



wrzesień

9/2022

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





wrzesień

9/2022

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

Rok LXVII nr 778



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor naczelna:
Ewa Stawicka

Sekretarz redakcji:
Klaudiusz Kaleta

Redaktorzy języka angielskiego:
Grzegorz Grątkowski, Anna Setkowicz

Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

Stanislav Balík
Zbigniew Banaszczyk
Jacek Barcik
Wojciech Bergier
Michał Bieniał
Józef Forystek
Piotr Fiedorczyk
Lech Gardocki
Paweł Gieras
Roman Hauser
Joseph Hoffmann
Krzysztof Kostański
Andrzej Kubas
Jan Kuklewicz
Katalin Ligeti
Erik Luna
Frank Meyer
Dariusz Mucha
Marek Antoni Nowicki
Piotr Ochwat
Szymon Pawelec
Krzysztof Piesiewicz
Krzysztof Pietrzykowski
Jerzy Pisuliński
Paweł Podrecki
Janusz Raglewski
Anna Rakowska-Irela
Stanisław Rymar
Marek Safjan
Philippe Sands
Piotr Sendecki
Elżbieta Skowrońska
Tomasz Sójka
Monika Strus-Wołos
Maciej Szpunar
Dobrosława Szumiło-Kulczycka
Dariusz Świecki
Jaromir Tauchen
Stephen C. Thaman
Andrzej Tomaszek
Józef Wójcikiewicz
Maria Zabłocka
Stanisław Zabłocki
Jerzy Zajadło
Piotr Zientarski
Jerzy Zięba
Paweł Ziębara

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Mija 120 lat od wyroku trybunału arbitrażowego w Grazu, który przyznał polskiej stronie rację w sporze o wschodnią część Morskiego Oka i Czarnego Stawu oraz teren znajdujący się między nimi a granicą Żabiego po Rysy – sporny z Węgrami. Tatry za czasów I Rzeczypospolitej stanowiły królewską domenę; w konsekwencji, po rozbiórce 1772 r., weszły w skład austriackich dóbr kameralnych. Wystawione przez cesarza na sprzedaż, w 1824 r. kupione zostały przez węgierskiego możnowładcę. Pół wieku później, od jego spadkobierców, część ziemi zakupił książę pruski Christian Hohenlohe-Öhringen. Wobec wystawienia na sprzedaż kolejnej części, tzw. dóbr zakupiańskich, obejmujących m.in. tereny nad Morskim Okiem, w latach 90. XIX wieku pojawiły się po polskiej stronie obawy, że i one trafią w ręce Prusaka, który słynął z prowadzenia rabunkowej gospodarki leśnej. Środków publicznych nie było, lecz hrabia Władysław Zamoyski zdecydował się wyłożyć prywatne fundusze i wygrał licytację. Ludzie Hohenlohego dopuszczali się po tym granicznych zaczepk. Sąd w Nowym Targu pod błahym pretekstem zawiesił proces wytoczony Prusakowi przez polskiego hrabiego, sąd w Budapeszcie wydał zaś wyrok po myśli księcia. W latach 1892–1893 Towarzystwo Tatrzańskie zebrało kilkadziesiąt tysięcy podpisów Polaków z wszystkich trzech zaborów pod petycją do Koła Polskiego w parlamencie wiedeńskim, aby kontrowersję rozstrzygnąć na poziomie międzynarodowym. Równocześnie węgierski minister spraw wewnętrznych wydał oficjalne oświadczenie, że przedmiotowy obszar należy do państwa węgierskiego. Dopiero polska deputacja do cesarza wymogła na Franciszku Józefie zgodę na oddanie sprawy pod sąd rozjemczy. Minęło kolejnych 9 biurokratycznych lat, nim arbitraż doszedł do skutku.

foto na okładce: Walery Eljasz-Radzikowski, *Przewodnik i turyści w Tatrach*, 1878, Muzeum Narodowe w Krakowie

Przygotowanie okładki do druku: A.P. GRAF

Adres Redakcji:
00-202 Warszawa, ul. Świętojerska 16, lok. 33
tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35
e-mail: redakcja@palestra.pl
Internet: www.palestra.pl

Ark. wyd.: 10. Nakład: 5000 egz.
ISSN 0031-0344, indeks 36851



Spis treści

Od Redakcji

Ewa Stawicka

Adwokaci morskookiej sprawy 5

Artykuły

Szymon Tarapata

Sekwencyjność realizacji znamion przestępstwa płatnej protekcji
z art. 230 § 1 Kodeksu karnego 8

Karolina Kopicka, Anna Wolska-Bagińska

Ochrona danych osobowych bieglego w procesie karnym 19

Ewa Plebanek

Kilka uwag o obowiązku szczepień ochronnych i penalizacji naruszeń
zasad sanitarno-epidemiologicznych 29

Polemiki

Tomasz Łodziana

Kontrola operacyjna oraz użycie systemu *Pegasus* w Polsce – polemika . 58

Najnowsze orzecznictwo

**Tomasz P. Antoszek, Tomasz Henclewski, Karol Szadkowski, Mariusz Zelek,
redakcja naukowa – Jerzy Pisuliński**

Przegląd orzecznictwa Izby Cywilnej Sądu Najwyższego w sprawach
cywilnych 65

Marek Antoni Nowicki

- Przedwczesne zakończenie kadencji członka Krajowej Rady
Sądownictwa – obszernie omówienie wyroku Europejskiego Trybunału
Praw Człowieka (I Sekcja) w sprawie *Żurek v. Polska* 101

Glosy

Przemysław Krawczyk

- Odpowiedzialność karna obcokrajowca za ślub z nieletnią
– glosa do postanowienia Sądu Okręgowego w Częstochowie
z 29.08.2019 r. (VII Kz 378/19) 113

Forum adwokackie

Adam Bułat

- Materiały pozyskane w wyniku „prowokacji obywatelskiej”
a rzetelność procesu karnego 129

- Table of contents 143

Od Redakcji

Ewa Stawicka

ADWOKACI MORSKOOKIEJ SPRAWY

Józef Stanisław Retinger. Oswald Balzer. Józef Skąpski. Oto nazwiska trzech wybitnych prawników przełomu XIX i XX wieku, dzięki którym po dziś dzień możemy się cieszyć narodową własnością największego spośród tatrzańskich jezior, które otwiera drogę na Rysy.

Słowianie widzą w tym zbiorniku wodnym położonym u stóp Mięguszwickich Szczytów odbicie żrenicy morza: Słowacy, tak jak i my, zwą je Morskim Okiem. Węgierska nazwa oznacza w dosłownym tłumaczeniu staw rybny. Niemcy mają dlań zamienne miano: Rybne Jezioro i Morskie Oko.

Wielonarodowościowe cesarstwo nie godziło pomiędzy sobą narodów pozostających pod wspólnym berłem, choć bez wątpienia ułatwiało im dogłębne rozumienie spornych interesów.

Spory graniczne pomiędzy Polską a Węgrami o tereny wokół Morskiego Oka zaczęły się jeszcze w XVI wieku. Dokonana w końcu XIX wieku przez spadkobierców węgierskich wielmożów sprzedaż obszarów bezpośrednio przylegających do tak zwanych dóbr zakopiańskich spowodowała dalsze umiędzynarodowienie sporu, jako że nabywcą został pruski książę, górnośląski przemysłowiec Christian Hohenlohe-Öhringen. Sprawy dodatkowo komplikował fakt, że obok dóbr zakopiańskich leżały – także zagrożone – tereny uważane za własne przez białczańskich sołtysów Nowobilskich, którzy w XVII wieku otrzymali od króla Jana Kazimierza przywilej zezwalający na użytkowanie pastwisk nad Morskim Okiem.

Pruski książę, zamierzający poszerzyć swoje tereny łowieckie, nie tylko czyhał na okazję do zakupu ziemi przylegającej do tej, którą już posiadał, i nie ograniczał się też do faktycznych działań polegających m.in. na ograniczaniu dostępu górali do tradycyjnych miejsc wypasu owiec i do niszczenia mienia po polskiej stronie, ale również wszczął różnorakie starania prawne, m.in. zmierzające do wykazania takiego stanu w księgach hipotecznych, który by posłużył

jego twierdzeniom co do przebiegu granicy. Zainteresował też sporem władze państwowe, wskutek czego w 1883 r. zebrała się w schronisku nad Morskim Okiem mieszana komisja, wspólnie powołana przez węgierskie Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Namiestnictwo Galicyjskie. Komisja niczego wiążącego nie uradziła, za to sprawa stała się tym głośniejsza. Na miejsce obrad komisji przybył między innymi doktor Tytus Chałubiński, a także – wśród innych aktywistów Towarzystwa Tatrzańskiego – malarz Walery Eljasz-Radzikowski.

Polacy próbowali zorganizować zbiórkę publiczną dla pozyskania funduszków na zakup dóbr zakopiańskich, ale potrzebna kwota wielokrotnie przerosła możliwości społeczników. Wówczas hrabia Władysław Zamoyski zdecydował się zastawić swoje rodowe, kórnickie dobra i tak pozyskaną kwotę przeznaczyć na wylicytowanie cennego terenu. Do tego, by Zamoyski zdążył ze zgłoszeniem swego udziału w przetargu, a także do jego wygranej – walnie przyczynił się jego pełnomocnik, krakowski adwokat Józef Stanisław Retinger. Zaznaczyć trzeba, że tej ostatniej postaci nie należy mylić z jego synem, Józefem Hieronimem Retingerem, doradcą Władysława Sikorskiego, uważanym za jednego ze współtwórców Wspólnoty Europejskiej.

Utrzymujące się niesnaski na granicy dóbr Hohenlohego i tych, które zakupił Zamoyski oraz sąsiednich, należących do polskich górali – doprowadziły do cywilnych procesów wytaczanych przed sądami w Galicji i na Węgrzech. Ich rozstrzygnięcia bywały jednak nierychliwe, ponadto prywatni adwersarze niewiele sobie robili z ich wyroków.

W 1901 r. sprawę postawiono, jako spór o charakterze międzynarodowym, przed trybunałem arbitrażowym *ad hoc* powołanym w austriackim Grazu. Wizja lokalna w Tatrach, z udziałem wybitnego szwajcarskiego specjalisty od kwestii geodezyjnych i historycznych – a także rozprawa – miały miejsce w roku 1902. Racje rządu galicyjskiego reprezentował przed nim lwowski profesor prawa Oswald Balzer. Ten syn austriackiego urzędnika, wybitny znawca prawa państwowego, nigdy nienależący do jakichkolwiek stronnictw politycznych, walnie przyczynił się rozmaitym żywotnym polskim interesom, tak w Krakowie czy we Lwowie, jak i w Warszawie, a także w innych europejskich centrach.

Wyrok trybunału arbitrażowego w Grazu ogłoszony 13.09.1902 r. spowodował powszechny entuzjazm Polaków, na skrzydłach telegrafów zaniesiony aż na adriatyckie wybrzeże, dokąd udał się – na wypoczynek po dobrze wykonanej pracy – Oswald Balzer.

Utarczki na granicy mimo wszystko nie ustały. Księżę Hohenlohe nadal dopuszczał się różnego rodzaju zaczepek. Zmienił jedynie prawną argumentację, którą szermował: po wyroku sądu rozjemczego porzucił wprawdzie twierdzenie, iż sporny teren miałby przynależeć do Węgier i podporządkował się ustaleniu, że należał on do Galicji – ale mimo to twierdził, że w sferze prawa prywatnego obszar wokół Morskiego Oka stanowi jego własność. Przeciwnikiem w tak postawionym sporze był, rzecz jasna, hrabia Zamoyski. Ze sprawą na powrót zmierzyły się zatem sądy cywilne.

Proces o ustalenie wytoczony przez pruskiego przemysłowca został w pierwszej instancji rozpoznany przez Sąd Obwodowy w Nowym Targu. Wielkopolskiego ziemianina i filantropa reprezentował w tej sprawie adwokat Józef Skąpski. Pochodził on z ubogiej rodziny chłopskiej; dzięki dużym zdolnościom i pracowitości, ukończył z wyróżnieniem studia prawnicze na Uniwersytecie Jagiellońskim, po czym zdobył doświadczenie i adwokackie szlify w znanej krakowskiej kancelarii, ostatecznie przejmując praktykę po swym patronie. Następnie praktykował w Innsbrucku i Wiedniu. Skąpski ustanowił się pełnomocnikiem Zamoyskiego przed nowotarskim sądem w roku 1907 i wygrał sprawę kolejno we wszystkich instancjach, aż po Najwyższy Trybunał Kasacyjny w Wiedniu. Utrwaliło to znakomitą renomę mecenasa Skąpskiego, którego klientami zostało potem wiele osób z polskich rodów arystokratycznych, a także z kręgów artystycznych.

Ewa Stawicka

Redaktor naczelna miesięcznika „Palestra”.

Artykuły

Szymon Tarapata

SEKWENCYJNOŚĆ REALIZACJI ZNAMION PRZESTĘPSTWA PŁATNEJ PROTEKCJI Z ART. 230 § 1 KODEKSU KARNEGO

Przestępstwo płatnej protekcji może być popełnione tylko wtedy, gdy sprawca realizuje znamiona czasownikowe w określonej sekwencji. Najpierw musi on powoływać się na wpływy we wskazanych w art. 230 § 1 Kodeksu karnego instytucjach, wywołać u innej osoby przekonanie o istnieniu tych wpływów lub utwierdzić ją w tym przekonaniu, a następnie powinien podjąć się załatwienia sprawy w zamian za korzyść majątkową, osobistą albo ich obietnicę. W artykule zaprezentowano przykłady przypadków, w których brak zachowania tej sekwencji może prowadzić do niemożliwości przypisania odpowiedzialności karnej. W szczególności wykazano, że jeżeli sprawca najpierw przyjmuje korzyść majątkową, a dopiero później powołuje się na wpływy i podejmuje się załatwienia sprawy, o realizacji znamion z art. 230 § 1 k.k. nie może być mowy.

W literaturze prawnokarnej podkreśla się, że przestępstwo płatnej protekcji z art. 230 § 1 Kodeksu karnego¹ ma charakter dwuaktowy, a może raczej dwuelementowy². Do realizacji znamion czynu stypizowanego w przytoczonym przepisie konieczne jest bowiem, by jego sprawca powołał się na wpływy w instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej albo krajowej lub w zagranicznej jednostce organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi,

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.), dalej k.k.

² M. Iwański, *Odpowiedzialność karna za przestępstwa korupcyjne*, Kraków 2016, s. 155; J. Giezek (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021, s. 881; J. Skorupka, *Ochrona interesów majątkowych Skarbu Państwa w kodeksie karnym*, Wrocław 2004, s. 122–123.

wywołał przekonanie innej osoby lub utwierdził ją w przekonaniu o istnieniu takich wpływów, a następnie podjął się pośrednictwa w załatwieniu sprawy. Samo wypełnienie jednego z tych „aktów” nie wystarcza do wyczerpania cech typu z art. 230 § 1 k.k. Z realizacji jednego z tych znamion nie można domniemywać spełnienia drugiego³. Obydwie przywołane cechy czasownikowe powinny zostać wyczerpane bądź sekwencyjnie, bądź jednocześnie⁴. Sekwencja ta musi jednak polegać na tym, że sprawca najpierw powołuje się na wpływy (bądź wywołuje przekonanie innej osoby lub utwierdza ją w przekonaniu o istnieniu takich wpływów), a następnie podejmuje się załatwienia sprawy⁵. Konstrukcja płatnej protekcji z art. 230 § 1 k.k. powoduje, że jeśli znamiona te zostaną zrealizowane w odwrotnej kolejności, wówczas nie dojdzie do popełnienia tego przestępstwa⁶. Jak już zasugerowano, wyjątkiem są przypadki, kiedy sprawca wykonuje te czynności tym samym komunikatem. Jego treść musi być jednak taka, że powoływanie się na wpływy było funkcjonalnie związane z podjęciem się załatwienia konkretnej sprawy (sprawca ma się powołać na nie właśnie po to, by zaoferować załatwienie sprawy)⁷.

Z art. 230 § 1 k.k. wprost wynika, że w trakcie realizacji znamion czasownikowych przestępstwa płatnej protekcji sprawcy powinien towarzyszyć pewien motyw. Powołanie się na wpływy i podjęcie się załatwienia sprawy musi bowiem nastąpić w zamian za korzyść majątkową, osobistą albo jej obietnicę. Dla bytu płatnej protekcji konieczna jest więc pewna ekwiwalentność. Sprawca, w zamian za podjęcie się załatwienia sprawy, musi otrzymać korzyść majątkową, osobistą albo jej obietnicę. Element w postaci korzyści majątkowej, osobistej albo jej obietnicy pełni więc w art. 230 § 1 k.k. podwójną rolę. Z jednej strony stanowi znamię strony przedmiotowej, z drugiej strony – dookreśla komponent subiektywny. Jeśli chodzi o ten ostatni element (o charakterze podmiotowym) – sprawca powinien podjąć się załatwienia sprawy właśnie po to, by otrzymać korzyść lub jej obietnicę. Możliwość ich otrzymania jest więc motorem (motywacją) jego działania.

Znamię w postaci korzyści majątkowej, osobistej albo jej obietnicy ma znaczenie z perspektywy sekwencyjności komponentów czasownikowych przestępstwa płatnej protekcji. Teza ta została silnie wyeksponowana w postanowieniu SN z 28.02.2018 r., w którym wskazano, że „korzyść majątkowa lub osobista (albo ich obietnica) ma stanowić na gruncie przestępstwa płatnej protekcji motyw, de-

³ M. Iwański, *Odpowiedzialność...*, s. 155.

⁴ Warto też zauważyć, że zawarte w art. 230 § 1 k.k. słowo „powołując się” jest imiesłowem współczesnym, co jednoznacznie sugeruje, iż powoływanie się na wpływy może być rozciągnięte w czasie.

⁵ J. Lachowski (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, teza nr V.A.12 do art. 230.

⁶ J. Lachowski (w:) *Kodeks...*, teza nr V.A.12 do art. 230.

⁷ Przykładem takiej sytuacji może być przekazanie adresatowi listu, w którym sprawca powołuje się na wpływy i podejmuje się załatwienia określonej sprawy w zamian za korzyść majątkową, osobistą albo jej obietnicę.

cydujący o podjęciu się przez sprawcę pośrednictwa w załatwieniu sprawy (...). Z istoty rzeczy motyw ten musi pojawić się przed popełnieniem czynu. Wynika to wyraźnie z użytego w treści art. 230 § 1 k.k. zwrotu «podejmuje się pośrednictwa w załatwieniu sprawy w zamian za korzyść (...) albo jej obietnicę». Nie wystarczy więc do realizacji znamion przestępstwa płatnej protekcji z art. 230 § 1 k.k. samo przyjęcie korzyści majątkowej (lub osobistej) czy też obietnicy takiej korzyści już po podjęciu się pośrednictwa w załatwieniu sprawy”⁸.

Stan faktyczny sprawy, w której zapadło cytowane powyżej orzeczenie, polegał na tym, że oskarżony dostał butelkę wódki w zamian za podjęcie się pośrednictwa w załatwieniu sprawy polegającej na rejestracji przyczepy przez inną osobę, przy uprzednim powoływaniu się na wpływy w Wydziale Komunikacji, Transportu i Dróg Starostwa Powiatowego w J. Sąd Najwyższy oddalił kasację prokuratora od wyroku uniewinniającego jako oczywiście bezzasadną, wskazując, że na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego nie dało się ustalić, czy korzyść w postaci alkoholu została oskarżonemu wręczona po czynie (powołaniu się na wpływy i podjęciu się załatwienia sprawy), czy też wręczenie owej korzyści (lub obietnica przekazania tej korzyści) stanowiła element motywujący M.G. do podjęcia się pośrednictwa w załatwieniu sprawy.

Zaprezentowana optyka SN zasługuje w całości na aprobatę. Jej trafność jednoznacznie wynika bowiem z konstrukcji znamion typu z art. 230 § 1 k.k. Sformułowanie „podejmuje się załatwienia sprawy w zamian za korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę” wyraźnie sugeruje, że zamiar przyjęcia korzyści lub jej obietnicy ma istnieć już w chwili podjęcia się załatwienia określonej sprawy. Wystąpić on więc siłą rzeczy musi przed powołaniem się na wpływy w wymienionych w tymże przepisie miejscach lub najpóźniej w chwili powoływania się na te wpływy. Nie dojdzie zatem do realizacji znamion płatnej protekcji wówczas, gdy sprawca, powołując się na swe znajomości, początkowo bezinteresownie podejmuje się załatwienia sprawy, a dopiero następnie otrzyma korzyść majątkową, osobistą lub ich obietnicę. Tak samo będzie w sytuacji, kiedy to podmiot sprawczy dopiero po podjęciu się załatwienia sprawy przyjmie obietnicę korzyści, a następnie tę korzyść otrzyma. Nie zostanie bowiem spełniony wówczas wymóg współczesności pomiędzy uzyskaniem korzyści a podjęciem się załatwienia sprawy przy uprzednim lub równoczesnym powołaniu się na wpływy. Bez znaczenia jest przy tym, że samo podjęcie się załatwienia sprawy z powołaniem się na wpływy może być ocenione jako etycznie naganne. Czyn ten nie został bowiem odrębnie spenalizowany przez ustawodawcę.

Sekwencyjność realizacji znamion czasownikowych typu z art. 230 § 1 k.k. rodzi jeszcze wiele innych konsekwencji, które warto w tym kontekście omówić, posługując się hipotetycznymi sytuacjami faktycznymi. Nie jest w pierwszej kolejności wykluczone, że sprawca powoła się wobec kogoś na wpływy w okre-

⁸ Postanowienie SN z 28.02.2018 r. (IV KK 223/17), LEX nr 2559383. Trzeba podkreślić, że kwestia sekwencyjności realizacji znamion czynnościowych przestępstwa płatnej protekcji nie jest przedmiotem szerszej analizy w orzecznictwie.

ślonej instytucji w chwili, gdy nie istniała jeszcze żadna sprawa, którą można byłoby załatwić. Pojawia się pytanie, jakiej należy dokonać oceny wówczas, gdy sprawa ta powstanie dopiero po powołaniu się na wpływy, dana osoba zaś podejmie się ją załatwić w zamian za korzyść majątkową, osobistą albo ich obietnicę, przy czym, podejmując się tego, nie powoła się ponownie na swe lub cudze koneksje⁹.

Przykładowo X może pochwalić się Y-owi, że ma znajomości w miejscowej prokuraturze. Następnie wobec Y-a w tej jednostce została wszczęta sprawa karna. Y, pamiętając o tym, udał się do X-a z prośbą o udanie się do prokuratora i wstawienie się za nim, w zamian za co wręczył X-owi korzyść majątkową w wysokości 5.000 zł.

W tym kontekście trzeba zauważyć, że pierwsza sekwencyjna czynność niezbędna dla bytu płatnej protekcji może alternatywnie polegać również na wywołaniu u innej osoby przekonania o występowaniu wpływów lub utwierdzić ją w przekonaniu o ich istnieniu. Powinno się przypomnieć, że płatna protekcja z art. 230 § 1 k.k. może być popełniona umyślnie oraz wyłącznie z zamiarem bezpośrednim¹⁰. Umyślność ta musi obejmować wszystkie znamiona i istnieć już w momencie realizacji pierwszego z komponentów czasownikowych. Oznacza to, że dla bytu przestępstwa z art. 230 § 1 k.k. konieczne jest, by sprawca już w momencie powoływania się na wpływy przewidywał, że podejmie się załatwienia sprawy w określonej instytucji. Natomiast w analizowanym stanie faktycznym takiego elementu zabrakło.

Rozważyć jednak trzeba, czy skoro X podjął się załatwienia sprawy, to tym samym wywołał u Y-a przekonanie o istnieniu wpływów w prokuraturze lub utwierdził go w przekonaniu o ich istnieniu. Wydaje się, że odpowiedź na tak postawione pytanie musi być przecząca. X bowiem nie wywołał u Y-a przekonania, że ma koneksje w prokuraturze. Takie przekonanie zostało już przecież wcześniej wywołane i istniało już w momencie podjęcia się załatwienia sprawy. Czy można natomiast przyjąć, że doszło do utwierdzenia Y-a o istnieniu owych wpływów?

Optyka taka jest wątpliwa. Jak już bowiem wskazano, z występowania jednego znamienia czasownikowego z art. 230 § 1 k.k. nie można domniemywać istnienia drugiego. Gdyby zaś samo podjęcie się załatwienia sprawy oznaczało automatycznie utwierdzenie innej osoby w przekonaniu o istnieniu wpływów, wówczas znamień w postaci utwierdzenia kogoś w przekonaniu o istnieniu wpływów byłoby zbędne. Trzeba więc dojść do wniosku, że aby doszło do spełnienia tejże cechy, sprawca musi zrobić coś więcej, niż tylko podjąć się załatwienia sprawy. Albo powinien on wykonać określoną aktywność (np. potwierdzić, że ma

⁹ Obecnie nie ma wątpliwości, że znamiona czynu z art. 230 § 1 k.k. może zrealizować sprawca, który powołuje się zarówno na wpływy własne (bezpośrednie), jak i na wpływy cudze (pośrednie) – zob. np. A. Barczak-Oplustil, M. Iwański (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2. Komentarz do art. 212–277d, Warszawa 2017, s. 258–259.

¹⁰ A. Barczak-Oplustil, M. Iwański (w:) *Kodeks...*, s. 262.

wplywy w danej instytucji), albo przynajmniej nie wyprowadzić z błędu innej osoby, która w czasie skierowania lub przed skierowaniem propozycji podjęcia się załatwienia sprawy przypomniła podmiotowi o tym, że posiada stosowne koneksje w instytucjach publicznych. Tymczasem na gruncie badanego stanu faktycznego tego rodzaju okoliczności nie wystąpiły. Oznacza to, że na jego gruncie o popełnieniu przestępstwa płatnej protekcji nie może być mowy.

Warto też rozważyć, jak trzeba ocenić sytuację, gdy sprawca, powołując się na wpływy, najpierw podjął się załatwienia sprawy, ale jej jeszcze jej nie załatwił, lecz dopiero później uzależnił ostateczne jej załatwienie (finalizację) od otrzymania korzyści majątkowej lub osobistej. Przypisanie odpowiedzialności karnej za płatną protekcję w takim przypadku jest możliwe przy spełnieniu dodatkowego warunku. Realizacja znamion typu z art. 230 § 1 k.k. może nastąpić w pierwszej kolejności wtedy, gdy już w momencie powoływania się na wpływy i podjęcia się załatwienia sprawy sprawca sobie założył, że w późniejszym okresie za finalizację swych usług będzie żądał zapłaty. Po drugie – do spełnienia cech płatnej protekcji dojdzie też wówczas, kiedy podmiot sprawczy w momencie uzależnienia finalizacji załatwienia sprawy przypomni o wpływach, na które się wcześniej powołał. Tego rodzaju zachowanie będzie można bowiem potraktować jako ponowne powoływanie się na wpływy.

Należy zauważyć, że niektóre zawody polegają na tym, iż ich przedstawiciele profesjonalnie podejmują się prowadzenia spraw dla innych w zamian za wynagrodzenie (a więc za korzyść majątkową). Oczywistym przykładem, poza zawodowymi lobbystami, realizującymi swe czynności na podstawie obowiązujących aktów normatywnych¹¹, jest profesja adwokata lub radcy prawnego, którzy reprezentują swych klientów w postępowaniach prowadzonych przez sądy lub inne organy. Osoby te podejmują się doprowadzenia do tego, że ich mandanci uzyskają możliwie jak najkorzystniejsze rozstrzygnięcie¹². W pewnym więc sensie można zaliczyć przedstawicieli tychże profesji do grona lobbystów. Zarazem adwokat lub radca prawny nie mają swoistego immunitetu od odpowiedzialności za płatną protekcję¹³. Trzeba jednak stanowczo podkreślić, że dokonywanie oceny przez organy procesowe, czy osoby te dopuściły się czynu zabronionego z art. 230 § 1 k.k., musi nastąpić przy zachowaniu daleko idącej ostrożności. Wynika to z faktu, że istnieje cienka granica pomiędzy legalnym a bezprawnym podjęciem się załatwienia sprawy w zamian za korzyści.

W orzecznictwie i doktrynie podejmowane są próby ustalenia warunków, które muszą zostać spełnione, by adwokat lub radca prawny mogli odpowiadać za płatną protekcję z art. 230 § 1 k.k. Przede wszystkim wskazuje się, że

„Zachowanie się adwokata, który w związku z powierzaniem sprawy przez

¹¹ Zob. ustawa z 7.07.2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa (Dz.U. z 2017 r. poz. 248).

¹² Zob. E. Popek, *Przestępstwo płatnej protekcji w ustawodawstwie karnym PRL*, Warszawa 1971, s. 151.

¹³ Por. M. Iwański, *Odpowiedzialność...*, s. 172.

klienta powołuje się na swój wpływ na urzędnika (sędziego lub prokuratora), może stanowić – zależnie od okoliczności konkretnego wypadku – przestępstwo z art. 38 m.k.k. (odpowiednik obecnego art. 230 § 1 k.k. – przyp. S.T.) także wówczas, gdy zażądał on korzyści majątkowej z tytułu prowadzenia sprawy, nawet w wysokości należnego taryfowego honorarium. Istota problemu sprowadza się w takim wypadku do ustalenia, czy powołanie się adwokata na swój wpływ ma na celu:

- 1) wywołanie u klienta przeświadczenia o pozaprawnych możliwościach adwokata załatwienia sprawy urzędowej klienta w drodze realizacji bezprawnego wpływu na urzędnika, a w konsekwencji
- 2) nakłonienie klienta do powierzenia mu sprawy w wyniku takiego powołania się oraz z obawy, że bez tego powołania się powierzenie sprawy mogłoby nie nastąpić.

Postępowanie adwokata w razie spełnienia się przytoczonych wyżej warunków stawia go niezasłużenie w sytuacji uprzywilejowanej wobec innych adwokatów niestosujących tego rodzaju metod zdobywania klienteli, godząc ponadto – co ważniejsze – w autorytet organów urzędowych, który jest przedmiotem ochrony karnoprawnej omawianego przepisu.

Prawidłowa ocena stanu faktycznego, który polega na powoływaniu się adwokata na swój wpływ na urzędnika przy podejmowaniu się pośrednictwa w załatwieniu sprawy urzędowej, wymaga – w wypadku pobrania tylko taryfowego honorarium – szczególnie ostrożnej i wnikliwej analizy materiału dowodowego sprawy¹⁴.

Do realizacji znamion czynu z art. 230 § 1 k.k. nie jest wystarczające, by adwokat lub radca prawny obiecał swemu klientowi pozytywne załatwienie jego sprawy. Oczywiście kontrakt łączący przedstawiciela tychże profesji z inną osobą ma charakter umowy starannego działania, nie zaś rezultatu. Oznacza to, że jeśli wynik sprawy jest niepewny, adwokat lub radca prawny nie powinien gwarantować swemu klientowi, że doprowadzi do pozytywnego rozstrzygnięcia w konkretnym postępowaniu. Samo jednak złożenie takiej obietnicy, choć może w razie niepowodzenia w przyszłości prowadzić do nieporozumień między prawnikiem a jego mandantem, to zbyt mało, by zrealizować znamiona płatnej protekcji.

Do wyczerpania zawartego w art. 230 § 1 k.k. znamienia w postaci powoływania się na wpływy nie jest wystarczające, że adwokat lub radca prawny oświadczy swemu klientowi, że zna się z konkretnym sędzią lub prokuratorem. To, że poszczególni przedstawiciele profesji prawniczej są znajomymi i utrzymują kontakty towarzyskie, nie jest przecież niczym nadzwyczajnym. W doktrynie wskazuje się nadto, że samo podjęcie przez adwokata starań o pozytywne załatwienie sprawy, nawet przy dorozumianym wykorzystaniu posiadanych stosunków, stanowi

¹⁴ Postanowienie SN z 12.07.1962 r. (V K 838/61), Legalis nr 518523.

czynność dozwoloną i samo demonstrowanie przez adwokata zażyłości z sędzią czy prokuratorem, aczkolwiek niepożądane w świetle zasad etyki adwokackiej i godności zawodu, nie musi oznaczać powoływania się na swoje wpływy¹⁵.

W pewnym zakresie pogląd ten może budzić wątpliwości i z tego powodu wymaga komentarza. Został on bowiem wyrażony na gruncie poprzedniego stanu prawnego, kiedy to pośród znamion płatnej protekcji brak było elementów w postaci wywołania przez sprawcę u innej osoby przekonania o istnieniu wpływów w instytucjach oraz utwierdzania jej w tymże przekonaniu. Zgodzić się trzeba, że „z istoty zawodu i pracy adwokata wynika wprawdzie, że może on i powinien wywierać wpływ na organy wymiaru sprawiedliwości, mając na celu korzyść klienta, jednakże zawsze ma działać w granicach swych uprawnień. Nie powinno być tolerowane to wszystko, co jest sprzeczne z tymi uprawnieniami. Tym bardziej zaś nie można tolerować, przeciwnie należy uznać za przestępne takie zachowanie, które wyczerpuje dyspozycje przepisu karnego”¹⁶.

Istotne jest, że przedmiotem ochrony typu art. 230 § 1 k.k. jest prawidłowa działalność instytucji państwowej, samorządowej, organizacji międzynarodowej i krajowej, a także zagranicznej jednostki organizacyjnej dysponującej środkami publicznymi, ich prawidłowe i bezinteresowne funkcjonowanie¹⁷. Przywołany przepis chroni to dobro prawne na głębokim przedpolu jego naruszenia. Dowodem na trafność tego twierdzenia jest fakt, że dla bytu płatnej protekcji nie jest konieczne, by sprawca rzeczywiście miał wpływy, na które się powołuje, lub miał zamiar rzeczywiście ich użyć. Z drugiej strony oczywiste jest jednak, że znamiona czasownikowe typu z art. 230 § 1 k.k. muszą być interpretowane z uwzględnieniem dobra prawnego, które ma chronić opisany w tym przepisie wzorzec ustawowy. Do karalnego powoływania się na wpływy może dojść więc dopiero wtedy, gdy adwokat lub radca prawny powoła się na istnienie tego rodzaju relacji, która pozwala oddziaływać na sędziego, prokuratora lub innego funkcjonariusza w taki sposób, że będzie on gotów załatwić daną sprawę w sposób pozaprawny i potraktować klienta w sposób preferencyjny oraz przychylny mimo braku ku temu podstaw, a więc np. „przymknąć oko” na okoliczności niekorzystne dla mandanta. Tylko bowiem takie działania są potencjalnie groźne dla dobra prawnego chronionego przez art. 230 § 1 k.k., gdyż mogą stanowić abstrakcyjne zagrożenie dla prawidłowości działania wymienionych w tymże przepisie instytucji. Nie może więc stanowić płatnej protekcji samo powołanie się przez adwokata na zażyłą znajomość z sędzią lub adwokatem, jeżeli prawnik ten jednocześnie w sposób stanowczy oświadczy klientowi, że

¹⁵ M. Surkont, *Z zagadnień odpowiedzialności za łapownictwo w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Przegląd Sądowy” 1998/5, s. 29. W tym kontekście warto zwrócić uwagę, że § 18 ust. 2 Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej) stanowi jedynie, iż niedopuszczalne jest publiczne okazywanie przez adwokata zażyłości z osobami zatrudnionymi w sądach, urzędach i organach ścigania.

¹⁶ E. Popek, *Przestępstwo...*, s. 152.

¹⁷ A. Barczak-Oplustil, M. Iwański (w:) *Kodeks ...*, s. 255.

okoliczność ta nie będzie miała żadnego wpływu na sposób załatwienia jego sprawy i nie zostanie ona przez niego w tym celu wykorzystana. Do realizacji znamion z art. 230 § 1 k.k. może dojść natomiast wtedy, gdy adwokat lub radca prawny stworzy wrażenie, że ma takie stosunki z sędzią lub prokuratorem, które pozwolą wywierać na te osoby pozaprawne i przez to niedozwolone naciski. Ich pozaprawność polega na tym, że podmiot prowadzący działalność adwokacką lub radcowską zgłasza gotowość do tego, by załatwić daną sprawę w określony sposób tylko lub w dużej mierze z uwagi na to, że łączy go określona relacja z urzędnikiem. Takie postępowanie może u obiektywnego obserwatora wzbudzić wątpliwości co do bezstronności, niezależności i obiektywizmu funkcjonariusza publicznego, który ma wydać określone rozstrzygnięcie.

W świetle też zaprezentowanych w poprzednim akapicie należy jednak poczynić jedno zastrzeżenie. Jego poczynienie jest konieczne dlatego, że jak wskazuje się w piśmiennictwie, typ z art. 230 § 1 k.k. nie jest „lustrzanym odbiciem” wzorca z art. 230a § 1 k.k.¹⁸ W tym ostatnim zaś przepisie znajduje się sformułowanie „w zamian za pośrednictwo w załatwieniu sprawy (...), polegające na bezprawnym wywarceniu wpływu na decyzję, działanie lub zaniechanie osoby pełniącej funkcję publiczną, w związku z pełnieniem tej funkcji”. W art. 230 § 1 k.k. nie ma wprost mowy o tym, by sprawca miał wykorzystać swe wpływy w celu skłonienia urzędnika do bezprawnego zachowania. Wskazuje się, że do realizacji znamion opisanych w tymże przepisie wystarczające jest, by sprawca powołał się na wpływy w celu skłonienia funkcjonariusza do załatwienia danej sprawy w pierwszym możliwym terminie¹⁹.

Warunkiem odpowiedzialności za bierną protekcję ma być to, by to powoływanie się na wpływy było bezprawne. Chodzi więc o nawiązanie do istnienia takiej relacji, która mogłaby zostać użyta do wywierania niedozwolonych nacisków na urzędnika (co może wynikać ze znaczenia słowa „wpływy”). Tego rodzaju zachowaniem będzie z pewnością sugerowanie mandantowi, że istnieją takie stosunki pomiędzy nim a funkcjonariuszem publicznym, których użycie może doprowadzić do załatwienia określonej sprawy w oparciu o kryteria pozamerytoryczne (czyli np. załatwienie sprawy będzie mieć miejsce głównie z tego powodu, że sprawca jest bliskim przyjacielem urzędnika, który ma wydać określoną decyzję).

Zaprezentowane powyżej rozważania są istotne z punktu widzenia tematyki niniejszego tekstu przede wszystkim z jednego powodu. Ścisłej rzecz ujmując, współpraca pomiędzy adwokatem lub radcą prawnym a jego klientem często rozciąga się w czasie. Zdarza się, że trwa ona bardzo długo, w jej ramach podejmowane są liczne czynności i kształtuje się ona bardzo dynamicznie. W tym czasie prawnik może podejmować się załatwienia szeregu spraw w zamian za korzyści majątkowe. Możliwe jest, że pewna grupa realizowanych działań nie

¹⁸ J. Potulski (w:) *System prawa karnego*, t. 8, *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Warszawa 2013, s. 595.

¹⁹ A. Barczak-Oplustil, M. Iwański (w:) *Kodeks...*, s. 259.

będzie budzić wątpliwości co do ich legalności, lecz będzie je przeplatał czynnościami, które stanowią naruszenie prawa. Jego odpowiedzialność za płatną protekcję z art. 230 § 1 k.k. uzależniona jest jednak od tego, czy zrealizuje on znamiona czasownikowe w sekwencji wskazanej w tymże przepisie. Warto w tym kontekście dodać, że jakkolwiek adwokat lub radca świadczy swe usługi za wynagrodzeniem, niemniej jednak jego rozliczenia z klientem mogą się kształtować w bardzo zróżnicowany sposób. Często się zdarza, że mandant płaci swemu prawnikowi całe honorarium z góry, tj. przy powierzeniu mu swej sprawy do prowadzenia. Może się zdarzyć, że przy opłaceniu wynagrodzenia i przyjęciu sprawy adwokat nie będzie powoływał się na wpływy w instytucjach i podejmie się wykonać swe czynności w sposób zgodny z prawem (a więc wykonać standardową, zgodną z zasadami sztuki adwokackiej usługę). Postawić należy pytanie, jak należy ocenić sytuację, w której prawnik, gdy okaże się, że załatwianie przez niego sprawy nie przebiega pomyślnie, zacznie, w celu przewyciężenia niespodziewanych przeszkód, powoływać się na wpływy i podejmie się ją sfinalizować, nie żądając jednak za to dodatkowego wynagrodzenia.

Wydaje się, że w takich okolicznościach faktycznych o realizacji znamion typu z art. 230 § 1 k.k. nie może być mowy. Przyjmując bowiem korzyść majątkową, adwokat nie powoływał się na wpływy w instytucjach. Nie planował też wówczas, że w przyszłości taką czynność zrealizuje. Jak już zaś była o tym mowa, powołanie się na wpływy (lub wywołanie przekonania bądź utwierdzenie w przekonaniu o istnieniu takich wpływów) musi nastąpić przed lub jednocześnie z podjęciem się załatwienia sprawy w zamian za korzyść majątkową lub osobistą. Tymczasem w analizowanym stanie faktycznym taka sekwencja nie została zachowana. Najpierw bowiem adwokat podjął się załatwienia sprawy w zamian za korzyść majątkową, a dopiero następnie powoływał się na wpływy. Oczywiście inaczej należałoby ocenić sytuację, w której prawnik, powołując się na wpływy, podjął się zakończenia załatwienia sprawy w zamian za dodatkowe wynagrodzenie. Wówczas sekwencja istotna z perspektywy art. 230 § 1 k.k. zostałaby zachowana, a znamiona opisane w tymże przepisie byłyby spełnione²⁰. Natomiast w analizowanym przypadku korzyść majątkowa została przekazana w zamian za załatwienie sprawy zgodnie z przepisami prawa, czyli bez użycia niedozwolonych form nacisku na osobę, która będzie wydawała określone rozstrzygnięcie. To zaś, co się stało po jej przyjęciu, stanowi protekcję, która jednak nie ma płatnego charakteru i nie jest objęta znamionami z art. 230 § 1 k.k. Przyjęcie innego rozwiązania wykraczałoby poza rezultat wynikający z wykładni językowej przywołanego przepisu i z tego powodu byłoby niezgodne z zasadą *nullum crimen sine lege stricta*. W takiej sytuacji adwokat będzie mógł ponieść co najwyżej odpowiedzialność dyscyplinarną za naruszenie zasad etyki i godności wykonywania zawodu.

²⁰ To samo będzie w przypadku, gdy umowa łącząca adwokata z klientem przewiduje dodatkowe honorarium za wygranie sprawy. Wówczas adwokat, który powoła się na wpływy i podejmie się sfinalizować zainicjowaną sprawę po to, by je zainkasować, będzie realizował znamiona przestępstwa płatnej protekcji.

Zaprezentowane w tekście rozważania dowiodły, że aktualne brzmienie art. 230 § 1 k.k., w którym zawarto m.in. wymóg sekwencyjności realizacji znamion, nie obejmuje szeregu społecznie szkodliwych zachowań mogących stanowić atak na dobro prawne w postaci prawidłowości działania instytucji publicznych. Często to, czy można przypisać przestępstwo płatnej protekcji, jest dziełem przypadku. Obecna konstrukcja art. 230 § 1 k.k. może nie pozwalać w sposób efektywny reagować na niektóre negatywne zachowania osób, które handlują wpływami w instytucjach publicznych. Zmiana takiego stanu rzeczy mogłaby nastąpić dopiero wskutek dokonania stosownej nowelizacji w obrębie przepisów o płatnej protekcji. Warto więc sformułować postulat *de lege ferenda*, dotyczący dokonania takiej zmiany w obrębie art. 230 § 1 k.k., by stypizowany w nim czyn zabroniony mógł zostać popełniony również wtedy, gdy sprawca powoła się na wpływy w określonych instytucjach po przyjęciu korzyści majątkowej lub osobistej albo ich obietnicy.

ABSTRACT

dr hab. Szymon Tarapata

The author is an assistant professor at the Department of Criminal Law at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow, an advocate (District Bar Association in Krakow).

Sequential fulfillment of features of the offence of influence peddling under Art. 230 § 1 of the Criminal Code

An offence of influence peddling can be committed only when the perpetrator fulfills the conduct elements of the prohibited act in a specific sequence. At first, he/she must refer to having influence in the institutions mentioned in Art. 230 § 1 of the Criminal Code (CC), induce another person's belief in, or assure another person of, the existence of such influence and then he/she should take up intermediation in settling a matter in exchange for financial or personal benefit or a promise of such benefit. This article presents examples of a number of cases in which failure to fulfil the conduct elements in a specific sequence can make it impossible to assign criminal liability. In particular, it is shown that if the perpetrator first accepts a financial benefit, and only then does he/she refer to having influence in the institutions mentioned in Art. 230 § 1 CC and undertakes intermediation in settling a matter in exchange for financial or personal benefit or a promise of such a benefit, fulfilment of the elements of the act described in Art. 230 § 1 CC is not possible.

Keywords: *influence peddling, corruption, trading in influence, conduct element (of an offence), financial benefit, personal benefit, promise of benefits*

dr hab. Szymon Tarapata

ORCID: 0000-0002-4095-8892; e-mail: szymon.tarapata@uj.edu.pl

Autor jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, adwokatem (Izba Adwokacka w Krakowie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Barczak-Oplustil Agnieszka Iwański Mikołaj (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 212–277d*, Warszawa 2017

Giezek Jacek (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021

Iwański Mikołaj, *Odpowiedzialność karna za przestępstwa korupcyjne*, Kraków 2016

Lachowski Jerzy (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do artykułów 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017

Popek Elżbieta, *Przestępstwo płatnej protekcji w ustawodawstwie karnym PRL*, Warszawa 1971

Skorupka Jerzy, *Ochrona interesów majątkowych Skarbu Państwa w kodeksie karnym*, Wrocław 2004

Surkont Marek, *Z zagadnień odpowiedzialności za łapownictwo w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Przegląd Sądowy” 1998/5

Potulski Jacek (w:) *System prawa karnego*, t. 8, *Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Warszawa 2013

Artykuły

Karolina Kopicka, Anna Wolska-Bagińska

OCHRONA DANYCH OSOBOWYCH BIEGŁEGO W PROCESIE KARNYM

Przedmiotem artykułu jest charakterystyka pozycji procesowej biegłego w kontekście ochrony jego danych osobowych w procesie karnym. Rozważania podjęte w pracy skupiły się na zagadnieniu, czy i w jaki sposób chronione są dane osobowe biegłego przed ich ujawnieniem w procesie karnym. W opracowaniu przedstawiono model działania w zakresie stopnia i formy mechanizmów ochrony danych osobowych biegłego w procesie karnym oraz omówiono zróżnicowanie reguł jego ochrony w stosunku do innych uczestników procesu karnego.

Wielość i różnorodność zdarzeń, które naruszają normy prawa karnego materialnego, powodują, że organy procesowe korzystają z pomocy osób posiadających wiadomości specjalne¹. W przypadku, w którym stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, organy procesowe zasięgają opinii biegłego². Należy mieć tu na względzie *a contrario*, że w przypadku gdy wiadomości specjalne mają dla sprawy marginalne znaczenie, organ procesowy nie jest zobligowany do ich rozstrzygnięcia przy pomocy biegłego, wyjaśnia je bowiem sam. Ustawodawca nakłada obowiązek na organy procesowe skorzystania z pomocy biegłego w wyjaśnianiu wiadomości specjalnych jedynie w sytuacji, w której jest to istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

¹ K. Witkowska, *Biegły w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2013/1, s. 66.

² T. Nowak. *Dowód z opinii biegłego w polskim procesie karnym*, Poznań 1966, s. 35.

Zadaniem biegłego w postępowaniu karnym jest udzielenie pomocy organom procesowym poprzez wprowadzenie do postępowania specjalistycznej wiedzy w odniesieniu do oznaczonych zagadnień istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, które wykraczają poza wiedzę, jaką dysponuje organ procesowy³. Miernikiem w takim przypadku jest poziom wiedzy człowieka wykształconego o odpowiednim doświadczeniu życiowym⁴. Co więcej, nawet w przypadku gdy organ procesowy posiada wiedzę specjalną, która jest potrzebna do rozstrzygnięcia okoliczności sprawy, to i tak zobowiązany jest do zasięgnięcia opinii biegłego, gdyż taki obowiązek wynika z ustawy. Nie może on występować w podwójnej roli – organu procesowego i źródła dowodowego.

Organ procesowy, przybierając osobę do sprawy w charakterze biegłego, powinien mieć na uwadze rygory, które narzuca mu Kodeks postępowania karnego⁵, a mianowicie zakazy dowodowe bądź przesłanki wyłączenia biegłego określone w art. 196 § 1 k.p.k. Biegły powinien charakteryzować się bezstronnością do stron procesu, a przedmiot postępowania nie może go dotyczyć w żaden sposób. Jeśli w toku postępowania wyłoniłyby się okoliczności stanowiące podstawę wyłączenia biegłego, opinia przez niego wydana nie mogłaby stanowić dowodu w sprawie, a organ procesowy musiałby w jego miejsce powołać innego biegłego. Analogiczna sytuacja jest również w przypadku, gdy ujawniłyby się powody osłabiające zaufanie do wiedzy, do bezstronności w ogólności, bądź inne ważne powody sugerujące konieczność wyłączenia dotychczas powołanego biegłego. Opinia biegłego, tak jak inne dowody, mimo rozstrzygnięcia wiadomości specjalnych, które wykraczają poza kompetencje organu procesowego, a wymagały opinii specjalisty, w dalszym ciągu podlega jako dowód ocenie jego wartości.

Różnorodność, a przy tym trudność prowadzonych obecnie spraw coraz częściej wymaga od organu procesowego zasięgnięcia pomocy biegłego. W procesie karnym ważną rolę odgrywają więc biegli, a ich opinie są często istotnym czynnikiem wpływającym na wynik procesu. Opinia biegłego powinna w swoisty sposób ułatwiać organowi procesowemu dokonanie oceny dowodów oraz ustaleń faktycznych będących przedmiotem prowadzonego postępowania karnego z uwagi na wyjaśnienie wiadomości specjalnych⁶. Służy ona ustaleniu okoliczności wymagających wiadomości specjalnych, które pozwolą organowi procesowemu na prawidłowe zakwalifikowanie zdarzenia będącego przedmiotem postępowania karnego. Treść danej opinii może stanowić zatem dowód przesądający o winie oskarżonego, wpływający na określenie jego odpowiedzialności i jej rozmiaru, bądź też stanowić dowód ekskulpujący winę oskarżonego. Co więcej, opinia biegłego pozwala niejako na zabezpieczenie gwarancji proceso-

³ K. Witkowska, *Biegły...*, s. 66.

⁴ K. Witkowska, *Biegły...*, s. 66.

⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 ze zm.), dalej k.p.k.

⁶ K. Witkowska, *Biegły...*, s. 80.

wych oskarżonego, w sytuacji powzięcia wątpliwości co do jego poczytalności, gdyż jedną z okoliczności, którą wówczas należy wyjaśnić, jest możliwość brania udziału oskarżonego w toczącym się przeciwko niemu postępowaniu i prowadzenia obrony w sposób samodzielny i rozsądny. Nie bez powodu ustawodawca w art. 199 k.p.k. zawarł zakaz dowodowy w postaci braku możliwości przeprowadzenia dowodu z oświadczenia oskarżonego złożonego wobec biegłego albo lekarza udzielającego pomocy medycznej.

Mimo korzyści płynących z korzystania z pomocy biegłego w postępowaniu karnym w związku ze sporządzaną opinią należy mieć na względzie, że jego udział w procesie może wiązać się z niekorzystnymi dla niego następstwami. Ingerencja w sferę osobistą biegłego w procesie karnym wynika przede wszystkim z faktu, że informacje osobowe jego dotyczące widnieją na dokumentach znajdujących się w aktach postępowania karnego, które to są lub mogą zostać udostępnione innym podmiotom (np. poprzez udostępnienie akt czy doręczenie decyzji procesowych) lub też podlegać ujawnieniu na rozprawie głównej. W toku procesu karnego gromadzone są w aktach sprawy materiały zawierające informacje identyfikujące konkretne osoby fizyczne, w tym też dane odnoszące się do biegłego. Postanowienie o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego powinno, zgodnie z art. 193 k.p.k., zawierać imię i nazwisko oraz specjalność biegłego. Treść opinii powinna także, w myśl art. 200 § 2 k.p.k., zawierać: imię, nazwisko, stopień i tytuł naukowy, specjalność i stanowisko zawodowe biegłego. Powyższe informacje stanowią dane osobowe, albowiem dotyczą one zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej.

Realność naruszenia sfery prywatnej biegłego w porównaniu do sfery prywatnej świadka czy pokrzywdzonego⁷ niewątpliwie ma charakter marginalny i wąski. W ramach procesu karnego wyróżnić można swego rodzaju rozwarstwienie reguł ochrony danych osobowych przebiegające na płaszczyźnie praw i uprawnień jednostki, będące następstwem odmiennej pozycji procesowej poszczególnych osób. Skala ochrony danych osobowych uczestników postępowania jest warunkowana stopniem ingerencji w ich prawa i wolności osobiste. W tym aspekcie szczególną uwagę zwrócić należy na zakres normowania art. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłającego decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW⁸. Przepis ten nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia tego, aby administrator –

⁷ A. Wolska-Bagińska, *Ochrona danych osobowych świadka i pokrzywdzonego w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2019/1, s. 26–47.

⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania

w stosownym przypadku i w miarę możliwości – wyraźnie rozróżniał dane osobowe poszczególnych kategorii osób, których dane dotyczą, takich jak: osoby podejrzane, osoby skazane za czyn zabroniony, ofiary i inne osoby. Również w motywie (31) Preambuły dyrektywy podniesiono, że nieodłączną cechą przetwarzania danych osobowych w sferze współpracy wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych i współpracy policyjnej jest to, że dotyczy ona danych osobowych różnych kategorii osób, czego nie można nie uwzględniać.

Brak szerokiej ingerencji w sferę osobistą biegłego, którego dane osobowe znajdują się w aktach postępowania karnego, zdaje się nadawać rozpatrywanej kwestii znaczenie drugorzędne, aczkolwiek nieprzekreślające konieczności przyjęcia w niektórych przypadkach względem tych podmiotów odpowiednich środków ochrony. Oczywiście ze względu na pozycję procesową biegłego prawo do ochrony danych osobowych może ulegać większym ograniczeniom niż w przypadku innych uczestników postępowania, niemniej jednak ograniczenia te nie mogą zanegować istnienia tego prawa ani też naruszyć jego istoty.

Aby zapewnić bezpieczeństwo i warunki skutkujące możliwie największą obiektywnością badań biegłego, ustawodawca musi przewidzieć również ochronę tego uczestnika procesu przed zagrożeniami zewnętrznymi godzącymi w jego prywatność, w tym w jego dane osobowe⁹. Pewien typ zagrożeń, jaki może wystąpić względem biegłego w związku z przetwarzaniem jego danych osobowych, powoduje, że podmiot ten uzyskuje szczególne uprawnienia w zakresie ochrony tego dobra. Obszar i kształt środków ochrony danych osobowych biegłego przetwarzanych w ramach procesu karnego wyznaczony został w przepisach Kodeksu postępowania karnego¹⁰. Z uwagi na wyłączenie wskazane w art. 3 pkt 1 ustawy z 18.12.2018 r. o ochronie danych osobowych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości¹¹ akt ten nie ma zastosowania do ochrony danych osobowych znajdujących się w aktach spraw lub czynności lub urzędzeniach ewidencyjnych, w tym tworzonych i przetwarzanych z wykorzystaniem technik informatycznych, prowadzonych na podstawie Kodeksu postępowania karnego oraz wydanych na jego podstawie aktów wykonawczych¹².

Zminimalizowanie ewentualnych szkód, jakie mogłyby powstać na skutek ujawnienia informacji osobowych, powoduje, że ta sfera prywatna biegłego nie zostaje wyłączona spod ochrony karnoprosesowej. Z uwagi na niebezpieczeństwo związane z udostępnieniem i ujawnieniem danych osobowych w przepisach procedury karnej biegły został objęty samoistną ochroną. Mowa

i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych (Dz.Urz. UE. L 119, s. 89).

⁹ R. Parzych, *Wpływ biegłego na „odnalezienie prawdy” w świetle nowelizacji procedury karnej*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2015/2, s. 110.

¹⁰ A. Wolska-Bagińska, *Ochrona danych osobowych w sądach i prokuraturze*, red. A. Grzelak, Warszawa 2019, s. 121–122.

¹¹ Dz.U. z 2019 r. poz. 125.

¹² Szerzej na ten temat zob. A. Wolska-Bagińska, *Ochrona danych osobowych w sądach...*, s. 117–122.

w tym miejscu o regulacji z art. 197 § 2a k.p.k. przyznającej możliwość zastosowania ochrony prawnej biegłemu poprzez zastrzeżenie do wiadomości sądu lub prokuratora adresu jego miejsca zamieszkania. Wprowadzenie tej instytucji do polskiego porządku prawnego było podyktowane potrzebą stworzenia adekwatnych mechanizmów ochronnych w przypadku możliwości pogwałcenia tej sfery osobistej biegłego w celu wpłynięcia na treść wykonywanych przez niego czynności¹³. Służy więc ona podniesieniu standardu bezpieczeństwa biegłych przez utrudnienie dostępu do ich danych adresowych uczestnikom postępowania. W literaturze akcentuje się, że wskazana zmiana z punktu widzenia bezpieczeństwa i zapewnienia warunków skutkujących możliwie największą obiektywnością badań biegłego jest słuszna¹⁴. Zaznacza się przy tym, że unormowanie to nie wyeliminuje jednak zupełnie ryzyka wpływu, np. oskarżonego (tudzież innych osób), na opiniowanie biegłego, ale może w znaczącym stopniu zmniejszyć takowe ryzyko, bez narażania na naruszenie zasady wewnętrznej jawności procesu karnego¹⁵. Dlatego też niezbędne wydaje się bliższe przyjrzenie się tej instytucji.

Przesłanką uzasadniającą zastrzeżenie informacji dotyczących miejsca zamieszkania biegłego jest obawa użycia przemocy lub groźby bezprawnej wobec niego lub osoby mu najbliższej w związku z jego czynnościami¹⁶. Uzasadniona obawa łączy się z subiektywnym odczuciem biegłego, które nie oznacza dowolności, a termin ten powinien być interpretowany analogicznie jak w przypadku przestępstw z art. 190 § 1 k.k.¹⁷ Trafnie wskazuje R. Signerski, że obawa musi być w tym sensie uzasadniona, że w danej sprawie każdy przeciętny człowiek, o podobnej do biegłego osobowości, psychice lub intelekcie, odczuwałby realne zagrożenie¹⁸. Z kolei sformułowanie odnoszące się do związku biegłego z czynnościami rozpatrywać należy w kontekście danej sprawy, w której odgrywa on swoją rolę procesową, a nie jako ogólną przesłankę pozwalającą biegłemu na zastrzeżenie swoich danych adresowych już w chwili ustanowienia go w tym

¹³ Zob. uzasadnienie do ustawy z 28.11.2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka, druk sejmowy nr 2653, s. 16–17.

¹⁴ R. Parzych, *Wpływ biegłego...*, s. 110.

¹⁵ R. Parzych, *Wpływ biegłego...*, s. 110–111.

¹⁶ W literaturze podnosi się, że przepis art. 197 § 2a k.p.k. recypuje dawną treść art. 191 § 3 k.p.k., wprowadzając instytucję tzw. częściowego utajnienia biegłego. Zob. D. Boniec-Błaszczyk, S. Dobrzańska, *Ochrona danych osobowych świadka w świetle obowiązku składania zeznań na rozprawie głównej*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM” 2017/7, s. 50.

¹⁷ R. Signerski, *Zastrzeżenie przez biegłego danych dotyczących jego miejsca zamieszkania do wyłącznej wiadomości prokuratora lub sądu*, Warszawa 2015, LEX/el.

¹⁸ R. Signerski, *Zastrzeżenie...* W nauce prawa podnosi się, że zakres okoliczności objętych normą art. 197 § 2a k.p.k. należy określić analogicznie do uchylonej instytucji „małego świadka anonimowego”. Zakres podstaw uprawniających do skorzystania z tego unormowania powinien być zatem ujmowany bardzo szeroko. Zob. B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2015, t. 1, s. 679.

charakterze przez organ procesowy¹⁹. Chodzi tu więc o czynności związane z wykonywaniem czynności na rzecz wymiaru sprawiedliwości²⁰. W przypadku zaistnienia powyższych okoliczności biegły może zastrzec dane dotyczące miejsca zamieszkania do wyłącznej wiadomości prokuratora lub sądu. Pozostałe dane osobowe biegłego nie podlegają utajnieniu²¹.

Problemy praktyczne stwarzać może sytuacja, gdy biegły prowadzi działalność gospodarczą, a adres jego firmy jest taki sam jak adres jego zamieszkania. Tożsamość miejsca zamieszkania biegłego z adresem prowadzenia jego działalności gospodarczej nie niweluje ich prawnej odrębności i nie skutkuje objęciem drugiej z nich zastrzeżeniem, o jakim mowa w art. 197 § 2a k.p.k. Choć takie rozwiązanie może wydawać się iluzoryczne, zwłaszcza gdy informacja odnośnie do siedziby prowadzenia działalności gospodarczej jest jedną z kilku informacji, jakie podlegają obowiązkowemu ujawnieniu w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, która jest zarazem powszechnie dostępna dla każdego obywatela (art. 45 ustawy z 6.03.2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy²²), to jednak obowiązujące przepisy prawa nie pozwalają na rozszerzenie ochrony biegłego o dalsze informacje. Ponadto lista biegłych sądowych wraz z ich danymi osobowymi, w tym często z informacją o miejscu zamieszkania, jest przechowywana w oddziałach administracyjnych sądów okręgowych i jest jawna dla każdego zainteresowanego. Z uwagi na swobodny dostęp do informacji umieszczonych zarówno w oddziałach administracyjnych sądów okręgowych, jak i do danych zawartych w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej ochrona prawna biegłych w wielu przypadkach wydawać się może fikcyjna. Często jednak uczestnicy postępowania nie zdają sobie z tego sprawy i nie domyślają się, że biegły może mieszkać w miejscu wykonywania działalności gospodarczej. Warto w tym miejscu zasygnalizować, że ustawodawca w przypadku danych dotyczących miejsca zamieszkania i miejsca pracy pokrzywdzonego i świadków uczestniczących w czynnościach przyznał organom procesowym możliwość odstąpienia od zastrzeżenia tych danych, jeżeli miejsca te stanowią równocześnie miejsce prowadzenia działalności gospodarczej i dane te zostały przekazane do publicznej wiadomości do właściwego rejestru lub ewidencji (art. 148a § 4 pkt 2 k.p.k.).

Zastrzeżenie miejsca zamieszkania przez biegłego może nastąpić na każdym etapie postępowania, gdyż skorzystanie z tej instytucji nie jest ograniczone ani terminem, ani określonym etapem postępowania. Uzasadnione wydaje

¹⁹ R. Signerski, *Zastrzeżenie...*

²⁰ B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, *Kodeks...*, s. 679.

²¹ Na niemożność utajnienia danych dotyczących miejsca zatrudnienia biegłego z uwagi na fakt, że te okoliczności mogą czasami rzutować na ocenę opinii, wskazują B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, *Kodeks...*, s. 679.

²² Ustawa z 6.03.2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy (Dz.U. z 2018 r. poz. 647).

się, że skoro biegły może zastrzec swój adres w dowolnym momencie, to do tego czasu decyzje procesowe zawierające powyższe dane biegłego (np. postanowienie o powołaniu biegłego, które doręczane jest stronom wymienionym w art. 318 k.p.k.) nie powinny zawierać jego adresu, a jedynie dane personalne. Takie rozwiązanie może uchronić informacje od ich upublicznienia w sytuacji, w której na późniejszym etapie postępowania biegły złoży stosowne oświadczenie. Powyższe rozwiązanie jest zgodne z art. 194 k.p.k. określającym elementy treści postanowienia o dopuszczeniu dowodu z opinii biegłego, które nie zawiera adresu biegłego. Odmienny sposób działania mógłby z kolei spowodować niemożliwość skorzystania przez biegłego z instytucji utajnienia jego danych.

Konsekwencją zastrzeżenia informacji przez biegłego jest nieumieszczenie jego adresu zamieszkania w protokole przesłuchania. Nie budzi większych kontrowersji sytuacja, gdy biegły składa opinię pisemną i jako autor tego dokumentu decyduje o nieumieszczeniu adresu zamieszkania czy miejsca prowadzenia swojej działalności w opinii. Problemy praktyczne może wywołać natomiast kwestia usunięcia danych odnoszących się do miejsca zamieszkania biegłego zawartych na wystawionym przez niego rachunku lub fakturze VAT za sporządzoną opinię²³. Dokumenty te, podobnie jak inne dokumenty procesowe, stanowią integralną część akt sprawy karnej i powinny zostać do nich dołączone. Poza tym rachunek lub faktura VAT za sporządzoną przez biegłego opinię jest dokumentacją księgową podlegającą szczególnym rygorom. Zauważyć należy, że na biegłym, jako podatniku prowadzącym działalność gospodarczą, ciąży obowiązek potwierdzania dokonywanych usług poprzez wystawienie rachunku bądź faktury VAT. Rodzaj dokumentu zależy m.in. od typu działalności i sposobu opodatkowania przez biegłego. Aktualnie obowiązujące przepisy wymagają umieszczenia na wyżej wskazanych dokumentach adresu podatnika. Tak jest zarówno w przypadku wystawienia przez biegłego faktury VAT (art. 106e ustawy z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług²⁴), jak i w przypadku wystawienia przez niego rachunku (rozporządzenie Ministra Finansów z 22.08.2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach²⁵). Usunięcie tego typu danych z rachunku lub faktury VAT mogłoby zostać zakwestionowane przez księgowość lub urząd skarbowy. Powodem tego byłoby niespełnienie ustawowych wymogów koniecznych do ich prawidłowego rozliczenia (zaksięgowania). W tych sytuacjach wydaje się zasadne dokonanie kserokopii dokumentu potwierdzonej za zgodność z oryginałem, którą po przeprowadzeniu anonimizacji w zakresie rubryki zawierającej adres zamieszkania biegłego należałoby dołączyć do akt sprawy. Na dokumencie tym powinno się

²³ Na powyższe zagadnienie zwraca uwagę R. Signerski, *Zastrzeżenie...*

²⁴ Ustawa z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2016 r. poz. 710).

²⁵ Rozporządzenie Ministra Finansów z 22.08.2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz.U. z 2005 r. nr 165 poz.1373).

uczynić wzmiankę, że oryginał dokumentu, po dokonaniu niezbędnych czynności podatkowo-księgowych, umieszczony został w załączniku adresowym akt sprawy. Uznać należy, że art. 197 § 2a k.p.k. zawiera w tym zakresie lukę, bo brak jest odesłania do odpowiedniego stosowania do biegłego choćby części art. 148a k.p.k. Taki sposób działania sprawi, że dane adresowe biegłego nie staną się znane osobom nieupoważnionym i nie zostaną zakwestionowane w trakcie rozliczeń podatkowo-księgowych.

Możliwość zastrzeżenia powyższych danych odnosi się zarówno do biegłych sądowych, a więc podmiotów wpisanych na listę prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jak i podmiotów niepodlegających tej procedurze, a posiadających wiedzę specjalistyczną i powoływanych *ad hoc* przez organy procesowe, określanych mianem tzw. biegłych do sprawy²⁶. Poprzez odesłanie art. 204 § 3 k.p.k. do stosowania przepisów dotyczących biegłego omawianą ochroną objęci zostali także tłumacze. Spod ochrony tej zostali natomiast wyłączeni specjaliści (art. 206 § 1 k.p.k.). Przypuszczać można, że powodem wyłączenia tej grupy podmiotów był fakt, że osoby te w większości przypadków są funkcjonariuszami policji. Natomiast w przypadku przeprowadzania z ich udziałem czynności przesłuchania uzyskują oni status świadków (art. 206 § 2 k.p.k.). W tych sytuacjach zastosowanie do nich mają wówczas reguły określone w art. 148a k.p.k. Wydaje się, że wyłączenie specjalistów spod oddziaływania normy z art. 197 § 2a k.p.k. nie było zaniechaniem ustawodawcy, lecz celowym jego działaniem.

Poza powyższą regulacją ochrona informacji osobowych biegłego nie została w normach karnoprosesowych bezpośrednio usytuowana jako główny czy drugoplanowy przedmiot ochrony, lecz na skutek zastosowania danego uregulowania lub ograniczeń warunkujących jego zastosowanie została w nim siłą rzeczy ujęta. Poszanowanie ochrony biegłego może więc nastąpić poprzez zastosowanie innych unormowań lub instytucji, które przy okazji ochrony innych dóbr mogą spowodować w sposób wtórny wzmocnienie ochrony danych osobowych tego podmiotu. Do takich instytucji należy choćby wyłączenie jawności rozprawy czy odmowa dostępu do akt sprawy. Wyłączenie jawności rozprawy czy odmowa dostępu do akt zapobiega udostępnieniu lub ujawnieniu danych osobowych wszystkich podmiotów, których dane znalazły się w materiale dowodowym. Dzięki zastosowaniu powyższych instytucji ochronę uzyskują wszystkie informacje, w tym również dane na temat biegłego.

²⁶ Szerzej na temat instytucji biegłego zob. H. Wiśniewska-Śliwińska, J.T. Marcinkowski, *Biegły sądowy – tryb powoływania, wyznaczania, obowiązki*, „Orzecznictwo Lekarskie” 2011/1, s. 33–39.

ABSTRACT

Karolina Kopicka

The author is an assistant prosecutor at the District Prosecutor's Office in Wejherowo.

dr Anna Wolska-Bagińska

The author is an assistant prosecutor at the District Prosecutor's Office in Wejherowo.

**Protection of an expert witness' personal data
in criminal proceedings**

The article discusses the protection of personal data of an expert witness in criminal proceedings. Due to the fact that the role of an expert witness is highly relevant to the outcome of the proceedings, the article discusses the measures for personal data protection granted to these entities in criminal proceedings. Since the release or disclosure of such personal data in criminal proceedings may pose a danger to expert witnesses, they receive special protection. Expert witnesses may also be additionally protected by other provisions or institutions protecting other entities and, incidentally, covering expert witnesses' data protection.

Keywords: *personal data, expert witness, criminal proceedings, protection, processing of personal data*

Karolina Kopicka

ORCID: 0000-0001-5585-1150; e-mail: stepien_karolina@hotmail.com

Autorka jest asesorem Prokuratury Rejonowej w Wejherowie.

dr Anna Wolska-Bagińska

ORCID: 0000-0002-6928-1416; e-mail: wolskaanna@vp.pl

Autorka jest doktorem nauk prawnych, prokuratorem Prokuratury Rejonowej delegowanym do Prokuratury Okręgowej w Gdańsku, wykładowcą na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Augustyniak Barbara, Eichstaedt Krzysztof, Kurowski Michał, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2015, t. 1

Boniec-Błaszczyk Daria, Dobrzańska Sara, *Ochrona danych osobowych świadka w świetle obowiązku składania zeznań na rozprawie głównej*, „Zeszyt Studencki Kół Naukowych Wydziału Prawa i Administracji UAM” 2017/7, s. 50

Nowak Tadeusz, *Dowód z opinii biegłego w polskim procesie karnym*, Poznań 1966

Parzych Radosław, *Wpływ biegłego na „odnalezienie prawdy” w świetle nowelizacji procedury karnej*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2015/2, s. 110

Signerski Remigiusz, *Zastrzeżenie przez biegłego danych dotyczących jego miejsca zamieszkania do wyłącznej wiadomości prokuratora lub sądu*, Warszawa 2015, LEX/el.

Wiśniewska-Śliwińska Hanna, Marcinkowski Jerzy Tadeusz, *Biegły sądowy – tryb powoływania, wymagania, obowiązki*, „Orzecznictwo Lekarskie” 2011/1, s. 33–39

Witkowska Katarzyna, *Biegły w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2013/1, s. 66

Wolska-Bagińska Anna, *Ochrona danych osobowych świadka i pokrzywdzonego w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2019/1, s. 26–47

Wolska-Bagińska Anna, *Ochrona danych osobowych w sądach i prokuraturze*, red. A. Grzelak, Warszawa 2019

A

Artykuły

Ewa Plebanek

KILKA UWAG O OBOWIĄZKU SZCZEPIEŃ OCHRONNYCH I PENALIZACJI NARUSZEŃ ZASAD SANITARNO-EPIDEMIOLOGICZNYCH

Czy w systemie prawa stawiającym wolność i poszanowanie autonomii obywatela w centralnym miejscu dopuszcza się ograniczanie praw obywatelskich w celu ochrony zdrowia publicznego? Czy argument o potrzebie ograniczenia indywidualnych wolności na rzecz ochrony zdrowia publicznego wypada uznać za relikw przeszłości, nieprzystający do współczesnych realiów kulturowych? Czy istnienie obowiązku szczepień ochronnych to prawny przeżytek, tyle że nie z uwagi na fakty naukowe, ale z powodu „uwarunkowań społecznych”? Jak uzasadnić ograniczanie prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego tym spośród obywateli, którzy nie są zainteresowani ochroną własnego zdrowia lub podejmują decyzje medyczne, kierując się własnymi przekonaniem, a nie zaleceniami ekspertów? Jak uzasadnić penalizację zachowań związanych z naruszeniem przepisów sanitarno-epidemiologicznych w sytuacjach, w których nie doszło do chociażby abstrakcyjnego zagrożenia dla zdrowia nawet jednej tylko osoby lub wszyscy uczestnicy zdarzenia świadomie zaakceptowali ryzyko? Jak pogodzić subsydiarną funkcję prawa karnego w państwie prawa z postulatem poszerzenia zakresu penalizacji zachowań naruszających zasady obowiązkowych szczepień ochronnych lub inne reguły mające chronić społeczeństwo przed szerzeniem się chorób zakaźnych na etapie wczesnej prewencji? Czy przepisy karne stojące na straży przestrzegania zasad sanitarno-epidemiologicznych należy aktualnie uznać za nacechowane nieuprawnionym paternalizmem ze strony państwa i niemające szans na szerszą akceptację w społeczeństwie indywidualistycznym?

W artykule zwracam uwagę na konflikt między ochroną zdrowia publicznego a ochroną praw i wolności jednostek. Artykuł zawiera rozważania na temat tego, w jaki sposób zastosować konstytucyjną zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji¹) w razie poszerzania pola ograniczeń prawa do poszanowania życia prywatnego na rzecz ochrony zdrowia publicznego przed zagrożeniami ze strony chorób zakaźnych.

UWAGI WPROWADZAJĄCE

W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ugruntował się pogląd, że w sferze życia osobistego jednostki mieści się prawo do decydowania o ochronie własnego życia i zdrowia². Także w prawie karnym, począwszy od czasów pozytywizmu prawniczego, dominuje przekonanie, które można podsumować cytatem Stanisława Śliwińskiego, że „prawo karne nie przyjmuje zasady uszczęśliwiania ludzi wbrew ich woli”³. Tym samym zgodnie z aksjologią prawa karnego jednostka nie odpowiada za szkody spowodowane na własnych dobrach prawnych⁴. Konsekwentnie przyjmuje się także zasadę, że jeżeli dysponent danego dobra świadomie i dobrowolnie podejmuje decyzje o narażaniu lub naruszaniu własnych dóbr prawnych (np. życia i zdrowia), to nie ponosi odpowiedzialności karnej osoba, która z nim współdziała w ryzykownych zachowaniach. Wskazuje się, że uprzednia zgoda dysponenta na zachowanie naruszające bądź narażające jego dobro prawne na niebezpieczeństwo w pewnych przypadkach może prowadzić do modyfikacji treści reguł postępowania z tym dobrem, wymaganych w danych okolicznościach. Warunkiem wykluczenia bezprawności w tego rodzaju sytuacjach jest świadomość dysponenta dobrem wszelkich istotnych okoliczności pozwalających racjonalnie oszacować ryzyko dla zdrowia wiążące się z podjęciem analizowanego zachowania oraz dobrowolność podjęcia decyzji. Przykładowo, w niemal zgodnej opinii doktryny wyraża się zapatrywanie, że nie stanowi czynu zabronionego (art. 161 Kodeksu karnego⁵) dobrowolne i świadome podjęcie ryzykownego

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

² Np. wyrok TK z 26.02.2014 r. (K 22/10), OTK-A 2014/2, poz. 13; wyrok TK z 4.11.2014 r. (SK 55/13), OTK-A 2014/10, poz. 111; wyrok TK z 9.07.2009 r. (SK 48/05), OTK-A 2009/7, poz. 108.

³ S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 194.

⁴ Szerzej np. E. Hryniewicz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym na gruncie prawa karnego* (w:) *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, s. 43; A. Jezusek, *Przeciwdziałanie narkomanii; prawo do decydowania o ochronie własnego życia i zdrowia* (konopie). Glosa do wyroku TK z 4.11.2014 r. (SK 55/13), „Przegląd Sądowy” 2015/11–12, s. 194–204; T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, s. 477; J. Giezek, *Ryzykowne zachowanie dysponenta naruszonego dobra prawnego* (w:) *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017, t. 3, s. 513–519 oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane; D. Zając, *Zgoda dzierżyciela dobra prawnego na zachowanie ryzykowne jako okoliczność wpływająca na zakres odpowiedzialności karnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018/2, s. 89–120.

⁵ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1726 ze zm.), dalej k.k.

kontakty między osobą zakażoną ciężką chorobą zakaźną a osobą zdrową, nawet jeżeli w wyniku ryzykownego kontaktu faktycznie doszło do zakażenia⁶. Podobnie nie stanowi czynu zabronionego umożliwienie kontaktu z pacjentem umierającym w szpitalu na chorobę zakaźną po odpowiednim pouczeniu osób odwiedzających o ryzyku i koniecznych środkach bezpieczeństwa. Oznacza to, że nie sposób uzasadnić istnienia reglamentacji sanitarno-epidemiologicznych, w tym obowiązkowych szczepień ochronnych, potrzebą ochrony zdrowia indywidualnych osób, w szczególności tych, które rezygnują z tego rodzaju ochrony i świadomie podejmują ryzykowne zachowania.

Także „reglamentacja” lub potrzeba prawnej regulacji danej sfery stosunków społecznych „sama w sobie” nie stanowi dobra prawnego uzasadniającego ograniczenie praw i wolności obywatelskich, w szczególności wprowadzenie penalizacji, oznaczającej ograniczenia najdalej idące. Tego rodzaju przesłanka ograniczenia konstytucyjnego prawa do prywatności, podobnie jak potrzeba ochrony bliżej nieokreślonego „dobra o charakterze porządkowym”, tudzież dobra w postaci „przestrzegania administracyjnoprawnych norm postępowania”, nie spełni testu proporcjonalności. Jak bowiem wynika *expressis verbis* z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Przepis ten wyznacza nie tylko formalne warunki ingerencji ustawodawcy, ale i jej maksymalny, dozwolony zasięg⁷. Z tych względów samodzielnym dobrem prawnym uzasadniającym ograniczenia nie może być także np. „prawidłowość działań danej instytucji” (np. Państwowej Inspekcji Sanitarnej, szpitali, szkół, uczelni, urzędów itp.) tudzież „posłuszeństwo nakazom i zakazom wynikającym z ustawy”. Są to bowiem środki do osiągnięcia celu, a nie cel w postaci ochrony istotnej wartości społecznej mogący w perspektywie konstytucyjnej uzasadniać ograniczenie praw jednostki.

Jak już wspomniano, ramy dopuszczalnych ograniczeń prawa i wolności obywatelskich określa wyrażona w art. 31 ust. 3 Konstytucji zasada proporcjonalności, wedle której ustawodawca nie może ograniczać praw i wolności obywatelskich bez uzasadnienia potrzebą ochrony innej istotnej wartości. Przy czym uzasadnienie powinno spełniać test racjonalności aksjologicznej, instrumentalnej oraz konieczności. Konsekwentnie należy stwierdzić, że w państwie

⁶ Nie ma natomiast zgodności co do uzasadnienia tej tezy. Szerzej zob. L. Tyszkiewicz (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Bojarski, M. Filar, Warszawa 2008, s. 630; K. Banasik, *Przestępstwo narażenia na zarażenie wirusem HIV (art. 161 § 1 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2009/6, s. 60. Pogląd wykluczający możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej przy świadomym samonarażeniu ze strony pokrzywdzonego: P. Łukuć, *Przestępstwo narażenia innej osoby na zakażenie*, „Państwo i Prawo” 2018/4, s. 79–80.

⁷ Szerzej K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 166–167.

prawa podstawą bezprawności czynu może być tylko naruszenie tego, co stanowi przedmiot ochrony z punktu widzenia ogólnych zadań społecznych. Innymi słowy, nie sposób oprzeć prawnych ograniczeń wolności jednostki, a już w szczególności odpowiedzialności za przestępstwo lub wykroczenie, na elemencie innym aniżeli ochrona dobra prawnego⁸.

Możliwie precyzyjne określenie dobra prawnego to także punkt wyjścia na płaszczyźnie stosowania prawa karnego. Bez wykazania niedozwolonego ataku na dobro prawnie chronione dane zachowanie pozostanie czynem legalnym i niepodlegającym dalszemu prawnokarnemu wartościowaniu pod kątem realizacji znamion danego przestępstwa lub wykroczenia. Identyfikacja przedmiotu ochrony jest konieczna do określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, co implikuje m.in. ustalenie, czy dany czyn zabroniony stanowi przestępstwo (art. 1 § 2 k.k.) i determinuje wymiar kary (art. 53 § 1 k.k.).

Jeżeli zatem zgoda dysponenta na samonarażenie własnego zdrowia stanowi okoliczność wyłączającą bezprawność zachowań stanowiących dla tego zdrowia nieakceptowalne ryzyko, a „przestrzeganie przepisów” tudzież „dobra o charakterze porządkowym” nie stanowią samodzielnych dóbr prawnych, to wypada zadać pytanie o *ratio legis* przepisów regulatywnych ograniczających wolność jednostki na rzecz działań prewencyjnych w zakresie zapobiegania i zwalczania zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, w tym regulacji odnoszących się do prowadzenia dobrowolnych szczepień ochronnych oraz instytucji szczepień ochronnych o charakterze obowiązkowym.

W niniejszym artykule stawiam tezę, że w przypadku przepisów regulatywnych dotyczących prewencji szerzenia się chorób zakaźnych oraz sprzężonych z nimi przestępstw i wykroczeń tylko odwołanie się do ochrony wartości o charakterze ponadindywidualnym pozwala uzasadnić istnienie ograniczeń wolności obywatelskich oraz postulaty *de lege ferenda* w zakresie wprowadzania kolejnych ograniczeń. Przeciwdziałanie epidemii i neutralizowanie jej skutków niestety wymaga ograniczenia praw jednostki⁹. Co jednak każdorazowo powinno się odbywać z zachowaniem rygorów zasady proporcjonalności.

Tytułem przykładu można wskazać, że tylko zaprezentowanie możliwie precyzyjnej charakterystyki zdrowia publicznego jako wartości odrębnej od zdrowia indywidualnego poszczególnych obywateli pozwoli zracjonalizować

⁸ Szerzej L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990; K. Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999/2 s. 40–46; L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001/10, s. 16; S. Tarapata, *Rozdział I. Dobro prawne w systemie polskiego prawa karnego. Zagadnienia podstawowe* (w:) *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016; D. Gruszecka, *Rozdział I* (w:) *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012.

⁹ T. Sroka, *Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych oraz praw pacjenta w związku z wystąpieniem zagrożenia epidemicznego*, „Palestra” 2020/6, s. 84.

sens istnienia art. 115 § 1 Kodeksu wykroczeń¹⁰ penalizującego zaniechanie poddania się obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu albo obowiązkowemu badaniu stanu zdrowia, mającemu na celu wykrycie lub leczenie takiej choroby, a także art. 115 § 2 k.w. penalizującego wykroczenie polegające na niepoddaniu obowiązkowemu szczepieniu ochronnemu lub obowiązkowemu badaniu osoby małoletniej lub bezradnej. Pozwoli wyjaśnić potrzebę penalizacji zatrudniania przy pracy, przy wykonywaniu której istnieje możliwość przeniesienia zakażenia, osoby, która ze względu na stan zdrowia potwierdzony aktualnymi badaniami dla celów sanitarno-epidemiologicznych nie może wykonywać określonych zadań lub której stan zdrowia utrudnia utrzymanie higieny osobistej (art. 110 k.w.) bez względu na okoliczność, czy dana osoba stanowiła realne zagrożenie dla zdrowia chociażby jednej osoby. Pozwoli wskazać *ratio legis* art. 113 k.w. penalizującego zaniechanie wykonania obowiązku zachowania należytej czystości przy świadczeniu usług w zakładach żywienia zbiorowego, w kąpieliskach, zakładach fryzjerskich, kosmetycznych, pralniczych lub noclegowych albo niezrealizowanie obowiązku niedopuszczenia do wymienionych czynności osób dotkniętych chorobą zakaźną – bez względu na okoliczność, czy doszło do realnego zagrożenia dla odbiorców usług lub że naruszenie zasad odbywało się za obopólną świadomą zgodą. Pozwoli uzasadnić istnienie art. 114 k.w. penalizującego zaniechanie realizacji obowiązku udzielenia organowi służby zdrowia wyjaśnień mogących mieć znaczenie dla wykrycia gruźlicy, choroby wenerycznej lub innej choroby zakaźnej lub źródła zakażenia albo dla zapobiegania szerzeniu się takich chorób – nawet jeżeli w wyniku tego zaniechania realnie nikt nie był zagrożony. Pozwoli uzasadnić istnienie art. 116 § 1 k.w. opisującego znamiona wykroczeń polegających na nieprzestrzeganiu nakazów lub naruszaniu zakazów zawartych w przepisach o zapobieganiu i zwalczaniu chorób zakaźnych albo na nieprzestrzeganiu wskazań lub zarządzeń leczniczych wydanych na podstawie tych przepisów przez organy służby zdrowia oraz istnienie art. 116 § 2 k.w. penalizującego niedopełnienie obowiązku spowodowania, aby osoba małoletnia lub bezradna respektowała ustawowe nakazy lub zakazy sanitarno-epidemiologiczne – bez względu na realne zagrożenie zakażeniem, jakie wiązało się z tymi czynami. Bez pojęcia „zdrowie publiczne” wątpliwości musi budzić zasadność wprowadzenia art. 116 § 1a k.w. penalizującego nieprzestrzeganie zakazów, nakazów, ograniczeń lub obowiązków określonych w przepisach o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi, odnoszących się także do sytuacji, w której wszystkie dopuszczające się naruszeń osoby są zdrowe i mają wysoką odporność na zakażenie, lub ryzykowne zachowania podejmowane są w kręgu osób świadomie godzących się na „samonarażenie” własnego zdrowia. Zaprezentowanie zdrowia publicznego jako dobra prawnie chronionego pozwoli uzasadnić obowiązywanie wymienionych przepisów, także w odniesie-

¹⁰ Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2021 r. poz. 2008 ze zm.).

niu do chorób zakaźnych, które aktualnie uważa się za wygasłe, a więc takich, w odniesieniu do których jednostkowe naruszenie zasad sanitarno-epidemiologicznych niesie subminimalne ryzyko zetknięcia się z patogenem.

Oczywiście należy mieć świadomość, że wartości uniwersalne, do których zalicza się „zdrowie publiczne”, sprzyjają legitymizowaniu procesu rozszerzania zakresu penalizacji kosztem wolności jednostki i łatwo poddają się manipulacji¹¹. Jednak świadomość tego zagrożenia nie zmienia konstatacji, że dobra ponadindywidualne, w tym „zdrowie publiczne”, mają w państwie prawa rację bytu. Na dobra kolektywne składają się bowiem interesy całej społeczności, stanowiące pewną wartość dodaną wobec prostej sumy interesów indywidualnych. Zyskują one przez to byt samodzielny, pełnią istotną funkcję gwarantów koegzystencji współobywateli¹². Zatem pomimo wątpliwości i ostrożności, jaką zaleca się przy czynieniu z dóbr o charakterze ogólnym przesłanki ograniczeń wolności jednostki, dalsze rozważania będą prowadzone w oparciu o założenie, że zdrowie publiczne jako dobro prawnie chronione może stanowić samodzielną przesłankę wprowadzania analizowanych przepisów regulatywnych i penalizacji ich naruszeń. Natomiast świadomość zagrożeń, jakie niesie wykorzystywanie dóbr ogólnych jako przesłanki ograniczenia praw i wolności, w szczególności penalizacji oraz kryminalizacji, skłania do opracowania możliwie precyzyjnego ujęcia „zdrowia publicznego” jako przedmiotu ochrony i wnikliwej, a nie ogólnikowej analizy wprowadzania poszczególnych ograniczeń pod kątem racjonalności aksjologicznej, instrumentalnej oraz zasady konieczności.

Należy także zaznaczyć, że w doktrynie i judykaturze prawa karnego funkcjonują poglądy podważające istnienie „zdrowia publicznego” jako ogólnego, rodzajowego oraz indywidualnego przedmiotu ochrony lub utożsamiające zdrowie publiczne z innymi dobrami prawnie chronionymi o charakterze ogólnym, jak np. porządek publiczny, bezpieczeństwo powszechne, obyczajność publiczna, a także z konglomeratem dóbr prawnych o charakterze osobistym, tj. ze zdrowiem wielu konkretnych osób chronionym na przedpolu naruszeń, o których mowa w rozdziale XIX Kodeksu karnego katalogującym przestępstwa przeciwko „życiu i zdrowiu” jednostki lub w rozdziale XX Kodeksu karnego grupującym przestępstwa przeciwko „bezpieczeństwu powszechnemu”¹³.

¹¹ L. Gardocki, *Zagadnienia...*, Warszawa 1990, s. 42.

¹² D. Zając, *Komentarz do wybranych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii* (w:) *Przestępstwa narkotykowe i dopalacze. Komentarz*, red. M. Małecki, D. Zając, W. Zontek, Kraków 2019, s. 20–23.

¹³ Przykładowo w *Systemie prawa karnego* pod redakcją M. Bojarskiego, w tomie 11 pt. *Szczególne dziedziny prawa karnego. Prawo karne wojskowe, skarbowe i pozakodeksowe*, Warszawa 2017, pozakodeksowe przestępstwa zakwalifikowane w tym tomie jako przestępstwa godzące w „zdrowie publiczne” omówiono w kategoriach „Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu” oraz „Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu” (V. Konarska-Wrzošek, rozdział IV, *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu*, s. 396–537 oraz M. Bojarski, rozdział VII, *Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*, s. 973–1015). Szerzej na temat wątpliwości związanych z charakterystyką oraz potrzebą prawnokarnej ochrony dóbr o charakterze

ZDROWIE PUBLICZNE A ZDROWIE CZŁOWIEKA JAKO DOBRA PRAWNIE CHRONIONE

Status dobra zyskuje to, co jest uważane za wartościowe, mogą to być pojedyncze przedmioty lub określone stany rzeczy. Dobra prawne wyznaczają etyczne i prakseologiczne warunki niezakłóconego funkcjonowania społeczeństwa. Za Władysławem Wolterem należy zauważyć, że dobra prawne to nie tylko „przedmioty realne”, ale także „idealne”, z którymi związane są pewne wartości społeczne, wobec czego znajdują się one pod ochroną karną¹⁴. Truizmem jest zatem stwierdzenie, że obok indywidualnych dóbr prawnych (dobra jednostkowe, pojedyncze), które mogą być postrzegane jako byty realne, jak np. życie, zdrowie, wyróżnia się dobra uniwersalne (dobra kolektywne, zbiorowe, ogólne), jak np. obronność państwa, dobro wymiaru sprawiedliwości, porządek publiczny, wiarygodność dokumentów, a także zdrowie publiczne¹⁵. Dobra o charakterze ogólnym stanowią byt samodzielny, pełniąc istotną funkcję gwarantów koegzystencji współobywateli w danym społeczeństwie¹⁶. W tym ujęciu nie powinno budzić już wątpliwości wyróżnienie zdrowia publicznego jako odrębnego dobra prawnego o charakterze uniwersalnym, rozumianego jako „określony stan rzeczy” – odmiennego niż zdrowie poszczególnych obywateli w aspekcie indywidualnym. Innymi słowy, zdrowie publiczne stanowi dobro ponadindywidualne, które jest dobrem jakościowo innym niż „suma indywidualnych stanów zdrowia” (konglomerat dóbr indywidualnych) poszczególnych członków danego społeczeństwa. Zdrowie publiczne to dobro kolektywne, na które składają się interesy całej społeczności, stanowiące wartość dodaną wobec prostej sumy interesów indywidualnych.

Lech Garlicki i Krzysztof Wojtyczek wskazują, że „zdrowie publiczne” jako przesłanka ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności obywatelskich, takich jak prawo jednostki do prywatności, swobody działalności gospodarczej, wolności słowa, oznacza zapewnienie takiego kontekstu prawnego i społecznego, który usuwa zewnętrzne zagrożenia dla zdrowia jednostki, jak np. zagrożenie epidemiologiczne, sytuacje nadzwyczajne, a nawet „pokusy składające jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia” (to ostatnie

ponadindywidualnym: D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012, s. 245 i n.; S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 100 i n. Natomiast w kontekście zdrowia publicznego jako przedmiotu ochrony: K. Grotkowska, K. Kobylński, *Analiza argumentu zdrowia publicznego w dyskusji nad legalizacją miękkich narkotyków*, red. T. Bekrycht, „Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica” 2016/76, s. 63–76; K. Krajewski, *Wprowadzenie (w:) Sens i bezsens prohibicji. Prawo karne wobec narkotyków i narkomanii*, Kraków 2001, s. 142–143; postanowienie SN z 28.09.2006 r. (I KZP 19/06), OSNKW 2006/11, poz. 99; A. Jezusek, *Przeciwdziałanie narkomanii...*, s. 194–204.

¹⁴ W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, Kraków 1933, s. 81–82.

¹⁵ Przegląd sposobów kwalifikowania dóbr prawnych S. Tarapata, *Dobro...*, s. 100–121.

¹⁶ D. Zajac, *Komentarz do wybranych przepisów...*, s. 20–23 oraz literatura i orzecznictwo tam cytowane.

w szczególności w kontekście zjawisk związanych z uzależnieniami od substancji psychoaktywnych)¹⁷.

Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Lech Garlicki zauważa, że pojęcie „porządek publiczny” jest na tyle pojemne, że obejmuje zakresem np. takie dobra prawne o charakterze ogólnym jak „ochrona środowiska”, „zdrowie publiczne”, „moralność (obyczajność) publiczna”. Wskazuje, że ochrona „porządku publicznego” jest zorientowana na „zapewnienie prawidłowego funkcjonowania życia społecznego” i jest kojarzona z „codziennymi zagrożeniami dla niezakłóconej realizacji stosunków społecznych”¹⁸. Także Trybunał Konstytucyjny w wyroku SK 55/13, odnosząc się do kwestii konstytucyjności ograniczenia wolności obywatelskich na rzecz ochrony zdrowia publicznego, przywołuje w uzasadnieniu ochronę porządku publicznego równoległe z ochroną zdrowia publicznego, stwierdzając, że przez porządek publiczny należy rozumieć m.in. taką organizację życia publicznego, dzięki której chroni się jednostki przed niepożądanymi, niszczącymi struktury społeczne zjawiskami oraz że należy utożsamiać dobro uniwersalne w postaci porządku publicznego z postulatem „takiego ukształtowania stanu faktycznego wewnątrz państwa, który umożliwia normalne współżycie jednostek w organizacji państwowej”¹⁹.

W ustawie o chorobach o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi przedstawiono pojęcie zdrowia publicznego jako „stanu zdrowotnego całego społeczeństwa lub jego części, określanego na podstawie wskaźników epidemiologicznych i demograficznych”²⁰. Z przepisów ogólnych oraz intytulacji poszczególnych rozdziałów ustawy wynika, że ochrona zdrowia publicznego jako dobra prawnego polega na rozpoznawaniu i monitorowaniu sytuacji epidemiologicznej, podejmowaniu adekwatnych do stopnia rozpoznanego zagrożenia działań przeciwepidemicznych i zapobiegawczych w celu unieszkodliwienia źródeł zakażenia, przecinania dróg szerzenia się zakażeń i chorób zakaźnych oraz uodpornienia populacji.

W art. 1 ust. 2 ustawy o zdrowiu publicznym²¹ zdefiniowano zdrowie publiczne jako „zadania określone w art. 2”. Natomiast w art. 2 ustawy zawarto katalog działań administracyjnych, publiczno-finansowych, medyczno-zawo-

¹⁷ L. Garlicki, K. Wojtyczek (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Zubik, Warszawa 2016, t. 2, komentarz do art. 31. Zob. też L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001/10, s. 16.

¹⁸ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia...*, s. 15.

¹⁹ Zob. też wyrok TK z 12.01.1999 r. (P 2/98), OTK ZU 1999/1, poz. 2 oraz z 6.07.2011 r. (P 12/09), OTK-A ZU 2011/6, poz. 51.

²⁰ Art. 2 pkt 35 ustawy z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2022 r. poz. 1657).

²¹ Ustawa z 11.09.2015 r. o zdrowiu publicznym (Dz.U. z 2022 r. poz. 1608).

dowych i organizacyjno-prawnych mających sprzyjać ochronie zdrowia publicznego, wskazując, że chodzi o takie działania jak: 1) monitorowanie i ocena stanu zdrowia społeczeństwa, zagrożeń zdrowia oraz jakości życia związanej ze zdrowiem społeczeństwa; 2) edukacja zdrowotna dostosowana do potrzeb różnych grup społeczeństwa; 3) promocja zdrowia; 3a) kreowanie postaw zdrowotnych i społecznych sprzyjających profilaktyce zachowań ryzykownych; 3b) zapobieganie uzależnieniom oraz skutkom zdrowotnym i społecznym wynikającym z uzależnień; 4) profilaktyka chorób; 5) działania w celu rozpoznawania, eliminowania lub ograniczania zagrożeń i szkód dla zdrowia fizycznego i psychicznego w środowisku zamieszkania, nauki, pracy i rekreacji; 6) analiza adekwatności i efektywności udzielanych świadczeń opieki zdrowotnej w odniesieniu do rozpoznanych potrzeb zdrowotnych społeczeństwa; 7) inicjowanie i prowadzenie: działalności naukowej w zakresie zdrowia publicznego; współpracy międzynarodowej dotyczącej działalności naukowej w zakresie zdrowia publicznego; 8) rozwój kadr uczestniczących w realizacji zadań z zakresu zdrowia publicznego; 9) ograniczanie nierówności w zdrowiu wynikających z uwarunkowań społeczno-ekonomicznych; 10) działania w obszarze aktywności fizycznej. W podobny sposób ujęto pojęcie zdrowia publicznego w art. 168 TFUE²², gdzie jako elementy istotne z perspektywy ochrony zdrowia publicznego wymieniono m.in. zapobieganie chorobom i dolegliwościom ludzkim oraz usuwanie źródeł zagrożeń dla zdrowia fizycznego i psychicznego, przy czym jako szczególnie istotne działanie wskazano zwalczenie epidemii, prowadzenie informacji i edukacji zdrowotnej, profilaktykę zjawiska narkomanii, środki zachęcające, zmierzające do ochrony i poprawy zdrowia ludzkiego w związku z tytoniem i nadużywaniem alkoholu, współpracę między państwami członkowskimi w celu zwiększenia komplementarności ich usług zdrowotnych w regionach przygranicznych, środki ustanawiające wysokie standardy jakości i bezpieczeństwa organów i substancji pochodzenia ludzkiego, krwi i pochodnych krwi; środki w dziedzinach weterynaryjnej i fitosanitarnej; środki ustanawiające wysokie standardy jakości i bezpieczeństwa produktów leczniczych i wyrobów medycznych; podejmowanie przez państwa członkowskie wspólnych inicjatyw mających na celu określenie wytycznych i wskaźników, wymianę najlepszych praktyk i przygotowanie elementów niezbędnych do prowadzenia okresowego nadzoru i oceny w zakresie polityk i programów sprzyjających ochronie zdrowia publicznego.

Z przytoczonych przepisów można wywieść wniosek, że „zdrowie publiczne” jako dobro prawnie chronione należy utożsamić z zaistnieniem takiego stanu rzeczy, w którym optymalnie funkcjonują założenia systemowe eliminujące zjawiska zagrażające bezpieczeństwu zdrowotnemu społeczeństwa, sprzyjające poprawie dobrostanu ludności, identyfikujące i neutralizujące

²² Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/2 ze zm.). Szerzej M. Królikowski (w:) *Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz*, red. L. Bosek, Warszawa 2020, Legalis/el., komentarz do art. 50.

przyszłe zagrożenia dla bezpieczeństwa zdrowotnego społeczeństwa. Zdrowie publiczne można scharakteryzować jako istniejący w państwie stan stosunków społecznych obowiązujących zarówno w miejscach publicznych, jak niepublicznych, warunkujący optymalne funkcjonowanie struktur państwa oraz społeczeństwa pod względem zapewnienia optymalnej ochrony zdrowia i życia obywateli. Jest to taki stan rzeczy, który gwarantuje adekwatną do postępu cywilizacyjnego poprawę lub co najmniej pewną stałość i trwałość możliwie najlepszych warunków panujących w tej sferze stosunków społecznych. Należy utożsamić ochronę zdrowia publicznego z postulatem takiego ukształtowania stanu faktycznego wewnątrz danego społeczeństwa (państwa), które umożliwi harmonijne, możliwie bezpieczne dla życia i zdrowia obywateli współegzystowanie jednostek w danej zbiorowości²³. Pod pojęciem „możliwie najlepsze warunki” i „optymalne funkcjonowanie” należy rozumieć takie standardy, które są możliwe do wypracowania i utrzymania na danym poziomie rozwoju społeczno-gospodarczego państwa.

ZGODA DYSPONETA DOBRA NA ZACHOWANIA RYZYKOWNE DLA ZDROWIA W ASPEKcie INDYWIDUALNYM A OCHRONA ZDROWIA PUBLICZNEGO

Nie należy utożsamiać ataku na zdrowie publiczne z zagrożeniem dla zdrowia indywidualnych osób na dalekim przedpolu naruszenia²⁴, w takim znaczeniu, w jakim przyjmuje się to w rozdziale XIX Kodeksu karnego obejmującym przestępstwa skierowane „przeciwko życiu i zdrowiu”, w tym przestępstwa z bezpośredniego narażenia na niebezpieczeństwo śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (art. 160 k.k.), a także narażenia na zakażenie chorobą zakaźną (art. 161 k.k.). Tą samą uwagę należy odnieść do wykroczeń zgrupowanych w rozdziale XII Kodeksu wykroczeń jako wykroczenia skierowane „przeciwko osobie”.

Zdrowie publiczne jako dobro prawnie chronione nie powinno być utożsamiane z życiem lub zdrowiem „wielu osób” w takim znaczeniu, w jakim przyjmuje się w Kodeksie karnym w odniesieniu do typów obejmujących sprowadzenie zagrożenia dla życia lub zdrowia wielu, ale jednak indywidualnych i konkretnych osób, jak np. w art. 165 k.k. kryminalizującym sprowadzenie niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób lub w art. 173 k.k. kryminalizującym sprowadzenie zagrożenia dla zdrowia wielu osób w postaci katastrofy w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym.

Dostrzeżenie odrębności „zdrowia publicznego” oraz „zdrowia w aspek-

²³ D. Zając *Komentarz do wybranych przepisów...*, s. 20–23.

²⁴ D. Zając, *Przestępstwa narkotykowe...*, s. 21; A. Jezusek, *Przeciwdziałanie narkomanii...*, s. 194–204. Zob. też postanowienie SN z 28.09.2006 r. (I KZP 19/06); Odmienne A. Rybak-Starczak, *Glosa do postanowienia SN z 28.09.2006 r. (I KZP 19/06)*, „Palestra” 2007/11–12, s. 300–307; A. Rybak-Starczak, *Glosa do uchwały SN z 27.10.2005 r. (I KZP 32/05)*, „Palestra” 2006/7–8, s. 339 i n).

cie indywidualnym” jako dwóch różnych dóbr prawnie chronionych pozwala wytłumaczyć, dlaczego świadoma decyzja „pokrzywdzonego” o podjęciu ryzykownego kontaktu z osobą zakażoną wyłączy odpowiedzialność za przestępstwo skierowane przeciwko zdrowiu narażonego na zakażenie np. z art. 161 k.k., a także art. 156, art. 157, art. 160, art. 155 k.k., nawet jeżeli w wyniku kontaktu dojdzie do zakażenia ciężką chorobą. Jednocześnie ta sama świadoma zgoda na ryzykowny kontakt nie wyłączy odpowiedzialności np. za wykroczenie polegające na nieprzestrzeganiu zasad sanitarnych, zarówno po stronie nosiciela, jak i po stronie osoby, która samonaraziła się na zakażenie (art. 116 k.w.) oraz wszystkie inne wykroczenia lub przestępstwa pozakodeksowe mające za główny przedmiot ochrony zdrowie publiczne, a nie zdrowie indywidualnej osoby. Indywidualna osoba nie jest bowiem dysponentem dobra prawnego w postaci „zdrowia publicznego”.

W perspektywie przepisów mających za cel ochronę zdrowia publicznego, w tym przepisów karnych, pojedynczy obywatel, jego wolne wybory, szczególne starania, ale także zaniedbania i ryzykowne aktywności oraz ich wpływ na jego życie i zdrowie mają znaczenie tylko o tyle, o ile mogą oddziaływać na stan rzeczy zdefiniowany powyżej jako niezakłócone funkcjonowanie społeczeństwa. Dla ochrony zdrowia publicznego bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy poszczególne osoby dopuszczające się zachowań nieakceptowalnych z perspektywy ochrony tego dobra prawnego jednocześnie akceptują ryzyko dla własnego zdrowia w aspekcie indywidualnym. Poszczególni obywatele, także jeżeli jest ich „wielu”, mogą do pewnych granic dysponować własnym życiem i zdrowiem, wykluczając tym samym bezprawność zachowań, co do zasady uznawanych za nieakceptowalny atak na zdrowie (np. przyjmując zanieczyszczone substancje psychoaktywne, uprawiając ryzykowne sporty, taternictwo zimowe, nawiązując przypadkowe kontakty seksualne bez środków chroniących przed zakażeniem ze strony nieświadomego nosiciela, rezygnując z osiągnięć współczesnej medycyny i odmawiając leczenia, deformując ciało poważnymi operacjami plastycznymi, korzystając z nielegalnych produktów farmaceutycznych lub świadczeń medycznych). Jednocześnie poszczególni obywatele, na mocy swoich indywidualnych decyzji, nie mogą swobodnie dysponować zakresem ochrony przyznanej „zdrowiu publicznemu”, podobnie jak nie mogą mocą swych indywidualnych decyzji znosić ochrony innych dóbr o charakterze uniwersalnym, jak chociażby „wiarygodności dokumentów”, „bezpieczeństwa państwa” lub „niezakłóconego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości”. Przykładowo nie ulega wątpliwości, że znamiona przestępstwa podrobienia dokumentu (art. 270 k.k.) będą spełnione także wówczas, jeżeli osoba, której podpis podrobiono na dokumencie, wyraziła na to zgodę, a nawet jeżeli podrobiony dokument został użyty w celu zaspokojenia indywidualnych interesów rzekomego wystawcy.

Przyjęcie założenia, że *ratio legis* przepisów reglamentacyjnych i typów czynów zabronionych mających za przedmiot ochrony zdrowie publiczne nie tkwi w zagrożeniu dla indywidualnego zdrowia konkretnych osób, pozwa-

la uzasadnić nakładanie ograniczeń, bez względu na okoliczność, czy osoby, których reglamentacje dotyczą, godzą się na narażenie własnego zdrowia lub określony poziom ryzyka, a także bez względu na poziom faktycznego zagrożenia dla zdrowia tych osób wynikający z indywidualnych właściwości ich organizmów. Okoliczność, że wszystkie osoby biorące udział w naruszeniu zasad chroniących zdrowie publiczne dobrowolnie wyraziły na to zgodę, nie zdejmuje z nich piętna bezprawności, bez znaczenia będą indywidualne właściwości osoby dopuszczającej się naruszenia przepisów (odporność na zakażenie, brak czynników mogących powodować ciężki przebieg lub powikłania), a nawet okoliczność, iż ryzyko zetknięcia z danym patogenem jest w danych okolicznościach śladowe.

Przyjęcie, że zdrowie publiczne jest samodzielnym dobrem prawnie chronionym, oznacza, że ochrona zdrowia publicznego może dyktować ograniczenia praw i wolności obywatelskich²⁵, także w kierunku penalizacji najbardziej zagrażających mu zachowań, niezależnie od norm mających za zadanie ochronę zdrowia i życia konkretnych osób. Ochroną zdrowia publicznego można, przy spełnieniu warunków wyznaczonych przez zasadę proporcjonalności, uzasadnić nawet penalizację kategorii zachowań, w których w konkretnych przypadkach nie dochodzi do narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia indywidualnych osób, lub takich, gdzie wprowadzie tego rodzaju niebezpieczeństwo może się pojawiać, ale jedynie w odniesieniu do osób, które świadomie i dobrowolnie zdecydowały się na narażenie własnego zdrowia lub życia²⁶.

²⁵ Zob. także wyrok ETPCz (WI) z 8.04.2021 r., 47621/13, *Vavříčka i inni v. Czechy*, LEX nr 3158481. wskazujący, że ustawowy obowiązek szczepień dzieci wprowadzie stanowi ingerencję w integralność fizyczną osoby i jako przymusowa interwencja medyczna wchodzi w zakres gwarancji prawa do poszanowania życia prywatnego, to jest art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie 4.11.1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.). Jednak jednocześnie w wyroku wskazano, że ustawowy nakaz szczepień oraz wynikające z niego sankcje administracyjne realizują ważne cele społeczne (ochrona zdrowia publicznego, ochrona praw innych osób, a w przypadku niezaszczepionych dzieci także interesów osoby, której dotyczy niewypełniony obowiązek) i tym samym nie stanowią naruszenia konwencyjnego prawa do poszanowania życia rodzinnego rodziców i dzieci. Trybunał orzekł, że stosowane przez Czechy sankcje pozostały w granicach przysługującego organom władzy szerokiego marginesu uznania, a zaskarżone środki mogą być postrzegane jako „konieczne w demokratycznym społeczeństwie”. W stanie faktycznym będącym przedmiotem skargi jeden ze skarżących został ukarany karą pieniężną za odmowę zaszczepienia dwójki swoich dzieci, a dzieciom pozostałych skarżących odmówiono możliwości uczęszczania do przedszkola. Przed Trybunałem skarżący zarzucili, że taki stan rzeczy stanowił naruszenie ich prawa do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego, zaś stosowane przez Czechy sankcje (grzywna administracyjna, wykluczenie z możliwości edukacji przedszkolnej) za niewykonanie obowiązku szczepień są nadmiernie dolegliwe. Nie podzielono także argumentacji skarżących, jakoby stanowisko czeskich specjalistów lub Światowej Organizacji Zdrowia w sprawie szczepień było nieobiektywne ze względu na finansowe wsparcie od korporacji farmaceutycznych.

²⁶ K. Grabowski, *O pewnych cechach szczególnych przestępstw narkotykowych*, „Czasopismo Prawa Kar-

OBOWIĄZEK SZCZEPIEŃ A ARGUMENT OCHRONY ZDROWIA PUBLICZNEGO

Przyjęcie tezy, że przepisy regulatywne dotyczące szczepień ochronnych, zasad sanitarno-epidemiologicznych oraz sprzężone z nimi przepisy karne mają za główny cel ochronę zdrowia publicznego, pozwala wskazać *ratio legis* obowiązku poddania się szczepieniom ochronnym przeciwko chorobie zakaźnej, której typowy przebieg nie jest na tyle poważny, aby uzasadnić potrzebę obowiązku szczepienia ochroną zdrowia poddawanej szczepieniu jednostki. Poważne zagrożenie dla zdrowia publicznego może bowiem wynikać nie tylko ze zjadliwości wirusa wobec zakażonej jednostki, ale także z wysokiej zakaźności i w konsekwencji realnego ryzyka pojawienia się w jednym czasie wielkiej liczby osób zakażonych, a w tej wielkiej grupie także znacznej liczby osób z ciężkim przebiegiem choroby, wymagających profesjonalnej pomocy medycznej, które to okoliczności już istotnie wążą na niezakłóconym i bezpiecznym funkcjonowaniu całej społeczności.

Ochroną zdrowia publicznego można także uzasadnić istnienie obowiązku szczepień ochronnych przeciwko chorobom zakaźnym, co do których ryzyko zakażenia jest aktualnie znikome (np. gruźlicy)²⁷. W tych przypadkach szczepienie ochronne ma chronić zdrowie publiczne poprzez utrzymywanie stanu „odporności populacyjnej” i tym samym minimalizować ryzyko pojawienia się w przyszłości zagrożenia epidemią.

Przyjęte powyżej ujęcie zdrowia publicznego pozwala wyjaśnić sens przepisów penalizujących: niewypełnianie obowiązków informacyjnych odnośnie do szczepień ochronnych, prowadzenie niewłaściwej dokumentacji w zakresie chorób zakaźnych oraz szczepień ochronnych, a nawet naruszenia zasad prowadzenia szczepień tylko przez uprawnione osoby (art. 51, 52 ustawy o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi oraz art. 114, 115 k.w.). Jest to możliwe tylko wówczas, gdy przyjmiemy, że *ratio legis* nie jest ochrona zdrowia indywidualnych osób. Celem jest na przykład uzyskanie wiarygodnych i aktualnych danych pozwalających w dalszej perspektywie na identyfikację aktualnych i przyszłych zagrożeń, szacowanie stopnia odporności populacyjnej w danym miejscu i czasie, co jest konieczne dla realizacji zadań państwa w zakresie ochrony zdrowia publicznego poprzez racjonalne planowanie i prowadzenie szeroko zakrojonych działań przeciwepidemicznych.

nego i Nauk Penalnych” 2014/2, s. 109. Zob. też wyrok TK z 4.11.2014 r. (SK 55/13), OTK-A 2014/10, poz. 111.

²⁷ Zob. rozporządzenie Ministra Zdrowia z 18.08.2011 r. w sprawie obowiązkowych szczepień ochronnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 753 ze zm.).

ZDROWIE PUBLICZNE JAKO KONSTYTUCYJNA PRZESŁANKA OGRANICZENIA PRAW I WOLNOŚCI OBYWATELSKICH

Czy ustawowe ograniczenie aspektów prawa do prywatności, w szczególności prawa do decydowania o swoim życiu osobistym i o własnym postępowaniu, a także prawa do decydowania o ochronie własnego zdrowia, utrzymywania w dyskrejii danych na temat stanu zdrowia na rzecz ochrony „zdrowia publicznego” przed zagrożeniem epidemicznym, jest do pogodzenia z zasadami państwa prawa? Jak uzasadnić wprowadzenie obowiązku szczepień ochronnych, jeżeli szczepionka nie daje pewnej ochrony, a zakażenie nie zabija w sposób pewny?

Uznanie „zdrowia publicznego” za dobro prawnie chronione i przesłankę reglamentacji praw i wolności obywatelskich nie przesądza jeszcze konstytucyjności wprowadzanych ograniczeń.

Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku SK 55/13, ochrona prawa do prywatności i do decydowania o sobie samym nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom, jeżeli przemawia za tym inna norma, zasada lub wartość konstytucyjna, a stopień tego ograniczenia pozostaje w odpowiedniej proporcji do rangi interesu, któremu ograniczenie ma służyć. Przyjmuje się, że im wyższe znaczenie danego dobra i im wyższy stopień zagrożenia, tym bardziej intensywny charakter może mieć ograniczenie wolności jednostki. Natomiast w sytuacji wątpliwej ustawodawca powinien powstrzymać się od działania zgodnie z regułą *in dubio pro libertate*. Zgodnie z wymogiem przydatności (racjonalności instrumentalnej) dopuszczalne jest zastosowanie jedynie środków skutecznych, czyli rzeczywiście i bezpośrednio prowadzących do realizacji założonego celu²⁸.

W przypadku wirusów niecechujących się wysokim stopniem zjadliwości, takich jak chociażby SARS-CoV-2, pojawiają się głosy wskazujące, że zagrożenie dla zdrowia większości osób narażonych na zakażenie nie jest na tyle istotne, aby uzasadniać uszczuplenie wolności obywatelskich poprzez wprowadzanie np. obowiązkowych szczepień ochronnych przynajmniej w niektórych grupach zawodowych lub grupach ryzyka, a także innych ograniczeń, w tym odnoszących się do osób niezaszczepionych, mających neutralizować szerzenie się zakażeń, w szczególności wśród osób zagrożonych ciężkim przebiegiem choroby lub mogących z uwagi na pełnione funkcje zawodowe зараzić wiele osób. Podnosi się argumenty, że skoro szczepienie ochronne skierowane przeciwko danej chorobie nie chroni życia i zdrowia osoby zaszczepionej w sposób „stuprocentowy”, a „jedynie” nieco zmniejsza ryzyko zakażenia, ewentualnie skraca czas, w którym osoba zakażona może nieświadomie zakażać innych, „jedynie” zmniejsza prawdopodobieństwo

²⁸ Wyrok TK z 8.07.2008 r. (K 46/07), OTK-A 2008/6, poz. 104.; podobnie wyrok TK z 5.04.2011 r. (P 26/09), OTK-A 2011/3, poz. 18; wyrok TK z 16.10.2014 r. (SK 20/12), OTK-A ZU 2014, poz. 1458.

ciężkiego przebiegu choroby oraz śmierci, to nie można w oparciu o tak niejednoznaczne przesłanki ograniczać swobód obywatelskich. W szczególności w sytuacji, gdy czas działania szczepionki jest ograniczony, a jej skuteczność różna wobec różnych mutacji wirusa.

U podstaw tego rodzaju argumentacji leży błąd nieodróżniania ochrony „zdrowia publicznego” od „zdrowia w aspekcie indywidualnym” jako odrębnych i niezależnych od siebie przesłanek uzasadniających wprowadzenie ograniczeń indywidualnych wolności. Im wyższe zagrożenie dla zdrowia publicznego ze strony danego patogenu, tym bardziej poważne ograniczenia w zakresie korzystania z wolności można nakładać na obywateli i tym mniejsza konieczność poszukiwania dodatkowego oparcia w ochronie zdrowia osoby zaszczepionej w aspekcie indywidualnym dla znalezienia odpowiedniej proporcji pomiędzy stopniem nakładanych ograniczeń a rangą dobra, które dzięki temu zyskuje adekwatną ochronę.

Fakty naukowe wskazują, że szczepienia ochronne oraz przestrzeganie zasad sanitarnych mających charakter profilaktyczny mają sens szerszy niż ochrona zdrowia osoby zaszczepionej lub przestrzegającej zasad. Jednak wartość dodana w postaci realnej ochrony zdrowia publicznego (niezakłóconego funkcjonowania ogółu społeczeństwa) pojawia się dopiero przy zaszczepieniu takiej liczby obywateli, która gwarantuje wytworzenie i utrzymanie stanu odporności populacyjnej przeciwko danej chorobie lub przynajmniej w momencie nadejścia „fali” pozwala odciążyć system opieki zdrowotnej od konieczności sprawowania jednoczesnej opieki nad dziesiątkami tysięcy pacjentów z ciężkim przebiegiem choroby; społeczeństwo od konieczności ponoszenia kosztów opieki medycznej, rekonwalescencji, przedwczesnych zgonów, utraty możliwości pełnienia funkcji zawodowych i społecznych przez szerokie rzesze obywateli; utrzymującego się zakłócenia dostępu do wykrywania i leczenia innych powszechnie występujących w społeczeństwie chorób (np. onkologicznych, wieńcowych).

Jeżeli dowody naukowe, aktualne doświadczenia innych państw o wyższym stopniu wyszczepienia populacji przeciwko SARS-CoV-2, doświadczenia zdobyte w walce z innymi chorobami zakaźnymi, które przed odkryciem etiologii zakażeń i opracowaniem szczepionek dziesiątkowały ludzkość, a aktualnie uchodzą za niewystępujące w krajach objętych powszechnym programem szczepień, wskazują, że realna ochrona zdrowia publicznego za pomocą szczepień ochronnych jest możliwa, jednak warunkiem koniecznym jest odpowiednio wysoki stopień wyszczepienia danej populacji²⁹, to wpro-

²⁹ Zob. np. I. Hussein i inni, *Vaccines Through Centuries: Major Cornerstones of Global Health*, „Frontiers in Public Health” 2015/3, s. 269; F.E. Andre, R. Booy, H.L. Bock, J. Clemens i inni, *Vaccination greatly reduces disease, disability, death and inequity worldwide*, „Bull World Health Organ” 2008/2, s. 140–146; J. Ehreth, *The global value of vaccination*, „Vaccine” 2003/7–8, s. 596–600; E. Więckowska, *Szczepienia ochronne w zapobieganiu zachorowaniom na ostre choroby zakaźne w Polsce w latach 1918–1923*, „Przegląd Epidemiologiczny” 1999/3–4, s. 395–401; W. Janaszek, *Wpływ szczepień ochronnych na*

wadzenie obowiązkowych szczepień ochronnych, przynajmniej w grupach „najwyższego ryzyka”, lub wprowadzenie zróżnicowania dostępu do miejsc i usług wymagających zwiększających ryzyko transmisji wirusa dla osób niezaszczepionych³⁰, spełni rygory testu proporcjonalności, pomimo że prowadzi do ograniczenia prawa do prywatności, a szczepionka nie gwarantuje „stuprocentowej” ochrony zdrowia w aspekcie indywidualnym.

CZY ZAGROŻENIE DLA ZDROWIA PUBLICZNEGO JEST PROPORCJONALNE DO ZJADLIWOŚCI WIRUSA?

Wydaje się, że można zaryzykować tezę, że poziom zagrożenia ze strony danego patogenu dla zdrowia w aspekcie indywidualnym nie zawsze przekłada się bezpośrednio na poziom zagrożenia dla zdrowia publicznego. W przypadku chorób zakaźnych źródłem największego zagrożenia dla niezakłóconego funkcjonowania społeczeństwa stają się choroby zakaźne o niekoniecznie najwyższym możliwym stopniu zjadliwości (jak np. ebola, nieleczony HIV), ale mające takie cechy, które dają im zdolność do szybkiego i masowego rozprzestrzeniania się³¹. Dla stworzenia zagrożenia dla niezakłóconego funkcjonowania społeczeństwa nie mniej istotny jest indywidualny stopień zaraźliwości, tj. zdolność czynnika zakaźnego do wywołania choroby mierzona proporcją osób, które zachorowały, w stosunku do tych, które były narażone na czynnik zakaźny. Jeżeli natomiast choroba wysoce zjadliwa ma jednocześnie krótki okres wylegania i zaraźliwości, tj. powoduje u osoby zakażonej niemal natychmiastowe ostre objawy, a następnie szybki zgon (np. ebola), tudzież choroba nie ma wysokiego stopnia zaraźliwości (np. HIV), to pomimo dramatycznych konsekwencji zdrowotnych dla osoby zakażonej poziom zagrożenia dla zdrowia publicznego okazuje się niższy niż wirusa SARS-CoV-2, jakże niewinnego

sytuację epidemiologiczną odry w Polsce, „Przegląd Epidemiologiczny” 1998/4, s. 413–425; D. Sero-ka, *Epidemiologiczna analiza skuteczności szczepień przeciw wściekliznie wykonanych w Polsce w latach 1986–1997*, „Przegląd Epidemiologiczny” 1998/4, s. 379–388; W. Janaszek, *Perspektywy eliminacji trądu w świecie. Szczepienia ochronne a leczenie etiotropowe*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2002/4, s. 577–586; A. Zieliński, M.P. Czarkowski, *Uzasadnienie stosowania szczepień przeciwko ospie wietrznej*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2005/4, s. 795–805; A. Makówka, W. Gut, B. Litwińska, *Podstawy programu eliminacji odry na świecie i w Polsce*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2007/1, s. 135–142; V. Gołabek, T. Woźniakowska-Gęsicka, *Świnka – wpływ szczepień na sytuację epidemiologiczną*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2008/3, s. 613–621.

³⁰ Na temat różnicowania sytuacji osób zaszczepionych i niezaszczepionych w kontekście konstytucyjnej zasady równości zob. interesujące uwagi K. Michałowskiej, *Różnicowanie a dyskryminacja – status prawny osób szczepionych i nieszczepionych na COVID-19*, „Przegląd Sądowy” 2021/4, s. 38–56.

³¹ W ustawie w art. 2 pkt 4 zdefiniowano pojęcie choroby szczególnie niebezpiecznej i wysoce zakaźnej jako choroby, która jest łatwo rozprzestrzeniająca się, o wysokiej śmiertelności, powodująca szczególne zagrożenie dla zdrowia publicznego i wymagająca specjalnych metod zwalczania. Przykładowo wyliczono cholerę, dżumę, ospę prawdziwą, wirusowe gorączki krwotoczne.

„w aspekcie indywidualnym” w porównaniu do poprzedników wymienionych w przykładach. O poziomie zagrożenia dla zdrowia publicznego SARS-CoV-2 zdecydowała zatem nie tyle wyjątkowa zjadliwość na tle innych wirusów, ile łatwość rozprzestrzeniania się w populacji.

Wydaje się, choć jest to tylko intuicja wymagająca zweryfikowania przez socjologów, że wysoka zjadliwość ze strony danej choroby, chociażby była to choroba spotykana wyjątkowo i nie wysoce zaraźliwa, jest czynnikiem, który w wyższym stopniu skłania do poddawania się obowiązkom sanitarno-epidemiologicznym, w tym obowiązkowym szczepieniom ochronnym, tę część populacji, która skłonna jest podważać wiedzę z zakresu nauk medycznych i zamiast opiniami ekspertów z danej dziedziny, kieruje się emocjami tudzież nie jest skłonna do kierowania się prospołecznymi motywacjami w swych wyborach. Wszak na emocje dużo intensywniej działa obraz własnej śmierci w mężczyźnie lub przynajmniej ciężkiej choroby o nieodwracalnych skutkach niż informacja, że realizując „własne przekonania” z zakresu epidemiologii stosowanej, przyczyniam się do narażenia bliżej nieokreślonych osób na zakażenie chorobą cechującą się szerokim spektrum objawów, od asymptomatycznych poprzez przypadki lekkie do ciężkich i śmiertelnych, tudzież utrudniam społeczeństwu osiągnięcie progu odporności populacyjnej.

CZY WPROWADZENIE OBOWIĄZKOWYCH SZCZEPIEŃ OCHRONNYCH PRZECIWKO SARS-COV-2 LUB OGRANICZEŃ DLA OSÓB ODMAWIAJĄCYCH SZCZEPIEŃ SPEŁNIA TEST PROPORCJONALNOŚCI?

Przykład pandemii koronawirusa SARS-CoV-2 – wysoce zaraźliwego, ale i umiarkowanie zjadliwego – pokazał dobitnie, że w sytuacji, w której współczynnik zakażeń, a następnie zapadalności na daną chorobę zakaźną (COVID-19) rośnie, pojawia się problem masowych zachorowań. Masowe zachorowania, nawet w przypadku choroby o stosunkowo niskim wskaźniku zgonów i szerokim zakresie ciężkości objawów, które mogą występować w danej chorobie w różnych przypadkach (od asymptomatycznych poprzez przypadki lekkie do ciężkich i śmiertelnych), powoduje nieuchronnie masowość równoczesnego występowania także przypadków wymagających interwencji medycznej. Taki stan rzeczy prowadzi do konsekwencji społecznych doskonale znanych z pojawiania się szczytów kolejnych fal zachorowań na COVID-19: krytycznego przeciążenia systemu opieki zdrowotnej, paraliżu wszystkich dziedzin życia wymagających podejmowania „ryzykownych” kontaktów międzyludzkich, masowych absencji w pracy, w szkole. Ograniczona wydolność systemu opieki zdrowotnej powoduje, że system nie jest w stanie realizować swoich zadań względem wszystkich potrzebujących pomocy medycznej obywateli, a nie tylko obywateli chorych na daną chorobę zakaźną. Mierzalnym efektem społecznym zaburzeń w funkcjonowaniu systemu opieki zdrowotnej

jest notowany od początku pandemii wielokrotny wzrost wskaźnika zgonów do przypadków (określany „wskaźnikiem zgonów nadliczbowych”) przypisanych nie tylko COVID-19, ale wszelkim pozostałym chorobom, urazom i innym sytuacjom związanym ze zdrowiem, w porównaniu do lat bezpośrednio poprzedzających pandemię w Polsce. Liczba zgonów w 2020 roku przekroczyła o ponad 100 tys. średnioroczną wartość z ostatnich 50 lat, natomiast współczynnik zgonów na 100 tys. ludności osiągnął najwyższą wartość od 1946 roku. Jeszcze gorzej niż w roku 2020 kształtuje się sytuacja w roku 2021³².

Z powyższych danych można wywieść argumenty istotne w perspektywie dokonania testu proporcjonalności potencjalnego ograniczenia wolności obywateli na rzecz poszerzenia zakresu obowiązkowych szczepień ochronnych lub wprowadzenia ograniczeń dla obywateli niezaszczepionych. Informacji kluczowych w kontekście dokonania oceny racjonalności instrumentalnej, aksjologicznej oraz zasady konieczności powinna dostarczyć np. analiza danych dotycząca umieralności z powodu COVID-19 wśród osób w pełni zaszczepionych i niezaszczepionych; prawdopodobieństwa hospitalizacji z powodu COVID-19 w tych dwóch grupach; liczby oraz kosztów interwencji medycznych w związku z rekonwalescencją w obydwu grupach; czasu potrzebnego na powrót do wykonywania ról zawodowych i społecznych w obydwu grupach; skuteczności dostępnych aktualnie szczepionek wobec ewentualnych nowych mutacji wirusa. Można także porównać dane zgromadzone w Polsce po upowszechnieniu dostępu do szczepień, dotyczące np. zgonów nadliczbowych, kosztów masowych absencji w pracy, kosztów opieki nad chorymi na COVID-19, z danymi zgromadzonymi w państwach o podobnej strukturze społecznej, w których poziom wyszczepialności populacji jest aktualnie zdecydowanie wyższy niż w Polsce, a osoby niezaszczepione podlegają pewnym ograniczeniom mającym chronić ich samych oraz osoby z otoczenia przed zwiększonym ryzykiem zakażenia. Jeżeli dostępne dane wskazują, że powszechnie wykonywane szczepienia ochronne istotnie odciążają system opieki zdrowotnej; społeczeństwo od kosztów związanych z długotrwałą i intensywną opieką medyczną nad osobami niezaszczepionymi; kosztów związanych z długotrwałą utratą zdrowia lub zgonem niezaszczepionych obywateli; długotrwałym ograniczeniem zdolności do wykonywania pracy zawodowej lub pozostałych ról społecznych; kosztów społecznych i finansowych związanych z długotrwałym ograniczeniem dostępu do profilaktyki i adekwatnej opieki medycznej dla chorych na inne choroby, to znaczy, że decyzja o poddaniu się szczepieniu ochronnemu nie może być traktowana jedynie w kategorii indywidualnych wyborów i indywidualnego zdrowia danej jednostki lub osób z jej najbliższego otoczenia.

³² Zob. <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/statystyka-przyczyn-zgonow/umieralnosc-i-zgony-wedlug-przyczyn-w-2020-roku,10,1.html>; <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/ludnosc/statystyka-przyczyn-zgonow/umieralnosc-w-pierwszym-polroczu-2021-roku-zgony-wedlug-przyczyn-dane-wstepne,10,2.html>; D. Pawłowska, <https://biqdata.wyborcza.pl/biqdata/7,159116,26656014,zgony-w-2020-r.html>.

Unikanie szczepień ochronnych przeciwko chorobom zakaźnym, w tym i tym, które aktualnie uważane są za wygasłe, naruszanie pozostałych zasad sanitarno-epidemiologicznych, stanowią zagrożenie dla dóbr prawnie chronionych jakościowo inne niż tylko dobra indywidualne jednostek dokonujących tego rodzaju wyborów lub osób narażonych na ryzykowne kontakty z takimi osobami. Koszty tych tylko pozornie „indywidualnych wyborów” spadają pośrednio na wszystkich członków społeczności. Im bardziej masowo pojawiają się osoby podejmujące wybory nieadekwatne w perspektywie ochrony zdrowia własnego i innych, tym koszty stają się trudniejsze do udźwignięcia dla pozostałych członków społeczności. Niekiedy wręcz niweczając wspólne wysiłki postępującej prospołecznie większości.

Oczywiście w przypadku zachowań polegających na nieprzestrzeganiu zasad sanitarno-epidemiologicznych pojawia się także zagadnienie osób niewyrażających świadomej, uprzedniej zgody na ryzykowny kontakt z osobą prowadzącą styl życia plasujący ją w grupie osób stwarzających podwyższone ryzyko transmisji zakażenia. Można zatem uzasadniać *ratio legis* przepisów ograniczających swobody i wolności obywatelskie w imię zapobiegania zakażeniom i chorobom zakaźnym u ludzi także ochroną zdrowia osób nieświadomie i niedobrowolnie wchodzących w kontakt z człowiekiem, który naruszając zasady sanitarno-epidemiologiczne lub nie poddając się szczepieniom ochronnym, naraża nie tylko siebie, ale i innych. Argumentacja ta ma znaczenie w szczególności w odniesieniu do osób, które z uwagi na pełnione funkcje zawodowe wchodzą w liczne i bezpośrednie kontakty z innymi ludźmi (np. przedstawiciele zawodów medycznych, nauczyciele i zawodowi opiekunowie osób z grup ryzyka, urzędnicy, przedstawiciele służb mundurowych). Głównym przedmiotem ochrony pozostaje jednak zdrowie publiczne.

CZY OGRANICZANIE WOLNOŚCI OBYWATELSKICH W OPARCIU O ARGUMENT ZDROWIA PUBLICZNEGO NIE MA JUŻ RACJI BYTU?

Zamiast tradycyjnego zakończenia wypada postawić pytanie: czy prawne ograniczenia praw jednostki motywowane potrzebą ochrony „zdrowia publicznego” czynione pomimo braku akceptacji znacznej części obywateli mają rację bytu w systemie prawa nastawionym na ochronę wolności i autonomii jednostki? Czy „uszcześliwianie” obywateli mających alternatywne poglądy na fakty naukowe lub zmuszanie obywateli do poświęcenia swej prywatności na rzecz ochrony wartości kolektywnych stanowi relikw patriarchalnego stosunku ustawodawcy do obywateli? Czy we współczesnym społeczeństwie postępuje proces odchodzenia od ograniczenia wolności obywatelskich dyktowanego ochroną zdrowia publicznego? Czy penalizacja sprzężona z naruszeniem przepisów dotyczących szczepień ochronnych lub powszechnie obowiązujących zasad sanitarno-epidemiologicznych spełnia wymóg *ultima ratio* prawa karnego? W prawie karnym i w prawie medycznym od wielu lat postępuje zjawisko

erozji regulacji prawnych mających chronić dorosłego człowieka przed jego własnymi wyborami, także nieracjonalnymi, niemoralnymi, nieetycznymi, także jeżeli ich konsekwencje dotyczą życia i zdrowia innych osób. Przykładowo można wymienić obowiązek respektowania sprzeciwu pacjenta wobec czynności ratujących życie, w tym sprzeciwu wyrażonego *pro futuro* – na wypadek utraty świadomości, bez względu na motywację i konsekwencje takiej decyzji; konieczność respektowania sprzeciwu wobec pobrania organów do transplantacji *post mortem*, nawet jeżeli tkanki lub narządy mogłyby uratować życie kilku osób; brak możliwości zobowiązania ciężarnej kobiety do leczenia lub rozwiązania ciąży z zachowaniem określonych rygorów medycznych, bez względu na konsekwencje dla kobiety i płodu; brak możliwości zobowiązania przedstawicieli ustawowych małoletniego pacjenta do wykonania innych szczepień ochronnych niż obowiązkowe.

Zdrowie publiczne jako przesłanka ograniczeń praw i wolności jednostki nie jest w systemie prawa nowością związaną ze zjawiskiem pandemii SARS-CoV-2. Zdrowie publiczne jako samodzielna wartość społeczna podlegająca ochronie prawnej została rozpoznana przez polskiego legislatora najszybciej właśnie w kontekście chorób zakaźnych i „innych chorób występujących powszechnie”. Potrzebę objęcia kompleksową regulacją zasad sanitarno-epidemiologicznych i penalizacją ich nieprzestrzegania przepisami karnymi innymi niż przestępstwa lub wykroczenia skierowane przeciwko zdrowiu indywidualnej osoby postrzegano jako do tego stopnia ważną, że w nowo odrodzonym państwie polskim już w dniu 7.02.1919 r. ukazał się dekret Naczelnika Państwa w sprawie zwalczania chorób zakaźnych oraz innych chorób, występujących nagminnie³³. Waga, jaką przydano problemowi ochrony społeczeństwa przed efektami szerzenia się chorób zakaźnych, zapewne miała związek ze światową pandemią grypy hiszpanki datowaną na lata 1918–1920, a także dramatycznymi doświadczeniami kolejnych fal pandemii cholery przetaczającymi się kilkakrotnie w XIX w. także przez ziemie polskie³⁴. Szacuje się, że w czasie trwania pandemii hiszpanki zmarło od 50 do 100 mln ludzi, a zaraziło się nawet pół miliarda osób na świecie. Odnośnie do epidemii cholery trudno o dokładne dane obejmujące ziemie wszystkich zaborów, dość zauważyć, że na terenach dawnych obrzeży ośrodków miejskich po dziś dzień można znaleźć ślady licznych

³³ Dekret Naczelnika Państwa z 7.02.1919 r. w sprawie zwalczania chorób zakaźnych oraz innych chorób, występujących nagminnie (Dziennik Praw Państwa Polskiego 1919 r. nr 14 poz. 184).

³⁴ Szerzej R. Kuzak, *Epidemie cholery w XIX wiecznej Polsce*, <https://wielkahistoria.pl/epidemie-cholery-w-xix-wiecznej-polsce-zapomniana-choroba-zabila-setki-tysiecy-ludzi/>; R. Tomczyk, *Zagrożenia epidemiologiczne na terenie austriackiej części monarchii habsburskiej w XIX w. (do 1914 r.). Aspekty prawne i administracyjne*, „Galicja Studia i Materiały” 2015/1; W. Berner, *Stan sanitarny, ochrona zdrowia i sytuacja epidemiologiczna chorób zakaźnych w Krakowie w okresie autonomii galicyjskiej (lata 60./70. XIX w. – do 1914 r.)*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2008/1; R. Kuzak, *Grypa hiszpanka w Polsce 1918–1920*, <https://wielkahistoria.pl/grypa-hiszpanka-w-polsce-1918-1920-liczba-ofiar-i-prawdziwy-obraz-epidemii/>; M. Szukała, *Epidemie na ziemiach polskich*, <https://naukawpolsce.pap.pl/aktualnosci/news%2C81227%2CEpidemie-na-ziemiach-polskich.html>.

cmentarzy cholerycznych i mogił zbiorowych. Dekret z 1919 r. zastąpiła ustawa z 25.07.1919 r. – Zwalczanie chorób zakaźnych oraz innych chorób, występujących nagminnie³⁵. Tymczasem pozostałe zagrożenia dla zdrowia publicznego, wiążące się np. z nadużywaniem, niską kulturą spożycia lub uzależnieniami od alkoholu, nikotyny, środków narkotycznych; konsumowaniem żywności zawierającej szkodliwe substancje, zanieczyszczeniem środowiska, stosunkowo długo postrzegane były przez ustawodawcę jedynie w kontekście zagrożenia dla życia i zdrowia jednostki lub interesów gospodarczych państwa.

Oczywiście uwagi natury historycznej nie mogą stanowić decydującego argumentu w dyskusji. Jak zauważa T. Sroka, w kontekście badania proporcjonalności zasad izolacji społecznej, ograniczania praw pacjenta i nakładania na personel medyczny obowiązku pracy, proste stosowanie mechanizmów prawnych, wykreowanych niemal sto lat temu, do zwalczania obecnej pandemii zdaje się nie brać pod uwagę znaczących przemian społecznych, rozwoju nauki i techniki, rozpoznania w systemie prawnym konieczności ochrony istotnych interesów jednostek³⁶. Należy jednak zauważyć, że we współczesnych systemach prawa, także w społeczeństwach nastawionych indywidualistycznie, nie jest niczym wyjątkowym sytuacja, w której prawa i wolności obywatela są ograniczane w oparciu o argument zdrowia publicznego, i to nawet wtedy, gdy reglamentacja nie spotyka się w momencie jej wprowadzania z powszechną akceptacją i zrozumieniem, ale raczej wymusza na społeczeństwie wytworzenie nowego wzorca zachowań. Można przykładowo wskazać zachodzący od kilkudziesięciu lat proces wprowadzania coraz bardziej restryktywnych regulacji i poszerzania pola penalizacji w sferze obrotu, podawania, promowania, reklamowania, sprzedaży, konsumenckiego używania w określonych przestrzeniach lub okolicznościach alkoholu lub wyrobów tytoniowych; wiele kontrowersji wzbudziła początkowo penalizacja prowadzenia samochodu bez zapiętych pasów bezpieczeństwa³⁷ lub nieużywania hełmu ochronnego przez kierującego motocyklem lub motorowerem; reglamentacja oraz penalizacja zachowań związanych ze stosowaniem niesprawdzonych, niebezpiecznych lub nieodpowiednich wyrobów medycznych, farmaceutycznych i kosmetycznych; reglamentacja związana z wytwarzaniem i wprowadzaniem do obrotu produktów żywnościowych (spożywczych) oraz innych produktów pochodzenia zwierzęcego zagrażających zdrowotności społeczeństwa; ograniczenia nakładane na obywateli w związku z koniecznością segregacji odpadów.

Nie inaczej wygląda proces stopniowego ograniczania swobód posiadaczy domowych kominków, pieców i palenisk. Zwiększenie się świadomości społecznej na temat konsekwencji wieloletniego wdychania smogu powoduje, że

³⁵ Ustawa z 25.07.1919 r. – Zwalczanie chorób zakaźnych oraz innych chorób, występujących nagminnie (Dz.U. nr 67 poz. 402 ze zm.).

³⁶ T. Sroka, *Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych oraz praw pacjenta w związku z wystąpieniem zagrożenia epidemicznego*, „Palestra” 2020/6, s. 84.

³⁷ Wyrok TK z 9.07.2009 r. (SK 48/05), OTK-A 2009/7, poz. 108.

prawodawca pomimo braku przekonania do wprowadzanych ograniczeń ze strony wielu indywidualnych użytkowników, a także trudnych uwarunkowań natury ekonomicznej, podejmuje próby wprowadzania przepisów ograniczających emisję szkodliwych substancji do atmosfery.

To właśnie przekonanie ustawodawcy o zagrożeniu dla zdrowia publicznego ze strony wszelkich substancji narkotycznych, bez względu na ich indywidualne właściwości i działanie na zdrowie konsumenta w aspekcie indywidualnym, zdeterminowało *de lege lata* niezwykle szeroki zakres reglamentacji i kryminalizacji. Oczywiście nie jest także wykluczone pojawienie się tendencji przeciwnej. Przykładowo dynamicznie postępujący w polskim społeczeństwie proces „oswajania kulturowego” niektórych narkotyków być może doprowadzi w nieodległej przyszłości do zweryfikowania oceny stopnia zagrożenia dla zdrowia publicznego i zmiany zakresu kryminalizacji zachowań konsumencjonalnych związanych z wybranymi środkami odurzającymi, zagrażającymi zdrowiu indywidualnego konsumenta nie bardziej od wyrobów alkoholowych.

Jak się wydaje, *ratio legis* ograniczeń wolności osobistych jednostki mających przeciwdziałać szerzeniu się chorób zakaźnych na etapie głębokiej prewencji można przyrównać do *ratio legis* przepisów karnych mających na celu ochronę zdrowia publicznego przed następstwami powszechnego używania tytoniu i wyrobów tytoniowych. Incydentalna konsumpcja tytoniu w miejscu niedozwolonym niesie dla indywidualnego konsumenta lub osoby narażonej na palenie bierne zagrożenia zbliżone do incydentalnego naruszenia zasad sanitarno-epidemiologicznych. Nawet długoletni nikotynizm nie degeneruje znacząco osobowości człowieka, nie ogranicza możliwości prawidłowego wypełniania ról społecznych. Nikotynizm w długoletniej perspektywie „jedynie” zwiększa prawdopodobieństwo wystąpienia ciężkich chorób zagrażających życiu. Przepisów wymierzonych w niezakłócony dostęp, dystrybucję, promocję i konsumpcję wyrobów tytoniowych, w szczególności w odniesieniu do konsumentów dorosłych, nie da się zatem uzasadnić ochroną zdrowia indywidualnych konsumentów. Czy można zatem twierdzić, że niczym niekępowane używanie, reklama, promowanie wyrobów tytoniowych jest wyborem dorosłego człowieka i współczesne państwo nie powinno ingerować w indywidualne decyzje odnoszące się do życia prywatnego tudzież wolności prowadzenia działalności gospodarczej? W przypadku nikotynizmu przybierającego w danym społeczeństwie postać zjawiska powszechnego ustawodawca zidentyfikował zagrożenie dla zdrowia publicznego, które nie przejawia się w zagrożeniu dla życia lub zdrowia konkretnych osób, np. narażonych na bezpośredni kontakt z osobą palącą wyroby tytoniowe w niedozwolonym miejscu (wówczas w razie pojawienia się realnego niebezpieczeństwa dla zdrowia w aspekcie indywidualnym należałoby rozważyć np. art. 165 k.k. lub art. 160 k.k.).

Rozważając, czy we współczesnym społeczeństwie ograniczenia praw jednostki na rzecz dobra ogółu mają jeszcze rację bytu, można zauważyć, że *de lege lata* przepisy ograniczające wolność konsumentów produktów tytoniowych

reglamentują tę formę spędzania czasu w sposób radykalnie bardziej istotny w porównaniu do niemal niczym niezakłócanej swobody, jaka miała miejsce jeszcze w II połowie XX w. Potrzebę objęcia prawną reglamentacją obrotu, sprzedaży detalicznej, reklamy, promocji, konsumenckiego używania tytoniu i produktów tytoniowych ustawą wskazującą za cel ochronę zdrowia publicznego dostrzeżono dopiero w latach dziewięćdziesiątych XX w. Zaowocowało to uchwaleniem ustawy z 9.11.1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych³⁸. Ustawa obowiązuje po dziś dzień z licznymi zmianami – w kierunku poszerzenia pola reglamentacji i penalizacji. Kolejne zmiany zawsze odbywają się kosztem wolności obywatelskich. Jednak skuteczna edukacja społeczna upowszechniająca wiedzę na temat efektów palenia wyrobów tytoniowych, w tym „biernego palenia”³⁹, spowodowała, że wytworzyła się atmosfera przyzwolenia społecznego na poszerzanie zakresu reglamentacji. Jak się wydaje, prawodawca, wprowadzając kolejne ograniczenia, musiał cieszyć się pewnym poparciem społecznym. Jednak inicjując coraz dalej idące ograniczenia, ustawodawca kierował się przede wszystkim opiniami ekspertów, aktywnie kształtował pewne postawy społeczne, inicjował zmianę kulturową, zamiast biernie oczekiwać, aż grupa najbardziej zacietrzewionych palaczy lub producentów i importerów wyrobów tytoniowych ochoczo zaaprobuje kolejne ograniczenia. Prawodawca doszedł bowiem do wniosku, że jeżeli istnieją dowody naukowe wskazujące, że nikotynizm, a także palenie bierne, w dłuższej perspektywie czasowej zwiększa prawdopodobieństwo wystąpienia ciężkich i śmiertelnych chorób, negatywnie wpływa na płodność, negatywnie wpływa na zdrowie ewentualnego potomstwa, to w sytuacji, w której problem używania tytoniu występuje w danym społeczeństwie masowo, w dalszej perspektywie nieuchronnie daje o sobie znać zagrażający zdrowiu publicznemu „efekt skali”. Innymi słowy, powszechne i długolet-

³⁸ Ustawa z 9.11.1995 r. o ochronie zdrowia przed następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (Dz.U. z 2021 r. poz. 276).

³⁹ Zob. np. J. Brazowski, M. Czerwionka-Szaflarska, *Bierne palenie tytoniu – niedoceniany problem w populacji wieku rozwojowego*, „Pediatria Polska” 2009/1, s. 70–75; J. Tkaczuk-Włach, D. Robak-Chołubek, G. Jakiel, *Niepłodność męska*, „Przegląd Menopauzalny” 2006/5, s. 333–338; F.F. Pasqualotto, A.M. Lucon, B.P. Sobreiro, E.B. Pasqualotto, S. Arap, *Effects of medical therapy, alcohol, smoking, and endocrine disruptors on male infertility*, „Revista do Hospital das Clinicas da Faculdade de Medicina da Universidade de Sao Paulo” 2004/6, s. 375–382; D. Sochaczewska, M. Czeszyńska, H. Konefał, B. Garanty-Bogacka, *Palenie czynne lub bierne w okresie ciąży a wybrane parametry morfologiczne i powikłania okresu noworodkowego*, „Ginekologia Polska” 2010/81, s. 687–692; E. Florek, A. Marszałek, W. Piekoszewski, *Występowanie narażenia na dym tytoniowy wśród kobiet w wieku prokreacyjnym*, „Ginekologia Praktyczna” 2001/9, s. 16–18, 20–21; E. Florek, W. Piekoszewski, *Ocena narażenia płodu, noworodka i dziecka na dym tytoniowy*, „Ginekologia Praktyczna” 2002/67, s. 10–14; K. Lassen, T. Oei, *Effects of maternal cigarette smoking during pregnancy on long-term physical and cognitive parameters of child development*, „Addictive Behaviors” 1998/23, s. 635–653; W. Hanke, W. Sobala, J. Kalinka, *Wpływ środowiskowej ekspozycji kobiet ciężarnych na dym tytoniowy na masę urodzeniową noworodka – badanie prospektywne z wykorzystaniem markerów ekspozycji*, „Ginekologia Polska” 2000/71, s. 833–836.

nie używanie wyrobów tytoniowych powoduje powszechne występowanie w społeczeństwie poważnych konsekwencji zdrowotnych, których można byłoby uniknąć, rezygnując z tytoniu⁴⁰. Masowe używanie produktów tytoniowych w miejscach ogólnodostępnych przez palaczy czynnych naraża także inne osoby na częste i intensywne palenie bierne i poważne konsekwencje zdrowotne. Duża liczba zachorowań na ciężkie choroby to duża liczba pacjentów wymagających długotrwałych, poważnych, kosztownych interwencji medycznych, obciążających system opieki zdrowotnej i finanse państwa, ograniczając dostęp do tej opieki osobom chorym na inne choroby; duża liczba osób przedwcześnie wykluczonych z powodu choroby z pracy zawodowej oraz pełnienia innych istotnych funkcji społecznych. Powszechne pojawienie się tego rodzaju zjawisk w danej populacji stanowi tym samym cios w niezakłócone funkcjonowanie społeczeństwa i „problem społeczny” – jakościowo inny niż tylko problem nieadekwatnych wyborów danego obywatela, który następnie sam dźwiga ich brzemień. Można postawić tezę, że gdyby obywatele zaczęli masowo uprawiać himalaizm zimowy, ustawodawca zapewne odniósłby się do tej kwestii odmiennie niż w przypadku, w którym ta piękna i zarazem ryzykowna rozrywka dotyczy jedynie garstki pasjonatów – właśnie z uwagi na pojawienie się zagrożenia dla zdrowia publicznego.

Zatem także współcześnie do rzadkości nie należą przypadki, w których prawodawca, pomimo głosów sprzeciwu, decyduje się na ograniczenie swobód obywatela na rzecz dobra ogółu i zamiast biernie czekać na szeroki konsensus społeczny w sprawie, w której fakty naukowe jednoznacznie wskazują rozwiązanie optymalne z perspektywy ochrony istotnych wartości społecznych, aktywnie inicjuje korzystne dla zdrowia publicznego zjawiska społeczne i przemiany kulturowe, uznając, że korzyści w zakresie ochrony zdrowia publicznego przeważają nad kosztami związanymi z ograniczeniem praw jednostki. Wspomniane powyżej przykłady pokazują, że także w społeczeństwach indywidualistycznych, stawiających wolność i autonomię jednostki na piedestale, istnieje szeroka akceptacja dla wprowadzania ograniczeń wolności jednostki, o ile tylko są one konieczne dla ochrony ważnych dla społeczeństwa wartości uniwersalnych i ograniczenia są racjonalnie powiązane z realizacją celu ochronnego. Oczywiście podejmowanie tego rodzaju decyzji może oznaczać utratę popularności i „koszty polityczne” w tej grupie społecznej, która nie jest przekonana do zmiany swych utartych obyczajów – tej jednak wartości Konstytucja nie nakazuje kłaść na szali, gdy chodzi o potrzebę ochrony istotnych wartości społecznych. Natomiast skuteczne działania mające wyeliminować zagrożenia dla dóbr indywidualnych (w tym życia i zdrowia poszcze-

⁴⁰ Np. ustawa z 1.06.1922 r. o monopolu tytoniowym (Dz.U. nr 47 poz. 409 ze zm.); ustawa z 18.03.1932 r. o utworzeniu państwowego przedsiębiorstwa „Polski Monopol Tytoniowy” (Dz.U. nr 26 poz. 240 ze zm.); rozporządzenie Ministra Skarbu z 19.07.1932 r. o uprawie tytoniu (Dz.U. nr 67 poz. 623 ze zm.); rozporządzenie Ministra Skarbu z 21.07.1927 r. w sprawie uznania nasienia rośliny tytoniowej za surowiec tytoniowy (Dz.U. nr 70 poz. 618).

gólnych obywateli) oraz dóbr ogólnych wynikające z szerzenia się zakażeń i chorób zakaźnych stanowią zgodnie z art. 68 ust. 4 Konstytucji RP obowiązek władz publicznych

Niewątpliwie dobra uniwersalne sprzyjają legitymizowaniu procesu rozszerzania zakresu penalizacji kosztem wolności jednostki. Zarzut ten w pełnej rozciągłości można odnieść do zdrowia publicznego jako przedmiotu ochrony. Im dalej idzie wspomagana prawem prewencja w zakresie ochrony zdrowia publicznego, tym poważniej ograniczane są swobody obywatelskie. Uwagi te nie przekreślają jednak konieczności opracowania i wdrożenia strategii ochrony zdrowia publicznego adekwatnej do stanu zagrożenia, czyli takiej, która spełnia standard racjonalności instrumentalnej, a nie przejawia się w deklaracjach i fasadowych działaniach.

ABSTRACT

dr Ewa Plebanek

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), an assistant professor at the Institute of Law of the Cracow University of Economics.

Some remarks concerning the obligation of preventive vaccination and penalizing violations of sanitary and anti-epidemic regulations

The article discusses the matter of preventive COVID-19 vaccinations and safety regulations during COVID-19 pandemic considered as an important element to ensure the health security of vaccinated persons as well as the entire population. Vaccination coverage levels are essential for improving public health but the issue of mandatory vaccinations has been a controversial one for a long time. Protection of individual and collective interests requires proper balancing. Preventing an epidemic requires limiting the protection of individual interests. The article deals with the question of how the principle of proportionality should apply to the introduction of limitations of constitutional rights and freedoms. This principle has a significant impact on the establishment of the permissible and acceptable grounds for limitations of constitutional rights and freedoms.

Keywords: *epidemic, COVID-19, protection of health and safety, vaccination, vaccine, proportionality principle, freedom, medical law (public health law), public health, preventive vaccination*

dr Ewa Plebanek

ORCID: 0000-0002-1266-2584; e-mail: plebanee@uek.krakow.pl

Autorka jest adwokatem (Izba Adwokacka w Krakowie), adiunktem w Katedrze Prawa Karnego Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Banasik Katarzyna, *Przestępstwo narażenia na zarażenie wirusem HIV (art. 161 § 1 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2009/6, s. 60

Berner Włodzimierz, *Stan sanitarny, ochrona zdrowia i sytuacja epidemiologiczna chorób zakaźnych w Krakowie w okresie autonomii galicyjskiej (lata 60./70. XIX w. – do 1914 r.)*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2008/1

Brazowski Jerzy, **Czerwionka-Szaflarska Mieczysława**, *Bierne palenie tytoniu – niedoceniany problem w populacji wieku rozwojowego*, „Pediatrya Polska” 2009/1, s. 70–75

Czeszyńska Maria Beata, **Garanty-Bogacka Barbara**, **Konefał Halina**, **Sochaczewska Diana**, *Palenie czynne lub bierne w okresie ciąży a wybrane parametry morfologiczne i powikłania okresu noworodkowego*, „Ginekologia Polska” 2010/81, s. 687–692

Ehreth Jenifer, *The global value of vaccination*, „Vaccine” 2003/7–8, s. 596–600

Florek Ewa, **Marszałek Andrzej**, **Piekoszewski Wojciech**, *Występowanie narażenia na dym tytoniowy wśród kobiet w wieku prokreacyjnym*, „Ginekologia Praktyczna” 2001/9, s. 16

Florek Ewa, **Piekoszewski Wojciech**, *Ocena narażenia płodu, noworodka i dziecka na dym tytoniowy*, „Ginekologia Praktyczna” 2002/67, s. 10–14

Gardocki Lech, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990

Garlicki Lech, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001/10, s. 15

Garlicki Lech, **Wojtyczek Krzysztof** (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Zubik, Warszawa 2016, t. 2, komentarz do art. 31

Giezek Jacek, *Ryzykowne zachowanie dysponenta naruszonego dobra prawnego (w:) System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017, t. 3

Gołąbek Violetta, **Woźniakowska-Gęsicka Teresa**, *Świnka – wpływ szczepień na sytuację epidemiologiczną*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2008/3, s. 613–621

- Grabowski Krzysztof**, *O pewnych cechach szczególnych przestępstw narkotykowych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014/2, s. 109
- Grotowska Katarzyna, Kobyliński Konrad**, *Analiza argumentu zdrowia publicznego w dyskusji nad legalizacją miękkich narkotyków*, red. T. Bekrycht, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica” 2016/76, s. 63–76
- Gruszecka Dagmara**, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012
- Hanke Wojciech, Kalinka Jarosław, Sobala Wojciech**, *Wpływ środowiskowej ekspozycji kobiet ciężarnych na dym tytoniowy na masę urodzeniową noworodka – badanie prospektywne z wykorzystaniem markerów ekspozycji*, „Ginekologia Polska” 2000/71, s. 833–836
- Hryniewicz Elżbieta**, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym na gruncie prawa karnego (w:) Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012
- Hussein Inaya Hajj, Chams Nour, Chams Sana, El Sayegh Skye, Badran Reina, Raad Mohamad, Gerges-Geagea Alice, Leone Angelo, Jurjus Abdo**, *Vaccines Through Centuries: Major Cornerstones of Global Health*, „Frontiers in Public Health” 2015/3, s. 269
- Janaszek Wiesława**, *Perspektywy eliminacji trądu w świecie. Szczepienia ochronne a leczenie etiotropowe*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2002/4, s. 577–586
- Janaszek Wiesława**, *Wpływ szczepień ochronnych na sytuację epidemiologiczną odry w Polsce*, „Przegląd Epidemiologiczny” 1998/4, s. 413–425
- Jezusek Andrzej**, *Przeciwdziałanie narkomanii; prawo do decydowania o ochronie własnego życia i zdrowia (konopie). Glosa do wyroku TK z 4.11.2014 r. (SK 55/13)*, „Przegląd Sądowy” 2015/11–12, s. 194–204
- Krajewski Krzysztof**, *Wprowadzenie (w:) Sens i bezsens prohibicji. Prawo karne wobec narkotyków i narkomanii*, Kraków 2001
- Królikowski Michał (w:)** *Ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi. Komentarz*, red. L. Bosek, Warszawa 2020, Legalis/el., komentarz do art. 50
- Kuzak Rafał**, *Epidemie cholery w XIX wiecznej Polsce*, <https://wielkahistoria.pl/epidemie-cholery-w-xix-wiecznej-polsce-zapomniana-choroba-zabila-setki-tysiecy-ludzi/> (dostęp: 26.07.2022 r.)
- Kuzak Rafał**, *Grypa hiszpanka w Polsce 1918–1920*, <https://wielkahistoria.pl/grypa-hiszpanka-w-polsce-1918-1920-liczba-ofiar-i-prawdziwy-obraz-epidemii/> (dostęp: 26.07.2022 r.)
- Lassen Kerrin, Oei Tian**, *Effects of maternal cigarette smoking during pregnancy on long-term physical and cognitive parameters of child development*, „Addictive Behaviors” 1998/23, s. 635–653

- Łukuc Patrycja**, *Przestępstwo narażenia innej osoby na zakażenie*, „Państwo i Prawo” 2018/4, s. 79–80
- Makówka Agata, Gut Włodzimierz, Litwińska Bogumiła**, *Podstawy programu eliminacji odry na świecie i w Polsce*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2007/1, s. 135–142
- Michałowska Kinga**, *Różnicowanie a dyskryminacja – status prawny osób szczepionych i nieszczepionych na COVID-19*, „Przegląd Sądowy” 2021/4, s. 38–56
- Pasqualotto Fábio Firmbach, Lucon Antônio Marmo, Sobreiro Bernardo Passos, Pasqualotto Eleonora, Bedin, Arap Sami**, *Effects of medical therapy, alcohol, smoking, and endocrine disruptors on male infertility*, „Revista do Hospital das Clinicas da Faculdade de Medicina da Universidade de Sao Paulo” 2004/6, s. 375–382
- Rybak-Starczak Agnieszka**, *Glosa do postanowienia SN z 28.09.2006 r. (I KZP 19/06)*, „Palestra” 2007/11–12, s. 300–307
- Rybak-Starczak Agnieszka**, *Glosa do uchwały SN z 27.10.2005 r. (I KZP 32/05)*, „Palestra” 2006/7–8, s. 339
- Seroka Danuta**, *Epidemiologiczna analiza skuteczności szczepień przeciw wściekliźnie wykonanych w Polsce w latach 1986–1997*, „Przegląd Epidemiologiczny” 1998/4, s. 379–388
- Sroka Tomasz**, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013
- Sroka Tomasz**, *Ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych oraz praw pacjenta w związku z wystąpieniem zagrożenia epidemicznego*, „Palestra” 2020/6, s. 84
- System prawa karnego*, red. M. Bojarski, Warszawa 2017, t. 11
- Szukała Maciej**, *Epidemie na ziemiach polskich*, <https://naukawpolsce.pap.pl/aktualnosci/news%2C81227%2CEpidemie-na-ziemiach-polskich.html> (dostęp: 26.07.2022 r.)
- Śliwiński Stanisław**, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946
- Tarapata Szymon**, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016
- Tkaczuk-Włach Joanna, Robak-Chotubek Dorota, Jakiel Grzegorz**, *Niepłodność męska*, „Przegląd Menopauzalny” 2006/5, s. 333–338
- Tomczyk Ryszard**, *Zagrożenia epidemiologiczne na terenie austriackiej części monarchii habsburskiej w XIX w. (do 1914 r.). Aspekty prawne i administracyjne*, „Galicja. Studia i Materiały” 2015/1, s. 99–113
- Tyszkiewicz Leon** (w:): *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Bojarski, M. Filar, Warszawa 2008, s. 630

- Więckowska Elżbieta**, *Szczepienia ochronne w zapobieganiu zachorowaniom na ostre choroby zakaźne w Polsce w latach 1918–1923*, „Przegląd Epidemiologiczny” 1999/3–4, s. 395–401
- Wojtyczek Krzysztof**, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 166–167
- Wojtyczek Krzysztof**, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999/2 s. 40–46
- Wolter Władysław**, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, Kraków 1933
- Zajac Dominik**, *Komentarz do wybranych przepisów ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (w:) Przestępstwa narkotykowe i dopalacze. Komentarz*, red. M. Małecki, D. Zajac, W. Zontek, Kraków 2019
- Zajac Dominik**, *Zgoda dzierżyciela dobra prawnego na zachowanie ryzykowne jako okoliczność wpływająca na zakres odpowiedzialności karnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018/2, s. 89–120
- Zieliński Andrzej, Czarkowski Mirosław**, *Uzasadnienie stosowania szczepień przeciwko ospie wietrznej*, „Przegląd Epidemiologiczny” 2005/4, s. 795–805

Pojęcia kluczowe: kontrola operacyjna, postępowanie karne, dowody, proces karny, zakazy dowodowe

Polemiki

Tomasz Łodziana

KONTROLA OPERACYJNA ORAZ UŻYCIE SYSTEMU PEGASUS W POLSCE – POLEMIKA

Niniejszy artykuł stanowi polemikę z wybranymi тезami wskazanymi w artykule Magdaleny Matusiak-Frącczak pod tytułem *Kontrola operacyjna oraz użycie systemu Pegasus w Polsce*, zamieszczonym na łamach miesięcznika „Palestra” 2022/7–8¹.

Kontrola operacyjna, jako jedna z metod taktyki i techniki kryminalistycznej, ostatnimi czasy przeżywa swoisty „renesans”, jeżeli chodzi o jej popularność, głównie na łamach mediów masowych, w tym literatury niefachowej².

Naturalną konsekwencją powyższych zjawisk jest to, że kontrola operacyjna stała się również przedmiotem wtórnej refleksji w środowisku prawniczym, czego dowodem jest m.in. wymieniony w tytule artykuł Pani mecenas Magdaleny Matusiak-Frącczak.

Kontrola operacyjna jest jedną z metod stosowanych w toku realizowanych czynności operacyjno-rozpoznawczych. Czynności te są zastrzeżone do wyłącznej kompetencji tych organów, którym przepisy rangi ustawowej przyznały uprawnienie do jej stosowania³.

¹ M. Matusiak-Frącczak, *Kontrola operacyjna oraz użycie systemu Pegasus w Polsce*, „Palestra” 2022/7–8, s. 8.

² Śledząc nagłówki prasowe oraz treść niektórych programów telewizyjnych, nie sposób nie zauważyć, że we wspomnianej sferze została wykreowana pewnego rodzaju histeria ocierająca się o groteskę.

³ Formuła niniejszego artykułu nie stanowi podstawy do tego, aby powielając innych autorów, po raz któryś wymieniać wszystkie organy uprawnione do stosowania tej metody.

W tym miejscu wystarczające, w mojej ocenie, jest przybliżenie (na przykładzie art. 19 ustawy o Policji⁴) tego, na czym kontrola operacyjna polega.

Stosownie do art. 19 ust. 6 ustawy o Policji kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na:

- 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych;
- 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne;
- 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej;
- 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych;
- 5) uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek.

Treść tego przepisu należy – co oczywiste – poddać swoistemu testowi w zakresie czynienia zadość wzorcowi konstytucyjnemu w zakresie ingerencji w prawa i wolności obywatelskie.

Stosownie do treści art. 49 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁵ zapewnia się wolność i ochronę tajemnicy komunikowania się. Ich ograniczenie może nastąpić jedynie w przypadkach określonych w ustawie i w sposób w niej określony.

Ten wzorzec konstytucyjny dopuszcza ingerencję w tajemnicę komunikowania się, określając jednocześnie dwa warunki konieczne.

Pierwszym z warunków jest ustanowienie zasady, w myśl której jakiejkolwiek ograniczenie przywołanej wolności obywatelskiej musi mieć oparcie w przepisach prawa rangi ustawowej. W tym też zakresie ustawa o Policji (a także inne ustawy przyznające uprawnienia danym instytucjom do stosowania kontroli operacyjnej) wyczerpuje ten konstytucyjny warunek.

Drugim z warunków jest to, aby w ustawie (ustawach) wskazać sposoby ograniczania tajemnicy komunikowania się. Takim sposobem jest właśnie omawiana kontrola operacyjna.

Ustawodawca (na przykładzie ustawy o Policji, przy czym w pozostałych ustawach kompetencyjnych regulacja jest tożsama) poszedł, jak się wydaje, nieco dalej, aniżeli wymaga „minimum konstytucyjne”. Ustawodawca zdecydował się na wskazanie nie tylko tego, że możliwe jest stosowanie kontroli operacyjnej (jako sposobu ingerowania w tajemnicę komunikowania się), ale również tego, aby wymienić, w jaki sposób kontrola operacyjna może być realizowana.

W kontekście artykułu, poświęconego – w głównej mierze – domniemanemu „systemowi Pegasus”, Pani mecenas w sposób oczywisty zawęży niniejszą polemikę do tego zagadnienia.

⁴ Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2021 r. poz. 1882), dalej ustawa o Policji.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

W mojej ocenie należałoby, po pierwsze, dokonać usystematyzowania pojęć. W przywołanym artykule Pani mecenas zdaje się – w pewnym sensie – stawiać znak równości pomiędzy kontrolą operacyjną a czynnościami, o których mowa w art. 237 i n. Kodeksu postępowania karnego⁶.

Świadczy o tym zdanie, zgodnie z którym „osoba, której dotyczy kontrola operacyjna, jest informowana o tym, że była ona wobec niej stosowana. Jednakże ogłoszenie postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych tej osobie może być odroczone na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy (art. 239 k.p.k.)”⁷.

Autorka słusznie wskazała uprawnienia, które przysługują osobie objętej czynnościami polegającymi na procesowej kontroli i utrwalaniu rozmów, przy czym autorce umknęła różnica pomiędzy statusem osoby objętej czynnością „procesowej kontroli i utrwalania rozmów” – czyli środka dowodowego *expressis verbis* określonego w Kodeksie postępowania karnego – od kontroli operacyjnej, która – ze swej istoty – jest czynnością pozaprocesową. W tym ostatnim przypadku ustawy kompetencyjne nie przewidują uprawnienia osoby objętej kontrolą operacyjną do tego, aby uzyskać informację, że wobec tej osoby była stosowana ta forma kontroli.

W dalszej treści artykułu autorka wskazuje – jak należy mniemać – w sferze zarządzania kontroli operacyjnej, że sąd (jako organ uprawniony do zarządzania kontroli operacyjnej) „nie otrzymuje informacji o statusie zawodowym obiektu kontroli, może więc wydać zgodę na utrwalanie rozmów adwokata, nie mając świadomości, że w grę wchodzi pozyskiwanie i utrwalanie komunikacji podlegającej szczególnej ochronie”⁸.

Teza ta jest co najmniej wątpliwa. Zarządzanie kontroli operacyjnej opiera się na sformalizowanym procesie, którego elementem jest opracowanie wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej.

Elementy konstrukcyjne wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej określa art. 19 ust. 7 ustawy o Policji. Wniosek ten powinien zawierać:

- 1) numer sprawy i jej kryptonim, jeżeli został jej nadany;
- 2) opis przestępstwa z podaniem, w miarę możliwości, jego kwalifikacji prawnej;
- 3) okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków;
- 4) dane osoby lub inne dane, pozwalające na jednoznaczne określenie podmiotu lub przedmiotu, wobec którego stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania;
- 5) cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej, o której mowa w ust. 6.

Zgodnie zatem z treścią art. 19 ust. 7 ustawy o Policji stosowny wniosek musi

⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 534), dalej k.p.k.

⁷ M. Matusiak-Frącczak, *Kontrola operacyjna...*, s. 14.

⁸ M. Matusiak-Frącczak, *Kontrola operacyjna...*, s. 15.

identyfikować osobę, wobec której ma być stosowana kontrola operacyjna, i to w sposób pozwalający na jej jednoznaczne określenie (modelowo zatem powinien zawierać imię, nazwisko, nr PESEL).

Dane osoby, która ma być objęta kontrolą operacyjną, to tylko jeden z elementów wniosku. Nie bez znaczenia pozostaje kwalifikacja prawna czynu, która ze swej istoty może wskazywać – chociażby pośrednio – na to, jaką rolę dana osoba – zgodnie z ustaleniami organu – odgrywa w określonym procederze⁹. Innymi słowy, konieczność wskazania kwalifikacji prawnej, w korelacji z danymi osoby, która zostałaby wymieniona we wniosku o zarządzanie kontroli operacyjnej, stanowi narrację, która w znacznym stopniu pozwala na zidentyfikowanie tego, czy osoba wymieniona we wniosku jest osobą, której zawodowy status wiąże się z przetwarzaniem określonych tajemnic, w tym tajemnicy adwokackiej, radcowskiej czy wręcz obrończej.

Myliłby się ten, który uznałby, że konstrukcja wniosku o zarządzanie kontroli operacyjnej nie zawiera dalej idących środków pozwalających sądowi na dokonanie oceny w przedmiocie zasadności zastosowania tejże instytucji. Stosownie bowiem do treści art. 19 ust. 1a ustawy o Policji wniosek o zarządzanie kontroli operacyjnej przedkładany jest wraz z materiałami uzasadniającymi potrzebę stosowania kontroli operacyjnej. Przepis ten zatem nakazuje przedłożenie przez organ wnioskujący takich materiałów, po lekturze których wszystkie organy uczestniczące w procedurze zarządzania kontroli operacyjnej (a więc również i sąd) będą w stanie dokonać formalnej i merytorycznej oceny tak w zakresie występowania przesłanek formalnych, jak i materialnych dopuszczalności zastosowania omawianej metody.

Nie jest zatem realne to, na co powołuje się autorka w dalszej treści opracowania, że wniosek o zastosowanie kontroli operacyjnej mógłby zostać w jakikolwiek sposób „zanonimizowany”, tj. – zdaniem autorki – ograniczony do wskazania kryptonimu sprawy i numeru telefonu. Brak bowiem elementów konstrukcyjnych wniosku powodowałby negatywną decyzję sądu w przedmiocie zarządzania kontroli operacyjnej, o ile wcześniej braku zgody na wystąpienie do sądu z omawianym wnioskiem nie wydałby właściwy prokurator (uczestniczący przecież w procesie zarządzania tej czynności).

Hipotetycznie można przyznać rację autorce co do tego, że „niektórzy funkcjonariusze publiczni mogą nadużywać uprawnień”¹⁰, co – w świetle treści artykułu autorki – miałyby się sprowadzać do oparcia wniosku o zarządzanie kontroli operacyjnej na nieprawdziwych informacjach oraz „sprokurowanych dowodach”. Problem jednak w tym, że w świetle obecnie obowiązujących standardów zarządzania kontroli operacyjnej byłoby działaniem obciążonym (dla tychże funkcjonariuszy) wysokim ryzykiem

⁹ Przykładem może być wskazanie osoby wraz z kwalifikacją prawną czynu wskazującą na powoływanie się, w zamian za korzyść majątkową, na wpływy np. w organach postępowania karnego oraz podjęcie się pośrednictwa w „pomyślnym załatwieniu sprawy karnej”.

¹⁰ M. Matusiak-Frączczak, *Kontrola operacyjna...*, s. 19.

prawnym. Opracowanie wniosku (wraz z materiałami uzasadniającymi stosowanie kontroli operacyjnej), który opierałby się nie na mających pokrycie w faktach ustaleniach, lecz na „wymysłach” funkcjonariuszy, narażałoby tych funkcjonariuszy na odpowiedzialność karną, zarówno w kontekście przekroczenia przez nich uprawnień, jak i wyłudzenia poświadczenia nieprawdy w dokumencie mającym znaczenie prawne. W kontekście ewentualnego wykorzystania materiałów zgromadzonych w toku stosowanej kontroli operacyjnej (zarządzonej w oparciu o „wymyślane ustalenia”) wiązałoby się z koniecznością ujawnienia tego materiału w toku postępowania karnego, a co za tym idzie, stanowiłoby podstawę (po zapoznaniu się podejrzanego z aktami postępowania) do podjęcia działań skierowanych przeciwko tym funkcjonariuszom.

Trudną do wyobrażenia sobie jest sytuacja, w której funkcjonariusz (np. Policji) – mając na uwadze obecnie obowiązujące standardy w zakresie zarządzania kontroli operacyjnej – podjąłby tak daleko idące ryzyko prawne.

Oczywiście takiej sytuacji nie można, *a priori*, wykluczyć. I rzeczą jasną jest to, że tego typu działania byłoby rzeczą naganną, wręcz godną kary.

Nie zmienia to jednak faktu, że tego typu sytuacje należy traktować marginalnie, a w razie wystąpienia podejrzenia takiego zdarzenia powinno ono zostać poddane ocenie karnoprocesowej w ramach odrębnego postępowania karnego.

W treści artykułu Pani mecenas podniesiona została kwestia kontroli operacyjnej w świetle tajemnicy adwokackiej.

Tajemnica adwokacja jest tą kategorią tajemnic zawodowych, która ma charakter względny (por. art. 180 § 2 k.p.k.). W kontekście kontroli operacyjnej wskazać należy, że możliwość wykorzystania materiału dowodowego objętego tą formą tajemnicy w postępowaniu karnym jest uwarunkowana uzyskaniem stosownej zgody sądu, o czym wprost stanowi art. 19 ust. 15g ustawy o Policji.

To, na co także należy zwrócić uwagę, to kwestia pozyskania, w toku stosowania kontroli operacyjnej, informacji, na które rozciągałaby się tajemnica obrończa. Stosownie do treści art. 178 pkt 1 k.p.k. nie wolno przesłuchiwać jako świadków obrońcy albo adwokata lub radcy prawnego działającego na podstawie art. 245 § 1, co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Przepis ten statuuje jeden z bezwzględnych zakazów dowodowych. Co prawda przepis ten odnosi się do zakazu dowodowego w zakresie środka dowodowego, jakim jest przesłuchanie (obrońcy), to – systemowo – jego dopełnienie stanowi art. 19 ust. 15f ustawy o Policji nakazujący niezwłoczne, protokolarne i komisyjne zniszczenie tego typu materiałów uzyskanych w toku stosowania kontroli operacyjnej.

Hipotetycznie – gdyby uprawniony do stosowania kontroli operacyjnej organ zaniechał przywołanych działań¹¹ i taki materiał – ostatecznie – zostałby włą-

¹¹ Co w kontekście treści art. 231 § 1 k.k. wydaje się być mało realne.

czony w poczet materiału dowodowego, w oparciu o który został skierowany akt oskarżenia, to na etapie postępowania sądowego wnioszek o przeprowadzenie takiego dowodu powinien zostać oddalony z uwagi na treść art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. W przypadku oparcia wyroku (skazującego) sądu pierwszej instancji m.in. na takim materiale dowodowym oskarżony mógłby skutecznie podnieść zarzut apelacyjny z art. 438 pkt 2 k.p.k. (obraza przepisów postępowania, jeżeli mogła ona mieć wpływ na treść orzeczenia).

Reasumując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że problematyka stosowania kontroli operacyjnej – zwłaszcza w świetle narracji towarzyszącej jej stosowaniu przez nieprofesjonalistów – jest przedmiotem szerszej dyskusji.

Wielką szkodą dla tej instytucji (a sądzę, że i dla dobra wymiaru sprawiedliwości) jest jej demonizowanie, głównie przez pryzmat domysłów i hipotez (przeważnie przez osoby, które nie legitymują się wykształceniem i doświadczeniem prawniczym), a nie empirycznych badań, polegających chociażby na lekturze jednej sprawy, w której materiały z kontroli operacyjnej stanowiłyby materiał dowodowy, w oparciu o który zostałyby wydane (jakikolwiek) orzeczenie.

Swego rodzaju powszechne obrzydzanie kontroli operacyjnej może przynieść jedynie taki skutek, że brak społecznej akceptacji stosowania tej formy gromadzenia dowodów doprowadzić może do sytuacji, że w bliżej nieokreślonej przyszłości czynności te zostałyby wyrugowane z polskiego porządku prawnego.

Wówczas należałoby sobie zadać pytanie, za pomocą jakich innych metod uprawnione (i obowiązane) organy państwa miałyby dbać o bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne, i w jaki to inny sposób następowałoby zbieranie dowodów popełnienia najbardziej szkodliwych społecznie czynów zabronionych, takich jak czyny związane ze zdarzeniami terrorystycznymi, funkcjonowaniem zorganizowanych grup przestępczych czy czyny korupcyjne.

Wydaje się, że pierwszą linią obrony przed tak dystopijną wizją przyszłości powinna być fachowa literatura prawnicza, dająca odpór populistycznym nurtom kreowanym przez media, a już z pewnością sprowadzająca dyskusję o kontroli operacyjnej do dyskusji merytorycznej, pozbawionej zabarwienia politycznego, światopoglądowego czy wszelkich przyczynkarskich pobudek, których niekiedy nie sposób nie dostrzec, nawet na łamach literatury fachowej.

ABSTRACT

Tomasz Łodziana

The author is a court expert in the field of legal protection of trade secrets and an author of publications from the area of investigative and intelligence operations.

**Operational surveillance and the use of Pegasus system in Poland.
A polemic**

This article is a polemic with selected statements contained in the article by Magdalena Matusiak-Frącczak titled Surveillance and the use of the Pegasus system in Poland, featured in Palestra No. 2022/7–8.

Keywords: *operational surveillance, criminal proceedings, evidence, criminal procedure, exclusionary rules*

Tomasz Łodziana

ORCID: 0000-0002-4402-3840; e-mail: tomasz.lodziana@gmail.com

Autor jest biegłym sądowym w dziedzinie prawnej ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, autorem publikacji z zakresu m.in. czynności operacyjno-rozpoznawczych.

Pojęcia kluczowe:

przedawnienie, konsument, przedsiębiorca, umowa ugody, pierwotny stosunek prawny, hipoteka przymusowa, księgi wieczyste, skarga pauliańska, pierwszeństwo, zachówek, zapis zwykły, polecenie testamentowe, bezpodstawne wzbogacenie, prawo do wizerunku, odszkodowanie, dyspozycja wkładem na wypadek śmierci, zapis bankowy, spadek, rejestracja zmiany umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

Najnowsze orzecznictwo

*Tomasz P. Antoszek, Tomasz Henclewski, Karol Szadkowski,
Mariusz Zelek
redakcja naukowa Jerzy Pisuliński*

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH CYWILNYCH

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych składa się z dwóch części.

W części pierwszej zostały krótko omówione cztery orzeczenia Sądu Najwyższego. Pierwsze z nich dotyczy momentu zakończenia biegu terminu przedawnienia roszczenia przedsiębiorcy przeciwko konsumentowi w rozumieniu art. 118 zdanie drugie k.c. W szczególności odpowiada ono na pytanie, czy taki termin kończy się z końcem roku kalendarzowego, czy też z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiadał początkowemu dniowi terminu. Orzeczenie drugie dotyczy problematyki zbiegu roszczeń wierzyciela pauliańskiego z art. 527 k.c. z roszczeniami wierzyciela hipotecznego osoby trzeciej. Trzecie orzeczenie dotyczy problematyki dopuszczalności zaliczenia kwoty uzyskanej przez spadkobiercę na mocy tzw. zapisu bankowego (dyspozycji wkładem na wypadek śmierci – art. 56 ust. 1 ustawy – Prawo bankowe) na schedę spadkową w rozumieniu art. 1039 § 1 k.c. Czwarte orzeczenie porusza problematykę skutków uchybienia terminowi sześciomiesięcznemu zastrzeżonemu dla zgłoszenia wniosku o zarejestrowanie zmian umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

W drugiej części przeglądu zostały zamieszczone szersze komentarze do czterech orzeczeń Sądu Najwyższego. Pierwsze z nich obejmuje swoim za-

kresem kwestię dopuszczalności zawarcia umowy ugody (art. 917 k.c.) w sytuacji sporu odnośnie do istnienia stosunku prawnego, w tym zagadnienia kwestionowania przez stronę jej ważności z powołaniem się na nieistnienie pierwotnego stosunku prawnego. Orzeczenie drugie dotyczy dopuszczalności i warunków formalnych, jakie musi spełniać wniosek prokuratora o wpis hipoteki przymusowej w księdze wieczystej. Trzecie orzeczenie poświęcone jest problemowi zakresu odpowiedzialności uprawnionego do zachowku za zapisy zwykle i polecenia. Czwarte orzeczenie dotyczy zagadnienia dopuszczalności formułowania roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia w razie rozpowszechniania wizerunku osoby fizycznej bez jej zgody.

1. BIEŻĄCE ORZECZNICTWO SĄDU NAJWYŻSZEGO

1.1. KONIEC TRZYLETNIEGO TERMINU PRZEDAWNIEŃA ROSZCZENIA PRZEDSIĘBIORCY PRZECIWKO KONSUMENTOWI

Uchwała Sądu Najwyższego z 13.05.2022 r. (III CZP 46/22)¹

Trzyletni termin przedawnienia roszczenia przedsiębiorcy przeciwko konsumentowi, który rozpoczął bieg i nie upłynął przed dniem wejścia w życie ustawy z 13.04.2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1104), kończy się ostatniego dnia roku kalendarzowego (art. 118 zdanie drugie k.c.² w związku z art. 5 ust. 1 powołanej ustawy).

W analizowanej uchwale³ Sąd Najwyższy rozstrzygnął przedstawione mu przez Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej⁴ zagadnienie prawne dotyczące określenia momentu zakończenia trzyletniego terminu przedawnienia roszczenia przedsiębiorcy przeciwko konsumentowi w kontekście wejścia w życie ustawy z 13.04.2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1104)⁵. Zgodnie z nowelizacją art. 118 zd. 2 k.c., która weszła w życie 9.07.2018 r., koniec terminu przedawnienia przypada na ostatni dzień roku kalendarzowego, chyba że termin przedawnienia jest krótszy niż dwa lata. W stanie prawnym sprzed 9.07.2018 r. nie istniał przepis, który w szczególny sposób regulowałby kwestię momentu zakończenia biegu terminu przedawnienia, w związku z czym stosować należało przepisy dotyczące terminów. Zatem

¹ Uchwała SN z 13.05.2022 r. (III CZP 46/22), „Biuletyn SN” 2022/5, s. 6; Legalis nr 2691269.

² Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360), dalej k.c.

³ Do uchwały nie sporządzono na dzień publikacji niniejszego artykułu uzasadnienia.

⁴ Postanowienie Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z 9.03.2021 r. (II Ca 1050/20), Legalis nr 2553625.

⁵ Ustawa z 13.04.2018 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1104), dalej ustawa nowelizująca.

zgodnie z art. 112 k.c. roszczenie ulegało przedawnieniu z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiadał początkowemu dniowi terminu⁶.

W omawianej sprawie sąd okręgowy – badając kwestię przedawnienia z urzędu w zw. z art. 117 § 2¹ k.c. – wyróżnił dwa rodzaje roszczeń (dyskusyjnie co do ustalonego przez sąd ich zakresu, choć nie to jest przedmiotem omówienia):

1) co do umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, co do których terminy zapłaty przypadały na różne miesiące w 2016 r. i trafnie sąd przyjął trzyletni termin ich przedawnienia (roszczenia związane z prowadzeniem działalności gospodarczej);

2) w zakresie umowy sprzedaży urządzenia na raty termin zapłaty wszystkich rat wyznaczono na dzień 19.05.2016 r. (z uwagi na postawienie całej wierzytelności w stan wymagalności na gruncie art. 586 k.c.), gdy termin przedawnienia wynosił 2 lata (art. 554 k.c.).

Sąd stanął zatem przed pytaniem, czy koniec terminu przedawnienia roszczeń przedsiębiorcy względem konsumenta powstałych przed dniem wejścia w życie nowelizacji art. 118 zd. 2 k.c. i w tym dniu jeszcze nieprzedawnionych (*ad casum* – roszczenie z trzyletnim terminem przedawnienia) przypada na koniec roku kalendarzowego (zgodnie ze znowelizowanym art. 118 zd. 2 k.c.), czy też z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiadał początkowemu dniowi terminu biegu przedawnienia.

Sąd Najwyższy trafnie uznał, że trzyletni termin przedawnienia roszczenia przedsiębiorcy przeciwko konsumentowi, który rozpoczął bieg i nie upłynął przed 9.07.2018 r., kończy się ostatniego dnia roku kalendarzowego. Na tym etapie, przy aktualnym braku uzasadnienia uchwały, można jedynie wskazać, co mogłoby stanowić podstawę argumentacji sądu.

Nie ulega wątpliwości, że norma wynikająca z tego przepisu obejmuje swoim zakresem jedynie terminy przedawnienia, które są równe lub dłuższe niż dwa lata⁷. Natomiast spory w doktrynie dotyczą m.in. tego, czy norma wynikająca z art. 118 zd. 2 k.c. obejmuje swoim zakresem jedynie terminy ogólne wskazane w zd. 1 art. 118 k.c., czy też również szczególne terminy przedawnienia⁸, oraz czy art. 5 ust. 2 zd. 1 ustawy nowelizującej dotyczy także terminu, który jeszcze nie rozpoczął biegu przed chwilą wejścia w życie tejże ustawy⁹, przy czym podkreśla się, że przepis ten dotyczy skrócenia terminu z dotychczasowych 10 lat do lat 6¹⁰.

⁶ Tak też np. M. Zelek, *Moment upływu terminu przedawnienia roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym*, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2022/1, s. 91–92.

⁷ M. Mataczyński, M. Saczywko (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2021, t. 1, uwagi do art. 118, nb 2.

⁸ Tak trafnie P. Machnikowski, *Nowelizacja przepisów Kodeksu cywilnego o przedawnieniu roszczeń*, „Przegląd Sądowy” 2018/9, s. 9–10; tak też M. Zelek, *Moment...*, s. 93–94; M. Kłoda, *Problematyka międzyczasowa zmiany przepisów o przedawnieniu z 2019 r.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018/8, s. 43; E. Habryn-Chojnacka, *Zmiany w terminach przedawnienia w praktyce*, Warszawa 2018, LEX/el.

⁹ Trafnie na absurdalność takiej interpretacji zwrócił uwagę M. Kłoda, *Problematyka...*, s. 44–45.

¹⁰ M. Kłoda, *Problematyka...*, s. 44–45.

Wątpliwość wyrażono również względem zastosowania art. 118 zd. 2 k.c. do terminów przedawnienia roszczeń deliktowych¹¹, jak również względem roszczeń z art. 125 k.c. Wskazać jednak należy, że omawiane przepisy intertemporalne wprost regulują sytuację konsumenta w określonych przypadkach (art. 5 ust. 2 i 3 ustawy nowelizującej), a żaden z nich nie dotyczy analizowanej przez sąd okręgowy sprawy¹². Gdyby zatem ustawodawca chciał uregulować omawiane zagadnienie odmiennie, niż przyjął Sąd Najwyższy z uchwale, przewidziałby to w przepisach nowelizujących Kodeks cywilny. Pomimo że w analizowanym przypadku czas na dochodzenie roszczenia przedsiębiorcy wobec konsumenta *de facto* ulega wydłużeniu o czas pozostały do końca roku kalendarzowego, taką wykładnię należy uznać za prawidłową. Zastosowanie ma bowiem art. 5 ust. 1 ustawy nowelizującej, który nie różnicuje podmiotowo sytuacji przedawnienia, a jedynie stanowi, że do roszczeń powstałych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy i w tym dniu jeszcze nieprzedawnionych stosuje się przepisy w znowelizowanym brzmieniu. Jak się jednak wydaje, uchwała SN nie będzie rozstrzygająca dla zastosowania art. 118 zd. 2 k.c. względem terminów szczególnych (innych niż wskazane w art. 118 zd. 1 k.c.), gdyż SN ograniczył uchwałę do ogólnego terminu trzyletniego związanego z działalnością gospodarczą, a określonego w art. 118 zd. 1 k.c.

T.P.A.

1.2. PIERWSZEŃSTWO ZASPOKOJENIA WIERZycIELA PAULIAŃSKIEGO I WIERZycIELA HIPOTECZNEGO OSOBY TRZECIEJ

Uchwała Sądu Najwyższego z 2.02.2022 r. (III CZP 32/22)¹³

W razie zbiegu – w postępowaniu egzekucyjnym z użytkowania wieczystego – uprawnienia wierzyciela (pauliańskiego), względem którego czynność prawna zbycia tego prawa, zawarta między dłużnikiem a osobą trzecią, została uznana za bezskuteczną (art. 532 k.c.), z uprawnieniem wierzyciela (hipotecznego), który uzyskał na tym prawie zabezpieczenie hipoteczne na podstawie czynności prawnej zawartej z osobą trzecią, ale przed ujawnieniem w księdze wieczystej roszczenia wierzyciela pauliańskiego, mają zastosowanie reguły pierwszeństwa wynikające z ustawy z 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece¹⁴, chyba że wierzyciel pauliański zakwestionował skutecznie czynność prawną ustanowienia hipoteki w trybie skargi pauliańskiej realizowanej w formie powództwa albo zarzutu przeciwko wierzycielowi hipotecznemu (art. 531 § 1 i 2 k.c.).

¹¹ Por. E. Habryn-Chojnacka, *Zmiany...* oraz trafnie: M. Zelek, *Moment...*, s. 91–102.

¹² Jak się wydaje, sąd okręgowy nietrafnie odwołuje się do tego przepisu w swoich wywodach. Postanowienie Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z 9.03. 2021 r. (II Ca 1050/20), Legalis nr 2553625.

¹³ Uchwała SN z 2.02.2022 r. (III CZP 32/22), LEX nr 3295155.

¹⁴ Ustawa z 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (Dz.U. z 2019 r. poz. 2204), dalej u.k.w.h.

Komentowana uchwała zapadła w odpowiedzi na pytanie prawne zadane Sądowi Najwyższemu „czy wierzyciel, względem którego umowa przeniesienia prawa wieczystego użytkowania nieruchomości zawarta między dłużnikiem a osobą trzecią została uznana za bezskuteczną, może dochodzić zaspokojenia z tego prawa, które wskutek czynności uznanej za bezskuteczną wyszło z majątku dłużnika, z pierwszeństwem przed wierzycielami osoby trzeciej, których wierzytelności zostały zabezpieczone hipoteką ustanowioną na tym prawie?”.

Rozwiązanie przyjęte przez Sąd Najwyższy, choć zapadło w sprawie dotyczącej egzekucji z prawa użytkowania wieczystego, ma również zastosowanie w stosunku do pozostałych przedmiotów hipoteki (art. 65 u.k.w.h.).

Odpowiedź Sądu Najwyższego obejmuje rozstrzygnięcie kolizji, jaka występuje w postępowaniu egzekucyjnym skierowanym do tego samego przedmiotu obciążonego hipoteką między wierzycielem pauliańskim, względem którego czynność prawna zbycia tego prawa osobie trzeciej została uznana za bezskuteczną, a wierzycielem hipotecznym osoby trzeciej, która po nabyciu tego prawa obciążyła go hipoteką w drodze czynności prawnej.

Zagadnienie to budziło liczne spory w doktrynie, gdyż art. 532 k.c. przyznaje wierzycielowi pauliańskiemu pierwszeństwo przed wierzycielami osoby trzeciej w dochodzeniu zaspokojenia z przedmiotów majątkowych, które wskutek czynności uznanej za bezskuteczną wyszły z majątku dłużnika albo do niego nie weszły. Natomiast ustawa o księgach wieczystych i hipotece reguluje autonomiczne reguły pierwszeństwa hipoteki. Zgodnie z art. 64 ust. 1 u.k.w.h. wierzyciel hipoteczny może dochodzić zaspokojenia z nieruchomości bez względu na to, czyją stała się własnością, i z pierwszeństwem przed wierzycielami osobistymi właściciela nieruchomości. O pierwszeństwie kilku hipotek wpisanych do księgi wieczystej rozstrzyga chwila, od której liczy się skutki dokonanego wpisu (art. 12 ust. 1 u.k.w.h.).

Jeden z poglądów prezentowanych w doktrynie zakładał, że skoro Kodeks cywilny nie rozróżnia, w stosunku do których wierzycieli przysługuje wierzycielowi pauliańskiemu pierwszeństwo, to wywołuje ono skutek w stosunku do wszystkich wierzycieli, również tych uprzywilejowanych na podstawie art. 1025 § 1 pkt 2–7 k.p.c. Taka wykładnia miałaby odpowiadać celowi skargi pauliańskiej, którym jest zaspokojenie wierzyciela z określonego przedmiotu, tak jakby znajdował się on w majątku dłużnika¹⁵. Przeciwnicy tej koncepcji wskazywali, że nie należy pierwszeństwa ze skargi pauliańskiej rozszerzać na wierzycieli prawnorzeczowych, w szczególności z tytułu hipoteki lub zastawu¹⁶.

Sąd Najwyższy, odpowiadając na zadane pytanie prawne, opowiedział się za drugim poglądem, uzależniając pierwszeństwo uprawnienia wierzyciela pauliańskiego od jego ujawnienia w księdze wieczystej. Tym samym Sąd Najwyższy

¹⁵ P. Machnikowski (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021, komentarz do art. 532, nb 6.

¹⁶ M. Gutowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, t. 2, komentarz do art. 532, nb 12.

przyznał prymat regułom ustalania pierwszeństwa wierzycieli wynikającym z ustawy o księgach wieczystych i hipotece, a więc zasadzie *prior tempore potior iure* (art. 11, 12 i 20 u.k.w.h.) wraz z wyjątkami od tej zasady, tj. zastrzeżeniem pierwszeństwa, zmianą pierwszeństwa, rozporządzaniem opróżnionym miejscem hipotecznym.

Zdaniem Sądu Najwyższego podstawą ujawnienia roszczenia wierzyciela pauliańskiego jest art. 17 u.k.w.h., zgodnie z którym przez ujawnienie w księdze wieczystej prawo osobiste lub roszczenie uzyskuje skuteczność względem praw nabytych przez czynność prawną po jego ujawnieniu, z wyjątkiem służebności drogi koniecznej, służebności przesyłu albo służebności ustanowionej w związku z przekroczeniem granicy przy wznoszeniu budynku lub innego urządzenia. Jego celem jest zapewnienie ochrony uprawnionemu z praw osobistych lub roszczeń w przypadku rozporządzenia nieruchomością. Istota instytucji pierwszeństwa na gruncie ustawy o księgach wieczystych opiera się na tym, że prawo wpisane później nie może być wykonywane z uszczerbkiem dla prawa wpisanego wcześniej, chyba że inne zasady pierwszeństwa wynikają z przepisów szczególnych.

Niestety zagadnienie ujawniania roszczenia wierzyciela pauliańskiego w księdze wieczystej jest problematyczne. W doktrynie, mimo odmiennego postanowienia Sądu Najwyższego¹⁷, przyjmuje się, że art. 16 i art. 17 u.k.w.h. nie dają podstaw do ujawniania w księdze wieczystej zarówno roszczenia pauliańskiego (art. 527 k.c.), jak i uprawnienia określonego w art. 532 k.c.¹⁸ W księdze wieczystej, co do zasady, ujawnia się prawa rzeczowe, a dopuszczalny wpis praw osobistych i roszczeń stanowi wyjątek opatrzonego zastrzeżeniem, że jest to możliwe jedynie w wypadkach wskazanych w ustawie. Obecnie brak jest przepisu, który umożliwiałby ujawnienie w księdze wieczystej roszczenia wierzyciela pauliańskiego.

W takiej sytuacji – na podstawie postanowienia sądu o udzieleniu zabezpieczenia (art. 755 § 1 k.p.c.) – można wpisać ostrzeżenie odnośnie do toczącego się postępowania ze skargi pauliańskiej, ewentualnie zakaz zbywania lub obciążania nieruchomości¹⁹.

Należy zaaprobować omawianą uchwałę. Chroni ona wierzycieli hipotecznych, którzy nie wiedząc o toczącym się procesie ze skargi pauliańskiej w zaufaniu do treści księgi wieczystej, w dobrej wierze zgodzili się na ustanowienie hipoteki. Jeśli jednak takie obciążenie nieruchomości krzywdzi wierzyciela pauliańskiego, zgodnie z omawianą uchwałą, będzie on musiał zakwestionować czynność prawną ustanowienia hipoteki w trybie kolejnej skargi pauliańskiej

¹⁷ Postanowienie SN z 26.10.2005 r. (V CK 776/04), LEX nr 178229, w którym SN dopuścił ujawnianie roszczeń wierzycieli pauliańskich w księdze wieczystej na podstawie art. 16 u.k.w.h.

¹⁸ T. Czech, *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, t. 1, *Księgi wieczyste*, Warszawa 2022, komentarz do art. 16; E. Klat-Górska (w:) *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz*, red. M. Frasz, M. Habdas, Warszawa 2021, komentarz do art. 16; *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu wieczystoksięgowym. Komentarz*, red. Ł. Przyborowski, J. Pisuliński, Warszawa 2014, komentarz do art. 16.

¹⁹ T. Czech, *Księgi wieczyste i hipoteka...*, komentarz do art. 16.

realizowanej w formie powództwa albo zarzutu przeciwko wierzycielowi hipotecznemu. Ewentualnie zapobiegliwy wierzyciel pauliański, chcąc wstrzymać obciążanie nieruchomości przez osobę trzecią, powinien uzyskać zabezpieczenie stosownej treści i ujawnić je w księdze wieczystej.

T. H.

1.3. BRAK ZALICZENIA NA SCHEDĘ SPADKOWĄ KWOTY WYPŁACONEJ Z TYTUŁU ZAPISU BANKOWEGO

Uchwała Sądu Najwyższego z 27.04.2022 r. (III CZP 57/22)²⁰

Kwota objęta przewidzianym w art. 56 ust. 1 ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe²¹ pisemnym poleceniem złożonym bankowi przez posiadacza rachunku oszczędnościowego, rachunku oszczędnościowo-rozliczeniowego lub rachunku terminowej lokaty oszczędnościowej dotyczącym dokonania – po jego śmierci – wypłaty określonej kwoty pieniężnej na rzecz wskazanych przez niego osób: małżonka, wstępnych, zstępnych lub rodzeństwa (dyspozycja wkładem na wypadek śmierci), nie podlega zaliczeniu na schedę spadkową w rozumieniu art. 1039 § 1 k.c.

Komentowana uchwała dotyczy doniosłej teoretycznie i praktycznie kwestii rozumienia pojęcia darowizny na gruncie art. 1039 § 1 k.c. Z przepisu tego wynika, że w przypadkach w nim określonych spadkobiercy zasadniczo zobowiązani są wzajemnie do zaliczenia na przypadającą im schedę spadkową m.in. otrzymanych od spadkodawcy darowizn. Sceda spadkowa to wyrażona w jednostkach pieniężnych wartość majątku spadkowego przypadającego danemu spadkobiercy²². Zaliczenie darowizny (w rozumieniu art. 1039 i n. k.c.) na schedę spadkową przeprowadza się w sposób opisany w art. 1042 k.c.

W literaturze i orzecznictwie istnieje spór co do tego, w jaki sposób należy rozumieć pojęcie darowizny użyte przez ustawodawcę we wspomnianych przepisach. Konkurują ze sobą zasadniczo dwa nurty interpretacyjne. Pierwszy z nich zakłada, że przez darowiznę należy rozumieć przysporzenie, które następuje w wyniku zawarcia i wykonania umowy darowizny w rozumieniu art. 888 i n. k.c., natomiast odmienna interpretacja przewiduje, że pojęcie to należy rozumieć szerzej i obejmować nim również inne nieodpłatne przysporzenia²³. W doktrynie twierdzi się, że źródło wątpliwości wynika ze skonfrontowania brzmienia art. 1039 k.c. z jego *ratio legis*, jako że trudno uzasadnić, dlaczego zaliczenie

²⁰ Uchwała SN z 27.04.2022 r. (III CZP 57/22) „Biuletyn SN” 2022/3–4.

²¹ Ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2021 r. poz. 2439).

²² K. Szadkowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, t. 3, komentarz do art. 1039, nb 1.

²³ Szerzej zob. m.in. K. Szadkowski (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 1039, nb 7 oraz podane tam literatura i orzecznictwo.

na schedę spadkową miałoby uzasadnić uczynienie darowizny (w rozumieniu art. 888 i n. k.c.), ale już nie innych (poza wskazanymi w art. 1039 k.c.) przysporzeń nieodpłatnych²⁴.

W art. 56 ust. 1 ustawy – Prawo bankowe uregulowano instytucję dyspozycji wkładem na wypadek śmierci, zwaną nierzadko zapisem bankowym, która przewiduje, że posiadacz rachunku oszczędnościowego, rachunku oszczędnościowo-rozliczeniowego lub rachunku terminowej lokaty oszczędnościowej może polecić pisemnie bankowi dokonanie – po swojej śmierci – wypłaty z rachunku wskazanym przez siebie osobom: małżonkowi, wstępnym, zstępny lub rodzeństwu określonej kwoty pieniężnej. Przyjmuje się, że kwota, na którą opiewa dyspozycja wkładem, nie wchodzi do spadku²⁵. Dyspozycja wkładem na wypadek śmierci nie może być kwalifikowana jako darowizna w rozumieniu takim, jak temu pojęciu nadają przepisy Kodeksu cywilnego o umowie darowizny, jednakże również prowadzi do uzyskania przez określoną osobę przysporzenia pod tytułem darmym.

Choć na chwilę sporządzania niniejszego opracowania nie jest jeszcze dostępne uzasadnienie komentowanej uchwały, analizowana tu teza orzecznicza pozwala wnioskować, że Sąd Najwyższy opowiedział się za wąskim rozumieniem terminu „darowizna” na gruncie art. 1039 i n. k.c., skoro ekskludował z zakresu jego desygnatów zapis bankowy. O ile nie pojawią się w uzasadnieniu nierozważane dotąd w doktrynie i orzecznictwie argumenty, a zatem o ile Sąd Najwyższy uzasadni swoje stanowisko przez odwołanie się do wykładni językowej, trudno zakładać, aby komentowana uchwała doprowadziła do przesądzenia zarysowanej powyżej spornej kwestii, skoro chociażby w nieodległej przeszłości Sąd Najwyższy wyraził zapatrywanie dokładnie przeciwne²⁶. Wielokrotnie wypowiadał się przy tym SN w duchu szerszego rozumienia pojęcia darowizny na gruncie art. 1039 i n. k.c., aniżeli przyjęte w omawianej uchwale²⁷. Z drugiej strony również uprzednio, także w nowszym orzecznictwie SN, niejednokrotnie wyrażono pogląd bazujący na wąskim rozumieniu terminu „darowizna”²⁸.

Warto nadmienić, że podobny spór co do rozumienia terminu „darowizna” można zaobserwować od wielu lat na gruncie przepisów dotyczących zachowku, a konkretnie przepisów nakazujących doliczenie do spadku niektórych darowizn na potrzeby obliczania zachowku (art. 993 k.c.). Również w tym przy-

²⁴ Zob. K. Grzegorzczak, K. Osajda (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2022, komentarz do art. 1039, nb 39.

²⁵ Szerzej zob. M. Zelek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, t. 3, komentarz do art. 922, nb 13.

²⁶ Zob. m.in. postanowienie SN z 27.09.2017 r. (V CSK 50/17), *Legalis* nr 1706008.

²⁷ Zob. m.in. uchwała SN z 7.12.1983 r. (III CZP 60/83), *OSNCP* 1984/7, poz. 108; postanowienie SN z 23.10.1975 r. (III CRN 281/75), *OSNCP* 1976/10, poz. 212; postanowienie SN z 24.01.2002 r. (III CKN 503/00), *Legalis* nr 53774; postanowienie SN z 9.12.2010 r. (III CSK 39/10), *Legalis* nr 386461; postanowienie SN z 23.11.2012 r. (I CSK 217/12), *Legalis* nr 600810.

²⁸ Zob. m.in. uchwała SN z 7.02.2014 r. (III CZP 114/13), *OSNC* 2014/12, poz. 118; postanowienie SN z 13.06.2019 r. (I CSK 799/18), *Legalis* nr 1947705.

padku nie wypracowano dotąd jednolitego stanowiska co do kwestii, czy pod pojęciem darowizny można rozumieć także nieodpłatne przysporzenia, które nie zostały dokonane w wykonaniu umowy, o której mowa w art. 888 i n. k.c.²⁹ Wydaje się zatem, że dla rozstrzygnięcia opisanego problemu interpretacyjnego konieczna byłaby interwencja ustawodawcy albo podjęcie przez Sąd Najwyższy uchwały, której nadano by moc zasady prawnej.

M.Z.

1.4. SKUTKI NIEZGŁOSZENIA ZMIANY UMOWY SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ DO SĄDU REJESTROWEGO

Uchwała Sądu Najwyższego z 29.04.2022 r. (III CZP 75/22)³⁰

Zmiana umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, która nie została zgłoszona do sądu rejestrowego w terminie sześciu miesięcy od dnia jej dokonania, nie wywołuje skutków prawnych (art. 256 § 3 w zw. z art. 169 § 1 Kodeksu spółek handlowych³¹).

Omawiana uchwała rozstrzygnęła zagadnienie prawne przedstawione Sądowi Najwyższemu przez Sąd Okręgowy w Kielcach. Sąd ten sformułował pytanie prawne „czy odpowiednie stosowanie przepisu art. 169 k.s.h. na podstawie odesłania w art. 256 § 3 k.s.h. skutkuje bezskutecznością każdej zmiany umowy spółki niezależnie od jej przedmiotu, jeśli nie zostanie zgłoszona do sądu rejestrowego w terminie 6 miesięcy od podjęcia?”. Przypomnijmy, że zgodnie z art. 169 § 1 k.s.h. jeżeli zawiązanie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie zostało zgłoszone do sądu rejestrowego w terminie sześciu miesięcy od dnia zawarcia umowy spółki, umowa spółki ulega rozwiązaniu. Z kolei w myśl art. 256 § 3 k.s.h. do zarejestrowania zmiany umowy spółki stosuje się odpowiednio m.in. art. 169 k.s.h. W ocenie Sądu Okręgowego w Kielcach zasadniczo jednolite stanowisko doktryny głosi, że w ślad za wynikami, do jakich prowadzi zastosowanie językowych dyrektyw wykładni, odesłanie zawarte w art. 256 § 3 k.s.h. pozwala przyjąć, że zgłoszenie zmiany umowy spółki do sądu rejestrowego nie może nastąpić po upływie sześciu miesięcy od dnia podjęcia uchwały. W konsekwencji zgłoszenie zmiany umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością dokonane po upływie wyżej wymienionego terminu skutkuje koniecznością oddalenia wniosku. Sąd Okręgowy w Kielcach podkreślił równocześnie, że w judykaturze Sądu Najwyższego, poza wyrokiem z 28.02.2017 r.³², w zasadzie brak wypowiedzi w tym przedmiocie. Jednakże zdaniem sądu, który przed-

²⁹ Szerzej na ten temat zob. m.in. J. Kuźmicka-Sulikowska (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021, nb 4 i 8 oraz podane tam literatura i orzecznictwo.

³⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z 29.04.2022 r. (III CZP 75/22), „Biuletyn SN” 2022/3–4, s. 23, LEX nr 33040115.

³¹ Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.), dalej k.s.h.

³² Wyrok SN z 28.02.2017 r. (I CSK 127/16), OSNC 2018/1, poz. 8.

stał Sądowi Najwyższemu omawiane zagadnienie prawne, art. 169 k.s.h. powinien znajdować zastosowanie wyłącznie do zmian umowy spółki o podobnym charakterze, jak zawiązanie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w szczególności dotyczących podwyższenia kapitału zakładowego. Natomiast odpowiednio stosowany art. 169 § 1 k.s.h. nie powinien mieć wpływu na wpis innych zmian umowy spółki, w szczególności mających skutek deklaracyjny, zgłoszonych do zarejestrowania po upływie ww. terminu³³.

W czasie przygotowywania niniejszego opracowania uzasadnienie uchwały SN z 29.04.2022 r. nie jest jeszcze dostępne. Już teraz można jednak sformułować kilka istotnych uwag na temat poruszonego w uchwale zagadnienia. Po pierwsze, w przypadku rozważanego tutaj przepisu odsyłającego (art. 256 § 3 k.s.h.) nie może budzić wątpliwości, że zakresem odesłania objęta jest regulacja przewidująca, że w razie niezgłoszenia zawiązania spółki do sądu rejestrowego w terminie 6 miesięcy umowa spółki ulega rozwiązaniu. Po drugie, w sposób jasny określono w tym przepisie również zakres odniesienia, który obejmuje przypadki zarejestrowania zmiany umowy spółki. Sądzę, że nie można doszukiwać się w tym przepisie rozgraniczenia kwestii dotyczących skutków zarejestrowania zmian umowy spółki i reguł określających swego rodzaju procedurę rejestrowania zmian umowy spółki. Zresztą nie powoływał się na tę okoliczność sąd, który przedstawił omawiane tutaj zagadnienie prawne. U źródeł wątpliwości, jakich nabral Sąd Okręgowy w Kielcach w toku rozpoznawania apelacji, legło przeświadczenie, że formuła odpowiedniego stosowaniu art. 169 § 1 k.s.h. pozwala na jego zastosowanie tylko w przypadkach zmian umowy spółki w jakiś sposób podobnych do zawiązania spółki, o którym mowa w art. 169 § 1 k.s.h., natomiast nie pozwala go zastosować w przypadkach zmian umowy spółki tym się różniących, że „mających skutek deklaracyjny”. Z uwagi na to, że w sprawie rozpoznawanej przez Sąd Okręgowy w Kielcach wniosek o rejestrację zmian umowy spółki dotyczył: firmy i siedziby spółki, sposobu jej reprezentacji oraz przedmiotu jej działalności, wydaje się, że podniesione przez ten sąd wątpliwości wynikają z błędnej oceny charakteru prawnego wskazanych wyżej zmian umowy spółki. Otóż żadna z tych zmian nie ma charakteru czy skutku deklaracyjnego. Zmieniając np. postanowienia umowy spółki dotyczące firmy, aktualizuje się w pewnym sensie nowy obowiązek używania firmy w brzmieniu nadanym jej mocą uchwały zmieniającej umowę. Z natury rzeczy zmiana umowy spółki kształtuje nowy stan prawny, a nie potwierdza stan istniejący, więc w tym sensie ma charakter i skutek konstytucyjny. Konstytucyjny albo deklaracyjny może być natomiast wpis do rejestru. W przypadku wymienionych wyżej zmian umowy spółki nie może być jednak wątpliwości, że zgodnie z ogólną zasadą wyrażoną w art. 255 § 1 k.s.h. zmiana umowy spółki wymaga nie tylko uchwały wspólników, ale również wpisu do rejestru, który to wpis ma z tej przyczyny charakter konstytucyjny. Wreszcie odrzucić należy głoszony przez niektórych

³³ Postanowienie Sądu Okręgowego w Kielcach z 5.10.2021 r. (VII Ga 126/21), „Biuletyn Izby Cywilnej SN” 2021/12, s. 45.

przedstawicieli doktryny pogląd, zgodnie z którym niektóre zmiany umowy spółki wywierają tzw. skutek wewnętrzny jeszcze przed zarejestrowaniem³⁴. Trafnie podkreśla bowiem M. Goszczyk, że pogląd ten jest pozbawiony podstaw normatywnych, gdyż nie ma regulacji, która ograniczałaby zastosowanie wynikającej z art. 255 § 1 k.s.h. zasady konstytutywnego charakteru wpisu jedynie do stosunków zewnętrznych, jak również byłby nie do pogodzenia z zakresem kognicji sądu rejestrowego³⁵. Poza tym pewne skutki prawne przed zarejestrowaniem (również tzw. skutki zewnętrzne, np. możliwość skutecznego zawarcia umowy objęcia udziałów z osobą wskazaną w treści uchwały o zmianie umowy polegającej na podwyższeniu kapitału zakładowego³⁶) wywoływać mogą zarówno uchwały o zmianie umowy spółki, jak i samo zawarcie umowy spółki. Stąd trudno doszukiwać się tu różnic uzasadniających niezastosowanie art. 169 § 1 k.s.h. w niektórych przypadkach zmiany umowy spółki.

Osobną kwestią poruszoną w ramach rozstrzygania zagadnienia prawnego przedstawionego Sądowi Najwyższemu przez Sąd Okręgowy w Kielcach jest odpowiednie zastosowanie art. 169 § 1 k.s.h. w zakresie sankcji związanej z uchybieniem terminowi na zgłoszenie zmiany umowy spółki do rejestru. Nie ma wątpliwości, że po upływie terminu sześciomiesięcznego wniosek o zarejestrowanie zmiany umowy spółki powinien zostać oddalony. Problem sprowadza się jednak do wskazania sankcji materialnoprawnej. Artykuł 169 § 1 k.s.h. stanowi bowiem, że w przypadku zawiązania spółki uchybienie terminowi sześciomiesięcznemu powoduje rozwiązanie umowy spółki. Sąd Okręgowy w Kielcach w przedstawionym Sądowi Najwyższemu pytaniu wskazywał na bezskuteczność zmiany umowy spółki. Natomiast Sąd Najwyższy przyjął w omawianej uchwale, że zmiana umowy spółki nie wywołuje skutków prawnych. Zagadnienie to nie jest pozbawione doniosłości praktycznej, zwłaszcza w przypadku zmiany polegającej na podwyższeniu kapitału zakładowego przewidującej wniesienie wkładu niepieniężnego. Problem ten rozważał Sąd Najwyższy w powołanym już wcześniej wyroku z 28.02.2017 r. W tamtej sprawie Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że sankcja w postaci rozwiązania umowy spółki jest nieadekwatna w przypadku zmian umowy spółki. W związku z tym Sąd Najwyższy doszedł do przekonania, że na podstawie art. 2 k.s.h. w analizowanej tu kwestii powinny znaleźć zastosowanie regulacje Kodeksu cywilnego, co w rezultacie doprowadziło sąd do wniosku, że upływ terminu do zarejestrowania podwyższenia kapitału zakładowego powoduje ustanie skutków prawnych związanych z podwyższeniem kapitału zakładowego z mocą wsteczną. Ponie-

³⁴ A. Szajkowski, M. Tarska (w:) S. Sołtysiński i in., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014, t. 2, Legalis/el., uwagi do art. 255, nb 45; T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. T. Siemiątkowski, R. Potrzebszcz, Warszawa 2011, t. 2, LEX/el., uwagi do art. 255, nt 17 i wskazana tam literatura.

³⁵ M. Goszczyk (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. A. Opalski, Warszawa 2018, t. IIB, Legalis/el., uwagi do art. 255, nb 32.

³⁶ M. Goszczyk (w:) *Kodeks...*, uwagi do art. 255, nb 32.

waż stanowisko to poddane zostało w doktrynie uzasadnionej krytyce³⁷, można żywić oczekiwanie, że w uzasadnieniu uchwały z 29.04.2022 r. odnajdziemy pogłębioną analizę zarysowanego wyżej problemu.

K.Sz.

2. KOMENTARZE DO WYBRANYCH ORZECZEŃ

2.1. UGODA W PRZEDMIOCIE ISTNIENIA STOSUNKU PRAWNEGO

Wyrok Sądu Najwyższego 13.01.2021 r. (III CSKP 21/21)³⁸

Istota ugody polega na tym, że każda ze stron rezygnuje z powoływania się na korzystniejszy dla siebie, możliwie prawdziwy stan rzeczy. Wobec braku ograniczenia w art. 917 k.c. zakresu, w jakim stosunek sporny może być objęty ugodą, przyjąć należy, że uгода może dotyczyć sporu także w przedmiocie istnienia stosunku prawnego. Wprawdzie uгода zasadniczo kształtuje i zmienia stosunek istniejący i w zasadzie nie tworzy nowego stosunku prawnego, jednakże w takim zakresie, w jakim usuwa ona spór lub niepewność co do istnienia stosunku prawnego – wątpliwego, przynajmniej dla jednej strony, ma charakter prawotwórczy.

Stan faktyczny

W sprawie rozpatrywanej przez sądy niższych instancji powód domagał się od pozwanego zasądzenia kwoty 184.500,00 zł tytułem reszty należności wynikającej z ugody zawartej między stronami w dniu 22.02.2016 r. z tytułu wynagrodzenia za bezumowne korzystanie przez pozwanego z oprogramowania (software) terminali telematycznych dostarczanych przez pozwanego powodowi od 2009 r.

W związku ze sporem między stronami odnośnie do tego, czy pozwany był dłużnikiem powoda z tytułu bezumownego korzystania z oprogramowania, strony podjęły negocjacje i 22.02.2016 r. zawarły „porozumienie w sprawie wynagrodzenia za korzystanie z oprogramowań terminali telematycznych w okresie od 2009 r. do 12.02.2016 r. (do wezwania do zapłaty) bezumownie. Strony ustaliły, że pozwany z tego tytułu zapłaci powodowi kwotę 350.000 zł, z tym że do 24.02.2016 r. – 246.000 zł, a do 31.03.2016 r. – 184.500 zł. Pierwsza rata została uregulowana w terminie. W tej dacie zawarta została między stronami umowa licencyjna na korzystanie z określonego w niej oprogramowania i umowa udostępnienia oprogramowania”³⁹.

³⁷ W. Popiołek, *Glosa do wyroku SN z 28.02.2017 r. (I CSK 127/16)*, OSP 2018/5, poz. 45.

³⁸ Wyrok Sądu Najwyższego 13.01.2021 r. (III CSKP 21/21), Legalis nr 2524847.

³⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29.03.2018 r. (I AGa 58/18), Legalis nr 1775558.

Sąd okręgowy przyjął, że strony zawarły ważne porozumienie i zasądził zapłatę kwoty 184.500 zł na rzecz powoda. Wyróżnić można następujące argumenty sądu pierwszej instancji istotne dla omawianego zagadnienia:

- 1) nie wykazano, by pozostali członkowie zarządu podważali w dacie 24.02.2016 r. działania członka zarządu, który podpisał porozumienie (co ewentualnie, jak można mniemać, mogłoby mieć wpływ na ocenę porozumienia jako niezgodnego z zasadami współżycia społecznego), przy czym reprezentacja była jednoosobowa;
- 2) członek zarządu wyraźnie stwierdził w zeznaniach, „że jego intencją przez podpisanie porozumienia było uregulowanie opłat za bezumowne korzystanie z oprogramowania od 2009 r. i zawarcie umowy licencyjnej regulującej te kwestie na przyszłość w wykonaniu ustaleń współników w tym zakresie i taka umowa została zawarta w dniu 22.02.2016 r.”⁴⁰; choć sąd nie wskazał podstawy prawnej, wykazaną w zeznaniach intencję strony należy uznać za istotną wskazówkę interpretacyjną zgodnie z art. 65 § 2 k.c.;
- 3) sąd okręgowy trafnie zakwalifikował prezentowane porozumienie jako ważną umowę ugody⁴¹, określając ustępstwa jako wypłatę ugodzonej kwoty i zrzeczenie się dalej idących roszczeń za okres objęty porozumieniem;
- 4) sąd okręgowy nie zgodził się ze stanowiskiem pozwanego, jakoby porozumienie było nieważne jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego – zdaniem sądu okręgowego „sprzeczność taka zachodzić może wyłącznie w wypadkach jaskrawego, rzucającego się w oczy pokrzywdzenia jednej ze stron, co w ocenie Sądu w niniejszej sprawie nie miało miejsca”⁴²; nadto pozwany nie wskazał konkretnych zasad, które miałyby być naruszone.

Pozwany zarzucił sądowi pierwszej instancji kilka naruszeń, z których na potrzeby niniejszego omówienia wskazać należy jedno – naruszenie prawa materialnego, a konkretnie art. 917 k.c. Pozwany twierdził, że z samej treści porozumienia z 22.02.2016 r. wynika, że obejmuje ono zapłatę za bezumowne korzystanie z oprogramowania, a umową ugody objęte mogą zostać jedynie stosunki prawne istniejące na dzień zawierania umowy ugody. Pozwany przyjął najpewniej, że ugodzenie sytuacji bezumownego korzystania nie dokonuje się „w zakresie istniejącego między stronami stosunku prawnego” (zob. art. 917 k.c.).

W zbliżonym kierunku argumentował sąd apelacyjny. W swoich wywodach dokonał analizy stosunku prawnego pierwotnego (sprzed zawarcia umowy ugody) i – m.in. uwzględniając zeznania – uznał, że powód do 14.01.2016 r. nie pobierał opłaty, „używając bezpłatnie dostęp do swojego oprogramowania po-

⁴⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29.03.2018 r. (I AGa 58/18), Legalis nr 1775558.

⁴¹ Sąd okręgowy posłużył się pojęciem „ugody”, jednak trafniejsze jest – dla podkreślenia rodzajów ugody w prawie polskim – używanie ścisłego pojęcia „umowa ugody” dla umowy uregulowanej w art. 917 k.c., gdyż sformułowanie „ugoda” jest pojęciem szerszym.

⁴² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29.03.2018 r. (I AGa 58/18), Legalis nr 1775558.

zwanej spółce”⁴³. Innymi słowy, sąd apelacyjny przyjął, że między stronami istniała umowa użyczenia w zakresie oprogramowania, a skoro strony zawarły ugodę w zakresie bezumownego korzystania, a taki stosunek prawny według sądu nie istniał między stronami, to sąd nie może zasądzić roszczenia – cytując: „z tytułu bezumownego korzystania z oprogramowania ustalonego w ugodzie z 22.02.2016 r.”.

Jak się zdaje, sąd apelacyjny zupełnie pominął w tej sprawie fakt, że roszczenie powoda było oparte na stosunku prawnym wynikającym z samej umowy ugody. W literaturze podkreśla się, że „zawarcie ugody ma na celu uchylenie sporu lub niepewności co do roszczeń, a zatem zakłada możliwość istnienia błędu. Ostatecznie ustalenie stosunku prawnego następuje w drodze wzajemnych ustępstw. Każda więc ze stron przyjmuje na siebie w pewnym zakresie ryzyko straty lub korzyści, jakie mogą wyniknąć na skutek tego, że stan prawny ustalony w ugodzie nie odpowiada rzeczywistości, który stronom może nie być znany”⁴⁴.

Stanowisko Sądu Najwyższego

Sąd Najwyższy nie zgodził się z argumentami sądu apelacyjnego i przyjął prawotwórczy charakter umowy ugody w zakresie, w którym usuwa ona spór lub niepewność co do istnienia stosunku prawnego, również wątpliwego. „Wobec braku ograniczenia w art. 917 k.c. zakresu, w jakim stosunek sporny może być objęty ugodą, przyjąć należy, że uгода może dotyczyć sporu także w przedmiocie istnienia stosunku prawnego. (...) Skoro więc pozwany, mający wątpliwość co do istnienia po jego stronie obowiązku zapłaty skarżącemu wynagrodzenia z tytułu naruszenia autorskich praw majątkowych do eksploatowanego oprogramowania komputerowego, zawarł następnie ugodę, to (...) mocą niej samej łączył strony następnie stosunek prawny ustalony treścią ugody, zobowiązujący pozwanego do uiszczenia tego wynagrodzenia w ramach przyjętego porozumienia”⁴⁵.

Ocena rozstrzygnięcia

Omawiany wyrok jest kolejnym głosem judykatury w kwestii dopuszczalności zawarcia ugody w sytuacji sporu odnośnie do istnienia stosunku prawnego między stronami. Sąd Najwyższy rozpoznał skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29.03.2018 r.⁴⁶ i tym samym wypowiedział się na temat granic dopuszczalności zawarcia umowy ugody w obrocie cywilnoprawnym. W stosowaniu przepisów regulujących tę umowę nazwaną (art. 917–918 k.c.) jednym z najbardziej spornych, a jednocześnie doniosłych – tak z punktu widzenia teorii prawa, jak i praktyki jego stosowania – zagadnień jest to, czy strony mogą zawrzeć umowę ugody, gdy sporne jest między nimi

⁴³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29.03.2018 r. (I AGa 58/18), Legalis nr 1775558.

⁴⁴ Z. Masłowski, *Uznanie, uгода, odnowienie, zwolnienie z długu, poręczenie*, Katowice 1967, s. 21.

⁴⁵ Wyrok SN z 13.01.2021 r. (III CSKP 21/21), Legalis nr 2524847.

⁴⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29.03.2018 r. (I AGa 58/18), Legalis nr 1775558.

samo istnienie stosunku prawnego. Literalne brzmienie art. 917 k.c. wskazywać by mogło, że taka możliwość jest wykluczona, skoro strony czynią wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego stosunku prawnego. W niniejszym orzeczeniu SN trafnie jednak przyjął, że mocą samej ugody strony łączył stosunek prawny ustalony jej treścią, zobowiązując pozwanego do określonego świadczenia, i nie jest możliwe obalenie umowy ugody przez próbę wykazania, że pierwotny stosunek prawny nie istniał.

W doktrynie odnośnie do dopuszczalności (ważności) umowy ugody co do sporu/niepewności w przedmiocie istnienia pierwotnego stosunku prawnego dostrzegalna jest różnica poglądów.

Argumenty na rzecz ważności takiej ugody, obok fundamentalnego, jakim jest zasada swobody umów (art. 353¹ k.c.), są – w pewnym skrócie, z uwagi na obszerność zagadnienia – następujące: 1) istnienie ryzyka konsekwencji ewentualnego nieistnienia pierwotnego stosunku prawnego dla obu stron; 2) istnienie normy wynikającej z art. 918 § 1 k.c., zgodnie z którą strony mogą się powołać jedynie na błąd co do stanu faktycznego, który obie strony uważały za niewątpliwy; 3) konstytutywny⁴⁷ charakter umowy ugody w zakresie stabilizacji stosunku prawnego i likwidacji stanu niepewności leżącego przynajmniej po jednej ze stron kontraktu⁴⁸; 4) brak ograniczeń w art. 917 k.c. co do zakresu, w jakim sporny stosunek może być objęty ugodą, który to zresztą argument wyraził w omawianym orzeczeniu SN;⁴⁹ 5) pozostawianie przez podmioty zawierające ugodę w stosunkach wynikających z różnych zdarzeń prawnych; „Na tle tych relacji – po pierwsze – może wystąpić błędna ocena, że mają one charakter prawny (strony zakładają, że łączy je stosunek prawny), a – po drugie – może powstać wątpliwość lub spór co do doniosłości prawnej stosunku łączącego strony. W obu przypadkach dopuszczalne jest zawarcie ugody w rozumieniu art. 917 k.c. Uгода może więc dotyczyć stosunku prawnego, który w rzeczywistości nie istnieje, jeśli tylko strony są przekonane o jego istnieniu lub – licząc się z taką możliwością – mają wątpliwości co do jego istnienia”⁵⁰.

Argumenty przeciwko dopuszczalności ugody co do nieistniejącego stosunku prawnego odnoszą się przede wszystkim do wykładni językowej art. 917 k.c. i zwrotu „w zakresie istniejącego (...) stosunku prawnego”⁵¹. Z. Radwański twierdzi, że „zawsze za niewątpliwe między stronami muszą uchodzić co najmniej takie elementy stanu faktycznego, które decydują o istnieniu stosunku prawnego. Każdy bowiem stosunek prawny *ex vi definitionis*

⁴⁷ Tak Z. Masłowski, *Uznanie, ugoda...*, s. 21, 50–52. Pojęcie „konstytutywny” w tym kontekście budzi pewne wątpliwości i wydaje się, że „sanujący” lub „uzupełniający” byłoby sformulowaniem bardziej trafnym.

⁴⁸ Tak też M. Pyziak-Szafnicka, *Uгода (w:) System prawa prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004, s. 871–872.

⁴⁹ Argumenty 1–4: Z. Masłowski, *Uznanie, ugoda...*, s. 21, 50–52.

⁵⁰ M. Pyziak-Szafnicka, *Uгода (w:) System...*, s. 871.

⁵¹ Tak Z. Radwański, *Uгода (w:) System prawa cywilnego t. 3, cz. 2, Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976, s. 1078.

uzależniony jest od jakichś zdarzeń prawnych”⁵². Również D. Dulęba wyklucza dopuszczalność zawarcia ugody co do nieistniejącego stosunku prawnego, ponieważ „przyznanie takiej kompetencji stronom nie jest przewidziane w przepisach prawa”⁵³. Autor ten wskazuje, że zgodność opisu zdarzeń prawnych z rzeczywistością jest wartością nadrzędną w stosunku do likwidacji niepewności lub sporu, a „nie jest możliwe budowanie pojednania stron na bazie fałszywych założeń”⁵⁴.

Dotychczasowe orzecznictwo zdaje się dopuszczać zawarcie ugody co do nieistniejącego stosunku prawnego, z pewnymi wyjątkami⁵⁵. Już na gruncie Kodeksu zobowiązań⁵⁶ SN w 1937 r. orzekł, że jedyną podstawą wzruszenia umowy ugody może być błąd⁵⁷. W innym orzeczeniu SN z 1974 r., na który to wyrok powołał się również SN w omawianym wyroku, wsparł pogląd wykluczający powoływanie się przez stronę po zawarciu umowy ugody na nieistnienie pierwotnego stosunku prawnego. „Wobec braku ograniczenia w art. 917 k.c. zakresu, w jakim stosunek sporny może być objęty ugodą, przyjąć należy, że ugoda może dotyczyć także sporu w przedmiocie istnienia stosunku prawnego”⁵⁸. Warto odnotować, że w tym wyroku sąd przyznał ugodzie charakter prawotwórczy, mimo jej zasadniczego charakteru polegającego na zmianie pierwotnego stosunku prawnego, natomiast krytycznie do wyroku odnieśli się glosatorzy⁵⁹.

W 2011 r. Sąd Najwyższy stwierdził, powołując się i niejako potwierdzając powyższe orzeczenie z 1974 r., że „wobec braku ograniczenia w art. 917 k.c. zakresu, w jakim sporny stosunek może być objęty ugodą, należy przyjąć, iż ugoda może dotyczyć także sporu w przedmiocie samego istnienia stosunku prawnego”⁶⁰. Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Krakowie w 2016 r.⁶¹

Należy jednak odnotować w orzecznictwie pogląd przeciwny, wyrażony przez SN w 1981 r. „Zobowiązanie się w ugodzie (...) do świadczenia mającego na celu naprawienie szkody, o wartości znacznie przewyższającej wysokość szkody, nie może być uznane za wzajemne ustępstwo, lecz za zobowiązanie się do świadczenia bez tytułu, a to sprawia, że w tej części ugoda jest dotknięta nieważnością. Jeżeli (...) szkoda powoda wyraża się określoną sumą, to ugoda w części dotyczącej zobowiązania się (...) do świadczenia ponad wymienioną

⁵² Z. Radwański, *Ugoda* (w:) *System...*, s. 1078.

⁵³ D. Dulęba, *Ugoda w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2012, s. 150.

⁵⁴ D. Dulęba, *Ugoda...*, s. 68.

⁵⁵ Zob. także wyrok SN z 29.05.2015 r. (V CSK 446/14), LEX nr 1793712.

⁵⁶ Ustawa z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. z 1933 r. nr 82 poz. 598 ze zm.).

⁵⁷ Orzeczenie SN z 8.11.1937 r. (C. II. 1120/37), niepubl., w dawnych zbiorach LexPolonica.

⁵⁸ Wyrok SN z 24.06.1974 r. (III CRN 110/74), OSPiKA 1974/4, poz. 98, s. 191.

⁵⁹ S. Prutis, S. Srocki, *Glosa krytyczna do wyroku SN z 24.06.1974 r. (III CRN 110/74)*, OSPiKA 1974/4, poz. 98, „Państwo i Prawo” 1976/1–2, s. 257.

⁶⁰ Wyrok SN z 2.12.2011 r. (III PK 28/11), LEX nr 1163947.

⁶¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 8.04.2016 r. (I ACa 1481/15), LEX nr 2031151.

sumę jest nieważna (art. 58 § 1 i 3 k.c.)”⁶². Również w 2019 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie odrzucił możliwość, by umowa ugody kreowała stosunek zobowiązaniowy pomiędzy stronami⁶³.

Próbując odnaleźć balans między poglądami wyrażonymi w literaturze i orzecznictwie, wskazano następujące sytuacje, które będą rodzić różne konsekwencje:

- 1) Świadomość stron co do nieistnienia pierwotnego stosunku prawnego – umowa ugody będzie „najczęściej nieważna [będzie czynnością prawną pozorną (art. 83 k.c.) albo czynnością mającą na celu obejście ustawy (art. 58 k.c.)] lub też będzie zakwalifikowana jako inny kontrakt (gdy obie strony są świadome nieistnienia roszczeń czy stosunku pierwotnego, jednak pozostają przekonane, że umowę ugody można wówczas zawrzeć)”⁶⁴;
- 2) Ważność ugody, gdy strony godzą roszczenia wynikające z koniunkcji nieważnej czynności prawnej z innym zdarzeniem prawnym (np. spełnienia świadczeń nienależnych, *culpa in contrahendo* oraz roszczeń o ustalenie);
- 3) Jednostronna świadomość nieistnienia pierwotnego stosunku prawnego – mogą się aktualizować normy wynikające z przepisów o podstępie (art. 86 k.c.);
- 4) Brak wiedzy stron o faktycznym nieistnieniu pierwotnego stosunku prawnego w sytuacji, gdy jest to przedmiotem ich sporu lub niepewności – ugoda jest ważna, a strony nie mogą się powołać na błąd zgodnie z art. 918 k.c.;
- 5) Nieświadomość obu stron co do nieistnienia stosunku – umowa ugody jest ważna, lecz strony mogą się powołać na błąd z art. 918 k.c.⁶⁵

Nie ulega wątpliwości, że omawiany wyrok nie przetnie definitywnie dyskusji na temat dopuszczalności zawarcia umowy ugody w sytuacji nieistnienia pierwotnego stosunku prawnego. Stanowi jednak potwierdzenie słusznego kierunku, w którym zdaje się podążać orzecznictwo. Podkreślić należy, że badając zobowiązania wynikające z umowy ugody, sąd powinien przede wszystkim analizować jej treść i przyjąć możliwość dysponowania przez strony swoją sytuacją prawną. Ugoda powinna bowiem realizować cel stabilizujący.

T.P.A.

⁶² Wyrok SN z 26.11.1981 r. (IV CR 424/81), LEX nr 8375.

⁶³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 5.09.2019 r. (V ACa 596/18), LEX nr 2760481.

⁶⁴ T.P. Antoszek (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, Art. 627–1088, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, komentarz do art. 917, nb 44.

⁶⁵ T.P. Antoszek (w:) *Kodeks...*, nb 45–48.

Postanowienie Sądu Najwyższego z 19.02.2021 r. (III CSKP 33/21)⁶⁶

Niedopuszczalne jest ustanowienie w postanowieniu prokuratora o zabezpieczeniu majątkowym wydanym w postępowaniu karnym jednej hipoteki przymusowej, która ma równocześnie zabezpieczyć należności Skarbu Państwa i poszkodowanego. Nie jest wówczas dopuszczalne dokonanie „podziału” hipoteki przez sąd wieczystoksięgowy i dokonanie wpisu „części” hipoteki zabezpieczającej karę grzywny.

Stan faktyczny

Prokurator wystąpił z wnioskiem o wpis w księdze wieczystej hipoteki przymusowej na rzecz Prokuratury Okręgowej w K. na podstawie dołączonego do wniosku postanowienia prokuratora o zabezpieczeniu majątkowym na mieniu podejrzanego grożącej kary grzywny i obowiązku naprawienia szkody. Sąd wieczystoksięgowy oddalił ten wniosek, ponieważ dokument, który został dołączony do wniosku, nie spełniał wymagań co do formy przewidzianej dla dokumentów stanowiących podstawę wpisów w księgach wieczystych. Załączony do wniosku dokument stanowił jedynie kserokopię postanowienia prokuratora o zabezpieczeniu majątkowym, na której umieszczono wyłącznie pieczęć urzędową Prokuratury. Co więcej, do wniosku nie dołączono odpisu postanowienia prokuratora zaopatrzonego we wzmiankę o wykonalności (art. 743 § 2 k.p.c.⁶⁷ w zw. z art. 292 § 1 k.p.k.⁶⁸), która powinna przybrać formę podpisanej przez prokuratora odrębnej adnotacji o wykonalności.

W ocenie sądu wieczystoksięgowego w sprawie zachodziła kolejna przeszkoda do dokonania wpisu hipoteki przymusowej, ponieważ wymienione postanowienie o zabezpieczeniu majątkowym nie określało precyzyjnie osoby wierzyciela, wskazanie to zaś nie może wynikać wyłącznie z treści wniosku o wpis hipoteki. Niedopuszczalne jest, by w ramach jednej hipoteki doszło do zabezpieczenia dwóch różnych wierzytelności na rzecz dwóch różnych osób: pokrzywdzonego i Skarbu Państwa.

Prokurator wniósł apelację, która została oddalona, a następnie skargę kasacyjną.

Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego

Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną prokuratora, podtrzymując odmowę wpisu hipoteki.

W omawianym postanowieniu Sąd Najwyższy nie podzielił poglądu wcze-

⁶⁶ Postanowienie SN z 19.02.2021 r. (III CSKP 33/21), OSNC 2022/2, poz. 16.

⁶⁷ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.), dalej k.p.c.

⁶⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375), dalej k.p.k.

śniej wyrażonego w orzeczeniu Sądu Najwyższego z 5.06.2019 r.⁶⁹, wedle którego zabezpieczenie majątkowe prokuratora jest w istocie zabezpieczeniem „w sprawie”, a nie w odniesieniu do osób poszkodowanych, które dopiero ujawnione w prawomocnym wyroku mogą z tego tytułu dochodzić swoich praw na drodze cywilnej w razie nieuwzględnienia ich roszczeń na gruncie postępowania karnego. Rozstrzygnięcie to nie spotkało się z aprobatą w literaturze⁷⁰.

Sąd Najwyższy w komentowanym postanowieniu przypominał, że do zasadniczych elementów hipoteki przymusowej należy określenie wierzyciela wierzytelności hipotecznej oraz przedmiotu hipoteki i wysokości sumy hipotecznej. Wymogi, jakim powinno odpowiadać postanowienie prokuratora o zabezpieczeniu, reguluje również art. 293 § 2 zd. 1 k.p.k. W postanowieniu określa się kwotowo zakres i sposób zabezpieczenia, uwzględniając rozmiar możliwej do orzeczenia w okolicznościach danej sprawy grzywny, środków karnych, przepadku lub środków kompensacyjnych. Oznacza to m.in., że w postanowieniu prokuratora powinny znaleźć się wszystkie elementy konstytuujące powstanie hipoteki, tj. wskazanie przedmiotu hipoteki, rodzaju wierzytelności, wysokości hipoteki i określenie wierzyciela hipotecznego.

Niedopuszczalne jest ustanowienie w postanowieniu prokuratora jednej hipoteki przymusowej, która ma równocześnie zabezpieczać należności Skarbu Państwa i poszkodowanego. Wówczas zachodzi przeszkoda do dokonania takiego wpisu (art. 626⁹ k.p.c.). W szczególności nie jest dopuszczalne dokonanie „podziału” hipoteki przez sąd wieczystoksięgowy i dokonanie wpisu „części” hipoteki zabezpieczającej karę grzywny. Stoi temu na przeszkodzie choćby brak określenia w tym przypadku wysokości zabezpieczanej wierzytelności.

Na zakończenie Sąd Najwyższy przypominał, że postanowienie prokuratora o zabezpieczeniu majątkowym – w celu uzyskania wpisu hipoteki przymusowej – powinno zostać zaopatrzone przez prokuratora we wzmiankę o wykonalności (art. 743 § 2 zd. 2 k.p.c. w zw. z art. 292 § 1 k.p.k.⁷¹).

Ocena rozstrzygnięcia

Omawiane orzeczenie dotyczy istotnego z punktu widzenia praktyki zagadnienia, jakim jest ustanawianie hipoteki przymusowej przez prokuratora. Prokuratura w postępowaniach karnych coraz częściej sięga po majątek oskarżonego⁷², a ponieważ nieruchomości stanowią najczęściej aktywa reprezentujące najwyższą wartość, popularność hipotek przymusowych w postępowaniu karnym rośnie. Niestety hipoteka jest instytucją prawa cywilnego i nie da się jej

⁶⁹ Postanowienie SN z 6.06.2019 r. (V CSK 145/18), OSNC-ZD 2020/D. poz. 61.

⁷⁰ Zob. T. Czech, *Zbiornica hipoteka przymusowa w postępowaniu karnym. Glosa do postanowienia SN z 5.06.2019 r. (V CSK 145/18)*, „Przegląd Sądowy” 2020/3, s. 110–118.

⁷¹ Postanowienie SN z 14.02.2014 r. (IV CSK 275/13), LEX nr 1441195.

⁷² Zabezpieczenia tego rodzaju obecnie wykorzystuje się coraz częściej, zwłaszcza w postępowaniu przygotowawczym, co wiązać należy m.in. z wewnętrznymi wytycznymi stosowanymi od kilku lat w prokuraturze. T. Czech, *Zbiornica hipoteka przymusowa...*, s. 110.

zawsze dostosować do potrzeb postępowania karnego, co doskonale przedstawia opisana sprawa i konsekwencje praktyczne takiego rozstrzygnięcia.

Postanowienie Sądu Najwyższego zawiera dwie istotne tezy, z których wyjdaje się, że tylko ta druga wymaga omówienia. Pierwsza teza wskazuje wymogi formalne wniosku wieczystoksięgowego prokuratora o wpis hipoteki przymusowej. Druga dotyczy możliwości ustanowienia przez prokuratora hipoteki przymusowej zabezpieczającej należności kilku wierzycieli, którymi najczęściej będą pokrzywdzeni i Skarb Państwa.

Sąd Najwyższy, odstępując od wcześniej wyrażonego przez siebie poglądu, którym to najprawdopodobniej kierował się prokurator, składając wniosek, stwierdził, że hipoteka każdorazowo – zgodnie z zasadą szczegółowości – zabezpiecza oznaczoną wierzytelność wynikającą z określonego stosunku prawnego, co czyni niezbędnym dokładne oznaczenie wierzytelności, którą hipoteka zabezpiecza. Dla przypomnienia, zasada szczegółowości wyrażona jest w art. 65 ust. 1 u.k.w.h. Wymaga ona podwójnego sprecyzowania przedmiotu zabezpieczenia, tj. wskazania zarówno wierzytelności, jak i stosunku prawnego, z którego ona wynika⁷³. Z tego powodu nie jest dopuszczalne ustanowienie hipoteki na rzecz Skarbu Państwa w celu zabezpieczania wierzytelności również innych osób. Stanowisko to uznać należy za prawidłowe. W polskim prawie hipotecznym z zasadą szczegółowości hipoteki jest związana zasada akcesoryjności. Występuje ona m.in. na płaszczyźnie podmiotowej. Oznacza powiązanie normatywne między osobą uprawnioną z tytułu hipoteki a wierzycielem, któremu przysługuje zabezpieczona wierzytelność. Osoby te powinny być tożsame⁷⁴. Wyjątek od tej reguły wprowadzono w odniesieniu do administratora hipoteki (art. 68² u.k.w.h.)⁷⁵, dzięki któremu można jedną hipoteką zabezpieczyć wierzytelności przysługujące kilku podmiotom. Niestety administrator hipoteki nie znajduje zastosowania do hipotek przymusowych ustanawianych przez prokuratora. Instytucja ta została stworzona do innych stanów faktycznych. Po pierwsze, powołanie administratora hipoteki następuje w drodze umowy na piśmie pod rygorem nieważności. Po drugie, powołanie administratora hipoteki zostało ograniczone jedynie do „wierzytelności służących zabezpieczeniu tego samego przedsięwzięcia” (art. 68² ust. 1 zd. 1 u.k.w.h.).

Nie da się ukryć, że w przypadku wielu pokrzywdzonych dużym ułatwieniem byłoby ustanowienie jednej hipoteki przymusowej, która zabezpiecza sumę potrzebną do naprawienia szkody wszystkim pokrzywdzonym. Niestety z powodów wskazanych powyżej (konstrukcja prawna hipoteki) jest to aktualnie niedopuszczalne. Powoduje to konieczność ustanawiania przez proku-

⁷³ Więcej o zasadzie szczegółowości zob. J. Pisuliński (w.): *System prawa prywatnego*, red. E. Gniewek, Warszawa 2012, t. 4, s. 561; B. Swaczyna (w.): *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Postępowanie wieczystoksięgowe. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2014, komentarz do art. 65.

⁷⁴ Postanowienie SN z 20.04.2005 r. (V CK 2/05), LEX nr 584209.

⁷⁵ Więcej zob. T. Czech, *Konstrukcja prawna administratora hipoteki*, „Rejent” 2012/12, s. 61–86; M. Kučka, *Administrator zabezpieczeń*, Warszawa 2017.

ratora odrębnej hipoteki przymusowej na zabezpieczenie roszczeń każdego z pokrzywdzonych oraz odrębnej hipoteki na rzecz Skarbu Państwa tytułem zabezpieczenia kosztów postępowania i grzywny.

Rozwiązanie to od strony praktycznej wywołuje problemy związane z pierwszeństwem tych hipotek, gdyż w zależności od kolejności, w jakiej prokurator będzie składał wnioski wieczystoksięgowe, takie pierwszeństwo uzyska hipoteka przymusowa przed kolejnymi hipotekami obciążającymi ten sam przedmiot. Zgodnie z art. 12 ust. 1 u.k.w.h. o pierwszeństwie ograniczonych praw rzeczowych wpisanych do księgi wieczystej rozstrzyga chwila, od której liczy się skutki dokonanego wpisu. Może to powodować nieuzasadnione uprzywilejowanie jednych pokrzywdzonych względem innych, szczególnie w sytuacji, gdy wartość obciążonej nieruchomości nie pokryje wszystkich roszczeń. Pokrzywdzeni nie mają żadnego wpływu na to, w jakiej kolejności prokurator składa wnioski wieczystoksięgowe. Aby uzyskać równe pierwszeństwo wszystkich hipotek przymusowych (co wydaje się pożądane), prokurator musiałby składać wszystkie wnioski jednocześnie. Zgodnie z art. 12 ust. 2 u.k.w.h. prawa wpisane na podstawie wniosków złożonych równocześnie mają równe pierwszeństwo. W praktyce wydaje się to niewykonalne, gdyż często w trakcie postępowania przygotowawczego, wraz z prowadzeniem postępowania karnego, sukcesywnie ujawniani są kolejni pokrzywdzeni. Trudno wymagać od prokuratora, aby dodatkowo troszczył się o pierwszeństwo poszczególnych hipotek przymusowych. Kolejny problem praktyczny to brak możliwości zabezpieczenia majątku hipoteką przymusową na poczet obowiązku naprawienia szkody pokrzywdzonych, którzy nie są jeszcze ustaleniami przez prokuratora. Może to prowadzić do wyzbycia się przez oskarżonego majątku, zanim prokurator ustali pokrzywdzonego.

Niestety wobec aktualnego brzmienia przepisów ustawy o księgach wieczystych i hipotece oraz Kodeksu postępowania karnego wydaje się, że problemów tych nie uda się uniknąć. Jak podkreślono wcześniej, hipoteka jest instytucją prawa cywilnego i nie zawsze znajdzie oczekiwane zastosowanie w postępowaniu karnym. Wymagałoby to wprowadzenia szczególnych przepisów⁷⁶.

T. H.

**ODPOWIEDZIALNOŚĆ UPRAWNIONEGO DO ZACHOWKU POWOŁANEGO DO DZIEDZICZENIA
ZA ZAPISY ZWYKŁE I POLECENIA**

Uchwała Sądu Najwyższego z 8.09.2021 r. (III CZP 7/21)⁷⁷

Podstawą do obliczenia należnego uprawnionemu zachowku (art. 998 § 1 k.c.) jest udział spadkowy, o którym mowa w art. 931 § 1 k.c., z uwzględnieniem zakresu podmiotowego wskazanego w art. 992 k.c. Uprawniony

⁷⁶ Więcej na ten temat zob. J. Pisuliński, *Hipoteka kaucyjna*, Kraków 2002, s. 122–130 oraz 204–205.

⁷⁷ Uchwała SN z 8.09. 2021 r. (III CZP 7/21), OSNC 2022/4, poz. 34, LEX nr 3216837.

do zachowku powołany do dziedziczenia ponosi odpowiedzialność za zapisy zwykłe i polecenia tylko do wysokości nadwyżki przekraczającej wartość tego udziału spadkowego.

Stan faktyczny

Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo zapisobiercy o zobowiązanie spadkobierców do złożenia oświadczeń woli o przeniesieniu na powoda w wykonaniu zapisu zwykłego udziałów we współwłasności nieruchomości oraz o nakazanie pozwanym wydania tej nieruchomości, a także oddalił powództwo wzajemne o zapłatę. Obie strony zaskarżyły wyrok apelacją.

W omawianej uchwale Sąd Najwyższy rozstrzygnął przedstawione mu przez sąd drugiej instancji (Sąd Apelacyjny w Warszawie) zagadnienie prawne w budzącej od lat spory kwestii wykładni art. 998 § 1 k.c. Przypomnijmy, że zgodnie z tym przepisem „Jeżeli uprawniony do zachowku jest powołany do dziedziczenia, ponosi on odpowiedzialność za zapisy zwykłe i polecenia tylko do wysokości nadwyżki przekraczającej wartość udziału spadkowego, który stanowi podstawę do obliczenia należnego uprawnionemu zachowku”. Kontrowersje budzi w tym przypadku znaczenie, jakie należy przypisywać zwrotowi „wartość udziału spadkowego, który stanowi podstawę do obliczenia zachowku”. W treści przedstawionego przez Sąd Apelacyjny w Warszawie zagadnienia prawnego kontrowersje te sprowadzono do następującego pytania: „Czy przy określaniu odpowiedzialności spadkobiercy na podstawie art. 998 § 1 k.c., należy mieć na względzie nadwyżkę przekraczającą wartość udziału spadkowego, który stanowi podstawę do obliczenia należnego uprawnionemu zachowku, tj. część spadku obliczoną na podstawie art. 931 § 1 k.c., czy nadwyżkę przekraczającą wartość zachowku spadkobiercy obciążonego zapisem, tj. część spadku obliczoną na podstawie ułamka uzyskanego na podstawie art. 991 § 1 k.c. (w obu przypadkach z uwzględnieniem art. 992 k.c.)?”.

Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego

Zdaniem Sądu Najwyższego w kontekście sformułowania użytego w art. 998 § 1 k.c. podstawą do obliczenia należnego uprawnionemu zachowku jest udział spadkowy, o którym mowa w art. 931 § 1 k.c., z uwzględnieniem zakresu podmiotowego wskazanego w art. 992 k.c. W rezultacie uprawniony do zachowku powołany do dziedziczenia ponosi odpowiedzialność za zapisy zwykłe i polecenia tylko do wysokości nadwyżki przekraczającej wartość tego udziału spadkowego. Mówiąc najprościej, problem sprowadzający się do tego, czy zakres ochrony uprawnionego do zachowku przed roszczeniami o wykonanie zapisów zwykłych wyznacza wartość jego udziału spadkowego, czy też niższa z natury rzeczy wartość należnego mu zachowku, Sąd Najwyższy rozstrzygnął na korzyść szerszej ochrony uprawnionego do zachowku wyznaczonej przez wartość udziału spadkowego. Należy podkreślić, że znaczenie omawianej tutaj uchwały

polega na tym, iż pomimo doktrynalnych sporów dotychczasowe stanowisko SN w kwestii wykładni art. 998 § 1 k.c. wyrażono w uzasadnieniu uchwały SN z 31.01.2001 r.⁷⁸, w której to przyjęto, że wyznaczając zakres odpowiedzialności uprawnionego do zachowku za zapisy (zwykle) i polecenia art. 998 § 1 k.c., ma na względzie część spadku obliczoną na podstawie ułamka uzyskanego na podstawie art. 991 § 1 k.c., a nie część spadku obliczoną na podstawie art. 931 k.c. W omawianej tutaj uchwale z 8.09.2021 r. Sąd Najwyższy wyraził jednak odmienne zapatrywanie na tę kwestię.

Za odstępniem od dotychczasowego stanowiska SN przemawiać mają następujące argumenty przytoczone w uzasadnieniu uchwały z 8.09.2021 r. Przede wszystkim wskazano w niej argumenty natury językowej. W art. 998 § 1 k.c. jest wszakże mowa o nadwyżce ponad „wartość udziału spadkowego”, a nie ponad „wartość zachowku”. Dodatkowo Sąd Najwyższy powołał się w istocie na tzw. zakaz wykładni synonimicznej. Porównując brzmienie art. 998 § 1 k.c. i art. 999 k.c., doszedł bowiem do wniosku, że wykładnia tego pierwszego przepisu uzależniająca zakres ochrony uprawnionego do zachowku od wartości należnego mu zachowku zrównywałaby zakresy ochrony przewidziane w obydwu wymienionych wyżej przepisach, pomimo iż posłużono się w nich niewątpliwie różnymi zwrotami. W pierwszym zakresie ochrony wyznacza wartość udziału spadkowego, który stanowi podstawę do obliczenia należnego uprawnionemu zachowku, w drugim zaś należy mu zachówek. Jeśli spojrzeć od strony zakresu odpowiedzialności uprawnionego do zachowku, w porównywanych przypadkach odpowiada on za zapisy i polecenia „do wysokości nadwyżki przekraczającej wartość udziału spadkowego, który stanowi podstawę do obliczenia należnego uprawnionemu zachowku” (art. 998 § 1 k.c.), a za zachówek należy innym uprawnionym „do wysokości nadwyżki przekraczającej jego własny zachówek” (art. 999 k.c.).

Wobec powyższego Sąd Najwyższy doszedł do wniosku, że zrównanie obu porównywanych podstaw ograniczenia odpowiedzialności za zobowiązania uprawnionego do zachowku „stanowiłoby niemające podstaw wkroczenie organu stosującego prawo, jakim jest sąd, w sferę prawodawczą. W istocie bowiem stanowiłoby wyraz zapatrywania sądu co do tego, jaki mechanizm uznaje za słuszny niezależnie od brzmienia przepisu i (...) reguł wykładni prawa”. Poza tym należy odnotować, że Sąd Najwyższy odwołał się w uzasadnieniu omawianej uchwały do wątków systemowych i celowościowych. Wskazał np., że „cel instytucji zachowku nie daje podstaw do przyjęcia zapatrywania, iżby granicę odpowiedzialności wskazaną w tym przepisie (tj. art. 998 § 1 k.c. – przyp. K.Sz.) stanowić miała wartość samego zachowku, tj. wartość obliczona na podstawie art. 991 k.c.”⁷⁹. Wreszcie dość obszernie zreferowano w uzasadnieniu ramy, jakie instytucji zachowku wyznacza Konstytucja RP⁸⁰, a zwłaszcza przewidziane w art. 21 ust. 1 i 64 Konstytucji RP prawo (wolność) dziedziczenia, pojmowane

⁷⁸ Uchwała SN z 31.01.2001 r. (III CZP 50/00), OSNC 2001/7–8, poz. 99, LEX nr 44996.

⁷⁹ Uchwała SN z 8.09.2021 r. (III CZP 50/00), OSNC 2001/7–8, poz. 99, LEX nr 44996.

⁸⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).

jako wolność dysponowania majątkiem na wypadek śmierci (prawo spadkodawcy), a nie prawo do nabycia majątku po śmierci danej osoby (prawo spadkobiercy). Trudno jednak wskazać, jakiego istotnego z perspektywy wykładni art. 998 § 1 k.c. argumentu natury systemowej mają dostarczać te obszerne wywody Sądu Najwyższego. Można nawet zaryzykować twierdzenie, że gdyby Sąd Najwyższy nie zatrzymał się w procesie wykładni na etapie argumentów językowych, to z rozważań dotyczących wykładni systemowej i celowościowej mógłby wyprowadzić argumenty przemawiające na rzecz przeciwnego rozstrzygnięcia niż sformułowane w uchwale z 8.09.2021 r.

Ocena rozstrzygnięcia

Przechodząc do oceny zapadłego rozstrzygnięcia, trzeba przede wszystkim podkreślić, że tylko pozornie trafne są wysunięte przez Sąd Najwyższy argumenty językowe. Należy bowiem zwrócić uwagę, że użytemu w art. 998 § 1 k.c. sformułowaniu przypisuje się w doktrynie co najmniej trzy różne znaczenia. Po pierwsze, „wartość udziału spadkowego, która stanowi podstawę do obliczenia zachowku” jest pojmowana jako wartość tzw. hipotetycznego udziału spadkowego, czyli – tak jak przyjął Sąd Najwyższy w omawianej uchwale – wartość udziału obliczonego przy zastosowaniu art. 931 § 1 k.c. z uwzględnieniem zakresu podmiotowego wskazanego w art. 992 k.c.⁸¹ Po drugie, zwrot ten jest utożsamiany z wartością tzw. zachowku potencjalnego, czyli iloczynu hipotetycznego udziału spadkowego i ułamka 1/2 albo 2/3, o którym mowa w art. 991 § 1 k.c.⁸² Po trzecie, analizowanemu tutaj sformułowaniu przypisuje się znaczenie właściwe dla tzw. zachowku umniejszonego, przez co należy rozumieć zachówek potencjalny zredukowany dodatkowo w myśl regulacji pomieszczonych w art. 993–997 k.c. (a więc np. o przekraczające przeciętną miarę koszty edukacji uprawnionego do zachowku)⁸³. Z uwagi na to, że w kontekście użytego w art. 999 k.c. zwrotu „wartość nadwyżki przekraczającej jego własny zachówek” przez zachówek należy rozumieć zachówek umniejszony (a nie – jak wskazuje Sąd Najwyższy – tzw. zachówek potencjalny, o którym mowa w art. 991 k.c.)⁸⁴, Sąd Najwyższy nie ma racji, wskazując na ewentualność naruszenia zakazu wykładni synonimicznej. Odpowiadając na postawione przez sąd apelacyjny pytanie prawne, Sąd Najwyższy rozważał bowiem alternatywę znaczeń pierwszego i drugiego. Jeżeli zatem przyjąłby, że w art. 998 § 1 k.c. chodzi o ograniczenie odpowiedzialności za zapisy zwykłe i polecenia do wysokości nadwyżki przekraczającej wartość wyznaczoną przez drugie z podanych wyżej znaczeń,

⁸¹ E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2011, LEX/el., uwagi do art. 998, nt 3.

⁸² J. Pietrzykowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, t. 3, s. 1916.

⁸³ J.S. Piątkowski, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 226.

⁸⁴ T. Sokołowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, t. 3, Legalis/el., uwagi do art. 999, nb 2; P. Księżak, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2012, s. 388–389; W. Borysiak, E. Skowrońska-Bocian (w:) *System prawa prywatnego*, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015, Legalis/el., s. 730.

to wcale nie doprowadziłoby to do utożsamienia znaczeń zwrotów użytych w art. 998 § 1 k.c. i art. 999 k.c.

Przeciwko przyjętej w uchwale z 8.09.2021 r. wykładni art. 998 k.c. przemawiają również podnoszone już wcześniej w doktrynie argumenty systemowe i celowościowe. Jeżeli bowiem z art. 21 ust. 1 Konstytucji RP wynika pozytywny nakaz stanowienia takiego prawa, które pozostawać będzie w zgodzie z wolą spadkodawcy – na co Sąd Najwyższy wskazuje w uzasadnieniu omawianej uchwały – to bez wątpienia nie odpowiada temu nakazowi przyjęta przez Sąd Najwyższy interpretacja art. 998 § 1 k.c. Prowadziłaby ona wszakże do tego, że w najbardziej typowych sytuacjach zapisy zwykle ustanawiane przez spadkodawców okazywałyby się bezskuteczne, ze względu na wyłączenie odpowiedzialności spadkobierców⁸⁵. Zilustrujmy to wielokrotnie przywoływanym w literaturze przykładem: „spadkodawca powołał do spadku trzech synów A, B i C, którzy spadek o wartości 90.000 zł przyjęli. Wartość udziału stanowiącego podstawę obliczenia zachowku, przy zastosowanej metodzie liczenia, wynosi dla każdego ze spadkobierców 30.000 zł. Ponieważ jednocześnie jest to wartość otrzymanego przez każdego ze spadkobierców udziału w spadku, wartość nadwyżki (różnica pomiędzy udziałem otrzymanym i udziałem stanowiącym podstawę ustalenia zachowku) jest zerowa. Oznacza to, że żaden ze spadkobierców nie odpowiada za zapisy zwykle”⁸⁶. Trafnie skonkludował tę kwestię P. Księżak, wskazując, że trudno jest zaakceptować taką wykładnię art. 998 § 1 k.c., w wyniku której w typowej sytuacji spadkodawca nie może skutecznie obciążyć swoich zstępnych lub małżonka zapisem zwykłym lub poleceniem⁸⁷. Ponadto patrząc od strony funkcji art. 998 k.c., należy dojść do wniosku, że przepis ten chronić ma prawo do zachowku, a nie prawo do udziału w spadku, którego wartość ekonomiczna jest z reguły większa aniżeli wartość zachowku, co wynika z regulacji art. 991 § 1 k.c. Funkcji zachowku nie podważa również to, że odrzucona przez Sąd Najwyższy wykładnia art. 998 § 1 k.c. prowadzi do szerszej ochrony uprawnionego do zachowku przed roszczeniami o wykonanie zapisów zwykłych niż przed roszczeniami o zachówek innych uprawnionych (art. 999 k.c.). Jak słusznie zauważył bowiem P. Księżak, niezależnie od przewidzianego w art. 999 k.c. ograniczenia odpowiedzialności danego spadkobiercy uprawniony do zachowku może żądać jego uzupełnienia od innych spadkobierców, jak i zapisobierców windykacyjnych oraz obdarowanych. Finalnie jego sytuacja jest zatem lepsza niż sytuacja zapisobiercy zwykłego, który nie ma takich możliwości w odniesieniu do obdarowanego⁸⁸.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że paleta wchodzących w grę rozstrzygnięć problemu interpretacyjnego, jaki już dawno wyłonił

⁸⁵ B. Kordasiewicz (w:) *System prawa prywatnego*, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015, Legalis/el., s. 1104.

⁸⁶ B. Kordasiewicz (w:) *System...*, t. 10, s. 1104.

⁸⁷ P. Księżak, *Zachówek...*, s. 386.

⁸⁸ P. Księżak, *Zachówek...*, s. 388.

się na gruncie art. 998 § 1 k.c., jest bogatsza niż alternatywa, przed którą postawiony został Sąd Najwyższy za sprawą zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Apelacyjny w Warszawie. Nie ulega wątpliwości, że rozstrzygnięcie zawarte w uchwale z 8.09.2021 r. stanowi wyraźny krok wstecz w stosunku do dotychczasowego stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego w uchwale z 30.01.2001 r.

K.Sz.

Roszczenie o wydanie korzyści uzyskanej wskutek naruszenia wizerunku

Wyrok Sądu Najwyższego z 16.12.2020 r. (I CSK 790/18)⁸⁹

1. Osobie, której wizerunek rozpowszechniono bez jej zgody, przysługuje roszczenie o wydanie przez naruszciciela uzyskanej z tego tytułu korzyści (art. 405 k.c.).

2. Korzyść uzyskana w wyniku komercyjnego rozpowszechniania wizerunku osoby znanej bez jej zgody może odpowiadać wysokości wynagrodzenia należnego tej osobie w razie zawarcia przez nią umowy o rozpowszechnienie wizerunku.

Stan faktyczny

Omawiany wyrok zapadł w wyniku rozpoznania skargi kasacyjnej w sprawie zainicjowanej przez powoda będącego sławnym piłkarzem, którego wizerunek został wykorzystany bez jego zgody do celów reklamowych przez dwóch przedsiębiorców działających w formie spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. Powoda łączyła z jednym z pozwanych umowa, na mocy której był on uprawniony do wykorzystania wizerunku powoda, jednakże owo wykorzystanie nastąpiło już po zakończeniu okresu objętego taką umową.

Sąd pierwszej instancji przyjął, że doszło do naruszenia przez jedną z pozwanych umowy zawartej z powodem, jako że wizerunek powoda został wykorzystany w okresie już po jej wygaśnięciu i z naruszeniem wymienionych w tej umowie pól eksploatacji, a więc bez zgody powoda. Sąd ten zasądził na rzecz powoda sumę pieniężną tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, uznając, że doszło do naruszenia dóbr osobistych powoda.

Sąd drugiej instancji uznał z kolei, że powód w ogóle nie domagał się od żadnej z pozwanych zasądzenia zadośćuczynienia za naruszenie jego dobra osobistego w postaci wizerunku, lecz naprawienia szkody majątkowej, którą poniósł powód w związku z nienależytym wykonaniem umowy przez jedną z pozwanych, a polegającej na braku uzyskania przez powoda korzyści, które mógł otrzymać. W odniesieniu do roszczenia względem drugiej pozwanej sąd odwoławczy wskazał, że powód powoływał się na wykorzystywanie przez tę spółkę bez podstawy prawnej jego wizerunku dla promowania określonych produktów. Ogólnie rzecz ujmując,

⁸⁹ Wyrok SN z 16.12.2020 r. (I CSK 790/18), OSNC 2021/10, poz. 67.

sąd drugiej instancji przyjął, że powód żądał naprawienia poniesionej szkody w postaci utraconych korzyści wskutek działania pozwanych rozpowszechniających jego wizerunek bez jego zgody. Sąd ten zasądził na rzecz powoda sumę pieniężną naprawienia szkody w postaci utraconych korzyści.

Sąd Najwyższy przyjął, że powód domagał się rekompensaty majątkowej za wykorzystanie przez pozwane spółki, bez jego zgody, jego wizerunku znakomitego sportowca, do zareklamowania w ten sposób ich produktów, co jest o tyle istotne, że pozwala zogniskować dalsze rozważania na instytucjach innych niż zadośćuczynienie za krzywdę wyrządzoną naruszeniem dobra osobistego w postaci wizerunku. Sąd Najwyższy przyjął również, że konstrukcja przedstawionego przez powoda roszczenia w żadnym aspekcie nie odnosiła się do nienależytego wykonania zobowiązania, ale jednoznacznie koncentrowała na fakcie komercyjnej eksploatacji jego wizerunku, bez zezwolenia, co godziło w jego interesy majątkowe. Tym samym Sąd Najwyższy nie rozstrzygał o roszczeniu powoda w oparciu o przepisy art. 471 i n. k.c.

Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego

Sąd Najwyższy przyjął, co nie budzi większych kontrowersji, że wykorzystanie wizerunku powoda stanowiło czyn niedozwolony. Nie doszło jednak do zasądzenia świadczenia odszkodowawczego na rzecz powoda z uwagi na uznanie przez SN, że uszczerbek majątkowy, którego doznał powód, nie może zostać zakwalifikowany jako utracone korzyści (*lucrum cessans*). Sąd Najwyższy wskazał, że taką utraconą korzyścią mogłoby być utracone wynagrodzenie spodziewane od innego podmiotu, którego powodowi nie wypłacono z powodu szkodzącego zachowania pozwanych, ale powód nie domagał się naprawienia takiej szkody. Tym samym komentowane rozstrzygnięcie nie zostało wydane na podstawie przepisów o odpowiedzialności deliktowej.

Sąd Najwyższy uznał, że po stronie pozwanych doszło do bezpodstawnego wzbogacenia. Sąd Najwyższy stwierdził, że „przyjęcie, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, dla roszczenia powoda podstawy prawnej z art. 405 k.c. wiąże się z możliwością rozumienia pojęcia korzyści jako samego uzyskania korzystania z dobra, za które zwykle się płaci. Monopol rozpowszechniania wizerunku jest przypisany prawnie do osoby powoda, więc korzyść została uzyskana jego kosztem. Wystarczyło więc wykazanie uzyskania korzyści kosztem zubożonego, czyli kosztem prawa wyłącznego powoda posiadającego wartość majątkową, co w sprawie nastąpiło. Wydaniu wobec tego podlegać powinna wartość tego korzystania, co w istocie sprowadza się do możliwego do uzyskania wynagrodzenia za ten sposób rozpowszechnienia wizerunku, jaki został przez naruszcycieli zastosowany”. Orzeczenie co do wysokości korzyści, której zwrot nakazano, Sąd Najwyższy umotywował możliwością zastosowania art. 322 k.p.c., przyjmując, że potrzeba przeprowadzania dowodu z opinii biegłego nie przedstawiała się w realiach sprawy jako niezbędna.

Ocena rozstrzygnięcia

Sąd Najwyższy przyjął w komentowanym orzeczeniu, że osobie, której wizerunek rozpowszechniono bez jej zgody, przysługuje roszczenie o wydanie przez naruszciciela uzyskanej z tego tytułu korzyści (art. 405 k.c.). Teza ta, ujęta w tak generalny sposób, jest kontrowersyjna, jako że w istocie abstrahuje od przesłanek powstania roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, w szczególności od przesłanki zubożenia. Nie ma oczywiście wątpliwości, że osoba, której wizerunek rozpowszechniono bez jej zgody, nie jest niejako wyłączona z możliwości domagania się zwrotu korzyści z powołaniem na instytucję bezpodstawnego wzbogacenia, jednakże nie jest też tak, że samo już rozpowszechnienie wizerunku danej osoby bez jej zgody daje podstawy do formułowania roszczeń o wydanie korzyści (art. 405 i n. k.c.).

Przed przystąpieniem do szczegółowego omówienia argumentów podanych przez Sąd Najwyższy na uzasadnienie swojej tezy należy dostrzec, że rozważania SN bazowały na arbitralnym założeniu, że dokonane bez zgody uprawnionego, będącego, co wyraźnie pokreślił Sąd Najwyższy, znakomitym sportowcem/piłkarzem, wykorzystanie jego wizerunku *per se* powoduje uszczerbek o charakterze majątkowym po stronie tej osoby. Można odnieść wrażenie, że założenie to zdecydowanie dalsze wywody Sądu Najwyższego, który kierując się nim, poczynił kolejne arbitralne założenie – że skoro powód doznał uszczerbku majątkowego, to powinien on zostać naprawiony. Sąd Najwyższy stwierdził, iż „biorąc pod uwagę, że uszczerbek majątkowy powoda nie powinien pozostać niezrekompensowany należało zaakceptować pogląd wyrażany w orzecznictwie i doktrynie, że uprawnionemu w razie rozpowszechniania jego wizerunku bez zgody przysługuje roszczenie z bezpodstawnego wzbogacenia, o wydanie bezprawnie uzyskanej korzyści (art. 405 k.c., art. 414 k.c.)”. Tym samym już choćby z tego powodu nie można pozytywnie odnieść się do argumentacji, która miałaby uzasadniać przyznanie pozwanemu świadczenia pieniężnego na podstawie art. 405 i n. k.c., choć oczywiście nie pozwala to jeszcze uznać, że rozstrzygnięcie takie jest wadliwe.

Przede wszystkim należy dostrzec, że osoba, której wizerunek dotyczy, posiada monopol na decydowanie o tym, w jaki sposób dochodzi do rozpowszechnienia tego wizerunku, przy czym w przypadkach przewidzianych przez stosowne przepisy dopuszczalne jest wykorzystanie wizerunku również bez zgody uprawnionego (zob. art. 81 prawa autorskiego⁹⁰). Nie budzi wątpliwości, że wykorzystanie wizerunku w reklamie w taki sposób, jak miało to miejsce w sprawie, w której wydano komentowane orzeczenie, wymagało zgody uprawnionego, a w jej braku było bezprawne (co trafnie zakwalifikował SN). Jednakże kategoria bezprawności nie jest elementem konstrukcji instytucji bezpodstawnego wzbogacenia (co również trafnie dostrzegł SN). Przesłankami powstania roszczenia z bezpodstawnego wzbogacenia są: zubożenie jednego podmiotu, wzbogacenie innego podmiotu, związek między

⁹⁰ Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1062), dalej pr. aut.

zubożeniem a wzbogaceniem oraz brak podstawy prawnej wzbogacenia; brak którejkolwiek z nich wyklucza powstanie roszczenia⁹¹. Bezpodstawnym wzbogaceniem nie jest sytuacja, gdy istnieje wprawdzie osoba, która w jakiś sposób została bez podstawy prawnej wzbogacona, lecz wzbogacenie to nie nastąpiło kosztem innej osoby, brak jest zatem podmiotu zubożonego⁹². Niekiedy neguje się, aby zubożenie, jak również związek pomiędzy wzbogaceniem a zubożeniem były przesłankami roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia⁹³, jednak nie ma wątpliwości, że bezprawność nie prezentuje doniosłości na gruncie instytucji bezpodstawnego wzbogacenia.

Wydaje się, że w sprawie, w której wydano komentowane orzeczenie, można bez większych kontrowersji przyjąć, że wystąpiło wzbogacenie po stronie pozwanych spółek, a wzbogacenie to nastąpiło bez podstawy prawnej. Z pewnością jednak nie można przyjąć niejako automatycznie, że doszło do zubożenia powoda. Sąd Najwyższy skonstatował, że komercyjna eksploatacja wizerunku powoda godziła w jego interesy majątkowe, a skutkiem rozpowszechniania wizerunku bez zgody powoda był uszczerbek o charakterze majątkowym, przy czym choć nie wyjaśnił, na czym ów uszczerbek dokładnie polegał, to jednak przyjął, że nie przybrał postaci utraconych korzyści. Dodać należy, że w komentowanej sprawie nie ustalono, aby w wyniku wykorzystania wizerunku powoda przez pozwanych utracił on jakiegokolwiek wpływy czy choćby szansę ich uzyskania, doszło do spadku wartości marketingowej wizerunku powoda, naruszono jego godność itp. Można stwierdzić, że w sprawie chodziło o swoiste „bezumowne korzystanie z wizerunku powoda”. W sytuacji bezumownego korzystania z rzeczy właścicielowi przysługują tzw. roszczenia uzupełniające na zasadach określonych w art. 224 i n. k.c., a zatem istnieje szczególna regulacja tej problematyki, czego w odniesieniu do wykorzystania cudzego wizerunku brak.

Trafnie wskazuje się, że eliminacja przesłanki zubożenia z katalogu tych, których kumulatywne wystąpienie warunkuje możliwość wystąpienia z roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, prowadziłaby do sytuacji, w której dochodzi do podważenia sensu innych instytucji prawa obowiązującego. „Nie miałoby właściwie żadnego sensu wytaczanie powództwa odszkodowawczego w każdej sytuacji, w której podmiot odpowiedzialny za szkodę uzyskał jakąkolwiek korzyść majątkową od poszkodowanego, skoro dużo prościej i przynajmniej potencjalnie dużo więcej można by od niego uzyskać na podstawie bezpodstawnego wzbogacenia”⁹⁴.

⁹¹ Tak wyraźnie K. Mularski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, t. 2, komentarz do art. 405, nb 8.

⁹² P. Horosz (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020, komentarz do art. 405, nb 3.

⁹³ Zob. przede wszystkim P. Księżak (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2022, komentarz do art. 405, nb 67–70.

⁹⁴ K. Mularski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, t. 2, komentarz do art. 405, nb 13.

Należy także dostrzec, że przepisy o ochronie wizerunku ulokowane zostały w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych (choć prawo do wizerunku nie jest ani prawem autorskim, ani prawem pokrewnym). Zgodnie z art. 83 pr. aut. do roszczeń w przypadku rozpowszechniania wizerunku osoby na nim przedstawionej stosuje się odpowiednio przepis art. 78 ust. 1 pr. aut., a zatem regulację dotyczącą ochrony autorskich praw osobistych. Tymczasem to w art. 79 pr. aut., traktującym o ochronie autorskich praw majątkowych (a nie osobistych), znajduje się roszczenie o wydanie uzyskanych korzyści przez naruszcyciela (art. 79 ust. 1 pkt 4 pr. aut.). W aktualnym stanie prawnym, oprócz ochrony na podstawie przepisów o dobrach osobistych (art. 23, 24 i 448 k.c.), prawo do wizerunku jest chronione na wzór autorskich praw osobistych, a nie autorskich praw majątkowych, natomiast konstrukcja, którą przyjął SN w omawianym orzeczeniu, w istocie sprowadza się do roszczenia o wydanie korzyści. Roszczenie to nie jest uwarunkowane zaistnieniem zubożenia po stronie uprawnionego⁹⁵. W literaturze zauważa się, że roszczenie o wydanie uzyskanych korzyści stanowi samodzielną podstawę odpowiedzialności, różną od bezpodstawnego wzbogacenia (z art. 405 i n. k.c.)⁹⁶. Jest to pogląd zdecydowanie dominujący⁹⁷. Gdyby zatem dopuścić zastosowanie instytucji bezpodstawnego wzbogacenia w taki sposób, jak to uczynił Sąd Najwyższy w komentowanym orzeczeniu, sens istnienia roszczenia o wydanie uzyskanych korzyści byłby bardzo wątpliwy.

Należy też zauważyć, że Sąd Najwyższy w komentowanym orzeczeniu dostrzegł konieczność wystąpienia zubożenia po stronie uprawnionego, jednak zubożenie to rozumie w sposób specyficzny. Sąd przyjął, że doszło do uzyskania korzyści kosztem zubożonego, czyli kosztem prawa wyłącznego powoda posiadającego wartość majątkową. Sąd wprowadził nie wyjaśnił, w jaki sposób rozumieć sformułowanie „kosztem prawa wyłącznego”, jednak można zakładać, że chodziło tu po prostu o naruszenie takiego prawa. Tymczasem zubożenia nie można utożsamiać z naruszeniem prawa wyłącznego, jako że w takim przypadku kategoria zubożenia w zasadzie występowałaby choćby w każdej sytuacji naruszenia prawa własności. Bezpodstawne wzbogacenie nie jest instytucją skierowaną na ochronę praw bezwzględnych, ale na wyrównanie uszczerbku spowodowanego w jednym majątku w wyniku pewnych okoliczności, który doprowadził do wzrostu majątku innej osoby, co nie znajduje usprawiedliwienia. W literaturze podkreśla się, że zubożenie może polegać na zmniejszeniu aktywów lub na zwiększeniu pasywów zubożonego⁹⁸. Tymczasem samo tylko wykorzystanie cudzego wizerunku nie prowadzi do zwiększenia pasywów czy

⁹⁵ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 7.11.2007 r. (I ACa 819/07), Legalis nr 877843.

⁹⁶ Zob. M. Jankowska (w:) *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. P. Ślęzak, Warszawa 2017, komentarz do art. 79, nb 7.

⁹⁷ Szerzej zob. A. Drzewiecki (w:) *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydelko, Warszawa 2021, komentarz do art. 79, nb 68.

⁹⁸ Tak. K. Pietrzykowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, t. 1, komentarz do art. 405, nb 8.

zmniejszenia aktywów uprawnionego. Nie dochodzi także do uszczuplenia możliwości wykorzystania wizerunku, swoistego wyczerpywania wizerunku, zmniejszenia jego wartości, poprzez sam fakt wykorzystania wizerunku (rozpatrywany w oderwaniu od okoliczności, w których został on wykorzystany). Może zresztą dojść nawet do tego, że nieuprawnione wykorzystanie wizerunku będzie skutkować wzrostem rozpoznawalności danej osoby, a tym samym wpłynię na wartość marketingową danego wizerunku, a zatem wywoła pozytywne konsekwencje dla uprawnionego.

Odnosząc się jeszcze krótko do przyjęcia przez SN, że korzyść uzyskana w wyniku komercyjnego rozpowszechniania wizerunku osoby znanej bez jej zgody może odpowiadać wysokości wynagrodzenia należnego tej osobie w razie zawarcia przez nią umowy o rozpowszechnienie wizerunku, należy zauważyć, że takie ujęcie w zasadzie dezawuuje sens występowania z roszczeniem odszkodowawczym o naprawienie szkody w postaci *lucrum cessans* w przypadku odniesienia przez inny podmiot jakiegokolwiek korzyści. W przypadku utraconych korzyści wymaga się istnienia wysokiego, graniczącego z pewnością prawdopodobieństwa uzyskania korzyści, co oddziela tę postać szkody od szkody ewentualnej, która nie podlega kompensacji⁹⁹. Jeżeli za pomocą roszczenia z bezpodstawnego wzbogacenia można byłoby wyeliminować konieczność wykazania tak wysokiego stopnia prawdopodobieństwa, nie byłoby zasadniczo praktycznego uzasadnienia dla występowania z roszczeniami odszkodowawczymi w takich przypadkach. Również ta okoliczność pokazuje, że zasadne jest wymaganie wykazania zubożenia (zmniejszenia aktywów lub zwiększenia pasywów) po stronie podmiotu występującego z roszczeniem z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia.

Można odnieść wrażenie, że w komentowanej sprawie Sąd Najwyższy apriorycznie przyjął, że powodowi należy przyznać rekompensatę za to, że pozwani wykorzystali jego wizerunek w celach reklamowych bez jego zgody, a dopiero kierując się takim założeniem, poszukiwał instytucji prawnej, która mogłaby stanowić podstawę usprawiedliwiającą taki wniosek. Odrzucając możliwość zastosowania przepisów o odpowiedzialności kontraktowej czy deliktowej, jak również dostrzegając brak możliwości zasądzenia zadośćuczynienia na rzecz powoda z tytułu naruszenia jego dóbr osobistych, Sąd Najwyższy przyjął, że to przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu powinny stanowić podstawę uzasadniającą zasądzenie na rzecz powoda świadczenia pieniężnego. Jednakże, *de lege lata*, nie jest możliwe utożsamianie zubożenia, jako przesłanki roszczenia z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia, z samym tylko naruszeniem monopolu rozpowszechniania wizerunku, jak to przyjął Sąd Najwyższy.

Na kanwie komentowanego rozstrzygnięcia nasuwa się wniosek o niedostatecznym, jako nieodpowiadającym aktualnym potrzebom obrotu, unormowaniu ochrony wizerunku pod kątem zabezpieczenia interesów majątkowych podmiotu uprawnionego z prawa do wizerunku. Instytucja bezpodstawnego wzbogacenia

⁹⁹ Szerzej zob. A. Sieczych-Drzewiecka, *Szkoda ewentualna i utrata szansy. Granice obowiązku odszkodowawczego*, Warszawa 2020, s. 17 i n.

nie stanowi należytego środka ochrony tych interesów i zdecydowanie pożądane byłoby umożliwienie osobie, której wizerunek bezprawnie rozpowszechniono bez jej zgody, skorzystania z roszczenia o wydanie utraconych korzyści.

M.Z.

ABSTRACT

dr Tomasz P. Antoszek

The author is an assistant professor at the Private Law Department of the SWPS University (Faculty in Poznan), mediator and co-founder of HOUSE OF MEDIATION Antoszek & Kamińska firm in Poznań; President of the Regional (Greater Poland) Arbitration and Mediation Centre.

dr Tomasz Henclewski

The author is an advocate (District Bar Association in Poznan), a partner at Henclewski Wyjatek Adwokaci law firm.

dr Karol Szadkowski

The author is an assistant professor at the Chair of Civil, Commercial and Insurance Law at the Faculty of Law and Administration of the Adam Mickiewicz University in Poznan, an advocate (District Bar Association in Poznan).

dr Mariusz Zelek

The author is an assistant professor at the Chair of Civil, Commercial and Insurance Law at the Faculty of Law and Administration of the Adam Mickiewicz University in Poznan, an advocate (District Bar Association in Poznan); a senior partner at "GWA Legal" Gutowski i Wspólnicy Adwokaci law firm, a member of District Bar Association in Poznań.

prof. dr hab. Jerzy Pisuliński

The author is a professor at the Department of Civil Law at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow.

A review of the Supreme Court's case law in civil matters

This review of the Supreme Court's case law in civil matters consists of two parts. In the first part, four judgments of the Supreme Court are briefly discussed. The

first judgment concerns the end of the limitation period for claims raised by an entrepreneur against a consumer (second sentence of Art. 118 of the Civil Code). In particular, the judgment answers the question whether the limitation period ends on the last day of a calendar year or on the lapse of the day whose name or date corresponds to the beginning of the period. The second judgment concerns the problem of a conflict of claims of a Pauline creditor (actio pauliana) under Art. 527 of the Civil Code with claims of a mortgagee of a third party. The third judgment concerns the issue of admissibility of including the amount obtained by an heir under a so-called bank instruction (concerning disposal of funds in the event of death – Art. 56(1) of the Banking Law Act) in the estate within the meaning of Art. 1039 § 1 of the Civil Code. The fourth judgment concerns the consequences of failure to comply with the six-month time limit reserved for the filing of an application for registration of amendments to the articles of association of a limited liability company.

The second part of the review includes more extensive comments on the four judgments of the Supreme Court. The first one includes the issue of admissibility of entering into a settlement agreement (Art. 917 of the Civil Code) when the dispute concerns the existence of a legal relationship, including a party questioning the validity of the settlement agreement on the basis of non-existence of the primary legal relationship. The second judgment concerns the admissibility and formal conditions that must be met by a public prosecutor's application for entry of a judicial mortgage in the land and mortgage register. The third judgment concerns the problem of the scope of liability of the person entitled to legitim (forced share) for particular legacies or testamentary instructions. The fourth judgement concerns the issue of admissibility of formulating a claim for unjust enrichment in the event of disseminating the image of an individual without his/her consent.

Keywords: *limitation, consumer, entrepreneur, settlement agreement, primary legal relationship, judicial mortgage, land and mortgage registers, actio pauliana, priority, legitim (forced share), particular legacy, testamentary instruction, unjust enrichment, image right, compensation, instruction as to disposal of funds in the event of death, bank instruction, inheritance, registration of amendments to articles of association of a limited liability company*

dr Tomasz P. Antoszek

ORCID: 0000-0002-6162-6926; e-mail: tomasz.antoszek@swps.edu.pl

Autor jest adiunktem w Katedrze Prawa Prywatnego Uniwersytetu SWPS (WPiP w Poznaniu); mediatorem i współtwórcą DOMU MEDIACYJNEGO Antoszek i Kamińska w Poznaniu; prezesem Wielkopolskiego Centrum Arbitrażu i Mediacji.

dr Tomasz Henclewski

ORCID 0000-0002-9870-4182; e-mail: t.henclewski@henclewskiwyjatek.pl

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Poznaniu), partnerem w Kancelarii Henclewski Wyjatek Adwokaci.

dr Karol Szadkowski

ORCID: 0000-0002-9927-9640; e-mail: karlszad@amu.edu.pl

Autor jest adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, adwokatem (Izba Adwokacka w Poznaniu).

dr Mariusz Zelek

ORCID: 0000-0002-2518-9925; e-mail: zelek@gwalegal.pl

Autor jest adiunktem w Katedrze Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, adwokatem (Izba Adwokacka w Poznaniu), Senior Partnerem w „GWA Legal” Gutowski i Wspólnicy Adwokaci, członkiem Okręgowej Rady Adwokackiej w Poznaniu.

prof. dr hab. Jerzy Pisuliński

ORCID: 0000-0001-7529-4726; e-mail: jerzy.pisulinski@uj.edu.pl

Autor jest profesorem w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Antoszek Tomasz P. (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, t. 3

Borysiak Witold, Skowrońska-Bocian Elżbieta (w:) *System prawa prywatnego*, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015, Legalis/el.

Czech Tomasz, *Konstrukcja prawna administratora hipoteki*, „Rejent” 2012/12

Czech Tomasz, *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, t. 1, *Księgi wieczyste*, Warszawa 2022

Czech Tomasz, *Zbiornica hipoteka przymusowa w postępowaniu karnym. Glosa do postanowienia SN z 5.06.2019 r. (V CSK 145/18)*, „Przegląd Sądowy” 2020/3

- Dulęba Daniel**, *Ugoda w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 2012
- Goszczyk Maciej** (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. A. Opalski, Warszawa 2018, t. IIB, Legalis/el.
- Grzegorzczak Krzysztof, Osajda Konrad** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2022
- Gutowski Maciej** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, t. 2
- Habryn-Chojnacka Ewa**, *Zmiany w terminach przedawnienia w praktyce*, Warszawa 2018
- Horosz Piotr** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Załucki, Warszawa 2020
- Jankowska Marlena** (w:) *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. P. Ślęzak, Warszawa 2017
- Klat-Górska Elżbieta** (w:) *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Komentarz*, red. M. Fras, M. Habdas, Warszawa 2021
- Kłoda Marcin**, *Problematyka międzyczasowa zmiany przepisów o przedawnieniu z 2019 r.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2018/8
- Kordasiewicz Bogudar** (w:) *System prawa prywatnego*, t. 10, *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015, Legalis/el.
- Księżak Paweł** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Warszawa 2022
- Księżak Paweł**, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2012
- Kućka Michał**, *Administrator zabezpieczeń*, Warszawa 2017
- Kuźmicka-Sulikowska Joanna** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2021
- Machnikowski Piotr** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2021
- Machnikowski Piotr**, *Nowelizacja przepisów Kodeksu cywilnego o przedawnieniu roszczeń*, „Przegląd Sądowy” 2018/9
- Masłowski Zbigniew**, *Uznanie, ugoda, odnowienie, zwolnienie z długu, poręczenie*, Katowice 1967
- Mataczyński Maciej, Saczywko Maksymilian** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, t. 1
- Mularski Krzysztof** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, t. 2
- Piątkowski Józef Stanisław**, *Prawo spadkowe. Zarys wykładu*, Warszawa 2003

- Pietrzykowski Janusz** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 1972, t. 3
- Pietrzykowski Krzysztof** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2020, t. 1
- Pisuliński Jerzy**, *Hipoteka kaucyjna*, Kraków 2002
- Pisuliński Jerzy** (w:) *System prawa prywatnego*, red. E. Gniewek, Warszawa 2012, t. 4
- Prutis Stanisław, Srocki Stanisław**, *Glosa krytyczna do wyroku SN z 24.06.1974r. (III CRN 110/74), OSPiKA 1974/4, poz. 98, „Państwo i Prawo” 1976/1–2*
- Przyborowski Łukasz** (w:) *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu wieczystoksięgowym. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2014
- Pyziak-Szafnicka Małgorzata, Ugoda** (w:) *System prawa prywatnego*, t. 8, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2004
- Radwański Zbigniew, Ugoda** (w:) *System prawa cywilnego*, t. 3, cz. 2, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976
- Sieczych-Drzewiecka Alicja**, *Szkoda ewentualna i utrata szansy. Granice obowiązku odszkodowawczego*, Warszawa 2020
- Siemiątkowski Tomasz, Potrzeszcz Radosław** (w:) *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, red. T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz, Warszawa 2011, t. 2, LEX/el.
- Skowrońska-Bocian Elżbieta**, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2011, LEX/el.
- Sokołowski Tomasz** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2019, t. 3, Legalis/el.
- Swaczyna Bartłomiej** (w:) *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Postępowanie wieczystoksięgowe. Komentarz*, red. J. Pisuliński, Warszawa 2014
- Szadkowski Karol** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, t. 3
- Szajkowski Andrzej, Tarska Monika** (w:) **S. Sołtysiński i in.**, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014, t. 2, Legalis/el.
- Zelek Mariusz** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, t. 3
- Zelek Mariusz**, *Moment upływu terminu przedawnienia roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym, „Transformacje Prawa Prywatnego” 2022/1*

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

PRZEDWCZESNE ZAKOŃCZENIE KADENCJI CZŁONKA KRAJOWEJ RADY SĄDOWNICTWA – OBSZERNE OMÓWIENIE WYROKU EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA (I SEKCJA) W SPRAWIE ŻUREK V. POLSKA

Omawiany wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (I Sekcja) w sprawie *Żurek v. Polska* dotyczy braku możliwości zakwestionowania przez sędziego – członka Krajowej Rady Sądownictwa (KRS) – przedwczesnego zakończenia jego kadencji oraz kampanii władz przeciwko temu sędziemu, rzecznikowi KRS, znanemu ze swojej krytyki dokonywanych reform w sądownictwie

**WYROK ŻUREK V. POLSKA, Z 16.06.2022 R.,
IZBA (SEKCJA I), SKARGA NR 39650/18**

Waldemar Żurek, sędzia Sądu Okręgowego w Krakowie, w 2010 r. został wybrany do KRS i od 2014 r. był jej rzecznikiem. Był w tym charakterze jednym z głównych krytyków zmian w sądownictwie podjętych po objęciu władzy w 2015 r. przez nowy rząd i parlament. Podkreślał w szczególności wynikające z działań rządu i parlamentu zagrożenie dla niezawisłości sędziowskiej. Jego mandat członka KRS jednak przedwcześnie zakończył się w 2018 r., w następstwie wejścia w życie nowej ustawy stanowiącej część szerokiej reformy sądownictwa. Ustawa z 2017 r. nowelizująca ustawę o KRS przewidywała w szczególności, że członkowie sędziowscy KRS nie będą już wybierani przez sędziów,

ale przez Sejm, oraz że nowo wybrani członkowie natychmiast zastąpią osoby wybrane na podstawie wcześniejszych przepisów. W rezultacie, gdy w dniu 6.03.2018 r. Sejm wybrał piętnastu sędziów na nowych członków KRS, kadencja skarżącego została zakończona. Nie otrzymał o tym żadnej oficjalnej notyfikacji. W rezultacie przestał również działać jako rzecznik KRS. Wcześniej w 2018 r. skarżący został również zwolniony z pełnionej równocześnie funkcji rzecznika Sądu Okręgowego w Krakowie. W trakcie postępowania przed Trybunałem sędzia Żurek przedstawił informacje o wielu innych działaniach podjętych wobec niego przez władze, w tym o: audycie przez Centralne Biuro Antykorupcyjne jego oświadczeń majątkowych prowadzonym w okresie od listopada 2016 r. do kwietnia 2018 r.; zarządzeniu przez Ministerstwo Sprawiedliwości kontroli jego pracy w Sądzie Okręgowym w Krakowie w kwietniu 2017 r., jak również odtajnieniu jego oświadczenia majątkowego w czerwcu 2018 r. Twierdził również, że przeciwko niemu wszczęto co najmniej pięć postępowań dyscyplinarnych, które nadal się toczą.

W skardze do Trybunału, z powołaniem się na art. 6 ust. 1 i art. 13 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, sędzia Żurek zarzucił, że odmówiono mu dostępu do sądu i nie zapewniono jakiejkolwiek procedury, sądowej lub innej, pozwalającej zakwestionować przedwczesne zakończenie jego kadencji członka KRS. Z powołaniem się na art. 10 Konwencji zarzucił, że jego zwolnienie z funkcji rzecznika KRS i Sądu Okręgowego w Krakowie, w połączeniu z decyzjami władz o audycie jego oświadczeń majątkowych oraz kontroli jego pracy jako sędziego, miały na celu ukaranie go za wyrażanie krytyki zmian ustawodawczych wprowadzanych przez władze oraz ostrzeżenie innych sędziów przed pójściem w jego ślady.

Jako strony trzecie w tej sprawie wystąpiły: European Network of Councils for the Judiciary (Europejska Sieć Rad Sądownictwa), Rzecznik Praw Obywatelskich; Amnesty International wraz z Międzynarodową Komisją Prawników (International Commission of Jurists); holenderska fundacja „Judges for Judges” (Sędziowie dla sędziów) wraz z prof. L. Pechem; Helsińska Fundacja Praw Człowieka; Stowarzyszenie Sędziów „Themis” i Stowarzyszenie Sędziów Polskich IUSTITIA.

W związku z zarzutem na tle art. 6 ust. 1 Konwencji Trybunał zauważył, że skarżący został wybrany do KRS na cztery lata, zgodnie z art. 187 ust. 3 Konstytucji, i był uprawniony do wypełnienia kadencji, a więc do zasiadania w KRS do 21.03.2018 r.

W związku z kwestią stosowania art. 6 ust. 1 Konwencji w jego części „cywilnej” Trybunał wskazał, że zasady ogólne w tej materii zostały ostatnio podsumowane w wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Grzęda v. Polska* (15.03.2022 r.).

Skarżący jest sędzią Sądu Okręgowego w Krakowie. W dniu 2.03.2014 r. został ponownie wybrany do KRS na okres czterech lat przez przedstawicieli zgromadzeń ogólnych sędziów sądów okręgowych, zgodnie z właściwymi postanowieniami Konstytucji i obowiązującym ustawodawstwem. Jego drugi man-

dat w KRS rozpoczął się w dniu 21.03.2014 r. i powinien zakończyć się w dniu 21.03.2018 r.

W wyroku w sprawie *Grzęda* Wielka Izba Trybunału zbadła kwestię stosowania art. 6 ust. 1 w sporach wynikających z przedwczesnego zakończenia kadencji członka KRS reprezentującego sędziów, który równocześnie nadal pełnił urząd sędziego. Ta sama kwestia pojawiła się w niniejszej sprawie.

Trybunał stwierdził w tamtym wyroku – biorąc pod uwagę treść art. 187 ust. 3 Konstytucji – że w prawie krajowym istniało możliwe do uzasadnienia prawo sędziego wybranego do KRS do wypełnienia kadencji, z wyjątkiem wyczerpująco wymienionych w art. 14 ust. 1 ustawy z 2011 r. o KRS ustawowych przyczyn jej wcześniejszego zakończenia. Poza tym w tamtej sprawie Trybunał uznał, że istniał rzeczywisty i poważny spór dotyczący „prawa” członka sędziowskiego KRS do wypełnienia jego czteroletniej kadencji.

W sprawie *Grzęda* Trybunał zbadał następnie, czy „prawo”, na które powoływał się skarżący, miało charakter „cywilny” w autonomicznym rozumieniu art. 6 ust. 1 w świetle warunków testu, o którym mowa w wyroku Wielkiej Izby *Vilho Eskelinen i inni v. Finlandia* (z 19.04.2007 r.). W związku z pierwszym warunkiem testu ze sprawy *Eskelinen*, a więc czy prawo krajowe wyraźnie wykluczyło dostęp do sądu, Trybunał orzekł, że warunek ten można uznać za spełniony pod warunkiem wykazania istnienia takiej sytuacji w przypadku rodzaju sporów wchodzących w grę. Ze względu jednak na przeciwstawne poglądy stron w tym zakresie i swój wniosek dotyczący drugiego warunku tego testu Trybunał pozostawił otwartą kwestię zgodności z jego pierwszym warunkiem.

W związku z drugim warunkiem testu, a mianowicie czy wyłączenie dostępu skarżącego do sądu było obiektywnie uzasadnione w interesie państwa, Trybunał uznał, że nie został on spełniony. Stwierdził w tym kontekście, że kadencja skarżącego jako wybranego członka sędziowskiego KRS – organu odpowiedzialnego na podstawie Konstytucji za ochronę niezawisłości sędziowskiej, została przedwześnie zakończona z mocy prawa przy braku jakiejkolwiek kontroli sądowej legalności tego środka. Odmowa dostępu do podstawowej gwarancji ochrony prawa obywatelskiego ściśle związanego z zachowaniem niezależności sądów i niezawisłości sędziów nie mogła być uznana za leżącą w interesie państwa prawa.

W rezultacie Trybunał orzekł, że w tamtej sprawie art. 6 ust. 1 w jego części cywilnej miał zastosowanie. Z tych samych względów Trybunał również w niniejszej sprawie uznał, że art. 6 ust. 1 miał zastosowanie i odrzucił zarzut rządu w tym zakresie. Odrzucił również inne zarzuty, w których rząd wskazywał na niedopuszczalność skargi.

Zasady ogólne dotyczące prawa dostępu do sądu zostały ostatnio podsumowane w wyroku w sprawie *Grzęda*.

Trybunał przypomniał, że rząd konsekwentnie twierdził, iż dla celów art. 6 Konwencji dostęp skarżącego do sądu był przez cały czas wykluczony na podstawie

prawa krajowego, zarówno w okresie przed przedwczesnym zakończeniem kadencji członka sędziowskiego KRS w rezultacie ustawy nowelizującej z 2017 r., jak i po jej zakończeniu. Trybunał musiał więc ocenić, czy brak dostępu do sądów krajowych w celu zbadania rzeczywistego i poważnego sporu dotyczącego istnienia jego możliwego do uzasadnienia prawa do wypełnienia czteroletniej kadencji członka sędziowskiego KRS miał podstawy zgodnie z zasadami ogólnymi wynikającymi z orzecznictwa Trybunału.

Z odwołaniem się do swojej analizy dotyczącej kwestii stosowania art. 6 ust. 1, w szczególności znaczenia mandatu KRS dla ochrony niezawisłości sędziowskiej oraz związku między integralnością procesu powołań sędziowskich i wymaganiem niezawisłości sędziowskiej, Trybunał uznał, że gwarancje proceduralne podobne do tych, jakie powinny być dostępne w razie zwolnienia lub odwołania sędziów, powinny istnieć również wtedy, gdy – jak w tej sprawie – członek sędziowski KRS został odwołany ze swojej funkcji.

Trybunał podkreślił poza tym potrzebę ochrony autonomii rad sędownictwa, zwłaszcza w sprawach odnoszących się do powołań sędziowskich, przed ingerencjami władzy ustawodawczej i wykonawczej oraz ich roli jako ochrony przed politycznym wpływem na sądownictwo. Przy ocenie uzasadnionego charakteru jakiegokolwiek wyłączenia dostępu do sądu w sprawach dotyczących członkostwa w organach zarządzających sądownictwa wymagane jest uwzględnienie istnienia silnego interesu publicznego w umocnieniu niezależności sądownictwa i rządów prawa. Trybunał wziął również pod uwagę kontekst ogólny rozmaitych reform podjętych przez rząd polski, których skutkiem jest osłabienie niezawisłości sędziowskiej i poszanowania zasad państwa prawa.

W tej sprawie rząd nie przedstawił żadnych powodów uzasadniających brak kontroli sądowej, powtarzając wyłącznie swoje argumenty na rzecz tezy, że art. 6 nie miał zastosowania.

Trybunał stwierdził więc, że z powodu braku kontroli sądowej w tej sprawie państwo naruszyło samą istotę prawa skarżącego dostępu do sądu. W rezultacie nastąpiło naruszenie w tym zakresie art. 6 ust. 1 Konwencji (sześć do jednego).

W związku z zarzutem na tle art. 13 Konwencji Trybunał zauważył, że jest on w istocie identyczny z postawionym na podstawie art. 6 ust. 1. Potwierdził, że gwarancje art. 6 ust. 1, obejmujące pełny zakres procedury sądowej, są bardziej rygorystyczne niż postanowienia art. 13 i pochłaniają je. W rezultacie nie było potrzeby odrębnego badania tego zarzutu.

W części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 10 Konwencji Trybunał musiał zająć się w pierwszej kolejności kwestią, czy w okolicznościach tej sprawy doszło do ingerencji w prawo do wolności wypowiedzi, i przypomniał podstawowe zasady ogólne w tej materii wynikające z jego orzecznictwa.

Trybunał potwierdził w nim, że art. 10 ma zastosowanie ogólnie do funkcjonariuszy publicznych oraz sędziów. W sprawach dotyczących postępowań dyscyplinarnych przeciwko sędziom albo ich odwołań lub powołań Trybunał

musi w pierwszej kolejności ustalić, czy zarzucone środki oznaczały ingerencję w korzystanie przez skarżącego z wolności wypowiedzi – w formie „wymogów formalnych, warunków, ograniczeń i sankcji” – lub czy zarzucony środek wpływał jedynie na realizację prawa do pełnienia funkcji w wymiarze sprawiedliwości, a więc prawa niezagwarantowanego w Konwencji. Odpowiedź na to pytanie wymagała zbadania zakresu zarzuconego środka z uwzględnieniem faktów sprawy i ustawodawstwa wchodzącego w grę.

W przypadku stwierdzenia przez Trybunał, że zarzucone środki były wyłącznie albo w głównej mierze rezultatem korzystania przez skarżącego z jego wolności wypowiedzi, uważał, że doszło do ingerencji w prawo wynikające z art. 10 Konwencji. W sprawach, w których uznał jednak, że środki te odnosiły się przede wszystkim do kwestii zdolności skarżącego do pełnienia swoich obowiązków zawodowych, stwierdzał, że nie było ingerencji na tle art. 10.

W tym zakresie Trybunał bierze w swojej analizie pod uwagę racje powołane przez władze na uzasadnienie podjętych środków łącznie z – jeśli zachodzi taka potrzeba – wszelkimi argumentami przedstawionymi w późniejszym postępowaniu odwoławczym. Musi jednak w sposób niezależny ocenić wszystkie dowody, w tym wnioski, które należy wyciągnąć z całości faktów i przedłożeń stron, oraz zwracać szczególną uwagę na całość ciągu istotnych wydarzeń, a nie na odrębne incydenty.

Ponadto w zakresie, w jakim istnieje jakikolwiek dowód *prima facie* na wsparcie wersji wydarzeń przedstawionej przez skarżącego i wskazującej na istnienie związku przyczynowego między zarzuconymi środkami i wolnością wypowiedzi, do rządu należy udowodnienie, że środki te zostały podjęte z innych powodów. Aby więc upewnić się, czy oznaczały one ingerencję w korzystanie przez skarżącego z wolności wypowiedzi, należy je oceniać na tle faktów sprawy i obowiązującego ustawodawstwa.

W ramach obowiązków zawodowych rzecznika KRS w okresie między grudniem 2015 r. i marcem 2018 r. skarżący publicznie wyrażał swoje poglądy lub komentował w mediach rozmaite reformy ustawodawcze mające wpływ na Trybunał Konstytucyjny, KRS, Sąd Najwyższy i sądy powszechne. Krytykował rozmaite propozycje z powodu ich niezgodności z Konstytucją i podkreślał zagrożenia dla rządów prawa i wynikające z nich negatywne konsekwencje dla niezawisłości sędziowskiej.

Skarżący twierdził, że szereg działań podjętych wobec niego przez władze w reakcji na jego krytyczne wypowiedzi na temat reorganizacji sądownictwa oznaczało ingerencję w jego wolność wypowiedzi.

Wśród działań stanowiących ingerencję skarżący wskazał na audyt jego oświadczeń majątkowych przez CBA w okresie od listopada 2016 r. do kwietnia 2018 r., kontrolę jego pracy w Sądzie Okręgowym w Krakowie zarządzoną przez Ministerstwo Sprawiedliwości w kwietniu 2017 r., zwolnienie go z funkcji

rzecznika Sądu Okręgowego w Krakowie w styczniu 2018 r. oraz odtaśnienie jego oświadczenia majątkowego zarządzane przez ministra sprawiedliwości w czerwcu 2018 r. Trybunał odnotował w związku z tym, że zwolnienie z funkcji rzecznika sądu samo we sobie nie oznaczało ingerencji w wolność wypowiedzi, nie istnieje bowiem prawo do pełnienia takiej funkcji. Fakt ten jednak był częścią ciągu wydarzeń i wymagał oceny w kontekście całości działań podjętych wobec skarżącego.

Poza tym skarżący wskazał na przedwczesne zakończenie jego kadencji członka sędziowskiego KRS na podstawie ustawy nowelizującej z 2017 r., w którego rezultacie przestał działać jako rzecznik KRS. W związku z tym Trybunał zauważył, że ustawa ta prowadziła do zakończenia kadencji wszystkich piętnastu wybranych członków sędziowskich KRS, nie dotyczyła więc wyłącznie skarżącego. Trybunał już wcześniej zauważył, że głównym jej celem było uzyskanie przez władzę ustawodawczą i wykonawczą rozstrzygającego wpływu na skład KRS, który z kolei umożliwił im ingerencję bezpośrednio lub pośrednio w procedurę powołań sędziów. W świetle celów realizowanych przez władze w tej ustawie Trybunał uważał, że zakończenie kadencji skarżącego jako członka sędziowskiego KRS, które oznaczało utratę funkcji rzecznika tego ciała, było w pewnym stopniu związane z korzystaniem przez niego z wolności wypowiedzi, ale nie był to główny motyw. W analizie, czy działania władz oznaczały ingerencję w korzystanie skarżącego z wolności wypowiedzi, Trybunał postanowił więc skupić się na tych działaniach.

Zarzucone środki należało oceniać na tle faktów niniejszej sprawy. W wyroku *Grzęda* Trybunał odnotował, że cały ciąg wydarzeń w Polsce żywo wskazywał, iż kolejne reformy sądownictwa miały doprowadzić do osłabienia niezawisłości sędziowskiej, poczynając od poważnych nieprawidłowości przy wyborze sędziów Trybunału Konstytucyjnego w grudniu 2015 r., następnie, w szczególności, przemodelowania KRS i powołania do życia dwóch nowych izb Sądu Najwyższego, a także rozszerzenia kontroli ministra sprawiedliwości nad sądami oraz zwiększenia jego roli w kwestiach odnoszących się do dyscypliny sędziowskiej. Wielka Izba następnie zauważyła, że w rezultacie kolejnych reform sądownictwo – autonomiczna gałąź władzy państwowej – zostało narażone na ingerencje władzy wykonawczej i ustawodawczej i w rezultacie w istotnym stopniu osłabione.

W tym kontekście i biorąc pod uwagę całość ciągu istotnych wydarzeń, a nie odrębne incydenty, Trybunał uznał, że istniał *prima facie* dowód związku przyczynowego między korzystaniem przez skarżącego z wolności wypowiedzi i zarzucenymi działaniami władz w jego sprawie.

Po pierwsze, wszystkie one były konsekwencją jego kolejnych wypowiedzi. Audyt rozpoczął się w listopadzie 2016 r. po serii wywiadów i artykuły opublikowanych w okresie od maja do września 2016 r., w których konsekwentnie i w mocnych słowach wskazywał rozmaite dostrzegane wady proponowanej reformy KRS i sądownictwa. Kontrola pracy skarżącego jako sę-

dziego została podjęta w kwietniu 2017 r., niedługo po jego kolejnych krytycznych komentarzach na temat reformy opublikowanych na kanale YouTube KRS i w innych mediach w okresie od stycznia do marca 2017 r. Dwa pozostałe działania, a więc zwolnienie go z funkcji rzecznika Sądu Okręgowego w Krakowie w styczniu 2018 r. oraz odtajnienie oświadczenia majątkowego w czerwcu 2018 r., nastąpiły po publicznie wyrażonej krytyce polityki rządu wobec sądownictwa.

Po drugie, zarzucone działania zostały podjęte przez CBA, agencję rządową, ministra sprawiedliwości lub powołanego przez niego prezesa sądu na podstawie kompetencji o charakterze przejściowym, a więc przez władze kontrolowane lub powołane przez władzę wykonawczą.

Po trzecie, środki te, w szczególności audyt oświadczeń majątkowych przez CBA oraz niezwłoczna kontrola pracy skarżącego przez Ministerstwo Sprawiedliwości na podstawie anonimowego listu, nie były – jak się wydaje – wywołane żadną uzasadnioną konkretną nieprawidłowością z jego strony. Przeciwnie, anonimowy list, który doprowadził do kontroli jego pracy w Sądzie Okręgowym w Krakowie zaledwie jeden dzień po jego wpłynięciu do Ministerstwa, wyraźnie i bezpośrednio odnosił się do publicznych wypowiedzi skarżącego dotyczących reform sądownictwa i jego działalności w mediach, sugerując, że stanowiły one same w sobie wystarczający powód do podważenia jego kompetencji jako sędziego.

Wniosek ten znalazł dalsze potwierdzenie w licznych dokumentach przedstawionych przez skarżącego, wskazujących na powszechne przekonanie o istnieniu takiego związku przyczynowego. Obejmują one nie tylko artykuły opublikowane w prasie polskiej, ale również raporty przyjęte przez Komitet Monitorujący i Komitet Spraw Prawnych i Praw Człowieka Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy oraz raport pani Komisarz Praw Człowieka Rady Europy po jej wizycie w Polsce. Trybunał odwołał się także do raportu Amnesty International i raportu Stowarzyszenia Sędziów Polskich IUSTITIA. Podkreślił ważną uchwałę przedstawicieli zgromadzenia sędziów Sądu Okręgowego w Krakowie przyjętą w dniu 26.02.2018 r.

Rząd twierdził, że zarzucone środki pozostawały bez związku z korzystaniem przez skarżącego z wolności wypowiedzi albo stanowiły środki neutralne – stosowane do wszystkich sędziów. W kontekście całości tej sprawy Trybunał nie uznał tych argumentów za przekonujące lub wsparte konkretnymi dowodami. Zgodził się więc ze skarżącym, że powodem zarzuconych działań władz były poglądy i krytyka, jaką skarżący publicznie wyrażał w ramach swoich obowiązków zawodowych.

Z tych względów Trybunał uznał, że zarzucone środki stanowiły ingerencję w korzystanie przez niego z prawa do wolności wypowiedzi, zagwarantowanego w art. 10 Konwencji. Pozostało więc ustalić, czy ingerencja ta była uzasadniona na podstawie art. 10 ust. 2.

W związku z kwestią, czy była ona przewidziana przez prawo, Trybunał od-

notował, że audyt CBA oświadczeń majątkowych skarżącego, kontrola jego pracy i odtajnienie oświadczenia majątkowego były – jak się wydaje – przewidziane przez prawo krajowe. Z drugiej strony wydawało się, że w przypadku decyzji prezesa Sądu Okręgowego w Krakowie o odwołaniu skarżącego z funkcji rzecznika tego sądu obowiązujące regulacje nie były właściwie przestrzegane. Trybunał postanowił jednak dla celów ust. 2 art. 10 procedować z założeniem, że ingerencja była „przewidziana przez prawo”, naruszała bowiem art. 10 z innych powodów.

W związku z kwestią uprawnionego celu ingerencji Trybunał podkreślił, że ze względu na ogólny kontekst tej sprawy istniały poważne wątpliwości, czy realizowała ona jakikolwiek z uprawnionych celów przewidzianych w art. 10 ust. 2. Nie musiał jednak tego ostatecznie rozstrzygać, ze względów przedstawionych w dalszej części uzasadnienia zarzucona ingerencja nie mogła bowiem w żadnym wypadku zostać uznana za „konieczną w społeczeństwie demokratycznym” dla celów tego przepisu.

W związku z warunkiem „konieczności w społeczeństwie demokratycznym” Trybunał przypomniał zasady ogólne odnoszące się do wolności wypowiedzi sędziów. Zostały one wielokrotnie potwierdzone i podsumowane przez Trybunał m.in. w wyroku *Baka v. Węgry* (z 23.06.2016 r.).

„163. Ze względu na ważne miejsce sądownictwa wśród organów państwa w społeczeństwie demokratycznym Trybunał potwierdził, że odnosi się to również do ograniczeń wolności wypowiedzi sędziego w związku z wykonywaniem jego funkcji, chociaż sądownictwo nie jest częścią zwykłej służby cywilnej.

164. Trybunał przyznał, że nie można oczekiwać od funkcjonariuszy publicznych pracujących w sądownictwie wykazywania się powściągliwością przy korzystaniu ze swojej wolności wypowiedzi we wszystkich przypadkach kwestionowania autorytetu i bezstronności sądownictwa (...) Rozpowszechnianie nawet dokładnych informacji musi być odbywać się z zachowaniem umiaru i rozwagi (...) Trybunał wielokrotnie podkreślał szczególną rolę w społeczeństwie sądownictwa, które jako gwarant sprawiedliwości, fundamentalnej wartości w państwie rządzącym się prawem, musi korzystać z publicznego zaufania, jeśli ma z powodzeniem wykonywać swoje zadania. (...) Z tego właśnie względu od organów sądowniczych, w zakresie, w jakim odnosi się to do sprawowania funkcji orzecniczej, wymaga się maksymalnej dyskrecji w związku z rozpatrywanymi sprawami, aby chronić ich wizerunek bezstronnych sędziów.

165. Równocześnie, w sprawach dotyczących sędziów, którzy znaleźli się w sytuacji porównywalnej ze skarżącym, Trybunał podkreślił, że – biorąc pod uwagę w szczególności rosnące znaczenie podziału władz i wagi gwarancji niezależności sądownictwa – każda ingerencja w wolność wypowiedzi takiego sędziego wymaga ścisłej kontroli przez Trybunał (...) Ponadto, kwestie dotyczące funkcjonowania systemu sądowego leżą w interesie publicznym, a debata na ich temat generalnie korzysta z wysokiego stopnia ochrony na podstawie art. 10.

(...) Nawet, jeśli dyskutowane problemy mają konsekwencje polityczne, samo to nie wystarcza do odebrania sędziemu możliwości wypowiedzi na ich temat. (...) Kwestie odnoszące się do podziału władz mogą wiązać się z bardzo ważnymi problemami w społeczeństwie demokratycznym mieszczącymi się w zakresie debaty politycznej i w związku z którymi społeczeństwo ma uprawniony interes w tym, aby być poinformowanym. (...)

166. W kontekście art. 10 Konwencji, Trybunał musi brać pod uwagę okoliczności i ogólne tło wypowiedzi wchodzących w grę. (...) Musi oceniać zarzuconą ingerencję w świetle całości sprawy (...), przywiązując szczególne znaczenie do funkcji pełnionej przez skarżącego, jego wypowiedzi i kontekstu, w którym do nich doszło.

167. Wreszcie, nie można pominąć «efektu mrożącego», jaki ma w sferze korzystania z wolności wypowiedzi obawa kary, zwłaszcza na innych sędziów chcących uczestniczyć w debacie publicznej na temat zagadnień odnoszących się do wymiaru sprawiedliwości i sądownictwa. (...) Efekt ten szkodzi całemu społeczeństwu i stanowi czynnik wpływający na ocenę proporcjonalności kary lub wymierzonego środka dyscyplinującego (...).

Trybunał potwierdził, że zarzuconą ingerencję wywołały poglądy i krytyka, jaką skarżący publicznie wyrażał, korzystając ze swego prawa do wolności wypowiedzi. Skarżący wypowiadał się na temat reformy ustawodawczej, o której mowa, w ramach swoich obowiązków zawodowych członka sędziowskiego KRS i rzecznika tego ciała. Odnotował, że KRS ma mandat konstytucyjny do ochrony niezależności sądów i sędziów, a więc było rzeczą oczywistą, że skarżący jako jej rzecznik miał prawo i obowiązek wyrażania swoich opinii na temat reformy ustawodawczej mającej wpływ na sądownictwo.

Trybunał podkreślił szczególne znaczenie funkcji pełnionej przez skarżącego, którego rola i zadania obejmowały wyrażanie poglądów na temat reform ustawodawczych, które miały wpływać na sądownictwo i jego niezależność. Odnotował również szeroki zakres reform oddziałujących na każdy praktyczny segment sądownictwa. Odwołał się w związku z tym do dokumentów Rady Europy wskazujących, że każdy sędzia ma obowiązek promować i chronić niezawisłość sędziowską oraz że sędziowie i sądownictwo powinni być konsultowani i uczestniczyć w przygotowaniu prawa odnoszącego się do ich statusu oraz – w kategoriach bardziej ogólnych – funkcjonowania systemu sądowego.

W tej sprawie Trybunał oceniał sytuację skarżącego, który był nie tylko sędzią, ale również członkiem rady sądownictwa i jej rzecznikiem. Odnotował jednak, że podobne podejście miałyby zastosowanie do każdego sędziego korzystającego z wolności wypowiedzi w celu obrony rządów prawa, niezawisłości sędziowskiej lub innych podobnych wartości wchodzących w zakres debaty w kwestiach interesu ogólnego. Zawsze, gdy sędzia wypowiada się w ten sposób nie tylko w imieniu własnym, ale również rady sądownictwa, stowarzyszenia

sędziowskiego lub innego ciała reprezentującego sądownictwo, jego ochrona ulega wzmocnieniu.

Ponadto ogólne prawo do wolności wypowiedzi sędziów w debacie o sprawach dotyczących funkcjonowania systemu sądowego może przekształcić się w odpowiadający mu obowiązek wypowiadania się w obronie rządów prawa i niezawisłości sędziowskiej, jeśli te fundamentalne wartości są zagrożone.

Sprawa ta różniła się od innych, w których problem dotyczył zaufania publicznego do sądownictwa oraz potrzeby jego ochrony przed niszczącymi atakami. Poglądy i wypowiedzi publiczne skarżącego nie zawierały żadnych ataków na innych członków sądownictwa; nie obejmowały również krytyki sposobu prowadzenia toczących się spraw sądowych.

Przeciwnie, skarżący wyrażał swoje poglądy i krytykował reformy ustawodawcze odnoszące się do funkcjonowania systemu sądowego, statusu KRS, zagrożeń dla niezawisłości i nieusuwalności sędziów oraz obniżenia wieku przechodzenia sędziów w stan spoczynku. Wszystkie były kwestiami interesu publicznego. Jego wypowiedzi nie wykaczały poza krytykę z perspektywy ściśle zawodowej. Trybunał uznał więc, że opinie i wypowiedzi skarżącego – wyraźnie mieszczące się w kontekście debaty o sprawach o dużym znaczeniu publicznym – wymagały daleko idącej ochrony jego wolności wypowiedzi i ścisłej kontroli jakiegokolwiek ingerencji, a margines swobody władz musiał być odpowiednio wąski.

Ze względu na ważne miejsce sądownictwa wśród organów państwa w społeczeństwie demokratycznym oraz znaczenie podziału władz i konieczność zachowania gwarancji niezależności sądownictwa Trybunał musi zwracać szczególną uwagę na ochronę sędziów przed działaniami mogącymi zagrażać sędziowskiej niezawisłości i autonomii.

W związku z tym Trybunał musiał zbadać działania władz podjęte wobec skarżącego. Audyt oświadczeń majątkowych przez CBA w okresie między listopadem 2016 r. i kwietniem 2018 r. miał być podyktowany, według twierdzeń rządu, niepewnością co do ich dokładności i miał charakter rutynowy. Trybunał zauważył jednak, że został podjęty ze względu na jakieś nieokreślone nieprawidłowości i toczył się przez znaczny okres, a więc siedemnaście miesięcy, nie przynosząc – jak się wydaje – żadnych konkretnych rezultatów. Rząd twierdził, że CBA przedstawiło organom ścigania raport o nieprawidłowościach stwierdzonych w deklaracjach skarżącego. Nie poinformował jednak Trybunału o ich charakterze. W każdym razie nie doprowadziły one do żadnych dalszych kroków ze strony władz. Poza tym Trybunał miał pewne wątpliwości co do zgodności z prawem działań funkcjonariuszy CBA, polegających na wejściu przez nich do siedziby KRS, aby wręczyć skarżącemu decyzję zezwalającą na audyt jego oświadczeń.

W związku z kontrolą pracy skarżącego w Sądzie Okręgowym w Krakowie zarządzoną przez Ministerstwo Sprawiedliwości Trybunał zauważył, że podjęto ją już następnego dnia po otrzymaniu anonimowego listu dotyczącego głównie

krytycznych komentarzy na temat reformy sądownictwa i obecności skarżącego w mediach, a nie jakiegokolwiek rzekomego uchybienia z jego strony czy zdolności do sprawowania funkcji sędziowskich. Trybunał uznał więc za uderzające, że Ministerstwo zdecydowało się w tych okolicznościach wszcząć czynności kontrolne.

W związku ze zwolnieniem skarżącego z funkcji rzecznika Sądu Okręgowego w Krakowie Trybunał odnotował, że chociaż prezes sądu był uprawniony do powołania lub zwolnienia rzecznika w każdym czasie, podjął decyzję bez uzyskania opinii kolegium sądu okręgowego, co jest wymagane na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 1 prawa o ustroju sądów powszechnych. Zauważył poza tym, że prezes Sądu Okręgowego w Krakowie – pani D.P.W. – podjęła ją już po sześciu dniach od powołania jej na to stanowisko przez ministra sprawiedliwości.

Wreszcie, w związku z oświadczeniem majątkowym skarżącego, Trybunał zauważył, że minister sprawiedliwości zmienił bez uzasadnienia wcześniejszą decyzję prezesa Sądu Apelacyjnego o nadaniu mu statusu poufności.

Na tej podstawie i z uwagi na nagromadzenie działań władz wydaje się, że można je scharakteryzować jako strategię mającą zastraszyć (lub nawet uciszyć) skarżącego w związku z wyrażanymi przez niego poglądami w obronie rządów prawa i niezawisłości sędziowskiej. Na podstawie posiadanych materiałów Trybunał stwierdził, że nie został przedstawiony ani nie można było dostrzec żadnego innego przekonującego motywu zarzuconych działań. Skarżący jest jednym z najbardziej emblematycznych przedstawicieli środowiska sędziowskiego w Polsce, stale broniącym rządów prawa i niezależności sądownictwa. Trybunał uważał, że zarzucone działania miały niewątpliwie „efekt mrozący”, musiały bowiem zniechęcać nie tylko jego samego, ale również innych sędziów do udziału w debacie publicznej na temat reform ustawodawczych dotyczących sądownictwa, a w kategoriach bardziej ogólnych – problemów na tle jego niezależności.

Na podstawie tych argumentów oraz pamiętając o dużym znaczeniu wolności wypowiedzi w kwestiach interesu ogólnego, Trybunał uznał, że zarzucone działania podjęte wobec skarżącego nie były „konieczne w społeczeństwie demokratycznym” w rozumieniu tego przepisu. W rezultacie nastąpiło naruszenie art. 10 Konwencji (jednogłośnie).

Polska musi zapłacić skarżącemu 15 tys. euro zadośćuczynienia za krzywdę moralną oraz 10 tys. euro tytułem zwrotu kosztów i wydatków.

Sędzia z ramienia Polski, prof. Krzysztof Wojtyczek, podobnie jak we wcześniejszej sprawie *Grzęda*, uważał, że art. 6 ust. 1 Konwencji nie miał tu zastosowania i w rezultacie głosował przeciwko uznaniu, że został naruszony. W kwestii art. 10 sędzia zgodził się ze zdaniem większości, wskazując jednak nieco inne niż większość motywy, które powinny prowadzić do wniosku, że art. 10 został w tym przypadku naruszony.

ABSTRACT

Marek Antoni Nowicki

The author is an advocate, a former member of the European Commission on Human Rights in Strasbourg, a former international Ombudsperson in Kosovo.

**Premature termination of mandate of a member of the National Council
of the Judiciary – a comprehensive summary of the judgment
of the European Court of Human Rights (I Chamber) in the case
*Żurek v. Poland***

The article contains a comprehensive summary of the judgment of the European Court of Human Rights (I Chamber) in the case Żurek v. Poland concerning a judge – a member of the National Council of the Judiciary (NCJ) – being prevented from challenging premature termination of his mandate and the government's campaign against this judge, a spokesman for the NCJ, known for his criticism of recent reforms in the judiciary.

Keywords: *disputes involving judges, judicial independence, right of access to court, judicial reform, freedom of expression*

Marek Antoni Nowicki

e-mail: marek_antoninowicki@yahoo.co.uk

Autor jest adwokatem, byłym członkiem Europejskiej Komisji Praw Człowieka w Strasburgu, byłym międzynarodowym Ombudsperson (rzecznikiem praw obywatelskich) w Kosowie.

Pojęcia kluczowe: *błąd co do prawa, błąd, wiek zgody, odpowiedzialność obcokrajowców*

Glosy

Przemysław Krawczyk

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA OBCOKRAJOWCA ZA ŚLUB Z NIELETNIĄ – GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU OKRĘGOWEGO W CZĘSTOCHOWIE Z 29.08.2019 R. (VII KZ 378/19)

Celem niniejszej krytycznej glosy jest omówienie orzeczenia Sądu Okręgowego w Częstochowie z 29.08.2019 r. oraz poprzedzającego go postanowienia Sądu Rejonowego w Częstochowie z 7.05.2019 r., które zapadły w sprawie karnej. Jak wynikać będzie z lektury niniejszej glosy, sądy orzekające w sprawie popełniły liczne, wręcz kardynalne błędy, których powielanie może nie tylko skutkować błędną wykładnią prawa, ale także wprowadzaniem do obrotu prawnego wadliwych orzeczeń.

Postanowienie Sądu Okręgowego w Częstochowie z 29.08.2019 r.
(VII Kz 378/19)

Przeświadczenie oskarżonego o braku nielegalności obcowania płciowego z pokrzywdzoną było w pełni usprawiedliwione, z uwagi na niski stopień socjalizacji, świadomości i wiedzy oskarżonego, a nadto wychowanie go w obcej kulturze, w której takie zachowanie było i jest powszechnie akceptowalne. Oskarżony, co trzeba raz jeszcze podkreślić, funkcjonuje w zamkniętej społeczności romskiej i nie zna obyczajności panującej w Polsce, w tym dostatecznie i polskiego języka, podobnie jak pokrzywdzona. Tym samym należało przyjąć, że nie popełnił on prze-

stępstwa, skoro dopuścił się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności.

Z rozmaitych przyczyn orzeczenia sądów niższego rzędu z rzadka stają się przedmiotem glos. Przyczyn tego zjawiska można upatrywać w przeświadczeniu o „mniejszej wadze” orzeczeń sądów orzekających jako sądy niższych instancji. Przyczyn powyższego dopatrywać się można, między innymi, w – skądinąd często niewłaściwej – próbie transplantacji na grunt rodzimego porządku prawnego kultury (praktyki) szeroko rozumianego precedensu, tak dobrze znanej państwom z kręgu prawa *common law*. Głosowane orzeczenia, choć pochodzące od tzw. sądów niższych instancji, a to rejonowego i okręgowego, pozwalają na wykazanie pewnych problemów mających związek nie tylko z samym stosowaniem prawa, ale także i z jego rozumieniem. Stąd też wydaje się konieczne omówienie rozstrzygnięć, które zapadły w tej samej przedmiotowo-podmiotowej sprawie – odpowiednio – przed sądem rejonowym¹ (jako sądem pierwszej instancji), oraz Sądem Okręgowym² w Częstochowie w 2019 r. (jako sądem drugiej instancji z uwagi na wniesione przez prokuratora zażalenie).

STAN FAKTYCZNY

F.D.L., obywatel Rumunii, wywodzący się z romskiej mniejszości et-

nicznej, poślubił – wywodzącą się z tej samej mniejszości – A.G. w zgodzie z obowiązującymi w ich kulturze normami oraz zwyczajami. W miejscu tym podnieść należy, że zarówno mężczyzna, jak i kobieta z omawianego stanu faktycznego mieszkali całe swoje dotychczasowe życie w Rumunii, natomiast w pewnym momencie³ podjęli oni – motywowaną poszukiwaniem pracy – decyzję o przeprowadzeniu się do Polski. Mieszkając w Polsce, małżonkowie współżyli ze sobą, a kobieta zaszła w ciążę. Wobec tego mężczyźni nie został przedstawiony zarzut obcowania płciowego z osobą, która nie miała ukończonego piętnastego roku życia – jego małżonką A.G. – w związku z czym został oskarżony o popełnienie przestępstwa stypizowanego w art. 200 § 1 k.k.⁴ w zw. z art. 12 k.k. Zgromadzony materiał dowodowy bezspornie wskazywał, że małżonkowie – co też zgodnie potwierdzili w swoich zeznaniach (wyjaśnieniach) – „w świetle tradycji mniejszości etnicznej, z której pochodzą (mniejszości romskiej), zawarli zgodnie i skutecznie małżeństwo”⁵, a ponadto

¹ Postanowienie Sądu Rejonowego w Częstochowie z 7.05.2019 r. (XI K 1201/18), niepubl.

² Postanowienie Sądu Okręgowego w Częstochowie z 29.08.2019 r. (VII Kz 378/19), LEX nr 2721147.

³ Z uwagi na brak danych nie jest możliwe wskazanie, kiedy F.D.L. wraz z A.G. przeprowadzili się do Polski. Niemniej jednak – w świetle prowadzonych w niniejszej glosie rozważań – nie jest to istotne.

⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2021 r. poz. 2345 ze zm.), dalej k.k.

⁵ Zob. postanowienie Sądu Okręgowego w Częstochowie z 29.08.2019 r. (VII Kz 378/19), LEX nr 2721147.

„oboje uważali siebie za w pełni legalne małżeństwo i byli przekonani, że w tej sytuacji mają nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek (opisywany przez pokrzywdzoną) obcowania płciowego ze sobą”⁶. Mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy, Sąd Rejonowy w Częstochowie postanowieniem z 7.05.2019 r. – na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.⁷ – umorzył prowadzone przeciwko oskarżonemu postępowanie karne z uwagi na znikomą społeczną szkodliwość zarzucanego mu czynu. Przedmiotowe orzeczenie zostało zaskarżone przez oskarżyciela publicznego w całości, a zarzucona mu została obraza przepisów prawa materialnego, a to art. 115 § 2 k.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k., a w konsekwencji nieuzasadnione umorzenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. Oskarżyciel publiczny wniósł o uchylenie zaskarżonego postanowienia i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Sąd *ad quem* postanowił zmienić przedmiotowe postanowienie w ten sposób, że za podstawę prawną umorzenia postępowania wobec oskarżonego przyjął art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w związku z art. 30 k.k., wskazując, że ustawa stanowi, iż nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionej nieświadomości jego bezprawności.

⁶ Postanowienie Sądu Okręgowego w Częstochowie z 29.08.2019 r. (VII Kz 378/19), LEX nr 2721147.

⁷ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 534 ze zm.), dalej k.p.k.

ROZWAŻANIA PRAWNE PODJĘTE PRZEZ SĄD A QUO I SĄD AD QUEM

Sąd *a quo* jako podstawę umorzenia postępowania wskazał znikomą społeczną szkodliwość, a zatem – w opinii sądu – czyn *in concreto* nie cechował się dostatecznym natężeniem materialnej cechy przestępstwa (art. 1 § 2 k.k. w zw. z art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.). W postępowaniu przed sądem rejonowym zostało zlecone wydanie opinii przez biegłą z zakresu antropologii i kulturoznawstwa, która to podniosła, że „w płaszczyźnie etyczno-moralnej i prawa jakie obowiązuje w Polsce sędzia staje przed wyborem i dylematem wyboru poprawnego rozwiązania, bowiem pojawiająca się w sprawie problematyka wiąże się z imperatywem kulturowym określonej mniejszości narodowej, czy etnicznej – *culture defence*, czyli obrona przed kulturą”. W dalszej kolejności biegła podniosła, że na mocy art. 35 Konstytucji⁸, stanowiący, że „Polska zapewnia obywatelom mniejszości narodowej i etnicznej wolność zachowania i rozwoju, w tym obyczajów i tradycji, inaczej nie byłoby zasady równości. Ten artykuł Konstytucji ma charakter przepisu bezpośredniego”. Po wzięciu pod rozwagę – jak to ujął sąd *a quo* – „wskazówek” został upatrzony konflikt „prawa polskiego z wielowiekową tradycją mniejszości etnicznej”. Wprawdzie sąd rejonowy wskazał, że oskarżony podlega prawu polskiemu, ale jako członek mniejszości etnicznej „jest su-

⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.), dalej Konstytucja RP.

biektywnie związany z omówionym wyżej imperatywem kulturowym”, który to – w opinii sądu – „dopuszcza małżeństwa we wczesnym wieku”. Sąd *a quo* argumentował – w oparciu o cytowaną w orzeczeniu literaturę – że „już 13-letnia młodzież jest gotowa wchodzić w związki małżeńskie, dochodzi do zaślubin, wcześniej dochodzi do kojarzenia w pary młodych ludzi, często decydują o wszystkim rodzice”, a ponadto w mniejszości etnicznej – której członka dotyczyła niniejsza sprawa – „najważniejszy jest ślub tradycyjny *mandavipen*, który zawierają młodzi ludzie, jeszcze przed dojściem do pełnoletności”, a co więcej, pomijany jest „ślub cywilny i kościelny obowiązujący w Polsce, pozostając przez życie w tradycyjnej przyszłości”. Nie umknęła uwadze sądu *a quo* ustawa z 6.01.2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym¹⁰, a w oparciu o ten akt normatywny sąd wywiódł, że Państwo Polskie jest zobowiązane do „uwzględnienia specyfiki kulturowej grup mniejszościowych”. Wobec powyższych rozważań Sąd Rejonowy w Częstochowie „uznał, że ukaranie sprawcy przekroczyłoby pewien próg, który oddziela przepisy karne od tradycji etnicznych grup mniejszościowych, a idąc dalej wymierzenie kary byłoby dolegliwością niewskazaną, surową”, co pozwoliło sądowi „przy uwzględnieniu przesłanek, które zo-

stały wymienione i zadecydowały o umorzeniu postępowania karnego wobec oskarżonego w oparciu o art. 1 § 2 k.k.”¹¹.

Sąd Okręgowy w Częstochowie wskazał, że – w jego opinii – wniesione zażalenie zasługiwało na częściowe uwzględnienie, „bowiem zainicjowana jego wywiedzeniem kontrola instancyjna wykazała konieczność zmiany zaskarżonego postanowienia, ale nie co do istoty, jak postulował skarżący, lecz w zakresie podstawy faktycznej i co za tym idzie podstawy prawnej umorzenia”. Wskazuje w swoim uzasadnieniu sąd *ad quem*, że zdaniem oskarżonego i pokrzywdzonej „postąpili oni zgodnie ze swoją kulturą i tradycją, zachowując się tak jak normalni¹² małżonkowie, co było w pełni akceptowane przez ich rodziny, lokalną społeczność, jak również co było akceptowane w Rumunii (...) Mieli pełne przeświadczenie o legalności ich zachowania, według prawa zwyczajowego oraz zgodnie z prawem miejsca, w którym się wychowali, skoro zawarli związek małżeński według prawa i tradycji swojej społeczności, po czym podjęli dobrowolne obcowanie płciowe, stanowiące wręcz element, o czym wiadomo sądowi także z urzędu, potwierdzający skuteczność zawartego związku małżeńskiego”. Sąd *ad quem* zwrócił uwagę także na to,

⁹ Postanowienie Sądu Okręgowego w Częstochowie z 29.08.2019 r. (VII Kz 378/19), niepubl.

¹⁰ Ustawa z 6.01.2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz.U. z 2017 r. poz. 823).

¹¹ Postanowienie Sądu Okręgowego w Częstochowie z 29.08.2019 r. (VII Kz 378/19), niepubl.

¹² Nie próbując w tym miejscu sił się na swą istną złośliwość, na marginesie można tylko zaznaczyć, że użycie przymiotnika „normalne” w odniesieniu do małżeństwa może rodzić pytanie, czy są jakieś małżeństwa, które takie nie są.

że oskarżony – z uwagi na jego ograniczone wykształcenie oraz funkcjonowanie w zamkniętej społeczności – nie znał norm społecznych innych niż te, które obowiązywały w jego ojczyźnie i w społeczności romskiej. Oskarżony był ponadto przekonany o legalności swego zachowania, co więcej w tym samym przeświadczeniu byli członkowie jego rodziny (w tym pokrzywdzona A.G.). Oskarżony miał być utwierdzony – w świetle jedynej znanej sobie tradycji – o akceptowalności swojego zachowania. W przedmiocie tym zasięgnięto także opinii kulturoznawcy, który jasno wskazał, że w tradycji romskiej niczym szczególnym nie jest zawieranie związków małżeńskich w wieku czternastu lat. Ponadto – w opinii Sądu Okręgowego w Częstochowie – wyjaśnienia oskarżonego zasługiwały na wiarę także i w tym zakresie, że on tak właściwie nie wiedział, ile jego małżonka ma lat, a za przyczynę tego podawał jej dojrzały wygląd. Podobnie – sama pokrzywdzona nie była w stanie wskazać swojego dokładnego wieku (*sic!*).

Powyższa argumentacja – w opinii sądu *ad quem* – uprawnia do przyjęcia, że konieczne było umorzenie postępowania karnego prowadzonego przeciwko F.D.L., czyn jego został bowiem dokonany w warunkach usprawiedliwionej nieświadomości co do jego bezprawności.

OCENA ROZSTRZYGNIEĆ

Rozstrzygnięcia podjęte przez sądy orzekające w sprawie, a także – idąc dalej – argumenty podane na ich uzasadnienie są niewątpliwie chybio-

ne. Aby jednak przejść do dokładnej analizy rozstrzygnięć, konieczne jest omówienie pewnych kwestii wstępnych, które bez wątpienia rozjaśnią nieco drogę i pomogą w ocenie tychże rozstrzygnięć, a to – na pierwszy plan wysuwają się – przesłanki ważności małżeństwa oraz tzw. wiek zgody. Wszak zarówno sąd *a quo*, jak i sąd *ad quem* skupiły się przede wszystkim na małżeństwie swoiście tradycją uświęconym, zatracając tym samym cywilistyczny charakter samego małżeństwa *per se*. Wszak sądy orzekające w omawianej sprawie skupiły się na małżeństwie rozumianym nie jako związek zawierany w świetle prawa cywilnego¹³, ale małżeństwie rozumianym jako związek ściśle duchowy, zawierany w określonej grupie – *in abstracto* – etnicznej czy społecznej, który bez spełnienia określonych przez prawo cywilne wymogów nie może zostać uznany za małżeństwo cywilnoprawnie relewantne (*arg. ex art. 1 § 1–3 k.r.o.*¹⁴). Wszak nie wyczerpują one przesłanek małżeństwa rozumianego jako związek dwóch osób w rozumieniu prawa cywilnego. Ażeby bowiem mieć do czynienia ze związkiem małżeńskim zawierany w ramach – stosując pewne uproszczenie – związku duchowego, czy też związku przewidzianego przez umowę międzynarodową, konieczne jest i tak spełnienie wymogów przewidzianych przez prawo cywilne. Wo-

¹³ A dokładniej prawa małżeńskiego, które to jest częścią prawa rodzinnego, a to jest natomiast elementem prawa cywilnego.

¹⁴ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2020 r. poz. 1359), dalej k.r.o.

bec tego wskazać należy, że sądy orzekające w omawianej sprawie w sposób nie tylko chybyony, ale zupełnie nieuprawniony, utożsały związek zawierany na gruncie prawa danej społeczności ze skutecznie zawartym związkiem małżeńskim w świetle prawa cywilnego. W tym kontekście konieczne jest podniesienie, że w Polsce, ażeby zawrzeć prawnie skuteczny związek małżeński, konieczne jest ukończenie osiemnastego roku życia przez osoby zawierające ów związek (*arg. ex art. 10 § 1 zd. 1 k.r.o.*), z wyjątkiem przewidzianym dla kobiet, kiedy to z uwagi na szczególne okoliczności możliwe jest zawarcie związku przez kobietę mającą ukończony szesnasty rok życia (*arg. ex art. 10 § 1 zd. 2 k.r.o.*). Analogiczną regulację możemy znaleźć w art. 272 rumuńskiego kodeksu cywilnego¹⁵, rumuńskie prawo cywilne przewiduje tożsame do prawa polskiego rygory – w tym cenzus wiekowy – zawarcia związku małżeńskiego. Wobec tego – zarówno w świetle prawa polskiego, jak i rumuńskiego – nie było możliwe zawarcie skutecznego – z punktu widzenia prawa cywilnego – małżeństwa między E.D.L. i A.G. Zatem powoływanie się przez sądy orzekające w sprawie na znajomość tylko prawa rumuńskiego jest chybyone, w tym zakresie jest ono bowiem tożsame z polskim.

Niemniej jednak – co raczej oczywiste – obcowania płciowego nie należy łączyć tylko ze związkiem małżeńskim. Wszak nawet jeśli konkubenci nie są zdolni zawrzeć cywilnoprawnie relewantnego *in abstracto* mał-

żeństwa, to nie jest to równoznaczne z popełnieniem przez któregośkolwiek z nich – a *in concreto* przez mężczyznę – przestępstwa. Tak dzieje się na gruncie prawa polskiego, ale także i prawa rumuńskiego. Istnieje bowiem również cenzus (określany niekiedy jako tzw. wiek zgody¹⁶), który to określa dolną granicę wieku, od której współżycie z drugą osobą nie stanowi wypełnienia znamion przestępstwa. Na gruncie polskiego prawa karnego tą dolną granicą jest 15. rok życia (*arg. ex art. 200 § 1 k.k. in principio*). Niemniej jednak w realiach omawianej sprawy – co nie powinno raczej nikogo dziwić – konieczne jest odniesienie się także do regulacji rumuńskich traktujących w tym przedmiocie. Wobec tego wskazać należy, że rumuński ustawodawca ustala wiek zgody na 16. rok życia (*arg. ex art. 220 rumuńskiego kodeksu karnego*¹⁷).

Nie tracąc z pola widzenia powyższego, w pierwszej kolejności wskazać należy, że żadnego znaczenia – z perspektywy polskiego wymiaru sprawiedliwości – nie ma fakt, że związek E.D.L. i A.G. był akceptowany czy to w ich środowisku, czy to w rodzinnej Rumunii. Wszak z uwagi na to, że jeśli zachowanie się sprawcy wypełnia znamiona czynu stypizowanego w polskiej ustawie karnej, a został on popełniony na terytorium RP, to ewentualne oceny czy też akceptowalność w państwie pochodzenia sprawcy są

¹⁵ Zob. <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/109884> (dostęp: 6.07.2022 r.).

¹⁶ Zob. szerzej M. Dziewanowska, *Profil sprawcy, profil ofiary. Przestępstwo współżycia z osobą małoletnią poniżej 15. roku życia*, „Archiwum Kryminologii” 2012/34, s. 367–399.

¹⁷ Zob. <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/109855> (dostęp: 6.07.2022 r.).

irrelevantne (*arg. ex art. 1 § 1 w zw. z art. 5 w zw. z art. 6 § 2 k.k.*). Co więcej – z uwagi na realia omawianego przypadku – związek ten nie był akceptowalny z punktu widzenia prawa polskiego, ale także nie był akceptowalny z punktu widzenia prawa rumuńskiego, które – co warto przypomnieć – ustala wyższy wiek zgody, aniżeli przewiduje to prawo polskie. Uwadze umknąć nie może, że sąd *ad quem* wskazuje, że oskarżony i pokrzywdzona podjęli „dobrowolne obcowanie płciowe”. W miejscu tym przypomnieć należy, że osoba będąca poniżej 15. roku życia (a w Rumunii poniżej 16. roku życia) nie przekroczyła jeszcze tzw. wieku zgody, a zatem w kontekście współżycia z nią nie można mówić tu o żadnej dobrowolności¹⁸. Dobrowolność zakłada wyrażenie zgody – prawnie wiążącej – przez drugą osobę. Co istotne, nawet jeśli osoba małoletnia chciałaby podjąć obcowanie płciowe i wyraziłaby swoją zgodę, to nie będzie mieć ona żadnego znaczenia w kontekście prawnokarnej oceny zachowania osoby obcującej z małoletnią (małoletnim).

¹⁸ Zob. M. Filar, M. Berent (w.): J. Bojarski, M. Bojarski, P. Czarnecki, W. Filipkowski, O. Górniok, E. M. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E.W. Pływaczewski, W. Radecki, A. Sakowicz, Z. Siwik, B.J. Stefańska, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, M. Filar, M. Berent, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, LEX/el., komentarz do art. 200. W tej mierze trafnie także wskazuje Sąd Najwyższy, że zgoda osoby poniżej 15. roku życia jest prawnokarnie irrelevantna, a zatem nawet jeśli doszłoby do „konsensualnego” współżycia, to sprawca i tak wypełnia znamiona czynu stypizowanego w art. 200 § 1 k.k. – por. wyrok SN z 14.07.1988 r. (IIKR 163/88), OSNKW 1988/11–12, poz. 83.

Sąd drugiej instancji, idąc nieco dalej, upatruje – czerpiąc swoją wiedzę z urzędu – elementu potwierdzającego skuteczność zawartego związku małżeńskiego w obcowaniu płciowym małżonków. Pogląd ten jest chybiony na co najmniej dwóch płaszczyznach, tj. normatywnej i obyczajowej. Po pierwsze, ani rumuński kodeks cywilny, ani polski Kodeks cywilny nie uzależniają skuteczności związku małżeńskiego od „skonsumowania związku” rozumianego jako obcowanie płciowe małżonków. Po wtóre, jeśli zaś chodzi o sferę obyczajową, nie jest właściwe upatrywanie skuteczności, albo innymi słowy przymiotu prawidłowości, związku w obcowaniu płciowym, do którego to miałyby dochodzić między małżonkami. Można pozwolić sobie nawet na wysunięcie tezy, że jeśli ustawodawca wprowadziłby do systemu prawa normę prawną, która od jej adresatów (a to małżonków) wymagałaby obcowania płciowego w związku małżeńskim, to jej obowiązywanie mogłoby być wątpliwe z punktu widzenia zarówno odpowiednich norm Konstytucji (w tej mierze w szczególności art. 30), ale także regulacji międzynarodowych (np. art. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka¹⁹), ale także w dalszej kolejności z uwagi na formułę Radbrucha²⁰. W dalszej mierze nie sposób przyznać racji sądom orzekającym w sprawie, które równają

¹⁹ Powszechna Deklaracja Praw Człowieka przyjęta i proklamowana rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A (III) 10.12.1948 r. w Paryżu.

²⁰ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie III* (w.): *Gesamtausgabe*, opr. W. Hassemer, Heidelberg 1990, s. 96–100.

samo bycie w związku (nawet określonym jako małżeński) z koniecznością obcowania płciowego małżonków. Wszak możliwe jest, a nawet nie tak trudne do wyobrażenia, że osoby będące w związkach małżeńskich, czy to cywilnych, czy duchowych, czy sakramentalnych w ogóle ze sobą nie współżyją (przykładem tego mogą być tzw. białe małżeństwa).

Nie można podzielić poglądów sądów orzekających w sprawie, że czyn ED.L. usprawiedliwia to, że związki takie jak ten, w którym był oskarżony, są akceptowalne w środowisku, z którego wywodzi się oskarżony. Wszak to, że dane zachowanie jest akceptowalne w danym środowisku, nie prowadzi przecież do jego wtórnej legalizacji. Stosując rozumowanie *ad absurdum*, można przeto wykazać, że – jeśli uznać argumentację sądów orzekających w sprawie za trafną – skoro akceptacja społeczna wystarcza do legalizacji danego zachowania, to np. dokonywanie rozbojów w danych środowiskach, bądź przemoc zwyczajowa, a to karcenie dzieci ponad miarę, nie stanowiłyby wypełnienia znamion typów czynów stypizowanych w ustawie karnej. W mierze tej wskazać należy, że prawdą jest, że *in concreto* zachowanie społecznie szkodliwe w stopniu wyższym niż znikomym może cieszyć się społeczną akceptacją, a nawet może być ono pochwalane przez daną grupę²¹. Niemniej jednak nie oznacza to, że powinno się je w ten sposób le-

galizować tylko z tego powodu, że jest ono akceptowane przez jakąś grupę, wszak samo kryterium akceptowalności nie determinuje jeszcze prawno-karnej oceny tego zachowania. Warto jest w tym miejscu nadmienić, że to samo odnosi się do zachowań, które są – raczej – społecznie nieakceptowalne (np. zdrady małżeńskie), a nie stanowią one przedmiotu ustawowej typizacji jako czynu zabronionego.

Błądzi zatem sąd *ad quem*, wskazując, że „będąc urodzonym w Rumunii Romem mógł być zatem w sposób usprawiedliwiony przeświadczony o tym, że jego zachowanie, jako R. (Roma – przyp. P.K.), jest również legalne w kraju do którego przyjechał”. Rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w Częstochowie jest chybione z tego powodu, że zachowanie oskarżonego nie było legalne ani w kraju, do którego przyjechał, ani też w kraju, z którego przyjechał. Przyjęcie takiego poglądu przez Sąd Okręgowy w Częstochowie pozwala domniemywać, że stracił on z pola widzenia nie tylko możliwość powołania biegłego co do prawa obcego, który to mógłby w sposób jasny i jednoznaczny wyjaśnić niuanse prawa rumuńskiego. Wprawdzie proces karny oparty jest na zasadzie *iura novit curia*, to nie jest wykluczone powołanie przez sąd orzekający w danej sprawie biegłego z zakresu prawa obcego. Kodeks postępowania karnego w art. 193 stanowi, że „jeżeli stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, zasięga się opinii biegłego albo biegłych”. Z uwagi na okoliczności stanu faktycznego, jak i rozstrzygnięcia powzięte przez

²¹ W tej mierze trzeba zaznaczyć, że pochwalanie przestępstwa może samo w sobie realizować znamiona typu czynu zabronionego (*arg. ex inter alia* art. 126a, art. 200b, art. 255 § 3 k.k.).

sądy, nie ulega wątpliwości, że powołanie takiego biegłego mogłoby uchronić przed wprowadzeniem w życie tak wadliwych rozstrzygnięć. Skoro jednak sądy – z tylko sobie znanego powodu – zaniechały powoływania takiego biegłego, to mogły zadać sobie choć tyle trudu, ażeby sprawdzić w powszechnie dostępnych bazach właściwe regulacje w prawie rumuńskim. Co więcej, podnieść należy, że lektura uzasadnienia czy to postanowienia sądu *a quo*, czy sądu *ad quem* pozwala na wysunięcie śmiałej tezy, że sądy – z tylko sobie znanych powodów – rysują niejako obraz Rumunii jako odległego kraju, w którym to prawo jest zapewne biegunowo odmienne aniżeli prawo polskie. Przypomnieć jednak należy, że mówimy tu o dwóch krajach europejskich, co więcej – należących do Unii Europejskiej. Stąd też mogłoby się zdawać, że zostanie sobie zadany trud ustalenia, jaki wiek został ustalony zarówno jako wiek małżeński, jak i wiek zgody.

Nie można stracić z pola widzenia tego, że w postępowaniu – zarówno przed sądem pierwszej, jak i drugiej instancji – powołano biegłego z zakresu kulturoznawstwa na okoliczność wykazania odmienności kulturowych, a co za tym idzie prawdziwości tezy, że zarówno pokrzywdzona, jak i oskarżony mogli być – z uwagi na uwarunkowania kulturowe – przekonani o legalności swojego postępowania. Biegła powołana przed sądem *a quo* wskazała, że w omawianym kontekście sytuacyjnym dochodzi do konieczności ochrony różnic mniejszości etnicznych w celu zachowania ich odmienności kulturowej. Co więcej – jak

wskazuje biegła – poszanowanie tych odmienności jest obowiązkiem sądu, który to nałożył nań ustrojodawca w zgodzie z art. 35 Konstytucji. Sąd *a quo* wskazuje – skądinąd słusznie – że gdyby nie zasada poszanowania odmienności mniejszości narodowych i etnicznych, nie mogłoby być mowy o zasadzie równości. Niemniej jednak pamiętać należy, że powołana norma konstytucyjna nie pozwala na swoistą dekryminalizację danego typu czynu stypizowanego w ustawie karnej – w odniesieniu do pewnej grupy podmiotów – tylko z tego powodu, że jego – pozwalając sobie na swoiste uproszczenie – wykonywanie właściwe jest dla danej grupy etnicznej (narodowej) i stanowi element ich odmienności kulturowej. Innymi słowy, jeśliby w jakiejś mniejszości etnicznej (narodowej) elementem obrządku, czy też w tej mierze tradycji, było przyjmowanie środków odurzających (ewentualnie narkotyków), to również byłibyśmy skłonni zaakceptować prezentowany przez sądy orzekające w omawianej sprawie pogląd? Odpowiedź na tak zadane pytanie zdaje się być oczywista – nie. Wszak nie można swoiście uświęcać przestępnego zachowania tylko z tego powodu, że może ono stanowić realizację zasady równości. Nie ulega wątpliwości, że zasada równości – wyrażana w tej mierze w art. 35 Konstytucji – nie ma wymiaru absolutnego i podlega ograniczeniom. Nie powinno budzić to raczej niczyjego zdziwienia, że właśnie i w tej mierze podlegnie owa zasada ograniczeniu. Warto też zaznaczyć, że zasada równości mniejszości etnicznych czy narodowych podlega

ograniczeniom w wielu miejscach na „przestrzeni” prawa rodzimego. Wszak akceptacja poglądu o jej absolutnym charakterze doprowadziłaby do swoistego absurdu, że w imię złe pojętej równości wprowadzilibyśmy tak właściwie nieuprawnione przywileje dla danych grup społecznych, a to narodowych czy etnicznych. Stąd też nie do przyjęcia jest ferowany przez sąd *meriti* pogląd, że „ukaranie sprawcy przekroczyłoby pewien próg, który oddziela przepisy karne od tradycji etnicznych grup mniejszościowych”. Ponadto powoływanie się przez sąd *a quo* w uzasadnieniu swojego postanowienia na ustawę z 6.01.2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym pozwala na wysunięcie tezy, że Sąd Rejonowy w Częstochowie zupełnie rozminął się z właściwym rozstrzygnięciem z uwagi na utracenie z pola widzenia nie tylko złożoności problemu, ale także jego sedna.

W miejscu tym przytoczyć należy słuszny argument podniesiony przez Sąd Okręgowy w Częstochowie w odniesieniu do rozstrzygnięcia sądu pierwszej instancji, a mianowicie że „co do zasady Sąd Okręgowy podziela wyeksponowany w środku odwoławczym zarzut naruszenia przez Sąd Rejonowy art. 115 § 2 k.k. Obcowanie płciowe z osobą małoletnią poniżej 15 roku życia, nawet jeżeli oskarżony i pokrzywdzona uczynili to w zgodzie z własnym prawem zwyczajowym, nie stanowi o znikomej społecznej szkodliwości takiego czynu, gdyż jest on powszechnie i kategorycznie społecznie nieakceptowalny w społeczeństwie, ustanawiającym normy prawne,

obowiązujące na polskim terytorium, co stanowi państwową prerogatywę, zwłaszcza wobec szczególnie chronionego przedmiotu ochrony w postaci wolności seksualnej osób małoletnich poniżej 15 roku życia. Z tej przyczyny należało wyeliminować z podstawy prawnej umorzenia postępowania art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.”.

Wniosek ten nie pozwala jednak także dojść do konkluzji, którą powziął sąd drugiej instancji, a to że F.D.L. działał w ramach nieświadomości bezprawności swojego zachowania. Nieświadomość bezprawności²² jest niczym innym jak tzw. błędem co do prawa²³. W psychologicznym ujęciu błąd zazwyczaj ma polegać na „niezgodności (rozbieżności) między rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości człowieka”²⁴. W nauce prawa karnego utrwaliła się tzw. koncepcja dwupostaciowości błędu, która to sprowadza się do tego, że błąd może wystąpić w postaci nieświadomości bądź mylnego wyobrażenia. Adherenci takiego ujęcia błędu twierdzą,

²² Wskazuje się, że wprowadzenie do systemu prawa błędu co do prawa jest wyrazem odejścia przez ustawodawcę od stosowania zasady *ignorantia iuris semper nocet* na korzyść tzw. zasady ograniczonej relewancji błędu co do prawa, zob. J. Giezek, *Błąd co do prawa a zasada ignorantia iuris nocet* (w:) *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2020, s. 238.

²³ Na marginesie zaznaczyć tylko wypada, że podnosi się – składając słusznie – w nauce prawa karnego, że każdy błąd w ostateczności jest błędem co do prawa – zob. J. Giezek, *Pierwotna oraz wtórna nieświadomość bezprawności* (w:) *Prawo...*, s. 240.

²⁴ J. Giezek, *Błąd sprawcy a wyłączenie winy* (w:) *Prawo...*, s. 218.

że pierwsza z postaci ma miejsce, kiedy w rzeczywistości obiektywnej występują elementy, które nie znalazły odbicia w świadomości podmiotu, natomiast druga postać występuje, gdy świadomość ta została wzbogacona o odbicia nieistniejących w rzeczywistości stanów rzeczy lub zdarzeń²⁵. Niemniej jednak, jak słusznie zauważa J. Giezek, „każdy błąd polega zarówno na nieświadomości, jak i na towarzyszącym jej mylnym wyobrażeniu, gdyż w miejsce elementów rzeczywistości, które nie zostały odzwierciedlone, powstają w świadomości sprawcy obrazy (wyobrażenia) nieodpowiadające obserwowanemu wycinkowi rzeczywistości”²⁶. Z tej oto przyczyny nieświadomość nie będzie stanowić niezależnej postaci błędu, ale będzie stanowić warunek *sine qua non* do jego wystąpienia. Trafnie wszak zauważa J. Giezek, że jeśliby uznać nieświadomość – w rozumieniu proponowanym wcześniej – za niezależną postać błędu, to siłą rzeczy każdy akt ludzkiej działalności (bądź bierności) byłby obciążony takowym, wszak nigdy w pełni nie jesteśmy w stanie poznać rzeczywistości w jej wszystkich aspektach²⁷. Przenosząc te rozważania na kanwę omawianej sprawy, należy zauważyć, że F.D.L. mógł rzeczywiście – choć to wątpliwe z uwagi na okoliczności faktyczne²⁸ – pozostawać w nie-

świadomości bezprawności swojego zachowania, a co więcej – towarzyszyć temu mogło mylne wyobrażenie legalności takiego postępowania.

Niemniej jednak ustawodawca nie zadowala się tylko takim stanem rzeczy, wszak ażeby miał miejsce błąd co do prawa prawnokarnie relewantny, ta nieświadomość (a zatem i mylne wyobrażenie) musi być usprawiedliwiona (*arg. ex art. 30 k.k.*). Żeby to ocenić, należy odwołać się do kryteriów zarówno obiektywnych, jak i subiektywnych²⁹. Zauważa Sąd Najwyższy, że „kryteria usprawiedliwienia nieświadomości bezprawności mają przede wszystkim charakter obiektywny, co oznacza, że przy ich rozpoznawaniu i ustaleniu należy posłużyć się kryterium normatywnym miarodajnego (wzorowego) obywatela, a następnie uwzględniając również kryterium subiektywne, charakterystyczne dla problematyki błędu, należy ocenić, czy miałby on możliwość uniknięcia błędu w postaci nieświadomości bezprawności czynu”³⁰. Oczywiście z pola widzenia nie możemy stracić, że w omawianej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, kiedy to oskarżonym jest cudzoziemiec, a zatem – siłą rzeczy – raczej mniej świadoma osoba co do prawa obowiązującego w kraju, do którego przybył. Niemniej jednak sam fakt bycia cudzoziemcem nie usprawiedliwia *in abstracto* nieświadomości

– domniemanie, że jego postępowanie może być niekoniecznie zgodne z obowiązującym prawem.

²⁹ Zob. A. Zoll (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, Warszawa 2016, komentarz do art. 30.

³⁰ Postanowienie SN z 14.05.2003 r. (II KK 331/02), R-OSNKW 2003, poz. 969.

²⁵ J. Giezek, *Błąd sprawcy...* (w:) *Prawo...*, s. 218.

²⁶ J. Giezek, *Błąd sprawcy...* (w:) *Prawo...*, s. 218–219.

²⁷ J. Giezek, *Błąd sprawcy...* (w:) *Prawo...*, s. 218–219.

²⁸ Takie jak. m.in. dorastanie w Rumunii, obycie z jej porządkiem prawnym, swojego rodzaju doświadczenie życiowe, które to pozwoliłoby mu na – w najmniejszym stopniu

domości prawa³¹. Pod uwagę należy wziąć zatem okoliczności obiektywne, takie jak samą rozpoznawalność, bądź też innymi słowy swoiste „przeczcucie” o możliwej naganności danego zachowania, a nawet i jego bezprawności przez wzorcowego obywatela, czy tutaj wzorcowego cudzoziemca. Ale także w trakcie oceny należy mieć na uwadze element subiektywny, to jest możliwość uniknięcia błędu w postaci nieświadomości bezprawności. Konstruuje ów wzorzec (czy to obywatela, czy to cudzoziemca), na uwadze mieć musimy, że konieczne jest uśrednienie oczekiwań wobec podmiotu, wszak nie możemy wymagać, ażeby każdy, czy to obywatel, czy cudzoziemiec, był specjalistą z zakresu prawa³².

Zaznaczyć trzeba, że przewidywalność skutku stanowi brzegowe i najdalej wysunięte kryterium przypisania odpowiedzialności karnej³³. Trafnie zauważa Sąd Okręgowy w Zamościu, że „jeżeli także dla wzorcowego obywatela bezprawność czynu pozostawałaby nierozpoznawalna, nieświadomość bezprawności należy uznać za usprawiedliwioną”³⁴. Zdaje się, że wymagać można od podmiotu, ażeby posiadał dostateczną wiedzę choćby w zakresie podstawowych regulacji

danego systemu prawnego, czym bez wątpienia jest tzw. wiek zgody. W polu widzenia mieć należy, że zgodnie z zasadą *impossibilium nulla obligatio est* nie możemy wymagać od podmiotu, ażeby przedmiot jego aktywności, czy – upraszczając – bierności stanowiący jego obowiązek (w tej mierze zakaz wykonania danego zachowania) był niemożliwy do zrealizowania. Tę samą zasadę należy odnieść do możliwości przewidzenia ewentualnych prawno-karnych skutków zachowania danej jednostki. Wszak jednostka musi mieć możliwość (zdolność) przewidzenia, że jej zachowanie może naruszać normę sankcjonowaną³⁵.

Z uwagi na okoliczności stanu faktycznego obowiązek – a to niewspółżycie z osobą poniżej piętnastego roku życia³⁶ – jaki stał przed oskarżonym, był jak najbardziej możliwy nie tylko do przewidzenia, ale także do wykonania. Innymi słowy, podmiot mógł przewidywać, że podjęcie określonego rodzaju aktywności może zaowocować skutkiem, jakim będzie wypeł-

³¹ Podobnie J. Giezek (w:) D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, J. Giezek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2021, komentarz do art. 30.

³² Por. K. Lipiński, *Struktura wzorców osobowych* (w:) *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020, LEX/el. oraz cytowana tam literatura.

³³ J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 76 i 78.

³⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Zamościu z 16.12.2013 r. (II Ka 607/13), LEX nr 1663291.

³⁵ Nakaz tworzenia prawa, a w szczególności prawa karnego, czytelnego i zrozumiałego dla przeciętnej jednostki, odnosi się przede wszystkim do ustawodawcy, który to ustala owe wymagania względem jednostki, podług których później może dojść do jej „rozliczenia” w razie im niesprostania.

³⁶ W miejscu tym zaznaczyć wypada, że w sytuacji, w której małżonkowie jedynie by się pobrali – w rozumieniu prawa ich mniejszości etnicznej – a nie doszłoby między nimi do obcowania płciowego, nie można mówić o wypełnieniu znamion typu czynu. Wszak – co jest raczej oczywiste – typizowane jest zachowanie polegające na obcowaniu płciowym z małoletnią osobą, a nie zachowanie polegające na wchodzeniu z taką osobą w związek.

nienie znamion typu czynu zabronionego. Trafnie zauważa Sąd Najwyższy, że „nie można skutecznie powoływać się na niezawinioną nieznajomość prawa, jeżeli z ustalonych faktów wynika, że sprawca nie tylko nie starał się w sposób należyty zapoznać z obowiązującym uregulowaniem, choć miał możliwość to uczynić u przedstawicieli właściwych organów, ale wręcz w sposób wyraźny z takiej możliwości zrezygnował”³⁷. Wobec tego przyrównując wzorzec modelowego cudzoziemca do realiów stanu faktycznego, w tym w szczególności biorąc czynnik subiektywny pod uwagę – raczej bez większych wątpliwości – można wysnuć wniosek, że oskarżony w tej sprawie miał wszystkie indywidualnie mu właściwe możliwości uniknięcia spowodowania tejże sytuacji, a także znalezienia się pod rzekomym wpływem błędu³⁸.

W realiach omawianej sprawy wskazać należy, że bez wątpienia trudno jest szukać podstaw do usprawiedliwienia rzekomego błędu oskarżonego. Wszak skoro w jego rodzinnej Rumunii zachowanie polegające na obcowaniu płciowym z osobą poniżej szesnastego roku życia stanowi realizację znamion przestępstwa, to mógł się spodziewać, że i w Polsce obcowanie płciowe z czternastoletnią osobą może również być czynem zabronionym³⁹.

³⁷ Wyrok SN z 10.05.2005 r. (WA 11/05), R-OSNKKW 2005, poz. 948.

³⁸ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 13.02.2020 r. (IV KK 477/19), LEX nr 3260307.

³⁹ Na marginesie zauważyć wypada, że sąd *ad quem* dał wiarę wyjaśnieniom oskarżonego, który podnosił, że w zasadzie on nie wiedział, ile jego małżonka ma lat, cechował ją bowiem „dojrzały wygląd”. Sąd Okręgowy

Nie można zatracać z pola widzenia także tego, że niezależnie od przynależności etnicznej F.D.L. był obywatelem Rumunii, a zatem z samej tej przyczyny obowiązany był do przestrzegania powszechnie obowiązującego tam prawa⁴⁰. Wobec tego mając na uwadze swoisty wzorzec cudzoziemca, można wskazać, że jeśli ten zachowywał się w zgodzie z regulacjami swojego prawa ojczystego, nie zachowując tym samym obowiązków nałożonych nań przez prawo państwa „przyjmującego”, można by szukać w tym jakiegoś – może nie najlepszego, ale na pewno jakiegoś – usprawiedliwienia. W świetle tego rzekoma akceptacja (zachowań podobnych do tego, które zostało zarzucone F.D.L.) społeczności⁴¹, w której się wychowywał oskarżony, w żaden sposób nie derogowała

w Częstochowie, dzieląc tę argumentację, podać, że sama pokrzywdzona nie potrafiła podać swojej daty urodzenia. Owe okoliczności miały także wpłynąć na konieczność umorzenia postępowania z uwagi na działanie w warunkach błędu co do prawa. Uznanie tych wyjaśnień za wiarygodne trudno jest sobie wyobrazić. Niemniej jednak idealnie opisuje to – nie siląc się na eufemizmy – absurdalność całej sytuacji, a także irracjonalność powyższego rozstrzygnięcia, a także podaje – w opinii autora – powagę sądu *ad quem* w poważną wątpliwość.

⁴⁰ Co więcej, zarówno w granicach jego ojczyzny, jak i poza jej granicami.

⁴¹ Sąd *ad quem* wskazuje, że oskarżony działał w ramach usprawiedliwionego błędu co do prawa, nie miał on bowiem wcześniej do czynienia z „polską obyczajnością”. Stąd też mógł „nie wiedzieć” o tym, że obcowanie płciowe z osobą poniżej 15. roku życia może być nielegalne. Autor pragnie przypomnieć, że nie jest to problem z zakresu obyczajności, ale prawa, wobec tego „polska obyczajność” ma tu niewiele do rzeczy.

prawa, a co więcej – nie dawała żadnych racjonalnych podstaw do tego, ażeby twierdzić, że jego zachowanie jest zgodne z powszechnie obowiązującym prawem. Nie powinno budzić wątpliwości, ani tym bardziej zdziwienia, twierdzenie, że przynależność do mniejszości etnicznej (czy też w tej mierze narodowej) nie powoduje automatycznego wyłączenia spośród kręgu podmiotów podległych prawu krajowemu. Co więcej, niezależność i odrębność etniczna, a także idące za nią obowiązki – oczywiście słuszne – jej poszanowania nie wykluczają pewnego stopnia asymilacji i socjalizacji mniejszości z większością, ale przede wszystkim nie uprawniają do naruszania powszechnie obowiązującego prawa w imię swojej odrębności, tym bardziej że owo prawo w żaden sposób – w tym zakresie – ani nie narusza ich tradycji, ani nie powoduje, czy też w żadnym stopniu nie przyczynia się do zacierania, a nawet wymuszania likwidacji tych odrębności. Stąd też z całą mocą stwierdzić należy, że przynależność do danej grupy etnicznej (narodowej) nie powoduje – i nie powinna powodować – automatyzmu ekskulpacji pewnych zachowań noszących znamiona czynów zabronionych tylko z tej przyczyny, że podmiot będący wykonawcą danego czynu przynależy do mniejszości etnicznej (narodowej), w której takie zachowania nawet nie są dozwolone, ale spotykają się tylko z akceptacją.

Trafnie zarówno sąd *a quo*, jak i *ad quem* zauważają, że wiązanie specyfiki kulturowej mniejszości etnicznej romskiej oraz jej tradycji z pedofilią jest nieuzasadnione i niewłaściwe.

Niemniej jednak podnosząc taki argument jako jeden z uzasadniających przyjęte rozstrzygnięcia, sądy orzekające w sprawie *implicite* wykazały nie swoją tolerancję do odmienności kulturowej, ale właśnie wręcz przeciwnie, pozwoliły, ażeby źle rozumiana poprawność polityczna zaślepiła im drogę do wydania odpowiedniego orzeczenia. Wszak – co jest oczywiste – nie można oceniać danej mniejszości narodowej, etnicznej, grupy kulturowej przez pryzmat jednostkowego przykładu. Takie podejście – którym się wykazały sądy orzekające w sprawie – jest sztucznie tolerancyjne, a co więcej – nieprawidłowe. Można także wskazać, że ten zabieg jest, wbrew temu, co sądy chciały osiągnąć, krzywdzący nie tylko dla Romów, ale także dla Rumunów, lektura uzasadnień głosowanych orzeczeń pozwala bowiem odnieść wrażenie, że wszyscy Romowie, ale także i mieszkańcy Rumunii, akceptują pedofilię, o czym między słowami, nie chcąc powiedzieć wprost, mówią sądy orzekające w sprawie.

PODSUMOWANIE

Mając na uwadze prowadzone powyżej rozważania, nie sposób nie zauważyć, że sądy obu instancji orzekające w sprawie popełniły błędy powodujące nie tylko wprowadzenie do obrotu rozstrzygnięć niezgodnych z prawem, ale także rozstrzygnięć, które – jeśli by były utrwalane – prowadzić by mogły do zatracenia sensu instytucji błędu co do prawa, czy też względnie rozumienia znikomej społecznej szkodliwości. Rozważania

tu prowadzone pozwalają dojść do wniosku, że nastąpiło niezrozumienie podstawowych zagadnień z zakresu prawa karnego, ale także i w pewnej mierze międzynarodowego, które to dodatkowo podlane było groteskowo – żeby nie powiedzieć dziwacznie – rozumianą tolerancją (poprawnością polityczną?). Nie można w tym miejscu nie przypomnieć, że sądy *in genere* nie powinny zamykać się tylko w ramach „swoich dziedzin”,

ale powinny przyjmować ogląd holistyczny, wszakże prawo traktować należy jako współlistniejący i współzależny system, a nie tylko poszczególne gałęzie rozwijające się w próżni. Nie decydując się jednak na dalszą w tym zakresie ocenę postępowania organów wymiaru sprawiedliwości, pragnę podkreślić jedno – omawiana sprawa jest klasycznym przykładem przysłowiowego „wylania dziecka z kąpielą”.

ABSTRACT

Przemysław Krawczyk

The author is an advocate trainee (District Bar Association in Wrocław).

**Criminal liability of a foreigner for marriage with a minor.
Commentary on ruling of the Regional Court in Częstochowa
of 29 August 2019 (VII Kz 378/19)**

The purpose of this critical commentary is to discuss two judgments in a criminal case before the Częstochowa District Court and subsequently before the Częstochowa Regional Court. The author of this publication deals with determinations of “lower courts”. However, this is not unjustified. As will be clear from reading this article, the courts deciding the case have committed numerous, almost cardinal errors, the repetition of which may lead not only to a misinterpretation of law but also to the introduction of faulty decisions into the judicial system.

Keywords: error of law, error, age of consent, liability of foreigners

Przemysław Krawczyk

ORCID: 0000-0002-5462-3540; e-mail: przemyslawkrawczyk3@gmail.com

Autor jest aplikantem adwokackim (Izba Adwokacka we Wrocławiu).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Dziewanowska Małgorzata, *Profil sprawcy, profil ofiary. Przestępstwo współżycia z osobą małoletnią poniżej 15. roku życia*, „Archiwum Kryminologii” 2012/34

Filar Marian, Berent Marcin (w:) Berent Marcin, Bojarski Marek, Bojarski Janusz, Czarnecki Paweł, Filar Marian, Filipkowski Wojciech, Górniok Oktawia, Guzik-Makaruk Monika Ewa, Hoc Stanisław, Hofmański Piotr, Kalitowski Michał, Kulik Marek, Paprzycki Lech Krzysztof, Pływaczewski Emil Walenty, Radecki Wojciech, Sakowicz Andrzej, Siwik Zygfryd, Stefańska Blanka Julita, Stefański Ryszard Andrzej, Tyszkiewicz Leon, Wąsek Andrzej, Wilk Leszek, *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, LEX/el., komentarz do art. 200

Giezek Jacek, *Błąd co do prawa a zasada ignorantia iuris nocet* (w:) *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2020

Giezek Jacek (w:) **Gruszecka Dagmara, Lipiński Konrad, Łabuda Grzegorz, Giezek Jacek**, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2021, komentarz do art. 30

Giezek Jacek, *Pierwotna oraz wtórna nieświadomość bezprawności* (w:) *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2020

Giezek Jacek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994

Lipiński Konrad, *Struktura wzorców osobowych* (w:) *Wzorce osobowe w prawie karnym*, Warszawa 2020, LEX/el.

Radbruch Gustav, *Rechtsphilosophie III* (w:) *Gesamtausgabe*, opr. W. Hassemer, Heidelberg 1990

Zoll Andrzej (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1, *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, Warszawa 2016, komentarz do art. 30

Pojęcia kluczowe: *postępowanie karne, prowokacja obywatelska, rzetelny proces, prawa człowieka*

FForum adwokackie

Adam Bułat

MATERIAŁY POZYSKANE W WYNIKU „PROWOKACJI OBYWATELSKIEJ” A RZETELNOŚĆ PROCESU KARNEGO

Przez dziesięciolecia dyskretne utrwalanie dźwięku bądź obrazu przedstawiającego okoliczności związane z popełnianymi przestępstwami stanowiło domenę wyspecjalizowanych jednostek policyjnych oraz służb specjalnych. Tak było, ponieważ tylko wskazane podmioty dysponowały sprzętem technicznym, którego specyfikacja pozwalała na pozyskanie odpowiedniej jakości materiałów (zdjęć, nagrań), które następnie mogły zostać wykorzystane przez oskarżyciela publicznego w postępowaniu karnym jako dowód obciążający oskarżonego. Rozwój technologii cyfrowej oraz powszechny dostęp społeczeństwa do Internetu sprawiły, że obecnie każdy posiadacz smartfona może wykonać wysokiej jakości zdjęcie lub nagranie, a każdy użytkownik Internetu jest w stanie w krótkim czasie nawiązać kontakt z inną osobą korzystającą z sieci.

Celem niniejszego artykułu jest refleksja naukowa nad prawną oraz etyczną dopuszczalnością wykorzystania tego typu środków dowodowych w procesie karnym.

W obecnych czasach zdarza się coraz częściej, że to podmioty nieinstytucjonalne, czyli niezwiązane ze strukturami władzy publicznej, podejmują działania nakierowane na pozyskanie materiałów świadczących o fakcie popełnienia przestępstwa. Jeżeli aktywność taka wiąże się z zastosowaniem podstępu, to z uwagi na jej podobieństwo do dopuszczalnych przez prawo czynności operacyjno-rozpoznawczych przeprowadzanych przez uprawnione służby (nazywa-

nych potocznie „prowokacją policyjną”) określać ją można mianem „prowokacji obywatelskiej”.

Celem niniejszego opracowania jest refleksja naukowa nad prawną oraz etyczną dopuszczalnością wykorzystania tego typu środków dowodowych w procesie karnym. Zaznaczyć przy tym należy, że dowód niedopuszczalny to dowód, którego przeprowadzenie jest niezgodne z obowiązującym prawem, dowód dopuszczalny zaś to każdy inny dowód mieszczący się w granicach prawa¹. Zgodnie z art. 170 § 1 pkt 1 Kodeksu postępowania karnego², jeżeli przeprowadzenie dowodu jest niedopuszczalne, organ procesowy ma obowiązek oddalić wniosek dowodowy w przedmiocie jego przeprowadzenia.

1. DOPUSZCZALNOŚĆ WYKORZYSTANIA W PROCESIE MATERIAŁÓW POCHODZĄCYCH Z CZYNNOŚCI OPERACYJNO-ROZPOZNAWCZYCH

W odniesieniu do możliwości wykorzystania w procesie karnym materiałów pochodzących z czynności operacyjno-rozpoznawczych podnosi się, że jest to uwarunkowane zbadaniem przez sąd przeprowadzający postępowanie dowodowe, czy informacje te zostały pozyskane w sposób zgodny z prawem. Brak wypełnienia wskazanego wymogu przesądza o niedopuszczalności takiego środka dowodowego³. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na postanowienie Sądu Najwyższego z 30.11.2010 r., w którym wyraźnie wskazano, że „niezachowanie określonych w art. 19a ustawy z 6.04.1990 r. o Policji⁴ ustawowych warunków dopuszczalności przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych uniemożliwia w procesie karnym wykorzystanie uzyskanego w ich trakcie materiału dowodowego”⁵. Stanowisko to uzasadniono względami gwarancyjnymi, odnoszącymi się do wynikającej z art. 2 Konstytucji RP⁶ zasady demokratycznego państwa prawa, zasady legalizmu obowiązującej na gruncie art. 7 Konstytucji RP, prawa do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, o którym mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a także prawa do rzetelnego procesu mającego swe źródło w art. 6 ust. 1 Europejskiej konwencji praw człowieka⁷. Zaznaczono przy tym trafnie, że „zarówno nagranie dźwięku (...), jak i zeznania osób do tej czynności zaangażowanych i przebieg tej czynności opisujące, były dowodami «skażonymi» pierwotnie, a nie pośrednio, gdyż sama czynność operacyjna wykonana została wbrew prawu”.

Podobne stanowisko zostało wyrażone w szeregu dalszych orzeczeń, co

¹ S. Stachowiak, P. Wiliński (w:) *Polski proces karny*, red. P. Wiliński, Warszawa 2020, s. 230.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 r.), dalej k.p.k.

³ J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 310–312.

⁴ Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2021 r. poz. 1488).

⁵ Postanowienie SN z 30.11.2010 r. (III KK 152/10), OSNKW 2011/1, poz. 8.

⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284), dalej EKPC.

uprawniało do stwierdzenia, że utrzymała się w tej kwestii jednolita linia orzecznicza⁸. Co więcej, pomimo obecnego brzmienia art. 168a k.p.k. teza ta wciąż jest aktualna. Wykładnia językowa rzeczzonego przepisu pozwala bowiem na stwierdzenie, że „wysłowionym tam zakazem dowodowym objęte są następujące grupy dowodów: 1) uzyskane z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych; 2) uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego⁹ w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych; 3) uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. i z naruszeniem przepisów postępowania w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych; 4) uzyskane za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k., w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”¹⁰.

Do takich samych wniosków, choć motywowanych w nieco odmienny sposób, doszedł Sąd Najwyższy w wyroku z 26.06.2019 r.¹¹, w którym wskazano, że „art. 168a k.p.k. nie może stanowić podstawy do wprowadzenia nielegalnie uzyskanego dowodu do procesu. Na wstępie trzeba podnieść, że w przepisie tym mowa jest o uzyskaniu dowodu z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego. Przepisy ustawy o Policji w zakresie, w jakim formułują warunki do wykorzystania procesowego określonych danych uzyskanych z kontroli operacyjnej, mają charakter przepisów materialnych”. W dalszej części uzasadnienia omawianego judykatu podniesiono także, że przeprowadzenie takiego dowodu (tj. materiałów pochodzących z „nielegalnej” kontroli operacyjnej) czyniłoby proces nierzetelnym w rozumieniu standardu z art. 6 ust. 1 EKPC.

Cennych wskazówek odnośnie do możliwości wykorzystania w procesie karnym materiałów pozyskanych przez organy ścigania oraz służby specjalne w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych dostarcza orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz). Przypomnieć przy tym należy, że przepisy EKPC, będącej ratyfikowaną umową międzynarodową, stanowią część krajowego porządku prawnego, sama zaś Konwencja ustanawia jedynie minimalne standardy z zakresu ochrony praw człowieka. Normy wynikające

⁸ Zob. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11.10.2012 r. (II AKa 368/18), LEX nr 1236427; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 26.04.2013 r. (II AKa 70/13), LEX nr 1322733; wyrok SN z 19.03.2014 r. (II KK 265/13), OSNKW 2014/9, poz. 71; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 22.11.2017 r. (II AKa 224/17), LEX nr 246913.

⁹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.), dalej k.k.

¹⁰ J. Skorupka, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym* (w:) *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzcyk, R. Olszewski, Warszawa 2017, s. 362 oraz wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 22.11.2017 r. (II AKa 224/17), LEX nr 246913.

¹¹ Wyrok SN z 26.06.2019 r. (IV KK 328/18), OSNKW 2019/8, poz. 46.

z EKPC mają także istotny wpływ na kształt norm wynikających z przepisów Kodeksu postępowania karnego, zgodnie bowiem z założeniami wykładni systemowej interpretując normy prawne, należy je interpretować zgodnie z normami mającymi swe źródło w przepisach hierarchicznie wyższych aktów normatywnych¹². Z opisanych powyżej uwarunkowań systemowych wynika, że jeżeli ETPCz stwierdzi, że dane działanie organów państwa narusza rzetelność postępowania, gwarantowaną przez art. 6 ust. 1 EKPC, to uznać je należy również za niedopuszczalne w polskim procesie karnym. W swojej dotychczasowej praktyce Trybunał wielokrotnie stwierdzał naruszenie wymienionego przepisu przy wprowadzaniu do procesu dowodów pozyskanych w wyniku operacji specjalnych przeprowadzanych z użyciem informatorów policji oraz prowokacji¹³. Przykładowo wskazać należy, że ETPCz za całkowicie bezprawne uznał działania funkcjonariuszy państwa, którzy podlegali wytypowane przez siebie osoby do popełnienia przestępstwa, co w konsekwencji przesądzało o tym, że dowody pozyskane w wyniku takiej „prowokacji” były niedopuszczalne z punktu widzenia rzetelności procesu¹⁴.

Magdalena Matusiak-Frącczak ma podstawie orzecznictwa ETPCz oraz poglądów wyrażonych przez polskie sądy krajowe trafnie wskazała, że nielegalne podżeganie do popełnienia czynu zabronionego zachodzi wtedy, gdy „1) rola tajnych agentów w dokonaniu przez osobę prowokowaną czynu zabronionego jest aktywna, a nie pasywna, 2) prowokowana jest osoba przypadkowa, a służby w momencie rozpoczęcia operacji nie dysponowały wiarygodnymi informacjami o możliwości popełnienia przez tę osobę czynu zabronionego, 3) nie zostały dopełnione ustawowe formalne warunki przeprowadzenia prowokacji”¹⁵.

W świetle przytoczonych poglądów nie ma wątpliwości, że informacje pozyskane w drodze czynności operacyjno-rozpoznawczych, przeprowadzonych wbrew przesłankom warunkującym ich prawną dopuszczalność, nie mogą stanowić dowodu w postępowaniu karnym.

2. DOPUSZCZALNOŚĆ WYKORZYSTANIA W PROCESIE MATERIAŁÓW POZYSKANYCH PRZEZ TZW. PODMIOTY NIEINSTYTUCJONALNE

Zgodnie z art. 393 § 3 k.p.k. mogą być odczytywane na rozprawie wszelkie dokumenty prywatne, powstałe poza postępowaniem karnym, w szczególności

¹² L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 130.

¹³ Zob. A. Lach, *Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego*, Warszawa 2018, s. 185–195 oraz wskazane tam orzecznictwo.

¹⁴ Zob. m.in. wyrok ETPCz z 9.06.1998 r. w sprawie *Teixeira de Castro przeciwko Portugalii*, skarga nr 258229/94, § 25; wyrok ETPCz z 5.02.2008 r. w sprawie *Ramanauskas przeciwko Litwie*, skarga nr 74420/01, § 73; wyrok ETPCz z 23.10.2014 r. w sprawie *Furcht przeciwko Niemcom*, skarga nr 54648/09, § 64.

¹⁵ M. Matusiak-Frącczak, *Niedozwolona prowokacja jako naruszenie prawa do sprawiedliwego procesu. Glosa do wyroku ETPCz z 23.10.2014 r., 54648/09*, Warszawa 2015, LEX/el.

oświadczenia, publikacje, listy oraz notatki. *De lege lata* dopuszczalność przeprowadzenia takiego dowodu nie jest warunkowana tym, czy jest to dowód intencjonalny, czyli taki, który powstał dla celów postępowania karnego, czy też jego byt jest całkowicie niezależny od toczącego się (lub mającego się toczyć) procesu. Pamiętać jednak należy, że na mocy art. 168a k.p.k. za niedopuszczalny należy uznać dowód uzyskany za pomocą czynu zabronionego (o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.) w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności.

We współczesnym orzecznictwie wyraźnie zaakcentowano, że przesłanki definiujące legalność czynności operacyjno-rozpoznawczych nie mają zastosowania do działań podejmowanych przez tzw. podmioty nieinstytucjonalne. Jako przykład posłużyć może postanowienie Sądu Najwyższego z 20.10.2016 r.¹⁶, w którym wyraźnie zaznaczono, że przeprowadzenie dowodu z nagrania rozmowy, utrwalonej (nawet potajemnie) przez jednego z jej uczestników, jest w postępowaniu karnym dopuszczalne, ponieważ regulacje określające warunki przeprowadzania czynności operacyjno-rozpoznawczych, a także przepisy Kodeksu postępowania karnego dotyczące kontroli i utrwalania rozmów, nie mają zastosowania względem prywatnego gromadzenia dowodów. W konsekwencji przyjęto, że „utrwalone w taki sposób wypowiedzi powinny być oceniane pod kątem ewentualnych prowokacji lub sugestii stosowanych w toku rozmowy przez nagrywającego, a ocena taka powinna też uwzględniać stan, w jakim znajdował się nieświadomy nagrywania rozmówca. (...) Kwestii wiarygodności dowodu nie można jednak mylić, czy choćby tylko łączyć z kwestią jego dopuszczalności”. Stanowisko to spotkało się z powszechną aprobatą w piśmiennictwie¹⁷. Niemniej jednak warto odnotować, że Radosław Koper w odniesieniu do analizowanej problematyki trafnie zauważył, że „lakoniczność tego unormowania, stanowi «zielone światło» dla podejmowania przez obywateli szerokiej aktywności w przedmiocie nagrywania ich rozmówców i rozpowszechniania następnie treści nagrania przy wykorzystaniu dostępnych powszechnie środków komunikacji elektronicznej. Grozi więc upowszechnieniem się w społeczeństwie praktyki tajemnego nagrywania rozmówców, zarówno w związku z prowadzonym procesem karnym lub bez takiego związku, przy czym bez znaczenia będą tutaj zastrzeżenia natury etycznej, gdyż prawne dopuszczenie takich zachowań stanowi sygnał, że są one aprobowane przez organy władzy publicznej. Oznacza to ryzyko upowszechnienia się w społec-

¹⁶ Postanowienie SN z 20.10.2016 r. (III KK 127/16), OSNKW 2017/2, poz. 10.

¹⁷ Zob. m.in. T. Kanty, *Dopuszczalność przeprowadzenia dowodu z nagrania rozmowy utrwalonej przez jednego z jej uczestników*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017/3 s. 70–77; A. Skowron, *Tzw. dowody intencjonalne w świetle art. 168a k.p.k. Glosa do postanowienia SN z 20.10.2016 r. (III KK 127/16)*, Warszawa 2017, LEX/el.; R. Koper, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego – Izba Karna z 20.10.2016 r. (III K 127/16)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015/5, s. 52–60; M. Rogalski, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego – Izba Karna z 20.10.2016 r. (III K 127/16)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015/5, s. 60–66.

czeństwie zjawiska «prywatnej inwigilacji» będącej znacznym naruszeniem normy art. 47 Konstytucji RP¹⁸. Swoje wątpliwości wobec obowiązującego modelu uzyskiwania dowodów prywatnych wyraził też Maciej Fingas, który jednocześnie zaznaczył, że zakaz dowodowy z art. 171 § 7 k.p.k. odnosić należy także do oświadczeń pozaprosesowych, co z kolei nakazuje wykluczyć możliwość dowodowego wykorzystania oświadczeń, które nie zostały złożone dobrowolnie. Założenie to ma przeciwdziałać próbom zdobywania przez tzw. podmioty nieinstytucjonalne dowodów za wszelką cenę¹⁹. Analogiczne stanowisko zajął ETPCz w wyroku z 5.11.2020 r. wydanym w sprawie *Ćwik przeciwko Polsce*²⁰, w którym wskazano, że wykorzystanie w procesie karnym dowodów pozyskanych w wyniku pogwałcenia zakazu stosowania tortur bądź niehumanitarnego lub poniżającego traktowania (o którym stanowi art. 3 EKPC), czyni całe postępowanie nierzetelnym w rozumieniu art. 6 EKPC. Reguła ta znajduje zastosowanie zarówno wtedy, gdy opisywanego nadużycia dopuści się funkcjonariusz państwa (co jest oczywiste), jak i wtedy, gdy dowód taki pochodzi od podmiotu nieinstytucjonalnego.

3. CHARAKTER MATERIAŁÓW POZYSKANYCH W WYNIKU „PROWOKACJI OBYWATELSKIEJ”

Materiałami pozyskanymi w wyniku „prowokacji obywatelskiej” będą najczęściej nagrania dźwięku lub obrazu. Nie można wykluczyć także, że przybrać one mogą postać zapisu danych bądź wydruku, na których utrwalona jest wymiana wiadomości z poczty elektronicznej bądź rozmowa przeprowadzona przez prowokatora ze sprawcą za pośrednictwem komunikatora internetowego. Wszystkie te środki dowodowe są dokumentami w rozumieniu art. 393 § 3 k.p.k. i jeżeli zostaną dopuszczone przez sąd, podlegają odczytaniu (bądź ujawnieniu bez odczytywania na podstawie art. 394 § 2 k.p.k.), które może przybrać formę odtworzenia zapisu dźwięku lub obrazu²¹.

W przypadku gromadzenia dowodów przez podmiot nieinstytucjonalny, który przeprowadza „prowokację obywatelską”, pozyskane materiały będą zawsze miały charakter intencjonalny, gdyż z okoliczności ich pozyskania jednoznacznie wynika, że powstały dla celów postępowania karnego.

Organ procesowy przed ich procesowym dopuszczeniem powinien jednak dokładnie zbadać, kto dokładnie był zaangażowany w tego typu działalność i jaki był przebieg zdarzeń zmierzających do pozyskania analizowanego materiału. Jak bowiem wskazał ETPCz w wyroku z 25.10.2007 r. sprawie *Van Vondel*

¹⁸ R. Koper, *Glosa...*, s. 56–57.

¹⁹ M. Fingas, *Prywatne nagranie zawierające oświadczenia uczestników procesu karnego. Zarys problematyki*, „Forum Prawnicze” 2017/3, s. 57.

²⁰ Wyrok ETPCz z 5.11.2020 r. w sprawie *Ćwik przeciwko Polsce*, skarga nr 31454/10, § 88–89.

²¹ M. Klejnowska (w:) *Proces karny. Część ogólna*, red. G. Artymiak, M. Rogalski, Warszawa 2012, s. 370.

*przeciwko Holandii*²², wykorzystanie przez organy ścigania dla celów śledztwa nagrań rozmów telefonicznych, które zostały utrwalone przez osobę prywatną przy użyciu urządzeń technicznych dostarczonych przez organy policyjne, stanowi naruszenie art. 8 ust. 2 EKPC. Zaznaczyć przy tym należy, że działania będące przedmiotem oceny w analizowanym orzeczeniu nie były prowadzone w ramach operacji specjalnej. Z kolei w wyroku wydanym 5.02.2008 r. w sprawie *Ramanauskas przeciwko Litwie*²³ ETPCz jednoznacznie stwierdził, że władze krajowe nie mogą być zwolnione z odpowiedzialności za działania funkcjonariuszy organów ścigania jedynie przez podniesienie, że działali oni „jako osoby prywatne”. W rzeczonej sprawie działający pod przykryciem policjant wraz inną osobą, jeszcze przed uzyskaniem zezwolenia na przeprowadzenie operacji specjalnej, rzekomo z własnej inicjatywy nawiązali kontakt ze skarżącym, a następnie nakłaniali go do popełnienia przestępstwa o charakterze korupcyjnym. Dopiero po wyrażeniu przez skarżącego zgody na przyjęcie łapówki zainicjowano procedurę zmierzającą do przeprowadzenia działań operacyjnych polegających na wręczeniu skarżącemu korzyści majątkowej przez agentów działających pod przykryciem. W opisywanej sprawie stwierdzono, że skorzystanie przez sąd krajowy z materiałów pochodzących z nielegalnych działań pozbawiło proces rzetelności.

Chociaż Trybunał co do zasady uznaje, że państwo nie ponosi odpowiedzialności za działania podmiotów nieinstytucjonalnych, to jakiegokolwiek zaangażowanie organów państwowych w działania osób prywatnych, które przykładowo może przybrać formę udostępnienia specjalistycznych urządzeń do nagrywania dźwięku bądź obrazu, sprawia, że działanie takie będzie można uznać za legalne tylko wtedy, gdy spełnione zostaną ustawowe przesłanki warunkujące przeprowadzenie danych czynności operacyjno-rozpoznawczych i utrwalenie ich rezultatów²⁴. Oznacza to, że mianem materiałów pochodzących z „obywatelskiej prowokacji” określić można jedynie te środki dowodowe, które zostały pozyskane w całości przez podmiot nieinstytucjonalny, bez żadnej pomocy organów państwa.

4. DOPUSZCZALNOŚĆ TZW. DOWODÓW PRYWATNYCH POZYSKANYCH W WYNIKU „PROWOKACJI OBYWATELSKIEJ”

Z poczynionych wcześniej rozważań wynika, że ustawowe przesłanki warunkujące przeprowadzenie czynności operacyjno-rozpoznawczych oraz późniejsze wykorzystanie pochodzących z nich materiałów w procesie nie odnoszą się do dowodów pozyskanych przez podmioty nieinstytucjonalne. Dagmara Gruszecka słusznie zauważa, że przyjęcie tak znacznej swobody w odniesieniu do tej grupy dowodów może wywoływać „wątpliwości co do właściwego po-

²² Wyrok ETPCz z 25.10.2007 r. w sprawie *Van Vondel przeciwko Holandii*, skarga nr 38258/03, § 50–54.

²³ Wyrok ETPCz z 5.02.2008 r. w sprawie *Ramanauskas przeciwko Litwie*, skarga nr 74420/01, § 62–65.

²⁴ A. Lach, *Rzetelne postępowanie...*, s. 198–199.

ziomu ochrony własności, prywatności, tajemnicy korespondencji czy innych równie istotnych dóbr prawnych szczególnie podatnych na zagrożenia płynące z prób zdobycia procesowo użytecznych informacji bez liczenia się z prawami innych”²⁵. Z kolei R. Sosik zwraca uwagę na brak merytorycznego oraz psychologicznego przygotowania osób przeprowadzających „prowokację obywatelską” oraz brak podstawy prawnej, która upoważniałaby je do podejmowania takich działań²⁶.

Kwestia dopuszczalności dowodu pochodzącego z nagrania zarejestrowanego w ramach prowokacji dziennikarskiej była przedmiotem rozważań ETPCz zawartych w decyzji z 6.04.2004 r. wydanej sprawie *Shannon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*²⁷. Przedmiotem oceny Trybunału była sytuacja, kiedy skarżący dostarczył narkotyki dziennikarzowi śledczemu, który w ramach przeprowadzonej prowokacji dziennikarskiej stworzył mu ku temu dogodną okoliczność, a następnie przekazał organom ścigania materiały zdobyte w wyniku opisanych działań. Dowody te stanowiły następnie podstawę skazania skarżącego w postępowaniu karnym. Trybunał uznał, że w tym przypadku nie doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia przypomniano, że chociaż kwestia dopuszczalności poszczególnych dowodów jest domeną prawa krajowego, to Trybunał ma obowiązek rozważyć, czy w danym postępowaniu nie doszło do naruszenia rzetelności postępowania, która chroniona jest przepisami Konwencji. Badaniu podlegają zarówno kwestie proceduralne odnoszące się do respektowania praw oskarżonego, jak i wpływ dopuszczenia analizowanego środka dowodowego na poziom rzetelności konkretnego postępowania. Odnosząc się do realiów analizowanej sprawy, zaznaczono, że sąd krajowy rozważył możliwość procesowego wykorzystania kwestionowanych nagrań pod kątem wymagań stawianych przez przepis prawa krajowego – art. 78 ust. 1 ustawy o dowodach policyjnych i dowodach karnych (*Police and Criminal Evidence Act, 1984*)²⁸, który stanowi, że „w każdym postępowaniu sąd może odmówić przeprowadzenia dowodów zawnioskowanych przez oskarżyciela, jeżeli uzna, że biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności, w tym okoliczności, w których dowody zostały uzyskane, ich dopuszczenie może mieć negatywny wpływ na rzetelność postępowania” (tłum. własne – A.B.). Mając na względzie rzeczzone standardy, sąd krajowy wskazał, że wbrew twierdzeniom skarżącego dziennikarz przeprowadzający prowokację nie podlegał go do popełnienia przestępstwa, skarżący zaś dobrowolnie, bez wywierania na nim presji, zaoferował prowokatorowi dostarczenie porcji kokainy. W konsekwen-

²⁵ D. Gruszecka, *W kwestii interpretacji znowelizowanego przepisu art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017/1–2, s. 69.

²⁶ R. Sosik, *Problematyka stosowania prowokacji w celu ujawnienia przestępstw o charakterze pedofilskim*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017/4, s. 134.

²⁷ Decyzja ETPCz z 6.04.2004 r. w sprawie *Shannon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 67537/01.

²⁸ Zob. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/contents> (dostęp: 12.08.2022 r.).

cji uznano, że dowód uzyskany w opisanych okolicznościach może stanowić podstawę skazania.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt obowiązujących regulacji, zauważyć należy, że w Kodeksie postępowania karnego brak jest przepisu, który wprost zakazuje wykorzystania dowodów, których przeprowadzenie godzi w rzetelność postępowania karnego. Brak ten nie oznacza jednak, że w systemie prawa karnego procesowego taka norma nie obowiązuje. Jak bowiem słusznie wskazuje Arkadiusz Lach, w odniesieniu do dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa „podstawę ogólną wyłączenia dowodów mogłoby stanowić powołanie się na prawo do rzetelnego procesu gwarantowane w art. 6 EKPC. Wykluczenie z procesu dowodu, którego wykorzystanie naruszałoby jego rzetelność, można uznać za realizację prewencyjnej funkcji art. 6 EKPC. Tym samym dowód, którego przeprowadzenie, dopuszczenie lub wykorzystanie naruszyłoby ten przepis, może zostać uznany za niedopuszczalny w rozumieniu art. 170 pkt 1 k.p.k.”²⁹. Podobny pogląd został także wyrażony w orzecznictwie. W szeroko komentowanym w literaturze wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017 r. stwierdzono, że dowód „może zostać uznany za niedopuszczalny, jeżeli został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego przy jednoczesnym naruszeniu przepisów Konstytucji RP (np. art. 30, 47, 49 czy 51). W takiej sytuacji ograniczenie ustawowe wyrażone zwrotem «wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego» (art. 168a k.p.k.) nie ma zastosowania”³⁰.

Na marginesie bieżących rozważań wskazać należy, że aprobata dla wyrażonego stanowiska oznacza odrzucenie koncepcji *numerus clausus* zakazów dowodowych, która zakłada, że rekonstrukcja zakazu dowodowego jest możliwa jedynie na podstawie przepisu, który wyraźnie ogranicza swobodę dowodzenia oraz opowiada się za niedopuszczalnością domniemywania zakazów dowodowych³¹. Niemniej jednak w dobie multicentrycznego systemu prawa, charakteryzującego się wielością ośrodków decyzyjnych, i to zarówno w sferze stanowienia prawa, jak i jego wykładni w ramach jednego systemu³², gwarancje

²⁹ A. Lach, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa*, „Państwo i Prawo” 2014/10, s. 42.

³⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017 r. (II AKa 213/19), „Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych” 2017/4, s. 3–63. Zob. także glosy do wskazanego orzeczenia: K. Lipiński, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017 r. (II AKa 213/16)*, „Palestra” 2017/10, s. 83–88; Ł. Cora, *Wykładnia dowodu z art. 168a k.p.k. w zgodzie z Konstytucją RP*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2018/3, s. 105–109; M. Florczak-Wątor, *Dopuszczalność wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu nielegalnie pozyskanego. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017 r. (II AKa 213/16)*, Warszawa 2018, LEX/el.

³¹ Zob. m.in. A. Bojańczyk, *Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2004/9–10, s. 45–46 oraz wskazana tam literatura; S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 354.

³² E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005/4, s. 2–3.

procesowe wynikające z Konstytucji RP, ratyfikowanych umów międzynarodowych oraz prawa unijnego powinny mieć rangę nadrzędną nad postulatem możliwie najpełniejszej realizacji kodeksowych celów postępowania karnego, co prowadzi do wniosku, że w skrajnych przypadkach podstawą oddalenia wniosku dowodowego może być bezpośrednio przepis znajdujący się w wymienionych źródłach prawa.

Nawiązując do pojęcia „rzetelność postępowania”, zaznaczyć należy, że dotyczy ono przebiegu postępowania (czyli drogi procesowej)³³, a nie jego rezultatu, oraz wskazuje na istotne wartości (reguły rzetelnego procesu), które w jego toku powinny być zrealizowane, aby osiągnięte zostały cele postępowania karnego³⁴. Oceniając materiały zdobyte w wyniku „prowokacji obywatelskiej” przez pryzmat reguł rzetelnego procesu, sąd rozstrzygający w kwestii dopuszczalności zawnioskowanego dowodu powinien każdorazowo zbadać okoliczności jego pozyskania przez osobę podejmującą tego typu działania. W rozumieniu art. 24 k.k. prowokatorem jest osoba, która w celu skierowania przeciwko innej osobie postępowania karnego nakłania ją do popełnienia czynu zabronionego. Zamiarem prowokatora nie jest dokonanie czynu zabronionego przez osobę prowokowaną, tylko skierowanie przeciwko niej postępowania karnego³⁵. Na mocy wskazanego przepisu prowokator za swoje czyny ponosi odpowiedzialność karną taką jak podżegacz.

Stwierdzić zatem należy, że jeżeli działanie osoby przeprowadzającej „prowokację obywatelską” nie wyczerpywało znamion określonych w art. 24 k.k., to pozyskany w jej ramach materiał co do zasady może stanowić dowód w postępowaniu karnym. Aby tak się jednak stało, sąd powinien już na etapie rozstrzygania w przedmiocie wniosku dowodowego zbadać, czy prowokator podlegał oskarżonemu do popełnienia czynu zabronionego, czy raczej przyjął postawę bierną, działania oskarżonego były zaś w pełni dobrowolne i wynikały z jego inicjatywy. Rzetelność postępowania zostanie w takim przypadku zachowana, jeżeli na gruncie konkretnego procesu przestrzegane będą prawa oskarżonego, które pozwalają mu m.in. na zapoznanie się z takim dowodem, złożenie stosownych wyjaśnień i wniosków dowodowych, przesłuchanie autora „prowokacji” w charakterze świadka, skorzystanie z pomocy obrońcy.

Z kolei w przypadku zaistnienia przeciwnej sytuacji wniosek dowodowy powinien zostać oddalony na podstawie art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. z uwagi na jego niedopuszczalność, która wynika ze względów zarówno prawnych, jak i etycznych. Wyrok wydany na podstawie takiego dowodu nie zasługiwałby bowiem na miano sprawiedliwego, czyli takiego, który jest zgodny „nie tylko z obowiązującym prawem, ale także z systemem aprobowanych i społecznie relewantnych wartości pozaprawnych”³⁶.

³³ P. Wiliński (w:) *Polski...*, red. P. Wiliński, s. 32.

³⁴ J. Skorupka (w:) *Proces karny*, red. J. Skorupka, Warszawa 2017, s. 219.

³⁵ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 210.

³⁶ J. Skorupka, *O sprawiedliwości...*, s. 327.

Powaga wymiaru sprawiedliwości oraz zobowiązania gwarancyjne wynikające z Konstytucji RP (w szczególności z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP) oraz ratyfikowanych umów międzynarodowych (w tym w szczególności z art. 6 EKPC) nie pozwalają na to, aby podstawą ustaleń faktycznych czynionych w ramach postępowania karnego były materiały zdobyte w wyniku popełnienia przez podmiot nieinstytucjonalny czynu zabronionego naruszającego w sposób całkowicie bezprawny podstawowe dobra osobiste oskarżonego. Jak już wcześniej wskazano, nawet w ramach legalnych operacji specjalnych, przeprowadzanych na podstawie przepisów rangi ustawowej przez profesjonalne podmioty wyspecjalizowane w zwalczaniu przestępczości, podleganie do popełnienia czynu zabronionego osoby będącej w zainteresowaniu odpowiednich służb jest metodą prawnie zakazaną. Tym bardziej takich praktyk nie powinny stosować osoby prywatne, działające poza jakimikolwiek ramami prawnymi. Skorzystanie przez sąd z takich środków dowodowych z całą pewnością prowadziłoby do naruszenia rzetelności postępowania, gdyż państwo nie może promować zachowań godzących w wartości chronione przepisami rangi konstytucyjnej oraz konwencyjnej. Sprzeciwia się temu także funkcja gwarancyjna procesu karnego, która ma na celu ochronę praw obywatelskich przed ich bezprawnymi naruszeniami³⁷. Korzystanie przez sądy karne z dowodów zdobytych w dalece nieetyczny sposób nieuchronnie prowadziło do popularyzacji „prowokacji obywatelskich”, polegających na podstępny podżeganiu określonych (bądź nieokreślonych) osób do popełniania czynów zabronionych. Oznaczałoby to także aprobatę ustawodawcy dla działań wysoce kryminogennych, implikujących popełnianie czynów zabronionych, do których nigdy by nie doszło bez działania prowokatora³⁸. Zaznaczyć przy tym należy, że w przypadku stwierdzenia niedopuszczalności takiego dowodu fakt popełnienia przestępstwa przez osobę, w którą wymierzona jest „prowokacja obywatelska”, w dalszym ciągu może zostać udowodniony za pośrednictwem innych środków dowodowych, gdyż to normy prawa karnego materialnego, a nie procesowego, decydują o tym, czy dany czyn podlega kryminalizacji.

W ramach podsumowania stwierdzić należy, że chociaż *de lege lata* materiały pochodzące z „prowokacji obywatelskiej”, polegającej na podżeganiu prowokowanego do popełnienia czynu zabronionego, z uwagi na potrzebę zachowania rzetelności postępowania oraz względy sprawiedliwościowe nie mogą zostać użyte w procesie karnym, to kierując się troską o pewność prawa oraz bezpieczeństwo prawne jednostki, należy postulować, aby kwestia ta jednoznacznie została uregulowana w przepisach Kodeksu postępowania karnego.

³⁷ C. Kulesza (w:) C. Kulesza, P. Starzyński, *Postępowanie karne*, Warszawa 2017, s. 11.

³⁸ Zob. wyrok Sądu Rejonowego w Puławach z 16.07.2020 r. (II KK 968/18), LEX nr 3056667.

ABSTRACT

dr Adam Bułat

The author is an assistant professor at the Institute of Law and Economics of the Kazimierz Wielki University in Bydgoszcz, an advocate (District Bar Association in Bydgoszcz).

**Evidence obtained by private entrapment and fair trial standard
in criminal procedure**

The aim of this article is to answer the question of whether evidence obtained by private entrapment can be used in Polish criminal procedure. The task is not simple in the light of Art. 168a of the Code of Criminal Procedure which provides that evidence is not to be treated as inadmissible exclusively due to the fact that it was gained in violation of procedural law or by commission of a prohibited act referred to in Art. 1 § 1 of the Criminal Code, unless it was gained by a public official in connection with the performance of his/her duties as a result of manslaughter, willful infliction of grievous bodily harm or deprivation of freedom.

The explanation of this problem requires us to consider when the law enforcement authorities are authorized to run special operations and when these actions are illegal. The author analyses the matter of adduction of evidence gained by a "private" subject and describes the types of such evidence.

The author attempts to answer the question by researching the literature, case law, and by linking the problem to the objectives of criminal proceedings.

Keywords: *criminal proceedings, private entrapment, fair trial, human rights*

dr Adam Bułat

ORCID 0000-0002-7012-4207; e-mail: adam.bulat@ukw.edu.pl

Autor jest adiunktem w Instytucie Prawa i Ekonomii Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, adwokatem (Izba Adwokacka w Bydgoszczy).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bojańczyk Antoni, Z problematyki konstytucyjnej dopuszczalności niektórych dowodów prywatnych w postępowaniu karnym, „Palestra” 2004/9–10

Cora Łukasz, Wykładnia dowodu z art. 168a k.p.k. w zgodzie z Konstytucją RP, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2018/3

- Fingas Maciej**, *Prywatne nagranie zawierające oświadczenia uczestników procesu karnego. Zarys problematyki*, „Forum Prawnicze” 2017/3
- Florczak-Wątor Monika**, *Dopuszczalność wykorzystania w postępowaniu karnym dowodu nielegalnie pozyskanego. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017 r. (II AKa 213/16)*, Warszawa 2018, LEX/el.
- Gruszecka Dagmara**, *W kwestii interpretacji znowelizowanego przepisu art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017/1–2
- Kanty Tomasz**, *Dopuszczalność przeprowadzenia dowodu z nagrania rozmowy utrwalonej przez jednego z jej uczestników*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017/3
- Klejnowska Monika** (w:): *Proces karny. Część ogólna*, red. G. Artymiak, M. Rogalski, Warszawa 2012
- Koper Radosław**, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego – Izba Kar na z 20.10.2016 r. (III K 127/16)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015/5
- Kulesza Cezary, Starzyński Piotr**, *Postępowanie karne*, Warszawa 2017
- Lach Arkadiusz**, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa*, „Państwo i Prawo” 2014/10
- Lach Arkadiusz**, *Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego*, Warszawa 2018
- Lipiński Konrad**, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27.04.2017 r. (II AKa 213/16)*, „Palestra” 2017/10
- Łętowska Ewa**, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005/4
- Matusiak-Frącczak Magdalena**, *Niedozwolona prowokacja jako naruszenie prawa do sprawiedliwego procesu. Glosa do wyroku ETPCz z 23.10.2014 r., 54648/09*, Warszawa 2015, LEX/el.
- Morawski Lech**, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010
- Pohl Łukasz**, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019
- Rogalski Maciej**, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego – Izba Kar na z 20.10.2016 r. (III K 127/16)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2015/5
- Skorupka Jerzy**, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013
- Skorupka Jerzy** (w:): *Proces karny*, red. J. Skorupka, Warszawa 2017
- Skorupka Jerzy**, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym (w:) Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorz, R. Olszewski, Warszawa 2017

Skowron Andrzej, *Tzw. dowody intencjonalne w świetle art. 168a k.p.k. Glosa do postanowienia SN z 20.10.2016 r. (III KK 127/16)*, Warszawa 2017, LEX/el.

Sosik Robert, *Problematyka stosowania prowokacji w celu ujawnienia przestępstw o charakterze pedofilskim*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2017/4

Waltoś Stanisław, Hofmański Piotr, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013

Wiliński Paweł (w:) *Polski proces karny*, red. P. Wiliński, Warszawa 2020

TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL

Ewa Stawicka

Defenders of the cause of the Sea Eye pond	5
--	---

ARTICLES

Szymon Tarapata

Sequential fulfillment of features of the offence of influence peddling under Art. 230 § 1 of the Criminal Code	7
---	---

Karolina Kopicka, Anna Wolska-Bagińska

Protection of an expert witness' personal data in criminal proceedings	18
--	----

Ewa Plebanek

Some remarks concerning the obligation of preventive vaccination and penalizing violations of sanitary and anti-epidemic regulations ..	28
---	----

POLEMIC ARTICLES

Tomasz Łodziana

Operational surveillance and the use of <i>Pegasus</i> system in Poland – a polemic	57
---	----

RECENT CASE LAW

Tomasz P. Antoszek, Tomasz Henclewski, Karol Szadkowski, Mariusz Zelek, scientific editor – Jerzy Pisuliński

Review of the case law of the Polish Supreme Court in the area of civil matters	64
---	----

Marek Antoni Nowicki

Premature termination of mandate of a member of the National Council of the Judiciary – a comprehensive summary of the judgment of the European Court of Human Rights (I Chamber) in the case <i>Żurek v. Poland</i>	100
--	-----

GLOSSES

Przemysław Krawczyk

- Criminal liability of a foreigner for marriage with a minor
– commentary on ruling of the Regional Court in Częstochowa
of 29 August 2019 (VII Kz 378/19) 112

ADVOCATES' FORUM

Adam Bułat

- Evidence obtained by private entrapment and fair trial standard
in criminal procedure 128

W numerze między innymi:

SZYMON TARAPATA

Sekwencyjność realizacji znamion przestępstwa płatnej protekcji
z art. 230 § 1 Kodeksu karnego

KAROLINA KOPICKA, ANNA WOLSKA-BAGIŃSKA

Ochrona danych osobowych biegłego w procesie karnym

EWA PLEBANEK

Kilka uwag o obowiązku szczepień ochronnych
i penalizacji naruszeń zasad sanitarno-epidemiologicznych

TOMASZ ŁODZIANA

Kontrola operacyjna oraz użycie systemu *Pegasus* w Polsce – polemika

**TOMASZ P. ANTOSZEK, TOMASZ HENCLEWSKI,
KAROL SZADKOWSKI, MARIUSZ ZELEK**
redakcja naukowa – **JERZY PISULIŃSKI**

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach cywilnych

ADAM BUŁAT

Materiały pozyskane w wyniku „prowokacji obywatelskiej”
a rzetelność procesu karnego
