

**KWARTALNIK PRAWO-
SPOŁECZEŃSTWO-EKONOMIA**

1/2017

Kwartalnik Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia

NR 1/2017

ISSN 2392-1838

Czasopismo stanowi kontynuację Przeglądu Prawniczego, Ekonomicznego i Społecznego (ISSN 2084-0403)

Redaktor naczelny
Mikołaj Kondej

Z-cy redaktora naczelnego:
Katarzyna Mroczek, Anna Wilińska-Zelek, Juliusz Iwanicki, Maria Jędrzejczak

Redakcja:
Beata Krystkowiak, Sylwia Chudy, Norbert Delestowicz

Projekt okładki:
Stanisław Wiertelak

Redakcja:
Redakcja Kwartalnika Prawo-Społeczeństwo-Ekonomia
Zakręt 10/1
60-351 Poznań

Wydawca:
Stowarzyszenie Mage.pl
Zakręt 10/1
60-351 Poznań

Druk i oprawa:
CONTACT
60-801 Poznań, ul. Marcelińska 18
tel. +48 61 861 57 99

© Copyright by Stowarzyszenie Mage.pl
Poznań 2017

Spis treści

I. Artykuły

Marta Beata Drozdowska

Uzasadniona przyczyna wypowiedzenia umowy o pracę na czas nieokreślony w świetle judykatury 4

Jan Kluza

Novum w procesie karnym - skarga na wyrok sądu odwoławczego w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego 18

Daniel Lubowiecki

Prawno-kryminalistyczna problematyka phishingu, ze szczególnym uwzględnieniem środowiska bankowości internetowej 30

Paweł Sancewicz

Definicja przedsiębiorcy w prawie polskim na przykładzie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej 44

Uzasadniona przyczyna wypowiedzenia umowy o pracę na czas nieokreślony w świetle judykatury

Marta Beata Drozdowska

1. Zasadność wypowiedzenia

Wymóg podania przyczyny w wypowiedzeniu umowy o pracę jest przesłanką zgodności z prawem oświadczenia woli pracodawcy o rozwiązaniu umowy o pracę zawartej na czas nieokreślony, który został wprowadzony do kodeksu pracy 2 lutego 1996 r.¹ Zgodnie z obowiązującymi przepisami wypowiedzenie umowy o pracę może nastąpić tylko z uzasadnionych przyczyn². Kodeks pracy³ (k.p.) w art. 30 § 4 konstytuuje jako wymóg formalny wskazanie przyczyny wypowiedzenia stosunku pracy zawartego na czas nieokreślony. W ten sposób ustawodawca zerwał z abstrakcyjnością wypowiedzenia jako czynności prawnej. Ponadto, art. 45 § 1 k.p. wskazuje na konsekwencję podania przyczyny nieuzasadnionej - pracownikowi przysługiwać będą przeciwko pracodawcy roszczenia związane z nieuzasadnionym wypowiedzeniem umowy o pracę w postaci żądania uznania bezskuteczności wypowiedzenia (jeśli trwa okres wypowiedzenia i umowa o pracę nie uległa jeszcze rozwiązaniu), przywrócenia do pracy na poprzednich warunkach lub odszkodowania⁴.

Należy rozróżnić obowiązek formalnego podania przyczyny w wypowiedzeniu od zasadności wskazanej przyczyny. Wypowiedzenie jest zgodne z prawem jeśli pracodawca w swoim oświadczeniu woli poda przyczynę, nie oznacza to jednak, iż takie wypowiedzenie jest merytorycznie zasadne⁵. Natomiast owo wskazanie przyczyny przez pracodawcę należy traktować jako jego oświadczenie wiedzy, nie oświadczenie woli.

Brak jest w kodeksie pracy katalogu przyczyn uzasadniających wypowiedzenie umowy o pracę na czas nieokreślony⁶. Toteż, zwroty: "wypowiedzenie uzasadnione" oraz "wypowiedzenie niezasadne" należy traktować jako klauzule generalne, dające organom stosującym prawo, przede wszystkim sądom pracy, dużą swobodę przy rozpatrywaniu każdego

¹ Z. Góral, (w:) K. Baran (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 242.

² L. Florek, (w:) L. Florek (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 258.

³ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. - kodeks pracy, (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1053).

⁴ A. Drozd, *Wypowiedzenie stosunku pracy*, Wrocław 2013, s. 171.

⁵ Z. Góral (w:) K. Baran (red.), *Kodeks pracy...*, s. 243.

⁶ L. Florek, *Prawo pracy*, Warszawa 2011, s. 106.

z indywidualnych przypadków. Ustawodawca trafnie uznał, iż nie da się przewidzieć z góry i utworzyć katalogu wszystkich przyczyn uzasadniających wypowiedzenie, z uwagi na mnogość sytuacji występujących w życiu codziennym. Jednakowoż w kodeksie pracy znajduje się szereg przepisów w oparciu o które można konstruować merytorycznie zasadne wypowiedzenie. W tym zakresie zwrócić uwagę należy na art. 100 k.p., zawierający obowiązki podstawowe pracowników czy katalogi przyczyn uzasadniających rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia z powodu zawinienia pracownika lub z przyczyn niezależnych od niego, które to uzasadniają wypowiedzenie pracownikowi stosunku pracy.

Godzi się w tym miejscu wspomnieć o tzw. katalogu przyczyn negatywnych tj. takich, które wypowiedzenia nie uzasadniają. Wiążą się one z implementacją dyrektyw Rady Europy 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy oraz 2000/43/WE z dnia 29 czerwca 2000 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne⁷. Chodzi tutaj o art. 18^{3e} § 1, 2 k.p., art. 23¹ § 6 k.p., art. 67⁹ k.p., 237^{11a} § 6 k.p.⁸. Art. 18^{3e} k.p. w § 1 zakazuje uzasadniania wypowiedzenia umowy o pracę pracownikowi, który skorzystał z uprawnień przysługujących mu z tytułu naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu⁹, zaś § 2 chroni w takim samym zakresie pracownika, który udziela pomocy innemu pracownikowi w skorzystaniu z tychże uprawnień. Art. 23¹ § 6 k.p. stanowi, iż przejście zakładu pracy na innego pracodawcę nie daje podstawy do wypowiedzenia umowy o pracę pracownikowi, zatem nie będzie ono przyczyną uzasadnioną. W myśl art. 67⁹ k.p. odmowa przez pracownika świadczenia pracy w formie telepracy nie może uzasadniać wypowiedzenia mu stosunku pracy. Także aktywne działania podejmowane przez pracownika na rzecz bezpieczeństwa i higieny pracy, opisane w art. 237^{11a} k.p. takie jak: czynny udział w konsultacjach na temat wyposażenia stanowisk, oceny ryzyka zawodowego, szkoleń BHP, środków ochrony pracowników (§ 1), przedstawianie wniosków w sprawie eliminacji lub ograniczania zagrożeń zawodowych (§ 2), składanie wniosków o przeprowadzenie kontroli w

⁷ K. Jaśkowski, (w:) K. Jaśkowski (red.), *Kodeks Pracy. Tom I. Komentarz Lex*, Warszawa 2014, s. 234.

⁸ L. Mitrus, (w:) A. Sobczyk (red.), Warszawa 2015, s. 242.

⁹ Zasada równego traktowania wyrażona została w art. 18^{3a} § 1 k.p., mianowicie: Pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub w niepełnym wymiarze czasu pracy. Dalsze przepisy od 18^{3a} § 2 do 18^{3d} k.p. określają przejawy naruszania tej zasady przez pracodawcę oraz konsekwencje tychże naruszeń.

zakresie spraw dotyczących zagrożenia zdrowia i życia do Państwowej Inspekcji Pracy (§ 4) i podobne nie mogą stanowić uzasadnionej przyczyny wypowiedzenia pracownikowi stosunku pracy. Wymienione przepisy, które znalazły się w kodeksie pracy można nazwać przyczynami niezasadnymi. Oznacza to, że nie uzasadniają one wypowiedzenia, a wręcz zakazują uzasadniania go za ich pośrednictwem.

W związku z pozostawieniem przez ustawodawcę sądom oceny zasadności przyczyny wypowiedzenia, fundamentem w sądowej ocenie jego zasadności stała się Uchwała Pełnego Składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 1985 r.¹⁰, zawierająca wytyczne dotyczące wykładni art. 45 k.p. i praktyki sądowej stosowania tego przepisu. Znajdujące się w przywołanej uchwale wytyczne odnoszą się do samej przyczyny oraz szerzej do jej oceny. Należy przy tym pamiętać, iż wypowiedzenie umowy o pracę winno być traktowane jako zwykły sposób zakończenia stosunku pracy, na co Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał w swoich orzeczeniach¹¹.

2. Wytyczne sądowe oceny zasadności wypowiedzenia

Pomimo, iż Uchwała Sądu Najwyższego z 27 czerwca 1985 r.¹² zapadła w innym systemie ustrojowym po dziś dzień, poza tezą I¹³, nie można odmówić jej aktualności. Zgodnie z uchwałą ocena zasadności wypowiedzenia umowy o pracę przy zastosowaniu art. 45 k.p. powinna uwzględniać słuszne interesy pracodawcy oraz przymioty pracownika związane ze stosunkiem pracy. Poza tym, istnieją okoliczności dotyczące pracownika, które nie są związane ze stosunkiem pracy mogą w wyjątkowych sytuacjach stanowić podstawę dla uznania iż wypowiedzenie jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego na zasadzie art. 8 k.p. (teza II).

Przymiotami pracownika związanymi ze stosunkiem pracy jest przede wszystkim to jaki pracownik miał stosunek do swojej pracy, jego stażu i kwalifikacji. Z kolei art. 8 k.p. stanowi, iż nie można czynić ze swojego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego, gdyż takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie korzysta z ochrony. Klauzula zasad współżycia

¹⁰ Uchwała Pełnego Składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN, z dnia 27 czerwca 1985 r., III PZP 10/88, Legalis 24844.

¹¹ Wyrok SN z 2 października 1996 r., I PRN 69/96, Legalis 30258; Wyrok SN z 4 kwietnia 1979 r., I PRN 32/79, Legalis 21420.

¹² Uchwała Pełnego Składu Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN, z dn. 27 czerwca 1985 r., III PZP 10/88, Legalis 24844.

¹³ Teza I: *Przy wykładni określenia „nieuzasadnione wypowiedzenie”, użytego w art. 4 k.p. należy kierować się zasadami ustroju i celami PRL (art. 7 k.p.).*

społecznego odwołuje się do norm moralnych, regulujących postępowanie w stosunkach międzyludzkich, uczciwości, sprawiedliwości społecznej, dobrych obyczajów, są to innymi słowy podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania, lojalność¹⁴. Wypowiedzenie uzasadnione może być niezgodne z prawem, jeśli jest niezgodne z art. 8 k.p. - ocena takiej sytuacji zależy od okoliczności często niezwiązanych ze stosunkiem pracy jak np. sytuacja rodzinna, majątkowa, osobista¹⁵. Jednakże w wyroku z dnia 7 kwietnia 2011 r.¹⁶ Sąd Najwyższy stwierdził, iż powołanie się na zasady współżycia społecznego ma zastosowanie jedynie do pracowników sumiennych, nienagannie wypełniających swoje obowiązki, gdyż niespełnienie ich uchybia zasadom współżycia społecznego w rozumieniu Sądu. Jeśli pracownik sam świadomie narusza zasady współżycia społecznego nie może później używać ich jako argumentu na swoją korzyść¹⁷.

Zgodnie z wytyczną Sądu Najwyższego okoliczności przemawiające za ochroną pracownika przed wypowiedzeniem uwzględnia się w stosunku do pracowników sumiennie i starannie wykonujących obowiązki pracownicze i przestrzegających dyscypliny pracy (teza III). Zwrócić w tym miejscu wypada także uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 września 1998 r.¹⁸, w którym wskazał on, iż ocena zasadności przyczyn wypowiedzenia umowy o pracę winna być związana z istotą i celem stosunku pracy, jeśli zatem pracownik zobowiązuje się do świadczenia pracy na rzecz pracodawcy, a pracodawca zatrudnia go za wynagrodzeniem sprzeczne z celem tego stosunku będzie jeśli pracownik nie może wykonywać przyjętych obowiązków z uwagi na nieobecności w pracy.

Przy ocenie zasadności wypowiedzenia decydujące znaczenie ma rodzaj i ciężar gatunkowy przyczyny wypowiedzenia (teza IV). Pamiętając, iż wypowiedzenie o pracę jest zwykłym sposobem jej rozwiązania, przyczyna wypowiedzenia nie musi być nadzwyczaj doniosła, przy czym nie może być arbitralna, dowolna i nieuzasadniona¹⁹. Duże znaczenie ma tu wykonywanie przez pracownika jego obowiązków, określonych w art. 100 k.p..²⁰.

¹⁴ D. Dorre-Kolasa, (w:) A. Sobczyk (red.) *Kodeks pracy...*, s. 17.

¹⁵ Z. Góral, (w:) K. Baran (red.), *Kodeks pracy...*, s. 283.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 7 kwietnia 2011 r., I PK 239/10, Legalis 432299.

¹⁷ L. Mitrus, (w:) A. Sobczyk (red.) *Kodeks pracy...*, s. 244.

¹⁸ Wyrok SN z dnia 29 września 1998 r., I PKN 335/98, Legalis 44472.

¹⁹ Z. Góral, (w:) K. Baran (red.), *Kodeks pracy...*, s. 283.

²⁰ Art. 100. § 1. Pracownik jest obowiązany wykonywać pracę sumiennie i starannie oraz stosować się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy, jeżeli nie są one sprzeczne z przepisami prawa lub umową o pracę. § 2. Pracownik jest obowiązany w szczególności:

- 1) przestrzegać czasu pracy ustalonego w zakładzie pracy;
- 2) przestrzegać regulaminu pracy i ustalonego w zakładzie pracy porządku;
- 3) przestrzegać przepisów oraz zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, a także przepisów przeciwpożarowych;
- 4) dbać o dobro zakładu pracy, chronić jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę;

Naruszenie obowiązków pracowniczych czy jest drobne czy też nie zależy od konkretnej sytuacji, skutków takiego naruszenia, to z kolei jest uzależnione od tego jakie stanowisko pracownik zajmuje. Jeśli natomiast pracownikowi zdarzają się permanentnie drobne uchybienia mogą one stanowić uzasadnioną przyczynę wypowiedzenia. W omawianej uchwale Sąd Najwyższy uznał, iż nienależyte wykonywanie obowiązków pracowniczych jest uzasadnioną przyczyną wypowiedzenia nawet gdy jest niezawinione, jednak jako zasadę przyjął, iż drobne jednorazowe uchybienie nie jest podstawą uzasadniającą wypowiedzenie. Ponadto, jeśli pracownik naruszy obowiązki i za przewinienie pracownika kara się porządkowo, nie jest to przeszkodą, aby następnie wypowiedzieć mu umowę o pracę. Sąd Najwyższy przyjął, iż wypowiedzenie nie jest karą i że są to działania niezależne od siebie (teza VII).

Do pracowników na stanowiskach kierowniczych i samodzielnych mają zastosowanie ostrzejsze kryteria oceny przyczyny uzasadniającej wypowiedzenie (teza V). Przyczyna wypowiedzenia, co do zasady, powinna wiązać się ze stosunkiem pracy, jednakowoż przy pracownikach pełniących szczególne funkcje, ujemne zachowanie poza zakładem pracy także może zostać uznana za uzasadnioną przyczynę wypowiedzenia²¹.

Korespondując z tezą II, w której Sąd Najwyższy zwraca uwagę na słuszny interes pracodawcy, przyczynę wypowiedzenia mogą stanowić także inne okoliczności niezależne od pracownika, jeśli przemawia za tym interes pracodawcy (teza VIII)²², np. ciągłe zwolnienia dezorganizujące pracę zakładu. Sąd Najwyższy wskazuje także, iż uzasadnioną przyczyną będzie również zmniejszenie stanu zatrudnienia (teza IX). Zmniejszając stan zatrudnienia pracodawca powinien zachować także uzasadnione kryteria doboru pracowników do zwolnienia²³. Gdy pracodawca stosuje kryteria, które są nieuzasadnione, podstawa zasadności wypowiedzenia może w konkretnym przypadku upaść, podczas gdy w sytuacji innego pracownika wypowiedzenie wciąż pozostanie merytorycznie uzasadnione. Oceniając trafność wyboru pracowników, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 1981 r., należy brać pod uwagę wszelkie okoliczności sprawy takie jak: sytuacja osobista, rodzinna, jego staż pracy²⁴. Przy czym, sąd nie będzie badał celowości redukcji etatów, gdyż leży to w autonomii pracodawcy²⁵.

5) przestrzegać tajemnicy określonej w odrębnych przepisach;

6) przestrzegać w zakładzie pracy zasad współżycia społecznego.

²¹ W. Muszalski, (w:) W. Muszalski (red.), *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 145.

²² Tamże, s. 116.

²³ K. Jaśkowski (w:) K. Jaśkowski (red.), *Kodeks pracy...*, s. 239.

²⁴ Wyrok SN z dnia 3 marca 1981 r., I PRN 1/81, Legalis 22517.

²⁵ Wyrok SN z dnia 15 grudnia 1982 r., I PRN 130/82, Legalis 23488.

Tezy XI, XII, XIII uchwały Sądu Najwyższego odnoszą się stricte do przyczyny wypowiedzenia która powinna być prawdziwa i konkretna, uprzednia oraz aktualna. Przyczyna musi być sformułowana konkretnie, ogólne sformułowanie jest wystarczające tylko, gdy pracownikowi znana jest przyczyna wypowiedzenia mu umowy o pracę²⁶. Wypowiedzenie będzie nieuzasadnione, gdy przyczyna wskazana będzie nieprawdziwa np. pozorne zmniejszenie zatrudnienia²⁷. Konkretność przyczyny opiera się o jej sprecyzowanie, ogólne zwroty powinny być poparte konkretnym wskazaniem okoliczności uzasadniających wskazaną przez pracodawcę przyczynę.

Przyczyna powinna nosić znamię uprzedniości, czyli występować przed zawiadomieniem organu związkowego o zamiarze wypowiedzenia lub najpóźniej w dacie zawiadomienia pracownika o wypowiedzeniu²⁸. Nie ma terminu w jakim czasie od zaistnienia przyczyny pracodawca powinien wypowiedzieć pracownikowi stosunek pracy, jednak okoliczności mogą się dezaktualizować wskutek pływu czasu. Odległe w przeszłości uchybienia pracownika nie stanowią uzasadnionej przyczyny, wypowiedzenia w ocenie Sądu Najwyższego²⁹. Czas po którym uchybienie nie uzasadnia wypowiedzenia pracownikowi stosunku pracy w doktrynie określa się na półtora roku³⁰.

Przedstawione w omówionej uchwale wytyczne wraz z innymi wyrokami Sądu Najwyższego pozwalają ocenić przez sąd każdy indywidualny przypadek, czy dana przyczyna może być uznana za uzasadniającą wypowiedzenie pracownikowi umowy o pracę czy też nie. Niektóre orzeczenia wprost wskazują czy dana przyczyna jest zasadna czy też nie.

3. Przyczyny uzasadniające wypowiedzenie w orzecznictwie sądowym

Analizę przyczyn uzasadniających wypowiedzenie w orzecznictwie ułatwia podział przyczyn motywujących wypowiedzenie stworzony przez doktrynę. Podziały dokonane przez doktrynę korespondują z orzecznictwem sądowym, ujmując konkretne przyczyny w większe podzbiory. L. Florek³¹ dzieli przyczyny będące podstawą wypowiedzenia na dwie grupy. W pierwszej grupie znajdują się przyczyny leżące po stronie pracodawcy, które najczęściej wynikają z ustawy z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunku pracy z przyczyn niedotyczących pracowników. W drugiej grupie

²⁶ M. Gersdorf, (w:) M. Gersdorf, K. Rączka, M. Raczkowski, *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 326.

²⁷ W. Muszalski, (w:) W. Muszalski (red.), *Kodeks pracy...*, s. 116.

²⁸ Tamże, s. 116.

²⁹ Wyrok SN z dnia 25 stycznia 2001 r., I PKN 216/00, Legalis 54993.

³⁰ K. Jaśkowski, (w:) K. Jaśkowski (red.), *Kodeks pracy...*, s. 237.

³¹ L. Florek, (w:) L. Florek (red.), *Kodeks pracy...*, s. 258.

wymienia przyczyny leżące po stronie pracownika, wyróżniając dwie podgrupy: związane z całkowitą lub częściową nieprzydatnością pracownika do pracy określonego rodzaju, również powstałą w czasie trwania stosunku pracy oraz związane z nagannym postępowaniem pracownika, które nie uzasadnia zwolnienia dyscyplinarnego. Przyczyny leżące po stronie pracownika mogą być zawinione lub też pozbawione elementu winy pracownika.

Inny podział prezentuje L. Mitrus³², która pośród przyczyn uzasadniających wypowiedzenie umowy o pracę wyróżnia następujące grupy przyczyn związanych z pracownikiem: niewłaściwe wykonywanie obowiązków przez pracownika, brak umiejętności, odmowa wykonywania poleceń, naruszenie obowiązków pracowniczych, odmowa podpisania umowy o zakazie konkurencji, prowadzenie działalności konkurencyjnej, przekroczenie granic krytyki, nieobecności, przeciwwskazania lekarskie oraz przyczyny leżące po stronie pracodawcy. Jest to podział dalece bardziej szczegółowy, określający pewne grupy przyczyn, w większości oparte o naruszanie obowiązków pracowniczych lub ich niewypełnianie bądź nienależyte wypełnianie.

Podział przyczyn leżących po stronie pracownika można też oprzeć na zasadzie rozróżnienia dwóch dużych podzbiorów - przyczyn bezpośrednio związanych z przepisami kodeksu pracy stanowiącymi o obowiązkach pracowniczych, a także innych przyczyn leżących po stronie pracownika. W pierwszej kolejności zostaną omówione przyczyny, które mogą być konstruowane w oparciu o przepisy kodeksu pracy, wskazujące na powinności pracownika oraz naruszenia jakich się dopuszcza, w następnej kolejności inne przyczyny wskazywane w orzecznictwie sądowym nie korespondujące wprost z obowiązkami pracowniczymi.

Przyczyny zaliczane do tej pierwszej grupy w dużej mierze pozostają w związku z już wcześniej wspomnianym art. 100 k.p., określającym podstawowe obowiązki pracownika, gdyż przyczyną uzasadniającą może być brak dbałości, staranności i uwagi przy wykonywaniu obowiązków. Pracownikowi, który wykonuje pracę niesumienne, niestarannie, nie stosuje się do poleceń przełożonego zgodnych z prawem, pracodawca może wypowiedzieć zasadnie umowę o pracę³³, gdyż jest to podstawowy obowiązek pracownika, wpływający na celowość trwania nawiązanego stosunku pracy. Realizacja tego obowiązku ma dwa aspekty – jakościowy tj. sumiennosc i staranność i ilościowy – chodzi tu o wydajność pracownika. Sąd Najwyższy przychylił się do tego stanowiska, stwierdzając, iż zasadniczy obowiązek pracownika to wykonywanie sumiennie i starannie pracy na rzecz pracodawcy, zatem pracodawca może

³² L. Mitrus, (w:) A. Sobczyk (red.), *Kodeks pracy...*, s. 254; podobnie: A. Drozd, *Wypowiedzenie stosunku...*, s. 75.

³³ M. Gersdorf, (w:) M. Gersdorf, K. Rączka, M. Raczkowski, *Kodeks pracy...*, s. 582-583.

zasadnie wypowiedzieć umowę o pracę w ramach realizacji zasady doboru pracowników w sposób zapewniający najlepsze wykonywanie realizowanych zadań, gdy może przewidzieć, że zatrudnienie nowych pracowników pozwoli osiągnąć lepsze rezultaty³⁴. Mowa tu o braku oczekiwanej przez pracodawcę staranności, dbałości, i uwagi w wykonywaniu obowiązków pracowniczych. W wyroku z dnia 12 sierpnia 1988 r.³⁵, Sąd Najwyższy uznał, iż nierzetelne wypełnienie kart drogowych przez kierowcę zawodowego będzie przyczyną uzasadniającą mu wypowiedzenie stosunku pracy.

Nieudolność i brak wyników będzie stanowił zasadną przyczynę wypowiedzenia, jak i brak oczekiwanych umiejętności u pracownika³⁶. Sąd Najwyższy potwierdził zasadność wypowiedzenia, w sytuacji kiedy pracownik wykazuje brak umiejętności pracy w zespole³⁷.

Pracownik winien jest przestrzegać czasu pracy ustalonego w zakładzie, regulaminu, porządku, przepisów i zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, dbać o dobro zakładu pracy, chronić jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie może narazić pracodawcę na szkodę, przestrzegać tajemnicy np. z ustawy o Prawie bankowym oraz przestrzegać zasad współżycia społecznego. Nie jest to katalog zamknięty, pracodawca może tworzyć także inne zasady etyki, obowiązków panujących u danego pracodawcy np. w zakresie tajemnicy zawodowej, których naruszenie może być traktowane w kategoriach naruszenia obowiązków pracowniczych³⁸.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 1998 r.³⁹, wypowiedzenie należy uznać za uzasadnione w przypadku przyczyny z art. 52 § 1 k.p.⁴⁰, czyli wystąpienia przyczyny uzasadniającej rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia. Jest to katalog zamknięty, wystąpienie przyczyny jest poprzedzone winą pracownika⁴¹. Wyróżnia się element subiektywny winy, który polega na bezprawności zachowania pracownika, może polegać na działaniu, jak i zaniechaniu. Bezprawnym będzie także zachowanie pracownika naruszające zasady współżycia społecznego. Wymiar subiektywny odnosi się do chęci pracownika co do

³⁴ Wyrok SN z dnia 2 października 1996 r., I PRN 69/96, Legalis 30258.

³⁵ Wyrok SN z dnia 12 sierpnia 1988 r., I PRN 105/77, Legalis 20277.

³⁶ Wyrok SN z dnia 4 grudnia 1976 r., I PKN 419/97, Legalis 31946.

³⁷ Wyrok SN z dnia 15 kwietnia 1999 r., I PKN 14/99, Legalis 46839.

³⁸ Wyrok SN z dnia 5 marca 2007 r., I PK 228/06, Legalis 81356.

³⁹ Wyrok SN z dnia 3 czerwca 1998 r., I PKN 34/98, Legalis 43382.

⁴⁰ Art. 52. § 1. Pracodawca może rozwiązać umowę o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika w razie: 1) ciężkiego naruszenia przez pracownika podstawowych obowiązków pracowniczych; 2) popełnienia przez pracownika w czasie trwania umowy o pracę przestępstwa, które uniemożliwia dalsze zatrudnianie go na zajmowanym stanowisku, jeżeli przestępstwo jest oczywiste lub zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem; 3) zawinionej przez pracownika utraty uprawnień koniecznych do wykonywania pracy na zajmowanym stanowisku.

⁴¹ K. Baran, (w:) K. Baran (red.), *Kodeks pracy...*, s. 357.

naruszenia norm czy zasad współżycia społecznego, który chce swoim zachowaniem wywołać skutek lub godzin się na jego wywołanie przewidując, że swoim zachowaniem może naruszyć zasady lub normy, lub ostatecznie przypuszcza lub powinien był przewidzieć, że swoim zachowaniem naruszy normy lecz tego nie robi. Z reguły nie można przypisać ciężkiego naruszenia za złamanie postanowień regulaminowych zakładu pracy, jeśli jest to zgodne ze zwyczajami panującymi w tym zakładzie.

Ciężkie naruszenie to klauzula generalna, należy wskazać, iż naruszenie jednego obowiązku uzasadnia rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia⁴². Ciężkie naruszenie opiera się o konstrukcje polegająca na złamaniu podstawowych obowiązków pracowniczych, połączonym z naruszeniem bądź zagrożeniem interesów pracodawcy, wynikające zachowanie jest skutkiem winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa. Naruszenie to może mieć zarówno charakter incydentalny jak i permanentny. Przejawiającym się jako przyczyna wypowiedzenia w orzecznictwie ciężkim naruszeniem obowiązków pracowniczych jest spożywanie alkoholu⁴³, opuszczenie pracy bez usprawiedliwienia⁴⁴, odmowa wykonania polecenia nosząca przymiot bezprawności i świadomości, a nadto narażająca interes pracodawcy⁴⁵, korzystanie z mienia pracodawcy w sposób niezgodny z jego przeznaczeniem, np. korzystanie z telefonu służbowego do udziału w grach losowych⁴⁶.

Warto w tym miejscu zauważyć, iż w związku z naruszeniem obowiązków pracowniczych, aczkolwiek nie tylko, jako przyczyna wypowiedzenia częstokroć pojawia się utrata zaufania do pracownika. Motywować utratę zaufania może także naruszenie obowiązków przez pracownika istotnych ze względu na rodzaj wykonywanej przez niego pracy, również zachowania noszące obiektywne cechy naruszenia obowiązków w związku z którymi pracownikowi winy nie można przypisać lub nie da się jej udowodnić, jak i zachowania nienaruszające obowiązków pracowniczych (np. popełnienie przestępstwa poza zakładem pracy)⁴⁷. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 lutego 2011 r.⁴⁸, stwierdził, że zaufanie należy rozumieć jako stan wyrażający się przekonaniem możliwości polegania na pracowniku, pewności do niego, przeświadczenie pochodzące z pogranicza sfery emocjonalnej oraz intelektualnej, które stwarza więź. Naganne zachowanie może burzyć zaufanie do pracownika.

⁴² Tamże, s. 358-359.

⁴³ Wyrok SN z dnia 23 stycznia 2001 r., I PKN 207/00, Legalis 49714.

⁴⁴ Wyrok SN z dnia 20 VII 2000 r., I PKN 742/99, Legalis 51784.

⁴⁵ Wyrok SN z dnia 12 VI 1997 r., I PKN 211/97, Legalis 31354.

⁴⁶ Wyrok SN z dnia 15 V 1997, I PKN 93/97, Legalis 31180.

⁴⁷ Wyrok SN z dnia 25 listopada 1997 r., I PKN 385/97, Legalis 31870; Wyrok SN z dnia 14 października 2004 r., I PK 697/03, Legalis 68712.

⁴⁸ Wyrok SN z dnia 4 lutego 2011 r., II PK 199/10, Legalis 427625.

Utrata zaufania musi być przy tym uzasadniona. Utratę zaufania do pracownika jako przyczynę uzasadniającą wypowiedzenie umowy o pracę, jeśli znajduje ona oparcie w przesłankach obiektywnych i racjonalnych, nie będąc tym samym wynikiem arbitralnych ocen i subiektywnych uprzedzeń, uznał także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 25 listopada 1997 r.⁴⁹. W uzasadnieniu tego orzeczenia uznał Sąd, iż występujące permanentnie niedobory w asortymencie są taką obiektywną i racjonalną przesłanką, która może spowodować utratę zaufania do pracownika, który to jest obowiązany do dbania o dobro zakładu i ochrony mienia pracodawcy. Inne przykłady uzasadniające w orzecznictwie utratę zaufania do pracownika to kontakty funkcjonariusza celnego z podejrzanymi o przemyt osobami⁵⁰ czy też nieprawidłowe rozliczenie się z powierzonego mienia⁵¹.

Przyczyną, która nie musi wiązać się bezpośrednio z naruszeniem obowiązków pracowniczych, która zaliczana jest przez art. 52 § 1 k.p. do przyczyn uzasadniających rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia, będzie popełnione przez pracownika przestępstwo podczas trwania umowy o pracę⁵². Jeśli przestępstwo zostanie przez pracownika popełnione między podpisaniem umowy z pracodawcą, a rozpoczęciem stosunku pracy to przestępstwo takie spełni wymagania z art. 52 k.p., gdyż umowa obowiązuje od chwili jej zawarcia. Nadto, przestępstwo musi uniemożliwiać dalsze zatrudnianie pracownika na zajmowanym dotąd stanowisku, np. kasjer, który okrada klienta. Przestępstwo musi być oczywiste lub stwierdzone prawomocnym wyrokiem.

Ostatnim powodem rozwiązania stosunku pracy w trybie art. 52 k.p., a zatem uzasadniającym wypowiedzenie pracownikowi stosunku pracy w sposób uzasadniony jest zawiniona utrata uprawnień niezbędnych do wykonywania zawodu⁵³. Utrata może wynikać z orzeczenia sądu lub decyzji organu kompetentnego w sprawie. Utrata uprawnień może być także niezawiniona, może to być utrata spowodowana np. pogorszeniem stanu zdrowia, np. wówczas jeśli pracownik wskutek przeciwwskazań lekarskich utraci możliwość np. wykonywania prac na wysokościach. Przeciwwskazania lekarskie, wskutek których pracownik nie może wykonywać chociażby jednego ze swoich obowiązków uzasadniają wypowiedzenie mu umowy o pracę⁵⁴.

⁴⁹ Wyrok SN z dnia 25 listopada 1997 r., I PKN 385/97, Legalis 31870.

⁵⁰ Wyrok SN z dnia 31 marca 2001 r., I PKN 441/00, Legalis 50917.

⁵¹ Wyrok SN z dnia 7 września 1999 r., I PKN 257/99, Legalis 48647.

⁵² K. Jaśkowski, (w:) K. Jaśkowski (red.), *Kodeks pracy...*, s. 264.

⁵³ M. Gersdorf, (w:) M. Gersdorf, K. Rączka, M. Raczkowski, *Kodeks pracy...*, s. 397.

⁵⁴ Wyrok SN z dnia 16 grudnia 1999 r., I PKN 469/99, Legalis 46640.

A maiori ad minus także upływ terminów określonych w art. 53 k.p., który uprawnia pracodawcę do wypowiedzenia umowy o pracę na czas nieokreślony pracownikowi, który jest nieobecny w pracy z powodu usprawiedliwionej nieobecności, będzie uzasadnioną przyczyną wypowiedzenia takiemu pracownikowi stosunku pracy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 listopada 1997 r.⁵⁵, długotrwała choroba pracownika może stanowić przyczynę wypowiedzenia mu umowy o pracę. W stanowisku z dnia 4 grudnia 1997 r.⁵⁶ Sąd Najwyższy potwierdził, iż nieprzewidziane, długotrwałe i powtarzające się nieobecności pracownika w pracy, wymagające podejmowania przez pracodawcę działań organizacyjnych i pociągające wydatki na zatrudnienie pracowników w godzinach nadliczbowych lub w ramach zastępstwa są uzasadnioną przyczyną wypowiedzenia umowy o pracę, nawet jeśli są niezawinione i formalnie usprawiedliwione. Kwestią ocenną i indywidualną jest powodowanie przez nieobecności dezorganizacji. Jest to nieodzowny element uzasadniający przyczynę wypowiedzenia, gdyż pracodawca powinien brać pod uwagę nieuchronność nieobecności pracowników spowodowaną urlopami czy innymi przyczynami usprawiedliwionymi jak np. choroby. Pracodawca musi zatem wykazać owo naruszenie jego interesów w związku z nieobecnością pracownika⁵⁷.

W art. 101¹ k.p. ustanawia zakaz konkurencji, tj. prowadzenia działalności konkurencyjnej przez pracownika oraz świadczenia pracy na podstawie innego stosunku pracy na rzecz podmiotu prowadzącego działalność konkurencyjną. Dla obowiązywania zakazu konkurencji w art. 101⁴ k.p. ustawodawca zastrzegł formę pisemną *ad solemintatem*, jednakże naruszenie zakazu konkurencji w postaci prowadzenia działalności konkurencyjnej w ocenie Sądu Najwyższego⁵⁸ nie zostało co prawda uznane za naruszenie obowiązku dbania przez pracownika o dobro pracodawcy, z powodu braku wykazania zagrożenia dobra pracodawcy, jednakże w świetle art. 45 § 1 k.p. Sąd uznał naruszenie zakazu konkurencji za przyczynę uzasadniającą wypowiedzenie stosunku pracy. W uzasadnieniu Sąd zważył, iż często pracownicy celowo doprowadzają do niezawarcia umowy o zakazie konkurencji, a jej brak nie znaczy wcale, iż prowadzenie przez pracownika działalności konkurencyjnej nie może uzasadniać wypowiedzenia mu stosunku pracy.

Kontrowersyjną przyczyną wypowiedzenia umowy o pracę było osiągnięcie przez pracownika wieku emerytalnego i nabycie uprawnień emerytalnych. W nieaktualnym już dziś

⁵⁵ Wyrok SN z dnia 3 listopada 1997 r., I PKN 327/97, Legalis 31747.

⁵⁶ Wyrok SN z dnia 4 grudnia 1997 r., I PKN 422/97, Legalis 31948.

⁵⁷ Wyrok SN z dnia 6 listopada 2001 r., I PKN 449/00, Legalis 58756.

⁵⁸ Wyrok SN z dnia 1 lipca 1998 r., I PKN 218/98, Legalis 43901.

orzecznictwie dopuszczano możliwość, ażeby taki stan rzeczy był samodzielną podstawą uzasadniającą wypowiedzenie pracownikowi stosunku pracy⁵⁹. Sąd Najwyższy Uchwałą Składu 7 Sędziów z dnia 21 stycznia 2009 r.⁶⁰ rozwił dotychczasowe wątpliwości uznając, iż osiągnięcie wieku emerytalnego i nabycie uprawnień do emerytury nie może być jedyną przesłanką wypowiedzenia umowy o pracę takiemu pracownikowi. Jednakże, należy zwrócić uwagę na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2003 r.⁶¹, który wciąż pozostaje aktualny, iż uzyskanie przez pracownika prawa do pobierania świadczenia emerytalnego społecznie uzasadnia wybór jego osoby do wypowiedzenia mu umowy w sytuacji redukcji zatrudnienia u pracodawcy.

Przyczynami leżącymi po stronie pracodawcy⁶² uzasadniającymi wypowiedzenie umowy o pracę będą najczęściej przyczyny wymienione w art. 1 ust. 1 ustawy o zwolnieniach grupowych⁶³, a więc przyczyn nie dotyczących pracowników, pośród których można wymienić zmniejszenie stanu zatrudnienia czy likwidację stanowiska. Przyczyny te muszą znaleźć uzasadnienie w rzeczywistych zmianach organizacyjnych pracodawcy⁶⁴. Rzeczywistość ta nie musi istnieć w chwili wypowiedzania pracownikowi umowy o pracę, uzasadnione będzie też wypowiedzenie pracownikowi stosunku pracy z powodu przyczyny, która spełni się w niedalekiej przyszłości, po upływie okresu wypowiedzenia⁶⁵.

Stanowisko Sądu Najwyższego⁶⁶ wskazuje, iż upadłość pracodawcy jest uzasadnioną przyczyną wypowiedzenia leżącą po stronie pracodawcy, która wyłącza ingerencję sądu w proces likwidacyjny, także w zakresie rozstrzygania kolejności zwalnianych pracowników.

Podsumowując, do przyczyn uzasadniających wypowiedzenie umowy o pracę pracownikowi będą należały przyczyny związane z niezawinionym przez niego stanem rzeczy jak nieobecności motywowane stanem zdrowia, stan zdrowia, który uniemożliwia wykonywanie obowiązków, przyczyny niezawinione przez pracownika leżące po stronie pracodawcy, z drugiej zaś strony przyczyny, które są związane z zachowaniem pracownika, jego konkretnym działaniem bądź zaniechaniem. Opisane powyżej przyczyny nie wyczerpują wszystkich możliwych przyczyn uzasadniających wypowiedzenie umowy o pracę, nie sposób

⁵⁹ Wyrok SN z dnia 26 listopada 2003 r., I PK 616/02, Legalis 76114.

⁶⁰ Uchwała Składu 7 Sędziów SN z dnia 21 stycznia 2009 r., II PZP 13/08 11747.

⁶¹ Wyrok SN z dnia 3 grudnia 2003 r., I PK 80/03, Legalis 65910.

⁶² L. Florek, (w:) L. Florek (red.), *Kodeks pracy...*, s. 266.

⁶³ Ustawa z dnia 13 marca 2003 r. - o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn nie dotyczących pracowników, (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 192 ze zm.).

⁶⁴ Wyrok SN z dnia 23 maja 1997 r., I PKN 176/97, Legalis 31250.

⁶⁵ Wyrok SN z dnia 29 marca 2001 r., I PKN 325/00, Legalis 55481.

⁶⁶ Wyrok SN z dn. 9 stycznia 2001 r., I PKN 171/00, Legalis 54294.

tego dokonać, z uwagi na wspomniany wcześniej indywidualizm okoliczności każdego wypowiedzenia.

4. Zakończenie

Brak katalogu przyczyn pozytywnych tj. uzasadniających wypowiedzenie sprawia, iż doktryna oraz sądy muszą dokonywać oceny zasadności przyczyny wypowiedzenia. Warto wskazać, iż sąd jest władny rozpoznawać sprawę i badać przyczynę wskazaną przez pracodawcę w wypowiedzeniu, a to z kolei przesądza o tym, iż pracodawca przed sądem na inne przyczyny w toku sporu powoływać się już nie może⁶⁷, gdyż są jest związany przyczyną podaną w wypowiedzeniu. W konsekwencji jednak to co w ocenie pracodawcy wydawało się być wytaczającym uzasadnieniem dla zakończenia stosunku pracy w drodze wypowiedzenia, z kolei w ocenie obiektywnej sądu może okazać się niewystarczającym uzasadnieniem⁶⁸. Wobec braku legalnej definicji uzasadnionej przyczyny wypowiedzenia czy też enumeratywnego katalogu ustawowego, kompleksowe wytyczne w tej materii ukształtowało orzecznictwo Sądu Najwyższego. Stan ten powodowany jest mnogością codziennych sytuacji, które nie sposób wyliczyć i zamknąć w określonych ramach, stąd ogólne wytyczne co do zasadności wypowiedzenia, zawarte z judykaturze pozwalają sądom pracy dokonywać oceny indywidualnych i konkretnych przypadków.

⁶⁷ Wyrok SN z dnia 19 kwietnia 2010 r., II PK 306/09, Legalis 387669.

⁶⁸ M. T. Romer, *Prawo Pracy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 384.

O autorze

Marta Drozdowska jest absolwentką kierunku prawo na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, a obecnie jest doktorantką w Katedrze Prawa Karnego. Zainteresowania naukowe: prawo karne, sprawiedliwość naprawcza, filozofia prawa.

Streszczenie

Niniejszy artykuł ma na celu omówienie obowiązku podania uzasadnionej przyczyny wypowiedzenia przez pracodawcę, jednego z filarów systemu ochrony pracowników zatrudnionych na czas nieokreślony przez arbitralnym zwolnieniem. Brak jest definicji legalnej odnośnie uzasadnionej przyczyny wypowiedzenia ani też katalogu takich przyczyn w kodeksie pracy, toteż należy w tej kwestii oprzeć się na dorobku judykatury, który poza wskazywaniem w orzecznictwie konkretnych już przyczyn uzasadniających wypowiedzenie umowy o pracę, wskazuje także na sposób w jaki wypowiedzenie należy oceniać pod kątem jego zasadności. Artykuł jest próbą kompleksowego przedstawienia zagadnienia zasadności wypowiedzenia umowy o pracę na czas nieokreślony, przy szczególnym uwzględnieniu znamiennej roli dorobku judykatury w tej materii.

Summary

This article aims to discuss the obligation to give reasonable cause notice by the employer, one of the pillars of the system of protection of workers employed for an indefinite period by the arbitrary dismissal. There is no legal definition regarding the legitimate reasons for the termination or directory such reasons in the labor code, so you should in this respect rely on the achievements of jurisprudence, which in addition to indication of the case law of the specific reasons already justifying termination of the employment contract, also indicates the manner in which notice must assessed in terms of its legitimacy. The article is an attempt to present complex issues of the legitimacy of termination of an employment contract for an indefinite period.

Novum w procesie karnym - skarga na wyrok sądu odwoławczego w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego

Jan Kluza

1. Wstęp

Ustawa nowelizująca⁶⁹ kodeks postępowania karnego z dnia 11 marca 2016 r., która weszła w życie 15 kwietnia 2016 r. wprowadziła nową nieznana nigdy wcześniej procesowi karnemu instytucję skargi na wyrok sądu odwoławczego. Wprowadzony do kodeksu rozdział 55a, który reguluje omawianą instytucję, wyraźnie „wyróżnia się” wśród zmian dokonanych na mocy powyższej ustawy, której głównymi założeniami było odwrócenie reformy postępowania karnego z 1 lipca 2015 r. Stąd zaskakuje nieco wprowadzenie nowego środka odwoławczego na mocy tej ustawy. Rozważenia wymaga zatem zasadność takiego rozwiązania, która poprzedzona musi być analizą nowych przepisów w tym zakresie oraz dotychczasowych przepisów z zakresu postępowania odwoławczego, których omawiana problematyka bezpośrednio dotyczy. Ze względu na podobieństwo w konstrukcji tego środka do zażalenia do Sądu Najwyższego na orzeczenie sądu *ad quem* w postępowaniu cywilnym, racjonalne jest sięgnięcie w tej mierze do doktryny cywilistycznej. Obie bowiem instytucje mają zastosowanie względem wyroków sądów odwoławczych uchylających orzeczenie sądu I instancji i przekazujących sprawę do ponownego rozpoznania, a celem ich jest kontrola czy kasatoryjne orzekanie było konieczne, co ma skłonić sądy odwoławcze do częstszego orzekania merytorycznego, co w efekcie ma znacznie przyspieszyć proces. O ile jednak w procesie cywilnym orzekanie merytoryczne przez sąd II instancji jest zasadą, tak w procesie karnym w dobie ciągłych jego nowelizacji o takiej regule w dalszym ciągu mówić nie można. Osiągnięcie zatem przez instytucję skargi do SN przyspieszenia procesu i częstszego reformatoryjnego orzekania przez sądy odwoławcze, jest nader wątpliwe.

⁶⁹Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2016 poz. 437.

2. Kształt postępowania odwoławczego po zmianach w 2015 i 2016 r.

Postępowanie przed sądem II instancji zostało w sposób zauważalny zmienione na mocy nowelizacji⁷⁰ z 2013 i 2015 r., które to zmiany weszły w życie z dniem 1 lipca 2015 r. Ich głównym założeniem było wzmocnienie zasady kontrydiktoryjności w procesie oraz przyspieszenie merytorycznego zakończenia sprawy, co zamierzano osiągnąć m.in. poprzez poszerzenie katalogu trybów konsensualnych i stosowne zmiany w postępowaniu apelacyjnym. Na gruncie przepisów działu IX k.p.k., *ratio legis* nowelizacji zostało osiągnięte poprzez znaczące poszerzenie możliwości przeprowadzenia w apelacji postępowania dowodowego co do istoty sprawy (art. 452 § 2 k.p.k.) oraz skreślenie § 2 art. 454 k.p.k., który statuował zakaz podwyższenia kary pozbawienia wolności bez zmiany podstawy faktycznej wyroku⁷¹. Regulacji tych nie zmienia także nowelizacja kwietniowa z 2016 r., co daje szansę na realizację założeń ustawodawcy.

W obecnym stanie prawnym postępowanie przed sądem II instancji zasadniczo zbliżone zostało do systemu apelacji. Za S. Waltośiem bowiem wyróżnić należy apelację w znaczeniu rodzaju środka odwoławczego oraz w znaczeniu systemu apelacyjnego, rozumianego jako zespół instytucji procesowych umożliwiających kontrole orzeczenia sądu I instancji⁷². Znane są dwa systemy kontroli orzeczeń w wyniku wniesionej skargi –system oparty na modelu trójinstancyjnym, gdzie sąd odwoławczy przeprowadza na nowo dowody, a jego ustalenia podlegają zaskarżeniu do sądu kasacyjnego, oraz system dwuinstancyjny, gdzie sąd nie rozpoznaje na nowo sprawy a kontroluje jedynie poczynania sądu niższej instancji⁷³. Model kasacji merytorycznej w Polsce obowiązywał na gruncie przepisów procesowych z 1928 r., gdzie od wyroku sądu II instancji przysługiwał zwyczajny środek zaskarżenia w postaci kasacji do sądu III instancji. W 1949 r. do procesu zamiast apelacji wprowadzona na wzór radziecki została rewizja, gdzie sąd odwoławczy nie rozpoznawał merytorycznie sprawy, a kontrolował jedynie ustalenia sądu niższej instancji, a także nabył możliwość przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi *ad quo*, ponieważ sam nie uzupełniał braków⁷⁴. Nowela z 1995 r. przywróciła apelację, jednak zmiana polegała w głównej mierze przemianowaniu rewizji w apelację – w dalszym ciągu system oparty był na dwuinstancyjnej

⁷⁰Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw Dz. U. 2013 poz. 1247 oraz Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw Dz. U. 2013 poz. 396.

⁷¹J. Kluza *Reguły ne peius w postępowaniu odwoławczym na tle nowelizacji*, [w:] P. Czarnecki, M. Nowak *Postępowanie odwoławcze w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego. Od sprzeciwu do kasacji – gradacja środków zaskarżenia*, Kraków 2016, s. 180.

⁷²P. Hofmański, S. Waltoś *Proces karny – zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 522.

⁷³P. Piszczak [w:] P. Kruszyński (red.) *Wykład prawa karnego procesowego*, Białystok 2012, s. 379-380.

⁷⁴D. Świecki *Apelacja w postępowaniu karnym*, Warszawa 2011, s. 18.

kontroli. Nie zrywa z tym nowy kodeks postępowania karnego z 1997 r., który zmienił w części przepisy o postępowaniu przed sądem II instancji, jednak nie zmienił modelu postępowania. Jako rewolucyjne więc należy postrzegać zmiany dokonane w 2015 r., które w znaczny sposób zbliżają polski proces do systemu apelacyjnego. Sąd odwoławczy nie jest już bowiem skrzepowany przepisami, które nie przystawały do realiów i potrzeb współczesnego procesu. Jakby się mogło wydawać, wprowadzony nowelizacją kwietniową rozdział 55a k.p.k. ma działać niejako mobilizująco na skład orzekający i wykluczyć zjawisko doszukiwania się błędów proceduralnych, które mogłyby być podstawą uchylenia wyroku⁷⁵.

3. Charakterystyka skargi na wyrok sądu odwoławczego

Nowy środek przewidziany nowelizacją kwietniową umiejscowiony został w dziale XI kodeksu, tuż po rozdziale poświęconemu kasacji, z czego wywodzić można, iż jest to nadzwyczajny środek zaskarżenia. Na gruncie procesu karnego nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia są jednak środki, które przysługują od prawomocnych orzeczeń kończących postępowanie, toteż możliwość ich uruchomienia wynika z ściśle określonych uchybień procesowych. Prawomocność zaś, choć niedefiniowana w kodeksie *expressis verbis*, oznacza stan, w którym orzeczenie w normalnym toku postępowania jest ostateczne, a więc zapadł w sprawie ostateczny kończący postępowanie wyrok, który jest niepodważalny i wyklucza dalsze procedowanie w sprawie⁷⁶. Jest to formalny aspekt prawomocności, treścią aspektu materialnego prawomocności zaś jest zasada *ne bis in idem*. Zgodnie zaś z art. 437 k.p.k. w wyniku rozpoznania apelacji sąd odwoławczy utrzymuje zaskarżone orzeczenie w mocy lub uchyla je i umarza postępowanie, orzeka merytorycznie bądź przekazuje sprawę sądowi I instancji do ponownego rozpoznania. Ostatnie rozwiązanie nie kończy więc w sposób ostateczny sprawy, ponieważ trafia ona ponownie do sądu I instancji, a co więcej od wydanego wówczas wyroku ponownie przysługiwać będzie apelacja. Z tego też powodu nie można przypisać wyrokowi kasatoryjnemu charakteru prawomocności, a co za tym idzie skardze z rozdziału 55a k.p.k. cechy nadzwyczajnego środka zaskarżenia. Pozostaje to w korelacji z art. 426 § 1 k.p.k., który stanowi, że od wyroku sądu odwoławczego nie przysługuje środek odwoławczy, chyba że ustawa stanowi inaczej. Przepis ten, odwołujący się do istoty prawomocności formalnej, przewiduje, że nie są ostateczne orzeczenia sądu II instancji, które można wzruszyć za pomocą środka odwoławczego. Środek odwoławczy zaś jest szczególną

⁷⁵ J. Pawlikowska, M. Wantoła *Skarga na wyrok sądu karnego odwoławczego uchylający wyrok sądu pierwszej instancji*, [w:] P. Czarnecki, M. Nowak *Postępowanie odwoławcze ...* dz. cyt., s. 320.

⁷⁶K. Marszał *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2008, s. 272.

kategorią środków zaskarżenia, które określić można jako wnioski stron służące kontroli przez sąd wyższej instancji określonych czynności procesowych⁷⁷. Istotnie więc skarga z rozdziału 55a k.p.k. jest środkiem odwoławczym od orzeczenia sądu II instancji⁷⁸. Nie można się przy tym zgodzić, że ze względu na umiejscowienie tego środka w określonym miejscu w kodeksie, a także podobieństwa względem kasacji, środek ten *per se* stawałby się nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia⁷⁹.

Analizy wymaga skutek jaki powoduje wniesienie skargi. Zgodnie art. 539b § 2 k.p.k. jej wniesienie powoduje wstrzymanie wykonania zaskarżonego wyroku, co oznaczałoby, że skarga ma charakter suspensywny. Jest to również jedna z cech zwyczajnych środków odwoławczych różnicująca je od środków nadzwyczajnych, które nie mają takiego skutku (np. kasacja). Suspensywność to wstrzymanie wykonalności zaskarżonego rozstrzygnięcia⁸⁰. Wstrzymanie wykonania wyroku w odniesieniu do skargi oznaczać będzie, że wstrzymane będzie przekazanie sprawy do sądu I instancji do czasu zakończenia rozpatrywania skargi przez Sąd Najwyższy. Wprowadzenie więc tego nowego środka do kodeksu postępowania karnego istotnie przybliży polski model do trójinstancyjnego systemu apelacji. W takim układzie orzeczenie sądu odwoławczego podlega kontroli jedynie pod kątem zgodności z prawem przez sąd III instancji, który nie orzeka w sposób merytoryczny. Z tego względu umiejscowienie nowego środka w dziale XI budzi wątpliwości. Bardziej adekwatnym miejscem w kodeksie dla tej instytucji wydaje się być miejsce w ramach postępowania odwoławczego, do którego wprost ono się odnosi.

4. Podstawy skargi oraz tryb postępowania w sprawie

Zgodnie z art. 539a § 3 skarga może być wniesiona wyłącznie z powodu naruszenia art. 437 lub uchybień wymienionych w art. 439 § 1 k.p.k. Rozwiązanie to należy ocenić negatywnie. Przepis odwołuje się do zupełnie różnych podstaw wniesienia skargi, których łącznie ze sobą jest trudne do pogodzenia. Naruszenie art. 437 k.p.k. jest warunkiem *sine qua non* dla błędnego i zbędnego przekazania sprawy sądowi I instancji i samo w sobie zawiera odesłanie do art. 439 § 1. Osobne wprowadzenie bezwzględnych przyczyn odwoławczych jako

⁷⁷ P. Piszczak [w:] P. Kruszyński (red.) *Wykład prawa karnego procesowego*, s. 379.

⁷⁸ R. Szymkiewicz *Skarga na wyrok sądu odwoławczego jako nowy środek odwoławczy w polskiej procedurze karnej* [w:] „Studia Prawnicze i Administracyjne”, nr 15 (1), 2016, s. 100; por. także: D. Gil *Skarga na wyrok sądu odwoławczego jako nowy nadzwyczajny środek zaskarżenia w procesie karnym* [w:] „Ius et administratio” nr 3/2016, s. 85.

⁷⁹ Tak: P. Czarnecki *Skarga na wyrok sądu odwoławczego. (Non)sens nowego rozdziału 55a Kodeksu postępowania karnego?*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, Nr 2/2016, s. 94.

⁸⁰ T. Grzegorzczak [w:] T. Grzegorzczak, J. Tylman *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2014, s. 819.

podstaw skargi oznacza, że przesłanki uchylenia wyroku dotyczyć mogą także postępowania przed sądem II instancji. Stanowi to wyjście na przedpole zakresu objętego kasacją, gdyż zgodnie z art. 523 § 1 k.p.k. bezwzględne przyczyny odwoławcze stanowią jedną z podstaw kasacyjnych. Stanowi to pomieszczenie dwóch gatunkowo różnych podstaw odwoławczych. Naruszenie art. 437 k.p.k. jako podstawy skargi jest logicznie uzasadnione, przepis ten wymienia bowiem enumeratywnie przypadki dopuszczalności uchylenia wyroku i przekazania sprawy sądowi I instancji. Wyrok kasatoryjny zapaść może wyłącznie w przypadku stwierdzenia bezwzględnej przyczyny odwoławczej, występowania którejś z reguł *ne peius* bądź gdy konieczne jest przeprowadzenie przewodu na nowo w całości. Zmiany wprowadzone kolejnymi nowelizacjami mocno ograniczyły możliwość kasatoryjnego orzekania, zawężając ją do pewnego minimum. Przesłanki uchylenia mają w obecnym brzmieniu charakter bezwzględny, co szczególnie widoczne jest na przykładzie art. 439 § 1 i 454 § 1 i 3 k.p.k. kiedy skład orzekający musi wydać określone orzeczenie. W praktyce przesłanką, która może być zbyt często interpretowana rozszerzająco jest konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu sądowego. Wobec lakonicznych stwierdzeń ustawy, w doktrynie przesłanka ta rozumiana jest jako nieprawidłowe przeprowadzenie dowodów lub gdy doszło do naruszenia przepisów odnoszących się do prawidłowego przebiegu przewodu sądowego – istotność tych błędów podlega ocenie składu orzekającego⁸¹. Przepis art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k. stanowi jedyne podstawy uchylenia orzeczenia. Warto dodać, że na mocy nowelizacji kwietniowej nie jest już samoistną podstawą uchylenia rażąca niesprawiedliwość orzeczenia. Stosownie do nowego brzmienia art. 440 k.p.k. orzeczenie w takim przypadku podlega zmianie na korzyść oskarżonego albo w sytuacji określonej w art. 437 § 2 zd. 2 uchyleniu. Wyraźnie widoczny jest w tej sytuacji nacisk kładziony na orzekanie reformatoryjne, albowiem sąd odwoławczy w drodze dostępnych mu środków powinien przeprowadzić przewód sądowy i wydać orzeczenie niwelujące ową rażąca niesprawiedliwość⁸². Wymienienie jako podstawy skargi całego art. 437 k.p.k. wskazuje również na niedbałość w toku prac legislacyjnych, ponieważ przepis art. 437 § 1 k.p.k. jest zbędny dla przedmiotu skargi jako zawierający jedynie reguły orzekania przez sąd odwoławczy⁸³.

Skargę wnosi się w terminie 7 dni od daty doręczenia wyroku z uzasadnieniem za pośrednictwem sądu odwoławczego. Skarga musi być sporządzona przez radcę prawnego lub

⁸¹ M. Klonowski *Orzekanie kasatoryjne przez sąd odwoławczy w procesie karnym*, [w:] P. Czarnecki, M. Nowak *Postępowanie odwoławcze ...* dz. cyt., s. 42-43.

⁸² Tamże, s. 44.

⁸³ R. Szymkiewicz *Skarga na wyrok sądu odwoławczego ...* dz. cyt., s. 103.

adwokata. Stronom przysługuje prawo wniesienia odpowiedzi na skargę w terminie 7 dni od trzymywania jej odpisu, po tym terminie sąd przesyła Sądowi Najwyższemu skargę do rozpoznania. SN orzeka na posiedzeniu niejawnym postanowieniem o oddaleniu skargi bądź wyrokiem uznaje jej zasadność i uchyla wyrok sądu odwoławczego przekazując mu sprawę do ponownego rozpoznania (ponowne rozpoznanie apelacji). Projektodawca w uzasadnieniu do projektu nowelizacji, stwierdza, że „rozwiązanie takie jest przydatne przede wszystkim ze względu na praktyczne korzyści z niego wynikające, polegające m.in. na eliminowaniu bezzasadnych uchyleń wyroków, co bez wątpienia wpływa na przyspieszenie postępowania. Spełnia ono również funkcję prewencyjną, powstrzymując sądy odwoławcze przed pochopną kasatoryjnością orzekania⁸⁴”. Krótki okres obowiązywania nowych przepisów nie pozwala stwierdzić jeszcze, czy założenia projektodawcy co do przyspieszenia procesu zostaną zrealizowane. Poddać należy to jednak w wątpliwość. Jak już zostało powiedziane, wniesienie skargi ma wywoływać skutek suspensywny. Jak trafnie zauważa SN w opinii do projektu, do czasu trwania postępowania należy więc doliczyć wynikający z czynności natury technicznej okres doręczeń, sprawdzania wymogów formalnych, a niekiedy także postępowanie wpadkowe w celu ustanowienia pełnomocnika z urzędu dla zadośćuczynienia przymusowi radcowsko-adwokackiemu⁸⁵. Wszystko to ma miejsce na etapie postępowania przed sądem odwoławczym, wobec czego czas postępowania zostanie wydłużony o właściwe procedowanie przed Sądem Najwyższym. Mimo orzekania w przedmiocie skargi w trybie uproszczonym (na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron), z natury rzeczy procedowanie w tym przedmiocie nie będzie bardzo szybkie. Mimo stosunkowo wąskiego określenia podstaw skargi wprowadzenie tej instytucji w sposób znaczący wpłynie na prace Sądu Najwyższego. Izba Karna SN w 2015 r. rozpoznała ponad 2500 spraw, przy czym w skład Izby wchodzi 28 sędziów. Złożoność zagadnień prawnych rozpoznawanych przez SN doprowadza do wniosku, że wprowadzenie w zakres kognicji SN nowego środka odwoławczego stanowić będzie wyraźne zwiększenie jego obciążenia, a co za tym idzie znacząco wpłynie na czas wyrokowania⁸⁶. W pełni zatem do zaakceptowania były postulaty zgłaszane przez I Prezesa SN w toku prac legislacyjnych, według których postępowanie ze skargi powinno zostać oparte na modelu stosowanym przy wznowieniu postępowania, polegającego na rozdziale kompetencji pomiędzy sądy różnych

⁸⁴ Uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, s. 11.

⁸⁵ Uwagi do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 207, wersja projektu z dnia 27 stycznia 2016 r.), BSA II-021-38/16, s. 23.

⁸⁶ M. Nowak *Skarga na wyrok sądu odwoławczego. Nowy środek zaskarżenia w „nowym” procesie karnym*, [w:] P. Czarnecki, M. Nowak *Postępowanie odwoławcze ...* dz. cyt., s. 334.

szczebli. SN proponuje by rozpatrywaniem skargi od wyroków sądów okręgowych orzekających jako odwoławcze zajmowałyby się sądy apelacyjne, natomiast od wyroków SA skarga przysługiwałaby do SN. SN zauważa przy tym, że skupienie w jednym sądzie kompetencji do rozpoznawania tego środka wcale nie musi zapobiec powstawaniu rozbieżności interpretacyjnych, natomiast zapewnienie jednolitości orzecznictwa mogłoby nastąpić w drodze art. 60 ustawy o Sądzie Najwyższym lub w wyjątkowych sytuacjach poprzez wyposażenie sądów apelacyjnych w możliwość kierowania pytań prawnych do SN⁸⁷. W istocie więc całość postępowania zostaje przedłużona, co stanowi zaprzeczenie *ratio legis* nowelizacji.

Uruchomienie postępowania ze skargi zależne jest tylko od woli stron. Nie jest możliwe procedowanie w sprawie z urzędu. Co może zaskakiwać, uprawnienia do wniesienia skargi nie posiadają rzecznicy interesu publicznego. Artykuł 539f k.p.k. nie zawiera bowiem odesłania do art. 521 k.p.k. przewidującego możliwość wniesienia kasacji przez Prokuratora Generalnego, Rzecznika Praw Obywatelskich i Rzecznika Praw Dziecka. Rozwiązanie takie jest jak najbardziej słuszne, albowiem unika się w ten sposób dalszego wydłużenia postępowania. Sprowadza to jednak skargę do kategorii zwyczajnych środków zaskarżenia, których cechą jest, że przysługują one wyłącznie stronom procesu.

Trudne do zrozumienia jest dlaczego skarga z rozdziału 55a k.p.k. zwolniona jest z opłaty sądowej, podczas gdy wniesienie kasacji taką opłatą jest obarczone. Wskazanie przez projektodawcę w uzasadnieniu, że „skarga nie podlegałaby opłacie, gdyż jej istota polega na przeciwdziałaniu bezpodstawnemu przedłużaniu się postępowania karnego poprzez naruszenie przez sąd odwoławczy unormowania art. 437 § 2 k.p.k. i uchylenie wyroku przy braku zaistnienia ku temu przesłanek” jest irracjonalne. Równie dobrze można stwierdzić, że kasacja jako służąca eliminacji poważnych błędów proceduralnych, bo oparta przecież na bezwzględnych przyczynach odwoławczych, również powinna być zwolniona od opłaty sądowej. Stosownie do art. 527 § 4 k.p.k. w przypadku uwzględnienia wniesionej kasacji opłata podlega zwrotowi stronie, która ją wniosła. Analogiczne rozwiązanie powinno obowiązywać w przypadku skargi z rozdziału 55a k.p.k., co chroniłoby przed nadużywaniem tej instytucji przez stronę procesową, której zależałoby na przedłużaniu postępowania.

5. Konotacje cywilistyczne

Ustawodawca nie kryje tego, że konstrukcja środka przewidzianego w rozdziale 55a k.p.k. oparta została na rozwiązaniu istniejącym w postępowaniu cywilnym. Wprowadzony w

⁸⁷ Uwagi do projektu ustawy ..., s. 24.

2011 r. art. 394¹ § 1¹ k.p.c. przewiduje, że zażalenie do Sądu Najwyższego przysługuje w sytuacji uchylenia przez sąd II instancji wyroku sądu pierwszoinstancyjnego i przekazania mu sprawy do ponownego rozpoznania. Uzasadnieniem tego rozwiązania było nadużywanie kasatoryjnego orzekania, co wypaczało merytoryczny charakter orzekania sądu odwoławczego w procesie cywilnym. W przeciwieństwie jednak do procesu karnego, tradycje orzekania merytorycznego w sprawach cywilnych przez sąd II instancji są dużo większe. Mimo tego, funkcjonowanie wspomnianego przepisu w procesie cywilnym nie spotyka się z aprobatą. Wskazywane jest, że konstrukcja przewidziana w art. 394¹ § 1¹ k.p.c. stoi w sprzeczności z systemem środków zaskarżenia w polskim prawie, ponieważ przewiduje możliwość wnoszenia zażalenia od orzeczenia przyjmującego postać wyroku, sam zaś charakter tego zażalenia nie wpływa wcale na przyspieszenie toku procesu⁸⁸. Kontrola dokonywana przez SN bowiem na podstawie tego środka ma charakter formalny, skupiający się na ustanowionych w art. 386 § 2 k.p.c. przesłankach uchylenia orzeczenia sądu I instancji, bez wkraczania w kompetencje sądu odwoławczego, poza sferą kontroli pozostają zaś natomiast ocena tego merytorycznego stanowiska prawnego sądu II instancji, jak również wskazania sądu II instancji co do dalszego postępowania czy też wykładnia prawa materialnego dokonana przez ten sąd⁸⁹. W sposób analogiczny przedstawia się sytuacja na gruncie skargi z rozdziału 55a k.p.k., co wynika z treści art. 539e § 2 k.p.k., przewidującego jakie orzeczenia wydaje SN po rozpoznaniu skargi.

6. Skarga przeciwkasacyjna w systemie karnoprosesowych środków prawnych

Wprowadzenie nowego środka prawnego, który ma znaczący wpływ na przebieg postępowania sądowego powinno być gruntownie przemyślane i konsultowane ze środowiskiem prawniczym. W przeciwieństwie do nowelizacji z 2013 r., nowela kwietniowa przeprowadzona była szybko, bez dogłębnych konsultacji z zainteresowanymi środowiskami, a nadto jej okres *vacatio legis* w porównaniu do półtorarocznego okresu Wielkiej Nowelizacji był drastycznie krótki. Liczący bez mała ok. 600 artykułów kodeks postępowania karnego w ciągu kilkunastu lat obowiązywania doczekał się 729 poprawek poszczególnych przepisów⁹⁰. Z pewnością nie sprzyja to stabilności prawa ani nie ułatwia pracy praktykom prawa. Zawilość

⁸⁸ M. Wójcik (red.) Komentarz aktualizowany do ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, komentarz do art. 394¹ k.p.c., teza nr 6, opubl. LEX 2016.

⁸⁹ M. Manowska (red.) Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1-505(38), komentarz do art. 394¹ k.p.c., Warszawa 2015.

⁹⁰ T. Gardocka (red.) i in. *Zamęt w wymiarze sprawiedliwości karnej*, Warszawa 2016, s. 10.

przepisów przejściowych oraz czas trwania poszczególnych spraw powoduje, że *de lege lata* w procesie karnym funkcjonują trzy porządki prawne, w których kodeks postępowania karnego przyjmuje brzmienie sprzed 1 lipca 2015 r. (data wejścia w życie Wielkiej Nowelizacji), po 1 lipca 2015 r. oraz po 15 kwietnia 2016 r. (data wejścia w życie noweli kwietniowej). Rezultatem takiego stanu rzeczy była konieczność wypowiedzenia się Sądu Najwyższego w kwestii dopuszczalności wnoszenia skargi na wyrok kasatoryjny. SN stwierdził, że skarga dopuszczalna jest jedynie w sprawach, w których akt oskarżenia został wniesiony po dniu 30 czerwca 2015 r. W pozostałych sprawach skarga taka nie przysługuje, a jej wniesienie powinno wywołać jedynie czynność administracyjną prezesa sądu odwoławczego, sprowadzającą się do poinformowania strony o braku możliwości wniesienia takiej skargi. Czynność taka nie podlega zaskarżeniu w trybie przepisów Kodeksu postępowania karnego⁹¹.

Jak słusznie zauważa w swojej opinii Krajowa Izba Radców Prawnych, konstrukcja skargi prowadzić może do zachwiania względnie stabilnego systemu środków zaskarżenia w procesie karnym⁹². Zastrzeżenia budzi bowiem terminologia, jaką posługuje się ustawodawca na nazwanie nowego środka odwoławczego. Określenie bowiem „skarga na wyrok sądu odwoławczego” jest pojęciem znanym doktrynie i obejmuje swym zakresem nadzwyczajne środki zaskarżenia wnoszone od prawomocnych orzeczeń sądu odwoławczego. Jak już była wcześniej mowa, immamentne cechy tej skargi prowadzą także do konstatacji, że jest to zwyczajny środek odwoławczy, przez co określanie go mianem „skargi” jest niekonsekwentne. Funkcjonujące na gruncie postępowania cywilnego zażalenie na podst. art. 394¹ § 1¹ k.p.c. krytykowane jest z tego względu, że przewiduje możliwość skarżenia wyroku za pomocą zażalenia. Jest to jednak nazwa bardziej adekwatna dla tego środka aniżeli „skarga” ponieważ istotą tego postępowania jest jedynie kontrola uchybień proceduralnych. Nie jest do zaakceptowania pogląd jakoby nazwa ta była jedyną racjonalną do zastosowania ze względu na kontekst całego systemu środków zaskarżenia w k.p.k.⁹³. Co więcej, trudności we właściwym określeniu nazwy i charakteru tego środka wskazują na jego sprzeczność z założeniami procesu karnego i nienaturalność, a co za tym idzie jego zbędność. Z tego powodu adekwatnym rozwiązaniem wydaje się być (co najmniej) zarówno zmiana nazwy tego środka, jak również

⁹¹ Postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Karna z dnia 28 lipca 2016 r., sygn. IV KZ 39/16, opubl. Legalis nr 1482452.

⁹² Opinia Ośrodka Badań, Studiów i Legislacji Krajowej Rady Radców Prawnych dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy –Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 207), s. 19; por. także: D. Gil *Skarga na wyrok sądu odwoławczego jako nowy nadzwyczajny środek ...* dz. cyt., s. 93.

⁹³ J. Pawlikowska, M. Wantoła *Skarga na wyrok sądu karnego odwoławczego ...* dz. cyt., s. 325.

jego miejsca w strukturach kodeksu, np. art. 426 k.p.k., który przewiduje wyjątkową możliwość skarżenia postanowień sądu odwoławczego⁹⁴ (tzw. instancja pozioma).

Poruszenia wymaga także kwestia zmian dokonanych przy okazji kolejnej nowelizacji w czerwcu oraz trwające obecnie pracę nad jej zmianą. W kwestii kasatoryjnego orzekania przez sąd odwoławczy oraz *ratio legis* wprowadzenia rozdziału 55a k.p.k. zasadnicze znaczenie ma art. 5 ustawy nowelizującej kodeks postępowania karnego⁹⁵. Przepis⁹⁶ ten zawiera kluczowe rozwiązanie z punktu widzenia postępowania karnego. Wprowadza on możliwość złożenia przez prokuratora wiążącego sąd wniosku o przekazanie mu sprawy w celu uzupełnienia postępowania przygotowawczego, a więc stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 344a k.p.k., który daje możliwość zwrotu sprawy prokuratorowi przez sąd, przy czym sąd czyni to w tym przypadku z własnej inicjatywy, a decyzja ta ma charakter fakultatywny. Trwające obecnie prace nad zmianą tej ustawy przewidują doprecyzowanie brzmienia tego przepisu⁹⁷, tak by nie było wątpliwości co do możliwości skorzystania z tej instytucji także na etapie postępowania odwoławczego. Skutkiem wniosku prokuratora będzie konieczność uchylecia wyroku sądu I instancji. Nowelizacja przepisu wyklucza także złożenie zażalenia na postanowienie sądu w tym przedmiocie. Abstrahując od ocen prawnych takiego rozwiązania, nie można nie zauważyć, że ustawodawca, który wprowadzając rozdział 55a do kodeksu uzasadniał go przede wszystkim przyspieszeniem postępowania, przy okazji kolejnej nowelizacji podejmuje kroki zupełnie sprzeczne z tą ideą. Przepis przewiduje, że złożenie nowego aktu oskarżenia powinno nastąpić w przeciągu 6 miesięcy od zwrotu sprawy, pamiętać jednak należy, że *de facto* postępowanie wydłużone zostanie o wiele bardziej z uwagi na obciążenie sądów.

⁹⁴ P. Czarnecki *Skarga na wyrok sądu odwoławczego* ... dz. cyt., s. 94.

⁹⁵ Ustawa z dnia 10 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, Dz. U. 2016 poz. 1070.

⁹⁶ Art. 5. 1. Jeżeli w sprawach, w których przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy skierowano do sądu akt oskarżenia, wniosek o wydanie wyroku skazującego, wniosek o warunkowe umorzenie postępowania lub wniosek o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego, ujawniły się istotne okoliczności, konieczność poszukiwania dowodów lub zachodzi konieczność przeprowadzenia innych czynności mających na celu wyjaśnienie okoliczności sprawy, sąd na wniosek prokuratora przekazuje mu sprawę w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia. Przepis art. 344a § 3 ustawy, o której mowa w art. 1, stosuje się. 2. Prokurator może złożyć nowy akt oskarżenia, wniosek o wydanie wyroku skazującego, wniosek o warunkowe umorzenie postępowania, wniosek o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego lub podtrzymać poprzedni akt oskarżenia lub wniosek, nie później niż w terminie 6 miesięcy od dnia przekazania sprawy. 3. Przepisu ust. 1 nie stosuje się w sprawach, w których akt oskarżenia wniosł oskarżyciel posiłkowy. Prokurator może jednak wstąpić do takiej sprawy na zasadach określonych w art. 55 § 4 ustawy, o której mowa w art. 1.

⁹⁷ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki oraz niektórych innych ustaw z dnia 9 września 2016 r., druk sejmowy nr 851. Wprowadza on przepis: 1a. Jeżeli wniosek, o którym mowa w ust. 1, został złożony w postępowaniu odwoławczym, sąd odwoławczy, przekazując sprawę prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia, uchyla zaskarżany wyrok.

7. Zakończenie

Niewątpliwie, nowelizacja kwietniowa przyniosła wiele zmian w procedurze karnej. W obszarze jednak postępowania odwoławczego, do którego odwołuje się rozdział 55a k.p.k., zmiany w stosunku do Wielkiej Nowelizacji z 2013 r. były niewielkie. *De lege lata* możliwości kasatoryjnego orzekania przez sąd odwoławczy zostały bardzo mocno ograniczone. Oznacza to, że w sytuacjach określonych w art. 437 § 2 zd. 2 k.p.k. sąd zobligowany jest do uchylenia wyroku I instancji i przekazania mu sprawy do ponownego rozpoznania, norma ta charakter bowiem *ius cogens*. Przepisy ograniczające kasatoryjność orzekania funkcjonują w obecnym brzmieniu dopiero od 1 lipca 2015 r., a w dużej części spraw, w których wniesiono akt oskarżenia przed tą datą, zgodnie z przepisami przejściowymi postępowanie przed sądem odwoławczym odbywa się na podstawie poprzednich przepisów, które mocno ograniczały orzekanie merytoryczne. Z tego względu brak jest dostatecznych danych przemawiających za tym, że w świetle nowych przepisów zobowiązujących sąd do orzekania merytorycznego, składy orzekające nadmiernie i *contra legem* wydawały wyroki kasatoryjne, co stanowi uzasadnienie dla wprowadzenia nowego środka odwoławczego w postaci rozdziału 55a kodeksu. Niewykluczone, że w dłuższej perspektywie obowiązywania tych przepisów zdarzą się przypadki, w których Sąd Najwyższy uchyli wyrok sądu odwoławczego, jednak w świetle znowelizowanego modelu postępowania odwoławczego nie wydaje się by skala tego zjawiska wymagała tak drastycznego rozwiązania. Podkreślenia wymaga także, że skarga na wyrok sądu odwoławczego nie spełni także jednego z głównych założeń ustawodawcy w postaci przyspieszenia procesu. Co więcej, może to przynieść skutek odwrotny od zamierzonego.

O autorze

Jan Kluza jest studentem V roku prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim, gdzie jest seminarzystą w Katedrze Postępowania Karnego. Zainteresowania: prawo karne materialne, proces karny, struktura przestępstwa.

Streszczenie

Artykuł przedstawia omówienie nowego środka odwoławczego w procesie karnym wprowadzonym na podstawie nowelizacji kodeksu postępowania karnego z marca 2016 r., której głównym założeniem było zmniejszenie kontradiktoryjności w procesie. Skarga na wyrok sądu odwoławczego przysługuje na orzeczenie sądu II instancji uchylające wyrok sądu I instancji i przekazujące mu sprawę do ponownego rozpoznania. Zdaniem ustawodawcy orzekanie kasatoryjne w procesie karnym jest nadużywane, wobec czego konieczne jest stworzenie środka, który ma spowodować częstsze orzekanie merytoryczne i w ten sposób przyspieszyć proces.

Summary

This article presents a discussion of the new remedy in the criminal process introduced under amendments to the Criminal Procedure Code in March 2016. Its main objective was to reduce the adversarial process. Action against the judgment of the appellate court is entitled to the judgment of the court of second instance repealing the judgment of the court of first instance and remanded the case for reconsideration. According to the legislator to adjudicate kasatoryjne in the criminal process is being abused, so that it is necessary to create a measure to cause more frequent substantive adjudication and thus speed up the process.

Prawno-kryminalistyczna problematyka phishingu, ze szczególnym uwzględnieniem środowiska bankowości internetowej

Daniel Lubowiecki

Termin „phishing” powstał w połowie lat 90. XX w. Po raz pierwszy posłużono się nim na łamach hakerskiego magazynu „2600”. Określenie to przeważnie tłumaczy się, jako *password harvesting fishing* (ang. łowienie haseł), można spotkać się też z opinią, że powstało ono poprzez połączenie słów *fishing* (ang. rybołówstwo) oraz *phreaking* (ang. łamanie zabezpieczeń komputerowych)⁹⁸. Jest to rodzaj oszustwa, polegający na podszywaniu się przez sprawcę pod inną osobę lub organizację, w celu wyłudzenia określonych informacji (np. danych logowania do bankowości internetowej) lub nakłonienia ofiary do realizacji określonych działań⁹⁹.

Phishing, nazywany jest niekiedy „nową kategorią cyberprzestępczości XXI wieku”¹⁰⁰. Warto zauważyć jednak, że nie jest to nowe zjawisko a pierwszy atak phishingowy na dużą skalę odnotowano już w 1995 r. Sprawcy udając pracowników America Online (dalej: AOL)¹⁰¹, wysyłali wiadomości e-mail z prośbą o podanie hasła do konta. Jako argumentację podawali konieczność weryfikacji konta albo potwierdzenia danych na rachunku. Mając już tę informację, wkradali się na konta i spisywali dane kart kredytowych, które następnie wykorzystywali do własnych celów. Pomimo, że społeczność posługująca się AOL była informowana o potencjalnym zagrożeniu komunikatem o treści „Żaden pracownik AOL nigdy nie zapyta o twoje hasło lub dane do opłacenia rachunku”, liczba poszkodowanych stale rosła¹⁰².

⁹⁸ R. Janus, M. Delio, *Niebezpieczne wędkowanie*, „PC World Komputer” nr 04/2005, Warszawa 2005, s. 148.

⁹⁹ M. Górniewicz, R. Obczyński, M. Pstruś, *Bezpieczeństwo finansowe w bankowości elektronicznej-przestępstwa finansowe związane z bankowością elektroniczną*, Warszawa 2014, s. 7.

¹⁰⁰ J. Nawrat, *Phishing i antyphishing w bankowości internetowej*, „Boston IT Security Review” nr 4, 2008, s.50.

¹⁰¹ America Online jest jednym z głównych dostawców usług internetowych. Powstał w 1983 roku jako Quantum Computer Services, w późniejszych czasach posługiwał się nazwą America Online. W latach 90. AOL był utożsamiany przez wielu Amerykanów z Internetem. W najlepszych latach obsługiwał ok. 30 milionów subskrybentów.

¹⁰² M. Gajewski, *Phishing-łowienie naiwnych*, <http://www.chip.pl/artykuly/trendy/2009/11/phishing-lowienie-naiwnych>, 06.11.2016.

Łatwowierność i naiwność użytkowników Internetu sprzyja cyberprzestępcom posługującym się inżynierią społeczną. Kolejnym atakiem na dużą skalę było wyłudzenie danych osobowych od klientów instytucji E-gold¹⁰³. Tym razem phisherzy wykorzystując lęk społeczeństwa spowodowany atakami na World Trade Center w Nowym Jorku z 11 września 2001 r. zgłosili się do jego klientów z żądaniem niezwłocznego potwierdzenia swoich danych personalnych. Argumentowali to koniecznością ochrony ekonomii kraju w związku z możliwą wojną na terenie Stanów Zjednoczonych. W tym przypadku liczba osób, które wpadły w pułapkę również była znaczna¹⁰⁴.

Powyższe przykłady pokazują, że ataki phishingowe nie polegają jedynie na omijaniu zabezpieczeń komputerowych, ale przede wszystkim bazują na ludzkiej nieostrożności i łatwowierności.

Obecnie ataki phishingowe przybrały niewyobrażalnie wielką skalę. Według niektórych szacunków każdego miesiąca na całym świecie rozsyłanych jest ponad 6 miliardów e-maili próbujących wykorzystać phishing¹⁰⁵. Tylko w 2014 r. CERT Polska zarejestrował ponad 85 tysięcy zgłoszeń phishingu dotyczących prawie 19 tysięcy adresów URL¹⁰⁶. Należy podkreślić jednak, że statystyki te dotyczą tylko stron hostowanych w Polsce, a więc nie uwzględniają phishingów polskich instytucji, które hostowane były za granicą.

Pomimo ogromnej skali zjawiska, literatura poruszająca omawiane kwestie jest bardzo uboga. Niniejszy artykuł ma na celu ukazanie prawnokryminalistycznej analizy problematyki phishingu, ze szczególnym uwzględnieniem środowiska bankowości internetowej, bowiem w tym obszarze w ostatnich latach skala zjawiska przybrała niespotykane dotąd rozmiary.

Metody działania sprawców phishingu

Ataki phishingowe można podzielić ze względu na cel w który zostały wymierzone na:

1. masowe, czyli skierowany do jak najszerszego kręgu odbiorców,
2. grupowe, a więc wymierzone np. w klientów określonego banku lub innej instytucji,
3. spersonalizowane, czyli nakierowane na konkretną osobę.

¹⁰³ J. Gąsiorowski, P. Podsiedlik, *Przestępstwa w bankowości elektronicznej w Polsce. Próba oceny z perspektywy prawnokryminalistycznej*, Dąbrowa Górnicza 2015, s. 146.

¹⁰⁴ Tamże.

¹⁰⁵ www.sonicwall.com/fuhrl/phishing, 07.11.2016.

¹⁰⁶ Zespół CERT Polska działa w strukturach NASK (Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej) – instytutu badawczego prowadzącego działalność naukową, krajowy rejestr domen .pl i dostarczającego zaawansowane usługi teleinformatyczne. CERT Polska to pierwszy powstały w Polsce zespół reagowania na incydenty. W 2010 roku CERT Polska dołączył do Anti-Phishing Working Group, czyli stowarzyszenia gromadzącego firmy i instytucje aktywnie walczące z przestępczością w sieci.

Metody działania w każdym z wymienionych przypadków będą się od siebie różniły¹⁰⁷.

Najpowszechniejsza forma phishingu polega na przesłaniu e-maili do potencjalnych ofiar, w których atakujący podszywa się pod zaufaną osobę lub instytucję. Jeżeli celem ataku są np. klienci konkretnego banku, to wiadomość spreparowana jest w taki sposób, aby łudząco przypominała korespondencje faktycznie wysyłaną przez jego pracowników. Wiadomość taka zawiera przeważnie informacje o anulowaniu transakcji, zablokowaniu konta lub o rzekomej próbie włamania się na nie przez osoby postronne a także wskazuje, że jedynym rozwiązaniem jest weryfikacja właściciela poprzez stronę internetową banku, do której odnośnik zostaje umieszczony w wiadomości.

W lutym 2016 roku klienci mBanku otrzymali wiadomość następującej treści:

Rysunek. 1 Wiadomość wysłana do klientów mBanku



Źródło: <https://niebezpiecznik.pl/post/uwaga-klienci-mbanku/> (dostęp: 06.11.2016).

¹⁰⁷ W doktrynie można spotkać się również z innym podziałem rodzajów ataków phishingowych. F. Randoniewicz wśród nich wskazuje: a) *spear phishing*, który występuje, gdy e-maile sprawcy skierowane są do określonego kręgu podmiotów, b) *whaling*, gdy celem ataku są członkowie organów przedsiębiorstw, c) *social phishing*, czyli phishing, w którym środowiskiem działania sprawcy są portale społecznościowe. Zob. szerzej: F. Radoniewicz, *Odpowiedzialność karna za hacking i inne przestępstwa przeciwko danym komputerowym i systemom informatycznym*, Warszawa 2016, s. 95-96.

Wiadomość z pozoru nie budziła żadnych podejrzeń, jednak po kliknięciu w zamieszczony link następowało przekierowanie na stronę www.m-autoryzacja.com, która została utworzona na potrzeby ataku. Jeżeli ofiara tego nie zauważyła i wpisała swój identyfikator oraz hasło została przekierowana na następną stronę, na której z kolei została poproszona o podanie numeru karty i jej ważności oraz kodu służącego do weryfikacji. Po wykonaniu powyższych czynności ofiara zostaje przekierowana na oficjalną stronę banku a podane informacje przesłane do phishera a następnie wykorzystane w przestępczym celu.

Aby link do strony nie budził podejrzeń phisherzy stosują różne techniki mające uspić czujność ofiary. Jedną z nich jest maskowanie adresu strony internetowej. Polega ono na tworzeniu domeny o bardzo podobnej nazwie do tej, której użytkownicy mają być celem ataku. Przykładowo, jeżeli strona internetowa banku dostępna jest pod adresem <https://www.bankxyz.pl>, to stworzona na potrzeby ataku domena może przybrać postać <https://www.bankxyz.com.pl>, <https://www.bankyxz.pl> czy też <https://www.bank-xyz.pl>. Popularnym sposobem jest także podmiana podobnych do siebie znaków jak np. „l” na „1” albo wykorzystanie IDN, czyli domen zawierających znaki spoza ASCII¹⁰⁸. W tym przypadku adres URL banku mógłby wyglądać następująco: <https://www.bankxyz.com.pl>¹⁰⁹.

Kolejną techniką jest wykorzystywanie odsyłacza internetowego zapisanego w języku HTML, dzięki czemu pomimo, że w wiadomości widoczny będzie adres <https://www.bankxyz.pl> to faktycznie nastąpi przekierowanie na dowolną, wskazaną w odsyłaczu stronę¹¹⁰. Co prawda większość przeglądarek wyświetla na dole interfejsu adres do którego ma nastąpić przekierowanie, lecz niewielu użytkowników zwraca na to uwagę. Strony phishingowe często korzystają także z zakupionych albo przechwyconych z serwera innej strony certyfikatów SSL, co dodatkowo umacnia ich wiarygodność¹¹¹.

Inna forma ataku phishingowego polega na przesłaniu wiadomości email z zainfekowanym załącznikiem np. pod pretekstem przesłania faktury. Pod koniec 2014 r. wielu klientów sieci Play otrzymało informacje o rzekomo nieuregulowanej płatności o treści:

¹⁰⁸ IDN (Internationalized Domain Name) jest to rodzaj domeny umożliwiający tworzenie adresów URL z wykorzystaniem znaków innych niż występujących w alfabecie łacińskim (ASCII) np. pochodzących z cyrylicy.

¹⁰⁹ Z pozoru identycznie wyglądający adres URL zostanie odmiennie zakodowany w Unicode. Zamiast łacińskiego „a” (o kod: U+0061) użyto znaku „a” z cyrylicy (kod: U+0430).

¹¹⁰ Budowa odsyłacza HTML do adresu internetowego wygląda następująco: `<a href="adres internetowy">opis odsyłacza</a>`. Opis może być konstruowany dowolnie, może przybrać postać adresu innej strony albo np. polecenia „kliknij tutaj”.

¹¹¹ Certyfikaty SSL są narzędziem zapewniającym ochronę stron internetowych oraz gwarantem zachowania poufności danych przesyłanych drogą elektroniczną. Certyfikaty SSL są rejestrowane na określoną nazwę domeny, zawierają informacje o właścicielu domeny, jego adresie itp.

Rysunek. 2 wiadomość wysłana do klientów sieci Play



Witaj, Krzysztof

Przypominamy o nieuregulowanej płatności za fakturę o numerze F/2853316/10/14 wystawioną w dniu 19/10/2014. Faktura w formie elektronicznej została dołączona do wiadomości. Jak czytać fakturę? - **instrukcja**.

Forma płatności:	Przelew / Foto wpłata
Termin płatności:	31/10/2014
Nazwa wystawcy:	P4 sp. z o.o. ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa, NIP 951-21-20-077
Kwota do zapłaty	331,27 zł
Numer konta:	46 1090 0004 7777 0100 2573 5659
Zalecany tytuł przelewu:	Play faktura F/20249758/09/14 klient 25735659

Dziękujemy za terminowe dokonywanie płatności, które chroni przed naliczaniem odsetek ustawowych.

Jednocześnie informujemy, że archiwum e-faktur znajduje się na serwisie **Play24**, gdzie można sprawdzić integralność treści i autentyczność pochodzenia załączonej faktury.

Zachęcamy do wypełnienia ankiety na temat e-faktury. Ankieta dostępna jest po zalogowaniu do Play24, w zakładce Faktury. Państwa opinia jest dla nas bardzo ważna. Dziękujemy!

Pozdrawiamy.

Wiadomość wysłana przez Spółkę P4 sp. z o.o., z siedzibą i adresem w Warszawie, ul. Taśmowa 7, 02-677 Warszawa, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000217207, prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla miasta stołecznego Warszawy, XIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, NIP 951-21-20-077, REGON 015808609, ZSEE E0008436W, której kapitał zakładowy wynosi: 48 456 500,00 zł.

Źródło: <https://niebezpiecznik.pl/post/uwaga-na-falszywe-faktury-z-play/> (dostęp: 06.011.2016).

Jak widać, odbiorcy wiadomości adresowani byli imieniem i nazwiskiem co dodatkowo wzbudzało wrażenie autentyczności maili. Załączony w wiadomościach plik opisany został pod nazwą faktury z rozszerzeniem .pdf. Tak naprawdę człon „pdf” stanowił jedynie część nazwy pod którą zapisany został plik. Faktycznie było to rozszerzenie .pif. Jest ono najczęściej wykorzystywane w tego typu atakach, ponieważ jest zdolne do obsługi plików wykonywalnych a jednocześnie nie jest wyświetlane użytkownikom. Otwarcie takiego załącznika powoduje instalację na komputerze wirusa o nazwie *banatrix*, który podmienia ciąg liczb odpowiadający rachunkowi bankowemu na numer konta słupa¹¹². Osobie dokonującej przelewu ciągle wyświetla się jednak poprawny nr konta. Co więcej, nawet po wejściu w historię operacji widnieje prawidłowy numer, dopiero po wydrukowaniu potwierdzenia ukazuje się numer na który faktycznie zostały przelane pieniądze. Jedynym sposobem weryfikacji, czy przelew trafi na właściwe konto jest sprawdzenie ostatnich czterech cyfr w wiadomości sms będącej

¹¹² Określenie „słup” oznacza osobę fizyczną, wykorzystaną przez przestępców podczas dokonywania różnego rodzaju oszustw w celu ukrycia faktycznego sprawcy czynu. Jest to określenie powszechnie stosowane przez kryminologów. Według definicji zawartej w Wielkim słowniku języka polskiego przez pojęcie „słupa” należy rozumieć osobę, która firmuje swoim nazwiskiem jakieś działanie, w celu ukrycia faktycznego inspiratora lub uczestnika.

narzędziem autoryzacyjnym (pod warunkiem, że sprawca nie przejął kontroli również nad telefonem).

Najbardziej wysublimowaną i najtrudniejszą do wykrycia formą ataku phishingowego jest tzw. *pharming*. Polega on na takim manipulowaniu „pytań o kierunek” zgłaszanych przez komputer, aby nastąpiło dyskretne przekierowanie użytkownika do fałszywej witryny stworzonej przez sprawcę. Można to osiągnąć poprzez ingerencję w pamięć podręczną DNS (*Domain Name System*) komputera lokalnego albo nawet całego serwera¹¹³. Oznacza to, że nawet jeżeli użytkownik ręcznie wpisze prawidłowy adres witryny to i tak zostanie przekierowany do strony phishingowej, pomimo, że na pasku przeglądarki nadal będzie wyświetlany prawidłowy adres.

Prawnokarna kwalifikacja phishingu

Prawnokarna kwalifikacja phishingu jest zagadnieniem problematycznym i złożonym, ponieważ działania sprawców phishingu poprzez swoją różnorodność nie dają się przypisać do konkretnego przepisu karnego. Polskie prawo karne nie zna bowiem przestępstwa phishingu. Wskazać należy jednak, że działania polegające na podszywaniu się pod zaufaną osobę lub instytucję w celu wyłudzenia określonych danych osobowych wypełniają znamiona przestępstwa określonego w art. 190a § 2 k.k.¹¹⁴. Przepis ten stanowi, że karze pozbawienia wolności do lat 3 podlega ten, kto podszywając się pod inną osobę, wykorzystuje jej wizerunek lub inne jej dane osobowe w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej. Przez podszycie się należy rozumieć przede wszystkim wprowadzenie w błąd innych osób co do własnej tożsamości. Z kolei za dane osobowe uznaje się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej w celu ustalenia jej tożsamości¹¹⁵.

Przestępstwo stypizowane w art. 190a § 2 k.k. ma charakter powszechny, formalny i może być popełnione jedynie w zamiarze kierunkowym¹¹⁶. Oznacza to, że zostaje dokonane już w momencie podszycia się za ofiarę tego przestępstwa przez sprawcę wykorzystującego jej wizerunek oraz dane osobowe. Ponadto, czynności sprawcze muszą być podjęte w celu wyrządzenia pokrzywdzonemu szkody majątkowej lub osobistej. W doktrynie podkreśla się,

¹¹³ Zob. szerzej nt. DNS: *jak działa system DNS*, <https://www.kei.pl/blog/czyli-wiecej-o-systemie-dns/>, 01.01.2016.

¹¹⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, Dz.U. 1997 nr 88 poz. 553.

¹¹⁵ S. Hypś [w:] Kodeks karny. Komentarz., red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2014, s. 740.

¹¹⁶ M. Mozgawa [w:] Kodeks Karny. Komentarz, red. M. Mozgawa, Warszawa 2014, s. 473.

że do jego dokonania nie jest potrzebne rzeczywiste spowodowanie szkody, wystarczy jedynie, aby sprawca dążył w tym kierunku¹¹⁷. W związku z tym, działania sprawcy phishingu polegające na stworzeniu fałszywej strony internetowej oraz zdobyciu w ten sposób danych potrzebnych do zalogowania się np. na witrynie banku oraz narzędzi autoryzacyjnych służących do wykonania przelewu wypełniają znamiona określone w art. 190a § 2 k.k., chociażby sprawca nie uzyskał w ten sposób korzyści majątkowej.

Uzyskanie danych osobowych na potrzeby ataku phishingowego może być następstwem tzw. przestępstwa komputerowego o którym mowa w art. 287 k.k. W myśl tego przepisu, kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia innej osobie szkody, bez upoważnienia, wpływa na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych lub zmienia, usuwa albo wprowadza nowy zapis danych informatycznych, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

Przestępstwo to może zostać popełnione na dwa sposoby. Pierwszy z nich polega na wpłynięciu bez upoważnienia na przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych¹¹⁸. Drugi zaś wiąże się z wpłynięciem na istniejące informacje. Może ono polegać na zmianie lub usunięciu danych istniejących w systemie informatycznym lub przybrać postać wprowadzenia nowych danych do systemu informatycznego. W tym przypadku jednak, sprawcy musi towarzyszyć określony cel, jakim jest chęć osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenie szkody majątkowej innej osobie. Warunek ten sprawia, że przepis art. 287 k.k. jest przepisem szczególnym do innych przepisów karnych chroniących informacje¹¹⁹. Jak podkreślił Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 14 października 2008 r. „Przestępstwo z art. 287 § 1 k.k., dokonane jest już z chwilą wprowadzenia zmian lub innej opisywanej w tym przepisie ingerencji w urządzenie lub system do gromadzenia, przetwarzania lub przesyłania informacji za pomocą techniki komputerowej. Efektywna szkoda nie należy zatem do jego znamion”. Podobnie zatem jak w art. 190a § 2 k.k., sprawca nie musi uzyskać korzyści majątkowej, aby jego zachowanie wypełniało znamiona omawianego przepisu.

¹¹⁷ M. Filar [w:] Kodeks Karny. Komentarz, red. M. Filar i in., Warszawa 2016, s. 1174.

¹¹⁸ Przez dane informatyczne należy rozumieć dowolne przedstawienie faktów, informacji lub pojęć w formie właściwej do przetwarzania w systemie informatycznym, łącznie z odpowiednim programem powodującym wykonanie funkcji przez system informatyczny (art. 1b Konwencji o cyberprzestępczości sporządzonej w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r.).

¹¹⁹ T. Oczkowski [w:] Kodeks karny. Komentarz, red. Ryszard A. Stefański, s. 1701.

Jeżeli którekolwiek z wyżej wymienionych ingerencji poprzedza przełamanie lub ominięcie szczególnego zabezpieczenia danych informatycznych, sprawca phishingu dopuszcza się również czynu określonego w art. 267 k.k., który może być uznany za czyn współukarany uprzedni lub fragment czynu ciągłego¹²⁰. W rozumieniu tego przepisu osoba bezprawnie uzyskująca dostęp do informacji dla niej nieprzeznaczonej, otwierająca zamknięte pismo, podłączająca się do sieci telekomunikacyjnej lub przełamująca albo omijająca elektroniczne, magnetyczne, informatyczne czy też inne szczególne jej zabezpieczenia, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Tej samej karze podlega również ten, kto bez uprawnienia uzyskuje dostęp do całości lub części systemu informatycznego, jak również osoba, która w celu uzyskania informacji, do której nie jest uprawniona, zakłada lub posługuje się urządzeniem podsłuchowym, wizualnym albo innym urządzeniem lub oprogramowaniem. Penalizowane jest ponadto ujawnienie innej osobie informacji uzyskanych w ten sposób.

Dobrem chronionym tego przepisu jest więc przede wszystkim zabezpieczenie informacji przed dostępem ze strony osób nieuprawnionych. Aktualne brzmienie art. 267 k.k. umożliwia przypisanie odpowiedzialności karnej, nie tylko gdy sprawca zapoznał się z informacją nieprzeznaczoną dla niego, lecz także gdy przejął władztwo nad nośnikiem informacji. Z kolei znamię uzyskania dostępu do systemu informatycznego może obejmować zarówno część, jak i całość systemu¹²¹.

Odpowiedzialność banku za nieautoryzowaną transakcję będącą skutkiem ataku phishingowego

Zgodnie z artykułem 725 k.c. przez umowę rachunku bankowego, bank zobowiązuje się względem posiadacza rachunku, na czas oznaczony lub nieoznaczony, do przechowywania jego środków pieniężnych, oraz jeżeli umowa tak stanowi, do przeprowadzania na jego zlecenie rozliczeń pieniężnych¹²². Zasady świadczenia tych usług oraz wydawania i wykupu pieniądza elektronicznego, w tym prawa i obowiązki stron wynikające z umowy o świadczenie usług

¹²⁰ M. Gałązka [w:] Kodeks karny. Komentarz, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2015, s. 1305.

¹²¹ Zgodnie z art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, Dz.U. 2010 nr 182 poz. 1228, przez „system informatyczny” należy rozumieć zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu ustawy – Prawo telekomunikacyjne (Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, Dz.U. 2004 nr 171 poz. 1800).

¹²² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93.

płatniczych, a także zakres odpowiedzialności określone zostały w ustawie z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (dalej: u.u.p.)¹²³.

Bank krajowy w świetle w/w ustawy jest dostawcą usług płatniczych, co oznacza, że obowiązany jest m. in. do zapewnienia, że indywidualne zabezpieczenia instrumentu płatniczego nie są dostępne dla osób innych niż użytkownik uprawniony do korzystania z niego (art. 43 ust. 1 u.u.p.)¹²⁴. Użytkownik uprawniony do posługiwania się instrumentem płatniczym obowiązany jest z kolei do korzystania z niego zgodnie z umową ramową oraz nieudostępniania go osobom nieuprawnionym a także do zgłaszania niezwłocznie dostawcy lub podmiotowi wskazanemu przez dostawcę stwierdzenia utraty, kradzieży, przywłaszczenia albo nieuprawnionego użycia tegoż instrumentu lub nieuprawnionego dostępu do niego (art. 42 u.u.p.).

W przypadku wystąpienia nieautoryzowanej transakcji płatniczej dostawca obowiązany jest niezwłocznie zwrócić płatnikowi utraconą kwotę, a jeśli korzysta on z rachunku płatniczego, przywrócić także obciążony rachunek płatniczy do stanu, jaki istniałby, gdyby nie miała miejsca owa transakcja. Przez autoryzację transakcji należy rozumieć wyrażenie zgody na jej przeprowadzenie, czyli złożenie oświadczenia woli użytkownika z zamiarem i świadomością dokonania transakcji płatniczej. Sposób wyrażenia zgody powinien zostać określony w umowie zawartej pomiędzy dostawcą a płatnikiem¹²⁵. Jeżeli autoryzacja następuje z wykorzystaniem instrumentu płatniczego, jego rodzaj oraz sposób używania powinien być również określony w umowie. W przypadku natomiast umów ramowych, sposób w jaki ma nastąpić autoryzacja transakcji, jest przeważnie określony w regulaminie dołączonym do umowy ramowej, stanowiąc jej integralną część¹²⁶.

W razie naruszenia przez płatnika obowiązków związanych z zabezpieczeniem dostępu do instrumentu płatniczego odpowiada on za nieautoryzowane transakcje do wysokości równowartości w walucie polskiej 150 euro, ustalonej przy zastosowaniu kursu średniego ogłaszanego przez NBP obowiązującego w dniu wykonania transakcji (art. 46 ust. 2 u.u.p.). Odpowiedzialność ta zostaje jednak rozszerzona do pełnej wysokości, jeżeli płatnik doprowadził do transakcji umyślnie albo w wyniku umyślnego lub będącego skutkiem rażącego niedbalstwa naruszeniem co najmniej jednego z obowiązków o których mowa w art. 42 u.u.p.

¹²³ Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych, Dz.U. 2011 nr 199 poz. 1175.

¹²⁴ Przez usługi płatnicze należy rozumieć w szczególności wykonywanie transakcji płatniczych, w tym transferu środków pieniężnych na rachunek płatniczy u dostawcy użytkownika lub u innego dostawcy przez wykonywanie usług polecenia przelewu.

¹²⁵ Zob. szerzej: J. Skoczek, *Usługi płatnicze świadczone przez kasy oszczędnościowo-kredytowe. Zagadnienia cywilnoprawne*, Sopot 2013, s. 26.

¹²⁶ B. Bajor [w:] *Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz*, red. A. Zalcewicz, B. Bajor, Warszawa 2016, s. 201.

Ciężar udowodnienia, że transakcja płatnicza była autoryzowana przez użytkownika lub że została wykonana prawidłowo, spoczywa na dostawcy. Jest to wyraz prokonsumenckiego podejścia ustawodawcy, które chroni stronę z natury słabszą w stosunkach z podmiotem profesjonalnym. Podkreślenia wymaga fakt, że zgodnie z art. 45 ust 2 u.u.p. wykazanie przez dostawcę zarejestrowanego użycia instrumentu płatniczego nie jest wystarczające do udowodnienia, że transakcja została autoryzowana przez użytkownika. Dostawca jest obowiązany udowodnić okoliczności wskazujące na fakt, że płatnik doprowadził do niej umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa dopuścił się naruszenia co najmniej jednego z obowiązków o których mowa w art. 42 u.u.p, Przykładem rażącego niedbalstwa w kontekście ataku phishingowego może być korzystanie przez płatnika z zainfekowanego komputera, na którym nie został zainstalowany żaden program antywirusowy, albo przechowywanie w łatwo dostępnym miejscu informacji służących do zalogowania się na stronie banku.

Zwrot kwot nieautoryzowanych transakcji będących skutkiem phishingu w praktyce sądowej

We wrześniu 2015 r. Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieście w Łodzi wydał wyrok (sygn. akt II C 383/15) w sprawie A. T. przeciwko Bankowi (...) Spółce Akcyjnej we W¹²⁷. Powódka korzystała w pozwanym Banku z usług bankowości elektronicznej. W dniu 22 i 23 maja 2014 r. podjęła dziewięć nieudanych prób zalogowania się na stronie, która ukazała się po wpisaniu adresu strony internetowej Banku. Za każdym razem powódka podawała swój login i hasło a także co najmniej dwukrotnie hasło z listy haseł jednorazowych, będących jej narzędziem autoryzacyjnym. Gdy 27 maja 2014 r. udało jej się uzyskać dostęp do konta, okazało się, że z rachunku oszczędnościowego bez jej wiedzy i zgody wykonano przelewy na rzecz nieznanymi beneficjentów w wysokości 19.700 zł. Tego samego dnia A. T. zgłosiła osobiście reklamację w oddziale pozwanego Banku w Łodzi oraz zawiadomiła Policję. Dochodzenie w sprawie podejrzenia popełnienia przestępstwa, polegającego na bezprawnym wpłynięciu na przetwarzanie i przekazywanie danych informatycznych oraz włamaniu po przełamaniu elektronicznych zabezpieczeń rachunku bankowego, z którego następnie dokonano kradzieży pieniędzy umorzono wobec niewykrycia sprawcy przestępstwa. Bank natomiast odmówił zwrotu utraconych środków uznając transakcję płatniczą za autoryzowaną. A. T. wystąpiła przeciwko Bankowi o zapłatę kwoty 19.700zł z odsetkami ustawowymi od dnia 22 maja 2014

¹²⁷ Wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieście w Łodzi II Wydział Cywilny z dnia 28 września 2015 r., sygn. akt II C 383/15.

r. do dnia zapłaty tytułem odszkodowania za nienależyte wykonanie umowy rachunku bankowego oraz o zasądzenie od pozwanego na jej rzecz zwrotu kosztów procesu.

Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieście w Łodzi po rozpatrzeniu sprawy uznał powództwo za uzasadnione co do zasady i w przeważającej mierze także co do wysokości. Zdaniem sądu roszczenie powódki znajduje oparcie w wcześniej przytoczonych przepisach ustawy o usługach płatniczych.

Sąd Rejonowy stwierdził, że Bank wywiązał się z obowiązku zapewnienia poufności instrumentu płatniczego oraz że powódka uchybiła swoim obowiązkom poprzez udostępnienie instrumentu płatniczego nieuprawnionym osobom, aczkolwiek dokonała tego w sposób niezamierzony i nieświadomy. Wskazał ponadto, że co prawda czynności te z punktu widzenia systemu informatycznego Banku były przeprowadzone poprawnie, przy wykorzystaniu właściwych narzędzi autoryzacyjnych, lecz nie można uznać kwestionowanych transakcji płatniczych za autoryzowane, ponieważ powódka nie wyraziła zgody na ich wykonanie. W ocenie sądu nie można jej również przypisać rażącego niedbalstwa w naruszeniu obowiązków o których mowa w art. 42 u.u.p., ponieważ nie udostępniła nikomu celowo listy haseł jednorazowych, korzystała z komputera z legalnym oprogramowaniem oraz zabezpieczonym programem antywirusowym a ujawnienie haseł nastąpiło wskutek ataku phishingowego, którego powódka stała się ofiarą. Mając na uwadze powyższe okoliczności, Sąd zasądził na rzecz powódki kwotę 18.450,81 zł, pomniejszając żądane przez powódkę 19.700 zł zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 2 (o którym mowa w poprzednim dziale niniejszej pracy). Zasądził ponadto od pozwanego odsetki ustawowe od dnia 5 września¹²⁸ do dnia zapłaty oraz zwrot kosztów procesu zgodnie z zasadą stosunkowego ich rozdzielenia.

Kolejny ważny wyrok dotyczący zwrotu kwoty nieautoryzowanych transakcji wydał Sąd Okręgowy w Łodzi w sprawie z powództwa R. M. przeciwko bankowi (...) SA w W. sygn. Akt: I C 1908/14¹²⁹.

Podobnie jak w poprzedniej sprawie powód korzystał w pozwanym Banku z usług bankowości elektronicznej. W dniu 19 listopada 2013 r. po zalogowaniu się na swoje konto zauważył, że ktoś wykonał bez jego zgody i wiedzy szereg przelewów wychodzących na rachunki nieznanych powodowi osób, na łączną kwotę 87.830 zł. Było to możliwe, dzięki sprawnie przeprowadzonemu atakowi phishingowemu. Podczas logowania się do serwisu internetowego Banku poszkodowanemu pojawił się komunikat zachęcający do zainstalowania

¹²⁸ Tego dnia Bank wystosował do powódki odpowiedź na reklamację.

¹²⁹ Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi I Wydział Cywilny z dnia 27 stycznia 2016 r., sygn. akt: IC 1908/14.

programu o nazwie „M.antywirus”¹³⁰. Chociaż nazwa programu sugeruje, że jest to oprogramowanie antywirusowe, w rzeczywistości służy on przekierowaniu wszystkich wiadomości sms wysłanych do klienta na inny numer. W ten sposób sprawca phishingu uzyskał dostęp do narzędzia autoryzacyjnego poszkodowanego, którym były jednorazowe kody wysyłane drogą sms-ową.

W ciągu paru minut od stwierdzenia wykonania przelewów powód poprzez infolinię złożył pozwanemu reklamację. Nie została ona jednak uznana, bowiem zdaniem banku powód nie zachował należytej staranności. R. M. wniósł więc o zapłatę na swoją rzecz kwoty 88.366 zł wraz z ustawowymi odsetkami liczonymi od 20 grudnia 2013 r. do dnia zapłaty oraz kosztami postępowania, w tym zastępstwa radcowskiego według norm przepisanych.

W ocenie Sądu pozwany bank nie wywiązał się z obowiązków o których mowa w art. 43 ust. 1 u.u.p. tj. nie zapewnił niedostępności indywidualnych zabezpieczeń instrumentu płatniczego dla osób innych niż użytkownik uprawniony do korzystania z niego. Powód natomiast, zdaniem Sądu nie naruszył obowiązków o których mowa w art. 42 u.u.p. w sposób umyślny lub skutek rażącego niedbalstwa, w związku z tym nie odpowiada za nieautoryzowane transakcje płatnicze. Sąd słusznie zauważył, iż powód miał prawo pozostawać w przekonaniu, że komunikat wyświetlający się podczas logowania na stronie Banku faktycznie od niego pochodzi i służy uzyskaniu lepszych zabezpieczeń, zwłaszcza, że komunikat zajmował część strony a w tle wyświetlała się autentyczna witryna Banku. Był też widoczny symbol zamkniętej kłódki oznaczający bezpieczną stronę. Sąd dodał ponadto, że Bank w żaden sposób nie ostrzegał w dacie zdarzenia swoich klientów przed tego typu komunikatami, ani nie informował, że skorzystanie z nich może nieść za sobą negatywne skutki. Podkreślenia zdaniem Sądu wymaga również fakt, że powód niezwłocznie zawiadomił pozwanego o zaistnieniu nieautoryzowanej transakcji płatniczej, tym samym spełnił wymóg o którym mowa w art. 42 ust. 1 pkt 2 u.u.p.

Mając na uwadze powyższe Sąd orzekł, że pozwany zobowiązany jest niezwłocznie zwrócić powodowi kwotę nieautoryzowanych transakcji płatniczych oraz inne dodatkowo pobrane obciążenia jak również koszty zastępstwa procesowego oraz odsetki ustawowe za opóźnienie¹³¹.

¹³⁰ Podczas wyświetlania się komunikatu w tle widoczna była rzeczywista strona Banku. Komunikat ten nie wymagał wpisania identyfikatora ani hasła a jedynie numeru telefonu klienta, na który przychodzą kody służące autoryzacji.

¹³¹ Bank pobrał od powoda prowizję za wykonanie przelewu z karty kredytowej w kwocie 536 zł oraz prowizję od przelewów sorbnet w łącznej kwocie 140zł.

Podsumowanie

Dynamiczny rozwój bankowości internetowej na świecie sprawił, że dokonywanie operacji bankowych stało się niezwykle proste, wygodne i ogólnodostępne. Sprawdzenie stanu konta, wykonanie przelewu, zaciągnięcie kredytu czy też założenie lokaty oszczędnościowej dostępne jest nawet bez wychodzenia z domu. Wspomniane atuty bankowości internetowej wykorzystywane są jednak również do przestępczych celów. Możliwość dotarcia w krótkim czasie do tysięcy potencjalnych ofiar oraz anonimowość, jaką przy wykorzystaniu odpowiedniego oprogramowania daje sieć Internet w połączeniu z wysoką skutecznością przeprowadzanych ataków sprawiły, że zjawisko phishingu przybrało niewyobrażalnie wielką skalę i stanowi realne zagrożenie dla osób korzystających z bankowości elektronicznej.

Ustawa z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych nakłada na bank szereg obowiązków mających zapewnić bezpieczeństwo środków pieniężnych przechowywanych na rachunku bankowym. W przypadku wystąpienia nieautoryzowanych transakcji to właśnie na nim ciąży obowiązek zwrotu utraconej przez płatnika kwoty. Należy jednak pamiętać, że użytkownik uprawniony do korzystania z instrumentu płatniczego również obciążony jest pewnymi obowiązkami, a odpowiedzialność banku uzależniona jest od stopnia ich wypełnienia.

Praktyka sądowa uznająca roszczenia ofiar phishingu o zwrot nieautoryzowanych transakcji stanowi asumpt dla banków do ciągłego ulepszania zabezpieczeń oraz oferowanych narzędzi autoryzacyjnych. Obecnie ciężko znaleźć bank, który nie informowałby na stronie logowania o zasadach bezpieczeństwa oraz potencjalnych zagrożeniach związanych z atakami phishingowymi. Taka praktyka wpływa na podniesienie świadomości użytkowników bankowości internetowej, co z całą pewnością przyczyni się do zmniejszenia liczby ofiar. Trzeba bowiem pamiętać, że ataki phishingowe bazują głównie na ludzkiej niewiedzy i łatwowierności.

O autorze

Daniel Lubowiecki jest studentem IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Przewodniczący Studenckiego Koła Naukowego Europejskiej Tradycji Prawnej oraz członek Studenckiego Koła Naukowego Praw Człowieka „IUS HOMINI”.

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zjawiska phishingu w ujęciu prawnokryminalistycznym, ze szczególnym uwzględnieniem środowiska bankowości internetowej. Autor w swoich rozważaniach przybliża genezę phishingu, wskazuje metody działania jego sprawców oraz podejmuje próbę prawnokarnej kwalifikacji omawianej problematyki. W artykule poruszono również kwestie odpowiedzialności banku za nieautoryzowane transakcje będące skutkiem ataku phishingowego oraz ukazano praktykę orzekania sądów w tym zakresie.

Summary

The aim of this article is to present phenomenon of phishing with particular attention to online banking. The Author in his speculations clears out genesis of phishing, methods used by phishing menace and tries to qualify problematic aspects of phishing in reference to law in force. The article also points out responsibility that comes with unauthorized transactions being result of phishing attack and presents practise of adjudicating this offence in court.

Definicja przedsiębiorcy w prawie polskim na przykładzie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej

Paweł Sancewicz

Wprowadzenie

W obliczu zmian, które czekają przedsiębiorców w wyniku wprowadzania tzw. Konstytucji Biznesu¹³², w tym Prawa przedsiębiorców¹³³, zasadne jest przybliżenie obecnie funkcjonującej definicji przedsiębiorcy na gruncie polskiego publicznego prawa gospodarczego, zwłaszcza, że interpretacja tej definicji wzbudzała daleko idące wątpliwości w doktrynie prawa oraz w piśmiennictwie¹³⁴.

Przedsiębiorca jest to termin występujący w całym szeregu, nieraz bardzo istotnych aktów prawnych. Nie sposób przeanalizować ani nawet przytoczyć w tym miejscu ich wszystkich. Jako, że obecnie obowiązująca ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (dalej: „usdg”) ¹³⁵ pełni rolę ustawy ogólnej, tzw. „konstytucji działalności gospodarczej”¹³⁶, rozważania prowadzone w artykule zostaną ograniczone do unormowań niniejszej ustawy.

¹³² <https://www.mr.gov.pl/strony/plan-na-rzecz-odpowiedzialnego-rozwoju/kluczowe-projekty/konstytucja-biznesu/#Projekty%20ustaw> ; data dostępu 27.12.2016. Zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie internetowej Ministerstwa Rozwoju: *Konstytucja Biznesu to pakiet dokumentów, które zmieniają polską rzeczywistość gospodarczą. Najważniejszym z nich jest projekt ustawy Prawo przedsiębiorców. W Prawie przedsiębiorców znajdują się zasady, które wszystkie urzędy będą musiały wziąć pod uwagę podczas rozpatrywania spraw z udziałem firm, m.in.: 1) co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone (przedsiębiorca może prowadzić biznes w sposób wolny, jeśli nie łamie wyraźnych zakazów lub ograniczeń); 2) domniemanie uczciwości przedsiębiorcy (przedsiębiorca nie musi udowadniać swojej uczciwości, wątpliwości co do okoliczności konkretnej sprawy będą rozstrzygane na korzyść przedsiębiorcy); 3) przyjazna interpretacja przepisów (niejasne przepisy będą rozstrzygane na korzyść przedsiębiorców); 4) zasada proporcjonalności (urząd nie może nakładać na przedsiębiorcę nieuzasadnionych obciążeń, np. nie będzie mógł żądać dokumentów, którymi już dysponuje).*

¹³³ https://www.mr.gov.pl/media/29159/projekt_ustawy_Prawo_przedsiębiorcow.pdf ; data dostępu 27.12.2016]; Projekt z dnia 18 listopada 2016 r.

¹³⁴ W. J. Katner, *Lepiej już było*, Rzeczpospolita z 21 października 2003 r., nr 246; A. Kidyba, W. Popiołek, S. Sołtysiński, *Skoro było lepiej, to dlaczego jest źle*, Rzeczpospolita z 21 listopada 2003, nr 271 ; Cyt za K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2009, s. 218.; M. A. Waligórski, *Nowe prawo działalności gospodarczej. Podręcznik akademicki*, Poznań 2001, s. 99 i nast.

¹³⁵ (t. j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1829).

¹³⁶ Por. T. Rabska, *Zadania administracji publicznej w działalności gospodarczej (problem zakresu obowiązywania prawa działalności gospodarczej)*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny”, Poznań 2002, nr 2, *passim*.

Warto przy tym wskazać, że zarówno w Konstytucji RP¹³⁷, jak i w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹³⁸ (dalej: „TFUE”) terminy „przedsiębiorca”, jak również „przedsiębiorstwo” nie zostały zdefiniowane. Jedną z trudności bowiem w zakresie takiego definiowania wynika z faktu, że w TFUE posłużono się pojęciem przedsiębiorstwa, natomiast polski ustawodawca konsekwentnie (przynajmniej co do zasady) posługuje się pojęciem przedsiębiorcy¹³⁹. Skoro ustawodawca polski posługuje się pojęciem „przedsiębiorca” na oznaczenie podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, to właśnie to pojęcie powinno być przedmiotem analizy w niniejszym artykule. Przedsiębiorstwo jest natomiast zorganizowanym zespołem składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej¹⁴⁰.

Definicja legalna

Zgodnie z definicją legalną zamieszczoną w art. 4 usdg, przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Definicja przedsiębiorcy jest definicją podmiotowo-przedmiotową – nie da się zdefiniować przedsiębiorcy bez wyjaśnienia pojęcia działalności gospodarczej.

*Definicja przedsiębiorcy
jest definicją
podmiotowo-
przedmiotową*

¹³⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).

¹³⁸ (Dz. Urz. UE C 83 z 2010 r., s. 47; Dz. U. z 2004, Nr 90, poz. 864/2 ze zm.).

¹³⁹ Jak słusznie wskazuje P. W. Marquardt, dylemat: przedsiębiorca czy przedsiębiorstwo pomijany jest przez część przedstawicieli doktryny. Autor podkreśla, że na gruncie prawa unijnego, mówiąc o podmiocie praw i obowiązków, używa się konsekwentnie terminu przedsiębiorstwo, natomiast w prawie polskim jest stosowane pojęcie przedsiębiorca (P. W. Marquardt, *Pomoc publiczna dla małych i średnich przedsiębiorstw*, Warszawa 2007, s. 144).

¹⁴⁰ Zgodnie z art. 55¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 z późn. zm., dalej: „KC”), przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej.

Obejmuje ono w szczególności:

- 1) oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa);
- 2) własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości;
- 3) prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych;
- 4) wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne;
- 5) koncesje, licencje i zezwolenia;
- 6) patenty i inne prawa własności przemysłowej;
- 7) majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne;
- 8) tajemnice przedsiębiorstwa;
- 9) księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Słusznie wskazuje K. Strzyczkowski, że ze swej istoty działalność gospodarcza ma charakter podmiotowy, co oznacza, iż w każdym przypadku jest przypisywana określone podmiotowi prowadzącemu działalność gospodarczą¹⁴¹. Jak z kolei podkreśla T. Szanciłło, nie można mówić o przedsiębiorcy w prawie polskim w oderwaniu od prowadzonej przez niego działalności¹⁴². Zatem, aby wyjaśnić pojęcie przedsiębiorcy, należy w pierwszej kolejności wyjść od definicji pojęcia działalności gospodarczej.

Pojęcie działalności gospodarczej

Jak stanowi art. 2 usdg, działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Należy zwrócić uwagę, że przyjęte w art. 2 usdg kryteria pozwalają na szerokie i uniwersalne stosowanie definicji działalności gospodarczej i umożliwiają ocenę wymiaru gospodarczego każdego rodzaju aktywności¹⁴³. Działalność gospodarcza jest faktem i kategorią obiektywną, w związku z czym nie ma i nie może mieć znaczenia, że określony podmiot prowadzący konkretną działalność nie ocenia jej (subiektywnie) jako działalności gospodarczej, nie nazywa jej tak, oświadcza, że jej nie prowadzi, bądź jej nie zgłasza¹⁴⁴.

Według K. Strzyczkowskiego, pierwszorzędną przesłanką uznania działalności za działalność gospodarczą jest jej zgodność z obowiązującym porządkiem prawnym¹⁴⁵. Trudno się z powyższym poglądem nie zgodzić, choć z drugiej strony powyższe stwierdzenie nie wyjaśnia istoty działalności gospodarczej. Jednakże, niestosowanie przepisów ustawy do określonych w nich rodzajów działalności nie oznacza, że jest ona prawnie zakazana, lecz że została uregulowana innymi przepisami prawnymi¹⁴⁶.

Przepis art. 2 usdg wskazuje, że działalność gospodarcza stanowi aktywność w wymiarze ekonomicznym, a wymienione rodzaje aktywności to jedynie potencjalne rodzaje działalności gospodarczej¹⁴⁷. Oznacza to, że działalność gospodarcza to zazwyczaj działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i

¹⁴¹ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 221; M. A. Waligórski, *Działalność gospodarcza w ujęciu prawa administracyjnego*, Poznań 2006, s. 28-29.

¹⁴² T. Szanciłło, *Przedsiębiorca w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego”, Warszawa 2005, nr 3, s. 6.

¹⁴³ Por. M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy w prawie polskim i prawie Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie sądowym*, Warszawa 2011, s. 173.

¹⁴⁴ Tamże, s. 172-173.

¹⁴⁵ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 217.

¹⁴⁶ Tamże.

¹⁴⁷ Por. M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 174.

wydobywanie kopalin ze złóż¹⁴⁸. Słusznie jednak autor wskazuje, że aktywności te stanowią działalność gospodarczą tylko wtedy, gdy odpowiadają pozostałym kryteriom oznaczonym w art. 2 usdg¹⁴⁹.

Należy podkreślić, że wymienione w art. 2 usdg „działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatacja zasobów naturalnych” stanowią wyliczenie przykładowe¹⁵⁰. Oznacza to, że za działalność gospodarczą może zostać uznana również aktywność niekwalifikowana do żadnej z wymienionych grup, oczywiście wyłącznie w sytuacji, gdy realizuje pozostałe przesłanki wskazane w art. 2 usdg¹⁵¹.

Każda działalność gospodarcza ma charakter celowy – według przedstawicieli doktryny jest to cel zarobkowy¹⁵². Wystarczającą przesłanką kwalifikacji do działalności gospodarczej jest zamiar osiągnięcia zarobku, utożsamianego z zamiarem osiągnięcia zysku¹⁵³. Zarobkowy cel działalności to wskazanie kierunkowe, sprowadzające się do założenia, że celem podmiotu wykonującego działalność gospodarczą jest osiągnięcie lub maksymalizacja zysku¹⁵⁴ z tytułu jej wykonywania¹⁵⁵. Zatem, nie jest istotne, czy zysk został rzeczywiście osiągnięty, czy też poniesiono stratę – działalność taka może być deficytowa¹⁵⁶.

Należy podkreślić, że brak zamiaru osiągnięcia zysku jako pierwszorzędnego celu określonej działalności nie wyłącza możliwości jej kwalifikacji jako działalności gospodarczej na podstawie innych przepisów prawnych¹⁵⁷. Jako przykład wskazuje się na działalność gospodarczą zorientowaną na realizację celów o charakterze użyteczności publicznej, której podstawowym celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie potrzeb ludności w drodze usług powszechnie dostępnych (gospodarka komunalna)¹⁵⁸.

¹⁴⁸ Tamże.

¹⁴⁹ Tamże.

¹⁵⁰ T. Szancillo, *Przedsiębiorca...*, dz.cyt., s. 7.

¹⁵¹ M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 178.

¹⁵² K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 218.

¹⁵³ Tamże.

¹⁵⁴ Zysk jest pojęciem z ustawy o rachunkowości. Por. art. 3 pkt 30 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t. j. Dz. U. z 2009 r., Nr 152, poz. 1223 z późn. zm.).

¹⁵⁵ M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 179.

¹⁵⁶ T. Szancillo, *Przedsiębiorca...*, dz.cyt., s. 7.

¹⁵⁷ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 218.

¹⁵⁸ Tamże. Szerzej na temat gospodarki komunalnej por. M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej*, Warszawa 2008 oraz A. Matan, *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego* [w:] praca zbiorowa, E. Knosala (red.), A. Matan (red.), G. Łaszczyca (red.), *Prawo administracyjne w okresie transformacji ustrojowej*, Kraków 1999, s. 231-247. Warto jednak w tym miejscu wskazać, że kwalifikacja działalności użyteczności publicznej jako działalności gospodarczej budzi wątpliwości.

Słusznie w doktrynie wskazuje się, że do cech pozytywnych działalności gospodarczej nie należy zawodowe wykonywanie działalności gospodarczej¹⁵⁹, ponieważ działalność zawodowa jest jedną z postaci działalności gospodarczej¹⁶⁰. Stanowi to pożądane, zgodnie z poglądami niektórych przedstawicieli doktryny¹⁶¹, uchylenie rozwiązań prawnych przeciwstawiających sobie działalność gospodarczą i zawodową i oznacza, że przedsiębiorcami, inaczej niż pod rządami ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. Prawo działalności gospodarczej¹⁶² (dalej: „updg”), są także osoby wykonujące zawód (zwłaszcza tzw. wolne zawody)¹⁶³. Jeżeli bowiem wykonywanie zawodu odbywa się we własnym imieniu i na własny rachunek, w sposób zorganizowany i ciągły, a także ma na celu przysporzenie zysku, to jest to działalność gospodarcza, a podmiot ją wykonujący jest przedsiębiorcą¹⁶⁴. Pozwala to na zakwalifikowanie do grupy przedsiębiorców na gruncie przepisów tej ustawy podmiotów wykonujących wolne zawody (np. notariuszy, radców prawnych, adwokatów, lekarzy, biegłych rewidentów)¹⁶⁵. Na gruncie obowiązywania updg w tym zakresie istniały pewne kontrowersje, które zostały opisane w doktrynie publicznego prawa gospodarczego¹⁶⁶.

*Działalność zawodowa
jest jedną z postaci
działalności
gospodarczej*

Zorganizowana działalność gospodarcza oznacza możliwość jej prowadzenia w określonych przez przepisy prawne formach organizacyjno-prawnych¹⁶⁷, jak również dotyczy odpowiednich czynności wykonywanych przy podejmowaniu tej działalności (np. wpis w ewidencji działalności gospodarczej lub rejestrze przedsiębiorców KRS, uzyskanie koncesji lub zezwolenia, założenie rachunku bankowego) i już w czasie jej wykonywania (np. utrzymywanie kontaktów handlowych z klientami, dostawcami)¹⁶⁸.

Nie można zapomnieć o jeszcze jednym aspekcie zorganizowania działalności gospodarczej, mianowicie o jej materialnym zorganizowaniu. Oznacza to, że działalność

¹⁵⁹ Tamże.

¹⁶⁰ W. J. Katner, *Pojęcie przedsiębiorcy – polemika*, „Przegląd Prawa Handlowego”, Warszawa 2007, nr 4, s. 43.

¹⁶¹ W. J. Katner, *Lepiej już było*, Rzeczpospolita z 21 października 2003 r., nr 246; A. Kidyba, W. Popiołek, S. Sołtysiński, *Skoro było lepiej, to dlaczego jest źle*, Rzeczpospolita z 21 listopada 2003, nr 271; Cyt. za K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt. s. 218.

¹⁶² (Dz. U. z 1999 r., Nr 101, poz. 1178 z późn. zm).

¹⁶³ Tamże.

¹⁶⁴ M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 184.

¹⁶⁵ T. Szancillo, *Przedsiębiorca*, dz.cyt., s. 7.

¹⁶⁶ Por. B. Popowska, *Uwagi na tle relacji: przedsiębiorca – wolny zawód* [w:] praca zbiorowa R. Budzinowski (red.), *Prawo i Administracja*, tom 1, Piła 2002.

¹⁶⁷ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 219; T. Szancillo, *Przedsiębiorca...*, dz.cyt., s. 8.

¹⁶⁸ T. Szancillo, *Przedsiębiorca...*, dz.cyt., s. 8.

gospodarcza jest zorganizowana również materialnie, czyli poprzez: kapitał, lokal (biuro, gabinet, kancelarię, zakład), maszyny i technologie, know-how, pracowników, oznaczenie miejsca wykonywania działalności, siedziby podmiotu wykonującego, oferowanych towarów lub usług, reklamę, ogłoszenie, witrynę internetową itp.¹⁶⁹.

Ciągły charakter działalności gospodarczej stanowi pozytywną przesłankę działalności gospodarczej w znaczeniu podjęcia i wykonywania tejże działalności w dłuższym czasie i nieograniczonej do okazjonalnego wykonywania czynności zarobkowych o jednorazowym charakterze¹⁷⁰. Ciągły charakter działalności gospodarczej zostaje zachowany także w przypadku, w którym ma ona sezonowy charakter¹⁷¹. Niektórzy autorzy akcentują, że bardziej pożądanym i adekwatnym kryterium byłoby kryterium **trwałości** działalności gospodarczej¹⁷². Z powyższych uwag wynika, że jednorazowe czynności o charakterze zarobkowym nie mogą być kwalifikowane do działalności gospodarczej w rozumieniu usdg¹⁷³.

Ciągłość ma świadczyć o względnie stałym zamiarze wykonywania działalności gospodarczej¹⁷⁴. Jest przy tym oczywiste, że ten stały zamiar nie powinien być postrzegany w wymiarze czasowym (np. dzień, tydzień, miesiąc bądź rok)¹⁷⁵, natomiast powinien być utożsamiany z regularnością, powtarzalnością i częstotliwością działalności gospodarczej¹⁷⁶. Zatem, należy wskazać, że aby mówić o ciągłości prowadzonej działalności gospodarczej, przedsiębiorca powinien, zmierzając do osiągnięcia zysku, regularnie i cyklicznie powtarzać czynności składające się na jego działalność¹⁷⁷.

Adekwatnym kryterium charakteru działalności gospodarczej byłoby kryterium jej trwałości

¹⁶⁹ M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 184. Zdaniem M. Szydło materialną organizację można utożsamiać z przedsiębiorstwem w rozumieniu art. 55¹ k.c.; por. M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 48–55.

¹⁷⁰ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 220.

¹⁷¹ Tamże.

¹⁷² Por. J. Lic, M. Łuc, *Definicje pojęć „działalność gospodarcza” i „przedsiębiorca” (potrzeba rewizji)*, Państwo i Prawo, Warszawa 2008, nr 10, s. 59-71.

¹⁷³ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 220.

¹⁷⁴ M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 190; C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 27.

¹⁷⁵ M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 190.

¹⁷⁶ Por. Tamże.

¹⁷⁷ Tamże. Por. A. Walaszek-Pyziół, *Status prawny przedsiębiorcy w świetle projektu ustawy – Prawo działalności gospodarczej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, Warszawa 1999, nr 5, s. 4; M. Szydło, *Swoboda działalności...*, dz.cyt., s. 56.

Wyłączenia z usdg

Zakres wyłączeń z regulacji usdg jest stosunkowo niewielki, co wyraża intencję ustawodawcy poddania regulacji jak najszerszego zakresu aktywności gospodarczej¹⁷⁸. Warto wskazać, że zakres wyłączeń z pojęcia działalności gospodarczej w projektowanych przepisach Prawa przedsiębiorców jest w zasadzie analogiczny. Jedyny wyjątek w tym zakresie dotyczy art. 5 planowanej regulacji, zgodnie z którym nie stanowi działalności gospodarczej działalność wykonywana przez osobę fizyczną, która nie jest ujawniona w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i jej przychód z tej działalności nie przekracza w żadnym miesiącu 50% kwoty minimalnego wynagrodzenia, o którym mowa w ustawie z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę¹⁷⁹.

Zasadniczo zakres wyłączeń jest zamknięty¹⁸⁰. Wyłączenia te mają przedmiotowo-podmiotowy charakter i wskazują, że wyłączona działalność nie jest typową działalnością gospodarczą i podlega szczególnej regulacji prawnej, oraz powinny być interpretowane zawężająco¹⁸¹.

Jak stanowi art. 3 usdg, przepisów ustawy nie stosuje się do:

- 1) działalności wytwórczej w rolnictwie w zakresie upraw rolnych oraz chowu i hodowli zwierząt, ogrodnictwa, warzywnictwa, leśnictwa i rybactwa śródlądowego;
- 2) wynajmowania przez rolników pokoi, sprzedaży posiłków domowych i świadczenia w gospodarstwach rolnych innych usług związanych z pobytem turystów;
- 3) wyrobu wina przez producentów będących rolnikami wyrabiającymi mniej niż 100 hektolitrów wina w ciągu roku gospodarczego¹⁸²;
- 4) działalności rolników w zakresie sprzedaży, o której mowa w art. 20 ust. 1c ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych¹⁸³.

Na marginesie należy dodać, że według K. Strzyczkowskiego wątpliwości budzi uznanie za działalność gospodarczą w rozumieniu usdg działalności jednostek samorządu terytorialnego w sferze użyteczności publicznej¹⁸⁴. Dotychczas w doktrynie nie udało się

Brakuje precyzyjnego rozgraniczenia między działalnością gospodarczą a działalnością użyteczności publicznej

¹⁷⁸ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 220.

¹⁷⁹ (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008, z późn. zm.).

¹⁸⁰ Tamże.

¹⁸¹ Tamże.

¹⁸² Dz. U. z 2012 r. poz. 361, z późn. zm.

¹⁸³ O których mowa w art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich, obrocie tymi wyrobami i organizacji rynku wina (Dz. U. z 2016 r. poz. 859) – rolnicy, którzy wyłącznie wyrabiają i rozlewają wino uzyskane z winogron pochodzących z upraw własnych.

¹⁸⁴ Tamże. Jak wywodzi autor, działalność w ramach użyteczności publicznej, co prawda, nie została wyraźnie wyłączona z zakresu działania tej ustawy, jednakże stanowiąca jej podstawę prawną ustawa o gospodarce

opracować precyzyjnego rozgraniczenia między działalnością gospodarczą a działalnością w sferze użyteczności publicznej jednostek samorządu terytorialnego, a i w praktyce kwestia ta napotyka na spore problemy¹⁸⁵.

Pojęcie przedsiębiorcy

Zgodnie z art. 4 ust. 1 usdg, przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną – wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą¹⁸⁶.

Przedsiębiorcą może być osoba fizyczna, która w różnej formie organizacyjnej może prowadzić działalność gospodarczą¹⁸⁷. Definicja legalna pojęcia przedsiębiorcy nie zawiera żadnych dodatkowych rygorów bądź zastrzeżeń¹⁸⁸.

Biorąc pod uwagę powyższe, przedsiębiorcą może być osoba mająca pełną zdolność do czynności prawnych, która jest osobą pełnoletnią (art. 11 KC)¹⁸⁹. Także osoba fizyczna niemająca pełnej zdolności do czynności prawnych może ewentualnie być przedsiębiorcą, jednakże nie będzie mogła w ramach tej działalności samodzielnie podejmować czynności prawnych zobowiązujących bądź rozporządzających, a więc bez zgody przedstawiciela ustawowego lub kuratora¹⁹⁰.

Warto dodać, że osoba fizyczna może prowadzić działalność gospodarczą w różnej formie organizacyjnej, jeżeli jednak wybraną formą organizacyjną będzie forma, z którą jest związana osobowość prawna, wówczas przedsiębiorcą jest nie osoba fizyczna, lecz osoba prawna¹⁹¹.

Osoba prawna w świetle usdg jest przedsiębiorcą, jeśli we własnym imieniu wykonuje działalność gospodarczą¹⁹². Osobą prawną jest jednostką organizacyjną, która na podstawie

komunalnej nadała jej swoisty charakter ze względu na sferę użyteczności publicznej, przeciwstawiając jej działalność gospodarczą wykraczającą poza sferę użyteczności publicznej, która jest dopuszczalna w sytuacjach określonych wyraźnie przepisami prawnymi. Jak podkreśla K. Strzyczkowski, dyrektywy wykładni systemowej nakazują traktować działalność gospodarczą w sferze użyteczności publicznej jako odrębny rodzaj działalności gospodarczej, w stosunku do której nie mają zastosowania przepisy usdg (tamże).

¹⁸⁵ Zob. M. Etel, *Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego – wybrane problemy*, Brno 2012, https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2012/files/.../EtelMaciej.pdf, data dostępu 28.12.2016, passim, szczególnie s. 12-13.

¹⁸⁶ Jak stanowi art. 4 ust. 2 usdg, za przedsiębiorców uznaje się także wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej.

¹⁸⁷ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 221.

¹⁸⁸ M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 206.

¹⁸⁹ Z. Miczek, *Osoba fizyczna jako przedsiębiorca – na tle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i kodeksu cywilnego*, Przegląd Prawa Handlowego, Warszawa 2005, nr 9, s. 25.

¹⁹⁰ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 222.

¹⁹¹ Tamże.

¹⁹² Tamże. T. Szanciłło, *Przedsiębiorca...*, dz.cyt., s. 6.

obowiązujących przepisów prawnych może być podmiotem praw i obowiązków, w szczególności o charakterze majątkowym¹⁹³.

Osobami prawnymi są Skarb Państwa i jednostki organizacyjne, którym przepisy szczególne przyznają osobowość prawną (art. 33 KC). Oznacza to, że o powstaniu osoby prawnej decyduje wola ustawodawcy – jest wykreowana przez normy prawne¹⁹⁴. Powyższe wynika z przyjęcia przez ustawodawcę formalnej metody konstrukcji osób prawnych¹⁹⁵.

Ponadto należy przywołać art. 37 KC, zgodnie z którym jednostka organizacyjna uzyskuje osobowość prawną z chwilą jej wpisu do właściwego rejestru (chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej) (§ 1), zaś rodzaje rejestrów oraz ich organizację i sposób prowadzenia regulują przepisy odrębne (§ 2).

Sens metody formalnej polega na tym, że system prawny nie określa ogólnych cech, jakim odpowiadać muszą jednostki organizacyjne, by miały przymiot osób prawnych, lecz wskazuje z nazwy typy lub indywidualne organizacje wyposażone w osobowość prawną¹⁹⁶. Przedsiębiorcy osoby prawne na gruncie usdg występują w dwóch podstawowych sytuacjach¹⁹⁷. W pierwszej jako osoby prawne, które jako podmioty praw i obowiązków podejmują oraz prowadzą działalność gospodarczą w ramach własnej osobowości prawnej¹⁹⁸. W drugiej sytuacji osoby prawne są przedsiębiorcami jako formy organizacyjno-prawne działalności gospodarczej określonych podmiotów¹⁹⁹.

Jak stanowi art. 4 ust. 1 usdg, przedsiębiorcą może być także jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną. Nie budzi wątpliwości, że art. 4 usdg wyraźnie nawiązuje do przepisów KC i wskazanych w art. 33¹ KC jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, którym inne ustawy przyznają zdolność prawną²⁰⁰.

Problem podmiotowości gospodarczej jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi w usdg został rozwiązany poprzez wprowadzenie kwalifikatora zdolności prawnej przyznanej odrębną ustawą²⁰¹. Możliwość uznania za przedsiębiorców jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi jest uzależniona od przyznania im zdolności prawnej, co jest równoznaczne z przyznaniem statusu przedsiębiorcy tzw. „ułamnym osobom

¹⁹³ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 222.

¹⁹⁴ Por. S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 160.

¹⁹⁵ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2005, s. 183.

¹⁹⁶ K. Strzyczkowski, tamże. Podobnie M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 219.

¹⁹⁷ K. Strzyczkowski, tamże.

¹⁹⁸ Tamże.

¹⁹⁹ Tamże.

²⁰⁰ Por. M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 242.

²⁰¹ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 222.

prawnym”, jeżeli wykonują we własnym imieniu działalność gospodarczą²⁰². Status tzw. „ułamnych osób” prawnych uzyskują jednostki organizacyjne, którym ustawa przyznaje zdolność prawną²⁰³. W przypadku ułamnych osób prawnych przyjęto analogiczną zasadę jak względem osób prawnych i ich status uzależniono od treści obowiązującego prawa²⁰⁴. Prawo nadaje im podmiotowość prawną, gwarantując im możliwość samodzielnego nabywania praw i obowiązków oraz występowania w stosunkach prawnych we własnym imieniu²⁰⁵.

Pojęcie przedsiębiorcy jest nadto wyznaczone przez wykonywanie działalności gospodarczej we własnym imieniu, odnoszące się do przedsiębiorcy, a nie do działalności gospodarczej²⁰⁶, co obejmuje samodzielność i bezpośredniość charakteryzujące i podmiot, i działalność²⁰⁷.

Należy podkreślić, że samodzielna (we własnym imieniu) działalność gospodarcza konstituuje pojęcie przedsiębiorcy, co eliminuje z jego zakresu podmiotowego wszystkie podmioty, które podejmują i prowadzą działalność gospodarczą w sposób niesamodzielny, nie w swoim imieniu, np. te, które świadczą pracę najemną²⁰⁸. Kryterium to polega na tym, że pozwala ono określić krąg adresatów przepisów prawnych o podejmowaniu i wykonywaniu działalności gospodarczej oraz podmioty ponoszące odpowiedzialność za prowadzenie działalności gospodarczej²⁰⁹. Należy dodać, że samodzielność oznacza działanie w oparciu o własną podmiotowość prawną, natomiast bezpośredniość interpretowana jest jako działanie na własny rachunek²¹⁰. Bardzo istotne jest, że kryterium samodzielności działalności gospodarczej we własnym imieniu wskazuje, kto na gruncie obowiązujących przepisów prawnych ponosi w szczególności majątkowe konsekwencje (ryzyko) podejmowanych decyzji gospodarczych oraz ponosi odpowiedzialność za zobowiązania o charakterze publicznoprawnym i prywatnoprawnym²¹¹.

²⁰² Tamże. Podobnie M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 242.

²⁰³ M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 242; podobnie C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej...*, dz.cyt., s. 39.

²⁰⁴ Por. M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 242.

²⁰⁵ Tamże, s. 243.

²⁰⁶ Tamże.

²⁰⁷ Por. M. Etel, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, dz.cyt., s. 202-203.

²⁰⁸ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 224.

²⁰⁹ Tamże.

²¹⁰ M. Szydło, *Swoboda działalności...*, dz.cyt., s. 88-91.

²¹¹ Por. K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, dz.cyt., s. 224.

Podsumowanie

Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, że pojęcie przedsiębiorcy, kluczowe z punktu widzenia zarówno publicznego prawa gospodarczego, jak i całego systemu prawnego w odniesieniu do przyjętego w Konstytucji RP modelu społecznej gospodarki rynkowej, po ponad 10 latach obowiązywania ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, nadal budzi wątpliwości. Przedmiotem niesłabnącego zainteresowania doktryny są przykładowo kwestie związane z trwałością lub sezonowością prowadzonej działalności gospodarczej, jak również zagadnienia rozgraniczenia działalności gospodarczej od działalności o charakterze użyteczności publicznej.

Należy podkreślić, że ustawodawca w projektowanej regulacji Prawa przedsiębiorców nie rozwiązuje powyżej opisanych dylematów. W proponowanym brzmieniu art. 3 Prawa przedsiębiorców wskazuje się, iż działalnością gospodarczą jest zorganizowana działalność zarobkowa, wykonywana samodzielnie i w sposób ciągły.

Jakkolwiek pozytywnie należy ocenić działania ustawodawcy zmierzające do uproszczenia przepisów prawnych, to zamiar usunięcia z definicji działalności gospodarczej przykładowych rodzajów działalności nie jest zabiegiem fortunnym. Ponadto, wątpliwości budzi usunięcie z definicji legalnej działalności zawodowej. Zasadnym jest bowiem wskazanie, że działalność zawodowa stanowi jedną z postaci działalności gospodarczej, jak to obecnie reguluje art. 2 usdg. *De lege ferenda* należy postulować sformułowanie przez prawodawcę bardziej precyzyjnej²¹² definicji działalności gospodarczej, tak by była ona bardziej adekwatna do potrzeb życia gospodarczego. W mojej opinii uczynienie definicji bardziej zwięzłą nie powinno być podstawowym motorem dokonywania zmian legislacyjnych.

²¹² Według S. Wronkowskiej adekwatność tekstu prawnego osiąga się przez precyzję oraz elastyczność – por. S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia...*, dz.cyt., s. 65.

O autorze

Doktorant w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, doradca podatkowy. Odbił staż naukowy w Katedrze Prawa Publicznego i Komunalwissenschafteninstitut na Uniwersytecie w Poczdamie. Obronił pracę doktorską dotyczącą wspierania działalności innowacyjnej.

Streszczenie

Pojęcie przedsiębiorcy, kluczowe z punktu widzenia zarówno publicznego prawa gospodarczego, jak i całego systemu prawnego w odniesieniu do przyjętego w Konstytucji RP modelu społecznej gospodarki rynkowej, po ponad 10 latach obowiązywania ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, nadal budzi wątpliwości. Przedmiotem artykułu jest analiza pojęcia przedsiębiorcy na przykładzie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, będącej „konstytucją działalności gospodarczej” z uwzględnieniem planowanej regulacji Prawa Przedsiębiorców. Prawo przedsiębiorców stanowi istotny element wprowadzonej regulacji tzw. Konstytucji Biznesu.

Summary

The notion of an entrepreneur, crucial from the point of view of both public economic law and the entire legal system in relation to the Constitution adopted model of social market economy, after more than 10 years from introducing the Act on freedom of economic activity, remains questionable. The article is an analysis of the notion of the entrepreneur on example of the Act on freedom of economic activity, which is "Constitution of the economic activity" and includes considerations regarding the planned regulations of Law of entrepreneurs. The Law of entrepreneurs is an important part of so-called "Constitution of Business", which would be introduced in Polish law.