowanie jest próbą odpowiedzi na te oraz inne pytania związane z szeroko pojętą mediacją.

Powszechnie wiadomo jest, że zjawisko mediacji związane jest z poszanowaniem praw człowieka i stanowi nieodłączny element sprawiedliwości naprawczej. Z instytucji mediacji płyną cele tożsame z zasadami procesu karnego, do których

należą ekonomika procesu i szybkość postępowania, przy jednoczesnym zachowaniu gwarancji procesowych¹.

Skorzystanie z mediacji ma bez wątpienia wiele zalet², do których należy naturalna forma rozwiązania konfliktu oraz odzyskanie kontroli nad własną sprawą³. Mediacja jest więc drogą do pojednania, dzięki której istnieje możliwość wybaczenia oraz wyrażenia emocji. Poprzez skorzystanie z niej można uzyskać kompensację szkód zarówno materialnych, jak i niematerialnych⁴.

W literaturze mediacja została określona jako „filozofia, która karanie zastępuje pojednaniem, zemstę na sprawcach – pomocą dla ofiar, alienację i nieczułość – wspólnotą i zjednoczeniem, negatywizm i destrukcję – naprawą, przebaczeniem i łaską”⁵.

Zawarcie mediacji kojarzy się zwykle z procesem karnym, jednak występuje ona też w sprawach cywilnych, rodzinnych, pracowniczych a także w sprawach gospodarczych. Moje rozważania dotyczyć będą dostępnych danych statystycznych, które zawierają informację o skuteczności mediacji w wymienionych wyżej dziedzinach prawa.

W świetle standardów europejskich do zasad mediacji należy: dobrovolność, możliwość wycofania wyrażonej zgody, poufność, powszechność, zapewnienie autonomii⁶. Takie zasady i cele wyróżnione zostały w piśmiennictwie⁷ i wynikają z brzmienia Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 2012 r.

-
- 1 G. Stankiewicz-Chimiak, *Mediacja jako czynnik wpływający na poprawę sprawności postępowania*, „Mediator” nr 2, 2005, s. 26; także: C. Kulesza, D. Kuźelewski, *Efektywność mediacji w procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, [w:] *Mediacja*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2009, s. 135.
 - 2 Zob. szerz.: G. A. Skrobotowicz, *Zalety mediacji karnej*, „Prokuratura i Prawo” nr 2, 2012, s. 128-145.
 - 3 N. Christie, *Conflicts as property*, „The British Journal of Criminology” nr 17, 1977, s. 1-15; J. Consedine, *Sprawiedliwość naprawcza. Przywracanie ładu społecznego*, przeł. M. Wołodźko, K. Gradoń, Warszawa 2004.
 - 4 Zob. szerz. M. Płatek, M. Fajst, *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, Warszawa 2005; W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza: początek ewolucji polskiego prawa karnego ?*, Gdańsk 2006, s. 94 i n.
 - 5 J. Consedine, *Sprawiedliwość naprawcza...*, op. cit., s. 12.
 - 6 E. Bienkowska, A. Walczak-Żochowska, *Uwagi o propozycji nowej regulacji mediacji w sprawach nieletnich*, [w:] *Mediacja*, red. L. Mazowiecka..., op. cit., s. 50.
 - 7 M. Grudziecka, J. Książek, *Narodziny idei wprowadzenia mediacji w Polsce*, [w:] *Mediacja*, red. L. Mazowiecka..., op. cit., s. 330.

Mając na uwadze dostępne dane statystyczne oraz cele mediacji, należy postawić następujące pytanie: czy uregulowania europejskie wzmocniły skuteczność zawieranych mediacji? Aby jednak móc na nie odpowiedzieć, należy przeanalizować także to, czy mediacja spełnia cele, jakie wynikają z unormowań polskich oraz z regulacji europejskich? Wnioski powstałe na skutek analizy skuteczności mediacji na gruncie różnych regulacji krajowych oraz dostępnych danych statystycznych opublikowanych na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości oraz Prokuratury Krajowej będą punktem wyjścia do dokonania takiej oceny.

II. Mediacja w prawie polskim i europejskim

1. Mediacje w prawie polskim mogą być przeprowadzane w wielu różnych rodzajach spraw, jednak na odrębnych podstawach prawnych. Podstawą prawną w przypadku mediacji w sprawach karnych⁸ jest art. 23a i in. ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.) (dalej: k.p.k.) oraz Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych (Dz. U. 2015, poz. 716) (dalej: r.s.p.m.).

Warto wskazać na nowelizację przepisów procedury karnej na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. (Dz. U. 2013, poz. 1247)⁹, która zmieniła

- 8 Zob. szerz. na ten temat: A. Górczyńska, *Mediacja w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” nr 6, 2007, s. 115-125.
- 9 Zob. szerz. na temat nowelizacji k.p.k. z 2013 r. i k.k. z 2015 r.: I. Urbaniak-Mastalerz, *Współczesny paradygmat wykładni prawa karnego*, „Monitor Prawniczy” 24, 2015, s. 1310-1311, 1317-1318; I. Urbaniak-Mastalerz, *Postępowanie odwoławcze w procesie karnym – u progu nowych wyzwań*, Gdańsk, 25-26 września 2014 r., „Prokuratura i Prawo” nr 11, 2015, s. 187-193; I. Urbaniak-Mastalerz, *Podstawy apelacji w znowelizowanym k.p.k. (uwagi na tle wyników badań aktowych)*, [w:] *Środki zaskarżenia po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, red. A. Lach, Toruń 2015, s. 97-109; I. Urbaniak-Mastalerz, *Dowód z podsłuchu w postępowaniu karnym, a tajemnica adwokacka (rozważania na tle nowelizacji k.p.k. z 2013 r.)*, [w:] *Nowoczesne środki techniczne służące pozyskiwaniu informacji (nagranie, podsłuch, monitoring, GPS-tracking) w polskim systemie prawa*, red. M. Jackowski, Naczelna Rada Adwokacka, Poznań 2015, s. 61-71; a także odnośnie do możliwych wzorów pism w zakresie mediacji po 1 lipca 2015 r.: I. Urbaniak-Mastalerz, *część IV – Regulaminy, wzory pism, formularze*, [w:] *Współpraca Organizacji Społecznej z Wymiarem Sprawiedliwości*, *Poradnik*, red. C. Kulesza, D. Kuzelewski, B. Pilitowski, Białystok 2015, s. 165-239.

brzmienie art. 23a k.p.k.¹⁰. Celem nowelizacji k.p.k. z 2013 r. w tym zakresie było, z jednej strony, ułatwienie stosowania w praktyce instytucji mediacji, a z drugiej z kolei wprowadzenie niezbędnych gwarancji zapewniających jak najlepsze jej funkcjonowanie z perspektywy interesów uczestników mediacji¹¹. Wypada zaznaczyć, że ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw uchylono art. 23b k.p.k. w kwestii organu umarzającego postępowanie karnego na podstawie art. 59a k.k., wobec zmian w k.k.

Pomimo tego, że mediacja w sprawach karnych może zostać zawarta na każdym stadium procesu, zaś jej wynik ma (lub powinien mieć) wpływ na wymiar kary, to nie można jednak zgodzić się z poglądem, że mediacja umieszczona w ogólnych przepisach kodeksu nabiera charakteru dyrektywy procesu karnego¹². Słusznie zauważono w literaturze przedmiotu, że umieszczenie regulacji dotyczącej mediacji w przepisach wstępnych potwierdza jedynie to, że mediacja ma zastosowanie w toku całego procesu karnego¹³. Oczywiście jest, że ustawodawca preferuje zawarcie mediacji na wczesnym etapie postępowania, choćby ze względu na ekonomikę procesową, jednak nie można także wykluczyć skierowania sprawy do postępowania mediacyjnego już w toku rozprawy głównej, a nawet po zamknięciu przewodu sądowego, gdy sąd uzna to za istotne dla rozstrzygnięcia sprawy¹⁴.

-
- 10 Zob. szerz. na temat: L. Mazowiecka, *Szanse na mediacje w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” nr 10, 2015, s. 91-96, a także: D. Gil, *Problematyka mediacji w kontekście zmian w polskim procesie karnym*, „Ius et Administratio” 3, 2014, s. 3-17.
- 11 *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, komentarz do art. 23a, LEX 2016/el.
- 12 Zob. T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa, 2008, s. 136; D. Kuźelewski, *Mediacja po nowelizacji kodeksu postępowania karnego – krok ku zwiększeniu roli konsensualizmu w polskim procesie karnym?*, [w:] *Problemy znowelizowanej procedury karnej*, red. Z. Sobolewski, G. Artymiak, Cz.P. Kłak, Kraków 2004, s. 273; zob. też R. Kmiecik, *Idee mediacji i probacji w Polsce i USA (z perspektywy procesowo-kryminologicznej)*, [w:] *Problemy znowelizowanej procedury karnej*, red. Z. Sobolewski, G. Artymiak, Cz. P. Kłak, Kraków 2004, s. 234.
- 13 Zob. też S. Steinborn, *Postępowanie mediacyjne po nowelizacji kodeksu postępowania karnego z 10 stycznia 2003 r.*, „Studia Europejskie” t. XIII, 2005, s. 260-261.
- 14 Zob. C. Kulesza w: *Wykład prawa karnego procesowego*, red. P. Kruszyński, wyd. 4, Białystok 2012, s. 316; D. Kuźelewski, *Mediacja...*,

Istnieje także możliwość skierowania sprawy do mediacji po uchyleniu orzeczenia w wyniku kontroli odwoławczej lub kasacyjnej w ponownym jej rozpoznaniu¹⁵ a także w trakcie postępowania apelacyjnego¹⁶.

Warto także wskazać, że w postępowaniu karnym od 1 lipca 2015 r., zgodnie z nowym art. 178a k.p.k. wprowadzono zakaz przesłuchiwania mediatorów jako świadków, co do faktów, o których dowiedzieli się od oskarżonego lub pokrzywdzonego prowadząc postępowanie mediacyjne, jednak z wyłączeniem informacji o przestępstwach z art. 240 § 1 k.k. Oznacza to, że rozszerzono tym samym obowiązywanie bezwzględniego zakazu dowodowego na osobę mediatora, tworząc unormowanie analogiczne do tajemnicy obrończej oraz tajemnicy spowiedzi¹⁷.

Z kolei w przypadku mediacji w sprawach cywilnych¹⁸ podstawę prawną stanowi art. 10 oraz 183¹–183¹⁵ ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2014, poz. 101 t.j.) (dalej: k.p.c.). Jednakże trzeba wskazać na nowelizację tych przepisów na mocy ustawy z dnia 10 września 2015 r. o zmianie niektórych ustaw w związku ze wspieraniem polubownych metod rozwiązywania sporów. Od 1 stycznia 2016 r. (tj. od czasu wejścia w życie noweli k.p.c. z 2015 r.), zgodnie z nowym brzmieniem

op. cit., s. 271; *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, komentarz do art. 23a, LEX 2016/el.

- 15 D. Kuźelewski, *Mediacja...*, op. cit., s. 272.
- 16 Zob. wyr. SO w Piotrkowie Tryb. z dnia 15 marca 2016 r. IV Ka 335/15/niepubl.; zob. także: S. Steinborn, *Postępowanie mediacyjne...*, op. cit., s. 265-266; odmiennie D. Kuźelewski, *Mediacja...*, op. cit., s. 271-272.
- 17 I. Urbaniak-Mastalerz, *Pomiędzy względnością a bezwzględnością zakazów dowodowych – uwagi na tle relacji pomiędzy tajemnicą zawodową a obrończą*, [w:] *Nowe spojrzenie na model zakazów dowodowych*, red. J. Skorupka, A. Drozd, Warszawa 2015, s. 139-153.
- 18 Zob. szerz. na temat: R. Cebula, *Zakres przedmiotowy ugody zawartej przed mediatorem w postępowaniu cywilnym*, „Radca Prawny” nr 9, 2011, s. 2-5; T. Wojciechowski, *Charakter prawny ugody sądowej*, „Przegląd Sądowy” nr 6 2001, s. 68-69; J. Lapiere, *Ugoda sądowa w polskim procesie cywilnym*, Warszawa 1968, s. 59 i n.; R. Morek, *Mediacja i arbitraż. Art. 183¹-183¹⁵, 1154-1217 KPC. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 237 i n.; A. Antkiewicz, *Problemy w stosowaniu przepisów o mediacji w postępowaniu cywilnym*, „Radca Prawny” nr 6, 2008, s. 22 i n.; T. Ereciński w: *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. T. Ereciński, t. I, Warszawa 2007, s. 445; A. Szpunar, *Z problematyki ugody w prawie cywilnym*, „Przegląd Sądowy” nr 9, 1995, s. 10 i n.; J. Lapiere, *Ugoda sądowa w polskim procesie cywilnym*, „Przegląd Sądowy” nr 2, 1996, s. 13.

art. 10 k.p.c.¹⁹, sąd dąży (a nie powinien dążyć) w każdym stadium postępowania do ich ugodowego załatwienia, w szczególności przez nakłanianie stron do mediacji. W uzasadnieniu do projektu zmian w tym zakresie wskazano, że „do polskiego porządku prawnego mediacje w sprawach cywilnych zostały wprowadzone w 2005 r. Mimo upływu czasu instytucja mediacji wykorzystywana jest w niewielkim stopniu. Liczba ugód zawieranych w wyniku postępowania mediacyjnego nie przekracza nawet 1% spraw cywilnych rozpoznawanych przed polskimi sądami, co wskazuje na potrzebę zmian”.

Celem noweli k.p.c. z 2015 r. w zakresie postępowania mediacyjnego miało być zatem „udoskonalenie i dostosowanie do aktualnych potrzeb istniejących regulacji prawnych, biorąc pod uwagę doświadczenia uzyskane w czasie prawie dziesięcioletniego okresu ich funkcjonowania, tak aby stały się podstawą do powszechniejszego wykorzystywania mediacji i innych metod pozasądowego rozwiązywania sporów jako skutecznej metody regulowania konfliktów w sprawach cywilnych, w szczególności między przedsiębiorcami”.

Warto także zaznaczyć, że zmiany k.p.c. związane są także z wdrożeniem do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/11/UE z dnia 21 maja 2013 r. w sprawie alternatywnych metod rozstrzygania sporów konsumenckich oraz zmiany rozporządzenia (WE) nr 2006/2004 i dyrektywy 2009/22/WE (dyrektywa w sprawie ADR w sporach konsumenckich) (Dz. Urz. UE L 165 z 18.06.2013, s. 63).

Należy także wskazać na treść wprowadzonego pkt 3 w art. 187 § 1 k.p.c., gdzie dodano, że pozw powinien zawierać również „informację, czy strony podjęły próbę mediacji lub innego pozasądowego sposobu rozwiązania sporu, a w przypadku gdy takich prób nie podjęto, wyjaśnienie przyczyn ich niepodjęcia”. Oznacza to konieczność przez strony postępowania podejmowania prób mediacji w sprawie lub też wskazania sądowi informacji o przyczynach niepodjęcia próby mediacji, co w razie pominięcia tych okoliczności, może zostać uznane przez sąd jako brak formalny wniesionego pisma. Przepis ten powoduje swoiste wzmocnienie działań edukacyjnych oraz motywacyjnych w kwestii polubownego rozwiązywania sporów.

Natomiast art. 3a i in. ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 382) (dalej: u.p.n.) oraz rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 maja 2001 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach nieletnich (Dz. U. 2001 nr 56 poz. 591) (dalej: r.s.p.m.n.) jest podstawą prawną stosowaną przy postępowaniach mediacyjnych w sprawach nieletnich sprawców czynów karalnych.

19 Zob. szerz. także: *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania cywilnego*, red. A. Jakubecki, komentarz do art. 10 k.p.c., Lex2015/el; O. M. Piaskowska, *Kodeks postępowania cywilnego. Wybór orzecznictwa. Komentarz orzecznicy*, komentarz do art. 10 k.p.c., Lex2014/el.

Postępowania mediacyjne może być także zawarte w sprawach sądowo-administracyjnych, na mocy art. 114-118 i in. ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2016 r., poz. 23, t.j.) (dalej: k.p.a.).

Przepisy regulują, kto może być stroną w przeprowadzanym postępowaniu mediacyjnym. W przypadku postępowania karnego stroną może być pokrzywdzony i oskarżony, w przypadku spraw nieletnich sprawców czynów karalnych stroną może być pokrzywdzony oraz nieletni (przy udziale rodziców lub opiekuna nieletniego i ewentualnie pokrzywdzonego), w przypadku spraw cywilnych mogą to być powód i pozwany (w przypadku procesu) lub wnioskodawca i uczestnik (w przypadku postępowania nieprocesowego). Natomiast w mediacjach w postępowaniu sądowo-administracyjnych stronami mogą być skarżący i organ administracyjny, którego bezczynności lub działania dotyczy skarga.

Mimo że cele wszystkich wymienionych wyżej postępowań mediacyjnych wydają się być różne, to jednak główne dążenie wszystkich rodzajów postępowań jest wspólne – zawarcie pewnego rodzaju konsensusu. Nie zawsze jednak cele określone są wprost, tak jak choćby w przypadku spraw karnych i nieletnich sprawców czynów karalnych. W sprawach karnych na gruncie r.s.p.m. jest możliwe zawarcie ugody i wykonanie wynikających z niej zobowiązań (m. in. par. 11 pkt. 4). Podobnie jest w przypadku spraw nieletnich, bowiem na podstawie r.s.p.m.n. istnieje możliwość doprowadzenia do satysfakcjonującej obie strony ugody i wykonania wynikających z niej zobowiązań (m. in. par. 14 pkt. 5).

W postępowaniu cywilnym występuje konkretnie określony cel postępowania mediacyjnego. Według art. 10, art. 436 par. 2 oraz art. 445 zn. 2 k.p.c celem mediacji jest ugodowe załatwienie sprawy lub niektórych kwestii spornych, zawarcie ugody przed mediatorem lub pojednanie stron bez formalnego zawarcia ugody.

Inaczej określone cele są w sprawach sądowo-administracyjnych, gdzie art. 114 k.p.a. wskazuje, że „w sprawie, w której toczy się postępowanie przed organem administracji publicznej, strony mogą zawrzeć ugodę – jeżeli przemawia za tym charakter sprawy, przyczyni się to do uproszczenia lub przyspieszenia postępowania i nie sprzeciwia się temu przepis prawa”. Oznacza to, że celem postępowania mediacyjnego jest wyjaśnienie i rozważenie okoliczności faktycznych i prawnych sprawy oraz przyjęcie przez strony ustaleń, co do jej załatwienia w granicach obowiązującego prawa.

Postępowanie mediacyjne jest także w różny sposób inicjowane w zależności od tego, jakich spraw dotyczy²⁰.

W przypadku analizowania okoliczności inicjowania postępowania mediacyjnego, można zauważyć, podobnie jak przy analizowaniu celu mediacji, podobieństwo tej cechy zjawiska mediacji w sprawach karnych i w sprawach nieletnich sprawców czynów karalnych. Postępowanie mediacyjne może być zainicjowane przez sąd z inicjatywy lub za zgodą pokrzywdzonego i oskarżonego w przypadku spraw karnych (art. 23a par. 1 k.p.k.) i w przypadku spraw nieletnich przez sąd rodzinny z inicjatywy lub za zgodą pokrzywdzonego i nieletniego (art. 3a par. 1 u.p.n.). Natomiast w przypadku postępowania mediacyjnego w procedurze cywilnej wymagana jest umowa o mediację lub postanowienie sądu w tym zakresie. Umowa może być zawarta przez wyrażenie zgody na wniosek o przeprowadzenie mediacji złożony przez drugą stronę (art. 183¹ par. 2 k.p.c.).

Z kolei, postępowanie mediacyjne w sprawach sądownoadministracyjnych może być przeprowadzone na wniosek skarżącego lub organu administracji publicznej albo bez takiego wniosku, co oznacza, że złożenie wniosku w tym wypadku nie stanowi warunku *sine qua non*. Należy jednak wskazać, że zgodnie z treścią art. 115 k.p.a. ugoda może być zawarta przed organem administracji publicznej, przed którym toczy się postępowanie w pierwszej instancji lub postępowanie odwoławcze, do czasu wydania przez organ decyzji w sprawie²¹.

Nie ulega wątpliwości, iż przeprowadzenie postępowania mediacyjnego nie jest możliwe w każdego rodzaju sprawach. Słusznie bowiem wskazuje się w literaturze, że brak możliwości zawarcia ugody wynika albo z charakteru danej sprawy, albo też z wyraźnego zakazu ustawowego. W art. 477¹² k.p.c. zawarty jest taki zakaz odnośnie do spraw z zakresu ubezpieczeń społecznych, a z kolei w art. 479⁴¹ k.p.c. co do spraw o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone. Z racji tego, że ugoda jest czynnością prawną, nie może ona regulować praw i obowiązków stron w tych sprawach, w których rozstrzygnięcie nie zależy od woli stron, niezależnie od tego, czy mają one majątkowy, czy niemajątkowy charakter²¹.

O ile w przypadku spraw karnych, spraw nieletnich sprawców czynów karalnych oraz w przypadku spraw sądownoadministracyjnych podstawy

20 Zob. także na temat mediacji w sprawach z zakresu prawa pracy: W. K. Baran, *Mediacja w sprawach z zakresu prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” nr 3, 2006, s. 2; a także: P. Buczkowski, *Ugoda w prawie cywilnym materialnym i procesowym – wady i zalety*, „Przegląd Prawa Handlowego” nr 5, 2010, <URL=http://www.lex.pl>, [dostęp: 5.04.2016].

21 *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I. red. M. Manowska, Art. 1-505(38), wyd. III, komentarz do art. 10 k.p.c., Lex2015/el.

prawne nie przewidują żadnych ograniczeń formalnych i w każdej sprawie takie postępowanie może być przeprowadzone, o tyle w sprawach cywilnych istnieją już pewne ograniczenia. Według art. 183⁸ par 3 k.p.c. sąd nie kieruje do mediacji spraw rozpoznawanych w postępowaniu nakazowym, upominawczym i uproszczonym, chyba że doszło do skutecznego wniesienia zarzutów.

Podobna sytuacja występuje również w przypadku kwestii obligatoryjnego kierowania spraw do mediacji przez sąd, bowiem także tylko w przypadku postępowania mediacyjnego w sprawach cywilnych istnieje możliwość odstąpienia od reguły. Gdy strony przed wszczęciem postępowania sądowego zawarły umowę o mediację, wtedy sąd kieruje strony do mediacji na zarzut pozwanego zgłoszony przed wdaniem się w spór, co do istoty sprawy (art. 202¹ k.p.c.). Natomiast w przypadku spraw karnych nieletnich sprawców czynów karalnych oraz sądownoadministracyjnych nie istnieje obowiązek obligatoryjnego kierowania spraw do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego.

Sprawy mogą być kierowane do mediacji na różnych etapach postępowania sądowego, co także jest ujęte w odpowiednich podstawach prawnych. Sprawy karne i sprawy nieletnich sprawców czynów karalnych mogą być kierowane do postępowania mediacyjnego w każdym stadium postępowania sądowego (odpowiednio – art. 23a par. 1 k.p.k. oraz art. 3a par. 1 u.p.n.).

Tab. 1. Polskie regulacje dotyczące mediacji

Polskie regulacje dotyczące mediacji				
Cechy	Mediacje mogą zostać zawarte w sprawach:			
	karnych	nieletnich	cywilnych	sądowo-administracyjnych
Podstawa prawna	Art. 23a i in. k.p.k. po noweli z 2013 r. i r.s.p.m. z 2015 r.	Art. 3a i in. u.p.n. i r.s.p.m.n.	Art. 10 w zw. z art. 183 ¹ –183 ¹⁵ k.p.c. i in. na mocy noweli z 2015 r.	Art. 114–118 i in. k.p.a.
Strony	- Pokrzywdzony - Oskarżony	- Pokrzywdzony - Nieletni (z udz. rodziców lub opiekuna nieletniego i ew. pokrzywdzonego)	- Powód - Pozwany (w procesie) (ew. wnioskodawca i uczestnik w postępowaniu nieprocesowym)	- Skarżący - Organ administracji publicznej, którego działania lub bezczynności skarga dotyczy

Cel	- Nieokreślony wprost - m.in. § 11 pkt 4 r.s.p.m. odnosi się do zawarcia ugody i wykonania wynikających z niej zobowiązań	- Nieokreślony wprost - m.in. § 14 pkt 5 r.s.p.m. n. dotyczy doprowadzenia do satysfakcjonującej obie strony ugody i wykonaniu wynikających z niej zobowiązań	- Ugodowe załatwienie sprawy lub niektórych kwestii spornych - Zawarcie ugody przed mediatorem lub pojednanie stron bez formalnego zawarcia ugody (art. 10, 436 § 2 oraz art. 445 ² k.p.c.)	- Wyjaśnienie okoliczności faktycznych i prawnych sprawy oraz przyjęcie przez strony ustaleń, co do jej załatwienia w granicach obowiązującego prawa
Sposób inicjowania mediacji	- Sąd lub referendarz może skierować sprawę do mediacji z inicjatywy lub za zgodą pokrzywdzonego i oskarżonego, informując o celach i zasadach mediacji (art. 23a § 1 k.p.k.)	- Sąd rodzinny może skierować sprawę do mediacji z inicjatywy lub za zgodą pokrzywdzonego i nieletniego (art. 3a § 1 u.p.n.)	- Mediację prowadzi się na podstawie umowy o mediację albo postanowienia sądu - Umowa może zostać zawarta przez wyrażenie zgody na wniosek o przeprowadzenie mediacji złożony przez drugą stronę (art. 183 ¹ § 2 k.p.c.)	- Postępowanie mediacyjne może być przeprowadzone na wniosek skarżącego lub organu albo bez takiego wniosku
Wyłączenie spraw, w których mediacja może zostać zawarta	- Brak ograniczeń formalnych	- Brak ograniczeń formalnych	- Sąd nie kieruje do mediacji spraw rozpoznawanych w postępowaniu nakazowym, upominawczym i uproszczonym, chyba że doszło do skutecznego wniesienia zarzutów (art. 183 ⁸ § 3 k.p.c.)	- Brak ograniczeń formalnych
Skierowanie obowiązkowe sprawy do mediacji przez sąd	- Nie występuje	- Nie występuje	- Jeżeli strony przed wszczęciem postępowania sądowego zawarły umowę o mediację, sąd kieruje strony do mediacji na zarzut pozwanego zgłoszony przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy (art. 202 ¹ k.p.c.)	- Nie występuje

Ograniczenia czasowe zawarcia mediacji	<p>- Nie istnieją</p> <p>- W każdym stadium postępowania (art. 23a § 1 k.p.k.)</p>	<p>- Nie istnieją</p> <p>- W każdym stadium postępowania (art. 3a § 1 u.p.n.)</p>	<p>- Nie istnieją co do zasady, bo sąd może skierować strony do mediacji na każdym etapie postępowania;</p> <p>- Postanowienie kierujące strony do mediacji może być wydane na posiedzeniu niejawnym;</p> <p>- Mediacji nie prowadzi się jednak, jeżeli strona w terminie tygodnia od dnia ogłoszenia lub doręczenia jej postanowienia kierującego strony do mediacji nie wyraziła zgody na mediację (art. 183⁸ k.p.c.)</p> <p>- Kierując strony do mediacji, sąd wyznacza czas jej trwania na okres do trzech miesięcy. Na zgodny wniosek stron lub z innych ważnych powodów termin na przeprowadzenie mediacji może zostać przedłużony, jeżeli będzie to sprzyjać ugodowemu załatwieniu sprawy. Czasu trwania mediacji nie wlicza się do czasu trwania postępowania sądowego (art. 183¹⁰ k.p.c.).</p>	<p>- Istnieją</p> <p>- Uгода może być zawarta przed organem administracji publicznej, przed którym toczy się postępowanie w pierwszej instancji lub postępowanie odwoławcze, do czasu wydania przez organ decyzji w sprawie. (art. 115 k.p.a.)</p>
----------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Źródło: opracowanie na podstawie uaktualnionego opracowania R. Morek²²

22 R. Morek, *Mediacja w przepisach o postępowaniu cywilnym, karnym, w sprawach nieletnich oraz przed sądami administracyjnymi – zasadnicze podobieństwa i różnice*, „Edukacja Prawnicza” nr 11, 2006, <URL=<http://www.edukacjaprawnicza.pl/artykuly/artykul/a/pokaz/c/artykul/art/mediacja-w-przepisach-o-postepowaniu-cywilnym-karnym-w-sprawach-nieletnich-oraz-przed-sadami-administracyjnymi-zasadnicze-podobienstwa-i-roznice.html>>, [dostęp: 4.04.2016].

2. Sprawiedliwość naprawcza w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE. Mimo że mediacja jest stosunkowo nowym zjawiskiem w Europie, to jednak stała się tematem i celem rozważań Parlamentu Europejskiego i Rady. W wyniku tych rozważań powstał sposób działania sprawiedliwości naprawczej w procesie karnym, przedstawiony w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. (dalej: dyrektywa).

Zgodnie z wyżej wymienioną dyrektywą państwa członkowskie starają się zapewnić ofiarom przestępstw w ramach sprawiedliwości naprawczej szeroko pojęte bezpieczeństwo²³, a także mają zabezpieczyć ofiary przestępstw przed zastraszaniem, zemstą oraz przed wtórną wiktymizacją²⁴. W tym celu muszą zostać spełnione konkretne warunki określone przez dyrektywę. Usługi w zakresie sprawiedliwości naprawczej mogą być stosowane tylko w przypadku, gdy są one w interesie ofiary, nie stwarzają niebezpieczeństwa oraz jedynie wtedy, kiedy jest na nie pełna i świadoma zgody ofiary. Ważne jest także umożliwienie ofierze wycofania w każdej chwili zgody na mediację. Przed udzieleniem zgody na przeprowadzenie procesu sprawiedliwości naprawczej ofiara musi otrzymać obiektywne i pełne informacje dotyczące procesu, jego możliwych rezultatów oraz trybu, w jakim będzie nadzorowana realizacja potencjalnej ugody.

Kolejnym warunkiem, który musi być spełniony, zanim zapadnie decyzja o przeprowadzeniu procesu sprawiedliwości naprawczej jest konieczność potwierdzenia przez sprawcę podstawowych faktów związanych ze sprawą. Następnym warunkiem niezbędnym do prawidłowego i bezpiecznego zastosowania usług w zakresie sprawiedliwości naprawczej jest poufność rozmów prowadzonych w ramach czynności sprawiedliwości naprawczej, które nie mogą być prowadzone publicznie. Rozmowy te mogą być ujawnione jedynie w przypadku, gdy obie strony procesu wyrażą na to swoją zgodę lub jest to wymagane przez prawo krajowe ze względu na nadrzędny interes publiczny.

Ponadto, zgodnie z art. 12 dyrektywy każda zawarta ugoda musi nastąpić w wyniku dobrowolnego porozumienia i może być później uwzględniona w dalszych postępowaniach karnych.

Wskazuje się, że postępowanie mediacyjne w uregulowaniach europejskich między ofiarą a sprawcą może przynieść bardzo duże korzyści dla ofiary. Jednak w celu zapobieżenia odwetowi, zastraszaniu i ponownej wiktymizacji niezbędne jest zapewnienie gwarancji. Z tego powodu w przypadku

23 Taki cel wynika także z regulacji polskich, zob. szerz.: B. Czarnecka-Działuk, D. Wójcik, *Mediacja w sprawach nieletnich w świetle teorii i badań*, Warszawa 2001, s. 7.

24 Cel taki przyświeca także mediacji karnej na gruncie polskich unormowań, zob. szerz.: G. A. Skrobotowicz, *Zalety...*, op. cit., s. 129.

korzystania z usług mediacyjnych konieczne jest uwzględnienie przede wszystkim potrzeb i interesu ofiary.

Głównym bowiem celem postępowania mediacyjnego na mocy dyrektywy jest zadośćuczynienie szkód wyrządzonych ofierze²⁵ oraz uniemożliwienie wyrządzenia kolejnych szkód. Dlatego podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania mediacyjnego należy przeanalizować wiele różnych czynników, takich jak: charakter i powaga przestępstwa, zaistniałe urazy fizyczne, seksualne i psychologiczne, dysproporcja sił, wiek, dojrzałość i intelekt ofiary.

Wszystkie te czynniki mają wpływ na zdolność podejmowania przez ofiarę świadomego i racjonalnego wyboru. Mogą one ograniczyć lub wręcz uniemożliwić ofierze zdolność do podjęcia racjonalnej decyzji oraz osiągnięcie pożądanego rezultatu. Co do zasady, postępowanie mediacyjne powinno mieć charakter poufny chyba że inaczej uzgodnią strony postępowania. Są też jednak sytuacje, kiedy dopuszczalne jest jego odtajnienie procesu mediacyjnego. Okoliczność taka może mieć miejsce w przypadku gróźb lub innych form przemocy uznanych za wymagające ujawnienia w interesie publicznym²⁶.

Ofiary przestępstw powinny otrzymać pełne wsparcie od wszelkich organów działających w ramach postępowania karnego, wszelkich służb mających kontakt z ofiarami jak i od służb świadczących usługi w ramach sprawiedliwości naprawczej. Zawsze musi być rozważana sytuacja osobista ofiary, jej najważniejsze potrzeby, płeć, stan zdrowia, wiek oraz jej poziom dojrzałości²⁷.

Osoby pokrzywdzone wskutek przestępstwa powinny być otoczone szeroką ochroną przed zastraszaniem i odwetem. Przy postępowaniu mediacyjnym, jak wynika z dyrektywy, niezmiernie ważne jest także zabezpieczenie

-
- 25 Celem mediacji karnej na gruncie polskich regulacji jest łatwiejszy i szybszy sposób uzyskania od sprawcy zadośćuczynienia zob. szerz.: T. Cielecki, *Bezdroża mediacji*, [w:] *Mediacja*, red. L. Mazowiecka..., op. cit., s. 76.
- 26 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW (46).
- 27 Należy zgodzić się z poglądem, że świadomy i dobrowolny udział stron w postępowaniu mediacyjnym nie jest możliwy w przypadku nieuwzględnienia sytuacji osobistej osoby poszkodowanej, takiej jak przymus, ubezwłasnowolnienie, ignorancja, zob. szerzej: A. Robert, B. Bush, *The Dilemmas of Mediation Practice: A Study of Ethical Dilemmas and Policy Implications*, „Journal of Dispute Resolution” nr 1, 1994, s. 13.

ofiary przestępstw przed koniecznością ponownego przeżywania emocjonalnego poprzez rozpamiętywanie i wielokrotne przypominanie sobie przestępstwa. Dyrektywa, jak wynika z jej treści, stoi na straży przeciw wtórnej wiktymizacji²⁸.

Służby odpowiedzialne za świadczenie usług w zakresie sprawiedliwości naprawczej muszą zapewnić osobom pokrzywdzonym przekazywanie porad i informacji w sposób dla nich zrozumiały. Wskazuje się, że muszą także być stosowane różne sposoby komunikowania się z ofiarą. Niezwykle ważnym aspektem jest zrozumienie ofiary. Konieczne jest to, aby ofiara rozumiała wszystkie przekazywane jej informacje z pełną świadomością.

Oznacza to z kolei, że niezbędne jest uwzględnienie znajomości języka osoby pokrzywdzonej, a także uwzględnienie innych jej cech indywidualnych, takich jak dojrzałość, wiek, potencjał intelektualny, umiejętność pisanie i czytania, stan emocjonalny oraz oczywiście wszystkie ewentualne formy niepełnosprawności²⁹.

Należy jednak zaznaczyć, że cele mediacji, wynikające z dyrektywy są tożsame z celami mediacji na gruncie polskich przepisów.

III. Mediacja w statystyce

Dane statystyczne³⁰ opublikowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości i Prokuraturę Krajową zawierają informacje na temat:

- a) postępowania mediacyjnego na podstawie art. 23a k.p.k. w powszechnych jednostkach prokuratury w latach 1998-2015;
- b) postępowania mediacyjnego w sprawach cywilnych w latach 2006-2015;
- c) postępowania w sprawach karnych w sądach powszechnych zakończone w wyniku postępowania mediacyjnego w latach 1998-2015;
- d) postępowania w sprawach nieletnich (rodzinnych) w sądach powszechnych zakończone w wyniku postępowania mediacyjnego w latach 2004-2015;
- e) postępowania mediacyjnego w sprawach z zakresy prawa pracy w sądach rejonowych w latach 2006-2015;

28 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW (9).

29 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW (21).

30 <URL=http://www.ms.gov.pl>, <URL=http://www.pg.gov.pl>, [dostęp: 4.04.2016].

- f) postępowania w sprawach rodzinnych w sądach powszechnych zakończone w wyniku postępowania mediacyjnego w latach 2006-2015;
- g) postępowania mediacyjnego w sprawach gospodarczych w latach 2006-2015.

Liczba postępowań mediacyjnych w Polsce zawartych na gruncie postępowania karnego rosła od roku 1998, kiedy to odnotowano zaledwie dwa przypadki mediacji w postępowaniu przygotowawczym i dziesięć przypadków w sprawach karnych. Każdego roku jednak ich liczba znacząco rosła i w latach 2006-2007 miała miejsce kulminacja zawieranych mediacji tego rodzaju, kiedy to odnotowano największą ilość mediacji w sprawach karnych (5052 w roku 2006) i w postępowaniu przygotowawczym (1822 w roku 2007). Jednak od roku 2006 liczba mediacji w sprawach karnych zaczęła stopniowo spadać. Od ponad pięciu tysięcy w 2006 roku do 3251 spraw w roku 2011. Z kolei w roku 2012 liczba ta utrzymała się w podobnej ilości z wynikiem 3252 spraw, jednakże z większą niż w 2011 roku liczbą zawartych ugód, kształtującą się na poziomie 69,2%. Od 2013 roku liczba spraw karnych kierowanych do mediacji rosła, wynosząc 3694 w 2013 roku, zaś 4046 w 2015 roku. Podobnie jednak w tym okresie (2013-2015) utrzymywała się liczba procentowa zawieranych ugód w sprawach karnych, z tendencją spadkową w roku 2015.

Podobne zjawisko można zaobserwować w przypadku postępowań przygotowawczych z tym, że spadek ten rozpoczął się rok później. Od szczytu w roku 2007 ilość mediacji corocznie spadała i w roku 2010 osiągnęła zaledwie poziom 1217 mediacji.

Nieco odmienna sytuacja miała miejsce w sprawach nieletnich sprawców czynów karalnych. W tym przypadku nie da się mówić o jakiegokolwiek tendencji ze względu na stosunkowo niewielką ilość postępowań mediacyjnych w porównaniu ze sprawami karnymi czy nawet postępowaniami przygotowawczymi. W 2004 roku ich ilość znacząco wzrosła z zaledwie 60 do 254 a rok później do 343. W latach następnych utrzymywała się na zbliżonym poziomie 250-350 mediacji rocznie. Zarówno w przypadku postępowania przygotowawczego, jak i spraw karnych i spraw nieletnich sprawców czynów karalnych w każdym roku widoczna była bardzo duża skuteczność postępowań mediacyjnych.

Najwyższą skuteczność miały mediacje w sprawach nieletnich sprawców czynów karalnych. W każdym roku ponad 80% postępowań mediacyjnych kończyło się zawarciem ugody. Wyjątkiem jest jednak rok 2010, ale i w tym roku skuteczność ta wynosiła aż 77,4%. W roku 2011 ilość spraw nieznacznie spadła do liczby 312, jednak zachowując wysoką skuteczność na poziomie 81% zawartych ugód. Z kolei w roku 2012 liczba spraw była wyższa, bo wynosiła 322, zachowując podobny stopień skuteczności na poziomie 80,7% zawartych ugód. W latach 2013-2014 zaobserwowano spadek liczby spraw nieletnich sprawców czynów karalnych, które były kierowane do mediacji

a także spadek procentowy zawieranych ugód. Jednakże w roku 2015 można było dostrzec wzrost liczby kierowanych spraw do mediacji (212), przy jednoczesnym wzroście procentowym zawieranych ugód, który wynosił 73,1%.

Niewiele niższa skuteczność miała miejsce w postępowaniach przygotowawczych, bowiem około 80% postępowań mediacyjnych kończyło się zawarciem ugody. W latach 2011-2015 liczba spraw karnych w postępowaniu przygotowawczym, kierowanych do mediacji była na podobnym poziomie od 1414 w 2011 do 1237 w 2015 roku. Podobnie utrzymywała się także liczba zawieranych w tym zakresie ugód, od 72,3% w 2011 roku do 69,4% w 2015 roku.

W przypadku spraw karnych skuteczność ta była nieco niższa, ale jednak wciąż stosunkowo wysoka w porównaniu do innych spraw. Każdego roku około 60% spraw karnych zakończonych w wyniku postępowania mediacyjnego zakończyło się zawarciem ugody. W latach 2011-2015 zaobserwowano nieznaczny wzrost spraw karnych kierowanych do mediacji przy jednoczesnym spadku procentowym liczby zawartych w tym zakresie ugód, wynoszącym w 2015 roku 62,5%.

Tab. 2. Analiza danych statystycznych postępowania przygotowawczego, spraw karnych oraz nieletnich sprawców czynów karalnych

Rok	Postępowanie przygotowawcze		Sprawy karne		Sprawy nieletnich sprawców czynów karalnych	
	Ilość spraw	% zawartych ugód	Ilość spraw	% zawartych ugód	Ilość spraw	% zawartych ugód
1998	2	50%	10	70%	brak danych	brak danych
1999	40	80%	366	63,4%	brak danych	brak danych
2000	51	84,3%	771	62,3%	brak danych	brak danych
2001	38	78,9%	786	60%	brak danych	brak danych
2002	34	88,2%	1021	58,5%	40	brak danych
2003	60	76,7%	1858	59,6%	60	brak danych
2004	325	70,8%	3569	59,5%	254	86,6%
2005	699	74,7%	4440	62%	343	81,9%
2006	1447	74,2%	5052	60,6%	366	81,4%
2007	1822	74,9%	4178	65,9%	325	84,7%
2008	1506	78,9%	3891	65,6%	261	85,4%
2009	1296	80,4%	3714	67,4%	293	87,4%
2010	1217	78,9%	3480	65,3%	337	77,4%
2011	1414	72,3%	3251	63,70%	312	81%
2012	1290	69,6%	3252	69,2%	322	80,7%
2013	1211	71,2%	3694	63,1%	278	78,4%
2014	1141	70,3%	3770	63,7%	198	66,2%
2015	1237	69,4%	4046	62,5%	212	73,1%

Źródło: www.ms.gov.pl oraz www.pg.gov.pl

W odróżnieniu od postępowania przygotowawczego w sprawach karnych i spraw karnych w postępowaniu sądowym, to w przypadku prawa pracy i spraw rodzinnych od 2006 roku widoczny był wzrost ilości postępowań mediacyjnych.

W przypadku spraw pracowniczych ilość mediacji w roku 2006 wynosiła zaledwie 33. Rok później 74 i systematycznie rosła, by w roku 2009 osiągnąć liczbę 252.

Podobna sytuacja kreowała się w sprawach rodzinnych, gdzie jednak ten wzrost był bardzo znaczny, bo od zaledwie 270 postępowań mediacyjnych w roku 2006 aż do 1092 w roku 2010. W 2011 roku liczba spraw pracowniczych wynosiła mniej, ponieważ 65, a spraw rodzinnych więcej, bowiem 1149. Z kolei w roku 2012 liczba zarówno spraw pracowniczych, jak i rodzinnych, wzrosła do liczby 284 w przypadku spraw pracowniczych, natomiast do liczby 1342 w przypadku spraw rodzinnych.

Prawo pracy i sprawy rodzinne także pod względem skuteczności postępowań mediacyjnych znacznie odbiegają od postępowania przygotowawczego, spraw karnych oraz od spraw nieletnich sprawców czynów karalnych.

O ile jeszcze mediacje w sprawach rodzinnych nie wyglądają najgorzej (średnio około 50% zawartych ugód), to już skuteczność mediacji w prawie pracy jest bardzo niska. Najwyższa miała miejsce w roku 2006 i wynosiła 15,2%, natomiast w roku 2008 była najniższa i wyniosła zaledwie 6,5%. W roku 2011 miało miejsce aż 33,8% umorzonych postępowań w wyniku zatwierdzenia ugody w sprawach pracowniczych, liczba ta jednak spadła do 13,7% w roku 2012. W latach 2013-2015 zaobserwowano zarówno wzrost liczby spraw pracowniczych, które kierowano do mediacji, jak także wzrost procentowy umorzonych postępowań w wyniku zatwierdzenia ugody. W 2015 roku liczba spraw pracowniczych, które kierowano do mediacji, wynosiła 512, przy jednoczesnym umorzeniu postępowań w wyniku zatwierdzenia ugody na poziomie 23,4%.

Z kolei w przypadku spraw rodzinnych od roku 2011 do 2012 widoczny jest wzrost ilości zawartych ugód, wyrażający się w 41,6 % w 2012 roku. Wzrost spraw rodzinnych, kierowanych do mediacji, zaobserwowano w 2015 roku, bowiem liczba ta w tym okresie wynosiła 1932 przy jednoczesnym wzroście zawartych ugód na poziomie 44,3%.

Tab. 3. Analiza danych statystycznych postępowań w sprawach pracowniczych i rodzinnych

Rok	Prawo pracy		Sprawy rodzinne	
	Ilość spraw	% umorzonych postępowań w wyniku zatwierdzenia ugody	Ilość spraw	% zawartych ugód
2006	33	15,2%	270	47%
2007	74	10,8%	326	47,5%
2008	107	6,5%	427	50,5%
2009	252	8,7%	716	47,5%
2010	195	13,3%	1092	40,2%
2011	65	33,8%	1149	40,9%
2012	284	13,7%	1342	41,6 %
2013	324	17,6%	1283	40,6%
2014	297	19,9%	1335	43%
2015	512	23,4%	1932	44,3%

Źródło: www.ms.gov.pl

Kolejnymi postępowaniami mediacyjnymi, których statystyki zostały opublikowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości, to postępowania dotyczące spraw cywilnych i spraw gospodarczych. W przypadku postępowań tego rodzaju Ministerstwo Sprawiedliwości podzieliło postępowania na te, które przeprowadzone były w sądach rejonowych oraz w sądach okręgowych.

O ile w przypadku spraw gospodarczych ciężko doszukiwać się wielkich różnic w skuteczności mediacji w zależności od rodzaju sądu, to jednak w przypadku spraw cywilnych różnice są już bardzo duże.

W sprawach gospodarczych skuteczność postępowań mediacyjnych przeprowadzonych w sądach rejonowych jest w zasadzie zbliżona do skuteczności mediacji przeprowadzonych w sądach okręgowych i wynosi około 20%. Jedynie w roku 2008 ta różnica była dosyć mocno widoczna. Skuteczność w sądach rejonowych wynosiła 27%, natomiast w sądach okręgowych jedynie 9%. W 2011 roku liczba spraw gospodarczych, w których umorzono postępowanie w wyniku zatwierdzenia ugody wynosiła 17,2% w sądach rejonowych oraz 18,8% w sądach okręgowych. Z kolei w roku 2012 skuteczność mediacji, liczona w ilości umorzonych spraw w sądach rejonowych nieznacznie wzrosła, bowiem wynosiła 17,8%, natomiast w sądzie okręgowym nieznacznie spadła do liczby 17,9%.

Zupełnie inna sytuacja miała miejsce przy sprawach cywilnych. W tym przypadku skuteczność mediacji w sądach rejonowych to od 12,8% w roku 2009 do 19,3% w roku 2007, natomiast w sądach okręgowych to zaledwie od 2% w roku 2009 do 5% w roku 2008. W roku 2012 liczba umorzonych spraw cywilnych w wyniku zawarcia ugody zarówno w sądach rejonowych, jak i okręgowych wzrosła, wynosiła bowiem 17,1% w sądach rejonowych oraz 4,8% w sądach okręgowych.

Różnice są także w ilości postępowań mediacyjnych. Zdecydowanie więcej mediacji miało miejsce przy sprawach cywilnych niż gospodarczych. Ponadto można zauważyć dużą różnicę pomiędzy ilością mediacji w sprawach cywilnych przeprowadzonych w sądach rejonowych a tymi przeprowadzonymi w sądach okręgowych. We wszystkich latach w sądach okręgowych było ponad dwukrotnie więcej postępowań mediacyjnych niż w sądach rejonowych.

Zupełnie odwrotna sytuacja miała miejsce w przypadku spraw gospodarczych. W sądach rejonowych tego rodzaju mediacji było przeprowadzonych znacznie więcej. O ile jeszcze w latach 2006-2008 w sądach okręgowych mediacji było niewiele mniej niż w sądach rejonowych, o tyle już w latach 2009 i 2010 było już ich aż trzykrotnie mniej.

Bardzo duże podobieństwo widoczne jest natomiast w trendzie wzrostowym zarówno w przypadku spraw cywilnych, jak i spraw gospodarczych.

W sprawach cywilnych ilość mediacji w latach 2006-2008 utrzymywała się na bardzo zbliżonym poziomie. W sądach rejonowych było to około 400 postępowań mediacyjnych rocznie a w sądach okręgowych około 1000. W roku 2009 odnotowany został wzrost do prawie 500 mediacji w sądach rejonowych i do ponad 1300 mediacji w sądach okręgowych. Jeszcze większy wzrost nastąpił w roku 2010, kiedy w sądach rejonowych było przeprowadzonych 661 postępowań mediacyjnych a w sądach okręgowych aż 1535.

Lata 2011-2012 przyniosły kolejny wzrost ilości spraw. W roku 2011 liczba spraw cywilnych w sądach rejonowych wynosiła 858, natomiast w sądach okręgowych 1656. Z kolei w roku 2012 liczba spraw wynosiła 929 w sądach rejonowych, natomiast aż 1915 w sądach okręgowych. Od roku 2013 do 2015 widoczny jest także wzrost spraw, w których kierowane były sprawy do mediacji zarówno w sądach rejonowych, jak i okręgowych. Jednakże liczba umorzonych postępowań na skutek mediacji w przypadku sądów rejonowych zmalała od 2014 roku, kiedy jeszcze wynosiła 17,3 %, do 2015 roku, kiedy liczba ta wynosiła już 13%. W podobnym jednak zakresie liczby umorzonych postępowań w sprawach cywilnych, na skutek zawarcia ugody można było zaobserwować w sądach okręgowych. Poziom umorzonych spraw w 2015 roku wynosił 4,5 % (czyli tak samo, jak w 2013 roku). Nieznaczny spadek odnotowany był w 2014 roku, bowiem wtedy liczba ta wynosiła 4,2%.

Podobny trend wzrostowy można było odnotować w przypadku spraw gospodarczych. W latach 2006-2008 w sądach rejonowych ilość

mediacji wahała się od 133 do 157 a w sądach okręgowych od 77 do 116. Rok 2009 także i w tym analizowanym przypadku przyniósł wzrost ilości przeprowadzonych mediacji. Odnotowano bowiem 399 postępowań mediacyjnych w sądach rejonowych i 141 w sądach okręgowych. Rok 2010 to kolejny wzrost – w sądach rejonowych ilość przeprowadzonych mediacji wzrosła aż do 656 natomiast w sądach okręgowych do 192. Wzrost ten widoczny był także w kolejnych latach, gdzie ilość spraw w sądach rejonowych wynosiła aż 1053, natomiast w 2012 roku aż 1637, z kolei w sądach okręgowych w 2011 liczba spraw wynosiła 376, a w 2012 już aż 717. W podobnym zakresie utrzymywały się liczby spraw gospodarczych, które kierowano do mediacji w sądach okręgowych w latach 2013-2015, z tym, że liczba umorzonych postępowań w wyniku mediacji nieznacznie spadła w 2014 roku, kiedy wynosiła 19,9% do 2015 roku, kiedy wyniosła już 18,8%. Znaczny wzrost liczby spraw gospodarczych, kierowanych do mediacji zaobserwowano zaś w sądach rejonowych, bowiem w 2015 roku liczba spraw wynosiła aż 4138, przy jednoczesnym spadku procentowych spraw umorzonych w wyniku zatwierdzenia ugody, który w tym samym roku wynosił 8,2%.

Tab. 4. Analiza danych statystycznych spraw cywilnych oraz gospodarczych

Rok	Sprawy cywilne				Sprawy gospodarcze			
	Sądy rejonowe		Sądy okręgowe		Sądy rejonowe		Sądy okręgowe	
	Ilość spraw	% umorzonych postępowań w wyniku zatwierdzenia ugody	Ilość spraw	% umorzonych postępowań w wyniku zatwierdzenia ugody	Ilość spraw	% umorzonych postępowań w wyniku zatwierdzenia ugody	Ilość spraw	% umorzonych postępowań w wyniku zatwierdzenia ugody
2006	395	17,2%	1053	2,4%	140	20%	116	19,8%
2007	378	19,3%	1021	3,7%	157	25,5%	101	23,8%
2008	394	16,5%	1061	5%	133	27%	77	9%
2009	493	12,8%	1349	2%	399	17,3%	141	20,6%
2010	661	15,3%	1535	3,1%	656	21,6%	192	14,1%
2011	858	12,2%	1656	3,2%	1053	17,2%	376	18,8%
2012	929	17,1%	1915	4,8%	1637	17,8%	717	17,9%
2013	1037	16,9%	2214	4,5%	1656	20,5%	1156	16,9%
2014	1098	17,3%	2174	4,2%	1834	16,1%	1262	19,9%
2015	1597	13%	2526	4,5%	4138	8,2%	1606	18,8%

Źródło: www.ms.gov.pl

IV. Wnioski końcowe

Odpowiadając na pytanie zawarte w tezie, stwierdzić należy, że wprowadzenie dyrektywy z 2012 r. mogło spowodować wzrost skuteczności mediacji, jak wynika z opublikowanych statystyk Ministerstwa Sprawiedliwości odnoszących się do zjawiska mediacji. Należy mieć jednak na względzie, że nie zawsze unormowania europejskie faktycznie mają pozytywny wpływ na wzmocnienie unormowań krajowych³¹.

Mimo że uregulowania europejskie, co do zasady, nie rozszerzają korzyści płynących z zawartych mediacji, a raczej je powielają, to jednak utwierdzone w nich zasady winny przemawiać do stron postępowania za skorzystaniem z mediacji i próbą ugodowego zakończenia sporu.

Regulacje europejskie w tym zakresie – jak wskazuje statystyka – były jednak potrzebne, choćby do potwierdzenia zasadności sięgania po instytucję mediacji nie tylko na gruncie prawa karnego, ale także w innych dziedzinach prawa. Niezależnie od tego, czy strony postępowania spotykają się na kanwie procesu karnego, czy też cywilnego, to zawsze powinny próbować zakończyć sprawę polubownie. Nieważne także, czy cel taki wynika wprost z ustawy, czy ten cel należy domniemywać – zasady współżycia społecznego i humanitaryzmu przemawiają za tym, aby strony różnorodnych postępowań sądowych zechciały ze sobą porozmawiać i dojść do konsensusu. Wszakże, mediacja to forma polubownego zakończenia sprawy, gdzie każda strona mediacji jest „wygrana” (*win-win situation*)³².

Pomimo iż moim celem początkowym było jedynie przedstawienie przeglądu statystyk mediacji w przypadku postępowań różnego typu spraw, to jednak okoliczność ta wskazała także pewne podobieństwa postępowania w przypadku możliwości zawarcia mediacji. Być może więc ustawodawca powróci kiedyś do rozważenia pomysłu stworzenia jednej, wspólnej procedury, bez podziału na procedurę karną i cywilną. Tym bardziej, iż jak wynika z nowelizacji k.p.k. z 2013 r.³³, procedura karna od 1 lipca 2015 r. jest już bardzo zbliżona do procedury cywilnej, włączając w to prekluzję dowodową³⁴.

31 Zob. szerz. na ten temat: I. Urbaniak-Mastalerz, *Unijny standard korzystania przez podejrzanego i oskarżonego z pomocy prawnej a prawo polskie*, „Młoda Palestra” nr 7, 2015, s. 33-50.

32 G. A. Skrobotowicz, *Zalety...*, op. cit., s. 131.

33 Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247).

34 Zob. szerzej: M. Klejnowska, *Przeprowadzanie dowodów w procesie karnym w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego z 27 września 2013 r.*, [w:] *Postępowanie dowodowe w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, red. A. Lach, Toruń 2014, s. 38 i n.; zob. także porównania procedury karnej do procedury cywilnej: I. Urbaniak-

Wydaje się także, że wprowadzone przez ustawodawcę zmiany prawa w zakresie postępowania cywilnego mogą skutecznie proces mediacyjny poprzez obowiązek wykazania się inicjatywą ugodową albo koniecznością wskazania braku możliwości zawarcia ugody. Może to spowodować, że strony postępowania cywilnego będą znacznie częściej korzystały z instytucji mediacji.

W zakresie postępowania karnego zasadne jest także odejście od art. 23b k.p.k. na mocy noweli k.p.k. z 2016 r.³⁵, bowiem w istocie uchylony wraz z tym przepisem art. 59a k.k. powodował po 1 lipca 2015 r. uniknięcie odpowiedzialności karnej przez sprawców nawet poważnych przestępstw przez „wykupienie się” od odpowiedzialności karnej. Umorzenia restytucyjne z art. 59a k.k. wprowadzone na mocy wcześniejszych noweli powodowały zatem stan prawny, w świetle którego lepszą pozycję w procesie karnym miały osoby zamożne, co jest sprzeczne z zasadą sprawiedliwości społecznej.

Główny cel efektywności systemu wymiaru sprawiedliwości związany i utożsamiany jest z jego sprawnością oraz skutecznością³⁶. Do jednych z czynników wpływających na efektywność postępowania sądowego jest skorzystanie z instytucji mediacji. Z kolei na popularność mediacji w procesie będzie miało wpływ przekonanie do niej organów kompetentnych do jej stosowania³⁷.

Efektywność procesu mediacyjnego należy rozpatrywać z punktu widzenia wymiaru sprawiedliwości oraz, osobno, z punktu widzenia stron konfliktu biorących udział w postępowaniu mediacyjnym. W przypadku efektywności mediacji z punktu widzenia interesu wymiaru sprawiedliwości trzeba wziąć pod uwagę dwa jej aspekty.

Pierwszy to aspekt organizacyjno-ekonomiczny³⁸. Postępowanie mediacyjne zdecydowanie pozwala zaoszczędzić wymiarowi sprawiedliwości czas i środki finansowe. Jego przeprowadzenie wymaga zdecydowanie

-Mastalerz, *Czy potrzeba zgłaszać zastrzeżenia do protokołu w procesie cywilnym w trybie art. 162 k.p.c.*, „Młoda Palestra” nr 8, 2016, s. 38-48.

35 Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 437).

36 C. Kulesza, *Efektywność udziału obrońcy w procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej*, Kraków 2005, s. 21; C. Kulesza, D. Kuźelewski *Efektywność mediacji...*, op. cit., s. 134 i in.

37 D. Kuźelewski, *Mediacja w procesie karnym w opinii sędziów i prokuratorów*, [w:] *Porozumienia karnoprosesowe w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, red. C. Kulesza, Białystok 2010, s. 137; D. Kuźelewski, *Mediacja w procesie karnym w opinii sędziów i prokuratorów – wybrane zagadnienia*, [w:] *Ocena funkcjonowania porozumień procesowych w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, red. C. Kulesza, Białystok 2009, s. 242.

38 C. Kulesza, D. Kuźelewski, *Efektywność mediacji...*, op. cit., s. 135.

mniejszych nakładów zarówno osobowych, jak i finansowych niż w przypadku przeprowadzenia sprawy sądowej. Nawet w przypadku najmniej skomplikowanych postępowań sądowych, gdy udaje się dostarczyć wezwania wszystkim świadkom i oskarżonym za pierwszym razem i zakończyć postępowanie na pierwszej rozprawie, koszty takiego postępowania są zdecydowanie wyższe, niż koszty przeprowadzenia postępowania mediacyjnego³⁹.

Drugim, szerszym aspektem efektywności procesu mediacyjnego z punktu widzenia interesu wymiaru sprawiedliwości, oprócz aspektu organizacyjno-ekonomicznego, jest jego skuteczność i osiągnięcie wszystkich założonych przed procesem celów oraz realizacja zasad procesowych oraz ich gwarancji. Mierników efektywności procesu mediacyjnego z punktu widzenia interesu wymiaru sprawiedliwości możemy wyróżnić co najmniej kilka.

Należą do nich: szybkość i kosztowność procedur, odciążenie organów wymiaru sprawiedliwości przeprowadzaniem postępowań mediacyjnych oraz ponowne popełnianie przestępstw przez sprawców⁴⁰.

Efektywność postępowań mediacyjnych można także rozpatrywać z punktu widzenia satysfakcji jej uczestników (jako efektywność mediacji indywidualnej)⁴¹. W tym przypadku brany jest pod uwagę przede wszystkim stopień osiągnięcia celów postępowania, czyli rozstrzygnięcie konfliktu, naprawienie szkód, pojednanie stron oraz zadośćuczynienie ofierze. W tym przypadku można wyróżnić kilka mierników efektywności.

Należą do nich: satysfakcja ofiary i sprawcy z uczestnictwa w mediacji i jej efektów, zawarcie ugody i jej wykonanie, akceptacja procesu mediacyjnego przez mediatorów, społeczeństwo i organy wymiaru sprawiedliwości.

Niewątpliwie najważniejszym aspektem sprawiedliwości naprawczej jest jej znaczenie dla jej uczestników. Efektywność indywidualna z pewnością jest ważniejsza dla stron biorących udział w procesie mediacyjnym, bo proces ten jest przecież przeprowadzany z myślą o jak najlepszym rozwiązaniu konfliktu i uzyskaniu jak największej satysfakcji przez uczestników postępowania.

Ogólnymi miernikami satysfakcji z postępowania mediacyjnego jest choćby chęć ponownego wzięcia udziału w procesie mediacyjnym, satysfakcja ogólna czy także polecenie postępowania mediacyjnego innym osobom.

39 A. Rękas, *Rzeczywiste koszty postępowania karnego a koszty postępowania mediacyjnego*, „Mediator” nr 1, 2003, s. 37-48.

40 C. Kulesza, D. Kuzelewski, *Efektywność mediacji...*, op. cit., s. 136 i n.

41 Według E. Bieńkowskiej efektywna mediacja istnieje wówczas, kiedy dochodzi do ugody zgodnej z interesami stron, zob. także: E. Bieńkowska, *Mediacja między ofiarą i przestępcą*, „Monitor Prawniczy” nr 10, 1998, s. 376; C. Kulesza, D. Kuzelewski *Efektywność mediacji...*, op. cit., s. 136 i in.

Jednak oprócz satysfakcji uczestników badana też jest także sprawiedliwość proceduralna. W przypadku sprawiedliwości proceduralnej widoczne są bardziej szczegółowe mierniki, które odnoszą się do różnych aspektów sprawiedliwości, takie jak bezstronność mediatora, sprawiedliwe porozumienie, sprawiedliwe traktowanie przez innych oraz pełny szacunek⁴².

Do innych mierników „naprawczości” należą także przeprosiny, porozumienie, szczera skrucha oraz poczucie reintegracji. Mierzone są również osiągnięte efekty mediacji, takie jak zmniejszenie poczucia gniewu i strachu w przypadku ofiar oraz obniżenie skłonności do łamania prawa i poprawienie jakości życia w przypadku przestępców. Nie zostały natomiast jeszcze określone mierniki satysfakcji wobec społeczeństwa⁴³.

Wśród teoretyków i praktyków można zauważyć trudności ze zdefiniowaniem zasadniczych celów mediacji⁴⁴. Nic więc dziwnego, że i także strony spotykające się na kanwie różnych postępowań sądowych nie posiadają wiedzy w zakresie możliwych mediacji. Istnieje więc potrzeba uświadamiania społeczeństwa o możliwości skorzystania z tej instytucji oraz o korzyściach jakie za sobą ona niesie. Bezspornie mediacje pomagają w rozwiązywaniu zawisłych konfliktów.

Pozostawienie w niezawisłym i bezstronnym sądzie sporu do rozstrzygnięcia powinno być jednak ostatecznością. Tym bardziej, że nie trzeba mieć żadnej wiedzy specjalistycznej, aby wiedzieć, iż rozstrzygnięcie każdej sprawy zadowoli wszystkie strony każdego postępowania bardziej, jeśli zależy od ich zgody i jest wypracowane na drodze wspólnych negocjacji.

Zarówno o potrzebie mediacji, jak i o korzyściach z niej płynących utwierdzają także regulacje europejskie w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r., które, mimo że w większości powielają unormowania polskie w zakresie mediacji w sprawach karnych, to jednak nadają mediacji w każdym postępowaniu wyraz uznania europejskiego.

42 C. Kulesza, D. Kuźlewski *Efektywność mediacji...*, op. cit., s. 136 i n.

43 L. Kurki, *Evaluating Restorative Justice Practices*, [w:] *Restorative Justice and Criminal Justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, red. A. von Hirsch, J. V. Roberts, A. Bottoms, K. Roach, M. Schiff, Oxford–Portland 2003, s. 294.

44 D. Kuźlewski, *Znaczenie prawdy materialnej w postępowaniu mediacyjnym*, [w:] *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 172.

Postępowanie sanacyjne a kwestie związane ze stosunkami pracy

The “Sanation” Proceedings and Labour Relations

The article deals with the issue of “sanation proceedings” that came out with the introduction of the new Act of restructuring law of 15 May 2015. The author analyses the influence of these proceeding on labour relations. The considerations refer to the various controversies emerging from these regulations. The author refers to tasks insolvency administrator in issues of Labour Law.

Grzegorz Kamieński

*magister prawa
Uniwersytet Wrocławski*

1. Wstęp

Art. 300 ustawy Prawo restrukturyzacyjne¹ stanowi, że „Otwarcie postępowania sanacyjnego wpływa na stosunki pracy i wywołuje w zakresie praw i obowiązków pracowników i pracodawcy takie same skutki, jak ogłoszenie upadłości, przy czym uprawnienia syndyka wykonuje zarządca”. Ustawodawca, poprzez zamieszczenie tej regulacji, uchyła ochronę trwałości stosunku pracy, zawartą m. in. w art. 41¹ § 1, art. 177 § 4 i 5, art. 186⁸ oraz art. 196 pkt 2 Kodeksu Pracy² oraz przepisach szczególnych.

1 Dz. U. 2015 nr 0 poz. 978. Dalej: PrRest.

2 Dz. U. 2014 poz. 1502 z późn. zm. Dalej: KP.

Ratio legis wprowadzenia do KP przez ustawodawcę wspomnianych przepisów była konieczność rozwiązania z pracownikami stosunków pracy w przypadku ogłoszenia upadłości pracodawcy³. Trudno jednak uznać sytuację, w której dochodzi do rzeczywistej likwidacji zakładu pracy, za tożsamą z sytuacją, w której pracodawca przeprowadza postępowanie mające na celu restrukturyzację przedsiębiorstwa, którego to nadrzędnym celem jest odzyskanie długookresowej zdolności do konkurencyjności na wolnym rynku⁴.

O ile zgodność tego unormowania z przepisami prawa nie budzi wątpliwości⁵, o tyle powstaje wrażenie pewnego braku spójności w postępowaniu ustawodawcy. Dzieje się tak, gdyż z jednej strony ustawodawca uchyla, poprzez wprowadzenie do porządku prawnego art. 300 PrRest, ochronę trwałości stosunku pracy, a z drugiej strony, jako jeden z powodów uchwalenia tej ustawy wskazuje na konieczność ochrony miejsc pracy. W Uzasadnieniu do projektu ustawy czytamy: „Głównym założeniem projektu jest wprowadzenie skutecznych instrumentów pozwalających na przeprowadzenie restrukturyzacji przedsiębiorstwa dłużnika i zapobieżenie jego likwidacji. Zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika w wielu przypadkach jest znacznie korzystniejsze dla wierzycieli niż jego likwidacja. Zachowanie przedsiębiorstwa dłużnika oznacza również zachowanie miejsc pracy oraz, co do zasady, możliwość nieprzerwanego realizowania kontraktów, a więc ma pozytywne znaczenie społeczne i gospodarcze”⁶.

Warto więc zastanowić się, czy ustawodawca wprowadzając przywołany powyżej przepis art. 300 PrRest w sposób przekonujący uzasadnił zrówanie uchylecia ochrony trwałości stosunku pracy, jakie ma miejsce w postępowaniu upadłościowym, gdzie prymat został przyznany zabezpieczeniu interesów wierzycieli w jak najwyższym stopniu⁷, z takim samym uchyleciem tej trwałości w postępowaniu restrukturyzacyjnym, którego głównym celem jest przeprowadzenie skutecznej naprawy przedsiębiorstwa i jego ochrona przed upadłością⁸.

3 Por.: M. Gersdorf w: M. Gersdorf, K. Rączka, M. Raczkowski, *Kodeks Pracy. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2014, s. 361.

4 Uzasadnienie do projektu ustawy Prawo restrukturyzacyjne, Druk sejmowy nr 2428, Sejm RP VII kadencji, s. 57.

5 Zgodnie z zasadą: *lex specialis derogat legi generali*.

6 Uzasadnienie..., op. cit., s. 8.

7 Uzasadnienie..., op. cit., s. 65.

8 Ibidem, s. 8.

2. Uchylenie trwałości stosunku pracy w art. 300 PrRest

Art. 41¹ KP stanowi, że:

„§ 1. W razie ogłoszenia upadłości lub likwidacji pracodawcy, nie stosuje się przepisów art. 38, 39 i 41, ani przepisów szczególnych dotyczących ochrony pracowników przed wypowiedzeniem lub rozwiązaniem umowy o pracę.

§ 2. W razie ogłoszenia upadłości lub likwidacji pracodawcy, umowa o pracę zawarta na czas określony lub na czas wykonania określonej pracy może być rozwiązana przez każdą ze stron za dwutygodniowym wypowiedzeniem”.

Art. 41¹ KP wprowadza więc mechanizmy, które pozwalają na uchylenie ochrony pracowników przed wypowiedzeniem umowy o pracę w razie ogłoszenia upadłości pracodawcy, co prowadzi do niemalże całkowitego zniesienia ochrony trwałości stosunku pracy⁹.

Pojawia się jednak zasadnicza wątpliwość wynikająca z faktu, że przywoływany przepis KP, zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwem Sądu Najwyższego¹⁰, dotyczy tylko i wyłącznie upadłości obejmującej likwidację majątku upadłego zarówno w poprzednim, jak i obecnym stanie prawnym, gdyż istota tej upadłości pozostała niezmieniona, pomimo przeprowadzonej nowelizacji ustawy Prawo upadłościowe¹¹.

Fakt uchylenia ochrony odnoszący się wyłącznie do upadłości likwidacyjnej był powszechnie aprobowany zarówno przez sądownictwo, jak

9 Zob.: *ibidem*: „Ze względu na wieloznaczność terminu „rozwiązanie” może być dyskusyjne, czy obejmuje on także uchylenie ochrony przed rozwiązaniem natychmiastowym. Wydaje się, iż wykładnia systemowa i celowościowa art. 41¹ k.p. przemawia przeciwko takiemu stanowisku (opowiada się za nim uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 24 marca 1994 r., I PZP 5/94, OSNAPiUS 1994, nr 1, poz. 4). Komentowany przepis został zamieszczony w oddziale 3 rozdziału II działu drugiego k.p., dotyczącym rozwiązania umowy o pracę za wypowiedzeniem, a nie w przepisach ogólnych o rozwiązaniu umowy o pracę. O ile też wypowiedzenie jest następstwem likwidacji czy upadłości pracodawcy, o tyle rozwiązanie natychmiastowe nie pozostaje w związku z tymi zdarzeniami”.

10 Zob. np.: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2007 roku, III PK 1/07, OSNP 2008, nr 11-12, poz. 164; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2010 roku, I PZP 1/10, OSNP 2010, nr 17-18, poz. 206; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2010 roku, I PZP 2/10, OSNP 2011, nr 7-8, poz. 97.

11 Dz. U. 2003 nr 60 poz. 535 z późn. zm. Dalej: PrUp.

i przez doktrynę¹². „Przepis art. 41¹ § 1 k.p., wyłączający ochronę pracowników przed wypowiedzeniem lub rozwiązaniem umowy o pracę, ma zastosowanie tylko w razie ogłoszenia upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika (art. 15 PrUpn.) i nie ma zastosowania w razie ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu (art. 14 ust. 1 PrUpn.) (por. uchwały SN z dnia 16 marca 2010 r., I PZP 1/10, OSNP 2010, nr 17-18, poz. 206, oraz I PZP 2/10, OSNP 2011, nr 7-8, poz. 97)”¹³.

„Dla zastosowania art. 41¹ k.p. kluczowe znaczenie ma interpretacja frazy »ogłoszenie upadłości i likwidacja pracodawcy«. Stanowi to przedmiot kontrowersji w literaturze przedmiotu oraz w judykaturze. Mniejsze problemy definicyjne dotyczą ogłoszenia upadłości. Miarodajne w tym przypadku są przepisy ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe i naprawcze. Przewidują one dwa rodzaje upadłości: upadłość ogłaszaną w celu likwidacyjnym oraz upadłość z możliwością zawarcia układu. W poprzednim stanie prawnym co do zasady postępowanie upadłościowe miało na celu zaspokojenie roszczeń wierzycieli poprzez zlikwidowanie majątku dłużnika. W takim kształcie z pewnością było okolicznością uzasadniającą uchylenie szczególnej ochrony trwałości stosunku pracy, skoro likwidacja majątku musiała oznaczać konieczność zwolnień. Obecnie pojawiają się wątpliwości, również w kontekście art. 41¹ k.p., czy tak samo można oceniać upadłość z możliwością zawarcia układu, wszak w tym przypadku pracodawca na warunkach określonych w układzie kontynuuje swoją działalność. Warto w związku z tym zwrócić uwagę na to, że w orzecznictwie sądowym, pomimo nierozróżniania w przepisach prawa pracy upadłości likwidacyjnej i układowej, trafnie przyjmuje się, że uchylenie zakazów wypowiedzania stosunków pracy jest aktualne tylko w razie tej pierwszej postaci upadłości. Wyraźnie wskazuje się na to w wyroku SN z dnia 4 kwietnia 2007 r. (III PK 1/07). W uchwale SN z dnia 16 marca 2010 r. (I PZP 2/10) czytamy również, że przepis art. 41¹ § 1 k.p., wyłączający ochronę pracowników przed wypowiedzeniem lub rozwiązaniem umowy o pracę, ma zastosowanie tylko w razie ogłoszenia upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika”¹⁴.

Podobnie, zgodnie z art. 177§4 KP, następuje uchylenie trwałości stosunku pracy w przypadku upadłości likwidacyjnej, w stosunku do kobiet w ciąży oraz pracowników korzystających z urlopu macierzyńskiego, co do

12 L. Florek, *Kodeks pracy. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 239.

13 Ibidem, s. 240.

14 Z. Góral w: *Kodeks Pracy. Komentarz*, red. K. Baran, wyd. 1, Warszawa 2012, s. 320 i n.

których ochrona zostaje drastycznie ograniczona jedynie do warunku konsultowania terminu wypowiedzenia z zakładową organizacją związkową reprezentującą interesy pracownika¹⁵.

Art. 300 PrRest umożliwi również uchylene ochrony przez wypowiedzeniem umowy o pracę w stosunku do pracownika, który złożył wniosek o udzielenie urlopu wychowawczego lub o obniżenie wymiaru czasu pracy¹⁶. „Stosunek pracy pracownika korzystającego z urlopu wychowawczego podlega szczególnej ochronie. Rozciąga się ona na okres od dnia złożenia wniosku, nie wcześniej jednak niż 21 dni przed terminem rozpoczęcia urlopu, do dnia zakończenia tego urlopu (art. 1868 § 1 i 3). (...) Wyjątkowo rozwiązanie stosunku pracy przez pracodawcę jest dopuszczalne w razie ogłoszenia upadłości, otwarcia postępowania sanacyjnego (art. 300 pr. restr.) lub likwidacji pracodawcy (...)”¹⁷.

Podobna sytuacja dotyczyć będzie umowy o pracę zawartej w celu przygotowania zawodowego¹⁸. Przepis art. 196 ustanawia wzmoczoną ochronę trwałości stosunku pracy młodocianego w okresie przygotowania zawodowego, która polega na określeniu katalogu¹⁹ przyczyn umożliwiających wypowiedzenie takiej umowy, a do których należeć będzie dyspozycja art. 300 PrRest²⁰.

Uchylene trwałości stosunku pracy dotyczyć będzie wszystkich kategorii pracowników, również tych szczególnie chronionych. Ustawodawca doszedł bowiem do przekonania, że sytuacja upadłości lub likwidacji pracodawcy jest na tyle wyjątkowa, że uzasadnia ona zniesienie ochrony trwałości stosunku pracy, która przysługuje pracownikom ze względu na sytuację osobistą lub sprawowaną funkcję²¹.

Pojawi się więc nieuchronnie konflikt, czy jako ważniejsza ma zostać uznana ochrona trwałości stosunku pracy i powiązane z nią kwestie socjalne, czy też pierwszeństwo należy przyznać na rzecz zachowania funkcjonowania przedsiębiorstwa na rynku?

Wyjątkowość regulacji umożliwiającej modyfikację ochrony stosunku pracy powinna być stosowana w wyjątkowych sytuacjach. Uchylene ochrony spowoduje bowiem, że zarządca będzie mieć prawo do niemalże

15 L. Wnuk-Krysińska, *Regulacja zwolnień grupowych pracowników*, Warszawa 2009, s. 146.

16 Art. 186⁸ KP.

17 E. Maniewska w: K. Jaśkowski, *Komentarz aktualizowany do art. 186 Kodeksu Pracy*, LEX/el. 2016.

18 Art. 196 pkt. 2 KP.

19 L. Wnuk-Krysińska, *Regulacja...*, op. cit., s. 146 i n.

20 Zob.: J. Soczyński w: L. Florek, *Kodeks Pracy...*, op. cit., s. 969.

21 L. Wnuk-Krysińska, *Regulacja...*, op. cit., s. 146 i n.

nieograniczonego zwalniania pracowników. Dotyczyć to będzie osób, które prawo powinno chronić w sposób szczególny, jak choćby kobiety w ciąży. O ile bowiem sytuacja, w której dochodzi do ogłoszenia upadłości przedsiębiorcy i zaprzestania przez niego funkcjonowania, zarówno w sferze faktycznej jak i prawnej, jest odpowiednim uzasadnieniem dla konieczności zmodyfikowania ochrony stosunków pracy, o tyle w sytuacji normowanej art. 300 PrRest nie mamy do czynienia z przesłanką zaprzestania funkcjonowania przedsiębiorcy – zakład pracy istnieje, prowadzi działalność i funkcjonuje na rynku, a z drugiej strony, nadzorujący go zarządca posiada prawo do restrukturyzacji zatrudnienia, a więc przede wszystkim zwalniania pracowników na tych samych zasadach co syndyk w toku postępowania upadłościowego. Co więcej, należy zauważyć, że żaden przepis nie zabrania pracodawcy zatrudniania nowych pracowników. Może więc wystąpić taka sytuacja, w której norma art. 300 PrRest zostanie wykorzystana do pozbycia się niewygodnych pracowników i zatrudnienia w ich miejsce nowych osób.

Podkreślenia wymaga fakt, że restrukturyzację zatrudnienia da się przeprowadzić wykorzystując dostępne instrumenty prawne zarówno te zawarte w KP, jak i w innych aktach prawnych w tym w ustawie z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników²². Jak piszą Monika Latos-Miłkowska i Łukasz Pisarczyk, skorzystanie z mechanizmów pozwalających na redukcję zatrudnienia, które wynikając z KP i innych ustaw, nie tylko nie będzie sprzeczne celem postępowania i ochroną interesów wierzycieli, ale może w znaczny sposób przyczynić się do odzyskania zdolności do konkurencji na rynku przez przedsiębiorcę, przy jednoczesnym poszanowaniu praw pracowniczych²³.

Spoglądając na to zagadnienie od strony pracownika, może powstać wrażenie, że ustawodawca zbyt mocno narusza standardy ochronne prawa pracy. Tym bardziej, że jak zostało to wskazane, istnieją mechanizmy, które pozwalają na redukcję zatrudnienia, nie ingerując tak mocno w prawa pracownicze wynikające z przepisów prawa pracy, jak to ma miejsce w związku z wprowadzeniem do porządku prawnego art. 300 PrRest.

Natomiast odmiennie będzie przedstawiał się ten problem, jeśli priorymat zostanie przyznany temu, by uratować przedsiębiorstwo, a co za tym idzie, zaspokoić wierzycieli, nawet kosztem ograniczenia niektórych praw pracowniczych.

Ograniczenie trwałości stosunku pracy jest w tym przypadku wyrazem przekonania ustawodawcy, że priorytetowym celem postępowania sanacyjnego, obok zaspokojenia wierzycieli, jest uratowanie zakładu pracy

22 Dz. U. 2003 nr 90 poz. 844 z późn. zm.

23 Por: M. Latos-Miłkowska, Ł. Pisarczyk, *Zwolnienia z przyczyn niedotyczących pracownika*, Warszawa 2005, LEX/el.

i chociażby części miejsc pracy w przyszłości, nawet kosztem osłabienia ochrony istniejących stosunków pracy. Daje wyraz temu w Uzasadnieniu do projektu ustawy, w którym czytamy:

„Udana restrukturyzacja nie jest w wielu przypadkach możliwa bez głębokiej restrukturyzacji zatrudnienia w przedsiębiorstwie. Jak wskazuje praktyka uprawnienia syndyka w zakresie praw i obowiązków pracowniczych mogą być skutecznym instrumentem poprawy funkcjonowania przedsiębiorstwa i w efekcie uratowania choćby części miejsc pracy. Skoro ustawodawca dopuszcza ograniczenie praw pracowniczych w celu jak największego zaspokojenia wierzycieli w postępowaniu upadłościowym, to tym bardziej zasadne jest wykorzystanie tego typu instrumentu w celu ratowania przedsiębiorstwa i części miejsc pracy. Z tych względów otwarcie postępowania sanacyjnego wywoływać będzie w zakresie praw i obowiązków pracowników i pracodawcy takie same skutki jak ogłoszenie upadłości, przy czym uprawnienia syndyka wykonywać będzie zarządca. Na złożenie wniosku o otwarcie postępowania sanacyjnego zdecyduje się tylko dłużnik znajdujący się w tak złej sytuacji ekonomicznej, że bez otwarcia tego postępowania nie będzie jakiegokolwiek możliwości kontynuowania działalności. Należy więc przyjąć, że obecnie wobec takiego podmiotu zostałaby ogłoszona upadłość likwidacyjna, w której syndyk, jak wskazuje praktyka, zwykle zwalnia wszystkich pracowników, którzy nie mają żadnego instrumentu ochrony swoich praw w postępowaniu upadłościowym. W postępowaniu sanacyjnym plan restrukturyzacyjny, który będzie obligatoryjnie zawierał informacje o zasadach zwalniania pracowników, będzie podlegał zatwierdzeniu przez sędziego-komisarza, który będzie miał prawo dokonywać zmian tych zasad i zakazać zarządcy zwalniania określonej kategorii pracowników lub ograniczyć skalę redukcji zatrudnienia. Sędzia-komisarz będzie mógł więc uwzględnić słuszny interes pracowników. Obecnie w postępowaniu upadłościowym brak takich bezpośrednich środków prawnych przysługujących sędziemu-komisarzowi, które mogłyby być wykorzystane do ochrony praw pracowników. Podkreślić też należy, że celem postępowania sanacyjnego jest uratowanie przedsiębiorstwa dłużnika choćby w ograniczonym zakresie. Zatem każda redukcja zatrudnienia będzie miała na celu nie tylko uratowanie samego przedsiębiorstwa, ale również ochronę pozostałych zatrudnionych. Każde zatem udane postępowanie sanacyjne obejmujące przedsiębiorstwo, w którym

zatrudnieni są pracownicy, będzie prowadziło do ograniczenia skali zwolnień²⁴.

Jak wynika z powyższego, zrównanie skutków postępowania sanacyjnego ze skutkami upadłości w sprawach odnoszących się do stosunków pracy spowodowane było troską ustawodawcy o zachowanie przedsiębiorstwa, a pośrednio także miejsc pracy. W ocenie ustawodawcy, ma to zapobiec dalszemu pogarszaniu się sytuacji przedsiębiorstwa i przywrócić mu zdolność do funkcjonowania i konkurencji na rynku. Ponadto, ma to doprowadzić w efekcie do zachowania części miejsc pracy, które w razie niewdrożenia procedury redukcji zatrudnienia mogłyby w następstwie upadłości pracodawcy przestać istnieć. Ten rezultat ma być realizowany kosztem daleko idącego ograniczenia trwałości istniejących stosunków pracy.

Nie sposób jednak nie zauważyć, że ustawodawca całkowicie pomija w swoich rozważaniach ugruntowaną linię orzeczniczą Sądu Najwyższego²⁵, która wskazuje, że ograniczenia trwałości stosunku pracy nie można stosować do procedury upadłości z możliwością zawarcia układu, regulowanej w poprzednio obowiązującej ustawie Prawo upadłościowe i naprawcze²⁶, a jeszcze wcześniej w Prawie o postępowaniu układowym²⁷.

„W orzecznictwie przyjmowano, że od dnia ogłoszenia upadłości przestają pracodawcę obowiązywać przepisy ograniczające możliwość wypowiedzania i rozwiązywania umów o pracę, a ogłoszenie upadłości jest wystarczającą przyczyną wypowiedzenia umowy o pracę. W wyroku z dnia 9 stycznia 2001 r., I PKN 171/00 (OSNAPiUS 2002 nr 16, poz. 379), Sąd Najwyższy stwierdził ponadto, że od tej chwili niedopuszczalną ingerencją w sprawy związane z procesem upadłościowym byłoby ze strony sądu badanie stopnia zaawansowania postępowania upadłościowego i rozstrzygnięcie w jakim momencie powinna nastąpić likwidacja określonej działalności, sprzedaż składników majątkowych, zwalnianie poszczególnych pracowników oraz jego kolejność. Obok postępowania upadłościowego istniało postępowanie układowe, uregulowane w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z 1934 r. – Prawo o postępowaniu układowym. O ile to pierwsze miało charakter wyłącznie likwidacyjny, o tyle to drugie służyło

24 Uzasadnienie..., op. cit., s. 57.

25 Zob. np.: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2007 roku, III PK 1/07, OSNP 2008, nr 11-12, poz. 164; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2010 roku, I PZP 1/10, OSNP 2010, nr 17-18, poz. 206; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2010 roku, I PZP 2/10, OSNP 2011, nr 7-8, poz. 97.

26 Dz. U. 2003 nr 60 poz. 535. Dalej: PrUpN.

27 Dz. U. 1934 nr 93 poz. 836.

sanacji przedsiębiorstwa. W stanie prawnym obowiązującym do 2004 r. nie budziło wątpliwości, że wszczęcie postępowania układowego nie stanowi podstawy do dopuszczonego przez art. 41¹ § 1 k.p. ograniczenia ochrony przed zwolnieniem z pracy. (...) Upadłość likwidacyjna wiąże się z niemożnością dalszego zatrudnienia pracowników, ponieważ jej celem jest ostatecznie zamknięcie zakładu pracy. Z tego punktu widzenia regulacja zawarta w przepisach art. 41¹ k.p. jest zrozumiała. Jak wzmiankowano, również stanowisko judykatury było w tym kontekście jednolite. Inaczej jest w przypadku ogłoszenia upadłości z możliwością zawarcia układu, która zmierza do zachowania przedsiębiorstwa pod warunkiem spłaty zadłużenia na warunkach określonych w układzie zawartym z wierzycielami. Zarządca masy upadłości nie jest uprawniony do zbycia przedsiębiorstwa upadłego lub jego części związanej z prowadzeniem działalności gospodarczej. Zarządca wykonuje czynności zwykłego zarządu tym przedsiębiorstwem. Gdyby kontynuowanie jego działalności okazało się niemożliwe, sąd powinien zmienić sposób prowadzenia postępowania na upadłość obejmującą likwidację majątku upadłego (art. 17 p.n.u.). Dopiero zmiana sposobu prowadzenia postępowania upadłościowego stwarzałaby – zdaniem Sądu Najwyższego – podstawy do zastosowania dyspozycji art. 41¹ k.p. (...) Sąd Najwyższy w składzie orzekającym, jest zdania, że w sytuacji braku wyraźnego uregulowania w przepisach ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze *de lege lata* więcej argumentów przemawia na rzecz stanowiska, że przepis art. 41 § 1 k.p. nie znajduje zastosowania do upadłości z możliwością zawarcia układu”²⁸.

W cytowanym fragmencie orzeczenia, jak również w innych orzeczeniach Sądu Najwyższego²⁹, Sąd wskazuje na argumentację, która nie pozwala zastosować przepisów dotyczących upadłości do sytuacji, gdy nie dochodzi do całkowitej likwidacji zakładu pracy.

Ustawodawca, nowelizując ustawę PrUpN, przełamuje tę ugruntowaną linię orzeczniczą oraz przedstawioną tam argumentację i wskazuje na nowe argumenty, które – w jego ocenie – przemawiają za zastosowaniem przepisów wyłączających ochronę trwałości stosunku pracy do postępowania sanacyjnego.

28 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2007 roku, III PK 1/07, OSNP 2008, nr 11-12, poz. 164.

29 Zob. np.: Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2010 roku, I PZP 1/10, OSNP 2010, nr 17-18, poz. 206; Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 16 marca 2010 roku, I PZP 2/10, OSNP 2011, nr 7-8, poz. 97.

Bezspornym jest, że ustawodawca, wprowadzając nową regulację prawną, nie jest związany dotychczasową linią orzecznictw, jednak należy podnieść, że w rozważaniach jakie czyniły sądy, wydając orzeczenia w tym zakresie, były zawarte ważne argumenty, które przemawiałyby przeciwko stosowaniu takiego rozwiązania do sytuacji, w których nie dochodzi do całkowitego zaprzestania działalności przez przedsiębiorcę. W przypadku, gdy nie dochodzi do upadłości przedsiębiorcy, to zrównanie skutków w sferze praw pracowniczych jak przy upadłości, może jawić się jako rozwiązanie zbyt daleko idące.

Nie można odmówić racji autorom Uzasadnienia do projektu ustawy, kiedy argumentują, że ograniczenie ochrony trwałości stosunku pracy i idąca za tym redukcja zatrudnienia może się przyczynić do uratowania zakładu pracy i części miejsc pracy³⁰, ale także należy zauważyć niedoskonałości tego rozwiązania, jakby choćby niedostateczny nadzór nad działalnością zarządcy, brak wyraźnych regulacji odnośnie zatrudniania nowych pracowników w sytuacji, gdy dochodzi do zwolnień dotychczasowych pracowników, przy jednoczesnym ograniczeniu trwałości stosunku pracy, czy też możliwość restrukturyzacji zatrudnienia w oparciu o dotychczas funkcjonujące rozwiązania prawne.

Art. 314 PrRest nakazuje, aby w planie restrukturyzacyjnym zarządca wskazał zasady zwalniania pracowników, w szczególności liczbę pracowników objętych zamiarem zwolnienia, okres w ciągu którego nastąpi takie zwolnienie oraz proponowane kryteria doboru pracowników do zwolnienia. Mając jednak na względzie fakt, że plan restrukturyzacyjny zatwierdza sędzia-komisarz po uzyskaniu opinii rady wierzycieli, należy zauważyć, że interesy wierzycieli na ogół nie będą tożsame z interesami zwalnianych pracowników.

W tym miejscu warto również zwrócić uwagę na przepis art. 317 PrRest, który zezwala zarządcy na podjęcie działań restrukturyzacyjnych w stosunku do pracowników jeszcze przed zatwierdzeniem planu restrukturyzacyjnego przez sędziego-komisarza, wymagając jedynie poinformowania go o tym i zakreślając trzydniowy termin na zakazanie zarządcy wykonywania tychże działań. Kwestia ta zostanie jednak omówiona w dalszej części pracy.

Analiza unormowań zawartych w ustawie PrRest pozwala na postawienie tezy, że występuje niedostateczna ilość realnie skutecznych mechanizmów ochronnych reprezentujących słuszny interes pracowników.

Może to tym bardziej dziwić, że art. 315 ust. 2 PrRest stanowi, że: „Sędzia-komisarz może wydać zakaz wdrażania niektórych działań przewidzianych w planie restrukturyzacyjnym oraz nakazać realizację innych działań, kierując się celami postępowania sanacyjnego i ochroną słusznych praw

30 Uzasadnienie..., op. cit., s. 57.

wierzycieli oraz osób trzecich niebędących uczestnikami postępowania”. Pożądanym z punktu widzenia pracowników byłoby więc umieszczenie przez ustawodawcę w tym przepisie wzmianki o ochronie słusznych interesów pracowników, co zaakcentowałoby w sposób zdecydowany wolę ustawodawcy w zakresie dbania o słuszne interesy pracowników.

Należy zauważyć, że w toku prac nad projektem ustawy pojawiły się głosy, które postulowały wprowadzenie takiego zapisu o ochronie słusznych praw pracowniczych do tekstu aktu prawnego, jednak nie spotkało się to z akceptacją większości parlamentarnej³¹. Wzmianka taka pojawia się natomiast w Uzasadnieniu do projektu ustawy³² i wskazuje na rolę sędziego-komisarza w dbaniu o poszanowanie słusznych interesów pracowników.

Ponadto, jak to już zostało wspomniane, w analizowanej ustawie powinny się znaleźć zapisy wskazujące na zakaz lub daleko idące ograniczenia w zakresie zatrudniania nowych pracowników w sytuacji, gdy zarządca korzysta z uprawnień wynikających z art. 300 PrRest. Wprowadzenie takich rozwiązań spowodowałoby, że przepis ustawy nie mógłby być wykorzystywany do przeprowadzania zwolnień niechcianych pracowników i zatrudniania w ich miejsce nowych.

Powyższe rozważanie pokazuje, że o ile wprowadzane zmiany dają szansę na pozytywną zmianę w przedmiocie restrukturyzacji przedsiębiorstw, to jednak nie można nie zwracać uwagi na pojawiające się, w związku z taką regulacją, zagrożenia dla słusznych interesów pracowników. Wydaje się, że właściwym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie w życie, w drodze nowelizacji ustawy, rozwiązań, które wyeliminowałyby mogące się pojawić zagrożenia dla podstawowych praw pracowniczych.

Ponadto, uzasadnionym jest twierdzenie, że olbrzymim mankamentem jest argumentacja, którą posiłkują się autorzy Uzasadnienia do projektu ustawy. Zamieszczony tam wywód, jak zostało to już wspomniane, jest mało przekonujący, szczególnie jeśli weźmie się pod uwagę, że skorzystanie w praktyce z normy art. 300 PrRest narusza istotne prawa socjalne pracowników. Pojawiający się pogląd, że „skoro ustawodawca dopuszcza ograniczenie praw pracowniczych w celu jak największego zaspokojenia wierzycieli w postępowaniu upadłościowym, to tym bardziej zasadne jest wykorzystanie tego typu instrumentu w celu ratowania przedsiębiorstwa i części miejsc pracy”³³, może świadczyć o niezrozumieniu istoty ograniczenia trwałości stosunków pracy w sytuacji upadłości przedsiębiorstwa, jak również o braku wnikliwej analizy piśmiennictwa oraz orzecznictwa sądowego, które zostało wcześniej

31 Zob.: Przebieg prac nad projektem ustawy Prawo restrukturyzacyjne, Druk sejmowy nr 2824, Sejm RP VII kadencji, <URL=http://www.sejm.gov.pl>.

32 Uzasadnienie..., op. cit., s. 57.

33 Ibidem.

przywołane. Upadłość likwidacyjna wiąże się z niemożnością dalszego zatrudniania pracowników, ponieważ jej celem jest ostatecznie zamknięcie zakładu pracy³⁴. Ustawodawca dopuszcza więc ograniczenie praw pracowniczych, gdyż przestaje istnieć zakład pracy. Judykatura jasno więc wskazywała, że w sytuacji, gdy nie dochodzi do zaprzestania działalności przedsiębiorstwa, nie można stosować mechanizmów właściwych dla upadłości likwidacyjnej³⁵.

Jako nieprzekonujące należy więc ocenić zastosowanie takiej tezy do argumentu, który uzasadnia konieczność wprowadzenia do ustawy przepisu art. 300 PrRest. O ile bowiem zmiany jakie wprowadza art. 300 PrRest będzie można ocenić dopiero przez pryzmat ich długoletniego praktycznego stosowania i ewentualnego wpływu na pozytywne zmiany w zakresie postępowań insolwencyjnych, o tyle argumentacja, która ma uzasadnić wprowadzone zmiany, jest nacechowana dużą niedoskonałością. W celu uzyskania pozytywnego wydzwiku strony społecznej dla wprowadzonych zmian właściwe byłoby przedstawienie lepszej argumentacji, która pozwoliłaby również na rozwianie mogących się pojawić, na tle tego unormowania, uzasadnionych wątpliwości.

3. Ryzyko pracodawcy i pracownika

Na analizowane powyżej zagadnienie można jednak spojrzeć od zupełnie innej strony, która w pewnym sensie wydaje się nowatorska.

W wyroku z dnia 3 czerwca 1998 roku Sąd Najwyższy orzekł, że „pracownik nie ponosi ryzyka związanego z działalnością pracodawcy (art. 117 §2 KP), gdyż ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej obciąża pracodawcę”³⁶.

W doktrynie prawa pracy oraz w orzecznictwie wskazuje się, że do kategorii ryzyka pracodawcy zalicza się ryzyko gospodarcze, osobowe, techniczne oraz socjalne³⁷. Obciążenie pracodawcy ryzykiem gospodarczym powoduje, że pracownik nie ponosi negatywnych skutków zdarzeń, które wpływają na wyniki gospodarcze i finansowe pracodawcy, jak np. jego wynagrodzenie nie ulegnie zmniejszeniu, gdy pracodawca odnotował stratę³⁸. A więc jak pisze Łukasz Pisarczyk, „konsekwencje niepożądanych zjawisk obciążają podmiot zatrudniający”³⁹. Z kolei ryzyko techniczne jest rozumiane jako

34 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 2007 roku, III PK 1/07, OSNP 2008, nr 11-12, poz. 164.

35 Ibidem.

36 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 1998 roku, I PKN 49/98, OSNP 1999, nr 11, poz. 362.

37 Ł. Pisarczyk, *Ryzyko pracodawcy*, Warszawa 2008, s. 28.

38 Ibidem.

39 Ibidem, s. 29.

ponoszenie przez pracodawcę konsekwencji wszelkich zakłóceń w funkcjonowaniu przedsiębiorstwa⁴⁰, jak również ponoszenie negatywnych skutków związanych z wyrządzeniem szkody pracownikowi, w tym związanych z wypadkiem przy pracy⁴¹. Ryzyko osobowe natomiast, obciąża pracodawcę skutkami niezawinionych błędów pracownika oraz doboru pracowników⁴². W przypadku ryzyka socjalnego w grę wchodzi wszelkie obciążenia wynikające z sytuacji, gdy świadczenie pracy przez pracownika następuje zawieszaniu np. wskutek choroby czy też urlopu⁴³. Tak więc podmiot zatrudniający jest obciążony konsekwencjami nieplanowanych i niezawinionych przez siebie zakłóceń, które utrudniają lub uniemożliwiają prawidłowe wypełnianie stosunku pracy⁴⁴. Jak wynika z art. 117 § 2 KP, pracodawca jako organizator procesu pracy i jego główny beneficjent ponosi zasadniczo konsekwencje niepożądanych zjawisk, które mają swoje źródło w sferze gospodarczej, techniczno-organizacyjnej oraz osobowo-socjalnej. „W ten sposób uwzględnia się nierówną pozycję stron stosunku pracy, w tym istniejącą między nimi dysproporcję majątkową (pracodawca jako właściciel środków produkcji), a także gwarantuje się niezbędne środki utrzymania pracownikowi, dla którego stosunek pracy jest podstawowym źródłem dochodu i który – ze względu na charakter stosunku pracy – ma ograniczone możliwości alternatywnego zabezpieczenia swoich interesów”⁴⁵.

Jak przekonuje Łukasz Pisarczyk, to obciążenie pracodawcy ryzykiem następuje przy wykorzystaniu różnorodnych środków prawnych: w wyniku określonego sposobu ukształtowania przedmiotu świadczenia pracodawcy i pracownika, przesłanek dopuszczalności modyfikacji lub rozwiązania stosunku pracy a także odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub wadliwego wykonania zobowiązania przez strony⁴⁶.

„W ujęciu normatywnym przejawami ryzyka są: obowiązek zatrudniania pracowników pomimo braku zapotrzebowania pracę (ryzyko nieprzydatności świadczenia), niemożność skorzystania ze świadczenia pracownika (ryzyko niedostępności pracy), obowiązek spełnienia własnych świadczeń, w tym zwłaszcza wypłaty wynagrodzenia pomimo niezyskania świadczenia wzajemnego (ryzyko płacowe), a także pomimo nieosiągnięcia zakładanych

40 Ibidem.

41 Ibidem, s. 28 i n.

42 Ibidem, s. 29 i n.

43 Ibidem, s. 29.

44 Ibidem, s. 35.

45 Ł. Pisarczyk, *Praca tymczasowa a ryzyko pracodawcy*, [w:] *Z problematyki zatrudnienia tymczasowego*, red. A. Sobczyk, Warszawa 2011, s. 113.

46 Ibidem, s. 113 i n.

rezultatów pracy – w perspektywie indywidualnej, grupowej lub w skali całego przedsiębiorstwa (ryzyko nieosiągnięcia rezultatów pracy), i wreszcie niemożność dochodzenia (w całości lub w części) szkody wyrządzonej przez pracownika, jak również konieczność naprawienia szkody, którą w związku z procesem pracy poniósł pracownik, a która nie jest przez pracodawcę zawiniona (ryzyko szkody)⁴⁷.

Przenosząc to na grunt PrRest można stwierdzić, że pracodawca będzie ponosił negatywne następstwa błędnych decyzji biznesowych albo nie-sprzyjających okoliczności zewnętrznych, które doprowadziły do sytuacji, gdy aby odzyskać zdolność do długookresowej konkurencji na rynku, zmuszony jest wszcząć postępowanie naprawcze, które ma odnieść skutek w postaci uniknięcia przez niego upadłości.

Co prawda, pracodawca ponosi nie tylko konsekwencje zakłóceń występujących po jego stronie, lecz również w znacznym stopniu skutki tych niepożądanych zjawisk, które mają swoje źródło po stronie pracownika⁴⁸, nie wyklucza to jednak tego, że pewne negatywne następstwa mogą stać się udziałem części ryzyka, jakie będzie występować po stronie pracownika. W doktrynie podnosi się, że ryzyko pracodawcy pozostaje jedną z najbardziej charakterystycznych cech zatrudnienia pracowniczego, co jest uzasadnione istotną dysproporcją w położeniu stron stosunku pracy⁴⁹, natomiast żaden z przepisów prawa pracy nie wskazuje, że element pracowniczy musi być wolny od jakiegokolwiek ryzyka związanego z występowaniem stosunku pracy. Można więc wskazać, że również na pracowniku ciąży ryzyko związane z wyborem pracodawcy, który znalazł się w sytuacji, w której spełniły się przesłanki pozwalające na wszczęcie postępowania sanacyjnego, a co za tym idzie, na zastosowanie przepisu art. 300 PrRest, który uchyla ochronę trwałości stosunku pracy.

Wynikająca z art. 65 ust. 1 Konstytucji⁵⁰ wolność wyboru pracy może więc być powiązana z ryzykiem, jakie niesie za sobą wybór pracodawcy, u którego nastąpiła konieczność przeprowadzenia postępowania sanacyjnego, aby w konsekwencji uchronić się przed zagrażającą jego przedsiębiorstwu upadłością. Norma konstytucyjna art. 65 mówiąca o tym, że każdemu zapewnia się wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy, jest powiązana z regulacją art. 10 ust. 1 KP wskazującą, że każdy ma prawo do swobodnego wyboru pracodawcy.

47 Ibidem, s. 115.

48 Ł. Pisarczyk, *Ryzyko...*, op. cit., s. 355.

49 Ibidem.

50 Dz. U. 1997 nr 78 poz. 483.

„Wolność pracy, czyli wolność wyboru pracy, jej rodzaju, a także wyboru zawodu została jeszcze uzupełniona wolnością wyboru miejsca pracy. Jest to zasada generalna wysunięta na czoło art. 65 (...)”⁵¹ „Artykuł 10 k.p. wyraża zasadę prawa do pracy w wąskim ujęciu, rozumianą jako prawo do zatrudnienia swobodnie wybranego, z gwarantowanym wynagrodzeniem minimalnym oraz z instytucjonalnymi gwarancjami pomocy w podjęciu takiego zatrudnienia i z działaniami władz publicznych, których celem jest zwalczanie bezrobocia. Regulacja ta uzupełnia art. 65 Konstytucji RP, który każdemu zapewnia wolność wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy. (...) Prawa określone w tym artykule mają wymiar ogólny. Zgodnie z art. 10 § 1 k.p. każdy może swobodnie wybrać zawód i po spełnieniu oznaczonych, równych dla wszystkich, warunków dostępu do zawodu każdy może wybrany przez siebie zawód wykonywać”⁵².

Uzupełnieniem powyższych regulacji jest art. 11 KP, który potwierdza wolność pracownika w nawiązaniu stosunku pracy, bez względu na podstawę prawną tego stosunku. Jak pisze W. Perdeus, „wolność nawiązywania stosunku pracy i pozostawania w nim, wiąże się częściowo z prawem do swobodnie wybranej pracy, będącym komponentem prawa do pracy”⁵³.

Prawo do wolności i swobodnego wyboru jest ściśle skorelowane z ryzykiem. Jak przekonuje Z. Bauman: „wolność przychodzi zawsze łącznie z ryzykiem i niepewnością. Nie można mieć wolności bez niepewności”⁵⁴. Podobnie uważa Ewa Dziel: „We wszystkich dziedzinach działalności człowieka szczególną rolę odgrywają ryzyko i niepewność. Są one nieodłącznym elementem każdej decyzji. Wynika to z faktu, iż zasadniczą cechą procesu podejmowania decyzji jest orientacja ku przyszłości, która ze swej natury jest niepewna. Nie można w sposób pewny ustalić, jak ukształtują się poszczególne czynniki stanowiące podstawę obecnej decyzji, bowiem brakuje pełnej wiedzy dotyczącej przyszłego kształtowania się sytuacji dla procesu decyzyjnego. Ponadto, podejmując jakąkolwiek decyzję, zawsze wiąże się ją z ryzykiem. Działanie w warunkach ryzyka jest nieodłącznym atrybutem każdej gospodarki. Obserwując rozwój człowieka i jego otoczenia, łatwo dostrzec, że ryzyko istniało zawsze i nie było. Nie ma działań człowieka, które nie byłyby

51 W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 6, Warszawa 2009, s. 71.

52 M. Derlacz-Wawrowska, *Komentarz do art. 10 Kodeksu Pracy*, LEX/el., 2014.

53 W. Perdeus w: K. Baran, *Kodeks Pracy...*, op. cit., s. 87.

54 Wywiad Tomasza Kwaśniewskiego z Zygmunttem Baumanem: *Więc będzie wojna?*, „Gazeta Wyborcza”, 14–15 kwietnia 2012.

związane z ryzykiem”⁵⁵. Pracownik, jak wynika z powyższego, ma swobodę w wyborze swojego miejsca zatrudnienia, natomiast powinien również mieć świadomość, że jest to powiązane z ryzykiem, w tym ryzykiem związanym czy to z koniecznością przeprowadzenia restrukturyzacji, czy też upadłością przedsiębiorcy.

Tytułem podsumowania tej części rozważania należy jeszcze raz podkreślić, że o ile na gruncie przepisów prawa pracy to na pracodawcy spoczywa ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej i ponosi on nie tylko konsekwencje zakłóceń występujących po jego stronie, lecz również w znacznym stopniu skutki niepożądanych zjawisk, które mają swoje źródło po stronie pracownika, to również mając na względzie, że wolność wyboru pracodawcy jest obciążona elementem ryzyka należy przyjąć, że także na pracowniku spoczywa część ryzyka wynikająca z wyboru pracodawcy. Tak więc negatywne konsekwencje wynikające z zastosowania normy art. 300 PrRest i związana z tym uchylona ochrona trwałości stosunku pracy można uznać za element ryzyka obciążający pracownika w związku z dokonaniem przez niego wyborem pracodawcy.

4. Rola zarządcy w sprawach z zakresu prawa pracy

Omawiany przepis art. 300 PrRest jest umieszczony w dziale IV rozdziale 2 oddziale 3 zatytułowanym „Skutki otwarcia postępowania sanacyjnego co do zobowiązań dłużnika”. Warto zwrócić więc uwagę na normę art. 317 PrRest, która brzmi: „Przed zatwierdzeniem planu restrukturyzacyjnego zarządca może podjąć działania mające na celu przywrócenie dłużnikowi zdolności wykonywania zobowiązań, jeżeli brak ich niezwłocznego podjęcia istotnie utrudniłby możliwość osiągnięcia celu postępowania sanacyjnego. O zamiarze podjęcia działań zarządca informuje sędziego-komisarza, który może w terminie trzech dni zakazać podjęcia wskazanych działań”.

Przede wszystkim należy podnieść, że działania podjęte zgodnie z brzmieniem art. 317 PrRest mogą dotyczyć restrukturyzacji w zakresie zatrudnienia przedsiębiorcy. Wskazuje na to wykładnia systemowa i umieszczenie przepisu mówiącego o działaniach z zakresu prawa pracy wśród przepisów regulujących skutki otwarcia postępowania sanacyjnego na zobowiązania dłużnika.

Podjęcie tych działań może mieć miejsce przed zatwierdzeniem przez sędziego-komisarza planu restrukturyzacyjnego. W postępowaniu sanacyjnym w terminie 1 miesiąca od dnia otwarcia postępowania zarządca w porozumieniu z dłużnikiem składać będzie sędziemu-komisarzowi plan restrukturyzacyjny⁵⁶. Natomiast w uzasadnionych przypadkach termin ten będzie

55 E. Dziel, *Niepewność i ryzyko w działalności gospodarczej*, „Periodyk Naukowy Akademii Polonijnej” nr 1, 2011, s. 135.

56 Art. 313 ust. 1 PrRest.

mógł być przedłużony przez sędziego-komisarza do 3 miesięcy⁵⁷. Dojdzie więc do sytuacji, w której zarządca będzie mógł prowadzić działania sanacyjne w stosunku do pracowników, a więc przede wszystkim dokonywać zwolnień i zatrudniać nowe osoby, nawet przez okres 3 miesięcy, zaś podjęte czynności będą miały miejsce przed zatwierdzeniem planu restrukturyzacyjnego. W takim przypadku wszelkie czynności z zakresu restrukturyzacji zatrudnienia będą się dokonywały jedynie przy udziale zarządcy oraz sędziego-komisarza, a więc z pominięciem rady wierzycieli i innych zainteresowanych.

Warto zwrócić uwagę na fakt, że w toku zwyczajnego postępowania, a więc bez zastosowania normy art. 317 PrRest, plan restrukturyzacyjny będzie podlegał obwieszczeniu⁵⁸, co pozwoli na zgłaszanie do niego zastrzeżeń przez zainteresowane podmioty, a ponadto sędzia-komisarz będzie miał obowiązek uzyskania opinii rady wierzycieli co do przedstawionego przez zarządcę planu restrukturyzacyjnego⁵⁹.

Takie rozwiązanie prawne jest wyjątkowe na tle innych ustawodawstw europejskich, gdzie wzmacnia się pozycję prawną wierzycieli i przyznaje im się wiele kompetencji w zakresie prowadzonego postępowania insolwencyjnego⁶⁰.

Zastosowanie procedury opisanej w art. 317 PrRest pozwoli na prowadzenie przez zarządcę działań w przedmiocie restrukturyzacji zatrudnienia jedynie po poinformowaniu o tym fakcie sędziego-komisarza, który w ciągu trzech dni będzie mógł zakazać prowadzenia wskazanych przez niego działań, które zamierzał przeprowadzić zarządca.

Poważnym problemem jaki może pojawić się na kanwie tego uregulowania będzie kwestia niemożliwości zakazania przez sędziego-komisarza prowadzenia przez zarządcę podjętych działań w ustawowym terminie trzech dni. Może to zaistnieć w sytuacjach losowych, jakimi mogą być choroba, urlop itp. Wskazany przez ustawodawcę termin ma charakter terminu ustawowego, a więc nie może on być zmieniany. Wynika z tego fakt, że w przypadku, gdy sędzia-komisarz w terminie trzech dni nie zakáže zarządcy dokonywania określonej czynności, to po upływie zakreślonego w ustawie terminu traci przysługujące mu prawo. W takim przypadku doszłoby do sytuacji, w której sędzia-komisarz, a więc organ sądowy, którego jednym z głównych zadań jest nadzór nad czynnościami zarządcy i oznaczanie czynności, których wykonywanie przez zarządcę jest niedopuszczalne bez jego zezwolenia

57 Art. 313 ust. 2 PrRest.

58 Art. 10 ust. 3 PrRest.

59 Art. 315 ust. 1 PrRest.

60 A. Tomanek, *Stosunki pracy w razie likwidacji i upadłości pracodawcy*, Warszawa 2012, s. 21 i n. oraz przywoływana tam literatura.

lub bez zezwolenia rady wierzycieli⁶¹, byłby pozbawiony tego prawa. Skutkiem tego jest stan, w którym w sposób bezprecedensowy zostaje ograniczona rola sądu, ale także to, że organ sądowy postępowania staje się podmiotem niemającym wpływu na działania podejmowane przez organ pozasądowy, którego czynności jest zobowiązany nadzorować.

Prawo restrukturyzacyjne wprowadza zasadę rozgraniczenia kompetencji sądu i sędziego-komisarza, z tym że wprost zostaje wskazany obowiązek kierowania przez sędziego-komisarza tokiem postępowania sanacyjnego oraz nadzór nad czynnościami pozasądowych organów postępowania restrukturyzacyjnego⁶². Upływ ustawowego terminu trzech dni w jakim sędzia-komisarz może zakazać zarządcy dokonywania danych czynności powoduje, że zostaje ograniczony nadzór sędziego-komisarza nad działaniami zarządcy, który wynika przede wszystkim z art. 19 PrRest. Skoro ustawodawca wyposażył sędziego-komisarza w mechanizm, który pozwala mu oznaczać czynności, których dokonywanie przez zarządcę jest zabronione bez uzyskania zgody sędziego-komisarza⁶³, zaś pod rządami ustawy PrUpN doktryna wskazywała, że może on skorzystać z tego prawa w każdym stadium postępowania⁶⁴, co pozostaje aktualne również obecnie, to wprowadzony przepis doprowadza do stanu, w którym zastosowanie obu przepisów równocześnie będzie niemożliwe z uwagi na kolizję tych przepisów.

Jako pewien mechanizm zabezpieczający przez takimi skutkami można uznać możliwość porozumiewania się na odległość pomiędzy zarządcą a sędzią-komisarzem⁶⁵ lub możliwość powołania przez sąd zastępcy lub zastępców sędziego-komisarza⁶⁶. Należy jednak wskazać, że ustawodawca nie nakłada na organy postępowania obowiązku korzystania z technologii umożliwiających porozumiewanie się na odległość. Tak więc ustawowe przesłanki zostaną spełnione w przypadku pisemnego poinformowania sędziego-komisarza. Podobnie w przypadku powołania zastępcy lub zastępców sędziego-komisarza, fakt ich ustanowienia nie jest obowiązkiem a uprawnieniem sądu. Powołanie zastępcy bądź zastępców sędziego-komisarza spowoduje ograniczenie możliwości wystąpienia takich kontrowersji jakie zostały przywołane.

Natomiast w przypadku braku powołania zastępcy lub zastępców sędziego-komisarza albo też poinformowania sędziego-komisarza przez

61 Art. 19 ust. 1 PrRest. Doprecyzowaniem tego przepisu jest art. 315 ust. 2 PrRest.

62 Zob.: art. 18 i 19 PrRest.

63 Art. 19 ust.1 PrRest.

64 R. Adamus w: *Prawo upadłościowe i naprawcze*, red. A. Witosz, A. J. Witosz, wyd. 5, Warszawa 2014, s. 419.

65 Art. 19 ust. 2 PrRest.

66 Art. 21 PrRest.

zarządcę o tych działaniach, gdy nie będzie istniała możliwość dotrzymania przez sędziego-komisarza trzydniowego terminu ustawowego, doszłoby w istocie do sytuacji, w której plan restrukturyzacyjny jest realizowany zanim zostanie on zatwierdzony przez sędziego-komisarza, a mechanizm prawny, który pozwala sędziemu-komisarzowi na zabronienie dokonywania danych czynności przez zarządcę może okazać się nieskuteczny.

Takie unormowanie tej kwestii ogranicza i tak już niewielką ochronę słusznym praw pracowniczych. Dzieje się tak, gdyż ustawodawca stwierdza, że zarządca ma prawo do podejmowania opisanych powyżej działań, jeżeli brak ich niezwłocznego podjęcia utrudniłby osiągnięcie celu postępowania sanacyjnego. Wymaga zaakcentowania fakt, że celem nadrzędnym ustawodawcy odnośnie postępowania sanacyjnego jest uratowanie przedsiębiorstwa dłużnika. Ten cel jest jasno wypowiedziany w Uzasadnieniu do projektu ustawy: „celem postępowania sanacyjnego jest uratowanie przedsiębiorstwa dłużnika choćby w ograniczonym zakresie”⁶⁷. Takie określenie zakładanego przez ustawodawcę celu powoduje, że zarządca podejmując działania dozwolone przepisem art. 317 PrRest, nawet jeśli będą one nieść za sobą duże koszty społeczne, będzie działać zgodnie z celem ustawy. Dojdzie więc do sytuacji, gdzie ochrona słusznym interesów pracowników zejdzie na dalszy plan. Będzie to konsekwencją jasnego wskazania przez ustawodawcę celu jaki uznaje on za priorytetowy. W momencie gdy będzie mieć miejsce kolizja sprzecznych wartości, a więc z jednej strony poprawa sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa, a z drugiej strony ochrona słusznym praw pracowniczych, to jedynym właściwym rozwiązaniem przez podmiot stosujący prawo będzie danie prymatu pierwszej z wymienionych wartości. Warto podkreślić, że wprowadzenie przez ustawodawcę zapisu o poszanowaniu słusznym interesów pracowniczych do tekstu aktu prawnego spowodowałoby odmienną optykę zagadnienia. W takim przypadku organ stosujący prawo powinien dążyć do uwzględnienia obu sprzecznych interesów jednocześnie w możliwie najwyższym stopniu, czyli współstosować je w zakresie, w jakim to jest możliwe.

Wprowadzenie przez ustawodawcę celu nadrzędnego postępowania, a więc przywrócenia przedsiębiorcy zdolności do długookresowego konkurencji na rynku, spowoduje, że interesy pracowników zostają ograniczone i podporządkowane temu celowi. Jednakże tak daleko idące ograniczenie tych praw powinno być powiązane z mechanizmem kontroli sądowej, która w przypadku spełnienia warunków wskazanych w art. 317 PrRest może mieć wymiar czysto iluzoryczny.

W Uzasadnieniu do projektu ustawy zostało wskazane, że „każda redukcja zatrudnienia będzie miała na celu nie tylko uratowanie samego przedsiębiorstwa, ale również ochronę pozostałych zatrudnionych. Każde zatem udane postępowanie sanacyjne obejmujące przedsiębiorstwo,

67 Uzasadnienie..., op. cit., s. 57.

w którym zatrudnieni są pracownicy, będzie prowadziło do ograniczenia skali zwolnień⁶⁸, ale nie można przejść obojętnie nad tym, że zmiany w obrębie zatrudnienia w sposób istotny wpływają na stosunki społeczne i gospodarcze i powodują szereg istotnych konsekwencji, nie tylko dla gospodarstw domowych i stosunków rodzinnych, ale także dla gospodarki i finansów państwa.

Należy zauważyć, że jedną z podstawowych zasad prawa pracy jest ochrona słabszej strony stosunku pracy, a więc pracownika. Aksjologicznym uzasadnieniem dla tej zasady, przyjmowanej powszechnie w całym prawodawstwie europejskim, jest utrzymanie pokoju społecznego, ochrona godności pracownika oraz zasady sprawiedliwości społecznej⁶⁹. W literaturze prawa pracy podkreśla się, że ochrona stosunku pracy, pomimo dynamicznych i wieloaspektowych zmian zachodzących w gospodarce rynkowej, stanowi społecznie akceptowany standard w większości krajów⁷⁰.

Wydaje się więc, że unormowanie zawarte w art. 317 PrRest, z przyczyn powyżej wskazanych, stanowi naruszenie zasad równowagi pomiędzy ochroną praw pracownika a celem wynikającym z dążenia do uratowania przedsiębiorstwa, a ponadto powoduje, że jego zastosowanie może spowodować kolizję norm prawnych, które wynikają z art. 317 PrRest oraz przepisów upoważniających sędziego-komisarza do dokonywania czynności nadzorczych wobec zarządcy.

Analizując rolę zarządcy w sprawach wynikających z art. 300 PrRest, należy w pierwszej kolejności ustalić, kto posiada kompetencje do podejmowania działań w zakresie czynności z zakresu prawa pracy. Zgodnie z art. 288 ust. 3 PrRest sąd może zezwolić dłużnikowi, aby dokonywał działań względem przedsiębiorstwa w zakresie nieprzekraczającym zwykłego zarządu. Na kanwie tego uregulowania może się pojawić wątpliwość czy organem właściwym w sprawach podejmowania działań w zakresie restrukturyzacji zatrudnienia jest dłużnik czy też zarządca. Innymi słowy, należy ustalić, czy stosunki z zakresu prawa pracy mieszczą się w pojęciu zwykły zarząd, czy też wykraczają poza pojęcie zwykłego zarządu? Natomiast w przypadku odebrania zarządu przedsiębiorstwem dłużnikowi i przekazania go zarządcy⁷¹ bezspornym jest, że to zarządca dokonuje czynności z zakresu prawa pracy.

Pomijając rozważania teoretyczne na temat relacji pojęć „czynności zwykłego zarządu” i „czynności przekraczające zwykły zarząd”, gdyż pozostają one poza tematem niniejszego opracowania, należy wskazać, że poglądy doktryny i judykatury oparte na przepisach PrUpN pozwalają na uznanie

68 Ibidem.

69 A. Rycak, *Powszechna ochrona trwałości stosunku pracy*, Warszawa 2013, s. 401 i n.

70 Ibidem, s. 408 i n.

71 Art. 291 ust. 1 PrRest.

stosunków z zakresu prawa pracy jako działań przekraczających pojęcie zwykłego zarządu⁷². Feliks Zedler pisze, że

„czynnościami zwykłego zarządu są czynności zmierzające do utrzymania majątku zarządzanego w dotychczasowym stanie. Są to czynności związane z normalną eksploatacją i normalnym pobieraniem pożytków. Wszelkie zaś czynności przekraczające ten zakres są czynnościami przekraczającymi zakres zwykłego zarządu. W razie wątpliwości co do charakteru czynności zarządu należy przyjąć, że dana czynność jest czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu (zob. E. Gniewek, s. 136 i n.). Należy jednak zaznaczyć, iż określenia rodzaju czynności zarządu nie można odrywać od zarządzanego majątku, jego rodzaju i wielkości. W konkretnym więc wypadku ta sama czynność prawna może być czynnością zwykłego zarządu, w innym zaś wypadku może być czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu (por. S. Rudnicki (w:) *Komentarz k.c. Część ogólna. Księga II*, s. 202). Dlatego też każdorazowo, w zależności od wielkości i charakteru majątku zarządzanego przez upadłego, badać należy, czy dana czynność jest związana z normalną eksploatacją i normalnym pobieraniem pożytków, a tym samym, czy jest czynnością zwykłego zarządu czy też czynnością przekraczającą ten zakres⁷³.”

Powyższe stanowisko przemawia za tym, by w przypadku pozostawienia dłużnikowi prawa zwykłego zarządu przedsiębiorstwem, sprawy dotyczące restrukturyzacji zatrudnienia umieścić w pojęciu czynności przekraczających zwykły zarząd, a co za tym idzie, za podmiot właściwy do ich dokonywania uznać zarządcę. Restrukturyzacja stosunków pracy jest istotnym elementem postępowania sanacyjnego stąd też nie można uznać dokonywanych w ich zakresie działań jako czynności zwykłego zarządu.

Nie wyklucza to oczywiście sytuacji, w której zarządca dokonując restrukturyzacji zatrudnienia będzie czynić to w uzgodnieniu z dłużnikiem, i to zarówno w sytuacjach, gdy dłużnikowi został odebrany zarząd zakładem pracy, jak i gdy został mu on pozostawiony. Będzie to jednak uzależnione od woli zarządcy i na ogół będzie związane z odpowiedzialną postawą dłużnika podlegającego działaniom naprawczym w ramach postępowania sanacyjnego.

72 Zob. np.: Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 31 stycznia 2013 roku, V ACz 83/13, LEX nr 1267293; F. Zedler w: A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2011, LEX/el.

73 A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe...*, op. cit., LEX/el.

Niezależnie od wątpliwości dotyczących regulacji zawartej w art. 300 PrRest, która stwierdza, że otwarcie postępowania sanacyjnego uchyla ochronę trwałości pracy, należy wskazać, że możliwa restrukturyzacja zatrudnienia może polegać na rozwiązaniu stosunku pracy ze wszystkimi lub niektórymi pracownikami, albo też na zmianie warunków ich pracy i płacy lub nawiązaniu stosunku pracy z nowymi pracownikami.

Jak pisze Wojciech Osowski: „Zwolnienia i zmiana warunków w zasadzie wyczerpują możliwości restrukturyzacyjne, znaczenie trzeciego rodzaju czynności-zatrudnienia jest, oczywiście, niewielkie, lecz można sobie wyobrazić sytuację, w której zatrudnienie nowych pracowników pozwala rozwinać jakiś nowy rodzaj działalności umożliwiający przedsiębiorcy-pracodawcy poprawę kondycji ekonomicznej. Służyć temu może również zastąpienie dotychczasowych pracowników innymi, np. lepiej kwalifikowanymi”⁷⁴. Nie jest więc wykluczona sytuacja, w której zarządca, w ramach swoich ustawowych uprawnień, zatrudniania nowych pracowników, mając na względzie poprawę sytuacji ekonomicznej przedsiębiorstwa. Należy jednak zauważyć, że to uprawnienie może zostać wykorzystane do pozbycia się niechcianych pracowników i zatrudnienia w ich miejsce nowych, o czym była mowa już wcześniej.

Zarządca chcąc dokonać restrukturyzacji zatrudnienia poprzez zwolnienia pracowników ma w istocie dwie możliwości – będzie to albo zwolnienie za porozumieniem stron, albo też zwolnienie pracownika za wypowiedzeniem. Ustawodawca nie wyposażył zarządcę w mechanizm prawny, który pozwalałby mu na rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia (poza sytuacjami wynikającymi z art. 52 i 53 KP), gdyż jak wskazuje Ludwik Florek, restrukturyzacja pracodawcy „uzasadnia wypowiedzenie umowy o pracę wszystkim pracownikom, w tym także szczególnie chronionym, nie uzasadnia natomiast rozwiązania natychmiastowego. Nie ma więc powodu, aby w razie wystąpienia jednej z tych sytuacji uchylać ochronę przed rozwiązaniem natychmiastowym”⁷⁵.

Podobnie będzie kształtować się sytuacja w przypadku wypowiedzenia warunków pracy i płacy, gdyż, zgodnie z art. 42 §1 KP, przepisy o wypowiedzeniu umowy o pracę stosuje się odpowiednio do wypowiedzenia wynikających z umowy warunków pracy i płacy. Na możliwość dokonywania przez zarządcę wypowiedzeń zmieniających wskazuje art. 163 ust. 1 PrRest, stanowiący, że „warunki restrukturyzacji zobowiązań ze stosunku pracy nie mogą pozbawiać pracowników minimalnego wynagrodzenia za pracę”. Powyższy zapis jednoznacznie wskazuje na możliwość podejmowanie przez

74 W. Osowski, *Restrukturyzacja zatrudnienia w postępowaniu naprawczym przez rozwiązanie i zmianę umów o pracę*, [w:] *Instytucje prawa upadłościowego i naprawczego*, red. A. Witosz, Katowice 2006, s. 169.

75 L. Florek, *Kodeks pracy...*, op. cit., s. 239.

zarządcę działań polegających na zmniejszeniu wynagrodzeń za pracę pracownikom przedsiębiorstwa dłużnika.

Przy tej okazji warto zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2007 roku⁷⁶, w którym Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że ustawę o zwolnieniach grupowych stosuje się także do wypowiedzenia zmieniającego. Nie sposób zgodzić się z tym poglądem, gdyż wypowiedzenie umowy o pracę odnosi się zawsze do definitywnego rozwiązania stosunku pracy, zaś wypowiedzenie zmieniające ma na celu zmianę istotnych warunków pracy lub płacy, a przekształca się w wypowiedzenie definitywne tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy pracownik nie wyraża zgody na nowe warunki pracy i płacy. W innym wyroku⁷⁷ Sąd Najwyższy, pochylając się z uwagą nad argumentami zawartymi w przywołanym orzeczeniu Sądu Najwyższego, przeprowadził krytykę zawartego tam rozumowania. Píše Sąd w uzasadnieniu wyroku, że „trzeba odnotować liczne głosy krytyczne. W głosie do wyroku (Monitor Prawniczy, 2009 nr 17, s. 961) W. Cajselski zauważa, że przeciwko prezentowanemu przez Sąd Najwyższy stanowisku przemawia wykładnia gramatyczna art. 42 k.p. oraz art. 1 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, a także wykładnia teleologiczna tych przepisów (cele do osiągnięcia przez przedmiotowe regulacje są całkowicie odmienne)”⁷⁸.

Rozwiązanie umowy o pracę za porozumieniem stron w sytuacji działań restrukturyzacyjnych w obszarze zatrudnienia jawi się jako sposób najprostszy i bezkonfliktowy. Rozwiązując w ten sposób umowę pracownik i pracodawca decydują wspólnie nie tylko o samym rozwiązaniu umowy o pracę, ale również o warunkach tego rozwiązania. W związku z faktem, że regulacja tej czynności prawnej w KP jest lakoniczna, zachodzi często potrzeba posiłkowego stosowania przepisów Kodeksu cywilnego o składaniu oświadczeń woli i zawieraniu umów⁷⁹. W piśmiennictwie wskazuje się, że „choć ofertowy tryb zawierania porozumień rozwiązujących jest najbardziej rozpowszechniony, nie można wykluczyć również zawarcia takiego porozumienia w wyniku negocjacji. Wówczas, zgodnie z art. 72 k.c., umowa rozwiązująca stosunek pracy dochodzi do skutku, jeśli strony zgodzą się co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem negocjacji. W literaturze zwraca się uwagę na to, że rokowania mogą być intencjonalne zwłaszcza wtedy, gdy ich celem jest nie tylko zawarcie porozumienia o rozwiązaniu stosunku pracy, ale również uzgodnienie istotnych dla stron postanowień dotyczących warunków

76 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2007 roku, III BP 5/07, OSNP 2008/13-14/188.

77 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2011 roku, III PK 14/11, OSNP 2012/21-22/256.

78 Ibidem.

79 Z. Góral, *Kodeks Pracy...*, op. cit., LEX/el.

zakończenia zatrudnienia, przy czym zdarza się, że tryb ofertowy przechodzi w rokowania na skutek składania kolejnych kontrofert⁸⁰.

Dokonując restrukturyzacji zatrudnienia poprzez zwolnienia pracowników zarządca wypowiedzi umowy o pracę, zachowując przy tym odpowiednie przepisy prawa pracy dotyczące wypowiedzeń. Wypowiedzenie umowy o pracę przez zarządcę wymaga formy pisemnej, zaś przesłanką zgodności z prawem oświadczenia woli o rozwiązaniu umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony jest wskazanie przyczyny wypowiedzenia⁸¹.

Odmienne będzie ukształtowanie sytuacji zarządcy, w sytuacji gdy przedsiębiorstwo liczy poniżej 20 pracowników, odmiennie zaś w przypadku, gdy zakład pracy liczy 20 lub więcej pracowników.

Gdy zakład pracy liczy mniej niż 20 pracowników, to wypowiedzenie umowy o pracę przez zarządcę odbywa się na ogólnych zasadach, niezależnie od przyczyny wypowiedzenia i liczby zwalnianych pracowników, z uchyleciem ochrony trwałości stosunku pracy wskazanym w art. 300 PrRest. Oznacza to w szczególności, że nie jest on zobligowany do prowadzenia konsultacji w celu zawarcia porozumienia ani do wydania regulaminu⁸², a jedynie zobowiązany do indywidualnych konsultacji z zakładową organizacją związkową w sytuacjach, gdy są one wymagane⁸³. Zasadność wypowiedzenia jest oceniana wyłącznie na podstawie art. 45 § 1 KP.

Natomiast w przypadku dokonywania przez zarządcę zwolnień pracowników w zakładzie pracy zatrudniającym co najmniej 20 osób w ramach zwolnień grupowych⁸⁴ lub też zwolnień indywidualnych w razie konieczności rozwiązania przez pracodawcę zatrudniającego co najmniej 20 pracowników stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników uregulowanych w art. 10 tej ustawy, będą miały zastosowanie przepisy ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników.

80 Ibidem.

81 Ibidem.

82 Art. 2 i 3 ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników.

83 Np. zwolnienie pracownicy w ciąży lub w okresie urlopu macierzyńskiego wymaga uzgodnienia terminu z reprezentującą ją zakładową organizacją związkową – art. 177 KP.

84 Liczba pracowników zwalnianych w ramach zwolnień grupowych wynika z art. 1 ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników.

Realizując czynności z zakresu prawa pracy zarządca może zatrudniać nowych pracowników, co zostało już powyżej zasygnalizowane. Dokonując zmian personalnych w restrukturyzowanym zakładzie pracy zarządca może zatrudniać nowych pracowników w miejsce osób zwalnianych. Taka sytuacja może jednak rodzić zagrożenie w postaci składania przez osoby zwalniane pozwów sądowych do sądu pracy. O ile z punktu widzenia interesów pracowników taka możliwość może zapobiegać sytuacji, gdy postępowanie sanacyjne będzie wykorzystywane do pozbycia się niechcianych pracowników, na ogół podlegających szczególnej ochronie przed zwolnieniem, i zatrudnieniu w ich miejsce nowych pracowników, o czym już była mowa, o tyle w sytuacji wątpliwego lub też niezgodnego z prawem rozwiązania umowy z pracownikiem może dojść do sytuacji, w której sąd zasądzi przywrócenie pracownika do pracy, co może spowodować negatywne skutki dla procesu restrukturyzacyjnego w zakresie zatrudnienia. W przypadkach bowiem przywrócenia do pracy pracowników, których ilość będzie stanowiła znaczny procent załogi, dojdzie do tego, że zakład pracy, który chciał dokonać restrukturyzacji zatrudnienia, będzie zmuszony, nawet jeśli będzie to działanie okresowe, do zatrudniania zwiększonej liczby pracowników, tj. osób nowozatrudnionych oraz przywróconych do pracy. Takie okoliczności mogą doprowadzić w konsekwencji do pogłębienia się problemów finansowych przedsiębiorstwa, a w wielu przypadkach mogą skutkować upadłością zakładu pracy.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 16 października 1992 roku:

„Należy jednak uznać, że w pewnym zakresie sądy pracy mogą dla oceny czy likwidacja stanowiska pracy była autentyczna, badać celowość i zasadność jej dokonania. Oczywiście lub znana kierownictwu zakładu sprzeczność zmian organizacyjnych z uzasadnionym interesem zakładu pracy przemawia za przyjęciem, że zmiany te w rzeczywistości realizowały inny cel niż reorganizację zakładu (np. zwolnienie z pracy niewygodnego pracownika)”⁸⁵.

Podkreślić należy, że orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje na utrwalony pogląd orzeczniczy, w myśl którego, w przypadku wątpliwego pod względem prawnym lub też niezgodnego z prawem zwolnienia pracownika w sytuacji prowadzenia postępowania upadłościowego lub restrukturyzacyjnego, pracownikowi przysługuje prawo do przywrócenia do pracy⁸⁶.

Co prawda, przepis art. 45§2 KP pozwala sądowi nie uwzględnić zgłoszonego żądania przywrócenia do pracy i w to miejsce orzec o odszkodowaniu, ale tylko w sytuacji, gdy przywrócenie do pracy byłoby niemożliwe

85 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 1992 roku, I PRN 40/92, LEX nr 14962.

86 Zamiast wielu: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2012 roku, II PK 268/11, LEX nr 1219433, i przywoływane tam orzecznictwo.

lub niecelowe. Zwrot „jeżeli ustali” użyty w tym artykule, wskazuje, że zasądzenie innego roszczenia niż wybrane przez pracownika wymaga przekonującego wykazania, że przywrócenie go do pracy byłoby niemożliwe lub niecelowe⁸⁷. W sytuacji przeprowadzania restrukturyzacji zakładu pracy, a więc w momencie istnienia i funkcjonowania przedsiębiorcy na rynku, byłoby to wysoce mało prawdopodobne.

Powyżej opisane zagrożenie potwierdza wcześniej już zasygnalizowaną kwestię, że w analizowanej ustawie powinny znaleźć się mechanizmy, które rygorystycznie ograniczałyby możliwości zatrudniania nowych pracowników w miejsce osób zwalnianych.

O ile bowiem sytuacja, w której zatrudnia się nowych pracowników, gdy zarządca nie przeprowadza procesu zwalniania dotychczas zatrudnionych osób, albo też zatrudnia pracowników, w sytuacji gdy przeprowadza się zwolnienia w zakładzie pracy, natomiast potrzeba zatrudnienia nowych pracowników wynika z konieczności przeprofilowania działalności przedsiębiorstwa, nie będzie przesłanką wspomnianych powyżej zagrożeń, o tyle może pojawić się zagrożenie, że przepis ustawy zostanie wykorzystany do pozbycia się niechcianych pracowników.

Należy jeszcze raz podkreślić, że norma art. 300 PrRest, nie zwalnia zarządcy od dokonywania zwolnień, zgodnie z przepisami KP⁸⁸, w tym podania przyczyny wypowiedzenia co do umów zawartych na czas nieokreślony.

Warto także dodać, że obowiązek wskazania pracownikowi w oświadczeniu pracodawcy przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie umowy o pracę dotyczy także wypowiedzenia dokonanego na podstawie ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników⁸⁹.

Działania zarządcy w odniesieniu do stosunków z zakresu prawa pracy nie ograniczają się jednak tylko do kwestii wynikających z art. 300 PrRest.

Przed wszystkim należy zauważyć, że zgodnie z ukształtowaną już pod rządami poprzedniej ustawy linią orzecniczą, zarządca jest uprawniony i zobowiązany do dokonywania wszelkich czynności prawnych z zakresu prawa pracy w stosunku do pracowników zarządzanego przedsiębiorstwa⁹⁰. Stanowisko w tej kwestii wyraził Sąd Najwyższy, stwierdzając, że zarządzający

87 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2015 roku, III PK 81/14, LEX nr 1654746.

88 Z. Góral, *Kodeks Pracy...*, op. cit., LEX/el.

89 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1999 r., I PKN 246/99, OSNAPiUS 2001, nr 1, poz. 9.

90 Zob. np.: Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1994 r. I PZP 5/94, OSNP 1994, nr 1, poz. 4; Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 2002 roku, I PKN 171/01, OSNP 2004/7/121.

przedsiębiorstwem przejmuje obowiązki i uprawnienia pracodawcy wynikające zarówno z Kodeksu pracy, jak i z innych przepisów regulujących prawa i obowiązki pracodawców i pracowników⁹¹. W uzasadnieniu wyroku Sąd Najwyższy jasno przedstawia kwestię jakie są argumenty, wskazujące na zarządcę⁹² jako podmiot właściwy do podejmowania czynności z zakresu prawa pracy. Sąd uzasadnia, że „bezzasadne jest kwestionowanie przez skarżącego kompetencji syndyka masy upadłości upadłego pracodawcy do podejmowania czynności z zakresu prawa pracy tylko dlatego, że nadal funkcjonują organy upadłej Spółki. W tym zakresie Sąd Najwyższy nie podziela koncepcji Sądu Okręgowego, że syndyk masy upadłości jest „jedynie urzędnikiem sądowym i nie ma statusu organu spółki”, jeżeli nadal funkcjonują organy upadłego, które na skutek ogłoszenia upadłości tracą przecież z mocy samego prawa zarząd majątkiem upadłego, a w konsekwencji nie mogą dokonywać jakichkolwiek czynności prawnych i faktycznych dotyczących majątku stanowiącego masę upadłości (art. 20 ust. 1 Prawa upadłościowego). Syndyk, który obejmuje z mocy prawa majątek upadłego, zarządza tym majątkiem i przeprowadza jego likwidację (art. 90 Prawa upadłościowego), kontynuując działalność upadłego pracodawcy, staje się jego organem zarządzającym, a przeto z mocy samego prawa uzyskuje status podmiotu dokonującego za pracodawcę w upadłości czynności w sprawach z zakresu prawa pracy w rozumieniu art. 3¹ k.p. Oznacza to, że czynności nadal funkcjonujących organów upadłego, dotyczące majątku wchodzącego w skład masy upadłości, dokonane po ogłoszeniu upadłości nie mają skutków prawnych w stosunku do masy upadłości (art. 20 i 24 Prawa upadłościowego w opozycji do art. 203 Kodeksu handlowego), a każde postępowanie dotyczące mienia wchodzącego w skład masy upadłości, w tym postępowanie w sprawach z zakresu prawa pracy, może być wszczęte i dalej prowadzone jedynie przeciwko syndykowi (art. 60 tego Prawa). Nie powinno zatem podlegać kwestii, że syndyk masy upadłości jako organ zarządzający majątkiem upadłego pracodawcy (art. 90 Prawa upadłościowego) jest z mocy art. 3¹ k.p. organem zarządzającym pracodawcy w upadłości i podmiotem uprawnionym do dokonywania czynności w sprawach pracowniczych, który w szczególności rozwiązuje stosunki pracy na zasadach przewidzianych w Kodeksie pracy lub w szczególnych przepisach prawa pracy (np. art. 7a ustawy z dnia 28 grudnia 1989 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn

91 Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 1994 r. I PZP 5/94, OSNP 1994, nr 1, poz. 4.

92 Sąd w wyroku odnosi się do syndyka, gdyż orzeczenie dotyczy stanu prawnego regulowanego przepisami PrUpN. Natomiast zgodnie z normą art. 300 PrRest uprawnienia syndyka na gruncie postępowania sanacyjnego wykonuje zarządca.

dotyczących zakładu pracy oraz o zmianie niektórych ustaw, Dz. U. z 1990 r. Nr 4, poz. 19 ze zm.)⁹³.

Nie ulega wątpliwości, że powyższa myśl jest również aktualna w obecnym stanie prawnym.

Tak więc zgodnie z art. 3¹ KP w związku z art. 300 PrRest uznać trzeba, że zarządca jest osobą zarządzającą danym przedsiębiorcą zamiast pozbawionego zarządu pracodawcy i z tego tytułu wykonuje czynności w sprawach z zakresu prawa pracy⁹⁴. Tytułem prawnym dającym zarządcy prawo działania również w sprawach z zakresu prawa pracy jest postanowienie sądu o powołaniu zarządcy⁹⁵.

Co prawda w literaturze przedmiotu istnieje rozbieżność, czy zarządca jest organem zarządzającym, osobą zarządzającą lub inną wyznaczoną osobą zgodnie z brzmieniem art. 3¹ KP, to jednak w orzecznictwie i literaturze panuje zgodność, że zarządcy przysługują uprawnienia osoby zarządzającej zakładem pracy w rozumieniu art. 3¹ KP⁹⁶.

Pochylając się nad zagadnieniem roli zarządcy w rozumieniu art. 3¹ KP, należy w pierwszej kolejności odrzucić tezę o statusie zarządcy jako organu zarządzającego jednostką organizacyjną. Wszczęcie postępowania sanacyjnego nie powoduje bowiem skutku wygaśnięcia mandatu dotychczasowych organów jednostki organizacyjnej. Istnieją one nadal i zachowują prawo działania w niektórych aspektach, jak chociażby sprawy niemajątkowe czy też mienie niewchodzące w skład masy sanacyjnej. Tak więc organy zakładu pracy nadal istnieją, natomiast możliwość zarządzania majątkiem jest ograniczona do czynności zwykłego zarządu lub też odebrana całkowicie i przekazana do wyłącznej kompetencji zarządcy.

Podobnie odrzucić należy pogląd o statusie zarządcy jako osoby wyznaczonej do dokonywania czynności w myśl art. 3¹ KP. Jak wskazuje Artur Tomanek, pierwszorzędne znaczenie należy przypisać faktowi powierzenia zarządcy zarządu nad zakładem pracy, aniżeli wywodzenie jego umocowania

93 Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 czerwca 2002 roku, I PKN 171/01, OSNP 2004/7/121. Powyższy wyrok jest argumentem przywołanym na pogląd, że stosunki z zakresu prawa pracy mieszczą się w pojęciu czynności przekraczających zwykły zarząd. Co do uznania syndyka (zarządcy) za organ w rozumieniu art. 3¹ KP, w doktrynie istnieje spór, co zostanie w dalszej części pracy omówione.

94 Por.: P. Kirczuk-Antończak, *Czynności syndyka w sprawach z zakresu prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” nr 1, 2001, s. 13.

95 Art. 51 ust. 1 PrRest.

96 A. Tomanek, *Stosunki pracy...*, op. cit., s. 108 i n. Autor w swojej pracy wskazuje, że uwagi dot. syndyka należy odnosić również do zarządcy, s. 107.

z aktu wyznaczenia, o którym mowa w art. 3¹ KP, skoro przepis ten mówi o wyznaczeniu osoby innej niż organ lub osoba zarządzająca⁹⁷.

Wykładnia gramatyczna i funkcjonalna art. 3¹ KP przemawia za przyznaniem zarządcy statusu osoby zarządzającej daną jednostką organizacyjną. Skoro bowiem zarządca niezwłocznie po wydaniu przez sąd postanowienia o jego powołaniu obejmuje w zarząd majątek dłużnika⁹⁸, to trudno uznać, że z pojęcia tego są wyłączone czynności z zakresu prawa pracy.

Skoro więc zarządca jest osobą zarządzającą zakładem pracy, a więc uprawnionym i zobowiązanym do dokonywania czynności z zakresu prawa pracy, to podejmuje wszystkie przewidziane prawem działania w tym przedmiocie. Natomiast trzeba wyraźnie podkreślić, że zarządca nie jest pracodawcą dla pracowników zarządzanego przedsiębiorcy, jest on wyłącznie podmiotem dokonującym czynności prawnych z zakresu prawa pracy.

Należy zaaprobować pogląd, że zarządca posiada kompetencje do dokonywania wszelkich czynności z zakresu prawa pracy, w tym zbiorowego prawa pracy⁹⁹. Zarządca więc posiada pełen zakres kompetencji przysługujący pracodawcy, poza faktem bycia pracodawcą. Jedynym przykładem ograniczenia możliwości działania zarządcy będą polecenia lub zakazy pochodzące od podmiotów sprawujących nadzór nad działalnością zarządcy, a więc przede wszystkim od organów sądowych postępowania, ale również w pewnym zakresie od rady wierzycieli¹⁰⁰.

Zagadnieniem wymagającym analizy będzie jednak problem, czy w przypadku działań naruszających polecenia zarządcze dojdzie do przekroczenia uprawnień, które będzie miało charakter wewnętrznego stosunku organizacyjnego, czy też do nieważności czynności prawnej?

Część doktryny stoi na stanowisku, że przekroczenie określonego zakazu lub nakazu wydanego w „wewnętrznym” stosunku prawnym łączącym organy sądowe postępowania sanacyjnego i zarządcę lub radę wierzycieli i zarządcę, nie wpłynie na ważność stosunku „zewnętrznego” zawiązanego pomiędzy zarządcą wykonującym czynności z zakresu prawa pracy i będącego osobą zarządzającą zakładem pracy a drugą stroną, a więc pracowniczym kontrahentem¹⁰¹. Pogląd ten jednak nie może zasługiwać na akceptację.

97 Ibidem, s. 110.

98 Art. 51 ust. 1 i art. 52 ust. 1 PrRest.

99 Por.: A. Tomanek, *Stosunki pracy...*, op. cit., s. 138 i n; Z. Góral, *Podmioty uprawnione do dokonywania czynności z zakresu zbiorowego prawa pracy w razie upadłości pracodawcy*, [w:] *Układy zbiorowe pracy. W stulecie urodzin profesora Wacława Szuberta*, red. Z. Góral, Warszawa 2013, LEX 2013.

100 Art.. 128 PrRest w zw. z art. 129 PrRest.

101 A. Tomanek, *Stosunki pracy...*, op. cit., s. 139.

Wydaje się właściwą opinią, że dokonanie czynności prawnej wbrew wydanemu poleceniu zarządczemu będzie stanowiło naruszenie uprawnień zarządcy, a w konsekwencji będzie skutkowało nieważnością czynności prawnej. Powyższy pogląd przeważa w doktrynie i orzecznictwie i bierze swój początek już w przedwojennych unormowaniach dotyczących prawa upadłościowego i układowego¹⁰².

Poza powyżej przedstawionymi dwoma koncepcjami, pojawiają się również pojedyncze głosy uzależniające ważność czynności prawnej dokonanej wbrew poleceniu zarządczemu od potwierdzenia właściwego organu, a więc uznające ją za czynność prawną kulejącą (*negotium claudicans*)¹⁰³. Wykładnia przepisów prawa restrukturyzacyjnego nie upoważnia jednak do wyciągnięcia takiego wniosku.

Należy zauważyć, że w odniesieniu do czynności zarządcy z zakresu prawa pracy przepisy ustawy jednoznacznie przesądzają, po dokonaniu procesu ich wykładni, że działanie wbrew poleceniom nadzorczym będzie stanowiło o nieważności czynności prawnej. Art. 19 PrRest wskazuje, że sędzia-komisarz oznacza czynności, których wykonywanie przez zarządcę jest niedopuszczalne bez jego zezwolenia lub bez zezwolenia rady wierzycieli. Skoro ustawodawca wyposażył sędziego-komisarza w uprawnienie do oznaczania czynności, których zarządca nie może dokonać bez jego zezwolenia lub zezwolenia rady wierzycieli, to należy przyjąć, że brak takiej zgody będzie skutkować nieważnością takiej czynności. Trudno uznać za właściwą koncepcję, że sędzia-komisarz wskazuje na czynność, której dokonanie wymaga zgody jego lub rady wierzycieli, następnie zaś, bez uzyskania takiej zgody, zarządca dokonuje takiej czynności i żąda następczego potwierdzenia jej. Jeśli bowiem sędzia-komisarz ustalił, że danej czynności nie wolno dokonać bez zgody wskazanego organu, to jej dokonanie stanowi przekroczenie uprawnień, a więc dana czynność prawna będzie nieważna.

Podobnie należy ocenić zapis art. 315 ust. 2 PrRest, stwierdzający, że „sędzia-komisarz może wydać zakaz wdrażania niektórych działań przewidzianych w planie restrukturyzacyjnym”. Dokonanie czynności prawnej przez podmiot nie posiadający kompetencji do jej dokonania stanowi przyczynę nieważności czynności prawnej¹⁰⁴.

O nieważności czynności prawnej może również świadczyć fakt, że zarządca realizuje plan restrukturyzacyjny po zatwierdzeniu go przez

102 Por.: P. Brożek, *Wybrane aspekty odpowiedzialności karnej syndyka*, „Prokuratura i Prawo” nr 11, 2005, s. 79 i przywoływana tam literatura.

103 Por.: R. Adamus, *Pojęcie „zwykły zarząd” w art. 76 ust. 3 Prawa upadłościowego i naprawczego*, „Przeгляд Sądowy” nr 4, 2011, s. 128.

104 A. Janiak w: A. Kidyba, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, t. I, wyd. 2, Warszawa 2012, s. 350.

sędziego-komisarza¹⁰⁵, zaś w przypadku czynności dokonanych na mocy art. 317 PrRest, a więc przed zatwierdzeniem planu restrukturyzacyjnego, zarządca ma obowiązek poinformowania o zamiarze podjęcia takich działań, natomiast sędzia-komisarz może wydać zakaz w tym przedmiocie. Tak więc również w tym przypadku nie można stawiać tezy o możliwości zakwalifikowania tego jako czynności prawnej kulejącej.

Tak więc, co do czynności z zakresu prawa pracy dokonanych przez zarządcę wbrew poleceniu nadzorcemu należy uznać, że ich podjęcie będzie wiązało się z nieważnością danej czynności, zaś w stosunku do zarządcy ich konsekwencją może być konieczność poniesienia odpowiedzialności odszkodowawczej, a w przypadku spełnienia ustawowych przesłanek, również odpowiedzialności karnej.

105 Art. 316 PrRest.



AUTORZY

Noty o autorach

Grzegorz Kamiński – absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego; obecnie jest doktorantem w Zakładzie Postępowania Cywilnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, gdzie pisze pracę doktorską z zakresu postępowania cywilnego pod kierunkiem prof. dr hab. Izabelli Gil. Jego zainteresowania naukowe koncentrują się wokół prawa spółek handlowych, prawa upadłościowego, restrukturyzacyjnego, indywidualnego i zbiorowego prawa pracy oraz postępowania cywilnego.

Lech Morawski – profesor nauk prawnych. Sędzia Trybunału Konstytucyjnego. Specjalista w zakresie teorii państwa i prawa oraz filozofii prawa. Członek m. in. International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Rady Naukowej Spółdzielczego Instytutu Naukowego. Redaktor naczelny kwartalnika „Prawo i Więź”. Autor kilkudziesięciu rozpraw naukowych, m. in. *Podstawy filozofii prawa, Zasady wykładni prawa, Co może dać nauce prawa postmodernizm*.

Katarzyna Tomaszewska – doktor nauk prawnych, adiunkt w Centrum Badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Wykonawca w projektach badawczych o charakterze krajowym i międzynarodowym. Autorka licznych publikacji z zakresu prawa konstytucyjnego i administracyjnego. Jej zainteresowania badawcze dotyczą szeroko rozumianej problematyki realizacji powszechnego prawa do informacji, prawa do prywatności, ochrony danych osobowych również w powiązaniu z aspektami komunikacji elektronicznej.

Izabela Urbaniak-Mastalerz – doktorantka w Katedrze Postępowania Karnego Wydziału Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, gdzie pod kierunkiem prof. dr hab. Cezarego Kuleszy pisze doktorat na temat przyczyn odwoławczych. Aplikant adwokacki III roku przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Częstochowie pod patronatem wicedziekana adw. J. Bilskiego. Autorka kilkunastu publikacji w tym artykułów i opracowań zbiorowych. Jej zainteresowania naukowe oscylują wokół postępowania odwoławczego w procesie karnym i cywilnym.

Karolina Walancik-Ryba – absolwentka studiów prawniczych na Uniwersytecie Śląskim w Katowicach i studiów doktoranckich na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim Jana Pawła II (rozprawa doktorska na temat systemu pieczy zastępczej w Polsce pod kierunkiem prof. dr. hab. Henryka Ciocha). Od 2009 roku asystent sędziego w Sądzie Rejonowym Katowice-Wschód w Katowicach w Wydziale II Cywilnym Nieprocesowym. Autorka szeregu publikacji na tematy związane z instytucją małżeństwa oraz rodziny. Jej zainteresowania dotyczą w szczególności: prawa rodzinnego i opiekuńczego oraz prawa spadkowego.

