
ACTA IURIDICA

— *Resoviensia* —

NR 1(40)/2023

pod redakcją naukową
Anny Kościółek

„Acta Iuridica Resoviensia” są kontynuacją
„Zeszytów Naukowych Uniwersytetu Rzeszowskiego.
Seria Prawnicza. Prawo”



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU RZESZOWSKIEGO
RZESZÓW 2023

Redaktor naczelny:

dr hab. ANNA KOŚCIÓLEK, prof. UR

Z-ca redaktora naczelnego:

dr KATARZYNA SZWED

Redaktorzy tematyczni:

dr hab. ELŻBIETA FERET, prof. UR, dr hab. ANETA ARKUSZEWSKA, prof. UR
dr hab. VIKTORIYA SERZHANOVA, prof. UR, dr hab. PIOTR SOWIŃSKI, prof. UR

Redaktor statystyczny:

AGATA JANAS

Sekretarze redakcji:

dr JUSTYNA CIECHANOWSKA

Asystent redakcji

mgr MARTA GOLOWSKA

Rada naukowa:

Prof. dr hab. Stanisław Pieprzny (Uniwersytet Rzeszowski) – Przewodniczący
Prof. dr hab. Elżbieta Ura (Uniwersytet Rzeszowski)
Prof. dr hab. Stanisław Sagan (Uniwersytet Rzeszowski)
dr hab. Renata Świrgoń-Skok, prof. UR (Uniwersytet Rzeszowski)
dr hab. Maciej Rzewuski, prof. UWM (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski)
Doc. JUDr. Dobrovičová Gabriela, CSc. (Pavol Jozef Šafárik University in Košice – Slovakia)
Prof. h.c.doc. JUDr. Mária Bujňáková (Pavol Jozef Šafárik University in Košice – Slovakia)
Doc. JUDr. Mária Kiovská, CSc. (Pavol Jozef Šafárik University in Košice – Slovakia)
Prof. JUDr. Jan Filip, CSc. (Masaryk University – Czech Republic)
Prof. Francesco Lucrezi (Università degli Studi di Salerno – Italy)
dr doc. Marian Bedrii (Ivan Franko National University of Lviv – Ukraine)
Prof. univ. dr. Ioan Leş (Lucian Blaga University of Sibiu – Romania)
Assoc. Prof. PhD. Ioan Ganfalean (University „1 Decembrie 1918” of Alba Iulia – Romania)
Lect. PhD. Miruna Mihaela Tudorascu (University „1 Decembrie 1918” of Alba Iulia – Romania)
Victor Hugo Ramírez Lavalley (Universidad Iberoamericana Puebla – Mexico)
Professor Dr. Lecturer Irene Bajo Garcia (Universidad de Alicante – Spain)
Prof. Ph.D. Evhen Tsybulenko (Tallinn University of Technology – Estonia)
Prof. Ph.D. Tanel Kerikmäe (Tallinn University of Technology – Estonia)
Prof. Angelo Vighianisi Ferraro (University “Mediterranea” of Reggio Calabria – Italy)

Opracowanie redakcyjne i korekta

BERNADETA LEKACZ

Opracowanie techniczne

EWA KUC

Łamanie

MAREK KUC

Projekt okładki

JULIA SOŃSKA-LAMPART

© Copyright by Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2023

ISSN 2720-0574; DOI: 10.15584/actaires

Wersją pierwotną czasopisma jest wersja drukowana

2072

WYDAWNICTWO UNIWERSYTETU RZESZOWSKIEGO
35-959 Rzeszów, ul. prof. S. Pigonia 6, tel. 17 872 13 69, tel./faks 17 872 14 26
e-mail: wydaw@ur.edu.pl; <https://wydawnictwo.ur.edu.pl>

wydanie I; format B5; ark. wyd. 11,5; ark. druk. 10,75; zlec. red. 99/2023
Druk i oprawa: Drukarnia Uniwersytetu Rzeszowskiego

SPIS TREŚCI**ARTYKUŁY**

ELŻBIETA EJANKOWSKA

Kilka uwag na temat niezależności prawnomajątkowej Terencji w świetle fragmentów korespondencji Cycerona 9

EWA FERENS

Freedom of assembly in the light of the constitution and other normative acts of the Republic of Poland and the Kingdom of Spain – historical and comparative perspective: an outline 21

MARIANNA-ELIZABET IAROSLAVSKA

Degradacja zasady jawności: rewolucja czy kontynuacja przyjętej strategii? 47

MARCIN KONIECZNY

The importance of forensic odontology in identifying the victims of mass disasters 72

ZUZANNA MASZNIEW

Private life in a public society – surveillance measures in a democratic state according to the case-law of the European Court of Human Rights 82

GRZEGORZ NANCKA

Slavery from a perspective of roman private law. Remarks based on an unpublished paper of 1980 authored by Kazimierz Kolańczyk 95

MAURZYCY OSTASZEWSKI

Charakter prawny umów o dostarczanie treści lub usług cyfrowych 106

EDYTA SOKALSKA

Searching for a new formula of a state: international discourse on deliberative democracy 124

PIOTR KRZYSZTOF SOWIŃSKI

Karnoprocesowy „evergreen”, czyli o dopuszczalności zwolnienia z tajemnicy adwokackiej w trybie art. 180 § 2 k.p.k. Uwagi polemiczne 139

RENATA ZARĘBA

Telemedycyna w obliczu pandemii COVID-19 – zalety i wady 152

RECENZJE

AGNIESZKA OGRODNIK-KALITA

Recenzja książki J.M. Łukasiewicza i R. Łukasiewicza *Prawo rodzinne*, Warszawa
2021, ss. 516 163

Afiliacje 168

CONTENTS**ARTICLES**

ELŻBIETA EJANKOWSKA Some general comments on the legal and property independence of Terence in the light of excerpts from Cicero's correspondence	9
EWA FERENS Freedom of assembly in the light of the constitution and other normative acts of the Republic of Poland and the Kingdom of Spain – historical and comparative perspective: an outline	21
MARIANNA-ELIZABET IAROSLAVSKA Degradation of the principle of openness of court hearings: revolution or continuation of the adopted strategy?	47
MARCIN KONIECZNY The importance of forensic odontology in identifying the victims of mass disasters	72
ZUZANNA MASZNIEW Private life in a public society — surveillance measures in a democratic state according to the case-law of the European Court of Human Rights	82
GRZEGORZ NANCKA Slavery from a perspective of roman private law. Remarks based on an unpublished paper of 1980 authored by Kazimierz Kolańczyk	95
MAURYCY OSTASZEWSKI The legal nature of contracts for the supply of digital content or services	106
EDYTA SOKALSKA Searching for a new formula of a state: international discourse on deliberative democracy	124
PIOTR KRZYSZTOF SOWIŃSKI Penal-procedural „Evergreen”, or the admissibility of exemption from attorney-client privilege under Article 180 § 2 of the Code of Criminal Procedure. Polemical remarks	139
RENATA ZARĘBA Telemedicine in the face of the COVID-19 pandemic – advantages and disadvantages	152

REVIEWS

AGNIESZKA OGRODNIK-KALITA

A review of the book by J.M. Łukasiewicz and R. Łukasiewicz *Family Law*, Warszawa
2021, pp. 516

163

Affiliations 168

ARTYKUŁY

Elżbieta Ejankowska

Uniwersytet Rzeszowski

ORCID: 0000-0001-5129-8853

**KILKA UWAG NA TEMAT NIEZALEŻNOŚCI
PRAWNOMAJĄTKOWEJ TERENCJI W ŚWIETLE
FRAGMENTÓW KORESPONDENCJI CYCERONA**

W. Schuller w swoim *Wprowadzeniu do studium historii starożytnej* napisał: „Kobieta w starożytności przedstawiana jest z reguły w kręgu spraw bytowych i rodzinnych, uznawanych za jej domenę. Wynika to z o wiele mniejszej roli kobiet w życiu politycznym i społecznym”¹. Autor nie wskazuje jednak, że kobiety, a zwłaszcza kobiety Rzymu, uczestniczyły również w życiu ekonomicznym społeczeństw starożytnych. Wybitny uczony postuluje następnie prowadzenie badań nad „statusem kobiet w różnych epokach, jego zmianami i ich przyczynami w ramach ogólnej historii”². I właśnie w tym nurcie mieszczą się poniższe rozważania.

Celem mojego studium jest próba odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu normy rzymskiego prawa prywatnego ograniczały praktyczny udział kobiet na płaszczyźnie ekonomiczno-społecznej. Jest to temat bardzo szeroki i dlatego zostaje zawężony do okresu schyłkowego republiki (133–30 p.n.e.). Ten okres w dziejach państwa rzymskiego, uważany za przełomowy, był epoką burzliwych przemian społeczno-politycznych, ale rozwój gospodarki towarowo-pieniężnej, który rozpoczął się w drugiej połowie III w. p.n.e., był kontynuowany³. Na prze-

¹ W. Schuller, *Wprowadzenie do studium historii starożytnej*, Warszawa 1997, s. 55.

² *Ibidem*, s. 54–56.

³ O sytuacji społeczno-gospodarczej w tym okresie piszą m.in.: M. Cary, H.H. Scullard, *Dzieje Rzymu od czasów najdawniejszych do Konstantyna*, t. I, Warszawa 1984, s. 364 i n.; M. Jaczynowska, *Historia starożytnego Rzymu*, Warszawa 1982, s. 130–195; T. Łoposzko, *Historia społeczna republikańskiego Rzymu*, Warszawa 1987, s. 60 i n.; T. Zieliński, *Rzeczpospolita rzymska*, Katowice 1958, s. 333–505. Interesujący szkic uwarunkowań politycznych i społeczno-ekonomicznych oraz ich wpływu na życie uprzywilejowanej warstwy Rzymianek przedstawia S. Treggiari, *Terentia, Tullia, Publilia, the Women of Cicero's Family*, New York 2007, s. 1–12. Zob. też: S.B. Pomeroy, *Goddesses, Whores, Wives and Slave Women*, London 1975, s. 109–120. Na temat wymagań, które były stawiane przez Rzymian kobietom u schyłku republiki, a także o przeobrażeniach społeczno-politycznych zob.

strzeni tego okresu możemy też obserwować wzrost znaczenia kobiet nie tylko w życiu społecznym, ale też politycznym, co stanowi *sui generis* paradoks, gdyż kobiety rzymskie, niezależnie od ich *status familiae*, nie miały wielu istotnych uprawnień obywatelskich, które umożliwiałyby im uczestnictwo w życiu publicznym. Jak trafnie określa J. Zabłocki: „wszystkie obowiązki i wszystkie uprawnienia o charakterze politycznym były udziałem mężczyzn, bez względu na ich pozycję w rodzinie”. W rzymskim prawie publicznym nie było więc znane stanowisko osób *alieni iuris*⁴. Istniały tu jednak pewne odstępstwa, gdyż obywatelki rzymskie mogły uczestniczyć w tych *contiones* (nieformalnych zgromadzeniach ludowych), na których nie przeprowadzano głosowania⁵.

Odmienne kształtowała się natomiast ich sytuacja prawnomajątkowa, która zależała od *status familiae* kobiety. Jeżeli podlegała ona władzy zwierzchnika familijnego lub męża, była pozbawiona zdolności majątkowej, co oznaczało, że nie mogła być jednostką autonomiczną w sferze ekonomicznej. Znacznie korzystniej przedstawiała się sytuacja prawna dojrzałej kobiety *sui iuris*, która w pełni mogła być podmiotem praw majątkowych⁶. Jednak rzymskie *ius civile* ograniczało jej autonomię prywatną⁷ gdyż poddawało ją pieczy prawnej, która była znana już w dobie Ustawy XXII tablic⁸: opiece nad kobietami⁹. Jediną grupą kobiet, która nie podlegała opiece, były westalki, co uzasadnione było funkcją pełnioną przez kapłanki (*sacerdotes Vestae*) w prawie publicznym¹⁰. Poza nimi wszystkie kobiety rzymskie *sui iuris* aż do czasu uchwalenia *leges Iuliae de*

M. Jońca, *Laudatio Turiae. Funebris oratio uxori dedicata. Pochwała Turii – mowa pogrzebowa ku czci żony*, wprowadzenie, przekład i komentarz M. Jońca, Poznań 2011.

⁴ J. Zabłocki, *Kompetencje pater familias i zgromadzeń ludowych w sprawach rodziny w świetle Noctes Atticae Aulusa Geliusa*, Warszawa 1990, s. 29.

⁵ Takie stanowisko zajmuje J. Zabłocki, *ibidem*, s. 74.

⁶ O podmiotowości majątkowej kobiet rzymskich *sui iuris* pisze L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in eta repubblicana*, Milano 1984, s. 50–70 wraz z podanymi tam źródłami i literaturą.

⁷ Na temat autonomii prywatnej, czyli możliwości kształtowania własnych stosunków prawnych poprzez samodzielne dokonywanie czynności prawnych zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2003, s. 251–252 wraz z podaną tam literaturą. O zasadzie autonomii woli stron: *ibidem*, s. 33. Por. też: Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2004, s. 18.

⁸ Przyjmuje się, że początki tej instytucji sięgają *leges regiae*, Plutarch, *Numa 10*. Na ten temat zob. G. Franciosi, *Famiglia e personae in Roma antica. Dall' eta arcaica al Principato*, Torino 1989, s. 91.

⁹ Tab. 5,1, (Gaius, 1,144–145) w: M. Zabłocka, J. Zabłocki, *Ustawa XII Tablic. Tekst – tłumaczenie – objaśnienie*, Warszawa 2003, s. 31–32.

¹⁰ Na temat westalek zob. A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s.v. *Vestales virgins*, s. 762 wraz podanymi tam źródłami i literaturą. Ostatnio w literaturze polskiej: K. Wyrwińska, *The Vestal virgins. Socio-Political Role and Narrative of Roma Aeterna*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2021, nr 14(2), s. 138–151. Tam też zestawienie ważniejszej literatury od 1955 r. (s. 148–151).

maritandis ordinibus, na mocy których pewna grupa kobiet została wyłączona spod opieki, podlegały *tutela mulierum*. Głównym celem tego rodzaju pieczy, zarówno w dobie Ustawy XII Tablic, jak i w czasach późniejszych, była kontrola nad prowadzeniem działalności gospodarczej przez kobiety, co miało zabezpieczyć interesy majątkowe ich spadkobierców¹¹. Instrumentem tej kontroli było udzielanie zgody na dokonywanie przez kobietę dojrzałą *sui iuris* czynności prawnych, których skutki miały istotny wpływ na jej położenie majątkowe; *interpositio auctoritatis* opiekuna było konieczne dla ważności zawieranych przez nią – zazwyczaj – formalnych aktów prawnych. Należały do nich: zaciąganie zobowiązań, przenoszenie własności na *res Mancipi*, udzielanie zgody na pozostawanie swojej niewolnicy w *contubernium* z cudzym niewolnikiem, ustanawianie posagu, wyzwalanie własnych niewolników, poręczanie za cudzy dług, przyjęcie spadku, sporządzenie testamentu¹². Ilość i charakter ograniczeń dotyczących działalności gospodarczej kobiet rzymskich mogłyby wskazywać, że ich udział w obrocie prawnomajątkowym był bardzo utrudniony. Ale czy praktykę życia codziennego można było wtłoczyć w sztywne ramy systemu społeczno-prawnego istniejącego w okresie schyłkowym republiki rzymskiej?

Dzięki temu, że zachowała się znaczna część bogatej korespondencji Cyce-rona, której fragmenty (jakkolwiek nieliczne) dotyczą – wykraczającej poza sferę zarządu domem – działalności gospodarczej jego żony, możemy ocenić, na ile w praktyce obrotu prawnogospodarczego ograniczenia wynikające z opieki hamowały aktywizację ekonomiczną kobiet rzymskich. Przedmiotem poniższych rozważań będą zatem wybrane fragmenty listów mówcy do Attyka (*Epistulae ad Atticum*) i rodziny oraz przyjaciół (*Epistulae ad familiares*).

Na wstępie należy jednak zaznaczyć, że Terencja była osobą niezależną majątkowo, gdyż odziedziczyła duży majątek po swoim ojcu, zamożnym plebejuszu. Jakkolwiek wniosła bogaty posag (400 tys. sesterców i kamienicę czynszową w Rzymie) po zawarciu małżeństwa, to znaczna część odziedziczonych dóbr pozostała jej własnością¹³. Dlatego przykład Terencji jest reprezentatywny w odniesieniu do kobiet *sui iuris* należących do rzymskiej elity finansowej.

¹¹ W. Kozubski, *Opieka nad kobietami w prawie rzymskim*, Kraków 1922, *passim*; J.F. Gardner, *Being a Roman Citizen*, London 1993, s. 88 i n.; *eadem*, *Women in Roman Law and Society*, London–Sydney 1986, s. 14–30; M. Zabłocka, *Przemiany prawa osobowego w dynastii julijsko-klaudyjskiej*, Warszawa 1987, s. 101–103.

¹² Na ten temat zob. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, t. I, München 1971, s. 207 i n.; A. Watson *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, s. 152–154 wraz z podanymi tam źródłami i literaturą. Zob. też: W. Kozubski, *Opieka nad kobietami...*, s. 23–31; W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2014, s. 235; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2014, s. 114–115.

¹³ Z fragmentów korespondencji Cyce-rona (Cic. *ad fam.* 14, 5; Cic. *ad Att.* 2, 4, 5) wynika, że Terencja była właścicielką posiadłości wiejskiej, lasu w Tusculanum oraz dzierżawcą *ager publicus*. Na temat tych źródeł zob. J.F. Gardner, *Women in Roman...*, s. 173. Na temat posagu

Ciekawą informację na temat działalności gospodarczej Terencji znajdujemy w jednym z listów Cycerona do Attyka¹⁴:

Cic. *ad Att.* 2, 15, 4:

*Terentiae pergrata est adsiduitas tua et diligentia in controversia Mulviana, nescit omnino te communem causam defendere eorum, qui agros publicos possideant: sed tamen tu aliquid publicanis pendis. Haec etiam id recusat*¹⁵.

Z zacytowanego powyżej fragmentu wynika, że żona mówcy należała do grupy dzierżawców ziemi będącej własnością państwa (*ager publicus*¹⁶), którzy wdali się w spór z publikanami¹⁷, a przedstawicielem tych ostatnich był nieznan

żony Cycerona zob. *ibidem*, s. 101; A. Kirschenbaum, *Sons, Slaves, and Freedmen in in Roman Commerce*, Jerusalem 1987, s. 125; S. Treggiari, *Terentia, Tullia...*, s. 31–34.

¹⁴ Attyk (świetnie wykształcony i zamożny właściciel ziemski) był najbliższym przyjacielem Cycerona i wydawcą jego dzieł. Trudnił się też udzielaniem pożyczek (na wysoki procent) członkom senatorskiej elity, co powodowało, że był człowiekiem wpływowym. Niejednokrotnie ratował też mówcę, gdy znajdował się on w kłopotach finansowych. Na temat Attyka zob. *Cyceron. Listy do Attyka*, t. I (księgi 1–2), przełożyła K. Różycka-Tomaszuk. Wstępem i przypisami opatrzyła K. Stebnicka, Wrocław 2016, s. 15–22 wraz z podanymi tam źródłami i literaturą; K. Kumaniecki, *Cyceron i jego współcześni*, Warszawa 1989, s. 135–138.

¹⁵ „Terencja jest ci nieskończenie wdzięczna za twoje wytrwałe i pełne troski zabiegi w tym jej sporze mulwiańskim. Nie wie, że bronisz wspólnej sprawy tych, którzy są w posiadaniu gruntów publicznych. Ale ty coś tam płacisz publikanom, a ona nawet tego odmawia. Zatem i ona i Cyceron, dziecię z najlepszych najlepsze przesyłają ci pozdrowienia” – tłum. za: *Cyceron. Listy...*, s. 160.

¹⁶ Według W. Bojarskiego (*Emifiteuza według prawa rzymskiego*, Toruń 1970, s. 44) „jednym ze sposobów eksploatacji ziemi państwowej było wydzierzawianie jej przez cenzorów w zamian za *vectigal*: ziemia ta nazywała się *ager vectigalis*. Dzierżawa taka była już praktykowana już w okresie republikańskim; co do tego autorzy są zgodni”. Zobacz też literaturę dotyczącą tej kwestii: *ibidem*, s. 147, przyp. 208. Tak też: J. Sondel, *Słownik łaciński-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2005, s. 43, s.v. *ager vectigalis*. Dlatego wydaje się prawidłowe tłumaczenie frazy: *qui agros publicas possideant* jako: ci, którzy ziemie publiczne dzierżawią. Użyty w tym zdaniu termin *possideant* należy tłumaczyć: dzierżawią. Zob. *ibidem*, s. 125, s.v. *possideo* – *possidere*.

¹⁷ Publikanie byli dzierżawcami podatków i innych dochodów państwowych. Od końca II w. p.n.e. tą działalnością zajmowali się głównie ekwici, którzy kierowali ściąganiem należności przez spółki zrzeszające poborców podatkowych. Na ten temat zob. s.v. *publicani*: A. Berger, *Encyclopedic Dictionary...*, s. 661; W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 217; W. Wołodkiewicz, *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986, s. 127. Szerzej o publikanach piszą: T. Łoposzko, *Działalność plebejuszy w prowincjach w czasach Cycerona*, „Annales UMCS” 1956, Sectio G, t. XI, nr 3, s. 43–60, a zwłaszcza s. 52–53, który zwraca uwagę, że urzędnicy zatrudnieni w spółkach publikańskich (*coactores*), „mogli pełnić nadużycia niemal bez ograniczeń”, chociaż ściąganie należności z ludności prowincji było zajęciem całkowicie legalnym; R. Wojciechowski, *Znaczenie publikanów dla skarbowości rzymskiej* [w:] *Z dziejów skarbowości*, red. R. Wojciechowski, Wrocław 2009, s. 87–99 wraz z podanymi tam źródłami i literaturą; M. Jaczynowska, *Historia starożytnego...*, s. 120–121. Ostatnio na ten temat: A. Tarwacka, *Res furtiva in professa apud publicanos. Rozważania na marginesie Declamatio minor, 341* [w:] *Cui bono? Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Pikulskiej-Radomskiej*, red. D. Skrzywanek-Jaworska, Ł.J. Korporowicz, Łódź 2020, s. 637–650.

nam bliżej Mulwiusz. Jak wiadomo, spółki publikańskie były zakładane i kierowane przez ekwitów, ale w aparacie urzędniczym zatrudnieni byli plebejusze. Dlatego nie jest możliwe ustalenie, czy wspomniany Mulwiusz był ekwitą, czy też plebejskim „poborcą podatkowym”. Nie ma to jednak większego znaczenia, gdyż zarówno publikanie, jak i ich pracownicy dopuszczali się nadużyć przy pobieraniu podatków i to niewątpliwie doprowadziło do konfliktu między nimi a dzierżawcami *ager publicus*, o których pisze Cynceron. W działaniach podejmowanych przez Terencję wspierał ją Attyk, również uczestnik sporu. Interesujące jest, że mimo korzystania z rad doświadczonego przedsiębiorcy żona Arpinaty zajmuje wobec publikanów stanowisko bardziej radykalne niż Attyk, gdyż w przeciwieństwie do niego, odmawia zapłaty (żądaną przez publikanów). Widzimy zatem, jak daleko Terencja posuwa się w samodzielnym zarządzie własnym majątkiem. Nie można wykluczyć, że w tych działaniach kieruje się radami swojego wyzwolénca Philotemusa¹⁸. Natomiast Cynceron wydaje się być raczej biernym obserwatorem jej działań niż doradcą, gdyż jego rola w tej sprawie ogranicza się do przekazania przyjacielowi wyrazów wdzięczności w imieniu Terencji za okazaną jej pomoc. Mówca, jak wynika z wcześniejszego listu do Attyka (dotyczącego wyboru kolejnych konsułów), jest rozczarowany następującymi wówczas zmianami politycznymi i postanawia zająć się twórczością literacką i filozoficzną¹⁹.

Inaczej zaś wyglądała sytuacja, kiedy Cynceron potrzebował pomocy w prowadzeniu jego własnych spraw majątkowych. W jednym z listów do Attyka pisze:

Cic. *ad Att.* 1, 12:

*Teucris illa lentum sane negotium, neque Cornelius ad Terentiam postea reddit. Opinor ad Considium, Axiom, Selicium confugiendum est: nam Caecilio propinqui minore centesimum nummum movere non possunt. Sed ut ad prima illa reddeam astutius nihil ego illa impodientus lentius vidi*²⁰.

Cynceron informuje przyjaciela o trudnościach, jakie ma z uzyskaniem kredytu, i z rozżaleniem wypowiada się o pośredniczce, która nie spieszy się z załatwieniem sprawy, której się podjęła. Wspomina też o Terencji szukającej pomocy u niejakiego Korneliusza²¹. Informacja zawarta w tym fragmencie może

¹⁸ O wpływie doradcy Terencji na podejmowane przez nią działania, czemu Cynceron był niechętny, zob. np. Cic. *ad Att.* 2, 4, 7; Cic. *ad Att.* 6, 4; Cic. *ad Att.* 7, 1, 3.

¹⁹ Cic. *ad Att.* 2, 4, 4: *Tu quicquid indagaris de re publica et maxime quas consules futuros putes facito ut sciam. Tametsi nimis sum curiosus; statui enim nihil iam de republica cogitare (...)*. Zob. też: Cic. *ad Att.* 2, 4, 1–3 i Cic. *ad Att.* 2, 5, 2.

²⁰ „Owa Teukryjka to chodząca opieszałość, tak że Korneliusz nie zjawił się już później u Terencji. Przypuszczam, że przyjdzie mi szukać pomocy u Konsydusza, Aksjusza lub Selicjusza, bo od Cecylusza nawet krewni nie są w stanie wycisnąć choć sesterca za mniej niż procent miesięczny. Ale wracając do początku, nigdy jeszcze nie widział czegoś bezczelniejszego, przebieglejszego i powolniejszego niż ona” – tłum. za: Cynceron. *Listy...*, s. 78.

²¹ Wydaje się, że frazę *...neque Cornelius ad Terentiam postea reddidit* należy tłumaczyć: ani Korneliusz nie odpowiedział później Terencji (zob. J. Sondel, *Słownik łaciński-polski...*,

wydawać się niejasna, ale w zestawieniu z treścią innych źródeł²² (zwłaszcza z Cic. *ad fam.* 5, 6 i Plut. *Cic.* 8, 3) dowiadujemy się, że przedmiotem transakcji, w której Terencja pomagała mężowi, było zaciągnięcie pożyczki na zakup domu²³.

Prawdziwym wyzwaniem dla Terencji okazał się jednak czas, który nastąpił po skazaniu jej męża na karę wygnania²⁴. O tym, jak dzielnie radziła sobie żona polityka z opieką nad ich dziećmi oraz jakie wysiłki podejmowała, aby pozyskać przychyłność polityków dla sprawy powrotu Cyncerona z wygnania, możemy dowiedzieć się z dwóch listów napisanych przez niego w czasie odbywania kariery²⁵. Dla prowadzonych tu rozważań istotne znaczenie mają te fragmenty korespondencji, w których są informacje o tym, jak Terencja radziła sobie z prowadzeniem spraw finansowych, gdy majątek jej nieobecnego męża został skonfiskowany, a jego część – na polecenie Klodiusza – zniszczona²⁶.

Cic. *ad fam.* 14, 1:

Quod ad me, mea Terentia, scribis, te vicum vendituram esse, quid obsecro te quid futurum est? et, si nos premet eadem fortuna, quid puero misero fiet? Non queo reliqua scribere, tanta vis lacrimarum est, neque te in eundem fletum adducam. Tantum scribo: si erunt in officio amici, pecunia non deerit; si non erunt, tu efficere tua pecunia non poteris...

Z odpowiedzi mówcy na list żony wynika, że jest ona zdecydowana na sprzedaż posiadłości wiejskiej (należącej do jej majątku własnego) z uwagi na konieczność poniesienia kosztów finansowych związanych z odwołaniem go z wygnania. Cynceron natomiast odradza jej tę transakcję, motywując to koniecznością zabezpieczenia majątkowego ich syna (*si nos premet eadem fortuna, quid*

s. 825, s.v. *reddo* – *reddere*, *-didi*, *-ditum*, p. 9), co wskazuje, że rozmowy w sprawie pożyczki przeprowadzała żona mówcy.

²² Ten fragment listu Cyncerona do Attyka w zestawieniu z urywkiem listu do Sestiusza (Cic. *ad fam.* 5, 6), z którego wynika, że Terencja spotkała się z Kornelią (żoną adresata listu), i innymi źródłami dotyczącymi problemu uzyskania pożyczki pieniężnej przez mówcę jest przedmiotem analizy K. Stebnickiej: *Cynceron, Listy...*, s. 78–79, przyp. 44. Tam też ciekawe uwagi o tym, kto (ukryty pod żeńskim imieniem) jest pożyczkodawcą oraz kim była pośredniczka (określana jako Teukryjka).

²³ Więcej o pomocy, której Terencja udzielała Cynceronowi w prowadzeniu jego działalności gospodarczej, u A. Kirschenbauma, *Sons, Slaves...*, s. 124–125. Zob. też literaturę tam podaną, *ibidem*, s. 124, przyp. 7.

²⁴ Na temat przyczyn, które spowodowały skazanie Cyncerona na karę wygnania, zob. M. Cary, H.H. Scullard, *Dzieje Rzymu...*, s. 480–482; T. Zieliński, *Rzeczpospolita rzymska*, s. 476–484; M. Jaczynowska, *Historia starożytnego...*, s. 168; N. Rogosz, *Polityczna rola senatu w Republice Rzymskiej w latach 59–55*, Katowice 2004, s. 111–116 wraz z podanymi tam źródłami i literaturą; R. Syme, *Rewolucja rzymska*, Poznań 2009, s. 136. O losach mówcy po opuszczeniu Rzymu pisze K. Kumaniecki, *Cynceron i jego...*, s. 270–282.

²⁵ Cic. *ad fam.* 14, 1–2.

²⁶ Cic. *ad Att.* 4, 1: *In rem autem familiari, quae, quemadmodum fracta, dissipata, direpta sit, non ignores, valde laboramus tuarumque non tam facultatem (quas ergo nostras esse iudico) quam consiliorum ad colligendas et constituendas reliquias nostras indigemus.*

puero misero fiet?). Z treści listu, w którym mówca próbuje usilnie – używając też innych argumentów – przekonać Terencję do zmiany jej decyzji, nie wynika, aby liczyła się z jakimiś trudnościami co do uzyskania zgody jej opiekuna na sprzedaż nieruchomości. Niewątpliwie jako kobieta *sui iuris* podlegała opiece. Jednak w źródłach dotyczących Terencji nie ma żadnej informacji o jej opiece²⁷, co wydaje się wskazywać, że nie był on zainteresowany kontrolą jej działalności gospodarczej i uzyskanie jego *interpositio auctoritatis* nie było trudne.

Fragment kolejnego listu Cyncerona do żony również dotyczy spraw finansowych:

Cic. *ad fam.* 14, 2:

In novis tribunis plebis intellego spem te habere: id erit firmum, si Pompei voluntas erit; sed Crassum tamen metuo. A te quidem omnia fieri fortissime et amantissime video. Sed obsecro me, mea vita, quod ad sumptum attinet, sine alios, quae possunt, si modo volunt, sustinere et valetudinem istam infirmam, si me amas, noli vexare.

Z treści tego fragmentu możemy wnioskować, że żona nadal zamierza przeznaczyć część swego majątku na pokrycie kosztów związanych z odwołaniem Cyncerona z wygnania. Mówca jest temu przeciwny (*sed obsecro, te mea vita, quod ad sumptum attinet [...] sustinere*), ponieważ uważa, że są inni, którzy mogą ponieść te koszty, jeżeli wyrażą taką wolę (*sine alios, quae possunt, si modo volunt*).

Okolo 10 lat po powrocie z wygnania zaczęły pogarszać się relacje między Terencją a Cyncerem. Świadczy o tym treść jednego z listów skierowanych do przyjaciela i zarazem doradcy:

Cic. *ad Att.* 11, 2, 2:

De dote quod scribis (...) in quos enim sumptus abeunt fructus praediorum? Illa HS LX quae scribis nemo mihi unquam dixit ex dote esse detracta (...) sed haec minima est ex iis iniuriis quos accipi; de quibus ad te dolore lacrimis prohibeor. Ex ea pecunia quae fuit in Asia partem dimidiam fere exegi.

W tej części listu polityk zastanawia się, na jakie cele zostały przeznaczone dochody z jego gruntów. Odnosi się też do informacji Attyka o posagu Tulii (*De dote quod scribis...*). Twierdzi, że o sumie 60 tys. sesterców potraconej z posagu nikt mu nie powiedział. Jak wiemy z korespondencji Cyncerona (kierowanej głównie do Attyka), mówca zaaprobował zaręczyny i małżeństwo Tulii z Dolabellą, ale zostało ono zawarte w czasie, gdy polityk sprawował urząd prokonsula w Cylicji²⁸. To właśnie Terencja zajmowała się wszystkimi sprawami związa-

²⁷ Więcej na ten temat: J.A. Crook, *The Law and Life of Rome*, London 1976, s. 103; A. Kirschenbaum, *Sons, Slaves...*, s. 124–126. Zob. też: M. Zabłocka, *Przemiany prawa...*, s. 102.

²⁸ J.H. Collins (*Tullia's Engagement and Marriage to Dolabella*, „The Classical Journal” 1952, vol. 47, no. 5, s. 164–168 wraz z cytowanymi tam źródłami i literaturą, a zwłaszcza s. 168), twierdzi, że analiza dwóch listów pisanych w tym czasie do Appiusa Claudiusa wskazuje, że był on przeciwny małżeństwu córki z Dolabellą, a przyczyną jego zgody było nadmierne zaufanie do

nymi z niefortunnym, jak się wkrótce okazało, małżeństwem ich córki, a później kontaktowała się z mężem w sprawie ewentualnego rozwodu²⁹. Można zatem przypuszczać, że ona zdecydowała o wstrzymaniu wypłaty części sumy posagowej, kiedy okazało się, że nie będzie można uniknąć rozwodu, a gdy Dolabella utrudniał zwrot wypłaconej już części sumy posagowej, widzimy, że decyzja, którą podjęła, była trafna³⁰.

O nieporozumieniach małżeńskich dotyczących finansów rodziny możemy przeczytać w innym liście mówcy do Attyka:

Cic. *ad Att.* 11, 24, 3:

Terentiae fore parata, tuae credo, nostra quae poterunt esse? De Terentia autem (mitto cetera, quae sunt innumerabilia), quid ad hoc addi potest? Scripseras ut HS XII permutarem; tantum esse reliquum de argento . misit illa CCI [c][c]mih et adscriptis tantum esse reliquum. Cum hoc tam parvum de parvo detraxerit, perspicis quid in maxima re fecerit.

Zacytowany powyżej fragment listu dotyczy transakcji finansowych, w których pośredniczyła Terencja. Mówca zapewnia Attyka o swoim zaufaniu do niego, natomiast wskazuje, że przy tej operacji bankowej jego żona potraciła sobie pewną kwotę. Skarży się też bardzo wymownie na inne przejawy nieuczciwości Terencji (*mitto cetera, quae sunt innumerabilia, quid ad hoc addi potest?*). Dalej informuje przyjaciela, że ten fakt nasunął mu podejrzenia co do prawdopodobieństwa pobierania przez nią tym samym sposobem „prowizji” z większych kwot pieniężnych stanowiących jego majątek (*perspicis quid in maxima re fecerit*). Ostatnie zdanie wydaje się potwierdzać, że – we wcześniejszym liście do Attyka (11, 2, 2) – podejrzewa on żonę o zatrzymanie części sumy z posagu Tulii.

Opierając się tylko na treści dwóch zacytowanych powyżej źródeł, można byłoby przyjąć, że w tym okresie małżonka Cyclerona nie wykazywała się uczciwością wobec niego. Należy jednak mieć na uwadze, że zarówno położenie materialne, jak i osobiste mówcy było trudne, co niestety nie mobilizowało go do działania, ale powodowało stopniowe pograżanie się w depresji, o czym możemy się dowiedzieć z kolejnych listów do Attyka³¹. Główną przyczyną – polityk sam to przyznaje – były popełnione przez niego błędy polityczne. Powodowały one, niestety, że nie tylko jego bezpieczeństwo osobiste i majątkowe było zagrożone,

mądrości jego żony i córki (*over confidence in the prudence of his wife and daughter*). Por. A. Watson, *The Law of Persons...*, s. 45; S. Treggiari, *Terentia, Tullia...*, s. 41–43.

²⁹ K. Kumaniecki, *Ciceron i jego...*, s. 412–414 wraz z podanymi tam źródłami. Zob. zwłaszcza list do Terencji (Cic. *ad fam.* 14, 6), w którym prosi żonę, aby sama oceniła, czy w obecnej sytuacji politycznej można wysłać list rozwodowy do Dolabelli, i zajęła się tą sprawą.

³⁰ Na temat niewypłacenia trzeciej raty posagu Tulii i obaw Cyclerona co do zwrotu całości posagu przez Dolabellę w razie rozwodu zob. Cic. *ad Att.* 11, 23, 3 i Cic. *ad Att.* 12, 8, 1. Zob. też: S. Treggiari, *Terentia, Tullia...*, s. 116.

³¹ Cic. *ad Att.* 11, 24, 1; Cic. *ad Att.* 11, 25, 1–4. W listach tych skupia się głównie na swoim cierpieniu, w którym nie znajduje żadnego pocieszenia (...*consolatio certa nulla est quae levare possit dolorem meum...*).

ale również rodziny³². Dlatego trudno potępiać Terencję, która zapewne dobrze pamiętała, w jakiej sytuacji znalazła się wraz z dwójką ich dzieci podczas wygnania Cyncerona. Jej postępowanie można zatem uznać za działania podjęte w stanie wyższej konieczności³³.

Analiza omówionych powyżej fragmentów korespondencji Cyncerona, odnoszących się do działalności gospodarczej jego żony, wskazuje, że ograniczenia wynikające z opieki nie miały wpływu na prowadzenie przez nią spraw majątkowych. W przytoczonych źródłach nie ma żadnego dowodu na to, że opiekun Terencji ingerował w podejmowanie przez nią decyzji w zakresie zarządu jej własnym majątkiem. Jego rola ograniczała się najprawdopodobniej do wyrażania *interpositio auctoritas*. Należy też zaznaczyć, że Terencja nie powierzyła zarządu swoim majątkiem mężowi, ale zdecydowała, że będzie korzystać z pomocy swojego wyzwolenca Philotemusa oraz doradztwa znakomitego finansisty, którym był Attyk³⁴. A zatem już w początkach małżeństwa z wybitnym politykiem wykazała się niezależnością i godnym podziwu pragmatyzmem. Jak każda zameżna Rzymianka sprawowała nadzór nad gospodarstwem domowym, ale ponadto pomagała Cynceronowi w rozwiązywaniu jego problemów finansowych i politycznych. Dlatego możemy określić relacje Cyncerona i jego żony jako partnerstwo nie tylko na płaszczyźnie ekonomicznej, ale też politycznej.

Zbliżając się do końca rozważań, chciałabym zacytować zdanie profesora M. Kuryłowicza, którym rozpoczyna on IX rozdział swojej znakomitej książki *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie*: „Być kobietą w starożytnym Rzymie nie było łatwo”³⁵. Zapewne taki też wniosek wyciągną Czytelnicy, którzy śledzili tok rozważań przeprowadzonych powyżej. Przykład Terencji wskazuje jednak, że w ostatnich latach republiki granice między obszarami działalności kobiet i mężczyzn na płaszczyźnie ekonomicznej zaczynają się zacierać. Jedną z wielu przyczyn tych przemian było niewątpliwie osłabianie się instytucji *tutela mulierum*³⁶. Jakkolwiek trzeba mieć na uwadze, że możliwość czerpania korzy-

³² Na ten temat zob. K. Kumaniecki, *Ciceron i jego...*, s. 408–416 wraz z podanymi tam źródłami. Autor analizuje trudną sytuację polityka, który po odsunięciu się od pompejańczyków i powrocie do Italii długo zabiegał o „przebaczenie” Cezara (s. 409). Por. S. Treggiari, *Terentia, Tullia...*, s. 116; R. Syme, *Rewolucja rzymska*, s. 80–82.

³³ O trudnym położeniu Terencji i dzieci mówcy w okresie, w którym przebywał on na wygnaniu, szerzej: S. Treggiari, *Terentia, Tullia...*, s. 56–61.

³⁴ *Ibidem*, s. 32–34.

³⁵ M. Kuryłowicz, *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 2020, s. 113. Zob. też: *idem*, *Kobiety, żony, wdowy w świetle prawa rzymskiego oraz tekstów epigraficznych* [w:] *Cui bono? Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Pikulskiej-Radomskiej*, red. D. Skrzywanek-Jaworska, Ł.J. Korporowicz, Łódź 2020, s. 305–315.

³⁶ Analiza kolejnych etapów osłabiania się opieki nad kobietami (od uchwalenia *lex Attilia*) u M. Zabłockiej, *Znikanie instytucji 'tutela mulierum' w prawie rzymskim*, „Prawo Kanoniczne” 1987, nr 30/3–4, s. 239–252 wraz z podanymi tam źródłami i literaturą; *eadem*, *Przemiany pra-*

ści ze zmian społeczno-gospodarczych w tym okresie dotyczyła głównie kobiet z wyższych warstw społecznych, które mogły budować własną niezależną pozycję ekonomiczną, a prawne ograniczenia ich zdolności do czynności prawnej nie miały większego znaczenia w praktyce obrotu prawnogospodarczego.

Kończąc powyższe rozważania, nie sposób też oprzeć się pewnej refleksji. Jak powszechnie wiadomo, zawarcie związku małżeńskiego w starożytnym Rzymie miało zapewnić kobiecie stabilizację społeczną i finansową. Niestety, w małżeństwie Terencji i Cycerona ten cel nie został zrealizowany.

Bibliografia

- Berger A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
- Bojarski W., *Emfiteuza według prawa rzymskiego*, Toruń 1977.
- Cary M., Scullard H.H., *Dzieje Rzymu od czasów najdawniejszych do Konstantyna*, t. I, Warszawa 1992.
- Collins J.H., *Tullia's Engagment and Marriage to Dolabella*, „The Classical Journal” 1952, vol. 47, no. 5.
- Cyceron. Listy do Attyka*, t. I (księgi 1–2), przełożyła K. Różycka-Tomaszczuk. Wstępem i przypisami opatrzyła K. Stebnicka, Wrocław 2016.
- Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Berier F., *Prawo rzymskie*, Warszawa 2014.
- Franciosi G., *Famiglia e persone in Roma antic. Dall'eta arcaica al principato*, Torino 1989.
- Gardner J.F., *Being Roman Citizen*, London 1993.
- Gardner J.F., *Roman Women in Roman Law and Society*, London–Sydney 1986.
- Jacynowska M., *Historia starożytnego Rzymu*, Warszawa 1982.
- Jońca M., *Laudatio Turiae- Funeris oratio uxori dedicate. Pochwała Turii – mowa pogrzebowa ku czci żony*, wprowadzenie, przekład i komentarz M. Jońca, Poznań 2011.
- Kaser M., *Das römische Privatrecht*, t. I, München 1971.
- Kirschenbaum A., *Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce*, Jerusalem 1987.
- Kozubski W., *Opieka nad kobietami w prawie rzymskim*, Kraków 1922.
- Kumaniecki K., *Ciceron i jego współcześni*, Warszawa 1989.
- Kuryłowicz M., *Prawo i obyczaje w starożytnym Rzymie*, Lublin 2020.
- Kuryłowicz M., *Kobiety, żony, wdowy w świetle prawa rzymskiego oraz tekstów epigraficznych* [w:] *Cui bono? Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Pikulskiej-Radomskiej*, red. D. Skrzywanek-Jaworska, Ł.J. Korporowicz, Łódź 2020.
- Litewski W., *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998.
- Łoposzko T., *Działalność plebejuszy w prowincjach w czasach Cycerona*, „Annales UMCS” 1956, Sectio G, t. XI, nr 3.
- Łoposzko T., *Historia republikańskiego Rzymu*, Warszawa 1987.
- Peppe L., *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in eta reppublicana*, Milano 1984.
- Pomeroy S.B., *Goddesses, Whores, Wives and Slave Women*, London 1975.
- Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2004.
- Rogosz N., *Polityczna rola senatu w Republice Rzymskiej w latach 59–55*, Katowice 2004.

wa..., s. 104–105. Zob. też: R. Vigneron, J.F. Gerkens, *The Emancipation of Woman in Ancient Rome*, RIDA 2000, no. 47, s. 107–121, a zwłaszcza s. 113–114.

- Schuller W., *Wprowadzenie do studium historii starożytnej*, Warszawa 1997.
- Sondel J., *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997.
- Syme R., *Rewolucja rzymska*, Poznań 2004.
- Tarwacka A., *Res furtiva in profesa. Rozważania na marginesie Declamatio minor, 341* [w:] *Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Pikulskiej-Radomskiej*, red. D. Skrzywanek-Jaworska, Ł.J. Korporowicz, Łódź 2020.
- Treggiari S., *Terentia, Tullia, Publilia, the Women of Cicero's Family*, New York 2007.
- Watson A., *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967.
- Wojciechowski R., *Znaczenie publikańów dla skarbowości rzymskiej* [w:] *Z dziejów skarbowości*, red. R. Wojciechowski, Wrocław 2009.
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2001.
- Wołodkiewicz W., *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986.
- Wołodkiewicz W., Zabłocka M., *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2014.
- Wyrwińska K., *Vestal Virgins. Socio-Political Role and Narrative of Roma Aeterna*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2021, nr 14(2).
- Zabłocka M., *Przemiany prawa osobowego w dynastii julijsko – klaudyijskiej*, rozprawa habilitacyjna, Warszawa 1987.
- Zabłocka M., *Zanikanie instytucji 'tutela mulierum' w prawie rzymskim*, „Prawo Kanoniczne” 1987, nr 30/3–4.
- Zabłocka M., Zabłocki J., *Ustawa XII Tablic. Tekst – tłumaczenie – objaśnienie*, Warszawa 2003.
- Zabłocki J., *Kompetencje pater familias i zgromadzeń ludowych w sprawach rodziny w świetle Noctes Atticae Aulusa Geliusa*, Warszawa 1990.

Streszczenie

Celem niniejszego artykułu jest ukazanie, na ile w okresie schyłkowym republiki możliwy był samodzielny udział kobiety rzymskiej *sui iuris* w obrocie prawnomajątkowym. Podstawę źródłową rozważań stanowią fragmenty korespondencji Cyncerona, które dotyczą działalności gospodarczej jego żony Terencji. Jakkolwiek w niewielu listach mówcy pojawiają się informacje dotyczące tego aspektu jego małżeństwa, to są one bardzo cenne, gdyż umożliwiają kolejne uzupełnienie badań nad sytuacją prawnomajątkową kobiety w państwie rzymskim. Analiza tych źródeł prowadzi do konkluzji, że – mimo ograniczeń, które wynikały z *tutela mulierum* – kobiety mogły brać udział w obrocie prawnogospodarczym i samodzielnie kształtować swoje położenie majątkowe.

Słowa kluczowe: sytuacja prawnomajątkowa, *tutela mulierum*, Terencja, obrót prawnogospodarczy, Cynceron

SOME GENERAL COMMENTS ON THE LEGAL AND PROPERTY INDEPENDENCE OF TERENCE IN THE LIGHT OF EXCERPTS FROM CICERO'S CORRESPONDENCE

Summary

The aim of this article is to show to what extent independent participation of a Roman woman *sui iuris* in legal and property transactions was possible during the period of the declining republic. The source basis for the consideration is provided by excerpts from Cicero's correspondence,

which concern the business activities of his wife Terence. Although very few of the speaker's letters contain information on this aspect of his marriage, they are of great value, as they make it possible to further supplement research into the legal and property situation of women in the Roman state. The analysis of these sources leads to the conclusion that – despite the restrictions imposed by the *tutela mulierum* – women were able to take part in legal and economic transactions and shape their property position independently.

Keywords: legal and property situation, *tutela mulierum*, Terence, legal and economic transaction, Cicero

Ewa Ferens

Uniwersytet SWPS w Warszawie
ORCID: 0000-0002-5665-1721

**FREEDOM OF ASSEMBLY IN THE LIGHT
OF THE CONSTITUTION AND OTHER NORMATIVE ACTS
OF THE REPUBLIC OF POLAND AND THE KINGDOM OF
SPAIN – HISTORICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVE:
AN OUTLINE**

Introduction

Freedom of assembly is one of the fundamental freedoms of the individual in a democratic state ruled by law¹. The right to assemble peacefully, according to the division introduced in the late 1970s by the French jurist Karel Vašák, belongs to the first-generation human rights. The first generation of human rights includes personal and political freedoms, i.e. rights of fundamental importance, closely related to individual freedom and ensuring participation in public life². The freedom to assemble, to manifest one's views in public, to express support for certain ideas or, on the contrary, dissatisfaction and opposition to given social phenomena or decisions taken by authorities, is one of the pillars on which democratic society is based. The right of social groups to openly manifest their convictions is of particular importance in the case of the opposition as well as new political movements, since in this way they can express their views and be noticed by the general public³. An assembly which shows discontent with the actions of the authorities or indicating social unrest acts as an early warning mechanism. Therefore, it can also be of paramount importance from the perspective of those in power⁴.

¹ The concepts of freedom and right, although not the same, are closely related, and in doctrine and legislation this division is not applied consistently. W. Brzozowski, *Zagadnienia wstępne* [in:] *Prawa człowieka*, eds. W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, Warszawa 2021, pp. 29–31.

² *Ibidem*, pp. 33–34.

³ J. Juchniewicz, M. Kazimierczuk, *Wolności i prawa polityczne* [in:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, ed. M. Chmaj, Warszawa 2016, p. 128.

⁴ M. Wiącek, *Wolność zgromadzeń i zrzeszania się* [in:] *Prawa człowieka*, eds. W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, Warszawa 2021, p. 262.

In addition to the assembly's pivotal role in influencing public opinion and, consequently, influencing the authorities, it is an indispensable tool for the exercise of other freedoms. Freedom of assembly enables the exercise of freedom of association and is also linked to freedom of expression⁵. While freedom of expression guarantees the individual the possibility to express his or her judgements and thus influence public opinion, in practice, the 'audible' are the few who are recognised in society as an authority or by virtue of their functions. The right of assembly allows entire social groups to have a voice and allows for the construction of identities of these groups and a sense of agency.

At present personal and political freedoms are widely recognised and incorporated into the legal order by states with democratic regimes. As a consequence of the experience of the Second World War, Western constitutionalism turned to the natural law view of the concept of human rights, at the centre of which was the notion of the dignity to which every person is entitled⁶. This marked a departure from hard legal positivism, assuming that all legal norms originate from and are enacted by the state. Human rights are now perceived in constitutional law doctrine not as being granted by the state as a result of the will of those in power. The state guarantees by law the freedoms to which the individual is entitled and enables people to exercise these freedoms⁷.

Not only is the right to assemble peacefully regulated by national law, but also by international law and regional human rights systems, which, beginning in the late 1940s, saw the regulations on fundamental rights and freedoms⁸. The Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948, states in Art. 20 that "everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association"⁹. Freedom of assembly is guaranteed by Art. 11(1) of the European Convention on Human Rights, while section 2 of the same article emphasises that the only restrictions to which the right of peaceful assembly may be subject are those which are "prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interest of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others"¹⁰. Adopted on 16 December 1966, the International Covenant on Civil and Political Rights, in Art. 21, "recognises the right to

⁵ P. Czarny, B. Naleziński, *Wolność zgromadzeń*, Warszawa 1998, pp. 19–20.

⁶ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2015, p. 90.

⁷ J. Juchniewicz, M. Kazimierzczuk, *Wolności i prawa...*, p. 129.

⁸ L. Garlicki, *Polskie prawo...*, pp. 90–92.

⁹ Universal Declaration of Human Rights, UN General Assembly Resolution 217 A (III) adopted and proclaimed on 10 December, 1948 <https://www.bb.po.gov.pl/images/Prawa/PNZ/PDPCZ.pdf> (20.07.2022).

¹⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms drawn up in Rome on November 4, 1950, subsequently amended by Protocols Nos. 3, 5 and 8 and supplemented by Protocol No. 2 (Dz.U. 1993, No. 61, item 284).

assemble peacefully” and, in the same way as the ECHR, stipulates that this right can only be restricted by law and only if justified by the protection of “national security or public safety, public order or the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others”¹¹. Within the framework of European Union law, the guarantee for freedom of assembly and association is contained in Art. 12 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union¹².

Freedom of assembly is not absolute and, as for instance the provisions guaranteeing the right to assemble in international and regional regulations cited above indicate, certain limitations to it are permissible. Furthermore, the exercise of the freedom of assembly may bring it into conflict with other civil rights and liberties, such as the right to property, freedom of movement or the protection of personal rights. Moreover, a situation may arise in which a number of people wish to exercise their right to assemble and manifest their beliefs at the same time and place¹³. One of the basic grounds for limiting the freedom of assembly is the need to ensure public safety and order. State interference in this regard should be aimed at protecting the goods and rights of persons who could be affected by an assembly¹⁴.

The sense of security is one of the most essential human needs and its provision is vital for the proper functioning of society. While the dissolution of a demonstration may not be the result of dissatisfaction of the authorities with the views expressed by its participants, in the event that it poses a threat to public safety, the dissolution of the assembly is justified¹⁵. The task of those in power is, on the one hand, to refrain from interfering in the sphere of freedom and, on the other hand, to create such conditions for the individual in which he or she can exercise his or her freedoms. The positive obligation of the state obliges its officials to take measures to protect persons exercising their freedoms also by preventing infringements by third parties¹⁶.

Modern European democratic states recognise and protect the freedom of assembly in their fundamental laws and they are guaranteed both constitutionally and by international treaties. Although, as mentioned above, the impetus for the development of human rights, the recognition that they are inalienable came from the experience of totalitarianism and the two world wars, the very idea of

¹¹ The International Covenant on Civil and Political Rights opened for signature in New York on December 19, 1966 (Dz.U. 1977, No. 38, item 167).

¹² Charter of Fundamental Rights of the European Union 2016/C 202/02 (Dz.U. UE C 7 June 2016).

¹³ P. Czarny, B. Naleziński, *Wolność zgromadzeń...*, pp. 22–23.

¹⁴ *Ibidem*, p. 24.

¹⁵ M. Jurgielewicz, *Bezpieczeństwo zgromadzeń w Polsce. Zarys problematyki*, Warszawa 2020, pp. 8–9, 11–12.

¹⁶ L. Garlicki, *Polskie prawo...*, p. 89; W. Brzozowski, *Zagadnienia wstępne...*, pp. 30–31.

individual rights and freedoms obviously has a much longer pedigree. It is part of the constitutional standard of Europe, shaped by a centuries-old historical process dating back to antiquity. The constitutional assumptions forming the basis for European constitutionalism date back to the 18th and 19th centuries¹⁷. The ideas of the Enlightenment and the experience of the French Revolution marked a turning point from the perspective of the perception of individual freedom. It was at that time the first regulations relating to freedom of assembly were introduced in European countries. In parallel, in the newly established United States of America, freedom of assembly was guaranteed by the First Amendment to the Constitution in 1791 (prior to that, similar provisions had been included in the declarations of rights of the first North American states in 1776). In the first half of the nineteenth century, freedom of assembly (if recognised) was severely restricted as a result of the reaction of the authorities fearing a return of revolutionary sentiment. The second half of the nineteenth century was the time when the right of assembly began to spread in Europe, while, as already mentioned, after the Second World War it became the binding norm, guaranteed by both national and international law¹⁸.

Europe's constitutional standard, based on the recognition of human and civil rights, the protection of political and personal freedoms and respect for the law to which authority is subject and has to act on its basis and within its limits, became widespread in Europe in the second half of the 20th century. Nevertheless that process was gradual. Both Poland and Spain underwent a systemic transformation towards democracy, thus adopting the systemic solutions underlying the democratic rule of law. Neither the socialist system of the Polish People's Republic, nor the dictatorship in Francoist Spain, implemented freedom of assembly in a manner consistent with the democratic standard. Another issue is the instrumental use of assemblies by regimes deviating from this standard and a kind of 'mobilisation' to participate in public celebrations aimed at demonstrating support for the authorities. Such an event, however, is in fact a denial of freedom¹⁹.

This paper will outline the issue of freedom of assembly in Poland and Spain, in the light of the constitutions and other selected normative acts of these countries. The aim of this article is thus to make the subject of comparison on the one hand, of the provisions previously governing the right of assembly in both cases, adopting the method of legal historical comparativism. When analysing Spanish legislation in the context of the right to assembly, we consider the changes taking place within national legislation. In case of Poland it was not

¹⁷ M. Wąsowicz, *Prawo i obywatel. Rzecz o historyczno-prawnych korzeniach europejskiego standardu ustrojowego*, Warszawa 2015, pp. 12–16.

¹⁸ P. Czarny, B. Naleziński, *Wolność zgromadzeń...*, pp. 25–29.

¹⁹ A. Ławniczak, *Wolność zgromadzeń* [in:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, ed. M. Jabłoński, Wrocław 2014, p. 297 <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/51986> (20.07.2022).

until the regaining independence on 11 November 1918 that the process of creating of a national legal system could even begin. The regulations governing the right of assembly of the three partitioning states were binding not only before the establishing of the Second Polish Republic but also for a certain period of time remained in force in the interwar period. Taking into the account the above-mentioned political and social background is vital while drawing a comparison between the laws on the right to assemble in Spain and in the Polish lands (and from 1918 on, Poland as a state). Notwithstanding differences, those laws reflect the general European trend towards introducing regulations on the freedom to assemble. In the 20 both countries experienced a shift towards non-democratic regimes. Once again, while making a comparison the differences between the two regimes need to be contemplated. These considerations provide a starting point for a legal contemporary perspective. The adopted research method, by situating the subject of comparison in time and place, and then analysing selected normative acts, aims to demonstrate the similarities and differences between the legal solutions adopted by the legislatures of both states in the scope of the subject under discussion²⁰. The focus of this paper is on the constitutional guarantees. As mentioned earlier, the state is obliged to respect these guarantees but at the same time has to take measures in order to provide public safety. Hence normative acts regulating these matters are also considered.

Freedom of assembly in Poland – a historical perspective

The Constitution of 3 May 1791, adopted on the eve of the Partitions, in Chapter II entitled *The Nobility, or the Equestrian Order*, although it does not refer directly, like the American constitution, to freedom of assembly, it confirms all freedoms, liberties granted so far to ‘the noble state’²¹. The Partitions brought an end to national legislation and when discussing the regulation of the right of assembly in relation to the Polish lands it is necessary to analyse the regulations of the partitioning powers. In the territories of the Austrian partition, the Fundamental Law (known as the December Constitution) was passed on 21 December 1867, which was to regulate the functioning of the dualistic Habsburg monarchy, the Austro-Hungarian Empire. Among the civil liberties granted, Art. 12 included the right to assemble and form associations²². This article referred to a specific law, enacted on 15 November 1867. It is worth noting that under this law, organisers were only obliged to notify the authorities

²⁰ R. Tokarczuk, *Komparatystyka prawnicza*, Warszawa 2008, pp. 52–54.

²¹ The Government Act of 3 May 1791, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/kpol/1791.html> (20.07.2022).

²² P. Czarny, B. Naleziński, *Wolność zgromadzeń...*, p. 31.

of their planned assembly – a permit was not required (although there were exceptions). The authorities' decisions were subject to appeal. On the other hand, foreigners were deprived of the right to organise and conduct an assembly concerning public affairs. In the case of states of emergency, the provisions of the Act could be suspended²³. Similarly, in the Prussian partition, the right of assembly was constitutionally guaranteed, in Art. 29 and 30 of the Constitution of 31 January 1850, and regulated successively in the Royal Decree of 11 March 1850 and then in the Law on Associations of 19 April 1908. The regulations in the Prussian/German partition were characterised by the granting of broad powers to the police and discrimination against the non-German-speaking population. The use of another language during a demonstration could be grounds for dissolution²⁴. In the Russian partition it was not until 1905 that all assemblies were forbidden, treated as an offence and subject only to criminal law. An order of 4/17 March 1906, an addition to the Law on the Prevention and Suppression of Crimes, was the first to regulate the organisation and conduct of assemblies – characteristic of Russian regulations was the prohibition of public assembly within a certain distance from the place where the Tsar was staying or the State Council and the State Duma were sitting²⁵.

The Polish lands in the period of partitions were subject to laws designed to suppress all forms of independence aspirations rather than promote any political freedoms whatsoever. The December Constitution improved the situation of the ethnic minorities – the regulations on assemblies reflect the political trend in the Austro-Hungarian Empire towards acknowledging (to a certain extent) their rights. In the Prussian/German regulation it is explicitly stated that only the German language could be spoken during demonstration and it goes hand in hand with the restrictions imposed on the use of the Polish language. It is to be emphasised that in the Russian partition until the first decade of the 20th century a public demonstration was defined as a crime, which left no room for manoeuvre for people willing to express their views in public.

After gaining independence by the Polish people in 1918, freedom of assembly in Poland was granted under the Constitution of 17 March 1921 by the newly formed state. The March Constitution established a parliamentary democracy and guaranteed a wide range of civil rights. According to Art. 108 of the Constitution, "citizens have the right to coalesce, assemble and form associations and unions. The exercise of these rights shall be determined by law". Freedom of assembly was therefore granted, in the light of the cited provision, not to everyone, but only to citizens, not to every individual. Article 124 of the March Constitution provided for the possibility of temporary

²³ P. Suski, *Zgromadzenia i imprezy masowe*, Warszawa 2010, pp. 14–16.

²⁴ *Ibidem*, pp. 16–19.

²⁵ S. Pieprzny, *Bezpieczeństwo zgromadzeń publicznych. Aspekty administracyjnoprawne*, Rzeszów 2013, pp. 17–18.

suspension of citizens' rights, including the right of assembly, for the entire state or locally, for reasons of public security. This provision set out in detail under what circumstances the suspension of rights could occur, and referred to the Martial Law and the Emergency Law²⁶. The crisis of parliamentary democracy in the Second Polish Republic led to a shift towards the authoritarian rule and restriction of civil rights. Significantly, the Constitution of 23 April 1935 does not contain a provision guaranteeing freedom of assembly and repeals Art. 108 of the March Constitution. Article 5 of the new Constitution does include the right of association ("the state shall ensure that citizens may develop their personal values and have freedom of conscience, speech and association"), but without the right of assembly it is difficult to speak of its full realisation²⁷. The inter-war period did not see a comprehensive regulation of assemblies until the Act of 11 March 1932²⁸. With its entry into force, the provisions of the earlier regulations on assemblies enacted up to that time were repealed, as well as the legal acts of the partitioning powers until then still in force. The law of March 1932 introduced the division into public and non-public assemblies (Art. 1(1)) and indoor and open-air assemblies (Art. 2(1)). Open-air assemblies required the permission of the authorities (Art. 7(1)). According to Art. 5, an assembly could be convened and presided over by "any adult Polish citizen having the capacity to act in law"²⁹.

Post-war Poland, since the enactment of a new constitution on 22 July 1952 officially bearing the name of the Polish People's Republic, was a negation of the constitutional standard respecting human freedoms and rights. The new constitution was a façade, and even those freedoms it provided for enjoyed neither institutional nor judicial protection. It needs to be said, though, that as the system decayed, the authorities began to make minimal concessions, and a system of institutional guarantees of constitutionality and legality developed in the 1980s³⁰. Nonetheless, at the level of declarations, the Constitution of 22 July 1952 ensured "freedom of speech, printing, assemblies and rallies, marches and demonstrations for citizens" (Art. 71(1)), and even stipulated in Art. 71(2) that, "the realisation of this freedom is served by putting to the use of the working people and their organisations printing presses, paper resources, public edifices and halls, means of communication, radio and other necessary material means"³¹.

²⁶ Act of 17 March 1921 – Constitution of the Republic of Poland (Dz.U. 1921, No. 44, item 26).

²⁷ The Constitutional Act of 23 April 1935 (Dz.U. 1935, No. 30, item 227).

²⁸ R. Grabowski, *Ewolucja ustawowych regulacji wolności zgromadzeń w Polsce* [in:] *Wolność zgromadzeń*, eds. R. Balicki, M. Jabłoński, Wrocław 2018, p. 29, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/100569> (20.07.2022).

²⁹ Act of 11 March 1932 on assemblies (Dz.U. 1932, No. 48, item 450).

³⁰ L. Garlicki, *Polskie prawo...*, pp. 25–26.

³¹ Constitution of the Polish People's Republic adopted by the Legislative Sejm on 22 July 1952 (Dz.U. 1952, No. 33, item 232).

The communist authorities did not repeal the 1932 Law on Assemblies, which argues against the pre-war law in the context of the realisation of freedom of assembly. Its restrictive provisions introduced in authoritarian, Sanacja-ruled Poland, proved to be of use, from the point of view of the communist authorities, in the first decades of the new regime³².

Under the new Act on Assemblies of 29 March 1962 freedom of assembly was further restricted³³. It adopted a very broad definition of an assembly, which was, according to Art. 1(2) “any grouping of persons convened for the purpose of joint deliberations or for the purpose of manifesting together their position in relation to a certain issue or phenomenon. Conventions, rallies, demonstrations, marches, lectures, readings, processions and pilgrimages are assemblies” – assemblies organised by the authorities, political organisations and trade unions were not subject to the Act (Art. 3). According to Art. 10(1), the authorities could refuse to authorise or prohibit an assembly not only on grounds of security or public order, but also if it was ‘contrary to the public interest’. Although the Act provided for exemptions from the provisions of the Act in Art. 4 (such as family meetings, social gatherings and funeral ceremonies), these were also subject to Art. 17(2), under which the Citizen’s Militia could enter the place where they were held and dissolve them after checking the circumstances³⁴. It is therefore difficult to speak of any form of freedom of assembly in the communist era – assembly became a tool in the hands of the authorities, and individuals who broke from this collective vision of society faced severe sanctions. In the 1980s, the declaration of martial law (following the introduction of the Decree on Martial Law of 12 December 1981), and the decade-long economic and social crisis contributed to the tightening of the already extremely restrictive regulations³⁵.

With the collapse of the Polish People’s Republic, freedom of assembly, an issue of great importance for society on the road to transition to a democratic system, was already the subject of two drafts in 1989, one from the government and one from the public³⁶. The Act of 5 July 1990, in Art. 1, granted everyone the right of assembly – both the pre-war law of 1932 and the one passed by the communist government 30 years later, granted this right only to citizens (the communist law additionally listed professional, self-governing, cooperative and other social organisations among the entitled entities in Art. 2³⁷). The first democratic law on assemblies in the Republic of Poland precisely indicated, in contrast to the previous laws, the minimum number of persons forming an assembly.

³² S. Kwiecień, *Wolność zgromadzeń w świetle ustawodawstwa II RP*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2013, Vol. XXIII, No. 1, p. 76; P. Czarny, B. Naleziński, *Wolność zgromadzeń...*, p. 38.

³³ R. Grabowski, *Ewolucja ustawowych...*, p. 31.

³⁴ Act of 29 March 1962 on assemblies (Dz.U. 1962, No. 20, item 89).

³⁵ P. Suski, *Zgromadzenia i imprezy...*, pp. 36–37.

³⁶ *Ibidem*, pp. 37–38.

³⁷ Act of 29 March 1962 on assemblies (Dz.U. 1962, No. 20, item 89).

In the light of Art. 1(2), “an assembly is a grouping of at least 15 persons, convened for the purpose of joint deliberations or for the purpose of jointly expressing a position”³⁸. This provision, by the Constitutional Court Judgment of 18 September 2014, was found to be incompatible with Art. 57 in conjunction with Art. 31(3) of the Constitution of the Republic of Poland. In its justification, the Constitutional Tribunal agreed with the position of the Ombudsman contained in the motion of 4 March 2013 that the determination of the minimum number of participants is arbitrary and results in smaller assemblies not being subject to the protection provided for in the law, which is a limitation of the freedom of assembly³⁹. However, the very fact that the minimum number of persons forming an assembly was specified in the Act, given the intention of the legislator, was pro-freedom in nature, regardless of the subsequent controversy. Its purpose was to protect smaller groups from interference by the authorities. On the other hand, the minimum number itself referred to other regulations of the time, e.g. concerning associations⁴⁰. The Act of 1962, as mentioned above, allowed interference by the authorities practically without restriction, even if a few people gathered for a family or social meeting.

Article 2 of the Act of 5 July 1990 stipulates that freedom of assembly may only be restricted by law for the protection of state security, public order, the protection of health, public morals and the rights and freedoms of others. Under the Law of 7 May 1999 on the Protection of the Sites of Former Nazi Camps, a provision on the protection of Holocaust Memorials was added to the provision⁴¹. The right to organise assemblies in the 1990 Act was granted in persons with full legal capacity, as well as legal persons, other organisations and groups of persons (Art. 3(1)). The proceeding of assemblies is a delegated task of commune bodies (*organy gminy*) (Art. 5(2)) and the appeal body is the voivode (Art. 5(1))⁴². The Law on Assemblies of 5 July 1990 was amended several times. It is worth emphasising that it was a law of fundamental importance in the state at the beginning of the democratic transition and this is also how its creators perceived it⁴³.

³⁸ Act of 5 July 1990 Law on Assemblies (Dz.U. 1990, No. 51, item 297).

³⁹ Judgment of the Constitutional Tribunal of 18 September 2014, file reference number K 44/12 (Dz.U., item 1327). This judgment is extremely important in the context of the changes made to the Act. Among other things, the obligation expressed in Art. 7(1) to inform the municipal authority not later than 3 working days before the date of the assembly was deemed unconstitutional as well.

⁴⁰ M. Bartoszewicz, *Liczba uczestników zgromadzenia i jej znaczenie prawne w obecnym i dawnym prawie o zgromadzeniach* [in:] *Wolność zgromadzeń*, eds. R. Balicki, M. Jabłoński, Wrocław 2018, pp. 98–100, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/100569> (20.07.2022).

⁴¹ Law of 7 May 1999 on the protection of the sites of former Nazi extermination camps (Dz.U. 1999, No. 41, item 412).

⁴² Act of 5 July 1990 – Law on Assemblies (Dz.U. 1990, No. 51, item 297).

⁴³ P. Suski, *Zgromadzenia i imprezy...*, p. 39.

Freedom of assembly in Spain – a historical perspective

In Spain, the right to assembly was first granted by the democratic, liberal Constitution (Democratic Constitution of the Spanish Nation – Constitución Democrática de la Nación Española) ratified on 1 June 1869. However, the provisions of the Constitution relating to freedom of assembly imposed restrictions to the exercise of this freedom⁴⁴. According to Art. 17, no Spaniard may be deprived of the right to assemble peacefully. The above-mentioned provision listed a catalogue of rights to which the Spanish people were entitled. In addition to the right of assembly, the right to freedom of speech and writing, the right of association as long as it did not contravene public morals, and the right of petition were guaranteed. However, according to Art. 18, open-air assemblies and political demonstrations may only take place during the day, and all public assemblies are subject to general police regulations⁴⁵. The subsequent Basic Law of 1876, whose enactment followed the proclamation and fall of the First Spanish Republic (1873–1874), was entitled the Constitution of the Spanish Monarchy (Constitución de la Monarquía Española), Art. 13 of the Constitution, contained in Title I, ‘The Spanish People and their Rights’, granted all Spaniards the right of peaceful assembly. In addition, Art. 14 stated that laws would set out rules to secure respect for the rights contained in Title I of the Constitution, without prejudice to the rights of the Nation or to the essential attributes of public authority, and would define the civil and criminal liability of authorities, judges and officials who violate the rights in this Title. According to Art. 17, freedom of assembly (as well as other rights specified in the provision), could not be suspended in the whole or part of the country, except temporarily and by law, in extraordinary circumstances when the security of the State so requires. Neither civil nor military authorities could provide for penalties other than those prescribed by law⁴⁶. This provision gave the government wide discretion to suspend constitutional rights and in the following years proposals for specific regulations on this matter were submitted⁴⁷.

⁴⁴ R. Hinojosa, *La protección jurisdiccional del derecho de reunión en el Ordenamiento español*, „Revista Española de Derecho Constitucional” 1990, No. 28, p. 178, file:///C:/Users/e7450/Downloads/Dialnet-LaProteccionJurisdiccionalDelDerechoDeReunionEnEIO-79406-5.pdf (20.07.2022)

⁴⁵ Democratic Constitution of the Spanish Nation of 6 June 1869, https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1869.pdf (20.07.2022).

⁴⁶ Constitution of the Spanish Monarchy of 1876, https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1876.pdf (20.07.2022).

⁴⁷ R. Flaquer Montequi, *El derecho de asociación, reunión y manifestación*, „Ayer” 1999, No. 34, pp. 167–168, https://revistaayer.com/sites/default/files/articulos/34-6-ayer34_DerechosyConstitucion_Flaquer.pdf (20.07.2022).

The Law on Assemblies, was enacted in Spain on 15 June 1880⁴⁸. According to Art. 1 of the law, the right to peaceful assembly granted to Spaniards in Art. 13 of the Constitution was available to everyone without restriction, the only condition for convening a public assembly was to give 24 hours' notice to the local authorities or, in the case of provincial capitals, to the civil governor. Article 2 adopts the definition of a public assembly – it is, in the light of the said provision, more than 20 persons gathered in a building that is not their place of residence. Under the 1880 Assembly Act, public assemblies, civic processions and processions which are organised in squares, streets, promenades and other places of transit require the prior written permission of the authorities (Art. 3). Article 4 provided for the possibility for the authorities to be present at the assembly, but without the right to lead or take part in the debate. The regulations provided for grounds for suspension of assemblies: non-compliance with the Law on Assemblies, inconsistency of the place with the notification of the planned assembly and objectives of which the authorities were not informed, obstruction of public traffic in any form, and grounds relating to the provisions of the penal code (Art. 5). The following were excluded from the provisions of the Act: Catholic processions and meetings of Catholics and followers of other tolerated cults in temples and cemeteries, associations and establishments operating on the basis of statutes approved by the state, and assemblies in theatres and at other performances (Art. 7)⁴⁹. The Law on Assemblies of 15 June 1880 provided therefore detailed regulations on the right to assemble – it defined the term 'public assembly' and specifically stated which public gatherings required prior permission. In addition, it listed grounds on which the authorities could suspend public assemblies. Neither modification to the submitted plan of an assembly nor any actions which might lead to disturbance in public space were permitted.

In the inter-war period, Spain was plagued by social unrest and a struggle between opposing political parties. The Second Republic, proclaimed in 1931 after the fall of Primo de Rivera's dictatorship, was brought to an end by the civil war (1936–1939) between the Republicans and the supporters of General Francisco Franco. The Republican government enacted a new Constitution on 9 December 1931. The Republican Constitution, introduced solutions characteristic of modern constitutionalism, which distinguished it from previous Spanish Fundamental Laws. Citizens' rights were broadly protected and citizens were made equal before the law⁵⁰. In light of Art. 38, the right to assemble peacefully without

⁴⁸ R. Hinojosa, *La protección...*, pp. 178–179.

⁴⁹ Law regulating the exercise of the Constitutional Right of Assembly (15 June 1880), <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/reunion/1880.htm> (20.07.2022).

⁵⁰ M.Z. Dankowski, *Kryzys konstytucyjny w Hiszpanii początku XXI w. Szkice prawnoustrojowe: geneza – rozwój – perspektywy*, Toruń 2021, p. 42.

arms was recognised, and the enactment of a new law regulating the right to assemble in the open air and the right to demonstrate was provided for⁵¹. However, a new law on assemblies was never introduced and the Law of 15 June 1880 remained in force⁵². Under Art. 42 of the Republican Constitution, the suspension of constitutional guarantees (including the right to peaceful assembly), could not exceed 30 days, and could only occur when the security of the State required it ('in cases of notorious and imminent gravity'). Suspension of constitutional guarantees required a decree by the Government, which was then decided by the Cortes, and if the latter was dissolved, the Government was obliged to report to the Permanent Deputation of the Cortes established in Art. 62 of the Constitution⁵³.

The victory of the *caudillo* meant the introduction of a dictatorship and the curtailment of civil liberties in Spain. The Francoist regime introduced seven laws called the Fundamental Laws of the Kingdom (las Leyes Fundamentales del Reino) in place of the Constitution. These did not include the principle of the sovereignty of the people, and the power of General Francisco Franco was not regulated by law⁵⁴. The regulations on human rights, were provided for by law, but their implementation was not possible in a state that did not recognise the rule of law and which was not based on the idea that human rights could limit the state's power⁵⁵. The right to assembly did exist in the Spanish legal order of the period, but, given its restrictive limitations, in practice it existed only in a formal sense without actual implementation⁵⁶. According to one of the Fundamental Laws, the Law of the Spaniards (Fuero de los Españoles) of 17 July 1945, Spaniards could assemble and associate freely, for lawful purposes and in accordance with the laws (Art. 16). However, according to Art. 33, the exercise of the Rights recognised in the Fuero de los Españoles (including therefore the right to assemble), could not be detrimental to the spiritual, national and social unity of Spain⁵⁷. Assemblies required prior authorisation by the Ministry of the Interior (Ministerio de Gobernación), and the lack of authorisation made them

⁵¹ The Spanish Constitution of 1931 of 9 December, https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf (20.07.2022).

⁵² T. Vidal Martín, *El derecho de reunion y manifestación*, „Parlamento y Constitución. Anuario” 1997, No. 1, p. 269, file:///C:/Users/e7450/Downloads/Dialnet-ElDerechoDeReunionYManifestacion-197125-3.pdf (20.07.2022).

⁵³ The Spanish Constitution of 1931 of 9 December, https://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1931.pdf (20.07.2022).

⁵⁴ M.Z. Dankowski, *Kryzys konstytucyjny...*, pp. 45–47.

⁵⁵ J.D. Ruiz Resa, *Los derechos humanos en el franquismo*, „Precedente. Revista Jurídica” 2014, No. 4, pp. 241, 258.

⁵⁶ T. Vidal Martín, *El derecho...*, pp. 269–270.

⁵⁷ Fuero de los Españoles of 17 July 1945, <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/199/A00358-00360.pdf> (20.07.2022).

illegal and subject to sanctions under the Public Order Act of 30 July 1959⁵⁸. Article 2 of this law lists assemblies and demonstrations deemed illegal as acts contrary to public order and Art. 14 details the powers of the services responsible for maintaining order in the event of an illegal (not authorised) assembly or demonstration. According to the latter provision a single warning is sufficient in order to dissolve a demonstration if deemed tumultuous and if they persist in resistance the services are authorised to open fire provided they once warn the demonstrators⁵⁹. In the era of democratic transition, a certain liberalisation in the context of the right of assembly was brought by Law 17/1976 of 29 May⁶⁰.

Historical perspective – conclusions

In the case of Spain the right to assemble peacefully has been constitutionally guaranteed since 1869 by national legislation. According to the first regulation on the freedom of assembly demonstrations were permitted only during the daytime. The enactment of the subsequent constitution brought about the right to assemble without the above mentioned limitation. At the same time in the light of the provisions of the Constitution of 1876 the authorities could suspend the right to assemble in extraordinary situations. Since it gave no legal definition of an extraordinary situation it was left to the discretion of the government. On the other hand, the constitution provided for the introduction of a specific law on assemblies under which the officials would be held accountable for violating the right to assemble (as well as other constitutionally guaranteed rights). The Law on Assemblies of 15 June 1880 both specified grounds for suspension of assemblies and defined the term ‘public assembly’. In the case of Polish lands in the 19th century only in the Austrian and Prussian/German partitions the right to assemble was guaranteed by law, though in the latter it was severely restricted, especially for non-German speaking people. The first half of the 20th century saw first Polish regulations on the right to assemble. It should be emphasised that in the interwar period the newly established Polish state had to face the situation in which three different legal systems were binding. The March Constitution guaranteed the right to assemble to all citizens, specifically stated under what circumstances it could be suspended, and contained a provision in the light of which the exercise of this right was to be regulated by law. Nevertheless, it was not until the 1932 that a comprehensive regulation of assemblies was introduced, following the enactment of the Constitution of

⁵⁸ T. Vidal Martín, *El derecho...*, p. 270.

⁵⁹ Law 45/1959 of 30 July 1959, on Public Order, <https://boe.vlex.es/vid/ley-orden-445684478> (20.07.2022).

⁶⁰ R. Hinojosa, *La protección...*, p. 179.

23 April 1935. The new constitution, however, did not guarantee the freedom of assembly. Neither did the Spanish legislation see new regulations on the right to assemble following its new Constitution of 9 December 1931, which, similarly to the Polish March competition, granted broad civil rights.

The post-war period in Poland was marked by the dismantling of the structures of independent, democratic state. The new legislation, heavily affected by the Soviet Union's legal system, at least in theory acknowledged the right to assemble. The extremely broad definition of an assembly served quite the opposite purpose and gave the authorities grounds for refusing any form of demonstration if recognized as 'contrary to the public interest', that is to say, expressing views any other than supporting the government. Not only public demonstrations but even social gatherings were subject to dissolving. The Spanish legal system in the 20th century also experiences a shift towards non-democratic legislation, though the hindrance to the recognition of freedom of assembly came from within. The regime of General Francisco Franco also in theory acknowledged the right to assembly, but on condition that it was not detrimental to 'spiritual, national and social unity' of the country. In both cases the authorities provided detailed regulations in order to penalise free public expression. At the same time vague terms used in the provisions on assemblies left room for a wide and biased interpretation. Given all the differences, in both communist Poland and Francoist Spain the legislation only formally guaranteed freedom of assembly. The severe restrictions on this freedom both in law and in practice meant that its implementation was impossible in practice. Individual freedom had to give way to the primacy of the state and its ideology.

Freedom of assembly in Poland in the light of current regulations

The Republic of Poland as a democratic state ruled by law guarantees and protects human and civil liberties and rights under the Constitution of 2 April 1997. The provisions contained therein relating to these rights and freedoms have been shaped under the influence of international law standards⁶¹. In the light of Art. 57 of the Constitution of the Republic of Poland, "everyone shall be guaranteed the freedom to organise peaceful assemblies and to participate in them. The limitation of this freedom may be determined by law". Freedom of assembly is included in Chapter II of the Constitution, entitled "Freedoms, rights and duties of a human being and a citizen", in the subsection "Political freedoms

⁶¹ M. Jabłoński, *Identyfikacja wolności i praw jednostki w pracach nad treścią Konstytucji RP z kwietnia 1997 roku* [in:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, ed. M. Jabłoński, Wrocław 2014, pp. 17–19, <http://www.biblioteka.cyfrowa.pl/publication/51986> (20.07.2022).

and rights”⁶². The naming of the freedom of assembly as a freedom implies that the constitutional provision is in the nature of a guarantee, not the will of the state, and any restriction of this freedom can only be introduced by law. In case of doubt, the provisions limiting this freedom are to be interpreted in favour of freedom⁶³. The cited above provision three premises: everybody is guaranteed the freedom of assembly, the peaceful nature of an assembly protected by law and the fact that no other limitation than those determined by law are to be imposed.

Significantly, an assembly must be peaceful, in order to be protected constitutionally as well as under international law. However, the premise of peacefulness, while obliging the demonstrators to refrain from acts of violence, must not be over-interpreted by public authorities. The authorities may refuse to grant permission for organizing an assembly only if there is clear and convincing evidence that it is highly probable that violence will be used during the given event. Thus the decision cannot be based on the assumption that violence may be used by demonstrators. Similarly, the act of dissolving an assembly has to be justified and isolated incidents taking place during a peaceful conduct of a demonstration or manifestation are not a sufficient reason for taking such measures⁶⁴. Freedom of assembly under the Constitution of the Republic of Poland is granted to ‘everyone’. It is therefore granted to every person, not only to ‘citizens’, as was the case with the March Constitution. In this way it is recognised as one of the fundamental rights to which foreigners and stateless persons are also entitled, although pursuant to Art. 37(2) of the Constitution, exceptions to the principle concerning foreigners may be defined⁶⁵.

It should be emphasised that Art. 57 distinguishes between organising assemblies and participating in them. The organiser of such an event is a person who is responsible for the organisation and conduct of an assembly whereas in case of the participant might not even be actively involved in the demonstration. Article 57 of the Constitution of Polish Republic no does not contain any restrictions to which the organisers or participants of such peaceful assemblies are to be subjected. Nonetheless, in the light of the provision in question such limitations may be specified by law. Although there is a close relationship between freedom of expression and freedom of assembly, the former is not restricted in any way whereas the latter is not. As far as the freedom of assembly is concerned public safety needs to be considered hence the limitations⁶⁶. This does not mean that the role of authorities is to censor the ideas that the organisers

⁶² The Act of 2 April 1997 – the Constitution of the Republic of Poland (Dz.U. 1997, No. 78, item 483 as amended).

⁶³ P. Suski, *Zgromadzenia i imprezy...*, p. 97.

⁶⁴ M. Wiącek, *Wolność zgromadzeń...*, pp. 265–266.

⁶⁵ The Act of 2 April 1997 – the Constitution of the Republic of Poland (Dz.U. 1997, No. 78, item 483 as amended).

⁶⁶ A. Ławniczak, *Wolność zgromadzeń...*, pp. 302–304.

of an event wish to disseminate to the public. According to the judgement of the Supreme Administrative Court of 25 May 2006, the analysis of the slogans and ideas proclaimed during an assembly does not fall within the sphere of competence of the public administration or the court. The officials or judges must not be guided by their own moral views or opinions or the beliefs of any section of society. The controversial nature of the demonstrators' views may not affect the scope of the protection to which they are entitled, and one restriction of their freedom may be the utterance of judgements prohibited by law, such as calling for racial hatred or promoting fascism⁶⁷.

Freedom of assembly under Art. 57, as was already mentioned, may be restricted by law. This freedom may experience restrictions, on the grounds of Art. 233(1) of the Polish Constitution, during martial law and state of emergency, but this is not, according to Art. 233(3), permissible in the event of a state of natural disaster⁶⁸. The suspension of the right to assemble in the event of emergency is regulated in Art. 16(1)(1) of the State of Emergency Act of 21 June 2002⁶⁹. Furthermore, Chapter II of the Constitution, in Art. 31(3), defines the extent to which constitutional freedoms and rights may be limited. They may be, firstly, established only by law, secondly, they must be necessary in a democratic state for its security, public order, or for the protection of the environment, public health and morals, or the freedoms and rights of others. Thirdly, they must not affect the essence of the rights and freedoms⁷⁰. This type of limitation, expressed by the limitation clause contained in the above provision, is an important element of constitutional norms in a democratic state, in which various values come to the fore and are subject to protection, and it plays an important role in constitutional jurisprudence⁷¹.

The right of assembly is currently regulated by the Act on Assemblies of 24 July 2015. Unlike the 1990 Act, no minimum number of persons forming an assembly is specified. The right to organise an assembly is granted to persons with full legal capacity (Art. 4(1)), and as far as participation is concerned, the only restriction is the prohibition on the possession of weapons, explosives,

⁶⁷ Judgment of the Supreme Administrative Court of 25 May 2006, file reference number I OSK 329/06, ONSAiWSA 2007/2/45 LEX No. 236573; Judgment of the Constitutional Tribunal of 18 January 2006, K 21/05, OTK-A 2006, no. 1, item 4, LEX No. 182442.

⁶⁸ The Act of 2 April 1997 – the Constitution of the Republic of Poland (Dz.U. 1997, No. 78, item 483 as amended).

⁶⁹ Law of 21 June 2002 on the State of Emergency (Dz.U. 2002, No. 113, item 985).

⁷⁰ The Act of 2 April 1997, the Constitution of the Republic of Poland (Dz.U. 1997, No. 78, item 483 as amended); Order of the District Court in Warsaw of 28 April 2019, I Ns 12/19, LEX no. 2669178.

⁷¹ W. Mojski, *Generalne klauzule odsyłające we współczesnym polskim prawie konstytucyjnym. Zarys problematyki*, „Annales UMCS” 2016, Sectio G, Vol. 63, No. 2, pp. 157–158, file:///C:/Users/e7450/Downloads/2578-13269-1-PB-1.pdf (20.07.2022).

pyrotechnics or other dangerous tools and materials (Art. 4(2)) On the basis of the current legislation, the following types of assemblies can be distinguished: ordinary assemblies, simplified assemblies (which do not cause obstructions to traffic), spontaneous assemblies and cyclical assemblies⁷². The cyclical assembly was introduced into the Polish legal order by an amendment to the Act of 13 December 2016⁷³. A spontaneous assembly is, according to Art. 3(2) of the aforementioned Act, “a grouping of persons in an open space accessible to unspecified persons by name in a specific place for the purpose of holding joint deliberations or for the purpose of jointly expressing a position on public matters”. As stated in Art. 3(2), it is such an assembly of which it is a reaction to a sudden and unexpected event, so that it would be pointless or insignificant from the point of view of public debate to hold it at another time⁷⁴. The introduction of a definition of a spontaneous assembly means that such an assembly can be organised legally, without the need to notify the relevant authority in advance, which enables broader participation in the public debate⁷⁵. A spontaneous assembly may not, however, in accordance with Art. 27, disrupt other assemblies, while Art. 28 lists the circumstances under which an officer in charge of police operations may dissolve such an assembly – 1) its course endangers life or health of persons, or substantial property; 2) its course poses a threat to public safety or public order; 3) it causes a serious threat to traffic safety or traffic order on public roads; 4) its course violates the provisions of the Act on Assemblies or penal provisions⁷⁶.

The cyclical assembly was introduced by the amendment of 13 December 2016, as a new type of assembly. An organiser may apply to a voivode for permission to organise an assembly in a cyclical manner after fulfilling the following conditions: 1) the assembly is organised by the same organiser in the same place or on the same route; 2) it is organised at least 4 times a year according to a prepared schedule or at least once a year on the days of national and state holidays; 3) such an event has taken place in the last 3 years even if not in the form of assemblies and aimed in particular at commemorating momentous and important events for the history of the Republic of Poland. In the light of Art. 26b(3) in conjunction with Art. 14(3), in the event that the voivode issues a decision on the consent to hold a cyclic assembly at the place and time where another assembly was to take place, the community authority has 24 hours from the receipt of information from the voivode on this fact to issue a decision banning the other assembly, not later than 96 hours before its planned date.

⁷² M. Jurgielewicz, *Bezpieczeństwo zgromadzeń...*, pp. 16–17.

⁷³ A. Kamiński, A. Osiński, *Prawo o zgromadzeniach. Teoria i praktyka*, Warszawa 2021, pp. 15–16.

⁷⁴ Act of 24 July 2015 of the Assembly Law (Dz.U. 2015, item 1485).

⁷⁵ A. Kamiński, A. Osiński, *Prawo o zgromadzeniach...*, p. 53.

⁷⁶ Act of 24 July 2015 of the Assembly Law (Dz.U. 2015, item 1485).

Should the municipal authority fail to do so, the provincial governor shall immediately issue a substitute order banning the assembly (Art. 26b(4))⁷⁷.

The provisions on cyclic assemblies raised doubts of the President of the Republic of Poland as to their compliance with Art. 32 and 57 of the Constitution of the Republic of Poland and were referred to the Constitutional Tribunal on the charge of violation of the principle of equality⁷⁸. In its judgment of 16 March 2017, the Constitutional Tribunal did not find any irregularities in the new regulations, stating that the new regulations are not unconstitutional and that they aim to strengthen the exercise of freedom of assembly⁷⁹. A number of issues of concern are raised in the doctrine though. It is emphasised that a procedural dualism has been introduced by involving the governmental administration body in the notification process of the assembly⁸⁰. Furthermore, the question is raised as to whether cyclical assemblies have been given priority over other types of assemblies⁸¹.

Acts of violation of law during assemblies are punishable under the Polish Penal Code and the Code of Petty offences. Article 52 of the Code of Petty Offences provides for penalties for violation of the assembly regulations. According to the aforementioned provision, a person who is in possession of weapons, explosives, pyrotechnic products or other dangerous materials or tools is liable to a punishment of arrest for up to 14 days, restriction of liberty or a fine. Whoever attempts to obstruct the course of a lawful assembly or presides over a prohibited assembly or without notice, presides over a dissolved assembly or refuses to leave the place where another person or organisation is the organiser or chairperson, shall be punished by a fine or imprisonment⁸².

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ A. Gajda, *Kilka uwag o wolności zgromadzeń na tle najnowszych zmian ustawy – Prawo o zgromadzeniach*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, Vol. 38, pp. 191–192, <https://konstytucyjne.home.amu.edu.pl/wp-content/uploads/2018/12/A.-Gajda-Kilka-uwag-o-wolno%C5%9Bci-zgromadze%C5%84-na-tle-najnowszych-zmian-ustawy.pdf> (20.07.2022).

⁷⁹ Judgment of the Constitutional Tribunal of 16 March 2017, file reference number Kp 1/17, OTK-A 2017/28, LEX No. 2242310.

⁸⁰ K. Drewniowska, *Wolność zgromadzeń w Polsce po nowelizacji ustawy z dnia lipca 2015 r. – Prawo o zgromadzeniach* [in:] *Wolność zgromadzeń*, eds. R. Balicki, M. Jabłoński, Wrocław 2018, p. 58, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/100569> (20.07.2022); A. Kamiński, A. Osiński, *Prawo o zgromadzeniach...*, p. 161.

⁸¹ K. Drewniowska, *Wolność zgromadzeń...*, pp. 59–60; M. Bidziński, *Freedom of Public Assembly in Poland*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2019, No. 5(51), p. 210, <https://biblioteka.nauki.pl/articles/940634> (20.07.2022); M. Kołakowska-Skorupa, J. Wojsyk, *Wolność zgromadzeń w Polsce w latach 2016–2018. Raport Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2018, pp. 193–196.

⁸² Act of 20 May 1971 – Code of Petty Offences (Dz.U. 2021, item 281); Judgment of the District Court in Warsaw of 25 January 2022, file reference number X Ka 1078/21, LEX No. 3337233.

Interference with a lawfully held assembly by violence or unlawful threat is, according to Art. 260 of the Penal Code, punishable by a fine, restriction of liberty or imprisonment for up to two years. However, the mere fact of participating in an assembly during which acts of violence occurred is not, according to the jurisdiction, grounds for criminal liability⁸³.

Freedom of assembly in Spain in the light of current legislation

The Spanish Constitution of 27 December 1978 regulates in detail and precisely the issue of human and civil rights, providing an extensive system of guarantees and protection of rights and freedoms, and recognises the aspirations of historical regions and peoples. In its solutions, it refers to those contained in the German, Portuguese and Italian Fundamental Laws⁸⁴. Contained in Title I entitled On Fundamental Rights and Duties, Art. 10 states that the norms relating to fundamental rights and freedoms shall be interpreted in accordance with the Universal Declaration of Human Rights and international treaties and agreements ratified by Spain⁸⁵. In the Spanish legal order, a special role is played by ‘organic laws’, which have a specific material scope: they regulate, among other things, fundamental rights and public freedoms. According to Art. 81(2) of the Constitution, a special procedure is provided for their enactment, amendment or repeal⁸⁶.

In the light of Art. 21 (found in Title I, in the chapter “Rights and Freedoms”, in the section “On Fundamental Rights and Public Freedoms”), section 1, “the right to assemble peacefully and without arms is recognised. The exercise of this right does not require prior authorisation”. Prior notification must be given to the authority in cases of assemblies in places of public traffic and demonstrations. The authorities can only prohibit them if there is a well-founded fear of a disturbance of public order posing a threat to persons or property (Art. 21(2)). Thus the following premises are contained herein: firstly, the right to assemble peacefully is recognised, secondly the use of weapons is prohibited, and thirdly, no prior approval of the assembly is required⁸⁷. Significantly, two categories of assembly appear in section 2 – assemblies in places of public traffic and demonstrations, for which notification is required. The distinction between

⁸³ Act of 6 June 1997 – Criminal Code (Dz.U. 1997, No. 88, item 553); Judgment of the Regional Court in Wrocław of 1 April 2014, file reference number II K 940/11, LEX No. 1903402.

⁸⁴ T. Mołdawa, *System konstytucyjny Hiszpanii*, Warszawa 2012, pp. 29–32.

⁸⁵ The Spanish Constitution of 27 December 1978, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> (20.07.2022).

⁸⁶ M. Supera-Markowska, *Zarys prawa hiszpańskiego i prawa polskiego. Esbozo del derecho español y del derecho polaco*, Warszawa 2013, p. 45.

⁸⁷ The Spanish Constitution of 27 December 1978, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> (20.07.2022).

the two categories does not change the fact that there is one right – the right to assemble – whereas a demonstration is defined as an assembly in motion, in places of public transit, and therefore constitutes one of the types of assembly. This is the interpretation adopted by the Supreme Court in Spain in a judgment of 26 June 1991⁸⁸. Both assemblies in places of public transit and demonstrations have the character of public assemblies⁸⁹.

The Spanish Constitution grants the right of assembly to every person (the provision says “the right to assemble is recognised”), that is not only to its citizens but also to foreigners. According to Art. 13 of Title I, foreigners, within the limits set by treaties and law, enjoy the public freedoms guaranteed in Spain⁹⁰. In accordance with the Organic Law 4/2000 of 11 January on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration, currently in force, foreigners may exercise the right granted in Art. 21 of the Spanish Constitution, without having to obtain prior authorisation (Art. 7(1)). In the case of assemblies requiring prior notice, the organisers of demonstrations or assemblies in places of public traffic are subject to the Organic Law on Assemblies. It is only on the basis of its provisions that foreigners may be prohibited from assembling or the authorities may propose amendments to the planned assembly (Art. 7(2))⁹¹. The Spanish Constitution distinguishes in Art. 116(1) between a state of alert, a state of emergency and a state of siege, referring to the relevant law regulating the matter. Art. 55(1), in Chapter 5 “On the Suspension of Rights and Freedoms”, provides for a list of rights that may be suspended in the event of a state of emergency or state of siege. The right to assembly is listed as one of them⁹².

In the current state of the law, the right of assembly is regulated by the Organic Law 9/1983 of 15 July. Article 1(2) of the Act defines an assembly as a consensual and temporary gathering of more than 20 persons for a specific purpose, while Art. 1(3) states that illegal assemblies are defined as such by criminal law. In the light of Art. 3, no assembly requires prior approval (section 1) and the government administration is obliged to protect assemblies and demonstrations from those who attempt to obstruct the exercise of this right.

⁸⁸ T. Vidal Martín, *El derecho...*, p. 275.

⁸⁹ J.J. Solozábal Echavarría, *La configuración constitucional del derecho de reunión*, „Parlamento y Constitución. Anuario” 2001, No. 5, p. 120, file:///C:/Users/e7450/Downloads/Dialnet-LaConfiguracionConstitucionalDelDerechoDeReunion-1060348-2.pdf (20.07.2022)

⁹⁰ The Spanish Constitution of 27 December 1978, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> (20.07.2022).

⁹¹ Organic Law 4/2000 of 11 January on the rights and freedoms of foreigners in Spain and their social integration, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-544> (20.07.2022); under the previous Organic Law 7/1985 of 1 July 1985 on the Rights and Freedoms of Foreigners in Spain, a permit for assembly was required, the Constitutional Court, in its Judgment 115/87 of 7 July, declared this provision unconstitutional (STC 115/1987).

⁹² The Spanish Constitution of 27 December 1978, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> (20.07.2022).

Notification is required for assemblies in public places and demonstrations. Such events must be notified to the relevant authority at least 10 calendar days but no more than 30 calendar days in advance. However, when there are extraordinary, serious reasons, a procedure of notification at least 24 hours in advance is provided for (Art. 8). A governmental authority may prohibit an assembly or demonstration or propose changes to its organisation. Nevertheless, such a decision must be justified and communicated at the latest within 72 hours of the notification (Art. 10). Assemblies, according to Art. 4(1), may only be initiated and convened by persons exercising their full rights as citizens. With regard to the military, and persons using their military status at an assembly, Art. 4(4) refers to specific legislation. An assembly may, according to Art. 5 of the law, be suspended or dissolved in 4 cases: 1) they are contrary to the provisions of criminal law; 2) they disrupt public order by posing a danger to persons or property; 3) participants wear paramilitary uniforms; 4) they are organised by members of the Armed Forces or the Civil Guard, in violation of the relevant provisions governing the rights and duties of the Armed Forces and the Civil Guard respectively⁹³.

The law which is also relevant in the Spanish legal order with regard to the right of assembly is Organic Law 4/15 of 30 March, repealing Organic Law 1/1992 of 21 February. The new law, commonly referred to as *Ley Mordaza* (Gag Law), has caused public concern and protests in Spain⁹⁴. It has also raised the concern of the Council of Europe Commissioner for Human Rights, who sent a letter on the matter to the Spanish Parliament⁹⁵. The legislator explains the introduction of stricter regulations by the need for more effective security guarantees. The new regulations have been perceived as a response to social tensions and the economic crisis⁹⁶ and, in the case of Spain's overseas territory (the Ceuta and Mellila regulations), the immigration crisis seems relevant⁹⁷.

⁹³ Organic Law 9/1983 of 15 July 1983, regulating the right to assembly, <https://www.boe.es/buscar/act.php?lang=es&id=BOE-A-1983-19946&tn=1&p=20141205> (20.07.2022)

⁹⁴ *Multitudinaria marcha contra la reforma de la 'Ley Mordaza' entre gritos de 'Gobierno dimisión': 'Quieren poner a policías por debajo de delincuentes'*, „El Mundo” 2021, 27 November, <https://www.elmundo.es/espana/2021/11/27/61a2027921efa0870e8b457d.html> (20.07.2022); *Cuatro manifestaciones se unen en Valencia contra la 'ley mordaza'*, „El País” 2021, 5 June, <https://elpais.com/espana/comunidad-valenciana/2021-06-05/cuatro-manifestaciones-se-unen-en-valencia-contra-la-ley-mordaza.html> (20.07.2022); *Ni Ley Mordaza ni mordaza maquillada*, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/campanas/ley-mordaza-feb22/> (20.07.2022).

⁹⁵ <https://rm.coe.int/letter-to-mr-jose-luis-abalos-meco-president-of-the-interior-committee/1680a57abe> (20.07.2022).

⁹⁶ M.F. Massó Garrote, *El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley de protección de seguridad ciudadana lo 4/2015 de 30 de marzo*, „Estudios de Deusto: revista de Derecho Público” 2016, Vol. 64, No. 2, pp. 1–2, file:///C:/Users/e7450/Downloads/Dialnet-ElDerechoDeReunionYManifestacionEnElNuevoMarcoRegu-5878495-2.pdf (20.07.2022).

⁹⁷ F. González Botija, P. González Saquero, *La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, sobre protección de la seguridad ciudadana*, „FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva

According to Art. 35(1) of Organic Law 4/15 of 30 March, it is a very serious breach of the law, for which the organisers and leaders of assemblies are liable, when assemblies or demonstrations that have not been declared or banned are organised on the premises or in the vicinity of facilities and infrastructure where essential services to the community are provided. Similarly, it is a very serious infringement of the law to hold public spectacles or recreational activities if they have been banned or suspended (Art. 35(3)). Interference with public safety during any assembly (including public events, sports and cultural spectacles) is a serious violation of the law when it does not constitute a criminal offence (Art. 36(1)). In the same way, the disruption of public security that occurs on the occasion of assemblies or demonstrations in front of the seats of the Congress of Deputies, the Senate and the legislative assemblies of the autonomous communities is a serious violation of the law when it does not constitute a criminal offence (Art. 36 (2)). According to Art. 37 (1), it is a minor offence to hold assemblies in places of public traffic or demonstrations in violation of the specified provisions of Organic Law 9/1983 of 15 July, for which the organisers and leaders of the meetings are liable. Article 39 provides for sanctions, depending on whether the violation is very serious, serious or minor, of between €100 and €600,000⁹⁸.

The Spanish Criminal Code, in Art. 513, considers unlawful and punishable assemblies organised for the purpose of committing a crime or with the use of weapons, explosives, blunt objects or other dangerous objects. According to Art. 514 are punishable by fine or imprisonment 1) the leaders or organisers of such assemblies; 2) participants carrying the objects listed in Art. 513; 3) persons who commit acts of violence against representatives of the authorities or public or private property during a demonstration; 4) persons who disrupt the course of a lawful demonstration; 5) persons who attempt to reconvene a previously suspended or prohibited demonstration, provided that they do so with the intention of subverting the constitutional order or seriously disturbing public order⁹⁹.

Current legislation – conclusions

The Constitution of Republic of Poland of 2 April 1997 and the Spanish Constitution of 27 December 1978 both guarantee freedom of assembly to every person. While the two normative acts respect international law standards, the Spanish Constitution specifically refers to the Universal Declaration of Human

Época” 2015, No. 18(1), pp. 295–298, <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/49724> (20.07.2022).

⁹⁸ Organic Law 4/2015 of 30 March 2015 on the Protection of Citizen Security, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3442> (20.07.2022).

⁹⁹ Organic Law 10/1995 of 23 November 1995 on the Penal Code, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (20.07.2022).

Rights in Title I, in which fundamental rights and duties are recognised. In both cases an assembly must be peaceful in order to be protected by law. The Polish Constitution distinguishes between organising assemblies and participating in them. The provisions governing the freedom of assembly does not contain any specific limitations as far as this freedom is concerned, though it states that such limitations may be specified by law. According to the Polish Constitution freedom of assembly may be restricted during martial law and state of emergency. Other restrictions are only permissible when they are necessary in a democratic state for its security, public order, or for the protection of the environment, public health and morals, or the freedoms and rights of others and must be enacted by law. The provision on freedom of assembly in the Spanish Constitution contains an additional premise – the assembly must be peaceful and without arms. It is emphasised that no prior authorisation is required. Two types of public gatherings are specified which do require notification and these can be prohibited by the authorities if there are well-founded fears of disturbance of public order or they pose a threat to persons or property. Furthermore, the freedom of assembly may be suspended in the event of a state of emergency and a state of siege. As far as the provision in both Constitutions are concerned, the Spanish normative act explicitly states when assemblies can be prohibited whereas the Polish normative act refers to a more general limitation clause, containing a wider catalogue of possible limitations (not including a threat to property though) but at the same time specifying that they must be enacted by law and only when necessary in a democratic state.

Under Art. 57 of the Polish Constitution no limitations are specified such as prior notification (the provision only states that the freedom may be limited by law). Turning to the specific regulations on the right to assemble, the Polish Act on Assemblies of 24 June 2015 introduced a ‘spontaneous assembly’, which allows for an immediate reaction to events, which, if expressed later, might prove to be pointless. On the other hand the other new type of public gathering, a ‘cyclical assembly’ is an event which can be organised only after certain conditions are met. The Spanish law on assemblies, the Organic Law 9/1983 of 15 July provides for a special procedure of notification at least 24 hours in advance. When drawing a comparison between these two normative acts it can be also noted that in Spanish legislation an assembly is defined as a gathering of more than 20 persons while in Polish legislators did not specify such a number of persons. Moreover such a specification was deemed unconstitutional when the previous Law on Assemblies of 5 July 1990 was in force. The Spanish regulations stipulate that a gathering may be dissolved when its participants were paramilitary uniforms or are organised by members of the Armed Forces or the Civil Guard.

Notwithstanding the differences, the constitutional regulations of both countries guarantee freedom of assembly and limit it only in the way that is consistent with the international standard. Yet, certain provisions contained in the specific normative acts on assemblies or relating to them are perceived as controversial.

Conclusion

This article presents an overview of the historical development of Polish and Spanish legislation with regard to freedom of assembly, and outlines the current regulations on this right in both countries. While the starting point was diametrically different, with Spain relying on its own legal solutions from the beginning, in the Polish case the process of national legislation began after 1918. For a few decades of the 20th centuries, due to lack of respect for fundamental laws on the part of the authorities, both societies were severely limited in their ability to realise the right of assembly. With the re-establishment of a democratic order, Poland and Spain lived to see modern constitutions recognising and protecting human and civil rights, as well as legislation regulating this matter in detail. At present provisions contained in the constitutions of both countries respectively. Nonetheless, as it has been outlined, certain solutions may raise concerns as far as other normative acts regulating the right to assemble are concerned.

Bibliography

- Bartoszewicz M., *Liczba uczestników zgromadzenia i jej znaczenie prawne w obecnym i dawnym prawie o zgromadzeniach* [in:] *Wolność zgromadzeń*, eds. R. Balicki, M. Jabłoński, Wrocław 2018, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/100569> (20.07.2022).
- Bidziński M., *Freedom of Public Assembly in Poland*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2019, No. 5(51), <https://bibliotekanauki.pl/articles/940634> (20.07.2022).
- Brzozowski W., *Zagadnienia wstępne* [in:] *Prawa człowieka*, eds. W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, Warszawa 2021.
- Czarny P., Naleziński B., *Wolność zgromadzeń*, Warszawa 1998.
- Dankowski M.Z., *Kryzys konstytucyjny w Hiszpanii początku XXI w. Szkice prawnoustrojowe: geneza – rozwój – perspektywy*, Toruń 2021.
- Drewniowska K., *Wolność zgromadzeń w Polsce po nowelizacji ustawy z dnia lipca 2015 r. – Prawo o zgromadzeniach* [in:] *Wolność zgromadzeń*, eds. R. Balicki, M. Jabłoński, Wrocław 2018, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/100569> (20.07.2022).
- Flaquer Montequi R., *El derecho de asociación, reunión y manifestación*, „Ayer” 1999, No. 34, https://revistaayer.com/sites/default/files/articulos/34-6-ayer34_DerechosyConstitucion_Flaquer.pdf (20.07.2022).
- Gajda A., *Kilka uwag o wolności zgromadzeń na tle najnowszych zmian ustawy – Prawo o zgromadzeniach*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, Vol. 38, <https://konstytucyjne.home.amu.edu.pl/wp-content/uploads/2018/12/A.-Gajda-Kilka-uwag-o-wolno%C5%9Bci-zgroma-dze%C5%84-na-tle-najnowszych-zmian-ustawy.pdf> (20.07.2022).
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2015.
- González Botija F., González Saquero P., *La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, sobre protección de la seguridad ciudadana*, „FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época” 2015, No. 18(1), <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/49724> (20.07.2022).

- Grabowski R., *Ewolucja ustawowych regulacji wolności zgromadzeń w Polsce* [in:] *Wolność zgromadzeń*, eds. R. Balicki, M. Jabłoński, Wrocław 2018, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/100569> (20.07.2022).
- Hinojosa R., *La protección jurisdiccional del derecho de reunión en el Ordenamiento español*, „Revista Española de Derecho Constitucional” 1990, No. 28, file:///C:/Users/e7450/Downloads/Dialnet-LaProteccionJurisdiccionalDelDerechoDeReunionEnElO-79406-5.pdf (20.07.2022).
- Jabłoński M., *Identyfikacja wolności i praw jednostki w pracach nad treścią Konstytucji RP z kwietnia 1997 roku* [in:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, ed. M. Jabłoński, Wrocław 2014, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/51986> (20.07.2022).
- Juchniewicz J., Kazimierzczuk M., *Wolności i prawa polityczne* [in:] *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, ed. M. Chmaj, Warszawa 2016.
- Jurgielewicz M., *Bezpieczeństwo zgromadzeń w Polsce. Zarys problematyki*, Warszawa 2020.
- Kamiński A., Osiński A., *Prawo o zgromadzeniach. Teoria i praktyka*, Warszawa 2021.
- Kołąkowska-Skorupa M., Wojsyk J., *Wolność zgromadzeń w Polsce w latach 2016–2018. Raport Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2018.
- Kwiecień S., *Wolność zgromadzeń w świetle ustawodawstwa II RP*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2013, Vol. XXIII, No. 1, file:///C:/Users/e7450/Downloads/7918-Article%20Text-22417-1-10-20191116.pdf (20.07.2022).
- Ławniczak A., *Wolność zgromadzeń* [in:] *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, ed. M. Jabłoński, Wrocław 2014, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/51986> (20.07.2022).
- Massó Garrote M.F., *El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley de protección de seguridad ciudadana lo 4/2015 de 30 de marzo*, „Estudios de Deusto: revista de Derecho Público” 2016, Vol. 64, No. 2, file:///C:/Users/e7450/Downloads/Dialnet-ElDerechoDeReunionYManifestacionEnElNuevoMarcoRegu-5878495-2.pdf (20.07.2022).
- Mojski W., *Generalne klauzule odsyłające we współczesnym polskim prawie konstytucyjnym. Zarys problematyki*, „Annales UMCS” 2016, Sectio G, Vol. 63, No. 2, file:///C:/Users/e7450/Downloads/2578-13269-1-PB-1.pdf (20.07.2022).
- Mołodawa T., *System konstytucyjny Hiszpanii*, Warszawa 2012.
- Pieprzny S., *Bezpieczeństwo zgromadzeń publicznych. Aspekty administracyjnoprawne*, Rzeszów 2013.
- Ruiz Resa J.D., *Los derechos humanos en el franquismo*, „Precedente. Revista Jurídica” 2014, No. 4.
- Solozábal Echavarría J.J., *La configuración constitucional del derecho de reunión*, „Parlamento y Constitución. Anuario” 2001, No. 5, file:///C:/Users/e7450/Downloads/Dialnet-LaConfiguracionConstitucionalDelDerechoDeReunion-1060348-2.pdf (20.07.2022).
- Supera-Markowska M., *Zarys prawa hiszpańskiego i prawa polskiego. Esbozo del derecho español y del derecho polaco*, Warszawa 2013.
- Suski P., *Zgromadzenia i imprezy masowe*, Warszawa 2010.
- Tokarczuk R., *Komparatystyka prawnicza*, Warszawa 2008.
- Vidal Martín T., *El derecho de reunión y manifestación*, „Parlamento y Constitución. Anuario” 1997, No. 1, file:///C:/Users/e7450/Downloads/Dialnet-ElDerechoDeReunionYManifestacion-197125-3.pdf (20.07.2022).
- Wąsowicz M., *Prawo i obywatel. Rzecz o historyczno-prawnych korzeniach europejskiego standardu ustrojowego*, Warszawa 2015.
- Wiącek M., *Wolność zgromadzeń i zrzeszania się* [in:] *Prawa człowieka*, eds. W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, Warszawa 2021.

Summary

The aim of this paper is to compare selected Polish and Spanish normative acts, with a particular focus on the Constitution of the Republic of Poland and the Spanish Constitution, in terms of implementation of one of the fundamental civil liberties, i.e. freedom of assembly. The right to peaceful assembly is guaranteed by a democratic state ruled by law. Nevertheless, the state is responsible for ensuring the security of participants in such gatherings, thus it may impose by statute necessary restrictions, insofar as security, public order or the rights and freedoms of others are threatened. Measures taken by the authorities cannot, though, lead to a violation of freedom of assembly as such. As a result of the democratic transitions and consequently the passing of the Constitutions, both Poland and Spain reinstated the rule of law and safeguarded civil rights and liberties. The paper attempts to discuss, on the one hand, the legal *status quo* regarding the protection of freedom of peaceful assembly as well as the imposed restrictions and on the other hand the historical context.

Keywords: freedom of assembly, Constitution of the Republic of Poland, Spanish Constitution, civil liberties, public order, comparative law perspective

WOLNOŚĆ ZGROMADZEŃ W ŚWIETLE KONSTYTUCJI I INNYCH AKTÓW NORMATYWNYCH RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ I KRÓLESTWA HISZPANII – PERSPEKTYWA HISTORYCZNA I PORÓWNAWCZA

Streszczenie

Celem niniejszego opracowania jest porównanie wybranych polskich i hiszpańskich aktów normatywnych, ze szczególnym uwzględnieniem Konstytucji Rzeczypospolitej i Konstytucji Hiszpanii, pod kątem realizacji jednej z podstawowych swobód obywatelskich, tj. wolności zgromadzeń. Prawo do pokojowego zgromadzenia się jest gwarantowane przez demokratyczne państwo prawa. Niemniej państwo jest również odpowiedzialne za zapewnienie bezpieczeństwa uczestników takich zgromadzeń, a więc dopuszczalne jest narzucanie niezbędnych, określonych ustawą ograniczeń, o ile zagrożone jest bezpieczeństwo, porządek publiczny lub prawa i wolności innych osób. Środki przedsięwzięte przez władze nie mogą jednak prowadzić do naruszenia wolności zgromadzeń jako takiej. Na skutek demokratycznej transformacji ustrojowej, a w konsekwencji uchwalenia konstytucji, zarówno Polska, jak i Hiszpania przywróciły rządy prawa i zagwarantowały ochronę praw i wolności obywatelskich. W opracowaniu podjęto próbę omówienia z jednej strony obecnego stanu prawnego odnośnie do ochrony prawa do pokojowych zgromadzeń, jak i narzuconych na nie ograniczeń, a z drugiej strony kontekstu historycznego.

Słowa kluczowe: wolność zgromadzeń, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Konstytucja Hiszpanii, swobody obywatelskie, porządek publiczny, perspektywa prawnoporównawcza

Marianna-Elizabet Iaroslavska

doktorantka w Katedrze Prawa Postępowania Cywilnego WPiA UW
ORCID: 0000-0002-2543-2227

**DEGRADACJA ZASADY JAWNOŚCI:
REWOLUCJA CZY KONTYNUACJA PRZYJĘTEJ STRATEGII?****Wprowadzenie**

Okres stanu epidemii charakteryzuje się omijaniem standardów prawidłowej legislacji¹. Wydawałoby się, że tzw. przepisy covidowe² obfitowały w nieprze-myślane zmiany legislacyjne, które można było zaakceptować – aczkolwiek nie bez obaw – jako tymczasowe³ i wyjątkowe rozwiązania. W rzeczywistości jednak legislacja, która jest niezgodna z naczelnymi zasadami procesowymi⁴, sięga czasu sprzed pandemii⁵. Możemy zauważyć zbieg tworzenia prawa z brakiem poszanowania naczelných zasad procesowych ze swoistą „zarazą niszczenia praworządności”⁶ w Polsce. Obserwujemy rewolucję ukrytą pod płaszczkiem obostrzeń pandemicznych, która zmienia rolę naczelných zasad procesowych.

¹ H. Izdebski, *Legislacja dotycząca COVID-19 i ustawy nihilizm prawny* [w:] *Pandemia COVID-19 a prawa i wolności obywatela*, red. T. Gardocka, D. Jagiełło, Warszawa 2021, s. 29 i n.; T. Zembrzusi, *Przeciwdziałanie i zwalczanie epidemii COVID-19 w postępowaniu cywilnym, czyli pożegnanie z kolegialnością orzekania*, „Polski Proces Cywilny” 2002, nr 1, s. 59 i n.; J. Menkes, *Lockdown w Polsce albo jak nie stanować i jak nie stosować prawa* [w:] *System ochrony praw człowieka w Polsce w czasie wyzwań pandemicznych*, red. J. Jaskiernia, K. Spryszak, Toruń 2022, s. 122 i n.; K. Koślicki, *Coraz więcej bubli i absurdów – fatalnie tworzone prawo*, prawo.pl (30.01.2021); *Poprawy prawo 2021 – raport Prawo.pl i LEX*, (25.02.2023).

² Ustawa z dnia 2 marca 2020 r. o szczególných rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2021, poz. 2095 ze zm.), dalej: ustawa covidowa.

³ Coraz bardziej wątpliwy jest tymczasowy charakter ustawy covidowej.

⁴ W artykule pojęcia *naczelne zasady procesowe*, *naczelne zasady postępowania cywilnego* oraz *naczelne zasady procesu cywilnego* są używane naprzemiennie i stanowią synonimy.

⁵ J. Gudowski, *Kodeks postępowania cywilnego A.D. 2022. Esej o postmodernizmie, obskurantyzmie prawnym i niekompetencji*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 2, s. 20 i n.

⁶ K. Markiewicz, *Wpływ regulacji „covidowych” na zasadę niezmienności (stabilności) oraz kolegialność składów sądów odwoławczych*, „Polski Proces Cywilny” 2022, nr 1, s. 38 i n.

Wyniesione na piedestał dążenie do przyspieszenia i usprawnienia postępowania stanowi myśl przewodnią zmian legislacyjnych w ostatnim czasie⁷. Postrzeganie szybkości jako zasady, a tym bardziej naczelnej zasady procesowej, jest sprzeczne z przeważającym dorobkiem doktryny⁸. Faworyzowanie szybkości i sprawności postępowania odbywa się kosztem naczelných zasad procesowych, w tym zasady jawności. Obserwujemy traktowanie zasady jawności przez ustawodawcę z dezynwolturą. Celem artykułu jest przedstawienie analizy degradacji znaczenia zasady jawności w postępowaniu cywilnym w Polsce.

Naczelne zasady procesowe – wybrane zagadnienia

Zasady prawne są normami nadrzędnymi, które chronią dobro szczególnie cenne⁹ i zabezpieczają system prawny przed ustawowym bezprawiem opisanym dobitnie m.in. przez G. Radbrucha¹⁰. Determinują one treść prawa procesowe-

⁷ J. Gudowski, *Protokół elektroniczny, czyli próba zamachu na Jana Gutenberga* [w:] *Postępowanie rozpoznawcze w przyszłym Kodeksie postępowania cywilnego*, red. K. Markiewicz, A. Torbus, Warszawa 2014, s. 773 i n.; T. Zembrzusi, *Dokąd zmierza apelacja w postępowaniu cywilnym*, „Przeгляд Sądowy” 2019, nr 7–8, s. 65 i n.; *idem*, *Powództwo oczywiście bezzasadne a dostęp do ochrony prawnej w postępowaniu cywilnym* [w:] *Dostęp do ochrony prawnej w sądowym postępowaniu cywilnym*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, R. Flejszar, E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2021, s. 169 i n.

⁸ W. Siedlecki, pisząc o szybkości postępowania, używał sformułowania *tendencja do usprawniania*, a nie zasada. Zob. szerzej: W. Siedlecki, *Podstawy rewizji cywilnej*, Warszawa 1959, s. 188 i n. Na temat postulatu szybkości zob. szerzej: A. Jakubecki, *Naczelne zasady postępowania cywilnego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego* [w:] *Czterdziestolecie kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd katedr postępowania cywilnego w Zakopanem (7–9.10.2005 r.)*, red. I. Ratusińska, Kraków 2006, s. 349 i n. Odmienne: A.G. Harla, który zalicza zasadę sprawności postępowania do naczelných zasad procesowych. Zob. szerzej: A.G. Harla, *Zasady naczelne postępowania cywilnego – kilka refleksji ogólnych* [w:] *Symbolae Andreae Marciniak dedicate*, red. J. Jagieła, R. Kulski, Warszawa 2022, s. 19 i n. Autor rozumie sprawność jako podejmowanie odpowiednich do celu czynności procesowych w odpowiednim czasie i wskazuje, że postępowanie prowadzone sprawnie *de iure* nie jest przewlekłe. Zob. szerzej *idem*, *Zasada szybkości postępowania cywilnego* [w:] *Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Pazdan, M. Tomalak, Warszawa 2017, s. 198 i n. Szybkość postępowania bywa także rozumiana jako naczelna zasada wymiaru sprawiedliwości. Tak np. M. Białecki, S. Kotas-Turboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska, *Aksjomat szybkości postępowania cywilnego – zagadnienia wybrane. Uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda na tle stanu prawnego po nowelizacji z lat 2019–2021* [w:] *Realizacja zasad postępowania cywilnego na tle aktualnych zmian KPC*, red. M. Skibińska, Zielona Góra 2022, s. 11 i n.

⁹ B. Wojciechowski, *Teoretycznoprawne założenia roli zasad prawnych w procesie stosowania prawa*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2021, nr 3–4, s. 19 i n.; M. Mułiński, *Pojęcie „zasada” w kodeksie postępowania cywilnego* [w:] *Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Pazdan, M. Tomalak, Warszawa 2017, s. 683 i n.

¹⁰ G. Radbruch, *Filozofia prawa*, Warszawa 2009, s. 244 i n.

go¹¹. Wprowadzają ograniczenia dla ustawodawcy, wskazując jednocześnie, jaki stan rzeczy należy osiągnąć¹². Służą dokonywaniu należytej wykładni i stosowaniu prawa¹³. Według zasad postępowania cywilnego kształtowana jest treść i forma poszczególnych instytucji procesowych, tak aby funkcje postępowania cywilnego zostały jak najpełniej zrealizowane¹⁴. Zasady procesowe są ze sobą powiązane, harmonijnie współlistnieją i wzajemnie się uzupełniają¹⁵. Stanowią normy zawierające nakaz realizacji określonych wartości¹⁶.

Wśród zasad procesowych wyodrębnia się zasady naczelnego wymiaru sprawiedliwości¹⁷, które dotyczą ustroju i funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości¹⁸, oraz naczelnego zasady procesowe¹⁹, na których oparte jest postępowanie sądowe w sprawach cywilnych²⁰. Wyróżnia się także zasady dotyczące wycin-

¹¹ W. Berutowicz, *O pojęciu naczelnego zasad postępowania cywilnego*, „Studia Cywilistyczne” 1975, t. XXV–XXVI, s. 35 i n.

¹² M. Kordela, *Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexy’ego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, z. 2, s. 12 i n., za: M. Muliński, *Pojęcie „zasada”...*, s. 683 i n.

¹³ A. Skorupka, *Pojęcie zasady prawa [w:] Dopuszczalność dowodu sprzecznego z prawem w sądowym postępowaniu cywilnym*, red. A. Skorupka, Warszawa 2021, s. 224.

¹⁴ W. Berutowicz, *Zasada dyspozycyjności w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1957, s. 18 i n.; *idem*, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1984, s. 225 i n.

¹⁵ W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 1977, s. 52 i n.; N. Krej, *Zasada prawa do sądu oraz zasada równości stron w kontekście powództwa oczywiście bezzasadnego – art. 191 (1) KPC, wprowadzonego do polskiego porządku prawnego na podstawie nowelizacji z 4.07.2019 r.* [w:] *Realizacja zasad postępowania cywilnego na tle aktualnych zmian KPC*, red. M. Skibińska, Zielona Góra 2022, s. 164 i n.; W. Siedlecki, *Zasady naczelnego postępowania cywilnego w świetle przepisów nowego kodeksu postępowania cywilnego*, „Studia Cywilistyczne” 1966, t. VII, s. 3 i n.

¹⁶ M. Kordela, *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2014, s. 276, za: A. Skorupka, *Pojęcie zasady...*, s. 224 i n.

¹⁷ N. Krej, *Zasada prawa...*, s. 163 i n. W literaturze używa się też ogólnego pojęcia *zasady postępowania cywilnego*, bez podziału na zasady naczelnego i inne. Tak np. A. Sikorski [w:] *Postępowanie cywilne*, red. I. Gil, Warszawa 2017, s. 10 i n.; J. Studzińska [w:] *Postępowanie cywilne*, red. J. Studzińska, P. Cioch, Warszawa 2019, s. 65 i n.; A. Zieliński, *Postępowanie cywilne. Kompendium*, Warszawa 2009, s. 22 i n.; A. Zieliński, K. Flaga-Gieruszyńska, *Postępowanie cywilne. Kompendium*, Warszawa 2020, s. 18 i n.

¹⁸ J. Jodłowski, *Wstęp do systemu prawa procesowego cywilnego. Zbiór studiów*, Wrocław 1974, s. 58.

¹⁹ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2016, s. 146 i n.; W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2020, s. 71 i n.; A. Torbus, *Zarys teoretyczny zasad postępowania cywilnego [w:] Kodeks postępowania cywilnego z perspektywy pięćdziesięciolecia jego obowiązywania. Doświadczenia i perspektywy*, red. E. Marszałkowska-Krzes, I. Gil, Ł. Błaszczak, Sopot 2016, s. 91 i n.; A.G. Harla, *Zasady naczelnego...*, s. 19 i n.; M. Białecki, S. Kotas-Turboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska, *Aksjomat szybkości...*, s. 11 i n.; A. Torbus, *Zarys teoretyczny...*, s. 90 i n.

²⁰ W. Siedlecki, *Podstawy rewizji...*, s. 3 i n.

kowych zagadnień postępowania cywilnego²¹. Naczelne zasady procesowe wynikają z istoty postępowania cywilnego i stanowią jego fundament²². Dalsze rozważania niniejszego opracowania koncentrują się na naczelnym zasadach procesowych, aczkolwiek obie grupy zasad naczelnym wiąże się z realizacją funkcji postępowania cywilnego²³. Przybierają postać zasad aksjomatycznych, których źródłem jest tradycja lub duch prawa albo powszechne uznanie w doktrynie²⁴.

Rozumienie naczelnym zasad postępowania cywilnego nie jest jednolite i – jak się wydaje – nie powinno być²⁵. Kreowanie definicji legalnym naczelnym zasad procesowych nie jest pożądane, ponieważ stworzyłyby sztywny gorset krępujący rozwój jurysprudenccji²⁶. Zgodnie z jednym ze stanowisk wyrażonych w literaturze naczelnym zasady procesowe stanowią „założenia generalne” odpowiadające strukturze postępowania cywilnego, które mają na celu zapewnienie realizacji funkcji postępowania cywilnego²⁷. Stanowią centralne lub przewodnie idee systemu prawa procesowego²⁸ i „założenia podstawowe”²⁹. Zasady są dyrektywami nie tylko dla ustawodawcy w procesie tworzenia prawa, ale również dla podmiotów uczestniczących w postępowaniu, które interpretują i stosują przepisy³⁰. Według odmiennego poglądu naczelnym zasady procesowe należy rozumieć jako dyrektywy sprawności postępowania cywilnego, które zapewniają realizację funkcji i celu postępowania³¹. Zgodnie ze stanowiskiem pośrednim naczelnym zasady postępowania cywilnego są centralnymi ideami systemu prawa procesowego, a także stanowią dyrektywy sprawności, które gwarantują realizację funkcji prawa procesowego.

²¹ A. Kościółek, *Zasada jawności w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2018, s. 103 i n.

²² J. Gudowski, *O kilku naczelnym zasadach procesu cywilnego – wczoraj, dziś i jutro* [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*, red. M. Kępiński, A. Koch, A. Nowicka, Z. Radwański, A.J. Szwarz, S. Wronkowska, F. Zedler, Poznań 2005, s. 1028 i n.; N. Krej, *Zasada prawa...*, s. 163 i n.

²³ J. Jodłowski, *Wstęp do systemu...*, s. 61 i n.

²⁴ J. Gudowski, *O kilku...*, s. 1028 i n.

²⁵ Odmiennie: J. Jodłowski, *Wstęp do systemu...*, s. 50 i n.

²⁶ J. Gudowski, *O kilku...*, s. 1028 i n.

²⁷ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, s. 146 i n.

²⁸ W. Siedlecki, *Podstawy rewizji...*, s. 3 i n.; Z. Resich, *Istota procesu cywilnego*, Warszawa 1975, s. 118 i n.; W. Berutowicz, *O pojęciu...*, s. 32 i n.; J. Jodłowski, *Wstęp do systemu...*, s. 50 i n.; H. Dołęcki, *Postępowanie cywilne...*, s. 49 i n.; S. Dalka, *Sądowe postępowanie cywilne. Założenia ogólne i proces cywilny*, Gdańsk 1984, s. 55 i n.

²⁹ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, s. 146 i n.

³⁰ W. Berutowicz, *O pojęciu...*, s. 33 i n.; M. Skibińska [w:] *Postępowanie cywilne*, red. M. Rzewuski, Warszawa 2020, s. 26 i n.; N. Krej, *Zasada prawa...*, s. 163 i n.

³¹ W. Berutowicz, *O pojęciu...*, s. 27 i n.; W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, *Postępowanie cywilne...*, s. 70 i n.; M. Białecki, S. Kotas-Turboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska, *Aksjomat szybkości...*, s. 11 i n.

sowego³². Naczelne zasady procesowe są rozumiane też jako założenia konstrukcyjne mechanizmu procesowego³³ wyrażające „idealną powinność”³⁴.

Sposób „definiowania” naczelnych zasad procesowych dobitnie podkreśla ich wyjątkowy charakter. Nie może istnieć perfekcyjna jedność poglądów co do zagadnień, które nie są mierzalne, których nie da się opisać w jednej konkretnej normie prawnej i które wynikają z fundamentalnych wartości. Takie podejście do zasad procesowych prezentował również T. Gönner, twórca nauki o zasadach procesowych, który tłumaczył je jako najwyższe reguły, które nie są wyrażone bezpośrednio w ustawie, ale wynikają z samej istoty procesu cywilnego i determinują całą jego budowę³⁵.

Brak jedności poglądów co do naczelnych zasad procesowych przejawia się także w podejściu do tworzenia katalogu tych zasad, który kształtują doktryna i orzecznictwo. Różnorodność koncepcji wynika nie tylko z braku narzucenia rozumienia naczelnych zasad procesowych, ale też z echa konkretnej epoki. W XIX w. wśród naczelnych zasad procesowych wskazywano sprawiedliwość³⁶. To podejście w okresie międzywojennym krytykował E. Waśkowski i podkreślał, że sprawiedliwość jest postulatem, a wśród zasad „bezwzględnych, absolutnych, podstawowych, pierwiastkowych” znajdują się: zasada formalizmu procesowego, zasada formalnego kierownictwa sądu, zasada dyspozycyjności i zasada równouprawnienia stron³⁷. Z kolei F. Kruszelnicki dzielił zasady procesowe na zasady konieczne, które dotyczą istoty procesu i bez których „żaden proces obejść się nie może”, oraz na zasady dotyczące zewnętrznej struktury procesu, które nadają mu charakterystyczne cechy³⁸. Wśród zasad koniecznych znajdowały się: zasada skargowości, zasada wysłuchania obu stron i zasada prawdy.

W okresie powojennym W. Siedlecki do zasad naczelnych postępowania cywilnego zaliczał zasady: prawdy obiektywnej, ochrony własności społecznej³⁹, ustności, bezpośredniości, kierownictwa sędziowskiego, równouprawnienia stron lub uczestników postępowania, współdziałania sądu i podmiotów postępowania,

³² H. Dołęcki, *Postępowanie cywilne...*, s. 49 i n.

³³ H. Mądrzak, *O pojmowaniu naczelnych zasad postępowania cywilnego [w:] Proces i prawo. Rozprawy prawnicze*, Wrocław 1989, s. 384 i n.; H. Dołęcki, *Postępowanie cywilne...*, s. 49 i n.

³⁴ A. Góra-Błaszczkowska, *Zasada równości stron w procesie cywilnym*, Warszawa 2008, s. 51 i n.

³⁵ T. Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozess*, Eslangan 1804, s. 175 i n., za: W. Berutowicz, *O pojęciu...*, s. 30 i n.

³⁶ R. Canstein, *Die reitonenellen Grundlagen des Civilprozesses*, Wien 1877, s. 3 i n.

³⁷ E. Waśkowski, *System procesu cywilnego*, Wilno 1932, s. 99 i n. Była to pierwsza próba usystematyzowania zasad procesowych w Polsce w okresie międzywojennym. Zob. szerzej: A. Stawarska-Rippel, *Elementy prywatne i publiczne w procesie cywilnym w świetle prac kodyfikacyjnych w Polsce (1918–1964). Studium historycznoprawne*, Katowice 2015, s. 38 i n.

³⁸ F. Kruszelnicki, *Zasady procesu cywilnego według polskiej procedury cywilnej*, „Głos Sądownictwa” 1931, nr 9, s. 450 i n.

³⁹ Odmienne: W. Berutowicz, *O pojęciu...*, s. 36 i n.

koncentracji materiału procesowego, kontrolowanej rozporządzalności, sporności, swobodnej oceny dowodów, dwuinstancyjności, formalizmu i jawności⁴⁰. Wtedy wśród naczelných zasad procesowych znalazłyby się również: zasada aktywności prokuratora w postępowaniu⁴¹, zasady dyspozycyjności i kontrydiktoryjności⁴², a także zasada umiarkowanego formalizmu procesowego⁴³ i zasada ekonomii procesowej⁴⁴. Zasada prawdy obiektywnej była uznawana za zasadę mającą szczególne znaczenie⁴⁵. Wydaje się, że obecne niepokojące tendencje legislacyjne⁴⁶ częściowo dążą do przywrócenia powojennego katalogu naczelných zasad procesowych.

Współcześnie w doktrynie prezentowane są różne podejścia dotyczące katalogu naczelných zasad procesowych. Według jednych autorów do naczelných zasad procesowych należy zaliczyć zasady: prawdy materialnej, równości stron, dyspozycyjności, kontrydiktoryjności, bezpośredniości, ustności i koncentracji materiału procesowego⁴⁷. Inni autorzy do tego katalogu dodają zasadę formalizmu postępowania, zasadę inicjatywy organów procesowych i egzekucyjnych⁴⁸, a także zasadę jawności postępowania, swobodnej oceny dowodów⁴⁹ i kierownictwa sądowego⁵⁰. Do naczelných zasad procesowych zalicza się również prawo do sądu⁵¹, zasadę prawdy⁵², zasadę ustności i pisemności⁵³. Podsumowując,

⁴⁰ W. Siedlecki, *Zasady naczelné...*, s. 3 i n.; *idem*, *Uchybienia procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1971, s. 64 i n.; *idem*, *Podstawy rewizji...*, s. 3 i n.; *idem*, *Nieważność procesu cywilnego*, Warszawa 1965, s. 78 i n.

⁴¹ W. Berutowicz, *O pojęciu...*, s. 33 i n.; J. Jodłowski, *Wstęp do systemu...*, s. 109 i n.

⁴² W. Berutowicz, *O pojęciu...*, s. 33 i n.

⁴³ W. Siedlecki, *Uchybienia procesowe...*, s. 66 i n.

⁴⁴ Z. Resich, *Dopuszczalność drogi sądowej w sprawach cywilnych*, Warszawa 1962, s. 90 i n.

⁴⁵ W. Siedlecki, *Zarys postępowania cywilnego*, Warszawa 1968, s. 44 i n.; J. Jodłowski, Z. Resich, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1979, s. 125 i n.; W. Berutowicz, *Postępowanie cywilne...*, s. 268 i n.; W. Siedlecki, *Zarys postępowania cywilnego*, Poznań 1954, s. 26 i n.; J. Jodłowski, W. Siedlecki, *Postępowanie cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1958, s. 135 i n.

⁴⁶ Chodzi o uzasadnianie wprowadzonych zmian dążeniem do odformalizowania i przyspieszenia postępowania. Zob. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3137, Sejm IX kadencji, s. 6 i n.; uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Sejm IX kadencji, druk sejmowy nr 2650, s. 3 i n.

⁴⁷ J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, s. 146 i n.; A. Oklejak, F. Flejszar, *Zasada dyspozycyjności w postępowaniu przed sądem polubownym*, „Kwartalnik ADR” 2011, nr 4(16), s. 35 i n.

⁴⁸ W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, *Postępowanie cywilne...*, s. 71 i n.

⁴⁹ H. Dołęcki, *Postępowanie cywilne...*, s. 49 i n.

⁵⁰ M. Skibińska [w:] *Postępowanie cywilne*, red. M. Rzewuski, Warszawa 2019, s. 33 i n.

⁵¹ J. Studzińska [w:] *Postępowanie cywilne*, red. J. Studzińska, P. Cioch, Warszawa 2019, s. 68 i n. W doktrynie prawo do sądu zalicza się też do naczelných zasad wymiaru sprawiedliwości. Tak np. J. Jodłowski, *Wstęp do systemu...*, s. 69 i n.; N. Krej, *Zasada prawa...*, s. 163 i n.

⁵² Chodzi o zasadę prawdy bez żadnych przymiotników.

⁵³ J. Studzińska [w:] *Postępowanie cywilne*, red. J. Studzińska, P. Cioch, Warszawa 2019, s. 68 i n.

można stwierdzić, że istnieją zarówno takie zasady, które według większości autorów są zasadami naczelnymi (m.in. zasada jawności, dyspozycyjności lub kontradyktoryjności), jak i zasady, które tylko niektórzy zaliczają do naczelnych zasad procesowych (np. prawo do sądu). Wskazanie jednego właściwego katalogu naczelnych zasad procesowych nie wydaje się ani konieczne, ani możliwe. Według poglądu większościowej zasada jawności stanowi naczelną zasadę procesową. Jawność postępowania cywilnego jest uznawana zarówno za element prawa do sądu⁵⁴, jak i za odrębną naczelną zasadę postępowania cywilnego⁵⁵. Ponadto bywa ujmowana również w katalogu naczelnych zasad wymiaru sprawiedliwości⁵⁶.

Destrukcja zasady jawności w postępowaniu cywilnym

Zasada jawności jest naczelną zasadą procesową, jedną z podstawowych wartości społecznych chronionych przez prawo⁵⁷, standardem postępowania cywilnego⁵⁸, a także niezbędnym elementem wymiaru sprawiedliwości⁵⁹. Fundamentalna rola tej zasady w postępowaniu cywilnym jest niekwestionowana na przestrzeni wielu lat⁶⁰. Celem zasady jawności jest zapewnienie rzetelności po-

⁵⁴ K. Gajda-Roszczyńska, *Przebudowa wymiaru sprawiedliwości w czasach pandemii COVID-19 ze szczególnym uwzględnieniem postępowania cywilnego*, „Polski Proces Cywilny” 2022, nr 1, s. 9 i n. Poglądy w tym zakresie są niejednolite. Zob. szerzej: A. Machnikowska, *Zasada jawności w postępowaniu procesowym – modernizacja czy marginalizacja? Wybrane zagadnienia*, „Polski Proces Cywilny” 2022, nr 1, s. 80 i n.

⁵⁵ W. Berutowicz, *O pojęciu...*, s. 27 i n.; S. Dalka, *Sądowe postępowanie cywilne. Założenia ogólne i proces cywilny*, t. I, Gdańsk 1992, s. 54 i n.; A. Jakubecki, *Naczelne zasady...*, s. 349.

⁵⁶ A. Kościółek, *Zasada jawności...*, s. 103 i n.; J. Gudowski, *Laserunkowość postępowania cywilnego* [w:] *Honeste procedere. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Kazimierzowi Lubińskiemu*, red. A. Laskowska-Hulisz, J. May, M. Mrówczyński, Warszawa 2017, s. 119 i n.; J. Jodłowski [w:] J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, s. 107.

⁵⁷ T. Stawecki, *Jawność jako wartość prawna*, „Studia Iuridica” 2004, nr 43, s. 215 i n.

⁵⁸ T. Zembruski, *Ograniczenia jawności postępowania w sprawach cywilnych w dobie pandemii – potrzeba chwili czy trwale rozwiązanie?*, „Forum Prawnicze” 2021, nr 3, s. 3 i n.; A. Kościółek, *Zasada jawności...*, s. 429 i n.; J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne...*, s. 144 i n.; W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, *Postępowanie cywilne...*, s. 84 i n.; J. Gudowski, *Laserunkowość postępowania...*, s. 119 i n.

⁵⁹ M. Rzewuski, *Realizacja zasady jawności w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych w świetle noweli KPC z dnia 4.07.2019 r. i ustaw antycovidowych* [w:] *Realizacja zasad postępowania cywilnego na tle aktualnych zmian KPC*, red. M. Skibińska, Zielona Góra 2022, s. 273.

⁶⁰ J. Rafacz, *Dawny proces polski*, Warszawa 1925, s. 5 i n.; P. Dąbkowski, *Zasada jawności w dawnym prawie polskim*, Lwów 1937, s. 1 i n.; W. Miszewski, *Jawność w procesie cywilnym w związku z przepisami kodeksu postępowania cywilnego*, „Nowy Proces Cywilny” 1933, nr 1, s. 14 i n.; J. Płaziuk, *Konieczność odstąpienia od przeprowadzenia posiedzenia zdalnego w przypadku wy-*

stępowania cywilnego i bezstronności sędziów⁶¹. Jawne postępowanie mobilizuje sąd do starannego i sumiennego dokonywania czynności procesowych, co czyni z zasady jawności jedną z podstawowych gwarancji praworządnego postępowania⁶². Jawność ma silne oddziaływanie na inne zasady, w szczególności na zasadę równości, kontradyktoryjności, bezpośredniości i ustności⁶³. Rozpoznanie spraw z wyłączeniem jawności powinno stanowić wyjątek od reguły⁶⁴. Rangę zasady jawności podkreśla art. 45 Konstytucji RP⁶⁵, zgodnie z którym każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego⁶⁶ rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd⁶⁷. Jawność postępowania gwarantują też międzynarodowe akty prawne⁶⁸ oraz Kodeks postępowania cywilnego⁶⁹. Aktualność zachowują słowa W. Miszewskiego⁷⁰: przepisy postępowania mają na celu uporządkować proces w ten sposób, aby dawały jak najwięcej gwarancji zmierzających do zapewnienia prawidłowego i bezstronnego wymiaru sprawiedliwości, a wśród zasad, na których oparty jest proces, jawność jest jedną z najważniejszych⁷¹.

znaczenia rozprawy lub posiedzenia jawnego w czasach COVID-19, „Polski Proces Cywilny” 2022, nr 1, s. 247 i n.

⁶¹ T. Zembrzusi, *Ograniczenia jawności...*, s. 7 i n.

⁶² *Ibidem*; M. Mączyński, *Ograniczenie prawa podmiotów gospodarczych do sądu*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 5, s. 65 i n.; H. Dołęcki, *Postępowanie cywilne...*, s. 66 i n.

⁶³ A. Machnikowska, *Zasada jawności...*, s. 80 i n.

⁶⁴ H. Dołęcki, *Postępowanie cywilne...*, s. 66 i n.

⁶⁵ Art. 45 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁶⁶ W doktrynie wskazuje się, że w art. 45 Konstytucji RP jest mowa o jawności zewnętrznej, ponieważ jawność wewnętrzna jest elementem sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy i prawa do rzetelnego procesu, a więc jest konstytucyjnie chroniona. P. Grzegorzczak, K. Weitz, komentarz do art. 45 Konstytucji RP [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1140 i n.; R. Kędra-Chmielewska, O. Kubacki, *Jawność postępowań sądowych podczas pandemii COVID-19 – między konstytucyjnym standardem a rzeczywistością*, „Temidium” 2021, nr 3(106), s. 29 i n.; A. Kościółek, *Jawność posiedzeń sądowych w postępowaniu cywilnym w dobie pandemii COVID-19*, „Przegląd Sądowy” 2021, nr 5, s. 22 i n.

⁶⁷ Zasada jawności nie ma charakteru bezwzględnego. Zob. art. 45 ust. 2 Konstytucji RP. T. Zembrzusi, *Ograniczenia jawności...*, s. 7 i n.

⁶⁸ Art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.); art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. 1977, nr 38, poz. 167). W powołanych aktach prawnych jest mowa o publicznym rozpatrzeniu sprawy. Art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.U. UE. C. z 2007 r., nr 303, s. 1 ze zm.).

⁶⁹ Art. 9 Ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2021, poz. 1805 ze zm.).

⁷⁰ T. Zembrzusi, *Ograniczenia jawności...*, s. 6.

⁷¹ W. Miszewski, *Jawność w procesie...*, s. 11.

Wyróżnia się dwa aspekty jawności: wewnętrzny i zewnętrzny. Jawność wewnętrzna dotyczy stron i uczestników postępowania bezpośrednio zainteresowanych rozstrzygnięciem sprawy. Z kolei zewnętrzny aspekt jawności dotyczy osób trzecich, tj. takich, które mogą wziąć udział w postępowaniu w charakterze publiczności⁷². Odstępstwa od jawności zewnętrznej są dopuszczalne, natomiast jawność wobec stron powinna być limitowana jak najrzadziej⁷³. Jawność wewnętrzna stanowi gwarancję rzetelnego procesu. Skutkiem naruszenia wewnętrznej jawności może być pozbawienie strony możliwości obrony jej praw, co będzie prowadzić do nieważności postępowania⁷⁴.

Zasada jawności nie ma charakteru bezwzględnego. Tę tezę na gruncie Konstytucji RP potwierdza orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Z kolei w prawie unijnym taką interpretację art. 6 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności potwierdza Europejski Trybunał Praw Człowieka⁷⁵. Odstępstwa od zasady jawności posiedzeń sądowych są dopuszczalne i powinny się mieścić w granicach określonych w Konstytucji RP⁷⁶. Ograniczenie lub wyłączenie zasady jawności może nastąpić tylko w oparciu o art. 45 ust. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Ostatni z wymienionych przepisów stanowi normę o charakterze *lex generalis*, z kolei art. 45 ust. 2 Konstytucji RP dotyczy wyłączenia jawności zewnętrznej postępowania⁷⁷ i stanowi *lex specialis* względem art. 31 ust. 1 Konstytucji RP⁷⁸. Norma wynikająca z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP znajduje zastosowanie w dwóch przypadkach: kiedy *lex generalis* nie pokrywa się z *lex specialis* oraz kiedy norma o charakterze szczególnym wyraźnie nie wyłączyła zastosowania określonych przesłanek wynikających z normy o charakterze ogólnym⁷⁹.

Analiza przepisów Konstytucji RP pozwala na sformułowanie kryteriów dopuszczalności ograniczenia zasady jawności. Po pierwsze, ograniczenie jawności z powodu okoliczności wskazanych w art. 45 ust. 2 Konstytucji RP jest możliwe

⁷² W. Broniewicz, *Jawność jako konstytucyjna zasada procesu cywilnego Polski Ludowej*, „Nowe Prawo” 1954, nr 5–6, s. 83 i n.; K. Flaga-Gieruszyńska, *Jawność zewnętrzna procesu cywilnego – wizja przyszłości* [w:] *Zasada postępowań sądowych w perspektywie ostatnich nowelizacji*, red. D. Gil, E. Kruk, Lublin 2016, s. 13 i n.; T. Zembrzuski, *Ograniczenia jawności...*, s. 8 i n.; wyrok TK z dnia 20 listopada 2007 r., sygn. SK 57/05, OTK-A 2007, nr 10, poz. 125

⁷³ J. Misztal-Konecka, *Jawność postępowania cywilnego ze szczególnym uwzględnieniem elektro-nicznego postępowania upominawczego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, nr 3, s. 97 i n.; T. Zembrzuski, *Ograniczenia jawności...*, s. 7 i n.; A. Kościółek, *Zasada jawności...*, s. 429 i n.

⁷⁴ T. Zembrzuski, *Ograniczenia jawności...*, s. 7 i n.

⁷⁵ I. Gromska-Szuster [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I: *Artykuły 1–366*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021, art. 148(1), s. 660 i n.

⁷⁶ A. Kościółek, *Jawność posiedzeń...*, s. 4 i n.

⁷⁷ Wyrok TK z dnia 2 października 2006 r., sygn. SK 34/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 118; wyrok TK z dnia 20 listopada 2007 r., sygn. SK 57/05, OTK-A 2007, nr 10, poz. 125; A. Kościółek, *Jawność posiedzeń...*, s. 4 i n.

⁷⁸ A. Kościółek, *Jawność posiedzeń...*, s. 5 i n.

⁷⁹ *Ibidem*.

wyłącznie w drodze ustawy. Po drugie, ograniczenie musi być konieczne w demokratycznym państwie prawnym dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób, w tym ze względu na ochronę życia prywatnego lub inny ważny interes prywatny. Nie znajduje zastosowania natomiast wymóg „zachowania istoty” prawa, ponieważ art. 45 ust. 2 Konstytucji RP pozwala nie tylko na ograniczenie zasady jawności, ale i jej wyłączenie⁸⁰.

Długo przed wybuchem pandemii zaczęła się reforma w zakresie jawności postępowania. Nowelizacją z 2015 r.⁸¹ wprowadzono art. 148¹ k.p.c., na podstawie którego sąd może rozpoznać sprawę na posiedzeniu niejawnym w dwóch przypadkach. Po pierwsze, sprawa zostanie rozpoznana na posiedzeniu niejawnym, jeśli pozwany uznał powództwo. Po drugie, po złożeniu przez strony pism procesowych i dokumentów, w tym również po wniesieniu zarzutów lub sprzeciwu od nakazu zapłaty albo sprzeciwu od wyroku zaocznego, sąd może uznać, że przeprowadzenie rozprawy nie jest konieczne. Sąd dysponuje szerokim uprawnieniem co do możliwości rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym. Strony mogą skutecznie sprzeciwić się rozpoznaniu sprawy na posiedzeniu niejawnym, jeśli w pierwszym piśmie procesowym złożą wniosek o przeprowadzenie rozprawy⁸². Wymaga się od stron wzmożonej dbałości o realizację przysługującego im prawa do jawnego postępowania. Dotyczy to w szczególności powoda, który powinien złożyć wniosek o przeprowadzenie sprawy na rozprawie już w pozwie, nie dostając przy tym żadnego pouczenia. Wprowadzenie art. 148¹ k.p.c. uzasadniono odformalizowaniem i przyspieszeniem postępowania⁸³. W doktrynie podkreślono, że zmiana ta spowodowała poświęcenie pewnych fundamentalnych założeń procesu „dla osiągnięcia sprawności postępowania”⁸⁴. Można wręcz twierdzić, że brzmienie art. 148¹ k.p.c. ustanawia domniemanie zgody na rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym⁸⁵.

Nie wydaje się natomiast, że norma wynikająca z art. 148¹ k.p.c. narusza kryteria dopuszczalności ograniczenia zasady jawności wynikające z art. 45 ust. 2

⁸⁰ P. Grzegorzczak, K. Weitz, *Komentarz do art. 45...*, nb. 113; A. Kościółek, *Jawność posiedzeń...*, s. 5 i n.

⁸¹ Ustawa z dnia 10 lipca 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1311, ze zm.).

⁸² Chyba że pozwany uznał powództwo.

⁸³ Zob. szerzej: M. Skibińska, *Artykuł 148 (1) kpc jako przykład odformalizowania postępowania cywilnego* [w:] *W kierunku odformalizowania postępowania cywilnego*, red. D. Gil, Lublin 2017, s. 286 i n.

⁸⁴ M. Skibińska, *Rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy cywilnej na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 148(1) KPC w świetle zasad postępowania cywilnego i treści art. 5 KPC* [w:] *Ars in vita. Ars in iure. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Jankowskiemu*, red. A. Barańska, S. Cieślak, Warszawa 2018, s. 584.

⁸⁵ *Ibidem*, s. 593.

oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji RP⁸⁶. Na gruncie art. 148¹ k.p.c. rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym jest fakultatywne i może nastąpić wyłącznie w przypadku spełnienia się określonych w przepisie przesłanek. Ponadto strony mogą skutecznie sprzeciwić się rozpoznaniu sprawy na posiedzeniu niejawnym.

Liczne zmiany w zakresie zasady jawności wprowadziła nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 2019 r.⁸⁷ W drodze tej nowelizacji zmieniono art. 148 k.p.c. Poprzednie brzmienie artykułu nie pozwalało na wydanie postanowienia na posiedzeniu niejawnym, dzisiaj natomiast jest to możliwe na podstawie art. 148 § 3 k.p.c. Zmiana ta doprowadziła do znacznego wzrostu znaczenia posiedzeń niejawnych w postępowaniu cywilnym⁸⁸ i jest postrzegana jako odstępianie od zasady jawności⁸⁹, a także krytykowana⁹⁰. Wskazuje się, że po uchwaleniu art. 148 § 3 k.p.c. zasada jawności została pozbawiona faktycznego znaczenia i utrzymana wyłącznie w wymiarze formalnym⁹¹.

Należy ocenić art. 148 § 3 k.p.c. pod kątem kryteriów dopuszczalności ograniczenia zasady jawności. Powołana regulacja niewątpliwie stanowi istotne odstępstwo od zasady jawności. W doktrynie podkreśla się, że zniesiona została „jawność zewnętrzna wielu istotnych czynności sądowych, a tym samym znacznie ograniczone zostały społeczno-wychowawcze i kontrolne funkcje jawności postępowania sądowego, gwarantujące prawo obywateli do bezstronnego i niezależnego sądu”⁹². Zgodnie jednak z brzmieniem art. 148 § 2 k.p.c. sąd może skierować sprawę na posiedzenie jawne i wyznaczyć rozprawę również wtedy, gdy sprawa podlega rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym. Oznacza to, że sąd powinien rozważyć, czy podjęcie określonych czynności procesowych na posiedzeniu niejawnym jest zgodne z art. 31 ust. 3 oraz art. 45 ust. 2 Konstytucji RP.

⁸⁶ I. Gromska-Szuster [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I: *Artykuły 1–366*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021, s. 660 i n.

⁸⁷ Ustawa z dnia 4 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1469, ze zm.).

⁸⁸ P. Zaborowska, *Jawność postępowania cywilnego – czy nadal zasadą? Uwagi ogólne o jawności posiedzeń sądowych po wejściu w życie tzw. dużej nowelizacji* [w:] *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową*, red. M. Białecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska, Warszawa 2021, s. 411 i n.

⁸⁹ A. Kościółek, *Komentarz do art. 148 kpc* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. I, red. T. Zembruski, Warszawa 2020, s. 350 i n.

⁹⁰ A. Kościółek, *Zasada jawności...*, s. 436 i n.; K. Flaga-Gieruszyńska, komentarz do art. 148 kpc [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, Warszawa 2019, nb. 9; P. Rylski, *O nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 4.07.2019 r. w ogólności*, „Palestra” 2019, nr 11–12, s. 15 i n.

⁹¹ P. Zaborowska, *Jawność postępowania...*, s. 411 i n.

⁹² I. Gromska-Szuster [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I: *Artykuły 1–366*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021, art. 148, s. 659.

Kolejną instytucją istotnie ograniczającą zasadę jawności jest powództwo oczywiście bezzasadne, które zostało wprowadzone do Kodeksu postępowania cywilnego w nowelizacji z 2019 r. Wprowadzenie powództwa oczywiście bezzasadnego miało na celu przyspieszenie postępowania. Zgodnie z art. 191¹ k.p.c. sąd może oddalić powództwo na posiedzeniu niejawnym, jeżeli z treści pozwu wynika jego oczywista bezzasadność, nie doręczając nawet pozwu pozwanemu. Strony zostają pozbawione możliwości udziału w posiedzeniu, a także nie mają możliwości dokonywania czynności procesowych. Powód może przedstawić swoje stanowisko jedynie w przypadku wniesienia apelacji⁹³. Z kolei osoba oznaczona jako pozwany⁹⁴ w ogóle nie ma możliwości zostać wysłuchaną⁹⁵ i zostaje pozbawiona prawa dostępu do akt sprawy. Zgodnie z treścią art. 191¹ k.p.c. osoba oznaczona jako pozwany nie jest stroną, a dostęp do akt sprawy mają wyłącznie strony i uczestnicy postępowania⁹⁶. Powództwo oczywiście bezzasadne istotnie ogranicza jawność, a przede wszystkim zasadę jawności wewnętrznej. Zgodność instytucji powództwa oczywiście bezzasadnego z art. 31 ust. 3 oraz art. 45 ust. 2 Konstytucji RP wywołuje wątpliwości. Jak trafnie stwierdził J. Gudowski, ponowne wprowadzenie do postępowania cywilnego powództwa oczywiście bezzasadnego stanowi przejaw skrajnego obkurantyzmu⁹⁷.

Apelacja od wyroku wydanego na podstawie art. 191¹ k.p.c. również nie zostaje rozpoznana z poszanowaniem zasady jawności. Zgodnie z art. 391¹ k.p.c. sąd może rozpoznać apelację od wyroku wydanego na podstawie art. 191¹ k.p.c. na posiedzeniu niejawnym, nie doręczając apelacji osobie wskazanej jako pozwany. W doktrynie to rozwiązanie jest krytykowane, ponieważ wąska kognicja sądu apelacyjnego nie uzasadnia braku rozprawy⁹⁸. Wprowadzona instytucja pozbawia strony prawa do rzetelnego postępowania, a także narusza m.in. zasadę

⁹³ T. Zembrzusi, *Powództwo oczywiście...*, s. 169 i n.

⁹⁴ Zamieszanie powoduje także to, że w sprawie nie występuje pozwany, tylko osoba oznaczona jako pozwany. Pojęcie to stanowi nowość dla postępowania cywilnego i zagadkę dla praktyki.

⁹⁵ A. Franusz, *Powództwo oczywiście bezzasadne w świetle nowych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego* [w:] *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową*, red. M. Białecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska, Warszawa 2021, s. 109 i n.

⁹⁶ Zgodnie z art. 9 k.p.c.

⁹⁷ J. Gudowski, *Tradycja, postęp i coś jeszcze. Czy Konstytucja uratuje Kodeks postępowania cywilnego?* [w:] *Konstytucyjne aspekty procesu cywilnego*, red. A. Orzeł-Jakubowska, T. Zembrzusi, Warszawa 2023, s. 13 i n.

⁹⁸ Zob. szerzej: P. Rylski, *Zmiany w przepisach o postępowaniu apelacyjnym w świetle modelu apelacji cywilnej*, „Polski Proces Cywilny” 2020, nr 1, s. 119 i n. Odmienne: E. Gapska, *Przeciwdziałanie nadużyciom prawa procesowego w znowelizowanym Kodeksie postępowania cywilnego. Cz. II – Powództwo oczywiście bezzasadne*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 16, s. 871 i n.

jawności⁹⁹. Z kolei twórcy projektu patrzą pozytywnie na takie rozwiązanie i podkreślają, że pozwoli to na rozpoznanie apelacji „od ręki”¹⁰⁰.

Przepisy nowelizacji z 2019 r. zmieniły też art. 374 k.p.c. Powołana regulacja dotyczy postępowania apelacyjnego i umożliwia rozpoznanie spraw na posiedzeniu niejawnym¹⁰¹ w przypadku spełnienia wysoce uznaniowego kryterium, tj. jeśli przeprowadzenie rozprawy nie jest konieczne¹⁰². Rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym nie jest dopuszczalne, jeśli strona w apelacji lub odpowiedzi na apelację złożyła wniosek o przeprowadzenie rozprawy¹⁰³. Przy tym sąd nie poucza osobę wnoszącą apelację o obowiązku złożenia wniosku o przeprowadzenie rozprawy w apelacji¹⁰⁴. Przed nowelizacją z 2019 r. art. 374 k.p.c. zawierał bardziej klarowny mechanizm, który pozwalał na rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym w razie cofnięcia pozwu, apelacji albo w przypadku, gdy zachodzi nieważność postępowania.

Zestawienie normy wynikającej z art. 374 k.p.c. z treścią art. 375 k.p.c.¹⁰⁵ prowadzi do wniosku, że w postępowaniu odwoławczym obowiązuje zasada rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym¹⁰⁶. Postępowanie apelacyjne ma charakter merytoryczny, a więc dla stron nad wyraz ważna jest możliwość pojawienia się na rozprawie w celu poparcia żądań i wniosków bezpośrednio przed sądem¹⁰⁷. Ograniczenie jawności postępowania apelacyjnego jest nieuzasadnione z perspektywy charakteru tego postępowania¹⁰⁸. Z kolei ustawodawca zdaje się nie zauważać tego problemu i wskazuje, że „taka regulacja w sposób oczywisty przyczyni się do przyspieszenia postępowania odwoławczego”¹⁰⁹. Nie wyjaśniono tylko, na czym miałyby polegać owa oczywistość.

⁹⁹ Zob. szerzej: T. Zembrzuski, *Dokąd zmierza...*, s. 48 i n.

¹⁰⁰ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3137, Sejmu IX kadencji, s. 11 i n., s. 37.

¹⁰¹ Posiedzenia niejawne odbywają się bez udziału stron i pełnomocników. Wstęp na posiedzenia niejawne mogą mieć tylko osoby wezwane.

¹⁰² T. Zembrzuski wskazuje, że „konieczność wyznaczenia rozprawy można wiązać m.in. z powinnością przeprowadzenia postępowania dowodowego lub istotnej zmiany ustaleń faktycznych dokonanych przez sąd pierwszej instancji”. T. Zembrzuski, *Ograniczenia jawności...*, s. 12.

¹⁰³ Chyba że cofnięto pozew lub apelację albo zachodzi nieważność postępowania.

¹⁰⁴ P. Ryłski, *Zmiany w przepisach...*, s. 119 i n.; A. Kościółek, *Regulacja prawna apelacji w świetle nowelizacji KPC*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 21, s. 1161 i n.; T. Zembrzuski, *Ograniczenia jawności...*, s. 12 i n.

¹⁰⁵ Poza przypadkami określonymi w art. 391¹, art. 373 i art. 374 k.p.c. przewodniczący wyznacza rozprawę.

¹⁰⁶ T. Zembrzuski, *Ograniczenia jawności...*, s. 12 i n.; P. Ryłski, *Zmiany w przepisach...*, s. 119 i n.

¹⁰⁷ T. Zembrzuski, *Dokąd zmierza...*, s. 48 i n.

¹⁰⁸ A. Kościółek, *Zasada jawności...*, s. 508 i n.

¹⁰⁹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3137, Sejmu IX kadencji, s. 81.

Pod kątem spełnienia kryteriów dopuszczalności ograniczenia zasady jawności art. 374 k.p.c. jest oceniany różnie. Podkreśla się, że „konstytucyjnym standardem jest i powinno być rozpatrywanie apelacji w sposób stwarzający możliwość uczestnictwa w rozprawie”¹¹⁰, a strony nie powinny mieć obowiązku podejmowania dodatkowych czynności, żeby zapewnić standard konstytucyjny¹¹¹. Przedstawiony pogląd wydaje się być trafny, jednak są głosy przeciwnie, według których dopóki strona może decydować o tym, czy apelacja zostanie rozpoznana na postępowaniu niejawnym, dopóty kryteria dopuszczalności ograniczenia zasady jawności zostają spełnione¹¹².

W czasie trwania pandemii nasiliły się tendencje w zakresie ograniczenia jawności. Zmiany wprowadzone w art. 15zszs¹ oraz art. 15 zszs² ustawy covidowej ograniczają zasadę jawności zarówno w jej aspekcie wewnętrznym, jak i zewnętrznym¹¹³. Na podstawie tych przepisów w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 oraz w ciągu roku od odwołania ostatniego z nich przewodniczący może zarządzić przeprowadzenie posiedzenia niejawnego zawsze, gdy nie można przeprowadzić posiedzenia zdalnego, a przeprowadzenie rozprawy lub posiedzenia jawnego nie jest konieczne. Ponadto przepisy covidowe umożliwiają wydanie orzeczenia na posiedzeniu niejawnym, jeśli postępowanie dowodowe zostało przeprowadzone w całości. Powołane przepisy naruszają zasadę jawności, a także mogą prowadzić do ograniczenia prawa do sądu w związku z uzależnieniem prawa do jawnego posiedzenia m.in. od możliwości przeprowadzenia posiedzenia w formie zdalnej, dla którego w sądach brakuje odpowiedniej infrastruktury¹¹⁴. Przed wejściem w życie nowelizacji z 9 marca 2023 r.¹¹⁵ strony i uczestnicy postępowania nie mieli żadnych środków, żeby sprzeciwić się rozpoznaniu sprawy na posiedzeniu niejawnym¹¹⁶, co spotkało się z krytyką w związku z potencjalnym ryzykiem nadużyć¹¹⁷. Możliwość *de facto*

¹¹⁰ T. Zembrzusi, *Dokąd zmierza...*, s. 56.

¹¹¹ *Ibidem*, s. 56 i n.

¹¹² M. Michalska-Marciniak [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. I–II, red. T. Zembrzusi, Warszawa 2020, s. 848.

¹¹³ J. Gołaczyński, S. Kotecka-Kral, *Elektronizacja pism procesowych, doręczeń i posiedzeń jawnych w postępowaniu cywilnym w okresie pandemii COVID-19*, „Polski Proces Cywilny” 2020, nr 4, s. 637 i n.; R. Kulski, *Wpływ stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 na postępowanie cywilne*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 9, s. 442 i n.; K. Gajda-Roszczyńska, *Przebudowa wymiaru...*, s. 9 i n.

¹¹⁴ A. Machnikowska, *Zasada jawności...*, s. 80 i n.

¹¹⁵ Ustawa z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2023, poz. 614).

¹¹⁶ T. Zembrzusi, *Ograniczenia jawności...*, s. 14 i n.; J. Płaziuk, *Konieczność odstąpienia...*, s. 247 i n.

¹¹⁷ Ł. Wydra, komentarz do art. 15zszs(1) [w:] *Ustawa o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych*

nieograniczonego zarządzenia posiedzeń niejawnych stanowi naruszenie art. 31 ust. 3 oraz art. 45 ust. 2 Konstytucji RP. Wydaje się, że ustawodawca dostrzegł niekonstytucyjność tego rozwiązania i w drodze nowelizacji z 9 marca 2023 r.¹¹⁸ spróbował złagodzić jego skutki. Ustawa nowelizująca nadała stronom prawo do złożenia sprzeciwu co do rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym w terminie 7 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o skierowaniu sprawy na posiedzenie niejawne.

Na podstawie art. 15zsz¹ ustawy covidowej rozprawę lub posiedzenie jawne przeprowadza się przy użyciu urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzenie ich na odległość. Możliwe jest odstąpienie od przeprowadzenia posiedzenia zdalnego w przypadku, gdy rozpoznanie sprawy na rozprawie lub posiedzeniu jawnym jest konieczne, a ich przeprowadzenie w budynku sądu nie wywoła nadmiernego zagrożenia dla zdrowia osób w nich uczestniczących. Powołana regulacja może być przykładem tego, że ważenie wartości podczas tworzenia prawa jest osiągalne. Po pierwsze, należy docenić znaczący postęp w tzw. informatyzacji postępowania sądowego¹¹⁹. Po drugie, odpowiednio zorganizowane zdalne rozprawy i posiedzenia nie stanowią zagrożenia dla zasady jawności¹²⁰. Zapewnienie jawności postępowania wcale nie oznacza konieczności przedstawienia swoich twierdzeń bezpośrednio przed składem sędziowskim w sali sądowej. Wątpliwości budzi to, że ustawa covidowa nadaje rangę zasady rozprawom i posiedzeniom w formie odmiejscowionej¹²¹. Na dodatek nie zostało wyjaśnione, jak należy rozumieć słowo *konieczne*, co pozostawia nieograniczoną swobodę decyzyjną przewodniczącemu, na którą strony nie mają żadnego wpływu. Mimo wszystko warto zaznaczyć, że wprowadzona regulacja może funkcjonować bez naruszenia zasady jawności i zgodnie z art. 31 ust. 3 oraz art. 45 ust. 2 Konstytucji RP, co jednak nie eliminuje zagrożeń, które stwarza ustawa covidowa dla jawności postępowania. Rozprawy przeprowadzone w formie zdalnej mogą stanowić ograniczenie zewnętrznego aspektu zasady jawności, ponieważ najczęściej udział publiczności w zdalnych posiedzeniach jest niemożliwy¹²².

oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Komentarz, red. K. Szmid, Warszawa 2020, nb. 23; J. Płaziuk, *Konieczność odstąpienia...*, s. 247 i n.

¹¹⁸ Ustawa z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2023, poz. 614).

¹¹⁹ T. Zembruski, *Ograniczenia jawności...*, s. 9 i n.; S. Staszak, *Zmiany w postępowaniu cywilnym wprowadzone w związku ze stanem epidemii a zasada jawności postępowania* [w:] *Konstytucyjne aspekty procesu cywilnego*, red. A. Orzeł-Jakubowska, T. Zembruski, Warszawa 2023, s. 337 i n.

¹²⁰ Z zastrzeżeniem sprawnie działających urządzeń, a także zapewnienia transmisji dźwięku i obrazów. Ważne jest także zapewnienie zdalnego dostępu do rozpraw lub posiedzeń dla osób trzecich. Zob. szerzej: A. Kościółek, *Jawność posiedzeń...*, s. 22 i n.; T. Zembruski, *Ograniczenia jawności...*, s. 9 i n.; M. Skibińska, *Nowe technologie w służbie zasad jawności i ustności w postępowaniu cywilnym* [w:] *Zasada postępowania sądowych w perspektywie ostatnich nowelizacji*, red. D. Gil, E. Kruk, Lublin 2016, s. 48 i n.

¹²¹ T. Zembruski, *Ograniczenia jawności...*, s. 9 i n.

¹²² J. Płaziuk, *Konieczność odstąpienia...*, s. 253 i n.

Jawność posiedzeń i wyrokowania została znacząco ograniczona. Można wręcz stwierdzić, że obecnie zasadą jest rozpoznawanie spraw na posiedzeniach niejawnych. Ustawodawca nie zmienia podejścia do zasady jawności¹²³ również w najnowszej nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego¹²⁴. W drodze nowelizacji zmieniono art. 224 § 3 k.p.c., który pozwoli na zakończenie fazy jawnego postępowania rozstrzygnięciem wydawanym na posiedzeniu niejawnym, jeśli przyczyni się to do sprawniejszego rozpoznania sprawy, a wyznaczenie kolejnych posiedzeń jest zbędne. W sprawie proponowanej zmiany wypowiedział się m.in. Sąd Najwyższy, wskazując, że art. 224 § 3 k.p.c. „budzi wątpliwości w kontekście zasady jawności postępowania, bezpośredniości i ustności”. Podkreśla się również rażące ograniczenie jawności wewnętrznej¹²⁵. Legislador aspiruje do rozwiania wątpliwości, twierdząc, że „poprzez doręczenie wyroku jawność wewnętrzna postępowania zostaje zachowana”¹²⁶.

W najnowszej ustawie nowelizującej Kodeks postępowania cywilnego¹²⁷ ustawodawca zmienił także brzmienie art. 148¹ § 3 k.p.c. w taki sposób, żeby uzależnić rozpoznanie sprawy na posiedzeniu niejawnym od tego, czy strona złoży wniosek o wysłuchanie jej na rozprawie w pierwszym piśmie procesowym, albo od wyjątków, które wprowadzają przepisy szczególnie¹²⁸. Proponowana zmiana została potraktowana jako rozszerzenie przesłanki rozpoznania sprawy na posiedzeniu niejawnym i skrytykowana jako naruszająca zasadę jawności¹²⁹. W uwagach do nowelizacji Stowarzyszenie Sędziów Polskich Iustitia podkreśla, że „zniesienie jawności w ogóle – jak to czyni proponowana regulacja – jako zapis niekonstytucyjny ostać się nie może, jako ograniczający prawo strony do sądu. (...) Dotychczasowe orzecznictwo krajowe jak i europejskie w przedmiocie zarzutu braku jawności oraz nadmiernego formalizmu jednoznacznie pozwala na negatywną ocenę projektowanego przepisu jako wręcz szkodliwego i jednoznacznie sprzecznego z naczelnymi gwarancjami procesowymi określonymi w przepisach międzynarodowych, Konstytucji i kpc”¹³⁰. Marginalizacja znaczenia zasady jaw-

¹²³ M. Dziurda, *Czy nadchodzi zmierzch zasady ustności w postępowaniu cywilnym?*, „Polski Proces Cywilny” 2022, nr 1, s. 125 i n.

¹²⁴ Ustawa z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2023, poz. 614); uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Sejm IX kadencji, druk sejmowy nr 2650, szczególnie w zakresie proponowanej zmiany art. 148(1) § 3 k.p.c. oraz art. 224 § 3 k.p.c.

¹²⁵ Uwagi zgłoszone do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Sejm IX kadencji, druk sejmowy nr 2650, s. 25 i n.

¹²⁶ *Ibidem*, s. 26.

¹²⁷ Chodzi o ustawę z dnia 9 marca 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2023, poz. 614).

¹²⁸ Chyba że pozwany uznał powództwo.

¹²⁹ Uwagi zgłoszone do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, Sejm IX kadencji, druk sejmowy nr 2650, s. 14 i n.

¹³⁰ *Ibidem*, s. 15 i 16.

ności sięga już tak daleko, że wspomniana nowelizacja nie wprowadza w tym zakresie żadnych nowości, a tym bardziej nie „znosi jawności w ogóle” – jest tylko kontynuacją przyjętej strategii¹³¹.

Pogwałcenie zasady jawności przyczynia się też do naruszenia prawa do sądu, jako że jednym z elementów tego prawa jest zapewnienie jawnego postępowania. Jednocześnie „paradoks polega na tym, że realne egzekwowanie roszczenia o odszkodowanie z tytułu niedostępności prawa do sądu i do jawnego rozpatrzenia sprawy też wymaga pełnego dostępu do sądu”¹³².

Niedopuszczalność odstąpienia od zasady jawności na rzecz „zasady” szybkości

Prawo do rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki jest prawem jednostki do rozpoznania sprawy w rozsądnym czasie. To prawo jest elementem składowym prawa do sądu¹³³. Dążenie do usprawnienia postępowania służy realizacji prawa do sądu i jest pożądane. Jednak przyspieszenie postępowania nie powinno być przeciwstawiane innym elementom prawa do sądu¹³⁴. Instytucje mające na celu przyspieszenie postępowania powinny być niezbędne i proporcjonalne do rangi postępowania¹³⁵. Na pierwszym planie nie przez przypadek pozostaje konieczność zapewnienia rzetelnego procesu¹³⁶. Niedopuszczalne jest poświęcenie wszystkich pozostałych standardów, które wynikają z art. 45 ust. 1

¹³¹ M. Dziurda [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Praktyczny komentarz do nowelizacji z 2023 roku*, Warszawa 2023, art. 148(1), s. 141 i n.

¹³² A. Machnikowska, *Zasada jawności...*, s. 80 i n.

¹³³ H. Pietrkowski, *Prawo do rzetelnego procesu w świetle zmienionej procedury cywilnej*, „Przeгляд Sądowy” 2005, nr 10, s. 37 i n.; P. Pogonowski, *Realizacja prawa do sądu w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005, s. 7; A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012, s. 251 i n.; A. Jakubecki, *Dostęp do ochrony prawnej w świetle ustawy nowelizującej KPC z 4.7.2019 r.* [w:] *Dostęp do ochrony prawnej w postępowaniu cywilnym*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, R. Flejszar, E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2021, s. 5 i n.; S. Cieślak, *Formalizm postępowania cywilnego*, Warszawa 2008, s. 57; J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapierre, T. Misiuk-Jodłowska, K. Weitz, *Postępowanie cywilne*, s. 134 i n.; J. Spiechowicz, *Powództwo oczywiście bezzasadne z art. 191 (1) § 1 k.p.c. na tle zasad procesowych* [w:] *Nowelizacja KPC 2019 – pierwsze doświadczenia, refleksje, postulaty*, red. T. Zembrzusi, Warszawa 2021, s. 120.

¹³⁴ P. Grzegorzczak, K. Weitz, *Komentarz do art. 45...*, nb. 91; P. Zaborowska, *Jawność postępowania...*, s. 411 i n.

¹³⁵ T. Zembrzusi, *Dokąd zmierza...*, s. 50 i n.; A. Zieliński, *Zasada formalizmu procesowego w nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego. Zagadnienia wybrane* [w:] *Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych*, red. H. Dolecki, K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2009, s. 112 i n.

¹³⁶ T. Zembrzusi, *Powództwo oczywiście...*, s. 135 i n.

Konstytucji RP, w imię sprawności postępowania¹³⁷. Rozpatrzenie sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki jest ważnym, ale nie priorytetowym elementem prawa do sądu¹³⁸. Szybkość postępowania nie jest wartością ani samoistną, ani absolutną¹³⁹ i powinna być realizowana w zgodzie z rudymentami postępowania cywilnego. Jak trafnie wskazuje M. Skibińska, „sama szybkość postępowania nie stanowi podstawy do odstąpienia od konstytucyjnej zasady jawności”¹⁴⁰.

Wiele ostatnich zmian, w tym dotyczących zasady jawności, ustawodawca uzasadnia tzw. zasadą szybkości postępowania¹⁴¹. Niedopuszczalne jest postrzeganie szybkości jako zasady, a tym bardziej zasady nadrzędnej, która powinna być osiągnięta kosztem innych zasad. Szybkość postępowania stanowi postulat, a nie zasadę¹⁴². Dążenie do szybkiego postępowania kosztem zasady jawności stanowi niebezpieczną tendencję. Szybkość postępowania nie powinna stanowić celu samego w sobie, a jedynie środek do realizacji prawa do sądu¹⁴³. „Pośpiech w prowadzeniu postępowania musi być zatem umiarkowany i podporządkowany właściwemu rozpoznaniu sprawy”¹⁴⁴.

Zarazem wątpliwe jest, czy zmiany wprowadzane przez ustawodawcę rzeczywiście sprzyjają sprawności postępowania. Coraz częściej pojawiają się głosy, że znacząco wzrosła liczba spraw, które toczą się przed sądami¹⁴⁵. Trafnie podkreśla się w doktrynie, że „pośpiech procesowy stanowi zaprzeczenie czy nawet wynaturzenie postulatu sprawności procesu cywilnego”¹⁴⁶. Rozpatrzenie sprawy bez zbędnej zwłoki nie oznacza rozpatrzenia sprawy szybko¹⁴⁷. W interesie państwa jest zmierzać do jak najszybszego wypełnienia ciążącego na nim

¹³⁷ M. Białecki, S. Kotas-Turboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska, *Aksjomat szybkości...*, s. 14 i n.

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ *Ibidem*, s. 11 i n.

¹⁴⁰ M. Skibińska, *Rozpoznanie i rozstrzygnięcie...*, s. 592.

¹⁴¹ Zob. m.in. uzasadnienie projektu nowelizacji, druk sejmowy nr 3137, Sejmu IX kadencji, s. 104 i n.; uzasadnienie projektu nowelizacji, druk sejmowy nr 45, Sejmu IX kadencji, s. 4 i n.; uzasadnienie projektu nowelizacji, druk sejmowy nr 899, Sejmu IX kadencji, s. 8 i n.

¹⁴² A. Jakubecki, *Naczelne zasady...*, s. 349 i n. Odmienne: A.G. Harla, *Zasady naczelne...*, s. 19 i n.; M. Białecki, S. Kotas-Turboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska, *Aksjomat szybkości...*, s. 11 i n.

¹⁴³ M. Romańska, *Prawo do rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie jako aspekt prawa do sądu* [w:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, t. III: *Środki zaskarżenia*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, Warszawa 2013, s. 1754 i n.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ A. Patryk, *Sądy rejonowe przytłoczone milionami spraw, a wkrótce będzie ich jeszcze więcej*, prawo.pl (8.04.2023).

¹⁴⁶ T. Zembrzuski, *Przeciwdziałanie i zwalczanie...*, s. 73.

¹⁴⁷ Wyrok TK z dnia 18 lutego 2010 r., sygn. P 11/09, OTK-A 2010/10/128; M. Białecki, S. Kotas-Turboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska, *Aksjomat szybkości...*, s. 11 i n.

obowiązku wymierzania sprawiedliwości¹⁴⁸, co powinno odbywać się jednak w racjonalny i przemyślany sposób.

Należy się zgodzić, że „im szybsze i bardziej sformalizowane jest postępowanie, tym mniejsze są szanse na dotarcie do prawdy materialnej i wydanie sprawiedliwego wyroku”¹⁴⁹. Tworząc prawo, należy uwzględniać szybkość i sprawność postępowania, ale nie powinno to kolidować z prawem do rzetelnego rozpoznania sprawy¹⁵⁰ oraz naczelnymi zasadami procesowymi, w tym zasadą jawności. Konieczne jest wzięcie poszczególnych wartości i zasad. Aktualność zachowuje stanowisko W. Siedleckiego: „momenty ekonomii procesowej są zawsze bardzo istotne, niemniej jednak ich uwzględnienie nie może nastąpić kosztem innych, nie mniej ważnych, a niekiedy donioślejszych względów”¹⁵¹. Potwierdza to również orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, który jednoznacznie opowiedział się za tym, że „nie można przyspieszać postępowania sądowego za wszelką cenę”¹⁵². Mimo tego, że przewlekłość postępowania stanowi „wieczną bolączkę” wymiaru sprawiedliwości¹⁵³, nie powinniśmy dążyć do uzdrowienia postępowania poprzez podnoszenie postulatu szybkości do rangi zasady czy nawet nadzasady. Zasada jawności nie powinna pełnić roli ofiary przyspieszania postępowania.

Podsumowanie

Przepisy wprowadzone w drodze ustawy covidowej były tylko kolejnym krokiem w stronę odebrania postępowaniu cywilnemu jawności na rzecz pośpiechu procesowego. Ustawodawca kładzie nacisk na przyspieszenie postępowania, dążąc w taki sposób do „odformalizowania”¹⁵⁴ poprzez marginalizację zasady jawności. Po zniesieniu stanu epidemii postulat szybkości postępowania w dalszym ciągu stanowi dla ustawodawcy Święty Graal. Przejawia się sentyment do epoki minionej, w której „zasada ekonomii procesowej” była wysunięta na

¹⁴⁸ W. Siedlecki, *Podstawy rewizji...*, s. 5 i n.; F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, t. IV, Padova 1933, s. 170 i n.

¹⁴⁹ A. Jakubecki, *Koncentracja materiału procesowego w postępowaniu cywilnym A.D. 2019 – dyskrecjonalna władza sędziego czy prekluzja?* [w:] *Praktyka wobec nowelizacji postępowania cywilnego. Konsekwencje zmian*, red. M. Dziurda, T. Zembrzusi, Warszawa 2021, s. 38.

¹⁵⁰ T. Zembrzusi, *Przeciwdziałanie i zwalczanie...*, s. 71 i n.; *idem*, *Ograniczenia jawności postępowania w sprawach cywilnych w dobie pandemii – potrzeba chwili czy trwale rozwiązania?*, „Forum Prawnicze” 2021, nr 3, s. 15 i n.

¹⁵¹ W. Siedlecki, *Podstawy rewizji...*, s. 188.

¹⁵² Wyrok TK z dnia 15 kwietnia 2009 r., sygn. SK 28/08, OTK-A 2009, nr 4, poz. 48.

¹⁵³ T. Zembrzusi, *Powództwo oczywiście...*, s. 135 i n.

¹⁵⁴ Wątpliwe jest, czy pojęcie formalizmu procesowego jest rozumiane przez ustawodawcę w sposób właściwy. Na temat rozumienia formalizmu zob. szerzej: M. Skibińska, *Artykuł 148 (1)*, s. 286 i n.; T. Zembrzusi, *Formalizm procesowy a skutki wadliwego oznaczenia pisma procesowego spełniającego wymagania środka zaskarżenia*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 1, s. 5 i n.

pierwszy plan i stanowiła „w procesie socjalistycznym prawdziwy drogowskaz w walce z formalizmem procesowym”¹⁵⁵. Z jednej strony ustawodawca podkreśla, że „granica odformalizowania powinno być zachowanie gwarancji i zasad procesowych”¹⁵⁶, a z drugiej strony wprowadza przepisy miazdzące te gwarancje. Legislator tak uparcie dąży do przyspieszenia postępowania poprzez zmianę prawa, jakby nie zdawał sobie sprawy z tego, że sprawność postępowania nie zależy tylko od samych regulacji prawnych, ale również od rozwiązań natury kadrowej, organizacyjnej lub finansowej¹⁵⁷.

Jawność jest zasadą konstytucyjną¹⁵⁸ i gwarancją prawidłowego wymiaru sprawiedliwości¹⁵⁹. Zasada jawności jako naczelną zasadą procesową i element prawa do sądu przez wiele lat stanowi (czy stanowiła?) trzon postępowania cywilnego. Naczelną zasadą procesową pełnią bardzo istotną rolę w systemie prawa z kilku powodów. Są podstawą aksjologiczną norm prawa procesowego, wskazują, w jaki sposób należy tworzyć i interpretować prawo, służą realizacji celów i funkcji postępowania. Ponadto zasady procesowe są powiązane z ogólnymi celami politycznymi, a więc stanowią konkretyzację aktualnych idei politycznych¹⁶⁰. Zasada jawności zapewnia suwerenowi możliwość „kontroli” działalności judykatury. Ograniczenie jawności postępowań cywilnych połączone z kryzysem sądownictwa nasuwa wiele wątpliwości nie tylko pod kątem prawnym, ale też panujących idei politycznych. Zgodzić się należy, że „na naszych oczach upadają wypracowane przez dziesięciolecia mechanizmy, standardy postępowania cywilnego i wartości społeczne chronione przez prawo”¹⁶¹. Naczelną zasadą procesową, w tym zasadą jawności, zasługują na nieustanną troskę legislacji, doktryny i judykatury.

Bibliografia

Berutowicz W., *O pojęciu naczelných zasad postępowania cywilnego*, „Studia Cywilistyczne” 1975, t. XXV–XXVI.

Berutowicz W., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 1984.

Berutowicz W., *Zasada dyspozycyjności w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1957.

¹⁵⁵ Z. Resich, *Dopuszczalność drogi...*, s. 90 i n.

¹⁵⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 3137, Sejmu IX kadencji, s. 11 i n.

¹⁵⁷ Wyrok TK z dnia 30 czerwca 2003 r., sygn. P 1/03, OTK-A 2003, nr 6, poz. 56.

¹⁵⁸ A. Machnikowska, *Zasada jawności...*, s. 85 i n.

¹⁵⁹ P. Sarnecki, komentarz do art. 45 Konstytucji [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, nb. 11.

¹⁶⁰ W. Berutowicz, *O pojęciu...*, s. 30 i n.; J. Jodłowski, *Wstęp do systemu...*, s. 53; H. Mądrzak, *O pojmowaniu...*, s. 390 i n.

¹⁶¹ T. Zembruski, *Przeciwdziałanie i zwalczanie...*, s. 74 i n.

- Białecki M., Kotas-Turboyska S., Manikowski F., Szczepanowska E., *Aksjomat szybkości postępowania cywilnego – zagadnienia wybrane. Uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda na tle stanu prawnego po nowelizacji z lat 2019–2021* [w:] *Realizacja zasad postępowania cywilnego na tle aktualnych zmian KPC*, red. M. Skibińska, Zielona Góra 2022.
- Broniewicz W., *Jawność jako konstytucyjna zasada procesu cywilnego Polski Ludowej*, „Nowe Prawo” 1954, nr 5–6.
- Broniewicz W., Marciniak A., Kunicki I., *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2020.
- Canstein R., *Die reitonenellen Grundlagen des Civilprozesses*, Wien 1877.
- Carnelutti F., *Lezioni di diritto processuale civile*, t. IV, Padova 1933.
- Cieślak S., *Formalizm postępowania cywilnego*, Warszawa 2008.
- Dalka S., *Sądowe postępowanie cywilne. Założenia ogólne i proces cywilny*, Gdańsk 1984.
- Dalka S., *Sądowe postępowanie cywilne. Założenia ogólne i proces cywilny*, t. I, Gdańsk 1992.
- Dąbkowski P., *Zasada jawności w dawnym prawie polskim*, Lwów 1937.
- Dziurda M., *Czy nadchodzi zmierzch zasady ustności w postępowaniu cywilnym?*, „Polski Proces Cywilny” 2022, nr 1.
- Dziurda M., *Kodeks postępowania cywilnego. Praktyczny komentarz do nowelizacji z 2023 roku*, Warszawa 2023.
- Flaga-Gieruszyńska K., *Jawność zewnętrzna procesu cywilnego – wizja przyszłości* [w:] *Zasada postępowania sądowych w perspektywie ostatnich nowelizacji*, red. D. Gil, E. Kruk, Lublin 2016.
- Flaga-Gieruszyńska K., komentarz do art. 148 kpc [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, A. Zieliński, Warszawa 2019.
- Franusz A., *Powództwo oczywiście bezzasadne w świetle nowych przepisów Kodeksu postępowania cywilnego* [w:] *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową*, red. M. Białecki, S. Kotas-Turboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska, Warszawa 2021.
- Gajda-Roszczyńska K., *Przebudowa wymiaru sprawiedliwości w czasach pandemii COVID-19 ze szczególnym uwzględnieniem postępowania cywilnego*, „Polski Proces Cywilny” 2022, nr 1.
- Gapska E., *Przeciwdziałanie nadużyciom prawa procesowego w znowelizowanym Kodeksie postępowania cywilnego. Cz. II – Powództwo oczywiście bezzasadne*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 16.
- Golaczyński J., Kotecka-Kral S., *Elektronizacja pism procesowych, doręczeń i posiedzeń jawnych w postępowaniu cywilnym w okresie pandemii COVID-19*, „Polski Proces Cywilny” 2020, nr 4.
- Gönnner T., *Handbuch des deutschen gemeinen Prozess*, Eslangan 1804.
- Góra-Błaszczkowska A., *Zasada równości stron w procesie cywilnym*, Warszawa 2008.
- Grzegorzczak P., Weitz K., komentarz do art. 45 Konstytucji RP [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. I, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Gudowski J., *Kodeks postępowania cywilnego A.D. 2022. Esej o postmodernizmie, obskurantyzmie prawnym i niekompetencji*, „Przegląd Sądowy” 2023, nr 2.
- Gudowski J., *Laserunkowość postępowania cywilnego* [w:] *Honeste procedere. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Kazimierzowi Lubińskiemu*, red. A. Laskowska-Hulisz, J. May, M. Mrówczyński, Warszawa 2017.
- Gudowski J., *O kilku naczelnych zasadach procesu cywilnego – wczoraj, dziś i jutro* [w:] *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtyśkiemu*, red. M. Kępiński, A. Koch, A. Nowicka, Z. Radwański, A. J. Szwarc, S. Wronekowska, F. Zedler, Poznań 2005.
- Gudowski J., *Protokół elektroniczny, czyli próba zamachu na Jana Gutenberga* [w:] *Postępowanie rozpoznawcze w przyszłym Kodeksie postępowania cywilnego*, red. K. Markiewicz, A. Torbus, Warszawa 2014.

- Gudowski J., *Tradycja, postęp i coś jeszcze. Czy Konstytucja uratuje Kodeks postępowania cywilnego?* [w:] *Konstytucyjne aspekty procesu cywilnego*, red. A. Orzeł-Jakubowska, T. Zembrzusi, Warszawa 2023.
- Harla A.G., *Zasada szybkości postępowania cywilnego* [w:] *Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Pazdan, M. Tomalak, Warszawa 2017.
- Harla A.G., *Zasady naczelnego postępowania cywilnego – kilka refleksji ogólnych* [w:] *Symbolae Andreae Marciniak dedicate*, red. J. Jagieła, R. Kulski, Warszawa 2022.
- Izdebski H., *Legislacja dotycząca COVID-19 i ustawy nihilizm prawny* [w:] *Pandemia COVID-19 a prawa i wolności obywatela*, red. T. Gardocka, D. Jagiełło, Warszawa 2021.
- Jakubecki A., *Dostęp do ochrony prawnej w świetle ustawy nowelizującej KPC z 4.7.2019 r.* [w:] *Dostęp do ochrony prawnej w postępowaniu cywilnym*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, R. Flejszar, E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2021.
- Jakubecki A., *Koncentracja materiału procesowego w postępowaniu cywilnym A. D. 2019 – dyskrecjonalna władza sędziowska czy prekluzja?* [w:] *Praktyka wobec nowelizacji postępowania cywilnego. Konsekwencje zmian*, red. M. Dziurda, T. Zembrzusi, Warszawa 2021.
- Jakubecki A., *Naczelnne zasady postępowania cywilnego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego* [w:] *Czterdziestolecie kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd katedr postępowania cywilnego w Zakopanem (7–9.10.2005 r.)*, red. I. Ratusińska, Kraków 2006.
- Jodłowski J., *Wstęp do systemu prawa procesowego cywilnego. Zbiór studiów*, Wrocław 1974.
- Jodłowski J., Resich Z., Lapierre J., Misiuk-Jodłowska T., Weitz K., *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2016.
- Jodłowski J., Resich Z., *Postępowanie cywilne*, Warszawa 1979.
- Jodłowski J., Siedlecki W., *Postępowanie cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1958.
- Kędra-Chmielewska R., Kubacki O., *Jawność postępowań sądowych podczas pandemii COVID-19 – między konstytucyjnym standardem a rzeczywistością*, „Temidium” 2021, nr 3(106).
- Kordela M., *Możliwość konstruowania ogólnej teorii zasad prawa. Uwagi do koncepcji Roberta Alexy’ego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, z. 2.
- Kordela M., *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*, Poznań 2014.
- Kościółek A., *Jawność posiedzeń sądowych w postępowaniu cywilnym w dobie pandemii COVID-19*, „Przegląd Sądowy” 2021, nr 5.
- Kościółek A., komentarz do art. 148 kpc [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. I, red. T. Zembrzusi, Warszawa 2020.
- Kościółek A., *Regulacja prawna apelacji w świetle nowelizacji KPC*, „Monitor Prawniczy” 2019, nr 21.
- Kościółek A., *Zasada jawności w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2018.
- Krej N., *Zasada prawa do sądu oraz zasada równości stron w kontekście powództwa oczywiście bezzasadnego – art. 191 (1) KPC, wprowadzonego do polskiego porządku prawnego na podstawie nowelizacji z 4.07.2019 r.* [w:] *Realizacja zasad postępowania cywilnego na tle aktualnych zmian KPC*, red. M. Skibińska, Zielona Góra 2022.
- Kruszelnicki F., *Zasady procesu cywilnego według polskiej procedury cywilnej*, „Głos Sądownictwa” 1931, nr 9.
- Kulski R., *Wpływ stanu zagrożenia epidemicznego lub stanu epidemii ogłoszonego z powodu COVID-19 na postępowanie cywilne*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 9.
- Łazarska A., *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012.
- Machnikowska, *Zasada jawności w postępowaniu procesowym – modernizacja czy marginalizacja? Wybrane zagadnienia*, „Polski Proces Cywilny” 2022, nr 1.

- Markiewicz K., *Wpływ regulacji „covidowych” na zasadę niezmienności (stabilności) oraz kolegialność składów sądów odwoławczych*, „Polski Proces Cywilny” 2022, nr 1.
- Mączyński M., *Ograniczenie prawa podmiotów gospodarczych do sądu*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 5.
- Mądrzak H., *O pojmowaniu naczelných zasad postępowania cywilnego* [w:] *Proces i prawo. Rozprawy prawnicze*, Wrocław 1989.
- Menkes J., *Lockdown w Polsce albo jak nie stanować i jak nie stosować prawa* [w:] *System ochrony praw człowieka w Polsce w czasie wyzwań pandemicznych*, red. J. Jaskiernia, K. Spryszak, Toruń 2022.
- Michalska-Marciniak M. [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian*, t. I–II, red. T. Zembrzusi, Warszawa 2020.
- Miszewski W., *Jawność w procesie cywilnym w związku z przepisami kodeksu postępowania cywilnego*, „Nowy Proces Cywilny” 1933, nr 1.
- Miształ-Konecka J., *Jawność postępowania cywilnego ze szczególnym uwzględnieniem elektronicznego postępowania upominawczego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, nr 3.
- Muliński M., *Pojęcie „zasada” w kodeksie postępowania cywilnego* [w:] *Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, M. Pazdan, M. Tomalak, Warszawa 2017.
- Oklejak A., Flejszar F., *Zasada dyspozycyjności w postępowaniu przed sądem polubownym*, „Kwartalnik ADR” 2011, nr 4(16).
- Pietrzkowski H., *Prawo do rzetelnego procesu w świetle zmienionej procedury cywilnej*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 10.
- Plaziuk J., *Konieczność odstąpienia od przeprowadzenia posiedzenia zdalnego w przypadku wyznaczenia rozprawy lub posiedzenia jawnego w czasach COVID-19*, „Polski Proces Cywilny” 2022, nr 1.
- Pogonowski P., *Realizacja prawa do sądu w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2005.
- Radbruch G., *Filozofia prawa*, Warszawa 2009.
- Rafacz J., *Dawny proces polski*, Warszawa 1925.
- Resich Z., *Dopuszczalność drogi sądowej w sprawach cywilnych*, Warszawa 1962.
- Resich Z., *Istota procesu cywilnego*, Warszawa 1975.
- Romańska M., *Prawo do rozpoznania sprawy w rozsądnym terminie jako aspekt prawa do sądu* [w:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, t. III: *Środki zaskarżenia*, red. T. Ereciński, J. Gudowski, Warszawa 2013.
- Rylski P., *O nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 4.07.2019 r. w ogólności*, „Palestra” 2019, nr 11–12.
- Rylski P., *Zmiany w przepisach o postępowaniu apelacyjnym w świetle modelu apelacji cywilnej*, „Polski Proces Cywilny” 2020, nr 1.
- Rzewuski M., *Realizacja zasady jawności w postępowaniu odrębnym w sprawach gospodarczych w świetle noweli KPC z dnia 4.07.2019 r. i ustaw antycovidowych* [w:] *Realizacja zasad postępowania cywilnego na tle aktualnych zmian KPC*, red. M. Skibińska, Zielona Góra 2022.
- Sarnecki P., komentarz do art. 45 Konstytucji [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016.
- Siedlecki W., *Nieważność procesu cywilnego*, Warszawa 1965.
- Siedlecki W., *Podstawy rewizji cywilnej*, Warszawa 1959.
- Siedlecki W., *Postępowanie cywilne. Zarys wykładu*, Warszawa 1977.
- Siedlecki W., *Uchybienia procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 1971.
- Siedlecki W., *Zarys postępowania cywilnego*, Poznań 1954.

- Siedlecki W., *Zarys postępowania cywilnego*, Warszawa 1968.
- Siedlecki W., *Zasady naczelnego postępowania cywilnego w świetle przepisów nowego kodeksu postępowania cywilnego*, „Studia Cywilistyczne” 1966, t. VII.
- Sikorski A. [w:] *Postępowanie cywilne*, red. I. Gil, Warszawa 2017.
- Skibińska M. [w:] *Postępowanie cywilne*, red. M. Rzewuski, Warszawa 2019.
- Skibińska M. [w:] *Postępowanie cywilne*, red. M. Rzewuski, Warszawa 2020.
- Skibińska M., *Artykuł 148 (1) kpc jako przykład odformalizowania postępowania cywilnego* [w:] *W kierunku odformalizowania postępowania cywilnego*, red. D. Gil, Lublin 2017.
- Skibińska M., *Nowe technologie w służbie zasad jawności i ustności w postępowaniu cywilnym* [w:] *Zasada postępowań sądowych w perspektywie ostatnich nowelizacji*, red. D. Gil, E. Kruk, Lublin 2016.
- Skibińska M., *Rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy cywilnej na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 148(1) KPC w świetle zasad postępowania cywilnego i treści art. 5 KPC* [w:] *Ars in vita. Ars in iure. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Jankowskiemu*, red. A. Barańska, S. Cieślak, Warszawa 2018.
- Skorupka A., *Pojęcie zasady prawa* [w:] *Dopuszczalność dowodu sprzecznego z prawem w sądowym postępowaniu cywilnym*, red. A. Skorupka, Warszawa 2021.
- Spiechowicz J., *Powództwo oczywiście bezzasadne z art. 191 (1) § 1 k.p.c. na tle zasad procesowych* [w:] *Nowelizacja KPC 2019 – pierwsze doświadczenia, refleksje, postulatory*, red. T. Zembrzuski, Warszawa 2021.
- Staszak S., *Zmiany w postępowaniu cywilnym wprowadzone w związku ze stanem epidemii a zasada jawności postępowania* [w:] *Konstytucyjne aspekty procesu cywilnego*, red. A. Orzeł-Jakubowska, T. Zembrzuski, Warszawa 2023.
- Stawarska-Rippel A., *Elementy prywatne i publiczne w procesie cywilnym w świetle prac kodyfikacyjnych w Polsce (1918–1964). Studium historycznoprawne*, Katowice 2015.
- Stawecki T., *Jawność jako wartość prawna*, „Studia Iuridica” 2004, nr 43.
- Studzińska J. [w:] *Postępowanie cywilne*, red. J. Studzińska, P. Cioch, Warszawa 2019.
- Torbus A., *Zarys teoretyczny zasad postępowania cywilnego* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego z perspektywy pięćdziesięciolecia jego obowiązywania. Doświadczenia i perspektywy*, red. E. Marszałkowska-Krześ, I. Gil, Ł. Błaszczak, Sopot 2016.
- Waśkowski E., *System procesu cywilnego*, Wilno 1932.
- Wiśniewski T., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. I: *Artykuły 1–366*, Warszawa 2021.
- Wojciechowski B., *Teoretycznoprawne założenia roli zasad prawnych w procesie stosowania prawa*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2021, nr 3–4.
- Wydra Ł., komentarz do art. 15zsz(1) [w:] *Ustawa o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Komentarz*, red. K. Szmid, Legalis 2020.
- Zaborowska P., *Jawność postępowania cywilnego – czy nadal zasadą? Uwagi ogólne o jawności posiedzeń sądowych po wejściu w życie tzw. dużej nowelizacji* [w:] *Nowelizacja postępowania cywilnego. Wpływ zmian na praktykę sądową*, red. M. Białecki, S. Kotas-Turoboyska, F. Manikowski, E. Szczepanowska, Warszawa 2021.
- Zembrzuski T., *Dokąd zmierza apelacja w postępowaniu cywilnym*, „Przeгляд Sądowy” 2019, nr 7–8.
- Zembrzuski T., *Formalizm procesowy a skutki wadliwego oznaczenia pisma procesowego spełniającego wymagania środka zaskarżenia*, „Przeгляд Sądowy” 2018, nr 1.
- Zembrzuski T., *Ograniczenia jawności postępowania w sprawach cywilnych w dobie pandemii – potrzeba chwili czy trwale rozwiązania?*, „Forum Prawnicze” 2021, nr 3.

- Zembrzusi T., *Powództwo oczywiście bezzasadne a dostęp do ochrony prawnej w postępowaniu cywilnym* [w:] *Dostęp do ochrony prawnej w sądowym postępowaniu cywilnym*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, R. Flejszar, E. Marszałkowska-Krześ, Warszawa 2021.
- Zembrzusi T., *Przeciwdziałanie i zwalczanie epidemii COVID-19 w postępowaniu cywilnym, czyli pożegnanie z kolegalnością orzekania*, „Polski Proces Cywilny” 2022, nr 1.
- Zieliński A., Flaga-Gieruszyńska K., *Postępowanie cywilne. Kompendium*, Warszawa 2020.
- Zieliński A., *Postępowanie cywilne. Kompendium*, Warszawa 2009.
- Zieliński A., *Zasada formalizmu procesowego w nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego. Zagadnienia wybrane* [w:] *Ewolucja polskiego postępowania cywilnego wobec przemian politycznych, społecznych i gospodarczych*, red. H. Dolecki, K. Flaga-Gieruszyńska, Warszawa 2009.

Streszczenie

Ustawodawca coraz częściej dąży do przyspieszania postępowania kosztem zasady jawności. Artykuł przedstawia analizę zmian, jakie zaszły w odniesieniu do zasady jawności w postępowaniu cywilnym, a także dylematy, jakie pojawiły się z powodu ograniczania jawności. Rozważania koncentrują się wokół tematyki naczelnych zasad procesu, w szczególności zasady jawności, instytucji ograniczających zasadę jawności oraz konfliktu między zasadą jawności a postulatem szybkości.

Słowa kluczowe: jawność, zasady naczelne, zasady procesowe, postulat szybkości, szybkie postępowanie, brak jawności, COVID-19

DEGRADATION OF THE PRINCIPLE OF OPENNESS OF COURT HEARINGS: REVOLUTION OR CONTINUATION OF THE ADOPTED STRATEGY?

Summary

The legislature increasingly seeks to speed up proceedings at the expense of the principle of openness. The article presents an analysis of the changes that have taken place with regard to the principle of openness of court hearings in civil proceedings, as well as the dilemmas that have arisen due to the restriction of openness. The discussion focuses on the subject of the guiding principles of the trial, in particular the principle of openness, institutions that limit the principle of openness, and the conflict between the principle of openness and the demand for speed proceedings.

Keywords: the principle of openness of court hearings, principal principles, procedural principles, demand for speed of proceedings, speedy proceedings, lack of openness, COVID-19

Marcin Konieczny

Akademia Policji w Szczytnie
ORCID: 0000-0002-1798-1509

**THE IMPORTANCE
OF FORENSIC ODONTOLOGY IN IDENTIFYING
THE VICTIMS OF MASS DISASTERS****Introduction**

Identification of human remains – victims of catastrophes, fires, in the advanced decay process and skeletonized bodies, in addition to genetics, which is at the forefront of identification methods, can also be carried out on the basis of the so-called forensic odontology. At the outset, two concepts existing in the literature and the Polish legal community should be explained: odontoscopy and odontology. The first concerns the forensic method dealing with the identification of tooth traces, while the second one refers to the medical method that identifies a person on the basis of the dentition. Both fields are connected by dentistry with regard to the examination of teeth in odontoscopy, however, the research concerns the traces of teeth in various forms and on various objects, while odontology concerns the teeth and the traces left by them¹. J. Kasprzak made an enormous contribution to the identification of criminals by conducting research on the systems of identification features of human teeth as well as the evidence and detection use of odontological expertise.

Odontological identification is used in forensics due to:

- the most durable part of the human skeleton, which is the dentition,
- obtaining special features resulting from the wear of the teeth that occur over time and its damage²,
- orthodontic and prosthetic elements, e.g. orthodontic appliances, dentures.

¹ J. Kasprzak, *Odontoskopia kryminalistyczna*, Olsztyn–Szczecin 2011, p. 32.

² B. Sygit, *Dorobek nauki w badaniach nad ustrojem człowieka wykorzystywany w praktyce śledczej i sądowo-lekarskiej*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2003, Vol. VII, part II, p. 97.

Identification of the body

The dentition, due to the fact that it undergoes decomposition processes for the longest time compared to other bone parts, and does not change as a result of high temperatures, is one of the best objects that can be used for human identification research³. This method, known before the First World War, was more widely developed in Norway in the 1940s and 1950s⁴. Identification of the human body on the basis of dentition is used when the human body is devoid of soft tissues⁵. It is perfect for identifying carcasses found in a fire and significantly affected by an advanced decay process. Teeth deteriorate only when they are exposed to prolonged exposure to high temperatures, and also when immersed in burning gasoline. In such cases, it happens that only the back teeth or their fragments are not damaged. The teeth are protected against fire by the tongue, which is protruding out, which is better protection than the lips, which open when exposed to fire. Any dental material that is used today during treatments is exposed to high temperatures⁶.

The dental examination during post-mortem examination should be carried out in great detail by an experienced dentist⁷. It consists not only in the registration of teeth or their parts in the form of e.g. a root, but most importantly, registration of gaps, mechanical damage to the enamel of individual teeth and lesions, e.g. caries, fillings, crowns, dentures, etc.⁸ The research process should start with detailed assessment of the number and type of preserved teeth. Next, the presence of fillings should be determined, taking into account all the details, i.e. the number of fillings in each tooth, their location, including the type of material used for the filling. It is also necessary to assess the location of the teeth in the alveoli, individual features, type of bite, determine any developmental anomalies in the form of impacted teeth, enamel hypoplasia, etc. All prosthetic materials (dentures, bridges and crowns)⁹ are also extremely valuable for the purposes of identification. Currently, the victim's DNA profile is determined on the basis of precise genetic profiling.

The dentition and its arrangement in the oral cavity are presented in various ways. The basis of each of them is a cross that divides the dentition in the patient's mouth into the lower and upper arch, and each arch into the right and left half.

³ A. Buczek, *Uzębienie ludzkie jako środek identyfikacyjny*, „Służba MO” 1979, No. 6, p. 778.

⁴ P.J. Stevens, *Their Medical and Pathological Investigation*, Bristol 1970, p. 152.

⁵ C.B. Chavez, *Identification des personnes par la fiche odontoscopique*, „Revue Internationale de Police Criminale” 1975, No. 286.

⁶ J. Biedowa, *Ustalanie tożsamości nieznanymi zwłokami*, „Problemy Kryminalistyki” 1963, No. 46, p. 758.

⁷ See: И.Э. Никитина, *Организация взаимодействия судебно-экспертных учреждений европейских государств*, „Российский следователь” 2011, No. 19, p. 31.

⁸ A. Buczek, *Kryminalistyczne badania śladów zębów*, Warszawa 1980, p. 69.

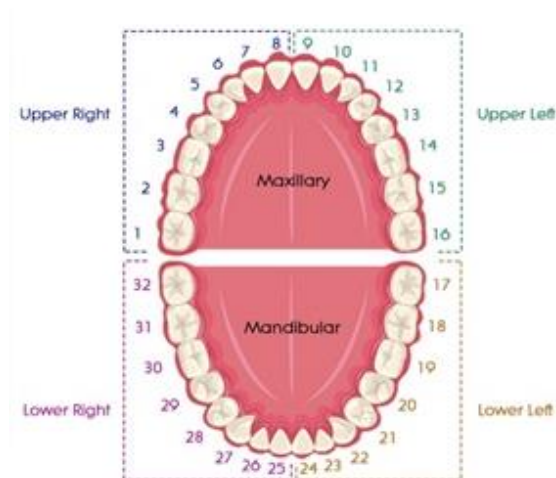
⁹ D. Lorkiewicz-Muszyńska, J. Sobol, *Zarys antropologii sądowej* [in:] *Wybrane zagadnienia z medycyny sądowej*, ed. C. Żaba, Poznań 2014, p. 69.

Graphic designation of human dentition for practical and scientific purposes has been a problem for many years. The first tooth designation system was proposed in 1861 by an Austrian dentist – Adolf Zsigmondy – who quickly became popular all over the world and until recently was found in Poland. He marked his teeth with numbers from 1 to 8 (from the medial incisor to the third molar) for the left and right sides of the body in the maxilla and mandible. For recording, he used a system of two vertical and horizontal lines. In which the horizontal line was to separate the upper and lower teeth, and the vertical line – left and right. Until recently, the Haderup system with the Allerhand correction was also widely used in Poland. In this system, individual permanent teeth are marked with numbers from 1 to 8, while the milk ones are marked with Roman numerals from I to V. The maxillary teeth were identified by a plus sign, mandibular teeth – minus – for the teeth on the right side, and numbers on the right side, and left – on its left side.

Currently, teeth are marked with the use of the International Dental Federation or the two-digit system (TDS) in force in Europe and the UNS – universal numbering system in force in the USA. In the International System, the marking of the quadrant of the mouth from which the tooth originates was added before the number of the tooth.

In the Universal System, permanent teeth are marked only with numbers from 1 to 32, while milk teeth are marked with letters from A to T. In Poland, the International System is in force¹⁰.

Universal Tooth Numbering System



Source: <https://dentagama.com/news/dental-numbering-systems> (6.06.2022).

¹⁰ *Stomatologia zachowawcza. Współczesne metody opracowania i wypełniania ubytków próchnicowych. Anatomia zębów stałych. Podręcznik do ćwiczeń fantomowych dla studentów stomatologii*, ed. D. Piątkowska, Łódź 2010, pp. 16 end n.

The description of the condition of the dentition, traces of conservative and prosthetic treatment in the case of extensive craniofacial injuries, as well as the lack of fragments of the jaw and mandible, is very complicated and time-consuming. The desired effect can only be obtained if the dentition specialist has at his disposal the reference material in the form of dental cards¹¹. It should be noted that the cards should be filled in accurately and reliably. Due to the difficulty that sometimes occurs in obtaining dental documentation, it is possible to create a central computerized dental database¹². For comparative studies, material from dental offices where the victims were treated with an antemort should be obtained, in the form of:

- dental treatment cards,
- all kinds of X-ray pictures taken during dental procedures (on film, in electronic or paper form),
- plaster casts of the entire upper and lower jaw,
- fragments of temporary crowns, dentures, etc.,
- orthodontic casts,
- face and intraoral photos.

In addition, materials should be obtained from the family that may be helpful in the identification process, in the form of:

- photographs taken with an antemort, on which the teeth are visible,
- old, artificial teeth; dentures; dental prostheses, etc.¹³

The aforementioned material is necessary for odontological expertise performed with the victim's antennae with regard to the existing fillings, prosthetic and orthodontic materials, etc. in the form of medical documentation. Such documentation should contain a detailed description of dental restorations, treatments and prosthetic materials, including information on the materials used.

It is essential that all treatment material is original and labeled with the patient's name, surname and date of birth and the date, signature and stamp of the treating physician. The source of obtaining the aforementioned documentation is the dentist who performed the dental treatment (prosthetic, orthodontic) of the victim.

During an odontological examination carried out in a forensic medicine institution, the standard medical and dental nomenclature used in a given country should be used, also in relation to identified citizens of another country. The

¹¹ B. Andreas-Ludwicka, U. Wojda-Gradowska, R. Stańczyk, B. Młodziejowski, *Tok postępowania i uwagi na temat identyfikacji ofiar katastrofy lotniczej na Okęciu*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 1981, Vol. 31, part 4, p. 245.

¹² D. Lorkiewicz-Muszyńska, M. Łabęcka, C. Żaba, M. Kis-Wojciechowska, J. Kozłowski, J. Sobol, *Trudności identyfikacji zwłok i szczątków ludzkich w oparciu o dokumentację i badania stomatologiczne*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2009, No. 3, p. 223.

¹³ C. Grundmann, H.P. Kirsch, R. Lessig, K. Rötzscher, *Identification Procedures of Dead Bodies by Dental Means*, „International Poster Journal of Dentistry and Oral Medicine” 2008, Vol. 2, No. 2, p. 405.

forms presented above (pictures 1 and 2) should be used for the examination. X-ray photos taken during identification in the form of plates should be numbered separately and placed in numbered envelopes.

The upper jaw should be left in place during the examination. The dentist performing the odontological examination independently makes the decision regarding the removal of the lower jaw for a detailed examination. Both the upper jaw, the lower jaw and all prosthetic materials (jaw, bridges, etc.) can be cleaned and subjected to more precise dental examinations¹⁴.

The material obtained, both that prepared during the post-mortem examination and obtained from dental or orthodontic offices, will be used to prepare an odontological expert opinion. The American Board of Forensic Odontology (ABFO) recommends an expert opinion limited to four types of conclusions:

- positive identification: postmortem and antemortem data are compatible with each other, all details are consistent and there are no discrepancies,
- possible identification: postmortem and antemortem data have similar features, but due to the poor condition of the teeth or inaccurate treatment documentation, it is not enough to issue a categorical opinion,
- insufficient evidence: insufficient data to issue a categorical opinion,
- exclusion: the received data is contradictory¹⁵.

Due to the development of technology, most of the dentist's offices are nowadays owned their equipment includes digital x-ray machines, which are used in the performance of most of the above-mentioned medical indications¹⁶. The photos taken are stored in the memory of computers along with the patient's electronic cards, thanks to which the access to the photos is easy, with the possibility of printing them and using them for identification purposes.

Military pilots, in the course of examinations under the medical commission conducted by the District Military Aviation and Medical Commission in Warsaw, which carries out jurisprudence in relation to military aviation personnel, the subjects are required to take a panoramic X-ray of the teeth, the so-called pantomogram. Data on the condition of the dentition of the examined person are archived in the form of an appropriate dental diagram. The odontological data obtained in this way can be an excellent material for a comparative study of the unidentified bodies of victims of an air crash.

As an example of identifying the victims of the crash on the basis of odontological data, one can cite the crash of the Vickers Viscount 739 A, which took place on August 9, 1968 near the German Langenbruck, during which 44 pas-

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A. Pretty, D. Sweet, *A look at forensic dentistry – Part I: The role of teeth in the determination of human identity*, „British Dental Journal” 2001, Vol. 190, No. 7, p. 362.

¹⁶ B. Turski, *Badania stomatologiczne [in:] Postępy medycyny lotniczej. Opracowanie zakresów badań wstępnych, okresowych, okolicznościowych dla wojskowego personelu latającego*, ed. B. Turski, Warszawa 2008, p. 117.

sengers and 4 crew members – citizens of England, were killed. After the catastrophe, experts from London were asked to the then West Germany in order to identify the victims of the catastrophe. At that time, identification was based mainly on dental data, due to the existence in England of a central dental registry, to which materials are supplied by all dentists. The file was created to identify missing persons and unknown bodies. The individual cards contain not only information on treatments, but also detailed descriptions of the materials used for them¹⁷. The value of odontological identification is still of great value in the USA, thanks to this method, categorical identification is possible in 60.4% of cases¹⁸.

Odontology was of great importance in identifying the victims of the tsunami in Thailand. The DVI¹⁹ teams that work there, consisting of specialists in dactyloscopy, forensics or pathology, anthropologists, odontologists or dentists. Depending on the needs, their composition can be extended to include specialists with other specialties. During the examination, the corpses forensic-dental, and their results are recorded in a special DVI form, then supplemented with results from other tests and analyzed in a special computer program Plass Data²⁰, intentionally created for DVI teams by one of the Danish IT companies.

The identification method, based on a comparison of dental records, was used to identify the remains of the victims of the IL-62M plane crash in the Kabacki Forest. Dental treatment cards for Polish citizens who were under the care of dental clinics in the country were obtained then. During the identification tests, the documentation obtained from the laboratories producing prosthetic elements was also used.

Thanks to this method, one of the victims of the Lufthansa plane crash in Okęcie in 1993 was identified. The comparison was fruitful due to the dental treatment documentation received from Germany.

Many computer systems are used to collect and analyze dental data. One of the first was CAMPI (Computer Assisted Postmortem Identification), a system developed and implemented by the US Military Institute of Dental Research to facilitate the identification of human cadavers and remains. It functioned on the basis of algorithms for processing the most frequently appearing dental information regarding the differences in the teeth filled, missing or implants. The pro-

¹⁷ H. Herrmann, *Identyfikacja zwłok po wypadkach samolotowych*, „Służba MO” 1969, No. 4(73), p. 499.

¹⁸ I. Sołtyszewski, B. Młodziejowski, R. Płoski, W. Pepiński, J. Jońca, *Kryminalistyczne i sądowo-lekarskie metody identyfikacji zwłok i szczątków ludzkich*, „Problemy Kryminalistyki” 2003, No. 239, p. 8.

¹⁹ DVI (DisasterVictim Identification team) have been established in some EU countries to identify victims of natural disasters, major terrorist incidents, etc. They count from 10 to 15 people, they include forensic physicians, pathomorphologists, anthropologists, dentists, odontologists, geneticists, technicians forensics, clerks and other specialists depending on the needs and type of event.

²⁰ M. Spólnicka, I. Sołtyszewska, *Procedura identyfikacji ofiar tsunami w Tajlandii*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2006, Vol. X, p. 314.

gram was precise, as it contained a description of each of the five sides of the tooth (face, mesial, distal, incisal, palatal), thus creating 160 possible features. Due to the operating system – DOW, in which this program works, its use is abandoned.

Currently, the United States uses a large number of odontological identification programs, including:

- CAPMI: Computer Assisted Post Mortem Identification,
- WINID: System for matching missing and unidentified persons,
- NCIC2000: National Criminal Information Center,
- NDIR: National Dental Image Repository,
- NamUs: National Missing and Unidentified System,
- VICTIMS: Victim Information, Catalog, Tracking and Image System,
- NAMPN: North American Missing Persons Network,
- DOE: Missing persons network,
- EDAN: Everyone Deserves a Name,
- FLUIDDB: Florida Unidentified Deceased Data Base,
- IDIS: Intelligent Dental Identification System,
- LOCATOR,
- INTERPOL DVI: Disaster Victim Identification,
- CPIC: Canadian Police Information Center,
- NCMA: National Center for Missing Adults,
- NCMEC: National Center for Missing and Exploited Children²¹.

Unfortunately, in Poland, when there is a need to collect data on the dental treatment of a disaster victim, there are major problems with collecting dental treatment documentation. This is due to the fact that in most cases the family is not able to provide the surgery where the victim was treated. Moreover, another difficulty is the fact that people are treated by different doctors. Therefore, it would be advisable to create a computerized dental data bank in line with world standards. The creation and launch of such a system would greatly affect the ease and speed of access to dental treatment documentation. A functioning database would contribute not only to the identification of victims of mass disasters, but also of unidentified bodies and identification for the purposes of law enforcement agencies²².

Conclusion

Odontological expertise, despite the fact that it is one of the oldest methods of human identification, is still often used. In some cases, it is the only method that can be used. In situations where taking a DNA sample is impossible due to

²¹ P. Polak, *Odontologia w ekspertyzie kryminalistycznej*, Gdynia 2012, s. 93.

²² D. Lorkiewicz-Muszyńska, M. Łabęcka, C. Żaba, M. Lis-Wojciechowska, J. Kozłowski, J. Sobol, *Trudności identyfikacji...*, s. 223.

significant degradation of biological material, odontological expertise is the right way to determine the identity of murder victims, detected after many years, mass communication disasters, or other mass events in which many victims were killed, e.g. fires. The experience gained over the years related to the need to identify victims of mass disasters proves how important it can be to carefully keep detailed patient records in dental offices. Unfortunately, the obligation on dentists to keep medical records, both in private and state-owned entities, is not always properly fulfilled. Something that, in the conditions of quiet everyday life, may seem to be only a formality, documentation that may possibly help dentists in the future treatment of their patients, in a crisis situation may turn out to be a very important tool that will decide whether the victim will be identified or the list of missing persons will be extended up for the next position. For this reason, it is very important that patient treatment records kept by dentists are professionally prepared and used for comparative purposes during the odontological identification process. A common problem, especially in Poland, is the location of the clinic where the victims were treated, so perhaps a future solution to this problem would be a central, global dental database. Such a tool would undoubtedly facilitate quick and easy access to comparative data, which could significantly shorten the time of obtaining comparative material for identification purposes.

Bibliography

- Andreas-Ludwicka B., Wojda-Gradowska U., Stańczyk R., Młodziejowski B., *Tok postępowania i uwagi na temat identyfikacji ofiar katastrofy lotniczej na Okęciu*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 1981, Vol. 31, part 4.
- Biedowa J., *Ustalanie tożsamości nieznanymi zwłokami*, „Problemy Kryminalistyki” 1963, No. 46.
- Buczek A., *Kryminalistyczne badania śladów zębów*, Warszawa 1980.
- Buczek A., *Uzębienie ludzkie jako środek identyfikacyjny*, „Służba MO” 1979, No. 6.
- Chavez C.B., *Identification des personnes par la fiche odontoscopique*, „Revue Internationale de Police Criminelle” 1975, No. 286.
- Grundmann C., Kirsch H.P., Lessig R., Röttscher K., *Identification Procedures of Dead Bodies by Dental Means*, „International Poster Journal of Dentistry and Oral Medicine” 2008, Vol. 2, No. 2.
- Herrmann H., *Identyfikacja zwłok po wypadkach samolotowych*, „Służba MO” 1969, No. 4.
- Kasprzak J., *Odontoscopia kryminalistyczna*, Olsztyn–Szczecin 2011.
- Lorkiewicz-Muszyńska D., Łabęcka M., Ząba C., Lis-Wojciechowska M., Kozłowski J., Sobol J., *Trudności identyfikacji zwłok i szczątków ludzkich w oparciu o dokumentację i badania stomatologiczne*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2009, No. 3.
- Polak P., *Odontologia w ekspertyzie kryminalistycznej*, Gdynia 2012.
- Postępy medycyny lotniczej. Opracowanie zakresów badań wstępnych, okresowych, okolicznościowych dla wojskowego personelu latającego*, ed. B. Turski, Warszawa 2008.
- Pretty I.A., Sweet D., *A look at forensic dentistry – Part 1: The role of teeth in the determination of human identity*, „British Dental Journal” 2001, Vol. 190, No. 7.

- Sołtyszewski I., Młodziejowski B., Płoski R., Pepiński W., Jońca J., *Kryminalistyczne i sądowo-lekarskie metody identyfikacji zwłok i szczątków ludzkich*, „Problemy Kryminalistyki” 2003, No. 239.
- Spólnicka M., Sołtyszewski I., *Procedura identyfikacji ofiar tsunami w Tajlandii*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2006, Vol. X.
- Stevens P.J., *Their Medical and Pathological Investigation*, Bristol 1970.
- Stomatologia zachowawcza. Współczesne metody opracowania i wypełniania ubytków próchnicznych. Anatomia zębów stałych. Podręcznik do ćwiczeń fantomowych dla studentów stomatologii*, ed. D. Piątkowska Danuta, Łódź 2010.
- Sygit B., *Dorobek nauki w badaniach nad ustrojem człowieka wykorzystywany w praktyce śledczej i sądowo-lekarskiej*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki” 2003, Vol. VII, part II.
- Żaba C., *Wybrane zagadnienia z medycyny sądowej*, Poznań 2014.
- Никитина И.Э., *Организация взаимодействия судебно-экспертных учреждений европейских государств*, „Российский следователь” 2011, No. 19.

Summary

The article presents the issues related to the identification of victims thanks to odontological expertise. The development of genetics gives forensics a great tool, which is the analysis of the genetic profile of DNA, which categorically enables the identification of human remains. However, this type of test is not possible in all cases. It is only applicable for the preservation of soft tissues, otherwise the preserved dentition will be an excellent identification material. The method is often used when identifying bodies exposed to high temperatures and in advanced decomposition. The development of odontological expertise would be impossible without the contribution of eminent dentists, such as Adolf Zsigmondy. By developing the first graphical tooth marking system, he paved the way for today's TDS and UNS systems. A good dentition classification system is an indispensable tool for odontologists and dentists working on the identification of cadavers and is directly related to the need to use comparative materials, also key in the effective identification of cadavers, and sometimes human remains. These are data obtained from dental offices, in the form of comprehensive information about patients – their dental treatment cards, orthodontic casts, fragments of dentures and crowns, X-rays, etc. and enriched through dental databases. As a result, the odontological expertise and its development enable the effective identification of about 60% of the corpses examined with the help of this procedure, when DNA material cannot be used for this purpose.

Keywords: forensic odontology, mass incidents, forensics, identification of victims

ZNACZENIE ODONTOLOGII SĄDOWEJ W IDENTYFIKACJI OFIAR KATASTROF MASOWYCH

Streszczenie

Artykuł przedstawia problematykę związaną z identyfikacją ofiar dzięki ekspertyzie odontologicznej. Rozwój genetyki daje kryminalistyce wspaniałe narzędzie, jakim jest analiza profilu genetycznego DNA, który w sposób katagoryczny umożliwia identyfikację ludzkich szczątków. Badanie tego typu nie jest jednak możliwe we wszystkich przypadkach. Zastosowanie znajduje

jedynie w sytuacji zachowania się tkanek miękkich, w przeciwnym razie doskonałym materiałem identyfikacyjnym będzie zachowane uzębienie. Metoda często znajduje zastosowanie podczas identyfikacji ciał narażonych na działanie wysokich temperatur oraz w posuniętym rozkładzie gnilnym. Rozwój ekspertyzy odontologicznej byłby niemożliwy bez wkładu wybitnych stomatologów, takich jak m.in. Adolf Zsigmondy. Opracowując pierwszy, graficzny system oznaczenia zębów, przetrwał on szlak powszechnym dzisiaj systemom TDS oraz UNS. Dobry system klasyfikacji uzębienia jest niezbędnym narzędziem odontologów i stomatologów pracujących nad identyfikacją zwłok oraz bezpośrednio wiąże się z koniecznością wykorzystania materiałów porównawczych, także kluczowych w skutecznej identyfikacji zwłok, a niekiedy szczątków ludzkich. Są nimi dane pozyskane od gabinetów stomatologicznych, w postaci kompleksowych informacji na temat pacjentów – ich karty leczenia stomatologicznego, odlewy ortodontyczne, fragmenty protez i koron, zdjęcia RTG itp. W dobie powszechnej komputeryzacji metody zapoczątkowane w XIX w. są usprawniane dzięki specjalistycznym programom komputerowym i wzbogacane za sprawą baz danych stomatologicznych. Ekspertyza odontologiczna i jej rozwój w rezultacie umożliwiają skuteczną identyfikację ok. 60% zwłok badanych z pomocą tej procedury w przypadku niemożności wykorzystania do tego celu materiału DNA.

Słowa kluczowe: odontologia sądowa, zdarzenia masowe, kryminalistyka, identyfikacja ofiar

Zuzanna Maszniew

Uniwersytet Jagielloński
ORCID: 0000-0001-9960-0812

**PRIVATE LIFE IN A PUBLIC SOCIETY
IN THE LIGHT OF THE CASE-LAW
OF THE EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS: SURVEILLANCE
IN A DEMOCRATIC SOCIETY**

Introduction

The democratic society strives for rules to maintain peace and well-being of the citizens¹. Rules may limit individuals but shall also give them freedom and safety. Human rights are an essential basis of the democracy; therefore, the European Human Rights Convention plays a pivotal role in ensuring these special and necessary rights and freedoms. Right to private life expressed in Art. 8 of the Convention secures a boundary between a public image and a private one, which, however, tends to be breached.

“We live in a society” has become a quote engraved into the modern perspective of the special bond between an individual and the State. Even though the dichotomy of such a relationship perpetuates around public and private matters, a single person is still a separate being in the society build within a State. The juxtaposition of a private life (accessible only to one individual) with a public society (perceived as a structure of a state grouping various individuals with equal rights and freedoms) enables a new level of comprehension of privacy in a public eye, bringing new reasoning beside just a wordplay. The assessment of the right for private life in a very public society brings up one question – to what extent is our life exclusive, confidential, and secret?

Therefore, the hypothesis of whether surveillance measures imposed by the State in a democratic society interfere with private life of an individual shall be

¹ R.A. Khan, *Article 8 of the European Convention on Human Rights and UK Immigration Law*, University of Glasgow 2022, p. 102, <https://theses.gla.ac.uk/83225/1/2022KhanRaiAPhD.pdf> (2.06.2023).

tested via a methodology of qualitative doctrinal research. Such methodology allows assessment and evaluation in terms of getting acquainted with existing literature and mostly analysing case-law. Familiarising with cases of the European Court of Human Rights enables understanding of the way of interpreting the Convention and complying with case-specific terminology used by the Court itself and its judges. Literature plays the role of the introduction whereas case-law is the key and the heart of comprehension of the Court's reasoning, thus the research shall be focused on the case-law of the European Court of Human Rights.

The concept of private life

Article 8 of the Convention says "Everyone has the right for his private and family life, his home and correspondence"². Thus, in order to invoke Art. 8 a case must fall within the scope of one of these four interests – private life, family life, home, and correspondence. The first aspect, private life, is widely discussed as its enigmatic meaning may cause controversies in understanding³. Especially as the European Court of Human Rights itself declared it impossible to create an exhaustive definition of private life⁴. As the Court has consistently held, private life is viewed as a right to identity as well as a physical and psychological integrity of a person⁵. It may relate to personal identity, such as a person's name, physical and moral integrity, or even a photo and an image.

However, a zone of interaction with others may fall within a scope of private life, even if these relations exist solely in a public context⁶. Consequently, on the contrary to the general belief, private life extends to life outside our homes as well. Nevertheless, there is no establishment in the Court's case-law that may suggest extending private life to activities of essentially public nature⁷, such as

² *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Council of Europe Treaty Series 005, Council of Europe 1950, Art. 8 paragraph 1.

³ R. Stancescu-Cojocaru, *Overview of the recent case-law of the European Court of Human Rights on the balance between the right to private life and the right to freedom of expression*, Berlin–Heidelberg 2023, p. 2.

⁴ *Niemietz v. Germany*, app. no.13710/88, § 29.

⁵ *Paradiso and Campanelli v. Italy*, app. no. 25358/12, § 159; *Ciubotaru v. Moldova*, app. no. 27138/04, § 49-50; *Peck v. United Kingdom*, app. no. 44647/98, § 57; *Reklos and Davourlis v. Greece*, app., no. 1234/05, § 39; *Hadri-Vionnet v. Switzerland*, app. no. 55525/00, § 51.

⁶ *Von Hannover v. Germany (no. 2)*, app. no. 40660/08 and 60641/08, § 95.

⁷ *Friend and Others v. the United Kingdom*, app. no. 16072/06, § 42; *Nizolae Virgiliu Tănase v. Romania*, app. no. 41720/13, § 128.

taking part in an assembly at the main square or public activity on the Internet, even though such activities are also often protected by Art. 8⁸.

Values of Art. 8 include, among others, protection of personal data and a person's image. According to Art. 2 of the Convention 108+, *personal data* means "any information relating to an identified or identifiable individual"⁹. A person's image constitutes one of the key factors of personality, as it reveals the person's unique characteristics and enables to distinguish a person from others¹⁰. Article 8 also covers right to object to the recording, conservation, and reproduction of one's image¹¹.

Nowadays, the State may use modern electronic devices for data storage of images and recordings of the citizens. Any private life considerations may emerge when systematic or permanent record comes into existence, therefore, the Court declared that files obtained by security services fall within the scope of Art. 8, even when they were not gathered by using intrusive methods¹². Surveillance might interfere with physical and psychological integrity as well as with the right to private life¹³. Recordings of residents might be explained with proper legislation enabling the State to intrude within the private life of the inhabitants as it is prescribed by law. A citizen may claim to be a victim of violation of Art. 8 when such legislation permits secret surveillance measures¹⁴. In order to assess whether gathering files by surveillance is violation of Art. 8 or not, the proportionality test must be conducted.

Protecting private life by the State

The Convention imposes certain obligations on the States to secure rights for individuals¹⁵. Not only does the State possess positive obligations under Art. 8 such as ensuring the citizens of respect of privacy and acting, but also negative

⁸ K.A. Strzpek, *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, Vol. 33, No. 3, p. 285.

⁹ *Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*, Council of Europe Treaty Series 108, Council of Europe 1981, Art. 2 letter a.

¹⁰ *Von Hannover v. Germany (no. 2)*, § 96.

¹¹ *López Ribalda and Others v. Spain*, app. no. 1874/13 and 8567/13, § 89; *Reklos and Davourlis v. Greece*, § 40; *De La Flor Cabrera v. Spain*, app. no. 10764/09, § 31.

¹² *Rotaru v. Romania*, app. no. 28341/95, § 43–44; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, app. no. 44787/98, § 57.

¹³ D. Hamad, *Issues of Surveillance in Bulgaria: Violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, „Human Rights Brief” 2022, Vol. 25, Issue 2, pp. 125–126.

¹⁴ *Roman Zakharov v. Russia*, app. no. 47143/06, § 154; *Kennedy v. the United Kingdom*, app. no. 26839/05, § 123–124.

¹⁵ K. Trykhlil, *The principle of proportionality in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC) 2020, Issue 4, p. 129.

obligations to refrain from interferences¹⁶. However, the boundaries of negative and positive obligations are not precisely defined¹⁷.

Positive obligations may involve the introduction of measures aimed to secure respect for private life¹⁸ by enhancing fundamental values or essential aspects of privacy. Negative obligations indicate respecting these values of privacy to such extent that the State shall not interfere with private life. However, the State enjoys a certain margin of appreciation, a margin of error and understanding, that allows it to interfere with freedoms such as right to private life. There will often be a wider margin if the State is required to find a fair balance between competing interests of the community and of an individual or Convention freedoms and rights¹⁹. Nonetheless, the margin of appreciation is not unlimited as the interference shall always fulfill the rule of proportionality.

Surveillance via monitoring as an interference with private life

According to the Court's case-law, the monitoring of individuals in public places without prior consent is a plain invasion of private life when data is collected and stored in a systematic or permanent way by the authorities²⁰. It is a breach of privacy especially when the individual possesses the justified expectation of privacy²¹. On the other hand, surveillance via municipality cameras monitoring public places and producing CCTV footage might still be rationalized provided that the State complies with the test defined in the *López Ribalda and Others v. Spain*, i.e., the level of privacy, number of people that has access, the monitoring of individuals shall be clarified in the light of circumstances and explained by the specific goals²².

Collection, storage, and destruction of data are components of *data processing* in the meaning of the Convention 108+. According to Art. 5 paragraph 4 of the Convention 108+ processing of data shall be fair, transparent, relevant, in relation to the legitimate purpose, keeping a fair balance between rights and

¹⁶ J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press 2023, p. 175.

¹⁷ M.A. Nowicki, *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności [in:] Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2021, p. 786.

¹⁸ *Evans v. the United Kingdom*, app. no. 6339/05, § 75.

¹⁹ *Aksu v. Turkey*, app. no. 4149/04 and 41029/04, § 62; *Ress v. United Kingdom*, app. no. 9532/81, § 37; *Evans v. the United Kingdom*, § 77.

²⁰ *Rotaru v. Romania*, § 43–44; *Amann v. Switzerland*, app. no. 27798/95, § 65–67; *Peck v. United Kingdom*, § 59.

²¹ *López Ribalda and Others v. Spain*, § 93.

²² *Ibidem*, § 116.

freedoms at stake and when necessary, shall be updated²³. Moreover, minimum safeguards established in the Court's case-law, such as "the nature of offences which may give rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to (...) [be monitored]; a limit on the duration of (...) [monitoring]; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which recordings may or must be erased or destroyed"²⁴ shall be met. Secret surveillance or monitoring and resulting from that data storage must be tolerable for the individuals — that is necessary for safeguarding the democratic institutions²⁵.

Article 8 paragraph 2 of the Convention says "There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others"²⁶. To justify such interference, the introduced limitations of one's right to privacy by the public authority shall pursue the proportionate aim and correspond with the pressing social need, simultaneously taking into consideration margin of appreciation afforded to the State. The proportionality test is the assessment of these three parts of interference for it to be justified. Therefore, for the interference (monitoring using CCTV or surveillance by municipality cameras on the streets) to be legal and legitimized, it must be 1) in accordance with the law; 2) necessary in a democratic society; 3) according to a legitimate aim.

In accordance with the law

Restrictions that may interfere with one's right to private life may be justified only when they are prescribed by law. Moreover, the legal aspect of interference with private life is more complex and differentiated between various States.

The interference is in accordance with the law when it is easily obtainable to the person concerned and foreseeable as to its effects²⁷. Therefore, the Court

²³ *Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*, Council of Europe Treaty Series 108, Council of Europe 1981, Art. 5 paragraph 4.

²⁴ *Roman Zakharov v. Russia*, § 231.

²⁵ *Klass and Others v. Germany*, app. no. 5029/71, § 42.

²⁶ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Council of Europe Treaty Series 005, Council of Europe 1950, Art. 8 paragraph 2.

²⁷ *Roman Zakharov v. Russia*, § 231; *Rotaru v. Romania*, § 52; *Kennedy v. the United Kingdom*, § 151.

decides on the quality of the domestic law of the States. Regulations enabling interference with Convention's rights and freedoms must be qualitative. The national law shall be clear, foreseeable, and accessible by citizens²⁸.

Domestic regulations might impose specific form of law that enables interference, e.g., freedoms might be restricted only via statutory law (an act ratified by the parliament) or with precisely designated *vacatio legis*. Consequently, a domestic legal system regarding data processing is compatible with provisions of Convention 108+ and their mirror image. The surveillance measure must have some basis in domestic law and be compatible with the rule of law²⁹.

National law must be sufficiently foreseeable, explaining in what circumstances and on what conditions the authorities are entitled to interfere with rights protected by the Convention³⁰. Such foreseeability need not be particular as the individuals must be able to foresee just to a reasonable degree³¹ in what situations public authorities might take measures affecting rights and freedoms of the citizens. Moreover, the law must be easily accessible and understandable for ordinary people, no specific knowledge should be necessary to understand how to foresee where cameras might be and when they are recording (in what situations). One's profession might only indicate that this certain individual should have known and predict the interference regarding his or her ability to foresee legal consequences³².

Therefore, there are three aspects of the prescribed law entitling the State to use monitoring and storing data of the citizen's image. Firstly, the law must have certain quality, e.g., regulations indicating that municipality cameras might collect CCTV footage of the inhabitants running their everyday errands and simultaneously storing their private image and information regarding their private life such as where they are at a particular time might be only imposed via a statutory law. Secondly, the law must also be foreseeable for ordinary people and especially for professionals, indicating circumstances of the interference to a reasonable degree, e.g., in a government institution such as tax office, one may expect cameras collecting footage of every person entering a building for safety reasons. Moreover, openly visible cameras in public places may indicate the foreseeability of monitoring too. Thirdly, the law must have basis in domestic provisions, e.g., national law specifies details of interference with private life via monitoring.

²⁸ *Silver and Others v. United Kingdom*, app. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, § 87.

²⁹ *Kennedy v. the United Kingdom*, § 131.

³⁰ *Fernández Martínez v. Spain*, app. no. 56030/07, § 117; *C.G. and Others v. Bulgaria*, app. no. 1365/07, § 39.

³¹ *Slivenko v. Latvia*, app. no. 48321/99, § 107.

³² *Versini-Campinchi and Crasnianski v. France*, app. no. 49176/11, § 55.

Necessary in a democratic society

Criterion of necessity of interference with rights or freedoms in a democratic society focuses on the margin of appreciation the most, regarding other aspects of the proportionality test. This provision must be narrowly interpreted as “powers of secret surveillance of citizens, characterising as they do the police state, are tolerable under the Convention only in so far as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions”³³. Otherwise, the interference shall be viewed as an abuse on the part of the authorities.

In one of the earliest cases on the subject, the Court clarified that “necessary” shall not be used as a synonym to “useful”, “reasonable”, or “desirable” and might be only understood as an existence of a “pressing social need” for the interference with rights and freedoms³⁴. Moreover, it is a duty of the respondent State to demonstrate the existence of a pressing social need behind the interference³⁵. A pressing social need might be strictly linked with the fulfillment of a legitimate aim and remain proportionate to it.

Surveillance of citizens via monitoring that interferes with their private life might be explained only due to a pressing social need. Taking into consideration worldwide events of 2020 and a pandemic of a virus SARS-CoV-2 resulting in a COVID-19 disease, such coronavirus pandemic might be viewed as a pressing social need for interference³⁶. For instance, as COVID-19 is easily transferred among people and many States prohibited assemblies, street cameras could monitor whether citizens comply with restrictions in order to maintain public health and ensure safety³⁷.

As mentioned above, the State enjoys a certain, but not unlimited margin of appreciation. In the assessment of the necessity of the interference with a right to private life in a democratic society, the Court must examine the decision-making process of the public authorities. Especially whether their actions remained within the margin of appreciation and if the undertaken measures were fair and respectful towards the interests granted to the individual by the Art. 8 of the Convention³⁸.

All in all, the interference of the State might occur only when it is necessary in a democratic society. The Court shall thus assess the existence of pressing social need corresponding with a legitimate aim and take into consideration the margin of appreciation given to the national authorities.

³³ *Szabó and Vissy v. Hungary*, app. no. 37138/14, § 54; *Klass and Others v. Germany*, § 42.

³⁴ *Dudgeon v. the United Kingdom*, app. no. 7525/76, § 51–53.

³⁵ *Bagiński v. Poland*, app. no. 37444/97, § 89; *Piechowicz v. Poland*, app. no. 20071/07, § 212.

³⁶ S.R. Vinceti, *COVID-19 compulsory vaccination and the European Court of Human Rights*, „Acta Bio Medica” 2021, Vol. 92, Supp. 6, p. 2.

³⁷ *Ibidem*, p. 2.

³⁸ *A.-M.V. v. Finland*, app. no. 53251/13, § 82–84.

According to a legitimate aim

The purpose of the whole interference must be legitimate and reasonable. Article 8 paragraph 2 enumerates aims that explain the infringement upon the right to private life: “in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”³⁹. Practice of the Court verifies that the interference shall pursue a quite succinct legitimate aim⁴⁰. Once again, it is for the respondent State to demonstrate that the interference pursued a legitimate aim⁴¹.

Municipality cameras or street cameras collecting CCTV footage of citizens might serve to the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country. In a situation of danger, when the State is under attack of a different country or suspects it soon due to international affairs, interfering with private life of citizens via monitoring enables proper preparation for defense. Moreover, surveillance via processing a person’s image obtained in a recording might accelerate a search for a missing person and therefore pursue an aim of prevention of disorder or crime. Protection of health and morals can be explained on the example of the COVID-19 pandemic as well, as surveillance of individuals enables the State to prevent spreading of the virus⁴². Controlling inhabitants for the better good of maintaining public health by monitoring their behaviour and compliance with restrictions according to processed data might be a reason to assess a legitimate aim too. When two or more rights or freedoms are competing, public authorities shall find a balance. One right or freedom shall not be protected by interfering with another, e.g., monitoring an individual voicing his or her freedom of religion might be restricted because of his or her right to private life and maintaining information about religious beliefs as private and inaccessible.

Hence, the interference must pursue a succinct legitimate aim. The purpose shall correspond with a list of reasons enabling infringement upon the right to privacy and private life.

Private life in a public society – surveillance

It is crucial to emphasize that private life is not limited to the close family, friends or even the inner circle that a person might choose to exclude from the

³⁹ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Council of Europe Treaty Series 005, Council of Europe 1950, Art. 8 paragraph 2.

⁴⁰ *S.A.S. v. France*, app. no. 43835/11, § 114.

⁴¹ *Mozer v. the Republic of Moldova and Russia*, app. no. 11138/10, § 194.

⁴² S. Sekalala, L. Forman, R. Habibi, B.M. Meier, *Health and human rights are inextricably linked in the COVID-19 response*, „BMJ Global Health” 2020, p. 3.

public eye and outside perspective of a stranger or the State⁴³. All the analysis above shall shed a new light on the whole concept of private life – individuals do live their own individual lives that are separate to their public image, however, to a certain extent. A citizen must agree and be aware that some parts of his or her life that might be viewed as private, are actually public due to the sole coexistence with others and within a society. However, these aspects are also protected by the Convention, even if they appear to be a part of a public society. The dichotomy of the private life within a public society shall therefore be viewed in the following manner: 1) privacy and private life are protected by the Art. 8 of the Convention, and 2) social interactions or functioning within the State with other individuals might fall within a scope of the private life, however, the public setting of a democratic society allows the State to interfere and set limitations to that private life such as surveillance by CCTV⁴⁴ in regard with proportionality test and margin of appreciation.

As of 2023, the European Court of Human Rights has been criticised on the Internet for not providing enough protection under Art. 8⁴⁵. However, the Court states in certain cases that it is the State that has fallen short of upholding the rights to a private life by not fulfilling its positive obligation⁴⁶. The private life intertwines with a public society, making it more challenging to find a boundary of protection and respect. Therefore, the negative and positive obligations should be perceived as a guidance, a true handbook for the States in executing the right to a private life protected by Art. 8.

The expression *for the greater good* seems vital in understanding possible limitations to individual rights. The State must find a balance between maintaining peace in a democratic society and acting for the greater good – wellness of a society manifested in the interests of public safety, the protection of public order, health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others. Therefore, in order to provide a safe life within a public society, the State might interfere with a private life. The above-mentioned example of monitoring the citizens via CCTV in a public setting that might also contain private life might be explained and excused once a reason such as protection of public order and health during the COVID-19 pandemic is used by the State.

Moreover, the modern society finds new issues that inhibit lawful execution of human rights. Due to the digitalization of the society and struggling with

⁴³ *Denisov v. Ukraine*, app. no. 76639/11, § 96.

⁴⁴ Ö.H. Çınar, *The current case law of the European Court of Human Rights on privacy: challenges in the digital age*, „The International Journal of Human Rights” 2021, Vol. 25, Issue 1, p. 42.

⁴⁵ J. Sjöberg, *European Convention of Human Rights and the Protection of Private Life, Freedom of Expression and Access to Information in a Digital Age*, „Arcada University of Applied Sciences” 2023, p. 195, https://www.theseus.fi/bitstream/handle/10024/792774/Sjoberg_Jakob.pdf?sequence=2&isAllowed=y (1.06.2023).

⁴⁶ *Ibidem*, p. 192.

achieving privacy online, individuals find another difficulty with finding their private lives protected on the Internet in the 21st century. Even online correspondence such as texts on the dating apps fall within the scope of a private life⁴⁷, however, public social media accounts or public servers and platforms hinder the ability to find a balance in the protection of a private life in an online public society of 2023. Not only does society exist within a frame of physical interactions, but also online presence such as comments under Facebook or Instagram posts of an individual, where his or her private life must also be protected⁴⁸.

Another vital example of an interference of a public society with a private life is a frequent problem with online classes held on various platforms such as Zoom or Microsoft Teams or livestreaming classes with students present on YouTube. When professors and teachers are being recorded talking during their lecture as well as interacting with their students, building mutual relationships and even shaping their teacher-like identity and authority, it must be viewed as video surveillance⁴⁹. Thus, the interference with private life is also identified due to proceeding from a wide understanding of the Court's practice⁵⁰.

Surveillance seems to be the exact opposite of the democratic society and might even have bigger connotations with authoritarian or totalitarian systems; however, the balance between the valuable reasons of the state and personal freedoms is the key of democracy. The limitation of freedom and rights of an individual shall be explicated by accordance with the law, necessary action in a democratic society and a legitimate aim or 1) suitability, 2) necessity, 3) reasonability – proportionality in a narrow sense. The principle of a private life falls within a protection under Art. 8, but the State is exempt from non-interfering, when all these presumptions are fulfilled because the State acts within its margin of appreciation. Eventually, the Court assesses whether the State balanced the competing rights⁵¹.

Conclusion

Private life is a crucial right guaranteed by the Art. 8 of the European Human Rights Convention. Not only does the Convention secure the right to private life, but it also explains possible ways to interfere with it without breach of Art. 8. Recording an individual via street cameras and obtaining CCTV footage with

⁴⁷ *M.P. v. Portugal*, app. no. 27516/14, § 34.

⁴⁸ *Beizeras and Levickas v. Lithuania*, app. no. 41288/15, § 117.

⁴⁹ *Mirković v. Montenegro*, app. no. 70838/13, § 44–45.

⁵⁰ L.Y. Fomina, *Protection of the right to respect for private life in the course of educational activities in the practice of the European Court of Human Rights*, „The National Academy of Sciences of the Republic of Kazakhstan” 2021, Vol. 2, p. 264.

⁵¹ J. Sjøberg, *European Convention...*, p. 161.

person's image whereas later processing stored data might compete with right to private life. However, for the interference to be admissible and possible, certain conditions must be met. In conclusion, surveillance measures imposed by the State in a democratic society might interfere with private life of an individual only when the State acts in a way that is prescribed by law, necessary in a democratic society, while pursuing a legitimate aim that falls into certain margin of appreciation. Otherwise, surveillance measures such as interfering with privacy via CCTV, monitoring one's neighborhood, accessing cameras of one's private image in supermarkets or even on public streets, is strictly forbidden and constitutes a breach of the Convention. In the digitalization age it might bring up difficulty, but it is the State's obligation to comply with set out rules and regulations on freedoms.

Safeguarding the democratic institutions is a priority in any interference with rights and freedoms resulting from the Articles of the Convention. Finding a balance between interests of the State and an individual is an incessant struggle, especially when it comes to modern technology devices that enable applying new measures. Private life is full of components such as a person's image, moral or physical integrity and appearance and every single one of them constitutes a personality that allows to differentiate an individual from his or her peers. Therefore, depriving a citizen of his or her basic and essential right to private life must be justified, as the Court shall strengthen a private life in a public society.

The usage of juxtaposing terminology such as "private" and "public" is crucial, deliberate, and intentional when discussing individual rights in a democratic society. Private life and public society shall be understood and learnt about together, not separately, as the boundaries between them tend to disappear when it comes to the protection of human rights.

Bibliography

- Çınar Ö.H., *The current case law of the European Court of Human Rights on privacy: challenges in the digital age*, „The International Journal of Human Rights” 2021, Vol. 25, Issue 1.
- Fomina L.Y., *Protection of the right to respect for private life in the course of educational activities in the practice of the European Court of Human Rights*, „The National Academy of Sciences of the Republic of Kazakhstan” 2021, Vol. 2.
- Gerards J., *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press 2023.
- Hamad D., *Issues of Surveillance in Bulgaria: Violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, „Human Rights Brief” 2022, Vol. 25, Issue 2.
- Khan R.A., *Article 8 of the European Convention on Human Rights and UK Immigration Law*, University of Glasgow 2022, <https://theses.gla.ac.uk/83225/1/2022KhanRaiAPhD.pdf> (2.06.2023).

- Nowicki M.A., *Komentarz do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności* [in:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2021.
- Sekalala S., Forman L., Habibi R., Meier B.M., *Health and human rights are inextricably linked in the COVID-19 response*, „BMJ Global Health” 2020, p. 3.
- Sjøberg J., *European Convention of Human Rights and the Protection of Private Life, Freedom of Expression and Access to Information in a Digital Age*, „Arcada University of Applied Sciences” 2023, https://www.theseus.fi/bitstream/handle/10024/792774/Sjoberg_Jakob.pdf?sequence=2&isAllowed=y (1.06.2023).
- Stancescu-Cojocaru R., *Overview of the recent case-law of the European Court of Human Rights on the balance between the right to private life and the right to freedom of expression*, Berlin–Heidelberg 2023.
- Strzępek K.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, Vol. 33, No. 3.
- Trykhlík K., *The principle of proportionality in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC) 2020, Issue 4.
- Vinceti S.R., *COVID-19 compulsory vaccination and the European Court of Human Rights*, „Acta Bio Medica” 2021, Vol. 92, Supp. 6.

Summary

The democratic society strives for rules to maintain peace and well-being of the citizens. Rules may limit individuals but shall also give them freedom and safety. Human rights are an essential basis of the democracy; therefore, the European Human Rights Convention plays a pivotal role in ensuring these special and necessary rights and freedoms. Right to private life expressed in Art. 8 of the Convention secures a boundary between a public image and a private one, which, however, tends to be breached. The special bond between an individual and the State strives for balancing their separate interests. Even though the dichotomy of such a relationship perpetuates around public and private matters, a single person is still a separate being in the society build within a State. According to the European Court of Human Rights’ case-law, the State can interfere with a private life in a way that is prescribed by law, necessary in a democratic society, while pursuing a legitimate aim that falls into certain margin of appreciation. However, there is a lively discussion concerning secret surveillance and monitoring of the individuals by the public authorities via obtaining CCTV footage and recordings from street cameras. Data processed in this way falls within the scope of Art. 8 of the Convention and constitutes a private life element. The role of the State is to protect and give freedom to, not freedom from, whereas the role of an individual seems to be to adjust and respect the regulations for the better good. The usage of juxtaposing terminology such as “private” and “public” is crucial, deliberate, and intentional when discussing individual rights in a democratic society. Private life and public society shall be understood and learnt about together, not separately, as the boundaries between them tend to disappear when it comes to the protection of human rights.

Keywords: private life, privacy, human rights, freedom, European Human Rights Convention, European Court of Human Rights, case-law analysis, monitoring, secret surveillance, street cameras

ŻYCIE PRYWATNE W SPOŁECZEŃSTWIE PUBLICZNYM W ŚWIETLE ORZECZNICTWA EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA: NADZÓR W PAŃSTWIE DEMOKRATYCZNYM

Streszczenie

Spółeczeństwo demokratyczne dąży do ustanowienia zasad, które zapewnią pokój i dobrobyt obywateli. Reguły mogą ograniczać jednostki, ale również dawać im wolność i bezpieczeństwo. Prawa człowieka są podstawą demokracji, dlatego Europejska Konwencja Praw Człowieka odgrywa kluczową rolę w zapewnieniu tych szczególnych i niezbędnych praw i wolności. Prawo do życia prywatnego wyrażone w art. 8 Konwencji stanowi granicę między wizerunkiem publicznym a prywatnym, która jednak bywa naruszana. Szczególna więź między jednostką a państwem ma na celu zrównoważenie ich odrębnych interesów. Mimo że dychotomia takiej relacji utrwała się ze względu na przenikanie się spraw publicznych i prywatnych, pojedyncza osoba nadal jest odrębną istotą w społeczeństwie budowanym w ramach państwa. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Praw Człowieka państwo może ingerować w życie prywatne w sposób przewidziany przez ustawę, konieczny w demokratycznym społeczeństwie, przy jednoczesnym dążeniu do uzasadnionego celu, który mieści się w pewnym marginesie swobody. Jednak wciąż toczy się żywa dyskusja na temat inwigilacji i nadzoru przez władze publiczne poprzez pozyskiwanie nagrań z monitoringu i kamer ulicznych. Przetwarzane w ten sposób dane mieszczą się w zakresie art. 8 Konwencji i stanowią element życia prywatnego. Rolą państwa jest ochraniać i dawać wolność oraz prawo do czegoś, a nie zabierać prawa, natomiast rolą jednostki wydaje się dostosowywanie do przepisów i respektowanie ich dla większego dobra. Skontrastowanie terminów *prywatne* i *publiczne* jest istotne, celowe i wymagane podczas omawiania praw jednostki w społeczeństwie demokratycznym. Życie prywatne i społeczeństwo publiczne powinny być poznawane razem, a nie oddzielnie, ponieważ granice między nimi mają tendencję do zacierania się przy ochronie praw człowieka.

Słowa kluczowe: życie prywatne, prywatność, prawa człowieka, wolność, Europejska Konwencja Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka, analiza orzecznictwa, monitoring, inwigilacja, nadzór, kamery uliczne

Grzegorz Nancka

Uniwersytet Śląski w Katowicach
ORCID: 0000-0002-9911-7473

**SLAVERY FROM A PERSPECTIVE OF ROMAN PRIVATE LAW.
REMARKS BASED ON AN UNPUBLISHED PAPER
OF 1980 AUTHORED BY KAZIMIERZ KOLAŃCZYK****Introduction**

Kazimierz Kolańczyk (1915–1982)¹ is primarily known as the author of a textbook *Roman Law*, which was first published in 1973². The textbook has been published in six editions to date, the latest one appeared in 2021³. His works relating to Roman law published both at home and abroad have so far been the only tangible display of his achievements⁴. Fortunately, it turned out that an unpublished text of a paper presented by that scholar survived in his legacy stored in the Archive of the Polish Academy of Sciences in Poznań. The paper of twenty pages in typescript titled *The Legal Situation of the Slave in An-*

¹ On the scholar's life see W. Dajczak, *Kazimierz Kolańczyk (1915–1982)* [in:] *Wielcy historycy wielkopolscy*, ed. J. Strzelczyk, Poznań 2010, pp. 446–454; B. Lesiński, *Kazimierz Kolańczyk 1915–1982*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1983, Issue 45(4), pp. 369–373; W. Rozwadowski, *Kazimierz Kolańczyk 1915–1982*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1983, No. 35(2), pp. 237–240.

² K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 1973. More on that subject see: G. Nancka, *Podręcznik do myślenia. Prawo rzymskie według Kazimierza Kolańczyka*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2021, No. 73(2), pp. 159–177; *idem*, *Podręcznik na czasy kryzysu. O dwóch wydaniach Prawa rzymskiego Kazimierza Kolańczyka po 1975 roku*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2022, No. 123, pp. 43–65; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2021 pp. 21–25.

⁴ K. Kolańczyk, *O pochodzeniu i stanowisku społecznym prawników rzymskich*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1955, No. 7, pp. 227–284; *idem*, *Nowy podręcznik rzymskiego prawa prywatnego. Uwagi w związku z pracą Wacława Osuchowskiego, Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962, PWN, ss. 553, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1965, No. 17(1), pp. 231–255; *idem*, *Über den Bildungswert der römischen Zivilprozesslehre für den sozialistischen Juristen*, „Acta Universitatis Szegediensis. Acta juridica et politica” 1970, No. 17, pp. 277–299; *idem*, *Stanislas Wróblewski, le „Papinien Polonais” et son „Précis de cours de droit romain”* [in:] *Studi in onore di Eduardo Volterra*, Vol. VI, Milano 1971, pp. 329–342.

cient Rome was prepared in connection with a conference “Lesser Known Sources for the Ancient Culture History” organized on 4–6 February 1980⁵. The conference, which was held in Jabłonna, was organized by the Scientific Committee on Ancient Culture of the Polish Academy of Sciences. It can reasonably be assumed that it was the last lecture that Kazimierz Kolańczyk prepared in his life. The aim of this article is therefore to draw attention to the paper unknown to a wider audience, which may serve as a contribution to research on the Romanist’s unknown achievements.

A Multifaceted Issue

Kazimierz Kolańczyk believed that the issue of the legal situation of slaves was one of the most difficult problems faced by Roman law. Its complexity arises primarily from the interpenetration of many spheres, often difficult to reconcile. Kolańczyk distinguished six planes within which the issue of slavery should be analyzed. He enumerated political, economic, social, customary, moral, and finally, legal planes⁶. He also briefly explained the essence of each of them. He highlighted that it was a political issue because it entailed “maintaining millions of slaves, more than anywhere else in the world at the time; economic – slaves were a core workforce, always in agriculture, and since the Punic Wars, in non-agricultural production; social due to slaves entering the freemen estate; customary given that the development of slavery influenced the continuing breakdown of marriage; moral – recognized by philosophers and raised essentially by Christianity”⁷. In Kazimierz Kolańczyk’s opinion, slavery was also a significant legal issue because “the shaping of slave law was an important element of state policy”⁸.

He added that slavery had not lost its relevance from the point of view of modern times. Kolańczyk saw it primarily on a scholarly level because “a very significant set of source materials has survived, previously overlooked and disregarded, for the problem of the legal position of Roman slaves”⁹.

⁵ Archive of the Polish Academy of Sciences, branch in Poznań (hereinafter referred to as APAN Poznań), file no. P. III-76, Kazimierz Kolańczyk’s materials, file 11 (hereinafter referred to as materiały KK, vol. 11), Invitation of 14 December 1979, p. 1.

⁶ APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja prawna niewolnika w starożytnym Rzymie* [The legal situation of the slave in ancient Rome], p. 1.

⁷ *Ibidem*, p. 1.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*. At the time when K. Kolańczyk prepared his lecture, the fundamental works included, among others: E. Ciccotti, *Il tramonto della schiavitù nel mondo antico*, Torino 1889; W.W. Buckland, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908; O. Robleda, *Il diritto degli schiavi nell’antica Roma*, Roma 1976; *Schiavitù antica e moderna: problemi, storia, istituzioni*, ed. L. Sichirolo, Napoli 1979.

Around Public or Private Law?

The scholar held the view that slavery was problematic from the point of view of both public and private law. However, he added that “public law was the domain of general oppression of slaves, yet the Roman state placed the main burden of oppression of millions of slaves in the hands of private persons operating under private law”¹⁰. He expressly argued that in terms of public law, the situation of slaves was clear. They were not included in constitutional law – they did not take part in governing and did military service only on an occasional basis. In terms of criminal law, the slave did not participate in the administration of justice. He was also punished more severely than a freeman. As Kolańczyk indicated – only slaves were subjected to torture and whipping¹¹.

The situation of slaves in the area of private law was much more interesting, but also complicated. This was due to the fact that “the power over slaves was (...) decentralized and dispersed among many private owners in the Roman state”¹². Kolańczyk noted that “it was immense power, though protected only by private law rules. Private law was a sphere reserved for the protection of the interests of individuals, the state exercised only general control over it. Its rules gave individual owners more than enough measures to subdue slaves being subject to their owners”¹³.

Kazimierz Kolańczyk decided to refer more broadly to private law in his lecture. He based the plan for his paper on Gaius’ Institutes system *personae-res-ationes*¹⁴. He also put family law in the first part because he argued that “Roman jurists did not distinguish systematically between personal and family law, both divisions fell within the broad concept of law “relating to persons”¹⁵. He emphasized that “for the clarity of the picture it is better to follow the distinction of contemporary law and differentiate family law as a separate division”¹⁶. Then the Poznań scholar went on to discuss the situation of the slave in terms of the law of things. He argued that “the then *ius quod pertinet ad res* corresponds to our concept of «property law». It is made up of three traditional code divisions: the law of things, law of obligations and succession law. They are three branches of property law, which Roman jurists viewed as a unit – given the broad concept of «thing» (res)”¹⁷. At the end he referred to procedural law, devoting one paragraph to it. In his lecture, Kazimierz Kolańczyk adopted a problem-oriented

¹⁰ APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja...*, p. 3.

¹¹ *Ibidem*, pp. 2–3.

¹² *Ibidem*, p. 4.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 4–5.

¹⁵ *Ibidem*, p. 8.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 10–11.

method, also known from his textbook, and put emphasis on more important issues. They included the issue of the specificity of the general situation of slaves, problem of slaves' relationships, their status *in rem*, participation in economic turnover and the role of natural obligations.

Starting Point

The starting point for the analysis of the situation of the slave from a perspective of Roman private law was a statement showing that the Poznań scholar perfectly understood not only that law, but also the reality of the world of that time that affected it. Kolańczyk argued that “the inhabitants of the Roman state, in particular its capital city, formed a colorful mosaic of social, economic and legal situations. One had to be well versed in the subtleties of that mosaic”. Then he added that “a display of such good orientation is given by Gaius in his Institutes, in which the author gives a clear description of that variety”¹⁸.

Kolańczyk started by indicating a fundamental issue that is not so obvious at first glance. Slaves, as he clearly highlighted, were not a uniform category. Interpreting passage I. 1.3.4.¹⁹, he considered that the sentence *in servorum condicione nulle differentia est* not only captures the position of the slave in very general terms, but is a facade statement. The situation of particular slaves could indeed vary, even in significant ways, depending on their specific factual, social, economic and legal position. This was already indicated by the very terminology used in the sources. A general term *servus* was complemented by various types of additions – the terms in use included *servus publicus*, *servus privatus*, *servus communis*, *servus fugitivus*, *servus ordinarius*, *servus vicarius*, *servus sine domino*, *servus usufructuarius*, *servus poenae*, *servus novicius*, etc.²⁰ Each of those terms encompassed extremely rich content and also defined an entirely different legal position²¹.

The Poznań scholar also pointed out that slaves did not differ from Roman citizens in clothing. This led to all sorts of mistakes, such as a vote by an ineligible slave at a People's Assembly²². At some point a relevant tribunal on the ap-

¹⁸ *Ibidem*, p. 5.

¹⁹ I. 1.3.4: *Servi autem aut nascuntur aut fiunt. nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut iure gentium, id est ex captivitate, aut iure civili, cum homo liber maior viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est. in servorum condicione nulla differentia est.*

²⁰ APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja...*, p. 6.

²¹ *Ibidem*, p. 6. See in detail: A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, pp. 704–705.

²² APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja...*, p. 5. See: J. Linderski, *Rzymskie zgromadzenia wyborcze od Sulli do Cezara*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1966, p. 162.

appropriation of citizenship was even set up²³. Such situations provoked discussions about the introduction of a separate outfit for slaves, however, that step was never taken. It was feared that slaves might start counting the free, which could be unfavorable to the latter, who were a minority²⁴.

Slaves' Relationships – Advantage to Their Owners?

Kazimierz Kolańczyk showed the complexity of the legal situation of slaves when discussing the issue of their relationships. Deprived of the possibility to enter into a marriage, they were allowed to be in a marriage-like relationship (*contubernium*) with the consent from their owners. Although the slaves' owners had the right to "break" such a relationship at any time, they did it reluctantly. First of all, they took into account their own interests, hoping to obtain benefits in the future in the form of their slave's fetus. However, *contubernia* were particularly attractive due to their admissibility between slaves and the free²⁵. As Kolańczyk noted, such *contubernia* "were very widespread and posed an immense threat to marriage. Many an owner did not enter into a marriage, with all its burdens and duties, did not even form a concubinage with a free person, but contented himself with a completely non-binding relationship with his own slave, whom he changed as he pleased or maintained a real slave harem. The crisis of Roman marriage was clearly linked to the influx of attractive male and female slaves to Rome from the east and north. For that reason the sources are full of references to natural filiation between the free and slaves"²⁶.

The situation also varied depending on who was the free person in a relationship. The relation of a free man and a slave woman was never put in question. The opposite relation: a free woman – a slave man was permissible as long as it was her own slave. Kolańczyk highlighted that the Romans did not know the concept of race defilement (*Rassenschande*), which was introduced by Nazi propaganda in the 1930s. This could be proved by the fact that in one of his satires Juvenal tells the story of a free owner who successively gave birth to seven children, each of whom looked like her current slave cook²⁷. In the post-classical period of Roman law (starting from Constantine the Great), there were sanctions for free women for having intercourse with their own slave, going as far as the death penalty²⁸. A delator system, which provided for the reward of granting

²³ APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja...*, p. 5; J. Linderski, *Rzymskie zgromadzenia...*, p. 162.

²⁴ Seneca, *De clementia* 1.24: *quantum periculum immineret, si servi nostri numerare nos coepissent*.

²⁵ PS. 2.19.6: *Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest*.

²⁶ APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja...*, p. 9.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

freedom to delators, was introduced. Children from those prohibited unions were excluded from holding positions and succession, and remained in a state of “bare freedom”²⁹ (*in nuda maneat libertate*). The slave partner in such union could not be freed and could not inherit from his female partner³⁰.

More legal problems arose from a relation between a free woman and another person’s slave. In such a situation, there was a breach of the owner’s rights. That was because – as Kolańczyk emphasized – the interest of a slave owner also included “the right to exploit the reproductive power of one’s slaves. One’s slave was called to produce slave offspring for his master”³¹. Such quite frequent situations led to the introduction of *Senatusconsultum Claudianum* in 52 CE. It provided that a free woman who had intimate relations with someone else’s slave and did not break them off at the request of the slave owner fell into slavery³². Kolańczyk indicated that such relationships were quite strong emotionally (*libera mulier servili amore bachata*), and in order to preserve them, free women entered into agreements with their partner’s interested owners. Under the agreement, the woman remained free, whereas a fetus from her relationship was to be the wronged owner’s slave. That solution was changed by Hadrian and since that time, a free woman gave birth to a free individual³³. In turn, Emperor Justinian abolished that arrangement as “unworthy of our times”³⁴.

²⁹ C. 9.11.1.2: Imp. Constantinus A. ad populum. *Filii etiam, quos ex hac coniunctione habuit, exuti omnibus dignitatis insignibus in nuda maneat libertate, neque per se neque per interpositam personam quolibet titulo voluntatis accepturi aliquid ex facultatibus mulieris*. D. III k. Iun. Serdicae Constantino A. VII et Constantio C. cons. [a. 326].

³⁰ I. 2.14.pr: *Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos tam proprios quam alienos. proprios autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter quam cum libertate recte instituere licebat. hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est. quod non per innovationem induximus, sed quoniam et aequius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum quam ad Plautium scripsit, refert. proprius autem servus etiam is intellegitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usum fructum habente. est autem casus, in quo nec cum libertate utiliter servus a domina heres instituitur, ut constitutione divorum Severi et Antonini cavetur, cuius verba haec sunt: servum adulterio maculatum non iure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri, quae rea fuerat eiusdem criminis postulata, rationis est: quare sequitur, ut in eundem a domina collata institutio nullius momenti habeatur. alienus servus etiam is intellegitur, in quo usum fructum testator habet.*

³¹ APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja...*, p. 10.

³² G. 1.91: *Item si qua mulier civis Romana praegnas ex senatus consulto Claudiano ancilla facta sit ob id, quod alieno servo invito et denuntiante domino eius <coerit>, conplures distinguunt et existimant, si quidem ex iustis nuptiis conceptus sit, civem Romanum ex ea nasci, si vero volgo conceptus sit, servum nasci eius, cuius mater facta esset ancilla.*

³³ G.1.84: *Ecce enim ex senatus consulto Claudiano poterat civis Romana, quae alieno servo volente domino eius coit, ipsa ex pactione libera permanere, sed servum procreare: nam quod inter eam et dominum istius servi convenerit, ex senatus consulto ratum esse iubetur. sed postea divus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat.*

³⁴ I. 3.12.1: *Erat et ex senatus consulto Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio, cum libera mulier servili amore bachata ipsam libertatem per senatus consultum amittebat et cum*

Slave's Status *In Rem*

Defining slaves' status *in rem* was an important part of the lecture. Kolańczyk believed that Roman private law was of an "exploitative" nature, which was evident "in stark terms in the area of property law. Gaius, who in principle still counted slaves as persons in the first book of his Institutes, gets rid of his hesitation in the second book and immediately classifies them as things on a par with animals and things of higher value (*res mancipi*)"³⁵. Kolańczyk also argued that "the life of Roman slaves was mainly limited to the right to ownership. The owner (*dominus*) exercised direct and absolute power over his slaves, that is without any mediation and interference from third persons"³⁶.

The Poznań scholar observed that the owner's rights in relation to a slave were the same as in relation to things under his authority and fell within the Roman triad of ownership. Kolańczyk highlighted that *ius utendi* gave the owner the possibility to make use of the slave as he saw fit, and only during the principate, regulations that resemble modern provisions on the protection of animals against maltreatment were created³⁷. The scope of *ius utendi* included *ius abutendi*, which was reflected in *ius vitae ac necis*³⁸. Owners also had *ius fruendi*, most often in the form of a fetus of a slave and rents for renting slaves to work. Finally, the owner could dispose of a slave thanks to *ius disponendi*. A slave could be an object of a purchase/sale, rental or lending contract. Moreover, a slave could be abandoned, and subsequently appropriated as no one's thing³⁹. As Kolańczyk emphasized, "slaves evaded that severe power of owners in droves by running away. The search and recovery of those *servi fugitivi* was a serious social problem, and the state supported owners' efforts to recover fugitives"⁴⁰.

libertate substantiam: quod indignum nostris temporibus esse existimantes et a nostra civitate deleri et non inseri nostris digestis concessimus; APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja...*, p. 10.

³⁵ G.2.13: <Corporales> hae, quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles; G. 2.14: Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae <in> iure consistunt, sicut hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem per<tinēt, quod in hereditate res corporales con>tinentur, et fructus qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia: nam ipsum ius successione et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum. ius altius tollendiaedes (?) et officiendi luminibus vicini aedium aut non extollendi, ne luminibus vicini officiat. item fluminum et stilicidiorum idem ius ... ius aquae ducendae. haec iura praediorum (?) tam urbanorum quam rusticorum servitutes vocantur; APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja...*, p. 11.

³⁶ APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja...*, p. 11.

³⁷ *Ibidem*, pp. 11–12.

³⁸ *Ibidem*, p. 12.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ D.11.4.1.1 (Ulpianus libro primo ad edictum): *Senatus censuit, ne fugitivi admittantur in saltus neque protegantur a vilicis vel procuratoribus possessorum, et multam statuit: his autem,*

The Romans came to understand fairly quickly that the exploitation of slaves' physical forces produced the best results in each case. Kolańczyk pointed out that it was worth "exploiting them in a more subtle manner, by taking advantage of their talents, e.g. trade or sailing, and at the same time of their drive to gain freedom"⁴¹. *Peculium* was meant to be such a path. Although the ownership of that property remained with a slave's owner, slaves handled considerable assets. Slaves with a *peculium* – Kolańczyk recalls – were a true slave aristocracy (*servi peculiosi*), given that their *peculium* often included other slaves⁴².

Slave Only as an Object of Obligation?

A slave's status *in rem* stood in contrast to his situation in terms of the law of obligations. In reference to the law of obligations, Kolańczyk pointed out that it may seem "that a slave cannot do anything, that he can only exist as an object of obligations contracted between free persons"⁴³. As it turns out, "Roman slaves took active part in obligations", which the scholar indicated in his discussion of slaves' status *in rem*⁴⁴. The introduction into legal relations of so-called natural obligations, which were of special significance in particular in the context of *peculium*, was a great merit of Roman jurisprudence. In his lecture, in the area of the law of obligations, the Poznań scholar limited himself in principle to interesting remarks on that subject. Kolańczyk pointed out that "those obligations differed from ordinary civil or praetorian obligations in their lack of procedural protection. It was not possible to sue a debtor for payment on the basis of a natural obligation because they were non-actionable. A slave could freely incur natural obligations, and they were incurred in particular by slaves with a *peculium* (*servi peculiosi*). Slaves incurred obligations – as debtors or creditors – even to their own master who established their *peculium*. In that case it was a form of a specific economic settlement between two pools of assets, which were a unity in legal terms. For example, an owner whose crops failed in a given year could borrow from his slave farming in his *peculium* when the latter had surplus crops that year. Conversely, a slave whose, for example, olives failed in his *peculium*

*qui intra viginti dies fugitivos vel dominis reddidissent vel apud magistratus exhibuissent, veniam in ante actum dedit: sed et deinceps eodem senatus consulto impunitas datur ei, qui intra praestituta tempora, quam repperit fugitivos in agro suo, domino vel magistratibus tradiderit. See: C.6.1.1: Servum fugitivum sui furtum facere et ideo non habere locum nec usucapionem nec longi temporis praescriptionem manifestum est, ne fuga servorum dominis suis ex quacumque causa fiat damnosa; APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja...*, p. 12.*

⁴¹ APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja...*, p. 12.

⁴² *Ibidem*, p. 13.

⁴³ *Ibidem*, pp. 14–15.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 15.

could borrow a proper amount from the property managed directly by the owner – with the obligation to return in times of greater prosperity. A slave could carry out similar operations with other economic entities.

What was the practical sense of natural obligations (*obligationes naturales*) if they were deprived of any procedural and enforcement sanctions? It should be remembered that an obligation was fulfilled in Rome most often on a voluntary basis, without resorting to trial and forced execution. This was prescribed by the Roman faithfulness to a given word (*fides Romana*), and not only the free subjected themselves to its strictness, but primarily slaves, who had an eye to gaining freedom, and the route to it was through, among others, reliable repayment of debts incurred in slavery. The (voluntary) fulfillment of natural obligations was the fulfillment of a legal obligation. There could therefore be no demand for repayment of what a natural debtor fulfilled in relation to his natural creditor. The second practical value of a natural obligation was that it could be secured by the usual methods of strengthening obligations, such as guarantees or pledges. A slave could get credit without problems if his debt was guaranteed by a free person. It was often the case that owners guaranteed the obligations of their own slaves, especially those with a *peculium*. And the guarantors' liability, as free persons, was of a civil nature, which meant that the main debtor (slave) could not be sued, but it was possible to sue a free guarantor.

Natural obligations were not without practical significance and their practical value for slaves was that they enabled them to participate in turnover in obligations on a large scale and grow accustomed to the world of the free even before being freed⁴⁵.

Instead of an Ending

Kazimierz Kolańczyk's lecture was not intended to show only a modest part of the matter concerning slavery. Kolańczyk outlined the complicated matter with meticulousness known from his previously published textbook. The scholar's paper, which dealt with the situation of slaves in a cross cutting dimension, showed the real complexity of the issues under analysis. It is clear that the method of presenting the matter known from and used in other works by the author, with its problem-orientation and emphasis on important issues, enhanced the plasticity of the picture.

The scholar, who aimed to present the slave's situation in terms of private law, indicated that it was far from uniform and was influenced by all sorts of factors. It can thus be concluded that Kolańczyk's remarks are getting closer to the recently expressed views that the Romans viewed slavery in an ambiguous

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 15–16.

manner⁴⁶. Kolańczyk successfully showed that the existence of that institution was a common and obvious thing for the Romans. Slaves – especially those with the ability to do profitable business – could gain freedom thanks to their skillful activity. Kazimierz Kolańczyk highlighted that “put in the hands of private owners, slaves still had great opportunities to gain their owners’ favor and trust and in that way – by developing effective purchasing activity at different posts – open the door to freedom through self-purchase with accumulated assets”⁴⁷. This amply demonstrated the contrasts of the world of that time, where from the category of thing one could at one moment gain the attribute of person, and vice versa.

Bibliography

- Archive of the Polish Academy of Sciences, branch in Poznań, file no. P. III-76, Kazimierz Kolańczyk’s materials, file 11.
- Berg van den P.A.J., *Slave: persons and property? The Roman law on slavery and its reception in Western Europe and its overseas territories*, „Osaka University Law Review” 2016, No. 63.
- Berger, A. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
- Buckland W.W., *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908.
- Ciccotti E., *Il tramonto della schiavitù nel mondo antico*, Torino 1889.
- Dajczak W., *Kazimierz Kolańczyk (1915–1982)* [in:] *Wielcy historycy wielkopolscy*, ed. J. Strzelczyk, Poznań 2010.
- Dajczak W., *Wprowadzenie – pół wieku później* [in:] K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2021.
- Kolańczyk K., *Nowy podręcznik rzymskiego prawa prywatnego. Uwagi w związku z pracą Wacława Osuchowskiego, Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962, PWN, ss. 553, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1965, No. 17(1).
- Kolańczyk K., *O pochodzeniu i stanowisku społecznym prawników rzymskich*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1995, No. 7.
- Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 1973.
- Kolańczyk K., *Prawo rzymskie*, Warszawa 2021.
- Kolańczyk K., *Stanislas Wróblewski, le „Papinien Polonais” et son „Précis de cours de droit romain”* [in:] *Studi in onore di Eduardo Volterra*, Vol. VI, Milano 1971.
- Kolańczyk K., *Über den Bildungswert der römischen Zivilprozesslehre für den sozialistischen Juristen*, „Acta Universitatis Szegediensis. Acta juridica et politica” 1970, No. 17.
- Lesiński B., *Kazimierz Kolańczyk 1915–1982*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1983, Issue 45(4).
- Linderski J., *Rzymskie zgromadzenia wyborcze od Sulli do Cezara*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1966.
- Nancka G., *Podręcznik do myślenia. Prawo rzymskie według Kazimierza*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2021, No. 73(2).

⁴⁶ P.A.J. van den Berg, *Slave: persons and property? The Roman law on slavery and its reception in Western Europe and its overseas territories*, „Osaka University Law Review” 2016, No. 63, p. 175.

⁴⁷ APAN Poznań, K. Kolańczyk, *Sytuacja...*, p. 20.

Nancka G., *Podręcznik na czasy kryzysu. O dwóch wydaniach Prawa rzymskiego Kazimierza Kolańczyka po 1975 roku*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2022, No. 123.
Robleda O., *Il diritto degli schiavi nell’antica Roma*, Roma 1976.
Rozwadowski W., *Kazimierz Kolańczyk 1915–1982*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1983, No. 35(2).
Schiavitù antica e moderna: problemi, storia, istituzioni, ed. L. Sichirolo, Napoli 1979.

Summary

Kazimierz Kolańczyk was one of the best-known Polish 20th century Romanists. He was primarily known as the author of a textbook *Roman Law*, he did not leave behind many published Romanist works. An analysis of archival materials in the Archive of the Polish Academy of Sciences, branch Poznań, resulted in a discovery of an unpublished paper “The Legal Situation of the Slave in Ancient Rome”, which was prepared and presented in 1980. This article aims to draw attention to the paper unknown to a wider audience and serve as a contribution to research on the Romanist’s achievements.

Keywords: Roman law, slavery, Kazimierz Kolańczyk

NIEWOLNICTWO Z PERSPEKTYWY RZYMSKIEGO PRAWA PRYWATNEGO. REFLEKSJE NA KANWIE NIEPUBLIKOWANEGO REFERATU KAZIMIERZA KOLAŃCZYKA Z 1980 ROKU

Streszczenie

Kazimierz Kolańczyk był jednym z najbardziej znanych polskich XX-wiecznych romanistów. Znany był przede wszystkim jako autor podręcznika *Prawo rzymskie*. Nie pozostawił po sobie zbyt wielu ogłoszonych drukiem prac romanistycznych. Analiza materiałów archiwalnych znajdujących się w Archiwum Polskiej Akademii Nauk, oddział w Poznaniu, doprowadziła do odnalezienia niepublikowanego referatu *Sytuacja prawna niewolnika w starożytnym Rzymie*, który został przygotowany i wygłoszony w 1980 r. Niniejszy artykuł ma na celu zwrócenie uwagi na ten nieznaną szerszemu gronu odbiorców referat, a także ma służyć jako przyczynek do badań nad osiągnięciami tego romanisty.

Słowa kluczowe: prawo rzymskie, niewolnictwo, Kazimierz Kolańczyk

Maurycy Ostaszewski

mgr prawa *summa cum laude* A.D. 2022 na Uniwersytecie Warszawskim
członek Okręgowej Izby Radców Prawnych w Warszawie
młodszy prawnik w Kancelarii Domański Zakrzewski Palinka Sp.k.
ORCID: 0000-0002-7766-3510

CHARAKTER PRAWNY UMÓW O DOSTARCZANIE TREŚCI LUB USŁUG CYFROWYCH

Wprowadzenie

Wśród krajowych i europejskich aktów normatywnych próżno szukać aktu prawnego kompleksowo regulującego umowy, których przedmiotem są treści cyfrowe lub usługi cyfrowe (dalej łącznie jako: produkty cyfrowe lub dobra cyfrowe). Po raz pierwszy kwestię obrotu nimi uregulowano w konsumenckiej dyrektywie 2011/83¹. Regulacja ta była jednak bardzo uboga i sprowadzała się do zdefiniowania treści cyfrowych (art. 2 pkt 11), określenia szczególnych obowiązków informacyjnych przedsiębiorcy, gdy przedmiotem jego umowy z konsumentem były treści cyfrowe (art. 5 ust. 1 lit. g i h oraz art. 6 ust. 1 lit. r i s), szczególnego momentu liczenia terminu na wykonanie prawa konsumenckiego odstąpienia od umowy (art. 9 ust. 2 lit. c), nieponoszenia kosztów dostarczania treści cyfrowych przez konsumenta w przypadku odstąpienia od umowy (art. 14 ust. 4 lit. b) oraz wyłączenia prawa do odstąpienia od umowy (art. 16 lit. m).

Kluczowym momentem dla szerszego uregulowania obrotu dobrami cyfrowymi było przyjęcie przez Komisję Europejską Strategii jednolitego rynku cyfrowego dla Europy². W wyniku jej realizacji Parlament Europejski i Rada przyjęły dyrektywę 2019/770 w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 304 z 22 listopada 2011 r., s. 64), dalej: dyrektywa 2011/83.

² Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Strategia jednolitego rynku cyfrowego dla Europy (COM(2015) 192 *final*).

treści cyfrowych i usług cyfrowych³. Warto przy tym zaznaczyć, że usługa cyfrowa jako osobny przedmiot obrotu prywatnoprawnego została wyodrębniona dopiero na etapie prac nad wspomnianą dyrektywą, a w pierwotnym jej brzmieniu usługi cyfrowe wchodziły w zakres pojęcia *treści cyfrowe*.

Zasadniczo zakres dyrektywy 2019/770 obejmuje odpowiedzialność przedsiębiorcy wobec konsumenta z tytułu braku zgodności treści cyfrowych lub usług cyfrowych z umową. Jest to zatem dyrektywa konsumencka, jej przepisy mają charakter bezwzględny i jest oparta na zasadzie harmonizacji maksymalnej, zgodnie z którą państwa członkowskie nie mogą utrzymywać w prawie krajowym ani wprowadzać do niego przepisów odbiegających od ustanowionych w dyrektywie cyfrowej, w tym również przepisów surowszych lub łagodniejszych w celu zapewnienia innego poziomu ochrony konsumentów, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w samej dyrektywie 2019/770⁴.

Przełomowość i istota doniosłości dyrektywy cyfrowej w równym stopniu przejawia się w tym, co zostało w niej uregulowane, jak i w tym, co zostało pozostawione regulacji państw członkowskich. Do tych „otwartych” zagadnień należą m.in.: charakter prawny umów o dostarczanie treści cyfrowych lub usług cyfrowych, w tym kwestia ich typologii, dopuszczalność rozszerzenia zakresu podmiotowego zastosowania regulacji implementującej dyrektywę⁵, odpowiedzialność osób trzecich niebędących przedsiębiorcami w rozumieniu dyrektywy, świadczących treści cyfrowe lub usługi cyfrowe, odpowiedzialność przedsiębiorcy wobec konsumenta w przypadku wystąpienia okoliczności od niego niezależnej, np. siły wyższej, dopuszczalność przewidzenia uprawnienia do wstrzymania się ze spełnieniem świadczenia do czasu zadośćuczynienia roszczeniom z tytułu niezgodności treści cyfrowej lub usługi cyfrowej z umową⁶.

Przepisy dyrektywy 2019/770 zostały implementowane do polskiego systemu prawnego ustawą z dnia 4 listopada 2022 r. o zmianie ustawy o prawach konsumenta, ustawy – Kodeks cywilny oraz ustawy – Prawo prywatne między-

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (Dz.Urz. L 136 z 22 maja 2019 r., s. 1), dalej: dyrektywa 2019/770 lub dyrektywa cyfrowa.

⁴ Co do sceptycyzmu doktryny wobec koncepcji harmonizacji maksymalnej zob. W.J. Kocot, *Europeizacja materialnego prawa prywatnego – stan obecny i perspektywy*, „Państwo i Prawo” 2020, z. 2, s. 111 i przywołana tam literatura.

⁵ Odnośnie do tego należy wskazać, że takie rozszerzenie jest postulowane przez doktrynę. Zob. A. Zwolińska, *Wpływ projektu dyrektywy o treściach cyfrowych na ich pojęcie – wnioski de lege lata i de lege ferenda* [w:] *Media elektroniczne. Współczesne problemy prawne*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2016, s. 296; D. Karkut, *Własność wirtualna w prawie polskim. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2018, s. 90. Ponadto zostało ono przyjęte w niemieckiej ustawie implementującej – § 327t BGB.

⁶ M. Pecyna, *Implementacja dyrektywy o umowach o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej – wyzwania dla ustawodawcy krajowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2021, nr 3, s. 608.

narodowe⁷, która weszła w życie 1 stycznia 2023 r. W zakresie swojej regulacji ustawa ta wdraża również dyrektywę 2019/771. Na mocy wspomnianej ustawy przepisy o umowach o dostarczanie treści cyfrowych lub usług cyfrowych zostały wprowadzone do ustawy o prawach konsumenta⁸. Przepisy wdrażane ustawą implementującą w istocie odzwierciedlają przepisy dyrektywy 2019/770. Polski ustawodawca nie uregulował zagadnień pozostawionych do rozstrzygnięcia prawodawcom krajowym.

Ani ustawa implementująca, ani dyrektywa 2019/770 nie określają zatem charakteru umów o dostarczanie treści lub usług cyfrowych. Już w uzasadnieniu projektu dyrektywy 2019/770 Komisja Europejska wskazała, że natura treści i usług cyfrowych, ich różnorodność oraz zmienność technologiczna powodują niepewność co do stosowania reżimu prawnego umów nazwanych⁹. Zgodnie zaś z motywem 12 dyrektywy 2019/770 rozstrzygnięcie kwestii, czy takie umowy stanowią np. umowę sprzedaży, umowę o świadczenie usługi, umowę najmu lub umowę *sui generis*, leży w gestii ustawodawców krajowych. Powyższe skłania do podjęcia próby przeanalizowania, czy na podstawie przepisów dyrektywy 2019/770 można ustalić charakter prawny stosunków zobowiązaniowych mieszczących się w pojęciu umów o dostarczanie treści cyfrowych lub usług cyfrowych.

Treści cyfrowe i usługi cyfrowe

Nie ulega wątpliwości, że umowa nie powinna być klasyfikowana ze względu na dobro, którego dotyczy, lecz ze względu na to, co ma się z tym dobrem wydarzyć¹⁰. Przykładowo nie miałoby sensu tworzenie odrębnego rodzaju umowy dla umów samochodowych, które obejmowałyby sprzedaż i wynajem samochodów, ich naprawę i przechowanie¹¹. Wobec tego za podobnie bezcelowe należałoby uznać tworzenie odrębnego rodzaju umowy dla treści i usług

⁷ Ustawa z dnia 4 listopada 2022 r. o zmianie ustawy o prawach konsumenta, ustawy – Kodeks cywilny oraz ustawy – Prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. 2022, poz. 2337), dalej: ustawa implementująca.

⁸ Ustawa z dnia 30 maja 2014 r. o prawach konsumenta (Dz.U. 2020, poz. 287 ze zm.), dalej: ustawa o prawach konsumenta.

⁹ K. Koman, *Umowy o dostarczanie treści i usług cyfrowych a ochrona konsumentów na rynku wewnętrznym: Dyrektywa 2019/770 i perspektywa jej implementacji do prawa polskiego*, Warszawa 2021, s. 39.

¹⁰ M. Wendland, *Sonderprivatrecht für Digitale Güter. Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa*, ZNglRWiss 2019, no. 118, s. 223; J. Kindl, *Verträge über digitale Inhalte – Vertragsnatur und geschuldete Leistung [w:] Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, red. J. Kindl, T. Arroyo Vendrell, B. Gsell, Baden-Baden 2018, s. 68.

¹¹ J. Kindl, *Verträge über digitale...*, s. 68.

cyfrowych. Dla zakwalifikowania do określonego typu umowy przedmiot umowy jest mniej decydujący niż treść należnego świadczenia.

Istota typizacji danej umowy zależy zatem od prawnej analizy przewidzianego w niej świadczenia. Dla cywilnoprawnej kwalifikacji istotna jest więc treść obowiązków strony danego stosunku zobowiązaniowego. Zgodnie z przepisami dyrektywy 2019/770 obowiązkiem dostawcy jest dostarczenie treści cyfrowych lub usług cyfrowych. Jednak przy analizie obowiązku dostarczenia nie można pominąć przedmiotu dostarczania, którym zgodnie z dyrektywą cyfrową są treści cyfrowe lub usługi cyfrowe. Pojęcia *treści cyfrowe* i *usługi cyfrowe* są tak obszerne, że obejmują dobra, których dostarczanie wymaga od dostawcy bardzo różnych zachowań.

Zgodnie z art. 2 pkt 5 dyrektywy 2019/770 treści cyfrowe to dane wytwarzane i dostarczane w postaci cyfrowej. Ich przykładami mogą być pliki muzyczne, książki elektroniczne, programy antywirusowe, gry komputerowe, aplikacje, awatary i przedmioty w grach komputerowych oraz poczta elektroniczna. Z kolei pod pojęciem usług cyfrowych rozumie się usługi pozwalające na wytwarzanie, przetwarzanie i przechowywanie danych lub dostęp do nich w postaci cyfrowej, lub usługę pozwalającą na wspólne korzystanie z danych w postaci cyfrowej, które zostały przesłane lub wytworzone przez użytkownika lub innych użytkowników tej usługi, lub inne formy interakcji za pomocą takich danych. Definicję usług cyfrowych uzupełnia motyw 19 dyrektywy 2019/770, zgodnie z którym pozwalają one na tworzenie, przetwarzanie lub przechowywanie danych w postaci cyfrowej bądź dostęp do nich. Pojęciem tym objęte są m.in. usługi typu „oprogramowanie jako usługa” (*Software-as-a-Service*), takie jak udostępnianie treści wideo i audio oraz innego rodzaju hosting plików, edycja tekstu lub gry oferowane w chmurze obliczeniowej i w mediach społecznościowych.

Zasadniczo kryterium rozróżnienia między treścią a usługą cyfrową jest to, że treści cyfrowe mogą być pobrane i zapisane na urządzeniu użytkownika, co nie jest możliwe w przypadku usług cyfrowych. Należy zatem wyraźnie zastrzec, że treści cyfrowe i usługi cyfrowe są dwoma zupełnie odrębnymi, zbiorczymi pojęciami, w związku z czym następne rozważania muszą traktować osobno o dostarczaniu treści cyfrowych i o świadczeniu usług cyfrowych. Trzeba je jednak poprzedzić refleksją nad terminem *dostarczanie*.

Pojęcie *dostarczanie*

Zgodnie z definicją *Słownika języka polskiego* czasownik *dostarczać* oznacza „sprawiać, żeby się coś znalazło, żeby się ktoś znalazł w określonym miejscu, w czymś rozporządzeniu, sprowadzać dokąd; dostawiać, doręczać” lub „być źródłem czegoś; dawać, udzielać”¹². Już w tym miejscu należy zaznaczyć,

¹² <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/dostarczac;5422322.html> (1.03.2023).

że w piśmiennictwie prawniczym wskazuje się, iż pojęcie *supply* (a więc po polsku *dostarczanie*) nie do końca odpowiada naturze produktów cyfrowych, ponieważ w analizowanych stosunkach zobowiązaniowych nie chodzi o samo otrzymanie określonych produktów, lecz o możliwość i uprawnienie do ich użycia¹³. Przykładowo w przypadku świadczenia usługi SaaS (*Software as a Service*) nie dochodzi do pobierania lub instalacji, lecz do ciągłego przepływu danych, który umożliwia dostęp. Ponadto nawet gdy dostarczenie produktu cyfrowego następuje przy użyciu nośnika danych, to samo otrzymanie tego nośnika nie jest wystarczające, aby uznać, że prawidłowo spełniono świadczenie¹⁴. Przywołane wyżej spostrzeżenie zasługuje zatem na aprobatę. Niezależnie jednak od zastrzeżeń natury semantycznej należy przeanalizować zachowanie, do którego zobowiązany jest dostawca produktów cyfrowych.

W myśl art. 5 ust. 1 dyrektywy 2019/770 dostawca dostarcza użytkownikowi treści cyfrowe lub usługę cyfrową. Powinien to zrobić bez zbędnej zwłoki po zawarciu umowy, chyba że strony w umowie postanowiły inaczej. Zgodnie z ust. 2 tego artykułu dostawca wykonuje swoje zobowiązanie do dostarczenia w momencie, gdy treści cyfrowe lub środki pozwalające na uzyskanie dostępu do treści cyfrowych, lub pobieranie treści cyfrowych zostały udostępnione użytkownikowi lub fizycznej albo wirtualnej platformie wybranej przez użytkownika do tego celu, lub gdy użytkownik albo taka platforma uzyskali do nich dostęp.

Dostarczanie treści cyfrowych

Zgodnie z art. 5 ust. 2 dyrektywy 2019/770 obowiązek dostarczenia treści cyfrowej jest spełniony w momencie, gdy 1) treści cyfrowe lub środki pozwalające na uzyskanie dostępu do treści cyfrowych, lub pobieranie treści cyfrowych zostały udostępnione użytkownikowi lub fizycznej albo wirtualnej platformie wybranej przez niego do tego celu; 2) użytkownik lub fizyczna albo wirtualna platforma wybrana przez niego do tego celu uzyskali dostęp do treści cyfrowych.

Przykładowo dostarczanie może nastąpić zarówno przez umożliwienie jednorazowego pobrania pliku na urządzenie użytkownika, jak i umożliwienie dostępu do pliku w sferze wirtualnej, gdzie można go odtworzyć, lecz nie można pobrać. W przypadku, gdy strony ustalą, że dostawca ma dostarczyć treść cyfrową na wirtualną platformę, dochodzi do zastosowania konstrukcji umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej, określonej w art. 393 k.c. W takiej sytuacji, o ile nie postanowiono inaczej, wirtualna platforma mogłaby żądać od dostawcy treści cyfrowych spełnienia świadczenia.

¹³ Zob. T.T. Rainer Schmitt, *A new warranty law for digital content ante portas*, „University of Vienna Law Review” 2018, no. 2, s. 13.

¹⁴ *Ibidem*.

Analiza świadczenia dostawcy wymaga rozważenia trzech kwestii: 1) co może być przedmiotem dostarczenia; 2) komu należy ten przedmiot dostarczyć i 3) w jaki sposób.

Przedmiot dostarczenia

Odnosnie do kwestii pierwszej, przedmiot dostarczenia może być dwojaki. Może nim być albo sama treść cyfrowa, albo środek umożliwiający uzyskanie dostępu do danych treści lub do ich pobrania¹⁵. Pierwszy przypadek występuje np. w sytuacji, gdy oprogramowanie jest instalowane na komputerze lub innym urządzeniu użytkownika¹⁶. W drugim przypadku pojęcie środka umożliwiającego uzyskanie dostępu do treści cyfrowych lub ich pobranie należy rozumieć możliwe szeroko¹⁷. Takim środkiem mogą być zatem np. media społecznościowe lub portal internetowy. Ponadto jeśli aplikacja mobilna lub program komputerowy umożliwia dostęp do innych treści cyfrowych, to za środek należy uznać samą treść cyfrową (w postaci wspomnianej aplikacji mobilnej lub programu komputerowego)¹⁸.

Wybór przedmiotu dostarczenia określonych treści cyfrowych należy do dostawcy, o ile nic innego nie zostało uzgodnione przez strony w umowie oraz o ile oba sposoby są odpowiednie, biorąc po uwagę cel umowy i charakter danych treści cyfrowych. Żaden ze wspomnianych przedmiotów nie ma w tym względzie pierwszeństwa. Ponadto w przypadku dostarczania przez dostawcę środka umożliwiającego użytkownikowi uzyskanie dostępu do treści lub pobranie ich dostawca ma swobodę wyboru takiego środka. Powinien jednak wziąć pod uwagę cel umowy i objęte nią interesy użytkownika¹⁹.

Podmiot dostarczenia

Swoje świadczenie dostawca spełnia bezpośrednio na rzecz użytkownika (co następuje, np. gdy użytkownik pobiera treść cyfrową na swój komputer lub smartfon) lub za pośrednictwem wybranej przez użytkownika infrastruktury obsługującej wirtualną lub fizyczną przestrzeń (niemiecka ustawa implementująca dyrektywę 2019/770 posługuje się pojęciem *Einrichtung*, które w tym kontekście należy przetłumaczyć jako urządzenie, które może mieć charakter fizyczny lub wirtualny²⁰). W drugim wariancie użytkownik uzyskuje dostęp do treści lub

¹⁵ R. Schulze, § 327b *Bereitstellung digitaler Produkte* [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, red. R. Schulze, 2021, nb. 9.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

środka za pomocą osoby trzeciej²¹. Wskazuje się, że chodzi tu o przypadki cloud computingu²².

W zależności od uzgodnień stron w konkretnym przypadku spełnienie świadczenia następuje na rzecz samego wierzyciela (przyjmując, że osoba ta występuje jako pomocnik użytkownika) albo na rzecz osoby trzeciej zgodnie z art. 393 k.c. W momencie dostarczenia treści cyfrowej lub środka wybranej przez użytkownika osobie (co najczęściej przybiera formę dostarczenie tych treści do chmury) dostawca spełnia swoje zobowiązanie. Nie ponosi wtedy odpowiedzialności za ewentualne późniejsze działania lub zaniechania dostawcy infrastruktury w zakresie dostępu lub możliwości korzystania z treści cyfrowych przez użytkownika²³.

Aby dostawca zwolnił się w ten sposób z obowiązku świadczenia, konieczne jest, żeby to użytkownik sam wskazał wirtualną przestrzeń, do której ma być dostarczona treść cyfrowa. Wskazanie może nastąpić zarówno w sposób wyraźny, jak i dorozumiany, w samej umowie lub po jej zawarciu²⁴. Użytkownik powinien podjąć decyzję w sposób wolny i niezależny. Natomiast wolnym i niezależnym wyborem nie jest wybór przestrzeni oferowanej przez dostawcę jako jedyny sposób uzyskania treści cyfrowej lub gdy przestrzeń ta jest kontrolowana przez dostawcę albo łączy ją z dostawcą stosunek prawny. Gdy wybór użytkownika nie spełnia tych warunków, a otrzymanie treści cyfrowych lub uzyskanie do nich dostępu za pośrednictwem wybranej przestrzeni jest niemożliwe, nie można twierdzić, że dostawca wykonał zobowiązanie do dostarczenia treści cyfrowych²⁵. Wówczas użytkownikowi przysługują takie same środki ochrony prawnej, jak w przypadku, w którym dostawca w ogóle nie dostarczył treści cyfrowych²⁶. Zgodnie zaś z art. 13 dyrektywy 2019/770 w takiej sytuacji użytkownik może wezwać dostawcę do dostarczenia treści cyfrowych, a gdy ten nie uczyni tego bez zbędnej zwłoki, użytkownik jest uprawniony do rozwiązania umowy.

Sposób dostarczenia

Odnośnie do kwestii sposobu dostarczenia treści cyfrowych użytkownikowi przez dostawcę wyróżnia się dwie możliwości. Po pierwsze, świadczenie dostawcy uważa się za spełnione w momencie udostępnienia (*zur Verfügung stellen*) treści lub środka właściwemu podmiotowi. Po drugie, alternatywnie świadczenie to może być spełnione przez umożliwienie dostępu (*zugänglich machen*)

²¹ *Ibidem*.

²² Zob. T.T. Rainer Schmitt, *A new warranty...*, s. 13.

²³ *Ibidem*; motyw 41 dyrektywy 2019/770.

²⁴ Zob. T.T. Rainer Schmitt, *A new warranty...*, s. 13.

²⁵ Motyw 41 dyrektywy 2019/770.

²⁶ *Ibidem*.

do treści lub środka. Takie rozróżnienie sposobów spełnienia świadczenia wynika wprost z art. 5 ust. 2 lit. a i b dyrektywy 2019/770 oraz jej motywu 41.

To, czy treści cyfrowe (lub środek) powinny zostać udostępnione, czy też powinien zostać umożliwiony do nich dostęp, każdorazowo zależy od uzgodnień stron dotyczących określonej treści cyfrowej²⁷. Czynność udostępnienia oznacza, że użytkownik ma zapewnioną niezależną i samodzielną możliwość dostępu do treści cyfrowej lub środka²⁸. W szczególności dotyczy to sytuacji, w których użytkownik ma uzyskać trwałą kontrolę nad określoną treścią cyfrową (np. za udostępnienie można uznać przesłanie linku do pobrania danej treści)²⁹.

Z kolei umożliwienie dostępu polega na tym, że dostawca stwarza użytkownikowi możliwość korzystania z określonej treści cyfrowej pod kontrolą innego podmiotu³⁰. Dotyczy to sytuacji, w których użytkownik nie powinien uzyskać trwałej możliwości korzystania i dysponowania treścią cyfrową, lecz wyłącznie ograniczoną w czasie możliwość korzystania z niej, np. w przypadku „wykupienia” transmisji meczu piłkarskiego lub filmu na platformie streamingowej. Spełnienie obowiązku umożliwienia dostępu w żadnym stopniu nie zależy od tego, czy użytkownik wykorzysta dostęp i ostatecznie skorzysta z treści cyfrowej. Kluczowe jest jedynie, żeby ze strony dostawcy nie były konieczne żadne inne działania podejmowane w celu umożliwienia użytkownikowi zgodnego z umową korzystania z treści cyfrowych³¹.

Świadczenie usług cyfrowych

W treści dyrektywy 2019/770 używa się sformułowania *dostarczanie treści cyfrowych lub usług cyfrowych*³², co zdaje się sugerować, że usługa cyfrowa stanowi swoisty przedmiot, który może podlegać dostarczaniu. Należy uznać posługiwanie się tym sformułowaniem za niefortunne i zauważyć, że dyrektywa 2019/770 koncepcyjnie wyróżnia osobny typ umów dotyczących usług cyfrowych. Usługa bowiem sama w sobie jest świadczona poprzez wykonywanie różnego rodzaju czynności faktycznych – jest treścią świadczenia, a nie przedmiotem umowy³². Poprawnie byłoby zatem używać sformułowania *świadczenie usług cyfrowych*³³.

²⁷ R. Schulze, § 327b *Bereitstellung*..., nb. 11.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² J. Kindl, *Verträge über digitale*..., s. 68.

³³ Zob. art 658¹ projektu implementacji dyrektywy 2019/770 sporządzonego przez inicjatywę Akademickiego Projektu Kodeksu Cywilnego – projekt opublikowany wraz z uzasadnieniem w „Kwartalniku Prawa Prywatnego” 2021, nr 2, s. 309–337 oraz dostępny na stronie internetowej:

Zobowiązanie dostawcy usługi cyfrowej uważa się za wykonane w chwili umożliwienia dostępu do usługi cyfrowej użytkownikowi bądź wybranemu przez niego do tego celu dostawcy infrastruktury obsługującemu fizyczną lub wirtualną przestrzeń.

Odnosnie do kwestii samego przedmiotu umów o świadczenie usług cyfrowych, może nim być jedynie sama usługa cyfrowa, co oznacza, że w przeciwieństwie do dostarczania treści cyfrowych, dostawca usług cyfrowych nie może spełnić swojego zobowiązania poprzez dostarczenie środka pozwalającego na uzyskanie dostępu do usługi cyfrowej lub pobieranie jej.

W przypadku usług cyfrowych mamy do czynienia wyłącznie z jednym sposobem ich świadczenia. Dostawca może spełnić swoje świadczenie tylko przez umożliwienie użytkownikowi dostępu do danej usługi. W przeciwieństwie zatem do treści cyfrowych, dostawca nie udostępnia przedmiotu umowy. Jest to związane ze szczególnym charakterem usług cyfrowych. Kontrola nad usługami nie może zostać trwale przeniesiona na użytkownika. Usługa zakłada wyłącznie umożliwienie korzystania³⁴.

Z kolei jeśli chodzi o to, komu usługa cyfrowa powinna być świadczona, to kwestia ta nie różni się od regulacji przewidzianej dla treści cyfrowych. Usługa cyfrowa może zatem być świadczona użytkownikowi bezpośrednio lub za pośrednictwem wybranego przez niego dostawcy infrastruktury obsługującego fizyczną lub wirtualną przestrzeń.

Świadczenie jednorazowe, sekwencyjne lub ciągłe

Biorąc pod uwagę podział świadczeń z punktu widzenia kryterium rozciągnięcia w czasie ich spełnienia, dostarczanie produktów cyfrowych może przybrać postać świadczenia jednorazowego, sukcesywnego lub ciągłego. Artykuł 11 ust. 2 zd. 1 dyrektywy 2019/770 wyraźnie wskazuje, że umowa może przewidywać dostawę pojedynczą lub szereg odrębnych dostaw, a ust. 3 zd. 1 tego artykułu – że umowa może przewidywać dostawy w sposób ciągły przez określony czas. W nauce prawa wskazuje się, że świadczenie jednorazowe wymaga jednokrotnego zachowania się dłużnika, które może wprawdzie trwać przez pewien czas, jednak czynnik czasu pozostaje nieistotny dla samego świadczenia, a w szczególności jego rozmiaru³⁵. Przykładem jednej dostawy jest sytuacja, gdy użytkownik pobiera e-book i zachowuje go na osobistym urządzeniu³⁶.

<https://www.projektkc.uj.edu.pl/index.php/konferencje/13-konferencje/74-implementacja-dyrektywy-2019-770-i-771-projekt-akademicki-i-uzasadnienie> (1.03.2023).

³⁴ R. Schulze, § 327b *Bereitstellung*..., nb. 11.

³⁵ M. Kaliński, *Treść i rodzaje świadczenia* [w:] A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2021, s. 57.

³⁶ Motyw 56 dyrektywy 2019/770.

Przy kwalifikacji „szeregu odrębnych dostaw” może powstać pytanie, czy owe odrębne dostawy stanowią świadczenie sukcesywne, czy okresowe. Świadczenia sukcesywne to takie, któremu brak cechy uzależnienia od czasu rozmiaru pojedynczego świadczenia³⁷. Kategoria ta znajduje zastosowanie do takich świadczeń jednorazowych, których szczególną cechą jest w danym stosunku powtarzalność³⁸. Świadczenia okresowe polegają natomiast na szeregu świadczeń jednorazowych, które powtarzają się w zauważalnych odstępach czasu³⁹. Przedmiotowo nie muszą one być tożsame⁴⁰ i są immanentnie uzależnione od czynnika czasu. To uzależnienie wyraża się w tym, że z perspektywy całościowo widzianego stosunku zobowiązaniowego czas rzutuje na rozmiar wszystkich świadczeń, odgrywając analogiczną rolę w odniesieniu do każdego ujętego osobno świadczenia.

Mając na uwadze, że szereg odrębnych dostaw może np. polegać na tym, iż użytkownik otrzymuje co tydzień link, aby pobrać nowy e-book⁴¹ lub film, należy stwierdzić, że w takich przypadkach rozmiar świadczenia nie zależy od czynnika czasu. Jednorazowe świadczenia są bowiem z góry określone. Liczba lub rozmiar e-booków czy odcinków serialu nie zwiększy się ze względu na upływ czasu. W związku z powyższym szereg odrębnych dostaw należy uznać za świadczenie sukcesywne.

Świadczenia ciągłe charakteryzują się stałym wykonywaniem polegającym na powtarzalnych zachowaniach w czasie trwania zobowiązania, mimo trudności w odróżnieniu od siebie poszczególnych zachowań⁴². Samodzielnym wyznacznikiem rozmiaru świadczenia jest element czasu⁴³. W nauce prawa jako przykłady stosunków, z których wynika obowiązek spełnienia świadczenia ciągłego, podaje się stosunki polegające na udostępnieniu komuś rzeczy lub prawa do używania⁴⁴. W odniesieniu do produktów cyfrowych dostawa w sposób ciągły może obejmować przypadki, gdy dostawca udostępnia usługę cyfrową użytkownikowi przez określony lub nieokreślony czas, np. w przypadku dwuletniej umowy o przechowanie w chmurze lub członkostwa w platformie mediów społecznościowych na czas nieokreślony⁴⁵.

Motyw 57 dyrektywy 2019/770 wyjaśnia, że kryterium dostawy w sposób ciągły nie powinna być konieczność jej długoterminowość. Takie przypadki, jak transmisja strumieniowa na żywo krótkiego filmu wideo, należy uznać za dosta-

³⁷ M. Kaliński, *Treść i rodzaje...*, s. 58.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Taki przykład został podany w motywie 56 dyrektywy 2019/770.

⁴² M. Kaliński, *Treść i rodzaje...*, s. 58.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*, za: A. Pyrzyńska, *Zobowiązanie ciągłe jako konstrukcja prawna*, Poznań 2017.

⁴⁵ Motyw 57 dyrektywy 2019/770.

wę w sposób ciągły przez określony czas, niezależnie od faktycznej długości pliku audiowizualnego. Przypadki, w których określone elementy treści cyfrowych lub usługi cyfrowej są udostępniane okresowo lub wielokrotnie w okresie trwania umowy lub tak długo, jak obowiązuje umowa na czas nieokreślony, należy również traktować jako dostawy w sposób ciągły przez określony czas, np. gdy umowa stanowi, że kopia oprogramowania antywirusowego może być wykorzystywana przez rok i będzie automatycznie aktualizowana pierwszego dnia każdego miesiąca w tym okresie lub że dostawca będzie wysyłał aktualizacje zawsze, gdy pojawią się nowe elementy gry cyfrowej, a treści cyfrowe lub usługa cyfrowa są dostępne dla użytkowników lub udostępniane im wyłącznie w okresie obowiązywania umowy lub tak długo, jak obowiązuje umowa na czas nieokreślony.

Cechą wyróżniającą jednorazową dostawę produktów cyfrowych lub ich szeregu dostaw jest fakt, że w ich rezultacie użytkownicy mają możliwość nieograniczonego dostępu do treści cyfrowych lub usługi cyfrowej. W takich przypadkach zgodność treści cyfrowych lub usługi cyfrowej z umową należy ocenić w momencie dostawy, a zatem dostawca ponosi odpowiedzialność za ewentualny brak zgodności z umową zaistniały w momencie pojedynczej dostawy lub każdej odrębnej dostawy⁴⁶. Natomiast cechą wyróżniającą dostarczania produktów cyfrowych w sposób ciągły jest to, że treści cyfrowe lub usługa cyfrowa są dostępne dla użytkowników lub udostępniane im wyłącznie w ustalonym okresie trwania umowy lub podczas obowiązywania umowy na czas nieokreślony. W takich przypadkach dostawca odpowiada wyłącznie za brak zgodności z umową, który ujawnił się w tym okresie⁴⁷.

Klasyfikacja umów o dostarczanie treści cyfrowe lub usług cyfrowych

Już na gruncie dyrektywy 2011/83 i implementującej ją ustawy o prawach konsumenta zaproponowano trzy propozycje rozwiązań kwestii kwalifikacji prawnej umów o dostarczanie treści cyfrowych. Wobec takiego samego brzmienia definicji treści cyfrowych na gruncie dyrektywy cyfrowej propozycje te w dużej mierze zachowały aktualność. Zgodnie z nimi rzeczzone umowy należy klasyfikować: 1) *in concerto*, każdorazowo analizując rodzaj świadczenia; 2) jako świadczenie usług albo 3) jako umowy *sui generis*⁴⁸.

⁴⁶ Por. motyw 56 dyrektywy 2019/770 i art. 11 ust. 2 dyrektywy 2019/770.

⁴⁷ Por. motyw 57 dyrektywy 2019/770 i art. 11 ust. 3 dyrektywy 2019/770.

⁴⁸ Por. T. Targosz, M. Wyrwiński, *Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 1, s. 23; M. Wyrwiński, *Dostarczanie treści cyfrowych w Internecie – problem kwalifikacji prawnej świadczenia* [w:] *Nie tylko hipoteka... Zeszyt jubileuszowy dedykowany Profesorowi Jerzemu Pisulińskiemu*, red. M. Kućka, K. Pałka, Warszawa 2015, s. 189.

Wobec szerokiego ujęcia treści cyfrowych niewątpliwie słuszne jest stwierdzenie, że pojęcie umów o dostarczenie treści cyfrowych może obejmować bardzo różne umowy i o różnym charakterze prawnym⁴⁹. Mogą to być umowy przenoszące prawa do określonych treści cyfrowych, umowy licencyjne, umowa o świadczenie usług, czy jakaś inna umowa nienazwana⁵⁰. W odniesieniu do konkretnych treści cyfrowych w literaturze badano np. charakter umów o dostarczanie przedmiotów wirtualnych w grach komputerowych⁵¹ lub umów o pobranie z sieci treści chronionych prawem autorskim⁵².

Przeprowadzanie podobnych analiz w odniesieniu do innych kształtujących się empirycznie umów elektronicznych pozostaje zasadne, a uchwalenie dyrektywy 2019/770 tego nie zmieniło. Pojęcie umów o dostarczanie treści cyfrowych należy bowiem traktować jako kategorię zbiorczą. Skoro dyrektywa 2019/770 (która jak dotychczas najszerzej reguluje kwestie umów o treści cyfrowe) nie wprowadza odrębnego typu umowy, to przewidziane w niej instrumenty prawne znajdą zastosowanie do umów stypizowanych, a także umów nienazwanych, których przedmiotem jest dostarczanie treści cyfrowych⁵³. Zatem instytucje wprowadzone na podstawie dyrektywy 2019/770 znajdują zastosowanie do umów, których przedmiotem świadczenia może być przeniesienie własności, ustanowienie praw do korzystania z cudzej rzeczy lub prawa czy też świadczenie usług⁵⁴. Wskazuje się również, że umowy o dostarczanie treści cyfrowych mogą mieć jednorodny albo niejednorodny, hybrydowy, a także mieszany charakter, a specyfika treści cyfrowych powoduje, że normy regulujące ich dostarczanie będą zawsze, w mniejszym albo większym stopniu, przeplatały się lub zachodziły na normy odnoszące się do przedmiotów materialnych⁵⁵.

Jeszcze przed uchwaleniem dyrektywy 2019/770 w literaturze wskazano wprost, że umowa o dostarczenie treści cyfrowych może być kwalifikowana jako umowa sprzedaży, najmu, leasingu, umowa o dzieło, o świadczenie usług czy też umowa *sui generis* niezaliczana do żadnego z wymienionych typów⁵⁶. Na grun-

⁴⁹ Tak: J. Pisuliński, *Stosowanie wspólnych europejskich przepisów o sprzedaży do treści cyfrowych* [w:] *Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, red. A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc, Warszawa 2013, s. 802.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Zob. J. Wyczik, *Dobra wirtualne z perspektywy użytkowników i dostawców treści. Prawne uwarunkowania obrotu*, Warszawa 2022.

⁵² Zob. E. Kacperek, P. Zawadzki, *Charakter umów o pobranie z sieci treści chronionych prawem autorskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 10, s. 29–36.

⁵³ E. Macierzyńska-Franaszczyk, *Umowa o dostarczanie treści cyfrowych według projektu dyrektywy o dostarczanie treści cyfrowych* [w:] *Prawo kontraktów*, red. Z. Kuniewicz, D. Sokółowska, Warszawa 2017, s. 296.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 300.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 296.

cie dyrektywy cyfrowej powyższe spostrzeżenie w dużej mierze zachowuje aktualność.

Jak już wskazano, dyrektywa 2019/770 w art. 11 dzieli dostarczanie treści cyfrowych na pojedynczą dostawę, szereg odrębnych dostaw oraz na dostawę ciągłą, co w istocie oznacza, iż dostarczanie może być zarówno świadczeniem o charakterze jednorazowym, jak i ciągłym, a co za tym idzie – że treści cyfrowe mogą być dostarczane w sposób trwały lub czasowy⁵⁷. W związku z powyższym wskazuje się, że trwałe udostępnienie treści cyfrowej jest najbardziej zbliżone do konstrukcji umowy sprzedaży, zaś udostępnienie treści cyfrowej w sposób czasowy – do umowy najmu⁵⁸.

Podobieństwo z umową sprzedaży przejawia się wtedy, gdy umowa przewiduje trwałe i ostateczne przeniesienie treści cyfrowych wraz z takim samym przeniesieniem prawa do korzystania z danych treści. Taki sposób dostarczenia treści cyfrowych wyraża się w użytych w art. 5 ust. 2 lit. a dyrektywy 2019/770 sformułowaniach *uzyskanie dostępu* lub *pobranie*⁵⁹. W odróżnieniu od stosunków podobnych do najmu, ten sposób dostarczania wyróżnia fakt, że użytkownik ma możliwość nieograniczonego dostępu do treści cyfrowych⁶⁰.

Celem umów, na mocy których dochodzi do udostępniania treści cyfrowych w sposób ograniczony w czasie, jest umożliwienie korzystania z nich przez pewien czas, przy czym umowy te mogą być zawierane zarówno na czas określony, jak i nieokreślony⁶¹. Z samej treści dyrektywy 770 wynika, że prawodawca unijny zauważył różnicę między czasowym i trwałym dostarczaniem treści cyfrowych. Potwierdzają to przepisy odnoszące się osobno do zjawiska dostarczania treści cyfrowych w sposób czasowych. Kwestie uregulowane osobno obejmują ciężar dowodu (art. 12 ust. 3), obniżenie ceny w przypadku braku zgodności z umową (art. 15 ust. 5), obowiązek dostawcy w przypadku rozwiązania umowy (art. 16 ust. 1) i dopuszczalność zmiany treści cyfrowych przez dostawcę (art. 18 ust. 1). W przywołanych przepisach dyrektywa 2019/770 posługuje się sformułowaniem *dostarczanie przez określony czas*.

Dostrzeżenie tego rodzaju świadczenia (umożliwienie korzystania) ma istotne znaczenie dla rozwoju prawa umów, gdyż na gruncie dyrektywy 2019/770 po raz pierwszy zauważono kwestię przeniesienia prawa do korzystania niezależnie od prawa autorskiego lub regulacji dotyczących umów *timeshare*⁶². Dotychczas

⁵⁷ M. Wendland, *Sonderprivatrecht...*, s. 210.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Por. motyw 56 dyrektywy 2019/770.

⁶¹ M. Wendland, *Sonderprivatrecht...*, s. 213.

⁶² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/122/WE z 14 stycznia 2009 r. w sprawie ochrony konsumentów w odniesieniu do niektórych aspektów umów timeshare, umów o długoterminowe produkty wakacyjne, umów odsprzedaży oraz wymiany (Dz.U. UE. L. z 2009 r., nr 33, s. 10).

bowiem przeniesienie prawa do korzystania było w dużej mierze kwalifikowane w europejskim prawie zobowiązań jako usługa⁶³. Odejście od dwumianu towarów i usług, który w dużej mierze dominuje w unijnym prawie umów⁶⁴, odpowiada również rosnącemu znaczeniu umów o korzystanie w gospodarce cyfrowej, co widać np. w obecnym wzroście popularności umów subskrypcyjnych⁶⁵.

W przeciwieństwie do umowy sprzedaży lub najmu, umowa o świadczenie usług nie dotyczy z reguły dobra prawnego (w świecie cyfrowym takim dobrem jest treść cyfrowa), zatem świadczeniem wynikającym z niej jest precyzyjnie określona w umowie usługa. Dogmatycznie usługi tworzą własną kategorię umów o ich świadczenie.

Świadczenie usług cyfrowych niewątpliwie nie wiąże się z obowiązkiem dostarczenia jakiegoś egzemplarza cyfrowego (treści cyfrowej), który miałby być objęty jakimkolwiek władztwem wierzyciela. Daje się to zauważyć np. w przypadku usług streamingu. Świadczenia streamingu nie można przyrównać do sprzedaży ze względu na brak obowiązku zapewnienia użytkownikowi nieograniczonego czasowo władztwa nad egzemplarzem cyfrowym⁶⁶.

Jeżeli z umowy nie wynika obowiązek dostarczenia egzemplarza cyfrowego choćby na czas potrzebny do korzystania, to wówczas trudno byłoby znaleźć podobieństwo do umowy najmu lub użyczenia, ponieważ *essentialia negotii* obu tych typów umów obejmują zobowiązanie do oddania rzeczy⁶⁷. Wskazuje się także, że sam obowiązek udostępnienia możliwości skorzystania z treści cyfrowych w ramach VoD nie jest wystarczający do przyjęcia istnienia podobieństwa z umową najmu lub użyczenia⁶⁸, choć należy przyznać, że rozgraniczenie między świadczeniem usług a najmem lub stosunkami mu podobnymi może sprawiać trudności⁶⁹.

Ze względu na to, że świadczenie usług cyfrowych najczęściej sprowadza się do zapewnienia możliwości dostępu do określonego zasobu treści cyfrowych, a obowiązki dostawcy (usługodawcy) polegają wtedy na zagwarantowaniu technicznej możliwości skorzystania przez użytkownika z dostępu, należy stwierdzić, że dostarczaniu usług cyfrowych najlepiej odpowiada umowa o świadczenie

⁶³ Zob. wyrok TS z 10 marca 2005 r., C-336/03, *Easycar (Uk) Ltd v. Office Of Fair Trading*, Zotsis 2005, nr 3A, poz. I-1947, w którym uznano umowę najmu samochodu za umowę o świadczenie usług.

⁶⁴ Również w obowiązujących przepisach prawa międzynarodowego i europejskiego umowom o świadczenie usług przyznaje się – obok umów sprzedaży towarów – najważniejszą rolę w obrocie prawnym. Takie podejście regulacyjne przyjęto np. w rozporządzeniu Rzym I – art. 4 (Prawo właściwe w przypadku braku wyboru prawa) i n. Zob. R. Morek, M. Raczkowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. W. Borysiak, Warszawa 2022, art. 750.

⁶⁵ M. Wendland, *Sonderprivatrecht...*, s. 214.

⁶⁶ M. Wyrwiński, *Dostarczanie treści...*, s. 195–196.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ M. Wendland, *Sonderprivatrecht...*, s. 215.

usług z art. 750 k.c. Ponadto w przypadku umów o świadczenie usług cyfrowych dochodzi zawsze do świadczenia usług drogą elektroniczną w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁷⁰, co oznacza, że na stronach tego stosunku, niezależnie od szczegółowego przedmiotu świadczenia, ciążyą obowiązków wynikające z tej ustawy⁷¹.

Podsumowanie

Podsumowując, w odniesieniu do treści cyfrowych, ze względu na obszerność zachowań mieszczących się w zakresie ich dostarczania, umowy o dostarczanie treści cyfrowych nie są umowami *sui generis*, a także nie mogą być zakwalifikowane jako umowy o świadczenie usług. Umowy te są swoistą kategorią obejmującą wiele różnych umów zawieranych i wykonywanych elektronicznie. *De lege lata* najczęściej umowy takie można zakwalifikować jako umowy nienazwane będące podtypem umowy sprzedaży – gdy ich celem jest trwale dostarczenie treści cyfrowej użytkownikowi, tak aby ten mógł z niej korzystać w sposób nieograniczony, lub umowy najmu – gdy celem umowy jest czasowe dostarczenie treści cyfrowej. Jednak należy mieć na uwadze możliwość innej kwalifikacji – zależnie od konkretnej umowy.

Powyższa przyporządkowująca systematyzacja zakłada istnienie idealnego podobieństwa do tradycyjnych typów umów, co bardzo często może nie mieć miejsca. Jeżeli np. umowę zakwalifikuje się jako podobną do umowy sprzedaży, to – w zakresie w niej nie uregulowanym – do sytuacji stron należy stosować w pierwszej kolejności przepisy implementujące dyrektywę 2019/770, a w drugiej – przepisy o sprzedaży.

W odniesieniu do umów o świadczenie usług cyfrowych należy wskazać, że zdefiniowane w dyrektywie 2019/770 świadczenie wynikające z takich umów należy zakwalifikować jako usługę, wobec czego trzeba uznać je za umowy o świadczenie usług, do których poza przepisami implementującymi dyrektywę 2019/770 należy stosować odpowiednio przepisy o umowie-zleceniu. Oprócz tego ze względu na to, że w przypadku umów o świadczenie usług cyfrowych dochodzi zawsze do świadczenia usług drogą elektroniczną w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, na stronach takiego stosunku, niezależnie od szczegółowego przedmiotu świadczenia, ciążyą obowiązków wynikające z tej ustawy.

⁷⁰ Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. 2020, poz. 344), dalej: ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

⁷¹ Zob. M. Węgiński, *Obowiązki usługodawców w przypadku umów świadczonych drogą elektroniczną* [w:] *System Prawa Handlowego*, t. Vc: *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, 2020, nb. 264.

Charakter treści cyfrowych i usług cyfrowych powoduje, że normy regulujące ich dostarczanie muszą, w większym lub mniejszym stopniu, przeplatać się z normami odnoszącymi się do rzeczy. Wydaje się, że *de lege lata* brak jest argumentów przemawiających za zasadnością stypizowania umów o dostarczanie treści cyfrowych lub usług cyfrowych. Z jednej strony wpływa to na większą elastyczność i otwarcie na nowości technologiczne tej kategorii umów, z drugiej zaś pogłębia istniejącą fragmentację regulacji w Unii Europejskiej.

Bibliografia

- Kacperek E., Zawadzki P., *Charakter umów o pobranie z sieci treści chronionych prawem autorskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2009, nr 10.
- Kaliński M., *Treść i rodzaje świadczenia* [w:] A. Brzozowski, J. Jastrzębski, M. Kaliński, E. Skowrońska-Bocian, *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2021.
- Karkut D., *Własność wirtualna w prawie polskim. Zagadnienia wybrane*, Wrocław 2018.
- Kindl J., *Verträge über digitale Inhalte – Vertragsnatur und geschuldete Leistung* [w:] *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, red. J. Kindl, T. Arroyo Vendrell, B. Gsell, Baden-Baden 2018.
- Kocot W.J., *Europeizacja materialnego prawa prywatnego – stan obecny i perspektywy*, „Państwo i Prawo” 2020, z. 2.
- Koman K., *Umowy o dostarczanie treści i usług cyfrowych a ochrona konsumentów na rynku wewnętrznym: Dyrektywa 2019/770 i perspektywa jej implementacji do prawa polskiego*, Warszawa 2021.
- Macierzyńska-Franaszczyk E., *Umowa o dostarczanie treści cyfrowych według projektu dyrektywy o dostarczanie treści cyfrowych* [w:] *Prawo kontraktów*, red. Z. Kuniewicz, D. Sokołowska, Warszawa 2017.
- Morek R., Raczkowski M. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. W. Borysiak, Warszawa 2022.
- Pecyna M., *Implementacja dyrektywy o umowach o dostarczanie treści cyfrowych lub usługi cyfrowej – wyzwania dla ustawodawcy krajowego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2021, nr 3.
- Pisuliński J., *Stosowanie wspólnych europejskich przepisów o sprzedaży do treści cyfrowych* [w:] *Spory o własność intelektualną. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorom Januszowi Barcie i Ryszardowi Markiewiczowi*, red. A. Matlak, S. Stanisławska-Kloc, Warszawa 2013.
- Rainer Schmitt T.T., *A new warranty law for digital content ante portas*, „University of Vienna Law Review” 2018, no. 2.
- Schulze R., § 327b *Bereitstellung digitaler Produkte* [w:] *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*, red. R. Schulze, 2021.
- Targosz T., Wyrwiński M., *Dostarczanie treści cyfrowych a umowa sprzedaży. Uwagi na tle projektu nowelizacji art. 555 kodeksu cywilnego*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 1.
- Wendland M., *Sonderprivatrecht für Digitale Güter. Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa*, ZVglRWiss 2019, no. 118.
- Węgierski M., *Obowiązki usługodawców w przypadku umów świadczonych drogą elektroniczną* [w:] *System Prawa Handlowego*, t. Vc: *Prawo umów handlowych*, red. M. Stec, 2020.
- Wyczik J., *Dobra wirtualne z perspektywy użytkowników i dostawców treści. Prawne uwarunkowania obrotu*, Warszawa 2022.

Wyrwiński M., *Dostarczanie treści cyfrowych w Internecie – problem kwalifikacji prawnej świadczenia* [w:] *Nie tylko hipoteka... Zeszyt jubileuszowy dedykowany Profesorowi Jerzemu Pisułkiemu*, red. M. Kućka, K. Pałka, Warszawa 2015.

Zwolińska A., *Wpływ projektu dyrektywy o treściach cyfrowych na ich pojęcie – wnioski de lege lata i de lege ferenda* [w:] *Media elektroniczne. Współczesne problemy prawne*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek, Warszawa 2016.

Streszczenie

Umowy o dostarczanie treści cyfrowych lub usług cyfrowych zostały uregulowane przede wszystkim w dyrektywie 2019/770, która została implementowana do polskiego porządku prawnego w ramach ustawy o prawach konsumenta. Polski ustawodawca nie zdecydował się na określenie charakteru prawnego takich umów. Dla cywilnoprawnej kwalifikacji istotna jest treść charakterystycznych obowiązków wynikających z danego stosunku zobowiązaniowego. Świadczeniem charakterystycznym dla umów o produkty cyfrowe jest ich „dostarczenie” (przy czym w przypadku „dostarczania usług cyfrowych” chodzi w istocie o świadczenie tychże usług). Dostarczanie treści cyfrowych polega na udostępnieniu lub umożliwieniu dostępu. Udostępnienie prowadzi do uzyskania trwałej kontroli nad określoną treścią cyfrową, podczas gdy umożliwienie dostępu zapewnia użytkownikowi wyłącznie ograniczoną w czasie możliwość korzystania. Świadczenie usług cyfrowych polega natomiast na umożliwieniu dostępu do tychże usług. Ze względu na kryterium rozciągnięcia w czasie spełnienia świadczenia dostarczanie produktów cyfrowych może przybrać postać świadczenia jednorazowego, sukcesywnego lub ciągłego. Ze względu na szerokie ujęcie pojęcia treści cyfrowych oraz różne sposoby ich dostarczania umowy o dostarczanie treści cyfrowych należy uznać za swoistą kategorię prawną obejmującą wiele różnych umów zawieranych i wykonywanych elektronicznie. Natomiast umowy o świadczenie usług cyfrowych należy zakwalifikować jako umowy o świadczenie usług, do których zastosowanie znajdują przepisy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Słowa kluczowe: kwalifikacja prawna, produkty cyfrowe, udostępnienie, umożliwienie dostępu, świadczenie usług

THE LEGAL NATURE OF CONTRACTS FOR THE SUPPLY OF DIGITAL CONTENT OR SERVICES

Summary

Contracts for the supply of digital content or services are primarily regulated by Directive 2019/770, which was implemented into the Polish legal order within the framework of the Consumer Rights Act. The Polish legislator has not opted to define the legal nature of such contracts. For the civil legal qualification, relevant is the content of the characteristic obligations arising from a given contractual relationship. The performance characteristic for contracts for digital products is their “supply”. The supply of digital contents consists of making available or accessible. Making available leads to gaining permanent control over a specific digital content, while making accessible only provides the user with a time-limited capability for use. Providing digital services, on the other hand, involves making those services accessible. With regard to the criteria of duration of

performance, the supply of digital products can occur in the form of one-time, successive or continuous performance. Due to the broad concept of digital content and the various ways of providing it, contracts for the supply of digital content should be known as a peculiar legal category encompassing many different contracts concluded and performed electronically. Digital service contracts, on the other hand, should be classified as service contracts to which the provisions on the provision of electronic services apply.

Keywords: legal qualification, digital products, making available, making accessible, supply of services

Edyta Sokalska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
ORCID: 0000-0003-0903-7726

**SEARCHING FOR A NEW FORMULA OF A STATE:
INTERNATIONAL DISCOURSE ON DELIBERATIVE
DEMOCRACY****Introduction**

The idea of civil society might be taken into closer consideration in a variety of contexts. The issue of civil society has become a fundamental element of the modern discussion on well governed state. International discourse searches for the appropriate forms of institutionalization corresponding to its essence. The importance of the subject matter became part of the transformation of the post communist regimes that were characterized by the distinctive dichotomy between a society and a state¹, as well as the European integration process, where the idea of civil society was reflected in formal and legal subjectivity of individuals².

The purpose of the activities of civil society is self-organization, which reflects the citizen's subjectivity and human dignity. Different understanding of civil society results from different perception of the relationship between an individual and the society, and the role of a state and its connections with varied social groups that act publicly. It should be taken into closer consideration that civil society assumes the active participation of citizens in public life directly or via some established institutions in order to promote and manifest the own interests and values, which are independent of the state institutions. Civil society fulfils itself in the conditions of the functioning of some autonomous social insti-

¹ A. Arato, *The Rise, Decline and Reconstruction of the Concept of Civil Society, and Directions for Future Research* [in:] *Civil Society, Political Society, Democracy*, eds. A. Bibic, G. Graziano, Lubljana 1994, p. 10.

² R. Kania, M. Kazimierczuk, *Wstęp* [in:] *Spółeczeństwo obywatelskie. Historia, teoria, praktyka*, eds. R. Kania, M. Kazimierczuk, Warszawa 2021, p. 9. For more about the historical development of the idea of civil society, see: M. Kazimierczuk, *Ewolucja pojęcia idei społeczeństwa obywatelskiego* [in:] *Spółeczeństwo obywatelskie. Historia, teoria, praktyka*, eds. R. Kania, M. Kazimierczuk, Warszawa 2021, pp. 14–30.

tutions, which are not controlled centrally by the state authorities. It is significant that self-government is an expression of civil society, and it is also an indication of the decentralization of modern public administration. It might be also perceived as the local form of organization of state structure that serves the realization of public interest, which goes beyond the local interest³.

It is significant that the idea of civil society has become one of the most important premises of deliberative (participatory) democracy. Social participation and strong civil society are unquestionable part of modern administration of the public sphere. The question concerning the best model of democracy is still present in the international political and scientific discourse.

The development of deliberative democracy has aroused curiosity concerning the instruments and forms that promote effective participation and deliberation in the field of local self-government and other areas. It is significant that 'participation' is a multidimensional term. Social participation might be understood as taking part of residents in collective actions and projects arising from the use of the resources of a given area, oriented at meeting the needs of people living there. Social participation can also be considered a method or effect, but then we ask how participation and its products shape the human being.

It is worth to emphasize that social participation is also linked to the notion of participation at the local level, which in turn determines the awareness of the civil society manifesting civil activity. On the other hand, civil activity consists in joint and conscious articulation, implementation and defense of interests, its needs or aspirations of a social group by its members. In the case of civil (social) participation, it is a phenomenon consisting in the participation of the community of inhabitants of a given town, commune, district, region, and even state in identifying and solving common needs and problems. The concept includes all manifestations of organizing or associating people who aim to satisfy their material and non-material needs, as well as the inclusion of people who carry out public tasks by governmental or local government authorities⁴.

The worldwide literature concerning the development of deliberative democracy and social participation is impressive. The representatives of science strive to answer the question how to make political authority legitimate. It should be taken into account that the publications of J.S. Dryzek⁵ and

³ E. Sokalska, *Challenges of the Polish local self-government in the context of the development of the civil society*, „Studia Politologiczne” 2020, No. 5, pp. 135–136.

⁴ J. Kacperska-Michota, *Partycypacja społeczna jako sposób wypowiedzi społeczeństwa obywatelskiego* [in:] *Spółeczeństwo obywatelskie. Historia, teoria, praktyka*, eds. R. Kania, M. Kaziemierzczuk, Warszawa 2021, p. 241.

⁵ J.S. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, New York 2000; *idem*, *Deliberative Global Politics: Discourse and Democracy in a Divided World*, Cambridge 2006; *idem*, *Democratic Political Theory* [in:] *Handbook of Political Theory*, eds.

J.S. Fishkin⁶ influenced the scientific and social perception of the phenomenon. The value of communication in a community as a sphere, in which an individual citizen has the opportunity to engage in common values and maximize the agreement through communication, was highlighted by such eminent philosophers as J. Rawls⁷ and J. Habermas⁸.

The purpose of the article is to present the European experience concerning the development of deliberative democracy. The main questions the present study strives to answer are: In what directions has the international scientific discourse on deliberative democracy developed? What shortcomings of this form of government are diagnosed at the local level in the context of the experience of European countries? In the first part of the article, an overview of some global trends relating to the evolution of deliberative democracy will be presented. The shortcomings of the deliberative system identified in the context of international research will be considered in the second part of the publication. In this particular study, the comparative and formal-dogmatic methods were applied to address the research questions and then, to reach some conclusions. Unfortunately, since the modest scope of the article does not allow for an exhaustive treatment of the subject, the present work is contributory in nature.

International debate on the directions of deliberative democracy

It can be observed that during a thirty-year worldwide debate on the development of deliberative democracy, any unified 'school' or current were established⁹. In line with the development of the discourse, it was becoming more internally diverse. Advocates of deliberative democracy differ when answering the question of what kind of communication is conceived as deliberative, where and at which level deliberation should take place, who should participate in de-

G.F. Gaus, Ch. Kukathas, London 2004; *idem*, *Democratization as Deliberative Capacity Building*, „Comparative Political Studies” 2009, Vol. 42(11), pp. 1379–1402.

⁶ J.S. Fishkin, *The Voice of the People: Public Opinion and Democracy*, New Haven 1995; *idem*, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, New Haven 1993; *idem*, *When the People Speak. Deliberative Democracy and Public Consultations*, New York 2011.

⁷ J. Rawls, *A Theory of Justice. Revised Edition*, Oxford–New York 1999.

⁸ J. Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol. I: *Reason and the Rationalization of Society*, Beacon Press, Boston 1984; *idem*, *Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research*, „Communication Theory” 2006, Vol. 16(4), pp. 411–426.

⁹ About the term and development of deliberative democracy, see more: E. Sokalska, *Deliberative democracy in the time of crisis: participatory instruments at the local level and their limitations (some remarks)*, „Journal of Modern Science” 2020, Vol. 2(45), pp. 227–230.

liberation and how. They also present different points of view on the expected outcomes of deliberation¹⁰.

Although there is some overlap in certain solutions, methodologies, and tools, several stages can be identified in the deliberative democracy discourse. The first generation of explorers of deliberative democracy were concerned with the normative theory. J. Habermas highlighted the legitimacy of collective decisions through the discursive character of their decision-making procedures. In his early works, J.S. Dryzek presented a radical concept of discursive democracy allowing for a transnational or supra-state view on democracy. The considerations of J. Cohen also fall within the above current¹¹. Something that was common to this current it was the articulation of the need to push forward deliberative democracy on a mass scale, and the preference for a vision of deliberative democracy formed normatively, something that had not actually been possible on a mass scale before.

The second generation of scholars was concerned with defining deliberation more broadly in order to consequently create a model more 'sensitive' to the heterogeneity, pluralism, and complexity of contemporary democracies¹². Their field of interest included the requirement of rational arguments and consensus in deliberation, which consequently brought deliberative democracy theory closer to other issues related to multiculturalism, environmental politics, or feminism¹³. Representatives of the second generation raised issues of potential inequalities during discourse, and the possibility of instrumentalization or strategic use of deliberation by its influential participants. In this way, deliberation brought deliberative democracy closer to the real world of dilemmas and conflicts, while giving deliberation a more practical meaning and making it more 'mature'.

Unlike their predecessors, the third generation of participants of the scientific discourse on deliberative democracy does not shy away from detailed institutional designs and empirical analysis of deliberative practices. The research on institutional mechanisms in order to develop actual deliberation is promoted. Within this current, there are theories more oriented towards practical solutions,

¹⁰ See also Polish subject related literature presented: E. Sokalska, *W poszukiwaniu idealnej formuły państwa: blaski i cienie demokracji deliberatywnej na poziomie lokalnym (wybrane uwagi)* [in:] *Spółczesność obywatelska. Historia, teoria, praktyka*, eds. R. Kania, M. Kazimierczuk, Warszawa 2021, pp. 208–211; *eadem, Flaws and Advantages of the Polish Local Self-Government in the 21st Century: Social Consultations at the Local Level*, „Lex Localis” 2021, Vol. 19, No. 1, pp. 19–37.

¹¹ J. Cohen, *Deliberation and Democratic Legitimacy* [in:] *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, eds. A. Hamlin, P. Pettit, Oxford 1989, pp. 17–35.

¹² The works of M. Deavaux (*A Deliberative Approach to Conflicts of Culture*, „Political Theory” 2003, Vol. 31(6), pp. 780–807) or the letter works of J.S. Dryzek (*Deliberative Democracy...*) might be mentioned here.

¹³ S. Elstub, *The Third Generation of Deliberative Democracy*, „Political Studies Review” 2010, Vol. 8(3), p. 298.

namely the design of deliberative institutions and their empirical analysis. Therefore, a large part of the literature is devoted to various participatory practices, e.g. participatory budgets.

Noteworthy is the approach proposed by J.S. Fishkin in a 1995 publication, where he presents the idea of so-called deliberative pools, i.e. a representative sample of citizens from a given area, such as those living in an administrative unit, to participate in deliberating on a particular problem or project¹⁴. Fishkin's proposal initiated a debate on the promotion of deliberative practices through small community groups (mini-publics), while at the same time, looking for a suitable method to systematically study the deliberation process and identify the required parameters of institutional arrangements. A micro rather than macro approach to deliberation can be identified here. The objects of exploration are small communities and institutions removed from the wider discursive environment in which they operate¹⁵. Nevertheless, it has become necessary to return to a holistic concept of deliberative systems, and the need to perceive the deliberation not just as isolated, local practices but as coherent macro-scale activities.

In recent years, the concept of a deliberative system, where deliberation is conceived as communication occurring in multiple, sometimes partly overlapping spaces, where the need for interaction between these spheres is emphasised, has gained renewed importance. In this respect, deliberation is not confined only to the forum interested in structure, which was the focus of the scholarly community's reflections on deliberative democracy in the 1990s, and defined by J.S. Dryzek as the 'deliberative turn'¹⁶.

The growing range of literature on deliberative systems reflects the degree of interest in the above issue¹⁷. The works deal with both the practical application of deliberative elements and theoretical considerations of proposed solutions in order to increase the representativeness of citizens, to involve them more broadly in the decision-making process at various levels, and to increase the legitimacy of taken decisions. The actions following this direction pave the way for a new conceptualisation of the interaction between public opinion and the 'decision-making moments' of deliberation¹⁸.

In addition to the values in terms of theoretical solutions, the deliberative system approach also provides new methods in the study of the practice of deliberation in contemporary democratic systems, and it provides some original an-

¹⁴ J.S. Fishkin, *The Voice of the People...*, *passim*.

¹⁵ S. Chambers, *Rhetoric and Public Sphere: Has Deliberative Democracy Abandoned Mass Democracy?*, „Political Theory” 2009, Vol. 37(3), pp. 323–350.

¹⁶ J.S. Dryzek, *Deliberative Democracy...*, *passim*.

¹⁷ H.K. Perna, *Deliberative future visioning: utilizing democracy theory and practice in futures research*, „European Journal of Futures Research” 2017, Vol. 5(3), pp. 23.

¹⁸ S. Elstub, S. Ercan, R.F. Mendonça, *The Fourth Generation of Deliberative Democracy*, „Critical Policy Studies” 2016, Vol. 10(2), p. 140.

swers to questions such as how to analyse and explore the relationship between mini-communities and the wider community, how to identify connections and information transfer in different fields of deliberative activity, or what standards there should be applied when assessing the deliberative values of the system as a whole. Besides some practical and conceptual references to deliberative systems, scientific reflection also pays attention to some potential problems of deliberation, and it raises momentous questions that need to be addressed at the level of contemporary developments¹⁹. Currently, the international scientific discourse is evolving towards the interest in the relationship between constituent elements and a holistic deliberative system, perspectives on the institutionalisation of deliberative systems and methodological difficulties for empirical analysis²⁰.

A research symposium “Deliberative Systems in Theory and Practice” on identifying contemporary deliberative systems resulted in the publication of *Deliberative Systems in Theory and Practice*²¹ and a series of articles in a scientific journal “Critical Policy Studies”. S. Elstub (School of Geography, Politics and Sociology, Newcastle University), S. Ercan (Institute of Governance and Policy Analysis, University of Canberra) and R.F. Mendonça (Department of Political Science, Federal University of Minas Gerais) are of the opinion that a new phase of deliberative democrats’ interest in deliberative system design is taking place today. Although it requires more in-depth theoretical considerations and empirical research, the systems approach to deliberative democracy promotes a new way of thinking about public deliberation.

Political scientists suggest that inclinations towards both theoretical and practical research herald the fourth generation of deliberative democracy²². This new research approach is linked to the so-called ‘systemic turn’²³, which consists of three factors that can be considered important in the development process of deliberative democracy: the search for opportunities to develop and promote deliberation on a mass scale; the growing interest in the division of tasks and activities between participants within the system; the introduction of a certain continuum to the criterion of deliberation linking the multiplicity of institutions and the processes that occur between them. Contemporary manifested emphasis on these three elements makes it possible to distinguish the representatives of the fourth generation of deliberative democracy from previous currents.

¹⁹ S.A. Ercan, C.M. Hendriks, J. Boswell, *Studying Public Deliberation after the Systemic Turn: The Crucial Role of Interpretative Research*, „Policy and Politics” 2015, pp. 2–3.

²⁰ For further reading, see: S.A. Ercan, J.S. Dryzek, *The Reach of Deliberative Democracy*, „Policy Studies” 2015, Vol. 36(3), pp. 241–248.

²¹ S. Elstub, S. Ercan, R.F. Mendonça, *Deliberative Systems in Theory and Practice*, Routledge 2019.

²² S. Elstub, S. Ercan, R.F. Mendonça, *The Fourth Generation...*, p. 139.

²³ *Ibidem*, p. 143.

The conviction of the need to secure the operation of deliberative democratic norms on a mass scale, and the recognition of the need for broader discourse structures to achieve this goal is a clear feature of the new systems approach demonstrating the departure from third-generation thought, where emphasis was placed on promoting democratic deliberation at the micro level, which ultimately highlighted a certain deficit of isolated small communities²⁴. Hence, the new systems approach seeks connections between micro-communities, institutions, and planes more broadly. To understand the ‘modus operandi’ of deliberative systems, both spatial and temporal dimensions should be taken into account. Different participants in deliberative processes have different qualities and skills, but also certain limitations, e.g. in terms of professional knowledge. The formal as well as the informal background or setting of the deliberation should be taken into account simultaneously during the discourse. The tasks during deliberation should be appropriately distributed among the participants.

It is significant that such distribution will enable a holistic approach to deliberation. The integrated model of deliberation (micro, macro, and hybrid forum, formal and informal debates) will ensure its effectiveness²⁵. In conclusion, participants of the discourse on deliberative democracy, who can be described as fourth generation, propose a systems approach, seeing potential in addressing theoretical as well as empirical problems of deliberative practice. They emphasize the need for empirical research that contradicts the claim that components of society that do not participate in deliberation can perform important systemic functions more effectively than participants in deliberative processes. Hence, it becomes a challenge to investigate and consider what criteria should be adopted, and how deliberation should be carried out at the broad (central, state-wide) level, so that the activities are to some extent compatible, and at the same time constitute a continuum of activities undertaken at the micro (local community) level.

Deficiencies of deliberation in the context of international experience

Proponents of deliberative democracy see the creation of situations, in which citizens are given the opportunity in a debate or other form of deliberation to influence political decisions, as a field for reaching consensus on important social issues. Participants in deliberation are able to undertake such actions that contribute to the broader legitimacy of political decisions through various forms of social and civil dialogue, through free debate, during which

²⁴ S. Chambers, *Deliberation and Mass Democracy* [in:] *Deliberative Systems – Deliberative Democracy at the Large Scale*, eds. J. Parkinson, J. Mansbridge, Cambridge 2012, p. 54.

²⁵ See more: C.M. Hendriks, *The Politics of Public Deliberation: Citizen Engagement and Public Advocacy*, New York 2011, *passim*.

positions that differ even significantly from each other can be presented, while emphasising that even if full consensus cannot be reached on a topic, at least areas of controversy will be accurately identified. It will be advantageous in the context of their future identification. Therefore, among the benefits of deliberative democracy might be identified: the increased legitimacy of collective decisions, as decisions are based on a broad and comprehensible discussion among citizens, and they will consequently be more valued and respected; the multifaceted consideration of a given issue; the opportunity to learn the positions of different parties; the minimisation of citizen divisions due to the perception of issues in a broader context and the transcending of particular interests of individual social groups and individuals²⁶. By the mutual process of getting to know the parties of the deliberation, hostile relations characterised by mutual dislike resulting from a lack of trust and knowledge of the other party are eliminated. At the same time, the deliberation process promotes the formation of partnerships between groups and forces pursuing often diverse policies.

In addition to the above-mentioned benefits of deliberative politics, it should also be noted that the process of increasing involvement of citizens and their organisations in decision-making processes also has positive effects for the state administration itself. Social organisations and citizens define important social problems and reflect on ways of solving them, thus providing detailed information that can have a strong influence on the government's final decisions. In their guide to participation, D. Długosz and J.J. Wygnański list six outcomes for the government that participation brings: the better information of the social environment about its plans; the better understanding of citizens' needs, thus a chance to better meet them through a more accurately addressed supply of public services; the more precise definition of priorities and the better allocation of the resources at hand; quick information about emerging problems before they grow to a significant size; the drawing up of a 'map' or profile of the public problem that one wants to solve; the more reliable justification and support for the actions of public authorities²⁷.

Deliberative democracy, together with its tools, is nowadays also subjected to critical analysis. In the discourse on deliberative democracy, its shortcomings and deficiencies as well as its potential dangers are pointed out. Długosz and

²⁶ Cf. A. Bua, E. Escobar, *Participatory-Deliberative Process and Public Agendas: Lessons for Policy and Practice*, „Policy Design and Practice” 2018, Vol. 1(2), p. 131; H.K. Perna, *Deliberative future...*, pp. 1–2; A. Lupia, A. Norton, *Inequality is Always in the Room: Language & Power in Deliberative Democracy*, „Dædalus. Journal of the American Academy of Arts & Sciences. The Prospects and Limits of Deliberative Democracy” 2017, Vol. 146(3), p. 64.

²⁷ D. Długosz, J.J. Wygnański, *Obywatele współdecydują. Przewodnik po partycypacji społecznej*, Warszawa 2005, pp. 12, 14.

Wygnański are of the opinion that citizen participation in decision-making is neither easy nor cheap, and it faces many problems: the lack of public knowledge about the programmes being implemented; the slowness of decision-making procedures associated with the involvement of many actors; the representation by officials of the interests of a narrow clientele rather than the general interest, partisan lobbying instead of a broad social debate; the dependence of offices on ‘discursive’ partners. In certain situations, therefore, participation in making the right decision should be limited rather than encouraged²⁸.

J.L. Fernández-Martínez (Instituto de Estudios Sociales Avanzados-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Córdoba), P. García-Espín (Universidad de Granada) and M. Jiménez-Sánchez (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla) in their article *Participatory Frustration: The Unintended Cultural Effect of Local Democratic Innovation* put forward the opinion that most studies on participatory processes highlight only the positive sides of deliberation in the context of the relationship between public authorities and civil society²⁹. Departing from the so-called ‘Albert Hirschman cycle’, which is a diagnosis of fluctuations in the American political system, stating that since the industrial revolution American society has undergone regular cycles of interest or inclination towards either private interest or the public good³⁰, the researchers identify four reasons leading to frustration at the involvement of citizens in institutional participatory processes. They identify them as: exaggerated expectations of participants in the deliberation process; failures in the practical application of projects undertaken; low effectiveness of deliberation in the context of solutions adopted; lack of logical continuation of courses of action previously undertaken, both at the micro and macro levels.

With the increasing popularity of participatory practices in Europe, the development of deliberative practices at the local level in Spain has been gaining momentum for the past two decades. The authors studied the development of participatory activities at the local level in six Spanish urban areas (the case study included three participatory budgets and three advisory councils). In many cases, citizens’ initial involvement in the deliberation process depended on whether the projects under consideration were, in their perception, worthwhile and whether, in the final perspective, their participation could result in tangible

²⁸ *Ibidem*, p. 14. See also other Polish subject related literature, e.g. *Dialog obywatelski: formy, mechanizmy, bariery i perspektywy rozwoju*, eds. M.M. Sienkiewicz, M. Sidor, Lublin 2014; *Prawo a partycypacja publiczna. Bilans monitoringu 2012*, ed. P. Sobiesiak-Penszko, Warszawa 2013.

²⁹ J.L. Fernández-Martínez, P. García-Espín, M. Jiménez-Sánchez, *Participatory Frustration: The Unintended Cultural Effect of Local Democratic Innovations*, „Administration & Society” 2019, pp. 1–31.

³⁰ A.O. Hirschman, *Shifting Involvements: Private Interest and Public Action*, Princeton 1982, *passim*.

solutions that were beneficial to them. ‘Participatory frustration’, which resulted as a consequence of their activity, was revealed as a result of the lack of harmony between the initial expectations of the deliberation participants and the final actions of the local administration. The qualitative researchers, identifying participatory frustration, raised dissatisfaction, disappointment, discouragement, irritation or insufficiency visible as a consequence of their social action as its relevant attributes with regard to the participants in the participation. In some cases, the lack of prior experience of the participants was perceived to imply expectations that were detached from reality. Other reasons for participatory frustration were also pointed out, such as a lack of detailed knowledge and incompleteness of information on the issues under consideration, a belief that the requirements of the participants in public consultations would be fully acceptable, a sense of illusory and marginal influence on the decisions of the local administration or a lack of decision-making dynamics.

B. Cross from Wuhan University, in his article *Deliberative Systems Theory and Activism*, reflects on the thesis that sometimes appears in political science publications that activism (social, individual or institutional) is not well regarded in deliberative democracies³¹. Deliberative democracies are faced with the dilemma of whether to restrict the activities of activists (demonstrations, protests or happenings), which will consequently exacerbate conflicts, or to neutralise their actions through normative solutions. Cross is of the opinion that the deliberative system in its essence is nevertheless able to solve this problem. By focusing on the quality of deliberation at the macro level, the deliberative system does not require that activists are constrained or have to act only through deliberative techniques. On the contrary, he puts forward the thesis that non-deliberative methods can enhance the quality of deliberation by being improved through the inclusion of new tools. Demonstrations or street demonstrations are capable of generating more public attentiveness than traditional tools beneficial to the deliberative system. The inclusion of this type of activity in the deliberative system may thus prove to be a pathway towards minimising the discrepancy between deliberative democracy and activism³².

It should be taken into consideration that J.S. Dryzek is also of the opinion that non-deliberative methods should complement the deliberative system. He makes use of the term ‘systemic test’. In his perception, the systemic test requires that other than deliberative tools should play some instrumental part in order to rationalize the realization of deliberative democracy purposes³³.

³¹ B. Cross, *Deliberative systems theory and activism*, „Critical Review of International and Political Philosophy” 2019, 26 February, pp. 1–18.

³² *Ibidem*, p. 2.

³³ J.S. Dryzek, *Foundations and Frontiers...*, *passim*.

K. Ahlstrom-Vij (University of London) in his article *Why Deliberative Democracy is (Still) Untenable* argues that although deliberative democracy and the idea of social participation are very attractive from the point of view of democratic decision-making and its social legitimacy, there are also objections gathered around the conviction that deliberative democracy is a majority democracy, and that the majority is often incompetent in matters of governance or decision-making and politically ignorant³⁴. Even if a part of the uninformed on a given issue are instructed and educated, the result of deliberation will still show that those taking part in deliberation generally duplicate the opinions or position of the majority. Ahlstrom-Vij defines a phenomenon he calls ‘widespread incompetence’, when deliberating citizens ‘take on’ the ignorance and lack of knowledge of others on a given issue, acquiescing to the decisions of the incompetent majority³⁵. In the perception of S. Chambers (University of Toronto), deliberative democracy fosters the development of citizens’ competence³⁶.

One of the identified disadvantages of deliberation is that deliberation undermines the competitiveness of proposed policy agendas. In addition, institutions that should work to support and promote deliberation are easily filled with people with over-inflated preferences on issues. Deliberation is merely a backdrop for the negotiation of solutions favourable to them³⁷.

N. Curato (University of Canberra), M. Hammond (Keele University) and J.B. Min (College of Southern Nevada) do not prejudge whether deliberative democracy is an influential and inspiring or a weak political project that does not fully correspond to countering the crisis of representative democracy. They are of the opinion that this type of democracy offers the possibility of confronting clashing different forms of coercive power³⁸. I. Shapiro (Yale University) opts for the thesis that, although agreements through deliberation seem to be unattainable, deliberation supports and intensifies the motivation for different social and political parties to work together to reach a preferred consensus. Citizens in deliberative democracies are better informed about local issues that directly affect them, and decisions made through deliberation are of ‘higher quality’³⁹. Some of

³⁴ K. Ahlstrom-Vij, *Why Deliberative Democracy is (Still) Untenable*, „Public Affairs Quarterly” 2012, Vol. 26(3), pp. 199–220.

³⁵ *Ibidem*, p. 199.

³⁶ S. Chambers, *Human Life is Group Life: Deliberative Democracy for Realists. Critical Review*, „A Journal of Politics and Society” 2018, Vol. 30(1–20), pp. 36–48.

³⁷ I. Shapiro, *Collusion in Restraint of Democracy: Against Political Deliberation*, „Dædalus. Journal of the American Academy of Arts & Sciences. The Prospects and Limits of Deliberative Democracy” 2017, Vol. 146(3), p. 77.

³⁸ N. Curato, M. Hammond, J.B. Min, *Power in Deliberative Democracy. Norms, Forums, Systems*, Palgrave Macmillan 2019, p. v–vi.

³⁹ I. Shapiro, *Collusion in Restraint...*, p. 77.

those conducting research on the transformation of representative democracy into deliberative democracy emphasize the psychological mechanisms during deliberation, when social preferences may be re-evaluated, and group identities may change in the deliberative participants⁴⁰.

Concluding remarks

Dissatisfaction with the current form of democracy stimulates research to improve it. The existing mechanisms of democracy have not proved to be reliable enough to be continued without any modernization. The ‘deliberative turn’ in a democratic state presupposes a model of civil society, where, through various forms of social activity, citizens aware of their rights participate not only in social discourse, but have a real impact on the directions of state policy at both central and local levels. Social consultations other forms of dialogue have become the basic form of dialogue here. Social participation has been treated differently according to individual approaches, and it has become a part of public life. Thanks to different methods and tools of social participation, the legitimacy of the actions of local and central authorities might be strengthened. Experimental forms of social participation have undoubtedly become one of the reasons for the popularity of deliberative democracy. The turn towards deliberation was linked to the belief in the possibility of a wider participation of citizens in the democratic decision-making process.

The contemporary research approach to deliberative democracy referred to as the ‘systemic turn’ exposes three factors: the search for opportunities to develop and promote deliberation on a mass scale; the emphasis on the division of tasks and activities among participants within the system; the introduction of a certain continuum to the criterion of deliberation linking the multiplicity of institutions and the processes that occur among them. It is significant that many researchers confirm that thanks to deliberative methods and tools, the legitimacy of local government activities is strengthened. Identified shortcomings of deliberative democracy at the local level (potential institutional neutralization of activists’ activities, participatory frustration or widespread incompetence of citizens participating in deliberation) have become contribution to the discussion on the further directions of development of this form as well as possibilities for its improvement.

⁴⁰ L.M. Batalha, S. Niemeyer, J.S. Dryzek, J. Gastil, *Psychological Mechanisms of Deliberative Transformation: The Role of Group Identity*, „Journal of Public Deliberation” 2019, Vol. 15(1), pp. 1–20.

Bibliography

- Ahlstrom-Vij K., *Why Deliberative Democracy is (Still) Untenable*, „Public Affairs Quarterly” 2012, Vol. 26(3).
- Arato A., *The Rise, Decline and Reconstruction of the Concept of Civil Society, and Directions for Future Research* [in:] *Civil Society, Political Society, Democracy*, eds. A. Bibic, G. Graziano, Lubljana 1994.
- Batalha L.M., Niemeyer S., Dryzek J.S., Gastil J., *Psychological Mechanisms of Deliberative Transformation: The Role of Group Identity*, „Journal of Public Deliberation” 2019, Vol. 15(1).
- Bua A., Escobar E., *Participatory-Deliberative Process and Public Agendas: Lessons for Policy and Practice*, „Policy Design and Practice” 2018, Vol. 1(2).
- Chambers S., *Deliberation and Mass Democracy* [in:] *Deliberative Systems – Deliberative Democracy at the Large Scale*, eds. J. Parkinson, J. Mansbridge, Cambridge 2012.
- Chambers S., *Human Life is Group Life: Deliberative Democracy for Realists*, *Critical Review*, „A Journal of Politics and Society” 2018, Vol. 30(1–20).
- Chambers S., *Rhetoric and Public Sphere: Has Deliberative Democracy Abandoned Mass Democracy?*, „Political Theory” 2009, Vol. 37(3).
- Cohen J., *Deliberation and Democratic Legitimacy* [in:] *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, eds. A. Hamlin, P. Pettit, Oxford 1989.
- Cross B., *Deliberative systems theory and activism*, „Critical Review of International and Political Philosophy” 2019, 26 February.
- Curato N., Hammond M., Min J.B., *Power in Deliberative Democracy. Norms, Forums, Systems*, Palgrave Macmillan 2019.
- Deveaux M., *A Deliberative Approach to Conflicts of Culture*, „Political Theory” 2003, Vol. 31(6).
- Dialog obywatelski: formy, mechanizmy, bariery i perspektywy rozwoju*, eds. M.M. Sienkiewicz, M. Sidor, Lublin 2014.
- Długosz D., Wygański J.J., *Obywatele współdecydują. Przewodnik po partycypacji społecznej*, Warszawa 2005.
- Dryzek J. S., *Foundations and Frontiers of Deliberative Democracy*, Oxford 2010.
- Dryzek J.S., *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, New York 2000.
- Dryzek J.S., *Deliberative Global Politics: Discourse and Democracy in a Divided World*, Cambridge 2006.
- Dryzek J.S., *Democratic Political Theory* [in:] *Handbook of Political Theory*, eds. G.F. Gaus, Ch. Kukathas, London 2004.
- Dryzek J.S., *Democratization as Deliberative Capacity Building*, „Comparative Political Studies” 2009, Vol. 42(11).
- Elstub S., Ercan S., Mendonça R.F., *Deliberative Systems in Theory and Practice*, Routledge 2019.
- Elstub S., Ercan S., Mendonça R.F., *The Fourth Generation of Deliberative Democracy*, „Critical Policy Studies” 2016, Vol. 10(2).
- Elstub S., *The Third Generation of Deliberative Democracy*, „Political Studies Review” 2010, Vol. 8(3).
- Ercan S.A., Dryzek J.S., *The Reach of Deliberative Democracy*, „Policy Studies” 2015, Vol. 36(3).
- Ercan S.A., Hendriks C.M., Boswell J., *Studying Public Deliberation after the Systemic Turn: The Crucial Role of Interpretative Research*, „Policy and Politics” 2015.
- Fernández-Martínez J.L., García-Espín P., Jiménez-Sánchez M., *Participatory Frustration: The Unintended Cultural Effect of Local Democratic Innovations*, „Administration & Society” 2019.

- Fishkin J.S., *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, New Haven 1993.
- Fishkin J.S., *The Voice of the People: Public Opinion and Democracy*, New Haven 1995.
- Fishkin J.S., *When the People Speak. Deliberative Democracy and Public Consultations*, New York 2011.
- Habermas J., *Faktyczność i obowiązywanie* [in:] *Teoria dyskursu wobec zagadnień demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005.
- Habermas J., *The Theory of Communicative Action*, Vol. I: *Reason and the Rationalization of Society*, Boston 1984.
- Habermas J., *Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research*, „Communication Theory” 2006, Vol. 16(4).
- Hendriks C.M., *The Politics of Public Deliberation: Citizen Engagement and Public Advocacy*, New York 2011.
- Hirschman A.O., *Shifting Involvements: Private Interest and Public Action*, Princeton 1982.
- Kacperska-Michota J., *Partycypacja społeczna jako sposób wypowiedzi społeczeństwa obywatelskiego* [in:] *Spoleczeństwo obywatelskie. Historia, teoria, praktyka*, eds. R. Kania, M. Kazimierczuk, Warszawa 2021.
- Kania R., Kazimierczuk M., *Wstęp* [in:] *Spoleczeństwo obywatelskie. Historia, teoria, praktyka*, eds. R. Kania, M. Kazimierczuk, Warszawa 2021.
- Lupia A., Norton A., *Inequality is Always in the Rom: Language & Power in Deliberative Democracy*, „Dædalus. Journal of the American Academy of Arts & Sciences. The Prospects and Limits of Deliberative Democracy” 2017, Vol. 146(3).
- Perna H.K., *Deliberative future visioning: utilizing democracy theory and practice in futures research*, „European Journal of Futures Research” 2017, Vol. 5(3).
- Prawo a partycypacja publiczna. Bilans monitoringu 2012*, ed. P. Sobiesiak-Penszko, Warszawa 2013.
- Rawls J., *A Theory of Justice. Revised Edition*, Oxford–New York 1999.
- Shapiro I., *Collusion in Restraint of Democracy: Against Political Deliberation*, „Dædalus. Journal of the American Academy of Arts & Sciences. The Prospects and Limits of Deliberative Democracy” 2017, vol. 146(3).
- Sokalska E., *Challenges of the Polish local self-government in the context of the development of the civil society*, „Studia Politologiczne” 2020, Vol. 57.
- Sokalska E., *Deliberative democracy in the time of crisis: participatory instruments at the local level and their limitations (some remarks)*, „Journal of Modern Science” 2020, Vol. 2(45).
- Sokalska E., *W poszukiwaniu idealnej formuły państwa: blaski i cienie demokracji deliberatywnej na poziomie lokalnym (wybrane uwagi)* [in:] *Spoleczeństwo obywatelskie. Historia, teoria, praktyka*, eds. R. Kania, M. Kazimierczuk, Warszawa 2021.
- Sokalska, E., *Flaws and Advantages of the Polish Local Self-Government in the 21st Century: Social Consultations at the Local Level*, „Lex Localis” 2021, Vol. 19, No. 1.
- Spoleczeństwo obywatelskie. Historia, teoria, praktyka*, eds. R. Kania, M. Kazimierczuk, Warszawa 2021.

Summary

The idea of civil society has become one of the most important premises of deliberative democracy. The question concerning the best model of democracy is still present in the international political and scientific discourse. The contemporary research approach to deliberative democracy

referred to as the 'systemic turn' exposes three factors: the search for opportunities to develop and promote deliberation on a mass scale; the emphasis on the division of tasks and activities among participants within the system; the introduction of a certain continuum to the criterion of deliberation linking the multiplicity of institutions and the processes that occur among them. It is significant that many researchers confirm that thanks to deliberative methods and tools, the legitimacy of local government activities is strengthened. Identified shortcomings of deliberative democracy at the local level (potential institutional neutralization of activists' activities, participatory frustration or widespread incompetence of citizens participating in deliberation) have become contribution to the discussion on the further directions of development of this form as well as possibilities for its improvement.

Keywords: deliberative democracy, deliberation, social participation, civil society, legitimization

W POSZUKIWANIU NOWEJ FORMUŁY PAŃSTWA: DYSKURS MIĘDZYNARODOWY NAD DEMOKRACJĄ DELIBERATYWNĄ

Streszczenie

Idea społeczeństwa obywatelskiego stała się jedną z najważniejszych przesłanek demokracji deliberatywnej. Pytanie dotyczące najlepszego modelu demokracji jest wciąż obecne w międzynarodowym dyskursie politycznym i naukowym. Współczesne podejście badawcze do demokracji deliberatywnej, określane jako „zwrot systemowy”, eksponuje trzy czynniki: poszukiwanie możliwości rozwoju i promocji deliberacji w skali masowej; nacisk na podział zadań i działań pomiędzy uczestników w ramach systemu; wprowadzenie pewnego kontinuum do kryterium deliberacji łączącego wielość instytucji i procesów, które wśród nich zachodzą. Znamienne jest, że wielu badaczy potwierdza, że dzięki metodom i narzędziom deliberacyjnym wzmacnia się legitymizacja działań samorządu terytorialnego. Zidentyfikowane mankamenty demokracji deliberatywnej na poziomie lokalnym (potencjalna instytucjonalna neutralizacja działań aktywistów, frustracja partycypacyjna czy powszechna niekompetencja obywateli uczestniczących w deliberacji) stały się przyczynkiem do dyskusji nad dalszymi kierunkami rozwoju tej formy, a także możliwościami jej doskonalenia.

Słowa kluczowe: demokracja deliberatywna, deliberacja, partycypacja społeczna, społeczeństwo obywatelskie, legitymizacja

Piotr Krzysztof Sowiński

Uniwersytet Rzeszowski

ORCID: 0000-0003-2210-5877

**KARNOPROCESOWY „EVERGREEN”,
CZYLI O DOPUSZCZALNOŚCI ZWOLNIENIA
Z TAJEMNICY ADWOKACKIEJ W TRYBIE ART. 180 § 2 K.P.K.
UWAGI POLEMICZNE****Wprowadzenie**

Jeśliby chcieć wskazać jakieś zagadnienie natury karnoprosesowej, taki okołoprosesowy „przebój” wszechczasów, który co pewien czas powraca na łamy czasopism naukowych jak na listy przebojów, zajmując kolejne już pokolenia przedstawicieli doktryny, to z pewnością byłaby nim tajemnica zawodowa adwokacka, a raczej zwolnienie z tej tajemnicy w trybie art. 180 § 2 k.p.k.¹ Problematyce tej poświęcony jest również tekst *Tajemnica adwokacka jako element realizacji prawa do sprawiedliwego procesu sądowego oraz prawa do poszanowania korespondencji* autorstwa pani Natalii Banach, opublikowany w tomie 2(33) periodyku „Acta Iuridica Resoviensia” z 2021 r. Lektura tego tekstu prowokuje do dyskusji, ale też wymaga szeregu sprostowań, bez nich bowiem jego potencjalni czytelnicy mogliby dojść do niesłusznego przekonania, że w polskim procesie karnym źle się dzieje, a podstawy wykonywania zawodu przez adwokatów są zagrożone.

Uwagi ogólne

Już na wstępie należy zauważyć, że poczyniona przez wspomnianą Autorkę konstatacja co do roli, jaką odgrywa tajemnica adwokacka, jest tyleż poprawna, co oczywista, podobnie jak i to, że tajemnica ta stanowi element całego systemu ochrony prawnej w demokratycznym państwie. Hipoteza, że „zachowanie tajemnicy zawodowej adwokatów jest częścią realizacji prawa do rzetelnego procesu oraz prawa do poszanowania życia prywatnego”, wymaga wszak uściślenia,

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 2022, poz. 1375).

czy chodzi o każdy proces sądowy, czy też wyłącznie o proces sądowy w sprawach karnych, czego N. Banach nie uczyniła. Dalsza analiza tekstu zdaje się przemawiać za wąskim ujęciem przedmiotowego zagadnienia i jego ograniczeniem do kwestii powstałych na tle spraw karnych, tylko tak można bowiem wytłumaczyć absencję w *Tajemnicy adwokackiej* rozważań odnośnie do art. 261 § 2 zd. 1 k.p.c.², który to przepis reguluje kwestię integralności tajemnicy zawodowej na gruncie spraw cywilnych w sposób autonomiczny, a zarazem najbliższy postulatowi adwokatury. Takie ujęcie problemu czyni wadliwym śródtytuł *Tajemnica zawodowa adwokatów w polskim systemie prawnym*, jako że zawarte tam uwagi pomijają zupełnie sytuację adwokata stawającego w roli świadka przed sądem cywilnym, ale i przed sądem orzekającym w sprawie o wykroczenie (art. 41 § 4 pkt 1 k.p.w.). Jedno z dwojga: albo Autorka rozumie pojęcie *system* na swój własny sposób, albo też miała mniej ambitny plan i chciała rzecz całą przedstawić z węższej, bo tylko karnoprosesowej perspektywy. Na tę drugą ewentualność wskazują skądinąd późniejsze liczne odwołania do regulacji obowiązujących na gruncie procesu karnego.

Ta sama N. Banach zapowiada, że tak zakreślony temat wymaga analizy szeregu przepisów, w tym Prawa o adwokaturze³ (dalej: PrAdw), Kodeksu Etyki Adwokackiej (dalej: EtAdw), Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej⁴ oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁵ (dalej: EKPC). Już samo to wyliczenie budzi zastrzeżenia, nie tylko dlatego, że „pomieszano” tam akty różnej rangi, ale że pominięto tam akt o zupełnie zasadniczym znaczeniu, to jest Kodeks postępowania karnego. W tym kontekście nie dziwi już nawet to, że wzmiankowany Kodeks Etyki Zawodowej nawet w przypisie nie opatrzono pełną nazwą⁶, zaś wskazana data tego aktu nijak się ma do rzeczywistości, gdyż Kodeks ten przyjęto uchwałą Naczelnej Rady Adwokackiej nr 2/XVIII/98 10 października 1998 r. W samym już tylko *Wprowadzeniu* widoczne są też błędy językowe, które należałoby wyeliminować, jeśli nie na etapie tworzenia samego tekstu, to przynajmniej na etapie redakcyjnym (*vide*: „w samej działalności adwokackiej”, „tajemnice adwokacką”). Choć i mnie samemu zapewne przydarzyło się pisać o „naruszeniu tajemnicy adwokackiej”, to wypadaloby przynajmniej zaznaczyć w *Tajemnicy*, że zwrot ten stanowi pewien skrót myślowy daleki od językowego znaczenia słowa *naruszenie*, które oznacza „złamanie umowy, przepisów, prawa lub niedotrzy-

² Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2021, poz. 1805 ze zm.).

³ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz. U. 2022, poz. 1184 ze zm.).

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁵ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.).

⁶ Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu (Kodeks Etyki Adwokackiej) – obwieszczenie Prezydium NRA z dnia 1 lipca 2021 r.

manie słowa”⁷, czyli służy opisaniu zdarzenia, które tak długo, jak długo obowiązuje art. 180 § 2 k.p.k., jest ledwie stanem hipotetycznym. Stylistycznie nie najlepiej prezentuje się zwrot ze strony 9 – „pod kątem dwóch podejść opisanych w literaturze” oraz ze strony 19 – „wyszczególnić prawdopodobieństwo”.

Dość niefortunnie Autorka rozróżnia „literaturę przedmiotu” oraz „doktrynę”; wszak doktryna prawa, czyli poglądy przedstawicieli nauki prawa, wyrażane są w publikacjach naukowych, *ergo* literatura przedmiotu jest nośnikiem tej pierwszej. Bez wątplenia „problematyka zwolnienia z tajemnicy zawodowej adwokata oraz charakter tej tajemnicy zawodowej” są szeroko omawiane w nauce prawa karnego, tyle tylko, że stwierdzenie to winno być poparte przykładowym choćby wskazaniem najważniejszych pozycji z tego zakresu, nie tylko dlatego, że wymaga tego szacunek dla zlaknionego wiedzy czytelnika, ale i dlatego, że pozwoliłoby to ocenić stopień przygotowania piszącego. N. Banach nie zadaje sobie takowego trudu, a i wykorzystana przez Nią literatura pozostawia wiele do życzenia. Z publikacji monograficznych wykorzystano tylko jedną (W. Marchwicki, *Tajemnica adwokacja. Analiza konstytucyjna*, Warszawa 2015), pominięto natomiast trzy inne (K. Łojewski, *Instytucja odmowy zeznań w polskim procesie karnym*, Warszawa 1970; P.K. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004; M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007). Zabrakło odwołania do rozpraw traktujących o tajemnicy *in genere* (B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972), a także do kwestii *stricte* dowodowych (Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Katowice 2001 oraz tego samego autora, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005). N. Banach nie przywołuje też żadnego z dostępnych komentarzy do kodeksu postępowania karnego, co jest pominięciem zupełnie niezrozumiałym. Również zestawienie opracowań czasopiśmienniczych nie oszałamia nadmiarem bogactwa, a w dodatku ogranicza się do tekstów opublikowanych wyłącznie „Palestrze”, która choć stanowi uznany i szanowany periodyk naukowy, to jest jednocześnie czasopismem związanym ze środowiskiem zawodowym niechętnym ujęciu tajemnicy adwokackiej jako instytucji o względnym charakterze. Sprawia to wrażenie, jakby *ab initio* starano się wyeliminować źródła sprzeczne z postawioną z góry tezą badawczą albo że Autorka dobrała owe źródła jak najmniejszym nakładem sił, co – jak mam nadzieję – *in hoc casu* nie miało miejsca.

Uwagi szczegółowe

Poza sporem jest to, iż tajemnica adwokacja stanowi ważny element zawodu adwokackiego, podobnie zresztą jak tajemnica radcy prawnego – zawodu radcowskiego, a tajemnica lekarska – lekarza. Wprawdzie przepisy PrAdw w ogóle

⁷ <https://sjp.pwn.pl/slowniki/naruszenie.html> (8.08.2022).

nie posługują się pojęciem *tajemnica adwokacka*, to oczywiste jest, że przedmiotowe ramy tej właśnie tajemnicy wyznacza art. 6 ust. 1 PrAdw. Przepis ten nakłada na adwokata obowiązek zachowania w tajemnicy „wszystkiego, czego [ten] dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej”. Związek ten może być nawet pośredni, regułą jest też, iż organy dają wiarę palestrantom deklarującym istnienie tego związku i raczej nie podejmują w tym zakresie żadnych czynności, które by tę relację podważały. Wbrew też użytemu przez art. 6 PrAdw zaimkowi obejmującemu ogół rzeczy i spraw („wszystko”) wykonywanie zawodu adwokata wymaga, aby ten w dobrze rozumianym interesie klienta spożytkował we właściwym czasie i miejscu informacje, w których posiadanie wszedł „w związku z udzieloną pomocą prawną”. Nie jest więc tak, iżby adwokat miał zachować w absolutnej tajemnicy to, o czym się dowiedział, gdyż oznaczałoby to jego nieprzydatność w sprawie i niezdatność do udzielenia oczekiwanej przez klienta pomocy prawnej. Adwokat przez sam fakt „ujawnienia” pewnych okoliczności, w odróżnieniu od sytuacji uregulowanej w art. 180 § 2 k.p.k., nie staje się źródłem dowodu, lecz realizuje jedno z uprawnień procesowych, o których mowa np. w art. 167, art. 175 § 2, art. 367 § 1, art. 368 lub art. 406 k.p.k.

Tajemnica zawodowa adwokacka stanowi przede wszystkim instytucję branżową, korporacyjną, ale przez fakt pomieszczenia regulacji jej dotyczącej w kodeksie postępowania karnego także instytucję o istotnym, procesowym znaczeniu. Nie wydaje się wszak, by art. 180 § 2 k.p.k. – jak pisze to na stronie 8 swego tekstu N. Banach – „określał zasadę odbiegającą od charakteru tajemnicy zawodowej wynikającej z powyższych aktów prawnych [tj. 6 PrAdw]”. Zdanie to jest nie tylko karkołomne stylistycznie, ale i wadliwe merytorycznie. Ustawodawca na gruncie procesu karnego nie wprowadza żadnych zasad dotyczących tej lub innej tajemnicy zawodowej ani nie redefiniuje tych tajemnic na użytek procesowy, tylko recypuje je na grunt tego procesu w kształcie nadanym im przez ustawy korporacyjne. To ostatnie tłumaczy, dlaczego w treści k.p.k. brak jest definicji tajemnicy zawodowej *in genere*, a tajemnicy adwokackiej, notarialnej czy chociażby lekarskiej *in specie*. Przedmiotowy zakres tych tajemnic nie ulega zmianie i pokrywa się z zakresem, jaki tajemnice te uzyskały na mocy odrębnych ustaw. Artykuł 180 § 2 k.p.k. nie określa też zasad, na jakich ta lub inna tajemnica ma być przestrzegana, tak jak i nie określa podmiotów, które są obowiązane do jej zachowania. Co więc określa art. 180 § 2 k.p.k.? Przepis ten reguluje sytuację, w której – po spełnieniu wskazanych tam dwóch warunków – możliwe staje się zwolnienie profesjonalisty (tu: adwokata) z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej danego rodzaju (tu: adwokackiej). Wyjątkowość art. 180 § 2 k.p.k. wynika z faktu, iż pod pewnymi warunkami możliwe jest zwolnienie z tajemnicy adwokackiej lub jakiegokolwiek innej tam określonej, ale i z tego, że stawający w charakterze świadka – inaczej niż dzieje się to zazwyczaj (*vide*: art. 177 § 1 k.p.k.) nie ma obowiązku „złożenia zeznań”, nim nie uprawomocni się postanowienie o jego zwolnieniu z tajemnicy zawodowej.

Zwolnienia dokonuje się wyłącznie na użytek procesowy i tylko na potrzeby sprawy, w której do takiego zdarzenia doszło. Samo zwolnienie obwarowane jest warunkiem zgodności z dobrem wymiaru sprawiedliwości oraz koniecznością stwierdzenia, iż uzyskany tą drogą dowód jest dowodem subsydiarnym, to jest nie da się określonej okoliczności „ustalić na podstawie innego dowodu”. Zwłaszcza do pierwszego z tych warunków można mieć zastrzeżenia, został on bowiem przez ustawodawcę sformułowany zbyt ogólnikowo, a samo „dobro sprawiedliwości” bywa w doktrynie i judykaturze rozumiane niejednolicie⁸. Abstrahując jednak od niedoskonałości tego warunku, trzeba przyznać, że wprowadzenie go do art. 180 § 2 k.p.k. miało przeciwdziałać przypadkom nadużywania w procesie karnym dowodu z zeznań określonych w tym przepisie profesjonalistów na okoliczność faktów chronionych tajemnicami zawodowymi. Podobnie należy interpretować pojawienie się w art. 180 § 2 k.p.k. drugiego z warunków, a także pozbawienie prokuratora możliwości samodzielnego rozstrzygania w przedmiocie zwolnienia z tajemnicy zawodowej, choć takie uprawnienie posiadał on jeszcze na gruncie art. 163 k.p.k. z 1969 r.⁹, a samo to rozstrzygnięcie było niezaskarżalne. Uczciwie trzeba jednak przyznać, że niezamieszczenie w art. 180 § 2 k.p.k. katalogu spraw, w których omawiane tu zwolnienie byłoby prawnie możliwe, otwiera drogę do stosowania tej instytucji w każdej sprawie karnej, nawet jeśli wymagało tego wyjaśnienie okoliczności – jak określił to L.K. Paprzycki – o „drugorzędnym, co nawet trzeciorzędnym znaczeniu dla rozstrzygnięcia”¹⁰. Wprowadzenie takiego – szerszego lub węższego – katalogu nie byłoby niczym nowym, zdarza się bowiem ustawodawcy posługiwać takim rozwiązaniem, czego wyrazem jest art. 178a k.p.k., art. 180 § 4 k.p.k. czy nawet art. 185a § 1 k.p.k. Ten sam ustawodawca z uwagi na niewielki stopień społecznej szkodliwości w ogóle wyłącza stosowanie zwolnienia z tajemnicy adwokackiej w sprawach o wykroczenia (art. 41 § 4 pkt 1 k.p.w.).

Najpoważniejszy spór wśród prawników wywołuje wzajemna relacja pomiędzy art. 6 ust. 1 PrAdw i art. 180 § 2 k.p.k. oraz możliwość pogodzenia tego ostatniego z wyraźnym zakazem zwolnienia adwokata z obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej wynikającym z art. 6 ust. 3 PrAdw. Zakaz ten obejmuje

⁸ Zob. m.in. M. Rusinek, *Z problematyki zakazów dowodowych w postępowaniu karnym*, Warszawa 2019, s. 175–177; P.K. Sowiński, *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004, s. 217–218; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–467*, t. I, Warszawa 2014, s. 626; Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Katowice 2001, s. 227; M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 146; R.A. Stefański, *Ujawnienie tajemnicy zawodowej przez świadka w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 4, s. 123.

⁹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. nr 13, poz. 96 ze zm.).

¹⁰ L.K. Paprzycki [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, red. J. Grajewski, Kraków 2006, s. 495–496.

nie tylko przytoczone przez N. Banach „fakty, o których [adwokat] dowiedział się udzielając pomocy prawnej”, lecz i te, o których адвокат dowiedział się „prowadząc sprawę”¹¹. Wprawdzie „pomoc prawna” jest zasadniczym zadaniem adwokatury (art. 1 ust. 1 PrAdw), a jej świadczenie składa się na zawód adwokata (art. 4 ust. 1 PrAdw), to zarazem jest pojęciem pojemnym, na które składa się oprócz „udzielania porad prawnych, sporządzania opinii prawnych, opracowywania projektów aktów prawnych” także „występowanie przed sądami i urzędami”. Występowanie przed tymi ostatnimi organami w potocznym i normatywnym ujęciu pokrywa się z „prowadzeniem sprawy”. O prowadzeniu sprawy stanowią np. przepisy § 5, § 6, § 10 ust. 1 i 2, § 13 pkt 5 i 6 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie¹². Zawieranie się „występowania przed sądami i urzędami” w „pomocy prawnej” powoduje, że nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia, by przepis art. 6 ust. 3 PrAdw rozróżniał źródła poufnych faktów, bo też *de iure* jest to jedno i to samo. Gwoli ścisłości ten ostatni zakaz pojawił się w Prawie o adwokaturze stosunkowo późno, bo dopiero w 1997 r.¹³ Wcześniej brzmienie art. 6 tej ustawy odpowiadało treści obecnego ustępu 1 tego samego przepisu i nie było tam najmniejszej choćby wzmianki o niemożliwości uchylecia opisanej tam tajemnicy.

Dostrzegalne zróżnicowanie zakresu tajemnicy adwokackiej przez art. 6 PrAdw, który obejmuje tą tajemnicą „wszystko, o czym [adwokat] dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej”, oraz § 19 ust. 1 EtAdw, który tajemnicą obejmuje „wszystko, o czym [adwokat] dowiedział się w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych”, wynika z odmiennego ujęcia źródeł owej tajemnicy¹⁴. Pojęcie *obowiązków zawodowych* jest szersze, mieści w sobie obok „udzielania pomocy prawnej” także „podnoszenie kwalifikacji zawodowych czy przestrzegania norm etycznych”¹⁵, ale ze względu na rangę ustawową pierwszego z tych przepisów kwestię źródła tajemnicy adwokackiej na gruncie procesu karnego należy wyklądać zgodnie z art. 6 PrAdw, nie zaś normy deontologicznej. Do identycznego wniosku doszedł Sąd Najwyższy, analizując problem

¹¹ Brak tego rozróżnienia w tekście Autorka rekompensuje literalnym przytoczeniem w przyp. 5 treści art. 6 ust. 3 PrAdw.

¹² Dz.U. poz. 1800 ze zm.

¹³ Art. 6 zmieniony przez art. 1 pkt 5 ustawy z dnia 22 maja 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 75, poz. 471 ze zm.) zmieniającej nin. ustawę 15 września 1997 r.

¹⁴ Nie jest więc tak, iż odnośny przepis jedynie „doprecyzowuje obowiązki adwokata”. Por. M. Matusiak-Frączczak, *Glosa do wyroku ETPC z 24 maja 2018 r. w sprawie 28798/13 Laurent v. Francja*, „Palestra” 2018, nr 7–8, s. 115.

¹⁵ Tak SN w wyroku z dnia 22 lutego 2022 r., sygn. II DK 94/21, LEX nr 3340991; podobnie w wyroku z dnia 17 sierpnia 2010 r., sygn. III ZS 16/10, OSNP 2012, nr 1–2, poz. 27 odnośnie do sytuacji notariusza.

odpowiedzialności dyscyplinarnej adwokata i uznając przy tej okazji niedopuszczalność poszerzenia jej podstawy w drodze normy niższego stopnia¹⁶. Według tego Sądu to nie o „sam związek między działalnością zawodową adwokata a pozyskaniem danej informacji” chodzi, lecz o „powiązanie między pozyskaniem informacji a udzieleniem pomocy prawnej jako istoty wykonywania zawodu adwokata”. Ta sama „informacja [winna] mieć bezpośredni związek ze świadczoną pomocą prawną”¹⁷. Zakres tajemnicy adwokackiej „wyznacza [więc] przede wszystkim związek pozyskania informacji przez adwokata z wykonywaniem merytorycznych czynności zawodowych”¹⁸.

Zwolennicy prymatu art. 6 ust. 3 PrAdw nad innymi aktami prawnymi wskazują, iż świadczy on o bezwzględny charakterze tajemnicy zawodowej, bo też nie przewiduje on żadnego odstępstwa od tego zakazu. Brak takowego wskazania („chyba, że przepisy szczególne stanowią inaczej”) nie wydaje się przeszkodą do odmiennego potraktowania tej i innych tajemnic zawodowych na gruncie procesu karnego, bo też odnoszące się doń przepisy regulują szczególnie rodzaj stosunków prawnych powstających wyłącznie w obrębie takiego procesu, dotycząc zdarzeń szczególnych i jako takich wymagających szczególnych rozwiązań. Teza o nienaruszalności nieobrończej tajemnicy adwokackiej upada też w zestawieniu z treścią art. 6 ust. 4 PrAdw, który wyłącza obowiązek zachowania tajemnicy w odniesieniu do informacji udostępnianych na podstawie przepisów o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (pkt 1) oraz przekazywanych na podstawie przepisów rozdziału 11a działu III ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa¹⁹.

Etyczny aspekt wykonywania zawodu adwokackiego oraz znaczenie, jakie przypisuje się tajemnicy adwokackiej, nie podlegają dyskusji, tyle tylko, że jakoś żadnemu adwokatowi zapewne nie drgnęła ręka, gdy podpisywał się pod wnioskiem o przeprowadzenie dowodu, który opierałby się na ingerencji w tajemnicę innego rodzaju. Ten sam Kodeksu Etyki Adwokackiej zabrania adwokatom jedynie „zgłaszania z zeznań świadka będącego adwokatem lub radcą prawnym w celu ujawnienia przez niego wiadomości uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu” (§ 19 ust. 8 EtAdw), nie zaś zeznań jakiegokolwiek innego profesjonalisty, ale czy norma deontologiczna może zakazywać normatywnie dozwolonej aktywności procesowej? Nawet jeśliby uznać, że chodzi tu o swego rodzaju solidarność przedstawicieli zawodów prawniczych, to jak wytłumaczyć absencję w § 19 ust. 8 EtAdw chociażby notariuszy? Ten, niejako podwójny, standard podejścia do kwestii tajemnicy zawodowej jest dość łatwy do wytłumaczenia i ma swoje pragmatyczne uzasadnienie. Przepis § 19 ust. 8 EtAdw wydaje się kolidować z treścią art. 86 § 1 k.p.k., jak bowiem pogodzić zalecaną kierunkową bier-

¹⁶ Wyrok SN z dnia 1 grudnia 2016 r., sygn. SDI 65/16, LEX nr 2182292.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Dz.U. 2021, poz. 1540 ze zm.

ność adwokata (obrońcy) z powinnością działania na korzyść oskarżonego? Problem ten już wielokrotnie podnosiłem, ale jakoś bez szczególnego oddźwięku ze strony i samej palestry, i wywodzących się z jej szeregów kolegów po piórze. Albo więc problem ten jest przeze mnie wydumany, albo niezręczność omawianego tu rozwiązania skłania samych zainteresowanych do wymownego milczenia. Inna sprawa, że Naczelna Rada Adwokacka, gdyby zechciała wykazać się większą konsekwencją przy formułowaniu zakazu z § 19 ust. 8 EtAdw, to winna nim objąć nie tylko „zeznania świadka będącego adwokatem (lub radcą prawnym)”, ale i „współpracowników i personelu oraz wszelkich osób zatrudnionych przez [adwokata] podczas wykonywania działalności zawodowej”, bo czyż ich zobowiązanie przez tegoż adwokata w trybie § 19 ust. 4 EtAdw do „przestrzegania obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej” nie ma służyć próbom obejścia tej właśnie tajemnicy? Z tego samego powodu § 19 ust. 8 EtAdw winien odnosić się nie tylko do dowodu osobowego w postaci „zesań świadka”, lecz rozciągać się na dowody rzeczowe w postaci „znajdujących się w aktach adwokackich [...] materiałów” (§ 19 ust. 2 EtAdw) oraz „notatek i dokumentów dotyczących sprawy uzyskanych od klienta oraz innych osób, niezależnie od miejsca, w którym się znajdują” (§ 19 ust. 3 EtAdw), bo też te właśnie artefakty również „są objęte tajemnicą”.

N. Banach nie bez racji zauważa, że tajemnica zawodowa adwokacka, będąc elementem funkcjonowania adwokatury, służy realizacji prawa do sądu. Pisząc jednak na stronie 4, że ta właśnie tajemnica stanowi gwarancję, iż pełnomocnik lub obrońca „obywatela dochodzącego swoich praw lub wolności” będą posiadac „możliwość pozwalającą dostatecznie zabezpieczyć jego [tj. tego obywatela] interesy”, wydaje się popadać w lekką przesadę, wszak tajemnica obrońcy leży poza art. 180 § 2 k.p.k. i jako taka jest chroniona przez art. 178 pkt 1 k.p.k., który zakazuje przesłuchania obrońcy albo adwokata lub radcy prawnego działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę. Nie jest też tak, iżby w procesach karnych „decyzja o zwolnieniu z tajemnicy zawodowej” była traktowana „jak formalność”, czego wyrazem jest obwarowanie postanowienia o zwolnieniu z tej tajemnicy istnieniem określonych przesłanek, ograniczenie – na etapie postępowania przygotowawczego – kręgu podmiotów mogących wystąpić z wnioskiem o uchylenie tajemnicy zawodowej, powierzenie tej kwestii niezawisłemu sądowi, a wreszcie procedowanie w przedmiocie takiego wniosku na posiedzeniu bez udziału stron oraz wprowadzenie kontroli instancyjnej odnośnej decyzji.

Autorka *Tajemnicy adwokackiej* w „regulacji tego artykułu [tj. 180 § 2 k.p.k.]” upatruje przyczyny – jak to pisze na stronie 11 – „od 2017 (...) tendencji wzrastającej przypadków oraz prób zwolnienia z tajemnicy zawodowej”²⁰, tymczasem

²⁰ Zadziwiające jest, iż Autorka żadnego z tych przypadków nie omawia, a przecież to nie liczba podejmowanych prób zwolnienia z tajemnicy jest tutaj znamienna, lecz liczba przypadków, w których do takiego zwolnienia doszło. Oczywiście jest jednak, iż liczby te mogą się nie pokrywać.

przepis ten jest ledwie narzędziem. Skalpel może służyć przywróceniu zdrowia, ale w rękach kogoś nieodpowiedzialnego może stać się też groźną bronią. Obecne zawirowania wokół wymiaru sprawiedliwości i próby jego upolitycznienia implikują dyskusyjność działań podejmowanych przez osoby, które w tym rujnującym ów wymiar sprawiedliwości procederze uczestniczą. Wprawdzie konstrukcja art. 180 § 2 k.p.k. nie jest doskonała, to przecież nie ów przepis jest problemem, lecz to, w jaki sposób bywa wykorzystywany. Problemem są zastępy prokuratorów chętnych do wykonywania zleconych im przez władzę wykonawczą zadań oraz ci sędziowie, którzy zapomnieli lubo też nigdy nie posiadli wiedzy, czym jest niezawisłość orzecznicza. Przedkładanie własnej kariery nad elementarną uczciwość i rzetelność oraz instrumentalny stosunek do prawa jest zasadniczą przyczyną tego, że *in concreto* może dochodzić do nadużywania przepisu, który w swym zasadniczym kształcie obowiązuje od 2003 r. i wcześniej nikt nie zauważył podobnego zjawiska. Inna sprawa, czy zjawisko to istotnie ma miejsce, bo też konstatacja o „tendencji wzrastającej” oparta jest na dość szcątkowym materiale pozyskanym wyłącznie ze stołecznej Izby Adwokackiej (*vide*: przyp. 15), a przecież – póki co – Warszawa to jeszcze nie cały kraj, co – jako zasiedziały prowincjusz – podkreślam równie mocno, podobnie zresztą jak i to, że i na wschód od niektórych uniwersytetów kiełkuje warta odnotowania myśl prawnicza. Z tego też powodu za niefortunne należy uznać wyodrębnienie tej partii tekstu, którą Autorka nazwała *Tendencja polskich sądów w zakresie uchylania tajemnicy zawodowej adwokatów*, bo też ta opiera się na szcątkowym materiale źródłowym, raptem trzech judykatach: Sądu Rejonowego w Katowicach z dnia 28 listopada 2017 r., Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 listopada 2017 r. i wreszcie Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z dnia 29 października 2013 r. Każdy z tych judykatów *de facto* rozwija kwestie znane doktrynie i orzecznictwu, najciekawszy wszak wątek postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie (błędnie mianowanego „Najwyższym” – s. 16) N. Banach niestety pomija, a mianowicie potencjalnej jawności „zasad sporządzania dokumentów dla klienta podczas pełnienia pomocy prawnej oraz zasad współpracy z klientem”, a więc kwestii leżących poza treścią samej pomocy prawnej, w tym udzielanych w jej trakcie konsultacji czy czynności procesowych. Zasady te zdają się pokrywać z czymś, co można by umownie określić mianem „sekretu zawodowego” lub „tajnika zawodowego”, a co jeszcze całe lata temu M. Cieślak uznawał za element każdego – także nieadwokackiego – zawodu i co uznawał za okoliczność uzasadniającą podział tajemnicy na dwie kategorie: pierwszą, odnoszącą się do sfery życia prywatnego osób trzecich korzystających z usług danego profesjonalisty, i drugą, dotyczącą samej grupy zawodowej lub korporacji²¹.

Z art. 180 § 2 k.p.k. wynika względny zakaz dowodzenia za pomocą określonego dowodu. Jak trafnie zauważa nieobecny w omawianym tekście

²¹ M. Cieślak, *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, t. I, Warszawa 1955, s. 271–272.

Z. Kwiatkowski, zakazy dowodowe należy postrzegać jako wyraz poszanowania wartości niezbędnych do należytego funkcjonowania społeczeństwa²², ale też jako ograniczenie dotarcia do prawdy materialnej, a więc dokonania ustaleń faktycznych istotnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia o przedmiocie procesu karnego. Owo ograniczenie w przypadku zakazów względnych może być pod pewnymi warunkami uchylone, bo też tak jak normatywne ustanowienie zakazu, tak i jego procesowe uchylenie są pochodną ważenia społecznie akceptowalnych dóbr i wartości. O ile jednak przy stanowieniu określonego zakazu mamy do czynienia z apriorycznym uprzywilejowaniem określonej wartości w interesie ogółu, to za uchyceniem jakiegoś zakazu dowodowego przemawiają okoliczności zindywidualizowane i odnoszące się do realiów konkretnej sprawy karnej. Nie jest więc tak, jak chciałby tego bezkrytycznie cytowany na stronie 11 *Tajemnicy adwokackiej* P. Kardas, że art. 180 § 2 k.p.k. jest wyrazem „podejścia kolektywnego, które skupia się na dominacji interesu ogólnego nad interesem jednostki, a tajemnicy adwokackiej nadaje się charakter przeszkody na drodze do realizacji przyjmowanych celów społecznych”²³, bo też dotarcie do prawdy materialnej leży zarówno w interesie szerszym – społecznym, ale i jednostkowym – oskarżonego i/lub pokrzywdzonego, bo też dowód z zeznań świadka – adwokata – może być dowodem odciążającym, ale i obciążającym. Wzmiankowane w art. 180 § 2 k.p.k. dobro wymiaru sprawiedliwości jest zatem pojęciem dalece bardziej złożonym, bo kumulującym oba te interesy. Podobnie złożona jest argumentacja zwolenników objęcia nieobrończej tajemnicy adwokackiej bezwzględnym zakazem dowodowym. Z jednej strony tak rozumiana tajemnica wzmocniłaby ochronę indywidualnie oznaczonego klienta, z drugiej zaś strony – pozycję samej adwokatury jako grupy zawodowej. Bez wątplenia zaufanie leżące u podstaw wykonywania zawodu adwokata stanowi istotną wartość, a naruszenie tego zaufania „wymaga dostatecznie poważnych powodów” (s. 10), ale czyż takim właśnie p o w a ż n y m p o w o d e m nie jest wpisane w treść art. 180 § 2 „dobro wymiaru sprawiedliwości” wykładane zgodnie z celami postępowania karnego?

Podsumowanie

Bez wątplenia art. 45 ust. 1 Konstytucji RP zapewnia „każdemu prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”, zaś samą tajemnicę adwo-

²² Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe...*, s. 57.

²³ P. Kardas, *Zasady ochrony tajemnicy adwokackiej w polskim systemie prawa (Kilka uwag o praktyce sądów w zakresie zwalniania adwokatów z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym)* [w:] *Ochrona tajemnicy adwokackiej (radcy prawnego) a działania władzy 2019 r.*, Warszawa 2019, s. 18–19.

kacką jako warunkującą nieskrępowaną pomoc prawną można postrzegać jako element sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy. Pamiętać jednak należy, że wzajemna relacja pomiędzy konstytucyjnym art. 45 ust. 1 a kodeksowym art. 180 § 2 k.p.k. była już przedmiotem badania ze strony Trybunału Konstytucyjnego, i to w czasach, gdy pozycja samego Trybunału nie była przez nikogo kwestionowana. Ten sam Trybunał w wyroku z dnia 22 listopada 2004 r. uznał, że art. 180 § 2 zgodny z art. 2, art. 17, art. 31 ust. 3, art. 42 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 49 oraz art. 51 ust. 2 Konstytucji RP²⁴. Choć judykat ów determinuje praktykę wymiaru sprawiedliwości, to jemu samemu Autorka poświęca ledwie trzy krótkie akapity na stronach 14 i 15, skupiając całą swą uwagę na przeciwstawnym doń stanowisku Rzecznika Praw Obywatelskich. Ten brak balansu pomiędzy zaprezentowanymi w pracy poglądami razi nie tylko w odniesieniu do wyroku zapadłego w sprawie SK 64/03, ale i do pozostałych kwestii tam poruszanych.

Przytoczenie w *Podsumowaniu* wyroku ETPC z dnia 24 maja 2018 r. zapadłego na tle sprawy Laurent przeciwko Francji²⁵ wydaje się być zabiegiem zupełnie chybnym, bo też dotyczy tajemnicy obrończej, co do której w doktrynie panuje pełna zgoda, iż takowa nie może być pod żadnym pozorem uchylona czy to w drodze działań faktycznych (tu: eskortującego policjanta, który „przejął” odręczną notatkę od obrońcy do oskarżonego), czy to w drodze działań prawnych (np. decyzji procesowej sądu lub innego organu krajowego). Mając na uwadze podejście polskiego ustawodawcy do tajemnicy adwokackiej i jej zauważalny na gruncie normatywnym podział na obrończą i quasi-obrończą (art. 178 pkt 1 k.p.k., art. 225 § 3 k.p.k., art. 226 k.p.k.) oraz nieobrończą (art. 180 § 2 k.p.k., art. 226 k.p.k.), judykat ten w żadnej mierze nie przystaje do zauważonej przez Autorkę „tendencji polskich sądów powszechnych w zakresie uchylania tajemnicy zawodowej adwokatów”, bo też żaden z przytoczonych przez Nią – dodajmy: niezbyt licznie – orzeczeń tych sądów nawet nie zbliża się do obszaru chronionego przez dwie pierwsze tajemnice, a i Ona sama w swoim tekście problematykę tajemnicy obrończej i quasi-obrończej potraktowała po macoszemu. Za nadinterpretację należy uznać próbę przeniesienia wniosków ze sprawy Laurent przeciwko Francji na grunt polski w stosunku 1:1, gdyż bliższa analiza towarzyszących jej okoliczności nie pozwala na ich stosowanie do tajemnicy adwokackiej *sensu largo* w rozumieniu prawa polskiego, a jedynie do wyodrębnionej z niej adwokackiej (i radcowskiej) tajemnicy obrończej. W sprawie zakończonej wyrokiem z 24 maja 2013 r. chodziło bowiem o bezprawne przejście korespondencji pochodzącej od adwokata pełniącego dyżur obrońcy, a więc takiego, który pełnił funkcję obrońcy (*il assure la défense*), a kierowanej do osób korzystających z jego usług i pozostających pod policyjną eskortą (*deux personnes mises en examen et alors placées sous escorte policière*). Jest to oko-

²⁴ Wyrok TK z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03, OTK-A 2004, nr 10, poz. 107.

²⁵ Wyrok ETPC z 24 maja 2018 r., 28798/13, *Laurent v. Francja*, LEX nr 2491425.

liczność tyleż znamienne, co konieczna do wyartykułowania. Bez podkreślenia, że wyrok w sprawie Laurent dotyczy adwokackiej tajemnicy obrończej, mogliśmy dojść do dalszych błędnych wniosków, iż na jej gruncie nie byłoby możliwe dowodowe wykorzystanie w polskim procesie karnym dokumentacji adwokackiej, podczas gdy do dowodów tych stosuje się *via* art. 226 k.p.k. reguły określone przez art. 180 § 2 k.p.k. Ta ostatnia uwaga w zasadzie nie dotyczy tekstu N. Banach, bo też problem dowodów z dokumentów, o których mowa w art. 225 § 1 k.p.k., nie został tam w ogóle poruszony, co jest opuszczeniem może i planowanym, ale i niezrozumiałym. Zgodzić wszak należy się z tezą, iż ingerencja w komunikację – werbalną czy epistolarną – pomiędzy obrońcą a jego klientem jest niedopuszczalna i grozi wypaczeniem i samej pomocy prawnej, i systemu wymiaru sprawiedliwości.

Bibliografia

- Cieślak M., *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, t. I, Warszawa 1955.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–467*, t. I, Warszawa 2014.
- Kardas P., *Zasady ochrony tajemnicy adwokackiej w polskim systemie prawa (Kilka uwag o praktyce sądów w zakresie zwalniania adwokatów z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym)* [w:] *Ochrona tajemnicy adwokackiej (radcy prawnego) a działania władzy 2019 r.*, Warszawa 2019.
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, red. J. Grajewski, Kraków 2006.
- Kwiatkowski Z., *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Katowice 2001.
- Matusiak-Frączak M., *Glosa do wyroku ETPC z 24 maja 2018 r. w sprawie 28798/13 Laurent v. Francja*, „Palestra” 2018, nr 7–8.
- Rusinek M., *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007.
- Rusinek M., *Z problematyki zakazów dowodowych w postępowaniu karnym*, Warszawa 2019.
- Sowiński P.K., *Prawo świadka do odmowy zeznań w procesie karnym*, Warszawa 2004.
- Stefański R.A., *Ujawnienie tajemnicy zawodowej przez świadka w nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 4.

Streszczenie

Tekst stanowi polemikę w stosunku do wcześniejszej publikacji i dotyczy problematyki zwolnienia z tajemnicy adwokackiej w polskim procesie karnym. Przedstawiono założenia teoretyczne dotyczące tajemnicy adwokackiej, wskazano na jej zakres przedmiotowy i podmiotowy, a także instytucję uchylecia tej tajemnicy na użytek procesowy w trybie art. 180 § 2 k.p.k. Omówiono środki służące ochronie tajemnicy adwokackiej w procesie karnym.

Słowa kluczowe: adwokat, obrońca, tajemnica adwokacka, tajemnica obrończa, tajemnica zawodowa, proces karny, odmowa zeznań, dowód, zwolnienie z tajemnicy zawodowej, przesłuchanie, przeszukiwanie

**PENAL-PROCEDURAL „EVERGREEN”, OR THE ADMISSIBILITY
OF EXEMPTION FROM ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE UNDER ARTICLE
180 § 2 OF THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE.
POLEMICAL REMARKS**

Summary

The text is a polemic in relation to the previous publication and concerns the problem of waiver of attorney-client privilege in the Polish criminal trial. The theoretical assumptions concerning advocate's secrecy are presented, its material and subjective scope is indicated, as well as the institution of waiving this secrecy for procedural use under Art. 180 § 2 of the Code of Criminal Procedure. Measures for the protection of attorney-client privilege in the criminal trial are discussed.

Keywords: counselor, defense attorney, attorney-client privilege, legal privilege, professional secrecy, criminal proceeding, refusal to testify, evidence, professional secrecy release, hearing examination interrogation, search

Renata Zaręba

Uniwersytet w Białymstoku
ORCID: 0000-0002-5939-6906

**TELEMEDYCYNA
W OBLCZU PANDEMII COVID-19
– ZALETY I WADY****Wprowadzenie**

W styczniu 2020 r. Światowa Organizacja Zdrowia (WHO) ogłosiła chorobę zakaźną określoną jako choroba koronawirusowa (COVID-19). Podczas trwającej pandemii WHO zachęcała i zachęca społeczność do podjęcia interwencji niefarmaceutycznej, a mianowicie fizycznego dystansowania się¹. Tym samym pandemia COVID-19 spowodowała wiele wyzwań dla systemu opieki zdrowotnej. W celu kontynuowania skutecznej i bezpiecznej opieki medycznej nad pacjentami chorymi na wirusa SARS-CoV-2 i osobami zdrowymi konieczne stało się wprowadzenie wielu zmian w modelach praktyki lekarskiej.

Mimo że telemedycyna została pierwotnie opracowana w celu zapewnienia podstawowej opieki medycznej dla pacjentów z obszarów wiejskich lub odległych od ośrodka świadczącego usługi medyczne, to wybuch pandemii COVID-19 spowodował jej gwałtowny rozwój. W celu zapobiegania i ograniczania przenoszenia się wirusa SARS-CoV-2 pacjenci i personel medyczny musieli szybko dostosować się do tego modelu opieki medycznej².

Telemedycyna obejmuje szeroki zakres praktyk i specjalności opieki zdrowotnej świadczonych przy użyciu technologii informacyjno-komunikacyjnych. Za pomocą telefonów (tzw. teleporada), zdalnych urządzeń, wiadomości e-mail, czatów wideo lub zdalnych konferencji dochodzi do interakcji pomiędzy perso-

¹ *Zdrowie psychiczne i funkcjonowanie psychospołeczne podczas pandemii COVID-19*, WHO 2020, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331808/WHO-2019-nCoV-MentalHealth-2020.1-pol.pdf> (15.01.2022).

² E. Nazarko-Ludwiczak, *Telemedycyna – przydatne narzędzie pracy i korzyść wizerunkowa*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/telemedycyna-przydatne-narzedzie-pracy-i-korzysc-wizerunkowa,234955.html> (15.01.2022).

nelem medycznym a pacjentem³. Wraz z postępowaniem technologicznym rośnie akceptacja i aprobatą dla telemedycyny, ponieważ taki model opieki zdrowotnej jest skutecznym i efektywnym narzędziem poprawy jakości życia i dostępu do podstawowej oraz specjalistycznej opieki zdrowotnej⁴. Jednak w praktyce telemedycyny pojawiają się również bariery etyczne, prawne i technologiczne, które powodują, że społeczeństwo niechętnie korzysta z tego typu opieki medycznej. W związku z tym w niniejszym opracowaniu zostaną przedstawione główne zalety i wady wprowadzenia opieki zdrowotnej w formie telemedycyny, w szczególności w czasie pandemii COVID-19.

Zalety telemedycyny

Należy podkreślić, że telemedycyna łączy przede wszystkim wygodę, niskie koszty i gotową dostępność informacji oraz komunikacji, związanych ze zdrowiem. Począwszy od korzystania z konsultacji telefonicznych, telemedycyna stała się bardziej wyrafinowana, a obecnie obejmuje już złożone technologie telekomunikacyjne i komputerowe mające na celu zapewnienie informacji i usług opieki zdrowotnej pacjentom w wielu lokalizacjach, co w przypadku pandemii pomogło utrzymać fazę łągodzenia⁵.

Jedną z największych zalet telemedycyny jest jej dostępność. Zmagamy się obecnie z niedoborem specjalistów w poszczególnych dziedzinach. Skutkuje to długim czasem oczekiwania na wizytę oraz ograniczoną dostępnością lekarzy w małych miejscowościach, szczególnie tych odległych od większych aglomeracji. W przypadku kontaktu za pomocą sieci lekarz jest w stanie przyjąć większą liczbę pacjentów, zminimalizować opóźnienia wizyt oraz skontaktować się z pacjentami, którzy mieliby problem z przybyciem do gabinetu, np. z powodu odległości lub problemów z poruszaniem się. Ma to praktyczne zastosowanie również w skrajnych przypadkach, np. gdy potrzebna jest natychmiastowa pomoc w formie skomplikowanego zabiegu, a nie ma odpowiedniego specjalisty na miejscu. W takich sytuacjach możliwe jest zdalne wykorzystanie robotów medycznych kierowanych na odległość przez odpowiedniego fachowca⁶. Co ciekawe, w 2019 r. przeprowadzono przy zastosowaniu sieci bezprzewodowej piątej generacji (5G) pierwszą zdalną

³ G. Głanowski, *Telemedycyna w świetle ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 18, s. 978–982.

⁴ X.-Y. Zhang, P. Zhang, *Telemedicine in clinical setting*, „Experimental and Therapeutic Medicine” 2016, no. 12(4), s. 2405–2407.

⁵ S. N. Gajarawala, J.N. Pelkowski, *Telegealth Benefits and Barriers*, „The Journal for Nurse Practitioners” 2021, no. 17, s. 218–221, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7577680/> (17.01.2022).

⁶ B.L. Charles, *Telemedicine can lower costs and improve access*, „Healthc Financ Manage” 2000, no. 54(4), s. 66–69, <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/10915354/> (16.01.2022).

operację mózgu, podczas której lekarza i pacjenta dzieliło około 2700 km⁷. Zatem możliwości, jakie niesie taka forma chirurgii i technologia, są ogromne.

Redukcja przenoszenia chorób zakaźnych to kolejna istotna korzyść stosowania telemedycyny. Jest to bardzo ważny czynnik dla osób z niską odpornością lub chorobami ukrytymi. Zazwyczaj poczekalnie w przychodniach rodzinnych są pełne chorych. W dobie pandemii COVID-19 wiemy, jak duże znaczenie ma dystans społeczny czy używanie środków dezynfekujących, rękawiczek i maseczek. Zaletą tej metody leczenia jest skrócenie czasu potrzebnego na uzyskanie diagnozy i rozpoczęcie leczenia, stabilizację pacjenta i kwarantannę. Pacjent ma zapewniony bezpieczniejszy i łatwiejszy dostęp do specjalistów i wysokiej jakości opieki medycznej, bowiem dzięki zdalnej możliwości kontaktowania się z lekarzem może otrzymać pomoc medyczną w komfortowych, domowych warunkach, bez konieczności opuszczania miejsca zamieszkania i bezpośredniego kontaktu z innymi osobami⁸. Dzięki temu podczas pandemii telemedycyna była w pewnych przypadkach jedynym rozwiązaniem lub po prostu bezpieczniejszą alternatywą, gdyż nie narażała pacjentów na możliwość zarażenia się COVID-19 podczas oczekiwania w kolejce do lekarza⁹. Pacjenci oszczędzali również czas, który musieliby normalnie poświęcić na dotarcie do placówki i oczekiwanie w kolejce, co przekłada się na brak kosztów podróży. Podobnie jak pacjenci w poczekalni, lekarze również są podatni na zakażenia i codziennie ryzykują zdrowiem. Rozwiązania telemedyczne pozwalają im znacząco zmniejszyć ryzyko zachorowania poprzez udzielanie konsultacji online¹⁰. Wobec powyższego można stwierdzić, że telemedycyna zapobiega ryzyku wystąpienia „efektu domina” poprzez unikanie bezpośredniego kontaktu fizycznego, a zatem stanowi ochronę pacjentów przed zarażeniem COVID-19¹¹.

Ze względu na współczesny intensywny styl życia łatwo jest zaniedbać nasze zdrowie. Znaczna część społeczeństwa zasięga porady lekarza tylko wtedy, gdy ma poważne objawy – a wtedy często może już być za późno. W internecie

⁷ K. Siwik, *Pierwsza na świecie zdalna operacja na mózgu z wykorzystaniem 5G*, <https://www.chip.pl/2019/03/pierwsza-na-swiecie-zdalna-operacja-na-mozgu-z-wykorzystaniem-5g/> (17.01.2022).

⁸ A. Rafiq, R.C. Merrell, *Telemedicine for access to quality care on medical practice and continuing medical education in a global arena*, „Journal of Continuing Education in the Health Professions” 2005, vol. 25, s. 34–42.

⁹ *How Telehealth and eConsults Are Reducing Patient Wait Times*, PSQH, 14.11.2019, <https://www.psqh.com/analysis/how-telehealth-and-econsults-are-reducing-patient-wait-times/> (18.01.2022).

¹⁰ R.S. Palacholla, J.C. Kvedar, *Telemedicine for infectious disease care – how do we measure the true value?*, „Annals of Translational Medicine” 2019, vol. 7, 2019, <https://atm.amegroups.com/article/view/28281/25492> (20.01.2022).

¹¹ B. Siwicki, *The future of the waiting room, and how telemedicine and mobile health could change it*, 29.09.2021, <https://www.healthcareitnews.com/news/future-waiting-room-and-how-telemedicine-and-mobile-health-could-change-it> (20.01.2022).

bez problemu znajdziemy wiele ofert, które zapewniają nam specjalistyczną pomoc na odległość. Każdy pacjent może łączyć się ze swoim lekarzem telefonicznie lub za pośrednictwem oprogramowania telemedycznego w zaciszu swojego domu, w pracy. Najpowszechniejszym rodzajem takich usług jest telekonsultacja, podczas której możemy uzyskać diagnozę oraz omówić wyniki badań¹². Technologie telemedyczne umożliwiają wygodny kontakt z pracownikami służby zdrowia, pozwalają nam umówić konsultację z lekarzem rodzinnym, otrzymać elektroniczne skierowanie do specjalisty, zarezerwować spotkanie w dogodnym dla nas czasie, udostępnić dokumentację medyczną czy też otrzymać receptę, a to wszystko bez wychodzenia z domu¹³. Szczególnie istotną rolę telekonsultacja odgrywa w przypadku osób wymagających stałego nadzoru, np. przewlekle chorych, kobiet w ciąży oraz osób w trakcie rehabilitacji i rekonwalescencji po zabiegach. Dzięki niej nie muszą one odbywać licznych, fizycznych wizyt kontrolnych. Ponadto nadzór nad pacjentem, poza kontaktem ze specjalistą, wymaga także systematycznego wykonywania różnych pomiarów. Do otrzymania poszczególnych wyników używane są m.in. masowo wykorzystywane urządzenia, jak wagi, termometry czy ciśnieniomierze. Dzięki nowoczesnej technologii powstały również specjalistyczne urządzenia do zdalnego monitorowania stanu zdrowia i odpowiednich parametrów życiowych w warunkach domowych.

Do często używanych urządzeń monitorujących należą: rejestrator EKG w przypadku problemów kardiologicznych, spirometry do badania wydolności oddechowej oraz przenośne urządzenia do nieinwazyjnych badań KTG – oceniające stan płodu podczas ciąży i porodu¹⁴. Wyniki badań są przesyłane do Centrum Zdalnej Opieki Medycznej, gdzie automatycznie poddawane są analizie. W przypadku wykrycia nieprawidłowości personel medyczny kontaktuje się z pacjentem, a w sytuacji zagrożenia życia lub zdrowia – wzywa pogotowie ratunkowe¹⁵. Również diabetolodzy prowadzą w tej chwili swoich pacjentów, sprawdzając stan glukozy we krwi uzyskany dzięki glukometrom automatycznie wysyłającym dane pomiarowe¹⁶.

Pacjenci z niepełnosprawnościami i ograniczeniami często są w dużym stopniu zależni od personelu medycznego, jednak tradycyjne wizyty lekarskie

¹² P. Baudier, G. Kondrateva, Ch. Ammi, V. Chang, F. Schiavone, *Patients' perceptions of teleconsultation during COVID-19: A cross-national study*, „Technol Forecast Soc Change” 2021, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7720768/> (16.01.2022).

¹³ K. Nowosielska, *Telemedycyna może wspomagać leczenie, ale nie zastąpi bezpośredniego badania*, <https://sip.lex.pl/#/external-news/1795665390?keyword=telemedycyna&cm=STOP> (23.01.2022).

¹⁴ *Telemedicine Equipment*, 5.01.2021, <https://www.telehealth.com/telemedicine-equipment/> (23.01.2022).

¹⁵ <https://www.comarch.pl/healthcare/produkty/zdalna-opieka-medyczna/> (23.01.2022).

¹⁶ *Telemedicine Equipment*.

stanowią dla nich wręcz wyzwanie – zarówno logistyczne, jak i emocjonalne. Rozwiązania telemedyczne pozwalają zmniejszyć poziom niepokoju związany z takimi wizytami. Ułatwiony dostęp do opieki zdrowotnej to też korzyść dla osób starszych, mieszkających w odległych lokalizacjach¹⁷.

Ponadto mimo że wizyty, na które nie stawiał się pacjent, mają przede wszystkim wpływ na przychody placówek medycznych, niesie to ze sobą jeszcze inne konsekwencje. Oczywiście mniejsze przychody oznaczają mniejszą liczbę lekarzy, co w znacznym stopniu wpływa na jakość opieki nad pacjentem. Pacjenci zastanawiają się też, czy dobre samopoczucie po leczeniu jest warte narażenia się na niedogodności związane z wizytą, zwłaszcza w dobie pandemii COVID-19. Dlatego też nieobecność na badaniach dotyczy głównie wizyt kontrolnych. Co jednak istotne, osoby niepojawiające się na wizytach lekarskich odbierają innym chorym szansę na otrzymanie pomocy¹⁸.

Jak widzimy, rozwiązania technologiczne umożliwiające zdalną opiekę medyczną są niezwykle przydatne podczas panującej pandemii oraz stanowią duże ułatwienie w codziennym funkcjonowaniu. Dzięki takiemu rozwiązaniu służba zdrowia zaoszczędzi dodatkowe fundusze. Resort zdrowia szacuje, że rozwój e-zdrowia w Polsce może przynieść oszczędności rzędu 0,35% PKB. Tutaj należy wskazać zwłaszcza na dużą oszczędność przede wszystkim kosztów materiałów aseptycznych (tj. rękawice, dezynfekcja przestrzeni dla pacjentów czy też osób odwiedzających chorych) – jest to tzw. zielony wpływ telemedycyny¹⁹.

Wady telemedycyny

Mimo wielu zalet telemedycyny ma ona również sporo wad. Niektóre z nich obejmują ograniczenia związane z przeprowadzaniem kompleksowych badań fizycznych, trudności techniczne, naruszenia bezpieczeństwa i bariery regulacyjne.

Krytycy obawiają się, że telemedycyna może niekorzystnie wpłynąć na ciągłość opieki medycznej, twierdząc, że interakcje online są bezosobowe i niebezpieczne, ponieważ taki wirtualny lekarz nie może przeprowadzić badania fizykalnego²⁰. Chociaż badania twarzą w twarz są konieczne w wielu okolicznościach, to w dobie pandemii COVID-19, zwłaszcza w początkowym etapie rozwoju wirusa, dochodziło do licznych nadużyć ze strony personelu medycznego, bowiem

¹⁷ T.M. Annaswamy, M. Verduzco-Gutierrez, L. Frieden, *Telemedicine barriers and challenges for persons with disabilities: COVID-19 and beyond*, „Disability and Health Journal” 2020, no. 13(4), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7346769/> (22.01.2022).

¹⁸ A. Trachim, B. Pieślak, *Krótki przewodnik po telemedycynie w czasie pandemii i po niej*, <https://itcraftapps.com/pl/blog/przewodnik-po-telemedycynie/> (23.01.2022).

¹⁹ *Telemedycyna rośnie jak na drożdżach*, <https://www.rp.pl/biznes/art1575951-telemedycyna-na-rosnie-jak-na-drozdzach> (24.01.2022).

²⁰ K. Nowosielska, *Telemedycyna może...*

część lekarzy ograniczyła swoje usługi wyłącznie do porad telefonicznych. Telemedycynę zaś należałoby stosować jako uzupełnienie wizyt osobistych, a nie ich zastępowanie²¹.

Należy też mieć na uwadze, że większość ludzi nie lubi, kiedy wprowadza się zmiany, przede wszystkim z powodu nawyków wypracowanych przez dziesięciolecia. Faktem jest, że od 2017 r. telemedycyna stale się rozwijała, ale pojawienie się wirusa SARS-CoV-2 w 2019 r. i wybuch pandemii sprawiły, że trzeba było zastosować rozwiązania umożliwiające leczenie ludzi. Telemedycyna musiała zatem zostać przyjęta jako „nowa normalność”. Pandemia nie pozostawiła wyboru, ponieważ w wielu przypadkach nie było możliwości powrotu do wizyt tradycyjnych²².

Kolejną potencjalną barierą dla skuteczności praktyki telemedycyny jest dokładność transmisji danych. Po stronie personelu medycznego może istnieć problem związany z pomiarami, zaś po stronie pacjentów mogą pojawić się ograniczenia w przepływie internetu, zwłaszcza osób mieszkających w odległym miejscu od ośrodka zdrowia oraz starszych i tych, które nie mają dostępu do urządzeń mobilnych, komputera czy internetu. Płynne działanie technologii i jej przepustowość mają w tym zakresie znaczące znaczenie²³.

Telemedycyna napotyka także wiele przeszkód prawnych i regulacyjnych, w tym duże różnice w wytycznych dotyczących praktyki. To wprowadza wiele zamieszania wśród pacjentów. Podmioty świadczące opiekę zdrowotną powinny mieć na uwadze strategię zarządzania ryzykiem i zapoznać się z potencjalnymi zagrożeniami i konsekwencjami prawnymi związanymi z telemedycyną. Szybki rozwój telezdrowia, zwłaszcza podczas pandemii COVID-19, w połączeniu ze zmiennymi regulacjami i wytycznymi stwarza zwiększony potencjał w zakresie odpowiedzialności, kwestii prawnych, standardów medycznych, praktyk rozliczeniowych, polityki refundacyjnej i ubezpieczeniowej²⁴.

Praktyka telemedycyny rodzi też wiele pytań dotyczących odpowiedzialności za nadużycia, w tym świadomą zgodę, standardy, protokoły praktyk, wymogi nadzoru²⁵.

Spotkania telemedyczne są też bardziej narażone na zagrożenia prywatności bezpieczeństwa. Większość platform telemedycznych jest wysoce szyfrowana,

²¹ *Nadużywanie teleporad przez lekarzy rodzinnych*, <https://samorząd.infor.pl/wiadomosci/5282589,Naduzywanie-teleporad-przez-lekarzy-rodzinnych.html> (24.01.2022).

²² *Trendy w cyfrowej opiece zdrowotnej po COVID-19*, „Healthcare & Life Sciences” 2020, <https://www.dataart.com.pl/news/trendy-w-cyfrowej-opiece-zdrowotnej-po-covid-19/> (24.01.2022).

²³ R. Tadeusiewicz, *Telemedycyna – nowe wyzwanie współczesnej nauki*, „Nauka” 2004, nr 3, s. 57–80.

²⁴ *Otoczenie regulacyjne telemedycyny w Polsce – stan obecny i nowe otwarcie*, red. M. Czarnuch, M. Grabowski, P. Najbuk, Ł. Kołtowski, Warszawa 2015, s. 30.

²⁵ A. Trachim, B. Pieślak, *Krótki przewodnik...*

ale żadna nie jest w 100% bezpieczna przed hakerami. Brak jest ustaleń w zakresie odpowiedzialności za zapewnienia zgodności telemedycyny z przepisami poufności pacjentów i bezpieczeństwa systemu. Wraz ze wzrostem wykorzystania telemedycyny należy zachować ostrożność i być wyczulonym w kontekście oszustw i nadużyć²⁶.

Podsumowanie

Wraz z postępowaniem technologicznym rośnie akceptacja i aprobatą dla telemedycyny. Bez wątplenia ten model opieki zdrowotnej służy poprawie jakości życia i dostępu do podstawowej oraz specjalistycznej opieki medycznej. Było to szczególnie widoczne w dobie pandemii COVID-19, gdzie kontakt osobisty z lekarzem był bardzo mocno utrudniony. Mając na uwadze starzenie się społeczeństwa, styl życia i odległości, w najbliższych latach to właśnie telemedycyna prawdopodobnie stanie się jednym z najważniejszych narzędzi ochrony zdrowia. Jednak aby była ona skuteczna i efektywna, najpierw musi stać się rutyną stosowaną w naszym systemie opieki medycznej. Należałoby także usprawnić ograniczenia technologiczne oraz zniwelować bariery prawne i etyczne, zwłaszcza nadużycia ze strony lekarzy, które powodują, że społeczeństwo nie ma jeszcze zaufania do korzystania z tego typu opieki. Zwrócić trzeba by było również uwagę na to, że telemedycyna nie może pozbawiać pacjentów osobistego kontaktu z lekarzem, a powinna funkcjonować obok tradycyjnych wizyt i być ich uzupełnieniem. W związku z powyższym stosowanie telemedycyny wymaga znaczących zmian w zarządzaniu i projektowaniu opieki zdrowotnej. Wydaje się jednak, że choć telemedycyna nie jest rozwiązaniem doskonałym, to w obliczu groźby zarażenia wirusem SARS-CoV-2 jej zalety przewyższają jej wady.

Bibliografia

- Annaswamy T.M., Verduzco-Gutierrez M., Frieden L., *Telemedicine barriers and challenges for persons with disabilities: COVID-19 and beyond*, „Disability and Health Journal” 2020, no. 13(4), <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7346769/> (22.01.2022).
- Baudier P., Kondrateva G., Ammi Ch., Chang V., Schiavone F., *Patients' perceptions of teleconsultation during COVID-19: A cross-national study*, „Technol Forecast Soc Change” 2021, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7720768/> (16.01.2022).

²⁶ K. Konopka, *Ochrona tajemnicy medycznej w e-zdrowiu*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2020, vol. 25, nr 2, s. 245–257.

- Charles B.L., *Telemedicine can lower costs and improve access*, „Healthc Financ Manage” 2000, no. 54(4), <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/10915354/>.
- Gajarawala S.N., Pelkowski J.N., *Telehealth Benefits and Barriers*, „The Journal for Nurse Practitioners” 2021, no. 17, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7577680/> (16.01.2022).
- Glanowski G., *Telemedycyna w świetle ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty*, „Monitor Prawniczy” 2015, nr 18.
- How Telehealth and eConsults Are Reducing Patient Wait Times*, PSQH, 14.11.2019, <https://www.psqh.com/analysis/how-telehealth-and-econsults-are-reducing-patient-wait-times/> (18.01.2022).
- <https://www.comarch.pl/healthcare/produkty/zdalna-opieka-medyczna/> (23.01.2022).
- Konopka K., *Ochrona tajemnicy medycznej w e-zdrowiu*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2020, vol. 25, nr 2.
- Nadużywanie teleporad przez lekarzy rodzinnych*, <https://samorząd.infor.pl/wiadomosci/5282589,Naduzywanie-teleporad-przez-lekarzy-rodzinnych.html> (24.01.2022).
- Nazarko-Ludwiczak E., *Telemedycyna – przydatne narzędzie pracy i korzyść wizerunkowa*, <https://www.prawo.pl/zdrowie/telemedycyna-przydatne-narzedzie-pracy-i-korzysc-wizerunkowa,234955.html> (15.01.2022).
- Nowosielska K., *Telemedycyna może wspomagać leczenie, ale nie zastąpi bezpośredniego badania*, <https://sip.lex.pl/#/external-news/1795665390?keyword=telemedycyna&cm=STOP> (23.01.2022).
- Otoczenie regulacyjne telemedycyny w Polsce – stan obecny i nowe otwarcie*, red. M. Czarnuch, M. Grabowski, P. Najbuk, Ł. Kołtowski, Warszawa 2015.
- Palacholla R.S., Kvedar J.C., *Telemedicine for infectious disease care – how do we measure the true value?*, „Annals of Translational Medicine” 2019, vol. 7, <https://atm.amegroups.com/article/view/28281/25492> (20.01.2022).
- Rafiq A., Merrell R.C., *Telemedicine for access to quality care on medical practice and continuing medical education in a global arena*, „Journal of Continuing Education in the Health Professions” 2005, vol. 25.
- Siwicki B., *The future of the waiting room, and how telemedicine and mobile health could change it*, 29.09.2021, <https://www.healthcareitnews.com/news/future-waiting-room-and-how-telemedicine-and-mobile-health-could-change-it> (20.01.2022).
- Siwik K., *Pierwsza na świecie zdalna operacja na mózgu z wykorzystaniem 5G*, <https://www.chip.pl/2019/03/pierwsza-na-swiecie-zdalna-operacja-na-mozgu-z-wykorzystaniem-5g/> (17.01.2022).
- Tadeusiewicz R., *Telemedycyna – nowe wyzwanie współczesnej nauki*, „Nauka” 2004, nr 3.
- Telemedicine Equipment*, 5.01.2021, <https://www.telehealth.com/telemedicine-equipment/> (23.01.2022).
- Telemedycyna rośnie jak na drożdżach*, <https://www.rp.pl/biznes/art1575951-telemedycyna-rosnie-jak-na-drozdzach> (24.01.2022).
- Trachim A., Pieślak B., *Krótki przewodnik po telemedycynie w czasie pandemii i po niej*, 2021, <https://itcraftapps.com/pl/blog/przewodnik-po-telemedycynie/>.
- Trendy w cyfrowej opiece zdrowotnej po COVID-19*, „Healthcare & Life Sciences” 2020, <https://www.dataart.com.pl/news/trendy-w-cyfrowej-opiece-zdrowotnej-po-covid-19/> (24.01.2022).
- Zdrowie psychiczne i funkcjonowanie psychospołeczne podczas pandemii COVID-19*, WHO 2020, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/331808/WHO-2019-nCoV-MentalHealth-2020.1-pol.pdf> (15.01.2022).
- Zhang X.-Y., Zhang P., *Telemedicine In clinical setting*, „Experimental and Therapeutic Medicine” 2016, no. 12(4).

Streszczenie

Pandemia COVID-19 spowodowała wiele wyzwań dla systemu opieki medycznej. W celu kontynuowania bezpiecznej i skutecznej opieki zdrowotnej nad pacjentami chorymi na COVID-19 i osobami zdrowymi konieczne było wprowadzenie wielu istotnych zmian w modelach praktyki lekarskiej. Mimo że telemedycyna została pierwotnie opracowana w celu zapewnienia podstawowej opieki dla pacjentów z obszarów wiejskich lub odległych od ośrodka świadczącego usługi medyczne, to wybuch pandemii COVID-19 spowodował jej gwałtowny rozwój. W celu zapobiegania i ograniczania przenoszenia się wirusa pacjenci i personel medyczny musieli szybko dostosować się do tego modelu opieki medycznej.

Telemedycyna obejmuje szeroki zakres specjalności i praktyk opieki lekarskiej świadczonych przy użyciu technologii informacyjno-komunikacyjnych. Za pomocą telefonów, zdalnych urządzeń, wiadomości e-mail, czatów wideo lub konferencji możliwa jest interakcja pomiędzy pacjentem a personelem medycznym bez potrzeby fizycznego kontaktu. Dzięki postępowi technologicznemu rośnie akceptacja i aprobatą dla telemedycyny, ponieważ ten model opieki zdrowotnej jest skutecznym i efektywnym narzędziem poprawy jakości życia i dostępu do podstawowej i specjalistycznej opieki zdrowotnej. Jednak w praktyce telemedycyny pojawiają się bariery prawne, etyczne i technologiczne, które powodują, że społeczeństwo niechętnie korzysta z tego typu opieki zdrowotnej. Dlatego też należy się zastanowić, jakie zalety i wady ma wprowadzenie opieki medycznej w formie telemedycyny, w szczególności w czasie pandemii COVID-19.

Słowa kluczowe: telemedycyna, e-zdrowie, pandemia COVID-19

TELEMEDICINE IN THE FACE OF THE COVID-19 PANDEMIC – ADVANTAGES AND DISADVANTAGES

Summary

The COVID-19 pandemic has created many challenges for the health care system. In order to continue safe and effective health care for COVID-19 patients and healthy individuals, many significant changes in medical practice models were required. Although telemedicine was originally developed to provide primary care for patients in rural or remote areas from a medical provider, the outbreak of the COVID-19 pandemic caused its rapid expansion. In order to prevent and reduce transmission of the virus, patients and medical staff had to quickly adapt to this model of medical care.

Telemedicine encompasses a wide range of medical care specialties and practices delivered using information and communication technology. Using phones, remote devices, emails, video chats, or conferences, it is possible for patients and medical staff to interact without the need for physical contact. With advances in technology, there is a growing acceptance and endorsement of telemedicine because this model of healthcare is an effective and efficient tool for improving quality of life and access to primary and specialty care. However, there are legal, ethical, and technological barriers to the practice of telemedicine that make the public reluctant to use this type of healthcare. Therefore, it is important to consider the advantages and disadvantages of implementing medical care in the form of telemedicine, particularly during the COVID-19 pandemic.

Keywords: telemedicine, e-health, COVID-19 pandemic

RECENZJE

Agnieszka Ogrodnik-Kalita

Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie
ORCID: 0000-0002-3379-7453

**RECENZJA KSIĄŻKI J.M. ŁUKASIEWICZA I R.
ŁUKASIEWICZA *PRAWO RODZINNE*, WARSZAWA 2021, SS. 516**

Nakładem wydawnictwa Wolters Kluwer w 2021 r. ukazało się opracowanie autorstwa J.M. Łukasiewicza i R. Łukasiewicza *Prawo rodzinne*. Analiza wstępu, a także sama szata graficzna książki pozwalają stwierdzić, że głównym zamierzeniem autorów było stworzenie przystępnej „lektury dla każdego”, tj. nie tylko pomocy dla studentów w przyswojeniu wiedzy z zakresu tego działu prawa cywilnego, ale także dla tych, którzy swą wiedzę chcą pogłębić i usystematyzować. Wyprzedzając uwagi o charakterze bardziej szczegółowym, należy już teraz stwierdzić, że cel ten został w pełni osiągnięty.

Problematyka prawa rodzinnego jest obecnie przedmiotem kilku podręczników akademickich. Sami autorzy zresztą te najbardziej cenione wskazują w słowie wstępnym jako źródła inspiracji. A. Mączyński zauważa, że „kontrowersyjne oceny może budzić sytuacja, kiedy podręcznik jest pierwszą w danej dziedzinie publikacją autora”¹. Nie zachodzi ona na pewno w przypadku recenzowanej książki. Zarówno J.M. Łukasiewicz, jak i R. Łukasiewicz mogą się pochwalić bogatym dorobkiem z zakresu prawa rodzinnego i innych działów prawa cywilnego. Publikacja nawiązuje, jak podkreślają autorzy, do wydanej w 2014 r. monografii *Institucje prawa rodzinnego*². Należy docenić zamysł uaktualnienia i pogłębienia zawartych tam rozważań ze względu na liczne – wbrew tezie, że lepsze prawo gorsze, ale stabilne – zmiany, które zostały dokonane od jej wydania w zakresie nie tylko prawa rodzinnego, ale również prawa dotyczącego rodziny. Od razu należy bowiem podkreślić, że zawarte w książce analizy obejmują regulacje licznych aktów prawnych oprócz Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego³. Należy tutaj wskazać ustawę prawo o aktach stanu cywilnego, ustawę o leczeniu

¹ A. Mączyński, *Uwagi o stanie nauki polskiego prawa cywilnego*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 6, s. 11.

² *Institucje prawa rodzinnego*, red. J.M. Łukasiewicz, Warszawa 2014.

³ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. 2022, poz. 2140), dalej: k.r.o.

niepłodności, ustawę o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej czy ustawę o pomocy osobom uprawnionym do alimentów. W opracowaniu znalazły się też cenne uwagi o charakterze komparatystycznym.

Nie budzi wątpliwości przejrzysta systematyka recenzowanej książki. Bez wątpienia student poszukujący „na szybko” odpowiedzi na nurtujące go pytanie nie będzie miał problemów z odnalezieniem w spisie treści właściwego fragmentu. Od pozostałych podręczników z zakresu prawa rodzinnego recenzowany podręcznik odróżnia przede wszystkim brak rozdziału poświęconego m.in. źródłom prawa rodzinnego. Trudno z przyjęcia przez autorów takiego rozwiązania uczynić zarzut, jeśli problematyka ta jest dokładnie przedstawiona w innych pozycjach tego rodzaju. Odmienne od systematyki kodeksowej autorzy analizują instytucję separacji przed instytucją rozwodu. Powodem umieszczenia przepisów o separacji po Dziale IV normującym rozwód było odsunięcie zarzutu, iż „separacja może być wstępem do żądania rozwodu lub nawet służyć stopniowej jego likwidacji”⁴. Zwraca się w tym kontekście uwagę na to, że za taką systematyką przemawiają także względy techniki legislacyjnej, gdyż przepisy o separacji zawierają odesłania do przepisów regulujących rozwód⁵. Szczególnie ten drugi argument wydaje się istotny ze względów dydaktycznych i tym samym głównego celu recenzowanej książki. Analiza instytucji separacji po przedstawieniu problematyki dotyczącej rozwodu ułatwiłaby studentom zaznajomienie się z tymi zagadnieniami, biorąc pod uwagę przede wszystkim odsyłający charakter art. 61 (2) § 1 k.r.o. Wydaje się, że osoby znajdujące się na początku swojej ścieżki prawniczej mogą mieć pewne trudności z zastosowaniem przepisów odsyłających i ta technika legislacyjna niekoniecznie jest ich ulubioną. Dlatego też tak ważne jest przejrzyste i zrozumiałe przedstawianie regulacji będących ich przedmiotem w materiałach dydaktycznych. Można jednak dopatrzeć się w rozwiązaniu zastosowanym w opracowaniu aspektów pozytywnych. Rzeczywiście omówienie problematyki separacji przed zagadnieniami dotyczącymi rozwodu podkreśla jej „łagodniejszy” charakter, mniejsze wymagania w zakresie przesłanek koniecznych do jej orzeczenia czy nie tak daleko idące skutki.

Autorzy sporo miejsca, bo aż cały rozdział, poświęcają zagadnieniom związanym z prawem o aktach stanu cywilnego. Takie ujęcie zasługuje na wysoką ocenę. Chociaż „nowa” ustawa weszła w życie już 8 lat temu, nie została jeszcze całościowo i syntetycznie opisana właśnie w formie przystępnej dla osób dopiero zapoznających się z tą materią. Dość liczne publikacje poświęcone jej szczegółowym rozwiązaniom prawnym, a także wydane dotychczas dwa komentarze nie zastępują zwięzłego opracowania tej materii, przydatnego np. dla studentów. Należy podkreślić, że wskazana część podręcznika oprócz rozważań teoretycznych zawiera też przykładowe wzory dokumentów z zakresu stanu cywilnego, co

⁴ T. Smoczyński, M. Andrzejewski, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2022, s. 192–193.

⁵ *Ibidem*, s. 193.

sprawia, że przedstawione rozważania zostają mocno osadzone w praktyce ich funkcjonowania. Warto zwrócić uwagę w szczególności na przykładowe zrzuty ekranu prezentujące aktualne formularze wypełniane przez kierownika urzędu stanu cywilnego w systemie „ŹRÓDŁO”. Autorzy we wstępie dziękują pracownikom Urzędu Stanu Cywilnego w Rzeszowie jako zaangażowanym osobom, które przyczyniły się do powstania publikacji, i to „zaangażowanie” zaowocowało na pewno wysokim poziomem merytorycznym i praktycznym tej części pracy.

Niezwykłym walorem książki jest zamieszczenie w niej licznych objaśnień graficznych przybierających różnorodną formę diagramów i tabel. Na pozytywne podkreślenie zasługują w szczególności diagramy zamieszczone przez autorów w rozdziale poświęconym małżeńskim ustrojom majątkowym. Materia ta jest skomplikowana jurydycznie i dla jej zrozumienia nieraz konieczna jest uporządkowana wiedza z zakresu innych działów prawa cywilnego. Diagramy w sposób jasny i przejrzysty pomagają w „odświeżeniu” sobie pewnych informacji i zarazem przyswojeniu nowych. Dla przykładu warto zwrócić uwagę na graficzne przedstawienie przez autorów schematu ustania wspólności majątkowej małżeńskiej. Treść art. 35 k.r.o. w zw. z art. 43 § 1 k.r.o., wymagające dla ich zrozumienia znajomości rodzajów współwłasności, istoty wspólności łącznej czy momentu jej ustania, może wydawać się szczególnie trudna i nieprzystępna dla osób zaczynających przygodę z prawem rodzinnym. J.M. Łukasiewicz w sposób pomysłowy przedstawia etapy tego procesu. Schemat ten był zresztą wielokrotnie i z powodzeniem wykorzystywany przez piszącą te słowa podczas ćwiczeń ze studentami z prawa rodzinnego – oczywiście ze wskazaniem autora – i okazał się niezwykle pomocny przy próbach tłumaczenia tego skomplikowanego pod względem zarówno teoretycznym, jak i praktycznym zagadnienia. Warto w tym kontekście zwrócić również uwagę na diagram 26 (s. 175), który przedstawia mechanizm wyrażania przez drugiego małżonka zgody na dokonanie czynności prawnych wymienionych w art. 37 k.r.o., czyli tzw. zgody obligatoryjnej. Jego analiza może być dla studentów dogodną okazją dla powtórzenia istoty sankcji bezskuteczności zawieszonyj, omawianej jako jedna z sankcji wadliwych czynności prawnych przy okazji wykładu z części ogólnej prawa cywilnego.

Podobnie problematyka zawarcia małżeństwa została opracowana przejrzysto, a zarazem ciekawie i innowacyjnie. Różnice pomiędzy przesłankami istnienia małżeństwa, przesłankami formalno-porządkowymi i przeszkodami małżeńskimi, a także sankcjami w przypadku niedopełnienia dwóch pierwszych bądź zawarcia małżeństwa pomimo wystąpienia przeszkody są nieraz wyzwaniem dla osób zaznajamiających się z tą materią. Dużą pomocą będzie tutaj zapewne diagram 17 (s. 105). Ponadto analizując istotę błędu co do tożsamości drugiej strony jako jednej z wad oświadczenia woli przy zawarciu małżeństwa, J.M. Łukasiewicz wymienia w punktach te okoliczności, które zgodnie z przeważającym poglądem doktryny za takie nie są uważane. Zastosowanie takiego zabiegu, po pierwsze, obrazowo ukazuje, jak wąski zakres mają okoliczności, które za błąd

co do tożsamości mogą być uznane, po drugie zaś, czyni analizowaną problematykę jeszcze ciekawszą.

W równie interesujący sposób zaprezentowano regulację nazwiska małżonków po zawarciu związku małżeńskiego. W tabeli 1 (s. 151) przedstawiono możliwości, jakie w tym zakresie daje nupturientom bądź już małżonkom na pierwszy rzut oka raczej nierozbudowany art. 25 § 2 k.r.o. Szczególnie pomocne wydaje się zwrócenie uwagi na fakt, że kolejność członów nazwiska może być dowolna. Tabela stanowi też wskazówkę dla prowadzących ćwiczenia z prawa rodzinnego, w jaki sposób można je urozmaicić i uczynić bardziej atrakcyjnymi dla studentów.

Skomplikowane i rozbudowane zagadnienie przesłanek przysposobienia zostało przedstawione w niezwykle interesujący graficznie sposób na diagramie 60 (s. 379). Oprócz powszechnie przyjętego podziału na ich trzy kategorie na szczególną aprobatę zasługuje wyeksponowanie zgodności przysposobienia z dobrem dziecka jako przesłanki podstawowej.

Bardzo cenne dla studentów, oprócz wskazanych już graficznych prezentacji niektórych zagadnień, będą zapewne zawarte w podręczniku wzory pism procesowych (np. pozew o rozwód, wniosek o ograniczenie władzy rodzicielskiej), które zostały wyróżnione odmiennym od reszty tekstu kolorem. Należy podkreślić, że do każdego wzoru zostały dołączone wyjaśnienia z zakresu prawa procesowego, które zapewne przydadzą się w szczególności tym studentom, którzy ze względu na program studiów nie uczestniczyli jeszcze w zajęciach z zakresu postępowania cywilnego. Za bardzo przydatne należy też uznać te fragmenty książki, w których autorzy odwołują się do praktyki.

W przypadku zagadnień nierozstrzygniętych wprost przez ustawodawcę, jak np. przynależność do majątku wspólnego lub majątków osobistych przedmiotów nabytych za środki pochodzące z różnych mas majątkowych, autorzy przedstawiają różne rozwiązania proponowane w piśmiennictwie i judykaturze, zwracając uwagę na te, które ich zdaniem wydają się najbardziej prawidłowe. Wskazaną problematykę przedstawiono też w postaci na pierwszy rzut oka bardzo skomplikowanego diagramu 24 (s. 170), który jednak okazuje się być bardzo przejrzysty i może okazać się rzeczywistą pomocą dla studentów. W równie klarowny sposób przedstawiono budzące wątpliwości w doktrynie zagadnienie momentu powstania władzy rodzicielskiej, dokonując podziału prezentowanych stanowisk na te, które opowiadają się za brakiem władzy rodzicielskiej wobec nasciturusa, i te, które wskazany punkt widzenia kwestionują.

Należy podkreślić również zwrócenie przez autorów uwagi na ustawodawcze wyzwania budzące kontrowersje społeczno-obyczajowe. Także w tym przedmiocie rozważania nie zostały ograniczone do „suchych” informacji, ale wskazano na konkretne, „życiowe” przykłady i orzecznictwo, jak np. w przypadku problematyki macierzyństwa zastępczego. W tym ostatnim przypadku uwzględniono też podział na macierzyństwo zastępcze gestacyjne i macierzyń-

stwo zastępcze tradycyjne, co może być ciekawym uzupełnieniem wiedzy w tym przedmiocie. Podobnie szeroko omówiono problematykę zmiany płci, zwracając uwagę na przyjęty obecnie model postępowania w tych sprawach, problematykę zawarcia małżeństwa przez transseksualistę oraz konsekwencje zmiany płci już w czasie trwania związku małżeńskiego. Ta część rozważań została ponadto bogato udokumentowana.

Ogromnym walorem opracowania jest jasny i zrozumiały język. Skomplikowane często zagadnienia zostały wyjaśnione w sposób przystępny i komunikatywny, nienastręczający trudności w czytaniu książki. Pomimo złożonego charakteru wielu z poruszanych zagadnień recenzowana pozycja jest łatwa w odbiorze. Na zakończenie warto podkreślić także staranną formę publikacji. Jej szata graficzna przypomina dobrze znane i uznane podręczniki do poszczególnych działów prawa cywilnego, tj. np. podręcznik *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej* A. Woltera, J. Ignatowicza i K. Stefaniuka czy *Prawo rodzinne* J. Ignatowicza i M. Nazara.

Największą zaletą opracowania jest to, że w przystępny sposób wyjaśnia nierazawiłe zagadnienia prawa rodzinnego, realizując tym samym wskazane we wstępie ambicje autorów do traktowania książki jako przystępnej „lektury dla każdego”. Należy docenić ogrom pracy autorów wychodzących naprzeciw wymaganiom nie tylko osób, które po raz pierwszy stykają się z prawem rodzinnym, ale również tych, dla których problematyka ta nie jest obca, w tym przedstawicieli praktyki. Nie ulega wątpliwości, że warto zachęcać studentów do sięgnięcia po tę pozycję, gdyż korzystanie z niej sprawi, że nauka i tak już niezwykle interesującej materii z zakresu prawa rodzinnego będzie jeszcze bardziej fascynująca.

AFILIACJE

Elzbieta Ejankowska – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0001-5129-8853.

Ewa Ferens – Uniwersytet SWPS w Warszawie, ORCID: 0000-0002-5665-1721.

Marianna-Elizabet Iaroslavka – Uniwersytet Warszawski, ORCID: 0000-0002-2543-2227.

Marcin Konieczny – Akademia Policji w Szczytnie, ORCID: 0000-0002-1798-150.

Zuzanna Maszniew – Uniwersytet Jagielloński, ORCID: 0000-0001-9960-0812.

Grzegorz Nancka – Uniwersytet Śląski w Katowicach, ORCID: 0000-0002-9911-7473.

Agnieszka Ogrodnik-Kalita – Uniwersytet Pedagogiczny im. Komisji Edukacji Narodowej w Krakowie, ORCID: 0000 0002 3379 7453.

Maurycy Ostaszewski – ORCID: 0000-0002-7766-3510.

Edyta Sokalska – Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie, ORCID: 0000-0003-0903-7726.

Piotr Krzysztof Sowiński – Uniwersytet Rzeszowski, ORCID: 0000-0003-2210-5877.

Renata Zaręba – Uniwersytet w Białymstoku, ORCID: 0000-0002-5939-6906.

