



maj

5/2023

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





Maj

5/2023

PALESTRA

P i s m o A d w o k a t u r y P o l s k i e j

Rok LXVIII nr 786



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor naczelny:

Michał Bieniak

Sekretarz redakcji:

Adam Koziń

Redaktor języka angielskiego:

Anna Setkowitz

Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

Stanisław Baliak

Zbigniew Banaszczyk

Jacek Barcik

Wojciech Bergier

Michał Bieniak

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

Piotr Piesiewicz

Krzysztof Pietrzykowski

Jerzy Pisuliński

Paweł Podrecki

Janusz Raglewski

Anna Rakowska-Trela

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

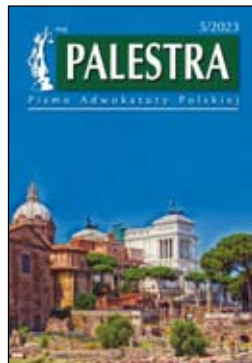
Piotr Zientarski

Jerzy Zięba

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Szanowni Czytelnicy!

W aktualnym numerze „Palestry” tematem przewodnim jest debata, a znaleźć w nim można pierwszą debatę „Palestry”, w której podjęto problematykę procedury cywilnej. Ponadto w numerze 5/2023 można przeczytać artykuł mgr Pauliny Wolszczyk *„Odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przedsiębiorcom przy wykonywaniu władzy publicznej w trakcie epidemii COVID-19 w wyniku ograniczenia ich praw lub wolności*. Problematykę planowania i zagospodarowania przestrzennego kontroli operacyjnej podjęła adw. Ewa Zagórska-Prątnicka w artykule *Cel użytkowania wieczystego a przeznaczenie nieruchomości w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego w kontekście wyceny na potrzeby aktualizacji opłaty z tytułu użytkowania wieczystego*. W niniejszym numerze znajdą Państwo również artykuł adw. prof. dr. hab. Jana Widackiego pt. *Rola biegłego psychologa w opiniowaniu poczytalności w procesie karnym*. Kwestię ochrony miru domowego w perspektywie granic obrony koniecznej omówiła asesor sądowa Anna Czesnowicka w artykule *Prawnokarna ochrona miru domowego w kontekście granic obrony koniecznej*. Dr Monika Nowikowska podjęła problematykę tajemnicy dziennikarskiej w procesie karnym w artykule *Tajemnica dziennikarska a dobro procesu karnego*. Na Czytelników „Palestry” czekają również dwie glosy, recenzja monografii oraz Gawędy adwokata bibliofila.



Projekt i przygotowanie okładki do druku: A.P. GRAF

Grafika – źródło www.pixabay.com

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.: 9,8. Nakład: 500 egz.

ISSN 0031-0344, indeks 36851

Spis treści

Od Redakcji

Michał Bieniak

Pierwsza debata „Palestry” 5

Debaty

Debata „Palestry” o procedurze cywilnej. 7

Artykuły

Paulina Wolszczak

Odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przedsiębiorcom przy wykonywaniu władzy publicznej w trakcie epidemii COVID-19 w wyniku ograniczenia ich praw lub wolności 27

Ewa Zagórska-Prątnicka

Cel użytkowania wieczystego a przeznaczenie nieruchomości w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego w kontekście wyceny na potrzeby aktualizacji opłaty z tytułu użytkowania wieczystego 48

Jan Widacki

Przeceniona i niedoceniona rola biegłego psychologa w procesie karnym 69

Anna Czesnowicka

Prawnokarna ochrona miru domowego w kontekście granic obrony koniecznej 81

Monika Nowikowska

Tajemnica dziennikarska a dobro procesu karnego 101

Glosy

Piotr Soroka

Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu
z 14.06.2022 r. (II AKzw 1813/22) (niepubl.) 119

Rafał Adamus

Prawo człowieka do poszanowania jego intymności a dostęp
do legalnej pornografii – Glosa do wyroku Europejskiego Trybunału
Praw Człowieka z 7.02.2022 r. w sprawie *Chocholáč v. Słowacja* 127

Recenzje

Patrycja Brózek

Recenzja książki *Ochrona fashion designu w prawie Unii Europejskiej*,
Berenika Sorokowska, C.H. Beck 2022 (220 s.) 140

Cawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

Ktokolwiek widział, ktokolwiek wie... 145

Table of contents 150

Od Redakcji

Michał Bieniak

PIERWSZA DEBATA „PALESTRY”

Misją prawniczego pisma naukowego nie może być wyłącznie interpretacja obowiązujących przepisów. Musi ono prowokować do dyskusji i pomagać w formułowaniu postulatów służących polepszeniu prawa. Podobnie pismo środowiska adwokackiego nie może poprzestać na wykładni prawa pozytywnego. Musi stawiać postulaty w sprawach ważnych dla Adwokatury oraz wszystkich wchodzących w jej skład adwokatów i aplikantów adwokackich.

Co jest najlepszym narzędziem do wypracowania nowych rozwiązań? Do oceny, które z nich zasługują na aprobatę, a które należy porzucić? Przede wszystkim dyskusja – merytoryczna i toczona pomiędzy osobami o różnych doświadczeniach i pochodzącymi z różnych środowisk.

W związku z tym, zgodnie z pomysłem jednego z członków Kolegium Redakcyjnego „Palestry” – adw. Andrzeja Tomaszka, postanowiliśmy przeprowadzić debatę dotyczącą jednego z najważniejszych aktów normatywnych z perspektywy adwokatów, tj. Kodeksu postępowania cywilnego. Tekst ten jest pierwszym opublikowanym w tym numerze „Palestry”.

Nasza debata połączyła osoby z różnych środowisk (adwokatów, sędziów, radcę prawnego, naukowców i praktyków) i różnych ośrodków (Warszawa, Wrocław). Mimo to okazało się, że ocena wielu rozwiązań procedury cywilnej, sposobu wprowadzania kolejnych nowelizacji jest podobna. Nawet wyłącznie ten aspekt pokazuje, że warto było przeprowadzić tę debatę, aby zrozumieć, że różnice dzielące poszczególne środowiska nie istnieją albo nie są tak znaczne, jak sobie wyobrażamy.

Jeżeli ta formuła spotka się z pozytywnym odzewem ze strony czytelników „Palestry”, będzie to początek wielu debat „Palestry”, bo tematów interesujących środowisko adwokackie nie zabraknie. Tymczasem zachęcam do zapoznania się z zapisem dyskusji oraz z innymi tekstami, które znajdą Państwo na łamach piątego numeru „Palestry”.

adw. dr Michał Bieniak

redaktor naczelny miesięcznika „Palestra”

D Debaty

DEBATA „PALESTRY” O PROCEDURZE CYWILNEJ

MICHAŁ BIENIAK (MB):

Panowie, witam na pierwszej debacie „Palestry”. Mam nadzieję, że będzie to początek serii dyskusji, których zapis będzie publikowany na łamach naszego czasopisma. Ich celem ma być wymiana poglądów prawników z różnych środowisk i o różnych doświadczeniach, czyli coś, czego nam w ostatnim czasie bardzo brakuje. Dzisiaj moimi gośćmi są: profesor Łukasz Błaszczak, jednocześnie radca prawny i adwokat, profesor Jacek Gołaczyński, sędzia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, adwokat Andrzej Tomaszek, członek Naczelnej Rady Adwokackiej oraz doktor Zbigniew Woźniak, sędzia Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu. Tematem dzisiejszego spotkania jest procedura cywilna, jej ostatnie nowelizacje oraz jej cel, czy może bardziej kolokwialnie – odpowiedź na pytanie, komu ta procedura aktualnie służy – stronom, sędziom, pełnomocnikom?

W tym kontekście dostrzegam dwa pytania, na które powinniśmy sobie dzisiaj odpowiedzieć. Pierwsze – czy w kolejnych zmianach procedury nie uczyniliśmy sobie bożka z szybkości postępowania, a nie zatraciliśmy z oczu tego, czemu naprawdę ma ona służyć, a więc wymierzaniu sprawiedliwości? Drugie – czy faktycznie to procedury wymagają zmiany w celu przyspieszenia postępowań? Czy nie jest przypadkiem tak, że to wewnętrzna organizacja sądów wymaga zmiany, a nie przepisy postępowania? Nie chcę jednak narzucać dalszego biegu dyskusji. Andrzej, Ty byłeś pomysłodawcą dzisiejszego spotkania, dlatego zaczniemy od Twojej wypowiedzi.

ANDRZEJ TOMASZEK (AT):

Mam wrażenie, że te wszystkie zasady, które wpajano nam jeszcze na studiach, na aplikacji, wartości takie jak jawność postępowania, wysłuchanie strony, w wyniku nowelizacji z roku 2019, potem w wyniku nowelizacji tegorocznej i kolejnych planowanych stają się uludą. Znajdujemy się teraz w sytuacji, w której sędzia staje się sędzią z monitora, żeby nie powiedzieć trywialnie – z telewi-

zora, który może orzec, w ogóle nie widząc stron. Możliwe jest postępowanie, w którym adwokat czy inny zawodowy pełnomocnik w ogóle nie zabierze ustnie głosu, i będzie ono polegało wyłącznie na wymianie pism. W konsekwencji przy tym bożku przyspieszenia postępowań, ich efektywności, niemal niepostrzeżenie zanikają niektóre instytucje procedury cywilnej. Przykładowo kwestia zgłoszenia zastrzeżenia do protokołu w trybie art. 162 k.p.c. lub załącznik do protokołu rozprawy. Skoro nie będzie posiedzenia jawnego, a protokół sporządza się tylko z posiedzenia jawnego, to w takim razie tych instytucji też nie będzie. Szczególnie chciałbym się zatrzymać przy zastrzeżeniu do protokołu, bo jeżeli cała sprawa jest rozpoznawana na posiedzeniu albo posiedzeniach niejawnym, to protokołu nie ma, a więc zastrzeżenia do protokołu zgłosić nie można. Tymczasem wciąż panuje pogląd, że jak tych zastrzeżeń się nie zgłosi, to potem nie można odpowiednich zarzutów powołać w apelacji. Pozostawiam sobie jeszcze szereg innych takich smaczków na później i mam nadzieję, że to, co powiedziałem, obudzi nas do polemiki, dyskusji, a może podzielenia mojego pesymistycznego poglądu.

ŁUKASZ BŁASZCZAK (ŁB):

Ja częściowo przychyliam się do stanowiska Pana Mecenas, aczkolwiek wydaje mi się, że te zmiany wymuszone są dzisiejszą rzeczywistością. Z jednej strony wprowadzone zostały instrumenty, które umożliwiają rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym, o czym stanowi chociażby przepis art. 148¹ k.p.c., jak i również rozwiązanie dotyczące powództwa oczywiście bezzasadnego z art. 191¹ k.p.c., które to powództwo rozpatrywane jest na posiedzeniu niejawnym. Po co jednak zostało to wprowadzone? Między innymi po to, żeby zapobiec pieniactwu procesowemu, i po to, żeby zapobiec różnym działaniom tych wszystkich, którzy chcą osiągnąć cele inne niż uzyskanie ochrony prawnej. To, co Pan Mecenas powiedział, to się jawi jako atak na te wartości, które wywieść można z art. 45 Konstytucji. Z drugiej znów strony możliwość rozpatrywania spraw na posiedzeniach niejawnym jest też realizacją postulatu szybkości i sprawności postępowania, co jest też wartością samą w sobie. Szybkość oznacza też – w pewnym stopniu – efektywność postępowania, czyli coś, co na nas wymuszają akty prawa międzynarodowego, ale również nasz Kodeks postępowania cywilnego.

W Kodeksie postępowania cywilnego po ostatniej nowelizacji z 2019 r. znalazło się wiele rozwiązań, które budzą uzasadnione wątpliwości. Dzisiejsza procedura cywilna to jest trochę takie masło maślane. Wiele rzeczy trudno jest zrozumieć nawet wykwalifikowanemu pełnomocnikowi, a czasami nawet chyba bardzo trudno zrozumieć samemu sędziemu albo przynajmniej zaaplikować konkretne rozwiązania. Zdecydowanie należałoby powrócić do tego modelu, który panował jeszcze przed nowelizacją. Kolejna kwestia, która wymaga podkreślenia, to zastrzeżenia do protokołu. W przypadku art. 162 k.p.c. chodzi oczywiście o zgłaszanie zastrzeżeń na rozprawie. W przypadku posiedzeń

niejawnych wytknięcie sądowi uchybienia może się okazać dość trudne. Jak bym miał powrócić do tego modelu, który kiedyś panował, kiedy byłem jeszcze aplikantem – wówczas rzeczywiście istniała możliwość zgłaszania przez pełnomocników głosu, prowadzenia dyskusji, składania zastrzeżeń do protokołu, składania oczywiście załączników do protokołu. Ówczesne rozwiązania umożliwiały znacznie większą aktywność procesową samych pełnomocników. Dzisiaj ta procedura w pewnym stopniu nam to uniemożliwia, tylko musimy sobie zadać pytanie – co my tak naprawdę chcemy w ten sposób osiągnąć, czy składanie zastrzeżeń do protokołu lub załączników rzeczywiście ma nam pomóc w postępowaniu?

Z jednej strony możemy powiedzieć, że nie będziemy mogli później kwestionować uchybień związanych z dopuszczeniem dowodów, ale z drugiej znów strony – mamy szereg innych przepisów, które umożliwiałyby nam bez zastrzeżenia do protokołu podważenie decyzji sądu w tym zakresie. Z uwagi na to, jak wygląda dzisiejsza praktyka, a także na to, że pełnomocnicy, zwłaszcza strony pozwanej, bardzo często wykorzystują swoją sytuację po to, żeby to postępowanie przedłużać (składając liczne wnioski dowodowe obejmujące dowody osobowe), dochodziło do sytuacji, w której postępowania trwały bardzo długo. Ja sam jako pełnomocnik uczestniczyłem w pewnym czasie w postępowaniu, które trwa już 17 lat (a jest to postępowanie nieprocesowe o podział majątku po ustaniu małżeńskiej wspólności majątkowej), a po Sądzie Najwyższym, gdzie udało mi się doprowadzić do uchylenia postanowienia, zakładam, że będzie trwało jeszcze 5 lat. W tej sytuacji mamy jedno postępowanie, które będzie trwało przeszło 20 lat. To też jest bardzo niepokojące i to też jest swoistego rodzaju patologia. To oczywiście dotyczyło postępowania nieprocesowego, ale oceniając sytuację w sposób generalny, uważam, że mechanizm posiedzeń niejawnych może przyczynić się znacznie do szybkiego rozpoznawania spraw. Przykładem jest postępowanie w sprawach gospodarczych, gdzie mechanizm wykorzystania posiedzeń niejawnych i wydania wyroku w świetle art. 148¹ k.p.c. jak najbardziej się sprawdza. Tam, gdzie jest potrzeba dopuszczenia środków osobowych, to oczywiście to nie może być w ten sposób procedowane i należałoby umożliwić stronom, a przede wszystkim pełnomocnikom, wypowiedzenie się; jak wiadomo, w postępowaniu w sprawach gospodarczych dowód z zeznań świadków jest dowodem subsydiarnym.

Uważam więc, że dzisiejsza procedura daje asumpt do dyskusji na temat pewnego konfliktu wartości, wartości, które wynikają z ustawy zasadniczej, ale i wartości, które można odkodować z systemu prawa procesowego cywilnego. Z jednej strony jawność, która jest wartością konstytucyjną, a z drugiej – też szybkość i efektywność, również związane z art. 45 Konstytucji, ale głównie z art. 6 Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Tak naprawdę w ostatnich nowelizacjach najgorsze jest to, że są wrzutekami, niepoddawany szerszym debatom. Nie wiem, czy Państwo jako adwokaci stykacie się z projektami zmian Kodeksu postępowania

cywilnego, gdzie macie możliwość realnego wpływu na to, co zostaje później wprowadzone. Nie mówię tutaj o możliwości napisania opinii, lecz o realnym wpływie, o dyskusji i możliwości zajęcia przez korporacje stanowiska, które rzeczywiście zostałyby wzięte pod uwagę. Z naszej uniwersyteckiej strony nie mamy na to realnego wpływu. Kiedyś ten realny wpływ był w postaci Komisji Kodyfikacyjnej, dzisiaj go nie ma i dlatego jest tak, że kilka osób decyduje o tym, jak wygląda procedura, a później jest tak, jak jest. Widzę to w ten sposób. Może Panowie Sędziowie też?

MB:

Jeżeli można, to pozwolę sobie wtrącić się w tę dyskusję i zaraz przekażę głos właśnie Panom Sędziom. Teraz chciałbym jednak zwrócić uwagę na elementy, których ocenę warto byłoby właśnie od Panów usłyszeć. Jedną rzeczą są bowiem kolejne zmiany. Ostatnio czytałem jakieś sprawozdanie Ministerstwa Sprawiedliwości, gdzie jest – jeżeli dobrze pamiętam – specjalna rubryka, w jaki sposób ministerstwo zmierza do przyspieszenia postępowań. W tej rubryczce było wskazane opracowanie iluś (kilkunastu, kilkudziesięciu) projektów zmian przepisów proceduralnych, co samo w sobie jest absolutnym zaprzeczeniem zasad logiki, gdyż każda kolejna zmiana przepisów powoduje kolejny chaos. Natomiast w kontekście środków dowodowych myślę, że tak jak Pan Profesor powiedział o przedłużających się postępowaniach i wykorzystywaniu pewnych narzędzi: wydaje mi się, że to też jest tak, że sądy pozwoliły nam na to ponad procedurami. Bardzo często w sądach powszechnych istnieje, może to się zmienia w ostatnim czasie, strach przed oddaleniem wniosku dowodowego. Zazwyczaj, jak był zgłoszony wniosek dowodowy, nawet jeżeli nie miał on żadnego związku z istotą sprawy, to i tak dla świętego spokoju sędziowie go dopuszczali. Tutaj wydaje mi się, że to też była właśnie kwestia takiego dobrego przygotowania do rozprawy. Już dzięki zmianie tej praktyki można byłoby dużo czasu zyskać. Oddaję już głos Panu Profesorowi.

JACEK GOŁACZYŃSKI (JG):

Zacznę może od fundamentalnego pytania o kształt obecnej procedury cywilnej i do czego ta procedura ostatecznie zmierza. Chciałem Państwu przypomnieć, że przed grudniem 2015 r. istniała Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości. Byłem przez trzy kadencje członkiem tej komisji, między innymi członkiem zespołu postępowania cywilnego pod kierunkiem profesora Erecińskiego. Oprócz profesorów byli w niej też sędziowie, głównie Sądu Najwyższego, ale też sądów powszechnych (w tym przypadku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu) i wszystkie projekty, które były tam przygotowane, były naprawdę bardzo poważnie dyskutowane, zarówno z perspektywy kierunku samych zmian, ale również ich konfrontacji z praktyką sądową. Oczywiście Komisja Kodyfikacyjna, pomimo tych wysiłków, nie uniknęła błędów. Później były one eliminowane, jednak tych błędów było zdecydowanie

mniej niż w kolejnych nowelizacjach, które nastąpiły po likwidacji Komisji Kodyfikacyjnej.

Największym sztandarowym przykładem nowelizacji, która przewróciła Kodeks postępowania cywilnego, i to bez spójnej koncepcji zmiany, była nowelizacja z 2019 r., o której mówiliśmy przed chwilą. Szereg różnych rozwiązań szczegółowych wprowadzono, bo twórcom nowelizacji wydawało się, że one rzeczywiście usprawnią postępowanie. Niestety nie towarzyszyła temu żadna spójna koncepcja. Stąd też to wszystko się rozchodziło, nie mówiąc już o tym, że wiele rozwiązań było po prostu wadliwych i rodziło problemy praktyczne. To zaowocowało tzw. nowelizacją naprawczą z 2023 r., ale ona też już rodzi liczne wątpliwości.

Czy to będzie prawidłowe rozwiązanie? Najgorsze jest to, że nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego, oprócz tych głównych, które przed chwilą wymieniałem, było jeszcze wiele innych. Jestem członkiem Rady Programowej LEX-a i na jednym z posiedzeń całe gremium zastanawiało się, w jaki sposób w systemie LEX informować czytelnika o zmianach, ponieważ przepisy zmieniające są już tak skomplikowane, że nikt nie jest w stanie ich zrozumieć, nawet wybitny specjalista. Proszę zobaczyć teraz przepisy przejściowe do ustawy z 2023 r. i je zrozumieć. To naprawdę nie jest proste. Mało tego, ta ustawa zmieniła nawet przepisy wprowadzające nowelizacje z 2019 i 2015 r. Pytam więc, dla kogo jest ta procedura, kiedy już nawet my, specjaliści, sędziowie, adwokaci, radcowie prawni, naukowcy, mamy z tym duży problem, a co dopiero zwykli ludzie.

Kiedys w Komisji Kodyfikacyjnej została podjęta decyzja o przygotowaniu założeń, a potem już przepisów nowego Kodeksu postępowania cywilnego. Nie wiem, czy Panowie macie tego świadomość, ale Komisja Kodyfikacyjna rozpoczęła prace nad nowym kodeksem. Wtedy postawiono wiele pytań, w jakim kierunku powinna podążać nowa kodyfikacja. Jedno z nich dotyczyło, czy Kodeks postępowania cywilnego w Polsce powinien być napisany dla specjalistów, czy dla zwykłych ludzi. Ostatecznie komisja podjęła decyzję, że jednak dla specjalistów, czyli nie mogła być jednak taka prosta. Pojawiły się więc dyskusje na temat przymusu adwokacko-radcowskiego na poziomie przynajmniej sądu okręgowego pierwszej instancji. Kilka razy Komisja Kodyfikacyjna podejmowała inicjatywy zmierzające do jego wprowadzenia. Zawsze były one ucinane przez Ministerstwo Sprawiedliwości, niezależnie od tego, kto w tym ministerstwie był. Rozbijało się to zawsze o koszty, a to było rozwiązanie korzystne dla ludzi.

W jakim kierunku więc ten kodeks postępowania i cała procedura cywilna podąża? Moim zdaniem na pewno w niewłaściwym i, szczerze mówiąc, nie widać możliwości radykalnej zmiany w tym zakresie. Tak naprawdę jedyna rozsądna propozycja to byłby rzeczywiście nowy kodeks, ale to muszą zrobić fachowcy i to na pewno nie zajmie nawet jednej kadencji Sejmu. Takie przedsięwzięcia po prostu trwają długo, żeby ich efekt był dobry. Natomiast jeśli chodzi o kwestie, o których mówił mecenas Tomaszek, w zakresie tendencji do rozpatrywania spraw na posiedzeniu niejawnym, to akurat zgadzam się w stu procentach z Pa-

nem Mecenase. Uważam, że zasada jawności zarówno tej zewnętrznej, jak i wewnętrznej, jako jedna z podstawowych zasad postępowania cywilnego, powinna przemawiać za rozpoznawaniem sprawy na rozprawie, czyli na posiedzeniu jawnym. Tylko w wyjątkowych okolicznościach ustawodawca powinien dopuszczać odstępstwa od tej zasady, a to ze względu na charakter sprawy lub wolę stron. Jednocześnie również na posiedzeniu niejawnym powinien zapewnić gwarancje procesowe stron, chociażby zgłoszenia zastrzeżeń, już nie do protokołu, tylko do decyzji procesowych, które będą negatywne dla stron. Nie ma problemu; to można zrobić.

Natomiast co do zasady rozprawa powinna się odbywać i trzeba jedynie odpowiedzieć na pytanie, czy rzeczywiście ta rozprawa powinna odbywać się zawsze stacjonarnie, jak to wielu postuluje. Wiem, że środowisko adwokatów bardzo opowiada się za powrotem do rozpraw stacjonarnych w miejsce zdalnych. Ja akurat mam inne zdanie na ten temat, bo znam też głosy wielu adwokatów i radców prawnych, którzy uważają, że dla nich pewnym ułatwieniem jest jednak możliwość udziału w rozprawie zdalnie, zwłaszcza w sytuacji kiedy muszą występować na tej rozprawie w sądzie oddalonym od siedziby ich kancelarii setki kilometrów. Niestety sądy bardzo często wyznaczają takie rozprawy, np. na 9.00 rano, co wymaga od adwokata, radcy prawnego przemieszczenia się dzień wcześniej, a wcale nie ma gwarancji, że ona się odbędzie, np. z powodu przeszkód formalnych. W związku z tym uważam, że akurat nowelizacja przygotowana przez Ministerstwo Sprawiedliwości, a mająca na celu wprowadzenie do Kodeksu postępowania cywilnego, a nie do ustawy epizodycznej, rozprawy zdalne oraz doręczenia elektroniczne, to jest akurat dobre przedsięwzięcie i powinno być kontynuowane. Oczywiście wymaga to rozsądku, w ten sposób, żeby nie tylko sąd, a konkretnie przewodniczący, miał wpływ, czy rozprawa odbędzie się zdalnie, czy nie, ale należy zapewnić realny wpływ stron. Dotyczy to zwłaszcza stron reprezentowanych przez pełnomocników profesjonalnych. Ich stanowisko powinno być dla sądu wiążące. Jeżeli pełnomocnik wniesie o udział w rozprawie zdalnie, to niech to będzie dla sądu wiążące. Uważam, że w tej nowej ustawie powinien być obligatoryjny tryb wyznaczenia rozprawy zdalnej, kiedy strona wniesie o jej zdalny udział. Mogą też odbywać się rozprawy hybrydowe. Nie bójmy się tego. To strona powinna decydować, w jaki sposób chce brać udział w rozprawie, a nie powinno to być arbitralne rozstrzygnięcie przewodniczącego.

ZBIGNIEW WOŹNIAK (ZW):

Zgadzam się z Panem Profesorem Gołaczyńskim i z Łukaszem co do charakteru powstających przepisów. Doszliśmy do nieakceptowalnego poziomu kazuistyki. Nie jestem autorem tych słów, ale najlepiej zobrazuje to wypowiedź zaczerpnięta od jednego z poznańskich profesorów, który na konferencji stwierdził, że kiedyś przepisy tworzyło się dla ludzi inteligentnych, a dzisiaj wyglądają jak instrukcja obsługi pralki, a nie – coś, co podlega wykładni. Spójrzmy na

nowelizację, o której dzisiaj z profesorem Gołaczyńskim też rozmawiałem – art. 148¹ k.p.c. Stworzono przepis tylko dlatego, że Sąd Apelacyjny w Gdańsku wyraził pogląd, z którym ja osobiście się nie zgadzam. Podobnie, jeżeli przeanalizujemy większość nowelizacji z 2019 i 2023 r., to są one niczym innym jak implementacją orzeczeń Sądu Najwyższego.

Czy my rzeczywiście potrzebujemy implementować do przepisów orzeczenia Sądu Najwyższego? Wystarczy je przecież przeczytać. To jest pierwsza kwestia. Druga jest nieco bardziej szczegółowa.

Zastrzeżenia do protokołu – czy one w ogóle są potrzebne? Moim zdaniem ta instytucja służy wyłącznie łapaniu pełnomocników na tym, że tego zastrzeżenia nie złożyli. Jako sędzia rozumiem to w taki sposób, że pełnomocnik zwraca uwagę, że się z czymś nie zgadza. Ostatnio na rozprawie uchyliłem swoje postanowienie. Pełnomocnicy mnie przekonali, że jednak warto byłoby wysłuchać biegłego i uchyliłem swoje postanowienie dowodowe. Czy do tego są jednak potrzebne zastrzeżenia? Oczywiście, że nie.

Trzecie zagadnienie to rozprawy odmiejscowione, czyli *online*. Nie mam wątpliwości co do tego, że pełnomocnik mógłby uczestniczyć w każdej rozprawie *online*. Natomiast ja mam pewne wątpliwości co do przesłuchiwanie świadków *online* i zeznań na piśmie. Oczywiście jest pewna kategoria spraw, gdzie dokładnie nie wiem, co świadek mi powie, jeszcze zanim złoży zeznania. Podam przykład – sprawa o zadośćuczynienie na skutek śmierci członka rodziny w wypadku komunikacyjnym. Ja wiem, że ten świadek powie, co jest w pozwie, i ja dam mu wiarę. Natomiast kiedy mam sprawy, w których mam dokonać oceny wiarygodności świadka, nie bez powodu mamy przepis Kodeksu postępowania cywilnego, który mówi o tym, że przy przesłuchaniu świadka nie mogą być obecni świadkowie jeszcze nieprzesłuchani i powinniśmy to zrobić na jednym posiedzeniu. Wszystkie sprawy, które sądziłem, w których rzeczywiście podważałem wiarygodność zeznań świadków na pytaniach pobocznych, to przeprowadzałem dowody z zeznań tych świadków na jednym posiedzeniu. Ja chyba z dziesięć lat orzekałem w sądzie rejonowym i nigdy nie stwierdziłem nabycia spadku na podstawie testamentu ustnego. Zawsze podważałem wiarygodność tych świadków, bo oni co do głównego nurtu byli zgodni, a co do pobocznych każdy mówił co innego i budziło to moje wątpliwości. Dlatego słuchanie świadków na piśmie we wszystkich sprawach, przesłuchanie świadków *online* we wszystkich sprawach, rzeczywiście budzi wątpliwość. Miałem takie przypadki, że odnosiłem wrażenie, że świadek czyta albo ktoś mu pokazuje, co ma mówić. Moim zdaniem nie powinno to natomiast stanowić przeszkody, żeby przeprowadzić rozprawę hybrydową. Sąd, który prowadzi postępowanie, przesłuchuje świadków. Dlaczego natomiast pełnomocnik w osobie profesora Błaszczaka ma jechać z Wrocławia do Warszawy, pomimo że może się połączyć zdalnie? Przecież to nie jego wiarygodność oceniamy.

Do ustawodawcy mam pretensję o jeszcze jedną rzecz. Jestem zwolennikiem tworzenia przepisów, które przeciwdziałają obstrukcji procesowej. Jed-

nak kiedy czytałem uzasadnienie do nowelizacji z 2019 r., to w nim chyba ani razu nie pojawia się słowo rozpoznanie sprawy „sprawiedliwie”, tylko „sprawnie”. Ma być sprawnie, a nie sprawiedliwie. To jest oczywiście aberracją, jeżeli chodzi o zasady wynikające z Konstytucji i pierwotne zasady Kodeksu postępowania cywilnego. Jeżeli chodzi o obstrukcję procesową, to nie ma potrzeby tworzenia kazuistycznych przepisów, bo my nie jesteśmy w stanie stworzyć takiej w pełni skutecznej bariery przed postępowaniem stron, czy to pełnomocników, czy nie, które prowadziłyby do obstrukcji procesowej. Czy nie lepszym rozwiązaniem jest wprowadzenie do kodeksu pewnego rozwiązania, które pozwala sądowi na stwierdzenie nadużycia prawa procesowego w konkretnym przypadku? Łatamy kolejną dziurę, a potem pojawiają się następne problemy.

Jeszcze jedno, bo Łukasz mówił ciekawą rzecz o wnioskach dowodowych, że składane są ciągle nowe wnioski dowodowe. Jeden z Panów mówił, że sąd z ostrożności przed uchynieniem przez sąd drugiej instancji te wnioski dowodowe dopuszcza. Efekt jest taki, że to postępowanie się samo prowadzi, a nie prowadzi go sąd. Może warto byłoby znowelizować też art. 235² k.p.c., żeby uniknąć sytuacji, którą kiedyś miałem, gdy pełnomocnik mówił sądowi o tym, że on nie wie, o czym będą kolejni świadkowie zeznawać, być może potwierdzą okoliczność z tezy dowodowej. Po nowelizacji z 2019 r., z której wynika, że pełnomocnik powinien spowodować stawiennictwo świadka w sądzie, ja nie mam wątpliwości, że pełnomocnik ma prawo rozmawiać ze świadkiem, żeby ustalić, co on ma do powiedzenia w tej sprawie, a nie ma potrzeby słuchać dziesięciu świadków z działu finansowego na tę samą okoliczność. Jeżeli pierwszych dwóch nie potwierdzi okoliczności faktycznych albo nie ma nic w tej sprawie do powiedzenia, pomijam następne wnioski dowodowe, uznając, że jest to nadużycie prawa procesowego. Pełnomocnik powinien wcześniej to ustalić. W tym duchu znowelizowałbym ten przepis.

ŁB:

Poruszyłeś bardzo ciekawą tematykę kazuistyki przepisów Kodeksu postępowania cywilnego. Powiem więcej, często mamy do czynienia z dublowaniem instytucji. Przed nowelizacją z 2019 r. doskonałym przepisem, ale częściowo niezrozumianym przez sądy, bo podchodziły do tego przepisu jak pies do jeża, był art. 3, a mianowicie sprzeczność z dobrymi obyczajami, czyli nakaz postępowania w sposób zgodny z dobrymi obyczajami. Regulacja ta *de facto* wyrażała zakaz nadużywania prawa procesowego. Tymczasem zdublowano tę instytucję w kolejnym przepisie, tj. w art. 4¹ k.p.c., w ten sposób, że w osobnej normie wprowadzono instytucję nadużycia prawa procesowego. Wcześniej nakaz postępowania w sposób zgodny z dobrymi obyczajami był właśnie wyrazem zakazu nadużywania praw procesowych i był on w pełni wystarczający, bez potrzeby wprowadzania dodatkowych przepisów, które poświęcone byłyby tej instytucji. Konieczność dokonywania czynności zgodnie z dobrymi obyczajami

to nic innego jak nakaz uczciwego, rzetelnego i lojalnego zachowania stron procesowych.

Drugie zagadnienie to dublowanie obowiązków pełnomocników procesowych w zakresie przytaczania twierdzeń i dowodów. Z jednej strony mamy art. 205¹², który też jest różnie interpretowany, z drugiej zaś – art. 458⁵ dotyczący postępowania w sprawach gospodarczych. Odmierna treść, a obowiązki te same i zawsze generuje to problem interpretacyjny. Te dwa przepisy się dublują, a poza tym wywołują więcej zamieszania, niż to warte. Nawet dla mnie jako naukowca budzi to czasami duże wątpliwości. Podobnie dla sędziów, i to można dostrzec, bo różna jest praktyka, a ta różna praktyka nie jest oparta na dyspozycjach norm ustawowych. Im bardziej więc ten kodeks jest skomplikowany, tym więcej będziemy mieli problemów.

MB:

W nawiązaniu do słów Pana Sędziego Woźniaka muszę powiedzieć, że bardzo cenię w tej dzisiejszej dyskusji to, że okazuje się, że mamy bardzo podobne spojrzenie na te same problemy. Wspomniał Pan chociażby, że wskazana byłaby pewna uznaniowość sądu w ocenie, kto nadużywa prawa, i to mi zawsze przypomina opowieści mojego nieżyjącego już od wielu lat ojca adwokata i jego kolegów, którzy wspominali, że czy to w Pułtusk, w Płocku, czy nawet w Warszawie sędzia mówiła: Panowie, nie wygłupiajcie się, ja tu sędzę, a nie będę się z wami spotykać przez następne dziesięć lat”. Po drugie, chciałem nawiązać do tego, co Pan powiedział i co powiedział profesor Gołaczyński w kontekście tworzenia przepisów. Naukowo zajmowałem się historią prawa, doktorat poświęciłem dziejom Kodeksu zobowiązań. W związku z tym miałem przyjemność poznać sposób tworzenia tego kodeksu, który był ze wszystkich chyba ustaw cywilistycznych najwybitniejszym dziełem polskiego prawodawstwa. Było ono tworzone kilkanaście lat i wykuwane w środowisku, gdzie głównymi twórcami byli trzej adwokaci, którzy niekiedy mieli tytuły profesorskie, ale przede wszystkim byli adwokatami. Do tego radca Prokuratorii, ale głównie naukowiec, czyli Longchamps de Brier, i jeden typowy naukowiec, czyli Ignacy Koschembahr-Łyskowski. Dopiero zbiór ich poglądów i wymiany myśli doprowadził do powstania tego, co było rzeczywiście dziełem, a nie łataniem dziur.

AT:

Zacznę od art. 458⁵ k.p.c., który nakazuje pełnomocnikowi w sprawach gospodarczych w ciągu dwóch tygodni zgłosić nowe twierdzenia i zarzuty, ale jednocześnie mamy przepis art. 205³ § 5, który mówi, że przewodniczący zwraca pisma złożone bez zarządzenia, czyli żeby sprostać tym wymaganiom, trzeba w terminie tych dwóch tygodni zdążyć wystąpić o wydanie zarządzenia, to zarządzenie musi zostać wydane i dopiero wtedy złożyć pismo z tymi nowymi zarzutami, twierdzeniami i dowodami. Adwokaci jakoś z tego wychodzą, skła-

dając po prostu to pismo wraz z wnioskiem o wydanie zarządzenia. Praktycznie to się udaje, ale nie tak to powinno być uregulowane.

Druga kwestia – czuję niedosyt, gdy widzę degradację instytucji wysłuchania strony. Ja nie mam problemu, że zostanę wysłuchany na posiedzeniu *online*, ale już mam problem, gdy nie będę w ogóle wysłuchany, bo nie będzie posiedzenia jawnego. Czytam uzasadnienia projektów z 2019 r. i 2023 r. i denerwuję się, bo napisano, że prawo do wysłuchania jest zrealizowane na posiedzeniu przygotowawczym lub przez złożenie pisma i rozprawa już nie jest potrzebna. Pytam więc, czy jest to nadal wysłuchanie strony?

Chcę też zwrócić uwagę, że wykorzystując obecne przepisy covidowe, sądy niejednokrotnie w ogóle nie wyznaczają posiedzenia jawnego, rozpoznają sprawę wyłącznie na posiedzeniu niejawnym, na tym niejawnym wydają postanowienie o zamknięciu rozprawy i wydają wyrok. W takiej sytuacji, jeżeli jest postanowienie o zamknięciu rozprawy, to powstaje pytanie, kiedy ona była otwarta, jeżeli było tylko jedno albo dwa posiedzenia niejawne. Nie wiem, może doktrynalnie można to jakoś wytłumaczyć, np. że rozprawa się otwiera na pierwszym posiedzeniu niejawnym, ale dla mnie jest to kompletne pomieszenie pojęć.

ZW:

Panie Mecenasie, tam nie ma żadnego sensu w większości tych przepisów nowelizujących, one są same ze sobą sprzeczne. Podam tylko taki przykład – zażalenie na postanowienie sądu drugiej instancji o udzielenie zabezpieczenia. Jego wcześniej nie było i może dobrze. Osobiście uważam jednak, że to, co jest zaskarżane w przypadku sądów pierwszej instancji, powinno też być zaskarżalne, jeśli podejmuje te czynności sąd drugiej instancji. Tego wymaga logika. Twórcy kodeksu, gdy tworzyli go w sześćdziesiątym czwartym roku, o tym nie pomyśleli, ale orzecznictwo trybunału poszło w takim kierunku, że tak powinniśmy zrobić. Jakie jest jednak uzasadnienie do tego, że teraz jest zaskarżalne postanowienie sądu drugiej instancji w przedmiocie zabezpieczenia?

Tylko takie, gdzie sąd udzielił zabezpieczenia. Jak pierwszy raz to przeczytałem, pomyślałem, że to błąd. Sięgam jednak dalej do uzasadnienia. Podkreśla wagę zaskarżenia, jeżeli sąd drugiej instancji pierwszy raz udziela zabezpieczenia. To jest ważne, ale dla kogo to jest ważne? Dla obowiązanego, ale jeżeli sąd odmówi udzielenia zabezpieczenia, to na to zażalenia już nie ma. To już nie jest ważne dla uprawnionego? Systemowo absurd goni absurd. Nie można tego inaczej ocenić.

AT:

Panie Doktorze, to jest miód na moje serce, bo tak jak słusznie zauważył Michał, chociaż jesteśmy z innych bajek i z innych biurków, my się w wielu podstawowych kwestiach zgadzamy. Dla mnie procedura cywilna staje się w tym momencie instrukcją obiegu podań. Wydaje się, że w tej sytuacji przymus ad-

wokacki to jest jedyna możliwość dania stronom, ludziom, obywatelom szansy na uczciwe przeprowadzenie postępowania. Nie wyobrażam sobie, jak zwykły obywatel w tym gąszczu sprzecznych, niespójnych przepisów ma sobie poradzić. Tym bardziej jak ma uczynić to przedsiębiorca, jeżeli w postępowaniu gospodarczym stawia mu się takie wymagania jak profesjonalnemu pełnomocnikowi w zakresie inicjatywy dowodowej i sprostania wymogom formalnym.

JG:

To może ja jeszcze w kwestii prowadzenia samego postępowania dowodowego. Zgadzam się z Panami, bo wszyscy w zasadzie wyrazili ten pogląd, że mamy do czynienia w ogóle z problemem w zakresie postępowania dowodowego. Co prawda nowelizacja z 2019 r. próbowała tę kwestię uporządkować, ale nie poszło to we właściwym kierunku, utrudniając stronom możliwość efektywnego prowadzenia tego postępowania. Natomiast sąd obecnie ma też problem z tym, aby przy takiej liczbie spraw tak przygotować się, żeby już na pierwszym posiedzeniu, na którym trzeba będzie podejmować decyzje o prowadzeniu postępowania dowodowego, wiedzieć, jaki jest kierunek rozstrzygnięcia sprawy. Nie wynika to tylko z tego, że sprawy są bardzo skomplikowane, ale też z braku elementarnego czasu na taką wstępną refleksję. Zwróćcie, Panowie, uwagę, że ustawodawca próbował temu zapobiec, przygotowując przepisy na wzór karnych dotyczące posiedzenia przygotowawczego. Te plany rozprawy – i po co to było? Właśnie po to, żeby zmusić sędziego, we współpracy ze stronami i ich pełnomocnikami, do należytego przygotowania do rozprawy.

Jaki jest tego efekt? Jeszcze do tej pory nie spotkałem się, żeby ktoś przeprowadził postępowanie przygotowawcze i przygotował plan rozprawy. Przynajmniej w tych sprawach, które w sądzie apelacyjnym rozpoznajemy, nigdy tego nie widziałem. Zwróćcie, Panowie, uwagę – nowelizacja z 2019 r. bardzo wiele miejsca temu poświęciła, a nowelizacja z 2023 r. postanowiła poprawić te przepisy, które do tej pory nie były stosowane.

Jeżeli chodzi o postępowanie gospodarcze, rzeczywiście stronie będącej przedsiębiorcą indywidualnym stawiane są olbrzymie wymogi. Jaki jest efekt? Strony składają wniosek o rozpoznanie sprawy z pominięciem przepisów o postępowaniu gospodarczym. To jest reguła, to nie jest wyjątek. Zawsze byłem przeciwnikiem mnożenia postępowań odrębnych i byłem nawet w Komisji Kodyfikacyjnej, kiedy była podjęta decyzja o zniesieniu postępowania odrębnego w sprawach gospodarczych. Dlatego podjęto taką decyzję, bo przepisy były zbyt restrykcyjne. Ostatecznie ustawodawca przywrócił to postępowanie. Mało tego, w nowelizacji z 2023 r. wprowadził postępowanie konsumenckie, jeszcze jedno postępowanie odrębne. Ostatni zjazd katedr postępowania cywilnego był poświęcony właśnie postępowaniom odrębnym. Wniosek ostateczny był taki, że trzeba jednak rozważyć likwidację wielu postępowań odrębnych, bo wszelkie odrębności powodują problemy ze stosowaniem przepisów w relacji pomiędzy przepisami ogólnymi a postępowaniami odrębnymi. Mówili o tym zresztą Pa-

nowie w zakresie prekluzji dowodowej na podstawie przepisów ogólnych oraz przepisów o postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych.

Ostatnia kwestia dotycząca przeprowadzenia dowodów. Tutaj Pan Sędzia Doktor Woźniak mówił na temat dowodów z przesłuchania świadków w formie zdalnej. Chciałbym tylko przypomnieć, że te przepisy zostały wprowadzone już w 2015 r., czyli wcześniej, i to był przepis art. 235 § 2 k.p.c., który przewiduje możliwość przeprowadzenia dowodu na odległość, jeżeli charakter dowodu się temu nie sprzeciwia. Jest to ogólny przepis, bardzo dobry. On daje możliwość bezpośredniego przesłuchania przez sąd na rozprawie stacjonarnej właśnie ze względu na konieczność oceny jego wiarygodności. Jednak kiedy to będzie świadek, który był rzeczoznawcą, który prywatnie przygotowywał ekspertyzę dla strony przed procesem odszkodowawczym, czyli tzw. rzeczoznawca z PZMot-u, to po co on ma tutaj do mnie przychodzić, wystarczy, że go przesłucham zdalnie, tym bardziej że może być z innego miasta. To wszystko zależy, po prostu trzeba do tego rozsądnie podchodzić.

Pamiętajmy, że przepisy Kodeksu postępowania cywilnego w ogóle nie dają możliwości przesłuchania świadka czy odbycia rozprawy odmiejscowionej w innej lokalizacji niż budynek sądu. Czyli potencjalnie rzecz biorąc, w ogóle nie będzie problemu, o którym mówił Pan Sędzia Woźniak, że ktoś czyta z komputera. Nie, nie będzie czytał, bo on będzie na sali innego sądu. Oczywiście problem, jak to przeprowadzić, kto powinien mu asystować w tym budynku innego sądu, czy tylko informatyk, czy jakiś sekretarz sądowy, czy to jest odezwa. Te problemy są w ogóle nierozwiązane. Ustawa covidowa to odwróciła, ale w sumie w przypadku adwokatów, radców prawnych nie mam wątpliwości, że z kancelarii powinni móc uczestniczyć w rozprawach. Nie trzeba ich zmuszać, żeby szli do jakiegoś sądu w swoim mieście i próbowali uczestniczyć w rozprawie zdalnej w innym sądzie, bo to jest już anachroniczne w dzisiejszych czasach, tym bardziej że przepisy rozporządzeń unijnych dotyczących przeprowadzenia dowodów już jako zasadę wprowadzają przeprowadzenie dowodu na odległość. Zresztą w postępowaniach międzynarodowych to też ma na celu zmniejszenie kosztów przeprowadzenia takiego dowodu. To dodatkowe uzasadnienie.

MB:

Uśmiecham się, bo jak rozmawialiśmy z Panem Profesorem Błaszczakiem telefonicznie, to właśnie mówiliśmy o postępowaniu przygotowawczym. Pan Profesor był szczęśliwcem, bo w jednym uczestniczył, a ja być może będę miał okazję w maju. Teraz Pan Sędzia mi wyjaśnił, że nie jesteśmy rodzinami, tylko że jest to zasada.

ZW:

Jeśli można, Panowie, to tylko dwa zdania. Nie wiem, czy czytali Panowie bodajże we wczorajszej „Rzeczpospolitej” wywiad z Panią Sędzią zastępcą

przewodniczącego Wydziału Cywilnego w Sądzie Okręgowym w Warszawie. Na jedno z pytań dziennikarza, jak ona sobie radzi z postępowaniami przygotowawczymi, odpowiedziała: „Świetnie sobie radzę, nie wyznaczam ich, tylko po prostu na niejawnym wyznaczam kilka terminów posiedzeń jawnych. To jest moje posiedzenie przygotowawcze, u mnie w gabinecie, bez stron”.

JG:

Tak to jest, gdy idea rozmija się z praktyką i z potrzebami. Do tej pory odpowiednie instrumenty mieliśmy na pierwszej rozprawie. Co powinien zrobić przewodniczący? Ustalić, co jest sporne między stronami. Następnie zapytać, czy nie ma możliwości zawarcia ugody, czyli wezwać do pojednania. Może nawet wysłuchać informacyjnie stron. Wszystko to odbywało się w sposób mniej sformalizowany. Natomiast to postępowanie przygotowawcze jest o tyle zabawne, że tam nawet nie sporządza się protokołu, bo jest zapis protokołu elektronicznego. Nie wiem, czy Panowie pamiętają, jakie było uzasadnienie tych przepisów, ale nie oddawało ono sensu tego posiedzenia.

ŁB:

A mi się wydaje, Jacku, że chyba sens był taki, że jeżeli przewodniczący ma faktycznie przeanalizowaną dogłębnie sprawę, to posiedzenie przygotowawcze ma odgrywać taką rolę, że przyczyni się do szybszego zakończenia postępowania. Przewodniczący, mając przeanalizowaną sprawę, może zwrócić uwagę na kierunek, w którym może pójść rozstrzygnięcie sprawy, co może przyczynić się także do zawarcia ugody. Niezależnie od posiedzeń przygotowawczych instrumentem, który może pomóc, jest pouczenie w trybie art. 156¹ k.p.c., ale to też oznacza, że sprawa na określonym etapie musi być bardzo dokładnie przeanalizowana.

JG:

Ale jest art. 6, gdzie może pouczyć na tym pierwszym posiedzeniu.

ŁB:

Oczywiście, że może, ale nigdy mi się nie zdarzyło, żeby na pierwszym posiedzeniu przewodniczący pouczył strony o prawdopodobnym wyniku postępowania. Natomiast jeżeli byłoby posiedzenie przygotowawcze, sędzia byłby przygotowany, ja bym wiedział, w jakim kierunku mniej więcej idzie rozstrzygnięcie, to byłaby to dla mnie – powiedzmy – mobilizacja, żeby albo cofnąć pozew, albo doprowadzić do zawarcia ugody.

JG:

Czyli tak jak w procesie niemieckim, kiedy sędzia korzysta z materialnego wskazania.

ŁB:

Nie uważasz, że to byłoby lepsze?

JG:

Albo Pan zawiera ugodę z pozwanym, albo Pan cofa pozew. Jest to niemożliwe, pomimo tych przepisów, które są. Aż tak wiele, jako sędziowie, nie możemy powiedzieć o konkretnej sprawie, i może to dobrze. To materialne wskazanie miało być wprowadzone do nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 2015 r., ale właśnie środowisko sędziowskie w ramach konsultacji społecznych sprzeciwiło się temu, ponieważ to może rodzić za dużo wniosków o włączenie sędziego. Możliwe, że polskie społeczeństwo nie jest jeszcze przygotowane do tego rodzaju roli sędziego w procesie. A co Panowie Mecenasi o tym sądzą?

ZW:

To ja jedno zdanie i oddam Panom głos. Dlaczego nie przeprowadza się posiedzeń przygotowawczych? Miałem przyjemność orzekać w pierwszej instancji w Sądzie Okręgowym we Wrocławiu i wiem, że z bardzo prostego powodu, o którym jeden z Panów Mecenasów powiedział na samym początku – z przyczyn czysto organizacyjnych.

Gdzie ten sędzia ma przeprowadzić to posiedzenie przygotowawcze, skoro jest takie obłożenie sal rozpraw, że sędziowie sądzą na rozprawie, a w pokojach siedzą we trzech-czterech sędziów? Gdzie on ma to przeprowadzić? Gdzie ma zaprosić bez stroju urzędowego. Nie wspominając o tym, co ja mam zrobić z tymi wszystkimi konsekwencjami, gdy ten plan rozprawy będzie wiązał. Rozprawa jest dynamiczna. To nie jest tak, że jestem w stanie z góry ustalić, jakie dowody przeprowadzę, chyba że w prostej sprawie odszkodowawczej z wypadku komunikacyjnego o zaniżone odszkodowanie. Inaczej musiałbym później zmieniać postanowienie.

ŁB:

Właśnie ustala się harmonogram rozprawy, a potem jest cała procedura jego zmiany i wymaga to ponownej pracy.

ZW:

Niepotrzebnie sąd się tym wiąże. Moim zdaniem lepsze było inne rozwiązanie, stosowane w mojej praktyce. Lepiej po pozwie i odpowiedzi na pozew zobowiązać pełnomocników do pisma procesowego, żeby wskazali wszystkie wnioski na zasadzie art. 205³ k.p.c. Ja już wtedy wiem, co jest sporne, a co bezsporne. Po co pełnomocnik powoda w sprawach gospodarczych ma w pozwie wszystko składać? W ten sposób mamy pierwsze pismo procesowe powoda najeżone wnioskami dowodowymi, aż trudno się połapać, które dowody mamy przeprowadzić, a których nie.

AT:

Skoro zostały przywołane moje refleksje związane z kwestią posiadzenia przygotowawczego, doszedłem do wniosku, że wygląda to tak: strona, której pełnomocnik przeprowadzi postępowanie przygotowawcze po swojej myśli, wygra sprawę. Ciężar przekonania sądu do potrzeby przeprowadzenia dowodów, do przyjęcia pewnego poglądu, przesuwają się na posiedzenie przygotowawcze.

ZW:

Ja na jedną rzecz chciałbym Panom zwrócić uwagę, bo teraz przepisy się zmieniają. Od 1 lipca oprócz planu rozprawy będziemy mieli jeszcze projekt planu rozprawy. Zmienia się art. 205¹² k.p.c., tracimy prawo powołania nowych dowodów. Efekt chyba jest taki, że to strony sporządzają plan rozprawy. Do tej pory nie potrafię zrozumieć, co to jest ten plan rozprawy albo projekt planu rozprawy. To jest porozumienie pomiędzy pełnomocnikami, a jeśli oni nie są w porozumieniu, to przecież nie stworzą projektu planu rozprawy.

ŁB:

Zbyszku, przypomina to znane z arbitrażu zarządzenie w przedmiocie planu postępowania, czyli strony wraz z arbitrami ustalają, jak będzie wyglądało postępowanie i jaki będzie jego przebieg. To rozwiązanie to trochę prywatyzacja naszej procedury cywilnej, coś na kształt takiego postępowania arbitrażowego, ale z drugiej znów strony bardzo pomocne i zapewniające sprawność i szybkość samego postępowania.

JG:

Tak jak umowy dowodowe. Plan rozprawy jest wzięty z procedury karnej.

MB:

Nie wiem, czy z procedury karnej. Dla mnie bardziej przypomina on jednak rozwiązanie z arbitrażu. Chciałbym wrócić do tego materialnego wskazania, o którym wcześniej Pan wspominał. Osobiście jestem przeciwnikiem takiego wyraźnego wskazania, i to z innej przyczyny aniżeli wcześniej wymienione. Mam dużo doświadczenia z arbitrażem. Kiedy przewodniczę, niejednokrotnie nie wiemy do końca, jakie będzie rozstrzygnięcie. Czasem to się zmieniało na finiszu. Znam parę takich sytuacji, zwłaszcza gdy strony wyrażały zgodę na orzeczenie według zasad słuszności, co potrafiło odwrócić kształt orzeczenia.

Zawsze unikałem powiedzenia wyraźnie, jakie rozstrzygnięcie zapadnie. Jeżeli próbuję nakłonić strony do ugody, to nie mogę dać jednej stronie wyraźnego wskazania, że wygra, bo wówczas nie zgodzi się na ugodę. Byłoby to rozwiązanie przeciwskuteczne. Plan rozprawy jest w arbitrażu bardzo dobrym rozwiązaniem, tylko on działa inaczej. Nawiążę do tego, co Sędzia Woźniak powiedział, czyli porozumienia stron. Ostatnio w jednej ze spraw zapropono-

wano mi, żebym pewne kwestie dogadał z drugą stroną. Jeżeli my mamy tak przeciwstawne poglądy w tym sporze, to przecież się nie dogadamy. Zadzwoniłem do Pana Mecenasas. Wykonałem tę próbę, mówiąc: „Panie Mecenasie, czy się dogadujemy, czy nie?”, a odpowiedź brzmiała „Nie ma takiej możliwości, żebyśmy się dogadali co do biegu postępowania”. Odpowiedziałem, że też tak myślę i nasze rozmowy się skończyły.

Jak to wygląda w arbitrażu? Proponujemy pewne rozwiązania, pytamy strony o zdanie, strony przykładowo wskazują, że na dane pismo potrzebują siedmiu albo czternastu dni, albo w ogóle nie potrzebują już wymiany pism procesowych. Na końcu jednak, jeżeli nie da się stron nakłonić do wspólnych uzgodnień, rozstrzyga zespół orzekający. Przypomina mi to anegdotę, którą Panu Profesorowi opowiadałem telefonicznie. Pojechałem jako świeżo upieczony adwokat na tereny, gdzie mój ojciec niegdyś był adwokatem, czyli do Płocka. Przyjechałem na ogłoszenie postanowienia, a Pani Sędzia mówi: „Panie Mecenasie, przyjechał Pan z Warszawy. To niech Pan pójdzie ze mną do pokoju”. Zrobiłem wielkie oczy, poszedłem, usiadłem. Usłyszałem dalej: „Panie Mecenasie, to jest tak, że dzisiaj nie będzie postanowienia, ale jak Pan udowodni to i to, to macie wygrany spór. Jak przeciwnik udowodni to i to, to macie przegrany spór. Teraz niech Pan wraca do Warszawy i zastanawia się, jak to zrobić”. Tak efektywnego posiedzenia przygotowawczego nigdy więcej nie spotkałem. Nie trzeba było żadnej procedury, żadnych planów rozprawy, wszyscy wiedzieli, co zrobić. Myślę, że zbytnia biurokracja jedynie szkodzi.

ZW:

To jest to, o czym Panowie już wcześniej mówili. Obecnie Kodeks postępowania cywilnego jest już zbyt kazuistyczny. On przewiduje szczegółowe regulacje dotyczące wielu kwestii, które do tej pory nie były spotykane, bo od tego mamy sądy, zwłaszcza Sąd Najwyższy, żeby w razie wątpliwości nam wyjaśniać przepisy. Prawo to nie instrukcja obsługi. Ta kazuistyka nie spowodowała uproszczenia kodeksu, tylko jego znaczne skomplikowanie. Osiągnięto odwrotny efekt. Przepisy o posiedzeniu przygotowawczym i planie rozprawy są książkowym przykładem, jak można skomplikować rzecz, która mogła być prosta i służyć dalszemu postępowaniu, zwłaszcza dowodowemu.

Mam wrażenie, że w nowelizacjach im więcej przymiotników, tym lepiej. Najlepszym przykładem jest art. 98 k.p.c., mówiący o zasądzeniu odsetek. Jest przepis mówiący o odsetkach od zaliczek – „szczególny wydatek”. Im więcej przymiotników, tym lepiej. Co jeśli wniosek jest uzasadniony, a co jeśli nie jest? Co jeśli nie jest oczywiście uzasadniony, tylko po prostu uzasadniony? Nowy przepis art. 410¹ – skarga o wznowieniu postępowania. Jakie są okoliczności które „wykluczają taką ocenę”? Przepisy o nadużyciu prawa procesowego to kolejne łątanie dziur, które ustawodawca zostawił. Powinniśmy wprowadzić ogólną regulację, bez zbędnej kazuistyki, przydatną np. w razie składania kolejnych pism bez podpisu.

JG:

Przepisy dotyczące nadużycia prawa procesowego nadal są niedoskonałe. Oprócz reguły z art. 4¹ mamy przepis, który nam wymienia pewne sankcje. Tylko najpierw sąd musi uprzedzić o możliwości podjęcia tych działań stroną, która nadużywa prawa procesowego. W sytuacji kiedy strona raz nadużyje prawa, nie mamy żadnej sankcji, a to oddziałuje negatywnie na drugą stronę. To nie szkodzi sądowi, ale drugiej stronie. Te przepisy powinny być uzupełnione w jakiś ogólny sposób. Artykuł 3, który stanowi pierwowzór regulacji przewidującej nadużycie prawa procesowego (tak w doktrynie było to postrzegane), nie zawierał sankcji, ale zawierał przepis o charakterze interpretacyjnym. Nie było jeszcze art. 4¹ i art. 226², ale nadal brakuje ogólnego przepisu, który dawałby możliwość sądowi zastosowania sankcji tam niewskazanej. Ostatnio na konferencji mieliśmy problem ze złożeniem wniosku o zabezpieczenie, gdy już można było wytoczyć powództwo.

ŁB:

Tylko tutaj wydaje mi się, Jacku, że Sąd Najwyższy, jeszcze przed nowelizacją z 2019 r., wypracował pewien model. Kwestia dotyczyła wniosku o zawezwanie do próby ugodowej, który został złożony jedynie po to, aby przerwać bieg przedawnienia. Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że jeżeli wniosek ma na celu jedynie przerwanie biegu przedawnienia, a więc jeżeli czynności procesowe podejmowane są w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, to jest to podstawa do zastosowania analogii do art. 199 k.p.c., czyli odrzucenia takiego wniosku, szczególnie że katalog przyczyn odrzucenia pozwu nie ma charakteru zamkniętego. Model ten jest bardzo interesujący, ponieważ stanowisko Sądu Najwyższego wskazało rozwiązanie, które do tej pory nie było preferowane.

JG:

Tak, ale to było tylko w tym kontekście. Nie było generalnej zasady.

ŁB:

Czy zasadą nie może być stosowanie analogii do art. 199 k.p.c.? W szczególności że art. 199 nie ma charakteru zamkniętego.

JG:

Jeżeli mamy art. 4¹ obok art. 3, to nadal uważasz, że mamy możliwość stosowania poglądu Sądu Najwyższego, skoro ustawodawca już wkroczył i wprowadził rozwiązanie?

ŁB:

Uważam, że istniałaby możliwość stosowania analogii chociażby w kontekście apelacji, która wniesiona została w warunkach nadużycia prawa pro-

cesowego. Innymi słowy – strona, wnosząc apelację, chciała osiągnąć inny skutek aniżeli związany z tym środkiem zaskarżenia. Pełnomocnik wysłała pierwszą stroną apelacji, na której widnieje tylko oznaczenie stron. W takich wypadkach, w których dochodzi do nadużycia prawa do apelacji, uważam, że należałoby stosować analogię do przepisów o odrzuceniu apelacji, tj. do art. 373 k.p.c., ale bez potrzeby wzywania do uzupełnienia apelacji, gdy jest to intencjonalne zachowanie. Nie mamy innego instrumentu. Gdy wzywasz o uzupełnienie, to ma miesiąc na przygotowanie prawidłowej apelacji, a inny, który wnosi apelację w terminie, ma czternaście dni. Zawsze powinno być to wyważone. Masz rację, że powinno być sformułowanie jak z kodeksu z 1932 r., że jeżeli nie masz interesu prawnego w celu zachowania ochrony prawnej, to nie możesz domagać się tej ochrony. Pozew powinien być odrzucony. Teraz wystarczyłoby uzupełnić jeden podpunkt z art. 199 i zostałyby to domknięte.

MB:

Ten automatyzm przypomina mi inne absurdy. Miałem sytuację, że sąd zwrócił mi wniosek o zabezpieczenie, bo pełnomocnictwo było udzielone do postępowania przed sądami i nie było napisane, że powszechnymi.

Innym razem złożyłem pozew, a pełnomocnictwo miało nieczytelny podpis. Człowiek ten był jednak uprawniony do reprezentacji spółki, w imieniu której udzielał pełnomocnictwa. W tym ostatnim przypadku zacząłem się zastanawiać i w zasadzie trudno powiedzieć, co ten sąd mógł zrobić. Braki formalne powodują zwrot pisma, tylko że tak naprawdę nie było braku formalnego, bo pełnomocnictwo zostało prawidłowo udzielone przez członka zarządu. Przez tę kazuistykę teraz powinien zostać wprowadzony przepis, który doprecyzuje, że w określonych sytuacjach sąd może poprosić o wyjaśnienie, a dopiero potem dokonać zwrotu. Z tą kazuistyką doszliśmy już do poziomu Kodeksu Hammurabiego.

AT:

Mogę dorzucić inny przykład. Sąd gospodarczy zwrócił pozew, gdyż nie znalazł numeru telefonu pełnomocnika między nazwiskiem pełnomocnika i nazwą kancelarii, pomimo że ten numer był w stopce pisma. To już kuriozum. Tylko my z tym nie możemy walczyć, a jedynie możemy złożyć jeszcze raz te same papiery. To z pewnością nie przyspiesza rozpoznania sprawy.

ZW:

Jak byśmy przeanalizowali większość instytucji z Kodeksu postępowania cywilnego, to większość z nich jest zbędna. Dlaczego w ogóle jest obowiązek składania pełnomocnictwa? Czy kiedykolwiek zdarzyło się, że ktoś działał bez pełnomocnictwa? Po co to jest? Powinno wystarczyć powołanie się na złożone pełnomocnictwo i zakres działania.

MB:

To wszystko przypominało mi, że kiedyś w prawie średniowiecznym występowała instytucja nazywana „potyczek”, czyli jak się pomyłę w zwrocie przysięgi, to moje zeznania upadają. Proces dzisiejszy zaczyna to przypominać.

Podsumowując dzisiejsze spotkanie, procedura jest nazbyt kazuistyczna i każda kolejna regulacja powoduje, że kodeks staje się coraz bardziej wewnętrznie sprzeczny. Procedura musi być bardziej dla stron. Część niejawną postępowania nie może być bardziej rozbudowywana. Trzeba dać stronom szansę wypowiedzenia się. Nowe przepisy muszą być szeroko dyskutowane w różnych środowiskach i dopiero wtedy w sposób przemyślany wprowadzane, a nie na zasadzie nakładania kolejnych łąt. W dzisiejszej procedurze, bez przymusu adwokackiego albo radcowskiego, zwłaszcza w postępowaniu gospodarczym, nie ma możliwości efektywnego dochodzenia sprawiedliwości przez strony. Czy wszyscy się co do tego zgadzamy?

ŁB:

Najważniejszy postulat z dzisiejszego spotkania jest taki, że należy wprowadzić przymus adwokacko-radcowski co najmniej od poziomu sądu okręgowego. Wynika to z obecnych przepisów. Jeżeli środowisko do tego nie doprowadzi, to potem mogą być problemy, które objawiają się w realnym poszkodowaniu samych stron, naruszeniu ich prawa do procesu (sprawiedliwego i rzetelnego). Powinniśmy rozpocząć dyskusję środowiskową o takiej konieczności. Wspomnę jeszcze, że to będzie prowadziło do czegoś takiego jak wykształcenie się prawników procesowych.

JG:

Zgadzam się z podsumowaniem. Dodałbym, że przy rozważaniu kolejnych zmian Kodeksu postępowania cywilnego powinno dążyć się do uproszczenia, czyli odformalizowania niektórych rozwiązań, rezygnacji z kilku odrębnych postępowań. W tej chwili tylko pełnomocnik profesjonalny, i to biegły w danej dziedzinie, jest w stanie zorientować się, jakie są relacje pomiędzy przepisami ogólnymi a przepisami odrębnymi w danym postępowaniu. Na to nakładają się jeszcze liczne nowelizacje dotyczące zmiany tych przepisów. Generalny postulat – absolutnie należy zrezygnować z tendencji wprowadzonych nowelizacją z 2019 r. obowiązywania nowej ustawy do postępowań, które już się toczą. Nowa ustawa powinna obowiązywać na przyszłość, a nie wstecz, bo to prowadzi do chaosu. Nowelizacja z 2023 r. idzie powoli w tym kierunku, ale niekonsekwentnie.

ZW:

Procedura powinna zrezygnować ze zbędnej kazuistyki i tworzenia przepisów polegających na implementacji orzeczeń Sądu Najwyższego, i to wadliwej.

AT:

W pełni popieram postulat przymusu adwokacko-radcowskiego i rzecznikowskiego (rzeczników patentowych). To jest, moim zdaniem, absolutny priorytet. Jeżeli zostanie wprowadzona kolejna nowelizacja i posiedzenia będą prowadzone głównie *online*, to rolą adwokata będzie nie tylko reprezentowanie strony, ale też umożliwienie jej tą drogą kontaktu z sądem. To kancelaria adwokacka będzie tym miejscem, do którego klient przychodzi i łączy się z sądem *online*.

MB:

Powróćmy teraz do tego, co powiedział Pan Profesor Błaszczak. Myślę, że ten przymus adwokacko-radcowski to jest temat na napisanie wspólnego artykułu w „Palestrze”, łączącego środowiska adwokackie, radcowskie i sędziowskie. Warto też na jakiejś kolejnej konferencji poświęconej postępowaniu cywilnemu zorganizować panel dyskusji o przymusie adwokacko-radcowskim. On często się pojawia w dyskusjach środowiskowych, ale nie wszedł w dyskusję akademicką. Był w Komisji Kodyfikacyjnej, od lat pojawia się na Krajowych Zjazdach Adwokatury. To temat do rozwinięcia. Dzisiaj natomiast dziękuję Panom za spotkanie i ciekawą dyskusję.

Pojęcia kluczowe: *epidemia COVID-19, ograniczenia praw i wolności, odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej, przedsiębiorcy*

Artykuły

Paulina Wolszczak

ODPOWIEDZIALNOŚĆ SKARBU PAŃSTWA ZA SZKODY WYRZĄDZONE PRZEDSIĘBIORCOM PRZY WYKONYWANIU WŁADZY PUBLICZNEJ W TRAKCIE EPIDEMII COVID-19 W WYNIKU OGRANICZENIA ICH PRAW LUB WOLNOŚCI

Artykuł jest głosem w dyskusji dotyczącej cywilnoprawnej oceny podstaw prawnych, przesłanek i zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej władzy publicznej z tytułu szkód poniesionych przez przedsiębiorców w wyniku ograniczenia ich praw lub wolności w związku z epidemią COVID-19. Analizie poddano zdarzenia polegające na wprowadzeniu obostrzeń niekonstytucyjnych ze względów materialnych lub formalnych i niewydaniu rozporządzenia o wprowadzeniu stanu nadzwyczajnego. Ocena przesłanek adekwatnego związku przyczynowego i szkody jest odmienna dla każdego z tych zdarzeń.

1. WPROWADZENIE

Dotychczas w literaturze pojawiło się co najmniej kilkanaście opracowań zagadnień prawnych powiązanych z epidemią COVID-19. Ich przedmiotem jest w szczególności, po pierwsze, konstytucyjnoprawna ocena podstaw do wprowadzenia przez władzę publiczną stanu nadzwyczajnego oraz legalności wprowadzonych ograniczeń praw i wolności¹, po drugie, stanowiąca konsekwencję

¹ L. Bosek, *Stan epidemii. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2022; M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń praw i wolności jednostki wprowadzonych w związku z epidemią COVID-19 jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Państwo i Prawo” 2020/12, s. 5–22; P. Kardas, *Konsty-*

tej analizy cywilnoprawna ocena podstaw prawnych, przesłanek oraz zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa z tego tytułu². Niniejszy artykuł stanowi głos w dyskusji dotyczącej drugiej z tych kategorii zagadnień. Nie rozstrzygnięto w nim kwestii niezgodności z prawem poszczególnych działań i zaniechań przypisywanych władzy publicznej. W celach porządkujących opisano jednak pokrótce poglądy doktryny w tym zakresie oraz, przyjmując założenie o spełnieniu w stosunku do każdego z tych zachowań tej przesłanki, przeprowadzono dalszą analizę cywilnoprawną. Analiza ta została przy tym ograniczona według dwóch kryteriów.

Pierwsze kryterium ma charakter przedmiotowy, tj. ocenie zostały poddane wyłącznie podstawy prawne odpowiedzialności w prawie polskim za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem wykonywanie władzy publicznej, a w tym zakresie jedynie za bezprawie normatywne, którego przedmiotem jest akt prawny o randze rozporządzenia³. Dotychczas nie przeprowadzono bowiem w doktrynie pogłębionej analizy problematyki odpowiedzialności Skarbu Państwa za wprowadzenie i obowiązywanie ograniczeń praw i wolności lub zakazów korzystania z nich, niekonstytucyjnych ze względów materialnych

tuczynne podstawy rozstrzygnięcia kolizji obowiązków i konfliktów dóbr w czasie epidemii, „Palestra” 2020/6, s. 5–28; J. Paśnik, *Kilka refleksji o regulacji stanu epidemii jako sui generis pozakonstytucyjnego stanu nadzwyczajnego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2020/11, s. 69–85; J. Roszkiewicz, *Granice ograniczeń wolności gospodarczej wprowadzanych w celu przeciwdziałania epidemii (uwagi na tle orzecznictwa sądów administracyjnych)*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2022/2, s. 34–51; S. Trociuk, *Prawa i wolności w stanie epidemii*, Warszawa 2021; P. Tuleja, *Pandemia COVID-19 a konstytucyjne stany nadzwyczajne*, „Palestra” 2020/9, s. 5–21.

² A. Bednarczyk-Płachta, M. Kumela-Romańska, *Prawne aspekty odpowiedzialności odszkodowawczej państwa z tytułu czasowego ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej spowodowanego COVID-19. Wybrane zagadnienia*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2020/11, s. 37–54; L. Bosek, *Bezprawie legislacyjne*, Warszawa 2021; E. Łętowska, *Za głupstwa królów placą ich narody – indemnizacja w czasie zarazy (cz. I)*, https://konstytucyjny.pl/za-glupstwa-krolow-placa-ich-narody-indemnizacja-w-czasie-zarazy-cz-i/#_ftn4 (dostęp: 8.12.2022 r.); M. Pecyna, *Odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa za ograniczenia praw i wolności w czasie epidemii COVID-19*, „Państwo i Prawo” 2020/12, s. 23–37; M. Pyziak-Szafnicka, *Naprawienie szkód spowodowanych ograniczeniami praw i wolności w czasie epidemii SARS-CoV-2 (głos w dyskusji)*, „Państwo i Prawo” 2022/9, s. 112–128; R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wynikające z zakazów prowadzenia działalności gospodarczej w okresie epidemii COVID-19*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2021/5, s. 26–32; F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Zakres odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za szkody majątkowe spowodowane ograniczeniami wprowadzonymi w związku z COVID-19*, „Studia Prawa Prywatnego” 2021/3, s. 6–27.

³ Poza zakresem analizy pozostają w szczególności przypadki odpowiedzialności Skarbu Państwa za wydanie ostatecznej decyzji (art. 417¹ § 2 k.c.) i stosowanie aktu normatywnego przez organy władzy publicznej poprzez podejmowanie działań faktycznych (art. 417 § 1 k.c.). Ponadto w zakresie problematyki odpowiedzialności za bezprawie normatywne pominięte zostały zagadnienia związane z potencjalnymi roszczeniami z tytułu niezgodności z prawem ustaw, w tym w szczególności ustawy z 5.12.2008 r. o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń i chorób zakaźnych u ludzi (Dz.U. z 2022 r. poz. 1657), dalej: ustawa o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń.

(art. 417¹ § 1 k.c.⁴). Największe wątpliwości dotyczą natomiast odpowiedzialności za wprowadzenie i obowiązywanie ograniczeń praw i wolności lub zakazów korzystania z nich, niekonstytucyjnych ze względów formalnych (art. 417¹ § 1 k.c.), oraz niewydanie rozporządzenia o wprowadzeniu stanu nadzwyczajnego (art. 417¹ § 4 k.c.).

Punktem wyjścia do oceny roszczeń odszkodowawczych opartych na tych podstawach prawnych jest wykazanie przez poszkodowanego, że przepisy wprowadzające ograniczenia lub zakazy w związku z epidemią COVID-19 są niezgodne z Konstytucją⁵ lub innym aktem prawnym wyższego rzędu względem nich. W doktrynie wyrażono pogląd, zgodnie z którym przesłanka ta jest spełniona⁶. Ponadto konieczne jest wykazanie przez poszkodowanego szkody oraz adekwatnego związku przyczynowego między zdarzeniem szkodzącym a szkodą⁷.

Drugie kryterium ma charakter podmiotowy, tj. analizie została poddana odpowiedzialność Skarbu Państwa wyłącznie względem przedsiębiorców. Wybór ten jest uzasadniony faktem, że, po pierwsze, to na działalność tych podmiotów, zwłaszcza w wymiarze finansowym, w największym stopniu wpłynęły decyzje prawodawcze władzy publicznej, po drugie, to przede wszystkim te podmioty dochodzą obecnie przed sądami odszkodowań za poniesione szkody majątkowe⁸.

⁴ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), dalej: k.c.

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 ze zm.), dalej: Konstytucja.

⁶ M. Pecyna, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 28–29; M. Pyziak-Szafnicka, *Naprawienie szkód...*, s. 120; J. Roszkiewicz, *Odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez wydanie niekonstytucyjnego rozporządzenia – uwagi na tle sprawy w Trybunale Konstytucyjnym o sygn. akt K 18/20, „Monitor Prawniczy” 2021/6, s. 326–329. Występuje rozbieżność poglądów co do relacji pojęć niekonstytucyjności i niezgodności z prawem w rozumieniu art. 417 i n. k.c. Według pierwszego poglądu niezgodność z prawem oznacza kwalifikowaną niekonstytucyjność aktu normatywnego. Zob. L. Bosek, *Bezprawie...*, s. 97–98; uchwała Sądu Najwyższego z 7.12.2007 r. (III CZP 125/07), OSNC 2008/12, poz. 138; L. Bosek, *Cywilne prawo – zobowiązania – odpowiedzialność Skarbu Państwa za bezprawie legislacyjne – odroczenie przez Trybunał Konstytucyjny utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego niezgodnego z Konstytucją. Glosa do uchwały SN z 7.12.2007 r. (III CZP 125/07), „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2009/4, s. 249–254. Według drugiego poglądu pojęcia te są równoważne. Zob. E. Bagińska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006, s. 378; Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej*, Warszawa 2015, s. 214–215; P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Warszawa 2022, Legalis/el., komentarz do art. 417¹, nb. 25.**

⁷ P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny...*, komentarz do art. 417¹, nb. 4.

⁸ Zgodnie z doniesieniami medialnymi strategie procesowe poszczególnych przedsiębiorców są odmienne. Po pierwsze, wskazują oni różne podstawy prawne swoich żądań. Po drugie, niektórzy z nich wytaczają powództwa indywidualne, natomiast inni – zbiorowe. Po trzecie, w ramach postępowań zbiorowych niektórzy wytaczają powództwa o zasądzenie, natomiast inni – jedynie o ustalenie odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa.

2. STWIERDZENIE WE WŁAŚCIWYM POSTĘPOWANIU NIEZGODNOŚCI Z PRAWEM AKTU NORMATYWNEGO JAKO PRZESŁANKA ODPOWIEDZIALNOŚCI NA PODSTAWIE ART. 417¹ § 1 K.C.

Wskazuje się, że ze względu na decyzje legislacyjne podjęte w trakcie epidemii COVID-19 władza publiczna może ponieść względem poszkodowanych odpowiedzialność odszkodowawczą za bezprawie normatywne czynne, tj. za wprowadzenie i obowiązywanie w trakcie epidemii ograniczeń praw i wolności niekonstytucyjnych ze względów materialnych lub formalnych. Podstawę prawną tej odpowiedzialności może stanowić art. 417¹ § 1 k.c.⁹

Przesłanki adekwatnego związku przyczynowego oraz szkody zostaną podane analizie w dalszej części artykułu, ich ocena kształtuje się bowiem odmiennie w zależności od podnoszonej przyczyny niezgodności z prawem poszczególnych obostrzeń. W tym miejscu należy jednak odnieść się do wspólnej dla tych roszczeń przesłanki odpowiedzialności Skarbu Państwa, tj. do konieczności stwierdzenia we właściwym postępowaniu niezgodności norm zawartych w rozporządzeniu z normami wyższego rzędu.

Nie budzi wątpliwości, że prejudykatem w rozumieniu art. 417¹ § 1 k.c. może być orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego¹⁰. Prawdopodobny jest jednak pogląd, zgodnie z którym w przypadku rozporządzenia jego funkcję może pełnić także orzeczenie sądu powszechnego lub sądu administracyjnego¹¹. W doktrynie wskazuje się, że sąd orzekający w sprawie o odszkodowanie za bezprawie normatywne może samodzielnie stwierdzić niekonstytucyjność tego rodzaju aktu¹².

Co więcej, rozporządzenia wydane w czasie epidemii, stanowiące bezpośrednią podstawę powstania szkody, utraciły już swoją moc obowiązującą. S. Trociuk wywodzi z ustawy z 30.11.2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym¹³, że Trybunał nie jest właściwy do rozpoznawania pytań prawnych zadanych przez sądy w odniesieniu do nieobowiązujących już aktów prawnych. W konsekwencji – jego zdaniem – w obecnym stanie prawnym

⁹ Zob. np. M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń...*, s. 11–20.

¹⁰ Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 197; P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny...*, komentarz do art. 417¹, nb. 17, 23.

¹¹ P. Wolszczak, *Wykładnia pojęcia „właściwe postępowanie” na gruncie art. 417¹ § 1 Kodeksu cywilnego w przypadku szkody wyrządzonej wydaniem rozporządzenia niezgodnego z aktem wyższego rzędu z perspektywy koncepcji demokratycznego państwa prawnego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021/9, s. 13–27.

¹² M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń...*, s. 19; J. Roszkiewicz, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 324–326; F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Zakres odpowiedzialności...*, s. 10–12; tak zdaje się także M. Pecyna, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 26–27; przeciwnie Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 196–197; L. Bosek, *Bezprawie...*, s. 212; R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 30.

¹³ Ustawa z 30.11.2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2393), dalej: ustawa o organizacji i trybie postępowania.

sąd rozpoznający sprawę o odszkodowanie za szkodę wynikającą z rozporządzenia covidowego posiada całkowitą samodzielność jurysdykcyjną w zakresie oceny jego zgodności z aktami wyższego rzędu, a postępowanie przed nim jest postępowaniem właściwym w rozumieniu art. 417¹ § 1 k.c.¹⁴

3. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA SKARBU PAŃSTWA ZA WPROWADZENIE OGRANICZEŃ I ZAKAZÓW NIEKONSTYTUCYJNYCH ZE WZGLĘDÓW MATERIALNYCH

Wskazuje się, że wprowadzone przez władzę publiczną w związku z epidemią COVID-19 poszczególne ograniczenia praw i wolności lub zakazy korzystania z nich były lub mogły być niekonstytucyjne ze względów materialnych, tj. ze względu na swoją treść lub zakres zastosowania. Podnosi się bowiem, że niektóre z nich naruszały lub mogły naruszać istotę określonych praw lub wolności (art. 31 ust. 3 zd. 2 Konstytucji)¹⁵, zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 zd. 1 Konstytucji)¹⁶, zasadę równości wobec prawa (art. 32 Konstytucji)¹⁷, a w odniesieniu do wolności działalności gospodarczej – ponadto przesłankę ważnego interesu publicznego (art. 22 Konstytucji)¹⁸. W tych granicach sformułowano wiele różnorodnych zarzutów, których szczegółowy opis wykracza

¹⁴ Zgodnie z art. 59 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 59 ust. 3 ustawy o organizacji i trybie postępowania Trybunał na posiedzeniu niejawnym obligatoryjnie wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania, jeżeli akt normatywny w zakwestionowanym zakresie utracił moc obowiązującą przed wydaniem orzeczenia, chyba że wydanie orzeczenia w postępowaniu zainicjowanym skargą konstytucyjną jest konieczne dla ochrony konstytucyjnych wolności i praw. Tym samym Trybunał Konstytucyjny nie jest właściwy do rozpoznawania pytań prawnych sądów zadanych w odniesieniu do nieobowiązujących aktów prawnych. Zob. S. Trociuk, *Prawa i wolności...*, s. 104–109.

¹⁵ A. Bednarczyk-Płachta, M. Kumela-Romańska, *Prawne aspekty...*, s. 43; K. Drewniowska, *Ograniczenie prowadzenia działalności gospodarczej w czasie pandemii COVID-19*, „Zeszyt Prawniczy UAM” 2021/11, s. 85; M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń...*, s. 13–17; J. Roszkiewicz, *Granice ograniczeń...*, s. 46–47; R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 28–29; S. Trociuk, *Prawa i wolności...*, s. 25–26, 84–86.

¹⁶ A. Bednarczyk-Płachta, M. Kumela-Romańska, *Prawne aspekty...*, s. 41–43; L. Bosek, *Stan epidemii...*, s. 9; M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń...*, s. 17–19; A. Kanarek-Równicka, *Ograniczenia działalności gospodarczej w dobie epidemii SARS-CoV-2 (w:) Wpływ zmian cywilizacyjnych, klimatycznych i nowych zagrożeń zdrowotnych na prowadzenie działalności gospodarczej w kontekście pandemii SARS-CoV-2*, red. A. Szyszka, R. Frey, Toruń 2021, s. 45–48; J. Roszkiewicz, *Granice ograniczeń...*, s. 47–49. Dane ograniczenie lub zakaz mogą być nieproporcjonalne m.in. ze względu na zbyt duży zakres ingerencji, nadmierną uciążliwość wybranego środka prawnego, zbyt długi czas jego stosowania lub nierównomierne zróżnicowanie podmiotowe obciążeń. Zob. E. Łętowska, *Za głupstwa królów płacą ich narody (II). Reżim prawny indemnizacji w ustawie 2002 r. – przegląd*, <http://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/13518> (dostęp: 8.12.2022 r.).

¹⁷ R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 29. Zdaniem R. Strugały wprowadzenie zakazów lub ograniczeń prowadzenia działalności gospodarczej może naruszać zasadę równości wobec prawa wówczas, gdy wybór objętych nimi rodzajów działalności był dokonywany nie na podstawie kryterium stopnia ryzyka transmisji wirusa, lecz np. zamiaru ograniczenia mobilności ludności.

¹⁸ A. Bednarczyk-Płachta, M. Kumela-Romańska, *Prawne aspekty...*, s. 41–42.

poza ramy artykułu. Stanowiska te wyrażano przy tym zarówno w odniesieniu do ogółu wprowadzonych obostrzeń, zwłaszcza w początkowym okresie ich obowiązywania, jak i w odniesieniu do poszczególnych z nich, w tym w szczególności wolności działalności gospodarczej. Należy jednak podkreślić, że brak jest poglądów, według których wprowadzenie jakichkolwiek ograniczeń, w tym także dla przedsiębiorców, było zbędne¹⁹.

Na prowadzenie i rentowność działalności gospodarczej miały wpływ ograniczenia i zakazy dotyczące różnych konstytucyjnych praw i wolności. Po pierwsze, zasadnicze i bezpośrednie znaczenie miały obostrzenia ingerujące w samą wolność działalności gospodarczej. Po drugie, dodatkowe i pośrednie znaczenie miały obostrzenia dotyczące innych praw i wolności, w tym w szczególności wolności przemieszczania się czy wolności osobistej i prawa do prywatności²⁰. Przeprowadzona analiza uwzględniła ten fakt, jednak przede wszystkim dotyczy ograniczeń i zakazów wolności działalności gospodarczej.

Już w pierwszych publikacjach dotyczących oceny decyzji podejmowanych przez władzę publiczną w związku z epidemią COVID-19 sygnalizowano kwestię nadzwyczajnego charakteru ograniczeń praw i wolności rozumianej jako wykroczenie przez zakres i głębokość ich ingerencji poza standardy dopuszczalne w stanie zwyczajnym, w którym zostały wprowadzone²¹, a nawet poza standardy dopuszczalne w stanie klęski żywiołowej. W tym ostatnim przypadku wskazano jako przykład całkowity i nieograniczony czasowo zakaz prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej²². Ponadto zwracano uwagę na podobieństwo wprowadzonych ograniczeń, w tym dotyczących wolności działalności gospodarczej, do tych dopuszczalnych w stanie klęski żywiołowej²³.

W odniesieniu do materialnej niezgodności ograniczeń i zakazów prowadzenia działalności gospodarczej oraz praw i wolności mających pośrednie znaczenie dla jej rentowności najpełniej wypowiedział się dotychczas J. Roszkiewicz. Punktem wyjścia było przyjęcie przez autora, że ocena głębokości ingerencji prawodawcy w wolność działalności gospodarczej powinna być dokonywana przy użyciu kryterium funkcjonalnego. Jeśli dotychczas rentowne przedsiębiorstwo staje się niezdolne do osiągnięcia zysków i pokrywania bieżących kosztów swojej działalności, to dane obostrzenie narusza istotę danej wolności lub prawa. W konsekwencji stwierdził, że istotę wolności działalności gospodarczej narusza zarówno bezwyjątkowy zakaz prowadzenia działalności gospodar-

¹⁹ Tak także M. Pyziak-Szafnicka, *Naprawienie szkód...*, s. 121.

²⁰ J. Roszkiewicz, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 328–329; F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Zakres odpowiedzialności...*, s. 6.

²¹ M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń...*, s. 13–19; M. Pecyna, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 28–29.

²² M. Pecyna, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 30, 32.

²³ E. Kurzępa, *Stan epidemii a stan klęski żywiołowej – rozważania w kontekście bezpieczeństwa państwa*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021/5, s. 16.

czej²⁴, jak również zakaz z tak wąsko zakreślonymi wyjątkami, że w rzeczywistości nie jest możliwe zachowanie rentowności biznesu²⁵. Co więcej, choć zakaz prowadzenia działalności gospodarczej byłby formalnie dopuszczalny jedynie w stanie nadzwyczajnym, nawet wówczas naruszałby on obowiązującą w jego ramach mniej rygorystyczną zasadę proporcjonalności, wynikającą z art. 228 ust. 5 Konstytucji²⁶. Zakaz organizowania imprez i spotkań powyżej określonej liczby osób, mający istotne znaczenie dla przedsiębiorców prowadzących działalność m.in. w branży imprez okolicznościowych, naruszał natomiast zdaniem J. Roszkiewicza istotę wolności osobistej i prawa do prywatności oraz zasadę proporcjonalności w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji. Tak głęboka ingerencja nie byłaby przy tym dopuszczalna nawet w stanie klęski żywiołowej, a w stanie wyjątkowym – wątpliwa²⁷.

Stwierdzenie materialnej niekonstytucyjności określonego ograniczenia lub zakazu każdorazowo wymaga dokładnego i odrębnego zbadania jego treści i zakresu z perspektywy wskazanych kryteriów naruszenia istoty danego prawa lub wolności, zasady proporcjonalności, zasady równości wobec prawa, a w odniesieniu do wolności działalności gospodarczej – także przesłanki ważnego interesu publicznego²⁸. Wystarczające będzie naruszenie już jedne-

²⁴ Bezwyjątkowy zakaz działalności gospodarczej na mocy rozporządzeń covidowych obejmował na przestrzeni czasu m.in. działalność związaną z fryzjerstwem i pozostałymi zabiegami kosmetycznymi, twórczą związaną z wszelkimi zbiorowymi formami kultury i rozrywki, związaną ze sportem, rozrywkową i rekreacyjną, polegającą na prowadzeniu dyskotek i klubów nocnych. Za równoważne z czasowym zakazem uznano także wprowadzone czasowe ograniczenie prowadzenia działalności grup cyrkowych i zespołów muzycznych polegające na dopuszczeniu ich organizowania, jednak bez udziału publiczności, L. Bosek, *Stan epidemii...*, s. 311–312. Wyrażono jednak także pogląd, zgodnie z którym ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej wprowadzone na mocy rozporządzeń covidowych miały charakter przedmiotowy, nie zaś podmiotowy, dotyczyły one bowiem nie konkretnych przedsiębiorców, lecz określonych zakresów i form działalności. Tym samym żaden przedsiębiorca nie został pozbawiony wolności podejmowania, prowadzenia i wstrzymywania się od działalności gospodarczej, co oznacza, że nie została naruszona istota tej wolności. Tak L. Bosek, *Stan epidemii...*, s. 312–313.

²⁵ Zakaz działalności gospodarczej z wąsko zakreślonymi wyjątkami na mocy rozporządzeń covidowych obejmował na przestrzeni czasu m.in. działalność związaną z prowadzeniem gastronomii, usług hotelarskich czy kasyn.

²⁶ J. Roszkiewicz, *Granice ograniczeń...*, s. 46–48. J. Roszkiewicz wyraził także pogląd, zgodnie z którym w stanie zwyczajnym prawa i wolności mogą być jedynie ograniczane, nie zaś zawieszane lub wyłączane. Zob. także A. Surówka, *Relacja zasad ograniczania wolności i praw człowieka i obywatela w stanach nadzwyczajnych i w stanie normalnego funkcjonowania państwa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014/4, s. 131–156.

²⁷ J. Roszkiewicz, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 328–329.

²⁸ W przypadku podejrzenia, że określone obostrzenie lub jego zakres narusza zasadę proporcjonalności lub przesłankę ważnego interesu publicznego, niezbędne jest przeprowadzenie szczegółowej analizy pod kątem epidemiologicznym potrzeby i zasadności jego wprowadzenia lub utrzymania w czasie. W tym celu konieczne jest uwzględnienie badań naukowych zawierających analizę skali zagrożenia związanego z koronawirusem, w tym w szczególności takie dane epidemiologiczne jak liczba zgonów i przypadków ciężkich zachorowań. Dopiero wówczas możliwe będzie ustalenie, czy dane ograniczenie lub zakaz było niezbędne, przy-

go z nich. W doktrynie wyrażono przy tym pogląd, że ciężar udowodnienia konstytucyjności wprowadzonego ograniczenia lub zakazu spoczywa na prawodawcy²⁹. Jego przyjęcie przez sąd w konkretnym postępowaniu znacząco poprawiłoby sytuację procesową poszkodowanego.

Uznanie konkretnego obostrzenia za niezgodne z prawem skutkuje koniecznością ustalenia, czy między jego wprowadzeniem w akcie normatywnym a powstałą szkodą istnieje adekwatny związek przyczynowy. W doktrynie wyrażono już pogląd, że w takim przypadku wykazanie powiązania kauzalnego będzie możliwe³⁰. Teza ta nie została jednak dotychczas rozwinięta.

Zgodnie z art. 361 § 1 k.c. zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Ustalenie przesłanki adekwatnego związku przyczynowego następuje na podstawie dwuetapowego testu. Po pierwsze, konieczne jest stwierdzenie, czy między badanymi przyczyną i skutkiem występuje powiązanie typu *conditio sine qua non*, tj. czy ten skutek wystąpiłby w braku tej przyczyny. Odpowiedź twierdząca oznacza, że związek przyczynowy nie występuje. Wówczas dalsze prowadzenie badania jest bezprzedmiotowe. Ten etap testu pozwala na stwierdzenie istnienia lub nieistnienia obiektywnego powiązania kauzalnego. Po drugie, jeśli odpowiedź na pierwsze z pytań jest negatywna, w następnej kolejności należy ustalić, czy dany skutek ma charakter normalny, tj. czy dana przyczyna każdorazowo zwiększa prawdopodobieństwo jego wystąpienia. Ten etap testu pozwala na selekcję skutków badanej przyczyny³¹.

Ocena występowania powiązania typu *conditio sine qua non* w przypadku materialnej niekonstytucyjności rozporządzeń covidowych wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy szkoda będąca skutkiem wprowadzenia określonego ograniczenia lub zakazu powstałaby także wówczas, gdyby to samo obostrzenie było zgodne z prawem pod względem swojej treści i zakresu. Postawione pytanie zakłada, że dane obostrzenie mogłoby być zgodne z prawem, gdyby zostało wprowadzone w innym albo mniejszym zakresie, a także że ze względu na swój charakter mogłoby ono nigdy nie być legalne, tj. stan zgodny z prawem występowałby jedynie wówczas, gdyby dane obostrzenie nie zostało wprowadzone

datne i proporcjonalne *sensu stricto*. Zob. L. Bosek, *Stan epidemii...*, s. 314. Na podstawie danych epidemiologicznych wskazuje się na nieskuteczność i nieracjonalność wprowadzonych ograniczeń prowadzenia działalności gospodarczej. Zob. A. Bednarczyk-Płachta, M. Kumela-Romańska, *Prawne aspekty...*, s. 41–42; A. Kanarek-Równicka, *Ograniczenia działalności...*, s. 47–48. Postuluje się także, by przy ocenie proporcjonalności zakazów prowadzenia działalności gospodarczej uwzględnić również fakt wielokrotnego przedłużania czasu ich obowiązywania bez uzasadnienia w postaci danych epidemiologicznych. Zob. L. Bosek, *Stan epidemii...*, s. 315–316.

²⁹ L. Bosek, *Stan epidemii...*, s. 314; J. Roszkiewicz, *Granice ograniczeń...*, s. 46.

³⁰ M. Pyziak-Szafnicka, *Naprawienie szkód...*, s. 122; R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 29.

³¹ A. Koch (w:) *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, Legalis/el., komentarz do art. 361, nb. 6–18.

do porządku prawnego. Odpowiedź na tak postawione pytanie jest negatywna, wówczas bowiem poniesione szkody bądź nie powstałyby w ogóle, bądź byłyby odpowiednio mniejsze. Należy jednak podkreślić, że powiązanie typu *conditio sine qua non* występuje jedynie w takim zakresie, w jakim szkoda jest skutkiem niezgodności z prawem obostrzenia. Tym samym każdorazowo konieczne jest stwierdzenie, w jakim zakresie jest ono nielegalne, a w jakim legalne. W dalszej kolejności konieczne jest przeprowadzenie drugiego etapu testu adekwatnego związku przyczynowego, tj. ustalenie, czy powstała szkoda stanowi normalne następstwo wprowadzenia określonego niekonstytucyjnego ograniczenia lub zakazu. Zgodnie z doświadczeniem życiowym odpowiedź wydaje się być twierdząca.

W przypadku tej podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa występuje jednak dodatkowa trudność. Wprowadzane przez władzę publiczną ograniczenia i zakazy, w tym w szczególności dotyczące wolności działalności gospodarczej, podlegały bowiem wielokrotnym i częstym zmianom – wydano 21 rozporządzeń, znowelizowanych łącznie 85 razy, a poszczególne obostrzenia były wielokrotnie wprowadzane, znoszone oraz zmieniany był ich zakres³². W konsekwencji istnieje duże ryzyko, że w części okresu objętego żądaniem pozwu mogły występować ograniczenia, a w części zakazy, a także mogły one być zróżnicowane. To natomiast istotnie wpływa na zakres obowiązków dowodowych poszkodowanego.

Na podstawie art. 417 i n. k.c. naprawieniu podlega zarówno szkoda rzeczystwa, jak i utracone korzyści³³. Jest to niezwykle istotne ze względu na fakt, że poniesione przez przedsiębiorców uszczerbki w zdecydowanej większości stanowią nieosiągnięte przez nich zyski z prowadzonej działalności gospodarczej. Ze względu na bardziej skomplikowany charakter tego rodzaju uszczerbków to właśnie ich będą dotyczyć dalsze uwagi³⁴.

Skarb Państwa nie ponosi odpowiedzialności odszkodowawczej za wszystkie szkody, których doznali przedsiębiorcy w związku z epidemią COVID-19, lecz jedynie za te, które są następstwem jego bezprawnych działań i zaniechań³⁵, w szczególności prawodawczych. Ustalenie wysokości odszkodowania należnego poszkodowanemu następuje przy zastosowaniu metody dyferencyjnej, polegającej na porównaniu stanu jego majątku w momencie ustalania szkody oraz stanu hipotetycznego, który powstałby, gdyby nie zaistniało zdarzenie szkodzące³⁶. Tym samym konieczne jest zestawienie zysków rzeczywiście osiągniętych przez przedsiębiorcę w czasie obowiązywania niekonstytucyjnych ograniczeń

³² Minister Zdrowia wydał 4 rozporządzenia, które łącznie zostały zmienione 7 razy, natomiast Rada Ministrów wydała 17 rozporządzeń, które łącznie zostały zmienione 78 razy.

³³ P. Sobolewski (w:) *Kodeks cywilny...*, komentarz do art. 417, nb. 20.

³⁴ Co do szkody rzeczywistej zob. np. F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Zakres odpowiedzialności...*, s. 14–20.

³⁵ Tak także R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 27; F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Zakres odpowiedzialności...*, s. 23.

³⁶ A. Koch (w:) *Kodeks cywilny...*, komentarz do art. 361, nb. 55.

i zakazów z zyskami, które hipotetycznie osiągnęłyby, gdyby te obostrzenia nie zostały wprowadzone.

W tym celu istotne będzie uwzględnienie decyzji biznesowych podjętych przez przedsiębiorcę przed wybuchem epidemii oraz ich skutków finansowych. Pozwoli to bowiem na ustalenie, jakie działania zostałyby przez niego prawdopodobnie podjęte w braku obostrzeń i jakie przyniosłyby one skutki³⁷. Nie jest natomiast możliwe ustalenie wysokości szkody w postaci utraconych korzyści poprzez zestawienie zysków osiągniętych przez przedsiębiorcę w czasie epidemii (lub ich braku) i przed jej wybuchem³⁸. Tak otrzymana wartość nie uwzględniałaby bowiem szczególnego charakteru zaistniałych okoliczności oraz ich trudnych do oceny skutków, w tym w szczególności obniżenia zysków spowodowanego zmianą decyzji zakupowych klientów. Obawa przed zachorowaniem oraz utrata lub zmniejszenie źródła dochodu miały zapewne wpływ na nabywanie towarów lub korzystanie z usług. Co więcej, utrudnia to wykazanie w postępowaniu sądowym, w jakim stopniu utrata zysku nastąpiła akurat wskutek wprowadzenia niekonstytucyjnych materialnie ograniczeń lub zakazów. Brak jest bowiem precyzyjnych danych pozwalających ustalić, w jakim stopniu oba czynniki wpłynęły na spadek liczby klientów³⁹. Wskazuje się, że w celu ustalenia wysokości szkody użyteczne może być zestawienie zysków osiągniętych przez przedsiębiorcę w okresie obowiązywania ograniczeń i zakazów oraz w okresie ich zniesienia, jednak wciąż w trakcie epidemii COVID-19⁴⁰. Wydaje się, że takie porównanie może być bardziej miarodajne. Należy jednak podkreślić, że także ono nie uwzględnia faktu pozytywnej dla przedsiębiorców zmiany zachowań klientów w momencie wycofywania obostrzeń, wynikającej z dostosowania się do nowych realiów, zwłaszcza w późniejszym okresie.

Zarówno sam fakt utracenia korzyści, jak i ich wysokość muszą zostać wykazane przez poszkodowanego w stopniu granicznym z pewnością⁴¹. Jak wynika z powyższych uwag, w przypadku szkód wyrządzonych w związku z epidemią COVID-19 jest to jednak jeszcze trudniejsze. Ustalenie wysokości szkody może więc nastąpić z zastosowaniem art. 322 k.p.c.⁴², zgodnie z którym jeżeli sąd uzna, że ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe, nader utrudnione lub oczywiście niecelowe, może w wyroku zasądzić odpowiednią sumę według swej oceny opartej na rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy⁴³.

Wątpliwości budzi także, czy przy ustalaniu rozmiaru szkody poniesionej przez przedsiębiorcę wskutek wprowadzenia obostrzeń na podstawie rozporządzeń covidowych należy uwzględniać instrumenty pomocowe otrzymane

³⁷ F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Zakres odpowiedzialności...*, s. 21.

³⁸ R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 29.

³⁹ R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 29.

⁴⁰ F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Zakres odpowiedzialności...*, s. 23.

⁴¹ A. Koch (w:) *Kodeks cywilny...*, komentarz do art. 361, nb. 63.

⁴² Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.).

⁴³ Tak także E. Łętowska, *Za głupstwa królów płacą ich narody (II)...*; R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 29.

przez niego z budżetu państwa na podstawie ustaw – tzw. tarcz antykrzyzysowych, tj. m.in. zwolnienia, dofinansowania, ulgi czy pożyczki. Zagadnienie to dotyczy instytucji wyrównania korzyści z uszczerbkiem (*compensatio lucri cum damno*), która ma na celu zapobiegnięcie uzyskaniu przez poszkodowanego odszkodowania przekraczającego poniesioną przez niego szkodę⁴⁴. Zasada ta dotyczy zarówno powiększenia majątku poszkodowanego, jak i zaoszczędzenia przez niego wydatku⁴⁵.

Stosowanie instytucji wyrównania korzyści z uszczerbkiem jest możliwe pod pewnymi warunkami. Po pierwsze, konieczna jest tożsamość zdarzenia, którego skutkiem jest uszczerbek poniesiony przez poszkodowanego oraz uzyskana przez niego korzyść. Oznacza to, że zdarzenie szkodzące jest koniecznym warunkiem zaistnienia korzyści, a między tymi faktami istnieje stosunek uwarunkowania, w tym w szczególności związek typu *conditio sine qua non*⁴⁶. Nie jest wystarczające występowanie w koincydencji faktycznej dwóch odrębnych zdarzeń będących źródłem korzyści i uszczerbku⁴⁷. Po drugie, korzyść oraz odszkodowanie muszą zaspokajać ten sam interes poszkodowanego⁴⁸.

Budzi wątpliwości, czy w rozpatrywanym przypadku zachodzi przesłanka tożsamości zdarzenia i występuje powiązanie typu *conditio sine qua non*. Źródłem uszczerbków jest bowiem wydanie rozporządzeń zawierających niezgodne z prawem ograniczenia praw lub wolności lub zakazy korzystania z nich, zaś źródłem korzyści – przepisy odrębnych ustaw. Co więcej, cel przyznania poszczególnych instrumentów pomocowych został określony w tarczach kryzysowych niejednolicie. W niektórych aktach ustawodawca wskazał bowiem, że przysługują one tym podmiotom, które znalazły się w trudnej sytuacji finansowej w związku z wystąpieniem COVID-19⁴⁹, natomiast w innych – tym, których dotyczyły ograniczenia lub zakazy⁵⁰. Gdyby nie wprowadzono obostrzeń,

⁴⁴ T. Dybowski, *Naprawienie szkody (w): System Prawa Cywilnego*, t. 3, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981, s. 303; M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2021, s. 473.

⁴⁵ M. Kaliński, *Szkoda na mieniu...*, s. 479.

⁴⁶ Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 27.03.1961 r. (1 CO 27/60), OSNC 1962/2, poz. 40; T. Dybowski, *Naprawienie szkody...*, s. 304; M. Kaliński, *Szkoda na mieniu...*, s. 474–476. Wskazuje się, że mogą to być także uwarunkowania typu normatywnego. Zob. T. Dybowski, *Naprawienie szkody...*, s. 304.

⁴⁷ M. Kaliński, *Szkoda na mieniu...*, s. 474.

⁴⁸ T. Dybowski, *Naprawienie szkody...*, s. 304; M. Kaliński, *Szkoda na mieniu...*, s. 476.

⁴⁹ Np. art. 1 ustawy z 19.06.2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz.U. z 2022 r. poz. 2141), dalej: ustawa o dopłatach; art. 15zzd, art. 15zzf, art. 4 ustawy z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 568), na podstawie którego dodano art. 52k do ustawy z 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1128 ze zm.).

⁵⁰ Np. art. 42 pkt 2 ustawy o dopłatach, na podstawie którego dodano art. 57g do ustawy

korzyść w postaci instrumentów pomocowych pierwszego typu i tak zostałyby uzyskana przez przedsiębiorców. Tym samym, mimo pewnych wątpliwości, wydaje się, że te korzyści nie mogą obniżyć wysokości poniesionej szkody. Powiązanie typu *conditio sine qua non* może natomiast występować w przypadku instrumentów pomocowych drugiego typu⁵¹. Należy jednak podkreślić, że zasada *compensatio lucri cum damno* znajduje zastosowanie jedynie do środków bezzwrotnych⁵².

4. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA SKARBU PAŃSTWA ZA WPROWADZENIE OGRANICZEŃ I ZAKAZÓW NIEKONSTYTUCYJNYCH ZE WZGLĘDÓW FORMALNYCH

Wskazuje się, że wprowadzone przez władzę publiczną w związku z epidemią COVID-19 ograniczenia praw i wolności lub zakazy korzystania z nich były niekonstytucyjne ze względów formalnych, tj. z uwagi na wprowadzenie ich w stanie zwyczajnym w formie rozporządzenia zamiast ustawy, w rozporządzeniach wykraczających poza zakres upoważnienia ustawowego zawartego w ustawie o zapobieganiu oraz zwalczaniu zakażeń⁵³. W tym zakresie zarzuca się więc niezgodność z Konstytucją formy prawnej lub podstawy prawnej wprowadzonych obostrzeń.

Zgodnie z art. 31 ust. 3 zd. 1 Konstytucji ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie. W stanie zwyczajnym oznacza to, że w rozporządzeniu dopuszczalne jest jedynie doprecyzowanie ograniczeń uregulowanych w ustawie. W stanie nadzwyczajnym natomiast – że w rozporządzeniu o wprowadzeniu określonego stanu dopuszczalne jest ustanowienie niezbędnych ograniczeń spośród wskazanych rodzajowo w określającej go ustawie kierunkowej. Ta szczególna regulacja nie obowiązuje jednak w stanie epidemii lub stanie zagrożenia epidemicznego⁵⁴.

Jako przykład wykraczania obostrzenia poza zakres upoważnienia ustawowego wskazuje się m.in. wprowadzenie przez władzę publiczną całkowitego lub niemal całkowitego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, podczas

z 20.11.1998 r. o zryczałtowanym podatku dochodowym od niektórych przychodów osiąganych przez osoby fizyczne (Dz.U. z 2021 r. poz. 1993 ze zm.); art. 1 ustawy z 16.04.2020 r. o szczególnych instrumentach wsparcia w związku z rozprzestrzenianiem się wirusa SARS-CoV-2 (Dz.U. z 2022 r. poz. 376 ze zm.); zob. jednak także art. 4 i 5, które odnoszą się do przeciwdziałania skutkom COVID-19 oraz ogłoszenia stanu zagrożenia epidemicznego i stanu epidemii.

⁵¹ Tak także F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Zakres odpowiedzialności...*, s. 21–22.

⁵² Na podstawie tarcz antykryzysowych przedsiębiorcy mogli otrzymać od państwa środki o charakterze zwrotnym lub bezzwrotnym.

⁵³ A. Bednarczyk-Płachta, M. Kumela-Romańska, *Prawne aspekty...*, s. 41, 51–52; M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń...*, s. 11–13; M. Pecyna, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 28–29; J. Roszkiewicz, *Granice ograniczeń...*, s. 44; R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 28.

⁵⁴ M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń...*, s. 11; R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 28.

gdy dopuszczalne było wyłącznie czasowe ograniczenie określonych zakresów działalności przedsiębiorców, tj. określenie warunków, na których działalność może być prowadzona⁵⁵, czy zakaz odbywania imprez, zebrania i spotkań powyżej pięciu osób, w tym o charakterze prywatnym, podczas gdy dopuszczalne było wprowadzenie wyłącznie zakazu widowisk i zgromadzeń, czyli wydarzeń o charakterze publicznym⁵⁶, a także zakaz przemieszczania się, podczas gdy dopuszczalne było czasowe ograniczenie lub nakazanie określonego sposobu przemieszczania się⁵⁷.

Konieczne jest zbadanie, czy między tak rozumianym zdarzeniem szkodzącym a powstałą szkodą występuje adekwatny związek przyczynowy. Przeprowadzenie pierwszego etapu testu, tj. ustalenie istnienia związku typu *conditio sine qua non*, wymaga udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy szkody wynikające z ograniczeń lub zakazów uregulowanych w rozporządzeniach covidowych powstałyby także wówczas, gdyby te same obostrzenia zostały wydane na zgodnej z Konstytucją podstawie, tj. w stanie zwyczajnym na podstawie ustaw. Należy podzielić pogląd, zgodnie z którym odpowiedź na to pytanie jest twierdząca⁵⁸. Tym samym przeprowadzanie drugiego etapu testu adekwatnego związku przyczynowego jest bezprzedmiotowe, tak samo jak badanie trzeciej przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej, tj. rozmiaru szkody.

5. ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA SKARBU PAŃSTWA ZA ZANIECHANIE WYDANIA ROZPORZĄDZENIA O WPROWADZENIU STANU NADZWYCZAJNEGO

Wskazuje się, że w związku z wystąpieniem epidemii COVID-19 ziściły się określone w Konstytucji przesłanki wprowadzenia stanu nadzwyczajnego w postaci stanu klęski żywiołowej. Tym samym Rada Ministrów miała prawny obowiązek wydania rozporządzenia o jego wprowadzeniu⁵⁹. Zaniechanie podjęcia działań w tym zakresie, jako niekonstytucyjne, jest jednocześnie niezgodne

⁵⁵ K. Drewniowska, *Ograniczenie prowadzenia działalności...*, s. 85; J. Roszkiewicz, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 328. Wyrażono jednak także pogląd, zgodnie z którym ocena poszczególnych obostrzeń nie powinna koncentrować się na użytych w konstruujących je przepisach pojęciach „ograniczenie”, „nakaz” lub „zakaz”, natomiast ograniczenie może zostać wyrażone także za pomocą słów „nakazuje się” albo „zakazuje się”. L. Bosek, *Stan epidemii...*, s. 315.

⁵⁶ J. Roszkiewicz, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 328.

⁵⁷ L. Bosek, *Stan epidemii...*, s. 288–292; S. Trociuk, *Prawa i wolności...*, s. 27–32. Co do zgodności z prawem obostrzeń dotyczących prawa do poruszania się zob. F. Morawski, *Zakaz przemieszczania się w związku z pandemią COVID-19 w świetle konstytucyjnego prawa do poruszania się*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2020/9, s. 7–17.

⁵⁸ M. Pyziak-Szafnicka, *Naprawienie szkód...*, s. 122; R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 28.

⁵⁹ M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń...*, s. 7–9; E. Kurzępa, *Stan epidemii...*, s. 6–8; M. Pecyna, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 28; P. Tuleja, *Pandemia COVID-19...*, s. 7–10. Ewentualnie wskazuje się, że zostały spełnione przesłanki wprowadzenia także stanu wyjątkowego oraz że stan klęski żywiołowej powinien zostać wprowadzony niezależnie od możliwości

z prawem w rozumieniu art. 417 i n. k.c. W konsekwencji może ono stanowić przyczynę odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa na podstawie art. 417¹ § 4 k.c. za „uniemożliwienie dochodzenia wyrównywania strat majątkowych wynikających z legalnych ograniczeń praw i wolności na skutek nieogłoszenia stanu nadzwyczajnego”⁶⁰ lub na podstawie art. 417¹ § 1 k.c. za „bezprawne ograniczenie praw i wolności bez ogłoszenia stanu nadzwyczajnego”⁶¹. Także w tym wariancie odpowiedzialności władzy publicznej zarzuca się więc niezgodność z prawem wprowadzonych ograniczeń praw i wolności ze względów formalnych. Podkreśla się przy tym, że dochodzenie roszczeń odszkodowawczych na tej podstawie jest możliwe wówczas, gdy poszkodowany przedsiębiorca nie kwestionuje konstytucyjności ograniczeń i zakazów, lecz twierdzi jedynie, że powinny one zostać wprowadzone w stanie nadzwyczajnym⁶², tj. podnosi, że gdyby te same obostrzenia zostały wprowadzone w stanie nadzwyczajnym, byłyby zgodne z prawem.

Zgodnie z art. 417¹ § 4 k.c. zaniechanie legislacyjne występuje wówczas, gdy nie został wydany akt normatywny, którego obowiązek wydania przewiduje przepis prawa. Przyjmuje się przy tym, że obowiązek ten nie może być wywodzony przez sąd rozpoznający sprawę o odszkodowanie w drodze wykładni, z uwzględnieniem własnych przekonań społecznych, politycznych lub gospodarczych⁶³. Podstawę prawną wprowadzenia stanu nadzwyczajnego stanowi art. 228 ust. 1 Konstytucji, natomiast stanu klęski żywiołowej – art. 232 Konstytucji. Zgodnie z literalną treścią tych przepisów stan ten może zostać wprowadzony w przypadku zaistnienia ściśle określonych przesłanek. Tym samym można by uznać, że jest to uprawnienie, nie zaś obowiązek władzy publicznej. W doktrynie podnosi się, że wystąpienie okoliczności wskazanych w tych przepisach obliuguje właściwy organ do wprowadzenia stanu klęski żywiołowej, samo zaś sformułowanie oznacza jedynie, że nie jest on związany otrzymanym wnioskiem⁶⁴. Budzi jednak pewne wątpliwości, czy niewykonanie tak określonego obowiązku stanowi zaniechanie legislacyjne w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego⁶⁵.

zwalczania skutków choroby zakaźnej w ramach stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii. Zob. np. M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń...*, s. 8.

⁶⁰ M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń...*, s. 7.

⁶¹ M. Pecyna, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 30.

⁶² R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 30.

⁶³ Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 228–229; L. Bosek, *Bezprawie...*, s. 277; wyrok Sądu Najwyższego z 5.12.2007 r. (I CSK 273/07), LEX nr 477313.

⁶⁴ P. Kardas, *Konstytucyjne podstawy...*, s. 10–11; E. Kurzepa, *Stan epidemii...*, s. 7; S. Steinborn (w:) *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis/el., komentarz do art. 232, nb. 12; P. Tuleja (w:) P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziejewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX/el., komentarz do art. 232.

⁶⁵ Kwestia ta jest rozbieżna w doktrynie. Za dopuszczalnością uznania za zaniechanie legislacyjne niewykonania tak określonego obowiązku opowiedzieli się M. Pyziak-Szafnicka, *Naprawienie szkód...*, s. 122–123; R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 30–31. Pogląd przeciwny

Jeśli uznać, że przepisy Konstytucji wyrażają w sposób dostatecznie jednoznaczny obowiązek wydania rozporządzenia o wprowadzeniu stanu klęski żywiołowej, a tym samym doszło do zaniechania legislacyjnego Rady Ministrów w rozumieniu art. 417¹ § 4 k.c., a także w przypadku formułowania roszczenia na podstawie art. 417¹ § 1 k.c., weryfikacji wymaga, czy istnieje adekwatny związek przyczynowy między tym zaniechaniem a powstałą szkodą. Ustalenie występowania związku typu *conditio sine qua non* wymaga uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy szkody wynikające z legalnych obostrzeń uregulowanych w rozporządzeniach covidowych powstałyby także wówczas, gdyby te same akty prawne z takimi samymi ograniczeniami i zakazami zostały wydane na podstawie prawnej zgodnej z Konstytucją, tj. w ramach stanu nadzwyczajnego w drodze rozporządzeń, i czy wówczas podlegałyby one kompensacji.

Zarówno w przypadku niewprowadzenia stanu nadzwyczajnego, jak i jego wprowadzenia skutki ekonomiczne obostrzeń byłyby tożsame. Niewątpliwie bowiem w takim samym zakresie i stopniu ingerowałyby one w wolność działalności gospodarczej lub w inne prawa i wolności, których ograniczenia pośrednio oddziałują na dochodowość biznesu. W konsekwencji nie byłoby możliwe uzyskanie odszkodowania na podstawie art. 417¹ § 1 k.c. Jednakże gdyby dana szkoda powstała w ramach stanu nadzwyczajnego w następstwie ograniczenia wolności lub praw, podlegałaby ona kompensacji na podstawie ustawy z 22.11.2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela⁶⁶. Należy przy tym podkreślić, że zgodnie z poglądem dominującym kompensacji na podstawie tej ustawy podlega wyłącznie taki uszczerbek, który jest następstwem wprowadzenia obostrzeń zgodnych z prawem w danym stanie nadzwyczajnym, tj. uzasadnionych w jego ramach i w zaistniałych okolicznościach⁶⁷. W stanie zwyczajnym brak

wyrazili natomiast A. Bednarczyk-Plachta, M. Kumela-Romańska, *Prawne aspekty...*, s. 44–48; F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Zakres odpowiedzialności...*, s. 12–14. Postulują oni jednak, by umożliwić poszkodowanym dochodzenie roszczeń na podstawie ustawy z 22.11.2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela (Dz.U. z 2002 r. nr 233 poz. 1955 ze zm.) przy zastosowaniu innych konstrukcji prawnych – A. Bednarczyk-Plachta i M. Kumela-Romańska twierdzą, że zastosowanie powinna znaleźć instytucja wnioskowania przez analogię, natomiast F. Zoll, K. Południak-Gierz i W. Bańczyk, że należy dokonać takiej wykładni poszczególnych przepisów tej ustawy, by „gwarancje przewidziane przez ustawodawcę w razie wprowadzenia stanu nadzwyczajnego chroniły jednostkę również w przypadku zaniechania legislacyjnego”. Zob. także stanowisko P. Tulei co do znaczenia słowa „może” w prawie publicznym. P. Tuleja, *Pandemia COVID-19...*, s. 8–10.

⁶⁶ Ustawa z 22.11.2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela (Dz.U. z 2002 r. nr 233 poz. 1955 ze zm.), dalej: ustawa o wyrównywaniu strat.

⁶⁷ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis/el., komentarz do art. 228, nb. 5; Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 386; M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007, s. 172; E. Łętowska, *Za głupstwa królów płacą ich narody (II)...*; R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 27; T. Suchar, *Odpowiedzialność*

jest natomiast podstawy prawnej dla kompensacji szkody na mieniu powstałej wskutek wprowadzenia legalnych ograniczeń praw lub wolności. Zaniechanie wprowadzenia stanu nadzwyczajnego uniemożliwiło więc poszkodowanym przedsiębiorcom uzyskanie odszkodowania na podstawie art. 2 ustawy o wyrównywaniu strat, a tym samym pierwszy etap testu dla roszczeń formułowanych na podstawie art. 417¹ § 4 k.c. dał wynik negatywny⁶⁸.

Konieczne jest także ustalenie rodzaju szkody, która podlegałaby kompensacji. Zgodnie z art. 2 ust. 2 ustawy o wyrównywaniu strat odszkodowanie należne na jej podstawie obejmuje wyrównanie strat majątkowej, bez korzyści, które poszkodowany mógłby osiągnąć, gdyby strata nie powstała. Tym samym obejmuje ono wyłącznie szkodę rzeczywistą, z wyłączeniem utraconych korzyści, tj. w szczególności zysku z prowadzonej działalności gospodarczej⁶⁹. Odszkodowanie, które przedsiębiorca mógłby uzyskać, stanowi natomiast w obecnej sytuacji utracone przez niego korzyści⁷⁰. W konsekwencji należy uznać, że odpowiedzialność Skarbu Państwa za zaniechanie legislacyjne jest uzasadniona, jednak jedynie w zakresie doznanej przed przedsiębiorcą szkody rzeczywistej. Utracone korzyści, jako niepodlegające kompensacji w stanie nadzwyczajnym, nie pozostają w związku przyczynowym z zaniechaniem wydania rozporządzenia o wprowadzeniu stanu nadzwyczajnego. W razie ogłoszenia stanu nadzwyczajnego przedsiębiorca i tak nie uzyskalby określonych zysków, nie prowadziłby bowiem działalności gospodarczej lub prowadziłby ją w formie tak samo ograniczonej, a także nie uzyskalby z tego tytułu odszkodowania⁷¹.

Jednakże jeżeli szkoda byłaby skutkiem ograniczenia lub zakazu niezgodnego z prawem w ramach stanu nadzwyczajnego, w tym naruszającego zasadę proporcjonalności lub dotyczącego takiego prawa lub wolności, którego nie mogło dotyczyć⁷², poszkodowany mógłby dochodzić jej naprawienia na podstawie art. 417 i n. k.c.⁷³, w szczególności zaś – art. 417¹ § 1 k.c. Tym samym należne mu odszkodowanie obejmowałoby zarówno stratę, jak i utracone korzyści. Wów-

odszkodowawcza za straty majątkowe wynikające z ograniczenia praw w czasie stanów nadzwyczajnych, „Nieruchomości” 2010/11, s. 9. Przeciwnie J.M. Kondek, który uważa, że na podstawie ustawy o wyrównywaniu strat poszkodowany może dochodzić odszkodowania zarówno za stratę wyrażoną wskutek legalnych, jak i nielegalnych ograniczeń praw i wolności. Zob. J.M. Kondek, Ustawa o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela. Komentarz, Warszawa 2021, s. 3, 11–12, 22–23, 26.

⁶⁸ M. Pyziak-Szafnicka, *Naprawienie szkód...*, s. 122–123, R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 30–31.

⁶⁹ Zob. R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 31.

⁷⁰ M. Florczak-Wątor, *Niekonstytucyjność ograniczeń...*, s. 7; M. Pyziak-Szafnicka, *Naprawienie szkód...*, s. 123; F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Zakres odpowiedzialności...*, s. 24.

⁷¹ R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 30–31.

⁷² Zgodnie z art. 233 Konstytucji lub ustawą o odpowiednim stanie nadzwyczajnym.

⁷³ B. Banaszak, *Konstytucja...*, komentarz do art. 228, nb. 6; Z. Banaszczyk, *Odpowiedzialność za szkody...*, s. 386; E. Łętowska, *Za głupstwa królów płacą ich narody (II)...* Przeciwnie J.M. Kondek, który uważa, że poszkodowany może dochodzić na podstawie ustawy o wyrównywaniu strat odszkodowania za stratę majątkową będącą skutkiem zarówno legalnych, jak i nielegalnych ograniczeń

czas jednak nie występowałoby powiązanie typu *conditio sine qua non* między zaniechaniem wprowadzenia stanu nadzwyczajnego a nieuzyskaniem odszkodowania z ustawy o wyrównywaniu strat, istniałaby bowiem inna podstawa prawna naprawienia szkody.

W doktrynie jest sporne, czy w tym przypadku należy uwzględniać, w ramach instytucji wyrównania korzyści z uszczerbkiem, instrumenty pomocowe otrzymane przez poszkodowanego z budżetu państwa na podstawie tarcz antykryzysowych⁷⁴. Także w tym przypadku budzi wątpliwości spełnienie przesłanki tożsamości zdarzenia.

6. ZAKOŃCZENIE

Epidemia COVID-19 w istotny sposób oddziaływała i wciąż oddziałuje na życie społeczne i gospodarcze. Zarówno samoistnie spowodowała ona powstanie szkód, jak również w związku z jej wystąpieniem władza publiczna podjęła określone decyzje polityczne, którym zarzuca się niekiedy nietrafność lub niezgodność z prawem, będącą podstawą odpowiedzialności odszkodowawczej. Niewątpliwie powstała sytuacja była i jest trudna zarówno dla poszkodowanych, w tym w szczególności przedsiębiorców, jak i dla Skarbu Państwa (budżetu państwa). Należy podzielić stanowisko, zgodnie z którym ogólny reżim odpowiedzialności przewidziany w Kodeksie cywilnym nie stanowi odpowiedniego środka kompensacji w przypadku szkód wyrządzonych na tak dużą skalę, lecz właściwa byłaby odrębna ustawa, w której możliwe byłoby ograniczenie odpowiedzialności Skarbu Państwa⁷⁵. W obecnym stanie prawnym brak jest obowiązku wydania takiej ustawy, zarówno w stanie nadzwyczajnym, jak i zwyczajnym.

Jak wynika z analizy przeprowadzonej w artykule, dochodzenie roszczeń odszkodowawczych na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego, tj. art. 417¹ § 1 k.c. lub art. 417¹ § 4 k.c., wiąże się z określonymi ryzykami lub ograniczeniami. Co więcej, jest także obciążone istotnym ryzykiem znacznego zróżnicowania rozstrzygnięć wydawanych w poszczególnych postępowaniach sądowych w zależności od poglądów sędziego co do faktów i prawa⁷⁶, w tym w szczególności w zależności od twierdzeń w pozwie, czy na władzy publicznej ciążył obowiązek wprowadzenia stanu nadzwyczajnego, czy poszczególne obostrzenia zostały wprowadzone z przekroczeniem delegacji ustawowej, czy były nieproporcjonalne lub naruszały istotę danej wolności lub prawa lub zasadę równości

praw i wolności, zaś na podstawie art. 417 i n. k.c. – odszkodowania za utracone korzyści. Zob. J.M. Kondek, *Ustawa o wyrównywaniu...*, s. 12–14.

⁷⁴ Za koniecznością uwzględnienia instrumentów pomocowych, jednak bez uzasadnienia, opowiadają się M. Pecyna, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 31; M. Pyziak-Szafnicka, *Naprawienie szkód...*, s. 123–124; przeciwni zaś są F. Zoll, K. Południak-Gierz, W. Bańczyk, *Zakres odpowiedzialności...*, s. 21–22. Ze względu na odmienność zaspokajanych interesów wątpliwości wyraża R. Strugała. Zob. R. Strugała, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa...*, s. 29–30.

⁷⁵ M. Pyziak-Szafnicka, *Naprawienie szkód...*, s. 125.

⁷⁶ Tak także M. Pyziak-Szafnicka, *Naprawienie szkód...*, s. 125–126.

wobec prawa, jakie postępowanie jest właściwe dla stwierdzenia niezgodności z prawem, a także czy została spełniona przesłanka adekwatnego związku przyczynowego. Przesądzenie kwestii odpowiedzialności Skarbu Państwa skutkuje koniecznością rozstrzygnięcia także dalszych zagadnień związanych z ustaleniem rozmiaru szkody w konkretnym stanie faktycznym.

Zgodnie z doniesieniami medialnymi w tego typu sprawach został dotychczas wydany jeden wyrok w pierwszej instancji. Sąd⁷⁷ oddalił powództwo przedsiębiorcy o zapłatę przez Skarb Państwa odszkodowania za korzyści (zyski) utracone przez niego w związku z wprowadzeniem zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, wniesione na podstawie art. 417¹ § 1 k.c. Zdaniem sądu powód wykazał wszystkie przesłanki odpowiedzialności, z wyjątkiem niezgodności z prawem rozporządzeń covidowych. Wymaga to bowiem uzyskania prejudykatu w postaci orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, nie zaś ustalenia tego faktu przez sąd rozpoznający sprawę o odszkodowanie. Ustalając wysokość szkody, uwzględnił fakt obniżenia kosztów prowadzenia przez powoda działalności gospodarczej w zakresie kosztów zmiennych oraz otrzymania od państwa instrumentów pomocowych w zakresie, w jakim były one bezzwrotne. Na marginesie swoich rozważań sąd wskazał, że podstawy roszczeń nie mogłyby stanowić art. 417¹ § 4 k.c., bowiem żaden przepis prawa, w tym w szczególności art. 228 ust. 1 i art. 232 Konstytucji, nie przewiduje obowiązku wydania rozporządzenia o wprowadzeniu stanu klęski żywiołowej. Ponadto ani powód nie wykazał, ani Sąd nie dopatrzył się adekwatnego związku przyczynowego między brakiem wprowadzenia stanu klęski żywiołowej a powstaniem szkody. Obecnie pozostaje oczekiwać na rozstrzygnięcie pozostałych toczących się postępowań sądowych oraz obserwować, czy nastąpi ukształtowanie się w tym zakresie linii orzeczniczej.

ABSTRACT

Mgr Paulina Wolszczak

PhD student at the Doctoral School of Social Sciences at the University of Warsaw.

Liability of the State Treasury for damage caused to entrepreneurs in the exercise of public authority during the COVID-19 epidemic as a result of restrictions on their rights or freedoms

The article is a voice in the discussion on the civil-law assessment of the legal basis, prerequisites and scope of the public authority's liability for losses suffered by entre-

⁷⁷ Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z 31.03.2022 r. (I C 1047/21), niepubl. W sprawie została wniesiona apelacja.

preneurs as a result of restriction of their rights or freedoms in connection with the COVID-19 epidemic. The events analysed include the introduction of restrictions that are unconstitutional on substantive or formal grounds and the failure to issue a regulation on the introduction of the state of emergency. The assessment of the prerequisites of adequate causal link and loss is different for each of these events.

COVID-19 epidemic, restrictions on rights and freedoms, public authority's liability in damages, entrepreneurs

mgr Paulina Wolszczak

ORCID: 0000-0002-8643-9799

Autorka jest doktorantką w Szkole Doktorskiej Nauk Społecznych Uniwersytetu Warszawskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Bagińska Ewa**, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej*, Warszawa 2006
- Banaszak Bogusław**, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, Legalis/el.
- Banaszczyk Zbigniew**, *Odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej*, Warszawa 2015
- Bednarczyk-Płachta Agnieszka, Kumela-Romańska Magdalena**, *Prawne aspekty odpowiedzialności odszkodowawczej państwa z tytułu czasowego ograniczenia prowadzenia działalności gospodarczej spowodowanego COVID-19. Wybrane zagadnienia*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2020/11
- Bosek Leszek**, *Bezprawie legislacyjne*, Warszawa 2021
- Bosek Leszek**, *Cywilne prawo – zobowiązania – odpowiedzialność Skarbu Państwa za bezprawie legislacyjne – odroczenie przez Trybunał Konstytucyjny utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego niezgodnego z Konstytucją. Glosa do uchwały SN z 7.12.2007 r. (III CZP 125/07)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2009/4
- Bosek Leszek**, *Stan epidemii. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2022
- Brzeziński Michał**, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007
- Drewniowska Kinga**, *Ograniczenie prowadzenia działalności gospodarczej w czasie pandemii COVID-19*, „Zeszyt Prawniczy UAM” 2021/11

- Dybowski Tomasz**, *Naprawienie szkody (w:) System Prawa Cywilnego*, t. 3, cz. 1, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. Z. Radwański, Ossolineum 1981
- Florczak-Wątor Monika**, *Niekonstytucyjność ograniczeń praw i wolności jednostki wprowadzonych w związku z epidemią COVID-19 jako przesłanka odpowiedzialności odszkodowawczej państwa*, „Państwo i Prawo” 2020/12
- Kaliński Maciej**, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2021
- Kanarek-Równicka Anna**, *Ograniczenia działalności gospodarczej w dobie epidemii SARS-CoV-2 (w:) Wpływ zmian cywilizacyjnych, klimatycznych i nowych zagrożeń zdrowotnych na prowadzenie działalności gospodarczej w kontekście pandemii SARS-CoV-2*, red. A. Szyszka, R. Frey, Toruń 2021
- Kardas Piotr**, *Konstytucyjne podstawy rozstrzygania kolizji obowiązków i konfliktów dóbr w czasie epidemii*, „Palestra” 2020/6
- Koch Andrzej (w:)** *Kodeks cywilny. Tom II. Komentarz. Art. 353–626*, red. M. Gutowski, Warszawa 2022, Legalis/el.
- Kondek Jędrzej Maksymilian**, *Ustawa o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela. Komentarz*, Warszawa 2021
- Kurzępa Elżbieta**, *Stan epidemii a stan klęski żywiołowej – rozważania w kontekście bezpieczeństwa państwa*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021/5
- Łętowska Ewa**, *Za głupstwa królów płacą ich narody – indemnizacja w czasie zarazy (cz. I)*, https://konstytucyjny.pl/za-glupstwa-krolow-placa-ich-narody-indemnizacja-w-czasie-zarazy-cz-i/#_ftn4 (dostęp: 8.12.2022 r.)
- Łętowska Ewa**, *Za głupstwa królów płacą ich narody (II). Reżim prawny indemnizacji w ustawie 2002 r. – przegląd*, <http://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/13518> (dostęp: 8.12.2022 r.)
- Morawski Filip**, *Zakaz przemieszczania się w związku z pandemią COVID-19 w świetle konstytucyjnego prawa do poruszania się*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2020/9
- Paśnik Jerzy**, *Kilka refleksji o regulacji stanu epidemii jako sui generis pozakonstytucyjnego stanu nadzwyczajnego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2020/11
- Pecyna Marlena**, *Odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa za ograniczenia praw i wolności w czasie epidemii COVID-19*, „Państwo i Prawo” 2020/12
- Pzyziak-Szafnicka Małgorzata**, *Naprawienie szkód spowodowanych ograni-*

zeniami praw i wolności w czasie epidemii SARS-CoV-2 (głos w dyskusji), „Państwo i Prawo” 2022/9

Roszkiewicz Janusz, *Granice ograniczeń wolności gospodarczej wprowadzanych w celu przeciwdziałania epidemii (uwagi na tle orzecznictwa sądów administracyjnych)*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2022/2

Roszkiewicz Janusz, *Odpowiedzialność odszkodowawcza Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną przez wydanie niekonstytucyjnego rozporządzenia – uwagi na tle sprawy w Trybunale Konstytucyjnym o sygn. akt K 18/20*, „Monitor Prawa Prywatnego” 2021/6

Sobolewski Przemysław (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. serii K. Osajda, red. tomu W. Borysiak, Warszawa 2022, Legalis/el.

Steinborn Sławomir (w:) *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87–243*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, Legalis/el.

Strugała Radosław, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wynikające z zakazów prowadzenia działalności gospodarczej w okresie epidemii COVID-19*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2021/5

Suchar Tomasz, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za straty majątkowe wynikające z ograniczenia praw w czasie stanów nadzwyczajnych*, „Nieruchomości” 2010/11

Surówka Anna, *Relacja zasad ograniczania wolności i praw człowieka i obywatela w stanach nadzwyczajnych i w stanie normalnego funkcjonowania państwa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014/4

Trociuk Stanisław, *Prawa i wolności w stanie epidemii*, Warszawa 2021

Tuleja Piotr, *Pandemia COVID-19 a konstytucyjne stany nadzwyczajne*, „Palestra” 2020/9

Tuleja Piotr (w:) Czarny Piotr, Florczak-Wątor Monika, Naleziński Bogumił, Radziejewicz Piotr, Tuleja Piotr, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2021, LEX/el.

Wolszczak Paulina, *Wykładnia pojęcia „właściwe postępowanie” na gruncie art. 417¹ § 1 Kodeksu cywilnego w przypadku szkody wyrządzonej wydaniem rozporządzenia niezgodnego z aktem wyższego rzędu z perspektywy koncepcji demokratycznego państwa prawnego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2021/9

Zoll Fryderyk, Południak-Gierz Katarzyna, Bańczyk Wojciech, *Zakres odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa za szkody majątkowe spowodowane ograniczeniami wprowadzonymi w związku z COVID-19*, „Studia Prawa Prywatnego” 2021/3

Pojęcia kluczowe:

użytkowanie wieczyste, cel użytkowania wieczystego, przeznaczenie nieruchomości, sposób korzystania, wycena na potrzeby aktualizacji opłaty rocznej, wartość rynkowa

Artykuły

Ewa Zagórska-Prątnicka

CEL UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO A PRZEZNACZENIE NIERUCHOMOŚCI W MIEJSCOWYM PLANIE ZAGOSPODAROWANIA PRZESTRZENNEGO W KONTEKŚCIE WYCENY NA POTRZEBY AKTUALIZACJI OPŁATY Z TYTUŁU UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO

Cel użytkowania wieczystego stanowi element, który na mocy przepisów prawa powszechnie obowiązującego (rangi rozporządzenia) rzeczoznawca majątkowy jest obowiązany uwzględnić w procesie wyceny nieruchomości gruntowej na potrzeby aktualizacji opłaty rocznej. Jednocześnie ustawodawca zobowiązał rzeczoznawcę przepisami ustawowymi do uwzględnienia w procesie wyceny m.in. przeznaczenia nieruchomości w planie miejscowym oraz nakazał dla celów aktualizacji opłaty rocznej zastosowanie podejścia porównawczego.

W związku z nieprecyzyjnym ustalaniem celu użytkowania wieczystego zarówno w umowach, jak i decyzjach administracyjnych, na mocy których oddawano nieruchomości w użytkowanie wieczyste, albo nieustalaniem tych celów w ogóle, dochodzi do sporów pomiędzy organem a użytkownikiem wieczystym na tle aktualizacji opłat rocznych.

Wartość rynkowa nieruchomości ustalana przez rzeczoznawcę ma bezpośrednie przełożenie na zasadność aktualizacji opłaty rocznej oraz wysokość tej opłaty po aktualizacji. Rozbieżna wykładnia przepisów prawa dotyczących elementów uwzględnianych w wycenie prowadzi do sporów sądowych, a niekiedy do bezpodstawnego wzbogacenia jednej ze stron sięgającego setek tysięcy złotych.

Niniejszy artykuł wskazuje na znaczenie celu użytkowania wieczystego jako instytucji prawnej i jako elementu wyceny w procedurze określania wartości rynkowej nieruchomości gruntowej na potrzeby aktualizacji wysokości opłaty rocznej. Konfrontacja celu użytkowania wieczystego i przeznaczenia nieruchomości w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego znalazła odzwierciedlenie w sprawach rozpatrywanych przed sądami powszechnymi, jednak istota problematyki prawnej dotyczy przede wszystkim podstaw prawnych i metodologicznych zastosowanych w procedurze wyceny.

1. WSTĘP

Użytkowanie wieczyste jest prawem na rzeczy cudzej, uregulowanym jako prawo rzeczowe w art. 232–243 k.c.¹ i usystematyzowanym w Kodeksie cywilnym pomiędzy własnością a ograniczonymi prawami rzeczowymi. W doktrynie i orzecznictwie uznawane jest za prawo pośrednie między prawem własności a prawami rzeczowymi ograniczonymi². Drugim aktem prawnym, który w sposób systemowy reguluje prawo użytkowania wieczystego, jest ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami³. Użytkowanie wieczyste może obciążać nieruchomość gruntową niezabudowaną lub zabudowaną stanowiącą własność Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego lub związków tych jednostek. Swoim zakresem obejmuje uprawnienie do korzystania z gruntu z wyłączeniem innych osób (w tym właściciela gruntu) oraz uprawnienie do rozporządzania tym prawem. Jest prawem zbywalnym, co do zasady odpłatnym (obowiązek wniesienia pierwszej opłaty i opłat rocznych) i ustanawianym na czas oznaczony (co do zasady na okres 99 lat, w wypadkach wyjątkowych na okres krótszy – co najmniej 40 lat zgodnie z art. 236 § 1 k.c.). Do polskiego systemu prawa zostało wprowadzone jako prawo celowe mające ułatwić zaspokajanie na gruntach państwowych potrzeb społecznych, przede wszystkim potrzeb budownictwa mieszkaniowego na terenie miast (wprowadzone jako użytkowanie wieczyste ustawą z 14.07.1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach⁴).

Użytkowanie wieczyste było poprzedzone takimi instytucjami prawnymi, z których wyewoluowało, jak wieczysta dzierżawa i prawo zabudowy wprowadzone przez dekret z 26.10.1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na

¹ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360, 2337, 2339).

² W okresie pomiędzy wejściem w życie ustawy z 14.07.1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach a wejściem w życie Kodeksu cywilnego użytkowanie wieczyste według przeważających poglądów doktryny prawniczej było uznawane za ograniczone prawo rzeczowe – G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2013, s. 929 i n.

³ Ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. z 2021 r. poz. 1899, z 2022 r. poz. 1846, 2185), dalej: u.g.n.

⁴ Ustawa z 14.07.1961 r. o gospodarce terenami w miastach i osiedlach (Dz.U. z 1969 r. nr 22 poz. 159 ze zm.), dalej: u.g.t.

obszarze m.st. Warszawy⁵, własność czasowa wprowadzona przepisami dekretu z 11.10.1946 r. – Prawo rzeczowe⁶, prawo wieczyste wprowadzone dekretem z 10.12.1952 r. o odstępowaniu przez Państwo nieruchomości mienia nierolniczego na cele mieszkaniowe oraz na cele budownictwa indywidualnych domów jednorodzinnych⁷. Z chwilą wejścia w życie ustawy z o gospodarce terenami w miastach i osiedlach, tj. 21.10.1961 r., uchylono inne formy władania gruntami państwowymi, przekształcając je w użytkowanie wieczyste.

Historycznie zadaniem prawa użytkowania wieczystego było zapewnienie kontroli państwa nad nieruchomościami (zgodnie z zasadą jednolitej własności państwowej gruntów) oddanymi w trwałe użytkowanie osób trzecich przy zachowaniu prawa własności oraz uprawnienia do decydowania o sposobie wykorzystania tych nieruchomości⁸. Gospodarowanie nieruchomościami skarbowymi poprzez ich udostępnianie na rzecz obywateli podyktowane było potrzebą odbudowy kraju po zniszczeniach wojennych. Ich skala przekraczała możliwości finansowe państwa, a zatem w interesie ówczesnego systemu władzy państwowej leżało zaangażowanie obywateli w proces odbudowy kraju i jednocześnie zachęcanie ich wystarczająco silnym prawem do gruntu, by przeprowadzili pożądane inwestycje. W ramach rzeczowej gospodarki nieruchomościami skarbowymi dopuszczalne było zobowiązanie użytkownika do wzniesienia na gruncie określonych budynków oraz ich utrzymania (art. 17 ust. 1 u.g.t.). W przypadku wykorzystania gruntu w sposób sprzeczny z jego przeznaczeniem lub niewzniesienia określonych w umowie budowli prezydium powiatowej (miejskiej, dzielnicowej) rady narodowej mogło rozwiązać umowę użytkowania wieczystego i zarządzić zwrot gruntu (art. 19 ust. 2 u.g.t.). Oprócz wskazanych obowiązków przez czas trwania użytkowania wieczystego użytkownik obowiązany był uiszczać opłatę roczną (art. 16 u.g.t.). Wysokość opłat ustalało prezydium powiatowej rady narodowej (art. 24 ust. 1 u.g.t.) i zależała ona od położenia i uzbrojenia nieruchomości (art. 24 ust. 2 u.g.t.)⁹.

Po wejściu w życie Kodeksu cywilnego w 1965 r. doszło do przewartościowania natury użytkowania wieczystego. Od tej pory oddawanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste stanowi jeden z przejawów aktywności inwestycyjnej Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego (od 1990 r.) w sferze *dominium*. W obecnym kształcie prawa użytkowania wieczystego oraz realiach rynkowych umowa użytkowania wieczystego zawierana jest pomiędzy rów-

⁵ Dekret z 26.10.1945 r. o własności i użytkowaniu gruntów na obszarze m.st. Warszawy (Dz.U. z 1945 r. nr 50 poz. 279 ze zm.).

⁶ Dekret z 11.10.1946 r. – Prawo rzeczowe (Dz.U. z 1946 r. nr 57 poz. 319).

⁷ Dekret z 10.12.1952 r. o odstępowaniu przez Państwo nieruchomości mienia nierolniczego na cele mieszkaniowe oraz na cele budownictwa indywidualnych domów jednorodzinnych (Dz.U. z 1952 r. nr 49 poz. 326).

⁸ C. Woźniak, *Użytkowanie wieczyste*, Warszawa 2006, Rozdz. I *Geneza*.

⁹ P. Sobolewski, *W sprawie przyszłości użytkowania wieczystego*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2011/1, s. 9–14.

nymi podmiotami zamierzającymi osiągnąć określony z góry cel¹⁰. Cele, jakie można realizować na gruntach państwowych lub samorządowych, są w zasadniczym kształcie uregulowane w ustawie o gospodarce nieruchomościami i są nimi przede wszystkim cele gospodarcze.

Aktualnie realizowany jest proces likwidacji instytucji użytkowania wieczystego w ramach reformy systemu gospodarki nieruchomościami publicznymi.

Pierwszym etapem tej systemowej reformy jest uchwalona w dniu 20.07.2018 r. ustawa o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów¹¹. Ustawa ta doprowadziła do powszechnego uwłaszczenia użytkowników wieczystych gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe, ze skutkiem od 1.01.2019 r. Ponadto wprowadziła zakaz ustanawiania nowych praw użytkowania wieczystego na cele mieszkaniowe (z wyjątkiem realizacji roszczeń o ustanowienie tego prawa) oraz – w odniesieniu do gruntów, na których proces zabudowy jest w toku – mechanizm przekształcenia prawa użytkowania wieczystego w prawo własności z chwilą oddania budynku mieszkalnego do użytkowania. Rezultatem takich rozwiązań jest stopniowa eliminacja użytkowania wieczystego z obrotu gospodarczego.

Kolejnym etapem wspomnianej reformy jest znajdująca się obecnie na etapie konsultacji środowiskowych nowelizacja ustawy o gospodarce nieruchomościami¹², która zakłada nabycie własności gruntów przez ich użytkowników wieczystych z zastrzeżeniami wskazanymi w projekcie ustawy. Użytkownicy wieczystości będą mogli ubiegać się o nabycie zajmowanej nieruchomości w zależności od ich aktualnych możliwości finansowych albo zamiarów inwestycyjnych, a właściwy organ – co do zasady – będzie miał możliwość oceny celowości wyzbycia się własności nieruchomości z punktu widzenia interesów jednostki samorządu terytorialnego lub Skarbu Państwa. Warunkiem sprzedaży nieruchomości na rzecz użytkownika wieczystego będzie, zgodnie ze znowelizowanym art. 32 ust. 1 u.g.n., długość okresu, jaki upłynął od dnia zawarcia umowy o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste – sprzedaż nie będzie mogła nastąpić wcześniej niż przed upływem 25 lat od dnia zawarcia umowy. W realizacji zasadniczego celu projektu, jakim jest stopniowa eliminacja użytkowania wieczystego z polskiego systemu prawa, ustawodawca chce przyznać roszczenie o nabycie gruntu tym użytkownikom wieczystym, którzy zrealizowali cel umowy, a ponadto uzyskali to prawo w okresie, gdy było ono surogatem prawa własności

¹⁰ S. Słotwiński, *Następstwa zmiany sposobu korzystania z nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste wbrew celowi ustalonemu w treści tej umowy oraz przeznaczeniu gruntu wynikającym z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020/1.

¹¹ Ustawa z 20.07.2018 r. o przekształceniu prawa użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych na cele mieszkaniowe w prawo własności tych gruntów (Dz.U. z 2022 r. poz. 1495).

¹² Rządowe Centrum Legislacji, druk nr UD275 z 5.12.2022 r., Projekt ustawy o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw w brzmieniu z 24.01.2023 r., <https://legislacja.rcl.gov.pl>.

i zasadniczo jedyną formą trwałego korzystania z nieruchomości pochodzących z publicznego zasobu¹³.

Żądanie zawarcia umowy sprzedaży zostało wyłączone wobec nieruchomości gruntowych: 1) niezabudowanych, 2) wykorzystywanych na prowadzenie rodzinnych ogrodów działkowych, 3) pozostających w użytkowaniu wieczystym portów i przystani morskich, 4) jeżeli w dniu złożenia wniosku nie upłynęło 25 lat od dnia oddania nieruchomości gruntowej w użytkowanie wieczyste, 5) w odniesieniu do których użytkownik wieczysty nie wykonał zobowiązań określonych w umowie użytkowania wieczystego, 6) w stosunku do których toczy się postępowanie o rozwiązanie umowy użytkowania wieczystego.

Zastrzeżenie zawarte w pkt 6 powyżej zasługuje na uwagę w kontekście przesłanki żądania rozwiązania umowy użytkowania wieczystego przez organ wskazanej w art. 33 ust. 3 u.g.n. i art. 240 k.c. Mianowicie przesłanką żądania rozwiązania umowy użytkowania wieczystego jest korzystanie z nieruchomości przez użytkownika wieczystego w sposób sprzeczny z ustalonym w umowie. Sposób korzystania z nieruchomości powinien zmierzać do realizacji celu użytkowania wieczystego, a ten powinien pozostawać zgodny z przeznaczeniem nieruchomości. Brak tej zgodności nie tylko zakłóca proces wyceny, ale jak wynika z projektowanej nowelizacji, uniemożliwi użytkownikowi wieczystemu skorzystanie z roszczenia nabycia gruntu na własność.

2. PODSTAWOWE SPOSOBY NABYCIA UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO

Przez podstawowe sposoby nabycia prawa użytkowania wieczystego, na potrzeby niniejszego artykułu, rozumie się jedynie te, w których organ występuje jako druga strona czynności lub wydaje decyzję administracyjną w przedmiocie nabycia użytkowania wieczystego. Podstawowym sposobem nabycia użytkowania wieczystego jest zawarcie umowy w formie aktu notarialnego i konstytutywny wpis użytkowania wieczystego do księgi wieczystej, na mocy którego dochodzi do przeniesienia prawa użytkowania wieczystego – na podstawie art. 27 u.g.n. Umowa powinna regulować sposób korzystania z nieruchomości oraz wskazywać, zależnie od celu użytkowania wieczystego, okres oddania nieruchomości w użytkowanie wieczyste (art. 29 u.g.n. w zw. z art. 236 k.c. i art. 239 k.c.). Postanowienia umowy dotyczące sposobu korzystania z nieruchomości podlegają ujawnieniu w księdze wieczystej na podstawie art. 30 u.g.n. W praktyce zdarza się jednak, że księgi wieczyste nie ujawniają sposobu korzystania z nieruchomości, a sama umowa jest wieloznaczna lub niedookreślona w stopniu uniemożliwiającym jednoznacznie ustalenie celu użytkowania wieczystego.

Artykuł 209 u.g.n. wskazuje możliwość nabycia użytkowania wieczystego w drodze decyzji przekształcającej prawo zabudowy nieruchomości ustano-

¹³ Rządowe Centrum Legislacji, druk nr UD275 z 5.12.2022 r. – Uzasadnienie projektu ustawy UD275 w brzmieniu projektu ustawy z 24.01.2013 r.

wione przed dniem wejścia w życie dekretu z 26.10.1945 r. o prawie zabudowy¹⁴ na warunkach wynikających z art. 62 u.g.n. i stanowiącej podstawę wpisu do księgi wieczystej.

Podstawą nabycia użytkowania wieczystego gruntów zabudowanych było także tzw. uwłaszczenie¹⁵. Decyzje uwłaszczeniowe stwierdzały nabycie prawa użytkowania wieczystego gruntu oraz własności budynków, innych urządzeń i lokali znajdujących się na tym gruncie i potwierdzały stany faktyczne zagospodarowania nieruchomości zaistniałe w większości przypadków na początku lat 90. XX w.

3. NIEJEDNOZNACZNOŚĆ CELU UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO

Umowy i decyzje administracyjne do tej pory implikują wiele niejasności interpretacyjnych w postępowaniach administracyjnych i sądowych z uwagi na dalece nieprecyzyjnie wskazany cel użytkowania wieczystego. Organy w wielu decyzjach uwłaszczeniowych stwierdzały nabycie prawa użytkowania wieczystego gruntu na cel „zgodny z przeznaczeniem i utrzymaniem budynków w należytych stanie”. Ze względu na to, że użytkowanie wieczyste podlega cały czas obrotowi prawnemu – jako zbywalne i podlegające egzekucji – niejednokrotnie utrudnione lub niemożliwe jest ustalenie pierwotnego celu użytkowania wieczystego, który był realizowany przed kilkunastoma laty.

W tym miejscu należy wskazać regulację art. 221 ust. 3 u.g.n. znajdującą zastosowanie w przypadku gruntów oddanych w użytkowanie wieczyste przed 1.01.1998 r., która stanowi, że jeżeli przy oddaniu nieruchomości gruntowej w użytkowanie wieczyste nie został określony cel, na który nieruchomość była oddana w użytkowanie wieczyste, to stawkę procentową opłaty rocznej przyjmuje się stosownie do celu wynikającego ze sposobu korzystania z nieruchomości. W takim przypadku sposób korzystania ma znaczenie determinujące oznaczenie celu ustanowienia prawa i w efekcie także – stawkę opłaty za użytkowanie wieczyste¹⁶. W konsekwencji art. 221 ust. 3 u.g.n. o celu użytkowania wieczystego w okolicznościach wskazanych przedmiotowym przepisem wnioskuje się właśnie ze sposobu korzystania z nieruchomości.

Jeżeli umowa o oddanie gruntu w użytkowanie wieczyste nie reguluje zakresu korzystania z gruntu, należy go ocenić przy uwzględnieniu charakteru użytkowania wieczystego i celu, dla którego instytucja ta została przez ustawodawcę wprowadzona (tak Sąd Najwyższy w wyroku z 22.05.1968 r., II CR 237/68)¹⁷.

Powyższa wskazówka interpretacyjna Sądu Najwyższego ma znaczenie z dwóch powodów:

¹⁴ Dekret z 26.10.1945 r. o prawie zabudowy (Dz.U. z 1945 r. poz. 280).

¹⁵ G. Bieniek, S. Rudnicki, *Nieruchomości...*, s. 944 i n.

¹⁶ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 29.06.2007 r. (I CSK 133/07), <https://www.sn.pl> (dostęp: 15.02.2023 r.).

¹⁷ OSP 1969/11, poz. 234.

- 1) zakres korzystania z gruntu należy ustalać zgodnie z istotą użytkowania wieczystego jako prawa celowego,
- 2) zakres korzystania z gruntu powinien być oceniany jako dążący do realizacji ustawowego celu użytkowania wieczystego.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie w wyroku z 3.11.2009 r. (II SA/Kr 1139/09)¹⁸ stwierdził, że celem użytkowania wieczystego jest zagospodarowanie na koszt użytkownika wieczystego gruntów będących własnością Skarbu Państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, przy jednoczesnym zapewnieniu tym podmiotom publicznoprawnym stałego dochodu (w postaci opłaty rocznej). Następnie WSA podniósł istotną okoliczność, że użytkownik wieczysty nie może korzystać z nieruchomości w sposób dowolny, musi korzystać z niej w sposób określony w umowie lub w decyzji wydanej na podstawie art. 220 u.g.n. (tj. dotyczącej terminów zagospodarowania nieruchomości stanowiących przedmiot użytkowania wieczystego w dniu wejścia w życie ustawy o gospodarce nieruchomościami).

W orzecznictwie sądowym podkreślono, że ustawodawca rozróżnia pojęcia celu użytkowania wieczystego, sposobu korzystania z nieruchomości i przeznaczenia nieruchomości. Sąd Najwyższy w wyroku z 19.11.2002 r. (IV CKN 1476/00)¹⁹ [podobnie Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 9.05.2017 r. (I ACa 901/16)²⁰ i powołane w nich orzecznictwo] zwrócił uwagę, że należy rozróżnić pojęcia „cel”, na jaki nieruchomość ma być wykorzystywana, oraz „sposób” korzystania z nieruchomości. Przeznaczenie nieruchomości odpowiada celowi, jakiemu ma służyć nieruchomość, natomiast sposób korzystania z nieruchomości oznacza konkretną formę, metodę lub tryb wykonania. Sąd Najwyższy stwierdził w rozpatrywanej sprawie, że sposób korzystania z nieruchomości, przy braku szczególnych wymagań, „musi” (cyt.) co do zasady odpowiadać przeznaczeniu nieruchomości.

W orzecznictwie wskazuje się również, że ww. pojęcia są ze sobą powiązane oraz że sposób korzystania z nieruchomości powinien stwarzać możliwość realizacji celu oddania nieruchomości w użytkowanie wieczyste. Cel użytkowania wieczystego ma znaczenie dla określenia czasu, na który to prawo zostało ustanowione (na co wprost wskazuje art. 29 ust. 1 u.g.n.). Przepisy wymagają jednak, żeby w księdze wieczystej ujawniony został sposób korzystania z nieruchomości, ale nie wymagają ujawnienia celu, na który nieruchomość została oddana w użytkowanie wieczyste. Zmiana sposobu korzystania z nieruchomości mogąca prowadzić do zmiany celu ustanowienia tego prawa może być przyczyną rozwiązania umowy (art. 33 ust. 3 u.g.n. i art. 240 k.c.). Stawki opłaty rocznej za użytkowanie wieczyste są natomiast określone na podstawie celu, na jaki nieruchomość została oddana w użytkowanie wieczyste, ale nie oznacza to,

¹⁸ www.orzeczenia-nsa.pl (dostęp: 15.02.2023 r.).

¹⁹ LEX nr 533121.

²⁰ <http://orzeczenia.ms.gov.pl> (dostęp: 15.02.2023 r.).

że bez uwzględnienia sposobu korzystania z niej. Trwała zmiana sposobu korzystania z nieruchomości po jej oddaniu w użytkowanie wieczyste, powodująca zmianę celu, na który nieruchomość została oddana, uzasadnia zmianę stawki procentowej opłaty rocznej stosownie do tego celu (art. 73 ust. 2 u.g.n.)²¹.

Z powyższego stanowiska oraz przepisów Kodeksu cywilnego oraz ustawy o gospodarce nieruchomościami (wykładanych *a contrario*) wynika ważny wniosek, że określenie celu użytkowania wieczystego w akcie nabycia użytkowania wieczystego nie jest warunkiem *sine qua non* skuteczności prawa użytkowania wieczystego. Natomiast jest to ważny element treści tej instytucji, który obok warunków ustawowych, tj. sposobu korzystania (art. 239 § 1 k.c., art. 29 ust. 1 u.g.n.), okresu użytkowania zależnego od celu (art. 29 ust. 1 u.g.n.) oraz przeznaczenia gruntu (art. 240 k.c.), powinien znaleźć odzwierciedlenie w treści umowy.

Sąd Najwyższy w wyroku z 14.10.2022 r. (II CSKP 588/22)²² wprost stwierdza, że cel oddania nieruchomości w użytkowanie wieczyste powinien być określany także wówczas, gdy nie został wskazany w decyzji uwłaszczeniowej (co w sposób dorozumiany tyczy się także umowy). Powstanie tego prawa *ex lege* również prowadzi bowiem do „oddania nieruchomości w użytkowanie wieczyste” w rozumieniu ustawy o gospodarce nieruchomościami. Z art. 72 ust. 3 *in principio* u.g.n. wynika natomiast, że pojęcie celu zostało odniesione do wszystkich przypadków wymienionych w tym przepisie, także do wskazanej w pkt 5 kategorii „pozostałych nieruchomości gruntowych”.

Artykuł 72 u.g.n. określa stawki procentowe opłaty za użytkowanie wieczyste w zależności od celu użytkowania wieczystego. W ust. 3 pkt 5 tego przepisu wskazano stawkę procentową (3%) dla „pozostałych nieruchomości gruntowych” bez określenia celu użytkowania wieczystego. Nie oznacza to jednak, że ust. 3 pkt 5 ww. przepisu u.g.n. dopuszcza interpretację, zgodnie z którą użytkowanie wieczyste może być ustanowione lub nabyte dla realizacji dowolnego celu. Sposób redakcji ww. przepisu i jego usytuowanie na końcu wyliczenia art. 72 ust. 3 u.g.n. wskazują, że chodzi w nim o inne cele niż te wskazane w poprzedzających go jednostkach redakcyjnych. Nadal jednak powinny być to cele, których realizacja jest prawnie dopuszczalna (legalna, tj. zgodna z przeznaczeniem nieruchomości), oraz – jak stanowi art. 236 §1 k.c. – mieszczące się w zakresie pojęcia „cele gospodarcze”.

Ponadto cel użytkowania wieczystego podlega takiej samej wykładni jak wykładnia oświadczeń woli na podstawie art. 65 k.c.²³ oraz wprowadzonego nowelizacją z 10.07.2015 r. art. 65¹ k.c.²⁴ Cel użytkowania wieczystego jest

²¹ Tak Sąd Najwyższy w wyroku z 29.06.2007 r. (I CSK 133/07) i powołane w nim orzecznictwo, <https://www.sn.pl> (dostęp: 15.02.2023 r.).

²² <https://www.sn.pl> (dostęp: 15.02.2023 r.).

²³ Wyrok SN z 7.10.2016 r. (I CSK 327/15), <https://www.sn.pl> (dostęp: 15.02.2023 r.).

²⁴ Ustawa z 10.07.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 1311), weszła w życie 8.09.2016 r.

realizowany poprzez określony w umowie (i ujawniany w księdze wieczystej) sposób korzystania z nieruchomości, zatem zmiana sposobu korzystania z nieruchomości przez użytkownika wieczystego prowadzi do naruszenia umowy i stoi w sprzeczności z celem użytkowania wieczystego. Sąd Najwyższy w wyroku z 4.04.2017 r. (I CSK 249/16)²⁵ zwrócił uwagę, że w relacjach pomiędzy użytkownikiem wieczystym a właścicielem występuje element stosunku zobowiązaniowego, którego wyrazem jest sposób korzystania z gruntu. Zmiana sposobu korzystania z gruntu prowadząca do zaprzeczenia celu użytkowania wieczystego ma zatem wpływ na więź obligacyjną pomiędzy właścicielem a użytkownikiem wieczystym, stanowiąc naruszenie warunków umowy o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste²⁶. Taka zmiana może być przyczyną rozwiązania umowy użytkowania wieczystego.

Sąd Najwyższy w przywołanym wyroku wydanym w sprawie o sygnaturze II CSPK 588/22 opowiedział się za otwartą i dynamiczną oceną kryterium „celu” z obowiązkiem uwzględnienia rzeczywistej sytuacji nieruchomości, która to sytuacja jest kształtowana w zasadniczej mierze postanowieniami właściwego miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Taką wykładnię celu należy stosować zwłaszcza w przypadku „pozostałych nieruchomości gruntowych”, o których mowa w art. 72 ust. 3 pkt 5 u.g.n.

W sytuacji gdy cel użytkowania wieczystego nie został literalnie wskazany w umowie lub w decyzji administracyjnej, możliwości zagospodarowania nieruchomości określone w planie miejscowym uściślają warianty gospodarczego zagospodarowania nieruchomości i dookreślają jej potencjał jako przedmiotu obrotu rynkowego. Postanowienia planu miejscowego stanowią także punkt odniesienia w przypadku zainicjowania przez organ lub użytkownika wieczystego postępowania w przedmiocie zmiany celu użytkowania wieczystego. Sposób korzystania i cel użytkowania wieczystego po zmianie powinny być zgodne z przeznaczeniem nieruchomości w planie miejscowym, za czym przemawia wykładnia celowościowa przepisu art. 73 ust. 2b u.g.n. oraz zasada praworządności działań administracji publicznej. Artykuł 73 ust. 2b u.g.n. wprost przewiduje w pkt 1 zasadę zgodności zmienionego celu użytkowania wieczystego z przeznaczeniem nieruchomości w obowiązującym miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego. Natomiast zasada praworządności działań administracji powinna być odniesiona do władztwa planistycznego gminy, które pozostawałoby fikcją prawną, gdyby zmieniony cel użytkowania wieczystego nie uwzględniał zapisów planistycznych rangi prawa powszechnie obowiązującego²⁷.

²⁵ <https://www.sn.pl> (dostęp: 15.02.2023 r.).

²⁶ Podobnie S. Słotwiński, *Następstwa...*

²⁷ Podobnie S. Słotwiński, *Następstwa...*

4. WYCENA NA POTRZEBY AKTUALIZACJI OPŁATY ROCZNEJ

Aktualizacja opłaty rocznej przebiega w trybie przepisów art. 77 (i n.) u.g.n., który wymienia podmioty uprawnione do wszczęcia tego postępowania (tj. właściwy organ reprezentujący właściciela nieruchomości oraz użytkownik wieczysty), wskazuje na rozkład ciężaru dowodu zmiany wartości nieruchomości, określa terminy stosowane w procedurze wypowiedzenia dotychczasowej wysokości opłaty rocznej oraz tryb odwoławczy.

Zasady wyceny na potrzeby aktualizacji opłaty rocznej są uregulowane przez przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z 21.09.2004 r. w sprawie wyceny nieruchomości i sporządzania operatu szacunkowego („rozporządzenie”)²⁸, w szczególności § 28.

Paragraf 28 ust. 1 rozporządzenia przewiduje, że aktualizacja opłaty rocznej wymaga określenia przez rzeczoznawcę wartości nieruchomości jako przedmiotu prawa własności przy zastosowaniu podejścia porównawczego. Podejście porównawcze prowadzi do określenia wartości rynkowej, o czym stanowi art. 152 ust. 3 u.g.n. W procesie aktualizacji opłaty rocznej podstawowe znaczenie ma zatem wartość rynkowa nieruchomości ustalona na datę aktualizacji opłaty rocznej (art. 77 ust. 3 w zw. z ust. 1 u.g.n.).

Paragraf 28 ust. 2 rozporządzenia stanowi, że przy określaniu wartości, o której mowa w § 28 ust. 1 (j.w.), stosuje się, z zastrzeżeniem § 27 (tj. nakazującego uwzględnienie, pod określonymi warunkami, rynku nieruchomości jako przedmiotu prawa użytkowania wieczystego zamiast rynku nieruchomości jako przedmiotu prawa własności), ceny transakcyjne sprzedaży nieruchomości niezabudowanych jako przedmiotu prawa własności.

Natomiast § 28 ust. 5 rozporządzenia przewiduje, że wartości nieruchomości, o których mowa w ust. 1–4 (tj. oddanych w użytkowanie wieczyste), określa się według stanu nieruchomości i cen na dzień oddania nieruchomości w użytkowanie wieczyste albo według stanu nieruchomości i cen na dzień aktualizacji opłat z tytułu użytkowania wieczystego, z uwzględnieniem celu, na jaki nieruchomość została oddana w użytkowanie wieczyste, z zastrzeżeniem art. 73 ust. 2 ustawy (u.g.n.: zmiana celu użytkowania wieczystego na skutek trwałej zmiany sposobu korzystania z nieruchomości zaistniałej po oddaniu nieruchomości w użytkowanie wieczyste prowadzącej do zmiany celu użytkowania wieczystego).

Rozwijając wskazane przepisy, należy przybliżyć pojęcie wartości rynkowej i daty aktualizacji.

W rozumieniu ustawy o gospodarce nieruchomościami wartością rynkową jest szacunkowa kwota osiągalna (którą można osiągnąć) na rynku na datę wyceny przy założeniach wskazanych w art. 151 ust. 1 u.g.n. Szacunkową kwotą jest zaś cena wyrażona w pieniądzu do zapłacenia za nieruchomość w tran-

²⁸ Rozporządzenie Rady Ministrów z 21.09.2004 r. w sprawie wyceny nieruchomości i sporządzania operatu szacunkowego (Dz.U. z 2021 r. poz. 555).

sakcji zawieranej na warunkach rynkowych²⁹. Jest to kwota szacunkowa, a nie uprzednio określona lub faktycznie ustalona cena sprzedaży. Ponadto jest to cena, której można rozsądnie oczekiwać przy rozsądnie osiągalnym na rynku poziomie wartości rynkowej nieruchomości³⁰.

Analizując zagadnienie celu użytkowania wieczystego i jego wpływu na proces wyceny nieruchomości, należałoby rozstrzygnąć, czy przy wycenie na potrzeby aktualizacji opłaty rocznej określa się wartość rynkową dla aktualnego sposobu użytkowania, czy też poszukuje się wartości rynkowej dla optymalnego (najkorzystniejszego) sposobu użytkowania. To zagadnienie aktualizuje się zwłaszcza w przypadku, gdy przeznaczenie nieruchomości wycenianej dopuszcza kilka sposobów użytkowania w planie miejscowym, a cel użytkowania i sposób korzystania z nieruchomości przez użytkownika wieczystego albo są nieustalone, albo są sprzeczne z przeznaczeniem nieruchomości w planie miejscowym. Rzecznik majątkowy byłby postawiony w powyższej sytuacji przed problemem wyboru rodzaju wartości rynkowej – albo dla aktualnego, albo najkorzystniejszego (a zatem najbardziej wartościowego i pożądanego na rynku) sposobu użytkowania nieruchomości. Zgodnie z podstawami metodologicznymi stosowanymi w procedurze wyceny (ujętych w formie Standardów Zawodowych Polskiej Federacji Stowarzyszeń Rzeczników Majątkowych) wartość rynkowa dla aktualnego sposobu użytkowania nie jest tożsama z pojęciem faktycznego sposobu korzystania z nieruchomości. Zgodnie z ww. Standardami jest ona określana przy założeniu zgodności z przeznaczeniem nieruchomości (czyli przede wszystkim z ustaleniami planu miejscowego).

Konsekwencją takich wyborów jest oczywiście finalny poziom wartości rynkowej (zmienionej) i na jej podstawie ustalenie zmienionej wysokości opłaty rocznej.

Wartość rynkowa jest kategorią ekonomiczną, a jej interpretacja prawna powinna uwzględniać koncepcję *highest and best use*, tj. optymalnego sposobu wykorzystania nieruchomości. Koncepcja ta, sformułowana w USA, została wprowadzona na forum europejskim przez Europejską Grupę Stowarzyszeń Rzeczników Majątkowych (TEGOVA)³¹ poprzez Europejskie Standardy Wyceny (ESW), które doczekały się dziewiątego wydania w roku 2020 (weszły w życie z dniem 1.01.2021 r.)³².

²⁹ Standard Podstawowy KSWP „Wartość rynkowa” uchwalony przez Radę Krajową PFSRM w dniu 19.09.2017 r. – zapisy ww. traktowane jako podstawy metodyczne zalecane do stosowania w procesie wyceny, niestanowiące przepisów prawa i podstaw prawnych wyceny.

³⁰ E. Kucharska-Stasiak, *Ekonomiczny wymiar nieruchomości*, Warszawa 2016, s. 178–182.

³¹ The European Group of Valuers' Associations – TEGOVA, pol.: Europejska Grupa Stowarzyszeń Rzeczników Majątkowych, zrzesza 72 stowarzyszenia rzeczoznawców majątkowych z 38 państw, reprezentujących 70.000 wykwalifikowanych rzeczoznawców (www.tegova.org) – jest organizacją *non-profit* z siedzibą w Brukseli, założoną pod prawem belgijskim.

³² Zgodnie z Europejskimi Standardami Wyceny (ESW) 2020 przez wartość rynkową (Market Value) należy rozumieć (oryg.): „The estimated amount for which the property should exchange

Koncepcja *highest and best use* (tj. wartość rynkowa dla optymalnego sposobu użytkowania) zakłada najbardziej prawdopodobne wykorzystanie składnika mienia, potwierdzone dotychczasowymi zachowaniami inwestorów, które jest fizycznie możliwe, odpowiednio uzasadnione, prawnie dopuszczalne, finansowo wykonalne i dające najwyższą wartość wycenianej nieruchomości. Aktualny sposób użytkowania może nie oddawać potencjału tkwiącego w nieruchomości, co powoduje, że nieruchomość nie była traktowana jako kapitał³³.

Natomiast aktualny sposób użytkowania nieruchomości zakłada dalsze korzystanie z nieruchomości zgodne z aktualnym sposobem jej użytkowania (inaczej można go określić jako zachowanie ciągłości działalności przedsiębiorstwa na nieruchomości w dającej się przewidzieć przyszłości)³⁴.

Wydaje się, że w przypadku aktualizacji opłaty rocznej wycena wartości rynkowej dla aktualnego sposobu użytkowania jest uzasadniona wówczas, gdy użytkownik wieczysty korzysta z nieruchomości zgodnie z celem użytkowania wieczystego i cel taki jest ustalony (a jednocześnie zgodny z przeznaczeniem w miejscowym planie).

Natomiast w sytuacji gdy cel użytkowania wieczystego nie jest ustalony lub jest sprzeczny z planem miejscowym, a doszło do zmiany wartości nieruchomości uzasadniającej aktualizację wysokości opłaty rocznej w trybie art. 77 ust. 1 u.g.n., wówczas najbardziej uzasadniona staje się wycena wartości rynkowej nieruchomości dla optymalnego sposobu użytkowania, zakładająca osiągnięcie w drodze transakcji sprzedaży najbardziej uzasadnionego i pożądanego rynkowo poziomu ceny sprzedaży.

Zgodnie natomiast z art. 151 ust. 1 u.g.n.: „Wartość rynkową nieruchomości stanowi szacunkowa kwota, jaką w dniu wyceny można uzyskać za nieruchomość w transakcji sprzedaży zawieranej na warunkach rynkowych pomiędzy kupującym a sprzedającym, którzy mają stanowczy zamiar zawarcia umowy, działają z rozeznaniem i postępują rozważnie oraz nie znajdują się w sytuacji przymusowej”.

W warunkach rynkowych sprzedający, działając z rozeznaniem, zgodzi się sprzedać, a kupujący zgodzi się kupić nieruchomość za cenę wynikającą z alternatywnego (a więc zwłaszcza optymalnego) sposobu użytkowania wynikającego z przeznaczenia nieruchomości, jeśli tylko ten alternatywny sposób korzystania pozwoli uzyskać cenę wyższą niż cena uwzględniająca aktualny,

on the date of valuation between a willing buyer and a willing seller acting independently of each other after proper marketing wherein the parties had each acted knowledgeable, prudently and without being under compulsion”. ESW 2020, s. 27. W tłumaczeniu na język polski ww. definicję można ująć jako: szacunkowa kwota, jaką w dniu wyceny można uzyskać za nieruchomość, zakładając, że potencjalny kupujący i potencjalny sprzedający mają stanowczy zamiar zawarcia umowy, są od siebie niezależni, działają z rozeznaniem i nie znajdują się w sytuacji przymusowej oraz upłynął odpowiedni okres eksponowania nieruchomości na rynku.

³³ E. Kucharska-Stasiak, *Ekonomiczny wymiar...*, s. 178.

³⁴ E. Kucharska-Stasiak, *Ekonomiczny wymiar...*, s. 182.

mniej korzystny z punktu widzenia ceny sposób korzystania. Z tego powodu w warunkach rynkowych grunty użytkowane rolniczo, ale przeznaczone w planie miejscowym pod zabudowę, uzyskują ceny zbliżone do gruntów budowlanych przy podobnych innych cechach wpływających na wartość.

Punkt 2.2.4. Standardu Podstawowego KSWP „Wartość rynkowa”³⁵ wskazuje, że „wartość rynkowa nieruchomości odzwierciedla potencjał nieruchomości, który byłby uwzględniony przez uczestników rynku w dniu wyceny. Może zatem uwzględniać inne możliwe wykorzystanie nieruchomości, także takie, które stanie się możliwe po wprowadzeniu odpowiednich zmian, np. nowych decyzji planistycznych i budowlanych, rozwoju odpowiedniej infrastruktury, rozwoju rynku lub innych. Stąd w wartości rynkowej może być uwzględniony dodatkowy jej element, ale tylko taki, za jaki kupujący jest skłonny zapłacić w nadziei, że nieruchomość uzyska możliwość lepszego sposobu użytkowania lub nastąpią możliwości jej rozwoju, które zaowocują wyższą jej wartość nad tą osiągalną przy obecnie obowiązujących ograniczeniach. Przyszła możliwość wykorzystania nieruchomości w sposób, który w dniu wyceny nie jest jeszcze dopuszczalny, musi być jednak na tyle prawdopodobna, aby realne było założenie, że racjonalnie działający uczestnicy rynku taką możliwość w dniu wyceny dostrzegają i są gotowi uwzględnić jej istnienie w cenie sprzedaży”.

Niewątpliwie sposób ważenia przeznaczenia nieruchomości w planie miejscowym przez rzeczoznawcę w zestawieniu ze sposobem korzystania z nieruchomości i celem, na jaki nieruchomość została oddana w użytkowanie wieczyste, ma bezpośrednie przełożenie na wynik wyceny i finalnie wysokość zaktualizowanej opłaty rocznej. W takim przypadku to szczególna staranność rzeczoznawcy właściwa dla zawodowego charakteru podejmowanych przez niego czynności (art. 175 ust. 1 u.g.n.) będzie czynnikiem determinującym wysokość opłaty rocznej po aktualizacji.

Data aktualizacji opłaty rocznej z kolei powinna pokrywać się z datą, na którą określono i uwzględniono stan przedmiotu wyceny. Ta ostatnia data powinna pokrywać się z datą, na którą określono wartość przedmiotu wyceny dla zachowania zgodności pomiędzy stanem nieruchomości z dnia określenia wartości rynkowej nieruchomości a stanem nieruchomości istniejącym w dniu aktualizacji.

Wartość rynkowa nieruchomości jest określana na konkretną datę hipotetycznej sprzedaży. Podana w operacie szacunkowym powinna odzwierciedlać faktyczny stan rynku i okoliczności na datę wyceny (aktualizacji), a nie na datę przeszłą lub przyszłą³⁶.

³⁵ Standard Podstawowy KSWP „Wartość rynkowa” uchwalony przez Radę Krajową PFSRM w dniu 19.09.2017 r.

³⁶ Na podstawie: E. Kucharska-Stasiak, *Ekonomiczny wymiar...*, s. 178–182

5. SPOSÓB UWZGLĘDNIENIA CELU UŻYTKOWANIA WIECZYSTEGO W WYCENIE NA POTRZEBY AKTUALIZACJI OPŁATY ROCZNEJ

Przy wycenie nieruchomości na potrzeby aktualizacji opłaty rocznej rzeczoznawca majątkowy jest wprost związany przepisem § 28 ust. 5 rozporządzenia zobowiązującym go do uwzględnienia w procesie wyceny celu użytkowania wieczystego.

Jednocześnie w procesie wyceny pierwszorzędne znaczenie ma art. 154 ust. 1 u.g.n., zgodnie z którym wyboru właściwego podejścia oraz metody i techniki szacowania nieruchomości dokonuje rzeczoznawca majątkowy, uwzględniając w szczególności (czyli nie wyłącznie – katalog otwarty) cel wyceny, rodzaj i położenie nieruchomości, przeznaczenie w planie miejscowym, stan nieruchomości oraz dostępne dane o cenach, dochodach i cechach nieruchomości podobnych.

W tym miejscu pojawia się pytanie – jeśli cel użytkowania wieczystego jest niejednoznaczny lub odmienny od przeznaczenia nieruchomości wskazanego w obowiązującym miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego, to czy przy szacowaniu wartości nieruchomości dla potrzeb aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego (na podstawie art. 77 ust. 1 i n. u.g.n.) rzeczoznawca majątkowy może pominąć ustalenia miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, uwzględniając jedynie pierwotny (stwierdzony lub wywiedziony ze sposobu korzystania z nieruchomości) cel użytkowania wieczystego.

Warto przy tym podkreślić, że okoliczność naliczania przez organ opłaty rocznej według stawki procentowej innej, niż wynikałaby z przeznaczenia nieruchomości w planie miejscowym, nie ma znaczenia dla ustalenia wartości rynkowej nieruchomości w procesie wyceny na podstawie art. 77 ust. 1 u.g.n. Zmiana wartości nieruchomości uzasadniająca aktualizację wysokości opłaty rocznej nie musi bowiem wynikać ze zmiany celu użytkowania wieczystego (i odpowiadającej mu stawki procentowej opłaty rocznej). Może zostać spowodowana zmianą sposobu korzystania z nieruchomości, która przecież nie musi mieć charakteru trwałego i która nie doprowadzi do zmiany celu użytkowania wieczystego. Ponadto sama zmiana sposobu korzystania z nieruchomości świadcząca o realizacji odmiennego celu niż pierwotny, nawet trwała i oczywista w sensie faktycznym, nie wywołuje zmiany celu użytkowania wieczystego w sensie prawnym (ponieważ o zmianie celu użytkowania wieczystego zgodnie z art. 73 ust. 2 u.g.n. może być mowa jedynie w przypadku stwierdzenia, że zmiana ta wynika z trwałej zmiany sposobu korzystania z nieruchomości oraz że zmiana ta została stwierdzona w odrębnym postępowaniu zainicjowanym przez organ lub użytkownika wieczystego. Do zmiany celu użytkowania wieczystego nie dochodzi zatem z mocy samego prawa).

Nowelizacją z 13.06.2019 r.³⁷ doszło do zmiany art. 73 u.g.n. Zmieniono treść ust. 1, 2 i 2a oraz dodano ust. od 2b do 2g, przy czym dla zagadnienia celu użyt-

³⁷ Ustawa z 13.06.2019 r. o zmianie ustawy o Krajowym Zasobie Nieruchomości oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1309), weszła w życie: 15.08.2019 r.

kowania wieczystego największe znaczenie mają zmieniony ust. 2 oraz dodane ust. 2b i 2g³⁸.

Wskazana nowelizacja umożliwia zmianę celu użytkowania wieczystego nawet w sytuacji, gdy właściciel się jej sprzeciwia. Stąd uprawnionym z art. 73 ust. 2b u.g.n. jest jedynie użytkownik wieczysty, z którego inicjatywy może dojść do zmiany celu użytkowania wieczystego. Ustęp 2b wskazuje, że z wnioskiem o zmianę celu użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej użytkownik wieczysty może wystąpić również w przypadku, gdy proponowana zmiana jest zgodna: 1) z przeznaczeniem nieruchomości ustalonym w obowiązującym miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego lub 2) z decyzją o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego, lub 3) ze zgłoszeniem budowy lub przebudowy, wobec którego organ administracji architektoniczno-budowlanej nie wniósł sprzeciwu, lub 4) z uchwałą o ustaleniu lokalizacji inwestycji mieszkaniowej lub inwestycji towarzyszącej podjętą na podstawie ustawy z 5.07.2018 r. o ułatwieniach w przygotowaniu i realizacji inwestycji mieszkaniowych oraz inwestycji towarzyszących (Dz.U. z 2021 r. poz. 1538), lub 5) z decyzją o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu. Każdy z wymienionych wyżej przypadków zakłada zgodność celu użytkowania wieczystego z przeznaczeniem nieruchomości w dokumentach planistycznych gminy.

Stosownie zaś do nowego ust. 2g wymienione w ust. 2b przesłanki stosuje się również, gdy cel użytkowania wieczystego nie został dotychczas ustalony. Ustawodawca nie wskazał uzasadnienia dla *ratio legis* nowego ust. 2g, jednak wydaje się, że odnosi się on do sytuacji, w której cel użytkowania wieczystego został wskazany w sposób nieprecyzyjny i nastroczający problemów interpretacyjnych tak dalece, że nie jest możliwe ustalenie tego celu w sposób jednoznaczny, oraz w której nie doszło do wskazania celu użytkowania wieczystego w sposób literalny. W takiej sytuacji na mocy ww. nowelizacji dochodzi do ustalenia celu użytkowania wieczystego w sposób zgodny z alternatywnie wskazanymi w przepisie art. 73 ust. 2b u.g.n. aktami administracyjnymi, ale w pierwszej kolejności z planem miejscowym.

³⁸ Druk sejmowy nr 3364 – uzasadnienie – Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o Krajowym Zasobie Nieruchomości oraz niektórych innych ustaw: Nowelizacja odpowiedziała na nielegalną i rozprzestrzeniającą się praktykę organów wykonawczych jednostek samorządu terytorialnego (zwłaszcza większych miast) ustalania zasad zmiany celu użytkowania wieczystego i określających z tego tytułu tzw. rekompensaty, niemających umocowania ustawowego i stojących w sprzeczności z art. 32 Konstytucji RP. Także w ocenie sądów żaden przepis prawa nie przewidywał kompetencji organów jednostek samorządu terytorialnego do generalnego regulowania, w formie zarządzenia, praw i obowiązków użytkowników wieczystych. Poprzez wskazaną nowelizację, obok organu, uprawnienie do zainicjowania postępowania w przedmiocie zmiany celu użytkowania wieczystego w przypadku trwałej zmiany sposobu korzystania z nieruchomości zostało przyznane także użytkownikowi wieczystemu. Realizacja takiego uprawnienia może nastąpić albo w trybie porozumienia z organem (i zawarcia stosownej umowy), albo w trybie sądowym. Skróceniu uległa także procedura odwoławcza poprzez rezygnację z etapu rozpatrzenia sprawy przez samorządowe kolegium odwoławcze.

Sąd Najwyższy w wyroku z 14.10.2022 r. (II CSPK 588/22)³⁹ rozstrzygnął na potrzeby rozpatrywanej sprawy okoliczność, czy w wycenie nieruchomości dokonywanej na potrzeby aktualizacji opłaty z tytułu użytkowania wieczystego przeznaczenie nieruchomości w planie miejscowym jest brane pod uwagę tylko wówczas, gdy odpowiada celowi użytkowania wieczystego. Sądy obu instancji rozstrzygnęły tę kwestię twierdząc na korzyść użytkownika wieczystego, natomiast Sąd Najwyższy zakwestionował taki sposób wykładni przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami, w szczególności art. 154 ust. 1 u.g.n., i uchylił prawomocny wyrok sądu apelacyjnego do ponownego rozpoznania. W swoim uzasadnieniu Sąd Najwyższy podkreślił wagę transparentnego szacowania nieruchomości, które odwołuje się do czynników rzeczywiście istotnych dla określenia wartości nieruchomości w stosunkach obrotu. Tak określona wartość, w przekonaniu Sądu, stanowi podstawę dla zastosowania art. 77 ust. 1 u.g.n., tj. aktualizacji wysokości opłaty rocznej.

Pod względem prawnym przedmiotowe zagadnienie dotyczyło relacji pomiędzy przepisem ustawy – art. 154 ust. 1 u.g.n. (nakazującym uwzględnienie w procesie wyceny przeznaczenia nieruchomości w planie miejscowym) a przepisem rozporządzenia – § 28 ust. 5 (nakazującym uwzględnienie celu, na jaki nieruchomość została oddana w użytkowanie wieczyste).

Sąd Najwyższy podkreślił, że w procedurze szacowania wartości rynkowej nieruchomości gruntowej na potrzeby aktualizacji opłaty rocznej znaczenie mają również takie czynniki, które nie są wymienione w art. 154 ust. 1 u.g.n., a które rzeczoznawca ma obowiązek uwzględnić przy doborze nieruchomości podobnych do nieruchomości wycenianej wskazanych w § 4 pkt 16 rozporządzenia. Chodzi o takie czynniki jak m.in. przeznaczenie gruntu (w znaczeniu szerszym od „przeznaczenia w planie miejscowym”, o którym stanowi art. 4 pkt 5 u.g.n.) oraz sposób korzystania z nieruchomości. W braku obowiązującego planu miejscowego rzeczoznawca majątkowy ustala bowiem przeznaczenie nieruchomości wycenianej na podstawie studium uwarunkowań i kierunków zagospodarowania przestrzennego gminy lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu (art. 154 ust. 2 u.g.n.), a w razie ich braku uwzględnia faktyczny sposób użytkowania nieruchomości (art. 154 ust. 3 u.g.n.).

Sąd wyraził stanowisko, że wbrew orzeczeniom sądów obu instancji w toku określania wartości nieruchomości nie jest dopuszczalne pominięcie przeznaczenia nieruchomości w planie miejscowym. Przemawia za tym zarówno hierarchia aktów prawnych, czyli wyższość ustawy nad rozporządzeniem, jak i istotność przeznaczenia nieruchomości wycenianej dla doboru nieruchomości podobnych w podejściu porównawczym.

Ponadto § 28 ust. 5 rozporządzenia odwołuje się do stanu nieruchomości, który zgodnie z art. 4 pkt 17 u.g.n. obejmuje swym zakresem m.in. stan prawny

³⁹ <https://www.sn.pl> (dostęp: 15.02.2023 r.).

nieruchomości, czyli stan kształtowany w głównej mierze przez zapisy planu miejscowego.

Podsumowując: eliminacja kryterium przeznaczenia nieruchomości w planie miejscowym spośród czynników uwzględnianych w procesie wyceny byłaby sprzeczna z założeniami art. 154 ust. 1 u.g.n., zgodnie z którym w wycenie nieruchomości, także na potrzeby aktualizacji opłat rocznych, powinny być brane pod uwagę wszystkie parametry miarodajne dla określenia wartości gruntu. Katalog kryteriów wymienionych w tym przepisie jest otwarty („w szczególności”), a zadaniem sądu pozostaje zbadanie, przy pomocy opinii biegłego, jak – na wskazany w § 28 ust. 5 rozporządzenia „dzień aktualizacji opłat” – kształtowały się czynniki stanu nieruchomości i cel użytkowania wieczystego. Ostatecznym efektem wyceny nieruchomości, pozwalającej na ustalenie wysokości opłat rocznych, powinno być uzyskanie informacji o rynkowej wartości danego gruntu (art. 77 ust. 1 i art. 151 ust. 1 u.g.n.), a kryteria wynikające z art. 154 ust. 1 u.g.n., w tym niewymienione w tym unormowaniu wprost, powinny służyć poznaniu tej właśnie wartości. Reguła ta nie jest – i nie mogłaby być – modyfikowana przepisami rozporządzenia jako aktu niższego rzędu⁴⁰.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu powołanego wyżej wyroku z 14.10.2022 r. wskazał, że akty planistyczne nie determinują celu, dla którego oddano grunt w użytkowanie wieczyste, i same w sobie nie świadczą o trwałej zmianie sposobu korzystania z nieruchomości (art. 73 ust. 2 u.g.n.), lecz wskazują możliwy (legalny) sposób korzystania z gruntu, czyli stwarzają perspektywy określonego wykorzystania nieruchomości, zwykle wpływające na cenę danego gruntu uzyskiwaną w obrocie rynkowym. Cel użytkowania wieczystego może być (i nierzadko bywa) określony na innym poziomie szczegółowości niż ten przewidywany w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego. W takim wypadku ostatecznie dla oceny wartości nieruchomości, stanowiącej podstawę ustalenia wysokości opłaty rocznej, zasadniczo większe znaczenie będzie mieć ten ze wskazanych tu czynników, który w dalej idącym zakresie ogranicza sposób korzystania z nieruchomości. Wartość rynkowa nieruchomości zależy bowiem od tego, jakim ograniczeniom będzie podlegał uprawniony – w związku z celem oddania nieruchomości w użytkowanie wieczyste lub objęcia gruntu określonymi aktami planistycznymi.

6. PODSUMOWANIE

Z zaprezentowanego powyżej stanowiska Sądu Najwyższego wyrażonego na tle okoliczności sprawy o sygnaturze II CSPK 588/22 wynika wniosek, że w procesie wyceny wartości rynkowej nieruchomości dla potrzeb aktualizacji opłaty rocznej dochodzi do uwzględnienia przeznaczenia nieruchomości w planie miejscowym oraz celu użytkowania wieczystego. Jednak wycena nieruchomości nie

⁴⁰ O hierarchii uwarunkowań prawnych i metodologicznych pisał M. Prystupa w: *Hierarchia uwarunkowań prawnych i metodologicznych w procesie wyceny*, „Rzeczoznawca Majątkowy” 2013/1.

powinna być zdeterminowana celem użytkowania wieczystego i pomijając postanowień planu miejscowego w razie ich niezgodności. Ponadto – w razie niezgodności przeznaczenia nieruchomości zapisanego w planie miejscowym z celem użytkowania wieczystego – dochodzi do ważenia tych dwóch elementów pod kątem zakresu ograniczeń, jakie każdy z nich nakłada na użytkownika wieczystego podczas korzystania z nieruchomości. Nie może natomiast dojść do sytuacji, w której w takiej wycenie doszłoby do postawienia celu użytkowania wieczystego ponad przeznaczeniem nieruchomości w planie miejscowym. Skutkowałoby to bowiem zakłóceniem hierarchii norm prawnych (rozporządzenie stosowane nadrzędnie względem ustawy) i oderwaniem wyceny od rzeczywistych czynników mających wpływ na wartość nieruchomości w obrocie rynkowym.

Rozważane zagadnienie ma również ważne znaczenie w perspektywie projektu kolejnej nowelizacji przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami w ramach drugiego etapu reformy systemowej uwłaszczającej użytkowników wieczystych na gruntach publicznych (projekt nowelizacji u.g.n. druk nr UD275 z 05.12.2022 r.)⁴¹.

W projekcie zmian przewidziano bowiem wprowadzenie domniemania aktualności wyceny sporządzonej dla potrzeb aktualizacji opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego, która będzie stanowiła podstawę do ustalenia ceny gruntu zbywanego na rzecz użytkownika wieczystego występującego z roszczeniem o nabycie nieruchomości na własność. Projektodawca przyjął, że w przypadku gdy 12 miesięcy przed dniem wejścia przepisów w życie użytkownik wieczysty przyjął ofertę nowej wysokości opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego zawartą w wypowiedzeniu albo właściwy organ nie odmówił aktualizacji tej opłaty na żądanie użytkownika wieczystego, określona na te cele wartość gruntu powinna stanowić podstawę określenia wzajemnych zobowiązań stron. W konsekwencji zawężenia stosowania przepisu wyłącznie do przypadków, w których nowa wysokość opłaty za użytkowanie wieczyste nie była kwestionowana przez strony, operat sporządzony dla tego celu zachowa, zgodnie z uzasadnieniem do nowelizacji, walor aktualności.

Procedura wyceny dla potrzeb ustalenia ceny nieruchomości gruntowej sprzedawanej użytkownikowi wieczystemu będzie zatem, w założeniach reformy, analogiczna do zasad obowiązujących przy określaniu wartości na potrzeby ustalenia ceny nieruchomości gruntowej oddawanej w użytkowanie wieczyste oraz aktualizacji opłat z tego tytułu.

Projekt wprowadza roszczenie o sprzedaż gruntu tylko w określonym czasie i tylko dla ściśle określonej grupy użytkowników, którzy pozostają użytkownikami wieczystymi gruntów co najmniej od 25 lat, licząc od dnia oddania nieruchomości gruntowej w użytkowanie wieczyste, oraz zrealizowali cel zastrzeżony w umowie.

⁴¹ Rządowe Centrum Legislacji, druk nr UD275 z 5.12.2022 r., Projekt ustawy o zmianie ustawy o gospodarce nieruchomościami oraz niektórych innych ustaw w brzmieniu z 24.01.2023 r., <https://legislacja.rcl.gov.pl>.

Ważnym założeniem projektowanej reformy jest to, aby właściwe organy wykonawcze i stanowiące samodzielnie podejmowały rozstrzygnięcia odnośnie do sprzedaży gruntu na rzecz użytkownika wieczystego. Organy, kierując się zasadami prawidłowej gospodarki, będą brały pod uwagę m.in. takie okoliczności jak:

- 1) stan realizacji celu, na który nieruchomości została oddana w użytkowanie wieczyste – organy będą zobowiązane dokonać oceny, czy cel umowy został zrealizowany (np. dokonano zabudowy), czy grunt jest użytkowany zgodnie z celem, a działania podejmowane przez użytkownika rokuje dalsze stabilne wykorzystanie gruntu zgodnie z jego przeznaczeniem;
- 2) liczba lat pozostałych do upływu okresu użytkowania wieczystego oraz stan zagospodarowania gruntu – wskazane będzie dokonanie analizy, ile lat pozostało do upływu okresu użytkowania wieczystego, jaka jest szacunkowa wysokość przychodów z przyszłych opłat rocznych za użytkowanie wieczyste, czy użytkownik poniósł nakłady na nieruchomości o wartości przewyższającej wartość gruntu, jakie koszty związane z wynagrodzeniem za nanieśienia w przypadku wygaśnięcia umowy poniesie Skarb Państwa lub samorząd;
- 3) potencjał inwestycyjny gruntu dla potrzeb realizacji celów publicznych lub budownictwa mieszkaniowego, w przypadku założenia, że umowa użytkowania wieczystego wygaśnie w związku z upływem okresu, na jaki została zawarta;
- 4) aktualność stawki procentowej opłaty rocznej z tytułu użytkowania wieczystego, w tym czy nie będzie wymagane jej ustalenie w trybie art. 221 ustawy o gospodarce nieruchomościami lub aktualizacja w trybie art. 73 ust. 2 tej ustawy w związku z trwałą zmianą sposobu korzystania z nieruchomości.

Przesłanka wskazana w pkt 4 powyżej jest istotna z perspektywy analizowanego w niniejszym artykule zagadnienia celu użytkowania wieczystego i jego znaczenia dla określenia wartości rynkowej nieruchomości. Uzasadnienie projektu nowelizacji wskazuje wprost, że racjonalnie działający organ reprezentujący właściciela gruntu nie powinien decydować się na zawarcie umowy w sytuacji, gdy nie będzie ustalona lub będzie nieaktualna stawka procentowa wynikająca z celu użytkowania wieczystego (także w sytuacji, gdy będzie toczyło się postępowanie w sprawie ustalenia lub aktualizacji stawki opłaty rocznej).

Zatem w najlepszym interesie prawnym użytkownika wieczystego jest, zwłaszcza po znowelizowaniu art. 72 u.g.n.⁴², po pierwsze, doprowadzenie do ustalenia nieustalonego dotychczas celu użytkowania wieczystego lub, po wtóre, wszczęcie postępowania w przedmiocie zmiany celu użytkowania wieczystego w przypadku zmiany sposobu korzystania z nieruchomości prowadzącej do

⁴² Ustawa z 13.06.2019 r. o zmianie ustawy o Krajowym Zasobie Nieruchomości oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1309), weszła w życie: 15.08.2019 r.

zmiany celu. Niewątpliwie staranność użytkownika wieczystego w tym zakresie będzie miała znaczenie zarówno dla określenia wartości rynkowej nieruchomości, jak i dla, w przypadku znowelizowania ustawy o gospodarce nieruchomościami zgodnie z założeniami reformy, możliwości skutecznego wystąpienia z roszczeniem o nabycie użytkowanej nieruchomości na własność.

ABSTRACT

adw. Ewa Zagórska-Prątnicka

The author is an attorney at the Warsaw Bar Association. She specializes in real estate law, with particular emphasis on selected aspects of real estate valuation. She is a graduate of the Faculty of Law and Administration at the University of Warsaw and the Postgraduate Study of Property Appraisal at the Faculty of Law and Administration at the same University.

The aim of perpetual usufruct and the purpose of real estate according to the local spatial development plan in the context of valuation made in order to update the perpetual usufruct fee

The aim of perpetual usufruct is a factor that, under the provisions of generally applicable law, a property appraiser is obliged to take into account in the process of valuation of land for the purpose of updating the annual fee. At the same time, the legislator obliged the appraiser by statutory provisions to take into account in the valuation process, inter alia, the purpose of the real estate as stated in the local spatial development plan, and ordered the use of a sales comparative approach for the purposes of updating the annual fee.

Due to the imprecise determination of the aim of perpetual usufruct in contracts and administrative decisions under which real estate was let for perpetual usufruct, or failure to specify these purposes at all, there are disputes between the authorities and the perpetual usufructuaries regarding the update of annual fees.

The market value of the property determined by the appraiser has a direct impact on the legitimacy of updating the annual fee and the amount of the fee after update. Divergent interpretation of the law concerning the factors taken into account in the valuation leads to court disputes, and sometimes to unjustified enrichment of one of the parties by hundreds of thousands of zlotys.

This article indicates the importance of a precise aim of perpetual usufruct as a legal institution and as an element of valuation in the procedure of determining the market value of land for the purpose of updating the amount of the annual fee. Confrontation of the aim of perpetual usufruct and the purpose of real estate as stated in the local spatial development plan was reflected in cases heard by courts,

however, the essence of the legal issues concerns primarily the legal and methodological grounds used in the valuation procedure.

Keywords: *perpetual usufruct, aim of perpetual usufruct, purpose of real estate, method of use, valuation for the purposes of updating the annual fee, market value*

adw. Ewa Zagórska-Prątnicka

Autorka jest adwokatem w izbie warszawskiej. Specjalizuje się w prawie nieruchomości, ze szczególnym uwzględnieniem wybranych aspektów z zakresu wyceny nieruchomości. Jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Studium Podyplomowego Rzeczoznawstwa Majątkowego WPiA UW.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bieniek Gerard, Rudnicki Stanisław, *Nieruchomości. Problematyka prawna*, Warszawa 2013

Kucharska-Stasiak Ewa, *Ekonomiczny wymiar nieruchomości*, Warszawa 2016

Prystupa Mieczysław, *Hierarchia uwarunkowań prawnych i metodologicznych w procesie wyceny*, „Rzeczoznawca Majątkowy” 2013/1

Słotwiński Szymon, *Następstwa zmiany sposobu korzystania z nieruchomości oddanej w użytkowanie wieczyste wbrew celowi ustalonym w treści tej umowy oraz przeznaczeniu gruntu wynikającym z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020/1

Sobolewski Przemysław, *W sprawie przyszłości użytkowania wieczystego*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2011/1

Woźniak Cezary, *Użytkowanie wieczyste*, Warszawa 2006

Pojęcia kluczowe: *biegły psycholog, opinia psychologiczna w procesie karnym, wiarygodność, poczytalność umniejszona*

Artykuły

Jan Widacki

PRZECENIONA I NIEDOCENIONA ROLA BIEGŁEGO PSYCHOLOGA W PROCESIE KARNYM

Biegły psycholog występuje w procesie karnym z reguły w jednej z dwóch ról. Pierwszą rolą jest udział w przesłuchaniu świadka w sytuacjach, gdy istnieje wątpliwość co do jego stanu umysłowego, stopnia rozwoju, zdolności spostrzegania lub odtwarzania spostrzeżeń (por. art. 192 § 2 k.p.k.).

Inną rolą jest badanie oskarżonego (podejrzanego) jako uzupełnienie badania psychiatrycznego, wykonywanego przez dwóch biegłych psychiatrów (art. 202 § 2 k.p.k.), gdy opinia biegłego psychologa uzupełnia opinię psychiatryczną.

Wprawdzie art. 192 § 2 k.p.k. wyraźnie określa zakres opiniowania psychologa, w praktyce biegli psychologowie często wykraczają poza ten zakres, opiniując o wiarygodności świadka i jego zeznań. Wykroczenie w ten sposób poza zakres wyznaczony przez art. 192 § 2 k.p.k. jest równocześnie niedopuszczalnym wkroczeniem biegłego w kompetencje sądu, a także wykroczeniem poza zakres merytorycznych kompetencji psychologa, poza zakres jego „wiadomości specjalnych”. Niestety ta praktyka jest przez sądy tolerowana.

O ile ta rola biegłego psychologa jest przeceniana, o tyle na ogół niedoceniana jest jego rola w opiniowaniu wspólnym z psychiatrami w zakresie poczytalności oskarżonego (podejrzanego). Stwierdzone przez biegłych psychologów zaburzenia osobowości oskarżonych (podejrzanych) często, poprzez umniejszenie możliwości pokierowania przez nich swoim postępowaniem, ograniczają ich poczytalność co najmniej w stopniu „mniej niż znaczny”, co tym samym umniejsza winę i w świetle art. 53 k.k. powinno mieć wpływ na wymiar kary.

Biegły psycholog występuje w procesie karnym najczęściej w jednej z dwóch ról. Pierwsza z nich to udział wspólny z dwoma psychiatrami w ocenie poczytalności oskarżonego. Druga to udział w przesłuchaniu świadka. W tym pierwszym przypadku podstawą udziału biegłego psychologa jest art. 202 k.p.k.¹ Do oceny poczytalności podejrzanego (oskarżonego) organ procesowy musi powołać w charakterze biegłych „co najmniej dwóch lekarzy psychiatrów” (art. 202 § 1 k.p.k.). Na wniosek biegłych psychiatrów organ procesowy może powołać dodatkowo biegłego lub biegłych innych specjalności (art. 202 § 2 k.p.k.). Najczęściej jest to biegły psycholog. Jego opinia jest dołączana do opinii psychiatrów i stanowi jej uzupełnienie. Dotyczy ona z zasady osobowości podejrzanego (oskarżonego), ewentualnych zaburzeń tej osobowości, stopnia rozwoju intelektualnego, w tym czasem także pomiaru ilorazu inteligencji, rozwoju emocjonalnego, rzadziej stopnia rozwoju uczuciowości wyższej. Czasem biegły psycholog za pomocą testów tzw. organicznych bada, czy istnieje uzasadnione podejrzenie ewentualnego organicznego uszkodzenia centralnego układu nerwowego. Jeśli testy organiczne takie podejrzenie co do organicznego uszkodzenia centralnego układu nerwowego potwierdzą, biegli lekarze psychiatrzy z reguły, dla zweryfikowania takiego podejrzenia, kierują badanego dodatkowo na badania EEG lub rezonans mózgu. Opinia biegłego psychologa uzupełniająca opinie psychiatrów na ogół niezbyt interesuje sąd lub strony procesowe. Zupełnie wyjątkowo biegły taki wzywany jest na rozprawę, jeszcze rzadziej sąd zwraca się do niego o opinię uzupełniającą. Jeśli już biegły taki zostanie wezwany do sądu, to z reguły razem z psychiatrami i pytany jedynie, czy podtrzymuje swą opinię pisemną. Nie tylko sąd, ale także strony nie mają do biegłego psychologa pytań i nie wymagają od niego ustnej opinii uzupełniającej.

Częściej biegły psycholog jest powoływany do udziału w przesłuchaniu świadka na podstawie art. 192 § 2 k.p.k. Przepis ten stanowi, że „jeżeli istnieje wątpliwość co do stanu psychicznego świadka, jego stanu rozwoju umysłowego, zdolności postrzegania lub odtwarzania przez niego postrzeżeń, sąd lub prokurator może zarządzić przesłuchanie świadka z udziałem biegłego lekarza lub biegłego psychologa, a świadek nie może się temu sprzeciwić”. Przedmiot oceny biegłego jest, jak widać, dokładnie określony w tym przepisie. Może nim być: ocena stanu psychicznego świadka; ocena stanu rozwoju umysłowego świadka; ocena zdolności spostrzegania i ocena zdolności odtwarzania spostrzeżeń. „Stan psychiczny”, o którym tu mowa, to nie tylko „stan zdrowia psychicznego”. Obejmuje on także inne niż choroba zakłócenia, choćby czasowe, stanu psychicznego, które mogą, choć oczywiście nie muszą, mieć wpływ na treść i formę składanych zeznań, na ich ekspresję, która może być czasem mylnie odczytana przez organ procesowy. Może tu chodzić o silne, zakłócające nie tylko zdolność spostrzegania i odtwarzania spostrzeżeń, a także utrudniające obiektywizm stany emocjonalne. Zakłócenia zdolności spostrzegania i odtwarzania spostrzeżeń

¹ Ustawa z z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375 ze zm.), dalej: k.p.k.

obejmują w sposób oczywisty zdolności zapamiętywania. Zdolności spostrzegania, zapamiętywania i odtwarzania spostrzeżeń mogą mieć różne przyczyny. Mogą one tkwić w „stanie psychicznym” czy w „niedorozwoju umysłowym”, ale mogą mieć także inne źródła. Mogą one czasem być efektem upośledzenia narządów słuchu, wzroku czy węchu, utrudniającego odbiór wrażeń, mogą też to być zaburzenia pamięci o różnej etiologii. Dlatego kodeks, słusznie wymieniając obok psychologa „biegłego lekarza”, nie precyzuje jego specjalności. Najczęściej będzie to lekarz psychiatra [szczególnie gdy będzie trzeba ocenić stan psychiczny lub stopień rozwoju umysłowego, lub zaburzenia pamięci, ale teoretycznie może tu być przydatny, gdy chodzić będzie o ocenę zdolności spostrzegania, lekarz innej specjalności (np. okulista, laryngolog)].

Nie ulega wątpliwości, że przez użytą w art. 192 § 2 k.p.k. nazwę „postrzeganie” rozumieć należy to, co psychologia nazywa „spozrzeganiem”. Powołany w tym trybie biegły nie tylko może biernie przysłuchiwać się przesłuchaniu, ale ma też prawo zadawać świadkowi pytania². Dyskusyjny jest tu zakres tych pytań i ich liczba. Świadek nie ma obowiązku poddawania się badaniom psychologicznym. Nadmierna aktywność biegłego psychologa wezwanego do udziału w przesłuchaniu, wyrażająca się przede wszystkim liczbą i treścią zadawanych świadkowi na rozprawie pytań, na które świadek ma obowiązek odpowiedzieć (wszak jest świadkiem!), może faktycznie, zacierając granice między badaniem psychologicznym świadka a udziałem w jego przesłuchaniu, naruszyć prawa świadka. Obowiązkiem sądu jest przeto pilnowanie, by zadawanie przez biegłego pytań nie przerodziło się w niedopuszczalne bez zgody świadka badanie, by świadek nie musiał na rozprawie ujawniać niezwiązanych ze sprawą informacji dotyczących jego stanu zdrowia, innych danych wrażliwych *etc.* Informacji, które nie tylko docierają do osób obecnych na sali sądowej w czasie rozprawy, na której świadek jest przesłuchiwany, ale zostają utrwalone w protokole, do którego dostęp ma, a w każdym razie może mieć, nieokreślona liczba osób.

Wydana na podstawie takiego uczestniczenia w przesłuchaniu opinia biegłego ma ułatwić organowi procesowemu ocenę wiarygodności świadka. Wiarygodności świadka, a nie wiarygodności jego konkretnego zeznania! Wiarygodność świadka (zwana czasem „wiarygodnością psychologiczną”) może też być nazwana „wiarygodnością aprioryczną”³ czy „potencjalną”. Biegły psycholog występujący w tej roli ocenia, czy świadek apriorycznie, czy też potencjalnie jest zdolny do składania zeznań prawdziwych. Ocena wiarygodności świadka ma więc być rozumiana nie jako ocena zgodności treści składanych zeznań z opisywaną w nich rzeczywistością, a jedynie jako ocena, czy świadek jest w stanie prawidłowo spostrzegać rzeczywistość, zapamiętywać ją i odtwarzać. Mówiąc inaczej, dotyczy ona tego, czy świadek jest zdolny do składania zeznań subiektywnie i obiektywnie prawdziwych. Ocena ta nie dotyczy zaś tego, czy złożone

² Por. K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 462.

³ J. Widacki, *Próby oceny prawdomówności w procesie karnym*, „Palestra” 2012/3–4, s. 13–18.

przez świadka zeznanie jest subiektywnie i zarazem obiektywnie prawdziwe. A mówiąc najprościej, biegły może jedynie stwierdzić, czy jest uzasadniony powód, aby podejrzewać, że świadek z uwagi na swoje możliwości spostrzegania, zapamiętywania i odtwarzania spostrzeżeń, także z uwagi na stan swego rozwoju umysłowego czy stan psychiczny, składając zeznania w swoim przekonaniu prawdziwe, może też czasem zeznawać nieprawdę. Można to ująć jeszcze lapidarniej: biegły może jedynie stwierdzić, że ten świadek, jak nie chce, to nie kłamie. Nie może jednak stwierdzić, czy akurat w czasie przesłuchania chce kłamać i kłamie, czy nie chce i nie kłamie.

Doktryna i orzecznictwo są w zasadzie zgodne, że art. 192 § 2 k.p.k. nie pozwala na ocenę wiarygodności zeznań, czyli ocenę, na ile zdarzenia odpowiadają treści zeznań⁴. Ten oczywisty pogląd, wynikający wprost z wykładni art. 192 § 2 k.p.k. (określającego przedmiot oceny), a także z wyrażonej w wielu przepisach zasady, że oceny dowodu dokonuje organ procesowy, a nie biegły (por. art. 7 k.p.k., art. 193 k.p.k., art. 410 k.p.k.), doczekał się zdecydowanego poparcia w orzecznictwie⁵. Mimo to, jak pokazuje praktyka, powołani w trybie art. 192 § 2 k.p.k. biegli psychologowie z reguły wypowiadają się na temat wiarygodności zeznań, a sądy często opinie te przyjmują bezkrytycznie. Co więcej, w praktyce sądy często domagają się od biegłego powołanego w tym trybie oceny wiarygodności zeznań!

Praktyka taka nie tylko jest niezgodna z kodeksem, ale wykracza poza zakres wiadomości specjalnych biegłych psychologów. Psychologia nie dysponuje bowiem żadnym instrumentem pozwalającym (poza przypadkami, gdy świadek mówi rzeczy oczywiście niedorzeczne, na przykład niezgodne z prawami przyrody czy z innych oczywistych względów niemożliwe) na odróżnienie zeznania prawdziwego od fałszywego. Tyle że w sytuacji, gdy zeznanie zaprzecza prawom przyrody lub opisywane w nim fakty są z innych oczywistych względów niemożliwe, dla stwierdzenia nieprawdziwości zeznania nie jest potrzebny biegły psycholog i jego opinia.

Znane i opisywane procedury nieinstrumentalnej detekcji kłamstwa, takie jak SVA/CBCA (Statement Validity Assessment/Criteria Based Content) czy BAI (Behavioral Analysis Interview) albo SCAN (Scientific Content Analysis), po pierwsze, dają trafność rozpoznań między 31–63%⁶ (średnio nieco ponad 50%) i już z tego względu jako dowód w sądzie się nie nadają. Poza tym nie bardzo wiadomo, w jakiej formie mogłyby być stosowane w polskim procesie karnym

⁴ K.T. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, *Kodeks postępowania karnego...*, s. 462, por. także J. Widacki, *Próby...*, s. 13–18.

⁵ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 15.01.2003 r. (II AKa 360/02), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2003/3, poz. 50; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 4.07.2000 r. (II AKa 86/00), *Orzecznictwo Sądów „Prokuratura i Prawo”* 2001/6, poz. 26; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 12.05.2005 r. (II AKa 303/04), „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2005/12, poz. 59; postanowienie SN z 2.05.2006 r. (V KK 387/05) R-OSNKW 2006, poz. 967.

⁶ Por. J. Widacki, *Kryminalistyka*, Warszawa 2016, s. 107; por. także: J. Vrij, *Wykrywanie kłamstw i oszukiwania. Psychologia kłamania i konsekwencje dla praktyki zawodowej*, Kraków 2009.

(w ramach ekspertyzy psychologicznej? jako eksperyment rzeczoznawczy?), a wykonanie ich w ramach udziału biegłego w przesłuchaniu jest po prostu niemożliwe. Mimo to zdarza się, że biegli psychologowie w swoich opiniach powołują się na rzekome wykorzystanie tych procedur, ich fragmentów lub swoistych parafraz i wykorzystują dokonane w tej drodze ustalenia we wnioskach swoich opinii.

Oczywiście ustalenia dokonane w czasie obserwacji świadka w trakcie jego przesłuchania, nawet uzupełnione jego odpowiedziami na pytania zadane przez biegłego, pozwalają jedynie na przybliżoną ocenę osobowości świadka, jego temperamentu, poziomu intelektualnego. Pełna ocena takich właściwości świadka nie jest możliwa bez jego zbadania, a na badanie takie świadek ma prawo się nie zgodzić. Ale nawet wtedy oceny biegłego zachowują swoją wartość, doprecyzowując i umacniając bądź przeciwnie – osłabiając ewentualne podejrzenia co do zdolności świadka do dokonywania spostrzeżeń, ich zapamiętywania i odtwarzania, co w efekcie dostarcza organowi procesowemu dodatkowego (nie jedyne!) kryterium do oceny zeznań.

Opinie biegłych psychologów wydane po udziale w przesłuchaniu świadka, mimo że biegłym zdarza się, gdy zaczynają opiniować o wiarygodności, wykraczać poza granice swej wiedzy specjalnej i poza procesowe kompetencje biegłego, ewidentnie wkraczając (co z tego, że często za przyzwoleniem sądu) w obszar zarezerwowany dla organu procesowego, **bywają przez sądy nagminnie przeceniane.**

Natomiast opinie biegłych psychologów uzupełniające opinie psychiatryczne dotyczące stanu zdrowia psychicznego, a szczególnie **poczytalności, są z zasady niedoceniane i nie są w pełni wykorzystane, z oczywistą szkodą dla pełnego ustalenia winy, a w konsekwencji dla wydanego wyroku.**

W procesie karnym ocena stanu zdrowia psychicznego podejrzanego, a szczególnie oskarżonego, jest bowiem istotna dla oceny stanu jego winy.

Uznanie, że podejrzanym (oskarżonym) „z powodu choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innego zakłócenia czynności psychicznych nie mógł w czasie czynu rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem” (art. 31 § 1 k.k.), jest tożsamy z uznaniem jego pełnej niepoczytalności. A osoba niepoczytalna nie popełnia przestępstwa. Niepoczytalność eliminuje bowiem winę. Wina zaś jest koniecznym składnikiem przestępstwa. Bez winy nie ma przestępstwa, pozostaje jedynie niezawiniony „czyn zabroniony”. A zatem osoba niepoczytalna jako niepopelniająca przestępstwa nie podlega karze. Jeśli jednak czyn zabroniony popełniony przez osobę niepoczytalną jest czynem o znacznej społecznej szkodliwości, a nadto zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że osoba ta popełni taki sam lub podobny czyn ponownie, sąd orzeka umieszczenie takiej osoby w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym (por. art. 94 § 1 k.k.).

Obok niepoczytalności pełnej, opisanej w art. 31 § 1 k.k., Kodeks karny w art. 31 § 2 stanowi, że gdy poczytalność, a więc zdolność rozpoznania zna-

czenia swego czynu lub zdolność pokierowania swoim postępowaniem, jest „ograniczona w stopniu znacznym”, sąd może, po pierwsze, zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, może też orzec umieszczenie sprawcy w zakładzie karnym, w którym stosuje się „szczególne środki lecznicze lub rehabilitacyjne” (art. 95 § 1 k.k.).

W praktyce opiniowanie o stanie zdrowia psychicznego w celu oceny poczytalności ogranicza się do stwierdzenia lub nie stwierdzenia „niepoczytalności” lub „poczytalności ograniczonej w stopniu znacznym”. Zwykle skwitowane jest to we wnioskach opinii zdaniem: „przesłanki z art. 31 § 1 k.k. ani art. 31 § 2 k.k. nie zachodzą”. Z logicznego punktu widzenia, jeśli istnieje „poczytalność ograniczona w stopniu znacznym”, to musi istnieć też „poczytalność ograniczona w stopniu mniej niż znacznym”. Taka poczytalność „ograniczona w stopniu mniej niż znacznym” jest oczywiście bez znaczenia z punktu widzenia ewentualnego zastosowania art. 31 § 1 k.k. lub art. 31 § 2 k.k.

Ale czy naprawdę jest bez znaczenia w procesie karnym? Artykuł 53 k.k. mówi między innymi o „stopniu winy”. A zatem wina jest stopniowalna. Skoro poczytalność jest składnikiem winy, to jej umniejszenie choćby w stopniu „mniej niż znacznym” umniejsza (choćby w stopniu „mniej niż znacznym”) też winę.

Przywołany art. 53 k.k. stanowi też, że „dolegliwość kary nie może przekraczać stopnia winy”. A zatem umniejszenie (choćby w „stopniu mniej niż znacznym”) winy powinno mieć wpływ na wymiar kary. Zwracano na to uwagę już w literaturze, dodając, że jest to istotne także przy ocenie „właściwości i warunków osobistych sprawcy”, które należy uwzględnić przy wymiarze kary⁷. Defekty psychiczne powinny bowiem działać odciążająco przy wymiarze kary, a każde ograniczenie poczytalności rzutuje na ocenę winy sprawcy⁸.

Nawiasem mówiąc – samo ustalenie, czy ograniczenie poczytalności jest znaczne, czy znaczne nie jest, jest kwestią oceną, przy czym brak tu wyraźnych kryteriów. Andrzej Wąsek⁹ słusznie twierdził, że „w doktrynie prawa karnego i psychiatrii nie wypracowano dotąd i wątpliwe jest, aby miało to kiedykolwiek nastąpić – ścisłych kryteriów wyznaczania zakresu terminu «w znacznym stopniu ograniczona»”.

Rzecz ciekawa, że z reguły tak sądy, jak i niestety obrońcy nie próbują dociekać, czy w szczególności stwierdzone przez biegłego psychologa zaburzenia osobowości nie umniejszają poczytalności oskarżonego (podejrzanego) choćby w stopniu „mniej niż znacznym”. Trzeba pamiętać, że przepis art. 31 k.k. zna dwie formy niepoczytalności. Są to: „niemożność rozpoznania znaczenia czynu” i „niemożność pokierowania swoim postępowaniem”. Obydwie formy są równoważne. Obydwie też muszą być spowodowane jedną z trzech wymienionych w tym artykule przyczyn: chorobą psychiczną, upośledzeniem umy-

⁷ M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991, s. 75.

⁸ A. Zoll, *Niepoczytalność* (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 1998, t. 1, s. 291.

⁹ A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 1999, t. 1, s. 392.

słowem lub innym zakłóceniem czynności psychicznych. Rozważenia wymaga zatem, czy zaburzenia osobowości, niebędące chorobą psychiczną ani niedorozwojem umysłowym, po pierwsze, należą do „innych zakłóceń czynności psychicznych” i po drugie, czy mogą wpłynąć (choćby w stopniu mniej niż znacznym) na „zdolność pokierowania postępowaniem”.

Kodeks nie określa, co rozumie przez „inne zakłócenie czynności psychicznych”, podając jedynie, że chodzi tu o takie zakłócenia, które nie są chorobą psychiczną ani upośledzeniem umysłowym.

To „inne zakłócenie czynności psychicznych” znane było już Kodeksowi karnemu z 1932 r.¹⁰ (art. 17 § 1 k.k. z 1932 r.). Dla Władysława Woltera¹¹ „inne zakłócenie czynności psychicznej, nie będące ani niedorozwojem, ani chorobą psychiczną” to „wypadki chwilowego zaburzenia funkcji psychicznych o charakterze fizjologicznym (nie patologicznym) lub też patologicznym. Do pierwszej grupy należą wypadki: jak «sen», oraz «hipnoza», do drugiej grupy: psychozy na tle chorób zakaźnych (majaczenia gorączkowe) lub w szczególności na tle zatruc toksynami (alkohol, morfina, kokaina itd.), a także afekt patologiczny”. Trzeba jednak pamiętać, że słowa te pisane były w czasach zupełnie innego stanu wiedzy psychiatrycznej, a już szczególnie psychologicznej, zanim zostały dobrze zdefiniowane takie pojęcia jak osobowość, jej typy, a tym bardziej zaburzenia. Również komentarz do Kodeksu karnego J. Bafii, K. Mioduskiego i M. Siewierskiego¹² wśród przykładowo wymienionych „innych zakłóceń psychicznych” nie wymienia zaburzeń osobowości.

Współcześnie zdaje się nie ulegać wątpliwości, że zaburzenia osobowości należą do tych „innych zakłóceń psychicznych”, mogą mieć wpływ na poczytalność¹³. Zdaniem Zolla¹⁴, który powołuje się w tej mierze na zdanie prawników i psychiatrów¹⁵, psychopaci mają zachowaną możliwość rozpoznania znaczenia swego czynu, ale stopień zakłócenia sfery emocjonalnej, woluntatywnej lub popędów może być tak znaczny, że możliwość pokierowania swoim postępowaniem mogą mieć ograniczoną w stopniu znacznym lub w ogóle wyłączoną¹⁶.

Również w nowszym *Komentarzu do Kodeksu karnego* pod red. A. Zolla¹⁷ do innych zakłóceń czynności psychicznych (w rozumieniu art. 31 § 1 k.k.) zaliczane są „różnego rodzaju anomalia osobowości (psychopatie)”¹⁸. Jednak psychopatia [dziś nie używa się już z zasady tej nazwy, mówi się o zaburzonej osobowo-

¹⁰ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1932 r. nr 60 poz. 571).

¹¹ W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego*, Kraków 1933, s. 179; por. także I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 136.

¹² J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 102.

¹³ Por. A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 392.

¹⁴ A. Zoll, *Niepoczytalność...*, s. 288–289.

¹⁵ Por. M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria...*, s. 219.

¹⁶ Por. M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria...*, s. 219.

¹⁷ *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Kraków 2004, t. 1, s. 557.

¹⁸ *Kodeks karny...*, red. A. Zoll, s. 557.

ści dys socjalnej, asocjalnej (tak nazywa je klasyfikacja ICD-10), antysocjalnej (klasyfikacja DSM)] to nie jedyne znane psychologii klinicznej i psychiatrii zaburzenie osobowości, które może ograniczać „zdolność pokierowania swoim postępowaniem”.

Ponadto zaburzenia osobowości należące niewątpliwie do „innych zakłóceń czynności psychicznych” (o których mowa w art. 31 k.k.) w pewnych sytuacjach mogą skutkować osłabioną możliwością pokierowania swoim postępowaniem. W literaturze spotkać można nawet pogląd, że do sprawców wykazujących zaburzenia psychopatyczne zastosowanie może znaleźć instytucja ograniczonej poczytalności, a wyjątkowo nawet niepoczytalności¹⁹. Praktyka sądów polskich wykazuje – jak pisze Wąsek – daleko idącą powściągliwość w tej kwestii, z zasady nie uznając psychopatii za przyczynę poczytalności wyłączonej, a nawet ograniczonej w stopniu znacznym²⁰.

Zdaje się nie ulegać wątpliwości, że głębokie zaburzenia osobowości, szczególnie o charakterze psychopatycznym (dziś, jak wspomniano wyżej, zwane najczęściej osobowością asocjalną, dys socjalną lub antysocjalną), skutkujące zaburzeniami popędów, uczuciowości lub woli²¹, powodują, że zdolność pokierowania swoim postępowaniem jest często u psychopaty nie taka, jak u ludzi pełnowartościowych psychicznie, jest ona inna, w mniejszym lub większym stopniu wypaczona²². W zasadzie wśród psychiatrów panuje zgoda co do tego, że stwierdzenie psychopatycznych zaburzeń osobowości nie uzasadnia na ogół przyjęcia ograniczenia poczytalności w stopniu znacznym, ale z całą pewnością z reguły pociąga za sobą ograniczenie poczytalności w jakimś stopniu, choćby „mniej niż znacznym”.

Trzeba jednak podkreślić, że zdolność pokierowania swoim postępowaniem jest niewątpliwie upośledzona także przy innych niż psychopatia zaburzeniach osobowości. Z całą pewnością zdolność pokierowania swoim postępowaniem może ograniczać nadmierna wrażliwość na niepowodzenia i odrzucenie, typowa dla osobowości paranoicznej (F.60.0 w klasyfikacji ICD-10)²³, wyraźna niewrażliwość wobec obowiązujących norm i konwencji społecznych, gdy lekceważenie takich norm i konwencji nie jest zamierzone, typowe dla osobowości schizoidalnej (F.60.1), niska tolerancja frustracji i niski próg wyzwalania agresji, w tym zachowań gwałtownych, przy równoczesnym nieliczeniu się z uczucia-

¹⁹ Por. K. Spett, *Poczytalność charakteropatów*, „Palestra” 1969/13/5 (137), s. 30–34; L. Uszkiewiczowa, *Zarys psychiatrii sądowej*, Warszawa 1972, s. 146; J. Leszczyński, *Z problematyki karania psychopatów*, „Palestra” 1975/11, s. 34–35; M. Tarnawski, *Odpowiedzialność karna sprawców dotkniętych zaburzeniami psychopatycznymi*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1978/2, s. 25.

²⁰ Por. A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 392.

²¹ A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 219.

²² A. Wąsek, *Kodeks...*, s. 219; por. także W. Łuniewski, *Zarys psychiatrii sądowej. Część ogólna*, Warszawa 1950, s. 168; por. także R. Dreszer, *Zarys psychiatrii dla medyków i prawników*, Warszawa 1962, s. 96.

²³ Por. *Klasyfikacja zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania ICD-10. Badawcze kryteria diagnostyczne*, Kraków–Warszawa 1999, s. 116.

mi innych, typowe dla osobowości dyssocjalnej (F.60.2), a szczególnie wyraźna skłonność do działań impulsywnych, bez uwzględniania ich konsekwencji, łatwość wybuchania gniewem lub przemocą, z niezdolnością do panowania nad gwałtownymi zachowaniami, typowe dla osobowości chwiejnej emocjonalnie (F.60.3)²⁴.

Oczywiście wszystkie te zaburzenia osobowości mogą, ale nie muszą, umniejszać poczytalność w jakimkolwiek stopniu. Zależać to będzie od rodzaju przestępstwa i okoliczności jego popełnienia.

Dla sprawcy przestępstwa gospodarczego czy przeciw mieniu, popełnionego z rozmysłem, z zasady będą one bez znaczenia. Mogą być też bez znaczenia nawet w przypadku przestępstw agresywnych przeciwko życiu i zdrowiu, popełnionych *cum dolo premeditatus* (z premedytacją). Z całą jednak pewnością będą ograniczały zdolność pokierowania swoim postępowaniem co najmniej w stopniu mniej niż znacznym w przestępstwach popełnionych z zamiarem nagłym (*dolus repentinus*).

Dotyczy to z całą pewnością takich przestępstw jak zabójstwo z motywów emocjonalnych (w szczególności popełnionych w afekcie, czyli w stanie silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami, o jakim mowa w art. 148 § 4 k.k.), a także wszystkich innych przestępstw agresywnych, szczególnie przeciwko życiu i zdrowiu. Przy takich przypadkach opinia biegłego psychologa dotycząca osobowości sprawcy nabiera szczególnego znaczenia, zwłaszcza wtedy, gdy biegli psychiatrzy stwierdzą, że nie ma podstaw do przyjęcia niepoczytalności w rozumieniu art. 31 § 1 k.k. lub poczytalności ograniczonej w stopniu znacznym, w rozumieniu art. 31 § 2 k.k. O ile jednak biegli psychiatrzy mogą stwierdzać i diagnozować ewentualną chorobę psychiczną lub stwierdzać jej brak, o tyle ocena osobowości (nawet jej pomiar), jej zaburzeń i rodzaju zaburzeń należy do psychologów.

Tak więc rozpoznanie i ewentualnie ocena wielkości zaburzeń osobowości, które w konkretnej sytuacji mogą ograniczyć choćby w sposób mniej niż znaczny zdolność pokierowania swoim postępowaniem, a więc ograniczyć poczytalność, a w konsekwencji wpłynąć łagodząco na wymierzaną karę, jest ważnym zadaniem biegłego psychologa. Wykonania tego zadania domagać się powinien od biegłych psychologów w pierwszej kolejności sąd, ale także strony procesowe, w szczególności obrona. Obserwacja praktyki skłania do stwierdzenia, że najczęściej ani sąd, ani obrona tego nie robią.

²⁴ *Klasyfikacja...*, s. 116–117.

ABSTRACT

adw. prof. dr hab. Jan Widacki

The author is an advocate at the District Bar Association in Kraków, a full professor, dean of the Faculty of Law, Administration and International Relations and head of the Department of Criminalistics, Criminology and Police Science at the A. Frycz-Modrzewski Academy of Krakow. He is a member of: Commission of Legal Sciences of the Polish Academy of Sciences, Krakow Branch (chairman), Legal Commission of the Polish Academy of Arts and Sciences (vice-chairman), American Polygraph Association, Polish Society of Forensic Medicine and Criminology, Polish Society of Criminology, S. Batavia Society of Criminology, Society of Forensic Psychiatry, Scientific Society of Criminal Law, Polish Association of Polygraph Research.

The overestimated and underestimated role of expert psychologist in criminal trial

As a rule, an expert psychologist can participate in a criminal case in one of two roles. The first one is participation in interviewing a witness if "there is any doubt as to the witness' mental condition, his/her intellectual development, or ability to perceive or recollect the things perceived". In this case, the legal grounds for appointment of an expert for this task are found in Art. 192 § 2 of the Polish Code of Criminal Procedure (CPC).

The other role is making statements on the responsibility of the accused (defendant). As set in Art. 202 § 2 of the CPC, the two psychiatrists delivering an opinion on the mental state of the accused may additionally require the appointment of an additional expert or experts of other specialities. This in most cases is an expert psychologist, and at times an expert sexologist. An expert psychologist appointed in this manner delivers an opinion which is an autonomous part of the whole psychiatric opinion.

As much as the opinions of expert psychologists issued after participation in witness interviews are as a rule overrated in practice, and the experts themselves, often acting at the behest of the court, prepare opinions on the credibility of witness's statements that exceed the scope of their remit set forth in Art. 192 § 2 of the CPC, and furthermore beyond the limits of their psychological competences, the psychological opinions complementing those of the psychiatrists are as a rule undervalued. In these opinions, expert psychologists describe the personality of the accused (defendant), in particular his/her disorders, levels of mental and emotional development, etc.

Even if confirmation of personality disorders were to have no bearing on the assessment of responsibility (sanity), or significantly diminished responsibility (within

the meaning of Art. 31 § 1 and § 2 of the Criminal Code), it can be significant for recognising responsibility diminished in a degree lesser than significant, which may at times influence the penalty. According to Art.53 of the Criminal Code, the severity of sentence must not exceed the degree of guilt. Because sanity is an important part of guilt, diminished sanity always means diminished guilt.

Keywords: *psychologist as expert-witness, psychologist in criminal trial, credibility, sanity diminished*

adw. prof. dr hab. Jan Widacki

Autor jest adwokatem Izby Adwokackiej w Krakowie, profesorem zwyczajnym, dziekanem Wydziału Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych oraz kierownikiem Katedry Kryminalistyki, Kryminologii i Nauki o Policji Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego. Jest członkiem: Komisji Nauk Prawnych PAN Oddział w Krakowie (przewodniczący), Komisji Prawniczej Polskiej Akademii Umiejętności (wiceprzewodniczący), American Polygraph Association, Polskiego Towarzystwa Medycyny Sądowej i Kryminologii, Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego, Towarzystwa Kryminologicznego im. S. Batawii, Towarzystwa Psychiatrii Sądowej, Towarzystwa Naukowego Prawa Karnego, Polskiego Stowarzyszenia Badań Poligraficznych.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Andrejew Igor, Świda Witold, Wolter Władysław, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973

Bafia Jerzy, Mioduski Krystian, Siewierski Mieczysław, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977

Boratyńska Katarzyna T., Górski Adam, Sakowicz Andrzej, Ważny Andrzej, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2012

Cieślak Marian, Spett Karol, Szymusik Adam, Wolter Władysław, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991

Dreszer Ryszard, *Zarys psychiatrii dla medyków i prawników*, Warszawa 1962

Kryminalistyka, red. J. Widacki, Warszawa 2018

Leszczyński Juliusz, *Z problematyki karania psychopatów*, „Palestra” 1975/11 (215)

Luniewski Witold, *Zarys psychiatrii sądowej. Część ogólna*, Warszawa 1950

- Pużyński Stanisław, Wciórka Jacek**, *Klasyfikacja zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania ICD-10. Badawcze kryteria diagnostyczne*, Kraków–Warszawa 1999
- Tarnawski Maciej**, *Odpowiedzialność karna sprawców dotkniętych zaburzeniami psychopatycznymi*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1978/2
- Uszkiewiczowa Lidia**, *Zarys psychiatrii sądowej*, Warszawa 1972
- Vrij Aldert**, *Wykrywanie kłamstw i oszukiwania. Psychologia kłamania i konsekwencje dla praktyki zawodowej*, tł. pol., Kraków 2009
- Wąsek Andrzej**, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 1999, t. 1
- Widacki Jan**, *Próby oceny prawdomówności w procesie karnym*, „Palestra” 2012/3–4
- Wolter Władysław**, *Zarys systemu prawa karnego*, Kraków 1933
- Zoll Andrzej**, *Niepoczytalność* (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 1998, t. 1

Pojęcia kluczowe: *mir domowy, obrona konieczna, prawo do prywatności, kontraty, zamach bezprawny*

Artykuły

Anna Czesnowicka

PRAWNOKARNA OCHRONA MIRU DOMOWEGO W KONTEKŚCIE GRANIC OBRONY KONIECZNEJ

1. WPROWADZENIE

„Mój dom jest moją twierdzą” – ta sformułowana przez prawnika i sędziego Edwarda Coke’a w jego dziele *Institutes of the Law of England* z 1628 r. maksyma pozostaje mocno zakorzeniona w prawie angielskim, jednakże prawo do obrony przed bezprawnymi zamachami polegającymi na naruszeniu miru domowego objęte jest prawnokarną ochroną także w porządkach prawnych wielu państw europejskich.

Każdy z nas chce się czuć bezpiecznie we własnym domu. Naturalne wobec tego jest podejmowanie działań obronnych w sytuacji zamachu polegającego na wtargnięciu do przestrzeni mieszkalnej. Niemniej w polskim systemie prawnym absolutna obrona konieczna nie istnieje, legalność działań obronnych zależy zaś od spełnienia szeregu warunków. Przedmiotem analizy pozostaje zatem problematyka prawnokarnej ochrony prawa człowieka do spokojnego zamieszkiwania, wolnego od zakłóceń przez osoby niepożądane, rozważana przez pryzmat granic legalności działań obronnych. Problem ten nie ma tylko wymiaru teoretycznego, bowiem – jak wskazują statystyki – pomimo zauważalnego na przestrzeni ostatnich lat spadku przestępczości liczba przestępstw z art. 193 k.k. pozostaje na dość stabilnym poziomie (w 1999 r. – 2004, w 2009 r. – 2581, w 2019 r. – 2452, w 2020 r. – 2290)¹.

¹ <https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwno-4/63488,Naruszenie-miru-domowego-art-193.html> (dostęp: 27.08.2022 r.).

2. MIR DOMOWY A PRAWO DO PRYWATNOŚCI

Zgodnie ze słownikiem języka polskiego „mir” jest definiowany jako zgoda, pokój, a ponadto posłuch, szacunek i poważanie, jakie ma ktoś u innych ludzi². W dawnym prawie polskim terminem „mir domowy” określana była szczególna ochrona przyznawana przez monarchę niektórym osobom lub miejscom³. Pod sformulowaniem tym określano także nietykalność mieszkania, czyli „pokój domu” przysługujący jednostce⁴. Z kolei aktualna słownikowa definicja miru domowego to „spokój zamieszkiwania jako przedmiot ochrony prawa karne-go”⁵. Wydaje się zatem, że pojęcie to tłumaczyć można nie tylko jako poszanowanie i nienaruszalność mieszkania, ale także zagwarantowanie osobie uprawnionej prawa do spokoju i niezakłóconego wykonywania woli we własnym mieszkaniu⁶.

Już w najstarszych znanych ustawach można dostrzec pierwsze wzmianki o ochronie nienaruszalności mieszkania. Nie sposób nie wspomnieć o Kodeksie Hammurabiego, który w art. 21 przewidywał odpowiedzialność karną za włamanie się do domu⁷. Wtargnięcie do cudzego domu stanowiło także jedno z zachowań karalnych na gruncie *lex Cornelia de iniuriis*, przyjętego około 81 r. p.n.e. Rzymski odpowiednik współczesnego naruszenia miru domowego kwalifikował omawiany czyn jako postać naruszenia czci⁸.

Ochrona miru domowego rozumiana inaczej jako ochrona prawa jednostki do pozostawania w spokoju w zaciszu domowym znajduje swoje uzasadnienie w jednym z podstawowych praw człowieka – prawie do prywatności, którego ochrona gwarantowana jest tak na gruncie międzynarodowym, jak i krajowym. Zgodnie z art. 17 MPPOiP⁹ nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię. Każdy ma prawo do ochrony prawnej przed tego rodzaju ingerencjami i zamachami. W orzecznictwie Komitetu Praw Człowieka wskazuje się, że pojęcie „dom” odnosi się nie tylko do budynków mieszkalnych, ujmowanych jako podstawowe miejsce zamieszkania lub przebywania jednostki, lecz także domów weekendowych, altan ogrodowych, pomieszczeń gospodarczych, terenów ogrodów, garaży,

² Słownik języka polskiego, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/mir.html> (dostęp: 20.06.2022 r.).

³ Słownik języka polskiego, <https://sjp.pl/mir> (dostęp: 20.06.2022 r.).

⁴ T. Bojarski, *Karnoprawna ochrona nietykalności mieszkania jednostki*, Lublin 1992, s. 22.

⁵ *Encyklopedia PWN*, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/mir-domowy;3941894.html> (dostęp: 27.08.2022 r.).

⁶ T. Bojarski, *Karnoprawna ochrona...*, s. 41–42 oraz podana tam literatura.

⁷ „Jeśli obywatel (w ścianie) domu wyłom uczynił, przed wyłomem tym zabije się go i powiesi go”. M. Stępień, *Kodeks Hammurabiego*, <http://biblioteka.kijowski.pl/antyk%20azjatycki/01.%20hammurabi%20-%20kodeks.pdf> (dostęp: 27.08.2022 r.).

⁸ W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962, s. 418.

⁹ Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r. (Dz.U. z 1977 r. nr 38 poz. 167).

przyczep kempingowych czy łodzi. Nie jest bowiem istotny posiadany przez jednostkę tytuł do zajmowania danego terenu (np. prawo własności, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu, umowa najmu, dzierżawy), ale istnienie samego uprawnienia do jego użytkowania¹⁰. Komitet dopuszcza rozszerzającą wykładnię słowa „dom” poprzez objęcie ochroną także miejsc związanych nie tylko z prywatnym życiem jednostki, ale też utożsamianych ze sferą publicznej aktywności, słusznie podkreślając jednak, że interpretacja tego pojęcia nie może iść tak daleko, aby mogła obejmować całe terytorium państwa¹¹. Warto przy tym dodać, że z poszanowaniem mieszkania wiąże się nie tylko nienaruszalność ściśle zdefiniowanej przestrzeni, ale także prawo do spokojnego korzystania z niej. Naruszeniem takiego prawa będzie nie tylko wtargnięcie na teren domu, ale także umieszczenie na jego terenie podsłuchów czy ukrytych kamer, a także poważne zakłócenia funkcjonowania środowiska naturalnego w miejscu stałego przebywania jednostki¹².

Podobnie przyjmuje się w orzecznictwie strasburskim wyrażonym na gruncie art. 8 EKPC¹³, gdzie pod pojęciem mieszkania rozumie się określone miejsce, fizycznie zdefiniowaną przestrzeń, w której rozwija się życie prywatne i rodzinne człowieka, i to niezależnie od tego, czy uprawniony tam mieszka na stałe, czy też jedynie okazjonalnie. Istotny jest nie tytuł prawny, ale istnienie wystarczających i nieprzerwanych więzi z danym miejscem¹⁴. Powoduje to, że nawet nielegalne zajmowanie lokalu nie stanowi przeszkody do uznania go za dom¹⁵. Ponadto zakresem ochrony objęte mogą być także pomieszczenia służące działalności gospodarczej lub zawodowej osób prywatnych. Stanowisko takie zostało wyrażone w sprawie *Niemietz przeciwko Niemcom*, zainicjowanej skargą adwokata na dokonane na podstawie nakazu sądowego przeszukanie jego kancelarii¹⁶. Trybunał zauważył bowiem, że często trudno rozdzielić sferę prywatną i zawodową, ponieważ działalność zawodowa może być prowadzona w pomieszczeniach prywatnych, sprawy prywatne zaś mogą równie dobrze być prowadzone w biurze lub lokalach handlowych. Niemniej terminologii tej nie można stosować do miejsc powszechnie dostępnych dla publiczności i nie-

¹⁰ A. Gliszczyńska-Grabias, K. Sękowska-Kozłowska (w:) *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 17.

¹¹ Decyzja KPCz z 1.11.1996 r. w sprawie 538/1993 *Stewart p. Kanadzie* (skarżący, starając się uniknąć ekstradycji, stał na stanowisku, że również Kanada jako państwo jest jego domem).

¹² A. Gliszczyńska-Grabias, K. Sękowska-Kozłowska (w:) *Międzynarodowy pakt...*, komentarz do art. 17.

¹³ 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 ze zm.).

¹⁴ Wyrok *Andreou Papi v. Turcja* z 22.09.2009 r., skarga nr 16094/90.

¹⁵ Decyzja Komisji *McGonnell v. Wielka Brytania* z 22.01.1998 r., skarga nr 28488/95.

¹⁶ Wyrok *Niemietz v. Niemcy* z 16.12.1992 r., skarga nr 13710/88, LEX nr 81278. Podobne stanowisko wyrok ETPCz z 7.06.2007 r. (71362/01), *Smirnov v. Rosja*, LEX nr 290047.

związanych z aktywnością stanowiącą istotną część życia prywatnego¹⁷. Termin „mieszkanie” nie obejmuje przy tym gruntów, na których planuje się zbudowanie domu, ani stron rodzinnych osoby, która przestała tam mieszkać¹⁸.

Przywołany powyżej międzynarodowy wzorzec ochrony prywatnej przestrzeni życiowej znajduje swoją kontynuację na gruncie prawa krajowego, przy czym ze względu na tematykę opracowania dalsze rozważania zostaną ograniczone do prawnokarnego aspektu ochrony miru domowego, o którym mowa w art. 193 k.k. Przepis ten, podobnie jak jego poprzednicy, a to art. 252 k.k. z 1932 r.¹⁹ i art. 171 k.k. z 1969 r., został umiejscowiony w rozdziale penalizującym przestępstwa przeciwko wolności. Obowiązujący ówczesnie art. 252 k.k., a następnie wspomniany art. 171 k.k. penalizował wdzieranie się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia, przedsiębiorstwa, posiadłości ogrodzonej w związku z mieszkaniem lub ogrodzonej i służącej za miejsce pobytu, albo nieopuszczenie, wbrew żądaniu osoby uprawnionej, wyżej wymienionych miejsc. W ocenie ustawodawcy przedmiotem ochrony pozostawała wolność rozumiana szeroko jako wolność polegająca na „możności czynienia tego, co się chce powinno i nieczynienia tego, czego się nie ma obowiązku chcieć”²⁰. Tym samym naruszenie miru domowego stanowiło na gruncie stanu prawnego z 1932 r. przestępstwo przeciwko wolności jednostki, stanowiące złamanie prawa wyłącznego swobodnego przebywania w domu, mieszkaniu, lokalu itd. Dla przestępnego działania rozstrzygający był nie sposób dostania się do cudzego mieszkania (np. czy doszło do przełamania przeszkód fizycznych), lecz fakt, czy mieści ono w sobie naruszenie swobody dyspozycji mieszkaniem, wobec czego relewantne pozostawały wszelkie sposoby przedostania się bez zgody, chociażby domniemanej, osoby uprawnionej, a więc gwałtem, podstępem, pod fałszywym pozorem, otwarciem drzwi dopasowanym kluczem itp.²¹

Obecne brzmienie art. 193 k.k. penalizujące przestępstwo naruszenia miru domowego wskazuje, że karze podlega ten, kto wdzierają się do cudzego obiektu lub go nie opuszcza mimo żądania osoby uprawnionej. Przedmiotem karnoprawnej ochrony jest prywatność, wolność oraz swobodne i niezakłócone korzystanie z wymienionych w tym przepisie pomieszczeń, w tym z mieszkania, rozumianego nie tylko jako pomieszczenie wyodrębnione ścianami w budynku, ale także każde miejsce, które spełnia funkcję zamieszkiwania, nawet w sposób prowizoryczny czy przypadkowy, jak np. namiot, pokój gościa hotelowego, altana²². Często „wdarcie się” następuje po pokonaniu jakiejś przeszkody czy po

¹⁷ Raport Komisji *Pentidis i inni v. Grecja* z 7.02.1996 r., skarga nr 23238/94.

¹⁸ Wyrok *Loizidou v. Turcja* z 18.12.1996 r., LEX nr 79873.

¹⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 60 poz. 571 ze zm.).

²⁰ *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego*, Warszawa 1921–1931, t. 5, z. 4, s. 198.

²¹ Wyrok SN z 15.04.1935 r. (III K 196/35), OSN 1935/12, poz. 500.

²² Por. A. Błachnio, *Przekroczenie granic obrony koniecznej z art. 25 § 2a KK*, „Monitor Prawniczy” 2018/6, s. 300.

przewycięzeniu trudności²³, przy czym pokonanie takich trudności czy stosowanie siły fizycznej nie stanowi warunku realizacji wskazanego znamienia. „Wdarcie się” to bowiem nie tyle fizyczne pokonanie przeszkody, ile przełamanie woli osoby uprawnionej. Zachowanie to może być zrealizowane nie tylko poprzez wykorzystanie przymusu, przemocy, groźby bezprawnej, podstępny czy wykorzystanie czyjejs nieporadności²⁴, wykorzystanie kodów zabezpieczających chroniących przed dostępem do wnętrza domu, mieszkania, lokalu lub terenu czy też podkopanie się pod nie i wejście do środka²⁵, ale także poprzez wejście siłą, przy użyciu podstępny, potajemnie, przez otwarte okno, uchylone drzwi czy otwarcie ich dorobionym kluczem²⁶. Dodać należy, że najczęściej to nie samo wdarcie będzie celem napastnika, ale będzie ono poprzedzało zamach właściwy, np. dokonanie kradzieży. Relewantna pozostaje każda podstawa prawna do dysponowania pomieszczeniem, w związku z czym osobą uprawnioną w rozumieniu art. 193 k.k. będzie nie tylko właściciel domu, mieszkania, pomieszczenia, ogrodzonego terenu lub lokalu, ale także najemca lub osoba upoważniona przez gospodarza tego miejsca, na przykład dozorca domu czy sąsiad²⁷, o ile pomieszczenia takie pozostają w dyspozycji danej osoby w sposób stały lub przemijający²⁸.

W doktrynie i w orzecznictwie sporna pozostaje kwestia, czy prawnokarna ochrona miru domowego rozciąga się także na korzystanie z lokali użytkowych i innych pomieszczeń publicznych. Za dopuszczalnością takiej ochrony coraz częściej opowiada się orzecznictwo. Już w uchwale z 13.03.1990 r. wydanej na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że pokrzywdzonym omawianym przestępstwem może być także osoba prawna, instytucja państwowa lub społeczna, choćby nie miała ona osobowości prawnej, albowiem brzmienie przepisy i jego wykładnia nie dają podstawy do twierdzenia, że wymienione w nim obiekty są przedmiotem ochrony prawnej wyłącznie wtedy, gdy należą do osób fizycznych²⁹. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazał, że „ze względów oczywistych pojęcie wolności osobistej łączy się tylko z człowiekiem, ale osoba taka może wyrażać swoją wolę we własnym imieniu lub jako organ uprawniony do działania w imieniu podmiotów nie będących osobami fizycznymi”. Nie sposób odnieść się w tym miejscu do wciąż istniejącego, chociaż już raczej w mniejszym natężeniu, sporu doktrynalnego w tym zakresie, nie pozwalają bowiem na to ramy artykułu. O ile słuszne pozostają racje przemawiające za postulatem wprowadzenia odrębnego przepisy penalizującego

²³ T. Bojarski, *Karnoprawna ochrona...*, s. 103.

²⁴ M. Królikowski, A. Sakowicz (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1, *Komentarz do art. 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 630.

²⁵ J. Lachowski (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2016, s. 928.

²⁶ T. Bojarski, *Naruszenie miru domowego (w:) System prawa karnego*, t. 4, cz. 2, *O przestępstwach w szczególności*, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, Ossolineum 1989, s. 61.

²⁷ A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, red. A. Zoll, Kraków 1999, s. 487.

²⁸ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 443.

²⁹ Uchwała SN z 13.03.1990 r. (V KZP 33/89), OSNKW 1990/7–12, poz. 23.

bezprawne zajęcie bądź nieopuszczenie lokalu, urzędu lub innej instytucji publicznej w rozdziale poświęconym przestępstwu przeciwko porządkowi publicznemu³⁰, o tyle w mojej ocenie nie ma przeszkód do uznania takich pomieszczeń za przedmiot ochrony art. 193 k.k. O ile bowiem wtargnięcie do lokalu urzędu publicznego pozostaje zamachem na funkcjonowanie tego urzędu, o tyle jednak nie przestaje być zamachem na prawo do prywatności i wolność osób fizycznych działających w imieniu tych podmiotów do swobodnego podejmowania decyzji zgodnie z własną wolą.

Powyższa analiza prowadzi do wniosku, że także na gruncie regulacji polskich pojęcie „mir domowy” w praktyce orzeczniczej podlega ewolucji i rozszerzającej wykładni. Mianowicie ochrona domu dotyczy nie tylko związków emocjonalnych z miejscem zamieszkiwania czy pobytu, a zatem nie odnosi się tylko do ochrony życia rodzinnego czy prywatnego, ale także do pomieszczeń zawodowych, zwyczajowo utożsamianych z przestrzenią publiczną i sferą publicznej aktywności.

3. KONTRATYP OBRONY KONIECZNEJ

Obrona konieczna nie jest nową instytucją, gdyż znana była pod rządami Kodeksu karnego z 1932 r. oraz z 1969 r. Już na gruncie poprzednio obowiązujących reżimów prawnych podkreślano, że instytucja ta jest wyrazem prymatu prawa nad bezprawiem. Pogląd ten jest aktualny także w obecnym stanie prawnym. Chodzi o ochronę nie tylko abstrakcyjnej idei prawa, ale także konkretnych dóbr prawnych zaatakowanych przez zamach³¹.

Wartości prawne nie funkcjonują w oderwaniu od rzeczywistości społecznej, co też niejednokrotnie może powodować zachodzące pomiędzy nimi kolizje. Zdecydowana większość dóbr prawnych nie ma też charakteru absolutnego i nie korzysta z ochrony bezwzględnej, co powoduje, że w pewnych restrykcyjnie określonych sytuacjach dopuszczalne jest ich naruszenie. Analizując koncepcję kontratypowego charakteru czynności, należy wyjść od stwierdzenia, że każda osoba realizująca określoną czynność wbrew obowiązującym regulacjom prawnym dopuszcza się zachowania sprzecznego z normą sankcjonowaną. W doktrynie i orzecznictwie często zamiennie używa się określeń „okoliczności wyłączające bezprawność czynu” i „kontratypy”. Odnosząc się do pojęcia „okoliczności wyłączające bezprawność”, Sąd Najwyższy zauważył, że co prawda ustawa wprost nie wyjaśnia tego terminu, niemniej w nauce prawa wskazuje się takie okoliczności, przy których czyn wypełniający znamiona przestępstwa nie będzie w rzeczywistości przestępstwem, na mocy bowiem przepisu prawnego lub utartej praktyki zachowania takie uważane są za zgodne z prawem³².

³⁰ T. Bojarski, *Karnoprawna ochrona...*, s. 94 i n.; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 447–448.

³¹ Zob. wyrok SN z 27.07.1973 r. (IV KR 153/73), OSNKW 1974/1, poz. 5.

³² Postanowienie SN z 11.10.2016 r. (V KK 117/16), LEX nr 2135555.

Aktualizacja okoliczności kontratypowej powoduje, że nie można mówić o czynnie bezprawnym. W dalszej konsekwencji odpada problem zawinienia sprawcy, a także stosowania jakichkolwiek środków przewidzianych przez prawo karne³³.

Zgodnie z art. 25 § 1 k.k. nie popełnia przestępstwa ten, kto odpiesa bezprawnym bezpośrednim zamachem na jakiegokolwiek dobro chronione prawem. Warunkiem dopuszczalności podjęcia działań obronnych jest zatem zaistnienie zamachu, jego bezpośredniość, bezprawność oraz skierowanie zamachu na jakiegokolwiek dobro chronione prawem. Z bezpośredniością zagrożenia mamy do czynienia nie tylko w momencie, gdy dany zamach już zachodzi, ale także wówczas, gdy istnieje wysoki stopień prawdopodobieństwa, że zagrożone atakiem dobro zostanie zaatakowane natychmiast, w najbliższej chwili³⁴. Osoba, której dobro prawne jest zagrożone, nie musi zatem biernie oczekiwać na to, aż napastnik przystąpi do ataku. Ocena bezpośredniości zamachu nie może abstrahować od całego przebiegu zdarzenia, nawet chwilowe przerwanie ataku nie dezaktualizuje bowiem uprawnień defensora do podjęcia obrony, jeżeli z okoliczności wynika, że napastnik „zmierza do powtórzenia ataku, a istnieje wysoki stopień prawdopodobieństwa, że zamiar swój zrealizuje natychmiast lub w najbliższej chwili”³⁵. Innymi słowy, prawo do obrony koniecznej pozostaje aktualne nie tylko w momencie samego ataku, czyli fizycznego zwania ze strony napastnika, ale trwa przez cały czas bezpośredniego zamachu. Przesłanka bezpośredniości nie zostanie jednak spełniona wówczas, gdy pokrzywdzony rozpocznie obronę po zakończeniu zdarzenia, w którym został wcześniej zaatakowany, ale także w sytuacji, gdy domniemany zamiar dokonania bezpośredniego, bezprawnego zamachu nie wszedł jeszcze w początkowe stadium realizacji³⁶.

Powołanie się na działanie w ramach tego kontratypu warunkowane jest ponadto odpiesaniem zamachu, działaniem motywowanym jego odparciem oraz koniecznością obrony. Sąd Apelacyjny w Łodzi w wyroku z 14.09.2000 r. podkreślił, że „obrona może mieć tylko konieczny charakter, a więc musi być podjęta w taki sposób i takimi środkami, jakie są w konkretnej sytuacji niezbędne do odparcia zamachu”³⁷. W doktrynie i judykaturze podkreśla się, że dopuszczalne jest użycie takiego narzędzia lub sposobu obrony, który nie pozostaje w ścisłej proporcji do ataku, ale pozwala na przewagę obrony nad atakiem. O ile zatem w obronie koniecznej nie istnieje zasada rycerskiej równości broni, obrona zaś ma być przede wszystkim skuteczna, o tyle podjęte działania obronne nie mogą być istotnie niewspółmierne do niebezpieczeństwa zamachu. Działanie w warunkach tej instytucji polega na podjęciu takiej akcji obronnej, jaka pozostaje

³³ Zob. szerzej A. Marek, J. Satko, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 2000, s. 14.

³⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z 18.06.2019 r. (II K 17/19), LEX nr 2691662.

³⁵ Wyrok SN z 8.02.1985 r. (IV KR 18/85), OSNKW 1985/11–12, poz. 92.

³⁶ Wyrok SN z 23.04.1974 r. (IV KR 38/74), OSNKW 1974/9, poz. 165.

³⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 14.09.2000 r. (II AKa 126/00), „Prokuratura i Prawo” 2001/6, wkładka, poz. 15.

niezbędna w celu odparcia ataku w momencie bezpośredniego zagrożenia ze strony napastnika. Skoro bowiem działanie w obronie koniecznej ma być skuteczne, to siłą rzeczy będzie swoją intensywnością przekraczać intensywność odpieranego zamachu. Problemem pozostaje jednak, w jaki sposób zbalansować skuteczny charakter obrony i wymóg współmierności działań obronnych do niebezpieczeństwa. Ocena taka nie jest prostą pochodną intensywności zamachu, ale wypadkową wielu czynników, w tym okoliczności zdarzenia, właściwości i cech atakującego i broniącego się, charakteru, natężenia i powtarzalności działań agresywnych, siły i środków zamachu oraz sposobu ich użycia czy też czasu i miejsca zamachu. Okoliczności te należy oceniać łącznie, we wzajemnym powiązaniu, nie zaś jako elementy jednostkowe, oderwane od siebie. Tym samym osoba, która broni się przed napastnikiem uzbrojonym w nóż, maczetę czy inne podobnie niebezpieczne narzędzie, może posłużyć się bronią palną i oddać strzał w jego kierunku. Inaczej jednak będzie w sytuacji, gdy napastnik nie jest uzbrojony lub został wcześniej obezwładniony. W takiej sytuacji obrona w drodze użycia broni palnej często nie będzie realizowała warunku konieczności.

Istotne pozostaje również to, czy po stronie broniącego się istnieje wymóg uprzedzenia napastnika o zamiarze obrony przy użyciu broni lub innego niebezpiecznego narzędzia. Innymi słowy, czy granice obrony koniecznej uzależnione są od wcześniejszego ostrzeżenia napastnika, postraszenia niebezpiecznym narzędziem, czy też broniący się może od razu przejść do podejmowania czynności obronnych z jego użyciem. Analiza poglądów doktryny i orzecznictwa, w tym standardu strasburskiego wyrażanego na gruncie konieczności zachowania proporcji pomiędzy dobrem zaatakowanym a poświęconym, pozwala wyróżnić w tym zakresie dwa układy sytuacyjne. Pierwszy odnosi się do sytuacji, gdy napastnik dokonuje bezprawnego zamachu, nie będąc uzbrojony w niebezpieczne narzędzie. Odpieranie takiego zamachu przy użyciu broni palnej lub innego niebezpiecznego narzędzia kosztem dobra napastnika będzie wymagało uprzedzenia. W wyroku *Giuliani i Gaggio przeciwko Włochom* ETPCz podkreślił, iż użycie broni musi być w miarę możliwości poprzedzone wyraźnym ostrzeżeniem, że za chwilę taka broń zostanie użyta, w szczególności należy oddać strzały ostrzegawcze³⁸. Podzielając takie stanowisko, należy zauważyć, że oddanie strzału z broni palnej z bliskiej odległości w kierunku innej osoby wiązać należy ze świadomością nieuchronności spowodowania u osoby, której atak pozostaje odpierany, tak dalece idących obrażeń, iż następstwem ich może być śmierć człowieka. Oczywiście jest przy tym, że ocena w tym zakresie nie może abstrahować od całokształtu okoliczności zdarzenia, jego dynamicznego przebiegu, czasu trwania, zaskoczenia defensora. Często bowiem nie będzie można wymagać od osoby broniącej się, aby oddała strzały ostrzegawcze, albowiem specyfika sytuacji i krótki czas na reakcję spowodują, że zaistnieje konieczność natychmiastowego podjęcia skutecznych działań. W przypadku

³⁸ Wyrok ETPCz *Giuliani i Gaggio przeciwko Włochom* z 24.03.2011 r., skarga nr 23458/02.

drugiej sytuacji, obejmującej takie stany faktyczne, w ramach których napastnik pozostaje uzbrojony w niebezpieczne narzędzie, trudno formułować wymóg takiego uprzedzenia. Zamach jest splotem szeregu okoliczności podmiotowo-przedmiotowych, jest to zdarzenie dynamiczne i nieprzewidywalne. Jak słusznie stwierdza SN w wyroku z 30.09.1975 r. (VI KRN 39/75): „Działanie podjęte w obronie koniecznej jest prawne i cechy tej nie pozbawia go ani brak wezwania napastnika do zaprzestania dalszego zamachu, ani też brak ostrzeżenia przez napadniętego, że użyje niezbędnego do odparcia zamachu środka w razie niezaprzestania dalszego zamachu”³⁹.

Jeśli odpieranie zamachu prowadzi do godzenia w życie napastnika, to warunkiem legalności działania obronnego jest brak innej racjonalnej możliwości uniknięcia zamachu. Taki wniosek wynika z treści art. 2 ust. 2 lit. a EKPC, zgodnie z którym spowodowanie śmierci napastnika w obronie osoby przed bezprawnie użytą przemocą jest dopuszczalne, jeżeli było to bezwzględnie konieczne, a zatem ściśle proporcjonalne do okoliczności⁴⁰. Użycie broni palnej może być usprawiedliwione także wtedy, gdy wynika z subiektywnie rozsądnego, a zatem opartego na subiektywnie uzasadnionych powodach, uczciwego i szczerzego przekonania defensora o bezwzględnej konieczności użycia takiej broni z uwagi na okoliczności chwili, nawet gdyby potem takie przekonanie okazało się błędne⁴¹. Nie można bowiem zapominać, że osoba broniąca się musi niekiedy reagować błyskawicznie w obliczu istniejącego – w jej ocenie – zagrożenia dla życia⁴². Zauważyć przy tym należy, że o ile adresatem norm konwencyjnych w pierwszej kolejności są państwa-strony Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, a zatem przepisy Konwencji odnoszą się najpierw do działań organów i funkcjonariuszy państwowych, to jednak w doktrynie prawa karnego i judykaturze przeważa stanowisko, iż przepis art. 2 ust. 2 lit. a EKPC znajduje swoje zastosowanie także w płaszczyźnie horyzontalnej, co prowadzi do konieczności uwzględniania jego treści przy interpretacji uregulowań dotyczących obrony koniecznej między osobami prywatnymi⁴³. Ocena, czy bezwzględnie konieczne było użycie siły w takim natężeniu, że spowodowało to śmierć napastnika, po-

³⁹ Wyrok SN z 30.09.1975 r. (VI KRN 39/75), LEX nr 19083.

⁴⁰ Interpretacja art. 25 § 1 k.k. przez pryzmat art. 2 EKPC przewidującego wymóg „bezwzględnej konieczności” na gruncie krajowego orzecznictwa – zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 10.01.2017 r. (II AKa 400/16), KSAG 2017/2, s. 189–199; postanowienie SN z 15.04.2015 r. (IV KK 409/14), OSNKW 2015/9, poz. 78; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 11.08.2016 r. (II AKa 269/16), LEX nr 2139386.

⁴¹ Wyrok ETPCz z 27.09.1995 r., sprawa *McCann i inni v. Wielka Brytania* (18984/91). Zob. także wyroki ETPCz: *Andronicou i Constantinou v. Cypr* z 9.10.1997 r. (25052/94), LEX nr 79566; *Mihaylova i Malinova v. Bułgaria* z 24.02.2015 r. (36613/08); *Armani Da Silva v. Wielka Brytania* z 30.03.2016 r., Wielka Izba (5878/08).

⁴² Wyrok ETPCz *Giuliani i Gaggio przeciwko Włochom* z 24.03.2011 r. (23458/02).

⁴³ P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 144–148; M. Szczepaniec, *Uregulowanie obrony koniecznej w kodeksie karnym z 1997 r. a Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999/1, s. 125.

winna być dokonywana *ex ante* i musi uwzględniać perspektywę osoby napadniętej, która odpiera bezprawny zamach, i moment tego właśnie zamachu⁴⁴. Stosując test McCann i inni, należy odpowiedzieć na pytanie, czy w chwili odpierania ataku w świetle okoliczności zdarzenia istniało subiektywnie uzasadnione jego okolicznościami przekonanie, że użycie siły jest konieczne, a zatem że nie istnieją inne możliwości odparcia zamachu. Podobnie przyjmuje się w krajowej linii orzeczniczej⁴⁵. Wskazuje się bowiem, że obrona konieczna powinna mieć charakter względnie subsydiarny: „obrona konieczna nie ma wprawdzie subsydiarnego charakteru, to jednak może mieć tylko konieczny charakter, a więc musi być podjęta w taki sposób i takimi środkami, jakie są w konkretnej sytuacji niezbędne do odparcia zamachu. A zatem odpierający bezprawny zamach na dobro chronione prawem, powinien wybierać (o ile ma możliwość wyboru) najmniej drastyczne ze skutecznych środków i sposobów obrony”⁴⁶. Nie oznacza to jednak, że osoba zaatakowana ma obowiązek ratowania się ucieczką czy ukrywania się przed napastnikiem, jeśli takie zachowania są możliwe. Chodzi o racjonalność działań, nie zaś ustępowanie przed bezprawnymi atakami, stąd też osoba taka ma prawo odpierać zamach wszelkimi dostępnymi środkami, które są konieczne do zmuszenia napastnika do odstąpienia od kontynuowania zamachu⁴⁷.

Podsumowując, osoba zaatakowana ma prawo podejmować wszelkie niezbędne działania mające na celu odparcie bezpośredniego bezprawego zamachu nie tylko przed zamachem na jej życie, ale także na inne dobra prawne, takie jak zdrowie człowieka i jego wolność. W tym zakresie dopuszczalne może być również użycie broni lub innego niebezpiecznego narzędzia, niemniej dopuszczalność taka nie jest bezwarunkowa i musi uwzględniać wymogi obrony koniecznej, w tym czy stopień użytej siły był konieczny oraz czy użyta siła była uzasadniona i proporcjonalna w danych okolicznościach. Jako przykład rażącego przekroczenia granic obrony koniecznej można wskazać strzelanie z broni palnej do poddającego się nieuzbrojonego napastnika. Użycie broni palnej w przypadku zamachu na inne dobra prawne niż życie człowieka może być uzasadnione wówczas, gdy broniący się miał racjonalne powody sądzić, że atak napastnika może przejść do etapu zagrożenia życia, za czym przemawiać będzie chociażby przebieg zdarzenia polegającego na zastosowaniu wobec broniącego się zintensyfikowanej przemocy czy też wypowiedane przez atakującego groźby pozbawienia życia.

⁴⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 30.08.2017 r. (II AKa 216/17), LEX nr 2381478.

⁴⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 22.05.2018 r. (II AKa 108/18), Legalis nr 1997064; por. postanowienie SN z 28.04.2015 r. (III KK 425/14), Legalis nr 1242234.

⁴⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 10.02.2015 r. (II AKa 6/15), LEX nr 1661290.

⁴⁷ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 14.03.2000 r. (II AKa 98/00), Legalis nr 50998.

4. PRZEKROCZENIE GRANIC OBRONY KONIECZNEJ Z PERSPEKTYWY KONSEKWENCJI PRAWNOKARNYCH

Odpieranie bezpośredniego bezprawnego zamachu, o ile mieści się w ramach granic obrony koniecznej, jest działaniem legalnym. To z kolei prowadzi do umorzenia (odmowy wszczęcia) postępowania karnego na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. z uwagi na brak przestępności czynu. Chodzi tutaj bowiem o sytuacje, które ustawodawca określa wyrażeniem „sprawca nie popełnia przestępstwa”. Przesłanka ta stanowi jedną z okoliczności warunkujących wszczęcie i prowadzenie postępowania karnego. Ustalenie bezprawności czynu nie zamyka się bowiem jedynie na stwierdzeniu sprzeczności zachowania z normą sankcjonowaną, ale także konieczne jest ustalenie, że nie występuje okoliczność, która uchyla taką bezprawność. Umorzenie postępowania przed rozprawą na posiedzeniu może jednak nastąpić tylko wówczas, gdy w sposób oczywisty z zebranego w postępowaniu przygotowawczym materiału dowodowego wynika, że zarzucony oskarżonemu czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego⁴⁸. Innymi słowy, przyjęcie występowania przesłanki umorzenia postępowania na posiedzeniu nie może być następstwem oceny wiarygodności dowodów, wówczas bowiem konieczne pozostaje przeprowadzenie rozprawy⁴⁹. W pewnych szczególnych sytuacjach (art. 25 § 2a i § 3 k.k.) przekroczenie granic obrony koniecznej będzie prowadziło do uchylenia karalności czynu, a co za tym idzie – umorzenia (odmowy wszczęcia) postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k., czyli z uwagi na niepodleganie karze. Klauzulę taką ustawodawca przewidział w szczególności w sytuacji przekroczenia granic obrony koniecznej w przypadku naruszenia miru domowego. Taki mechanizm pozostaje zgodny ze standardem strasburskim, gdzie podkreśla się, że wpisany w art. 2 Konwencji obowiązek proceduralny ochrony prawa do życia oznacza obowiązek przyjęcia przez państwa skutecznych przepisów prawa karnego odstraszających od popełniania przestępstw przeciwko osobie⁵⁰, jak i wykrywania i karania sprawców⁵¹, przy jednoczesnym pozostawieniu państwom możliwości stosowania w swoich śledztwach progowego testu dowodowego warunkującego decyzję o podjęciu ścigania albo o jego kontynuowaniu.

W konsekwencji każde przekroczenie granic obrony koniecznej jest zawsze czynem bezprawnym, przy czym nie zawsze będzie prowadziło do poniesienia odpowiedzialności karnej. Przede wszystkim nie można tracić z pola widzenia, że celem działań obronnych ma być ochrona naruszonych dóbr (zdrowia, życia, wolności, prywatności itp.), w żadnym zaś razie prywatna zemsta, prowokacja,

⁴⁸ Postanowienie SN z 9.12.2020 r. (IV KK 169/20), LEX nr 3089227.

⁴⁹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 22.06.2011 r. (II AKz 176/11), „Kraakowskie Ze-szyty Sądowe” 2011/9, poz. 50.

⁵⁰ Decyzja ETPCz *Albekov i inni v. Rosja* z 13.09.2007 r. (68216/01), LEX nr 305485.

⁵¹ L. Garlicki (w.): *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, t. 1, s. 67.

odpłata. Pomimo reakcji na bezprawny atak nie można zapominać o granicach obrony.

Z przekroczeniem granic obrony koniecznej mamy do czynienia wówczas, gdy broniący się podjął sposób obrony niewspółmierny do zamachu bądź polegający na niewspółczesności przeciwdziałania napadowi. W pierwszym przypadku zachodzi tzw. eksces intensywny polegający na naruszeniu wymogów wynikających ze znamienia konieczności obrony, a zatem wówczas, gdy istniały inne racjonalne sposoby odparcia zamachu, zastosowany sposób obrony prowadzi do zbyt daleko idącego rozmiaru naruszeń dobra napastnika, zachodzi znacząca dysproporcja między wartością dóbr napastnika i defensora⁵². W orzecznictwie, wskazując na dysproporcję pomiędzy siłą i energią napaści a sposobem obrony, podkreśla się, że „jeśli bezprawna napaść jest dostatecznie silna i energiczna, to wszelkie środki niezbędne do jej odparcia są dopuszczalne”⁵³. W drugim przypadku, tzw. ekscesu ekstensywnego, zachodzi brak korelacji czasowej pomiędzy zamachem a podjętą obroną. Obejmuje on takie działania, które zostały podjęte, zanim zamach wszedł w fazę bezpośredniości, jak i wówczas, gdy zagrożenie zamachem już ustało. Oczywiście o przekroczeniu granic obrony koniecznej możemy mówić jedynie wówczas, gdy istnieje związek przyczynowo-sytuacyjny pomiędzy podjętymi działaniami obronnymi a atakiem napastnika. Brak takiego związku wykluczy możliwość powoływania się na działania podjęte w ramach obrony koniecznej i warunkować będzie ocenę w kategoriach realizacji znamion konkretnego typu czynu zabronionego⁵⁴.

Z analizy orzecznictwa wynika, że oceny przesłanek, czy zachodzi obrona konieczna, czy też mamy do czynienia z przekroczeniem jej granic, należy dokonywać na gruncie wszystkich okoliczności konkretnej sprawy, w tym stopnia gwałtownego i agresywnego zachowania napastnika, jego właściwości, stopnia przewagi napastnika, realności zamachu, wreszcie dynamicznie rozwijającego się przebiegu zdarzenia czy nagłego i niespodziewanego charakteru ataku. Przykładowo, Sąd Apelacyjny w Warszawie na gruncie rozpoznawanej sprawy przyjął, że oddanie przez broniącego się dwóch strzałów w brzuch stanowiło przekroczenie granic obrony koniecznej (eksces intensywny), ponieważ zranienie napastnika w nogę bądź w rękę byłoby w ustalonych okolicznościach wystarczające dla odparcia zamachu⁵⁵. O przekroczeniu granic obrony koniecznej nie zadecydował zatem fakt posłużenia się bronią przez oskarżonego, ale sposób jej użycia. Sąd podkreślił, że nie istnieją żadne ogólnoteoretyczne kryteria współmierności środków i sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu. Prawidłowa tego ocena zależy zawsze od szczegółowej analizy konkretnego zdarzenia, a zwłaszcza dynamiki zamachu, która determinuje stopień zagroże-

⁵² M. Szczepaniec, *Przekroczenie granic obrony koniecznej motywowane strachem lub wzburzeniem usprawiedliwionym okolicznościami zamachu*, „Prokuratura i Prawo” 2000/9, s. 13.

⁵³ Wyrok SN z 28.01.1935 r. (IK 967/34), OSN 1935/9, poz. 366.

⁵⁴ A. Legutko-Kasica, *Eksces w obronie koniecznej*, „Przegląd Sądowy” 2011/5, s. 83.

⁵⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 8.08.2002 r. (II AKa 255/02), OSA 2003/4, poz. 30.

nia. Inaczej zatem będzie oceniana sytuacja, gdy broniący oddaje strzał do napastnika, którego celem jest „jedynie” hałaśliwe niepokojenie właściciela domu, a inaczej gdy taki strzał oddawany jest do napastnika, który wdarł się do domu, aby dokonać zgwałcenia.

5. NARUSZENIE MIRU DOMOWEGO Z PERSPEKTYWY OBRONY KONIECZNEJ

„Dom jest dla każdego jego twierdzą i fortecą i choć życie ludzkie jest bardzo cenne i uprzywilejowane w prawie, jeśli złodzieje przychodzą do cudzego domu, aby go okraść lub zamordować, a właściciel lub jego służba zabiją kogoś ze złodziei w obronie własnej lub swojej posiadłości – nie jest to zbrodnia i nie powinno się ich niczego pozbawiać”⁵⁶. Zdanie to sformułowane przez E. Coke’a stanowiło podwaliny pod przywołaną na wstępie koncepcję nienaruszalności domu i jego granic, a idąc dalej – przyznania każdemu prawa do obrony wobec tego, który wtargnął z zamiarem wyrządzenia szkody na teren prywatny. W kulturze prawnej *common law*, z której wywodzi się zasada *my home is my castle*, nie ma prostego odpowiednika polskiego przestępstwa naruszenia miru domowego. O ile ochrona przed bezprawnymi zamachami polegającymi na wejściu do cudzego domu lub na cudzy teren ukształtowana jest w tym reżimie prawnym szeroko, o tyle jednak jest to ochrona przede wszystkim na gruncie prawa cywilnego⁵⁷. W polu zainteresowania prawa karnego pozostają takie zachowania, które polegają bądź to na kierunkowym naruszeniu miru domowego, poprzez jednoczesny zamiar popełnienia kradzieży, spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu osoby tam przebywającej czy też spowodowania uszkodzeń budynku lub jakiegokolwiek rzeczy w tym budynku się znajdującej, bądź też na dokonaniu po naruszeniu miru domowego kradzieży, spowodowaniu ciężkiego uszczerbku na zdrowiu osoby tam przebywającej lub usiłowaniu dokonania tych przestępstw⁵⁸. Objęte karnoprawną regulacją są także zachowania polegające na naruszeniu miru domowego z zamiarem popełnienia przestępstwa seksualnego.

Przekroczenie granic obrony koniecznej co do zasady nie uchyla bezprawności podjętych w tych warunkach działań, aczkolwiek Kodeks karny przewiduje dwie sytuacje, określone w art. 25 § 2a k.k. oraz w art. 25 § 3 k.k., w których mimo przekroczenia takich granic, a więc działania przestępnego, następuje uchylenie odpowiedzialności karnej za popełniony czyn. Jedna z nich odnosi się do sytuacji, kiedy przekroczenie granic działań obronnych nastąpiło pod wpływem strachu lub wzburzenia i w świetle okoliczności zamachu należy uznać je za

⁵⁶ P. Kozłowska-Kalisz, *Naruszenie miru domowego w kontekście obrony koniecznej – uwagi na tle art. 25 § 2a k.k.* (w:) *Naruszenie miru domowego*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2019, s. 232.

⁵⁷ Zob. J. Herring, *Criminal Law. Text. Cases and Materials*, Oxford University Press 2014, s. 595.

⁵⁸ Theft Act 1968, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1968/60/section/9#section-9-2> (dostęp: 4.09.2022 r.).

usprawiedliwione. Strach, lęk, wzburzenie są przeżyciami silnie zindywidualizowanymi, związanymi z osobą zagrożoną przez atak napastnika. Niemniej jednak ocena, czy zaistniały takie okoliczności, powinna być dokonana na gruncie konkretnej sprawy przez pryzmat przesłanek obiektywnych, z uwzględnieniem jednocześnie właściwości i warunków osobistych sprawy. Inaczej wyrażają się te emocje w przypadku silnego, młodego mężczyzny, a inaczej w przypadku starszej schorowanej osoby. Dla skorzystania z ustawowej klauzuli niekaralności nie wystarczy jednak pozytywne ustalenie, że przekroczenie granic kontratypu było motywowane wskazanymi emocjami, gdyż konieczne jest również przesądzenie, iż było ono usprawiedliwione okolicznościami konkretnej sytuacji.

Na gruncie regulacji krajowych szczególnie prawnokarna ocena przekroczenia granic obrony koniecznej przed zamachem na mir domowy znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 25 § 2a k.k. Przepis ten dodany na mocy ustawy z 8.12.2017 r. stanowi, że „nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej, odpierając zamach polegający na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo na przylegający do nich ogrodzony teren lub odpierając zamach poprzedzony wdarciem się do tych miejsc, chyba że przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące”⁵⁹. Nie ulega wątpliwości, że przepis ten stanowi konstrukcyjne odwzorowanie treści art. 193 k.k. penalizującego naruszenie miru domowego. Prawo do spokojnego zamieszkiwania staje się zatem niejako podwójnie chronione – z jednej strony naruszenie tego prawa stanowi czyn zabroniony zagrożony karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności, z drugiej zaś – ustawodawca w sposób uprzywilejowany nakazuje traktować osobę odpierającą taki zamach.

Tożsamość pojęć użytych w obu przepisach prowadzi do wniosku, że w procesie wykładni należy interpretować je analogicznie. Warto jednak zauważyć, że przepis art. 25 § 2a k.k. posiada nieco odmienny zakres zastosowania w porównaniu z występkiem z art. 193 k.k. W konsekwencji klauzula niekaralności nie będzie miała zastosowania wówczas, gdy nastąpi wdarcie się do pomieszczenia innego niż mieszkanie, lokal, dom, bądź też co prawda dotyczy ogrodzonego terenu, ale takiego, który nie przylega do mieszkania, lokalu czy też domu. Klauzula ze wskazanego przepisu nie będzie miała także zastosowania w sytuacji, gdy zamach sprawcy polegać będzie na nieopuszczeniu mieszkania, lokalu lub ogrodzonego terenu na żądanie uprawnionego. W takiej sytuacji niepodleganie karze w przypadku przekroczenia granic działań polegających na odpieraniu bezprawnego, bezpośredniego zamachu na prawo do spokojnego zamieszkiwania oceniane będzie przez pryzmat warunków określonych w art. 25 § 3 k.k.

Ustawodawca zatem wprowadził drugi, obok działania pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami, przypadek niepodlegania karze w sytuacji przekroczenia granic obrony koniecznej. Dobrem prawnym chronionym tym przepisem pozostaje naruszenie miru domowego albo

⁵⁹ Ustawa z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 20).

inne dobro, w które godzi napastnik po uprzednim wdarciu się na zamknięty teren (np. życie, zdrowie, mienie), co powoduje, że wskazany przepis nie wyłącza karalności wszystkich zachowań związanych z obroną konieczną, a „jedynie” stanowi znaczące rozszerzenie zakresu zastosowania klauzuli niekaralności w przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej i nie zawiera warunku działania przez osobę broniącą się w stanie strachu lub wzburzenia wywołanego okolicznościami zamachu. Intencją ustawodawcy stojącą za wprowadzeniem do Kodeksu karnego nowego rozwiązania było zwiększenie ochrony domu, ale też ochrony rodziny, prawa jednostki do spokojnego, nieskrępowanego, niezakłóconego zamieszkiwania, poczucia bezpieczeństwa i prywatności jednostki. Dom bowiem jest traktowany jako materialna płaszczyzna spokojnego funkcjonowania rodziny⁶⁰. Przepis ten miał na celu zwiększenie poczucia bezpieczeństwa u obywateli poprzez zagwarantowanie bezkarności w przypadkach przekroczenia obrony w sytuacji zamachu na obszar ich prywatności⁶¹.

Przywołana regulacja nie stanowi rozszerzenia granic obrony koniecznej, gdyż każde przekroczenie tych granic pozostaje czynem bezprawnym, ale uchyla karalność czynu przekraczającego granice obrony koniecznej, który został podjęty w celu odparcia zamachu polegającego na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo na przylegający do nich ogrodzony teren, lub odpierającego zamach poprzedzony wdarciem się do tych miejsc, chyba że przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące. Uchylenie karalności w przypadku art. 25 § 2a k.k. następuje wówczas, gdy zastosowany zakres działań obronnych pozostaje współmierny do zagrożenia, przynajmniej na tyle, aby ewentualna dysproporcja między nimi nie miała charakteru rażącego, czyli – od strony językowej – oczywistego, rzucającego się w oczy, wyraźnego, jaskrawego, znacznego⁶². Chodzi o to, aby działania takie nie pozostawały w stopniu oczywistym zbyt intensywne lub temporalnie nieskorelowane z zamachem. Należy zatem pamiętać, że o niebezpieczeństwie zamachu decyduje wiele czynników, w tym siła i środki zamachu, sposób ich użycia, właściwości napastnika, czas i miejsce zamachu (np. napad w nocy podczas snu), wreszcie dynamicznie rozwijający się przebieg, który może potęgować lub zmniejszać to niebezpieczeństwo. Istotne pozostaje także natężenie i brutalność zamachu, zaskoczenie, liczebna przewaga napastników, używanie przez napastników niebezpiecznych narzędzi, różnica wzrostu i wagi osoby broniącej się i zaatakowanej, czyli to, po czyjej stronie leżała przewaga siły fizycznej, stopień intensywności ataków, dysponowanie przez jedną ze stron narzędziem, które wzmacniałoby potencjalny atak, stwarzając realne zagrożenie dla zdrowia i życia drugiej osoby, realność groźby użycia przez napastnika siły lub niebezpiecznego narzędzia, zakres i sposób zadania ciosów

⁶⁰ T. Tabaszewski, *Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie*, „Prokuratura i Prawo” 2010/12, s. 84.

⁶¹ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, VIII kadencja, druk sejmowy nr 1871.

⁶² *Mały słownik języka polskiego*, red. E. Sobol, Warszawa 1995, s. 773.

obronnych (np. czy zostały wymierzone w newralgiczne części ciała napastnika, z jaką siłą i głębokością).

W doktrynie trudno o jednoznaczną ocenę wprowadzonej regulacji. Część przedstawicieli doktryny wskazuje wątpliwości, jakie ona budzi, tak na płaszczyźnie jej celowości, jak i zakresu stosowania, podkreślając, że „niemal zawsze regulacja art. 25 § 2a k.k. będzie krzyżować się z zakresem regulacji art. 25 § 3 k.k.”⁶³ Rzeczywiście wydaje się, że w praktyce osoba odpierająca zamach polegający na wdarciu się do jej mieszkania czy domu niemal zawsze będzie odczuwała strach czy wzburzenie, które w oczywisty sposób pozostaje usprawiedliwione okolicznościami⁶⁴. Niemniej można sobie wyobrazić sytuację, gdy ustalenie aktualizowania się przesłanek z art. 25 § 3 k.k. będzie co najmniej utrudnione. Otóż czy apriorycznie należy uznać za taką okoliczność wdarcie się przez młodego, szczupłego mężczyznę w sytuacji, gdy dom zamieszkuje młody, silny, postawny, wysportowany mężczyzna bądź też małżeństwo z dorosłymi dziećmi? W takim wypadku co najmniej konieczne byłoby szczegółowe badanie przez organ procesowy emocjonalnej sfery osoby odpierającej zamach i ustalenie znamion z płaszczyzny podmiotowej, z kolei projekcja przepisu art. 25 § 2a k.k. przesuwająca taką ocenę na zobiektywizowany przedmiot zamachu, wymagający „jedynie” ustalenia znamion strony przedmiotowej.

O ile trudno nie podzielić stanowisk podkreślających populistyczny charakter regulacji, o tyle jednak nie sposób zgodzić się z tymi poglądami, które wskazują na wynikający z tej regulacji brak konieczności miarkowania działań obronnych. Otóż defensor nie uzyskuje *carte blanche* na podjęte działania, gdyż konieczność miarkowania obrony wynika z samej treści art. 25 § 2a k.k. przewidującej, że klauzula niekaralności nie ma zastosowania wówczas, gdy przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące. Chodzi zatem o zastosowanie takiego sposobu obrony lub takich środków, które w sposób oczywisty, jaskrawy, rzucający się w oczy byłyby niewspółmierne do zagrożenia wynikającego z zachowania napastnika. O rażącym przekroczeniu granic będzie decydowała kompleksowa analiza wszystkich okoliczności konkretnego zdarzenia, nie tylko zaś porównanie dóbr napastnika i broniącego się czy tylko samego skutku spowodowanego w wyniku podjętych działań obronnych. Nie jest bowiem możliwe aprioryczne uznanie, że spowodowanie śmierci napastnika w wyniku zastosowania działań obronnych – nawet z użyciem broni palnej – będzie warunkowało przyjęcie rażącego przekroczenia granic obrony koniecznej. Z całą pewnością tak będzie w sytuacji – uważanej za akademicki przykład – oddania strzału z broni palnej do dziecka kradnącego jabłka z ogrodzonego sadu, inaczej już będzie oceniana sytuacja, gdy sprawca wdzierza się do mieszkania. Konieczne będzie bowiem dokonanie oceny z uwzględnieniem wszelkich okoliczności zdarzenia, w tym także np. rzeczywistych zamiarów napastnika, siły ataku, dostępności środków

⁶³ P. Kozłowska-Kalisz, *Naruszenie miru domowego ...*, s. 233.

⁶⁴ M. Teleszewska, *Przekroczenie granic obrony koniecznej wynikające ze strachu lub silnego wzburzenia*, „Monitor Prawniczy” 2013/24, s. 1311.

obrony itd. Z jednej strony zatem zaprojektowana w art. 25 § 2a k.k. instytucja ma na celu zagwarantowanie pewnego rodzaju „buforu bezpieczeństwa” bez obawy przed poniesieniem odpowiedzialności karnej związanej z przekroczeniem granic działań obronnych w przypadku naruszenia prawa do niezakłóconego korzystania z przestrzeni domowej, z drugiej zawiera warunek miarkowania sposobu obrony. Istotne pozostaje zauważenie, że obrona konieczna nie dotyczy tylko naruszenia „własnego” prawa, a zatem klauzula niepodlegania karze dotyczy także sytuacji odpierania zamachu skierowanego na „cudzy” mir domowy, np. sąsiada. W przypadku braku możliwości skorzystania z instytucji z art. 25 § 2a k.k. nie jest wykluczone „przejście” na art. 25 § 3 k.k., a zatem uchylenie karalności z uwagi na działanie pod wpływem strachu lub wzburzenia. W takim jednak wypadku konieczne będzie ustalenie, czy takie emocje były usprawiedliwione okolicznościami zdarzenia.

6. PODSUMOWANIE

Podsumowując, treść normatywna przepisu art. 25 § 1a k.k. zawiera się w zaprojektowanej klauzuli niekaralności przypadków przekroczenia działań obronnych w przypadku ataku na prawo do spokojnego zamieszkiwania, o ile takie obronne działania nie pozostają rażąco nieadekwatne do niebezpieczeństwa zamachu. O ile ustalenie, że ekscendent działał w ramach obrony koniecznej przy użyciu adekwatnych środków takiej obrony – nawet w przypadku użycia broni palnej – prowadzić będzie do umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., o tyle nie zawsze stwierdzenie zaistnienia okoliczności wyłączającej karalność zachowania osoby broniącej się przed bezprawnym zamachem będzie możliwe na etapie poprzedzającym wszczęcie postępowania karnego. Dzieje się tak, gdyż nawet bezprawny, bezpośredni zamach na dobro innej osoby nie uprawnia do jakiegokolwiek sposobu obrony, ale do takiego, który będzie skuteczny, konieczny i proporcjonalny do zamachu. W celu prawidłowego zastosowania instytucji obrony koniecznej może się zatem okazać niezbędne precyzyjne odtworzenie jego przebiegu oraz kompleksowa, szczegółowa ocena niebezpieczeństwa zamachu i podjętych działań obronnych. Samo wystąpienie nawet tragicznych dla napastnika skutków dla jego życia lub zdrowia nie przesądza jeszcze o przekroczeniu granic obrony, skutki takie obarczają bowiem – w przypadku obrony koniecznej – napastnika, który atakując dobro chronione prawem (np. mir domowy), powinien liczyć się z akcją obronną, i to taką, która będzie konieczna do odparcia zamachu, a w związku z tym musi się liczyć z każdą konsekwencją, jaka może nastąpić, w tym nawet z ryzykiem doznania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu⁶⁵.

⁶⁵ Postanowienie SN z 7.10.2014 r. (V KK 116/14), LEX nr 1532784.

ABSTRACT

Anna Czesnowicka

graduate, Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University in Kraków, assessor at the District Court for the Capital City of Warsaw in Warsaw.

Criminal law protection of the inviolability of the home in the context of the limits of self-defense

“My house is my castle” – this maxim formulated by the lawyer and judge Edward Coke in his 1628 work Institutes of the Law of England remains firmly rooted in English law, but the right to defence against unlawful attacks involving the violation of home privacy is also protected by criminal law in the legal systems of many European countries. We all want to feel safe in our own home. Therefore, it is natural to take defensive measures in the event of an attack involving intrusion into the living space. However, in the Polish legal system, there is no absolute defence and the legality of defence measures depends on meeting a number of conditions. The subject of the analysis is the issue of criminal law protection of the human right to live in peace, free from disturbances, considered through the prism of the limits of the legality of defensive measures. This problem has not only a theoretical dimension, because – as the statistics show – despite the noticeable decrease in crime over recent years, the number of crimes under Art. 193 of the Criminal Code remains fairly stable.

Keywords: *inviolability of the home, self-defense, the right to privacy, justification, unlawful attack*

Anna Czesnowicka

ORCID: 0000-0001-9604-5729; e-mail: aniaczesnowicka@wp.pl

Autorka jest absolwentką administracji i prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, asesorem sądowym Sądu Rejonowego dla m.st. Warszawy w Warszawie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Błachnio Adam, *Przekroczenie granic obrony koniecznej z art. 25 § 2a KK*, „Monitor Prawniczy” 2018/6

- Bojarski Tadeusz**, *Karnoprawna ochrona nietykalności mieszkania jednostki*, Lublin 1992
- Encyklopedia PWN*, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/mir-domowy;3941894.html>
- Herring Johnatan**, *Criminal Law. Text. Cases and Materials*, Oxford University Press 2014
- Hofmański Piotr**, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995
- Kodeks Hammurabiego* <http://biblioteka.kijowski.pl/antyk%20azjatycki/01.%20hammurabi%20-%20kodeks.pdf>
- Kodeks karny. Część szczególna, t. 1, Komentarz do art. 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017
- Kodeks karny. Część szczególna*, red. A. Zoll, Kraków 1999
- Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek Warszawa 2016
- Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej, Sekcja Prawa Karnego*, Warszawa 1921–1931, t. 5, z. 4
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, red. L. Garlicki Warszawa 2010, t. 1
- Legutko-Kasica Agnieszka**, *Eksces w obronie koniecznej*, „Przegląd Sądowy” 2011/5
- Mały słownik języka polskiego*, red. E. Sobol, Warszawa 1995
- Marek Andrzej**, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010
- Marek Andrzej, Satko Jacek**, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 2000
- Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, red. R. Wieruszewski, Warszawa 2012
- Naruszenie miru domowego*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2019
- Osuchowski Wacław**, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962
- Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pl/mir>
- Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/mir.html>
- System prawa karnego*, t. 4, cz. 2, *O przestępstwach w szczególności*, I. Andrejew Igor, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), Ossolineum 1989
- Szczepaniec Monika**, *Uregulowanie obrony koniecznej w kodeksie karnym z 1997 r. a Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1999/1

Tabaszewski Tomasz, *Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie*, „Prokuratura i Prawo” 2010/12

Teleszewska Magdalena, *Przekroczenie granic obrony koniecznej wynikające ze strachu lub silnego wzburzenia*, „Monitor Prawniczy” 2013/24

Pojęcia kluczowe: *dziennikarz, tajemnica dziennikarska, dobro wymiaru sprawiedliwości, informator, wolność prasy*

Artykuły

Monika Nowikowska

TAJEMNICA DZIENNIKARSKA A DOBRO PROCESU KARNEGO

Celem artykułu jest kompleksowe ujęcie instytucji tajemnicy dziennikarskiej na gruncie prawa polskiego i mechanizmów jej ochrony. W artykule omówiono pojęcie tajemnicy dziennikarskiej uregulowanej w Prawie prasowym, jak również postępowanie w przedmiocie zwolnienia dziennikarza z obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej w procesie karnym. Rozważania proceduralne poprzedzono omówieniem zakresu przedmiotowego i podmiotowego tajemnicy dziennikarskiej. Co do zasady to informator jest dysponentem informacji przekazywanych prasie. Niemniej jednak ustawodawca przewiduje również takie sytuacje, gdy prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości powoduje zwolnienie dziennikarza z obowiązku zachowania w tajemnicy zdobytych informacji. Teza ta znajduje odzwierciedlenie w przesłankach zwolnienia dziennikarza z tajemnicy zawodowej na gruncie Kodeksu postępowania karnego. Powstaje pytanie o konflikt zasad: wolność prasy a prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Celem niniejszej publikacji jest prezentacja istoty i założeń tajemnicy dziennikarskiej, przybliżenie konstrukcji art. 180 § 2–5 k.p.k., sygnalizacja najczęstszych problemów pojawiających się przy stosowaniu instytucji zwolnienia dziennikarza z tajemnicy zawodowej oraz próba wskazania możliwych rozwiązań w tym zakresie, przyczyniających się do kształtowania właściwej praktyki organów śledczych.

1. UWAGI WSTĘPNE

Wolność prasy należy do dóbr chronionych przez Konstytucję RP¹, jest wartością, która stanowi fundament demokratycznego społeczeństwa. Powszechnie przyjmuje się, że prasa pełni w państwie ważną rolę obserwatora, kontrolując właściwe funkcjonowanie podstawowych instytucji oraz zasad demokratycznego państwa². Aby dziennikarze mogli należycie spełniać swoją rolę, muszą docierać do wszelkich informacji, zarówno tych oficjalnych, jak i nieformalnych. Zdobywaniu informacji służy instytucja tajemnicy dziennikarskiej. Tajemnica dziennikarska stanowi gwarancję prawidłowego wykonywania zadań postawionych przed prasą, ponieważ przyznaje dziennikarzowi prawo do nieujawniania osobowych źródeł informacji, jak również istotny czynnik niezależności prasy, stwarzając korzystne warunki do uzyskania zaufania społecznego³. Szczególna waga społeczna tajemnicy dziennikarskiej wynika zatem z faktu, że ludzie, którzy mają gwarancję dyskrecji, mogą wypowiadać się przed dziennikarzem z całkowitą szczerością⁴.

Ustawodawca, budując system prawny, nie ma możliwości uniknięcia konfliktów pomiędzy dobrami prawnie chronionymi, które system ten chroni. Jednym z takich konfliktów jest wolność prasy a prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości. Gwarancją wolności prasy jest silna ochrona tajemnicy zawodowej dziennikarza, która może wchodzić w kolizję z interesem wymiaru sprawiedliwości⁵. Aby ochrona tajemnicy nie była przeszkodą dla funkcjonowania organów wymiaru sprawiedliwości, ustawodawca wprowadził określone ograniczenia. W doktrynie oraz judykaturze pewne wątpliwości prawne budzi zakres ochrony tajemnicy dziennikarskiej. Tajemnica zawodowa dziennikarza jest bowiem uregulowana w dwóch aktach prawnych: w Prawie prasowym⁶, które określa treść tajemnicy dziennikarskiej, jej zakres przedmiotowy i podmiotowy oraz zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy, oraz w Kodeksie postępowania karnego⁷. Ustawodawca w kodeksie określa tajemnicę zawodową dziennikarza w systemie zakazów dowodowych, jak również zwolnienia

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483), dalej: Konstytucja RP.

² J. Sieńczyło-Chlabicz, Z. Zawadzka, M. Nowikowska, *Prawo prasowe*, Warszawa 2019, s. 209; J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 624; E. Kosowska-Korniak, *Prawnoprocesowe aspekty tajemnicy dziennikarskiej*, „Prokuratura i Prawo” 2014/2, s. 2; R. Koper, *Granice ochrony tajemnicy dziennikarskiej w procesie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012/2, s. 85.

³ W. Lis (w:) W. Lis, P. Wiśniewski, Z. Husak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 366.

⁴ J.J. Mrozek, *Tajemnica zawodowa dziennikarza i jej ochrona w polskim systemie prawnym*, „Studia Elckie” 2009/11, s. 189.

⁵ A. Guzik, *Prawnokarne aspekty ochrony tajemnicy dziennikarskiej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002/1, s. 173.

⁶ Ustawa z 26.01.1984 r. – Prawo prasowe (Dz.U. z 2018 r. poz. 1914), dalej: pr. pras.

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

dziennikarza z obowiązku zachowania tajemnicy w postaci składania zeznań w procesie karnym⁸. Rozważając problematykę tajemnicy dziennikarskiej, można postawić zasadnicze pytanie, czy przyjęte przez ustawodawcę rozwiązania prawne ustanawiają rozsądny kompromis pomiędzy ochroną dwóch kolidujących ze sobą dóbr.

Zagadnienie zakresu tajemnicy dziennikarskiej pozwala także na sformułowanie pytania, czy prawo do tajemnicy dziennikarskiej może dawać ochronę bezprawnym działaniom informatora dziennikarza. Zarówno w doktrynie, jak i judykaturze wskazuje się, że najczęściej popełnianym na łamach prasy czynem zabronionym jest zniesławienie. Czy w przypadku publikacji materiału prasowego zawierającego określenia naruszające dobre imię krytykowanego dziennikarza może odmówić ujawnienia swojego źródła?

Tematyka zwolnienia dziennikarza z zachowania tajemnicy budzi wiele emocji i pozostaje w stałym zainteresowaniu wielu środowisk. Pojawia się ona również w środkach masowego przekazu przy okazji różnego rodzaju wydarzeń, w których dziennikarze w trakcie procesów są zobowiązani do ujawnienia informacji objętych tajemnicą. Jest to temat ważny, aktualny, który stanowi trudną problematykę badawczą.

2. POJĘCIE I ZAKRES TAJEMNICY DZIENNIKARSKIEJ

Tajemnica dziennikarska jest jedną z materialnych gwarancji wolności prasy oraz prawną gwarancją zaufania i intymności w stosunkach prasowych między dziennikarzem a jego informatorem⁹. Treść tajemnicy zawodowej dziennikarza została uregulowana w art. 15 pr. pras. W doktrynie wskazuje się, że instytucja tajemnicy dziennikarskiej pozwala na ocenę różnych przejawów życia społecznego, bez konieczności ujawnienia źródeł informacji lub nazwiska autora materiału prasowego¹⁰. Celem instytucji tajemnicy dziennikarskiej jest zatem ochrona relacji zaufania łączącej dziennikarzy i ich informatorów, co w konsekwencji ma zapewnić dopływ informacji do mediów¹¹.

Na rolę tajemnicy dziennikarskiej zwrócił także uwagę Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu. W sprawie *Goodwin v. Wielka Brytania*¹² Trybunał wskazał, że bez zapewnienia ochrony osób dostarczających dziennikarzom informacji byłoby oni odstraszeni od udzielania pomocy prasie w informowaniu opinii publicznej o sprawach mających publiczne znaczenie. W konsekwencji rola prasy jako publicznego kontrolera zostałaby podważona, co z kolei wpły-

⁸ E. Kosowska-Korniak, *Prawnoprocesowe...*, s. 149; H. Gajewska-Taczowska, *Tajemnica zawodowa a art. 163 k.p.k.*, „Państwo i Prawo” 1998/6, s. 78.

⁹ J. Bafia, *Dziennikarska tajemnica zawodowa*, „Prasa Polska” 1988/2, s. 8.

¹⁰ M. Nowikowska, *Granice dozwolonej krytyki prasowej działalności osób pełniących funkcje publiczne*, Warszawa 2020, s. 158.

¹¹ M. Zaremba, *Tajemnica dziennikarska (w:) Prawo prasowe. Komentarz*, red. M. Zaremba, Warszawa 2018, s. 242.

¹² Wyrok ETPCz z 27.03.1996 r. w sprawie *Goodwin v. Wielka Brytania* (28957/95).

nełoby na jej zdolność zapewnienia dokładnych oraz wiarygodnych informacji. Podobnie w sprawie *Sanoma Uitgevers B.V. v. Holandia*¹³ Trybunał w Strasburgu stwierdził, że ochrona źródeł informacji stanowi zarówno obowiązek, jak i podstawową przesłankę wolności prasy.

Ratio legis rozwiązań w zakresie ochrony osób udzielających informacji prasie ma na celu ochronę tych osób przed konsekwencjami, jakie z uwagi na fakt udzielenia informacji mogłyby je dotknąć w życiu zawodowym, towarzyskim czy politycznym, tym bardziej że nierzadko publikacja prasowa pozostaje jedyną drogą dla wyrażenia krytyki i potępienia zjawisk, które paraliżują różne dziedziny życia społeczno-polityczno-gospodarczego¹⁴.

Pojęcie tajemnicy dziennikarskiej zostało zdefiniowane w art. 15 pr. pras. Zgodnie z tym przepisem autorowi materiału prasowego przysługuje prawo zachowania w tajemnicy swego nazwiska. Dziennikarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również innych osób udzielających informacji opublikowanych albo przekazanych do opublikowania, jeżeli osoby te zastrzegły nieujawnianie powyższych danych, oraz wszelkich informacji, których ujawnienie mogłoby naruszać chronione prawem interesy osób trzecich.

Dyspozycja przepisu art. 15 pr. pras. jest dwutorowa. Z jednej strony statuje prawo autora materiału prasowego do nieujawniania swego nazwiska, tzw. prawo do anonimatu¹⁵, z drugiej określa zakres podmiotowy i przedmiotowy tajemnicy dziennikarskiej¹⁶.

Ad 1. Prawo do anonimatu polega na przyznaniu dziennikarzowi prawa do nieujawniania swojego nazwiska oraz posługiwania się pseudonimem¹⁷. W sytuacji, w której dziennikarz obawia się o swoje życie lub zdrowie, ma prawo nie ujawnić swoich danych personalnych, zachowując w ten sposób anonimowość. Prawo do anonimatu daje zatem dziennikarzowi możliwość swobody wypowiedzi, gwarantując jednocześnie bezpieczeństwo osobiste¹⁸. Prawo do zachowania w tajemnicy swojego nazwiska jest prawem, które przysługuje nie tylko dziennikarzowi, lecz także każdej osobie, która jest autorem materiału

¹³ Wyrok ETPCz z 14.09.2010 r. w sprawie *Sanoma Uitgevers B.V. v. Holandia* (38224/03).

¹⁴ A. Gerecka-Żołyńska, *Glosa do postanowienia SN z 15.12.2004 r. (III KK 278/2004)*, OSP 2006/12, poz. 128.

¹⁵ J.J. Mrozek, *Tajemnica...*, s. 180; uchwała SN z 19.01.1995 r. (I KZP 15/94), OSP 1995/5, poz. 110; E. Galewska, *Tajemnica dziennikarska w kodeksach etyki zawodowej*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016/6, s. 85; E. Czarny-Drożdziejko, *Anonimowość ogłoszeniodawcy i reklamodawcy na gruncie przepisów Prawa prasowego*, „Przegląd Sądowy” 2017/11–12, s. 23.

¹⁶ S. Hoc, *O ochronie źródeł informacji dziennikarzy (wybrane aspekty)* (w:) *Między Klio a Themis. Księga dedykowana Profesorowi Jackowi Sobczakowi*, red. J. Adamowski, T. Wallas, K. Kakareko, Warszawa–Poznań 2016, s. 391 i n.

¹⁷ B. Michalski, *Podstawowe problemy prawa prasowego*, Warszawa 1998, s. 58.

¹⁸ Wyrok NSA z 22.01.2015 r. (I OSK 1161/13), LEX nr 1655993.

prasowego¹⁹. Uprawnienie do zatajenia tożsamości autora materiału prasowego znajduje swój odpowiednik w regulacji Prawa autorskiego. Zgodnie z art. 16 pkt 2 pr. aut.²⁰ autor ma prawo do oznaczenia utworu swoim nazwiskiem lub pseudonimem albo do udostępniania go anonimowo. Wyłączna decyzja o sposobie oznaczenia utworu swoim nazwiskiem albo do udostępniania go anonimowo należy do autora i wiąże inne osoby²¹. Materiały prasowe stanowią z reguły utwory w rozumieniu prawa autorskiego, a więc stosowanie anonimatu podlega kumulatywnej ochronie prawnej.

Ad 2. Treść tajemnicy dziennikarskiej ustawodawca określił szeroko. Tajemnicą dziennikarską objął nie tylko dane umożliwiające identyfikację informatora (autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału, innych osób udzielających informacji), ale również wszelkie informacje, których ujawnienie mogłoby naruszać chronione prawem interesy osób trzecich.

W literaturze przedmiotu dokonuje się podziału tajemnicy dziennikarskiej na tajemnicę służbową i zawodową. Tajemnica służbowa wiąże się ze stosunkiem pracy, natomiast zawodowa jest połączona z wykonywaniem profesji dziennikarza²². Analiza dyspozycji art. 15 pr. pras. pozwala wyróżnić przedmiotowy (a) i podmiotowy (b) zakres tajemnicy.

Ad a) Zakres przedmiotowy tajemnicy dziennikarskiej obejmuje:

- dane umożliwiające identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze;
- dane innych osób udzielających informacji opublikowanych albo przekazanych do opublikowania;
- wszelkie informacje, których ujawnienie mogłoby naruszać chronione prawem interesy osób trzecich (art. 15 ust. 2 pkt 1 i 2 pr. pras.).

Dwie pierwsze kategorie informacji obejmują wszelkie informacje, które mogą prowadzić do identyfikacji ich źródła, tj. nazwisko, dane osobowe, głos, wizerunek, okoliczności ich przekazania. Przy próbach ustalenia, jaki jest w tym zakresie przedmiot tajemnicy dziennikarskiej, można sięgnąć pomocniczo do interpretacji pojęcia „dane osobowe”²³. Zgodnie z art. 4 pkt 1 RODO²⁴ są to wszelkie informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej. Osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość możemy określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności na pod-

¹⁹ J. Sobczak, *Prawo...*, s. 624.

²⁰ Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1062).

²¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 28.09.2018 r. (I ACa 1641/17), LEX nr 2695032.

²² J.J. Mrozek, *Tajemnica...*, s. 180; B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 74.

²³ *Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2008, s. 271.

²⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L z 2016 r. nr 119, s. 1), dalej: RODO.

stawie identyfikatora takiego jak imię, nazwisko, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy. Podobnie jak w RODO, także w prawie prasowym istotna jest odpowiedź na pytanie, kiedy na podstawie wskazanych okoliczności możliwe jest zindywidualizowanie danej osoby. Chodzi o taki sposób opisu osoby czy też związanych z nią okoliczności, który pozwoli odbiorcy zindywidualizować daną osobę wprost, a nie przy dołożeniu pewnego wysiłku fizycznego czy intelektualnego²⁵.

Nie stanowią natomiast tajemnicy tożsamości informatora posiadane poufnie przez dziennikarza informacje na temat informatora znanego już innym z imienia i nazwiska, jak np. jego miejsce pobytu, majątek, kontakty z innymi osobami. Przykładowo dziennikarz nie może odmówić ujawnienia organom ścigania miejsca ukrycia się zbiegłego przestępcy²⁶.

Ustawodawca dodatkowo nakazuje dziennikarzowi chronić wszelkiego rodzaju interesy (majątkowe i niemajątkowe) osób trzecich. Dziennikarz, spotykając się z informatorami, powinien dopilnować, aby nie wyniknęła stąd krzywda dla tych osób. Powinien zadbać m.in. o odpowiednie warunki poufności spotkania, starannie zabezpieczyć przekazane przez informatorów materiały²⁷. Oznacza to, że ochroną objęty jest nie tylko informator, ale także okoliczności, których depozytariuszem stał się dziennikarz, a których podanie do powszechnej wiadomości może naruszyć interesy bliżej nieokreślonych osób trzecich²⁸.

Ad b) Zakres podmiotowy tajemnicy dziennikarskiej oznacza depozytariuszy tajemnicy dziennikarskiej. Podmiotem prawa do tajemnicy dziennikarskiej, a zatem podmiotem, do którego została adresowana dyspozycja art. 15 pr. pras., jest dziennikarz, a także inne osoby zatrudnione w redakcjach, wydawnictwach prasowych i prasowych jednostkach organizacyjnych. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że w związku z poszerzeniem grona odbiorców można mówić o tzw. tajemnicy redakcyjnej²⁹.

Podmiotem prawa do tajemnicy dziennikarskiej jest dziennikarz, któremu została przekazana informacja. Depozytariuszami tajemnicy dziennikarskiej mogą być również inne osoby zatrudnione w redakcji, wydawnictwie prasowym, prasowej jednostce organizacyjnej, mające dostęp do chronionych informacji, np. pracownicy techniczni, sekretarka³⁰. Szeroki zakres podmiotowy tajemnicy dziennikarskiej powoduje, że doktryna dodatkowo określa to pojęcie

²⁵ E. Kosowska-Korniak, *Prawnoprocesowe...*, s. 156; K. Chałubińska-Jentkiewicz, M. Nowikowska, *Ochrona danych osobowych w cyberprzestrzeni*, Warszawa 2021, s. 51.

²⁶ M. Zaremba, *Tajemnica zawodowa dziennikarza a jego odpowiedzialność prawna*, „Studia Medioznawcze” 2003/2, s. 39; J.J. Mrozek, *Tajemnica...*, s. 182.

²⁷ I. Dobosz, *Prawo prasowe. Podręcznik*, Warszawa 2006, s. 225.

²⁸ E. Kosowska-Korniak, *Prawnoprocesowe...*, s. 157.

²⁹ Z. Gostyński, *Tajemnica dziennikarska, a obowiązek składania zeznań w procesie karnym*, Warszawa 1997, s. 90; K. Szczechowicz, *Zwolnienie z tajemnicy dziennikarskiej w postępowaniu karnym*, „Media – Kultura – Komunikacja Społeczna” 2012/8, s. 187.

³⁰ I. Zielinko, *Tajemnica dziennikarska w prawie prasowym*, „Prokuratura i Prawo” 2009/7–8, s. 150.

mianem tajemnicy redakcyjnej³¹. W orzecznictwie co do zasady podnosi się, że nie jest związany tajemnicą dziennikarz, który pozyskuje informacje prywatnie, nie jako dziennikarz, tj. bez intencji przygotowania materiału prasowego³².

3. ZWOLNIENIE Z OBOWIĄZKU ZACHOWANIA TAJEMNICY DZIENNIKARSKIEJ NA GRUNCIE PRAWA PRASOWEGO

Tajemnica dziennikarska nie jest absolutna. W obowiązującym porządku prawnym zwolnienie z tajemnicy zawodowej dziennikarza może być przeprowadzone na podstawie ustawy – Prawo prasowe oraz Kodeksu postępowania karnego. Zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej na gruncie Prawa prasowego zostało uregulowane w art. 16 pr. pras. Zgodnie z tym przepisem dziennikarz jest zwolniony z zachowania tajemnicy zawodowej, o której mowa w art. 15 ust. 2, w razie gdy informacja, materiał prasowy, list do redakcji lub inny materiał o tym charakterze dotyczy przestępstwa określonego w art. 240 § 1 Kodeksu karnego albo autor lub osoba przekazująca taki materiał wyłącznie do wiadomości dziennikarza wyrazi zgodę na ujawnienie jej nazwiska lub tego materiału.

Tajemnicą nie są objęte uzyskane przez dziennikarza informacje dotyczące przestępstwa określonego w art. 240 § 1 k.k. *Ratio legis* takiego rozwiązania sprowadza się do tego, aby przy najcięższych przestępstwach uzyskać ze strony dziennikarza informacje. Z chwilą powzięcia wiadomości o przestępstwie dziennikarz ma obowiązek zawiadomienia o tym fakcie organów ścigania³³. Ustawodawca obowiązkiem zawiadomienia objął jedynie ściśle określone przestępstwa, a te z kolei stanowią najpoważniejsze zbrodnie przeciwko podstawowym interesom państwa oraz przeciwko najwyższemu dobru człowieka, jakim jest życie. Należy do nich przykładowo zbrodnia ludobójstwa (art. 118 k.k.), zbrodnia wojenna (art. 122 k.k.), zamach na konstytucyjny organ Rzeczypospolitej Polskiej (art. 128), szpiegostwo (art. 130 k.k.), zabójstwo (art. 148 k.k.).

Tajemnicą dziennikarską nie są także objęte informacje, materiały prasowe, listy do redakcji lub inne materiały o tym charakterze, w stosunku do których informator wyraził zgodę na ujawnienie jego nazwiska lub tego materiału. Autor albo osoba przekazująca dziennikarzowi informacje może wyrazić zgodę na ujawnienie swojego nazwiska lub materiału³⁴. Zwolnienie dziennikarza z obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej następuje z mocy prawa (tzw. zwolnienie ustawowe).

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że tajemnica dziennikarska obowiązuje bez względu na to, czy informator wszedł w posiadanie przekazywanych informacji w sposób legalny, czy bezprawny lub czy dostarczając ich, narusza

³¹ J. Bafia, *Prawo o wolności słowa*, Warszawa 1988, s. 133.

³² Postanowienie SN z 20.10.2005 r. (II KK 184/05), OSNKW 2005/12, poz. 120.

³³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 23.11.2011 r. (II AKa 155/11), LEX nr 1129774.

³⁴ I. Dobosz, *Prawo...*, s. 229.

tajemnicę handlową czy jakąkolwiek inną. Nie ma też znaczenia dla zaistnienia ochrony motywacja informatorów ani wartość merytoryczna przekazanych przez nich danych. Informatorzy rzadko kiedy kierują się szlachetnymi pobudkami, natomiast rolą dziennikarza jest weryfikacja uzyskanych od nich wiadomości³⁵.

Podsumowując powyższe, można stwierdzić, że tajemnica dziennikarska stanowi gwarancję ochrony źródła informacji. Informator powinien mieć jednak świadomość, że przekazane informacje będą opublikowane. Taka bowiem jest rola dziennikarza. Pomimo to informator musi mieć pewność, że jego tożsamość nie będzie ujawniona, jeśli oczywiście tego zażąda³⁶. Złamanie tych przepisów może skutkować odpowiedzialnością karną na podstawie art. 49 pr. pras., zgodnie z którym kto narusza przepis art. 15 ust. 2 pr. pras., podlega grzywnie albo karze ograniczenia wolności.

4. ZWOLNIENIE Z ZACHOWANIA TAJEMNICY ZAWODOWEJ W ŚWIETLE KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

Zakres zwolnienia dziennikarza z dochowania tajemnicy dziennikarskiej został określony także w Kodeksie postępowania karnego. Zasady zwolnienia dziennikarza z zachowania tajemnicy zostały określone w art. 180 k.p.k. Z treści tego przepisu wynika, że osoby obowiązane do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych o klauzuli tajności „zastrzeżone” lub „poufne” lub tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji mogą odmówić zeznań co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd lub prokurator dla dobra wymiaru sprawiedliwości zwolni te osoby z obowiązku zachowania tajemnicy, jeżeli ustawy szczególne nie stanowią inaczej. Osoby zobowiązane zatem do zachowania tajemnicy zawodowej mogą być zwolnione z jej zachowania przez sąd lub prokuratora, bez konieczności zachowania szczególnych przesłanek. Artykuł 180 § 2 k.p.k. przewiduje surowsze reguły zwalniania z obowiązku zachowania tajemnicy w stosunku do osób obowiązanych do zachowania tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej czy dziennikarskiej.

Analiza treści art. 180 § 2 k.p.k. wskazuje, że zwolnienie dziennikarza z tajemnicy zawodowej możliwe jest jedynie przy kumulatywnym spełnieniu dwóch przesłanek, mianowicie: niezbędności dla dobra wymiaru sprawiedliwości i równoczesnej niemożności ustalenia okoliczności na podstawie innego dowodu. Są one w nauce prawa procesowego określane mianem materialnych warunków zwolnienia³⁷. Niewątpliwie obie przesłanki mogą nastroczać proble-

³⁵ M. Zaremba, *Tajemnica...*, s. 245; J. Stefańska, *Przeszukanie a tajemnica dziennikarska*, „Prokuratura i Prawo” 2015/6, s. 61; J. Sieńczyło-Chlabicz, *Z. Zawadzka, M. Nowikowska, Prawo...*, s. 220.

³⁶ J.J. Mrozek, *Tajemnica...*, s. 181.

³⁷ T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, t. 1, s. 626.

mów interpretacyjnych, a to głównie z tego powodu, że są nieostre. Otwiera to szerokie pole dla orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego.

Sąd Apelacyjny w Krakowie w postanowieniu z 23.11.2016 r. wskazał, że zwolnienie nie może mieć charakteru blankietowego³⁸. Nie może być to jedynie decyzją dyskrejonalna. Do zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej w trybie art. 180 § 2 k.p.k. nie wystarczy jedynie odnotowanie – zacytowanie okoliczności ujętych w treści tego przepisu. Niezbędne jest rozważenie i osadzenie podjętej decyzji procesowej w realiach dowodowych rozpoznawanej sprawy³⁹. Oznacza to, że wniosek o zwolnienie musi precyzować okoliczności, których dotyczyć ma zwolnienie. Ponadto wniosek o zwolnienie dziennikarza z tajemnicy nie może być przedwczesny. Sąd, w przedmiocie zwolnienia dziennikarza z tajemnicy, powinien odnieść się do zebranego materiału dowodowego i wskazać lukę, której ewentualne uzupełnienie możliwe jest jedynie w drodze uchylenia tajemnicy⁴⁰. Podobnie Sąd Apelacyjny w Krakowie w postanowieniu z 8.05.2019 r.⁴¹ podkreślił, że wydanie postanowienia o zwolnieniu z tajemnicy bez wskazania, na jakie konkretne okoliczności miałby być przesłuchany jej dysponent, oraz bez rozważenia niezbędności jego zeznań dla dobra wymiaru sprawiedliwości nadaje stosowaniu przepisu charakter iluzoryczny. Warunkiem wykonywania zawodu dziennikarza jest przekonanie informatorów, że zachowane zostaną w tajemnicy wszystkie informacje⁴².

W doktrynie wskazuje się rozważanie wprowadzenia jeszcze jednego warunku, mianowicie istotności informacji ujawnionych dla rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu, ewentualnie niesprzeciwiania się zwolnieniu z powodu szczególnie ważnego interesu prywatnego⁴³. Zgodnie z tym poglądem dobro wymiaru sprawiedliwości nie wymaga uchylenia tajemnicy zawodowej, gdy dotyczy drugorzędnej okoliczności o niewielkim znaczeniu dla rozstrzygnięcia. Stanowisko to znajduje także odzwierciedlenie w judykaturze. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w postanowieniu z 18.09.2009 r.⁴⁴ wskazał, że doniosłość społeczna zawodów objętych przepisem art. 180 § 2 k.p.k. sprawia, że decyzja

³⁸ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 23.11.2016 r. (II AKz 332/16), LEX nr 2287989; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 23.05.2016 r. (II AKz 138/16), LEX nr 2155397.

³⁹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 6.05.2015 r. (II AKz 225/15), „Prokuratura i Prawo” 2015/11, wkładka, poz. 22; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 1.04.2015 r. (II AKz 111/15), LEX nr 1796986.

⁴⁰ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17.02.2016 r. (II AKz 64/16), LEX nr 2023126; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 24.05.2016 r. (II AKz 159/16), LEX nr 2155398.

⁴¹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 8.05.2019 r. (II AKz 231/19), LEX nr 2738929.

⁴² Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 13.03.2019 r. (II AKz 139/19), OSASz 2019/1, s. 32–38.

⁴³ D. Gruszecka, *Tajemnica służbowa i zawodowa* (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2021, s. 420; T. Razowski, *Zwolnienie świadka z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2010/7–8, s. 147.

⁴⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.09.2009 r. (II AKz 472/09), LEX nr 534456.

o zwolnieniu z tajemnicy zawodowej nie może być traktowana jak formalność. Zaufanie informatora, warunkujące prawidłowe wykonywanie zadań przez dziennikarzy, jest wielką wartością, której naruszenie stanowi cenę za osiągnięcie sprawiedliwości, której bez tego by nie osiągnięto⁴⁵.

Należy podkreślić, że zwolnienie z tajemnicy stanowi wyjątek, co oznacza, że przesłanki zwolnienia powinny być interpretowane ściśle i każdorazowo zachodzi konieczność uzasadnienia skorzystania z regulacji wyjątkowej. Przez dobro wymiaru sprawiedliwości należy rozumieć potrzebę ustalenia prawdy materialnej w toku postępowania karnego⁴⁶. Dobro wymiaru sprawiedliwości wymaga, aby ewentualne rozstrzygnięcie w sprawie było oparte na pełnej podstawie dowodowej dotyczącej wszystkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie, a okoliczność, odnośnie do której następuje zwolnienie, nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Oznacza to, że okoliczności uzasadniające zwolnienie powinny być w pierwszej kolejności szczegółowo wskazane i umotywowane we wniosku prokuratora z właściwym odniesieniem do materiału dowodowego sprawy⁴⁷. W dalszej kolejności okoliczności te powinny zostać uargumentowane i przedstawione w uzasadnieniu decyzji sądu. Zakres zwolnienia z tajemnicy dziennikarza powinien być precyzyjnie wytyczony w treści postanowienia wydanego na podstawie art. 180 § 2 k.p.k. Wyznaczenie zakresu musi się zatem odnosić do ściśle określonego zachowania oraz sytuacji, co do której dziennikarz ma zostać poddany przesłuchaniu. W wypadku niespełnienia tej przesłanki zwolnienie z tajemnicy zawodowej musiałoby zostać uznane za nieograniczone, dające pełną swobodę działania organom procesowym, co stoi w opozycji do unormowania wynikającego z treści art. 180 § 2 k.p.k.⁴⁸

Podsumowując powyższe, można stwierdzić, że przeprowadzenie dowodu w oparciu o informacje objęte tajemnicą powinno być zawsze poprzedzone wnikliwą analizą tego, czy *in concreto* dobro wymiaru sprawiedliwości w drodze wyjątku uzasadnia naruszenie chronionego ustawowo przez tę tajemnicę interesu publicznego i prywatnego. Sąd, jako organ stojący na straży praworządności w demokratycznym państwie prawa, mając na uwadze fakt, że tajemnica dziennikarska stanowi istotę wykonywanego zawodu dziennikarza, musi być w takim wypadku gwarantem zachowania zarówno właściwej formuły procedowania, jak i merytorycznej zasadności wniosku o zwolnienie z jej zachowa-

⁴⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18.09.2009 r. (II AKz 478/09), OSA 2010/4, poz. 17; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 19.03.2009 r. (II AKz 64/09), OSA 2012/10, poz. 37; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 21.04.2010 r. (II AKz 129/10), KZS 2010/5, poz. 36.

⁴⁶ J. Sieńczyło-Chlabczyk, Z. Zawadzka, M. Nowikowska, *Prawo...*, s. 221.

⁴⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17.02.2016 r. (II AKz 64/16), OSA 2016/7, poz. 20.

⁴⁸ Postanowienie SN z 31.01.2019 r. (VI KZ 2/19), OSNKW 2019/3, poz. 19.

nia⁴⁹. Natomiast niezbędność w kontekście przesłanek z art. 180 k.p.k. łączy się ściśle z niemożnością ustalenia okoliczności na podstawie innego dowodu⁵⁰.

Zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy wskazanej w art. 180 § 2 k.p.k. pozostaje w wyłącznej kompetencji sądu. Natomiast w postępowaniu przygotowawczym z wnioskiem o zwolnienie dziennikarza z tajemnicy może wystąpić prokurator. Termin na rozpatrzenie przez sąd wniosku prokuratora o zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy określonej w art. 180 § 2 k.p.k. wynosi 7 dni. Sąd w przedmiocie zwolnienia wydaje postanowienie na posiedzeniu bez udziału stron. W stadium jurysdykcyjnym jest to postanowienie o przesłuchaniu świadka co do okoliczności objętych tajemnicą, natomiast gdy z wnioskiem wystąpił prokurator w postępowaniu przygotowawczym, to jest to postanowienie o zezwoleniu prokuratorowi lub innemu organowi prowadzącemu postępowanie na przesłuchanie świadka w zakresie okoliczności objętych tajemnicą. Podkreślenia wymaga fakt, że rola sądu nie może sprowadzać się do formalnego spełnienia oczekiwania prokuratora. W takim wypadku sąd jest organem stojącym na straży praworządności i gwarantem zachowania form postępowania i merytorycznej zasadności żądania zmierzającego do wyjątkowego wzruszenia zakazu dowodowego w imię celu ważniejszego, jakim jest dobro wymiaru sprawiedliwości⁵¹.

5. SZCZEGÓLNA REGULACJA DOTYCZĄCA TAJEMNICY DZIENNIKARSKIEJ – ART. 180 § 3 K.P.K.

Ochrona tajemnicy dziennikarskiej – w porównaniu z ochroną tajemnicy notarialnej, adwokackiej, radcowskiej czy lekarskiej – jest rozszerzona. Ustawodawca w art. 180 § 3 k.p.k. ustanowił tzw. bezwzględny zakaz dowodowy. W odniesieniu do wyżej wymienionych tajemnic możliwe jest zwolnienie w całości z obowiązku ich zachowania, podczas gdy nie jest możliwe zwolnienie z obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej w części dotyczącej danych umożliwiających identyfikację autora materiału prasowego, listu do redakcji lub innego materiału o tym charakterze, jak również identyfikację osób udzielających informacji opublikowanych lub przekazanych do opublikowania, jeżeli te osoby zastrzegły nieujawnianie powyższych danych. Tajemnica dziennikarska ma w tym zakresie charakter bezwzględny. W literaturze przedmiotu trafnie wskazuje się, że brak tej ochrony mógłby powstrzymać informatorów od pomagania prasie w przekazywaniu społeczeństwu wiadomości w sprawach mających publiczne znaczenie⁵². Oznacza to, że dziennikarz może być przesłuchany tylko w zakresie treści informacji. W płaszczyźnie aksjologicznej, dokonując

⁴⁹ J. Sieńczyło-Chlabicz, Z. Zawadzka, M. Nowikowska, *Prawo...*, s. 222.

⁵⁰ Uchwała SN z 19.01.1995 r. (I KZP 15/94), OSNKW 1995/1–2, poz. 1.

⁵¹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 7.06.2019 r. (II AKz 231/18), LEX nr 2614578.

⁵² J. Sobczak, *Tajemnica dziennikarska*, „*Studia Medioznawcze*” 2005/1, s. 19; J. Sieńczyło-Chlabicz, Z. Zawadzka, M. Nowikowska, *Prawo...*, s. 222.

wyboru między dobrem wymiaru sprawiedliwości a wolnością prasy, ustawodawca wybrał tę drugą wartość⁵³.

Zgodnie z art. 180 § 5 k.p.k. odmowa przez dziennikarza ujawnienia danych określonych w art. 180 § 3 k.p.k. nie uchyła jego odpowiedzialności za przestępstwo, które popełnił, publikując informację. Zatem w przypadku gdy dziennikarz, publikując informację, dopuścił się przestępstwa zniesławienia, będzie on ponosił odpowiedzialność i nie może się od niej uwolnić poprzez wskazanie źródła informacji dziennikarskiej.

Jednocześnie ustawodawca wskazał, że zakaz dowodowy z art. 180 § 3 k.p.k. nie obowiązuje – umożliwiając tym samym zwolnienie dziennikarza z obowiązku zachowania tajemnicy przewidzianej tym przepisem – jeśli informacja dotyczy przestępstwa lub przestępstw ujętych w art. 240 § 1 k.k. Należy podkreślić, że art. 240 § 1 k.k. formułuje katalog czynów zabronionych, w przypadku których istnieje prawny obowiązek zawiadomienia organów ścigania, ciążyący na każdym, kto posiada wiarygodną wiadomość o ich karalnym przygotowaniu, usiłowaniu lub dokonaniu. Są to m.in. zbrodnia ludobójstwa (art. 118), zamach masowy (art. 118a), zbrodnia wojenna (art. 122), niehumanitarne traktowanie cywilów (art. 123), zamach na niepodległość i integralność terytorialną, jak również na istnienie i funkcjonowanie konstytucyjnego ustroju Rzeczypospolitej Polskiej (art. 127), zamach na konstytucyjny organ Rzeczypospolitej Polskiej (art. 128), szpiegostwo na rzecz obcego wywiadu (art. 130), zabójstwo (art. 148) czy przestępstwo zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem (art. 197 § 4).

Analiza rozwiązań prawnych zawartych w Kodeksie postępowania karnego pozwala stwierdzić, że tajemnica dziennikarska podlega zróżnicowanej ochronie, tj. na trzech poziomach intensywności.

Pierwszy poziom to każda informacja, która ma charakter zastrzeżony ze względów służbowych, np. zgodnie ze statutem redakcji. Zgodnie z art. 180 § 1 k.p.k. ze zwykłej tajemnicy służbowej dziennikarza mogą zwolnić sąd lub prokurator. Należy zauważyć, że nie jest przy tym wymagane, aby przemawiał za tym jakiś szczególny interes wymiaru sprawiedliwości ani aby faktów objętych przesłuchaniem nie dało się ustalić w inny sposób.

Drugi poziom to ochrona tajemnicy ustawowej nałożonej na dziennikarza na mocy Prawa prasowego, ale nieobejmująca tajemnicy tożsamości. Zwolnienie dziennikarza z tej tajemnicy zachodzi wyłącznie wtedy, gdy przesłuchanie jest niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a dana okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu.

Trzeci poziom to ochrona tajemnicy tożsamości, która jest najsilniejsza. Zgodnie z art. 180 § 3 k.p.k. nikt nie może zwolnić dziennikarza z jej zachowania poza dysponentem, dotyczy to także sądu. Dobro wymiaru sprawiedliwości ulega w tym zakresie ograniczeniu ze względu na interes informatora, a także wolności prasy⁵⁴.

⁵³ Postanowienie SN z 15.12.2004 r. (III KK 278/04), OSP 2006/11, poz. 12.

⁵⁴ Uchwała SN z 22.11.2002 r. (I KZP 26/02), OSNKW 2003/1–2, poz. 6; B. Kosmus, G. Kuczyński, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 273–274.

Analiza przepisów Kodeksu postępowania karnego pozwala zatem stwierdzić, że tajemnica dziennikarska jest jedną z najbardziej chronionych tajemnic zawodowych. Przesądza o tym fakt, że zasadniczy jej „trzon” ma charakter absolutny⁵⁵.

6. TAJEMNICA DZIENNIKARSKA A NARUSZENIE DÓBR OSOBISTYCH

Co do zasady instytucja tajemnicy dziennikarskiej służy ochronie informatorów zastrzegających poufność, będąc instrumentem ułatwiającym dziennikarzom uzyskiwanie informacji. Oznacza to, że dziennikarz, korzystając z takiego źródła informacji i decydując się na oparciu publikowanych informacji na takim źródle, liczy się z ewentualną odpowiedzialnością za naruszenie dóbr osobistych w wypadku zaistnienia sporu sądowego. W sprawie o ochronę dóbr osobistych procesowe ryzyko zachowania tajemnicy, o której mowa w art. 15 ust. 2 pr. pras., obciąża w tym wypadku dziennikarza⁵⁶.

Zdarza się także, że dziennikarz, pomimo ciężącego na nim obowiązku, sam decyduje się na ujawnienie informacji. Możliwość takiego przesłuchania dziennikarza potwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z 15.12.2004 r. Sąd ten uznał, że „Istnieje wprawdzie bezwzględny zakaz zwalniania dziennikarza od obowiązku zachowania tajemnicy dziennikarskiej w zakresie danych, o jakich mowa w art. 180 § 3 k.p.k., ale nie oznacza on, że nie można przesłuchać dziennikarza na te okoliczności, jeżeli on sam nie zasłania się tajemnicą dziennikarską i chce takie zeznania złożyć. Sąd nie może zwolnić dziennikarza z tajemnicy w tym zakresie, może natomiast przesłuchać go na okoliczności objęte tą tajemnicą”⁵⁷. Odmienne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w postanowieniu z 20.10.2005 r., w którym stwierdził, że „w przepisie art. 180 § 3 wyrażony jest bezwzględny zakaz dowodowy, a skoro tak, to sam fakt braku powołania się dziennikarza na tzw. tajemnicę anonimatu nie może przesądzać o prawidłowości postępowania sądu, który przesłuchuje dziennikarza na okoliczności objęte anonimatem”⁵⁸. Oznacza to, że dziennikarz nie może się „sam zwolnić” z tajemnicy dziennikarskiej, a sąd w takim przypadku postąpiłby nieprawidłowo. Wydaje się, że drugie stanowisko Sądu Najwyższego należy uznać za słuszne. Zostało ono także zaakceptowane przez przedstawicieli doktryny⁵⁹. Argumentem przemawiającym za drugim stanowiskiem jest fakt, że dysponentem tajemnicy jest

⁵⁵ P. Kosmaty, *Tajemnica dziennikarska i jej granice*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2019/3, s. 29.

⁵⁶ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 16.12.2016 r. (VI ACa 1431/15), LEX nr 2275469; wyrok NSA z 22.01.2015 r. (I OSK 1161/13), LEX nr 1655993.

⁵⁷ Postanowienie SN z 15.12.2004 r. (III K 278/04), OSNKW 2005/3, poz. 28.

⁵⁸ Postanowienie SN z 20.10.2005 r. (II KK 184/05), „Prokuratura i Prawo” 2006/2, poz. 10.

⁵⁹ A. Gerecka-Żołyńska, *Glosa...*, poz. 128; D. Szumiło-Kulczycka, *Glosa krytyczna do postanowienia SN z 15.12.2004 r. (III K 278/04)*, „Państwo i Prawo” 2005/12, s. 123; A. Bojańczyk, *Karnoprocesowe znaczenie zgody dziennikarza na składanie zeznań co do okoliczności objętych tajemnicą zawodową (wokół postanowienia Sądu Najwyższego z 15.12.2004 r.)*, „Palestra” 2005/9–10, s. 30–44; K. Szczechowicz, *Zwolnienie...*, s. 190; J.J. Mrozek, *Tajemnica...*, s. 184–185.

sam informator. Konstrukcja normatywna tajemnicy dziennikarskiej określona w art. 15 pr. pras. wskazuje, że dziennikarz nie jest dysponentem tajemnicy, mogącym ową tajemnicą swobodnie i wedle własnego uznania rozporządzać, lecz jest jej depozytariuszem bezwzględnie obowiązany do zachowania w tajemnicy znanych mu danych informatora⁶⁰.

Podsumowując, można stwierdzić, że tajemnica dziennikarska jest gwarancją wolności prasy. Wolności, która przysługuje każdemu człowiekowi, a której dziennikarze są tylko depozytariuszami⁶¹. W tym kontekście tajemnicę zawodową należy postrzegać jako obowiązek zachowania dyskrecji w odniesieniu do okoliczności, o których osoba dowiedziała się w związku z wykonywaniem określonego zawodu. Tajemnica dziennikarska jest prawną gwarancją zaufania i intymności w stosunkach prasowych między dziennikarzem a autorem materiału prasowego. Nie jest zatem przywilejem, ale raczej obciążeniem dla dziennikarza⁶².

7. PODSUMOWANIE

Tajemnica dziennikarska w polskim systemie prawnym została uregulowana w sposób szczególny. Ten szczególny zakres ochrony jest związany z rolą, jaką dziennikarze odgrywają w społeczeństwie, i uznaniem ich za zawód zaufania publicznego. Funkcją wprowadzonych uregulowań związanych z tajemnicą dziennikarską nie jest ochrona interesów osób, które te zawody wykonują, lecz nade wszystko ochrona osób, które w zaufaniu do publicznej roli dziennikarza powierzają mu wiedzę o faktach, którą nie chcą na ogół dzielić się z innymi osobami. Gwarancja zachowania przekazanych informacji w tajemnicy jest zatem podstawą wzajemnego zaufania i warunkiem swobodnego wykonywania profesji dziennikarza. Wolność prasy i płynące z niej poszanowanie tajemnicy dziennikarskiej stanowią podstawę funkcjonowania każdego państwa prawnego⁶³. Tajemnica dziennikarska nie może być rozpatrywana w interesie prywatnym, lecz publicznym. Jej zagwarantowanie umożliwi bowiem swobodny dopływ informacji, jej brak może zaś doprowadzić do tego, że pewne informacje nigdy nie staną się powszechnie znane. Wielu informatorów bez instytucjonalnej gwarancji nie zdecyduje się na podjęcie ryzyka i wybierze wygodne milczenie⁶⁴.

Wyważenie interesów wymiaru sprawiedliwości i prasy, jednakowo ważnych, jest rzeczą bardzo trudną, ale konieczną. Ustawodawca co do zasady uznaje sprawę zaufania społecznego do prasy w zakresie pełnienia jej funkcji za społecznie ważniejszą od interesów organów ścigania. Przyjął jednak, że nie ma ona charakteru bezwzględnego. W przepisach Kodeksu postępowania

⁶⁰ J.J. Mrozek, *Tajemnica...*, s. 185.

⁶¹ J. Sobczak, *Granice prawne tajemnicy dziennikarskiej*, „Ius Novum” 2007/1, s. 69.

⁶² J. Brodzki, *Tajemnica zawodowa dziennikarza. Nie dajmy się skolować*, „Prasa Polska” 1987/7, s. 12.

⁶³ K. Szczechowicz, *Zwolnienie...*, s. 185.

⁶⁴ J.J. Mrozek, *Tajemnica...*, s. 181.

karnego ustawodawca dopuścił możliwość przesłuchania dziennikarza, co każdorazowo wymaga decyzji sądu. W odróżnieniu od przepisów Prawa prasowego, statuujących ustawowe zwolnienie z tajemnicy dziennikarskiej, zwolnienie z zachowania tajemnicy następuje na podstawie postanowienia sądu.

Akceptując ustawową podstawę ingerencji w tajemnicę dziennikarską, należy podkreślić, że muszą być zagwarantowane odpowiednie gwarancje proceduralne pozwalające na ocenę wagi interesu postępowania karnego i interesu publicznego ochrony źródeł dziennikarskich. Przesłanka dobra wymiaru sprawiedliwości materializuje się w dążeniu do realizacji celów postępowania karnego, to znaczy wykrycia i pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa, zapobiegania przestępczości i respektowania prawnie chronionych interesów pokrzywdzonych. Przy przesłance niemożliwości ustalenia okoliczności na podstawie innego dowodu zasadniczy problem sprowadza się do tego, czy odnosi się on do obiektywnej, czy subiektywnej niemożliwości, co oznacza faktyczne nieistnienie takiego źródła dowodowego, które mogłoby dostarczyć informacji na dany temat⁶⁵.

Ustawodawca, przyznając dziennikarzom prawo do zachowania tajemnicy służącej wolności słowa, uznał, że w pewnych przypadkach inne dobra mogą stać wyżej w hierarchii od tejże wolności. W odniesieniu do tych najcięższych przestępstw prawodawca, mając wybór między dobrem wymiaru sprawiedliwości a wartością, jaką jest wolność prasy, wybrał dobro wymiaru sprawiedliwości⁶⁶.

ABSTRACT

Monika Nowikowska Ph.D.

The author is an assistant professor at the Faculty of Law and Administration of the Academy of Military Arts.

Reporter's privilege and the interest of the criminal trial

The purpose of the article is to comprehensively describe the institution of reporter's privilege under Polish law and the mechanisms of its protection. The article discusses the concept of reporter's privilege regulated in the Press Law, as well as the proceedings to release a journalist from the obligation of confidentiality in a criminal trial. Procedural considerations are preceded by a discussion of the scope of reporter's privilege and the persons to whom it applies. As a rule, the informant is the holder of the information provided to the press. Nevertheless, the legislator

⁶⁵ I. Zielinko, *Kształt tajemnicy dziennikarskiej*, „Przegląd Sądowy” 2008/5, s. 114.

⁶⁶ K. Szczechowicz, *Zwolnienie...*, s. 185. A. Ważny, *Problemy zwolnienia z tajemnicy adwokackiej, dziennikarskiej i lekarskiej w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1998/10, s. 120.

also provides for such situations where the proper functioning of the justice system releases a journalist from the obligation to keep the obtained information confidential. This is reflected in the grounds for releasing a journalist from obligation of confidentiality under the Code of Criminal Procedure. The question arises about the conflict of principles: freedom of the press and the proper functioning of the justice system. The aim of this publication is to present the essence and assumptions of reporter's privilege and the construction of Art. 180 § 2 to 5 of the Code of Criminal Procedure, to signal the most common problems that arise when applying the institution of exempting a journalist from the obligation of confidentiality, and to attempt to indicate possible solutions in this regard, contributing to the shaping of the proper practice of investigative bodies.

Keywords: *journalist, journalist secrecy, good of the judiciary, informant, freedom of the press*

dr Monika Nowikowska

ORCID: 0000-0001-5166-8375.

Autorka jest adiunktem na Wydziale Prawa i Administracji Akademii Sztuki Wojennej.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Bafia Jerzy**, *Dziennikarska tajemnica zawodowa*, „Prasa Polska” 1988/2
- Bafia Jerzy**, *Prawo o wolności słowa*, Warszawa 1988
- Bojańczyk Antoni**, *Karnoprocesowe znaczenie zgody dziennikarza na składanie zeznań co do okoliczności objętych tajemnicą zawodową (wokół postanowienia Sądu Najwyższego z 15.12.2004 r.)*, „Palestra” 2005/9–10
- Brodzki Jan**, *Tajemnica zawodowa dziennikarza. Nie dajmy się skołować*, „Prasa Polska” 1987/7
- Chałubińska-Jentkiewicz Katarzyna, Nowikowska Monika**, *Ochrona danych osobowych w cyberprzestrzeni*, Warszawa 2021
- Czarny-Drożdżejko Elżbieta**, *Anonimowość ogłoszeniodawcy i reklamodawcy na gruncie przepisów Prawa prasowego*, „Przegląd Sądowy” 2017/11–12
- Dobosz Izabela**, *Prawo prasowe. Podręcznik*, Warszawa 2006
- Gajewska-Taczowska Hanna**, *Tajemnica zawodowa a art. 163 k.p.k.*, „Państwo i Prawo” 1998/6

- Galewska Ewa**, *Tajemnica dziennikarska w kodeksach etyki zawodowej*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2016/6
- Gerecka-Żołyńska Anna**, *Glosa do postanowienia SN z 15.12.2004 r. (III K 278/04)*, OSP 2006/12, poz. 128
- Gostyński Zbigniew**, *Tajemnica dziennikarska, a obowiązek składania zeznań w procesie karnym*, Warszawa 1997
- Gruszecka Dagmara**, *Tajemnica służbowa i zawodowa (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2021
- Grzegorzczak Tomasz**, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2014, t. 1
- Guzik Anna**, *Prawnokarne aspekty ochrony tajemnicy dziennikarskiej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002/1
- Hoc Stanisław**, *O ochronie źródeł informacji dziennikarzy (wybrane aspekty) (w:) Między Klio a Themis. Księga dedykowana Profesorowi Jackowi Sobczakowi*, red. J. Adamowski, T. Wallas, K. Kakareko, Warszawa–Poznań 2016
- Koper Radosław**, *Granice ochrony tajemnicy dziennikarskiej w procesie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2012/2
- Kosmaty Piotr**, *Tajemnica dziennikarska i jej granice*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2019/3
- Kosmus Bogusław, Kuczyński Grzegorz**, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2013
- Kosowska-Korniak Ewa**, *Prawnoprocesowe aspekty tajemnicy dziennikarskiej*, „Prokuratura i Prawo” 2014/2
- Kunicka-Michalska Barbara**, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972
- Lis Wojciech (w:) Lis Wojciech, Wiśniewski Piotr, Husak Zbigniew**, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2012
- Michalski Bogdan**, *Podstawowe problemy prawa prasowego*, Warszawa 1998
- Mrozek Jacek Janusz**, *Tajemnica zawodowa dziennikarza i jej ochrona w polskim systemie prawnym*, „Studia Elckie” 2009/11
- Nowikowska Monika**, *Granice dozwolonej krytyki prasowej działalności osób pełniących funkcje publiczne*, Warszawa 2020
- Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2008
- Razowski Tomasz**, *Zwolnienie świadka z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2010/7–8
- Sieńczyło-Chlabicz Joanna, Zawadzka Zofia, Nowikowska Monika**, *Prawo prasowe*, Warszawa 2019

- Sobczak Jacek**, *Granice prawne tajemnicy dziennikarskiej*, „Ius Novum”, 2007/1
- Sobczak Jacek**, *Prawo prasowe. Komentarz*, Warszawa 2008
- Sobczak Jacek**, *Tajemnica dziennikarska*, „Studia Medioznawcze” 2005/1
- Stefańska Julita**, *Przeszukanie a tajemnica dziennikarska*, „Prokuratura i Prawo” 2015/6
- Szczechowicz Krystyna**, *Zwolnienie z tajemnicy dziennikarskiej w postępowaniu karnym*, „Media – Kultura – Komunikacja Społeczna” 2012/8
- Szumilo-Kulczycka Dobrosława**, *Glosa krytyczna do postanowienia SN z 15.12.2004 r. (III K 278/04)*, „Państwo i Prawo” 2005/12
- Ważny Andrzej**, *Problemy zwolnienia z tajemnicy adwokackiej, dziennikarskiej i lekarskiej w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1998/10
- Zaremba Michał** (w:) *Prawo prasowe. Komentarz*, red. M. Zaremba, Warszawa 2018
- Zaremba Michał**, *Tajemnica zawodowa dziennikarza a jego odpowiedzialność prawna*, „Studia Medioznawcze” 2003/2
- Zielinko Iwona**, *Kształt tajemnicy dziennikarskiej*, „Przegląd Sądowy” 2008/5
- Zielinko Iwona**, *Tajemnica dziennikarska w prawie prasowym*, „Prokuratura i Prawo” 2009/7–8

Pojęcia kluczowe: *system dozoru elektronicznego, przerwa w odbywaniu kary, orzecznictwo, prawo karne wykonawcze*

Glosy

Piotr Soroka

GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU APELACYJNEGO WE WROCŁAWIU Z 14.06.2022 R. (II AKZW 1813/22) (NIEPUBL.)

TEZA POSTANOWIENIA

Nie jest przeszkodą do merytorycznego rozpoznania wniosku skazanego o wyrażenie przez sąd zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego okoliczność, że korzysta on obecnie z przerwy w wykonywaniu kary i przebywa poza zakładem karnym.

1. WPROWADZENIE

Przedmiotem niniejszej glosy jest postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 14.06.2022 r. (II AKzw 1813/22). Postanowienie to w sposób dość jednoznaczny polemizuje z tezą stawianą przez niektóre sądy, które uznają, że formalną przeszkodą do orzekania o wyrażeniu zgody przez sąd na odbywanie przez skazanego kary w systemie dozoru elektronicznego jest fakt przebywania skazanego na przerwie w odbywaniu kary.

2. STAN FAKTYCZNY

Na wstępie glosator chce przybliżyć stan faktyczny. Skazanemu O.K. została udzielona przerwa w odbywaniu kary na okres trzech miesięcy. Jeszcze przed opuszczeniem zakładu karnego skazany złożył wniosek

o udzielenie mu zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego. Sąd Okręgowy we Wrocławiu odmówił jednak merytorycznego rozpoznania wniosku skazanego, stwierdzając istnienie przeszkody formalnej w postaci przebywania skazanego na przerwie, i postępowanie umorzył. Jako podstawę swojego rozstrzygnięcia sąd okręgowy wskazał art. 15 § 1 k.k.w.¹, zgodnie z którym to przepisem (*in fine*) postępowanie wykonawcze umarza się w razie istnienia innej przyczyny niż przedawnienie kary lub śmierć skazanego. Jak wskazał sąd okręgowy w uzasadnieniu swojego postanowienia, udzielenie zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego możliwe jest jedynie w przypadku, gdy skazany nie rozpoczął jeszcze wykonywania orzeczonej kary (art. 43la § 2 k.k.w.) lub gdy rozpoczął odbywanie kary w zakładzie karnym (art. 43la § 3 k.k.w.). Sąd okręgowy uznał, że przerwa, jako okres, w którym skazany nie odbywa kary, stanowi inną przeszkodę, która uniemożliwia prowadzenie postępowania wykonawczego w przedmiocie udzielenia zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego.

Z postanowieniem Sądu Okręgowego we Wrocławiu nie zgodził się obrońca skazanego, zarzucając postanowieniu naruszenie polegające na błędnej wykładni przepisów Kodeksu karnego wykonawczego, zauważając, że przepisy kodeksu nie wymagają, aby w chwili orzekania w przedmiocie zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego skazany przebywał w zakładzie karnym. Obrońca wniósł o zmianę postanowienia sądu okręgowego lub o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny we Wrocławiu, postanowieniem z 14.06.2022 r. (II AKz w 1813/22), uchylił zaskarżone orzeczenie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu we Wrocławiu. Sąd apelacyjny zauważył, że przepis art. 43la § 3 k.k.w. mówi nie tyle o przebywaniu przez skazanego w zakładzie karnym, ile o fakcie rozpoczęcia przez niego odbywania kary. W postanowieniu sąd apelacyjny stwierdził, że wskazany wyżej przepis określa jedynie dodatkowe przesłanki szczególne, a nie tworzy wymogu przebywania skazanego w momencie orzekania w zakładzie karnym. Oznacza to, że przerwa w wykonywaniu kary nie stanowi przeszkody w merytorycznym orzekaniu w przedmiocie udzielenia zgody na odbywanie przez skazanego kary w systemie dozoru elektronicznego.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2021 r. poz. 53 ze zm.), dalej: k.k.w.

3. ANALIZA SYTUACJI PRAWNEJ SKAZANEGO UBIEGAJĄCEGO SIĘ O ZGODĘ NA ODBYWANIE KARY W SYSTEMIE DOZORU ELEKTRONICZNEGO W KONTEKŚCIE PRZEBYWANIA PRZEZ NIEGO NA PRZERWIE

Przechodząc do analizy wywodów zawartych w postanowieniu sądu apelacyjnego, zauważyć trzeba, że sąd okręgowy umorzył postępowanie wykonawcze w oparciu o przepis art. 15 § 1 k.k.w., stwierdzając, że przebywanie skazanego poza zakładem karnym stanowi przeszkodę do orzekania o zgodzie na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego. Rozumowanie sądu okręgowego uznać należy za błędne, gdyż przesłanki merytorycznego orzekania statuuje art. 43la § 1 k.k.w. Przeszkodą do merytorycznego orzekania mogą być jedynie przyczyny tamże wskazane:

- 1) wobec skazanego orzeczono karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą roku i sześciu miesięcy oraz nie zachodzą warunki określone w art. 64 § 2 k.k. lub art. 64a k.k.,
- 2) orzeczenie kary w systemie dozoru elektronicznego będzie wystarczające dla osiągnięcia celów kary,
- 3) skazany posiada określone miejsce stałego pobytu,
- 4) osoby pełnoletnie, zamieszkujące wspólnie ze skazanym, wyraziły zgodę na odbywanie kary,
- 5) brak jest przeszkód natury technicznej.

Ustawodawca nie odnosi się zatem do kwestii przerwy. Fakt przebywania na przerwie nie może zatem zostać

zaliczony do wymogów formalnych. Zdaniem autora błąd w rozumowaniu sądu okręgowego leży jednak gdzie indziej. Sąd okręgowy wskazuje bowiem, że przeszkoda jest następstwem brzmienia przepisu art. 43la § 3 k.k.w. Przepis ten mówi jednak jedynie o rozpoczęciu odbywania kary w zakładzie karnym, nie kreując jednocześnie konieczności, aby skazany faktycznie przebywał w zakładzie w chwili orzekania w przedmiocie zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego. Wykładnia językowa w zasadzie nie pozostawia wątpliwości, że istotny jest sam fakt rozpoczęcia odbywania kary w zakładzie karnym. W przypadku osoby pozostającej na przerwie nie może być zaś możliwości, aby taka osoba nie rozpoczęła odbywania kary w zakładzie karnym. Jak wynika bowiem z istoty art. 153 § 1 k.k.w., przepis ten mówi o karze już wykonywanej. Specyficzna sytuacja może zachodzić w stosunku do skazanego, który w toku postępowania karnego został aresztowany, a następnie, po zaliczeniu okresu tymczasowego aresztowania, nie rozpoczął jeszcze wykonywania prawomocnie orzeczonej kary. W orzecznictwie prezentowany jest bowiem pogląd, że pod pojęciem przerwy w rozumieniu art. 155 § 1 k.k.w. rozumieć należy każdy okres czasowego pozostawiania na wolności, o ile nie jest on efektem bezprawnych działań skazanego². Przy przyjęciu takiego punktu widzenia skazany uprzednio tymczasowo aresztowany, który nie rozpoczął odbywania kary, znajduje

² Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 14.03.2007 r. (II AKz w 1139/06), Legalis nr 87999.

się na przerwie, choć innej niż ta w rozumieniu art. 153 § 1 k.k.w. Gdyby zaś przyjąć punkt widzenia sądu okręgowego w przedmiotowej sprawie, mogłyby zachodzić w ogóle wątpliwości, czy skazanego traktować należy jako osobę, która zaczęła już odbywać karę i wobec której zachodzi przeszkoda do merytorycznego orzekania, albowiem znajduje się poza zakładem karnym, czy też raczej jako skazanego, który w ogóle nie rozpoczął odbywania kary i wobec którego zachodzą okoliczności omówione w art. 43la § 2 k.k.w.

Warto w tym miejscu wskazać, że w orzecznictwie prezentowane jest stanowisko, zgodnie z którym brak spełnienia kryteriów formalnych, o których mowa w art. 43la § 1 k.k.w., powodować powinien nie tyle umorzenie postępowania na podstawie art. 15 § 1 k.k.w., ile odmowę udzielenia zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego³. Zdaniem autora jest to jednak stanowisko błędne. Jeżeli przyjąć, że art. 43la tworzy kryteria dopuszczalności orzekania, to niespełnienie któregośkolwiek z kryteriów tam wskazanych skutkować powinno umorzeniem postępowania w oparciu o art. 15 § 1 k.k.w.⁴

Fakt konieczności wydania orzeczenia merytorycznego oznacza, że sąd wydający postanowienie musi rozstrzygnąć, czy zachodzą kryteria ocenne, tj. wskazane w art. 43la § 1 pkt 2, § 2 i § 3 k.k.w. Skoro przeszkodą w orze-

kaniu nie jest fakt pozostawiania skazanego na przerwie, to nie można też uznać, że za każdym razem sąd powinien wydać postanowienie odmowne. Sąd orzekający w sprawie musi zatem zbadać, czy wobec skazanego przebywającego na przerwie w wypadku udzielenia zgody zostaną osiągnięte cele kary i czy dotychczasowa postawa i zachowanie skazanego przemawiają za takim rozstrzygnięciem. Sam fakt przebywania skazanego na przerwie nie może w żadnym przypadku zatem przesądzać, że wydane może być tylko orzeczenie odmowne. Sąd w stosunku do skazanego przebywającego na przerwie powinien przeprowadzić analizę pod kątem art. 43la § 1 pkt 2 i § 3 k.k.w. Sąd musi zatem rozważyć, czy cele kary zostaną osiągnięte oraz czy dotychczasowa postawa i zachowanie skazanego przemawiają za udzieleniem mu zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego.

Sporne wydaje się, czy w sytuacji skazanego przebywającego na przerwie zachowanie i postawę, o której mowa w art. 43la § 3 k.k.w., należy oceniać przez pryzmat okresu pobytu skazanego w zakładzie karnym, czy też raczej całościowo, rozumiejąc przez te okoliczności także postawę i zachowanie skazanego w trakcie odbywania przerwy. Jak trafnie wskazuje się w doktrynie: „(...) Istotne znaczenie może mieć tu np. opinia o skazanym z jednostki penitencjarnej (zwłaszcza o tym, czy skazany nie był karany dyscyplinarnie, był nagradzany, nie sprawia problemów wychowawczych, włączył się w proces resocjalizacji), a także analiza całokształtu zachowania skazanego po wydaniu wyroku. Chodzi tu

³ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 7.02.2017 r. (II AKZw 100/17), Legalis nr 16929263.

⁴ Zob. też postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 30.09.2021 r. (II AKZw 2071/21), Legalis nr 2632495.

o wyrobieniu przekonania, że skazany zasługuje na wykonanie kary w systemie dozoru elektronicznego, a w czasie pobytu poza zakładem karnym będzie przestrzegał porządku prawnego. Innymi słowy, elementem decydującym o udzieleniu zezwolenia w tego rodzaju przypadkach powinna być pozytywna prognoza kryminologiczna (...)”⁵.

W głosowanym postanowieniu Sądu Apelacyjnego, co warto podkreślić, stwierdzono wprost, że „(...) Przeszkodą do merytorycznego rozpoznania wniosku skazanego, nie jest zatem okoliczność, że korzysta on obecnie z przerwy w wykonywaniu kary (...). Wniosek skazanego powinien zostać merytorycznie rozpoznany i w tym celu zaskarżone postanowienie należało uchylić (...)”. Stwierdzenie to jest ze wszech miar prawidłowe i odpowiada wynikowi wykładni językowej przepisów art. 43la § 1 i 3 k.k.w. Pogląd sądu apelacyjnego jest także aprobowany w doktrynie. K. Postulski trafnie zauważa, że: „(...) Może powstać wątpliwość, czy konieczność odbycia posiedzenia w zakładzie karnym i wysłuchania przedstawiciela administracji zakładu karnego oraz obowiązkowy udział w posiedzeniu prokuratora dotyczy przypadku, gdy skazany rozpoczął odbywanie kary pozbawienia wolności, ale korzysta z przerwy w wykonaniu kary, postępowanie wykonawcze w tym zakresie zostało zawieszona albo nastąpiło wstrzymanie wykonania kary, a więc gdy skazany faktycznie nie odbywa kary, a przebywa na wolności. Wątpliwość tę zdaje się rozwie-

wać końcowa część art. 43le § 1 k.k.w. poprzez stwierdzenie, że posiedzenie sądu penitencjarnego odbywa się w zakładzie, «w którym skazany przebywa». Jeżeli więc skazany nie przebywa w zakładzie karnym, ale na wolności, sprawa rozpoznawana jest w siedzibie sądu penitencjarnego, właściwego stosownie do art. 43e § 1 k.k.w. Podobny pogląd wypowiedziany był już w poprzednim stanie prawnym, na gruncie analogicznie brzmiącego art. 41 ust. 1 ustawy o dozorze elektronicznym z 2007 r. (...)”⁶.

Warto podkreślić, że sytuacji skazanego nie zmieniła najnowsza nowelizacja Kodeksu karnego wykonawczego⁷. Choć przepisy dotyczące kontroli skazanego w systemie dozoru elektronicznego w trakcie przerwy w odbywaniu kary wejdą dopiero w 2026 r., to jedynie sygnalizacyjnie należy zauważyć, że ewentualny fakt, że skazany będzie kontrolowany elektronicznie w trakcie przerwy, nie może stanowić (oczywiście na dzień powstania niniejszego artykułu) przeszkody w orzekaniu dozoru elektronicznego na podstawie art. 43la k.k.w. Warto też nadmienić, że ta sama nowelizacja, pomimo znaczących zmian w zakresie samego dozoru elektronicznego, ponownie nie reguluje kwestii swoistej kolizji wydanego postanowienia w przedmiocie przerwy w odbywaniu kary z postępowaniem w przedmiocie o udzielenie zgody na odbywanie kary w systemie dozoru

⁵ I. Zgoliński (w:) *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. J. Lachowski, Warszawa 2021, Legalis/el., komentarz do art. 43la k.k.w., nb. 3.

⁶ K. Postulski, *Zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego*, „Prokuratura i Prawo” 2017/1, s. 62 i n.

⁷ Ustawa z 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r. poz. 2600).

elektronicznego. Obecnie brzmienie art. 43la k.k.w. w swej istocie nie odbiega w sposób znaczący od stanu prawnego, na podstawie którego wydane zostało głosowane orzeczenie.

W 2019 r. pojawiła się co prawda propozycja zmiany polegającej na dodaniu w art. 156 k.k.w. § 2a i 2b, jednakże zmiana ta nie weszła w życie⁸. Przepisy te wprost odnosiły się do kolizji orzeczonej przerwy i odbywania przez skazanego kary w systemie dozoru elektronicznego.

4. STOSOWANIE PRZEPISÓW W RAZIE KOLIZJI POSTANOWIENIA O PRZERWIE Z WNIOSEM O UDZIELENIE ZGODY NA ODBYWANIE KARY W SYSTEMIE DOZORU ELEKTRONICZNEGO

Należy jednak, jedynie sygnalizacyjnie, wskazać, jakie czynności powinni przedsięwziąć obrońca i sąd w sytuacji, gdy skazany składa wniosek, pozostając na przerwie. Określenie sposobu postępowania sądu nie jest bowiem wprost określone w przepisach Kodeksu karnego wykonawczego, a co za tym idzie, wymaga to zastosowania wykładni systemowej i funkcjonalnej.

Analizując przepisy art. 43la k.k.w., art. 152 k.k.w. i art. 156 k.k.w., dojść należy do konkluzji, że postanowienie o udzielenie skazanemu zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego poprzedzone musi być wydaniem postanowienia o odwołaniu przerwy. Obecnie jednak przepisy

nie przewidują odwołania przerwy na wnioszek skazanego. Z istoty przerwy przewidzianej w art. 152 k.k.w. wynika, że jest to przerwa w odbywaniu kary pozbawienia wolności w zakładzie karnym. Przerwa w odbywaniu kary w systemie dozoru elektronicznego jest inną instytucją, uregulowaną w art. 43q k.k.w.

Wydaje się jednak, że okoliczność złożenia wniosku o udzielenie zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego jest podstawą do odwołania przerwy na podstawie art. 156 § 1 *in principio* k.k.w. Skoro bowiem skazany składa wniosek o udzielenie dozoru, oznacza to, że ustaly okoliczności, na podstawie których przerwa została mu udzielona. Sąd jednak każdorazowo musi zważyć, czy np. przyczyny zdrowotne nie stoją na przeszkodzie temu, aby przerwę odwołać. Może to dotyczyć np. długotrwałego pobytu skazanego w szpitalu. W takiej sytuacji sąd może odmówić odwołania przerwy i wniosku o udzielenie zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego nie uwzględnić. Jeżeli jednak przerwa została udzielona skazanemu z przyczyn, które nie uniemożliwiają mu, w sensie faktycznym, odbywania kary w systemie dozoru elektronicznego, to sąd powinien merytorycznie wnioszek rozpoznać.

Pierwotnie zatem sąd musi zbadać wnioszek skazanego pod kątem art. 156 § 1 k.k.w., a następnie powinien przystąpić do oceny spełniania przez skazanego warunków, o których mowa w art. 43la k.k.w. Sąd, jeżeli dojdzie do przekonania, że skazany spełnia warunki z art. 43la k.k.w., powinien postanowieniem najpierw zarządzić

⁸ S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis/eL, komentarz do art. 156 k.k.w., nb. III.6.

odwołanie przerwy w odbywaniu kary na podstawie art. 156 § 1 k.k.w., a następnie udzielić skazanemu zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego.

Zdaniem autora wnioskodawca nie musi w swoim wniosku wyodrębnić okoliczności, że skazany wnosi o odwołanie przerwy. Sam fakt złożenia wniosku oznacza, że istnieją okoliczności, które umożliwiają skazanemu kontynuowanie odbywania kary, choć w mniej dolegliwy dla niego sposób niż przez izolację w warunkach więziennych. Przez to samo złożenie wniosku oznacza, *per se*, że okoliczności, które uzasadniały przyznanie przerwy, ustały. Wnioskowanie sądu powinno być jednak przesłankowe. Sąd odwołać przerwę powinien dopiero w momencie wydawania postanowienia o udzieleniu zgody na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego. Jeżeli sąd uzna, że brak jest przesłanek do wydania postanowienia udzielającego zgodę, to nie może, zdaniem autora, orzec o odwołaniu przerwy, chyba że przeprowadzi postępowanie, które pozwoli na stwierdzenie, że zaistniały inne okoliczności pozwalające na odwołanie tej przerwy niż sam wniosek. Powyższe wynika z faktu, że odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego daje skazanemu dużo większe możliwości niż odbywanie jej w warunkach izolacji więziennej.

5. WNIOSKI I UWAGI DE LEGE FERENDA

Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu jest, zdaniem autora,

istotnym głosem w dyskusji, czy możliwe jest orzekanie o zgodzie na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego w sytuacji, gdy względem skazanego zostało wydane postanowienie o przerwie w odbywaniu kary. Zdaniem autora stanowisko Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, dopuszczające możliwość wydania postanowienia o zgodzie na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego, jest uzasadnione brzmieniem przepisów Kodeksu karnego wykonawczego. Także po ostatniej nowelizacji kodeksu stanowisko to uznać należy za prawidłowe.

Autor zwraca jednak uwagę, że spór pomiędzy zwolennikami dopuszczalności orzekania a przeciwnikami przeciwiać może dopiero znowelizowanie albo przepisów dotyczących wykonywania kary w systemie dozoru elektronicznego, albo przepisów dotyczących przerwy w karze. Ustawodawca powinien, zdaniem autora, w sposób jasny i jednoznaczny sformułować przepisy, aby nie było wątpliwości co do dopuszczalności orzekania zgody na odbywanie kary wobec skazanych przebywających na przerwie.

Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów potrzeba ta stała się jeszcze bardziej widoczna, zwłaszcza w kontekście przyznania komisjom penitencjarnym prawa do wydawania decyzji o zgodzie na odbywanie kary w systemie dozoru elektronicznego osadzonemu w zakładach karnych, jeżeli wymierzona im kara nie przekracza czterech miesięcy pozbawienia wolności. W stosunku do skazanego przebywającego na przerwie nie wiadomo, czy właściwym trybem wyda-

nia zgody byłby tryb z art. 431a k.k.w., czy jednak tryb z art. 431la k.k.w. Dla tego też konieczne jest podjęcie in-

terwencji przez ustawodawcę, która ostatecznie rozwiąże omawiany powyżej problem.

ABSTRACT

adw. dr Piotr Soroka

The author is an advocate at the District Bar Association in Wrocław.

Commentary on ruling of the Court of Appeal in Wrocław of 14 June 2022 (II AKzw 1813/22) (unpublished)

In its ruling from 14 June 2022, the Wrocław Court of Appeal held that it is admissible for courts to decide whether a convict is eligible to serve his/her sentence in the electronic monitoring system when said convict was previously granted a break in his/her sentence by a court. Such situations are not uncommon in Polish courts' practice and this matter is of considerable importance for both courts and defence attorneys. The legislator did not foresee such situations in the Penal Enforcement Code and it is up to courts to decide whether it is admissible to issue a ruling in this matter. The commentator approves the view expounded by the Wrocław Court and provides information about how the court and the applicant should proceed.

Keywords: *Electronic supervision system, penal break, jurisprudence, penal executive law*

adw. dr Piotr Soroka

Autor jest adwokatem Izby Adwokackiej we Wrocławiu.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Lelental Stefan, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis/el.

Postulski Kazimierz, *Zezwolenie na odbycie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego*, „Prokuratura i Prawo” 2017/1

Zgoliński Igor (w:) *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, red. J. Lachowski, Warszawa 2021, Legalis/el.

Pojęcia kluczowe: *prawo człowieka, seksualność, intymność, pornografia*

Glosy

Rafał Adamus

PRAWO CZŁOWIEKA DO POSZANOWANIA JEGO INTYMNOŚCI A DOSTĘP DO LEGALNEJ PORNOGRAFII – GŁOSA DO WYROKU EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA Z 7.02.2022 R. W SPRAWIE *CHOCHOLÁČ V. SŁOWACJA*

Zgodnie z art. 8 ust. 1 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności każdy człowiek ma prawo do poszanowania m.in. swojego „życia prywatnego”. „Życie prywatne” obejmuje także sferę seksualności człowieka. W myśl art. 8 ust. 2 Konwencji niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków: (a) przewidzianych przez ustawę i (b) koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

1. Stan faktyczny w sprawie *Chocholáč v. Słowacja*

Na kanwie przywołanego powyżej przepisu Europejski Trybunał Praw Człowieka zajmował się sprawą, w której skargę na Słowację wniósł mężczyzna (urodzony w 1989 r.) odsiadujący karę dożywotniego pozbawienia wolności orzeczoną za zabójstwo. Władze więzienne, w wyniku rutynowej kontroli, przeprowadzonej w 2013 r., skonfiskowały temu mężczyźnie materiał pornograficzny. Były to bezpłatnie dystrybuowane na Słowacji czasopisma przedstawiające „klasyczne” sceny seksu pomiędzy dorosłymi kobietami i mężczyznami, co można określić jako „miękką” czy

„lekką” pornografię¹. Skarżący odbywał karę pozbawienia wolności w indywidualnej celi. Zatem nie mógł narzucać swoich zachowań intymnych komukolwiek. W uzasadnieniu orzeczenia wskazano, że skarżący unikał obecnego w więzieniu środowiska homoseksualistów. Niemniej homoseksualizm nie jest prawnie zakazany we współczesnym prawodawstwie europejskim. Skarżący nie był skazany za przestępstwa o podłożu seksualnym. Słowacki system penitencjarny nie przewidywał dla osadzonych możliwości tzw. wizyt małżeńskich. Konfiskata materiału pornograficznego nastąpiła w wykonaniu orzeczenia wydanego w postępowaniu dyscyplinarnym, w związku z zachowaniem skarżącego zakwalifikowanym przez administrację zakładu karnego jako obraza moralności. Podstawą skargi skierowanej do ETPCz było naruszenie przywołanego art. 8 ust. 1 Konwencji. Trybunał, przy wyrażonym zdaniu odrębnym, uznał, że doszło do naruszenia wskazanego przepisu Konwencji².

2. DYLEMAT PRAWNY

Powstaje w związku z tym pytanie o doniosłość prawną seksualności człowieka (seksualność człowieka jest zjawiskiem złożonym; najczęściej wyraża się w heteroseksualności, ale możliwa jest również homoseksualność, biseksualność, autoseksualność czy aseksualność³).

Czy korzystanie z legalnej pornografii przez osobę dorosłą mieści się w statusie „praw człowieka” i „podstawowych wolności”? Czy powaga prawa pozwala na ochronę obywatela w zakresie dostępu do legalnej pornografii? Stawką jest ocena, czy władza

publiczna powinna organizować życie seksualne podległych jej administracji obywateli według własnych wyobrażeń. Dotyczy to przypadku, gdy władza jest o profilu konserwatywnym, jak i przypadku, gdy jest o profilu nadmiernie liberalnym. Można postawić tezę, że życie intymne człowieka, bez względu na jego konkretne przejawy, tak daleko jak nie wkracza w sferę publiczną, nie narusza wolności innych osób, nie narusza zakazów prawa karnego, jest na tyle doniosłą wartością, że powinno być ono chronione przez prawo.

3. SEKSUALNOŚĆ CZŁOWIEKA

Na zachowanie człowieka ma wpływ jego natura (w tym popęd seksualny⁴), ale również społeczne normy kulturowe, które w cywilizowanych społeczeństwach, ogólnie rzecz ujmując, przybierają także kształt

¹ Pornografia nie jest zjawiskiem jednorodnym. Rozróżnia się pornografię „miękką” i „twardą”, J. Pacewicz-Biegańska, *Pornografia jako świat wyobrażony kobiecej i męskiej seksualności*, „Ars Educandi” 2015/12, s. 43 i n.

² Sprawa *Chocholáč v. Słowacja*, wyrok ETPCz z 7.07.2022 r. (81292/17).

³ Por. Z. Lew-Starowicz, *Seksuologia XXI wieku*, „Rocznik Lubuski” 2006, t. 32, cz. 2, s. 16.

⁴ Zob. np. J. Vetulani, *Neurobiologia behawioru seksualnego*, „Wszechświat” 2012/1–3, s. 21.

norm prawnych i norm moralnych. Chodzi tu o prawo (normy prawne) w pozytywistycznym znaczeniu tego pojęcia. Normy moralne są zróżnicowane w zależności od systemu wartości, z którego one wynikają. Wszelkie normy społeczne są zmienne w czasie. Oczywiście istnieją także inne czynniki wpływu, jak na przykład prawa biologii, prawa fizyki itp.

Człowiek korzysta z autonomii woli (wolności podejmowania określonego zachowania), która jednak nie jest nieograniczona. Prawa przysługujące jednostce ludzkiej gwarantowane są aktami prawa międzynarodowego (na szczeblu globalnym i regionalnym), a także prawem krajowym⁵.

Komentowany wyrok ETPCz rodzi szereg kontrowersji prawnych. Powstaje pytanie, czy prawa człowieka i podstawowe wolności mogą być wyłącznie zjawiskami z cenzurem społecznej aprobaty moralnej. Czy prawo traci swoją powagę, jeśli weźmie w obronę praktykę korzystania z legalnej pornografii?

Istocie ludzkiej nie da się „odgórnie” zaprogramować określonej moralności czy narzucić jednego, wspólnego dla wszystkich, wzorca szczęścia. Niemniej w interesie społecznym system prawny wprowadza normy prawne obwarowane sankcją prawną, które wyznaczają granice wolności człowieka, zwłaszcza w in-

teresie wolności innych jednostek. *Lex perfecta* to jednak *minimum minimorum* ingerencji w wolności ludzkie. Człowiek może zatem – bez jednoczesnego naruszenia norm prawnych – podejmować aktywności, które ze strony społeczeństwa (albo jego części) mogą spotykać się z negatywnym osądem moralnym. Tytułem przykładu wskazać należy zachowanie człowieka wpływające negatywnie na własne zdrowie, jak palenie nikotyny czy stosowanie niezdrowej diety; nadużycie, a nawet ciągle nadużywanie alkoholu; mówienie nieprawdy; dopuszczanie się zdrad małżeńskich; korzystanie z prostytutki; korzystanie z pornografii. Oczywiście każda z wymienionych aktywności ma swoją inną wagę moralną. Niemniej nawet poprzez najdoskonalsze normy prawne nie da się stworzyć człowieka idealnego moralnie. To oczywista utopia. Rzecz jasna, należy promować paradygmat dążenia do doskonałości. Równoległe prawem człowieka jest jednak możliwość bycia nieidealnym według wzorca aktualnych norm społecznych. Paradoksalnie wartością norm prawa jest gwarantowanie jednostkom możliwości niebycia wartościowym, w świetle danego układu wartości. Państwo prawa może jednak w różny sposób wpływać, bez ingerencji w niczyją prywatność, na niezakazane prawnie aktywności człowieka, a rodzące wątpliwości moralne. Na przykład poprzez ograniczenia w reklamie alkoholu i nikotyny, zapewnienie odpowiedniej edukacji seksualnej itp.

Seksualność jest jedną z naturalnych, wrodzonych cech człowieka. Ewolucyjna potrzeba zachowania

⁵ Zob. np. W. Osiatyński, *Prawa człowieka i ich granice*, przeł. S. Kowalski, Kraków 2011; M. Kraśkiewicz, *Regionalne systemy ochrony praw człowieka: europejski, międzyamerykański, azjatycki, afrykański* (w:) *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, red. J. Jaskiernia, Warszawa 2014, t. 1, s. 157 i n.

gatunku nie pozwala na eliminację seksualności. Seksualność człowieka jest uważana (z pewnością od czasów wiedeńskiej szkoły psychoanalizy Zygmunta Freuda) za jedną z silniejszych motywacji do działania. Wolność seksualną ograniczają przepisy prawa, przede wszystkim prawa karnego, o zakazach pedofilskich, zakazach zoofilskich, zakazach kazirodczych, zakazie podejmowania aktywności seksualnej bez zgody partnera⁶. W kulturze europejskiej nie jest przyjęte publiczne epatowanie seksualnością (nie jest, a przynajmniej nie był, to powszechny kod kulturowy). Na wolność seksualną mają wpływ przepisy prawa cywilnego o ochronie dóbr osobistych człowieka, takich jak godność i cześć. Ograniczenia dotyczą zjawisk oczywiście patologicznych⁷.

⁶ Zob. np. M. Podgajna-Kuśmierk, *Pedofilia*, Kraków 2003, s. 31; J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 15; M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 10–11.

⁷ Normy społeczne nie są trwałe. Królowa Jadwiga Andegaweńska w chwili ślubu z Władysławem Jagiełłą miała 12 lat. Zaślubiny miały akceptację i państwa, i kościoła. Cezar Klaudiusz, panujący w okresie wczesnego cesarstwa, ożenił się ze swoją bratanicą Agrypiną. Ibrahim Ibn Jakub tak opisywał zwyczaj Słowianek: „Kobiety ich, kiedy wyjdą za mąż, nie popełniają cudzołóstwa; ale panna, kiedy pokocha jakiego mężczyznę, udaje się do niego i zaspokaja u niego swoją żądzę. A kiedy małżonek poślubi dziewczynę i znajdzie ją dziewicą, mówi do niej: «gdyby było w tobie coś dobrego, byłiby cię pożąдали mężczyźni i z pewnością byłabyś sobie wybrała kogoś, kto by wziął twoje dziewictwo». Potem ją odsyła i uwalnia się od niej”. *Relacja Ibrahima ibn Jakuba z podróży do krajów słowiańskich w przekładzie Al-Bekrie-go (965)*, przeł. T. Kowalski.

4. POJĘCIE PORNOGRAFII

Pornografia immanentnie wiąże się z seksualnością człowieka. „Słowo «pornografia» pochodzi z greki (πορνογραφία) i wywodzi od słów πόρνη (*pornē* «nierządnicą») i πορνεία (*porneia* «prostytucją»), i γράφειν (*grafein* «rejestrować») oraz końcówki -ία (-ia, znaczącego «należący do»), zatem łączne znaczenie tego słowa można oddać jako «rejestracja prostytutek lub prostytucji»⁸. Zwrot „pornografia” spopularyzowała książka z 1769 r. francuskiego pisarza Nicolasa Edme Restifa de La Bretonne’a zatytułowana *Pornografia*⁹. Nie jest to przy tym jedyne dzieło literackie rozpoznawalne pod takim tytułem. Wymienić można powieść Witolda Gombrowicza o takim samym tytule. Współcześnie przez pornografię rozumie się jakiegokolwiek wyrażenie osoby, osób lub przedmiotów o obiektywnie jednoznacznie seksualnych cechach, w celu pobudzenia seksualnego lub podniecenia u odbiorców¹⁰. Niemniej „pornografia jest definiowana przede

⁸ <https://pl.wikipedia.org/wiki/Pornografia> (dostęp 20.5.2023), „Pierwszą próbę naukowego zdefiniowania pornografii podjął w pracy doktorskiej pt. «De libris obscenis», złożonej w roku 1688 na Uniwersytecie w Lipsku Joannes Dawid Schreber z Miśni. Pisał, że za pornograficzne uznane winny być wszelkie pisma, «których twórca ku wyraźnie nierządnej mowie zmierza i bezczelnie części lub akty wstydliwie lubieżnych ludzi opisuje, tak, że niewinne i delikatne uszy odstrasza»”; M. Filar, *Mechanizm zakorkowanej butelki*, „Wprost” 1993/35, s. 18; J. Pacewicz-Biegańska, *Pornografia...*, s. 44.

⁹ <https://pl.wikipedia.org/wiki/Pornografia> (dostęp: 20.05.2023 r.).

¹⁰ Na temat pornografii zob. M. Filar, *Pornogra-*

wszystkim przez funkcję, którą rozumiemy jako podniecenie użytkownika, prowadzące do aktywności seksualnej w formie stosunku lub masturbacji. Nie znaczy to, że przedstawienia, które nie są pornografią, nie mogą mieć charakteru erotycznego (być podniecające seksualnie), ani też, że cała pornografia wywołuje podniecenie¹¹. Wydaje się, że trafna jest definicja przedmiotowo-funkcjonalna tego zjawiska.

5. PORNOGRAFIA JAKO ZJAWISKO, CO DO ZASADY, DOZWOLONE PRAWEM (TOLEROWANE PRZEZ PRAWO)

W XXI w. produkcja treści pornograficznych stała się sprofesjonalizowaną i dochodową działalnością biznesową. Co więcej, przemysł pornograficzny stara się używać dla swoich produktów etykietyki „zwykłego” towaru handlowego, „typowej” rozrywki. Filmy pornograficzne mają swoje akademie, konkursy i nagrody. Aktorki (aktorzy) porno współcześnie nie są traktowane jak prostytutki, zyskują status celebrytek (choć nie jest wykluczone praktyczne łączenie prostytucji z aktorstwem w filmach porno). Pornografia, z uwagi na możliwości, jakie daje Internet, stała się niezwykle łatwo dostępna. W prowadzonej obecnie dyskusji na temat wykorzystania sztucznej inteligencji jest także wątek pornografii.

fia, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1993/8–9.

¹¹ B. McNair, *Seks, demokratyzacja pożądania i media, czyli kultura obnażania*, Warszawa 2004, s. 167.

Pornografia, co do zasady, jest prawnie dozwolona (prawnie tolerowana). Tworzenie i korzystanie z niej, z pewnymi wyjątkami, nie jest zakazane. Utwory o charakterze pornograficznym co do zasady nie są wyłączone z ochrony prawa autorskiego. Ograniczenia prawne w zakresie pornografii, jak np. w Polsce, dotyczą treści pedofilskich, treści zoofilskich, treści brutalnych¹². Zakazem prawnym objęte jest branie udziału w tworzeniu pornografii, jak i udostępnianie pornografii osobom poniżej pewnego progu wiekowego¹³.

Ochrona prawna dotyczy tych osób, które nie życzą sobie dostępu do treści pornograficznych. W Polsce czynem zabronionym jest „publiczne prezentowanie treści pornograficznych w taki sposób, że może to narzucić ich odbiór osobie, która sobie tego nie życzy” (art. 202 § 1 Kodeksu karne-

¹² M. Mozgawa, P. Kozłowska, *Prawnokarne aspekty rozpowszechniania pornografii (analiza dogmatyczna i praktyka ścigania)*, „Prokuratura i Prawo” 2002/3, s. 23; J. Warylewski, *Pornografia w Internecie – wybrane zagadnienia karnoprawne*, „Prokuratura i Prawo” 2002/4, s. 52; K. Gienas, *Pornografia w Internecie – zarys problematyki*, „Monitor Prawniczy” 2004/4, s. 18; P. Kozłowska, M. Kucharska, *Prawnokarne aspekty pornografii*, „Prokuratura i Prawo” 1999/4, s. 25; T. Pudo, *Pornografia w Internecie – aspekty prawne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005/2, s. 97 i n.

¹³ A. Adamski, *Karnoprawna ochrona dziecka w sieci Internet*, „Prokuratura i Prawo” 2003/9, s. 71; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z 13.12.2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW (dostęp: 20.05.2023 r.).

go¹⁴). Prawo do bycia wolnym od treści pornograficznych – jak się wydaje – można traktować także jako dobro osobiste w rozumieniu art. 23 Kodeksu cywilnego¹⁵.

6. PORNOGRAFIA JAKO ZJAWISKO PODDAWANE NEGATYWNEMU OSĄDOWI MORALNEMU PRZEZ NIEKTÓRE SYSTEMY WARTOŚCI

Prawo niejednokrotnie odwołuje się do potrzeby ochrony moralności. Ta z kolei wyrasta z różnych systemów wartości. Z uwagi na immanentny cel pornografii, jakim jest wywołanie pobudzenia seksualnego, należy wspomnieć, że w kulturze judeochrześcijańskiej zachowanie autoseksualne traktowane było jako niewłaściwe. Zacząć należy od tego, że *Genesis* grzech Adama wiąże z poznaniem własnej nagości. Księga Rodzaju, 38, 9–10, zawiera taką oto treść: „Onan wiedząc, że potomstwo nie będzie jego, ilekroć zbliżał się do żony swego brata, unikał zapłodnienia, aby nie dać potomstwa swemu bratu. Złe było w oczach Pana to, co on czynił, i dlatego także zesłał na niego śmierć”¹⁶. Współczesnego czytelnika może niezwykłe zaskoczyć proporcja czynu do wymierzonej kary. Zwłaszcza że w okresie dorastania zainteresowanie własnym ciałem przybiera także formę masturbacji. Na płaszczyźnie na-

uki chrześcijańskiej pornografia jest grzechem¹⁷: „Wszystko bowiem, co jest na świecie, a więc pożądliwość ciała, pożądliwość oczu (...) nie pochodzi od Ojca, lecz od świata, Świat zaś przemija, a z nim jego pożądliwość; kto zaś wypełnia wolę Bożą, ten trwa na wieki”¹⁸. Poważnym zarzutem wobec pornografii jest uprzedmiotowienie człowieka, pominięcie jego osobowości¹⁹. Innym zarzutem teologii katolickiej wobec pornografii jest jej oderwanie od prokreacji²⁰.

Niemniej judeochrześcijański system wartości nie jest w pluralistycznym społeczeństwie wyłączny. Przyjmowany jest na zasadzie dobrowolności tylko przez te jednostki, które chcą się do niego dostosować.

7. PORNOGRAFIA JAKO ZJAWISKO MOGĄCE WYWOŁYWAĆ NEGATYWNE KONSEKWENCJE

Trzeba odnotować, że pornografię należy postrzegać jako zjawisko, które może wywoływać negatywne konsekwencje dla jej odbiorcy²¹. Por-

¹⁴ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.), dalej: k.k.

¹⁵ Ustawa z z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.).

¹⁶ Wszelkie cytaty z Biblii pochodzą z tzw. *Biblii Tysiąclecia*, Pallotinum, Poznań 2003.

¹⁷ A. Dziuba, *Chrześcijańska koncepcja osoby a zjawisko pornografii*, „*Studia Gnesnensia*”, t. XXVII (2013), s. 103–123.

¹⁸ 1 List św. Jana 2, 16–17.

¹⁹ A. Dziuba, *Chrześcijańska koncepcja...*, s. 103 i n.; J. Pacewicz-Biegańska, *Pornografia...*, s. 44.

²⁰ A. Dziuba, *Chrześcijańska koncepcja...*, s. 117–118.

²¹ L. Hilton, *Pornography addiction – A supranormal stimulus considered in the context of neuroplasticity*, „*Socioaffective Neuroscience & Psychology*” 2013/3, s. 5; *Podsumowanie literatury i badań naukowych wskazujących na negatywne konsekwencje korzystania z pornografii w kontekście ochro-*

nografia może prowadzić do silnych uzależnień o negatywnych skutkach²². Podstawowym zarzutem względem pornografii jest to, że prowadzi do zafałszowanego ukazania aktywności seksualnej człowieka. Szczególnie niebezpieczna jest wówczas, gdy jej adresatami są dzieci i młodzież. Niekiedy pornografia wiąże się z innymi niebezpiecznymi zjawiskami, takimi jak np. patostreaming²³.

Okoliczność, że pornografia może być groźna dla psychiki człowieka i jego późniejszych zachowań, nie uzasadnia jeszcze wprowadzenia jej całkowitego zakazu. Po pierwsze, byłaby to bowiem zbyt daleko idąca ingerencja w prywatność człowieka. Negatywne konsekwencje może wywołać także alkoholizm (dla stanu zdrowia alkoholika, jego relacji z rodziną), niemniej europejskie systemy

prawne – w tym polski – nie wprowadzają prohibicji na alkohol, choć mogą ograniczać do niego dostęp. Po drugie, treści pornograficzne mogą wydawać się bardzo atrakcyjne dla odbiorców. Aby im przeciwdziałać, nie wystarczy wprowadzenie jednowymiarowego zakazu. Dla rzeczywistego przeciwdziałania rozprzestrzenianiu się pornografii potrzebna jest subtelna kampania edukacyjna, podparta solidnymi badaniami naukowymi o szkodliwości pornografii, zwłaszcza w przypadku popadnięcia w uzależnienie.

8. SWOBODA KORZYSTANIA Z LEGALNYCH TREŚCI PORNOGRAFICZNYCH W INTYMNYM ŻYCIU PRYWATNYM CZŁOWIEKA

Pomimo możliwych kontrowersji moralnych wyrok ETPCz z 7.07.2022 r. jest w sumie trafny. Przemawia za tym szereg merytorycznych argumentów (o charakterze prawnym, odwołujących się do natury człowieka, do kontekstu kulturowego itp.).

Po pierwsze, prawa człowieka podlegają różnicowaniu w kontekście ich wagi. Przepis art. 8 Konwencji, gwarantujący jednostce ludzkiej prawo do prywatności, jak uważa się w jurysprudencji, odnosi się także do ochrony prawa człowieka do podejmowania legalnych praktyk seksualnych. Zwraca na to uwagę ETPCz w motywie 45 wyroku z 7.07.2022 r. W literaturze wskazano, że „w sprawie *Dudgeon* Trybunał orzekł, że samo istnienie ustawodawstwa karzącego dobrowolne praktyki homoseksualne dorosłych mężczyzn stanowi naruszenie życia

ny dzieci i młodzieży, Warszawa 2017, <https://opornografii.pl/files/attachments/7fc53b40-ee60-11e8-abdb-4257ce7dff06/raport.pdf> (dostęp: 20.05.2023 r.); B. Stelmach, *Psychiczno-moralne i społeczne skutki pornografii*, „Teologia i Moralność” 2020/1, s. 121 i n.; A. Krawulska-Ptaszyńska, *Psychospołeczne uwarunkowania korzystania z pornografii przez mężczyzn*, Poznań 2003, s. 10; D. Kornas-Biela, *Wpływ pornografii na rozwój osobowości człowieka* (w:) *Pornografia – zagrożenia dla rodziny i społeczeństwa*, red. E. Weres-Kusiak, Warszawa 1999, s. 15–16.

²² G. Krawiec, *Pornografia jako cyberzagrożenie w zakresie relacji międzyludzkich i propozycja profilaktyki*, https://www.researchgate.net/publication/323019322_Pornografia_jako_cyberzagrozenie_w_zakresie_relacji_miedzyludzkich_i_propozycja_profilaktyki/link/5feb01d845851553a001f3ed/download (dostęp: 20.05.2023 r.)

²³ D. Ołownia, *Patostreaming jako zjawisko patologiczne i dewiacyjne*, „iNFOTEZY” 2021/2, s. 59 i n.

prywatnego jednostki, nawet jeśli nie została ona oskarżona o popełnienie przestępstwa. (...) w sprawie Laskey, Jaggard i Brown twierdzili, że ich ściąganie i ukaranie za uszkodzenie ciała w trakcie dobrowolnych praktyk sadomasochistycznych uprawianych przez homoseksualne osoby dorosłe narusza art. 8. (...) w sprawie K.A. i A.D, w której Trybunał wyjaśnił, że prawo do nawiązywania relacji seksualnych obejmuje także prawo do dysponowania własnym ciałem, które jest integralną częścią autonomii osobistej. Oznacza to, że możliwość prowadzenia własnego życia zgodnie ze swoją wolą musi obejmować także praktyki, które są postrzegane jako fizycznie lub moralnie szkodliwe lub niebezpieczne. Wydaje się, że stwierdzenie to sugeruje innymi słowy, że pojęcie autonomii osobistej powinno być interpretowane jako obejmujące prawo do dokonywania wyborów dotyczących własnego ciała²⁴. Prywatność obejmuje życie seksualne człowieka. Może ono mieć bardzo różną postać. Gdyby państwo utrudniało kontakty heteroseksualne pomiędzy dorosłymi małżonkami, raczej nie byłoby wątpliwości, że prawo człowieka do prywatności zostało naruszone. Niemniej nie w każdym przypadku może wchodzić w grę taki przypadek seksualności. Ochrona prawna powinna przysługiwać *lege non distinguente*. W stanie faktycznym sprawy, w której orzekł ETPCz, seksualność jednostki ludzkiej, z uwagi

na izolację, mogła wyrażać się tylko w akcie autoseksualnym.

W zdaniu odrębnym do wyroku z 7.07.2022 r. wskazano, że uruchomienie artykułu 8 Konwencji wymaga spełnienia minimalnego kryterium istotności. Dostęp do materiałów pornograficznych – według stanowiska *votum separatum* – nie może być uznany za sprawę obiektywnie ważną dla jednostki. Zachowania intymne osób dorosłych są jednak zróżnicowane. Mogą być heteroseksualne, homoseksualne, biseksualne, autoseksualne. Prawo (inaczej niż pozaprawne systemy wartości) nie wartościuje w żaden sposób tych aktywności, o ile nie zostały naruszone zakazy karne (np. przymus, pedofilia). Ochrona seksualności człowieka nie może być wybiórcza. Należy również brać pod uwagę okoliczność, że poziom aktywności seksualnej człowieka może być różny. Jednym z typowych czynników wpływających na poziom libido jest wiek człowieka. Zatem dla niektórych osób, zwłaszcza w określonym przedziale wiekowym, seksualność może być bardzo ważnym aspektem życia. Podsumowując: seksualność człowieka, bez względu na jej postać (czyli na podstawie argumentu *lege non distinguente*), jeżeli nie narusza zakazów karnych, jest na tyle doniosła, że powinna korzystać z ochrony jako prawo człowieka.

Po drugie, lista ograniczeń prawa do prywatności zawarta w art. 8 ust. 2 Konwencji jest wyliczeniem zamkniętym, jak i niepodlegającym wykładni rozszerzającej (tak też ETPCz w motywie 59 wyroku z 7.07.2022 r.). Zakaz dostępu do legalnej pornografii w ce-

²⁴ I. Roagna, *Ochrona prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, *Podręczniki praw człowieka Rady Europy*, Rada Europy, Strasburg 2012, s. 16.

lach intymnych nie odpowiada żadnej z sytuacji wymienionych w art. 8 ust. 2 Konwencji.

Po trzecie, dorosły człowiek może swobodnie korzystać z legalnej pornografii w sposób intymny. Człowiek generalnie ma prawo do korzystania ze zjawisk niezabronionych przez prawo, nawet jeżeli mogą się one spotkać z dezaprobatą moralną części społeczeństwa. W tym wyraża się istota wolności. Jest to zatem argument odwołujący się do autonomii woli. Człowiek – z wyłączeniem wpływu szeroko rozumianego państwa (w stanie faktycznym sprawą była to administracja zakładu karnego) – samodzielnie korzysta ze swojej autonomii woli w zakresie swojej seksualności. To do niego, a nie do państwa, należy ocena, jaki wyznaje system wartości oraz – w związku z powyższym – czy chce, czy nie chce korzystać z legalnej pornografii.

Po czwarte, kolejny argument odwołuje się do prawnego obowiązku poszanowania przez państwo intymności człowieka, takiej, jaka ona jest²⁵. Korzy-

stanie z legalnej pornografii bez jakiegokolwiek uzewnętrzniania tego faktu, bez jego narzucania innym osobom, nie zagraża moralności publicznej.

Po piąte, dążenie do szczęścia w seksualności jest zjawiskiem skomplikowanym²⁶. Nie ma jedynego wzorca postępowania. Zachowanie seksualne człowieka nieszkodzące w żaden sposób innej osobie nie powinno być zakazane.

Po szóste, kolejny argument odwołuje się do uwarunkowań fizjologicznych człowieka. Korzystanie z pornografii wiąże się ze sferą ludzkiego popędu seksualnego. Badania pokazują, że z pornografii dla celów autoseksualnego pobudzenia korzysta znacząca liczba osób²⁷. W takich sferach jakiegokolwiek zakazy powinny być odpowiednio wyważone. Sam zakaz może być przeciwnie skuteczny dla osiągnięcia celu, jakim jest ograniczenie pornografii.

Last but not least należy powołać się na argument odwołujący się do erotyzmu jako swoistego kodu kulturowego i tym samym do traktowania seksualności jako ważnego aspektu życia. Złożona kultura europejska nie jest wolna od erotyzmu²⁸.

²⁵ Zob. np. N. Dampc-Kryspowicka, *Prawa transseksualisty w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka a oddziaływanie na polski system prawny* (w:) *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na system ochrony praw człowieka oraz międzynarodowe prawo karne i humanitarne*, red. E. Karska, Warszawa 2013, s. 328–338; K.A. Strzępek, *Zakres ochrony Artykułu 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – uwagi ogólne na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Prawo i Więź” 2020/3, s. 278; *Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego najnowsze orzecznictwo dotyczące art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, cz. 2, „Palestra” 1996/40, s. 138–156.

²⁶ Por. np. E. Mandal, D. Kocur, *Poczucie władzy a poczucie satysfakcji seksualnej w intymnych relacjach*, „Seksuologia Polska” 2015/1.

²⁷ Zob. np. M. Gola, *Psychologiczne i kliniczne aspekty nalogowego korzystania z pornografii oraz koncepcja neuronalnych mechanizmów tego problemu*, autoreferat habilitacyjny, s. 7, www.researchgate.net/publication/308995050_Psychologiczne_i_kliniczne_aspekty_nalogowego_korzystania_z_pornografii_oraz_koncepcja_neuronalnych_mechanizmow_tego_problemu_-_Autoreferat_Habilitacyjny_-_M_Gola. (dostęp: 20.05.2023 r.)

²⁸ P. Żarnowska-Grabarz, *Pornografia w sztuce*

Wypada zacząć od tego, że w samej Biblii znajduje się wiele opisów o charakterze erotycznym, jak i odwołań do erotyzmu (choć oczywiście należy zachować proporcje pomiędzy liczbą tych wzmianek a objętością samego tekstu Biblii i okresem kilku tysięcy lat, do których się on odnosi). Prorok Ezechiel, przedstawiając alegoryczne losy Samarii i Jerozolimy, odwołuje się do prostytucji: „Były dwie kobiety, córki tej samej matki. Uprawiały nierząd w Egipcie – od młodości uprawiały nierząd. Tam już ściskano ich piersi i przygniatało dziewczęta ich łona”²⁹. Prostytutki odgrywały niekiedy znaczące role. Według Księgi Jozuego nierządnica Rachab pomogła w zdobyciu Jerycha (była to znacząca postać, skoro wspomina o niej w swym liście św. Jakub, a w liście do Hebrajczyków św. Paweł). Maria Magdalena trudniła się wcześniej nierządem. Jedną z apokaliptycznych wizji św. Jana na wyspie Patmos jest wizja „Wielkiej Nierządniczy”. W Starym Testamencie można odnaleźć wzmiankę o kazirodczym seksie córek z ojcem, zbiorowym całonocnym gwałcie na kobiecie ze skutkiem śmiertelnym, wspólnych nałożnicach ojca i syna. To oczywiście przykłady wyrwane z głębszego kontekstu.

Kultura grecka ufundowana jest na mitologii przesiąkniętej erotyzmem i skandalami seksualnymi. Nagość w świecie greckim była zupełnie naturalna. Kultura rzymska nie była od niej zbyt odległa. Rzymscy historycy podają, że Messalina (żona kalekiego Klaudiusza) wchodziła w konkurencję o liczbę przyjętych mężczyzn z najlepszymi

w swoim fachu reprezentantkami cechu prostytutek. Zakłopotany sir Edward Gibbon w *Zmierzchu i upadku Imperium Rzymskiego*, opisując upodobania cesarzowej Teodory, wspominał o pewnej liczbie „ołtarzyków miłości”.

Erotyzm był i jest silnie związany z literaturą obecną w Europie. Erotyki są nawet osobną formą literacką. Ikoną gatunku jest z pewnością *Dekameron* Boccaccia, a współcześnie *Lolita* Vladimira Nabokova czy *Memoria de mis putas tristes* Gabriela Garcii Marqueza, gdzie nie do końca poprawnie językowo tłumaczy się ten tytuł na język polski: *Rzecz o moich smutnych dziwkach*. Niektóre fragmenty dzieł, kwalifikowanych do wielkiej literatury, Mario Vargas Llosy czy Michella Houellbecqą można śmiało określić jako pornograficzne. Erotyzm wiąże się z malarstwem, rzeźbą, filmem. Egon Schielle celował w aktach – autoportretach w trakcie czynności autoseksualnych. O pornografię ocierało się klasyczne kino. Marlon Brando i Maria Schneider w obrazie *Ostatnie tango w Paryżu* przekroczyli granicę zwykłego erotyzmu. Sztuka zawsze starała się przekraczać wszelkie granice, w tym te związane z seksualnością³⁰. Znalezienie granicy pomiędzy sztuką a pornografią niekiedy nie jest proste³¹. Dodać należy, że tzw. *performance* również niekiedy epatuje agresywną seksualnością.

³⁰ Zob. J. Sobczak, *Sztuka a pornografia*, „Santander Art and Culture Law Review” 2018/1, s. 21–44.

³¹ P. Żarnowska-Grabarz, *Pornografia w sztuce a odpowiedzialność karna artystów – uwagi na tle art. 202 k.k.*, „Palestra” 2017/7–8; J. Kluza, K. Sączek, *Przepisy karne w kulturze masowej a kontratyp sztuki, czyli gdzie leży granica między sztuką a pornografią?*, „Rynek – Społeczeństwo – Kultura” 2017/26, s. 78 i n.

a odpowiedzialność karna artystów – uwagi na tle art. 202 k.k., „Palestra” 2017/7–8.

²⁹ Księga Ezechiela, 23, 2–3.

Jeżeli zatem elementy pornografii dopuszczone są do publicznego odbioru w literaturze, teatrze, filmie, rzeźbie, to ich zakazywanie w prymitywnej, wulgarnej postaci nie ma umotywowanego uzasadnienia.

9. PODSUMOWANIE

Wyrok ETPCz z 7.07.2022 r. ma, wbrew pozorom, niebanalne znaczenie. Podkreśla on istotę wolności jednostki ludzkiej i szacunek do niej, nawet w sytuacji, gdy jej zachowanie może budzić dezaprobatę moralną innych osób. Wolność podejmowania

aktywności seksualnej (a tak można kwalifikować dostęp do legalnej pornografii w świetle jej definicji funkcjonalnej) nieingerującej w prawa innych jednostek jest odpowiednio istotnym prawem, nawet jeżeli odnosi się do zachowania negatywnie ocenianego przez określony system wartości. Seksualność może realizować się w różnych formach. Także w tych, które same przez się nie są zdolne do prokreacji. Wartością norm prawnych jest ochrona podejmowania aktywności nawet takich, które oceniane są jako bezwartościowe z punktu widzenia niektórych postaw moralnych.

ABSTRACT

prof. dr hab. Rafał Adamus

University of Opole, legal advisor, arbitrator in arbitration, author of numerous studies in the field of civil and commercial law.

A person's right to respect for his/her intimacy in the context of access to legal pornography. Commentary on judgment of the European Court of Human Rights of 7 February 2022 in *Chocholáč v. Slovakia*

The study is a commentary on a judgment of the European Court of Human Rights in a case relating to the manifestations of human intimate sphere. An important legal issue is whether an individual's freedom to use pornography is protected by law at all. The study puts forward the thesis that public authority cannot influence the forms of realization of human sexuality, as long as such activity does not lead to the commission of a prohibited act.

Keywords: *human rights, sexuality, intimacy, pornography*

prof. dr hab. Rafał Adamus

Uniwersytet Opolski, radca prawny, arbiter w sądownictwie polubownym, autor licznych opracowań z zakresu prawa cywilnego i handlowego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Adamski Andrzej**, *Karnoprawna ochrona dziecka w sieci Internet*, „Prokuratura i Prawo” 2003/9
- Dampc-Kryspowicka Natalia**, *Prawa transseksualisty w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka a oddziaływanie na polski system prawny* (w:) *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na system ochrony praw człowieka oraz międzynarodowe prawo karne i humanitarne*, red. E. Karska, Warszawa 2013
- Dziuba Andrzej**, *Chrześcijańska koncepcja osoby a zjawisko pornografii*, „Studia Gnesnensia”, t. XXVII (2013)
- Filar Marian**, *Mechanizm zakorkowanej butelki*, „Wprost” 1993/35
- Filar Marian**, *Pornografia*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1993/8–9
- Filar Marian**, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985
- Gienas Krzysztof**, *Pornografia w Internecie – zarys problematyki*, „Monitor Prawniczy” 2004/4
- Gola Mateusz**, *Psychologiczne i kliniczne aspekty nałogowego korzystania z pornografii oraz koncepcja neuronalnych mechanizmów tego problemu, autoreferat habilitacyjny*, www.researchgate.net/publication/308995050_Psychologiczne_i_kliniczne_aspekty_nalogowego_korzystania_z_pornografii_oraz_koncepcja_neuronalnych_mechanizmow_tego_problemu_-_Autoreferat_Habilitacyjny_-_M_Gola
- Hilton Donald L.**, *Pornography addiction – A supranormal stimulus considered in the context of neuroplasticity*, „Socioaffective Neuroscience & Psychology” 2013/3
- Kornas-Biela Dorota**, *Wpływ pornografii na rozwój osobowości człowieka* (w:) *Pornografia – zagrożenia dla rodziny i społeczeństwa*, red. E. Weres-Kusiak, Warszawa 1999
- Kozłowska Patrycja, Kucharska Marzena**, *Prawnokarne aspekty pornografii*, „Prokuratura i Prawo” 1999/4
- Kraśkiewicz Magdalena**, *Regionalne systemy ochrony praw człowieka: europejski, międzyamerykański, azjatycki, afrykański* (w:) *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, red. J. Jaskiernia, Warszawa 2014, t. 1
- Krawiec Grzegorz**, *Pornografia jako cyberzagrożenie w zakresie relacji międzyludzkich i propozycja profilaktyki*, https://www.researchgate.net/publication/323019322_Pornografia_jako_cyberzagrozenie_w_zakresie_relacji_miedzyludzkich_i_propozycja_profilaktyki/link/5feb01d845851553a001f3ed/download

- Krawulska-Ptaszyńska Anna**, *Psychospołeczne uwarunkowania korzystania z pornografii przez mężczyzn*, Poznań 2003
- Lew-Starowicz Zbigniew**, *Seksuologia XXI wieku*, „Rocznik Lubuski” 2006, t. 32, cz. 2
- Mandal Eugenia, Kocur Dagna**, *Poczucie władzy a poczucie satysfakcji seksualnej w intymnych relacjach*, „Seksuologia Polska” 2015/1
- McNair Brian**, *Seks, demokratyzacja pożądania i media, czyli kultura obnażania*, Warszawa 2004
- Mozgawa Marek, Kozłowska Patrycja**, *Prawnokarne aspekty rozpowszechniania pornografii (analiza dogmatyczna i praktyka ścigania)*, „Prokuratura i Prawo” 2002/3
- Ołownia Damian**, *Patostreaming jako zjawisko patologiczne i dewiacyjne*, „iNFOTEZY” 2021/2
- Osiatyński Wiktor**, *Prawa człowieka i ich granice*, przeł. S. Kowalski, Kraków 2011
- Pacewicz-Biegańska Joanna**, *Pornografia jako świat wyobrażony kobiecej i męskiej seksualności*, „Ars Educandi” 2015/12
- Podgajna-Kuśmierk Magdalena**, *Pedofilia*, Kraków 2003
- Pudo Tomasz**, *Pornografia w Internecie – aspekty prawne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005/2
- Roagna Ivana**, *Ochrona prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka*, Podręczniki praw człowieka Rady Europy, Rada Europy, Strasburg 2012
- Stelmach Bogdan**, *Psychiczno-moralne i społeczne skutki pornografii*, „Teologia i Moralność” 2020/1
- Strzępek Kamil A.**, *Zakres ochrony Artykułu 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – uwagi ogólne na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Prawo i Wiąż” 2020/3
- Vetulani Jerzy**, *Neurobiologia behawioru seksualnego*, „Wszechświat” 2012/1–3
- Warylewski Jarosław**, *Pornografia w Internecie – wybrane zagadnienia karnoprawne*, „Prokuratura i Prawo” 2002/4
- Warylewski Jarosław**, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001
- Żarnowska-Grabarz Paulina**, *Pornografia w sztuce a odpowiedzialność karna artystów – uwagi na tle art. 202 k.k.*, „Palestra” 2017/7–8

R Recenzje

Patrycja Brózek

RECENZJA KSIĄŻKI *OCHRONA FASHION DESIGNU W PRAWIE UNII EUROPEJSKIEJ*, BERENIKA SOROKOWSKA, C.H. BECK 2022 (220 S.)

Publikacją, na którą warto zwrócić większą uwagę, jest monografia autorstwa Bereniki Sorokowskiej pt. *Ochrona fashion designu w prawie Unii Europejskiej* wydana przez wydawnictwo C.H. Beck w 2022 r. (220 s.). Stanowi ona pierwsze na polskim rynku prawniczym kompleksowe opracowanie, które przybliży i uzupełnia dwie różne dziedziny, tj. prawo oraz branżę modową. Odnosi się zatem do dwóch na pozór odmiennych światów, które jednak w pewnym zakresie wzajemnie się przenikają i na siebie w różny sposób oddziałują. Warto przy tym nadmienić, że Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego oraz Wydziału Prawa Université de Poitiers, a także studiów podyplomowych „Historia sztuki i współczesna kultura wizualna” w Instytucie Sztuki

Polskiej Akademii Nauk. Można zatem stwierdzić, że zgłębieniem problemu ujętego w tytule recenzowanej książki i szerszym spojrzeniem na tę tematykę zajęła się ona w związku ze swoimi łączącymi się z tym ściśle zainteresowaniami. Wybór przez nią tej konkretnej materii jako przedmiotu rozważań należałoby więc uzasadnić m.in. jej pasją, która przejawia się nie tylko w statycznym podziwianiu otaczającego nas piękna, kultury i sztuki, ale przede wszystkim w czynnym uczestnictwie w wystawach czy też organizacjach branżowych. We *Wprowadzeniu* wskazuje ona, że głównym jej celem była analiza prawnoporównawcza określonych założeń badawczych w prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz w prawie własności przemysłowej na poziomie unijnym i krajowym, ze szczególnym akcentem na odpo-

wiednie uwzględnienie w tym zakresie polskiego i francuskiego porządku prawnego. Autorka słusznie przy tym zauważa, że interesującym, a jednocześnie wciąż otwartym pytaniem jest kwestia możliwości ochrony zmierzalowanego szczęścia na gruncie prawa autorskiego. W związku z tym w ramach rozdziału I przybliży ona tę fascynującą problematykę, która powoduje wiele różnych trudności w określeniu jej właściwego miejsca w porządku prawnym (s. 1). Już w tym miejscu można z całą pewnością stwierdzić, że przyjęta przez Autorkę perspektywa badawcza, zestawiająca i porównująca ze sobą w ciekawy sposób polską oraz francuską rzeczywistość prawną w zakresie ochrony *fashion designu*, jak i wieloaspektowość, rzetelność oraz świeże spojrzenie na tę tematykę czynią przygotowaną przez nią publikację nowatorską, ważną i unikalną. Należy przy tym docenić ambicję Autorki, ponieważ w polskiej literaturze prawniczej zagadnień poruszonych przez nią w książce nie poddano do tej pory wnikliwej naukowej analizie.

Autorka we *Wprowadzeniu* trafnie stwierdza, że „Moda to zwierciadło dziejów”. Trzeba przy tym jednak zauważyć, że aktualnie to „zwierciadło” stanowi szczególną wartość nie tylko z powodu jego artystycznych aspektów, ale również (a może czasami nawet przede wszystkim) tych ekonomicznych. Nie ulega zatem wątpliwości, że poruszenie i odpowiednia analiza tematyki ochrony *fashion designu*, reżimu prawnoautorskiego, praw pokrewnych oraz prawa własności intelektualnej, na gruncie dwóch waż-

nych dla nas systemów prawnych: unijnego oraz krajowego – polskiego i francuskiego, stanowi wartościowy krok w kierunku dalszego rozwoju prawa oraz branży mody. Należało bowiem uzupełnić istniejącą do tej pory lukę badawczą o szersze i pogłębione spojrzenie na branżę kreatywną oraz we właściwy sposób określić jej miejsce i pozycję w prawie (zob. *Wprowadzenie*). Bez cienia wątpliwości można uznać, że Autorka sprostała temu trudnemu zadaniu. Trzeba przy tym zauważyć, że tematyka ta wymagała obszernego przeglądu zróżnicowanej literatury przedmiotu i orzecznictwa, a także rozbudowanych porównań i dociekań teoretycznych (dogmatycznych/pojęciowych/orzeczniczych). Warto przy tym nadmienić, że prawo mody to swoiste połączenie różnych gałęzi prawa, takich jak m.in. własność przemysłowa czy też prawo zobowiązań, które są zawsze *in concreto* w odpowiedni sposób zastosowane do specyfiki branży modowej. Natomiast zagadnienia dotyczące tego prawa są obecnie często przedmiotem np. wykładów akademickich czy też różnych konferencji i spotkań.

Recenzowana monografia składa się z czterech rozdziałów, uzupełnionych wprowadzeniem oraz zakończeniem i wnioskami. W pierwszym z nich zostało omówione pojęcie ochrony projektu modowego w świetle prawa autorskiego, w rozdziale drugim zaś scharakteryzowana została ochrona *fashion designu* w systemie prawa własności przemysłowej. Z kolei w rozdziale trzecim Autorka poruszyła ciekawy wątek dotyczący adaptacji dzieł sztuki oraz motywów kultury pop-art

w projektach modowych, natomiast w rozdziale czwartym w interesująco sposób dokonała analizy pokazu mody jako artystycznego wykonania. Każdy z tych rozdziałów kończy się trafną konkluzją z niego wynikającą. Zaproponowana przez Autorkę struktura monografii pozwoliła jej na odpowiednie zobrazowanie i zweryfikowanie określonych sobie przez nią założeń badawczych. Struktura pracy odzwierciedla zarówno porządek myśli Autorki, jak i podjętych przez nią działań badawczych. Ma ona konstrukcję przejrzystą, „zrównoważoną” i spójną. Zostały w niej zachowane właściwe proporcje pomiędzy poszczególnymi rozdziałami, które odpowiadają logice rozwijającej się w nich myśli badawczej. Należy przy tym zauważyć, że każdy z rozdziałów sam w sobie jest inspirujący i dostarcza Czytelnikowi wielu nowych oraz ważnych informacji. Układ pracy, jako treściowa i formalna całość, jest ściśle i dobrze podporządkowany jej tytułowi. Trzeba więc stwierdzić, że konstrukcja pracy została w prawidłowy sposób opracowana i dobrze przemyślana.

Autorka jako podstawową metodę badawczą wykorzystowała metodę prawnoporównawczą w zakresie zestawiania określonych rozwiązań związanych z tematyką pracy na poziomie unijnym oraz krajowym: polskim i francuskim. Natomiast pomocniczo zastosowała ona także metodę językową w kwestii analizy przepisów CPI oraz ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, a także ustawy – Prawo własności przemysłowej. Można z całą pewnością stwierdzić, że

Autorka, dokonując ciekawego i wieloaspektowego ujęcia komparatystycznego zgłębianego tematu, osiągnęła zamierzony cel swojej trudnej pracy, tj. ukazała różnorodne poglądy i innowacyjne rozwiązania związane z przedmiotem podjętych przez siebie badań (zob. *Wprowadzenie*). Zastosowanie w opracowaniu każdej z wymienionych metod badawczych miało duży wpływ na jego nowatorski charakter. Można przy tym stwierdzić, że ma ono charakter dogmatyczny. Autorka w interesujący sposób dokonała m.in. zestawienia modelowego orzecznictwa francuskiej judykatury z polską rzeczywistością prawnoautorską, a przy tym pogłębionej analizy rozwiązań prawnych wartych szczególnej uwagi z perspektywy podjętej przez nią problematyki. Próba odpowiedniego rozstrzygnięcia wynikających z niej różnych problemów stanowi ważny atrybut recenzowanej monografii. Trzeba przy tym zauważyć, że ma ona charakter wieloaspektowy. Do tej pory wieloma z poruszonych w niej kwestii zajmowano się tylko w sposób bardzo ogólny. Autorka trafnie zauważa, że ukazane w pracy nowe spojrzenie na poruszane przez nią zagadnienia z perspektywy unijnej, ze względu na ich wieloaspektowość i różnorodność, ujawniło wiele nieścisłości i rozbieżności na poziomie legislacyjnym oraz konieczność częstego stosowania rozwiązań prawnych *per analogiam*, co w pewien sposób może utrudniać właściwe rozumienie analizowanych przez nią kwestii (zob. *Wprowadzenie*). Bazę źródłową dla poczynionych przez Autorkę rozważań stanowiły m.in. akty prawa międzynarodowe-

go, prawa polskiego, a w określonym zakresie również te obowiązujące w zagranicznych ustawodawstwach. Przedmiot podjętych przez nią badań wiązał się też z koniecznością wykorzystania różnorodnego orzecznictwa sądowego, a także literatury polskiej oraz zagranicznej związanej z analizowaną materią. Obfitość odniesień i nawiązań do literatury i bogatego orzecznictwa w połączeniu z logiką prowadzonego wywodu powoduje, że w opracowaniu mamy całościowo oraz dogłębnie ujęty i przedstawiony tytułowy temat. Wartościowym pierwiastkiem monografii są zajmowane przez Autorkę jej własne subiektywne stanowiska w różnych kwestiach, a zatem nie jest to tylko opisowa praca odtwórcza. Omawiane i komentowane przez nią różnorodne poglądy innych Autorów oraz analizowane orzeczenia są ciekawe i inspirujące. W sposób bardzo trafny odnosi się ona do problemów poruszanych w opracowaniu. Walorem książki jest dobrze dobrana bibliografia, która została wykorzystana w sposób wyczerpujący i bardzo rzetelny.

W każdym z wymienionych powyżej rozdziałów poddano szczegółowej analizie wybrane zagadnienia, które Autorka uznała za godne uwagi Czytelnika. W rozdziale I omówione zostały między innymi takie zagadnienia jak: źródła regulacji prawnoautorskich w ujęciu historycznym i współczesnym; projekt modowy jako utwór – ochrona na poziomie unijnym; *haute couture* – wyjątkowość ochrony prawnej wysokiego krawiectwa w regulacjach francuskich; problematyka naruszeń praw autorskich w orzecznictwie

TSUE oraz sądów francuskich. Z kolei w rozdziale II Autorka zgłębia kwestie dotyczące: pojęcia designu w literaturze; pojęcia wzoru przemysłowego w systemie unijnym; procedury rejestrowej w systemie prawa europejskiego – poziom unijny i krajowy; problemu skuteczności środków ochrony prawnej w państwach członkowskich UE; nieuczciwego naśladownictwa w branży modowej – orzecznictwo sądów krajowych oraz TSUE. W rozdziale III poruszone zostały w ciekawy sposób przede wszystkim takie wątki jak: problem autorskich praw majątkowych a przejście do domeny publicznej; autorskie prawa osobiste po śmierci twórcy oraz inspiracja a opracowanie cudzego utworu. Natomiast w rozdziale IV scharakteryzowane zostały w szczegółowy sposób: zagadnienie wizji projektanta jako przedmiotu wykonania utworu; artysta wykonawca jako podmiot prawa do artystycznego wykonania; środki ochrony praw osobistych i majątkowych artystów wykonawców, a także rejestracja materiału twórczego. W ramach następujących po sobie rozdziałów Autorka słusznie dostrzega różne problemy istniejące w świecie prawa oraz branży mody. W umiejętny i sprawny sposób porządkuje i łączy różne związane z tym kwestie, wykazując przy tym zdolność do ich krytycznej oceny. Zachodzi tutaj wyraźna zgodność i zbieżność pomiędzy tytułem monografii a tym, co następuje w dalszym ciągu po nim. Trudno w recenzowanej monografii doszukać się jakichś większych wad, jednak jej ostateczna naukowa wartość będzie zawsze należała do indywidualnej oceny każdego poświęca-

jącego jej swoją uwagę Czytelnika. W zakończeniu oraz we wnioskach (konkluzjach) Autorka zawarła swoje ogólne spostrzeżenia podsumowujące i scalające ze sobą przebieg jej badań oraz uzyskane przez nią rezultaty. Na ich podstawie można natomiast wyciągnąć jeszcze inne wnioski odnośnie do tego, co wciąż warto jest dalszych badań w analizowanym przez Autorkę przedmiocie.

W podsumowaniu należy jednoznacznie stwierdzić, że zarówno wartość merytoryczna recenzowanej monografii, jak i warsztat badawczy Autorki są na bardzo wysokim poziomie prawniczym. Wyróżnia ją kultura dyskursu oraz bogactwo językowe, które połączone razem dają niezwykle efekt – książkę czyta się z ogromną przyjemnością. Praca jest staranna pod względem metodologicznym. Autorka wykazała się rzetelnością i sprawnością warsztatową, a także

zdolnością do krytycznego, subiektywnego i obiektywnego myślenia. Trzeba zatem docenić jej ogromny wysiłek badawczy, który znajduje swoje odpowiednie odzwierciedlenie w monografii. Jest to wartościowe opracowanie, w którym zostały poruszone różne ciekawe problemy dotyczące na pozór dwóch odmiennych światów, tj. prawa oraz branży mody, i stanowi ono ważny wkład w ich dalszy rozwój. Dzięki tej książce Czytelnik może bliżej poznać te światy nie tylko w kontekście związanych z nimi m.in. różnorodnych kwestii prawnych, ale także z punktu widzenia zasad etyki i moralności. Jest to zatem pozycja książkowa godna polecenia, którą wyróżnia interesujący dobór zagadnień ściśle łączących się z przedmiotem podjętych przez Autorkę rozważań. Jest to w pełnym tego słowa znaczeniu znakomita praca naukowa.

dr Patrycja Brózek

ORCID: 0000-0002-3968-6594; e-mail: patrycja.brozek9@gmail.com

Doktor nauk prawnych, prawnik, „niezależny badacz” Alma Mater UMK WPiA.

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

KTOKOLWIEK WIDZIAŁ, KTOKOLWIEK WIE...

W dniach 1, 2 i 3.10.1983 r. odbył się w Warszawie, po raz pierwszy od roku 1959, przewidziany ustawą, Krajowy Zjazd Adwokatury. Choć pod rządem Prawa o adwokaturze z 26.05.1982 r. przywrócono Zjazd jako organ adwokatury, Zjazd AD 1983 skazany został na przemilczenie. Kiedy ówczesna redakcja „Palestry” przygotowała na podstawie stenogramu i zapisu na taśmie magnetofonowej do druku w numerze 5–6 z 1984 r. protokół jego obrad, Komisja Prawna Rady Państwa, a następnie Rada Państwa na posiedzeniu w dniu 1.06.1984 r. zakazała publikacji. Informowanie o zjeździe, jak i jego uchwałach, zostało objęte cenzurą.

Protokół kolejnego zjazdu, odbytego w 1986 r., określonego jako adwokacki festiwal pragmatyzmu, został opublikowany, ale już protokoły dwóch następnych – z lat 1989 i 1992 – wydania drukiem się nie doczekały. W refleksjach jubileuszowych z okazji

75-lecia adwokatury w 1993 r. ówczesny prezes NRA Czesław Jaworski, odnosząc się do tego z żalem, konstataował: „Później, kiedy już było można, zabrakło środków finansowych. Z tego samego względu nie zostały opublikowane protokoły z następnych zjazdów w roku 1989 i 1992. Szkoda. Wielka szkoda. Utrwalone w nich uchwały i wypowiedzi wielu uczestników – to bogaty, ciekawy materiał, będący istotnym przyczynkiem dla zrozumienia drogi, jaką należało przebyć, aby mogła zwyciężyć koncepcja budowy demokratycznego państwa prawa” („Palestra” 1993/12, s. 20).

Wiemy zatem, że protokoły zjazdów adwokatury z lat 1983, 1989 i 1992 zostały sporządzone. Należy je jak najprędzej odnaleźć i opublikować. Jesteśmy to winni i naszym poprzednikom – uczestnikom tych zjazdów, i naszym następcom, od których oczekujemy zaangażowania w adwokacką samorządność. Ktokolwiek widział,

ktokolwiek wie, gdzie są te protokoły lub choćby ich fragmenty, niech się odezwie.

Zjazd AD 1983 to szczególnie ważna karta w dziejach powojennej adwokatury. Jak pisał w 1993 r. prezes Jaworski, podczas obrad „zastanawiano się nad obowiązkiem mówienia prawdy bez względu na to, czy owa prawda się podoba, dyskutowano o typach świadomości społecznej i narodowej (...) mówiono o adwokackiej racji stanu polegającej na służbie człowiekowi i obronie jego praw, dzięki czemu godność adwokatury przenoszona jest poprzez stulecia bez względu na to, kto aktualnie znajduje się u steru władzy”. Zjazd podjął siedem uchwał, których publikacji, a nawet informowania o ich treści w „Palestrze” zakazano. Sześć z nich minister sprawiedliwości zaskarżył do Sądu Najwyższego. Największe niezadowolenie władz wywołała uchwała nr 7 określana jako tzw. uchwała główna Zjazdu. Czytamy w niej m.in.: „Przesłanką skutecznego działania demokracji na co dzień jest możliwość stałego konfrontowania działania władzy z opinią publiczną. Do najskuteczniejszych form oddziaływania opinii publicznej należą – obok środków masowego przekazu – autentyczne i cieszące się autorytetem samorządy działające w różnych dziedzinach życia. (...) Ponad 100-letnie doświadczenie samorządu adwokackiego potwierdza trafność wskazanej wyżej ogólnej tendencji, w odniesieniu zaś do samej adwokatury samorządność okazała się najwłaściwszą formą regulacji działalności zawodowej. Troska o usprawnienie i rozwój samorządu adwokackiego jest

obowiązkiem całej społeczności adwokackiej”. Jak wskazał prezes Jaworski – „w uchwale głównej chodziło przede wszystkim o przełożenie zapisu ustawowego o współdziałaniu adwokatury w ochronie praw i wolności obywatelskich na język konkretów, język praktyki. Sąd Najwyższy uchylając tę uchwałę uznał, że współdziałanie adwokatury w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa powinien być realizowany tylko przez udzielanie pomocy prawnej w konkretnej sprawie. Adwokatura z taką wykładnią nigdy się nie pogodziła. Dopiero po pięciu latach uporczywej walki całej adwokatury Sąd Najwyższy, w uwzględnieniu rewizji nadzwyczajnej innego ministra sprawiedliwości [Aleksandra Bentkowskiego – przyp. A.T.] stwierdził, że zastosowana uprzednio wykładnia (...) oznaczała brak możliwości współdziałania adwokatury w ochronie praw i wolności obywatelskich oraz w kształtowaniu i stosowaniu prawa, a nadto prowadziła do ograniczenia uprawnień samorządu adwokackiego. Taka wykładnia naruszała nie tylko prawo, ale również interes państwa”.

Starcie z ówczesną władzą zakończyło się ustąpieniem w toku kadencji wybranej na stanowisko prezesa NRA adw. Marii Budzanowskiej. „Ustąpiła? Powiedzmy wprost – pisał na łamach „Palestry” prezes Jaworski – została zmuszona do ustąpienia. Zmuszona została, bo chciała realizować uchwały Zjazdu, bo nie chciała pogodzić się z tezą, że adwokatura i jej samorząd może działać tylko w ramach jednostkowej sprawy, tylko w zakresie wysu-

blimowanych, wyłączonych z życia publicznego i politycznego spraw. Tocząc nierówną walkę w imieniu adwokatury i na rzecz jej żywotnych interesów, utraciła – że posłużę się ówczasnie przywoływanym eufemizmem – zaufanie władz państwowych i politycznych. Był to policzek wymierzony całej adwokaturze. W ten sposób usiłowano upokorzyć całe środowisko” („Palestra” 1993/12, s. 20–21). Fakty dotyczące rezygnacji prezes Marii Budzanowskiej możemy odtworzyć na podstawie zachowanych protokołów posiedzeń NRA i Prezydium NRA. Trudniej odtworzyć kulturalowe dyskusje i komentarze. Pewne wskazówki znajdujemy w toczącej się w 1994 r. w „Palestrze” polemice pomiędzy Karolem Głogowskim, Jackiem Taylorem i Kazimierzem Łojewskim. Skoro od wspomnianych wydarzeń upłynęło już prawie czterdzieści lat, warto podjąć próbę ich rzetelnego przeanalizowania chłodnym okiem historyka. Jakże pomocne byłyby relacje uczestników! Ktokolwiek widział, ktokolwiek wie...

Adwokaci rzadko, niestety, piszą wspomnienia. Do nielicznych autorów należą Aniela Steinsbergowa (zob. *Widziane z ławy obrończej*, wydanie bez daty), Roman Łyczywek (zob. *Żywot i sprawy. Ze wspomnień adwokata*, Szczecin 1995), Dominik Pogłodziński (*Wspomnienia. Narodowiec. Konspirator, który ratował Żydów*, Lublin 2013), Henryk Nowogródzki (*Ze wspomnień warszawskiego adwokata*, Warszawa 1986) i Andrzej Bąkowski (*Z zakamarków pamięci*, Warszawa 2017). Ukazały się książkowe wywiady-rzeki Michała Komara z Maciejem Dubois (*Adwokat.*

Rozmowa o życiu w ciekawych czasach, Warszawa 2012) i z Krzysztofem Piesiewiczem (*Skandalu nie będzie*, Warszawa 2013) oraz Ewy Stawickiej z Hanną Nowodworską-Grohman (*Adwokat z Nowego Świata. O Leonie Nowodworskim*, Sopot 2019). W latach dziewięćdziesiątych pamiętniki adwokackie z różnych epok wskazywał czytelnikom „Palestry” w specjalnej rubryce Roman Łyczywek. Stąd wiadomo m.in. o wspomnieniach Zygmunta Hofmokla-Ostrowskiego (*Pamiętniki adwokata* – ponoć aż 18 tomów), Cezarego Ponikowskiego (*Sylwety obrończe z 1933 r.*), Konrada Bielskiego z Lublina (*Tajemnica kawiarni U aktorów. Z notatnika obrońcy*) i Leona Okręta (*Półtora roku na sali sądowej, Winien czy nie winien, Między życiem a sądem*). Roman Łyczywek wspominał też o wydaniu w 1969 r. *Pamiętników prawników*, gdzie cztery spośród dwunastu miały być „bezpośrednio związane z adwokaturą”. Jakże smakowity jest jego komentarz do tej publikacji: „Sam pomysł nie był zły, pamiętniki utrwalały pewne fakty oraz poglądy, których konfrontacja z życiem po dłuższym czasie powinna być interesująca. Wnikliwy czytelnik będzie w omawianym zbiorze poszukiwał właściwego temu okresowi zakłamania. Nie jest aż tak źle, drętwinna znalazła ujście we wstępie napisanym przez ówczesnego ministra sprawiedliwości...”. Proszę, ktokolwiek widział, ktokolwiek wie o innych dwudziestowiecznych adwokackich pamiętnikach, niech się odezwie. W każdej izbie są żywe skarbnice adwokackiej pamięci. Jakże cenne byłoby utrwalenie tej pamięci.

Należy wreszcie wydać drukiem

Moje wspomnienia adwokackie Bohdana Suligowskiego, syna słynnego Adolfa Suligowskiego i podczas okupacji dziekana tajnej Rady Adwokackiej w Warszawie. W 1984 r. w poświęconym mu wspomnieniu Zdzisław Krzemiński podawał, że maszynopis znajduje się w archiwum Ośrodka Badawczego Adwokatury w Warszawie („Palestra” 1984/9). Oby informacja ta zachowała aktualność. Niedawno cytowano *Wspomnienia* we wskazanym wyżej wywiadzie z Anną Nowodworską-Grohman, sędą wniosek, że może jakaś ich część pozostaje w posiadaniu Pani Mecenas.

Adwokackie wspomnienia mogą być dziś nieocenionym źródłem wiedzy o XX-wiecznej adwokaturze. Kilkanaście lat temu usilnie, ale z miernym skutkiem, namawiałem redakcję „Palestry” na podjęcie inicjatywy nagrywania wideo lub choćby audio relacji wiekowych wówczas adwokatów z ich życia zawodowego. Obawiam się, że ówczesnego zaniechania nie da się już dziś naprawić.

Szczęśliwie zachowały się (choć nie w komplecie) protokoły obrad wydziału wykonawczego (potem prezydium) NRA od 1957 r. oraz protokoły posiedzeń Naczelnej Rady Adwokackiej. Rok temu otrzymałem od obecnego prezesa NRA upoważnienie do badania stanu adwokackich zasobów archiwalnych. Przegląd znajdujących się w posiadaniu NRA archiwaliów za lata 1956–1993 ujawnił, że niektórych dokumentów sprzed ery cyfrowej brakuje, a część protokołów nie została dotąd oprawiona. To zaniechanie czy zaniedbanie nie obciąża aktualnych władz adwokatury, ale mogą one to

naprawić poprzez uzupełnienie zbiorów i ich digitalizację.

W zasobach archiwalnych każdej z izb adwokackich są protokoły posiedzeń wojewódzkich (potem okręgowych) rad adwokackich (ale już nie prezydium tych rad), akta osobowe adwokatów i aplikantów adwokackich oraz protokoły izbowych zgromadzeń. Archiwalia te także wymagają profesjonalnej inwentaryzacji i powinny doczekać się utrwalenia na nośnikach cyfrowych. Być może niektóre zbiory izbowe zawierają też protokoły posiedzeń NRA (były do izb ponoć przesyłane) i Krajowych Zjazdów Adwokatury? Ktokolwiek widział, ktokolwiek wie...

Protokoły posiedzeń wydziału wykonawczego i prezydium NRA to kopalnia wiadomości o samorządowych relacjach. Stanowią one temat na wiele długich i zadziwiających dzisiaj opowieści. Adwokatura PRL to świat zakazów i nakazów, reglamentacji nie tylko dóbr, ale i dostępu do zawodu i miejsca jego wykonywania. Współczesnego czytelnika może dziwić, w jak wielu sprawach adwokat musiał w czasach PRL-u prosić o zgodę władz samorządowych, jak bardzo musiał odsłaniać swoje prywatne życie i jak wiele decyzji organów izby miało w istocie uznaniowy charakter. Uderza też – przyjmowana jako oczywistość – tendencja do sztywnego ustalenia nie tylko dolnej, ale i górnej granicy miesięcznych zarobków adwokata w zespole adwokackim. Ceniona przez również samorządowych decydentów była „postawa społeczno-polityczna”. Adwokatów można było przenosić za karę do mniejszej miejscowości czy

do innego zespołu adwokackiego, a w podeszłym wieku kierowano ich administracyjnie na badania lekarskie skutkujące przeniesieniem na emeryturę. Warto ten świat rzetelnie opisać *pro memoria*, szczególnie dla młodszego pokolenia, aby bardziej doceniało posiadane dziś szanse i możliwości. Bez kompletnych, zabezpieczonych i dostępnych publicznie archiwaliów będzie to znacznie utrudnione.

Byłoby dobrze, gdyby „Palestra” wsparła proces wymiany informacji i opinii o adwokackich archiwaliach i pamiętnikach, bo służy to środowiskowej integracji. Ewentualnym oponentom odpowiedzieć mogą słowami Stanisława Mikke (wieloletniego redaktora naczelnego „Palestry”, z którym łączyła mnie niezmiennie szczerą przyjaźń) wypowiedzianymi w 1994 r. z okazji jubileuszu 70-lecia tego periodyku:

„Zasadniczym celem pisma jest i pozostanie integrowanie środowiska

adwokackiego, próba odtworzenia i wzmocnienia więzi korporacyjnych. Naprawdę, niech nikt nie łudzi się, że osłabienie bądź nawet uwolnienie się od tych samorządowych więzi – a takie tendencje dają o sobie znać coraz częściej – pozwoli na większą swobodę i niezależność. Historia, ta dawniejsza, a i kilku poprzednich lat dowodzi, że pozycja, siła i niezawisłość każdego z nas jest bezpośrednio związana z pozycją samorządu. W chwilach różnych zagrożeń do jego organów przede wszystkim się zwracamy. Doświadczyli tego i ci, którzy nie czuli się wcześniej nadto związani z korporacyjną zbiorowością. Będziemy zatem na naszych łamach bronić adwokackiej tożsamości, tak jednostkowej, jak i tożsamości naszej wspólnoty wynikającej z tradycji, obowiązków i zadań, także w zakresie udziału w życiu publicznym. Byłoby cenne, gdyby Palestra mogła te dążenia ogniskować” (*Bez fanfar*, „Palestra” 1994/3–4, s. 10).

adw. Andrzej Tomaszek

Autor jest adwokatem, członkiem Naczelnej Rady Adwokackiej.

TABLE OF CONTENTS

FROM THE EDITORS

Michał Bieniak

First „Palestra” Debate 5

DEBATE

„Palestra” Debate on Civil Procedure 7

ARTICLES

Paulina Wolszczak

Liability of the State Treasury for damage caused to entrepreneurs
in the exercise of public authority during the COVID-19 epidemic
as a result of restrictions on their rights or freedoms 27

Ewa Zagórska-Prątnicka

The aim of perpetual usufruct and the purpose of real estate
according to the local spatial development plan in the context
of valuation made in order to update the perpetual usufruct fee 48

Jan Widacki

The overestimated and underestimated role of expert psychologist
in criminal trial 69

Anna Czesnowicka

Criminal law protection of the inviolability of the home in the context
of the limits of self-defense 81

Monika Nowikowska

Reporter’s privilege and the interest of the criminal trial 101

GLOSSES

Piotr Soroka

Commentary on ruling of the Court of Appeal in Wrocław
of 14 June 2022 (II AKzw 1813/22) (unpublished) 119

Rafał Adamus

A person's right to respect for his/her intimacy in the context of access to legal pornography. Commentary on judgment of the European Court of Human Rights of 7 February 2022 in *Chocholáč v. Slovakia* 127

REVIEWS**Patrycja Brózek**

Book review of *Protecting fashion design in European Union law*, Berenika Sorokowska, C.H. Beck 2022 (220 pp.) 140

BOOK-LOVER LAWYER'S TALES**Andrzej Tomaszek**

Whoever saw, whoever knows... 145

W numerze między innymi:

Debata „Palestry” o procedurze cywilnej

PAULINA WOLSZCZAK

Odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przedsiębiorcom przy wykonywaniu władzy publicznej w trakcie epidemii COVID-19
w wyniku ograniczenia ich praw lub wolności

EWA ZAGÓRSKA-PRĄTNICKA

Cel użytkowania wieczystego a przeznaczenie nieruchomości w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego w kontekście wyceny na potrzeby aktualizacji opłaty z tytułu użytkowania wieczystego

JAN WIDACKI

Rola biegłego psychologa w opiniowaniu poczytalności
w procesie karnym

ANNA CZESNOWICKA

Prawnokarna ochrona miru domowego
w kontekście granic obrony koniecznej

MONIKA NOWIKOWSKA

Tajemnica dziennikarska a dobro procesu karnego