

# KWARTALNIK O PRAWACH CZŁOWIEKA

HR HELSIŃSKA FUNDACJA  
PRAW CZŁOWIEKA

numer 3–4 (23–24), lipiec – grudzień 2017 r.  
ISSN 2300-2891



- **Obrona Konstytucji RP**  
prof. Mirosław Wyrzykowski
- **Trudne przypadki w prawie karnym, filozofia prawa i bezpośrednie stosowanie norm konstytucyjnych**  
dr Tomasz Snarski
- **Konstytucjonalizacja systemu prawa a stanowienie, stosowanie i korygowanie prawa karnego**  
dr Katarzyna Witkowska-Moździerz
- **Procedura dla obywatela czy obywatel dla procedury? Kilka uwag o wzniosłych zasadach i prostych przepisach**  
dr Witold Zontek



## Słowo wstępne: bezpośrednie stosowanie Konstytucji w sferze prawa karnego

Kryzys konstytucyjny spowodował, że Trybunał Konstytucyjny przestał wykonywać swoją naturalną funkcję w demokratycznym państwie prawnym. Niestety obywatele nie mogą mieć obecnie gwarancji, że ustawy, które budzą wątpliwości konstytucyjne, zostaną niezależnie i rzetelnie zbadane przez TK. Co więcej, TK, podporządkowany władzy politycznej, może raz na jakiś czas wypełniać rolę zmierzającą do swoistej legitymizacji wątpliwych posunięć legislacyjnych.

W tym kontekście rolę nauki prawa jest refleksja nad tym, jak można wypełnić przestrzeń, która powstaje ze względu na paraliż TK. Bezpośrednie stosowanie Konstytucji oraz rozproszona kontrola konstytucyjności ustaw wydaje się jednym z remediów. Drugim jest kierowanie spraw do Trybunału Sprawiedliwości UE – w zakresie, w jakim dane zagadnienie mieści się w sferze stosowania prawa europejskiego. Trzecim – kierowanie skarg do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Należy jednak pamiętać, że powyższe alternatywy nie zastąpią prawdziwej roli TK. Mają swoje poważne ograniczenia. Żaden wyrok sądu w konkretnej, indywidualnej sprawie nie zastąpi abstrakcyjnej interpretacji normy prawnej oraz wyroku sądu konstytucyjnego, który taką normę eliminuje z systemu prawnego. Niemniej korzystanie z innych możliwości ochrony praw jednostki może przynajmniej doprowadzić do zmniejszenia szkód społecznych oraz prawnych związanych z brakiem niezależnego TK. Może także pomóc indywidualnym ofiarom. Jest to zatem wielka odpowiedzialność całego świata prawniczego: poszukiwanie sposobów interpretacji oraz metod działań, które będą zmierzały do tego, aby mechanizmy sprawiedliwości i praworządności dalej – przynajmniej w określonym zakresie – działały.

Czasami w debacie publicznej rozproszona kontrola konstytucyjności jest przedstawiona jako lekarstwo na całe zło. Musimy zdawać sobie jednak sprawę, że czym innym są słowa przedstawicieli doktryny, wybitnych profesorów, a czym innym codzienna rzeczywistość sądowa. Przez lata sędziowie byli przyzwyczajani i zachęceni do centralizacji swojego myślenia o Konstytucji. W razie wątpliwości mieli pytać TK. Teraz ich rola ma polegać na indywidualnej ocenie, a to wymaga szczególnych zdolności metodologicznych. Pozostaje mieć nadzieję, że poczucie odpowiedzialności i znaczenia rozstrzygnięć w indywidualnych sprawach, ale także mądre wsparcie Sądu Najwyższego (szczególnie poprzez uchwały składu siedmiu sędziów), stworzy odpowiednie zaplecze intelektualne dla codziennego, bezpośredniego stosowania Konstytucji. Pomagać może także to, że orzecznictwo „starego” TK, powstałe na gruncie obowiązującej Konstytucji, stworzyło *acquis constitutionnel*, na który sędziowie mogą się przecież powoływać<sup>1</sup>.

Postępujące podporządkowanie polityczne sądów, będące konsekwencją nowelizacji Prawa o ustroju sądów powszechnych, może niestety powyższy proces zakłócić. Wszak jeden z wiceministrów sprawiedliwości wyraził publicznie pogląd, że bezpośrednie stosowanie Konstytucji może grozić


odpowiedzialnością dyscyplinarną. Pozostaje mieć nadzieję, że była to myśl wyrażona jedynie w związku z nadmierną fascynacją tematem zakazu dowodowego „owoców zatrutego drzewa”. Być może wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27 kwietnia 2017 r., II AKA 213/16, opierający się na analizie konstytucyjnej zakazu „owoców zatrutego drzewa” i kwestionujący znowelizowany art. 168a Kodeksu postępowania karnego, mógł prowadzić do zbyt radykalnych poglądów wiceministra w kwestiach ogólnych. Niemniej należy pamiętać, że wszelkie wypowiedzi publiczne polityków odpowiedzialnych za sądownictwo, ale także zmiany organizacyjne w sądownictwie mogą wywierać tzw. mrozący skutek dla sądów. Niestety ten skutek można już zaobserwować w niektórych sprawach. Pozostaje mieć nadzieję, że **mimo wszystko** poczucie odpowiedzialności spowoduje, iż sędziowie nie będą zamykać oczu na Konstytucję RP.

Bezpośrednie stosowanie Konstytucji to niejedyny sposób na rozstrzygnięcie konfliktów normy ustawowej z Konstytucją. Zdecydowana większość postanowień Konstytucji dotyczących praw i wolności jednostki ma swój odpowiednik w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Zgodnie z zasadą hierarchii źródeł prawa normy ratyfikowanej umowy międzynarodowej mają pierwszeństwo przed ustawami i mogą być bezpośrednio stosowane. Dlatego być może w wielu przypadkach nie będzie istniała konieczność powoływania się na Konstytucję, ale wystarczy na Konwencję oraz standardy ETPC. W tym zakresie przygotowanie metodologiczne sądów jest znacznie lepsze, choć wciąż jeszcze dalekie od ideału. Co więcej, nastawienie na analizę przepisów pod kątem zgodności z Konwencją może prowadzić do uniknięcia potencjalnego konfliktu z TK oraz do umocnienia legitymizmu orzeczeń wydawanych przez sądy<sup>2</sup>.

Konkludując, przed sędziami Rzeczypospolitej Polskiej stoi teraz nie lada wyzwanie: jak najlepiej stosować Konstytucję oraz ratyfikowane umowy międzynarodowe. Instrumenty prawne mają do dyspozycji. To wewnętrzna niezawisłość powinna im podpowiadać rozwiązania spraw, które odpowiadać będą standardom praw człowieka.

Dr Adam Bodnar  
Rzecznik Praw Obywatelskich

Prof. INP PAN dr hab.  
Ireneusz C. Kamiński  
Redaktor Naczelny



1 M. Safjan, Trybunał Konstytucyjny po trzydziestu latach – doświadczenie i przyszłość, „Przegląd Konstytucyjny” 2017, nr 1, s. 25-66, na s. 49.

2 L. Garlicki, Trybunał Konstytucyjny jako współtwórca polskiej kultury prawnej, „Przegląd Konstytucyjny” 2017, nr 1, s. 7-24, na s. 22.

## TEMATY NUMERU

5

**Obrona Konstytucji RP**  
*prof. Mirosław Wyrzykowski*

18

**Trudne przypadki w prawie karnym, filozofia prawa i bezpośrednie stosowanie norm konstytucyjnych**  
*dr Tomasz Snarski*

26

**Konstytucjonalizacja systemu prawa a stanowienie, stosowanie i korygowanie prawa karnego**  
*dr Katarzyna Witkowska-Moździerz*

36

**Procedura dla obywatela, czy obywatel dla procedury? Kilka uwag o wzniosłych zasadach i prostych przepisach**  
*dr Witold Zontek*

45

**Wybrane uwagi na temat bezpośredniego stosowania Konstytucji przy ustalaniu granic obrony koniecznej i konsekwencji ich przekroczenia**  
*dr Szymon Tarapata*

59

**Ograniczenia prawa do obrony wynikające z możliwości stosowania na etapie postępowania przygotowawczego tymczasowego aresztowania na podstawie dowodów niejawnych dla oskarżonego i jego obrońcy – analiza krytyczna art. 250 § 2b Kodeksu postępowania karnego**  
*dr Marek Bielski*

71

**Prawo do obrony w sprawach o zgwałcenie – aspekty konstytucyjne i konwencyjne**  
*adv. Artur Pietryka*

77

**Zaskarżalność postanowienia prokuratora o zarządzeniu ekshumacji w świetle standardów konstytucyjnych i międzynarodowych**  
*adv. Marcin Mrowicki*

88

**Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez sądy a odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów**  
*dr Paweł Skuczyński*

Redaktor naczelny: Prof. INP PAN dr hab. Ireneusz C. Kamiński

Zespół redakcyjny: dr Adam Bodnar, dr Barbara Grabowska-Moroz dr Piotr Kładoczny, dr Dorota Pudzianowska, adv. Katarzyna Wiśniewska

Redaktorzy prowadzący wydania: dr Piotr Kładoczny, adv. Katarzyna Wiśniewska

Sekretarz redakcji: Konrad Siemaszko

Konsultacje: Danuta Przywara

Korekta: Ela Dajksler

Opracowanie graficzne: Wojciech Szulik

Druk: Weda s.c., ul. Człuchowska 66, 01-360, Warszawa

Kolportaż: Customeritum, ul. Łotewska 9a, 03-918 Warszawa

ISSN 2300-2891

Nakład: 500 egzemplarzy. Kwartalnik o Prawach Człowieka Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka dostępny jest również on-line na stronie [hfr.org.pl](http://hfr.org.pl)

© Helsińska Fundacja Praw Człowieka

## Obrona Konstytucji RP

*prof. Mirosław Wyrzykowski*



### Kontekst kryzysu konstytucyjnego

Po 20 latach od wejścia w życie Konstytucji RP prawnicy, politolodzy, socjolodzy, znawcy języka polskiego i języka polityki, ale także psychologowie społeczni czy historycy idei i dziejów współczesnych zastanawiają się nad nieoczekiwanym zjawiskiem, jakim jest potrzeba obrony Konstytucji. Punktem wyjścia był wszechstronnie już opisany spór o istotę mechanizmu kontroli konstytucyjności prawa, wywołany kontrowersją związaną z obsadą zwalnianych w końcówce 2015 r. miejsc w Trybunale Konstytucyjnym. Na podstawie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z 25 czerwca 2015 r. Sejm dokonał w październiku 2015 r. wyboru na sędziów Trybunału, którzy mieli objąć zwalniane trzy miejsca w listopadzie i dwa miejsca w grudniu. Wybór sędziów mający miejsce u schyłku ubiegającej kadencji Sejmu VII kadencji został zakwestionowany przed Trybunałem Konstytucyjnym, który orzekł konstytucyjność podstawy i poprawność wyboru trzech sędziów „październikowych” i wadliwość dotyczącą wyboru „na zapas” sędziów, którzy mieliby objąć urząd w grudniu 2015 r.

Zanim jednak doszło do wydania wyroku przez Trybunał miały miejsce zdarzenia, które stały się źródłem – narastającego z upływem czasu i natężeniem zdarzeń – kryzysu konstytucyjnego. Wszystkie te zdarzenia mają wspólny mianownik, jakim jest naruszenie obowiązującego prawa przez konstytucyjne organy władzy publicznej. Sekwencja naruszeń prawa była następująca: pierwszym aktem była decyzja Sejmu VII kadencji, zakwestionowana przez Trybunał, o wyborze sędziów TK, którzy mieli objąć urząd w grudniu 2015 r.; drugim aktem była odmowa przyjęcia ślubowania od prawidłowo wybranych trzech sędziów, którzy powinni objąć urząd w listopadzie 2015 r. Prezydent RP, nie

mając kompetencji do zaniechania przyjęcia ślubowania, naruszył obowiązujący porządek prawny. Kolejnym naruszeniem prawa były uchwały Sejmu VIII kadencji o utracie mocy prawnej uchwał o powołaniu sędziów TK przez Sejm poprzedniej kadencji. Sejm nie ma kompetencji do stwierdzenia utraty mocy prawnej uprzednio podjętych uchwał. Co więcej, poprawność działania Sejmu poprzedniej kadencji dotycząca trzech sędziów „październikowych” została potwierdzona wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego, natomiast wadliwość wyboru dwóch kolejnych sędziów, także potwierdzona wyrokiem TK, wywołała skutek w postaci konieczności dokonania wyboru sędziów przez nowo wybrany Sejm. Ponadto uchwała Sejmu o utracie mocy prawnej uchwał o powołaniu trzech poprawnie wybranych sędziów stanowiła w istocie nową, nieznaną dotychczas przesłankę złożenia sędziego z urzędu. Tyle że złożenie z urzędu jest materią ustawową i nie może być regulowana uchwałą Sejmu. Kolejnym aktem naruszającym porządek prawny było powołanie – mimo wydania przez TK postanowienia zabezpieczającego, mającego na celu powstrzymanie podejmowania rozstrzygnięcia przez Sejm z racji toczącego się postępowania przez TK w tej sprawie – trzech sędziów na stanowiska poprawnie obsadzone przez Sejm poprzedniej kadencji. Konsekwentnie naruszeniem prawa było przyjęcie przez Prezydenta RP ślubowania od tych trzech nowo wybranych sędziów. Kontrast w stosunku do odmowy przyjęcia ślubowania od prawidłowo wybranych sędziów wyrażał się w nadzwyczajnym pośpiechu przyjęcia ślubowania – późną nocą, w niecałe trzy godziny od oficjalnego ogłoszenia uchwał Sejmu.

### Pierwszy akt dramatu

Politycznie i ustrojowo dramatyczne wydarzenia związane z wyborem sędziów Trybunału Konstytucyjnego w październiku

i listopadzie 2015 r. były zaledwie początkiem kryzysu konstytucyjnego. Równoległe z działaniami mającymi na celu stworzenie nieodwracalnych faktów dokonanych dotyczących obsady Trybunału podjęte zostały przez Sejm inicjatywy ustawodawcze zmieniające ustawę o Trybunale Konstytucyjnym. Nowela ustawy o TK z 18 listopada 2015 r. wprowadziła m.in.: kadencję Prezesa i Wiceprezesa Trybunału i, *implicite*, wygaśnięcie mandatu sędziów dotychczas pełniących te funkcje; 30-dniowy termin na złożenie ślubowania przez sędziego TK i tym samym uzależnienie rozpoczęcia biegu kadencji sędziego od decyzji Prezydenta; termin 7 dni od wejścia w życie noweli ustawowej terminu zgłaszania kandydatów na stanowisko sędziego, w efekcie czego otwarta została droga do obsadzenia stanowisk sędziowskich w liczbie przekraczającą konstytucyjną regulację 15 sędziów Trybunału – wszystkie te regulacje zostały uznane przez Trybunał za niezgodne z Konstytucją (K35/15).

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego podlega bezzwłocznemu, bezwarunkowemu ogłoszeniu przez Prezesa Rady Ministrów. Nakaz publikacji, wynikający z brzmienia art. 190 ust. 2 Konstytucji RP, został zlekceważony przez premiera, który odmówił opublikowania wyroku, w szczególności kwestionując legalność zarządzenia Prezesa TK o wyznaczeniu składu orzekającego, co miało skutkować „nieważnością wyroku”. Odmowa publikacji wyroku pogłębiła kryzys konstytucyjny. Obowiązek publikacji wyroku TK ma charakter bezwarunkowy, a publikacja powinna nastąpić bezzwłocznie po jego otrzymaniu. Co więcej, kwalifikowanie wyroku jako aktu nieważnego oznacza usurpację przez premiera kompetencji do oceny legalności wyroku, a takich kompetencji ten organ w oczywisty sposób posiadać nie może, bowiem w obowiązującym porządku konstytucyjnym organ władzy wykonawczej nie ma kompetencji do stwierdzenia nieważności wyroku sądowego. Na wniosek obywatela prokuratura wszczęła postępowanie w sprawie naruszenia przez premiera obowiązków służbowych; pod presją odpowiedzialności karnej premier opublikował ten wyrok Trybunału. Okazuje się wkrótce, że było to testowanie granic władzy wykonawczej, wyznaczonych przez normy konstytucyjne, wobec Trybunału Konstytucyjnego. Odmowa publikacji dotyczyła kolejnych dwóch wyroków dotyczących ustaw regulujących status Trybunału Konstytucyjnego.

### **Antygona w Warszawie**

Źródłem kolejnego etapu kryzysu konstytucyjnego była ustawa z dnia 22 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, szyderczo nazwana przez jej twórców ustawą „naprawczą”.

Przypomnijmy: istota nowelizacji ustawy sprowadzała się do następujących zmian w mechanizmie kontroli konstytucyjności prawa. Nowela wprowadziła następujące zmiany: wymóg podejmowania uchwał przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK większością 2/3 głosów w obecności co najmniej 13 sędziów; obowiązek orzekania wszystkich spraw zainicjowanych wnioskami w pełnym, co najmniej 13-osobowym składzie; obowiązek rozpatrywania spraw według kolejności wpływu spraw do Trybunału; zakaz odbywania rozprawy wcześniej aniżeli po upływie 3 miesięcy od dnia doręczenia uczestnikom postępowania zawiadomienia o jej terminie, a w sprawach orzekanych w pełnym składzie – po upływie 6 miesięcy od doręczenia zawiadomienia; ustaliła kwalifikowaną większość 2/3 głosów dla wydania orzeczenia w pełnym składzie; konieczność ponownego ustalenia składu orzekającego w sprawach już rozpoznawanych przez Trybunał, a tym samym wymóg rozpoczęcia rozpatrywania sprawy do początku; wszczęcie postępowania dyscyplinarnego wobec sędziego TK na wniosek Prezydenta RP lub Ministra Sprawiedliwości; usunięcie z katalogu kar dyscyplinarnych kary złożenia przez Trybunał sędziego TK z urzędu i przekazanie tej kompetencji Sejmowi; przyznanie Prezydentowi i Ministrowi Sprawiedliwości uprawnienia do występowania z wnioskiem o zainicjowanie procedury usunięcia z urzędu sędziego Trybunału; pozbawienie Zgromadzenia Ogólnego Trybunału i Prezesa TK kompetencji do stwierdzenia wygaśnięcia mandatu sędziego i przyznanie tej kompetencji Sejmowi; uchylenie regulacji przewidującej odpowiedzialność dyscyplinarną sędziego TK za postępowanie przed objęciem stanowiska; zmiana trybu i terminu zgłaszania kandydatów na stanowisko sędziego TK; uchylenie w całości rozdziału ustawy o TK regulującego tryb postępowania przed sądem konstytucyjnym w sytuacji kryzysowej, w razie gdyby Prezydent nie był w stanie zawiadomić Marszałka Sejmu o niemożności sprawowania urzędu. Jakby tego było mało, ustawodawca

zdecydował, że nowelizacja ustawy wchodzi w życie z dniem jej ogłoszenia.

Nowela ustawy o Trybunale zawierała wiele oczywistych, ale także wiele mniej oczywistych konsekwencji dla polskiego porządku konstytucyjnego. Taką mniej oczywistą konsekwencją, ale mającą zasadnicze skutki ustrojowe była konstrukcja wyłączająca – praktycznie: możliwość orzekania przez Trybunał o zgodności noweli z Konstytucją. Konstrukcja ta opierała się na następujących okolicznościach: 1) ustawa weszła w życie z dniem ogłoszenia, a więc nie było szansy na zbadanie konstytucyjności przed wywarciem przez nią skutków prawnych; 2) w przypadku wszczęcia postępowania o zbadanie konstytucyjności ustawy przedmiotem orzekania byłyby przepisy proceduralne, które zarazem miały stanowić podstawę czynności orzeczniczych, a w konsekwencji 3) ze względu na nieodwracalność wad proceduralnych wyroków Trybunału stało się istotne, by wszelkie ewentualne wątpliwości konstytucyjne odnośnie do podstaw orzekania zostały wyjaśnione, zanim przepisy te będą stosowane; 4) w chwili wyznaczenia sprawy Trybunał liczył 12 sędziów; 5) Konstytucja jednoznacznie normuje, że wyroki Trybunału zapadają zwykłą, a nie kwalifikowaną większością głosów.

W celu uniknięcia konsekwencji zmian prawa wprowadzonych nowelą ustawy o TK, efektem czego miało być faktyczne wyeliminowanie Trybunału Konstytucyjnego z mechanizmu ustrojowego państwa jako strażnika Konstytucji, Trybunał stanął przed koniecznością dokonania takiego wyboru modelu postępowania, który unicestwiłby założenia parlamentu o „wygaszaniu” działalności Trybunału.

Trybunał przyjął więc, że podstawą orzekania w sprawie noweli ustawy o TK będą bezpośrednio dające się zastosować przepisy Konstytucji oraz przepisy ustawy o Trybunale w brzmieniu nadanym przez nowelę ustawy, z wyłączeniem jej niektórych przepisów.

Oto założenia konstrukcji, która pozwoliła i umożliwiła Trybunałowi orzekanie w sprawie zgodności z Konstytucją noweli ustawy o Trybunale z 22 grudnia 2015 r. Punktem wyjścia jest



założenie, że Trybunał w każdych okolicznościach ma obowiązek wykonywać swoje ustrojowe zadania, w tym orzekanie o ustawie regulującej jego funkcjonowanie. W szczególności musi dotyczyć to ustawy, która może być zagrożeniem dla istoty sądownictwa konstytucyjnego, a w konsekwencji także zagrożeniem dla orzekania przez Trybunał w sprawach już zawisłych w Trybunale. Dalej, Trybunał stanął na stanowisku, że skoro orzeczenie dotyczyć ma przepisów ustawy z dnia 25 czerwca 2015 r. o TK, które jednocześnie mają być podstawą prawną czynności orzeczniczych Trybunału, to w konsekwencji odrzucił możliwość, by przedmiot sporu prawnego przed Trybunałem mógł być zarazem ustrojową i proceduralną podstawą rozstrzygnięcia. Odrzucenie tej możliwości oparte było na predykcji, że ewentualne orzeczenie o niekonstytucyjności zaskarżonych przepisów prowadziłoby do podważenia samego procesu orzekania, a w konsekwencji – wyroku jako przeprowadzonego na niekonstytucyjnej podstawie. Trybunał podkreślił, że ze względu na nieodwracalność wad proceduralnych jego wyroków (niemożność kontroli czy wzruszenia orzeczeń mających wady) konieczne jest możliwie szybkie wyjaśnienie wszystkich wątpliwości konstytucyjnych podstaw prawnych orzekania przez Trybunał, zanim przepisy te byłyby stosowane.

Ponieważ jednak parlament stworzył warunki uniemożliwiające zwykle prowadzenie postępowania kontrolnego w stosunku do przepisów regulujących działalność Trybunału, a skutkiem

zastosowania nowych przepisów byłoby wyłączenie w ogóle takiej możliwości, Trybunał Konstytucyjny podjął decyzję bezprecedensową. Nadzwyczajny charakter sytuacji spowodowanej postępowaniem parlamentu i prezydenta (który nie skorzystał z prawa do zainicjowania kontroli prewencyjnej przed podpisaniem ustawy i przekazaniem do ogłoszenia) wymagał adekwatnej, a więc nadzwyczajnej reakcji Trybunału. Taką reakcją było zastosowanie art. 195 ust. 1 Konstytucji, który pozwala sędziom Trybunału w pewnych okolicznościach na odmowę zastosowania obowiązującej ustawy z powołaniem się na regułę, iż „w sprawowaniu swojego urzędu są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji”.

Konsekwentnie więc Trybunał przyjął za podstawę orzekania bezpośrednio stosowalne przepisy Konstytucji oraz ustawę o TK w brzmieniu nadanym przez ustawę nowelizującą, z wyłączeniem jej niektórych przepisów. Pominięte zostały te zaskarżone regulacje, które dotyczyły trybu postępowania i mogłyby mieć zastosowanie w rozpatrywanej sprawie. Trybunał stwierdził, że „nie jest bowiem dopuszczalne, aby te same przepisy były równocześnie podstawą i przedmiotem orzeczenia. Ponadto Trybunał dokonał analizy sytuacji prawnej i faktycznej w dniu orzekania, dochodząc do wniosku, że w dniu wydania wyroku pełny skład Trybunału wynosi 12 sędziów, i w takim składzie wydał orzeczenia; „jeżeli (...) Trybunał wydaje orzeczenie w sytuacji, w której kilku sędziów nie ma legitymacji do orzekania

na skutek braku wymaganego działania innego niż Trybunał organu państwa, a zarazem w wydaniu przedmiotowego rozstrzygnięcia biorą udział wszyscy sędziowie, którzy są legitymowani do orzekania, to tak wyznaczony skład w istocie jest «składem pełnym»”. Uwaga Trybunału o „braku wymaganego działania innego niż Trybunał organu państwa” odnosiła się do odmowy przyjęcia przez prezydenta ślubowania od trzech sędziów poprawn timer wybranych przez parlament poprzedniej kadencji.

Wreszcie Trybunał pominął przepisy ustalania kolejności rozpatrywania wniosków według kolejności wpływu spraw oraz wyznaczania rozprawy po upływie trzech lub sześciu miesięcy od dnia doręczenia zawiadomienia o jej terminie jako przepisach powodujących faktyczne wykluczenie możliwości orzekania. Pominął także ustawowy nakaz wydawania orzeczeń większością 2/3 głosów i zastosował bezpośrednio – jako *lex superior* – art. 190 ust. 5 Konstytucji przewidujący zwykłą większość dla podjęcia orzeczenia.

Trybunał znalazł się w sytuacji, którą można porównać do opisanego przez Sofoklesa dramatu *Antygony*. Antygona nie posłuchała rozkazu Kreona zakazującego pogrzebanie zwłok Polinejki. Ale łamiąc zakaz władcy, powołała się na prawo boskie nakazujące pochowanie zmarłego. W Polsce odpowiednikiem rozkazu Kreona była ustawa uchwalona przez parlament, która – wbrew Konstytucji – wyłączała mechanizm kontroli konstytucyjności prawa. By przeciwstawić się niekonstytucyjnemu działaniu parlamentu, Trybunał odwołał się do istoty Konstytucji i zastosował ją bezpośrednio. Trybunał zastosował Konstytucję jako prawo najwyższe, by w ten sposób unicestwić regulację ustawową mającą na celu fundamentalną zmianę porządku konstytucyjnego Rzeczypospolitej, polegającą na wyłączeniu mechanizmu kontroli konstytucyjności prawa.

### „Wzorcowa” niekonstytucyjność

Wyrok Trybunału był miażdżący dla kontrolowanej noweli ustawy i dla parlamentu. Trybunał stwierdził niezgodność z Konstytucją całej ustawy ze względu na rażące naruszenia procedury uchwalania ustaw. Po pierwsze, pierwsze czytanie ustawy nowelizującej odbyło się nie najwcześniej po siedmiu dniach od





doręczenia posłom druku projektu, lecz zaledwie po dwóch dniach od wniesieniu projektu. Po drugie, pierwsze czytanie projektu ustawy nowelizującej odbyło się wprawdzie na posiedzeniu Sejmu, jednakże później, na posiedzeniu sejmowej Komisji Ustawodawczej po pierwszym czytaniu oraz podczas drugiego czytania na posiedzeniu Sejmu zostały zgłoszone poprawki do projektu ustawy wykraczające poza jego pierwotną treść. W istocie projekt ustawy nowelizującej w części dotyczącej zgłoszonych poprawek został poddany nie trzem, lecz dwóm czytaniom, zatem procedura uchwalenia naruszała Konstytucję. Po trzecie, pomimo negatywnych opinii złożonych do projektu ustawy marszałek sejmu nie zasięgnął opinii Komisji Ustawodawczej. Po czwarte, drugie czytanie projektu ustawy nie odbyło się najwcześniej siódmego dnia od doręczenia posłom sprawozdania komisji, lecz odbyło się tego samego dnia, w którym Komisja Ustawodawcza przedłożyła Sejmowi sprawozdanie o projekcie. Po piąte, Sejm naruszył obowiązek konsultowania ustawy nowelizującej z uprawnionymi podmiotami (Krajowa Rada Sądownictwa, Sąd Najwyższy czy organizacje pozarządowe), bowiem podmioty te nie miały możliwości przedstawienia swoich opinii w stosunku do zmian wprowadzonych, niezgodnie z Konstytucją, między pierwszym a drugim czytaniem. Po szóste, ekspresowe tempo procedowania nad projektem ustawy narusza regułę szczególnie rzetelnego i wnikliwego rozpatrzenia projektów regulujących zagadnienia ustrojowe. Po siódme, Trybunał zwrócił uwagę na okoliczność, że błędy popełnione w trakcie prac na nowelą ustawy o TK z 18 listopada 2015 r. i wytknięte w wyroku z 9 grudnia 2015 r. (K 35/15) nie tylko zostały powtórzone, ale ich nasilenie i zintensyfikowanie było tak duże, że wymagało dyskwalifikacji konstytucyjnej całej ustawy ze względu na wady proceduralne. Szczególną wymowę ma stwierdzenie Trybunału, że „procedowanie Sejmu w sposób ignorujący zarówno wnioski wynikające z wyroku o sygnaturze K 35/15, znanego już w toku prac legislacyjnych, jak i zarzuty niekonstytucyjności zgłaszane w toku postępowania ustawodawczego potwierdzają tezę o świadomym działaniu tego organu z naruszeniem wymogu działania na podstawie prawa i w jego granicach”.

Zestawienie wszystkich nieprawidłowości proceduralnych, włącznie z dyspozycją o wejściu noweli ustawy w życie z dniem

ogłoszenia, daje podstawę dla wniosku, że w przypadku noweli ustawy o Trybunale parlament stworzył wzorzec „nieprzyzwolonej legislacji”.

Poza stwierdzeniem niezgodności z Konstytucją całej ustawy nowelizującej ze względu na rażące naruszenie zasad procedury ustawodawczej Trybunał stwierdził niekonstytucyjność wszystkich – z wyjątkiem jednego – rozwiązań szczegółowych ustawy.

### **Ustawa zmienia Konstytucję**

Znaczenie bezpośredniego zastosowania norm konstytucyjnych dla oceny konstytucyjności regulacji ustawowej wykracza poza omawiany przypadek nowelizacji ustawy o TK. Mechanizm zmiany porządku konstytucyjnego za pośrednictwem ustawodawstwa zwykłego ma miejsce w sytuacji, w której koalicja rządowa posiada bezwzględna, a nie wymaganą dla zmiany konstytucji kwalifikowaną większość parlamentarną. W ten sposób, za pośrednictwem ustawodawstwa zwykłego, nastąpiła zmiana konstytucyjnego modelu służby cywilnej. Doszło również do degradacji znaczenia konstytucyjnego organu, jakim jest Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, ustawodawca powołał bowiem Radę Mediów Narodowych, przesuwając do tego organu najważniejsze ustrojowo kompetencje KRRiT. To była także regulacja (zawetowana politycznie, ale, co ciekawe, nie w trybie kontroli konstytucyjności) skracająca konstytucyjnie gwarantowaną sześćdziesięcioletnią kadencję I Prezesa Sądu Najwyższego pod pretekstem obniżenia wieku emerytalnego sędziów SN i przymusowego ich przesunięcia w stan spoczynku i pod drugim pretekstem – również niekonstytucyjnego – jakim miała być „zmiana ustroju” SN.

### **„Wrogie przejęcie” porządku konstytucyjnego**

Obserwacja zjawisk politycznych i prawno-ustrojowych, które mają miejsce w Polsce od jesieni 2015 r. skłania do postawienia hipotezy, że mamy do czynienia ze zjawiskiem, które można określić jako „wrogie przejęcie” porządku konstytucyjnego. „Wrogie przejęcie” jest w tym przypadku procesem uzyskiwania przez większość parlamentarną i w konsekwencji przez władze wykonawcze kontroli nad kluczowymi pod względem

ustrojowym organami państwa i mechanizmami ich funkcjonowania poprzez zastosowanie pozakonstytucyjnych i antykonstytucyjnych metod. Proces ten nie spełnia kryteriów wymaganych dla zmian konstytucyjnych, ze względu na brak kwalifikowanej większości w parlamencie niezbędnej dla zmiany konstytucji, i spotyka się z opozycją zarówno tej części społeczeństwa, która jest jako mniejszość reprezentowana w parlamencie, jaki i konstytucyjnych organów państwa stojących na straży konstytucji i porządku prawnego oraz przedstawicieli społeczeństwa (demonstracje), w tym prawników zorganizowanych w samorządach zawodowych oraz w środowiskach akademickich.

### **Bariery strukturalne przeciwdziałające „wrogiemu przejęciu”**

Konstytucja zawiera „bariery strukturalne” przeciwdziałające „wrogiemu przejęciu” porządku konstytucyjnego. Należą do nich: 1) nadrzędna pozycja konstytucji w systemie prawa; 2) mechanizm obrony przed naruszeniem konstytucji; 3) zobowiązania międzynarodowe mające wpływ na treść konstytucji; 4) procedura ustawodawcza; 5) tryb zmiany konstytucji.

Zasada nadrzędności konstytucji ma charakter zasady ustrojowej i jest bezpośrednio związana z koncepcją demokratycznego państwa prawa. Najwyższa moc prawna wyraża się w szczególnym trybie jej uchwalania i zmiany, nazwie oraz w szczególnej treści określającej zasady ustroju państwa, źródła władzy zwierzchniej, zasady i sposoby wykonywania władzy publicznej, podstawowe wolności i prawa oraz obowiązki jednostki. Będąc najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej (art. 8 Konstytucji), przyznaje jej walor źródła prawa ustanawiającego prawa podstawowe dla państwa oraz przyznaje konstytucji najwyższą moc prawną w systemie źródeł prawa. Przedmiot jej normowania ma charakter pierwotny i nieograniczony i wyznacza rodzaje innych aktów normatywnych oraz ich zakres przedmiotowy (treściowy) i samoistny lub wykonawczy charakter. Najwyższa moc konstytucji oznacza w konsekwencji, że wszystkie inne akty normatywne muszą być z nią zgodne. Z nakazu zgodności wyprowadzany jest zakaz wydawania aktów prawnych sprzecznych z konstytucją, zaś istota konstytucji zawiera w sobie nakaz wydawania aktów prawnych rozwijających postanowienia konstytucji. Jest

to zobowiązanie do takiego wykonywania kompetencji organów władzy państwowej – ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej – które w największym stopniu realizowało będzie zasady i wartości konstytucyjne. Konstytucja stwarza przesłanki i nakłada zobowiązanie do osiągnięcia ideału konstytucyjnego. Okoliczność, że ideał – z różnych powodów – nie jest możliwy do osiągnięcia, nie zwalania z tego podstawowego obowiązku najwyższego poziomu staranności w celu jego realizacji.

Nadrzędność konstytucji oznacza ograniczenie władzy ustawodawczej parlamentu, wymagając i nakazując respektowanie postanowień konstytucji i ściśle przestrzeganie mechanizmu kontrolnego konstytucyjności prawa, włącznie z eliminacją z porządku prawnego norm niekonstytucyjnych.

Istotą współczesnego konstytucjonalizmu jest zasada podziału władz, oznaczająca (przedmiotowo) wydzielenie pewnych rodzajowo odmiennych sfer działania państwa (tworzenie prawa, jego stosowanie oraz sądzenie) i idącego w ślad za tym wyodrębnienia (podmiotowego) podstawowych typów konstytucyjnych organów władzy publicznej, a mianowicie organów władzy ustawodawczej, władzy wykonawczej i władzy sądowniczej. Ta idea, odzwierciedlona w zróżnicowanych koncepcjach konstytucyjnych, w najpełniejszy sposób realizować ma cel podstawowy, jakim jest przeciwdziałanie nadmiernej koncentracji władzy w jednej ze wskazanych sfer władzy, oraz przeciwdziałanie nadużyciu władzy w procesie realizacji prawnie przypisanych kompetencji, a także takiemu nadużyciu, którego intencją i celem jest niekonstytucyjna zmiana porządku konstytucyjnego.

Podział władz oznacza zarazem szczególną pozycję władzy sądowniczej w procesie stosowania i ochrony konstytucji. Szczególna pozycja i funkcja władzy sądowniczej gwarantowana jest m.in. poprzez podległość sędziów konstytucji i ustawom, a sędziów Trybunału Konstytucyjnego – konstytucji.

Strukturalnym elementem mechanizmu obrony porządku konstytucyjnego jest zobowiązanie RP do przestrzegania wiążącego ją prawa międzynarodowego oraz miejsca umów międzynarodowych w wewnętrznym porządku konstytucyjnym. Samozobowiązująca norma konstytucyjna o przestrzeganiu

wiążące Polskę prawa międzynarodowego ma dwojakie znaczenie: jest deklaracją intencji i woli respektowania międzynarodowego porządku prawnego (umów międzynarodowych, zwyczajów międzynarodowych i zasad ogólnych prawa międzynarodowego), także jako przesłanka i warunek wiarygodności w relacjach z innymi państwami, organizacjami i organami międzynarodowymi, oraz jest potwierdzeniem, że w czynnościach wewnętrznych, wszelkiego rodzaju, działania organów władzy publicznej będą determinowane wiążącymi postanowieniami prawa międzynarodowego.

Kolejną barierą przed „wrogim przejęciem” jest „sztywność” (utrudniona zamienialność) konstytucji poprzez szczególny tryb jej zmiany. Konstytucja RP nie zawiera, znanych innym konstytucjom, norm niezmiennych, co nie oznacza łatwości, aksjologicznej i prakseologicznej, zmiany ustawy zasadniczej. Trudność (bariera) aksjologiczna wynika z utrwalonego, orzecznictwo i doktrynalnie, rozumienia istoty tożsamości konstytucyjnej państwa polskiego, na który składają się podstawowe zasady ustrojowe, w tym w szczególności suwerenność wewnętrzna, podział władzy, legalizm działania organów władzy publicznej, wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje normatywne. Trudność prakseologiczna wynika z – określonego w art. 235 Konstytucji – skomplikowanego mechanizmu proceduralnego zmiany konstytucji (poprawki konstytucyjnej).

Wskazać należy na jeszcze jedną strukturalną barierę „wrogiego przejęcia” porządku konstytucyjnego, jaką jest mechanizm zawarty w ustrojowej zasadzie demokratycznego państwa prawnego i poszczególnych elementach składowych tej zasady. Mam na myśli zarówno materialnoprawny, jak i proceduralny charakter składników tej zasady, w szczególności zaś poszanowanie zasady zaufania obywatela do państwa i stanowionego przezeń prawa, zasady przyzwoitej legislacji, ochrony praw nabytych czy zakaz wstecznego działania prawa. Bowiern, jak to określił Trybunał Konstytucyjny, „zasada ochrony zaufania obywatela do państwa i do prawa, określana także jako zasada lojalności państwa wobec obywatela, wyraża się w takim stanowieniu i stosowaniu prawa, by nie stawało się ono swoistą pułapką dla obywatela i aby mógł on układać swoje sprawy w zaufaniu, iż nie naraża się na prawne skutki, których nie mógł przewidzieć

w momencie podejmowania decyzji i działań, oraz w przekonaniu, iż jego działania podejmowane zgodnie z obowiązującym prawem będą także w przyszłości uznawane przez porządek prawny. Przyjmowane przez ustawodawcę nowe unormowania nie mogą zaskakiwać ich adresatów, którzy powinni mieć czas na dostosowanie się do zmienionych regulacji i spokojne podjęcie decyzji co do dalszego postępowania” (K 48/08).

Wreszcie gwarancją fundamentalną realizacji istoty i funkcji konstytucji jest mechanizm kontroli zgodności działań władz publicznych z konstytucją, w szczególności mechanizm kontroli konstytucyjności prawa. Warunkiem koniecznym realności tej kontroli jest niezależność sądu konstytucyjnego jako organu władzy sądowniczej od organów ustawodawczych i wykonawczych, a w konsekwencji ograniczenie pola władztwa politycznego regulami, materialnymi i proceduralnymi, określonymi przez konstytucję.

### **Mechanizmy „wrogiego przejęcia” porządku konstytucyjnego**

Obserwacja rzeczywistości konstytucyjnej VII kadencji Sejmu, rozpoczętej w listopadzie 2015 r. ukazuje mechanizmy „wrogiego przejmowania” porządku konstytucyjnego państwa za pośrednictwem już to zwykłego ustawodawstwa, już to nielegalnych zachowań konstytucyjnych organów władzy. Ramy opracowania pozwalają jedynie na ich nazwanie.

**Antyzasada nieprzyzwoitej legislacji.** Postępowanie legislacyjne w parlamencie VIII kadencji dramatycznie odbiega od zasad i norm określonych w Konstytucji oraz wszystkich aktach podkonstytucyjnych, w szczególności w Regulaminie Sejmu i Senatu oraz Regulaminie pracy Rady Ministrów. Analiza procedury ustawodawczej pozwala na stworzenie typologii zachowań aktorów procedury ustawodawczej (wnioskodawców, obydwu izb parlamentu, prezydenta i premiera), których poszczególne zachowania oraz ich suma tworzą stan rzeczy, który można określić jako postępowanie realizujące antyzasadę nieprzyzwoitej legislacji. Należą do nich: 1) pośpiech ustawodawczy; 2) stosowanie trybów szczególnych (odrębnych) zarówno na etapie rządowym, jak i parlamentarnym; 3) skracanie wszelkich terminów

zarówno na etapie prac rządowych, jak i parlamentarnych; 4) fikcja konsultacji społecznych; 5) poselska inicjatywa ustawodawcza w celu ominięcia konieczności stosowania skomplikowanej procedury legislacyjnej, gdyby projektodawcą był rząd; projekt ustawy przygotowuje rząd, ale zgłaszany jest jako inicjatywa poselska; 5) wejście w życie ustaw, szczególnie ustaw o charakterze ustrojowym, nie tylko bez uwzględnienia minimalnego 14-dniowego okresu *vacatio legis*, ale stosując metodę wchodzenia ustaw w życie z dniem ogłoszenia, co w praktyce powoduje, że skutkiem takiej praktyki jest 6) tworzenie prawa z mocą wsteczną, jako że przez kilka lub kilkanaście godzin w dniu ogłoszenia ustawa miała charakter retroaktywny, bowiem ogłoszenie następuje o precyzyjnie określonej godzinie (precyzja dotyczy wręcz sekund, np. ustawa jest ogłaszana o godzinie 15.44 i 37 sekundzie).

Wrogie przejęcie porządku konstytucyjnego następuje poprzez niezgodną z konstytucją wymianę osób zatrudnionych w strukturach organizacyjnych państwa. Przykładowo wymiana kadr zatrudnionych w służbie cywilnej czy przyjęta przez parlament (zawetowana przez prezydenta) koncepcja zwolnienia z mocy ustawy wszystkich sędziów Sądu Najwyższego lub też przerwanie kadencji sędziów – członków Krajowej Rady Sądownictwa.

Drastyczne objawy wrogiego przejęcia dotyczą mechanizmu funkcjonowania organów władzy sądowniczej. Przykładem może być dowolność ustalania składów orzekających Trybunału Konstytucyjnego, w szczególności zmiana składów orzekających oraz sędziów-sprawozdawców czy bezpodstawne wyłączenie sędziów Trybunału Konstytucyjnego z możliwości realizacji ich funkcji orzecniczej (wysłanie wiceprezesa Trybunału na „przymusowy” urlop wypoczynkowy do końca jego kadencji, wyłączenie trzech innych sędziów od orzekania na podstawie wniosku Prokuratora Generalnego o zbadanie legalności uchwały Sejmu o ich powołaniu w 2010 r.).

Innym mechanizmem wrogiego przejęcia jest uzurpacja kompetencji czyli działanie konstytucyjnych organów państwa *ultra vires*. Znowu tylko przykłady: analizowana wcześniej odmowa przyjęcia przez prezydenta ślubowania od trzech prawidłowo wybranych sędziów Trybunału Konstytucyjnego;

uchwały Sejmu o utracie mocy prawnej prawidłowo podjętych uchwał o wyborze trzech sędziów Trybunału Konstytucyjnego czy odmowa Prezesa Rady publikacji wyroków Trybunału Konstytucyjnego. Złamana została kolejna bariera prawidłowości poprawności porządku prawnego w państwie, a mianowicie zasada, że wszystkie organy władzy publicznej działają w oparciu o normy kompetencyjne oraz, konsekwentnie, że kompetencji się nie domniemywa, lecz wynika ona z jednoznacznej normy upoważniającej.

### **Mechanizmy obronne przed „wrogim przejęciem”**

Kryzys konstytucyjny wywołał konieczność poszukiwania adekwatnych środków odpowiedzi na działania parlamentu naruszające porządek konstytucyjny. Najbardziej jaskrawą sytuacją była regulacja zawarta w ustawie z dnia 22 grudnia 2015 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym zakładająca „wygaszenie” funkcjonowania Trybunału jako organu efektywnie kontrolującego konstytucyjność działania władzy ustawodawczej. Trybunał, uznając nadrzędną konieczność ochrony porządku konstytucyjnego jako istotę swojego statusu ustrojowego, zastosował bezpośrednio Konstytucję jako jedną z podstaw orzekania.

Innego rodzaju odpowiedzią na techniki „wrogiego przejęcia” jest dopuszczalność substytucji funkcji Trybunału Konstytucyjnego, którego istota została zakłócona, przez sądy powszechne w mechanizmie tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa, w szczególności poprzez możliwość odmowy – przy spełnieniu koniecznych warunków dotyczących charakteru sprawy i istoty normy oraz dotychczasowym i zakładanym przyszłym milczeniu Trybunału – zastosowania (pominięcia) określonego przepisu przy wydawaniu rozstrzygnięcia.

### **Mechanizm presji zewnętrznej na zgodne z Konstytucją działanie organów państwa.**

Doświadczenie związane z aktywnością ustawodawczą parlamentu RP, mające na celu destrukcję kontroli konstytucyjności prawa realizowaną przez Trybunał Konstytucyjny ukazuje – nieskuteczny – mechanizm egzekwowania obowiązków państwa należących do organizacji międzynarodowych. Poszczególne

etapy pozbawiania Trybunału Konstytucyjnego jego ustrojowego statusu były przedmiotem oceny zgodności działań parlamentu z podstawowymi zasadami konstytuującymi Unię Europejską i Radę Europy.

Zarówno poszczególne regulacje ustawowe, jak i cały mechanizm „wygaszania” Trybunału Konstytucyjnego były przedmiotem opinii Komisji Weneckiej Rady Europy na zaproszenie Rządu RP i Komisji Europejskiej. Komisja Wenecka przygotowała krytyczne oceny zmian dotyczących zarówno Trybunału Konstytucyjnego, zalecając dostosowanie regulacji do standardów państwa konstytucyjnego, jak i regulacji dotyczących inwigilacji obywateli w oparciu o ustawodawstwo antyterrorystyczne i ustawę o policji, czy też badając zgodność połączenia stanowiska Ministra Sprawiedliwości i Prokuratora Generalnego ze standardami europejskimi.

Z kolei Komisja Europejska wszczęła procedurę oceny systemowego zagrożenia praworządności w Polsce (*A new Framework to Strengthen the Rule of Law*, 2014) jako etap wstępny procedury ewentualnego zastosowania art. 7 TUE. Komisja Europejska przedstawiła trzy rekomendacje (27 lipca 2016 r., 21 grudnia 2016 r. i 27 lipca 2017 r.). Zalecenia dotyczyły zarówno niezależności TK i efektywnej kontroli konstytucyjności prawa, jak i – najnowsze – osłabienia niezależności sądów i niezawisłości sędziów (ustawy o Sądzie Najwyższym i Krajowej Radzie Sądownictwa, zawetowane przez prezydenta).

Komisja Europejska dokonała analizy ustawodawstwa dotyczącego zmiany statusu Trybunału Konstytucyjnego, poczynwszy od pierwszej nowelizacji z dnia 19 listopada 2015 r., przez nowelizację ustawy o TK z 22 grudnia 2015 r. (jak już wspomniano, szyderczo nazywana przez jej autorów „naprawczą”), ustawę z 22 lipca 2016 r., po – w nawiązaniu do wskazanych właśnie dwóch nowelizacji i odrębnej ustawy – trzy ustawy z grudnia 2016 r., które zastąpiły całość legislacyjnej gorączki trybunalskiej.

Początkowo, w stanowisku Komisji z 26 lipca 2016 r., były to następujące rekomendacje: 1) pełne wdrożenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego z 3 i 9 grudnia 2015 r., zgodnie z którymi trzech sędziów mianowanych w zgodzie z prawem w październiku

2015 r. może pełnić swoje funkcje; 2) opublikowanie i pełne wdrożenie wszystkich wyroków Trybunału Konstytucyjnego, w tym tych z 9 marca i 11 sierpnia 2016 r., które osądzały nowe przepisy o Trybunale Konstytucyjnym (tzw. ustawę naprawczą); 3) zagwarantowanie zgodności wszelkich nowelizacji ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z wyrokami Trybunału Konstytucyjnego, pełne uwzględnienie opinii Komisji Weneckiej i zapewnienie, że efektywność Trybunału Konstytucyjnego jako gwaranta przestrzegania konstytucji nie będzie zagrożona; 4) powstrzymanie się od działań i publicznych wypowiedzi, które mogłyby podważać zasadność i efektywność działań Trybunału Konstytucyjnego.

Potem doszły trzy kolejne, dotyczące trzech ustaw uchwalonych w grudniu 2016 r., a mianowicie 1) zapewnienie, aby TK mógł w trybie pilnym skutecznie dokonać oceny konstytucyjności nowej ustawy regulującej działanie Trybunału uchwalonej przez PiS, a ocena została bezzwłocznie opublikowana i wdrożona; 2) zapewnienie, aby nie doszło do mianowania nowego prezesa TK, aż nie zostanie oceniona konstytucyjność nowych przepisów oraz nie zostaną dopuszczeni do orzekania trzej sędziowie, których wybrano zgodnie z prawem w październiku 2015 roku; 3) zapewnienie, aby tak długo, jak nie będzie nowego przewodniczącego TK, jego obowiązki wypełniał wiceprzewodniczący, a nie p.o. przewodniczącego lub osoba wybrana na przewodniczącego 21 grudnia 2016 r.

W Rekomendacjach z 26 lipca 2017 r. Komisja Europejska stwierdza znaczące pogorszenie stanu praworządności w Polsce w porównaniu z sytuacjami opisywanymi w poprzednich dwóch Rekomendacjach. Komisja nie tylko powtarza zalecenie pełnego wykonania uprzednich rekomendacji, ale wskazuje też na niekonstytucyjność ustaw przyjętych przez parlament w lipcu 2017 r. dotyczących Sądu Najwyższego i Krajowej Rady Sądownictwa. Nowym elementem oceny sytuacji w Polsce jest, obok stałego odniesienia do art. 7 TUE ze względu na poważne i stałe naruszanie wartości określonych w art. 2 traktatu o Unii Europejskiej, ale dodatkowo sygnalizowana jest zapowiedź wszczęcia postępowania z art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu UE w związku z regulacjami zawartymi w ustawie zmieniającej ustawę – Prawo o ustroju sądów powszechnych (ustawa weszła w życie).

Ponadto stan praworządności w Polsce był również wielokrotnie przedmiotem dyskusji Parlamentu Europejskiego, Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy czy Komitetu Praw Człowieka ONZ.

### Zagrożona suwerenność

Zarówno opinie Komisji Weneckiej, jak i Komisji Europejskiej traktowane były przez władze ustawodawcze i wykonawcze jako ingerencja w wewnętrzne sprawy państwa zagrażające suwerenności RP. W przeddzień posiedzenia Komisji Europejskiej, która oceniała stan praworządności w Polsce, odbyła się w Sejmie dyskusja na temat zagrożeń suwerenności państwa polskiego zakończona przyjęciem uchwały z dnia 20 maja 2016 r. w sprawie obrony suwerenności Rzeczypospolitej Polskiej i praw jej obywateli.



Przypomnijmy: suwerenność wyraża się w wykonywaniu, bezpośrednio przez suwerena lub w jego imieniu, kompetencji niezbędnych dla funkcjonowania państwa jako odrębnej jednostki. W kontekście kryzysu konstytucyjnego 2016 r. najistotniejsze jest wykonywanie przez suwerena lub w jego imieniu postanowień Konstytucji. Nie jest wykonywaniem suwerenności takie działanie przedstawicieli suwerena posiadających zwykłą większość parlamentarną, które jest zaprzeczeniem istoty

porządku konstytucyjnego. Nie jest suwerennym państwem, w którym konstytucja jest systemowo nieprzestrzegana (wyłączenie Trybunału Konstytucyjnego). Naruszenie konstytucji, podobnie jak naruszenie ustaw, ma miejsce we wszystkich państwach, także w Polsce. To banalne stwierdzenie. Rzecz jednak nie w takich naruszeniach konstytucji i ustaw, które stanowią incydentalny margines wszystkich działań organów władzy ustawodawczej i wykonawczej. Problem konstytucyjny powstaje wówczas, gdy, po pierwsze, naruszenie prawa ma charakter systemowy w tym sensie, że mimo autorytatywnej wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego intencjonalnie powtarzane są te same rozwiązania ustawowe, które zostały uznane za niezgodne z konstytucją (wtórna oraz wielokrotna niekonstytucyjność działania parlamentu). Po drugie, naruszenie konstytucji polega na ustawowej zmianie konstytucyjnego statusu konstytucyjnych organów państwa – Trybunału Konstytucyjnego czy Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Nie mając kwalifikowanej większości parlamentarnej, niezbędnej do zmiany konstytucji, większość parlamentarna poprzez ustawy zmienia porządek konstytucyjny państwa. Po trzecie wreszcie, systemowe naruszenie konstytucji polega na tym, że zmiana jednego elementu porządku konstytucyjnego powoduje zasadnicze zmiany całego mechanizmu konstytucyjnego. Ma to miejsce w przypadku „wygaszania” Trybunału Konstytucyjnego, bowiem wyłączona zostaje możliwość kontroli konstytucyjności działania władzy ustawodawczej i wykonawczej (realizującej funkcje normodawcze), mechanizm ochrony wolności i praw jednostki, rozstrzyganie sporów konstytucyjnych czy wstępne rozstrzygnięcie umożliwiające delegację partii politycznej naruszającej demokratyczny porządek państwa. Wyłączenie czy ograniczenie ustrojowych funkcji Trybunału powoduje – poprzez efekt domina – zmianę treści innych elementów porządku konstytucyjnego. W efekcie to nie jest ten porządek konstytucyjny, który został zaprogramowany w brzmieniu konstytucji przyjętej przez suwerena w zatwierdzającym referendum konstytucyjnym.

Suwerenność jest stanem prawnym funkcjonującym nie ponad konstytucją, ale w jej ramach. Suwerenność nie jest determinowana przez liczbę kompetencji, ale przez jakość wykonywania funkcji państwa przez jego organy, w szczególności organy konstytucyjne, realizujące przydzielone im kompetencje.

W tym także, a często głównie, kompetencje tworzące konstrukcję współczesnego państwa konstytucyjnego, jak – przykładowo – zasada podziału władzy i mechanizm kontroli legalności i konstytucyjności działania organów państwa, cały mechanizm kontroli władzy publicznej, rządu prawa, niezależność sądownictwa, lojalne wykonywanie zobowiązań międzynarodowych, efektywny system ochrony wolności i praw jednostki czy swoboda podejmowania zobowiązań międzynarodowych. To jest istota suwerenności, a naruszanie wskazanych, a także innych, niewymienionych zasad jest zaprzeczeniem suwerenności wewnętrznej państwa. Rzecz bowiem dotyczy wówczas nie państwa jako podmiotu, lecz grupy politycznej przywłaszczającej sobie tytuł do reprezentowania państwa.

Autodelegitymizacja takiej praktyki jest wynikiem naruszania konstytucji. Mamy więc do czynienia z delegitymizacją poprzez naruszanie prawa, w szczególności naruszanie norm konstytucyjnych. Także z tej wewnętrznej, a nie tylko międzynarodowo-prawnej perspektywy suwerenność jest pojęciem chroniącym państwo, a nie jedynie wyrazem jego rzekomo nieograniczonej władzy.

Spór o „suwerenność” RP, w kontekście zarzutów Komisji Europejskiej i Komisji Weneckiej Rady Europy naruszania rządów prawa, prowadzony jest w warunkach podwójnej nielojalności władzy publicznej. Po pierwsze, jest to nielojalność wobec własnej konstytucji polegająca na zmianie porządku konstytucyjnego bez wystarczającej legitymacji demokratycznej. Brak legitymacji demokratycznej przejawia się w dwóch wymiarach. Wymiar pierwszy, to brak koniecznej kwalifikowanej większości parlamentarnej niezbędnej do zmiany konstytucji. Wymiar drugi dotyczy samej esencji demokracji jako porządku o charakterze materialnym, prawnym i etycznym, opartym o lojalność wobec zasad demokratycznych, w tym uczciwości deklaracji politycznych i zaufania jako decydującego elementu kapitału społecznego. Twierdzenia, że większość parlamentarna ma tytuł do zmiany porządku konstytucyjnego przy pomocy ustawodawstwa zwykłego, ponieważ uzyskała mandat od „suwerena” w wyborach parlamentarnych, jest nadużyciem semantycznym i ustrojowym. Jest to nadużycie, które ma służyć legitymizacji – na poziomie fałszywej retoryki

ustrojowej – działań antykonstytucyjnych. Nośność tej retoryki jest, niestety, odwrotnie proporcjonalna do jej merytorycznej zasadności.

### Art. 1. Konstytucji

#### *Rzeczpospolita Polska jako dobro wspólne*

Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli.

### Art. 2. Konstytucji

#### *Zasada demokratycznego państwa prawnego*

Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.

Ale także w tym przejawia się nadużycie zasad ustrojowych, ponieważ odwracanie znaczeń pojęć zastanych, właściwych dla danego porządku konstytucyjnego, nie mieści się w standardach współczesnej demokracji konstytucyjnej. Przyznanie, na poziomie analizy politologicznej, że takie sytuacje mają miejsce, jest wyłącznie potwierdzeniem godnych pożałowania zdarzeń. Jednakże w żadnym wymiarze i w żadnym stopniu nie uchyla obowiązujących normatywnych i pozanormatywnych wymogów współczesnego państwa konstytucyjnego. Dotyczy to w szczególności państwa, które zobowiązało się do realizacji fundamentalnych wartości, które zostały określone w art. 2 TUE.

Suwerenność narodu w państwie konstytucyjnym nie jest ograniczona. Ograniczona jest władza reprezentantów suwerena, wybieranych w oparciu o obowiązujące prawo – na określony czas wyznaczony długością kadencji parlamentu – dla realizacji programu politycznego, ale pod warunkiem działania na podstawie obowiązującej konstytucji, w jej ramach i w zgodzie z nią, zarówno jej literą, jak i duchem, który może oświecić reprezentantów suwerena.

Koncepcja suwerenności zawarta w uchwale Sejmu eliminuje Polskę ze wspólnoty międzynarodowej, bowiem podważa zasady własnego porządku konstytucyjnego i porządku międzynarodowego. Koncepcja suwerenności wyrażona w uchwale Sejmu nawiązuje do odrzuconej w wyniku XX-wiecznych doświadczeń koncepcji jednolitości władzy państwowej utożsamianej przez nadrzędną rolę parlamentu jako jedynego wyraziciela woli suwerena i roli ustawy jako doskonałego, pozbawionego ze swej natury możliwości błędu wyrażenia owej woli suwerena. Suweren nie może się mylić, nie może zatem mylić się – w żadnym wymiarze – parlament jako wyraziciel tej woli. Uznanie idei rządów zrównoważonych poprzez realizację zasady podziału władzy i mechanizm kontroli konstytucyjności ustaw jako efektu realizacji podstawowej kompetencji parlamentu było odpowiedzią na doświadczenia tragizmu ustrojowego niedawnej przeszłości. Powrót do koncepcji zaprezentowanej w uchwale Sejmu wyraża ideę rządów niezrównoważonych, będąc wyrazem, jednym z wielu, głębokiego konfliktu ustrojowego, dotyczącego m.in. ochrony porządku demokratycznego przed jego destrukcją przez zastosowanie metod demokratycznych.

### **Postawa środowiska prawniczego**

Elementem mechanizmu obronnego jest postawa środowiska prawniczego reprezentującego wymiar sprawiedliwości i prawniczego środowiska akademickiego. Już pierwsze symptomy „wrogiego przejęcia” porządku konstytucyjnego były przedmiotem oświadczeń, uchwał i deklaracji samorządowych organów i organizacji prawnych. Wskazać można chociażby uchwałę Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk z 26 listopada 2015 r. podkreślającą, że „nasilające się w ostatnich dniach zjawiska bezpośrednio dotyczące Konstytucji RP i obowiązującego porządku prawnego dowodzą naruszania zasady ustrojowej podziału władz, niezależności sądów i niezawisłości sędziów”, oraz wskazującą na „niebezpieczeństwo zmiany fundamentalnej zasady podziału władz, co w konsekwencji prowadzić może do zmiany systemu ustrojowego RP. Konstytucyjny podział władz jako zasada i jako praktyka ustrojowa tworzy najważniejszy – obok sądownictwa konstytucyjnego – mechanizm blokujący tendencje autorytarne. Szczególnie niedopuszczalne jest wkra-

czanie władz ustawodawczych i wykonawczych w kompetencje władzy sądowniczej”. Półtora roku później Komitet Nauk Prawnych przyjął „Stanowisko”, w którym apeluje m.in. o „poszanowanie litery i ducha Konstytucji, podstawy ustroju niepodległej Polski, przyjętej w referendum powszechnym, a więc przez suwerena” oraz „realizację wszelkich celów politycznych z poszanowaniem wolności i praw jednostki oraz zasad demokratycznego państwa prawa”.

Również uniwersyteckie wydziały prawa podejmowały stosowne uchwały dotyczące zmiany porządku konstytucyjnego. Przykładowo Rada Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego w uchwale z dnia 14 grudnia 2015 r. wyraziła m.in. „głębokie zaniepokojenie z powodu podejmowanych w parlamencie i przez Prezydenta działań, które podważają konstytucyjne zasady podziału władzy (art. 10 i art. 173 Konstytucji) i legalizmu (art. 2 i art. 7 Konstytucji) oraz godzą w niezależność Trybunału Konstytucyjnego i niezawisłość sędziów, naruszając tym samym podstawy demokratycznego państwa prawa”, zwracając się do „Prezydenta, Sejmu i Rządu Rzeczypospolitej Polskiej z apelem o pełne respektowanie ustroju Rzeczypospolitej Polskiej oparte na zasadzie podziału władz oraz o opublikowanie i wykonanie wyroków Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 i 9 grudnia 2015 roku”.

Rok później ta sama Rada Wydziału podjęła uchwałę w sprawie naruszania ładu konstytucyjnego przez władze państwowe Rzeczypospolitej Polskiej, egzemplifikując sytuacje naruszania konstytucji i ustaw i wyrażając sprzeciw m.in. „wobec działań podejmowanych przez obecną większość parlamentarną, Prezydenta Rzeczypospolitej i Rząd. Godzą one w podstawowe zasady naszego porządku konstytucyjnego i wynikających z nich zasad: demokratycznego państwa prawnego, podziału władz, niezależności sądów i niezawisłości sędziowskiej, a także zasad poprawnej legislacji i publicznej konsultacji spraw ważnych dla obywateli oraz przestrzegania ich podstawowych praw politycznych”.

Innym przykładem reakcji środowiska prawniczego na naruszenie konstytucyjnego porządku w państwie mogą być uchwały Nadzwyczajnego Kongresu Sędziów Polskich, wskazujące na działania władzy ustawodawczej i wykonawczej mające



na celu podporządkowanie sobie władzy sędziowskiej, stopniowe ograniczanie uprawnień samorządu sędziowskiego w sądach, wzmacnianie nadzoru władzy wykonawczej nad sądami oraz podporządkowanie wykładni podstawowych przepisów ustrojowych dotyczących sądownictwa i trybunałów bieżącym interesom politycznym. Kongres wyraził także sprzeciw wobec arbitralnej odmowy powołania przez prezydenta RP kandydatów na stanowiska sędziowskie przedstawionych przez Krajową Radę Sądownictwa, odmowy zaprzysiężenia wybranych zgodnie z prawem sędziów Trybunału Konstytucyjnego czy działań zmierzających do osłabienia pozycji Krajowej Rady Sądownictwa i władzy sędziowskiej; „w dotychczasowej historii wolnej Polski sędziowie różnych szczebli sądów i trybunałów nie byli przedmiotem tak drastycznych działań zmierzających do obniżenia ich autorytetu”.

Również organy samorządu adwokatów i samorządu radców prawnych zajmowały krytyczne stanowisko wobec niekonstytucyjnych działań organów władzy ustawodawczej i wykonawczej.

### Ofiara obrońców Konstytucji

Cechą charakterystyczną procesu obrony Konstytucji RP jest poddawanie sankcjom obrońców przez żywioł polityczny. Podmioty wnioskujące do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności z konstytucją ustaw regulujących Trybunał Konstytucyjny same stały się przedmiotem retorsji politycznej. Budżet Rzecznika Praw Obywatelskich został zmniejszony i ograniczone zostały możliwości realizacji ustawowych kompetencji. Uchwalono ustawy o Sądzie Najwyższym i Krajowej Radzie Sądownictwa, będących także wnioskodawcami w obronie TK, co zdestabilizowało dotychczasowy kształt obydwu instytucji, a których niekonstytucyjność zauważył nawet prezydent RP. Organizacje pozarządowe, jak Helsińska Fundacja Praw Człowieka czy Fundacja Batorego, aktywne w obronie konstytucji muszą liczyć się – w związku z powołaniem Narodowego Instytutu Wolności – z konsekwencjami scentralizowanego przyznawania środków finansowych na realizację zadań trzeciego sektora.

W niniejszym opracowaniu wykorzystane zostały ustalenia i analizy, które zawarłem w publikacjach: *Bypassing the Constitution*

*or changing the constitutional order outside the constitution* (w:) *Transformation of Law Systems in Central, Eastern and South-Eastern Europe in 1989-2015. Liber Amicorum in Honorem Prof. Dr. Dres. H.C. Rainer Arnold*, A. Szmyt, B. Banaszak (red.), Gdańsk 2016; *Antigone in Warsaw* (w:) *Human Rights in Contemporary World. Essays in Honor of Professor Leszek Garlicki*, M. Zubik (red.), Warszawa 2017, s. 370-390; *Demokracja* (w:) *Architekt wolnej Polski. Świata wartości i idei Tadeusza Mazowieckiego*, A. Hall (red.), Kraków 2017; *Obrona suwerenności* (w:) *O prawach człowieka* G. Baranowska, A. Gliszczyńska-Grabias, A. Hernandez-Połączyńska, K. Sękowska-Kozłowska (red.), Warszawa 2017; „*Wrogie przejście*” *porządku konstytucyjnego* (w:) *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku. Księga jubileuszowa dedykowana prof. T. Skocznemu*, Warszawa 2017.

*Prof. Mirosław Wyrzykowski – profesor Uniwersytetu Warszawskiego, sędzia Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku, członek Rady Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka*

#### ***Defence of the Constitution of the Republic of Poland***

This article claims that the on-going constitutional crisis in Poland may be described as a 'hostile takeover' of the constitutional order, i.e. a process of assuming control by the parliamentary majority of key state bodies by using extraconstitutional and anti-constitutional methods. These methods include among others violations of the due process of lawmaking, unconstitutional replacement of the personnel of state institutions and usurping competences by state bodies (acting ultra vires). The paper also presents certain defence mechanisms used against this 'hostile takeover', such as the direct application of the Constitution by the Constitutional Tribunal ruling upon the amendments to the Act on the Constitutional Tribunal, the common courts assuming the role of the Constitution Tribunal, whose functioning was disturbed, or exertion of external pressure by the European Union and the Council of Europe.



## Trudne przypadki w prawie karnym, filozofia prawa i bezpośrednio stosowanie norm konstytucyjnych

dr Tomasz Snarski

### Pojęcie trudnych przypadków (*hard cases*)

Pojęcie trudnych przypadków (*hard cases*)<sup>1</sup> obejmuje niezwykle szerokie spektrum skomplikowanych spraw prawnych. Termin ten nie ma jednoznacznego zakresu znaczeniowego, dlatego wobec wielości istniejących w nauce rozmaitych propozycji definicyjnych czy systematyzujących poglądy na temat trudnych przypadków wypada ograniczyć się do przedstawienia kilku wybranych uwag teoretycznych, mających charakter porządkujący i nakreślający ramy dalszych rozważań.

Twórcą najbardziej rozpowszechnionej koncepcji *hard cases* jest Ronald Dworkin, który zasadniczo dzielił sprawy sądowe na tzw. jasne (*clear*) i trudne (*hard*)<sup>2</sup>. Według tego amerykańskiego filozofa prawa rozwiązanie spraw trudnych staje się możliwe dzięki uznaniu, że w systemie prawnym istnieją rozmaite rodzaje norm prawnych, których umiejętne stosowanie wymaga aktywnej postawy sędziego, jak najlepiej przygotowanego do procesu interpretacji. Istnienie trudnych przypadków dostarcza argumentacji za ujmowaniem systemu prawa znacznie szerzej, niż to czynią różne koncepcje pozytywizmu prawniczego. Sprowadzenie systemu prawnego li tylko do zbioru reguł prawnych okazuje się niewystarczające dla rozwiązania skomplikowanych spraw.

1 W niniejszym artykule angielskie pojęcie *hard cases* będzie tłumaczone najczęściej jako trudne przypadki, rzadziej jako trudne, skomplikowane sprawy.

2 Wypada dodać, że problem trudnych przypadków spotkać można już w pozytywizmie J. Austina (idea „nieostrych brzegów”) oraz u H.L.A. Harta („otwarta tekstowość”). Powszechnie nazwę *hard cases* wiąże się jednakże z teorią R. Dworkina, który w 1975 r. opublikował w „Harvard Law Review” esej pod tym tytułem; zob. R. Dworkin, *Hard Cases*, „Harvard Law Review” 1975, vol. 88, no. 6, s. 1057-1109; R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, s. 353-354; H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, tłum. J. Woleński, Warszawa 1998, s. 364 i n.

Tymczasem według sformułowanej przez Dworkina integralnej filozofii prawa oprócz reguł (*rules*) w systemie prawnym funkcjonują zasady (*principles*) oraz wymogi polityki (*policies*). Podkreśla on, że różnica między zasadami prawa a regułami prawa ma charakter logiczny. Reguła może zostać bowiem zastosowana wyłącznie na zasadzie alternatywy rozłącznej: wszystko albo nic. Z kolei zasada funkcjonuje w inny sposób, gdyż może być ona zastosowana w mniejszym lub większym stopniu. Zasady bowiem, jak zaznacza, posiadają cechę, której pozbawione są reguły prawne, a mianowicie można mówić o ich wadze lub doniosłości (*weight or importance*). Tym samym, w przypadku konfliktu pomiędzy dwiema sprzecznymi regułami tylko jedna z nich może znaleźć zastosowanie, gdyż tylko jedna z nich pozostaje ważna. Natomiast w przypadku konfliktu między treścią dwóch zasad możliwe jest uwzględnienie każdej z nich w większym lub mniejszym stopniu, przy dokonaniu oceny znaczenia każdej z nich<sup>3</sup>. Dworkin podkreśla, że zasadą jest norma, „która ma być przestrzegana nie dlatego, że jej przestrzeganie przybliży lub zapewni ekonomiczną, polityczną lub społeczną sytuację, która wydaje się być godna pożądaną, ale dlatego, że tego domaga się sprawiedliwość, uczciwość lub inny aspekt moralności”<sup>4</sup>. Tym samym zasady, w przeciwieństwie do reguł, nie obowiązują na podstawie uzasadnienia tetycznego<sup>5</sup>.

Odnosząc Dworkinowski podział norm systemu prawnego na reguły, zasady i wymogi polityki do teorii trudnych przypadków zauważamy, że rozwiązując łatwe przypadki zazwyczaj wystarczy zastosować odpowiednią regułę. Odmienne sytuacja wygląda przy trudnych przypadkach, ponieważ najczęściej

3 R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 56-68.

4 Ibidem, s. 56-57.

5 S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 79-80

albo nie ma wówczas w systemie prawnym reguły mogącej stanowić samoistną podstawę rozstrzygnięcia albo obowiązujące reguły są ze sobą sprzeczne, przy jednoczesnym braku możliwości usunięcia ich niezgodności w drodze zwykłych reguł kolizyjnych. Wówczas konieczne staje się poszukiwanie przez podmiot rozwiązujący trudny przypadek (zazwyczaj sędziego) odwołanie się do innych niż reguły standardów. Co istotne, w propozycji Dworkina inne niż reguły standardy oceny (tj. zasady i tzw. wymogi polityki) pozostają w ramach systemu prawnego. Jerzy Zajadło podkreśla, że paradoksalnie integralna filozofia prawa opowiada się za poszukiwaniem rozwiązania trudnego przypadku w ramach systemu prawa, gdyż odwołujemy się do zasad i wskazówek będących nieodłączną częścią systemu prawa. Inaczej mówiąc, rozwiązując trudny przypadek za pomocą integralnej filozofii prawa, niejako wykorzystujemy możliwości rozstrzygnięcia tkwiące wewnątrz systemu prawnego, podczas gdy np. pozytywista Hart proponuje poszukiwanie rozstrzygnięcia trudnych spraw poza systemem prawa, wiążąc swoją propozycję z otwartą tekstowością reguł prawnych<sup>6</sup>. Co ważne, według Dworkina istnieje tylko jedno poprawne rozwiązanie trudnej sprawy. Jego odnalezienie jest z jednej strony powinnością sędziego, wynikającą z integryzmu prawnego. Z drugiej strony tylko sędzia wzorujący się na postawie sędziego Herkulesa – czyli wyobrażonego sędziego, dysponującego nadludzkimi władzami intelektualnymi i cierpliwością, uznającego integryzm prawny<sup>7</sup> – będzie miał należyte umiejętności, by rozstrzygnąć trudny przypadek nie tylko w oparciu o proste do stosowania reguły, lecz także w oparciu o rozważenie wagi i współzależności obowiązujących zasad i wymogów polityki, które zdecydowanie lepiej nadają się do wyważenia rozmaitych wartości w procesie stosowania prawa.

Od czasu sformułowania koncepcji trudnych przypadków przez Ronalda Dworkina powstało wiele innych propozycji teoretycznych<sup>8</sup>. Według propozycji sformułowanej przez Jerzego Wró-

6 J. Zajadło, *Co to są hard cases? (w:) Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, J. Zajadło (red.), Warszawa 2008, s. 9-10.

7 R. Dworkin, *Imperium prawa*, tłum. J. Winczorek, Warszawa 2006, s. 241.

8 Można wymienić np. koncepcje: H.L. Harta, N. McCormicka, A. Peczenika, J. Wróblewskiego; syntetyczne przedstawienie pięciu koncepcji trudnych przypadków zob. M. Król, *Koncepcje trudnych*

blewskiego możemy wyróżnić cztery aspekty występowania trudnych przypadków w systemie prawnym: instytucjonalny, merytoryczny, instytucjonalno-merytoryczny oraz teoretyczny<sup>9</sup>. Zgodnie z ujęciem instytucjonalnym trudne przypadki to te, które docierają do najwyższych instancji sądowniczych. Merytoryczne ujęcie spraw skomplikowanych polega na wyróżnieniu ich kontrowersyjności zarówno z punktu widzenia oceny dokonywanej przez uczestników postępowania, jak i sądów, co przejawia się odmiennymi orzeczeniami, a przynajmniej ich uzasadnieniami w różnych instancjach czy podobnych sprawach. Wymiar teoretyczny dotyczy trudności rozstrzygnięcia danej sprawy. Im przypadek bardziej „problematyczny”, tym bardziej zasługuje na miano trudnego. Oceny stopnia trudności dokonujemy dzięki analizie poszczególnych decyzji częściowych i końcowej decyzji stosowania prawa. Teoretyczne ujęcie trudnych spraw jest także powiązane z zasadniczymi wątpliwościami, czy w systemie prawnym w ogóle istnieją reguły prawne mogące stać się podstawą rozstrzygnięcia określonej sprawy<sup>10</sup>. Małgorzata Król, opisując koncepcję J. Wróblewskiego, zauważa, że „w ujęciu funkcjonalnym i praktycznym trudne przypadki sprowadzają się do niemożliwości przewidzenia treści rozstrzygnięcia sądowego”<sup>11</sup>. Z kolei Maciej Dybowski oraz Marcin Romanowski zauważają, że „trudno określić, co jest trudnym przypadkiem, zanim to nastąpi”<sup>12</sup>.

W polskiej nauce prawa warto wskazać rozumienie pojęcia *hard cases* zaproponowane przez J. Zajadło, zgodnie z którym, trudne przypadki nie muszą być związane wyłącznie z procesem stosowania prawa i będącej jego częścią wykładni, lecz mogą dotyczyć również tworzenia, obowiązywania i przestrzegania prawa. Jednocześnie występowanie trudnych spraw jest możliwe nie tylko w związku z treścią obowiązującego prawa (czyli w istocie konfliktu prawa z prawem), lecz również może przejawiać się w konflikcie treści norm prawnych z innymi systemami

*przypadków a prawomocność*, (w:) *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, s. 98-109.

9 Zob. J. Wróblewski, *Stosowanie prawa przez Sąd Najwyższy*, „Nowe Prawo” 1985, s. 24-29; K. Opałek, J. Wróblewski, *Prawo. Metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 273 i n.; M. Król, *Koncepcje trudnych...*, op. cit., s. 107-108.

10 Por. Ibidem.

11 Cyt. za M. Król, *Koncepcje trudnych...*, op. cit., s. 97

12 M. Dybowski, M. Romanowski, *O trudnych przypadkach w filozofii prawa. Studia z antropologii filozoficznej*, Warszawa 2015, s. 9.

normatywnymi (np. prawa z moralnością). Ponadto J. Zajadło przyjmuje, że nie istnieje jedno poprawne rozwiązanie trudnego przypadku, co jednocześnie stanowi kryterium odróżnienia sprawy trudnej od łatwej<sup>13</sup>. Trudne przypadki są związane nie tylko z procesem stosowania prawa i będącej jego częścią wykładni, lecz mogą także dotyczyć tworzenia, obowiązywania i przestrzegania prawa. Następnie należy zauważyć, że w trudnych przypadkach mamy do czynienia z brakiem jednego, poprawnego rozwiązania prawnego zaistniałego problemu<sup>14</sup>, co ma stanowić kryterium rozróżnienia pomiędzy prostym a trudnym przypadkiem. Ponadto trudne przypadki występują zwłaszcza w sytuacjach, w których dochodzi do zderzenia prawa z innymi systemami normatywnymi<sup>15</sup>, natomiast sama dyskusja o nich nie musi pozostawać w bezpośrednim związku z aktualnie obowiązującym prawem. Warto również zauważyć, że każda sprawa początkowo zidentyfikowana jako prosta może okazać się znacznie bardziej złożona, a w rezultacie będziemy musieli uznać ją za trudny przypadek<sup>16</sup>. Wreszcie, okazuje się, że trudne przypadki można zidentyfikować nie tylko na etapie wykładniczym, lecz również na etapie legislacyjnym<sup>17</sup>.

Warto na zakończenie tej części rozważań przyjąć, że wypracowanie określonego rozstrzygnięcia w przypadku spraw należącej do *hard cases* jest nie tylko uzależnione od prawidłowego zastosowania sposobu uzasadniania twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie<sup>18</sup>, lecz jest również wynikiem uprzednio przyjętych przez danego interpretatora koncepcji teoretycznych i poglądów na istotę prawa.

13 J. Zajadło, *Co to są hard cases?*, op. cit.; J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008, s. 18-29.

14 Węzłowe wyjaśnienie pojęcia „trudne przypadki” zob. S. Sykuna, *Trudne przypadki* (w:) *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, J. Zajadło (red.), Warszawa 2007, s. 339-340.

15 J. Zajadło, *Po co prawnikom...*, op. cit., s. 25-27.

16 Z. Brodecki, T.T. Koncewicz, *Wspólnotowa rozumność w Trybunale Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich* (w) *Rozumność rozumowań prawniczych*, M. Wyrzykowski (red.), Warszawa 2008, s. 136.

17 Zob. T. Biernat, „Trudne sprawy” w procesie tworzenia prawa. Pole dyskursu legislacyjnego (w:) *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, A. Choduń, M. Czepita (red.), Szczecin 2010, s. 473-489; M. Flis-Swieczkowska, T. Snarski, *Legislacyjny hard case – wokół propozycji dekryminalizacji zniesławienia (art. 212 k.k.)*, „Przegląd Legislacyjny” 2012, rok XIX, nr 2(80), s. 50-69.

18 Na ten temat zob. M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1998.

## Trudne przypadki w prawie karnym

Wydaje się, że w prawie karnym można odnotować naturalną tendencję do powstawania spraw szczególnie trudnych, które nie poddają się łatwemu rozstrzygnięciu tylko w oparciu o wąsko rozumianą argumentację dogmatycznoprawną, a które wymagają zaangażowania aksjologicznego w procesie stosowania prawa. Warto w tym kontekście wskazać, że Jerzy Stelmach wyodrębnia kategorie trudnych przypadków w sensie dogmatycznym oraz w sensie aksjologicznym. W jego ocenie przypadek trudny w sensie aksjologicznym ujawnia się w trakcie trwania procesu interpretacji i ma charakter wtórny, podczas gdy przypadek trudny w sensie dogmatycznym ma charakter pierwotny – wynika bowiem ze struktury interpretowanego przypadku<sup>19</sup>. Według J. Stelmacha trudny przypadek aksjologiczny pojawia się „gdy (a) w trakcie trwania procesu interpretacyjnego pojawi się konflikt pomiędzy uznawanymi za ważne (za powszechnie ważne lub ważne dla interpretowanego przypadku) wartościami; (b) wartości te zostaną uznane przez interpretatora (lub inne osoby uczestniczące w procesie interpretacji) za niewspółmierne; (c) jednocześnie brak jest akceptowalnego kryterium wyboru między tymi wartościami”<sup>20</sup>.

Odnosząc kryteria wyodrębniania trudnych przypadków w sensie aksjologicznym do prawa karnego, zauważamy, że w wielu sprawach karnych identyfikowanych jako szczególnie skomplikowane dochodzi do zderzenia prawa z moralnością, historią czy polityką (w istocie zatem dochodzi do konkurencji określonych systemów wartości), a przede wszystkim prawa z samym sobą (np. standardów norm prawa karnego ze standardami ochrony praw człowieka czy standardami określonych praw i wolności jednostki wyznaczonymi przez konstytucję), by wskazać chociażby na problemy z karnoprawnym „rozliczaniem przeszłości” w ramach zjawiska sprawiedliwości transformacyjnej<sup>21</sup> czy też

19 J. Stelmach, *Przypadek trudny w prawie* (w:) *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, A. Choduń, M. Czepita (red.), Szczecin 2010, s. 149-150.

20 Ibidem, s. 149-150.

21 Na temat sprawiedliwości transformacyjnej i dylematów związanych z polityką wobec przeszłości prowadzoną za pomocą instrumentarium prawa karnego: L.L.Fuller, *Moralność prawa*, przełożył S. Amsterdamski, Warszawa 1978, s. 311-321; M. Krotoszyński, *Modele sprawiedliwości tranzycyjnej*, Poznań 2017; J. Zajadło, *Odpowiedzialność*

kontrowersje odnoszące się do przypadków odpowiedzialności karnoprawnej za przestępstwo obrazy uczuć religijnych<sup>22</sup>, jak również żywo dyskutowaną problematykę tzw. obrony przez kulturę (*cultural defence*)<sup>23</sup>.

Należy wyraźnie podkreślić, że pojawiające się do tej pory trudne przypadki w prawie karnym, jednocześnie będące przedmiotem licznych studiów, zasadniczo wiążą się z ocenami aksjologicznymi. Z jednej strony w ramach zwykłych, typowych spraw karnych pojawiają się bowiem konflikty wartości chronionych prawem, z drugiej – nauka prawa karnego identyfikuje coraz więcej problemów szczególnych, które mają przełożenie na ogólne instytucje prawa karnego, a których rozwiązanie nie jest możliwe bez ocen aksjologicznych.

Wśród przypadków z pierwszej grupy można wskazać na oceny stosowania rozmaitych instytucji procesu karnego, takich jak np. tymczasowe aresztowanie, których prawidłowa interpretacja wymaga niezbędnej refleksji konstytucyjnej. Ponadto wybrane tradycyjne problemy dogmatyki prawa karnego materialnego mają wyraźne konotacje aksjologiczne, które również wymagają odniesienia do standardów konstytucyjnych, by wskazać np. na spory wokół pojęcia winy w prawie karnym czy też dyskusje dotyczące oceny zasadności określonego zakresu kryminalizacji i penalizacji wybranych typów czynów zabronionych z perspektywy ważenia konstytucyjnie chronionych wolności, tak jak w przypadku wspomnianego już wyżej przestępstwa obrazy uczuć religijnych (art. 196 Kodeksu karnego)<sup>24</sup>. Tym samym

za mur. *Procesy strzelców przy Murze Berlińskim*, Gdańsk 2003; J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Gdańsk 2001; *Zbrodnie minionych systemów – zapomnieć czy rozliczyć*, M. Królikowski (red.), „Ius et Lex” 2003, nr 2; T. Snarski, *Sprawiedliwość transformacyjna, filozofia prawa i rozliczanie przeszłości przez demokratyczne państwo prawa*, „Pamięć i Sprawiedliwość” 2010, nr 2(16), s. 211-228.

22 Zob. np. W. Cieślak, „Pasja” przed sądem (w:) *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, J. Zajadło (red.), Warszawa 2008, s. 102-113.

23 Zob. J. Zajadło, *Moua zniewala Xeng Xiong* (w:) *Fascynujące ścieżki...*, op. cit., s. 69-78.

24 Niezwykle interesujące studium o charakterze interdyscyplinarnym, podejmujące m.in. problematykę kryminalizacji obrazy uczuć religijnych w perspektywach teologicznej, artystycznej i karnoprawnej, w tym omawiające zagadnienie konfliktu wolności religijnej i wolności słowa, jak również zagadnienie kontratypu pozaustawowego sztuki zob. A. Draguła, *Bluznierstwo. Między grzechem a przestępstwem*, Warszawa

zarówno w zagadnieniach procesowych, jak i materialnoprawnych nieodłącznie mamy do czynienia z refleksją aksjologiczną, która niejednokrotnie uzyskuje poziom konstytucyjny, samo zaś odwołanie się w procesie wykładni do standardów ustawowych okazuje się niewystarczające.

Z kolei przypadki z drugiej grupy to nowe zjawiska w prawie karnym, których uwzględnienie wymaga jeśli nie modyfikacji, to przynajmniej rozważenia zastanych paradygmatów i naczelnych zasad prawa karnego. Wspomniano już wyżej o pojęciach obrony przez kulturę czy sprawiedliwości transformacyjnej. Wymiar konstytucyjny wykładni prawa karnego, w tym jej aksjologicznych aspektów, jawi się tutaj nie tylko jako pożądany, lecz wręcz konieczny do wypracowania i uzasadnienia określonych rozwiązań. Co więcej, mamy tu niezwykle często do czynienia z konkurencją całkowicie odmiennych rozstrzygnięć, dających się uzasadnić w ramach systemu prawnego. Na przykład uwzględnianie w stosowaniu prawa karnego wielokulturowości jako idei i zasady prawa może prowadzić do niebezpiecznych relatywizacji praw człowieka, niwecząc zasadę równości wobec prawa<sup>25</sup>. Jednocześnie jednak brak uwzględnienia tego standardu przy rozstrzyganiu spraw karnych może wiązać się z pogwałceniem innych ważnych zasad, takich jak sprawiedliwość i humanizm prawa karnego. Dość wspomnieć, że wykorzystanie wielokulturowości w stosowaniu prawa karnego nie tylko znajduje wyraz w wytworzonym na gruncie anglosaskim zjawisku opierania obrony w sprawach karnych na szeroko pojętej odrębności kulturowej sprawcy, lecz może przejawiać się w coraz częstszym także w realiach polskich uwzględnianiu

2013. Zob. także A. Wiśniewski, *Wolność zrzeszania się a granice wolności sumienia i wyznania* (w:) *Prawne granice wolności i sumienia wyznania*, R. Wieruszewski (red.), Warszawa 2012, s. 243-258; M. Sosnowska, *Prawo karne jako ultima ratio w ochronie wolności sumienia i wyznania* (w:) *Prawne granice wolności...*, op. cit., s. 313-331.

25 Wypada wspomnieć, że ofiarami tzw. przestępstw motywowanych kulturowo niezwykle często są kobiety i dzieci. Dochodzi zatem do paradoksu, polegającego na tym, że uwzględniając prawa kulturowe mniejszości, niweczmy lub deprecjonujemy inne prawa kobiet i dzieci; zob. J. Zajadło, *Mao zniewala Xeng Xiong* (w:) *Fascynujące ścieżki...*, op. cit., s. 71; M. Płatek, *Zabójstwa na tle honoru. Problem wyznania czy dyskryminacji ze względu na płeć* (w:) *Prawne granice wolności...*, op. cit., s. 287-311. Obszerne studium na ten temat zob. M. Grzyb, *Przestępstwa motywowane kulturowo. Aspekty kryminologiczne i prawnokarne. Reakcja krajów zachodnich na szkodliwe praktyki kulturowe*, Warszawa 2016.

zróznicowania kulturowego przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu, zawinienia, wymiarze orzekanej kary czy też wytworzeniu się kontratywu zwyczajowego<sup>26</sup>. Niezależnie od tego, w jaki sposób będziemy traktować uwzględnianie wielokulturowości w sprawie karnym, niezbędne będzie rozstrzygnięcie pojawiających się dylematów nie tylko według standardów ustawowych, lecz przede wszystkim konstytucyjnych.

Na potrzeby dalszych rozważań możemy jeszcze wyróżnić kategorię trudnych spraw w prawie karnym, polegających na szczególnym uwikłaniu aksjologicznym – można przez to rozumieć sprawy, których rozwiązanie wymaga nie tylko analizy dogmatycznej, lecz również analizy filozoficzno-prawnej. Do kategorii spraw tego rodzaju będą należały wszelkie sytuacje, w których dojdzie do konfliktu ustaleń dogmatyczno-prawnych, z szeroko pojętą ochroną praw człowieka (mającą zawsze wymiar aksjologiczny, niezależnie od procesu pozytywizacji idei praw człowieka<sup>27</sup>, dzięki któremu przecież dokonało się przekształcenie standardów moralnych traktowania człowieka w prawa<sup>28</sup>). Wydaje się zresztą, że dotychczasowe sytuacje, w których następuje powoływanie się bezpośrednio na normy konstytucyjne, niemal zawsze dotyczą w istocie konfliktu określonych wartości, którego rozstrzygnięcie następuje w konkretnym akcie stosowania prawa.

Tym samym, jeżeli standard ochrony określonego prawa jednostki zostaje zdefiniowany przy pomocy norm konstytucyjnych, nieodzowne staje się ich użycie w procesie stosowania prawa karnego. Z tej perspektywy staje się jasne, że owo ak-

26 Na ten temat zob. M. Leciak, *Konflikty międzykulturowe w Polsce w ujęciu karnoprawnym – próba diagnozy problemu*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, t. XV, s. 111-127; J. Warylewski, *Wybrane zagadnienia problemów sprawiedliwości karnej w Polsce wobec zróznicowania kulturowego społeczeństwa*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2014, t. XV, s. 195-209; T. Snarski, *Znaczenie wielokulturowości dla prawa karnego (w:) Interdyscyplinarność badań w naukach penalnych*, I. Sepiolo (red.), Warszawa 2012, s. 249-268.

27 Na temat procesu pozytywizacji idei ochrony praw człowieka zob. K. Przybyszewski, *Prawa człowieka w kontekstach kulturowych*, Poznań 2010, s. 21-115.

28 Jak niezwykle celnie ujmował to W. Osiatyński „idea praw człowieka jest bardziej moralnej niż prawnej natury”, zaś prawa człowieka są „uniwersalnymi prawami moralnymi o fundamentalnym charakterze” tak w: W. Osiatyński, *Prawa człowieka i ich granice*, przekład S. Kowalski, Kraków 2011, s. 23.

sjologiczne uwikłanie trudnych przypadków niejednokrotnie implikować będzie konieczność jak najszerzego bezpośredniego stosowania norm konstytucyjnych w prawie karnym ze wszystkimi konsekwencjami, w tym uznaniem dopuszczalności kompetencji sądów powszechnych do rozproszonej kontroli konstytucyjności ustaw karnych.

### **Bezpośrednie stosowanie norm konstytucyjnych jako konsekwencja refleksji filozoficzno-prawnej**

Pojęcie bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy karne jest szeroko dyskutowane w literaturze i rozmaicie ujmowane, zwłaszcza w zakresie, w którym może się wiązać z dopuszczeniem w polskim systemie prawnym rozproszonej kontroli konstytucyjności ustaw przez sądy powszechne<sup>29</sup>. Można wyróżnić rozważania zarówno o charakterze ogólnosystemowym<sup>30</sup>, jak i odnoszące się do wybranej gałęzi prawa<sup>31</sup>. Wyrażna jest trwała polaryzacja poglądów, zaś do najbardziej dyskutowanych kwestii należy kompetencja sądów powszechnych do samodzielnej oceny konstytucyjności obowiązujących ustaw<sup>32</sup>. Charakterystyczne jest też zróznicowanie podejmowanych w ramach tego zagadnienia problemów, by wspomnieć chociażby koncepcję prokonstytucyjnej wykładni prawa karnego<sup>33</sup> czy samoistnego

29 Syntetyczny przegląd poglądów doktryny w kwestii dopuszczalności sprawowania incydentalnej kontroli konstytucyjności ustaw przez sądy zob. M. Wąsek-Waderek, *Samodzielność jurysdykcyjna sądu karnego wobec kompetencji Trybunału Konstytucyjnego i trybunałów europejskich*, Lublin 2012, s. 64-77.

30 Z najnowszej literatury zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na konstytucji*, Warszawa 2017, s. 752.

31 Np. zob. M. Borsiak, „Promieniowanie” Konstytucji, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2016, t. XCVIII, s.11-30; E. Łętowska, *Promieniowanie orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego na poszczególne gałęzie prawa (w:) Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, M. Zubik (red.), Warszawa 2006, s. 353 i n.; R. Koper, *Jawność rozprawy głównej a ochrona prawa do prywatności w procesie karnym*, Warszawa 2010, s. 200-205 i wskazana tam literatura; P. Wiliński, *Proces karny w świetle konstytucji*, Warszawa 2011, s. 28-40.

32 Zob. A. Przylepa-Lewak, *Z problematyki bezpośredniego stosowania konstytucji*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2005-2006, Vol. LII/LIII Sectio G, s. 137-151 i wskazana tam literatura; M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania konstytucji*, „Palestra” 2016, nr 4, s. 5-30 i wskazana tam literatura.

33 Np. zob. A. Rychlewska, *O gwarancyjnym modelu wykładni prokonstytucyjnej przepisów typizujących czyny zabronione pod groźbą*

stosowania przepisu Konstytucji z pominięciem normy ustawowej. Taki heterogeniczny charakter badań nie powinien zresztą dziwić, gdyż – jak trafnie podkreśla Maciej Zieliński – „w problematyce wykładni ześrodkowują się bowiem nieomal wszystkie problemy nauki prawa i praktyki prawniczej”<sup>34</sup>.

Każdy z przejawów bezpośredniego stosowania Konstytucji w prawie karnym może poszerzać możliwości rozwiązania w procesie wykładni trudnych przypadków w prawie karnym, zwłaszcza w sytuacjach, w których dochodzi do konfliktu konkurujących ze sobą wartości w procesie stosowania prawa karnego. Przede wszystkim wydaje się zasadnym przyjęcie, że w przypadku rozwiązywania trudnych przypadków w prawie karnym o charakterze aksjologicznym w pełni uprawniony jest postulat jak najszerzego bezpośredniego stosowania norm konstytucyjnych, zwłaszcza w sytuacjach, w których wykładnia norm rangi ustawowej przyniesie rezultaty sprzeczne z aksjologią wyrażoną w normach konstytucyjnych<sup>35</sup>.

Odwołanie się do refleksji filozoficznoprawnej nie tylko poszerza argumenty uzasadniające konieczność bezpośredniego stosowania norm konstytucyjnych, lecz również ukazuje, że bezpośrednie stosowanie tychże norm wprowadza do tradycyjnie rozumianego systemu pozytywistycznego proces wykładniczy krytycznej oceny prawa z perspektywy ochrony praw człowieka, a zatem w istocie ze stanowiska niepozytywistycznego. Jest oczywiste, że konstytucyjne podstawy ochrony praw człowieka odgrywają w systemie prawnym rolę podstawową<sup>36</sup>.

Ponadto argumenty natury filozoficznoprawnej mogą nadać nowy wymiar tradycyjnemu sporowi pomiędzy dotychczas konkurującymi poglądami na tzw. rozproszoną kontrolę kon-

stytucyjności prawa. Spojrzenie filozoficznoprawne ujmuje zagadnienie nie tyle w kategoriach pytania o uprawnienie sądów powszechnych do jak najszerzego bezpośredniego stosowania konstytucji, lecz raczej o to, jak owo uprawnienie zrealizować oraz, co niemniej ważne, jakie możliwości i zagrożenia są z tym związane. Podzielając pogląd Ewy Łętowskiej, zgodnie z którym samo brzmienie konstytucji nie dostarcza definitywnych argumentów wykluczających model zdekoncentrowanej kontroli konstytucyjności<sup>37</sup>, nie sposób nie podjąć próby poszukiwania przekonujących racji w warstwie filozoficznoprawnej<sup>38</sup>.

Niezależnie od merytorycznych propozycji rozwiązań trudnych przypadków formułowanych w filozofii prawa należy także wspomnieć o postulatach odnoszących się do roli sędziego, który ma je rozwiązywać. Sprowadzenie pozycji władzy sądowiczej do „ust ustawy” dawno już nie jest przekonującym twierdzeniem z perspektywy teorii i filozofii prawa, jeśli w ogóle kiedykolwiek takim było<sup>39</sup>. Sędzia musi przynajmniej podjąć próbę rozwiązania trudnych przypadków, zwłaszcza gdy od tego zależy stopień rzeczywistej ochrony praw jednostki. Z tej perspektywy sędzia musi bezpośrednio odwołać się do aksjologii wyrażonej w normie konstytucyjnej, a w konsekwencji zastosować tę normę samodzielnie, a nie poprzestać na ocenie standardu wyznaczonego treścią normy ustawowej. W innym przypadku prymat Konstytucji traci swój sens. Co więcej, prymatu tego nie da się li tylko sprowadzić do domniemania zgodności ustaw z Konstytucją czy bezpośredniego stosowania Konstytucji w sprawach niespornych. Rzeczywisty prymat norm konstytucyjnych wymaga od sędziego przyjęcia, po pierwsze, że aksjologia norm konstytucyjnych może być skuteczną i wystarczającą podstawą derogacji obowiązującej normy ustawowej, której nie da się z nią pogodzić. Po drugie, że derogacji tej

kary, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2016, R. XX, z. 3, s. 131-149; K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna prawa karnego*, Warszawa 2015.

34 M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017, s. 15.

35 O znaczeniu aksjologii w dyskursie konstytucyjnym zob. K.J. Kaleta, *Rola i znaczenie wartości we współczesnym dyskursie konstytucyjnym* (w:) *Aksjologiczny wymiar prawa*, M. Dudek, M. Stępień (red.), Kraków 2015, s. 122-144.

36 R. Koper, *Słowo wstępne* (w:) *Konstytucyjne podstawy ochrony praw człowieka*, R. Koper (red.), Katowice 2017, s. 9.

37 E. Łętowska, *Kryzys wokół Trybunału Konstytucyjnego. Co mogą zrobić sądy?*, „Kultura Liberalna”, <http://kulturaliberalna.pl/2016/04/19/ewa-letowska-trybunal-konstytucyjny-kryzys/> (dostęp: 28.10.2017).

38 Jerzy Zajadło proponuje np. wykorzystanie rozważań filozoficznoprawnych dotyczących tzw. sumienia sędziowskiego w bieżącej dyskusji dotyczącej polskiego kryzysu konstytucyjnego i tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa, zob. J. Zajadło, *Sumienie sędziego*, „Edukacja Prawnicza” 2017/2018, nr 1(169), s. 37-42.

39 Zygmunt Ziemiński określa przywołaną formułę Monteskiusza mianem złudzenia – Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, s. 161.

może i powinien dokonywać nie tylko sąd konstytucyjny, lecz w istocie każdy sąd<sup>40</sup>. Na marginesie warto podkreślić, że mowa tu o derogacji danej normy w procesie rozwiązania konkretnej sprawy, a nie zaś o eliminacji normy w ogóle z systemu prawnego. Ponadto przy dopuszczeniu kompetencji sądów powszechnych do oceny konstytucyjności ustaw ochrony bezpieczeństwa prawnego i jednolitości orzecznictwa poszukiwać można nie tyle w wyodrębnionych mechanizmach kontroli konstytucyjności, co w zawodowych i etycznych kwalifikacjach sędziego. Biorąc pod uwagę potencjalne zagrożenia, jakie dla ochrony praw fundamentalnych może rodzić zarówno „ideologia związanej decyzji sądowej” (np. odmowa rozstrzygnięcia na rzecz ochrony praw fundamentalnych w sytuacjach spornych motywowana bezpieczeństwem prawnym), jak i „ideologia swobodnej decyzji” (np. zróżnicowany standard ochrony w zależności od przyjętych przez sądy założeń, umiejętności wykładniczych, a nawet subiektywnych przekonań), wydaje się, że najbardziej odpowiednią dla bezpośredniego stosowania konstytucji w sprawach karnych jest „ideologia praworządnej i racjonalnej decyzji sądowej”, której istota polega na przyjęciu modelu argumentacyjnego stosowania prawa przez sędziego, który nadto szczególnie zwraca uwagę na aksjologię leżącą u podstaw konstytucji<sup>41</sup>.

Oczywiście ideologie sądowego stosowania prawa, jako pewne modele, poddają się uproszczeniom. Przyjęcie „ideologii praworządnej i racjonalnej decyzji sądowej” nie jest jednak założeniem idealistycznym, lecz w mojej ocenie najbardziej odpowiadającym realnym potrzebom rozwiązania problemów pojawiających się ze szczególną wyrazistością w trudnych przypadkach. Niezależnie od tego partykularnego kontekstu, związanego z określoną kategorią spraw szczególnie skomplikowanych, w podejściu tym uniwersalnie doszukuje się w sędziach prawników, którzy mają być strażnikami prawa „sprawnie poruszającymi się w sferze pozatekstualnej, umiającymi ważyć kolidujące prawa i interesy oraz dostrzegać, jak bardzo prawo wymaga

każdorazowo mądrego dostrojenia angażowanych środków do założonych celów<sup>42</sup>. Konstytucja będzie najwyższym prawem tylko wówczas, jeśli jej aksjologia będzie przenikać także codzienny proces wykładni w każdym sądzie, jak i w argumentach stron postępowania. Można zaryzykować stwierdzenie, że tak naprawdę nieświadomie przecież w każdym procesie ustalenia treści normy odwołujemy się do jej aksjologicznego uzasadnienia, chociaż tego wprost nie artykułujemy. Dopiero wówczas, gdy rezultat takiej wykładni w sposób rażąco, oczywisty nie daje się pogodzić z aksjologią norm wyższego rzędu, zauważamy jej braki i poszukujemy mechanizmu naprawczego. Tymczasem możliwe jest uniknięcie tego problemu, jeśli w codziennym procesie wykładni w większym stopniu niż dotychczas nauczymy się rozważać aspekty filozoficznoprawne.

Należy też zgodzić się z tezą, że bezpośrednie stosowanie norm konstytucyjnych w prawie karnym jest w pełni zgodne z właściwościami systemu prawa karnego jako gałęzi prawa, w której szczególnie znaczenie mają aspekty filozoficznoprawne<sup>43</sup>. Niezależnie od tego argumentacji dla bezpośredniego stosowania norm konstytucyjnych w prawie karnym dostarczają zasady prawa właściwe dla prawa karnego, by wymienić chociażby zasadę humanizmu prawa karnego<sup>44</sup>.

Bezpośrednie stosowanie norm konstytucyjnych w prawie karnym jest szczególnie uzasadnione w rozstrzyganiu tzw. trudnych przypadków o charakterze aksjologicznym. Argumenty natury konstytucyjnej mogą być wówczas przekonującym uzasadnieniem dla takiej wykładni i stosowania norm prawa karnego, która nie spowoduje osłabienia bądź zniweczenia ochrony praw fundamentalnych zagwarantowanych konstytucyjnie. Zaakcentowania w tym kontekście wymaga stanowisko Ryszarda Piotrowskiego, zgodnie z którym „orzecznictwo sądów – polskich

40 Obowiązek ten w mojej ocenie aktualizuje się zwłaszcza wówczas, gdy sąd konstytucyjny, wskutek np. nacisków politycznych, nie może lub nie jest w stanie wykonywać swoich kompetencji orzeczniczych.

41 Wskazane typy ideologii decyzji sądowej oraz ich omówienie: J. Zajadło, *Sędziowie i niewolnicy. Szkice z filozofii prawa*, Gdańsk 2017, s. 151-153.

42 T.T. Koncewicz, T. Snarski, *Europejski prawnik. Jaki i po co*, „Rzecz o prawie” 10.12.2014, s. 16.

43 J. Warylewski stwierdza wprost, że „bez względu na przyjmowaną wizję prawa nie można w żadnym systemie dopuścić do odrzucenia przeświadczenia o istnieniu ponadpozytywnych zasad i idei prawa karnego”, cyt. za J. Warylewski, *Kara. Podstawy filozoficzne i historyczne*, Gdańsk 2007, s. 11.

44 Zob. M. Cieślak, *Zasada humanizmu jako naczelną dyrektywę w sferze prawa karnego* (w:) Marian Cieślak, *Dzieła wybrane. Tom V*, S. Waltoś (red.), przy współpracy: M. Rusinek, S. Steinborn, Kraków 2011, s. 366-382.



oraz, w stosownym zakresie, europejskich – ma, niezależnie od kontrowersji związanych z konkretnymi rozstrzygnięciami, zasadnicze znaczenie dla funkcjonowania demokratycznego państwa prawnego, a zwłaszcza dla zagwarantowania praw człowieka oraz stabilności demokracji konstytucyjnej<sup>45</sup>.

Filozoficzne koncepcje odnoszące się do sposobów identyfikowania i rozwiązywania trudnych przypadków przemawiają za uznaniem kompetencji sądów powszechnych, w tym sądów karnych, do jak najszerszego bezpośredniego stosowania konstytucji, łącznie z powołaniem się wyłącznie na normy konstytucyjne w procesie stosowania prawa, jak też z derogacją norm ustawowych uznanych za niekonstytucyjne, bez potrzeby odwoływania się do sądu konstytucyjnego. Po pierwsze bowiem, merytoryczne uzasadnienie rozstrzygnięć w nich zawartych niemal zawsze wiąże się z przyznaniem prymatu określonym wartościom i nie da się rozsądnie o nich mówić w oderwaniu od standardów konstytucyjnych w zakresie ochrony praw człowieka. Po drugie, zwracają uwagę na rolę sędziego, kwestionując pasywizm sędziowski i aksjologiczne wyjałowienie procesu stosowania prawa. Po trzecie, poszukiwanie rozwiązania trudnego przypadku w treści norm konstytucyjnych z pominięciem reguł ustawowych z perspektywy wybranych kierunków filozoficzno-prawnych (np. integralnej filozofii prawa) nie może być uznane za wyjście poza system prawa, co najwyżej zaś potwierdza aksjologiczne zaangażowanie pojęcia prawa, które nie powinno dziwić w systemach prawnych uznających choćby minimalne standardy ochrony praw człowieka wyrażone w normach konstytucyjnych.

**Dr Tomasz Snarski** – adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Materialnego i Kryminologii Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, adwokat.



***Hard Cases in Criminal Law, the Philosophy of Law and the Direct Application of Constitutional Norms***

This article presents selected philosophical and legal concepts of challenging issues and their possible application in problems related to direct use of constitutional standards by criminal courts. In the author's view, the direct application of constitutional standards is justified, especially in emergency cases of severe axiological penal law, where the axiology of law and the constitutional axiology are required to obtain the appropriate conclusion. The direct application of constitutional standards by criminal courts is very important in the protection of fundamental human rights, since constitutional standards are traditionally one of the basic standards for the protection of human rights.

<sup>45</sup> R. Piotrowski, *O znaczeniu prawa sędziowskiego w polskim ustroju państwowym* (w: *Rola orzecznictwa w systemie prawa*, T. Giaro (red.), Warszawa 2016, s. 51.



## Konstytucjonalizacja systemu prawa a stanowienie, stosowanie i korygowanie prawa karnego

dr Katarzyna Witkowska-Moździerz

Obserwując historyczny rozwój szeroko pojmowanego prawa karnego, można zauważyć, że w drodze powolnej ewolucji zasadniczej zmianie uległy tak jego cele, jak i ogólna charakterystyka. Oprócz wymierzenia kary sprawcy przestępstwa, prawo karne zaczęło zwracać się z jednej strony w kierunku naprawienia szkody pokrzywdzonemu<sup>1</sup>, z drugiej zaś zajęło

1 Zarówno w literaturze polskiej, jak i amerykańskiej lat od kilkudziesięciu lat toczy się debata o udziale pokrzywdzonego w procesie karnym: zob. m.in. D. Szumiło-Kluczycka (w.): *System Prawa Karnego Procesowego. Tom 1. Cz. 2*, s. 369-414, R. A. Stefański, *Kompensacyjna rola środka karnego obowiązku naprawienia szkody* (w.): *Kompensacyjna funkcja prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Gostyńskiego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, z. 2, K. Łucarz, A. Muszyńska, *Realizacja prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego a zasada szybkości postępowania*, „Prokuratura i Prawo” 2009, z. 10, D. Krzyżanowski, *Prawnokarne instytucje służące zaspokojeniu roszczeń pokrzywdzonego a dochodzenie roszczeń w procesie cywilnym*, „Palestra” 2008, nr 9-10; M. Łukaszewicz, A. Ostapa, *Obowiązek naprawienia szkody – wybrane zagadnienia*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 9, s. 56; W. Zalewski, *Naprawienie szkody w polskim prawie karnym a postulaty restorative justice* (w.): *Kompensacyjna funkcja prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Gostyńskiego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2002, z. 2, s. 71; A. Blusiewicz, D. Kała, *Zasądzenie odszkodowania z urzędu w polskim procesie karnym*, ibidem; A. Marek, T. Oczkowski (w.): *System Prawa Karnego. Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, t. 6, M. Melezini (red.), Warszawa 2010, s. 693 oraz 725-726, A. Fatić, *Punishment and restorative crime-handling: a social theory of trust*, Aldershot, Hants, England, Brookfield, Vt.: Avebury 1995; L. Ross, *Crime, punishment, and restorative justice: from the margins to the mainstream*, Boulder, Colorado 2011, G.P. Fletcher, *With Justice for Some*, D. E. BeLoof, P.G. Cassell, S.J. Twist, *Victims in Criminal Procedure*, 2nd Edition, Durham (North Carolina), 2006; H. Strang, *Repair or Revenge. Victims and Restorative Justice*, Oxford 2002; J. Braithwaite, *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford 2002; M.S. Umbreit, R.B. Coates, *Multicultural Implications of Restorative Justice. Potential Pitfalls and Dangers*, St. Paul, Minnesota 2000, M. Cavadino, J. Dignan, *Reparation, Retribution and Rights*, „International Review of Victimology” 1997, Vol. 4, s. 233-253, R.E. Meiners, *Victim Compensation. Economic, Legal and Political Aspects*, Lexington, Massachusetts-Toronto 1978, W.F. McDonald (ed.), *Criminal Justice and the Victim*, Vol. VI, „Sage Criminal Justice System Annuals”, Beverly Hills-London 1976, J.M. Covey, *Alternatives to a Compensation Plan for Victims of Physical Violence*, s. 220-237 („Dickenson Law Review” 1965, Vol. 69, s. 391-405), H. Silving,

się chociażby problemem sprawiedliwości zabezpieczającej<sup>2</sup>. W takich realiach tym bardziej aktualna staje się teza, że właściwe ukształtowanie poszczególnych rozwiązań legislacyjnych wymaga uprzedniej odpowiedzi na pytanie o cele tak samego prawa karnego, jak i całego systemu prawa. Dopiero bowiem pełna świadomość powodu, dla którego pewien zespół rozwiązań został wprowadzony do systemu i czemu przyjęte instytucje mają służyć, pozwala na właściwe dopasowanie odpowiedniego instrumentarium zarówno na płaszczyźnie tworzenia pewnych regulacji, jak i przy ich praktycznej aplikacji. Prawo jest niczym innym jak tylko narzędziem służącym do realizacji określonych celów społecznych, i to w dodatku narzędziem niedoskonałym. Ostateczna jego ocena musi być bowiem dokonywana z uwzględnieniem rachunku zysków i strat, jakie generuje jego stosowanie<sup>3</sup>. Owe ogólne dyrektywy prakseologiczne nie mogą jednak samodzielnie wyznaczyć ani elementów składowych którejkolwiek części systemu prawa, ani relacji zachodzących pomiędzy tymi elementami. Dlaczego zatem klarowne określenie celów poszczególnych gałęzi prawa jest tak ważne dla całego systemu? Wydaje się bowiem, że

*Compensation for Victims of Criminal Violence – A Round Table*, s. 198-219 („Journal of Public Law” 1959, Vol. 8, s. 236-253); S. Schafer, *The restitutive Concept of Punishment*, s. 102-115 (*Compensation ad restitution to Victims of Crime*, 2<sup>nd</sup> edition, Montclair, New Jersey, 1970, s. 117-129). Pojawiają się również głosy bardzo krytyczne dla postulatów sprawiedliwości naprawczej: A. Acorn, *Compulsory Compassion. A Critique of Restorative Justice*, Vancouver-Toronto 2004.

2 Zob. m.in. A. Ashworth, L. Zedner, *Preventive justice*, Oxford 2014, A. Ashworth, L. Zedner, P. Tomlin, *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford 2013.

3 Jak wskazuje T.C. Fischer, „The law is only a tool and an imperfect one at that. (...) The ultimate test of any tools whether it works effectively, whether the benefits it confers exceed their cost”. (zob. T.C. Fischer, *Legal Gridlock: A Critique of the American Legal System*, Durham, North Carolina 2012 s. 101). Również w polskiej literaturze dostrzega się instrumentalną cechę prawa, zwłaszcza w kontekście procedur prawnych – zob. B. Adamiak (w.): *System Prawa Administracyjnego*, t. 9, s. 24-25.

odpowiednio zarysowane cele stwarzają ramy, w których poruszać się będą ustawodawca, a następnie podmioty stosujące stworzone prawo w praktyce.

Gdzie jednak poszukiwać owych celów? W tym kontekście znaczenia nabiera zagadnienie konstytucjonalizacji, czyli koncentrowania zagadnień związanych z ochroną dóbr prawnych bezpośrednio wokół samej Konstytucji, nie zaś wyłącznie w obszarze poszczególnych gałęzi prawa. Niniejsze opracowanie poświęcone będzie właśnie problematyce konstytucjonalizacji systemu prawa ujmowanej w specyficznym kontekście, odnoszącym się do celów prawa karnego traktowanego kompleksowo, to znaczy z uwzględnieniem całości regulacji prawa materialnego, prawa procesowego oraz prawa wykonawczego.

### Związki pomiędzy systemem społecznym i systemem prawnym

Wedle T. Parsonsa, poświęcającego w swych rozważaniach wiele uwagi problematyce porządku społecznego (*the social order*) oraz czynnikom warunkującym trwałość tego porządku, określony ład społeczny może być tylko rezultatem zinstytucjonalizowanych w ramach systemu społecznego wspólnych wartości<sup>4</sup>. Bazując na powyższym założeniu, można wskazać na pewną istotną właściwość systemów społecznych oraz prawnych, gdzie w obu przypadkach jako zwornik systemu uznamy wspólne wartości, które regulują dobór celów oraz dozwolony zakres środków służących ich realizacji. Trudno jest bowiem skonstruować taki system prawny, który wolny byłby od jakichkolwiek wartości wyznaczających jego treść<sup>5</sup>. Nie można przy tym zasadnie mówić o spójności obowiązującego prawa, jeżeli jego tworzeniu nie towarzyszyło przyjęcie pewnego kanonu wartości podstawowych, wyznaczających kierunki tworzenia i interpretacji wprowadzonych elementów. Twierdzenie to można odnosić w tym samym stopniu zarówno do całego systemu prawa, jak i do poszczególnych jego gałęzi. W konsekwencji tylko prawo,



u podstaw którego leży aksjologia przyjmowana przez dane społeczeństwo, może być efektywne, ponieważ tylko normy niesprzeczne z przyjmowaną w danej grupie moralnością mogą zostać przez jej członków zinternalizowane, co prowadzić będzie w konsekwencji do swoistego wewnętrznego przymusu stosowania się do obowiązującego prawa.

Nie można przy tym tracić z pola widzenia, że od dawien dawna ścierają się między sobą dwa nurty w filozofii prawa: nurt prawa pozytywnego i nurt prawa naturalnego. Przyjmując pewne uproszczenie, można stwierdzić, iż pierwszy zakłada, że prawem jest tylko to, co władza państwowa wyda w przepisanej formie jako prawo, drugi zaś przyjmuje, że istnieje nadrzędne idealne prawo, którego źródłem jest Bóg, istota człowieka, rozum czy godność ludzka<sup>6</sup>. Wydaje się natomiast, że w rzeczywistości

4 Zob. H. Białyżewski, *Przedmowa* (w:) T. Parsons, *Szkice z teorii socjologicznej*, Warszawa 1972, s. X-XI.

5 Zob. Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, s. 145.

6 Zob. L. Falandysz, *Powrót filozofii prawa* (w:) *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, B. Czech (red.), Katowice 1992, s. 14-15.

trudno jest mówić o czystej postaci jednej czy drugiej filozofii. Przeplatają się one wzajemnie i uzupełniają. System prawa pozytywnego nasączany jest bowiem pewnymi wartościami i w pewnym zakresie jest on powiązany z systemem moralnym czy etycznym panującym w danym społeczeństwie<sup>7</sup>. Właściwość ta jest szczególnie widoczna w przypadku prawa karnego, wyjątkowo silnie związanego z porządkiem moralnym określonego społeczeństwa<sup>8</sup>. Tym samym prawo pozytywne nie może być odezwane od moralności i etyki, ponieważ wypełnianie prawa dokonuje się w człowieku, a rozgraniczenie rozumienia człowieka od prawa prowadzi do trudnych do zaakceptowania abstrakcyjnych koncepcji prawnych<sup>9</sup>. Między innymi na takim założeniu opiera się tzw. formuła Radbrucha, która zakładała istnienie minimum moralności w prawie. W praktyce trudno sobie wyobrazić również sprawne funkcjonowanie systemu opartego jedynie na prawie naturalnym, wolnego od jakichkolwiek unormowań pozytywnych, wprost regulujących określone zespoły zachowań ludzkich czy konsekwencje określonych kategorii zdarzeń.

Prowadzi to do wniosku, że system prawa, niezależnie od technicznych aspektów jego konstrukcji, zarówno na etapie tworzenia, jak i stosowania, musi być oparty na jakiejś wizji świata i określonej hierarchii wartości. W przeciwnym wypadku nie tylko nie będzie on spójny i będzie zawierał postanowienia nawet nie tyle niewspółgrające ze sobą, co wręcz ewidentnie sprzeczne, ale przede wszystkim nie będzie miał społecznej legitymacji. Co interesujące w tym kontekście, pomimo coraz dalej posuniętego pluralizmu poglądów i idei, można wskazać na pewien kanon wartości, co do obowiązywania których nie ma wątpliwości i można o nich powiedzieć, że stanowią moralny i etyczny

---

Zauważa się przy tym, że prawo często się zmienia i często ma znacznie reaktywne, zaś moralność i ma znaczenie kształtujące postawy, zob. S.S. Souryal, *Ethics in Criminal Justice: In Search of the Truth*, London–New York 2015, s. 81-105.

7 W tym znaczeniu można powiedzieć, że prawo jest nasączane przez etykę, zob. S.S. Souryal, *Ethics in Criminal Justice*, s. 81-105.

8 W tym kontekście J. Skorupka trafnie wskazuje, że proces karny jest zwierciadłem demokracji, zob. J. Skorupka, *Granice procesu karnego z perspektywy dogmatyki prawa karnego procesowego* (w:) D. Gruszecka, J. Skorupka, *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania*, Warszawa 2015, s. 121.

9 Zob. M.A. Krąpiec, *Prawo naturalne a etyka (moralność)* (w:) *Filozofia prawa...*, op. cit., s. 42.

fundament społeczeństwa. Tylko prawo zgodne z tym kanonem będzie uznawane i przestrzegane. Inaczej nie będzie można mówić o internalizacji wprowadzonych norm, a w konsekwencji o niejako naturalnym przestrzeganiu pewnych ustanowionych wzorców zachowań<sup>10</sup>. W efekcie można przyjąć, że system prawny stanowi podsystem innego dużego systemu – społeczeństwa, zaś nakreślone powyżej płaszczyzny prawa i moralności pokazują miejsce, w którym przenikanie tych dwóch systemów jest szczególnie widoczne.

Konsekwencją powyższych zapatrywań musi być również twierdzenie, że zmiana w systemie wartości będzie miała swoje konsekwencje dla systemu prawnego. Rzecz jasna nie wszystkie zmiany w społecznym otoczeniu prawa będą miały równe znaczenie, jednak te prawnie relewantne – można powiedzieć: najpoważniejsze – spowodują zmianę systemu prawa, przykładowo poprzez zmianę w stopniu legitymizacji danej regulacji prawnej<sup>11</sup>. Do zmian prawa zaliczyć można również zmiany w społecznym postrzeganiu prawa (zmiany percepcyjne)<sup>12</sup>. Wynika z tego, że zmiany systemu prawa, niezależnie od jego konstrukcji, mogą dotyczyć również jego podstawy aksjologicznej. Warto przy tym zauważyć, że zmiana taka jako jedyna nie jest autonomiczna<sup>13</sup>, gdyż jako podwalina systemu w sposób konieczny pociąga za sobą zmiany w całym obszarze prawa, a nie tylko w jednej jego gałęzi, jak ma to miejsce w przypadku klasycznej nowelizacji.

---

10 Warto tutaj zwrócić uwagę na postrzeganie wartości w kontekście prawa administracyjnego. S. Fundowicz wskazuje: „Z aksjologicznego punktu widzenia można mówić o trzech częściach prawa administracyjnego lub o trzech grupach wartości, jakie dotyczą tej gałęzi prawa, tkwią w niej lub z niej wynikają. Część pierwsza to ten zbiór norm lub zbiór postulatów, które wprowadzają lub mogłyby wprowadzać w obręb prawa administracyjnego wartości uniwersalne, czyli wartości leżące poza tym prawem, niezbędne dla jego należytego funkcjonowania. (...) Część druga to wartości nie pochodzące i niebrane z zewnątrz, ale tworzone przez samo prawo administracyjne lub też Konstytucję (...). Część trzecia to wartości, które prawo administracyjne specjalnie chroni, czyli takie, dla ochrony których prawo administracyjne jest tworzone”, zob. S. Fundowicz, *Aksjologia prawa administracyjnego* (w:) *Koncepcja systemu prawa administracyjnego*, J. Zimmermann (red.), Warszawa 2007, s. 636-637.

11 K. Pałeczki, *Zmiany w aksjologicznych podstawach prawa jako wskaźnik jego tranzycji* (w:) idem, *Dynamika wartości w prawie*, Kraków 1997, s. 16.

12 Ibidem, s. 18.

13 Ibidem, s. 20-21.

Efektom przenikania aksjologii i prawa w prezentowanym tutaj ujęciu będzie zatem **normatywizacja wartości**, będąca odbiciem kulturowego i humanistycznego uwarunkowania prawa<sup>14</sup>. W takim kontekście wartość pozostaje paradygmatem prawa<sup>15</sup>.

### Konstytucjonalizacja systemu prawa

W jaki jednak sposób dochodzi do wprowadzenia wartości społecznych do systemu prawa i jak następnie wartości te rzutują na funkcjonowanie tego systemu? Kluczowe znaczenie w tym aspekcie odgrywają regulacje aktów prawnych o randze konstytucyjnej, które przyrównać można do swoistych „**kamieni węgielnych**” **demokratycznych państw prawa**. Już chociażby pobieżne zapoznanie się z Konstytucją RP czy też ustawami zasadniczymi Stanów Zjednoczonych (w szczególności w zakresie pierwszych dziesięciu Poprawek, tzw. *Bill of Rights*), Francji (Preambuła wraz z odesłaniem do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r., Preambuły Konstytucji z 1946 r. oraz Karty Środowiska z 2004 r.), Włoch (art. 1-54), Norwegii (art. 1 i 2 oraz 92-112) i Szwecji (rozdział 2, art. 1-23 z odwołaniem do EKPC) prowadzi do wniosku, że wszystkie wskazane **systemy prawne są otwarte na zewnętrzny system wartości inkorporowany poprzez odpowiednie postanowienia konstytucji krajowych**<sup>16</sup>. Oznacza to, że we wszystkich wskazanych systemach odpowiednie postanowienia ustaw zasadniczych stanowią normy kierunkowe i wyznaczają cele, które winny być realizowane za pomocą szczegółowych regulacji prawnych. Nie powinno również budzić zdziwienia, że zestaw praw i wolności podlegających ochronie konstytucyjnej, przedstawia się we wszystkich wymienionych powyżej systemach niezwykle podobnie. Chroni się takie prawa, jak życie, zdrowie, własność czy wolność wypowiedzi. Wszystkie wymienione powyżej państwa są również stronami Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, wszystkie też – poza USA – są stronami Konwencji o ochronie praw

14 Zob. I. Bogucka, T. Pietrzykowski, *Etyka w administracji publicznej*, Warszawa 2010, s. 57 oraz J. Boć, P. Lisowski, *Normatywizacja wartości w prawie administracyjnym* (w:) *Wartości w prawie administracyjnym*, J. Zimmermann (red.), Warszawa 2015, s. 19.

15 Zob. *Ibidem*, 19.

16 Szerzej o sposobach normatywizacji wartości w porządku prawnym zob. J. Boć, P. Lisowski, *Normatywizacja wartości...*, op. cit., s. 27 i n.

człowieka i podstawowych wolności (tzw. europejskiej konwencji praw człowieka).

Dla ukształtowania systemu prawa konieczne jest zatem uprzednie zdefiniowanie szczegółowych celów dekodowanych z afirmowanych wartości oraz ustalenie preferencji podmiotu odpowiedzialnego za wyznaczanie owych celów (hierarchii dóbr prawnych)<sup>17</sup>. W przypadku prawa karnego, jako instytucji konwencyjnej, zazwyczaj ustanowionej w formie kodeksowej, wprowadzonej do systemu na mocy decyzji ustawodawcy, wydawać by się mogło, że dla ustalenia jego celów należy poznać preferencje legislatora, wyrażone wprost w kodeksie lub też dające się zdekodować z odczytywanych łącznie norm zawartych w odpowiednich przepisach tego aktu prawnego.

Posunięcie to byłoby jednak dalece niewystarczające. Jak trafnie zauważa A. Stępkowski, „Na gruncie poszczególnych systemów prawnych naszego kręgu kulturowego, w drugiej połowie XX w. zaczęły wyraźnie zachodzić i wraz z upływem czasu nasilać się procesy **konstytucjonalizacji narodowych systemów prawnych** [podkr. moje – KWM]. W związku z rozwojem sądownictwa konstytucyjnego ustawy zasadnicze poszczególnych państw, zwłaszcza zawarte w nich karty praw podstawowych, przestały być traktowane jako polityczne dokumenty o bardzo ograniczonej doniosłości normatywnej i stały się realnym źródłem prawa. Jednocześnie orzecznictwo konstytucyjne sprawiało, że w drodze redukcji kształt unormowań składających się na całość poszczególnych systemów prawnych zaczął być harmonizowany z treścią postanowień konstytucyjnych, które z czasem stały się już nie tylko kryterium redukcyjnym, służąc eliminacji norm niezgodnych z konstytucją, ale zaczęły również oddziaływać jako kryterium dedukcyjne, wytyczające kierunek działań legislatywy. W efekcie narodowe systemy prawne zyskiwać zaczęły w postaci konstytucji **nowe «centrum grawitacji», determinujące kształt całości systemu prawnego** [podkr. moje – KWM]. To zjawisko pociągało za sobą – określaną mianem **dekodfikacji** – **erozję dotychczasowych ośrodków normatywnego ciężenia, którymi dla poszczególnych gałęzi prawa były nowoczesne**

17 Zob. J. Skorupka (w:) *System Prawa Karnego Procesowego. Zagadnienia ogólne. Tom 1. Cz. 1*, P. Hofmański (red.), Warszawa 2013, s. 156.

**kodeksy** [podkr. moje – KWM]. Od pojawiających się w coraz większej ilości regulacji szczegółowych, pociągających za sobą nieuchronną jurydyzację życia społecznego, nie wymaga się już w tym samym stopniu, lub też zgoła w ogóle się nie wymaga, spójności doktrynalnej z kodeksowymi ośrodkami systemowości. Wystarczająco legitymizująca jest bowiem spójność konstytucyjna, zwłaszcza gdy można określoną regulację uznać za afirmację zasad konstytucyjnych w wymiarze pozytywnym. Co więcej, uspojnieniu z kształtem regulacji konstytucyjnych musiały ulec same rozwiązania kodeksowe<sup>18</sup>.

Zapatrywanie powyższe rodzi niezwykle poważne konsekwencje dla rozważań o celach prawa karnego. Dowodzi bowiem, że **racjonalizacji jakichkolwiek rozwiązań legislacyjnych, w tym w szczególności kodeksowych, jako najbardziej istotnych z punktu widzenia spójności i funkcjonalności systemu, należy poszukiwać poza tymi regulacjami**<sup>19</sup>. Wszystkie one nie służą bowiem celom w nich wyznaczonych, ale stanowią jedynie narzędzia dla realizacji założeń naznaczonych przez Konstytucję. Ewentualne cele stawiane przez każdą z regulacji kodeksowych są zatem celami instrumentalnymi, podporządkowanymi celom nadrzędnym, zasadniczym<sup>20</sup>, opartym na hierarchii wartości uznawanej przez ustawę zasadniczą.

18 Zob. A. Stępkowski (w:) *Synteza prawa polskiego od 1989 r.*, T. Guz, J. Głuchowski, M.R. Pałubska (red.), Warszawa 2013, s. 71-72. O dekodyfikacji pisze również F. Lonchamps de Bérier, *Zjawisko dekodyfikacji*, <http://www.rp.pl/Rzecz-o-prawie/305149960-Longchamps-de-Berier-zjawisko-dekodyfikacji.html>. W innym znaczeniu o dekodyfikacji pisze Z. Kmieciak, rozumiejąc to zjawisko jako ustanawianie odstępstw od określonego w akcie rangi kodeksowej wzorca zachowania, wiążące się z wyłączeniem stosowania albo modyfikacją zawartych w nim norm prawnych. Jest ono równoznaczne z kształtowaniem rozwiązań szczególnych, wycinkowych i autonomicznych w stosunku do tych, które wprowadzono wcześniej zamiarem usystematyzowania i ujednoczenia materii prawnej (Z. Kmieciak, *Zarys teorii postępowania administracyjnego*, Warszawa 2014, s. 71).

19 Warto przy tym zauważyć, że również w doktrynie prawa administracyjnego wskazuje się, że choć prawo administracyjne ma własną aksjologię, która leży u podstaw jego wyodrębnienia i dotyka jego istoty, to jednocześnie „powinno prezentować wartości, jakie wyznacza w ogóle prawo systemu państwowego”, zob. J. Zimmermann (w:) *Wartości w prawie...*, op. cit., s. 12. Zob. również Z. Kmieciak, *Zarys teorii...*, op. cit., s. 94-135.

20 Zob. T. Kotarbiński, *Traktat o dobrej robocie*, wyd. 6, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1975, s. 50 i n.

Powyższa modyfikacja centrum grawitacji prowadzi do fundamentalnej zmiany w dotychczasowym spojrzeniu na regulacje kodeksowe. Aktualne wyobrażenie o działach prawa, bazujące na XIX- i XX-wiecznych zapatrywaniach, zgodnie z którymi regulacja kodeksowa w sposób wyczerpujący regulowała dany dział prawa, wydaje się nieprzystające do współczesnych realiów społecznych i prawnych. W związku z konstytucjonalizacją systemów prawnych nie jest wystarczające, by dane uprawnienie było jedynie formalnie chronione przez jeden z obowiązujących kodeksów. Zasadniczy w tym podejściu staje się wymóg skuteczności ochrony przysługującego prawa lub wolności, z uwzględnieniem jego specyfiki, pozwalającej na oddzielenie tych praw, co do których jednostki dysponują pełną swobodą decydowania, praw i wolności względnie dyspozytywnych, gdzie ważyć należy uprawnienia jednostki i państwa w zakresie decydowania o losach prawa lub wolności, i wreszcie praw, których dyspozycja właściwie w całości pozostaje w domenie publicznej. Prowadzi to zatem do wniosku, że **z punktu widzenia Konstytucji nie jest kluczowe, w którym z kodeksów ochrona danego prawa została zagwarantowana, ale jak ta ochrona została ukształtowana tak w zakresie uprawnień podmiotów tychże praw, jak i przysługujących im gwarancji**<sup>21</sup>.

Można przy tym przyjąć, że zjawisko konstytucjonalizacji może być ujmowane w dwóch kontekstach. **W ujęciu zewnętrznym tego zjawiska Konstytucja postrzegana jest jako łącznik pomiędzy systemem społecznym a systemem prawnym, nasączając ten ostatni istotnymi społecznie wartościami i wyznaczając jednocześnie cele systemu prawa.** Takie spojrzenie na zagadnienie konstytucjonalizacji rzutować będzie zarówno na kwestie związane ze stanowieniem, jaki i stosowaniem prawa. **W ujęciu wewnętrznym konstytucjonalizacja oznacza koncentrację akcentów związanych z ochroną dóbr prawnych w centrum systemu – Konstytucji.** Powoduje to, że ochrona określonego dobra, analizowana przez pryzmat Konstytucji, oczywiście może ulegać wtórnemu rozproszeniu na poszczególne gałęzie prawa (zarówno w aspekcie materialnym, jak i – co bardzo istotne – w aspekcie proceduralnym), jednak podstawowym, pierwotnym źródłem ochrony takiego

21 Zob. wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, OTK-A 2002 nr 4, poz. 50.

prawa będzie sama Konstytucja, realizująca w tym zakresie pożądane społecznie cele. Jedną z konsekwencji prezentowanego wewnętrznego ujęcia konstytucjonalizacji będzie wielozadaniowość procedur, polegająca na przypisywaniu tej samej procedurze realizacji zadań wynikających z kilku gałęzi prawa materialnego.

### Znaczenie konstytucyjnych celów systemu prawa w procesie stanowienia prawa karnego

Jeżeli zaakceptować zewnętrzne i wewnętrzne aspekty konstytucjonalizacji, należy w konsekwencji przyjąć, że owe społecznie, a następnie konstytucyjnie istotne wartości będą miały znaczenie dla kierunków tworzenia wszystkich gałęzi prawa, w tym, rzecz jasna, prawa karnego. Z uwagi na silną ingerencję prawa karnego w podstawowe prawa i wolności, mocne związki pomiędzy konstytucyjnie określonymi celami prawa a granicami prawa karnego rysują się jeszcze wyraźniej, w zbliżonym stopniu w odniesieniu do regulacji prawa materialnego, jak i procesowego.

Co istotne, spojrzenie na prawo karne jako *ultima ratio* nieodłącznie wiąże się z podziałem systemu prawa na gałęzie. W tak funkcjonującym podziale prawa zazwyczaj przyjmuje się, że prawo karne jest gałęzią pomocniczą, która zastosowanie znajduje wtedy, gdy inne środki zawodzą. W tak zaprezentowanym ujęciu prawo karne ma charakter subsydiarny, pomocniczy w stosunku do pozostałych dyscyplin należących do porządku prawnego, z czego wynika również, że jeżeli jakieś zachowanie w świetle właściwych dla jakiejś dziedziny życia społecznego norm prawnych nie jest uznane za sprzeczne z tymi normami, to nie może być ono uznane za zabronione pod groźbą kary przez prawo karne<sup>22</sup>.

Stanowisko takie prowadzi jednak do poważnych komplikacji w tych przypadkach, w których prawo karne stanowi jedyne źródło normy sankcjonowanej określającej nakazane lub zakazane zachowania. Trudno jest także przyjmować, że podział prawa

na gałęzie ma charakter jasny i sztywny, a w konsekwencji nie sposób wywodzić z niego poważniejsze konsekwencje zarówno w obszarze tworzenia, jak i stosowania prawa. Nie zmienia to jednak faktu, że sztywne oddzielanie od siebie poszczególnych gałęzi prawa w dużym stopniu determinuje kształt debaty nad prawem *de lege lata* i *de lege ferenda*, marginalizując refleksję nad dostosowaniem założeń do zmieniających się warunków zarówno wewnątrzsystemowych (konstytucjonalizacja systemu), jak i zewnętrznych (bardzo szybko zmieniająca się rzeczywistość pozaprawna). Tymczasem **zjawisko konstytucjonalizacji narzuca ze swej istoty konieczność systemowego, całościowego spojrzenia na prawo**. Podstawowym problemem staje się bowiem nie tyle sztywny podział na gałęzie prawa i kształtowanie, a następnie wykładnia funkcjonujących w ich ramach pojedynczych instytucji, zgodnie z dotychczas przyjętymi założeniami dogmatycznymi, ale **ochrona dobra prawnego nie tylko na różnych płaszczyznach, ale także w różnych aspektach**. Akceptacja spojrzenia systemowego powoduje, że podział na gałęzie prawa oznaczać musi funkcjonalne pogrupowanie systemu na różne podsystemy, które są względem siebie komplementarne, zapewniając **różną charakterystykę ochrony dobra prawnego**. Prowadzi to do wniosku, że podział na gałęzie prawa, jeżeli ma mieć jakiegokolwiek znaczenie dla funkcjonowania systemu prawa, za każdym razem musi być weryfikowany przez pryzmat chronionego dobra prawnego i sposobów jego ochrony. Nie chodzi przy tym o jakąkolwiek redefinicję gałęzi prawa, gdyż poza faktem, że zabieg taki stanowiłby prawdziwą rewolucję w nauce prawa, to byłby całkowicie bezcelowy, ponieważ jeszcze bardziej zaciemniłby obraz i tak nie zawsze dających się jasno wyodrębnić funkcji poszczególnych elementów systemu. Rzecz idzie raczej o próbę stworzenia takiego zestawu narzędzi ogólnosystemowych, które umożliwiłyby sprawne współfunkcjonowanie tych gałęzi w obrębie systemu i efektywne łączenie ich zadań.

Jednocześnie **wieloaspektowa oraz wielopłaszczyznowa ochrona dobra musi mieć swoje konsekwencje dla pojmowania prawa karnego jako *ultima ratio***. Przy założeniu ujęcia systemowego będzie ono jednym z wielu sposobów ochrony dobra prawnego, przy czym niekoniecznie „ostatnim”, do którego należy sięgać na końcu, kiedy nakazy lub zakazy zawarte

22 Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 25-26, oraz L. Gardocki, *Subsidiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate – jako zasady kryminalizacji*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 12, s. 59 i n.



w normach prawnych przynależnych do innych gałęzi prawa nie mogą być wyegzekwowane za pomocą mniej inwazyjnych środków. **Może się przecież okazać, że z punktu widzenia ochrony dobra najskuteczniejszym, a zarazem spełniającym kryterium proporcjonalności środkiem ochrony będzie właśnie ten zaproponowany przez prawo karne.** Innymi słowy, w celu zapewnienia przestrzegania określonych norm służących ochronie dóbr prawnych prawo karne posłuży się karą<sup>23</sup>. Koresponduje to z koncepcją bezprawności kryminalnej<sup>24</sup>, poszukującej uzasadnienia dla stosowania norm prawa karnego nie tylko w innych gałęziach prawa formułujących nakazy i zakazy, ale także w samym prawie karnym. Prowadzi to do wniosku, że znaczenie zasady prawa karnego jako *ultima ratio* uzależnione jest od przyjmowanego spojrzenia na cele i zadania stawiane przed prawem karnym, które tym samym

23 Zob. H.J. Rudolphi, *Cel państwowego prawa karnego a karnoprawne formy przypisania (w:) Przestępstwo – kara – polityka karna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. Rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, J. Giezek (red.), K raków 2006, s. 544. Przykładem na twierdzenie, że w niektórych przypadkach prawo karne stanowi jeden ze sposobów ochrony dobra prawnego, a nie substydialny środek służący wymuszeniu realizacji nakazów lub zakazów zawartych w innych normach prawnych, mogą być takie przepisy Kodeksu karnego, które penalizują kazirodztwo czy też zachowania polegające na prezentowaniu treści pornograficznych w taki sposób, że może to narzucić ich odbiór osobie, która sobie tego nie życzy. Norm zakazujących tych zachowań nie sposób doszukać się w innych gałęziach prawa.

24 Zob. S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa, Analiza teoretyczno-dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 297.

wyznaczają miejsce podsystemu prawa karnego w całym systemie prawa.

### **Znaczenie konstytucyjnych celów systemu prawa w procesie stosowania prawa karnego**

Trzeba przy tym zaznaczyć praktyczny aspekt konstytucjonalizacji systemu prawa. Należy bowiem podkreślić, że im bardziej wyklarowane będą cele poszczególnych gałęzi prawa i funkcjonujących w ich obrębie instytucji prawnych, tym większa staje się rola aktorów postępowania. Takie posunięcie w sposób oczywisty zapewnia większe zdolności adaptacyjne systemu prawa i możliwość odpowiedniej reakcji w trudnych przypadkach, choć z drugiej strony stawia niewątpliwie wyższe wymogi co do merytorycznych kompetencji aktorów stosujących prawo. Z uwagi na fakt, że rzeczywistość pozaprawna, której prawo ma służyć, zmienia się w bardzo szybkim tempie, co uniemożliwia odpowiednio szybkie reakcje ustawodawcze, **sprawność systemu zapewnić może jedynie takie jego ukształtowanie, w którym poszczególne jego elementy wszędzie tam, gdzie to możliwe, określone zostaną z odpowiednim marginesem tolerancji i stosunkowo szerokim luzem decyzyjnym, pozostawionym właśnie podmiotom stosującym prawo.**

W opozycji do tego idea sędziego jako ust ustawy, prowadząca do bardzo detalicznego ukształtowania systemu, mogłaby wydawać się kusząca, bo pozornie zapewniająca niemal automatyczne jego funkcjonowanie. Z uwagi jednak na indywidualizm jednostek i nieporównywalność przypadków, z którymi przyszło się im zmagać, zapewnienie skuteczności działania systemu prawnego odpowiadającego na ich potrzebny poprzez jego „centralne sterowanie” jest właściwie niemożliwe. **Nadmierne zniewolenie decyzji aktorów spowoduje swoistą autopojezę prawa i odłączenie go od zewnętrznego świata, a tym samym zaneguje możliwość adaptacji do zmienionego środowiska zewnętrznego – bez mechanicznej w niego ingerencji poprzez dokonanie zmiany legislacyjnej.** W konsekwencji rozwiązania takiego systemu, jako oderwane od potrzeb jego użytkowników, nie spotkałyby się z akceptacją i pozostały nieużywane albo nagminnie ignorowane. Oczywiście można sobie wyobrazić system, w którym jednostki funkcjonujące w jego ramach byłyby zobowiązane



bezwiednie wykonywać szczegółowe polecenia zawarte w przepisach ustaw. Tyle tylko, że system taki, jako system totalitarny, byłby ze wszech miar dysfunkcyjny.

Ogólne zdefiniowanie celów prawa karnego, które można nazwać również celami nadrzędnymi, ma także niebagatelne znaczenie z punktu widzenia wykładni prawa towarzyszącej praktycznej aplikacji poszczególnych przepisów. Powtarzając za Z. Toborem, iż interpretacja jest ustalaniem intencji prawodawcy<sup>25</sup>, można stwierdzić bowiem, że im precyzyjniej określone będą cele podmiotu stanowiącego prawo, tym sprawniej przebiegać będzie proces jego odczytywania i stosowania<sup>26</sup>.

W konsekwencji, przy braku jasno określonych celów zasadniczych, nadrzędnych, uczestniczący w procesie aktorzy często zmagać się będą z problemami wyboru alternatywnych sposobów zachowania, co ma znaczenie zwłaszcza w tzw. sprawach trudnych (Hartowskie *hard cases*). W takim przypadku brak lub sprzeczne określenie celów nadrzędnych spowoduje niemożliwość podjęcia niewadliwej decyzji<sup>27</sup>. W przypadku, kiedy regulację procesową należy poddać wykładni, zaś zabiegi interpretacyjne doprowadzą do dwóch możliwych rozwiązań A i B, przy czym tylko rozwiązanie A będzie zgodne z zakładanymi celami, to brak jasnego ich zdefiniowania spowoduje, że w konkretnej sytuacji może dojść do wyboru rozwiązania B, co doprowadzi do zakłócenia funkcji systemu (np. wydania nieprawidłowej decyzji procesowej)<sup>28</sup>. Jeżeli zatem cele nadrzędne będą precy-

zyjnie zdefiniowane i wiadome aktorom postępowania, ryzyko „awarii” zostanie w takim układzie minimalizowane.

### **Znaczenie konstytucyjnych celów systemu prawa w procesie korygowania prawa karnego**

Jasne określenie celów (zadań) poszczególnych gałęzi prawa pozwala także na dużo łatwiejszą i bardziej precyzyjną lokalizację ewentualnych wad przyjętych rozwiązań prawnych. Kiedy interpretacja danego elementu systemu (normy prawnej) dokonywana w toku praktycznej jego aplikacji doprowadzi do wniosku, że zarówno rozwiązanie A, jak i B są niezgodne z zakładanymi celami systemu (nadrzędnymi bądź chociażby instrumentalnymi), ujawni się niepoprawne określenie narzędzia systemowego (co do jego kształtu, funkcji lub zakresu zadań), co zazwyczaj stworzy możliwość podjęcia procedury naprawczej – w zależności od przyjmowanego w danym systemie prawnym modelu – w postaci skierowania pytania do sądu konstytucyjnego o zbadanie zgodności tego rozwiązania z ustawą zasadniczą albo też poprzez samodzielne rozstrzygnięcie kwestii konstytucyjnej przez sąd stosujący prawo i ewentualne zasygnalizowanie zaistniałego problemu odpowiednim organom prawodawczym w celu usunięcia problemu w skali systemowej. Niezgodność z celami będzie przeto oznaczać zasadniczo niezgodność z dobrami, które Konstytucja nakazuje chronić. W takim przypadku możliwa będzie sanacja systemu poprzez wyrugowanie wadliwego elementu, co zaktualizuje obowiązek głównego inżyniera (ustawodawcy) stworzenia nowego, kompatybilnego z celami rozwiązania.

25 Zob. Z. Tobor, *W poszukiwaniu intencji prawodawcy*, Warszawa 2013, s. 39 i n.

26 Jak wskazuje cytowany przez Z. Tobora S. Fish, „W każdej sytuacji od początku trzeba dokonywać interpretacji i każda czyjaś interpretacja będzie od razu ograniczona i umożliwiona przez jakieś ogólne i przyjęte rozumienie celów, zamiarów, interesów i procedur całego przedsięwzięcia”, S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka. Eseje wybrane*, Kraków 2002, s. 247, cyt. za Z. Tobor, *W poszukiwaniu...*, op. cit., s. 19.

27 P. H. Robinson wskazuje w tym kontekście: „Yet when faced conflicting purposes, judges, legislators, and sentencing-guideline drafters have no principle to guide that decision” (P.H. Robinson, *Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sanctions*, „Northwestern University Law Review” 1988, Vol. 82, s. 19).

28 W literaturze wskazuje się, że „Z normami celowościowymi spotykamy się w procesie prawnym w innej jeszcze postaci. Zdarza się, że prawo nie recypuje wprost norm celowościowych, ale nakazuje urzeczywistnienie jakiegoś celu, pozostawiając adresatowi normy sprawę wyboru właściwych środków. W tych wypadkach obok normy głównej,

sformułowanej w ustawie, powstają normy szczegółowe, wskazujące środki realizacji normy głównej. Normy te mają zabarwienie tetyczne; realizacja celu jest wszak nakazana ustawowo. Pozostaje jednak do dyskusji, jakie środki realizacji uznać należy za najodpowiedniejsze. Sprawa ta nie jest pozostawiona całkowitej swobodzie adresata normy: ma on wybrać środek najodpowiedniejszy. Oznacza to związanie go prawami obiektywnymi zachodzącymi między zjawiskami, no i chyba zasadami logiki (naturalnie w tym zakresie, w jakim logika może mieć w ogóle zastosowanie w myślowym procesie wyboru środków do nakazanego celu). Wybór zatem przez organ procesowy środka oczywiście nieadekwatnego do odpowiedniego celu procesowego stanowi w procesie sądowym uchybienie procesowe, podobnie jak przekroczenie normy wyraźnie sformułowanej w ustawie”, zob. M. Cieślak, *Normy celowościowe...*, op. cit., s. 108.

Jasne jest przy tym, że niekiedy defekt okaże się dużo poważniejszy i wymagał będzie przemodelowania nie tylko jednej normy prawnej, ale całego ich zespołu, względnie nawet całej instytucji prawnej funkcjonującej w systemie prawnym. Również w takim przypadku precyzyjne określenie celów dla systemu i poszczególnych jego podsystemów stanowić będzie duże ułatwienie, ponieważ ujawni, że uprzednio dokonany wybór co do konkretnego rozwiązania modelowego nie prowadzi do realizacji celów.



### Znaczenie konstytucyjnych celów systemu prawa dla kształtu procedury karnej

Konstytucjonalizacja systemu prawa będzie miała także swoje bezpośrednie konsekwencje dla proceduralnych aspektów prawa karnego. Ustawodawca zwykły zobligowany jest bowiem do zagwarantowania skutecznych procedur powalających na ochronę uszczegółowionych przez prawo materialne praw i wolności obywateli na drodze sądowej. Konstytucja nie wskazuje przy tym sztywno, jakie kategorie spraw powinny być rozpoznawane w poszczególnych procedurach. Co więcej, nie wskazuje bezpośrednio nawet, ile i jakie procedury powinny zostać wprowadzone do systemu.

Oznacza to pewną dowolność ustawodawcy zwykłego w kształtowaniu ustroju sądów powszechnych, na których spoczywa zasadniczy ciężar sprawowania wymiaru sprawiedliwości<sup>29</sup>, dając

jednocześnie dość duży margines swobody w kształtowaniu procedur w ich zakresie przedmiotowym. Innymi słowy, zasadniczo to ustawodawcy zwykłemu Konstytucja pozostawia decyzję, czy daną sprawę rozpatrywać w postępowaniu karnym, cywilnym czy administracyjnym.

Wyjątku nie stanowi tutaj orzekanie o sankcjach karnych, w stosunku do których ustawodawca zobligowany jest jedynie zapewnić możliwość uzyskania wyroku bezstronnego i niezawisłego sądu (nie zaś innego organu niecharakteryzującego się powyższymi cechami), przesądzającego o odpowiedzialności karnej, oraz zapewnić odpowiedni poziom gwarancji procesowych, warunkujących współmierną (nie nazbyt intensywną, ale także odpowiednio surową, by zagwarantować skuteczność ochrony praw innych podmiotów) ingerencję w prawa i wolności jednostki. Kwestia samej procedury, w jakiej ewentualna odpowiedzialność karna zostanie przypisana, jest w tym kontekście sprawą drugorzędą. Takie stanowisko zajmuje konsekwentnie Trybunał Konstytucyjny, podkreślając, iż „Konstytucja w art. 42 ust. 1 stwierdza, że odpowiedzialności karnej podlega ten, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zaś w art. 42 ust. 3, że «każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu». Taki stan rzeczy nie przesądza o tym, że o środkach karnych (represyjnych), a tym bardziej innych sankcjach przewidujących różnego rodzaju dolegliwości orzekać mogą tylko sądy karne i w związku z tym niedopuszczalne jest ich orzeczenie przez inny sąd, np. sąd cywilny (gospodarczy). **To, jaki sąd orzeka w konkretnych sprawach, jest kwestią wyborów o charakterze ustrojowo-organizacyjnym, a nie materialno-prawnym (...). Nie ma więc przeszkód, aby za naruszenie konkretnych przepisów prawa ustawodawca przewidział możliwość stosowania sankcji o podobnym charakterze w różnych postępowaniach (np. w postępowaniu cywilnym, administracyjnym czy karnym)** [podkr. moje – KWM]<sup>30</sup>.

Opisane powyżej zjawisko odnosi się w mniejszym lub większym stopniu do wszystkich procedur funkcjonujących w systemie

29 Zob. art. 175 ust. 1 Konstytucji RP.

30 Zob. wyrok TK z dnia 4 lipca 2002 r., P 12/01, Z.U. 2002/4A/50.

prawa i nazwać je można **wielozadaniowością procedur**<sup>31</sup>. Oczywiście usytuowanie danej regulacji w tej czy innej części systemu ma poważne konsekwencje dla jej wykładni, a w efekcie do pewnego stopnia kształtuje zakres normowania takiej regulacji, ale cecha ta nie wydaje się rozstrzygająca. Okazuje się bowiem, że **w przypadku procedur w nowoczesnych państwach najistotniejszą ich cechą musi być zapewnienie odpowiedniej ochrony dobru prawnemu**, dostosowanej przede wszystkim do jego charakteru oraz do zakresu dyspozycyjności tym dobrem.

Konstytucjonalizacja może prowadzić zatem do **pomnożenia interesów podlegających rozpoznaniu w procesie karnym**. To z kolei powoduje, że dotychczasowe modele monofunkcyjnej procedury karnej ulegają stopniowemu odpowiedniemu przekształceniu. Tak zwana sprawiedliwość naprawcza czy sprawiedliwość zapobiegawcza spełniają cele zasadniczo odmienne od klasycznie rozumianego prawa karnego, akcentując odpowiednio wyrównanie szkody bezpośrednio pokrzywdzonemu w pierwszym przypadku czy też prewencję w przypadku drugim, traktując oba te zadania jako substytut sankcji karnej. Zaobserwowanie powyższych tendencji pozwala na przyjęcie, że realizacja postulatów sprawiedliwości karnej, naprawczej i zabezpieczającej w prawie karnym nie może pozostawać bez wpływu na kształt i model procedury. W konsekwencji procedura regulowana przepisami Kodeksu postępowania karnego stopniowo przestaje być procedurą wyłącznie karną, a staje się **procedurą wielozadaniową z dominującą, czy też przeważającą, funkcją karną**.

### Podsumowanie

Powyższe uwagi pokazują, że postępujące zjawisko konstytucjonalizacji prowadzi w istocie do stopniowej rekonstrukcji systemu prawa. Z jednej strony Konstytucja stanowi swoisty łącznik pomiędzy społeczeństwem i wyznawanymi przez nie wartościami a systemem prawa, wyznaczając w ten sposób jego podstawowe cele (zewnętrzny aspekt

konstytucjonalizacji). Z drugiej strony koncentracja zagadnienia ochrony praw i wolności wokół samej Konstytucji powoduje, że nawet wtórne rozproszenie tejże ochrony na poszczególne gałęzie prawa nie modyfikuje pierwotnego jej źródła i najgłębszego uzasadnienia (wewnętrzny aspekt konstytucjonalizacji). Zjawisko to ma swoje bezpośrednie przełożenie na kształt i funkcjonowanie poszczególnych gałęzi prawa, zaś wyjątku nie stanowi tutaj szeroko pojmowane prawo karne. W konsekwencji takie problemy jak *ultima ratio* prawa karnego czy konstytucyjna wykładnia prawa karnego wymagają nowej refleksji. Pojawiają się także całkiem nowe problemy, takie jak wielozadaniowość procedury karnej, będąca konsekwencją realizacji w procesie interesów prawnych o różnej charakterystyce.

*Dr Katarzyna Witkowska-Moździerz –adwokat, członek Komisji Legislacyjnej Naczelnej Rady Adwokackiej.*

#### *Constitutionalisation of the legal system and the creation, application and amending of criminal law*

The consequent constitutionalisation leads to a gradual reconstruction of the legal system. On the one hand, the Constitution is a link between society, its values and the legal system, setting out the system's foundations (the external aspect of constitutionalization). On the other hand, even the secondary dispersal of the protection of legal goods and values to particular branches of law does not modify the original constitutional source that makes its deepest justification (the internal aspect of constitutionalization). This phenomenon has a direct effect on the shape and functioning of particular branches of law, and the criminal law is no exception. Consequently, problems such as the *ultima ratio* of criminal law or the constitutional interpretation of criminal law require a new reflection. There are also new problems, such as multitasking of criminal procedure. Multitasking is, in that case, a consequence of a criminal process that deals simultaneously with legal interests of different characteristics.

<sup>31</sup> Szerzej zob. K. Witkowska-Moździerz, *Model procesu karnego a sprawiedliwość, rzetelność i efektywność postępowania karnego*, niepublikowana rozprawa doktorska.



## Procedura dla obywatela czy obywatel dla procedury? Kilka uwag o wzniosłych zasadach i prostych przepisach

dr Witold Zontek

W każdym niemal komentatorskim, podręcznikowym lub systemowym opracowaniu poszczególnych ustaw procesowych znaleźć można wzniosłe ustępy na temat m.in. zasady sprawiedliwości proceduralnej, dostępności drogi sądowej dla obywatela czy też gwarancji, jakie tenże uzyskuje dzięki procedurze. Stanowią one intelektualne uzasadnienie tego, że dana procedura w mniejszym lub większym stopniu wypełnia brzegowe założenia omawianej zasady. Tyle teoria. W praktyce niestety często przepisy procesowe żyją własnym życiem, stając się niemalże autonomicznymi bytami. Tylko *in abstracto* nie da się tego zapewne sensownie zobrazować. Dopiero obserwując *law in action*, dostrzegamy, że w poruszając się w skomplikowanej mozaice przepisów, uzyskujemy niepokojące rezultaty. Nazywamy je różnie – nieracjonalnymi, absurdalnymi, niesprawiedliwymi, konstytucyjnie wątpliwymi, nieuzasadnionymi itp. Odwołujemy się w racjonalizacjach znów do owych teoretycznych modeli, zasad czy reguł, które wydają się nam w dostatecznym stopniu gwarantować sensowność rezultatów stosowania procedury. Zestawienie teoretycznego, postulatycznego modelu z prostym, jak przysłowiowy drut, przepisem ustawy nagle zaczyna nas krępować. Racjonalizujemy sobie te wątpliwe rezultaty, poszukując jakiejś głębszej myśli w tym, co wynika z treści, i następnie zastosowania przepisów. Kiedy jednak trudno nam ów sens odnaleźć, wrzucamy ramionami i nasze rozczarowanie kierujemy zazwyczaj do ustawodawcy, że ustanowił tak „niewdzięczny sprawiedliwościowo” przepis. Jeżeli jesteśmy naukowcem, mamy intrygujący materiał na artykuł. Gorzej jeśli jesteśmy sędzią. Tu rozłożyć rąk nie wolno. Zmiana perspektywy na podsądnego może zaferować jednak zupełnie inne spojrzenie na zagwozdkę, przed którą stoimy. W niniejszym tekście (pisanym, jak już wcześniej zasygnalizowałem, ze znacznie wygodniej-

szej, akademickiej pozycji) pokazać chciałbym, jak *in concreto* radzić sobie można w obliczu niefrasobliwości ustawodawcy, by w obliczu przepisu nie być skazanym jedynie na wrzucenie ramionami. Techniczne *prima facie* zagadnienie doręczenia prawomocnego wyroku wraz z uzasadnieniem podsądnemu jest w powyższej optyce moim zdaniem nader wdzięcznym tematem.

### Poznanie treści orzeczenia

Wydawać by się mogło, że jeżeli jest się podmiotem postępowania karnego, w którym naturalnie zapada w odniesieniu do nas szereg decyzji procesowych, procedura skonstruowana powinna być w taki sposób, by zapewnić nam poznanie ich treści. Nie tylko z uwagi na naszą naturalną ciekawość i ogólne zainteresowanie własnym losem, ale też dlatego, że gdy mamy możliwość zakwestionowania danego orzeczenia w toku instancyjnym, uprzednie zaznajomienie się z wyrokiem jest wszak logiczną koniecznością. A że jest to zagadnienie istotne w perspektywie prawa do sądu oraz prawa do obrony, nie trzeba nikogo chyba przekonywać. Gdyby jednak trzeba było, należy zwrócić uwagę na kilka judykatów Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK) oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC). Choć lojalnie uprzedzić wypada, że sądy te zagadnieniem organizacji zasad udostępniania obywatelowi treści orzeczeń sądowych w toku postępowania nie zajmują się często, by nie rzec – wcale.

W perspektywie konstytucyjnej wzorcem oceny prawidłowości regulacji związanych z szeroko pojętym wyrokowaniem w sprawach karnych są art. 2 w zw. z art. 45 i art. 77 ust. 2 Konstytucji, z których wynika prawo do sądu i sprawiedliwej procedury. W wyroku TK z dnia 31 marca 2005 r. (sygn. akt SK 26/02)

zidentyfikowano trzy elementy składające się na sprawiedliwość proceduralną:

- możliwości bycia wysłuchanym;
- ujawniania w czytelny sposób motywów rozstrzygnięcia, a więc unikania dowolności czy wręcz arbitralności w działaniu sądu, w stopniu umożliwiającym weryfikację sposobu myślenia sądu (i to nawet jeśli samo rozstrzygnięcie jest niezaskarżalne – legitymizacja przez przejrzystość);
- zapewnienia przewidywalności uczestnikowi postępowania przez odpowiednią spójność i wewnętrzną logikę mechanizmów, którym jest poddany.

Z kolei w postanowieniu z 11 kwietnia 2005 r. (sygn. akt SK 48/04) TK uznał, że uzasadnianie orzeczeń sądowych jest decydującym komponentem prawa do rzetelnego sądu jako konstytucyjnie chronionego prawa jednostki. Pełni ono różne funkcje: sprzyjania samokontroli organu orzekającego wyjaśniająco-interpretacyjną (w tym dokumentacyjną i ułatwiającą realizację orzeczenia); kontrolną zewnętrzną, umożliwiającą akceptację orzeczenia w skali indywidualnej i jego legitymizację społeczną (funkcja wychowawcza, głos w dyskursie społecznym).

Natomiast w sprawie SK 30/05 TK w kontekście wówczas obowiązującego trybu oddalania kasacji jako oczywiście bezzasadnej i braku obowiązku sporządzenia jej uzasadnienia (ówczesny art. 535 § 2 Kodeksu postępowania karnego – dalej: k.p.k.) pokazał pewne ekstremum, które uznał za niekonstytucyjne w interesującym na potrzeby niniejszego tekstu wymiarze. Zaznaczył, że „na tle zaskarżonej normy zachodzi tu w ogólności wyłączenie poznawalności praktyki sądowej, a to z uwagi na całkowite wyłączenie obowiązku informacyjnego sądu. Dokonano tego zarówno poprzez wyłączenie jawności postępowania wobec stron, których sąd nie ma obowiązku informowania o posiedzeniu, jak i z uwagi na brak istnienia w obrocie prawnym utrwalonych (pisemnych) uzasadnień postanowień oddalających «oczywiście bezzasadną» kasację. To zaś całkowicie wyklucza poznanie przesłanek decyzji sądu i debatę nad nimi”.

Na podobny aspekt zwrócił uwagę ETPC w wyroku z dnia 16 grudnia 1992 r. (skarga nr 12945/87, *Hadjianastassiou p. Grecji*), uznając za naruszający art. 6 EKPC zbyt skrótowy i pobieżny sposób uzasadniania wyroku Odwoławczego Sądu Wojskowego, co w kontekście krótkiego czasu na wniesienie kasacji uniemożliwiało podsądnemu skuteczne zaskarżenie wyroku. Z kolei w sprawie *Jodko p. Litwie* (skarga nr 39350/98) ETPC podkreślił jednak, że w optyce zgodności z art. 6 EKPC badaniu podlega całościowa procedura związana z dostępem do sądu (tu: kasacyjnego), a nie pojedyncze jej elementy, jak np. obowiązek doręczenia wyroku z uzasadnieniem na piśmie. Litewskie prawo, co istotne, nie wymagało w tamtym czasie na potrzeby wniesienia kasacji spełnienia żadnych<sup>1</sup> dodatkowych warunków. W tym formalną przesłanką tegoż nie było uprzednie otrzymanie wyroku na piśmie. Trybunał zaznaczył, że brak obowiązku dopełnienia tej czynności jest rekompensowany ogłaszaniem wyroku z uzasadnieniem publicznie w obecności podsądnego lub jego obrońcy. Stąd niedysponowanie od razu pisemną wersją tego dokumentu nie uniemożliwiało wniesienia kasacji, zwłaszcza że sąd kasacyjny ma obowiązek *ex officio* przeprowadzenia postępowania dowodowego na potrzeby rozpoznania kasacji. Zatem, jak skonkludował Trybunał, prawo do rzeczywistego dostępu do sądu zostało skarżącemu zapewnione, a finalny brak sukcesu w złożeniu kasacji wynikał z jego niedbalstwa.

Oznacza to, że standard konstytucyjny i konwencyjny w zakresie przynajmniej ostatecznych i prawomocnych orzeczeń wymaga, by umożliwić stronie uzyskanie informacji co do motywów rozstrzygnięcia. Natomiast czym innym jest poznanie treści uzasadnienia, a czym innym jednak warunkowanie dalszych czynności procesowych związanych z realizacją prawa do dostępu do drogi sądowej od uzyskania pisemnego uzasadnienia (jako technicznego warunku wstępnego). Analiza dwóch przytoczonych wyżej orzeczeń ETPC pozwala na przyjęcie przynajmniej roboczej tezy, że takie skonstruowanie procedury karnej, które z jednej strony dla wniesienia środka odwoławczego wymaga uprzedniego uzyskania wyroku wraz z uzasadnieniem na piśmie, a z drugiej uniemożliwia to lub czyni to dla strony praktycznie niemożliwym (bez podejmowania nadzwyczajnych i niegwarantujących powodzenia czynności) i nie wypełnia standardu

<sup>1</sup> Oprócz dochowania trzymiesięcznego terminu.

wyrażonego w art. 6 EKPC (bliżej tej sytuacji do sprawy *Hadjianastassiou p. Grecji*), a także nie gwarantuje konstytucyjnie przewidzianego prawa do sądu.

### System doręczeń prawomocnych orzeczeń A.D. 2016

Dlaczego było konieczne zarysowanie konstytucyjnego i konwencyjnego standardu w przedmiocie uzyskania wiedzy o treści zapadłego wobec nas prawomocnego orzeczenia? W niniejszym artykule chciałbym zasygnalizować i omówić pewne zagadnienie praktyczne o dużej doniosłości z omawianej perspektywy. Zagadnienia – co należy dodać – które może *prima facie* wymykać się sztywnym ramom myślenia procesowego i wymaga pewnej dozy elastyczności (by nie rzec, daleko posuniętej otwartości na bezpośrednie stosowanie Konstytucji). Sprawa jest o tyle specyficzna, że dotyczy kwestii o temporalnie ograniczonym praktycznym znaczeniu. Chodzi o sytuację osób, co do których orzeczenie II instancji zapadło krótko po dniu 15 kwietnia 2016 r., czyli dniu wejścia kolejnej noweli k.p.k. (dalej: nowela z 2016)<sup>2</sup>. A dokładnie o sposób zachowania się wobec nich zarówno ich obrońców, jak i sądów w perspektywie doręczenia im treści wyroku i umożliwienia złożenia wniosku o doręczenie uzasadnienia tegoż na piśmie na potrzeby ewentualnego postępowania kasacyjnego.

Realia procesowe spraw<sup>3</sup> będących kanwą niniejszego artykułu są nieskomplikowane. W jednej z nich<sup>4</sup> w październiku 2016 r. skazany pozbawiony wolności złożył wniosek o przywrócenie mu terminu do złożenia wniosku o doręczenie mu odpisu wyroku sądu odwoławczego wraz z uzasadnieniem. Wskazał, że pomimo iż nie był doprowadzony na rozprawę apelacyjną i nadal jest pozbawiony wolności, nigdy nie doręczono mu wyroku, a jego obrońca przekazał mu informację, że o doręczenie musi zwrócić się samodzielnie, gdyż stosunek obrończy już ustał<sup>5</sup>. Sąd odwoławczy nie uwzględnił tego wniosku, powołując się na obowiązujący od dnia 15 kwietnia 2016 r. przepis art. 422 § 2a k.p.k.,

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

3 Niniejszy artykuł koncentrować się będzie na rozstrzygnięciach zapadłych w dwóch sprawach zawisłych przed Sądem Najwyższym: V KZ 50/16 oraz III KZ 39/16.

4 V KZ 50/16.

5 Zgodnie z brzmieniem art. 84 § 2 k.p.k.

z której to regulacji wywiódł brak obowiązku doręczenia wyroku skazanemu, dodając, że to obrońca miał prawny obowiązek poinformować swojego mandanta o treści wyroku i pouczyć go o terminie do wniesienia wniosku o sporządzenie i doręczenie uzasadnienia.

Z uwagi na powyższe uchybienie terminowi uznano za nieusprawiedliwione. Sąd Najwyższy, do którego finalnie trafiła sprawa, uchylił to postanowienie, podkreślając, że „regulacje dotyczące prawa do obrony w postępowaniu karnym oraz prawa do sądu muszą ze względów gwarancyjnych być w sposób jednoznaczny określone przepisami prawa, a wynikające z niedoskonałości legislacyjnych wątpliwości interpretacyjne należy rozstrzygać, mając na względzie wykładnię pozostającą w najdalej idącej zgodności z regulacjami konstytucyjnymi. Konstytucyjne prawo do sądu obejmuje także prawo do poznania motywów rozstrzygnięcia (...). W przypadku osoby pozbawionej wolności, która nie z własnej woli nie może być obecna na ogłoszeniu wyroku, a tym samym nie może także poznać przedstawianych ustnie motywów rozstrzygnięcia, wszelkie wątpliwości interpretacyjne dotyczące regulacji określających sposób zapoznania się przez nią z tymi motywami powinny być rozstrzygane na korzyść pełnej realizacji prawa do sądu”.

### Historia nowelizacji trybu doręczeń prawomocnych orzeczeń

Praktyczne znaczenie tego judykatu lepiej zrozumieć można, śledząc złożoną historię przepisów proceduralnych regulujących kwestię doręczania wyroków<sup>6</sup>.

Od dnia 1 lipca 2003 r. do dnia 1 lipca 2015 r. zasadą była możliwość złożenia wniosku o sporządzenie i doręczenie uzasadnienia wyroku w terminie zawitym siedmiu dni od jego ogłoszenia,

6 Dość szczegółowo została ona także opisana w uchwale składu siedmiu sędziów SN z dnia 29 listopada 2016 r. (I KZP 10/16) oraz bardziej jeszcze szczegółowo we wniosku Pierwszego Prezesa SN stanowiącego podstawę do wydania powyższej uchwały. Przyznać także wypada, że nawet stosunkowo przystępnie omawiany przez T. Bergela w: *Doręczenie wyroku oskarżonemu w świetle zmian zawartych w projekcie nowelizacji Kodeksu postępowania karnego*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 11-12, s. 43 i n. sposób doręczania wyroków i postanowień w stanie prawnym sprzed 1 lipca 2015 r. dla zrozumienia wymaga nie lada uwagi i wzmoczonej koncentracji.

z zastrzeżeniem, że dla oskarżonego pozbawionego wolności, który nie ma obrońcy i nie był obecny podczas ogłoszenia wyroku, termin ten biegnie od daty doręczenia mu wyroku (art. 422 § 2 k.p.k. z tamtego okresu: „Dla oskarżonego pozbawionego wolności, który nie ma obrońcy i nie był obecny podczas ogłoszenia wyroku, termin wymieniony w § 1 biegnie od daty doręczenia mu wyroku”). Obowiązek doręczenia wyroku w takiej konfiguracji wynikał wprost z art. 419 § 2 k.p.k.: „Jeżeli oskarżony pozbawiony wolności nie był obecny przy ogłoszeniu na rozprawie orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, a nie miał obrońcy, orzeczenie to doręcza się oskarżonemu. Przepis art. 100 § 6 stosuje się odpowiednio”.

Z kolei od dnia 1 lipca 2015 r.<sup>7</sup> zmieniono ogólną zasadę doręczenia wyroków z urzędu, wprowadzając art. 100 § 3, który stanowił, że wyrok doręcza się stronom, a w wypadku wyroku warunkowo umarzającego postępowanie wydanego na posiedzeniu także pokrzywdzonemu, chyba że byli obecni przy jego ogłoszeniu<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw wchodząca w życie zasadniczo w dniu 1 lipca 2015 r. (dalej: nowela z 2015). Przepis ten był także zmieniony, zanim wszedł w życie ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, jednak nie w interesującym nas zakresie.

<sup>8</sup> Uzasadniono tę zmianę w następujący sposób: „Istotną zmianę zaprojektowano w art. 100 § 3 k.p.k., który w nowym brzmieniu wymaga doręczenia wyroku stronom niezależnie od tego, czy zapadł na posiedzeniu, czy na rozprawie, poza sytuacjami, w których wyrok ogłoszono w obecności stron. Konsekwencją tej zmiany jest także korekta art. 422 § 1 k.p.k., który określa termin do wniesienia wniosku o sporządzenie uzasadnienia wyroku i doręczenie wyroku z uzasadnieniem. Proponuje się, że termin ten liczony jest od chwili doręczenia wyroku lub od jego ogłoszenia (por. także projektowaną zmianę w art. 517h § 1 k.p.k.). **Rozwiązanie to w istotny sposób wzmacnia gwarancje stron, których obecność na rozprawie, w tym i na ogłoszeniu wyroku, nie będzie już – co do zasady – obowiązkowa** (podkr. moje – W.Z.). Ze zmianą tą pozostaje także w związku projektowana korekta art. 418a k.p.k., który w projektowanym brzmieniu będzie miał zastosowanie jedynie do wyroków wydanych na posiedzeniach odbywających się z wyłączeniem jawności (chodzi zatem wobec brzmienia art. 95a § 2 k.p.k. w projektowanym brzmieniu jedynie o wyroki wydawane w postępowaniu kasacyjnym i wznowieniowym oraz w postępowaniu nakazowym)” uzasadnienie projektu druk sejmowy 870. Podobnie komentuje tę zmianę T. Bergel, *Doręczenie...*, op. cit., zasadnie sygnalizując, że „Každorazowe doręczenie wyroku (po jego wcześniejszym ogłoszeniu) to krok w kierunku poszerzenia świadomości procesowej oskarżonego oraz pozostałych stron postępowania poprzez umożliwienie im dokładnego poznania treści wyroku sądu wraz z pouczeniem o przysługujących środkach odwoławczych”.

Zmiana ta pociągnęła za sobą naturalnie uchylenie art. 419 § 2 k.p.k. oraz zmianę treści art. 422 § 2 k.p.k. (*de facto* uchylenie go w jego dotychczasowym brzmieniu).

W końcu z dniem 15 kwietnia 2016 r. zmieniono zupełnie (ponownie) filozofię doręczeń i powrócono do zasady sprzed lipca 2015 r., tj. że wniosek o sporządzenie i doręczenie uzasadnienia wyroku wnosi się w terminie zawitym siedmiu dni od jego ogłoszenia. Wprowadzono art. 100 § 3 k.p.k. stanowiący, że wyrok doręcza się podmiotom uprawnionym do wniesienia środka odwoławczego, jeżeli ustawa tak stanowi. Nie przywrócono jednak dawnego art. 419 § 2 k.p.k., a jedynie wprowadzono art. 422 § 2a k.p.k., który przewiduje, że dla oskarżonego pozbawionego wolności, niemającego obrońcy i – pomimo złożenia wniosku o doprowadzenie go na termin rozprawy, na którym ogłoszono wyrok – nie był obecny podczas ogłoszenia wyroku, wspomniany wyżej siedmiodniowy termin biegnie od daty doręczenia mu wyroku. **Zatem żaden przepis w konfiguracji, która zachodzi w niniejszej sprawie, nie przewiduje wprost, kiedy należy doręczyć oskarżonemu wyrok.** Ogólny obowiązek doręczenia przewiduje obecnie jedynie art. 422 § 2a k.p.k.<sup>9</sup>

#### Zasady intertemporalne – nowela z 2015 i nowela z 2016.

Ważne jest także zasygnalizowanie, że ustawa wprowadzająca zmiany obowiązujące od dnia 15 kwietnia 2016 r. nie zawiera, w przeciwieństwie do poprzedniej noweli, rozbudowanych przepisów intertemporalnych. Co więcej, nie przewiduje, tak jak to czyniła ustawa wprowadzająca zmiany z dniem 1 lipca 2015 r., obowiązku szerokiego pouczenia stron o zmianach zasad procedury, których sprawy toczyły się niejako na styku dwóch reżimów proceduralnych. Brak bowiem odpowiednika art. 31 przepisów wprowadzających nowelę z 2015 r., który stanowił, że niezwłocznie po dniu wejścia w życie tej ustawy właściwy organ procesowy przekazuje stronom i innym osobom uprawnionym informacje o zmianie zakresu ich obowiązków i uprawnień wynikających m.in. z treści art. 386 k.p.k. Przepis ten bowiem zobowiązywał

<sup>9</sup> Art. 422 § 2a: Dla oskarżonego pozbawionego wolności, który nie ma obrońcy i pomimo złożenia wniosku o doprowadzenie go na termin rozprawy, na którym ogłoszono wyrok – nie był obecny podczas ogłoszenia wyroku, termin wymieniony w § 1 biegnie od daty doręczenia mu wyroku.

sąd do pouczenia podsądnego m.in. o nowej treści art. 100 § 3 k.p.k., czyli o tym, że wyrok w przypadku jego absencji zostanie mu doręczony. Regulacja art. 386 k.p.k. wprowadzie po dniu 15 kwietnia 2016 r. nie uległa zmianie, ale nie ma ona już charakteru dynamicznego, tj. bez stosownego przepisu intertemporalnego stosuje się ją w ściśle określonych momentach postępowania<sup>10</sup>, a nie odrębnie (ponownie) po wejściu w życie całej noweli.

Dodać jeszcze wypada, że analizując problem temporalnego „zasięgu” noweli z 2016 r. Sąd Najwyższy w uchwale składu siedmiu sędziów SN z dnia 29 listopada 2016 r. (I KZP 10/16) przesądził, że „[w] sprawach prowadzonych po dniu 14 kwietnia 2016 r., w których akt oskarżenia, wnioski o wydanie wyroku skazującego, wnioski o warunkowe umorzenie postępowania lub wnioski o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego skierowano do sądu przed dniem 1 lipca 2015 r., zastosowanie znajdują przepisy regulujące przebieg postępowania karnego wprowadzone przez ustawę z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 437), a więc – co do zasady – przepisy nowe”. Ma to o tyle istotne znaczenie, że w sprawach tych stosowano już niektóre przepisy noweli z 2015 r. (na podstawie przepisów art. 27-49 przepisów ją wprowadzających).

Na to wszystko nakłada się dodatkowo niezmienny w treści art. 84 § 2 k.p.k. wykładany od lat w ten sposób, że „jeżeli w postępowaniu apelacyjnym oskarżony pozbawiony wolności miał wyznaczonego obrońcę z urzędu, to z chwilą wydania wyroku obrońca nie ma obowiązku podejmowania dalszych czynności procesowych (art. 84 § 2 k.p.k.). Nie ma więc obowiązku złożenia wniosku o sporządzenie na piśmie i doręczenie uzasadnienia wyroku sądu odwoławczego” (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 lutego 2012 r., V KZ 1/12)<sup>11</sup>.

10 Jeżeli oskarżony bierze udział w rozprawie głównej – na rozprawie po przedstawieniu zarzutów oskarżenia lub stawi się po raz pierwszy na kolejnej rozprawie głównej. Oznacza to, że nie poucza się go już, jeżeli jest to np. jego druga rozprawa, w której uczestniczy.

11 Podobnie por. m.in. S. Steinborn (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, Warszawa 2016, teza 4 do art. 84 k.p.k., T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Artykuły 1-467. Komentarz*, Warszawa 2014, teza 2 do art. 84 k.p.k., K. Eichstaedt (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016*, Warszawa

## Doręczenia – (trudna) sytuacja prawomocnie skazanego

Gdy bliżej przyjrzeć się interesującym nas przepisom, to pojawia się pytanie o ich racjonalność. Innymi słowy, warto zastanowić się, czy służą one realizacji jakiegokolwiek zasady lub gwarancji procesowej, a szerzej – zapewnieniu konstytucyjnie gwarantowanych praw obywatela. Obecnie (tj. po 15 kwietnia 2016 r.) zasadą jest niedoręczanie wyroku i uznanie dnia jego ogłoszenia za moment początkowy biegu terminu do złożenia wniosku o uzasadnienie. Regulacja art. 422 § 2a k.p.k. wydaje się o tyle osobliwa, że stanowiąc jedyny obok art. 517h i art. 505 k.p.k. wyjątek od powyższej zasady, zdaje się zupełnie pomijać realia procesowe ukształtowane pozostałymi przepisami.

Otóż **wyduje się całkiem sensowne, by oskarżonemu pozbawionemu wolności, którego nie reprezentuje obrońca i którego nie doprowadzono na rozprawę apelacyjną pomimo wniosku o to doprowadzenie, wyrok zapadły, siłą rzeczy bez jego udziału i wiedzy<sup>12</sup>, doręczyć**. Jednakowoż ten sam oskarżony:

- a) mający obrońcę z urzędu i z tego powodu niedoprowadzony na rozprawę (sąd korzysta z uprawnienia przewidzianego w art. 451 k.p.k., uznając za wystarczającą obecność obrońcy) lub
- b) niemający obrońcy, ale na podstawie art. 451 k.p.k. wyznaczono mu obrońcę z urzędu z uwagi na wcześniejszą decyzję o niedoprowadzaniu na rozprawę apelacyjną

na doręczenie wyroku liczyć już nie może<sup>13</sup>. Termin do wniesienia wniosku o jego doręczenie wraz z uzasadnieniem płynie od

2016, teza 3 do art. 84 k.p.k., gdzie autor zastrzega, że „W przypadku nieuwzględnienia apelacji lub wydania wyroku reformatoryjnego sąd odwoławczy powinien pouczyć oskarżonego korzystającego z pomocy obrońcy z urzędu, iż wyznaczony obrońca nie ma obowiązku podejmowania dalszych czynności w sprawie, a zatem jeżeli oskarżony ma zamiar wniesienia kasacji, powinien, składając wniosek o doręczenie odpisu wyroku sądu odwoławczego wraz z uzasadnieniem, złożyć także wniosek o wyznaczenie obrońcy do postępowania kasacyjnego, wykazując jednocześnie w należyty sposób, iż nie jest w stanie ponieść kosztów obrony bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny (zob. art. 78 § 1 k.p.k.)”.

12 Co do treści – nie terminu, o którym musi być powiadomiony.

13 Zresztą wydaje się, że art. 422 § 2a k.p.k. z uwagi na obowiązek przewidziany w art. 451 k.p.k. nie będzie miał nigdy zastosowania. Chyba, że zwrot „nie ma obrońcy” ustawodawca rozumiał jako „obrońca nie był obecny”.



dnia ogłoszenia. Zresztą **z uwagi na temporalne granice obrony wyrażone w niezmienionym art. 84 § 2 k.p.k. posiadanie obrońcy z urzędu nie ma dla niego wielkiego pożytku, gdyż w momencie ogłoszenia wyroku stosunek obrończy wygasa.**

Co to oznacza w dla niego w praktyce? To, że jego obrońca nie ma prawnego i sankcjonowanego proceduralnie obowiązku nawet poinformować go o treści zapadłego orzeczenia, nie mówiąc już o dalej idących pouczeniach<sup>14</sup>. Nawet jeżeli zasady etyki adwokackiej lub radcy prawnego nakładają obowiązek poinformowania klienta o treści wyroku, to nie może to mieć znaczenia na gruncie k.p.k., a zwłaszcza nieść negatywnych konsekwencji dla osoby pozbawionej wolności. Nie jest też przewidziane, jakie skutki miałyby mieć błędne pouczenie skazanego nie tyle przez sąd, ale właśnie przez obrońcę, gdyż tego podmiotowo nie dotyczy art. 16 k.p.k.

### Paradoks obrońcy z urzędu

Zatem stajemy w obliczu swoistego dysonansu poznawczego – państwo ustanawia dla oskarżonego pozbawionego wolności obrońcę z urzędu (czasem wyłącznie na potrzeby samej rozprawy apelacyjnej (!), dostrzegając konieczność jego obecności dla zapewnienia prawa do obrony podsądnemu), a z drugiej strony nie nakłada na niego żadnego obowiązku po jej zakończeniu.

Powstaje pytanie, czy tego rodzaju (nie)konsekwencja procesowa da się w jakikolwiek sposób zniwelować w drodze wykładni? *Prima facie* uznać bowiem można, że zestawienie ze sobą regulacji art. 84 § 2 k.p.k. oraz art. 422 k.k. w obecnym brzmieniu prowadzić musi do wniosku o ich rozszynchronizowaniu. Skoro oskarżony pozbawiony wolności nie mógł pojawić się na ogłoszeniu wyroku, a jego obrońca z urzędu nie musi go o treści tegoż informować, zastanowić może tok rozumowania ustawodawcy wprowadzającego zmiany z dnia 15 kwietnia 2016 r.<sup>15</sup> W jaki bowiem sposób ów oskarżony ma dowiedzieć się o wyroku i zorientować, że właśnie rozpoczyna bieg termin do złożenia stosownego wniosku? Brak w art. 100 k.p.k. przepisu przewidującego obowiązek poinformowania go o tym!

<sup>14</sup> Tak też T. Bergel, *Doręczenie...*, op. cit., s. passim.

<sup>15</sup> Uprzedzając pytanie, nie dowiemy się tego z dość skąpego uzasadnienia noweli z 2016 r.

Nawet bez szczególnie pogłębionej analizy obecnych uregulowań procesowych w omawianej materii **uznać należy, że dekretują one sytuację oskarżonego pozbawionego wolności w sposób dalece niedoskonały.** Gdy nałożyć na to dodatkowo okoliczność wydania prawomocnego wyroku krótko po wejściu nowych przepisów w życie, pozycja oskarżonego wydaje się już zupełnie nie do pozazdroszczenia.

Stan faktyczny zresztą można dodatkowo wzbogacić o element, który wystąpił w sprawie stanowiącej kanwę innego jeszcze rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego. W uzasadnieniu postanowienia z dnia 22 czerwca 2016 r. (III KZ 39/16)<sup>16</sup> Sąd Najwyższy dodatkowo zaznaczył, że podsądny, który nie stawiał się na rozprawę apelacyjną, został we wcześniejszej fazie procesu pouczony o treści art. 100 § 3 k.p.k. w brzmieniu nadanym nowelą z 2015 r. (!)<sup>17</sup> Sąd Najwyższy, rekapitulując historię zmian procedury w zakresie doręczeń, wyraził bardzo ważną myśl, tj. że „zasada lojalności procesowej wymaga więc poinformowania stron o nowych zasadach doręczania wyroku, co ma istotne znaczenie z punktu widzenia korzystania z prawa do jego zaskarżenia”. Owa **lojalność procesowa mająca swe zakorzenie w konstytucyjnych wartościach (prawie do sądu, do obrony oraz zasadzie demokratycznego państwa prawa) nie może być wypierana przez nawet najbardziej stanowcze przepisy.** W optyce procesowej, w której poddana została analizie zarysowana problematyka, zmiany normatywne procedury karnej przybrały postać wyeliminowania określonego obowiązku (doręczania wyroków każdemu nieobecnemu) oraz zaniechania wprowadzenia mniej lub bardziej rozbudowanego obowiązku pouczenia stron (tak jak czynił to wspomniany art. 31 przepisów wprowadzających nowelę z 2015 r.), sprawa wydawałaby się jednak jednoznaczna.

<sup>16</sup> Z kolei w tej sprawie skazany nie złożył wniosku o przywrócenie terminu do złożenia wniosku o doręczenie uzasadnienia, ale wniosek o „wykonanie nakazu z art. 100 § 3 k.p.k.” i doręczenie mu odpisu wyroku sądu odwoławczego oraz o sporządzenie jego uzasadnienia. Odmówiono przyjęcia tego wniosku jako złożonego po terminie oraz wskazano w jego uzasadnieniu, że przepis art. 100 § 3 k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od 15 kwietnia 2016 r. stanowi, że wyrok doręcza się podmiotom uprawnionym do wniesienia środka odwoławczego, jeżeli ustawa tak stanowi. Stwierdzono ponadto, że obowiązujące przepisy nie przewidują obowiązku doręczenia stronie wyroku wydanego przez sąd odwoławczy w wyniku rozpoznania apelacji.

<sup>17</sup> Tj. że wszystkie orzeczenia zostaną mu doręczone.

Zatem *prima facie* – nie pouczamy ani nie doręczamy, bo już nie musimy.

### Wartość niedoskonałej procedury?

Dwie sprawy zawisłe przed Sądem Najwyższym ukazały pewne zrutynizowanie i chyba brak „wrażliwości konstytucyjnej” sądów karnych. Zaprezentowana wcześniej, sucha dogmatyczna analiza zmian w przepisach procedur i wyraźnie zarysowanie różnic pomiędzy nimi w interesującym zakresie rzeczywiście daje podstawy do stwierdzenia, że po dniu 15 kwietnia 2016 r. zgodnie z wyraźną wolą ustawodawcy nie należy doręczać wyroku osobie, która nie spełnia kryteriów z art. 422 § 2a k.p.k. Równocześnie brak jest szczególnego (precyzyjnego) obowiązku pouczania uczestnika postępowania, że w jego sprawie diametralnie zmieniły się m.in. zasady doręczeń i konsekwentnie możliwości zaskarżenia orzeczenia. Rozumowanie takie, choć poprawne z punktu widzenia dogmatycznej analizy przepisów procesowych, jest jednak krótkowzroczne.

Brak refleksji na temat przedstawionej skomplikowanej dla pod sądnego – laika (dodatkowo pozbawionego wolności) – sytuacji informacyjnej prowadzi do bardzo łatwego pozbawienia go konstytucyjnie zagwarantowanego poznania motywów orzeczenia oraz ustawowo zagwarantowanego prawa do wniesienia kasacji. **Brak szczególnego obowiązku podejmowania określonych czynności technicznych nie oznacza całkowitego zwolnienia sądu z krytycznego spojrzenia na całość sytuacji strony z punktu widzenia celów procesu oraz jego gwarancji.** Zrozumiałe jest podejście formalistyczne, które pozwala każdą decyzję wytłumaczyć w sposób nieskomplikowany przez powołanie się na określony przepis, którego brzmienie i obowiązywanie nie budzi wątpliwości. Jednak powstaje pytanie, czy podejście takie jest usprawiedliwione, a przynajmniej czy w każdym przypadku. Naturalnie wszelkie procedury w jakimś zakresie przedstawiają wartość samą w sobie, gdyż z założenia określają zunifikowany i uniwersalny sposób podejścia do stron (choćby zapewniają elementarną równość w traktowaniu). Gwarantują brak arbitralności i pewną przewidywalność postępień sądu czy organu administracji. Taką myśl wyraził swojego czasu<sup>18</sup> Naczelny Sąd

<sup>18</sup> Jeszcze na gruncie art. 1 Konstytucji RP, utrzymanego w mocy

Administracyjny w wyroku z dnia 19 października 1993 r. (V SA 250/93, ONSA 1994/2/84). Podkreślił bowiem, że „ścisłe stosowanie prawidłowej procedury bowiem jest z reguły jednym z podstawowych środków gwarantujących sprawiedliwy rezultat konkretnego postępowania. W państwie prawnym wymagane jest w związku z tym nie tylko zrozumiałe, precyzyjne i zgodne z innymi regułami wynikającymi z istoty takiego państwa unormowanie procedury, lecz również prawidłowe i ścisłe jej stosowanie w praktyce, w szczególności zaś tych jej przepisów, które określają uprawnienia procesowe uczestników postępowania”. W tej wypowiedzi kryje się jednak jeden podstawowy warunek przydania samej procedurze wartości. **Otóż musi ona gwarantować sprawiedliwy rezultat postępowania, czyli zabezpieczać prawa i obowiązki stron.** Zatem nie wynika z tego, że można pominąć aksjologię stojącą za jej ustanowieniem.

Naturalnie w teorii procesu karnego zagadnienie istoty procedury oraz funkcji procesu karnego stało się przedmiotem licznych opracowań, stąd nie jest ani wskazane, ani przede wszystkim możliwe odniesienie się do każdego z zarysowanych w literaturze aspektów tej materii<sup>19</sup>. Zwrócić uwagę jednak należy na dwa identyfikowane modele procedury związane z wagą, jaką nadaje się regułom prawa materialnego oraz procedurze jako takiej. **Chodzi o tzw. legislację dobrych zasad oraz legislację należytych gwarancji.** W pierwszym – to reguły prawa materialnego są najważniejszym instrumentem regulacji konfliktów społecznych, a procedury mają służyć jedynie ich rzetelnej i bezstronnej realizacji. W drugim – regulacja konfliktów opiera się nie tyle na regułach, co na procedurach. Nie są one wyłącznie narzędziem implementacji reguł, ale nabierają autonomicznego znaczenia w mechanizmie podejmowania decyzji<sup>20</sup>. W literaturze podkreśla się też, że rozstrzygnięcie o przedmiocie procesu (odpowiedzialności karnej za czyn zabroniony) nie może być uznane za sprawiedliwe, jeżeli nastąpiło w efekcie naruszenia czy

Ustawą konstytucyjną z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym.

<sup>19</sup> Por. obszernie cytowaną literaturę w rozdziale 1 P. Hofmański (red.), *System Prawa Karnego Procesowego. Tom I. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2013.

<sup>20</sup> Tak J. Skorupka (w:) *System Prawa Karnego Procesowego. Tom I. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2013, s. 186 i n.

pogwałcenia procedury<sup>21</sup>. Ma to istotne znaczenie, gdy weźmie się pod uwagę wyróżnianą w teorii procesu karnego jego funkcję porządkującą, której istotą jest wyznaczenie porządku czynności, podział kompetencji ustalenie sekwencji działań i konwencjonalnych ról. J. Skorupka trafnie identyfikuje wartość tego aspektu procesu, kładąc nacisk na to, że „prawo karne procesowe koordynuje proces karny. Prawo karne procesowe reguluje nie tylko sam tryb (sposób) procedowania organów ścigania (prokuratora, policji) i wymiaru sprawiedliwości (sądów), lecz także uprawnienia i obowiązki poszczególnych uczestników postępowania karnego, w tym także oskarżonego. Wykazuje tym samym swoją wartość (użyteczność) już przez sam fakt uporządkowania ruchu procesowego, niezależnie od treści przepisów procesowych”<sup>22</sup>. Jednak to tylko jeden z wymiarów procedury, której znaczenie wyznaczają założenia przedstawionych wyżej modeli (ujęcie instrumentalne v. autonomiczne). Jego przeciwwagą (choć może i lepiej byłoby powiedzieć: naczyniem z nim połączonym) jest wymiar prakseologiczny procesu, który ogniskuje się nie tylko wokół zapewnienia realizacji norm prawa karnego materialnego w uporządkowanej procedurze, ale także prawdy, sprawiedliwości, humanizmu, godności człowieka, konstytucyjnych i konwencyjnych praw i wolności, które stanowią jego wartości<sup>23</sup>.

Innymi słowy, **dysfunkcjonalna i niezapewniająca realizacji założonych u jej podstaw celów procedura z samego faktu bycia procedurą nie staje się pomimo wszystko wartością i nie wymusza bezwzględnie konieczności jej stosowania**. Wprawdzie niesprawiedliwe, ale wszak równe, powszechne i przewidziane przepisem procesowym traktowanie stron nie może być uznane za wypełniające funkcje przydawane procesowi karnemu. Między aspektem porządkującym a prakseologicznym procesem nie ma chyba rozdzwień, lecz należy spojrzeć na nie całościowo jako komplementarne składowe opisu modelu obowiązującego kodeksu. Uporządkowanie czynności i ról służyć może realizacji sprawiedliwości i praw, ale łatwo może przerodzić się w zbyt daleko idącą technicyzację i autonomizację instrumentu, który owego prakseologicznego wymiaru nie będzie już spełniał. Nie jest to moment łatwo uchwytny. Nie twierdzą też,

że odnaleźć można ów punkt równowagi pomiędzy porządkiem a elastycznością i w ten sposób następnie zbudować od podstaw cały system prawa procesowego. Natomiast znacznie łatwiej dostrzegalny jest rozdzwień pomiędzy tymi dwoma aspektami, i to chyba wyłącznie gdy wahadło przechyli się w kierunku formalizmu opisu porządku postępowania (czy inaczej – zawartości naczynia „funkcja prakseologiczna” przeleje się w nadmiarze do naczynia „funkcja porządkująca”). Okaże się nagle, że do czynienia mamy z mnóstwem formy, a minimum treści.

Wydawałoby się to wszystko truizmem, lecz, jak pokazują dwie wybrane sprawy dotyczące doręczeń, sposób myślenia o prawie procesowym wydaje się zakłócony i skanalizowany raczej w kierunku formy.

Przyjęto chyba, że z uwagi na uchwalenie obecnie obowiązujących regulacji dotyczących procedury doręczania wyroku ustawodawca wybrał taki model postępowania w przypadku braku strony na ogłoszeniu tegoż orzeczenia i precyzyjnie zarysował obowiązki sądu (a może i obrońcy z urzędu?), co zwalnia sąd z oceny skutków stosowania nowych przepisów w obszarze zapewnienia podstawowych gwarancji stronie.

#### **(Konstytucyjny) zdrowy rozsądek a (ustawowy) formalizm**

Podejście Sądu Najwyższego do tego zagadnienia w dwóch omawianych w niniejszym tekście sprawach przybrało nieco odmienne kierunki. W sprawie III KZ 39/16 Sąd Najwyższy (w uproszczeniu) nakazał elastyczne podejście do sprawy na gruncie regulacji samego k.p.k. Otóż w art. 16 § 2 k.p.k. przewidziany został ogólny nakaz skierowany do organu prowadzącego postępowanie, by ten w miarę potrzeby udzielił uczestnikom postępowania informacji o ciężących obowiązkach i o przysługujących im uprawnieniach także w wypadkach, gdy ustawa wyraźnie takiego obowiązku nie stanowi<sup>24</sup>. W związku ze zidentyfikowanymi problemami „na styku procedur” wyszedł z założenia o prymacie lojalności i racjonalności postępowania sądu w odniesieniu do osoby pozostającej

21 Ibidem.

22 Ibidem.

23 Ibidem.

24 Takich konkretnych przykładów obowiązkowych szczególnych pouczeń uczestników postępowania J. Kosowski wskazuje ok. 50, por. także *Zasada informacji prawnej w polskim procesie karnym w świetle art. 16 k.p.k.*, Warszawa 2011, rozdz. 2.

w pewnym deficycie, czy też dysonansie, informacyjnym. Efektem tego było utrzymanie zarządzenia o odmowie przyjęcia wniosku o doręczenie uzasadnienia wyroku, lecz z sugestią, że przedstawione w uzasadnieniu postanowienia racje przemawiają za możliwością ewentualnego uruchomienia innej przewidzianej w k.p.k. procedury, a mianowicie złożenia wniosku o przywrócenie terminu do złożenia wniosku, o jakim mowa w art. 422 k.p.k. Byłby on uzasadniony właśnie tym, że w niezawiniony przez siebie sposób skazany uchybił siedmiodniowemu terminowi.

Z kolei w sprawie V KZ 50/16 wydaje się, że Sąd Najwyższy **postawił dalej idącą tezę i pośrednio zakwestionował w optyce konstytucyjnej prawidłowość aktualnej regulacji art. 422 k.p.k.** Podkreślił, że organy władzy publicznej powinny zapewnić stronie, która bez własnej winy nie mogła brać udziału w posiedzeniu, gdzie prezentowano ustne motywy orzeczenia dostęp do tychże na innej drodze. Zdaje się, że Sąd Najwyższy w tym judykacie nie tyle zasugerował konieczność pouczenia o zmianach w filozofii doręczeń po dniu 15 kwietnia 2016 r., co w obliczu dalece niedoskonałej regulacji ustawowej **po prostu doręczenie wyroku takiej osobie**, bez względu na to, że przepis m.in. art. 422 k.p.k. nie przewiduje już tego obowiązku wprost. Argumentował to obowiązkiem dokonania jak najdalej idącej prokonstytucyjnej wykładni budzących wątpliwości przepisów w celu zapewnienia jej maksymalnego, ale rozsądnego prawa do informacji. Praktycznym efektem tej decyzji, w przeciwieństwie do sprawy III KZ 39/16, miałyby być nie tyle konieczność rozważenia wniosku o doręczenie w ramach procedury przewidzianej w art. 126 k.p.k. (w sprawie V KZ 50/16 – ponownego rozpoznania tegoż wniosku), co uznanie, że wyrok w pierwszej kolejności należało wnioskodawcy doręczyć. Wtedy sąd odwoławczy przy ponownym rozpoznaniu sprawy winien uznać, że termin do złożenia przedmiotowego wniosku o doręczenie w ogóle w takim razie nie rozpoczął biegu i w sumie nie ma czego przywracać, jednocześnie zarządzając doręczenie wyroku skazanemu z pouczeniem o sposobie zaskarżenia.

Podejście to wydaje się o tyle bardziej klarowne i preferencyjne dla wnioskodawcy, że nie powoduje konieczności uzasadniania przesłanek przywrócenia terminu do dokonania czynności procesowej przewidzianej w art. 126 k.p.k. Orzeczenie zostanie

mu doręczone i będzie mógł następnie przedsięwziąć czynności na podstawie art. 422 § 1 k.p.k. Przyznać wypada, że taki wynik sprawy w pewnym sensie jest obrazoburczy, gdyż pomimo iż przepis nie nakazuje doręczyć z urzędu wyroku osobie pozbawionej wolności, to zrobić to należy. Lecz trzeba żywić nadzieję, że zarysowane w niniejszym artykule argumenty i racje stojące jednak za tym, by przepisy skonstruowane w sposób ewidentnie niespełniający nie tylko standardu konstytucyjno-konwencyjnego, ale i zasad elementarnej poprawności legislacyjnej (o logice nie wspominając), stosować w sposób, który pozwoli na rzeczywistą realizację prawa do sądu. Dwie zaprezentowane ścieżki podejścia do zagadnienia omawianego w niniejszym artykule są zbieżne w zakresie, w jakim nakazują sądom porzucić rutynę i wygodne zasłanianie się przepisem na rzecz poszukiwania sensu stojącego za poszczególnymi przepisami procesowymi. Raz Sąd Najwyższy czyni to na podstawie ogólnych zasad procedury, a innym razem na podstawie argumentu konstytucyjnego. W obu jednak przypadkach nad formalizmem triumfować nakazuje zdrowemu rozsądkowi.

*Dr Witold Zontek – adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.*

***A procedure dedicated to citizens or citizens dedicated to a procedure?  
Some remarks on grandiloquent principles and simple provisions.***

The paper presents current issues on the right to a fair trial, regarding imprisoned defendants' right to familiarize themselves with judgements, i.e. justification of court rulings, passed in their cases. As a result of numerous and partially contradictory amendments to the Criminal Procedure Code of 1997 introduced during the last three years, a defendant's situation regarding this matter has become very unclear. Should a court deliver the ruling to an imprisoned defendant who was absent when the ruling was announced? Is that instead a matter for the defense counsellor? Why do current provisions not provide for mandatory delivery of a ruling to an inmate, while they explicitly did so just a year before? What should a court do? Can a constitutional argument override the statute in that scope? How can common sense help?

## Wybrane uwagi na temat bezpośredniego stosowania Konstytucji przy ustalaniu granic obrony koniecznej i konsekwencji ich przekroczenia

dr Szymon Tarapata



I. Jednym z najbardziej istotnych problemów, z jakim muszą się mierzyć przedstawiciele nauki oraz praktyki prawa karnego, jest wykładnia przepisów dotyczących obrony koniecznej. Z kolei za najtrudniejszą kwestię, która pojawia się przy interpretacji art. 25 k.k., należy uznać ustalenie, kiedy i na ile intensywnie można się bronić przed bezpośrednim oraz bezprawnym zamachem na dobro chronione prawem, by działać zgodnie z prawem. Rozstrzygnięcie tego problemu jest kluczowe dla badania odpowiedzialności karnej jednostki. Trzeba bowiem pamiętać, że w sytuacji, gdy dana osoba podejmuje działania obronne w warunkach tzw. ekscesu ekstensywnego lub intensywnego<sup>1</sup>, dochodzi do przekroczenia prawnokarnej normy sankcjonowanej<sup>2</sup>. Taki czyn ekscedenta ma charakter bezprawny i może on (lecz nie zawsze musi) stać się podstawą do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej.

Aktualnie nie jest kwestionowane twierdzenie, że konstytutywną cechą kontratypu obrony koniecznej jest znamię konieczności (co zresztą sugeruje już sama nazwa omawianej instytucji). Za sporne należy uznać jednak to, jak wspomnianą konieczność winno się rozumieć. Można w tym kontekście napotkać na trzy stanowiska. Z jednej strony podkreśla się, że obrona konieczna

ma charakter samoistny<sup>3</sup>. Zwolennicy tego poglądu uznają, iż przesłanki określone w art. 25 § 1 Kodeksu karnego (dalej: k.k.) są spełnione również w tych przypadkach, gdy w danej sytuacji istniała racjonalna możliwość uniknięcia zamachu<sup>4</sup>. W tej perspektywie usprawiedliwienie działań obronnych leży już w samym bezpośrednim i bezprawnym godzeniu przez sprawcę w jakiejkolwiek dobro chronione prawem. Natomiast wedle drugiego ujęcia obrona konieczna ma charakter subsydiarny. Owa subsydiarność oznacza zaś, że działania obronne mogą zostać podjęte tylko wtedy, gdy w danej sytuacji nie było innej możliwości ochrony dobra prawnego przed sprawcą. W literaturze i orzecznictwie można wreszcie napotkać na trzecie, pośrednie stanowisko. Niektórzy autorzy twierdzą mianowicie, że obrona konieczna ma charakter względnie subsydiarny (samoistny). Zwolennicy tego poglądu wskazują, iż „względna subsydiarność należy rozumieć w ten sposób, że zaatakowany może zawsze bronić swojej wolności od przymusu do określonego zachowania się, pod warunkiem jednak, że rażąco nie narusza proporcji między dobrami zaatakowanymi zamachem a dobrem poświęconym w wyniku jego odpięcia. Nie oznacza to zatem, że zaatakowany ma bronić się ucieczką, jeżeli jest ona możliwa. Przystępując do obrony kosztem dobra napastnika, broni bowiem nie tylko zaatakowanego przez niego dobra w postaci mienia, zdrowia lub życia, ale także dobra w postaci wolności przebywania w określonym miejscu. Niekorzystanie w takim wypadku z możliwości uniknięcia zamachu powinno być oceniane także z perspektywy kolidujących ze sobą dóbr”<sup>5</sup>.

1 Trzeba przypomnieć, że eksces ekstensywny zachodzi wtedy, gdy dana osoba podejmuje przedwczesną lub zbyt późną obronę. Natomiast eksces intensywny polega na tym, że podjęte działania obronne następują przy użyciu zbyt dużej siły lub nadmiernie intensywnego środka.

2 Na potrzeby niniejszego tekstu zaakceptowano twierdzenie, że dla ustalenia, iż w konkretnym przypadku doszło do przekroczenia normy sankcjonowanej, konieczne jest uznanie m.in., że sprawca nie działał w okolicznościach kontratypowych (szerzej: S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 353-363 i wskazana tam literatura przedmiotu).

3 Zob. np. wyrok SN z dnia 14 maja 1984 r., sygn. akt II KR 93/84, Legalis nr 24213.

4 Zob. postanowienie SN z dnia 16 listopada 2009 r., IV KK 105/09, Legalis nr 304012.

5 W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 358. Zob. również: E. Plebanek, *O obronie koniecznej i innych kontratypach w świetle zasady proporcjonalności*, „CKiNP” 2006, z. 1, s. 71-94.

W tym kontekście zaznacza się jednak, że w sytuacji opisanej w art. 2 ust. 2 lit. a) europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC), czyli podjęcia czynności obronnych polegających na umyślnym pozbawieniu życia człowieka, obrona konieczna ma zawsze charakter subsydiarny<sup>6</sup>.

Okoliczność wyłączająca bezprawność, która została określona w art. 25 § 1 k.k., odnosi się do szerokiego i niezwykle zróżnicowanego kręgu potencjalnych stanów faktycznych. Można więc zaryzykować twierdzenie, że z uwagi na tę różnorodność trudno jednoznacznie scharakteryzować obronę konieczną jako kategorię o charakterze samoistnym lub subsydiarnym. Trzeba bowiem pamiętać, że w przypadku podjęcia czynu w warunkach określonych w art. 25 § 1 k.k. musi siłą rzeczy dojść do ograniczenia konstytucyjnie chronionych praw lub wolności napastnika. Z tego też powodu, dokonując interpretacji tegoż przepisu, należy sięgnąć do zakodowanego w art. 2 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji testu proporcjonalności (adekwatności). Wynika to z bezspornej, bo wyrażonej wprost w art. 8 ust. 2 ustawy zasadniczej, dyrektywy wykładniczej, że w toku interpretacji aktów niższego rzędu regulacje konstytucyjne należy stosować bezpośrednio. Intuicja dotycząca znaczenia przesłanki konieczności obrony może zaś podpowiadać, że chodzi w niej generalnie o to, by broniący się przy podjęciu swych działań obronnych „nie przesadził”. Wiadomo jednocześnie, że w pewnych sytuacjach osobie podejmującej czynności defensywne będzie wolno więcej, w innych zaś mniej. Uprawnione jest więc twierdzenie, że **obrona konieczna jest nie tyle samoistna czy też subsydiarna, lecz ma ona być raczej w konkretnych okolicznościach proporcjonalna**. Jeśliby więc nawet przyjąć, że na gruncie omawianego kontraktu chodzi o względną samoistność (względną subsydiarność) odpięcia zamachu, to musiałaby się ona w istocie sprowadzać do proporcjonalności. Z tego też powodu należy postawić pytanie, jakie konsekwencje dla wykładni art. 25 § 1 k.k. wywoła aplikacja wspomnianego powyżej testu adekwatności (tj. przy spełnieniu jakich warunków obrona konieczna będzie mieć charakter proporcjonalny). Trzeba też rozważyć, czy art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji

Autorka wskazuje, iż „subsidiarność ograniczona (względna) obrony koniecznej oznacza, że prawo to powstaje w chwili, gdy nie istnieje inny racjonalny sposób uniknięcia zamachu, który nie pogarszałby sytuacji napadniętego” (Ibidem, s. 91).

<sup>6</sup> Ibidem.

mogą mieć jakikolwiek wpływ na ocenę konsekwencji przekroczenia granic obrony koniecznej, a jeżeli tak, to jaki.

**II. Skutkiem akceptacji twierdzenia, że art. 25 § 1 k.k. winno się wyklądać w perspektywie art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji, jest konieczność przyjęcia wniosku, iż obrona konieczna powinna być legalna wtedy, gdy spełnione zostaną trzy cechy wynikające z konstytucyjnego testu proporcjonalności, tj. konieczność, celowość oraz proporcjonalność *sensu stricto*.** Konieczność musi być przy tym rozumiana w ten sposób, że broniący się jest uprawniony do podjęcia czynności obronnych jedynie w sytuacji, kiedy jest to niezbędne do odwrócenia bezpośredniego i bezprawnego zamachu na dobro prawem chronione. Z kolei istota celowości obrony koniecznej polega na tym, by podjęte działania defensywne były użyteczne do osiągnięcia przez broniącego się podstawowego celu obrony koniecznej, a więc ochrony określonej wartości przed jej zagrożeniem ze strony sprawcy. Natomiast kryterium proporcjonalności *sensu stricto* w przypadku omawianej konstrukcji sprowadza się do tego, że działania obronne powinny spełniać dwa warunki. W pierwszej kolejności dana osoba może się bronić tylko z taką intensywnością, która jest adekwatna do stopnia zagrożenia dla przedmiotu prawnokarnej ochrony. Po drugie zaś, podjęcie działań obronnych musi być społecznie opłacalne, a więc korzystne w bilansie zysków i strat. Dana osoba może więc bronić jedynie takich wartości, jakie są cenniejsze niż to dobro sprawcy, które jest w konkretnej sytuacji poświęcane. Zatem z racji tego, że zachowanie podjęte w warunkach określonych w art. 25 § 1 k.k. uznaje się za korzystne w bilansie zysków i strat, należy je uznać za mieszczące się w granicach powszechnej tolerancji. Oznacza to, że czyn popełniony w obronie koniecznej, wbrew temu, co twierdzi się niekiedy w literaturze<sup>7</sup>, nie może być uznany za społecznie szkodliwy. Trafność tej tezy wynika przede wszystkim z jednego istotnego powodu. Ścisłej rzecz ujmując, za społecznie

<sup>7</sup> Zob. np.: A. Zoll, *W sprawie kontraktów*, „PiP” 2009, nr 4. s. 108-114. Autor ten twierdzi, że zachowanie podjęte w warunkach kontraktu stanowi przekroczenie normy sankcjonowanej, które jednak jest usprawiedliwione. W ujęciu prezentowanym przez wspomnianego dogmatyka czyn kontraktowy jest społecznie szkodliwy, lecz zło, które powstaje z powodu realizacji takiego postępowania, ma charakter konieczny, albowiem pomaga ono uniknąć jeszcze większego zła (W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 341).

szkodliwe może być uznane tylko takie zachowanie, które zasługuje na negatywną ocenę moralną. Nie sposób zaś twierdzić, że osoba działająca w obronie koniecznej wyrządza jakiegokolwiek zło. Mocne uzasadnienie dla tej tezy stanowi fakt, że – jak to się często podkreśla – uprawnienie do stosowania działań obronnych ma charakter przyrodzony i wywodzi się z prawa naturalnego (ono zaś ma silne oparcie w moralności)<sup>8</sup>. Złem nie może więc być czyn popełniony w obronie koniecznej, lecz za zło i przez to szkodliwe winno się uznać zachowanie napastnika, przed którym dana osoba się broni. Zachowanie zrealizowane w warunkach określonych w art. 25 § 1 k.k. musi więc być pozytywnie wartościowane i – w konsekwencji – społecznie tolerowane<sup>9</sup>. **Obrona konieczna jest bowiem sytuacją, w której dobro zwycięża zło, zaś prawo**

8 Warto w tym kontekście zwrócić uwagę chociażby na zapisy *Katechizmu Kościoła katolickiego*, w którym wskazuje się, że „kto broni swego życia, nie jest winny zabójstwa, nawet jeśli jest zmuszony zadać napastnikowi śmiertelny cios” (pkt 2264). Z kolei św. Tomasz z Akwinu wskazywał, że „Jeśli więc ktoś w obronie własnego życia używa większej siły niż potrzeba, będzie to niedozwolone. Dozwolona jest natomiast samoobrona, w której ktoś w sposób umiarkowany odiera gwałt, gdyż wolno siłą odeprzeć siłą, jednakże, jak mówi prawo, w miarę konieczności niezawinionej obrony. Nie jest natomiast konieczne do zbawienia, by ktoś celem uniknięcia śmierci napastnika zaniechał czynności potrzebnej do należytej samoobrony, gdyż człowiek powinien bardziej troszczyć się o własne życie niż o życie cudze” (*Summa theologiae*, II-II, 64, 7). Warto też odwołać się do twierdzeń wyrażonych przez papieża Jana XXIII w encyklice pt. *Pacem in terris*: „Osoba ludzka posiada również prawo do słusznej obrony swych praw i do obrony skutecznej, równej dla wszystkich i zgodnej z prawdziwymi zasadami sprawiedliwości”. Zob. również: postanowienie SN z dnia 16 listopada 2009 r., sygn. akt IV KK 105/09, Legalis nr 304012.

9 Podobne stanowisko przyjmuje J. Majewski: „Jak zachowanie się, z którym wiąże się dodatni społeczny bilans zysków i strat, a więc zachowanie się społecznie opłacalne, może być jednocześnie społecznie szkodliwe i negatywnie wartościowane? Przecież kategoria społecznej szkodliwości w rozważaniach o materialnym pierwiastku przestępstwa (karygodności) służy właśnie wyrażeniu całościowej, globalnej oceny danego czynu z punktu widzenia zakładanego systemu wartości, nie zaś z jakiejś oceny cząstkowej, aspektowej, na przykład dotyczącej relacji rozpatrywanego czynu do jednego tylko, wybranego dobra prawnego. Pomijam już to, że w świetle ocen społecznych wyjątkowo nieprzekonywująco brzmi twierdzenie, że zabicie człowieka w obronie koniecznej z punktu widzenia celu ustanowienia normy sankcjonowanej jest tak samo negatywnie wartościowane, jak zabicie człowieka dla pieniędzy. Otóż właśnie nie jest negatywnie wartościowane, stąd też między innymi art. 25 § 1 k.k. w naszym kodeksie karnym i jego odpowiedniki w ustawach karnych wielu innych państw naszego kręgu kulturowego” (J. Majewski, *Czy idea tak zwanej wtórnej legalności się broni?* (w.): *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego. Tom XLIII. Księga Jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarka*, J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), Wrocław 2017, s. 418-419).

**nie cofa się przed bezprawiem.** Trzeba przy tym zaznaczyć, iż fakt, że zachowanie podjęte w warunkach określonych w art. 25 § 1 k.k. nie jest społecznie szkodliwe, nie oznacza, iż dobro sprawcy przestaje być chronione. Ustawodawca chroni je bowiem przed takim zachowaniem broniącego się, które jest nieproporcjonalne i przez to przekraczające granice obrony koniecznej.

Zaprezentowane powyżej twierdzenia są niezwykle ważne dla ustalenia istoty przesłanki konieczności. W pierwszej kolejności z tego powodu, że w procesie ważenia wartości przy obronie koniecznej nie można stosować takiego mechanizmu, jaki jest używany przy badaniu przesłanek stanu wyższej konieczności<sup>10</sup>. Przykładowo na gruncie kontratypu z art. 26 § 1 k.k. nie można legalnie poświęcić życia dla uratowania zdrowia człowieka. To pierwsze bowiem będzie zawsze dobrem wyższej wartości aniżeli drugi ze wskazanych przedmiotów ochrony. Można więc twierdzić, że na gruncie stanu wyższej konieczności w procesie ważenia wartości uwzględnia się właściwie tylko rodzaj dóbr prawnych pozostających w kolizji lub ewentualnie aspekt ilościowy tożsamy rodzajowo przedmiotów ochrony (a więc przykładowo relację ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w porównaniu do uszczerbku średniego). Taka metoda rozstrzygania kolizji dóbr, a więc poprzez ich porównanie, wynika z tego, że stan wyższej konieczności polega na odwracaniu zagrożenia dla dobra prawnego, które nie pochodzi ze strony bezprawnych poczynań napastnika. Zachowania popełnione w warunkach obrony koniecznej dokonywane są zaś w zupełnie innym kontekście społecznym. **To, co na gruncie stanu wyższej konieczności jest dobrem niższej wartości, w przypadku kontratypu z art. 25 § 1 k.k. może okazać się ważniejszym przedmiotem ochrony.** Jeśli bowiem przykładowo kobieta broni swej wolności seksualnej poprzez pozbawienie życia agresywnego gwałciela, może się okazać, że pomimo faktu, że z reguły to życie jest najbardziej cenioną wartością, to jej dobro

10 Teza ta nie jest kwestionowana w literaturze. Warto chociażby w tym kontekście odesłać do wypowiedzi A. Zolla, który zaznacza, że „sama «konieczność» poświęcenia dobra mającego wartość społeczną musi być różnie interpretowana w związku z poszczególnymi okolicznościami wyłączającymi bezprawność czynu. Inny ma ona, rzecz jasna, sens w ramach stanu wyższej konieczności, a inny w ramach dopuszczalnego ryzyka gospodarczego. W każdym jednak wypadku oznaczać będzie praktyczną niemożliwość współegzystencji w określonej sytuacji kolidujących ze sobą dóbr” (A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 105).

prawne okaże się cenniejsze<sup>11</sup>. Wartość ta będzie zaś ważniejsza z tego powodu, że niemożliwe do zaakceptowania w naszym kręgu kulturowym byłoby to, by ofiara była zmuszona poddać się bezprawnemu zachowaniu napastnika. Oznacza to, że zasada proporcjonalności działa inaczej, tj. według innego algorytmu, na gruncie obrony koniecznej, odmiennie zaś w obrębie stanu wyższej konieczności. W okolicznościach określonych w art. 25 § 1 k.k. dobro sprawcy może być bowiem poddane deprecjacji z tego powodu, że napastnik narusza porządek prawny. W takich przypadkach istnieje większy stopień społecznej tolerancji w odniesieniu do zachowań broniącego się, które godzą w przedmiot ochrony napastnika.

Zgodzić się należy z twierdzeniem, że u podstaw każdego kontraktu, w tym obrony koniecznej, leży kolizja dóbr<sup>12</sup>. Niektórzy autorzy na tej podstawie twierdzą, że w sytuacji, w której brak jest racjonalnej możliwości uniknięcia zamachu, o działaniu w okolicznościach kontraktowych nie może być mowy. Jak bowiem tłumaczą zwolennicy takiego podejścia, brak jest wówczas kolizji dóbr uniemożliwiającej zachowanie obu kolidujących ze sobą wartości. Pogląd ten jednak trudno podzielić. Jest on natomiast akceptowany przez zwolenników zarówno subsydiarności, jak i względnej subsydiarności obrony koniecznej<sup>13</sup>. Ci ostatni, przyjmując kwestionowane twierdzenie, popadają jednak w pewną niekonsekwencję. Z jednej strony twierdzą oni bowiem, że podjęcie działań obronnych jest możliwe tylko wtedy, gdy w konkretnych okolicznościach nie było racjonalnej możliwości uniknięcia zamachu. Podkreślają zarazem, że osoba napadnięta nie musi salwować się ucieczką przed napastnikiem, albowiem ma ona prawo bronić prawa do przebywania w określonym miejscu. Wydaje się, że przytoczonych tez nie sposób ze sobą pogodzić. Oczywiście jest przecież, że w sytuacji, w której dana osoba może salwować

się ucieczką lub opuścić określone miejsce, istnieje racjonalna możliwość uniknięcia zamachu ze strony sprawcy. Nie można zaś twierdzić, że osoba potencjalnie zagrożona atakiem napastnika jest zobowiązana, pod rygorem braku możliwości powołania się na konstrukcję z art. 25 § 1 k.k., do podjęcia takiego działania (co zresztą potwierdzają sami zwolennicy poglądu o względnej subsydiarności obrony koniecznej). **Już na tej podstawie można dojść do wniosku, że u podstaw omawianego kontraktu nie leży bezwzględny wymóg braku możliwości uniknięcia w konkretnej sytuacji zamachu ze strony napastnika**<sup>14</sup>. Gdyby bowiem tak było, należałoby przyjąć trudny do zaakceptowania wniosek, że prawo powinno w miarę możliwości ustępować przed bezprawiem. Konsekwencja taka wypaczałaby zaś sens obrony koniecznej. Warto tymczasem pamiętać, że kontrakt z art. 25 § 1 k.k. pełni m.in. funkcję ogólnoprewencyjną<sup>15</sup>. Jednym z zadań obrony koniecznej jest oddziaływanie na potencjalnych sprawców przestępstw poprzez skierowanie do nich wyraźnego komunikatu, że muszą oni liczyć się z tym, że ich bezprawne zachowania mogą spotkać się ze zdecydowaną reakcją ze strony broniących się, którzy nie będą zobowiązani cofać się przed atakami na dobra prawem chronione. Zarazem przesłanki kontraktu z art. 25 § 1 k.k. winny być na tyle szeroko określone, aby dana osoba nie obawiała się bronić określonej wartości przed przekraczającymi normę sankcjonowaną zamachami. Wymaganie,

14 Warto w tym kontekście przytoczyć tezy zawarte w wyroku SA w Szczecinie z dnia 18 czerwca 2014 r., sygn. akt II AKa 94/14, że „możliwość podjęcia innych działań obrończych, sama w sobie, nie dematerializuje obrony koniecznej, co innymi słowami oznacza, że osoba zaatakowana ma prawo się bronić, choćby mogła uniknąć niebezpieczeństwa, nie wyrządzając szkody napastnikowi (np. ucieczka, wezwanie pomocy osób trzecich czy też podjęcie innych, mniej dolegliwych działań obrończych)” (Legalis nr 1231500). „Twierdzenie, że oskarżony «mógł po prostu wstać i wyjść, mógł także odparować atak bez broni», jest zaprzeczeniem szerokiego orzecznictwa SN i sądów apelacyjnych w zakresie obrony koniecznej” (wyrok SA w Szczecinie z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt II AKa 27/13, Legalis nr 741134).

15 Zgodzić się należy z poglądem zawartym w wyroku SA w Szczecinie z dnia 10 września 2015 r. o sygn. akt II AKa 137/15, w którym stwierdzono, iż „Sąd odwoławczy konsekwentnie obstaje przy stanowisku, że prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem, tak w przypadku obrony koniecznej (...), jak i w przypadku zatrzymania obywatelskiego. Przyjęcie odmiennej konstrukcji premiowałoby sprawcę przestępstwa, jak również powodowałoby w przyszłości, iż nikt nie podejmowałby prób pomocy napadniętym lub zatrzymanym sprawców. Względy zatem ogólnoprewencyjne przemawiają za staniem po stronie osób działających w obronie prawa” (Legalis nr 1372853).

11 Warto też w tym kontekście odnotować pogląd wyrażony w wyroku SA w Lublinie z dnia 28 września 1999 r. o sygn. akt II AKa 101/99, w którym stwierdzono, że „oddanie strzału z małokalibrowej broni palnej w nogi sprawcy kradzieży z włamaniem nawet od tyłu, po to aby uniemożliwić mu ostateczne zawładnięcie zabranego mienia, nie traci cech współmierności obrony koniecznej i nie świadczy o przekroczeniu jej granic” (Legalis nr 45299). Na gruncie tegoż judykatu dopuszczono więc możliwość legalnego poświęcenia zdrowia napastnika w celu ochrony mienia pokrzywdzonego.

12 Zob. np. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 101-104.

13 W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 357.



by obrona konieczna była dopuszczalna jedynie wtedy, gdy *in concreto* nie ma możliwości uniknięcia ataku na dobro prawne, z pewnością nie realizowałyby tychże dwóch funkcji omawianego kontraktynu. Konieczność spełnienia tegoż warunku spotkałaby się z dużym niezadowoleniem, a wręcz oburzeniem ze strony społeczeństwa, bowiem jego członkowie mogliby zostać utwierdzeni w przekonaniu, że uprawnienia ofiary są w naszym porządku prawnym nadmiernie deprecjonowane, zaś prawa napastnika jawiłyby się jako zanadto wzmocnione<sup>16</sup>.

Należy pamiętać, że **nie tylko na płaszczyźnie dogmatycznej, ale również na gruncie teoretycznym nie ma żadnych racjonalnych podstaw do przyjęcia tezy, że kolizja dóbr zachodzi jedynie w przypadku, kiedy to nie da się uniknąć sytuacji, w której należy poświęcić przynajmniej jedną z cenionych przez prawodawcę wartości.** Nie można bowiem wymagać od jednostek, by zawsze i za wszelką cenę unikały potencjalnych stanów kolizyjnych. Warunek taki nie może więc należeć do istoty leżącej u podstaw okoliczności wyłączających bezprawność kolizji wartości. Decyzja o tym, czy wymóg subsydiarności będzie tkwił u podłoża określonego kontraktynu, pozostanie ostatecznie w gestii prawodawcy, który podejmuje określone decyzje kryminalno-polityczne. W tym kontekście trzeba zauważyć, że ustawodawca na gruncie art. 25 § 1 k.k. zrezygnował z analogicznego wymogu do tego, który został zapisany w art. 26 § 1 k.k., a więc z wymagania, by powołanie się na kontraktyn było możliwe jedynie wtedy, gdy nie da się inaczej uniknąć niebezpieczeństwa

16 Teza ta jest tym bardziej trafna, jeśli się weźmie pod uwagę fakt, jakie emocje społeczne budzi temat obrony koniecznej. Słusznie w tym kontekście wskazuje J. Giezek, iż „W społeczeństwie, którego kultura prawna nie należy do najwyższych, ciągle jeszcze zdaje się dominować pogląd, że sprawca przestępstwa – agresor, naruszający lub narażający na niebezpieczeństwo najważniejsze dla jednostki dobra, jak chociażby jej życie czy zdrowie, a nawet tylko mienie – nie powinien liczyć na żadną «taryfę ulgową». Skoro decyduje się na atak, to zasługuje przecież na odpowiedź, która zmierzać będzie nie tylko do skutecznego jego odparcia, ale także zawrze w sobie namiastkę odwetu podejmowanego w majestacie prawa. Osoby opowiadające się przeciwko nadmiernemu uelastycznieniu granic obrony koniecznej muszą niestety liczyć się z tym, że zostaną włączone do tak zwanego frontu obrony przestępców, choć same znacznie chętniej zaliczyłyby się z pewnością do «frontu obrony obowiązującego prawa» (zwłaszcza rozsądnie stanowionego i rozważnie modyfikowanego)” (J. Giezek, *W obronie granic obrony koniecznej* (w:) *Prawo karne wykonawcze w systemie nauk kryminologicznych*, T. Kalisz (red.), Wrocław 2011, s. 51).

dla dobra prawnego aniżeli przez poświęcenie innej wartości. Uprawnione jest więc twierdzenie, że skoro prawodawca nie zdecydował się umieścić takiej przesłanki w art. 25 § 1 k.k., to trudno uznać, że jest ona jednym z warunków podjęcia działań obronnych. Nie musi to jednak jeszcze oznaczać, że powołanie się na obronę konieczną będzie zawsze dopuszczalne wtedy, gdy sprawca dopuści się bezpośredniego i bezprawnego ataku na przedmiot prawnokarnej ochrony. Zasada proporcjonalności dotyczy również samego podjęcia decyzji o przedsięwzięciu czynności obronnych. Jeżeli bowiem broniący mógłby uratować relatywnie mało znaczące dobro prawne kosztem zniszczenia o wiele cenniejszej wartości, to obrona taka nie spełniłaby konstytucyjnego testu proporcjonalności<sup>17</sup>. Uzasadniając tę tezę, dogmatycy odwołują się do przykładu jeżdżącego na wózku inwalidzkim właściciela sadu, który broniąc swych rzeczy przed kradzieżą, strzela z dubeltówki do dzieci zrywających jabłka z należącego do niego drzewa. Nie ulega żadnym wątpliwości, że tego rodzaju zachowanie nie może być uznane za korzystne w społecznym bilansie zysków i strat. Z tego też powodu jest ono społecznie szkodliwe. W tej sytuacji zachowanie broniącego jest w oczywisty sposób nieproporcjonalne i dlatego nie można takiego czynu uznać za mieszczący się w granicach kontraktynu. Można też przykładowo twierdzić, że nie jest społecznie dodatnia taka obrona, która poprzedzała sprowokowanie napastnika do ataku. Podejmowanie czynności obronnych przed zamachem sprowokowanym przez broniącego się nie mieści się bowiem w celu, dla którego obrona konieczna została wprowadzona do systemu prawnego<sup>18</sup>.

17 Optykę taką można również dostrzec w wyroku SA w Szczecinie z dnia 23 października 2014 r. o sygn. akt II AKA 177/14, w którym wskazano, że „Zadanie pokrzywdzonemu ciosu nożem, nie było żadną akcją obronną, a po prostu reakcją oskarżonego – jak wyżej wskazano – na stały od lat konflikt z P.M. Używanie narzędzia, takiego jak nóż, przeciwko sprawcy niegroźnych zaczepki słownych, choćby nieprzyjemnych, nie może skutkować przyjęciem kontraktynu obrony koniecznej, jako nieproporcjonalne, tym samym niekonieczne” (Legalis nr 1241888).

18 Intuicja taka została wyrażona w wyroku SA w Białymstoku z dnia 18 czerwca 2015 r. o sygn. akt II AKA 92/15, w którym stwierdzono, iż „Z ujawnionych dowodów wynika, że oskarżony wziął udział we wzajemnym biciu się, a nie odpieraniu bezpośredniego, bezprawnego zamachu na jego osobę, a w chwili zadawania uderzeń kamieniem dominował w toczącej się walce. W realiach sprawy trafne jest ustalenie, że oskarżony nie tylko nie wykluczał podjęcia akcji agresywnej, ale wręcz godził się na siłowe starcie z pokrzywdzonym i ta akceptacja konfrontacyjnego charakteru zajścia wykluczała możliwość przyjęcia działania w obronie koniecznej” (Legalis nr 1336925). Podobny punkt widzenia przyjęto na

Omawiana konstrukcja nie może bowiem służyć za pretekst do naruszenia dóbr napastnika.

**Jeżeli w danym przypadku nie ma konieczności poświęcenia mało znaczącego przedmiotu ochrony w celu ratowania cennej wartości oraz atak napastnika nie jest sprowokowany przez broniącego się, nie ma żadnego powodu, by uznać, że działania obronne są dopuszczalne tylko wtedy, gdy nie ma innej racjonalnej możliwości uniknięcia zamachu.** Warto

zauważyć, że takiego wymogu nie wprowadza również art. 2 ust. 2 lit. a) EKPC. Przepis ten stanowi, że pozbawienie życia nie będzie uznane za sprzeczne ze wspomnianą umową międzynarodową, jeżeli „nastąpi w wyniku bezwzględnie koniecznego użycia siły: a) w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą”. W regulacji tej nie wspomniano, że pozbawienie życia napastnika przez broniącego się jest dopuszczalne wyłącznie wtedy, gdy nie było jakiegokolwiek racjonalnej możliwości uniknięcia zamachu. Bezwzględna konieczność nie musi być bowiem tak rozumiana. Przesłanki tej nie będzie się tak pojmować natomiast wtedy, kiedy odrzuci się tezę, że jeżeli dana osoba wejdzie już w konfrontację ze sprawcą, to będzie ona mogła powstrzymać napastnika poprzez atak na jego życie tylko w sytuacji, gdy nie miała ona uprzednio (a więc przed zamachem) możliwości ucieczki. Wydaje się, że rozwiązania zakładającego, że broniący się musi zrobić wszystko, co leży w jego mocy, by uniknąć zamachu, zaakceptować nie sposób. Jest ono trudne do przyjęcia z punktu widzenia powszechnie panującego światopoglądu. W naszym systemie moralnym próżno bowiem szukać nakazu, by człowiek, który może obronić się tylko poprzez zaatakowanie cudzego życia, za wszelką cenę musiał, często nawet usilnie, unikać konfrontacji z napastnikiem. Warto bowiem pamiętać, że to głównie sprawca, który

potrzeby wyroku SA w Szczecinie z dnia 23 października 2014 r. o sygn. akt II AKa 172/14: „Dobrowolnie podjęta walka wręcz dwóch osób nie daje podstaw do przyjęcia, że którakolwiek z nich działa w warunkach obrony koniecznej, albowiem brak przymusu przy decyzji o wzięciu udziału w takim starciu i specyfika pojedynku, w którym nie działa się z woli obrony, ale z chęci wyładowania agresji, czy sprawdzenia swych sił i dochodzi do bezprawnych wzajemnych zamachów z obu stron, nie tylko nie pozwalają na uznanie, że w zaistniałej sytuacji jeden czy drugi z walczących jest uprawniony do bezprawnych działań zaczepnych czy obronnych, ale i nie daje podstaw do przyjęcia, że chroni ich instytucja określona art. 25 § 1 k.k. (Legalis nr 1241886. Zob. również wyrok SA w Warszawie z dnia 15 kwietnia 2015 r. o sygn. akt II AKa 80/15, Legalis nr 1245727).

decyduje się na zaatakowanie określonego przedmiotu ochrony, powinien liczyć się z ryzykiem naruszenia jego – chociażby najcenniejszych – dóbr prawnych<sup>19</sup>. Każda zaś osoba ma moralne i przyrodzone prawo do obrony swych wartości i do nieustępowania bezprawiu. Zgodzić się więc trzeba z tezą zaprezentowaną w orzecznictwie, że prawo do obrony koniecznej przysługuje broniącemu się „niezależnie od tego, czy na przykład mógł uniknąć niebezpieczeństwa związanego z zamachem przez ucieczkę, ukrywanie się przed napastnikiem, wezwanie pomocy osób trzecich, czy też poprzez poszukiwanie ochrony u znajdującego się w pobliżu przedstawiciela organów porządku publicznego”<sup>20</sup>. Nie można nadto zapominać, że często wystąpi sytuacja, kiedy to broniący się, wtedy gdy ma możliwość ucieczki przed napastnikiem, nie będzie jeszcze przewidywał, że skuteczna obrona stanie się w przyszłości możliwa jedynie poprzez pozbawienie życia podmiotu sprawczego. Trudno zaś wymagać od człowieka, by przewidział taką ewentualność (pobawienia życia), jeszcze zanim dojdzie do konfrontacji z podmiotem sprawczym. Trzeba bowiem pamiętać, że sytuacja, w której dana osoba broni dóbr prawnych, często jest bardzo dynamiczna. Dopiero na pewnym jej etapie może się okazać, że skuteczna obrona jest możliwa wyłącznie poprzez zadanie śmiertelnego ciosu. Nie można więc oczekiwać od człowieka, by „ostrożnie” decydował o ewentualnym stosowaniu środków obronnych jeszcze na przedpolu podjęcia czynności defensywnych.

Zaprezentowane powyżej rozważania dowodzą, że wskazany w art. 2 ust. 2 lit. a) EKPC warunek bezwzględnej konieczności musi być tak rozumiany, by broniący się podejmował w taki sposób swe działania obronne, aby w miarę możliwości uniknąć pozbawienia życia napastnika. Przepis ten wyraża więc swoistą dyrektywę optymalizacyjną, by stosować takie środki defensywne, które w jak najmniejszym stopniu mogą szkodzić sprawcy. Z tego powodu trudno oprzeć się wrażeniu, że **z art. 2 ust. 2 lit. a) EKPC nie można właściwie wyczytać nic więcej ponad to, co**

<sup>19</sup> Podobny wniosek można znaleźć w wyroku SA we Wrocławiu z dnia 8 marca 2017 r. o sygn. akt II AKa 29/17, w którym zaznaczono, że „to napastnika obciąża ryzyko szkodliwych dlań następstw swego zamachu, dlatego też oceniając zdarzenie, nie wolno sugerować się rozmiarami tych następstw” (Legalis nr 1591943).

<sup>20</sup> Postanowienie SN z dnia 27 kwietnia 2017 r., sygn. akt IV KK 116/17, Legalis nr 1598981.

**wynika z konstytucyjnego testu proporcjonalności.** Wykładając bowiem znamienia obrony koniecznej z perspektywy art. 2 i 31 ust. 3 Konstytucji, a więc przy uwzględnieniu zasady adekwatności, również trzeba postawić tezę, że przesłanka konieczności wymaga, by broniący się podejmował takie działania, które mogą wyrządzić jak najmniejsze szkody w poświęcanych dobrach prawnych. Można więc dojść do wniosku, że **art. 2 ust. 2 lit a) EKPC w żaden sposób nie modyfikuje treści warunków obrony koniecznej**<sup>21</sup>. Przepis ten nie zmienia zatem charakteru omawianego kontraktu. Nie sprawia przede wszystkim, że jeżeli obrona konieczna polega na ataku na życie napastnika, ma ona charakter samoistny. Dzieje się tak zarówno wtedy, gdy broniący się umyślnie narusza cudzy przedmiot ochrony, jak i w sytuacji, gdy podejmuje swe postąpienie nieumyślnie<sup>22</sup>. Jak już była bowiem o tym mowa, bez względu na to, jakich dóbr prawnych dotyczą działania obronne i jakie nastawienie psychiczne istnieje po stronie podmiotu sprawczego, czynności te zawsze muszą być proporcjonalne.

**III.** W świetle dotychczasowych rozważań nasuwa się pytanie, jak trzeba się bronić, by nie naruszyć konstytucyjnego testu proporcjonalności. Innymi słowy, chodzi tu o ustalenie znaczenia dyrektywy optymalizacyjnej polegającej na konieczności

21 Warto też odwołać się do tezy wyrażonej w postanowieniu SN z dnia 15 kwietnia 2015 r. o sygn. akt IV KK 409/14, iż „obrona konieczna, jak wynika to z treści art. 25 § 1 k.k., ma charakter samoistny, a nie «względnie samoistny i subsydiarny». Unormowania konwencyjne (art. 2 ust. 2 lit. a Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm.) jednak wskazują, że prawo do skutecznej obrony musi mieć granice wynikające z aspektów aksjologicznych i humanistycznych, skoro życie ludzkie jest dobrem najwyższej wartości, zatem ta regulacja Konwencji nie przekreśla samoistności obrony koniecznej, skoro dotyczy kwestii współmierności sposobu podjętej obrony w odniesieniu do niebezpieczeństwa konkretnego zamachu, co w art. 25 § 2 k.k. stanowi odrębny warunek instytucji obrony koniecznej, ujęty od strony negatywnej” (LEX nr 1729286).

22 Błędny jest więc pogląd wyrażony w wyroku SA w Gdańsku z dnia 10 stycznia 2017 r. o sygn. akt II AKa 400/16, w którym zasugerowano, że obrona konieczna ma bezwzględny charakter tylko wtedy, gdy broniący się umyślnie pozbawia życia człowieka (Legalis nr 1581351). Warto też w tym kontekście przytoczyć fragment uzasadnienia decyzji ETPC z dnia 1 kwietnia 2014 r., 26330/12, w którym wskazano, że „brzmienie art. 2, w swym całości, pokazuje, iż ustęp 2 nie tylko określa przypadki, w których dozwolone jest umyślne odebranie życia, lecz opisuje sytuacje, kiedy dozwolone jest «użycie siły» mogącej skutkować, w sposób niezamierzony, pozbawieniem życia” (LEX nr 1451455).

podejmowana takiej obrony, która może wyrządzić jak najmniejszą szkodę napastnikowi. W tym kontekście trzeba poczynić przede wszystkim jedno istotne zastrzeżenie. Ściśle rzecz ujmując, zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie panuje zgoda co do tego, że dana osoba, podejmując działania obronne, może to czynić w taki sposób, by zapewnić sobie przewagę nad napastnikiem. Jest ona bowiem uprawniona do przysporzenia sobie takich środków obrony, które w danej sytuacji zapewnią skuteczność działań defensywnych. Jeśli więc napastnik atakuje określoną osobę, nie mając przy sobie żadnego niebezpiecznego narzędzia, nie oznacza to, że napadnięty podmiot, działając w celu odparcia bezpośredniego i bezprawnego zamachu na dobro chronione prawem, nie może użyć np. noża lub broni palnej. Słusznie podkreśla się bowiem, że sytuacja obrony koniecznej nie jest pojedynkiem rycerskim czy starciem honorowym, w którym napastnik oraz broniący się mają mieć zapewnione równe szanse na zwycięstwo<sup>23</sup>. Osoba podejmująca czynności obronne może sobie stworzyć przewagę nad napastnikiem i używać bardziej intensywnych środków niż atakujący z tego właśnie powodu, że taki stan rzeczy jest społecznie akceptowany. Jest zaś tolerowany dlatego, że postrzega się go jako korzyść w społecznym bilansie zysków i strat. Chcąc zaś zapewnić, aby działania obronne były jak najbardziej skuteczne, przesłanki obrony koniecznej muszą być tak skonstruowane, by broniący się mógł w zgodzie z prawem zrobić o wiele więcej aniżeli napastnik. Absurdalnym byłoby przecież, by osoba, która zna niebezpieczną dla zdrowia lub życia sztukę walki, musiała się zdecydować na zaniechanie jej użycia w przypadku napaści z tego powodu, że odczuwałaby obawę przed przekroczeniem granic obrony koniecznej. Od takiego podmiotu można

23 Kwestia ta została celnie odzwierciedlona przez M. Filara, który zaznaczył, że „dla oceny niebezpieczeństwa zamachu podstawowe znaczenie mieć będzie motoryczna intensywność zamachu, na którą składają się takie cechy, jak użyte przez sprawcę środki, jego możliwości i kwalifikacje oraz determinacja w zakresie zrobienia zeń użytku, element zaskoczenia. Ponieważ napadnięty ma nie tylko prawo do obrony, ale i prawo do obrony skutecznej, może on użyć wszelkich środków i technik, które stworzą realną szansę na skuteczne odparcie zamachu. W szczególności mogą to być też środki i techniki, których napastnik nie używał, gdyż odparcie zamachu nie jest «rycerskim pojedynkiem», gdzie broń i techniki muszą być z góry ustalone” (M. Filar, *Wyłączenie odpowiedzialności karnej. Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, Warszawa 18/1998, s. 17). Wypowiedź ta doczekała się aprobaty również w orzecznictwie (wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 marca 2017 r., sygn. akt II AKa 29/17, Legalis nr 1591943).

co najwyżej oczekiwać, by – jeśli w ogóle istnieje taka możliwość – zadawał takie ciosy, które ostatecznie wywołają mniej dotkliwe skutki po stronie sprawcy.

Aktualnie nie kwestionuje się tezy, że adekwatność działań obronnych winno się oceniać na moment podejmowania działań obronnych, a więc z perspektywy *ex ante*, nie zaś *ex post*. Twierdzenie to jest niezwykle ważne dla ustalenia, jak powinno się weryfikować, czy broniący zachował się w taki sposób, by wyrządzić możliwie najmniejszą krzywdę napastnikowi. Ocena ta jest o tyle utrudniona, że – jak już była o tym mowa – sytuacja, w której podejmuje się działania obronne, często jest bardzo dynamiczna. Nierzadko osoba odpierająca zamach na dobro prawne dysponuje przecież kilkoma narzędziami, za pomocą których można walczyć z napastnikiem. Nie zawsze jednak zaatakowany użyje wszystkich dostępnych przedmiotów. W tej sytuacji podjęcie próby odpowiedzi na pytanie, czy jeżeli sprawca zastosowałby inny środek niż ten, którego finalnie użył, to wyrządziłby napastnikowi mniejszą szkodę, byłoby czystą spekulacją. Za kuriozalne należałoby przecież uznać twierdzenie sądu, iż broniący się przekroczył granice obrony koniecznej z uwagi na fakt, że podczas starcia z podmiotem sprawczym posłużył się nożem, z czego powstały dalej idące następstwa, gdy tymczasem jeśliby podczas bezpośredniego i bezprawnego zamachu na dobro prawne osoba realizująca czynności obronne, zamiast posługiwania się wspomnianym narzędziem, rzuciła w atakującego stojącą w pobliżu doniczką, to wówczas spowodowałaby mniejsze szkody u napastnika. Taki alternatywny scenariusz, kreślony przecież dopiero *ex post*, jest całkowicie niesprawdzalny. Nie można więc na jego podstawie stwierdzić, czy zachowanie się broniącego było adekwatne do istniejącego zagrożenia dla dobra prawego. Z tego też powodu winno się uznać, że ocena proporcjonalności działań obronnych powinna opierać się na nieco innym kryterium aniżeli na zbadaniu swoistego testu zachowania alternatywnego. Na podstawie hipotetycznego przebiegu zdarzenia często nie będzie bowiem możliwe stwierdzenie, czy broniący się, po pierwsze, zdołałby się skutecznie obronić przed bezprawnym i bezpośrednim zamachem, po drugie zaś, czy wyrządziłby w dobrach napastnika mniejszą szkodę. Oczywistym jest przecież, iż nawet gdyby osoba odpierająca atak na swe dobra prawne zrezygnowała np. z użycia noża i zdecydowała się walczyć z napastnikiem honorowo na

gołe pięści, to nie można wykluczyć, że jej starcie z podmiotem sprawczym i tak zakończyłoby się wystąpieniem najdalej idącego skutku w postaci śmierci.

Nie można również zapominać, że w wielu sytuacjach broniący się, ze względu na dynamicznie rozwijającą się sytuację, będzie miał bardzo mało czasu na podjęcie decyzji co do tego, jakie narzędzie zostanie przez niego ostatecznie wykorzystane do obrony oraz jaki sposób wykonywania czynności defensywnych ostatecznie należałoby obrać. Często nie będzie więc można od niego oczekiwać, by w niewielkim przedziale czasowym rozważył wszystkie możliwe warianty odpierania bezpośredniego i bezprawnego zamachu na dobro prawem chronione<sup>24</sup>. Nieporozumieniem będzie oczekiwanie od kobiety, która – broniąc się przed silnym, zdeterminowanym i agresywnym sprawcą – w stale zmieniającej się sytuacji obrony będzie tak zadawała ciosy nożem, by nie kierować ich w newralgiczne dla człowieka części ciała. Zadawanie takich uderzeń nie będzie bowiem gwarantować uzyskania przewagi nad napastnikiem i – w konsekwencji – skutecznej obrony. Większej zaś powściągliwości w zadawaniu ciosów winno się wymagać od broniącego się, który będzie miał więcej czasu na podjęcie decyzji co do sposobu obrony. Zatem **im bardziej dynamiczne zdarzenie, tym szerszy zakres czynności defensywnych winien być społecznie tolerowany**. Słusznie wywodzi się bowiem w orzecznictwie, że „Intensywność obrony może być tym większa, im większa jest intensywność zamachu lub im większa

24 Warto w tym kontekście odwołać się do twierdzeń prezentowanych w wyroku SA w Warszawie z dnia 2 marca 2015 r., sygn. akt II AKa 14/15, w którym stwierdzono, iż „Nie można zatem (tak jak to czynią skarżący), analizując *ex post* stopień niebezpieczeństwa zamachu i współmierność zastosowanego sposobu obrony, wymagać od osoby zaatakowanej, by w pełni miarodajnie oceniała sytuację oraz by w sposób precyzyjny, pozbawiony emocji dozwała stosowane czynności obronne, np. wyczekując po pierwszym ciosie na reakcję osoby atakującej. W realiach niniejszej sprawy tego rodzaju postawa pozostawałaby w sprzeczności z prawem do skutecznej obrony gwarantowanym przez art. 25 § 1 k.k., tym bardziej że, jak wynika z wyjaśnień oskarżonego, pokrzywdzony jeszcze po otrzymaniu ostatniego ciosu zachował pozycję stojącą, a nawet próbował po raz trzeci uderzyć go trzymanym w rękę kołkiem” (Legalis nr 1219162). W tym samym duchu wypowiedziano się w wyroku SA w Krakowie z dnia 5 października 2006 r., sygn. akt II AKa 140/06, (Legalis 81564). Podzielić więc trzeba pogląd, że atakowany często nie ma czasu na analizę, jaką ma podjąć obronę i czy posłużyć się jakimś przedmiotem. Nie ma też takiego obowiązku (wyrok SA w Szczecinie z dnia 7 marca 2013 r., sygn. akt II AKa 27/13, Legalis nr 741134. Zob. również wyrok ETPC w sprawie *Bubbins p. Wielkiej Brytanii*, § 138).

jest wartość zaatakowanego dobra. Takie elementy, jak natężenie działań agresywnych, użyte środki zamachu, właściwości napastnika, jego stan odurzenia środkami narkotycznymi w istotny sposób warunkują rodzaj i sposób stosowania podejmowanych środków zmierzających do odparcia zamachu<sup>25</sup>.

W tym miejscu pojawić się musi pytanie, jaki instrument winien być stosowany w toku oceny, czy określone działania obronne były proporcjonalne. W tym kontekście nasuwa się spostrzeżenie, że skoro każde zachowanie popełnione w okolicznościach kontratypowych, w tym w obronie koniecznej, jest społecznie akceptowalne, to przy badaniu proporcjonalności czynności defensywnych musi się stosować analogiczny instrument do tego, za pomocą którego bada się stopień powszechnie nietolerowanego ryzyka dla dobra prawem chronionego (tj. nadmiernego niebezpieczeństwa dla określonego przedmiotu ochrony). Skoro bowiem stosuje się instrumenty służące do oceny zbyt wysokiego zagrożenia dla cenionej przez ustawodawcę wartości, muszą także istnieć narzędzia służące do weryfikacji tego, kiedy taki poziom niebezpieczeństwa można w ostateczności zaaprobować. Uprawione jest więc twierdzenie, że **najbardziej przydatną figurą argumentacyjną, która mogłaby służyć do oceny przesłanki proporcjonalności, jest modelowy wzorzec osobowy. Jego użycie polegałoby na konieczności rozważenia, jaki zakres czynności obronnych mógłby obrać modelowy, racjonalnie działający obywatel, gdyby znalazł się w takich okolicznościach, w jakich broniący się poświęcał dobro prawne atakującego (wzorzec osobowy służyłby zatem do określenia, czy dla modelowego obywatela rozpoznawalne byłoby, że podejmowany sposób obronny przekracza granice proporcjonalności)**. Jeżeli konkretne czynności defensywne będą się mieścić w tak określonym standardzie, o przekroczeniu granic obrony koniecznej nie może być mowy.

Ustalając zakres dopuszczalnych czynności obronnych, winno się uwzględniać wiele zróżnicowanych okoliczności faktycznych i czynników, którymi cechuje się dane zdarzenie. Dla oceny standardu odpierania bezpośredniego i bezprawnego zamachu winno się wziąć przykładowo pod uwagę takie elementy jak:

1) właściwości fizyczne, kondycja oraz siła napastnika i broniącego się<sup>26</sup>; 2) poziom agresji, wzburzenia i determinacja atakującego; 3) nietrzeźwość lub odurzenie napastnika<sup>27</sup>; 4) strona podmiotowa atakującego; 5) motywacja, która towarzyszy napastnikowi; 6) narzędzia, którymi atakujący się posługuje, oraz sposób ich użycia<sup>28</sup>; 7) rodzaj zaatakowanego dobra prawnego i gwałtowność zamachu na nie<sup>29</sup>; 8) rodzaj dobra poświęcanego<sup>30</sup>; 9) stopień prawdopodobieństwa naruszenia przez napastnika dobra prawnego<sup>31</sup>; 10) konieczny czas reakcji na atak na dobro prawne; 11) rodzaj zaatakowanego dobra prawnego; 12) rozwój sytuacji, w której trwa atak na przedmiot prawnokarnej ochrony; 13) rodzaj i właściwości dostępnych środków obrony; 14) przewaga napastnika lub możliwość uzyskania bądź odzyskania tejże przewagi<sup>32</sup>; 15) przewaga liczebna atakujących nad broniącym się; 16) powtarzalność zamachu na dobro prawne<sup>33</sup>; 17) okoliczności zajścia<sup>34</sup>; 18) czas i miejsce, w którym wystąpił atak<sup>35</sup>; 19) sposób i kierunek zadawania ciosów przez pokrzywdzonego<sup>36</sup>.

Opierając się na dotychczasowych rozważaniach, można tytułem podsumowania stwierdzić, że **czynności obronne będą się mieścić w granicach kontratypu obrony koniecznej wtedy,**

26 Zob. np. wyrok SA w Krakowie z dnia 13 września 2016 r., sygn. akt II Aka 83/16, Legalis nr 1586816; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. akt II Aka 251/13, Legalis nr 999564.

27 Wyrok SA w Lublinie z dnia 26 maja 2008 r., sygn. akt II Aka 93/08, LEX 453977; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 marca 2017 r., sygn. akt II Aka 29/17, Legalis nr 1591943.

28 Wyrok SA w Łodzi z dnia 11 kwietnia 2013 r., sygn. akt II Aka 40/13, Legalis nr 732868.

29 Postanowienie SN z dnia 3 stycznia 2002 r., sygn. akt IV KKN 635/97, Legalis nr 53033.

30 Wyrok SA w Krakowie z dnia 13 września 2016 r., sygn. akt II Aka 83/16, Legalis nr 1586816

31 Wyrok SA w Warszawie z dnia 5 września 2014 r., sygn. akt II Aka 225/14, Legalis nr 1092975.

32 Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt II Aka 230/12, Legalis nr 742403.

33 Wyrok SA w Gdańsku z dnia 19 maja 2014 r., sygn. akt II Aka 96/14, Legalis nr 992857.

34 Wyrok SA w Katowicach z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. akt II Aka 516/12, Legalis nr 685780.

35 W postanowieniu SN z dnia 9 października 2012 r. o sygn. akt III KK 153/12 wskazano, że duże znaczenie dla ustalenia granic obrony koniecznej może mieć to, czy pokrzywdzony został zaatakowany we własnym domu (Legalis nr 546113).

36 Wyrok SA w Katowicach z dnia 4 października 2012 r., sygn. akt II Aka 373/12, Legalis nr 741205.

25 Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 marca 2017 r., sygn. akt II Aka 29/17, Legalis nr 1591943.

**gdy broniący się, zapewniając już sobie przewagę nad napastnikiem, nie wykorzysta tej sytuacji do spowodowania uszczerbku w dobrach prawnych większego, niż jest to potrzebne do skutecznego powstrzymania zamachu (lub nie zastosuje środków obrony o wiele bardziej intensywnych aniżeli te, które są konieczne do zapewnienia przewagi).** Biorąc zaś pod uwagę fakt, że podmiot zaatakowany, chcąc zapewnić sobie przewagę nad napastnikiem, może legalnie używać intensywnych środków (a już na pewno intensywniejszych aniżeli napastnik), to aby działał on w warunkach ekscesu, siła i sposób wykonywania czynności defensywnych muszą być, w porównaniu z siłą i środkami używanymi przez napastnika, rażąco dysproporcjonalne. Nawet jeżeli owa dysproporcja jest znaczna, lecz nie ma charakteru rażącego, przesłanki obrony koniecznej należy uznać za spełnione.

**IV.** Rezultatem dotychczasowych rozważań musi być konstatacja, że dana osoba, odpierając bezprawny i bezpośredni zamach na dobro prawem chronione i chcąc działać w zakresie kontraktowy z art. 25 § 1 k.k., dysponuje szeroką paletą możliwości bronięcia się. Oznacza to, że granice obrony koniecznej zostały przez ustawodawcę określone w sposób ekstensywny. Przeciwnie twierdzenia, które często są głoszone przez używających populistycznych argumentów polityków, należy uznać za mity nieznajdujące odzwierciedlenia w ustawie. Zasadnie wskazuje w tym kontekście J. Giezek, że krytycy aktualnego brzmienia art. 25 k.k., „poszukując społecznego poparcia zmian w kształtowaniu granic obrony koniecznej, (...) posługują się demagogicznymi egzemplifikacjami tego rodzaju ekstremalnych sytuacji, w których stwierdzenie przekroczenia owych granic trudno sobie w ogóle wyobrazić. Najczęściej pojawia się w tym kontekście przykład uzbrojonych bandytów, pod osłoną nocy napadających na śpiącą rodzinę, której męski przedstawiciel podejmuje nierówną z nimi walkę w słusznej przeciw sprawie, a następnie – ze względu na zadane agresorom obrażenia – staje pod zarzutem popełnienia przestępstwa. Nie należy się dziwić, że ilustrując problem tak skonstruowanymi przykładami, wywołuje się wrażenie konieczności pilnych zmian w obowiązującym prawie. Rzadko bowiem wówczas zwraca się uwagę, że w sytuacji, gdy agresywnie zachowujący się osobnicy włamią się nocą do prywatnego mieszkania, to – również w świetle obecnie obowiązującej regulacji – każda

forma przeciwstawienia się ich zamachowi, nawet jeśli miałyby doprowadzić do śmierci któregośkolwiek z napastników, powinna zostać uznana za mieszczącą się w granicach obrony koniecznej. Problem tkwi co najwyżej we właściwym zastosowaniu przewidzianych prawem instrumentów<sup>37</sup>. Zarówno więc przedstawione wcześniej przykłady, jak i zacytowana wypowiedź dowodzą, że aby broniący się wykroczył poza zakres przesłanek określonych w art. 25 § 1 k.k., jego reakcja na atak na dobro prawne będzie musiała być ewidentnie nieadekwatna. Nastąpi to bowiem jedynie wtedy, gdy dla każdego dysponującego przeciętnym zasobem wiedzy obserwatora oczywiste będzie, że określona intensywność czynności obronnych w sposób znaczny wykraczała poza cel w postaci ochrony dobra prawnego. Tylko wtedy użycie środków defensywnych ocenić się winno jako niekorzystne w bilansie zysków i strat. Powinno się w konsekwencji stwierdzić, że skoro granice kontraktowej obrony koniecznej zostały tak szeroko określone przez prawodawcę, daleko idące wątpliwości musi rodzić propozycja wprowadzenia do ustawy karnej art. 25 § 2a k.k., który miałby stanowić, że „nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej, odpierając zamach polegający na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo przylegającego do nich ogrodzonego terenu lub odpierając zamach poprzedzony wdarciem się do tych miejsc, chyba że przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące<sup>38</sup>. Jakkolwiek przepis ten miałby implementować do ustawodawstwa regulację, która nie wpływałaby na zakres kontraktowy z art. 25 § 1 k.k. (a tylko tego dotyczyły dotychczasowe rozważania), lecz ustanawiałaby nową okoliczność wyłączającą karalność, tym niemniej warto przyjrzeć się niektórym fragmentom uzasadnienia leżącego u podstaw proponowanej regulacji. Ich trafność bowiem – w świetle wywodów zawartych w niniejszym tekście – musi stać pod dużym znakiem zapytania.

Autorzy projektu wskazują w pierwszej kolejności na wadliwą praktykę sądową w zakresie stosowania art. 25 § 1-3 k.k.<sup>39</sup>

37 J. Giezek, *W obronie...*, op. cit., s. 51-52.

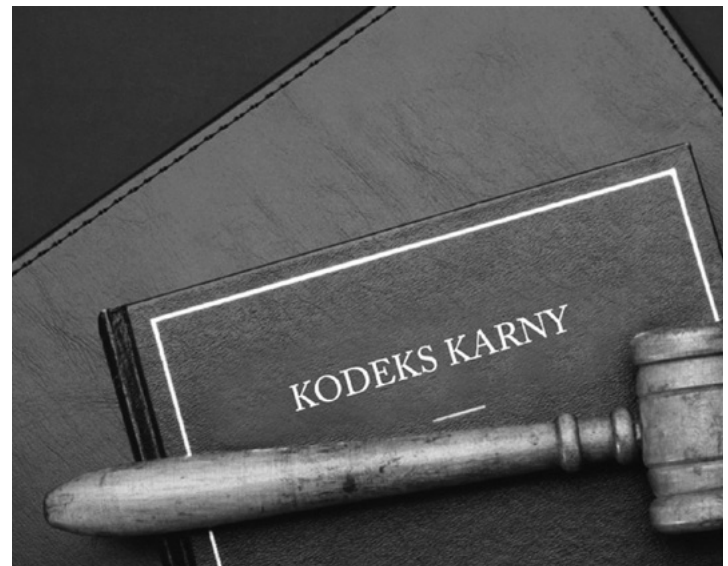
38 Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1871. Tekst dostępny na stronie internetowej: [www.orka.sejm.gov.pl](http://www.orka.sejm.gov.pl) (dostęp: 20.10.2017). Warto wskazać, że tożsama propozycja wprowadzenia do systemu prawnego art. 25 § 2a k.k. w analogicznym brzmieniu pojawiła się w 2007 r. Trafne uwagi krytyczne dotyczące proponowanej nowelizacji sformułował J. Giezek (*J. Giezek, W obronie...*, op. cit., s. 59-62).

39 Trzeba przy tym wskazać, że nie powołują się oni na żadne badania potwierdzające tę tezę. Wyrażone przez nich wnioski oparte są jedynie na

Dodają oni w tym kontekście, że „należy (...) zwrócić uwagę na negatywne odczucia społeczne związane z wyżej opisanymi przypadkami stosowania prawa. Prawo do obrony jest w naszym kręgu kulturowym uważane za jedno z ważniejszych praw i większość jego ograniczeń uznawanych jest za niezgodne z intuicyjnie definiowanym poczuciem sprawiedliwości (...). W konsekwencji w opinii publicznej utrwała się groźne społecznie przekonanie o uprzywilejowaniu przez prawo dobra napastnika kosztem dobra napadniętego (...) i nieopłacalności przeciwdziałania aktom bezprawia, wskutek czego poważnego uszczerbku doznaje zaufanie obywateli do państwa, jego organów oraz porządku prawnego. Planowana nowelizacja ma na celu wyeliminować tego rodzaju negatywne konsekwencje, a jednocześnie zachęcić obywateli do przeciwdziałania klasycznym aktom agresji ze strony napastników bez strachu przed poniesieniem z tego tytułu odpowiedzialności karnej. Nie bez znaczenia jest również aspekt ogólnoprewencyjny, przejawiający się w wyrażeniu precyzyjnego i jednoznacznego komunikatu skierowanego do potencjalnego zamachowca o prawie każdego obywatela do skutecznego odparcia zamachu. Zadaniem stawianym w planowanej nowelizacji jest także ochrona obywateli przed uznaniowymi działaniami organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości przy

twierdzeniach zawartych w opracowaniu T. Tabaszewskiego, które jednak zostało opublikowane w 2010 r. i nie uwzględniono w nim pełnego spektrum orzeczeń dotyczących problematyki granic obrony koniecznej (T. Tabaszewski, *Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie*, „Prok. i Pr.” 2010, nr 12, s. 71-93). Na podstawie tego artykułu nie sposób zdiagnozować, czy aktualnie sądy mają problemy ze stosowaniem art. 25 k.k., a jeżeli tak, to jaka jest ich skala. Warto zresztą wskazać, że w artykule, na który powołują się projektodawcy, sformułowano w stosunku do art. 25 k.k. postulaty *de lege ferenda*, które nie idą jednak tak daleko, jak chcą tego twórcy proponowanego art. 25 § 2a k.k. T. Tabaszewski postuluje bowiem, by art. 25 § 2 k.k. miał następujące brzmienie: „W przypadku obrony koniecznej osoby lub domostwa broniący tych dóbr może wybrać najskuteczniejszy w jego ocenie sposób obrony”. Co znamienne, propozycja ta ma zadanie doprecyzować przesłanki z art. 25 § 1 k.k., nie zaś statuować okoliczność wyłączającą karalność. Znamienne jest też, że w trakcie konsultacji publicznych projektu oraz opiniowania sądy powszechne oraz SN nie dość, że skierowały merytoryczne zastrzeżenia dotyczące projektu, to jeszcze podniosły, iż sygnalizowane przez stronę rządową problemy nie stanowią realnego problemu dla praktyki wymiaru sprawiedliwości (tak przede wszystkim stwierdził SA w Szczecinie). Zob. również: opinia Prokuratury Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej KR-51-724/17/TSR/mde do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny (dostępna na stronie: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12299357/12439149/12439152/dokument305907.pdf>, s. 5, dostęp: 26.10.2017), w której odniesiono się bardzo krytycznie do propozycji wprowadzenia art. 25 § 2a k.k.

interpretacji niejasnych i niedookreślonych zwrotów w postaci strachu i wzburzenia, które dodatkowo mają być usprawiedliwione okolicznościami zamachu. Dla realizacji wspomnianych celów projektowana zmiana przesuwając akcent ze sfery emocjonalnej osoby odpierającej zamach na mający charakter zobiektywizowany przedmiot zamachu. W ten sposób zostanie w sposób jasny i niebudzący wątpliwości przyznana obywatelom możliwość ochrony dóbr prawnych o fundamentalnym znaczeniu z punktu widzenia akceptowanego w społeczeństwie systemu aksjologicznego przed bezprawnymi zamachami”.



Odnosząc się do zacytowanych powyżej twierdzeń, warto zwrócić uwagę na fakt, że osoba, która działałaby w warunkach określonych w art. 25 § 2a k.k., dopuszczałaby się zachowania bezprawnego. Z tej też przyczyny nie bardzo wiadomo, w jaki sposób za pomocą proponowanego przepisu ma zostać w sposób jasny i niebudzący wątpliwości przyznana obywatelom możliwość ochrony dóbr prawnych, skoro przekroczenie granic obrony koniecznej w warunkach wskazanych przez projektodawców w dalszym ciągu będzie zakazane. Przepis ten nie może więc dawać szerszej możliwości ochrony cennych z punktu widzenia ocen społecznych dóbr prawnych, albowiem nie modyfikuje on zakresu kontratypu. Jako mocno niefortunne jawi się również twierdzenie, że art. 25 § 2a k.k. ma „zachęcić obywateli do przeciwdziałania klasycznym aktom agresji ze strony napastników bez strachu przed poniesieniem z tego tytułu odpowiedzialności

karnej”. Ustawodawca nie powinien bowiem „zachęcać obywateli” do podejmowania czynności naruszających prawo (a więc do stosowania zbyt intensywnych środków obrony, czyli podejmowanych bez umiaru), lecz winien nakreślić na tyle szerokie granice kontratywu obrony koniecznej, by dana osoba nie obawiała się bronić przez bezpośrednimi i bezprawnymi zachowaniami napastników, która to zresztą powinność – jak to wykazały wcześniejsze rozważania – jest *de lege lata* przez prawodawcę wypełniona.



Abstrahując jednak od powyższych uwag, warto podkreślić, że wprowadzenie do ustawy karnej art. 25 § 2a k.k. w proponowanym kształcie rodziłoby wiele wątpliwości o charakterze konstytucyjnym. Wiadomo bowiem, że depenalizacja pewnego rodzaju zachowań może niekiedy osłabiać intensywność ochrony dobra prawnego. Jeżeli określona wartość będzie zaś zbyt słabo chroniona, zjawisko takie może podważać konieczne w demokratycznym państwie prawnym zaufanie obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa. Stopień zabezpieczenia określonej wartości jest zaś elementem, który podlega ocenie z punktu widzenia zgodności ustawy z konstytucją. Warto w tym kontekście przytoczyć wypowiedź P. Tulei, który wskazuje, że „prawo karne ma za zadanie realizować też tzw. pozytywny aspekt praw człowieka. Normy prawa karnego materialnego ustanawiane są w celu ochrony praw konstytucyjnych. Ustawodawca pozostaje w zgodzie z konstytucją, o ile w sposób

dostateczny gwarantuje ochronę konstytucyjnych praw jednostek oraz konstytucyjnych zasad przedmiotowych za pomocą prawa karnego. Podstawowym obowiązkiem ustawodawcy jest więc ustalenie, że określone dobro prawne leżące u podstaw danego typu czynu zabronionego znajduje zakotwiczenie w Konstytucji. To jednak nie wystarcza. Konieczność zagwarantowania prawnokarnej ochrony tego dobra wymaga przeprowadzenia testu proporcjonalności, ale jest to test tzw. proporcjonalności odwróconej. Nie wyraża się ona w zakazie nadmiernej ingerencji w wolności i prawa konstytucyjne (*Übermassverbot*), lecz w nakazie maksymalnej (koniecznej) ich ochrony (*Untermassverbot*). Nakaz ten polega na konieczności ochrony dóbr prawnych mających zakotwiczenie konstytucyjne w jak największym stopniu, który powinien jednak być ograniczony ze względu na kolizje z innymi nakazami lub zakazami konstytucyjnymi<sup>40</sup>. Na tej podstawie można zatem stwierdzić, że **jeśli TK uzna, że prawodawca zbyt szeroko określił przesłanki danej okoliczności wyłączonej karalności, może uznać taką regulację za niekonstytucyjną i w konsekwencji usunąć ją z systemu prawnego**. Na takie zarzuty dotyczące potencjalnej niezgodności z Konstytucją może się narazić z dużym prawdopodobieństwem art. 25 § 2a k.k. Wprowadzenie tego przepisu do systemu prawnego mogłoby sugerować konieczność uwolnienia określonego podmiotu od odpowiedzialności karnej nawet wtedy, gdyby nie zasługiwał on na skorzystanie z przywileju bezkarności. Przypomnieć bowiem trzeba, że wedle zamierzeń projektodawców projektowany przepis miałby być stosowany nawet wtedy, kiedy to przekroczenie granic obrony koniecznej nie było podyktowane strachem lub wzburzeniem usprawiedliwionym okolicznościami zamachu. Artykuł 25 § 2a k.k. uwalniałby więc od kary również w sytuacji, gdy ekscentent dopuściłby się zachowania zawnionego<sup>41</sup>. Propono-

40 P. Tuleja, *Zasada proporcjonalności jako podstawa prawnokarnej ingerencji w prawa jednostki (w:) Kryminalizacja narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo*, red. J. Majewski, Warszawa 2015, s. 16. Zob. również: T. Sroka (w:) *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, Warszawa 2016, s. 951.

41 Zgodzić się należy z poglądem, iż pomimo faktu, że ustawodawca używa w art. 25 § 3 k.k. sformułowania „nie podlega karze”, to w istocie w przepisie tym opisano okoliczność wyłączającą winę. Jeżeli bowiem sprawca dopuszcza się określonego czynu pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami zamachu, to działa on w warunkach anormalnej sytuacji motywacyjnej. Z tego też powodu nie



wana treść przepisu mogłaby wręcz sugerować to, że bezkarne byłoby np. przekroczenie granic obrony koniecznej następujące po stronie w pełni opanowanego broniącego się, który ani trochę nie odczuł obawy lub pobudzenia związanego z atakiem napastnika i z łatwością mógł postąpić zgodnie z poleceniem wyrażonym w normie sankcjonowanej. Takie rozwiązanie jest trudne do zaakceptowania zarówno z aksjologicznego, jak i z kryminalno-politycznego punktu widzenia. Może ono bowiem prowadzić do szeregu niesprawiedliwych rozstrzygnięć. Jeżeli bowiem sprawca ponosi winę za naruszenie normy sankcjonowanej, gdyż przekroczył szeroko przeciw określone granice obrony koniecznej, zaś jego zachowanie jest nieproporcjonalne, nie ma żadnych rozsądnych, trafnych, a przez to przekonujących powodów, by sprawcę uwolnić od kary. Jeżeli zaś w takich sytuacjach uwalniałoby się napastnika od odpowiedzialności, określone dobro prawne mogłoby być niedostatecznie chronione z punktu widzenia standardu konstytucyjnego. Na bezkarność sprawca mógłby natomiast zasługiwać jedynie w szczególnych uzasadnionych przypadkach, a więc np. wtedy, gdyby dzięki jego staraniom ostatecznie nie doszło do dokonania czynu zabronionego (jak to ma miejsce w przypadku czynnego żalu skutecznego określonego w art. 15 § 1 k.k.), uchyli grożące niebezpieczeństwo dla dobra prawnego (art. 160 § 4 k.k.) bądź też naprawi wyrządzoną szkodę (art. 296 § 5 k.k.). W tego rodzaju okolicznościach – wskutek zachowania napastnika – dochodzi do przywrócenia zaburzonego uprzednio ładu społecznego, a więc wymierzenie kary staje się niecelowe. W takich sytuacjach okoliczności wyłączające karalność mają stanowić swoistą zachętę dla sprawców, by podejmowali oni postępowania mające na celu zapobiegnięcie naruszeniu cenionych przez prawodawcę wartości. Jeżeli ostateczne oszczędzenie dobra prawnego będzie ich zasługą, zaistnieją racjonalne powody ku temu, by nie podlegali oni odpowiedzialności karnej. Natomiast, chcąc interpretować art. 25 § 2a k.k. w oderwaniu od przepisów ustawy zasadniczej (a więc wykładając ten przepis tylko w oparciu o wykładnię językową w oderwaniu od kontekstu konstytucyjnego), takiego celu motywacyjnego nie sposób osiągnąć. Tymczasem jeżeli sprawca w sposób zawiniony przekracza

można mu czynić zarzutu, że przekroczył określoną normę sankcjonowaną, co z kolei wyklucza zawinienie (W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 361).

granice obrony koniecznej, nie pojawiają się żadne argumenty za tym, by go w jakiś sposób premiować. Skutki zastosowania proponowanej regulacji mogą więc być dyskusyjne z punktu widzenia regulacji konstytucyjnych, w tym w szczególności art. 2 i art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej (w połączeniu z przepisem Konstytucji odnoszącym się do ochrony konkretnej wartości konstytucyjnej).

### **Art. 25. Obrona konieczna**

*§ 1. Nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej odpiera bezpośredni, bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem.*

*§ 2. W razie przekroczenia granic obrony koniecznej, w szczególności gdy sprawca zastosował sposób obrony niewspółmierny do niebezpieczeństwa zamachu, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia.*

*§ 3. Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu.*

Aktualnie nie ulega wątpliwości, że na interpretatorze ciąży obowiązek dokonywania prokonstytucyjnej wykładni przepisów prawa. Interpretacja ta polega na takim rozumieniu określonego aktu normatywnego, by nadać mu brzmienie zgodne z zapisami Konstytucji. Oczywiście jest więc, że jeśli art. 25 § 2a k.k. zostałby wprowadzony do systemu, należałoby go wyklądać zgodnie z ustawą zasadniczą. W tej perspektywie można byłoby stwierdzić, że przepis ten mógłby być stosowany wyłącznie wtedy, gdy w świetle ocen społecznych zachowanie ekscententa zasługiwałoby na uwolnienie od kary. Wspomniana zasługa występuje z pewnością wtedy, gdy określona osoba przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu. Sytuacja taka jest już jednak objęta zakresem art. 25 § 3 k.k. Można oczywiście próbować twierdzić, że istnieją również niemieszczące się w art. 25 § 3 k.k. przypadki przekroczenia granic obrony koniecznej, w których sprawca nie ponosi winy w czasie czynu. W przypadku akceptacji takiej

tezy tego rodzaju zachowanie ekscententa nie będzie jednak podlegało karze już na gruncie obecnego stanu prawnego. Osoba taka może bowiem zostać uwolniona od odpowiedzialności karnej na podstawie wskazanej w art. 1 § 3 k.k. ogólnej klauzuli zawinienia. Oczywiście jeżeli proponowana nowelizacja weszłaby w życie, można byłoby twierdzić, że wszelkie przypadki niezawinionego przekroczenia granic obrony koniecznej również zostały objęte zakresem art. 25 § 2a k.k. Takie rozwiązanie mogłoby jednak prowadzić do trudnych do zaakceptowania z punktu widzenia aksjologii konstytucyjnej rozstrzygnięć. Jak już bowiem była o tym mowa, nie ma żadnego racjonalnego powodu, by sprawca, który w sposób zawiniony przekracza granice obrony koniecznej, miał zostać nieukarany. Rodziłoby to konieczność uznania, że projektowany przepis, jeżeliby chciał go wyklądać prokonstytucyjnie, nie mógłby obejmować przypadków zawinionego ekscesu. Chcąc natomiast przyjąć taką interpretację, organ stosujący prawo mógłby się oprzeć na końcowej części omawianego przepisu. Projektowany art. 25 § 2a k.k. wskazuje bowiem, że uwolnienie od kary nie nastąpi wtedy, gdy przekroczenie granic obrony koniecznej było „rażące”. To właśnie ta negatywna przesłanka może posłużyć sędziom do twierdzenia, że jeżeli ekcentent dopuścił się bezprawnego zachowania nie wskutek strachu lub wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami zamachu lub z innej przyczyny wyłączającej zawinienie, to przekroczenie granic obrony koniecznej winno się uznać – w świetle konstytucyjnego testu proporcjonalności – za rażące i jako takie niezastługujące na bezkarność (np. dlatego, że do rażącego przekroczenia granic obrony koniecznej dochodzi wtedy, gdy broniący się, wykorzystując sytuację zamachu, zadał napastnikowi dodatkowe ciosy nie tylko w celu odparcia zagrożenia dla dobra prawnego, lecz aby dodatkowo dać atakującemu swego rodzaju „nauczkę”). Powodowałoby to, że **wejście w życie art. 25 § 2a k.k. nic by w istocie nie zmieniło w stosunku do obecnego stanu prawnego (przepis ten uszczegóławiałby jedynie okoliczność wyłączającą winę). Pożądane przez sprawcę rezultaty można bowiem *de lege lata* osiągnąć w oparciu o art. 1 § 3 k.k. oraz art. 25 § 3 k.k. Wprowadzenie do porządku prawnego art. 25 § 2a k.k. jest zatem zbędne.**

Podsumowując, zaprezentowane w niniejszym tekście rozważania dowiodły, że granice kontratywu obrony koniecznej zostały

na tyle szeroko określone, że pozwalają jednostce na skuteczne bronienie się bez obawy o poniesienie odpowiedzialności karnej. Nie ma więc żadnego powodu ku temu, by je modyfikować. Bezcelowe i niezgodne z Konstytucją byłoby również wprowadzenie do porządku prawnego regulacji rozszerzającej krąg sytuacji, w których dochodziłoby do bezkarnego przekroczenia granic obrony koniecznej. Analizując współczesne orzecznictwo, trudno stwierdzić, że art. 25 k.k. jest obecnie błędnie stosowany. Powyższe rozważania nadto dowiodły, że na uwolnienie od kary zasługuje jedynie niezawinione zachowanie ekscententa, a więc takie postępowanie, które zostało podjęte w warunkach anormalnej sytuacji motywacyjnej. Natomiast *de lege lata* za czyny takie sprawca nie podlega odpowiedzialności karnej. Z tej też przyczyny za całkowicie zbędne należy uznać wprowadzenie do systemu prawnego art. 25 § 2a k.k.

**Dr Szymon Tarapata** – adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Materiałnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, adwokat.

***Selected comments on the direct application of the Constitution in determining the limits of self-defence and the consequences of exceeding them.***

The arguments presented in the article show that self-defence is not autonomous, subsidiary or relatively subsidiary, and should instead be proportionate. In the Polish legal system, the legislator broadly defines the limits of self-defence. The defending party does not have to do everything that is possible to stop the attacker of the legal interest and, above all, is not obliged to retreat to fulfil all the premises described in article 25 § 1 c.c. The article further points out that there is no point in implementing article 25 § 2a c.c. to the Polish legal system as this provision will have to be interpreted in accordance with the Constitution, which means it will only refer to circumstances that exclude the fault. The provision would therefore concern only perpetrators of crimes that presently are not subject to criminal liability under article 25 § 3 c.c. or article 1 § 3 c.c.

Ograniczenia prawa do obrony wynikające z możliwości stosowania na etapie postępowania przygotowawczego tymczasowego aresztowania na podstawie dowodów niejawnych dla oskarżonego i jego obrońcy – analiza krytyczna art. 250 § 2b Kodeksu postępowania karnego

dr Marek Bielski



I. Podstawowym elementem prawa do obrony jest uprawnienie oskarżonego do zapoznania się z materiałem dowodowym stanowiącym podstawę formułowanych wobec niego zarzutów. Bez zapewnienia oskarżonemu i jego obrońcy dostępu do materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania karnego nie można wyobrazić sobie sensownego realizowania prawa do obrony w znaczeniu materialnym, którego istota sprowadza się do możliwości merytorycznego ustosunkowania się do dowodów, kwestionowania wartości zgromadzonego materiału dowodowego oraz poczynionych na jego podstawie ustaleń faktycznych. Odmienne cele poszczególnych etapów procesu karnego uzasadniają i usprawiedliwiają ograniczenia w dostępie do akt sprawy w toku postępowania przygotowawczego. W razie prowadzenia postępowania przygotowawczego bez stosowania wobec podejrzanego środków zapobiegawczych<sup>1</sup> konieczność realizacji dominujących w tej fazie procesu celów wykrywczych uzasadnia przyznanie prokuratorowi kompetencji do wyłączenia lub ograniczenia podejrzanemu i jego obrońcy dostępu do akt postępowania przygotowawczego<sup>2</sup>. Zakres dopuszczalnych

ograniczeń w dostępie do akt rysuje się odmienienie wówczas, gdy w postępowaniu przygotowawczym dojdzie do zastosowania wobec podejrzanego środków zapobiegawczych, w szczególności tymczasowego aresztowania. W takich układach procesowych aktualizuje się potrzeba zapewnienia oskarżonemu możliwości efektywnego wykonywania uprawnień wynikających z przysługującego mu prawa do obrony, wymagająca m.in. zapewnienia dostępu do akt postępowania przygotowawczego w zakresie, w jakim zalegające w tych aktach dowody służą wykazaniu podstawy faktycznej, uzasadniającej stosowanie środka zapobiegawczego.

Regulacje Kodeksu postępowania karnego, a w szczególności wypracowana na ich podstawie praktyka orzecznicza, długo nie spełniały minimalnych wymogów gwarancyjnych w zakresie dostępu do akt sprawy w postępowaniu incydentalnym w przedmiocie tymczasowego aresztowania<sup>3</sup>. Zmianę jakościową

1 W świetle regulacji kodeksowych zasadą jest prowadzenie postępowania przygotowawczego bez stosowania środków zapobiegawczych, a ich stosowanie – wyjątkiem. Zob. P. Kardas, *Środki zapobiegawcze w polskim procesie karnym – analiza aktualnego stanu prawnego w kontekście praktyki stosowania prawa oraz propozycje nowych rozwiązań ustawowych*, „Biuletyn Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego” 2010, nr 1, Warszawa 2010, s. 205 i n.

2 Art. 156 § 5 Kodeksu postępowania karnego (dalej również: k.p.k.) w brzmieniu obowiązującym od 2 czerwca 2014 r. wprowadza zasadę względnej jawności wewnętrznej akt postępowania przygotowawczego. W związku z tym trafnie wskazuje się, że brak podstaw normatywnych do wyprowadzenia na gruncie obowiązującego stanu prawnego zasady tajemnicy postępowania przygotowawczego. Zob. P. Kardas, *Konwencyjny standard gwarancyjny a problem dostępu do akt sprawy w postępowaniu przygotowawczym (w:) Prawo wobec problemów społecznych. Księga Jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2016, s. 151 i n.

3 Dochodzenie do zapewnienia minimalnych standardów gwarancyjnych dotyczących dostępu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania było procesem długotrwałym i złożonym. W pierwszej fazie, przed wydaniem wyroku TK z dnia 3 czerwca 2008 r., K 42/07 OTK-A 2008, z. 5, poz. 77, funkcjonowała patologiczna i powszechnie krytykowana praktyka orzecznicza pozwalająca na arbitralną odmowę oskarżonemu i jego obrońcy dostępu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania (zob. m.in. P. Kardas, *Z problematyki dostępu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania*, „CzPKiNP” 2008, z. 2, s. 5 i n.; P. Kardas, *Uprawnienia obrońcy do wglądu w akta postępowania przygotowawczego w toku procedury habeas corpus*, „CzPKiNP” 2009, z. 3, s. 149 i n.; P. Kardas, P. Wiliński, *O niekonstytucyjności odmowy dostępu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania*, „Palestra” 2008, nr 7-8, s. 23 i n.; J. Skorupka, *Udostępnianie akt sprawy podejrzanemu*, „Prok. i Prawo” 2007, nr 5, s. 65 i n.; P. Wiliński, *Odmowa dostępu do akt sprawy w postępowaniu przygotowawczym*, „Prok. i Prawo” 2006, nr 11, s. 74 i n.; M. Wąsek-Wiaderek, *Dostęp do akt sprawy oskarżonego tymczasowo aresztowanego i jego obrońcy w postępowaniu przygotowawczym – standard europejski a prawo polskie*, „Palestra” 2003, nr 3-4, s. 55 i n.). W drugiej fazie, wiążącej się z obowiązywaniem od 28 września

przyniosła dopiero nowelizacja Kodeksu postępowania karnego z dnia 27 września 2013 r.<sup>4</sup> W jej wyniku w art. 156 § 5a k.p.k. wprowadzono bezwarunkowy dostęp podejrzanego i jego obrońcy do akta sprawy w części zawierającej dowody wskazane we wniosku prokuratora o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania<sup>5</sup>, jak również w art. 249a k.p.k.<sup>6</sup> przewidziano jako bezwzględna zasadę oparcie rozstrzygnięcia sądu w przedmiocie tymczasowego aresztowania wyłącznie o ustalenia poczynione na podstawie dowodów jawnych dla oskarżonego i jego obrońcy. W konsekwencji wskazanych zmian normatywnych wprowadzono w pełni odpowiadający standardom konstytucyjnym,

2009 r. do 2 czerwca 2014 r. art. 156 § 5a k.p.k. w brzmieniu pierwotnym istniała możliwość ograniczenia oskarżonemu i jego obrońcy dostępu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania (zob. m.in. P. Hofmański, *Dostęp do akt postępowania przygotowawczego. Uwagi na tle nowelizacji art. 156 k.p.k. (w:) Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi, V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.)*, Warszawa 2010, s. 567 i n.; P. Kardas, *Standard rzetelnego procesu a prawo wglądu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania, czyli historia jednej nowelizacji*, „*Prok. i Prawo*” 2010, Nr 1-2, s. 89 i n.; R.A. Stefański, *Udostępnienie akt podejrzanemu w postępowaniu w przedmiocie zastosowania lub przedłużenia tymczasowego aresztowania*, „*WPP*” 2009, nr 4, s. 98 i n.; A. Tęcza-Paciorek, K. Wróblewski, *Dostęp podejrzanego do akt postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania*, „*Prok. i Prawo*” 2010, z. 5, s. 68 i n.).

4 Zob. ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2013 poz. 1247). W omawianym zakresie wskazana nowelizacja stanowiła implementację Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/13/UE z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym (Dz.U. UE L 142 z 2012) – dalej: dyrektywa 2012/13/UE.

5 Zob. D. Drajewicz, *Tymczasowe aresztowanie w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „*Prok. i Prawo*” 2016, nr 5, s. 99 i n.; J. Izydorczyk, *Stosowanie tymczasowego aresztowania po 1 lipca 2015 r. (w:) Obrońca i pełnomocnik w procesie po 1 lipca 2015 r.*, P. Wiliński (red.), Warszawa 2015, s. 142 i n.; J. Matras, *Niektóre regulacje tymczasowego aresztowania w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, „*Prok. i Prawo*” 2014, nr 4, s. 34 i n.; K. Perlińska, *Wniosek prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania w świetle prawa oskarżonego do obrony*, „*Prok. i Prawo*” 2016, nr 3, s. 26 i n.; K. Wróblewski, A. Tęcza-Paciorek, *Dostęp podejrzanego do akt postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „*Prok. i Prawo*”, 2016, nr 3, s. 41 i n.

6 W zakresie rozwiązania wątpliwości interpretacyjnych, jakie rodziło nierównoczesne wejścia w życie obowiązującego od 2 czerwca 2014 r. art. 156 § 5a k.p.k. oraz obowiązującego od 1 lipca 2015 r. art. 249a k.p.k. zob. M. Rams, *Znaczenie wykładni zgodnej dla interpretacji przepisów kodeksu postępowania karnego na przykładzie problematyki dostępu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania*, e-CzPKiNP 2013/14 (tekst dostępny: <http://www.czpk.pl>).

konwencyjnym i unijnym bezwarunkowy dostęp podejrzanego i jego obrońcy do akt postępowania przygotowawczego w zakresie, w jakim zgromadzone w nich dowody miały stanowić podstawę rozstrzygnięcia sądu w przedmiocie tymczasowego aresztowania.

Odpowiadający minimalnym standardom gwarancyjnym modelowy stan regulacji karnoprosesowej w zakresie dostępu podejrzanego i jego obrońcy do akt sprawy w toku postępowania incydentalnego w przedmiocie tymczasowego aresztowania nie trwał nadmiernie długo. Wraz z wejściem w życie nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, obowiązującej od dnia 15 kwietnia 2016 r.<sup>7</sup>, wprowadzono regulację art. 250 § 2b k.p.k. oraz zmodyfikowano art. 156 § 5a *in fine* k.p.k. oraz art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k. W art. 250 § 2b k.p.k. oraz w art. 156 § 5a *in fine* k.p.k. przewidziano wyjątek od zasady udostępniania oskarżonemu i jego obrońcy wszystkich dowodów stanowiących podstawę wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania, ograniczając ten dostęp poprzez wyłączenie z jego zakresu dowodów z zeznań szczególnej kategorii świadków zagrożonych. Jednocześnie przewidziano wymóg wskazania przez prokuratora dowodów z zeznań tej kategorii świadków w wyodrębnionym zbiorze dokumentów, dołączonym do wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania. W art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k. dopuszczono możliwość uznania przez sąd za podstawę orzeczenia o zastosowaniu lub przedłużeniu tymczasowego aresztowania ustaleń poczynionych na podstawie dowodów z zeznań świadków, o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k. W konsekwencji wskazane zmiany legislacyjne wprowadziły ograniczenia w możliwości zapoznania się przez stronę bierną z częścią materiału dowodowego stanowiącego podstawę złożonego przez prokuratora wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania, a – co istotniejsze – z częścią materiału dowodowego stanowiącego podstawę rozstrzygnięcia sądu. W wyniku wskazanych ograniczeń oskarżony i jego obrońca zostali pozbawieni możliwości kwestionowania wartości dowodowej nieujawnionego im materiału dowodowego, czego konsekwencją jest ograniczenie

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

możliwości podważenia ustaleń faktycznych dokonanych na podstawie dowodów niejawnych dla obrony, co wpływa na możliwość efektywnego realizowania prawa do obrony.

Na marginesie warto zaznaczyć, że prześledzenie przebiegu prac legislacyjnych poprzedzających wprowadzenie wskazanych zmian świadczy o tym, że ostateczny kształt nowelizacji stanowi wypatrzenie pierwotnych intencji projektodawcy<sup>8</sup>. Mając świadomość ograniczeń wynikających z konieczności pełnej implementacji dyrektywy 2012/13/UE w projekcie rządowym, przedstawiono rozwiązania respektujące gwarancje procesowe wynikające z prawa unijnego. Projektowany art. 250 § 2b k.p.k. przewidywał jedynie możliwość utajnienia przez prokuratora okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka lub osób jemu najbliższych, w tym ich danych osobowych<sup>9</sup>. Projektowany art. 249 § 2 k.p.k. przewidywał natomiast procedurę umożliwiającą ujawnienie okoliczności utajnionych, jeśli okoliczności te zostały uznane przez sąd za istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia w przedmiocie tymczasowego aresztowania<sup>10</sup>. Projektowane przepisy nie przewidywały utajnienia wobec oskarżonego i jego obrońcy treści dowodów z zeznań szczególnej kategorii świadków zagrożonych, a jedynie zakładały

8 Zob. projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw wraz z uzasadnieniem (druk sejmowy 207, Sejm VIII kadencji, dostępny: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=207>).

9 W projekcie ustawy nowelizującej art. 250 § 2b planowano nadać brzmienie: „Jeżeli zachodzi uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach świadka lub osoby dla niego najbliższej lub szczególnie potrzeba zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania lub ochrony ważnego interesu państwa, prokurator dołącza do wniosku, o którym mowa w § 2a, kopie dokumentów zawierających treść dowodów wskazanych we wniosku, zachowując w tajemnicy okoliczności umożliwiające ujawnienie tożsamości świadka lub osób jemu najbliższych, w tym ich danych osobowych, jeżeli okoliczności te nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania”.

10 Projekt ustawy nowelizującej zakładał dodanie art. 249 § 2 w brzmieniu: „Jeżeli podstawę wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania stanowiły kopie dokumentów, o których mowa w art. 250 § 2b, a sąd uzna, że okoliczności zachowane w tajemnicy mają znaczenie dla rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania, sąd na posiedzeniu wskazuje prokuratorowi te dowody, jeżeli są niezbędne dla rozpoznania wniosku. Prokurator decyduje o ujawnieniu wskazanych przez sąd dowodów lub odmawia ich ujawnienia”.

konieczność anonimizacji treści tych dowodów w celu uniemożliwienia identyfikacji tożsamości tych świadków. Wejście w życie wskazanych regulacji w pierwotnie projektowanym brzmieniu nie budziłoby wątpliwości w zakresie zachowania minimalnych gwarancji procesowych w zakresie dostępu do akt w toku postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania<sup>11</sup>.

II. Dopuszczalność obowiązujących *de lege lata* ograniczeń w dostępie podejrzanego i jego obrońcy do stanowiących część wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania dowodów z zeznań świadków, o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k., wymaga pogłębionej analizy pod kątem zgodności tych regulacji ze współkształtującymi w tym zakresie polski system prawa procesowego standardami konstytucyjnymi, konwencyjnymi i unijnymi.

Standard konstytucyjny w zakresie gwarancji procesowych oskarżonego i jego obrońcy w dostępie do akt sprawy w toku postępowania incydentalnego w przedmiocie tymczasowego aresztowania jest możliwy do odtworzenia na podstawie dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego<sup>12</sup>. Analizując przedmiotowe zagadnienie, TK wychodzi od stwierdzenia, że w przypadku stosowania środków zapobiegawczych dochodzi do kolizji wartości, jaką jest z jednej strony skuteczność postępowania przygotowawczego, a z drugiej zapewnienie możliwości podejmowania przez podejrzanego i jego obrońcę efektywnej (skutecznej) obrony w sprawie. W tym kontekście wskazuje się, że wynikające z art. 42 ust. 2 Konstytucji prawo

11 Inną kwestią jest to, że regulacja projektowanego art. 250 § 2b stanowiła w istocie rzeczy *superfluum* ustawowe wobec obowiązującej już regulacji art. 184 k.p.k. Zob. A. Sakowicz, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 207)*, pkt 5, s. 12-14 (dostępna: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=207>).

12 Fundamentalne znaczenie dla zrekonstruowania stanowiska reprezentowanego przez TK ma wyrok z dnia 3 czerwca 2008 r. K 42/07 OTK-A 2008, z. 5, poz. 77. Istotne znaczenie dla odtworzenia standardu gwarancyjnego ma również wyrok TK z dnia 20 maja 2014 r. SK 13/13, OTK-A 2014, z. 5, poz. 54 odnoszący się do zakresu dostępu do akt na etapie postępowania przygotowawczego w wypadku decyzji procesowych o stosowaniu przez prokuratora nieizolacyjnych środków zapobiegawczych. Zob. również wyrok TK z dnia 28 listopada 2007 r., K 39/07, OTK-A 2007, nr 10, poz. 129.

do obrony jest co prawda fundamentalną zasadą procesu karnego, a także elementarnym standardem demokratycznego państwa prawnego, nie jest jednak prawem absolutnym. Trybunał przyjmuje, że słusznie w postępowaniu przygotowawczym nie obowiązuje zasada pełnej jawności w zakresie dostępu do akt sprawy, dopuszczając w tym zakresie ograniczenia uzasadnione koniecznością realizacji celów wykrywczych. Jak się podkreśla, ograniczenia te muszą spełniać określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu konstytucyjnych praw i wolności. TK wskazuje, że właściwe wyważenie kolidujących ze sobą wartości nakazuje przyjąć, że w przypadkach, w których w postępowaniu przygotowawczym miałyby dojść do ograniczenia praw i wolności podejrzanego w związku ze stosowaniem środków zapobiegawczych, to wówczas ograniczenia w dostępie do akt muszą ustąpić możliwości efektywnego realizowania uprawnień wynikających z prawa do obrony poprzez udostępnienie podejrzanemu i jego obrońcy akt postępowania przygotowawczego w takim zakresie, w jakim zgromadzone w nich dowody służą wykazaniu podstawy faktycznej, uzasadniającej stosowanie tych środków. Określając minimalny standard gwarancyjny, wskazano, iż „Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że zakres akt, które powinny być udostępnione aresztowanemu i jego obrońcy, powinien być wyznaczony przez efektywność prawa do obrony. Jawne muszą być więc wszystkie te materiały postępowania przygotowawczego, które uzasadniają wniosek prokuratora o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania”<sup>13</sup>. Tym samym, w ocenie Trybunału, znalezienie właściwych proporcji pomiędzy kolidującymi ze sobą wartościami polega na umożliwieniu oskarżonemu i jego obrońcy korzystania z uprawnień związanych z dostępem do akt postępowania przygotowawczego, jednak z ograniczeniami wynikającymi z zakresu dowodów stanowiących podstawę wniosku prokuratora o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania. Nie jest więc kwestionowane, że dysponentem materiału dowodowego w postępowaniu przygotowawczym jest prokurator, jednak w układach procesowych, w których oskarżyciel publiczny dostrzega potrzebę zabezpieczenia toku postępowania przez stosowanie środków zapobiegawczych,

<sup>13</sup> Zob. wyrok TK z dnia 3 czerwca 2008 r., K 42/07, OTK-A 2008, z. 5, poz. 77.

a zwłaszcza tymczasowego aresztowania, musi się liczyć z tym, iż zapewnienie realnego charakteru prawa do obrony wymaga umożliwienia oskarżonemu i jego obrońcy zapoznania się co najmniej z tą częścią zgromadzonego materiału dowodowego, która uzasadnia podstawę faktyczną stosowania środka zapobiegawczego. Realizacja zasady rzetelnego procesu karnego oraz zapewnienie równości broni wymaga tego, aby oskarżony i jego obrońca mieli możliwość merytorycznego odniesienia się do dowodów, mających stanowić podstawę rozstrzygnięcia w przedmiocie środków zapobiegawczych, zwłaszcza tymczasowego aresztowania. Takie wyważenie ograniczeń prawa do obrony ze względu na zapewnienie skuteczności postępowania przygotowawczego określa racjonalny kompromis pomiędzy kolidującymi ze sobą wartościami, dając możliwość zapoznania się oskarżonemu i jego obrońcy tylko z tymi dowodami, które prokurator wskaże we wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania, co pozwala na merytoryczne ustosunkowanie się przez obronę do podstawy dowodowej zarzutów w toku toczącego się przed sądem postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania<sup>14</sup>.

W kontekście wypracowanego w orzecznictwie TK minimalnego standardu gwarancyjnego wynikające z analizowanych przepisów procesowych ograniczenia w prawie do obrony muszą zostać zweryfikowane<sup>15</sup> przez pryzmat przesłanek, mającej swoje źródło w art. 31 ust. 3 Konstytucji, zasady proporcjonalności<sup>16</sup>. W pierw-

<sup>14</sup> Zob. w szczególności P. Kardas, P. Wiliński, *O niekonstytucyjności...*, op. cit., s. 23 i n.; P. Kardas, *Standard rzetelnego procesu...*, op. cit., s. 89 i n.; A. Tęcza-Paciorek, K. Wróblewski, *Skutki wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 czerwca 2008 r., sygn. akt K 42/07 dla realizacji prawa podejrzanego do obrony w postępowaniu w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania w świetle art. 156 § 5a k.p.k.*, „Ius Novum” 2011, nr 3, s. 36 i n.

<sup>15</sup> Zob. M. Prusek, *Utajnienie zeznań świadka w procesie karnym a realizacja konstytucyjnej zasady proporcjonalności*, „Palestra” 2017, nr 7-8, s. 32 i n.

<sup>16</sup> Zob. m.in. M. Szydło (w:) *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, M. Safian, L. Bosek (red.), Warszawa 2016, s. 770 i n.; A. Stępkowski, *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej. Sądowa kontrola władzy dyskrecyjnej w nowoczesnej Europie*, Warszawa 2010; K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999; J. Zakolska, *Zasada proporcjonalności w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2008. Odnośnie do zasady proporcjonalności w kontekście szeroko rozumianego prawa karnego zob. m.in. P. Cychosz, *Konstytucyjny standard prawa karnego materialnego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, Kraków 2017, s. 411 i n.; P. Wiliński, *Proces karny w świetle konstytucji*, s. 270 i n; K.

szej kolejności ocena dopuszczalności wprowadzenia ograniczeń w dostępie do dowodów w postaci zeznań świadków, o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k., wymaga zrekonstruowania konkretnych, konstytucyjnie doniosłych wartości i celów, których ochrona miała uzasadniać wprowadzenie tej regulacji<sup>17</sup>. W świetle wyraźnego brzmienia art. 250 § 2b k.p.k. nie powinno budzić wątpliwości stwierdzenie, że bezpośrednim celem wprowadzonych ograniczeń jest ochrona osobowych źródeł dowodowych w postaci szczególnie chronionej kategorii świadków zagrożonych, co do których w związku z faktem złożenia przez nich zeznań istnieje uzasadniona obawa wystąpienia niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia albo wolności tych świadków lub osób dla nich najbliższych. Tym samym wynikające z art. 250 § 2b k.p.k. ograniczenia w dostępie do akt znajdują swoje uzasadnienie przede wszystkim w ochronie wolności i praw innych osób. Natomiast brak bezpośrednich podstaw do przyjęcia, że wskazane ograniczenia mają na celu zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania przed ewentualnymi bezprawnymi działaniami oskarżonego zmierzającymi do utrudniania postępowania karnego, które mogłyby zagrażać realizacji celów wykrywczych postępowania przygotowawczego. Trudno więc bezpośredniego uzasadnienia dla wprowadzonych ograniczeń doszukiwać się w ochronie bezpieczeństwa i porządku publicznego, które to wartości są realizowane przez sprawne i skuteczne przeprowadzenie postępowania przygotowawczego<sup>18</sup>. Takie zdekodowanie wartości podlegających ochronie w związku z wprowadzeniem art. 250 § 2b k.p.k. ma bezpośrednio przełożenie na ocenę dopuszczalności wynikających z tego przepisu ograniczeń z punktu widzenia przesłanek wynikających z konstytucyjnej zasady proporcjonalności.

Weryfikując dopuszczalność ograniczenia prawa do obrony z perspektywy wynikającego z testu proporcjonalności nakazu przydatności (celowości)<sup>19</sup> stosowanego środka ingerencji w prawa

Wojtyczek, *Zasada proporcjonalności jako granica prawa karania*, „CzP-KiNP” 1999, z. 2, s. 33 i n. oraz teksty zamieszczone w pracy zbiorowej pod red. T. Dukiet-Nagórskiej, *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, Warszawa 2010.

17 Zob. M. Szydło (w:) *Konstytucja RP...*, op. cit., s. 785 i n.

18 Por. M. Prusek, *Utajnienie...*, op. cit., s. 30-31.

19 Za akceptowane w świetle tej przesłanki można uznać tylko takie ograniczenie, które spełnia kryterium racjonalności prakseologicznej (instrumentalnej), będąc środkiem przydatnym do osiągnięcia celu stanowiącego usprawiedliwienie ingerencji w prawa i wolności

i wolności obywatelskie do realizacji zakładanego celu, polegającego na ochronie osobowych źródeł dowodowych, trudno nie zauważyć, że utajnienie dowodów z zeznań świadków, o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k. może stanowić użyteczny środek do realizacji zakładanego celu jedynie w ograniczonej perspektywie czasowej, tj. na etapie postępowania przygotowawczego<sup>20</sup>. W świetle regulacji art. 321 § 1 k.p.k. i art. 156 § 1 k.p.k. okres, w którym dowody z zeznań szczególnie chronionej kategorii świadków zagrożonych mogą pozostać niejawne dla oskarżonego i jego obrońcy, trwa najpóźniej do uzyskania uprawnienia do zaznajomienia się z materiałami sprawy po zamknięciu postępowania przygotowawczego. Analizowane przepisy budzą fundamentalne wątpliwości z punktu widzenia zasady proporcjonalności w perspektywie przesłanki konieczności<sup>21</sup> stosowania ograniczenia praw i wolności. Ustawodawca, wprowadzając regulację art. 250 § 2b k.p.k., mającą realizować na etapie postępowania przygotowawczego cel w postaci ochrony szczególnej kategorii świadków poprzez wyeliminowanie możliwości zapoznania się przez oskarżonego lub jego obrońcę z ich zeznaniami w toku postępowania incydentalnego w przedmiocie tymczasowego aresztowania, zupełnie pominął fakt, że w obowiązującym stanie prawnym istnieją już regulacje pozwalające realizować wskazane cele bez konieczności wprowadzania ograniczeń w dostępie oskarżonego w toku postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania do dowodów z zeznań świadków zagrożonych. Analizując z punktu widzenia przesłanki konieczności

obywatelskie. Z nakazu przydatności wynika obowiązek wyboru tylko takiego środka, który w świetle obiektywnych źródeł wiedzy dotyczących prawideł rządzących życiem społecznym może zostać uznany za środek przydatny do zrealizowania celu usprawiedliwiającego wprowadzenie ograniczenia w sferze praw i wolności jednostki. Zob. w szczególności M. Szydło (w:) *Konstytucja RP...*, op. cit., s. 792-796; K. Wojtyczek, *Granice...*, op. cit., s. 150-158.

20 Zob. M. Prusek, *Utajnienie...*, op. cit., s. 31.

21 Nakaz konieczności sprowadza się do obowiązku wyboru najmniej dolegliwego spośród dostępnych środków ingerencji, co determinuje, że za spełniający test proporcjonalności można uznać tylko taki środek ingerencji, który jest najmniej uciążliwy dla jednostki spośród tych środków możliwych do zastosowania, aby osiągnąć zakładany cel usprawiedliwiający ingerencję. Nakaz konieczności obliuguje do wyboru spośród dostępnych alternatywnych środków ingerencji takiego środka, który będzie w sposób najmniej dolegliwy, a jednocześnie równie skuteczny i efektywny, realizował zakładany cel. Zob. w szczególności M. Szydło (w:) *Konstytucja RP...*, op. cit., s. 796-799; K. Wojtyczek, *Granice...*, op. cit., s. 158-159.

dopuszczalność ograniczeń wynikających z art. 250 § 2b k.p.k., nie sposób pominąć, że art. 184 k.p.k. przewiduje instytucję tzw. świadka *incognito* (świadka anonimowego)<sup>22</sup>, której istota sprowadza się do możliwości wydania przez prokuratora na etapie postępowania przygotowawczego w określonej w tym przepisie procedurze postanowienia o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka, w tym danych osobowych, jeżeli nie mają one znaczenia dla rozstrzygnięcia w sprawie, a jednocześnie zachodzi uzasadniona obawa niebezpieczeństwa dla życia, zdrowia, wolności albo mienia w znacznych rozmiarach, świadka lub osoby dla niego najbliższej. Nie wchodząc w praktyczne aspekty stosowania wskazanej instytucji, wystarczające będzie wskazanie, że na gruncie art. 184 k.p.k. możliwe jest zachowanie w tajemnicy jedynie tych okoliczności, które umożliwiałyby ujawnienie tożsamości świadka, co w konsekwencji oznacza, że w pozostałym zakresie protokoły z zeznań świadka *incognito* są jawne dla oskarżonego i jego obrońcy, umożliwiając merytoryczne ustosunkowanie się do wartości tego rodzaju dowodów. W przeciwieństwie do jednoznacznej regulacji art. 250 § 2b k.p.k., która w ogóle wyłącza możliwość zapoznania się przez stronę bierną w toku postępowania incydentalnego w przedmiocie tymczasowego aresztowania z zeznaniami świadków zagrożonych, regulacja art. 184 k.p.k. z jednej strony gwarantuje realizację celu, jakim jest zapewnienie ochrony świadka anonimowego, a z drugiej strony daje możliwość zapoznania się oskarżonemu i jego obrońcy z dowodami w postaci zeznań tych świadków, z wyłączeniem objętych tajemnicą okoliczności umożliwiających ujawnienie ich tożsamości. Tym samym nie budzi wątpliwości konstatacja, że art. 184 k.p.k. służy realizacji tych samych celów procesowych, jakie mają uzasadniać wprowadzenie ograniczeń wynikających z art. 250 § 2b k.p.k., jednocześnie przewidując mniejszy stopień ingerencji w prawo do obrony. Podkreślić należy, że nie ma żadnych przeszkód,

22 Na związku regulacji art. 250 § 2b k.p.k. z art. 184 k.p.k. zwracają uwagę: J. Leżak, *Podstawa dowodowa orzeczenia o zastosowaniu lub o przedłużeniu tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2016, nr 3, s. 88 i n.; M. Prusek, *Utajnienie...*, op. cit., s. 29 i n.; A. Sakowicz, *Opinia...*, op. cit., pkt 5, s. 12-14; M. Wąsek-Wiaderek, *Stosowanie tymczasowego aresztowania po zmianach wprowadzonych do kodeksu postępowania karnego nowelizacją dnia 11 marca 2016 r.*, „Ius et Administratio” 2016, nr 3, s. 66-67.

żeby art. 184 k.p.k. stosować do postępowań przygotowawczych, w których stosowane są środki zapobiegawcze. Analizując z punktu widzenia przesłanki konieczności dopuszczalność ograniczeń przewidzianych w art. 250 § 2b k.p.k., nie sposób również pominąć faktu istnienia w polskim porządku prawnym systemu<sup>23</sup> ochrony i pomocy dla pokrzywdzonych, świadków oraz osób im najbliższych, wobec których w związku z toczącym się albo zakończonym postępowaniem karnym istnieje zagrożenie dla życia lub zdrowia tych osób. W zależności od stopnia zagrożenia dla osób objętych ochroną przewidziano rozbudowany katalog środków ochrony i pomocy dla świadków, którzy, w razie zaistnienia stosowanych przesłanek, mogą skorzystać z ochrony na czas czynności procesowej, ochrony osobistej lub pomocy w zakresie zmiany miejsca pobytu. Nie powinno budzić najmniejszej wątpliwości, że tak pomyślany system ochrony pozwala na realne, nieograniczone do etapu postępowania przygotowawczego, a co najważniejsze, znacznie skuteczniejsze realizowanie celu w postaci ochrony szczególnej kategorii świadków zagrożonych. W tym stanie rzeczy trudno przyjąć, że analizowane przepisy kodeksowe spełniają przesłankę konieczności wprowadzonych w nich ograniczeń ze względu na fakt, iż równoległe do nich obowiązują regulacje prawne, umożliwiające równie skuteczną bądź skuteczniejszą realizację celu, jakim jest ochrona szczególnej kategorii świadków zagrożonych. W końcu ograniczenia wynikające z art. 250 § 2b k.p.k., art. 156 § 5a k.p.k. oraz art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k. nie spełniają testu proporcjonalności *sensu stricte*<sup>24</sup>. Za nieproporcjonalne w ścisłym tego słowa znaczeniu należy uznać wszystkie ograniczenia, które wykluczają możliwość zapoznania

23 Zob. ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka (Dz.U. z 2015 r. poz. 21), implementująca postanowienia dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW (Dz.Urz. UE L 315 z 14 listopada 2012 r.) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/99/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie europejskiego nakazu ochrony (Dz.Urz. UE L 338 z 21 grudnia 2011 r.).

24 Przesłanka proporcjonalności w ścisłym znaczeniu sprowadza się do zweryfikowania, czy efekty osiągnięte przez stosowany środek ingerencji w prawa i wolności obywatelskie pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela, które skutkują ograniczeniem w zakresie jego praw i wolności. Zob. w szczególności M. Szydło (w:) *Konstytucja RP...*, op. cit., s. 799-807; K. Wojtyczek, *Granice...*, op. cit., s. 159-161.



się przez stronę bierną z całokształtem materiału dowodowego, wskazanym przez prokuratora we wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania. Ocena zgodności z Konstytucją ograniczeń wynikających z art. 250 § 2b k.p.k. musi uwzględniać fakt, że z dotychczasowego orzecznictwa TK wynika, że zachowanie minimalnego standardu gwarancyjnego wymaga takiego ukształtowania zakresu dostępu do akt postępowania przygotowawczego, który zapewnia oskarżonemu i jego obrońcy bezwarunkowy dostęp do wszystkich dowodów wskazanych przez prokuratora we wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania<sup>25</sup>. Warto podkreślić, że TK za niewystarczające z punktu widzenia minimalnych standardów gwarancyjnych uznał wprowadzenie regulacji ograniczającej się w swej treści jedynie na sformułowania przesłanek odmowy dostępu do akt postępowania przygotowawczego w postępowaniu incydentalnym w przedmiocie tymczasowego aresztowania<sup>26</sup>. W konsekwencji nie powinna budzić wątpliwości konkluzja, że ograniczenia wynikające ze wskazanych przepisów kodeksowych nie spełniają konstytucyjnego testu proporcjonalności, prowadząc do nadmiernej, niż mogłoby to być usprawiedliwione ochroną wolności i praw innych osób, ingerencji w przysługujące oskarżonemu prawo do obrony. Możliwość merytorycznego zakwestionowania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania opartej na wszystkich wymienionych we wniosku prokuratora dowodach jawnych dla oskarżonego i jego obrońcy stanowi bowiem fundament rzetelnego procesu karnego oraz najbardziej oczywisty przejaw równości broni, zaś wszelkie ograniczenia w tym zakresie muszą zostać ocenione jako wyraz nadmiernej ingerencji w sferę gwarantowaną przez art. 42 ust. 2 Konstytucji prawa do obrony.

25 W związku ze stanowiskiem wyrażonym przez TK w wyroku z dnia 3 czerwca 2008 r. w literaturze przedmiotu wskazywano, że zawierający katalog przesłanek odmowy dostępu do akt w toku postępowania incydentalnego w przedmiocie tymczasowego aresztowania art. 156 § 5a k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od 28 sierpnia 2009 r. do 2 czerwca 2014 r. nie spełniał standardów wyznaczonych przez Trybunał Konstytucyjny. Zob. w szczególności P. Hofmański, *Dostęp...*, op. cit., s. 567 i n.; P. Kardas, *Standard rzetelnego procesu...*, op. cit., s. 89 i n.

26 W uzasadnieniu wyroku z dnia 3 czerwca 2008 r. TK wskazał, iż „Należy w tym kontekście zauważyć, że samo doprecyzowanie art. 156 § 5 k.p.k., polegające na dodaniu do tego przepisu przesłanek odmowy dostępu do dokumentów w postaci klauzul ogólnych (np. dobra wymiaru sprawiedliwości) nie gwarantowałyby osobie tymczasowo aresztowanej dostępu do akt sprawy w sposób zgodny ze standardami ETPC”.

Regulacje procesowe art. 250 § 2b k.p.k., art. 156 § 5a *in fine* k.p.k. i art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k. są również sprzeczne z jednoznacznymi w tym zakresie minimalnymi standardami gwarancyjnymi wynikającymi z prawa międzynarodowego oraz prawa unijnego. Konwencyjny standard gwarancyjny w zakresie dostępu do akt sprawy w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania wyznacza przede wszystkim regulacja art. 5 ust. 4 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC)<sup>27</sup>. Na gruncie wskazanego przepisu Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: ETPC) wielokrotnie zajmował stanowisko<sup>28</sup>, także w sprawach przeciwko Polsce<sup>29</sup>, że naruszają standardy konwencyjne regulacje przepisów prawa krajowego, ograniczające dostęp do akt postępowania przygotowawczego w zakresie, w jakim uniemożliwiają oskarżonemu i jego obrońcy ocenę zgodności z prawem decyzji procesowej w przedmiocie tymczasowego aresztowania. Podkreślić należy, że w świetle wypracowanego przez ETPC standardu gwarancyjnego zapewnienie równości broni wymaga umożliwienie zapoznania się oskarżonemu i jego obrońcy z całokształtem materiału dowodowego istotnego dla efektywnego kwestionowania zasadności tymczasowego aresztowania<sup>30</sup>. Analogiczny standard gwarancji procesowych określa prawo unijne. Artykuł 7 ust. 1 dyrektywy 2012/13/UE wprowadza

27 Ściśle Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności ratyfikowana przez Polskę ustawą z 2 października 1992 r. (Dz.U. 1993, Nr 85, poz. 427).

28 Zob. m.in.: wyroki ETPC z 30 marca 1989 r. w sprawie nr 10444/83 *Lamy p. Belgii*; z 25 marca 1999 r. w sprawie nr 31195/96 *Nikolova p. Bułgarii*; z 13 lutego 2001 r. w sprawie nr 24479/94 *Lietzow p. Niemcom*; z 5 lipca 2005 r. w sprawie nr 20723/02 *Osvath p. Węgrom*; z 19 stycznia 2012 r. w sprawie nr 39884/05 *Korneykova p. Ukrainie*; z 26 listopada 2013 r. w sprawie nr 21249/05 *Emilian-George Igna p. Rumunii*; z 19 stycznia 2016 w sprawie 1886/06 *Albrechtas p. Litwie*.

29 Zob. m.in. wyroki ETPC: z 25.6.2002 r. w sprawie nr 24244/94 *Migoń p. Polsce*; z 6 listopada 2007 r. w sprawie nr 22755/04 *Chruściński p. Polsce*; z 15 stycznia 2008 r. w sprawie nr 28481/03 *Łaszkiwicz p. Polsce*; z 18 października 2012 r. w sprawie nr 31622/07 *Dochnal p. Polsce*.

30 Odnosnie do standardów gwarancyjnych wypracowanych w orzecznictwie ETPC na gruncie art. 5 ust 4 EKPC zob.: P. Hofmański (w:) *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1-18*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2010, s. 214-215; M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2017, s. 482 i n.; M. Wąsek-Wiaderek, *Dostęp do akt sprawy...*, op. cit., s. 55 i n.; M. Wąsek-Wiaderek, *Stosowanie tymczasowego...*, op. cit., s. 58 i n.; M. Wąsek-Wiaderek, *Dostęp do akt sprawy w toku postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania* (w:) *Środki przymusu w znowelizowanej procedurze karnej*, A. Lach (red.), Toruń 2016, s. 91 i n.

zasadę bezwarunkowego dostępu do akt postępowania przygotowawczego w zakresie, w jakim akta obejmują dokumenty istotne z punktu widzenia skutecznego zakwestionowania tymczasowego aresztowania. Co prawda w art. 7 ust. 4 dyrektywy przewidziano możliwość wprowadzenia do przepisów prawa krajowego przesłanek odmowy dostępu do akt postępowania przygotowawczego, ale jednocześnie wyraźnie wykluczono możliwość wprowadzenia tego typu ograniczeń w przypadkach, o których mowa w art. 7 ust. 1 dyrektywy, tj. w przypadkach postępowań w przedmiocie tymczasowego aresztowania. Tym samym w świetle prawa unijnego niedopuszczalne jest wprowadzenie do prawa krajowego przepisów ograniczających dostęp oskarżonego lub jego obrońcy do dowodów stanowiących podstawę faktyczną decyzji sądu w przedmiocie tymczasowego aresztowania. Warto zaznaczyć, że standardy gwarancyjne, wynikające z wykładni przepisów konwencyjnych oraz z jednoznacznych w tym zakresie przepisów prawa unijnego, przewidują wyższy poziom ochrony niż standard konstytucyjny, gdyż przewidują udostępnienie oskarżonemu i jego obrońcy wszystkich zgromadzonych w sprawie dowodów istotnych dla efektywnego realizowania obrony przed sądem, a nie tylko – jak to wężiej ujmuje TK – udostępnienie dowodów wskazanych przez prokuratora we wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania. Ten wyższy standard ochrony został zagwarantowany wraz z wejściem w życie regulacji art. 249a k.p.k. w zakresie, w jakim przepis ten obliguje sąd do uwzględnienia z urzędu korzystnych dla oskarżonego okoliczności, wynikających z udostępnionych sądowi w całości akt postępowania przygotowawczego, których prokurator nie ujawnił we wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania.

Konkludując przedstawioną argumentację, uprawnione jest przyjęcie stanowiska, że art. 250 § 2b k.p.k., art. 156 § 5a *in fine* k.p.k. i art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k. w zakresie, w jakim wprowadzają ograniczenia w dostępie do dowodów z zeznań szczególnej kategorii świadków zagrożonych, nie spełniają minimalnych standardów konstytucyjnych, konwencyjnych oraz unijnych dotyczących gwarancji procesowych, wymagających bezwarunkowego i nieograniczonego dostępu oskarżonego i jego obrońcy do wszystkich dowodów stanowiących podstawę faktyczną wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego, jak również

podstawę faktyczną rozstrzygnięcia sądu w przedmiocie tymczasowego aresztowania.

III. Krytyczna ocena art. 250 § 2b k.p.k., art. 156 § 5a *in fine* k.p.k. i art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k. wymaga określenia konsekwencji prawnych uznania tych przepisów przez sąd za sprzeczne ze standardami gwarancyjnymi wynikającymi z Konstytucji, EKPC oraz dyrektywy 2012/13/UE w układach procesowych, w których prokurator do wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania dołączył w wyodrębnionym zbiorze dokumentów dowody z niejawnych dla oskarżonego i jego obrońcy zeznań świadków, o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k.

Punktem wyjścia dla określenia tych konsekwencji jest oczywista konstatacja, że w procesie stosowania prawa, polegającym na podejmowaniu konkretno-indywidualnej decyzji procesowej w przedmiocie tymczasowego aresztowania, procedujący w tym przedmiocie sąd zobligowany jest do przeprowadzenia wykładni norm karnoprosesowych, określających zakres dostępu oskarżonego i jego obrońcy do akt postępowania przygotowawczego nie tylko na podstawie wskazanych przepisów kodeksowych, ale również na podstawie aktów prawnych wyższego rzędu z uwzględnieniem powszechnie przyjmowanej ich wykładni. Reguły wykładni obligują sąd do ustalenia treści obowiązującego porządku prawnego w zakresie dostępu oskarżonego i jego obrońcy do akt postępowania przygotowawczego poprzez dokonanie zabiegów interpretacyjnych, zmierzających do przeprowadzenia w procesie stosowania prawa wykładni prokonstytucyjnej<sup>31</sup>, prokonwencyjnej<sup>32</sup> oraz prounijnej<sup>33</sup>. W konsekwencji sąd powinien w pierwszej kolejności zweryfikować, czy możliwe jest przeprowadzenie wykładni art. 250 § 2b k.p.k., art. 156 § 5a

31 Zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, s. 644 i n.; M. Safian (w:) *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86*, M. Safian, L. Bosek (red.), Warszawa 2016, s. 86 i n.; P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 329 i n.

32 Zob. P. Hofmański, S. Zabłocki, *Pozbawienie wolności w toku procesu karnego. Wybrane aspekty konstytucyjne i prawnomiędzynarodowe (w:) Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, J. Skorupka (red.), Warszawa 2009, s. 513 i n.; J. Skorupka, *Konstytucyjny i konwencyjny standard tymczasowego aresztowania*, „PiP” 2007, nr 7, s. 57 i n.

33 Zob. M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, op. cit., s. 445 i n.; M. Rams, *Specyfika wykładni prawa karnego w kontekście brzmienia i celu prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2016.

k.p.k. *in fine* i art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k. w sposób zapewniający realizację minimalnych standardów gwarancyjnych wynikających z Konstytucji, EKPC oraz dyrektywy 2012/13/UE, tj. czy możliwa jest taka wykładnia wskazanych przepisów, która zapewniałaby oskarżonemu i jego obrońcy możliwość bezwarunkowego zapoznania się z wszystkimi dowodami wskazanymi przez prokuratora we wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania. Poczynione uwagi dają podstawę do postawienia pesymistycznego wniosku, że pole do uzyskania takiego wyniku wykładni, który pozwalałby interpretować wskazane przepisy w zgodzie z minimalnym standardem gwarancyjnym, jest niezwykle wąskie, a nadto nie daje satysfakcjonujących wyników wykładniczych. W związku z dostrzeżeniem ścisłego merytorycznego powiązania pomiędzy instytucjami z art. 184 k.p.k. i art. 250 § 2b k.p.k. w literaturze przedmiotu wyrażono pogląd, że spójna, systemowa interpretacja wskazanych regulacji prowadzi do konieczności zawężającego określenia zakresu zastosowania art. 250 § 2b k.p.k., art. 156 § 5a k.p.k. *in fine* i art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k. poprzez przyjęcie, że wskazane przepisy stanowią w istocie rzeczy jedynie szczególną, techniczną procesową formę stosowania w postępowaniu incydentalnym w przedmiocie tymczasowego aresztowania instytucji świadka *incognito*<sup>34</sup>. Innymi słowy, wynikający ze wskazanych przepisów zakres ograniczeń w dostępie do akt dotyczyć może wyłącznie dowodów odnoszących się do okoliczności pozwalających ustalić tożsamość świadka *incognito*, ale nie obejmuje podlegających anonimizacji dowodów z zeznań tych świadków. Odnosząc się do zaproponowanego modelu wykładni, który niewątpliwie zmierza do racjonalizacji treści normatywnej kontrowersyjnych przepisów w kierunku odpowiadającym pierwotnym intencjom wyrażonym w rządowym projekcie nowelizacji, nie sposób nie dostrzec, że wyraźne brzmienie art. 250 § 2b k.p.k. i art. 156 § 5a k.p.k. *in fine* wyłącza możliwość udostępnienia oskarżonemu lub jego obrońcy „dowodu z zeznań świadka”, co należy rozumieć w ten sposób, iż wyłącza możliwość zapoznania się nie tylko z zeznaniami w części odnoszącej się do okoliczności mogących pozwolić na identyfikację tożsamości świadka *incognito*, ale wyłącza w ogóle możliwość zapoznania się z treścią



złożonych przez tego świadka zeznań<sup>35</sup>. W konsekwencji przyjęcie proponowanego modelu wykładni wymagałoby, idącego *contra legem*, rozumienia językowo jednoznacznej treści wskazanych przepisów. W końcu nie da się wykluczyć, że w praktyce wymiaru sprawiedliwości sądy zostaną postawione przed koniecznością rozstrzygnięcia dopuszczalności stosowania art. 250 § 2b k.p.k. w układach procesowych, w których prokurator przed złożeniem wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania nie przeprowadzi wynikającej z art. 184 k.p.k. procedury nadania świadkowi statusu świadka *incognito*. W związku z powyższym wydaje się, że prokonstytucyjna, prokonwencyjna i prounijna wykładnia kontrowersyjnych przepisów rodzi zasadnicze trudności interpretacyjne, a w tych układach procesowych, w których stosowanie art. 250 § 2b k.p.k. nie byłoby powiązane z wcześniejszym zastosowaniem przez prokuratora art. 184 k.p.k., jest w zasadzie niemożliwa.

W tym stanie rzeczy konieczne jest ustalenie konsekwencji prawnych uznania przez procedujący w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania sąd, że zakwestionowane przepisy karnoprocessowe nie dają się w procesie

34 Tak K.J. Leżak, *Podstawa...*, op. cit., s. 88 i n. Zob. również M. Prusek, *Utajnienie...*, op. cit., s. 32 i n.

35 Zob. M. Prusek, *Utajnienie...*, op. cit., s. 35; M. Wąsek-Wiaderek, *Stosowanie...*, op. cit., s. 66.

wykładni pogodzić z minimalnymi standardami gwarancyjnymi wynikającymi z Konstytucji, EKPC oraz dyrektywy 2012/13/UE. *Prima facie* oczywistym wydawałoby się przyjęcie, że w razie negatywnego zweryfikowania możliwości przeprowadzenia wykładni tych przepisów w zgodzie z aktami prawnymi wyższego rzędu sąd zobowiązany jest odmówić zastosowania regulacji kodeksowych sprzecznych z Konstytucją oraz ze stanowiącymi część krajowego porządku prawnego ratyfikowanymi przez Rzeczpospolitą Polską, za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, umowami międzynarodowymi oraz z aktami prawa unijnego. Trudno jednak w perspektywie postawionego problemu abstrahować od budzących obecnie głębokie spory doktrynalne kontrowersji, czy sądy, podejmując jednostkowe akty stosowania prawa, posiadają kompetencję, czy też pozbawione są uprawnienia do odmowy stosowania przepisów ustawowych niezgodnych z Konstytucją, jeśli po przeprowadzeniu procesu wykładni dojdą do przekonania, że regulacje ustawowe, które miałyby być podstawą konkretno-indywidualnych decyzji procesowych, nie mogą zostać wyłożone w sposób zgodny z ustawą zasadniczą. W tym zakresie w doktrynie prezentowane są dwa konkurujące ze sobą poglądy. Pierwsze stanowisko<sup>36</sup> zakłada, że sąd w ramach jednostkowych aktów stosowania prawa – w związku z regulacjami art. 8 ust 2 *in fine*, art. 178 ust. 1, art. 188 oraz art. 193 Konstytucji – nie ma kompetencji do odmowy stosowania przepisów ustawy w przypadku powzięcia wątpliwości co do ich niezgodności z Konstytucją, gdyż obowiązujące regulacje ustrojowe zastrzegają takie uprawnienie do wyłącznych prerogatyw Trybunału Konstytucyjnego. W świetle tego poglądu do czasu uznania przez TK niezgodności przepisu ustawy z Konstytucją sądy są związane ustawą i nie mogą odmówić jej stosowania w ramach jednostkowych aktów stosowania prawa. W takim wypadku sąd jest zobligowany do zainicjowania weryfikacji zgodności kwestionowanych regulacji ustawowych z Konstytucją poprzez zainicjowanie procedury kontroli konstytucyjności przepisów ustawowych, zadając pytanie prawne do TK. Stanowisko alternatywne<sup>37</sup> zakłada, że sąd

36 Zob. M. Safian (w:) *Konstytucja...*, op. cit., s. 90-91; P. Wiliński, P. Karlik (w:) *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87-243*, M. Safian, L. Bosek (red.), Warszawa 2016, s. 1018-1019 oraz cytowane tam poglądy doktryny i orzecznictwa.

37 Zob. P. Kardas, M. Gutowski, *Wykładnia...*, op. cit., s. 567 i n.; P. Kardas, M. Gutowski, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag*

rozpatrujący konkretną sprawę, może odmówić zastosowania przepisu ustawowego, który uzna za niezgodny z Konstytucją, powołując się na wynikającą z art. 8 Konstytucji zasadę nadrzędności i bezpośredniego stosowania Konstytucji oraz regułę kolizyjną *lex superior derogat legi inferiori*. Koncepcja ta zakłada, że w ramach konkretno-indywidualnych aktów stosowania prawa sądy mają nie tylko kompetencję, ale i obowiązek badania zgodności ustaw z Konstytucją, a w razie niemożności dokonania prokonstytucyjnej wykładni tych przepisów i stwierdzenia sprzeczności przepisów ustawy z Konstytucją są uprawnione do odmowy ich zastosowania. Podjęta w ramach jednostkowego aktu stosowania prawa decyzja sądu o odmowie zastosowania niezgodnej z Konstytucją normy ustawowej skutkuje jedynie w konkretnej sprawie, nie wywołując skutku derogacyjnego. Zwolennicy mieszanego modelu kontroli konstytucyjności argumentują, że obowiązujące regulacje ustrojowe nie wykluczają współwystępowania scentralizowanego systemu kontroli konstytucyjności, zastrzeżonego w tym zakresie dla posiadającego szczególne prerogatywy derogacyjne Trybunału Konstytucyjnego, oraz systemu rozproszonej kontroli konstytucyjności, dającego sądom możliwość odmówienia zastosowania przepisów ustawowych sprzecznych z aktami normatywnymi sytuowanymi wyżej w hierarchii systemu źródeł prawa w ramach podejmowanych przez nie konkretno-indywidualnych decyzji procesowych. Analogiczne wątpliwości budzi zagadnienie posiadania przez sądy kompetencji do odmowy stosowania przepisów ustawowych niezgodnych z umowami międzynarodowymi ratyfikowanymi w drodze ustawy, których postanowienia zawierają normy samowykonalne (*self-executing*). Również w tym zakresie istnieje rozbieżność poglądów, czy uznając przepisy ustawy za niezgodne z ratyfikowaną w trybie art. 91 ust. 1 Konstytucji umową międzynarodową, sąd jest zobligowany do wystąpienia na zasadzie art. 193 Konstytucji z pytaniem prawnym do Trybunału Konstytucyjnego<sup>38</sup>, czy też

o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania konstytucji, „Palestra” 2016, nr 4, s. 5 i n.; P. Kardas, M. Gutowski, *Konstytucja z 1997 r. a model kontroli konstytucyjności prawa*, „Palestra” 2017, nr 4, s. 11 i n.; L. Garlicki, *Sądy a Konstrukcja Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 7-8, s. 7 i n.; W. Sanetra, *Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez Sad Najwyższy*, „Przegląd Sądowy” 2017, nr 2, s. 5 i n. oraz cytowane tam poglądy doktryny i orzecznictwa.

38 Zob. P. Wiliński, P. Karlik (w:) *Konstytucja...*, op. cit., s. 1019.

w takim wypadku sąd jest uprawniony do odmowy zastosowania przepisów ustawy, a w konsekwencji – na podstawie art. 91 ust. 2 Konstytucji – może bezpośrednio zastosować przepisy ratyfikowanej umowy międzynarodowej, jeśli jej postanowienia zawierają normy samowykonalne<sup>39</sup>. W przeciwieństwie do sygnalizowanych wątpliwości interpretacyjnych dotyczących kompetencji sądów do odmowy stosowania przepisów ustawowych sprzecznych z Konstytucją lub ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi nie budzi wątpliwości uprawnienie, a jednocześnie obowiązek sądów krajowych do dokonywania wykładni zgodnej przepisów prawa krajowego z brzmieniem i celem prawa Unii Europejskiej i – w razie ustalenia w tym zakresie sprzeczności – odmowy zastosowania przepisów prawa krajowego sprzecznych z przepisami prawa unijnego<sup>40</sup>. Sąd krajowy jest zobligowany do odwołania się do zasady pierwszeństwa prawa unijnego poprzez dokonanie takiej wykładni obowiązującego porządku prawnego, współokreślanego przez przepisy prawa unijnego i prawa krajowego, która jest wykładnią zgodną z brzmieniem i celem prawa Unii Europejskiej<sup>41</sup>. W razie uznania, że przepisy ustawy nie mogą zostać wyłożone w zgodzie z przepisami prawa unijnego, sąd krajowy jest uprawniony, a jednocześnie zobowiązany do przyznania pierwszeństwa bezpośrednio skutecznym przepisom unijnym. W świetle analizowanego zagadnienia związanego z możliwością wykorzystania jako podstawy odmowy zastosowania przez sąd w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania kwestionowanych przepisów Kodeksu postępowania karnego w związku z ich niezgodnością z art. 7 ust. 1 dyrektywy 2012/13/UE, wystarczające będzie wskazanie, że sądy krajowe dokonując wykładni zgodnej są zobowiązane do uwzględnienia treści normatywnych, wynikających z przepisów dyrektywy, jeśli wbrew ciężącej na państwie członkowskim powinności nie doszło do terminowej implementacji jej postanowień do krajowego porządku prawnego lub jeśli pomimo

39 Zob. P. Hofmański, S. Zabłocki, *Pozbawienie wolności...*, op. cit., s. 515.

40 Zob. A. Capik, A. Łazowski (w:) *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87-243*, red. M. Safian, L. Bosek (red.), Warszawa 2016, s. 168-169; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, op. cit., s. 446 i n.; M. Rams, *Specyfika...*, op. cit., s. 135 i n.

41 Zob. A. Capik, A. Łazowski (w:) *Konstytucja RP...*, op. cit., s. 168-169; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, op. cit., s. 451-453; M. Rams, *Specyfika...*, op. cit., s. 189 i n.

takiej implementacji przepisy prawa krajowego pozostają w sprzeczności z regulacjami dyrektywy. W tym zakresie kluczowe znaczenie ma wypracowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE (wcześniej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości) zasada bezpośredniego skutku przepisów prawa UE, odnosząca się również do aktów prawa unijnego, jakimi są dyrektywy<sup>42</sup>. Bezpośrednia skuteczność dyrektyw oznacza, że jednostka w relacjach horyzontalnych z państwem może powołać się przed sądem krajowym bezpośrednio na przepisy dyrektywy, a sąd posiada kompetencje, a jednocześnie jest zobowiązany do ustalenia treści normy prawnej stanowiącej podstawę konkretno-indywidualnej decyzji procesowej w oparciu o bezpośrednio skuteczne przepisy dyrektywy, odmawiając w tym zakresie zastosowania sprzecznych z nią przepisów prawa krajowego. Warunkiem przyjęcia, że postanowienia dyrektywy spełniają kryteria uznania ich za bezpośrednio skuteczne, jest pozytywne zweryfikowanie przepisów mających stanowić podstawę do wydania przez sąd krajowy konkretno-indywidualnej decyzji procesowej pod kątem spełniania przez nie tzw. testu van Gend et Loos, który pozwala uznać przepisy dyrektywy za bezpośrednio skuteczne, jeśli są one jasne, niebudzące wątpliwości, bezwarunkowe oraz niezależne od dalszych działań podejmowanych przez UE lub państwa członkowskie<sup>43</sup>.

Przedstawione rozważania pozwalają na konstatację, że w pierwszej kolejności sąd może odmówić zastosowania art. 250 § 2b k.p.k., art. 156 § 5a k.p.k. *in fine* i art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k. w razie uznania tych przepisów za niezgodne ze standardem gwarancyjnym wynikającym z art. 42 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>44</sup>. W realiach postępowania incydentalnego w przedmiocie

42 Zob. A. Capik, A. Łazowski (w:) *Konstytucja RP...*, op. cit., s. 166-167; M. Rams, *Specyfika...*, op. cit., s. 189 i n.

43 Zob. A. Capik, A. Łazowski (w:) *Konstytucja RP...*, op. cit., s. 164; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia...*, op. cit., s. 450-451; M. Rams, *Specyfika...*, op. cit., s. 194-195.

44 Zob. K.T. Boratyńska (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, A. Sakowicz (red.), Warszawa 2016, s. 614, 617-618; Z. Pachowicz (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, J. Skorupka (red.), Warszawa 2016, s.nb 8 do art. 156; M. Prusek, *Utajnienie...*, op. cit., s. 29 i n.; A. Sakowicz (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, A. Sakowicz (red.), Warszawa 2016, s. 409-410; M. Wąsek-Wiaderek, *Stosowanie...*, op. cit., s. 58 i n.; M. Wąsek-Wiaderek, *Dostęp do akt sprawy w toku postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania* (w:) *Środki przymusu w znowelizowanej procedurze karnej*, A. Lach (red.), Toruń 2016, s. 91 i n.

tymczasowego aresztowania<sup>45</sup> odmowa zastosowania kwestionowanych przepisów w związku ze stwierdzeniem ich sprzeczności z Konstytucją wymagałaby jednak przyjęcia, że sąd posiada kompetencje do samodzielnego badania konstytucyjności przepisów ustawowych zgodnie z założeniami i ograniczeniami wynikającymi z modelu rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa. Nie da się również wykluczyć, że podstawą do odmowy stosowania kwestionowanych przepisów kodeksowych będzie wskazanie przez sąd na ich niezgodność z art. 5 ust. 4 EKPC oraz wypracowanym na podstawie tego przepisu przez ETPC standardem gwarancyjnym. Wymagałoby to jednak akceptacji dla poglądu, że sądy są uprawnione do zbadania zgodności przepisów ustawy z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi, a nadto, że przepis art. 5 ust. 4 EKPC może zostać uznany za zawierający normy samowystarczalne. Na tle przedstawionych wątpliwości związanych z kompetencją sądów do samodzielnego badania zgodności ustaw z Konstytucją i ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi jako rozwiązanie niekontrowersyjne jawi się natomiast uzasadnienie odmowy stosowania art. 250 § 2b k.p.k., art. 156 § 5a k.p.k. *in fine* i art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k. w związku z ewidentną sprzecznością wskazanych przepisów z art. 7 ust. 1 dyrektywy 2012/13/UE w takim zakresie, w jakim przepisy te wykluczają udostępnienie oskarżonemu i jego obrońcy tej części akt postępowania przygotowawczego, która obejmuje powołane przez prokuratora we wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania dowody w postaci zeznań szczególnej kategorii świadków zagrożonych, o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k. Nie wydaje

45 Warto w tym kontekście podnieść, że specyfika postępowania incydentalnego w przedmiocie tymczasowego aresztowania faktycznie wyklucza możliwość zainicjowania przez sąd w trybie art. 193 Konstytucji kontroli konstytucyjności, art. 250 § 2b k.p.k., art. 156 § 5a k.p.k. i art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k. przez Trybunał Konstytucyjny, polegającej na przedstawieniu przez sąd pytania prawnego co do zgodności wskazanych przepisów z Konstytucją. Co prawda w tym wypadku spełniony jest warunek, że od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem, niemniej jednak – z uwagi na charakter tego postępowania incydentalnego, a w szczególności 24-godzinny termin do wydania decyzji procesowej w przedmiocie tymczasowego aresztowania – nie sposób przyjąć, że sąd, zadając pytanie prawne, mógłby zawiesić przedmiotowe postępowanie do czasu rozstrzygnięcia przez Trybunał Konstytucyjny. Jedynym rozwiązaniem zapobiegającym negatywnym konsekwencjom wynikającym z takiego stanu rzeczy jest uznanie dopuszczalności badania konstytucyjności przepisów ustawowych przez sądy w ramach tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa.

się budzić wątpliwości, że art. 7 ust. 1 dyrektywy 2012/13/UE jest przepisem bezpośrednio skutecznym ze względu na fakt, iż spełnia kryteria tzw. testu van Gend et Loos<sup>46</sup>. W konsekwencji regulacja ta może zostać wykorzystana przez oskarżonego lub jego obrońcę jako bezpośrednia podstawa prawna uzasadniająca w toku postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania żądanie dostępu do wszystkich dowodów wskazanych przez prokuratora we wniosku w przedmiocie zastosowania lub przedłużenia tymczasowego aresztowania – także do dowodów z zeznań świadków, o których mowa w art. 250 § 2b k.p.k. W końcu bezpośrednio skuteczny przepis art. 7 ust. 1 dyrektywy 2012/13/UE stanowi podstawę prawną nie tylko do odmowy zastosowania sprzecznych z tą regulacją przepisów art. 250 § 2b k.p.k., art. 156 § 5a k.p.k. *in fine* i art. 249a § 1 pkt 2 k.p.k., ale przede wszystkim formułuje ujętą od strony pozytywnej jednoznaczną, niebudzącą wątpliwości treściowych oraz bezwarunkową podstawę do udostępnienia oskarżonemu i jego obrońcy wszystkich dowodów wskazanych przez prokuratora we wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania.

**Dr Marek Bielski** – adiunkt w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

***Limitation of the right to a defence resulting from use of preliminary detention based on evidence undisclosed to the suspect and his defender – critical analysis of art. 250 § 2b of the Polish Code of Criminal Procedure***

This article examines the limitation in access by a suspect and his defender to the preparatory proceedings files in the course of proceedings regarding preliminary detention resulting from art. 250 § 2b, art. 156 § 5a and art. 249 § 1 of the Polish Code of Criminal Procedure. The analysis shows these provisions are contrary to art. 42 sec. 2 and 31 sec. 3 Polish Constitution, art. 5 sec. 4 European Convention on Human Rights and art. 7 sec. 1 Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings.

46 Zob. M. Rams, *Znaczenie wykładni zgodnej...*, op. cit., s. 12.

## Prawo do obrony w sprawach o zgwałcenie – aspekty konstytucyjne i konwencyjne

adw. Artur Pietryka



Ustawą z 13 czerwca 2013 r.<sup>1</sup> do polskiego porządku prawnego wprowadzono nowe rozwiązania dotyczące ścigania zgwałceń. Forsowano je pod hasłem zniesienia wnioskowego trybu ścigania, który to miał onieśmielać pokrzywdzonych przed składaniem zawiadomień o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Pracom nad tą ustawą towarzyszyła niezwykle ożywiona dyskusja przeciwników i zwolenników zniesienia zasady ścigania zgwałcenia na wniosek. Ostatecznie ustawa wniosła wnioskowy tryb ścigania w zakresie czynów popełnionych po dacie jej wejścia w życie, tj. 27 stycznia 2014 r.<sup>2</sup> Oznacza to, że czyny popełnione wcześniej, nadal dla objęcia ściganiem z urzędu wymagają złożenia wyraźnego wniosku<sup>3</sup>. Nie były to jedyne zmiany przepisów. Ustawa wprowadziła ponadto nowe regulacje dotyczące odbierania zawiadomień o przestępstwie (art. 185c § 1 Kodeksu postępowania karnego – dalej: k.p.k.), zasad przesłuchiwania pokrzywdzonych (art. 185c § 2 i 3 k.p.k.), warunków technicznych oraz rejestrowania przebiegu przesłuchań (art. 147 § 2a k.p.k., art. 185d § 1, § 5-10 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 18 grudnia 2013 r.<sup>4</sup>), a wreszcie udziału biegłego psychologa w czynnościach z pokrzywdzonym (art. 185c § 4 k.p.k. oraz § 3 i 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 18 grudnia 2013 r.).

1 Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 849).

2 Zgodnie z art. 5 weszła ona w życie po sześciu miesiącach od ogłoszenia w Dzienniku Ustaw.

3 Por. K. Dudka, *Podstawy umorzenia i odmowy wszczęcia postępowania karnego w sprawach o przestępstwa zgwałcenia*, Warszawa 2012, w wersji elektronicznej dostępny jest po adresem: <http://www.iws.org.pl/pliki/files/badania/raporty/raporty/Dudka%20K%20Zgwa%C5%82cienia%20podstawy%20umorzenia%20i%20odmowy%20wszcz%C4%99cia%202012.pdf> (dostęp: 12.11.2017).

4 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18 grudnia 2013 r. w sprawie sposobu przygotowania przesłuchania przeprowadzanego w trybie określonym w art. 185a-185c Kodeksu postępowania karnego (Dz.U. z 2013 r. poz. 1642).

Zmiany objęły także obowiązujące dotychczas rozwiązania zawarte w art. 185a oraz art. 185b k.p.k., które z uwagi na temat niniejszego zostaną jedynie częściowo przytoczone w dalszej części.

Regulacje te, jak wskazuje się w uzasadnieniu ustawy<sup>5</sup>, miały na celu ograniczenie zjawiska tzw. wtórnej wiktyimizacji, pojawiającej się szczególnie w tego typu sprawach, w związku z koniecznością udziału w postępowaniu karnym. Ich wprowadzenie było także realizacją zobowiązań międzynarodowych wynikających z konwencji w Lanzarote<sup>6</sup> oraz konwencji stambulskiej<sup>7</sup>. Zmiany te, mimo że nastawione są na ochronę pokrzywdzonych, to jednak ze swej istoty godzą w konstytucyjnie (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP) oraz konwencyjnie (art. 6 ust. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności) gwarantowane prawo do obrony, któremu to zagadnieniu poświęcony jest niniejszy artykuł.

### Wprowadzone zmiany

Od 27 stycznia 2014 r. w sprawach o zgwałcenie obowiązują szczególne przepisy dotyczące przesłuchań osób pokrzywdzonego, wynikającej z popełnienia na jego szkodę przestępstwa. Wyraża się ona w przyjęciu założenia, że liczba czynności

5 Por. uzasadnienie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (druk sejmowy nr 532), dostępny pod adresem: <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=532> (dostęp: 12.11.2017).

6 Konwencja Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, sporządzona w Lanzarote dnia 25 października 2007 r.

7 Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r.

dokonywanych przez policję i prokuraturę z pokrzywdzonym ma być minimalna.

Dyrektywę tą należy realizować od samego początku postępowania, tj. od odebrania zawiadomienia o przestępstwie. W świetle obowiązujących przepisów ma być ono mocno ograniczone. Zgodnie z art. 185c § 1 k.p.k. w sytuacji, gdy pochodzi ono od pokrzywdzonego, powinno się ograniczyć do wskazania najważniejszych faktów i dowodów. Czynność ta stanowić ma jedynie impuls do podjęcia dalszych działań procesowych, ustalenia sprawcy, zabezpieczenia dowodów etc. Nie powinna natomiast stawać się regularnym przesłuchaniem. To bowiem ma przeprowadzić nie policjant czy prokurator, ale sąd.



Przesłuchanie pokrzywdzonego zgodnie z art. 185c § 2 k.p.k. przeprowadza sąd na posiedzeniu w składzie jednoosobowym. Mogą w nim wziąć udział prokurator, obrońca, a także pełnomocnik pokrzywdzonego. W przesłuchaniu nie może zatem brać udziału osoba podejrzana lub podejrzany. Co do udziału w nim biegłego psychologa, to nie jest on obowiązkowy, a warunkiem uczestnictwa jest powołanie przez sąd lub prokuraturę. Co warte podkreślenia, pokrzywdzony może złożyć wniosek, by biegły mu towarzyszący był tej samej płci. Jednakże niemożność spełnienia tego żądania nie wstrzymuje tej czynności. W świetle obowiązujących przepisów biegły ma przede wszystkim przygotować pokrzywdzonego do składania zeznań, a także czuwać nad tym,

by w stosunku do pokrzywdzonego nie zapadały niestosowne pytania.

Przesłuchanie to odbywa się z jednoczesną rejestracją obrazu i dźwięku. Na rozprawie głównej odtwarza się sporządzony zapis obrazu i dźwięku przesłuchania oraz odczytuje się protokół przesłuchania, który może być i w praktyce bywa ograniczany do najważniejszych oświadczeń składanych przez pokrzywdzonego.

Przepisy nie wskazują, kiedy należy przeprowadzić przesłuchanie pokrzywdzonego, aczkolwiek regulamin urzędowania sądów powszechnych<sup>8</sup> zalicza sprawy, w których przeprowadza się takie czynności, do kategorii „pilnych”. W praktyce wniosek ten wysyłany jest do sądu tego samego dnia, którego wydaje się postanowienie o wszczęciu śledztwa, a także postanowienie o powołaniu biegłego, który następnie uczestniczy w posiedzeniu i sporządza opinię. Przesłuchania te mają być prowadzone w specjalnie w tym celu przystosowanych pokojach. Szczegóły w tym zakresie określone zostały w rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości wydanego na podstawie art. 185d § 2 k.p.k.

Przepisy wprowadzają też możliwość powtórnego przesłuchania pokrzywdzonego, przy czym nie określają przesłanek warunkujących powtórzenie tej czynności. Zgodnie z art. 185c § 3 k.p.k. ponawia się je, gdy zajdzie taka konieczność. Przepis ten przewiduje ponadto, że pokrzywdzony może złożyć wniosek o to, by odbywało się w drodze wideokonferencji. Warunkiem jest jednak, by zachodziła uzasadniona obawa, że bezpośrednia obecność oskarżonego przy przesłuchaniu mogłaby oddziaływać krępująco na zeznania pokrzywdzonego lub wywierać negatywny wpływ na jego stan psychiczny.

Co jest bardzo ciekawe, w art. 4 ustawy z 13 czerwca 2013 r. przewidziano, że od szczególnych gwarancyjnych wymogów prowadzenia przesłuchań, tj. nagrywania obrazu i dźwięku, a także prowadzenia ich w specjalnych pomieszczeniach, można było odstępować przez odpowiednio 12 i 18 miesięcy od dnia wejścia w życie ww. przepisów.

<sup>8</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2015 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2316).



### **Przesłuchanie dziecka a przesłuchanie pokrzywdzonego zgwałceniem**

Wskazane powyżej regulacje nie mają jednak generalnego charakteru. Mimo to, że art. 185c k.p.k. stanowi, że stosuje się go w sprawach o czyny z art. 197-99 Kodeksu karnego (dalej: k.k.), to jednak w praktyce kwestia ich stosowania wcale nie jest taka jednoznaczna. Dzieje się tak bowiem, gdyż w art. 185a k.p.k. przewidziano już dużo wcześniej oddzielny tryb przesłuchania małoletnich pokrzywdzonych. Co interesujące, przewiduje on pewne różnice w zakresie poziomu gwarancji procesowych tak dla pokrzywdzonych, jak i podejrzanego.

Zgodnie z art. 185a k.p.k. w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określone w rozdziałach XXIII, XXV i XXVI k.k. pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przesłuchuje się w charakterze świadka tylko wówczas, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, i tylko raz, chyba że wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, lub żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. W art. 185a § 2 k.p.k. przewidziano natomiast, że przesłuchanie przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa. Prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego mają prawo wziąć udział w przesłuchaniu. Osoba wymieniona w art. 51 § 2 k.p.k. lub osoba pełnoletnia wskazana przez pokrzywdzonego ma prawo również być obecna przy przesłuchaniu, jeżeli nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Jeżeli oskarżony zawiadomiony o tej czynności nie posiada obrońcy z wyboru, sąd wyznacza mu obrońcę z urzędu. Wreszcie, zgodnie z art. 185a § 4 k.p.k., w sprawach o przestępstwa wymienione w art. 185a § 1 małoletniego pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania ukończył 15 lat, przesłuchuje się w warunkach określonych w art. 185a § 1-3, gdy zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach mogłoby wyrzucić negatywny wpływ na jego stan psychiczny. Konsekwencją tych przepisów jest to, że to sądy muszą decydować, czy małoletni, który ukończył 15 rok życia, ale niepełnoletni, będzie przesłuchany w trybie art. 185a k.p.k. czy też art. 185c k.p.k. Problemатyczne jest jednak to, że Kodeks

postępowania karnego przewiduje różne gwarancje procesowe dla stron postępowania.

### **Przesłuchanie sądowe a konstytucyjne gwarancje prawa do obrony**

Sądowe przesłuchanie osoby pokrzywdzonej stanowi instytucję o charakterze szczególnym, ale nie unikatowym. W przeszłości podobną funkcję – zabezpieczenia dowodu – pełniły przesłuchania prowadzone w trybie art. 316 § 3 k.p.k.<sup>9</sup> Przepis ten pozwala na to by, w sytuacji, gdy zachodzi niebezpieczeństwo, że świadek nie będzie można przesłuchać na rozprawie, strona lub prokurator albo inny organ prowadzący postępowanie mogli zwrócić się do sądu z żądaniem przesłuchania go przez sąd. Jednakże przesłuchania sądowe, o których mowa w art. 185a i art. 185c k.p.k. pełnią też inną funkcję – ochronną. Wyraża się ona w tym, że pokrzywdzony w ramach przesłuchania jest izolowany od sprawcy, zaś w zakresie zadawanych mu pytań organy procesowe – sąd i biegły – mają czuwać nad tym, by nie miały one charakteru niewłaściwego, złośliwego, upokarzającego. Z założeniem o sądowym charakterze wiąże się udzielone przez ustawodawcę zaufanie, iż sąd – należycie przygotowany – przeprowadzi tę czynność w taki sposób, że wyjaśni wszechstronnie wszelkie okoliczności zdarzenia. Należy jednak pamiętać, że ustalenia te zazwyczaj czynione są bez stanowiska drugiej strony – podejrzanego. W tym zakresie wentylem bezpieczeństwa, który ma eliminować możliwość nadużyć, jest stworzenie możliwości ponownego przesłuchania pokrzywdzonego.

Jednakże analiza obu regulacji dotyczących przesłuchania pokrzywdzonych pokazuje, że wykazują one jedynie częściowe podobieństwa w tej kwestii. Należą do nich: obowiązek rejestracji dźwięku i obrazu, a tym samym procedura wprowadzenia ich do procesu, czy też warunki, w jakich się je prowadzi. Nie wiadomo do końca, dlaczego ustawodawca nie stworzył jednolitej regulacji, co też stało się przyczynkiem do krytyki przepisów o przesłuchaniach w trybie art. 185c k.p.k. Ta dezaprobatę wyraża się m.in. we wskazaniu, iż nigdzie w art. 185c k.p.k. nie została

<sup>9</sup> Por. wyrok z 4 listopada 2008 r. w sprawie *Demski p. Polsce*, skarga nr 22694/03.

wyrażona wprost zasada jednokrotnego przesłuchania<sup>10</sup>, jak i to, że przepis ten wprowadza uregulowanie odmienne od art. 185a k.p.k. Z uwagi na to wskazuje się, że określenie przesłanki ponownego przesłuchania jako stanu „konieczności” powoduje otwieranie postępowania na możliwość wielokrotnego przesłuchania pokrzywdzonego<sup>11</sup>.

Co ciekawe, w doktrynie wskazuje się przesłankę „konieczności”, którą należy interpretować zbieżnie do przesłanki z art. 185a § 1 k.p.k.<sup>12</sup> Jednakże orzecznictwo idzie w kierunku odmiennym. W postanowieniu z 22 września 2016 r.<sup>13</sup> Sąd Najwyższy wskazał, że obowiązek przesłuchania pokrzywdzonego na żądanie oskarżonego, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego, przewidziany w art. 185a § 1 *in fine* k.p.k. dotyczy świadka małoletniego. Dodał przy tym, iż „brak jest dostatecznych podstaw normatywnych do formułowania tezy, że żądanie ponownego przesłuchania pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 185a § 1 k.p.k., przysługuje oskarżonemu także wówczas, gdy pokrzywdzona była pełnoletnia i że źródłem tego prawa miałby być art. 185c § 1 k.p.k.” W praktyce również dla sądów dla ponowienia przesłuchania niewystarczającym argumentem jest brak obrońcy przy pierwszym przesłuchaniu.

W tej sytuacji wydaje się, że nie ma innej metody niż próba zakwestionowania przedmiotowych przepisów w drodze kontroli konstytucyjności. Należy bowiem zauważyć, że ustawodawca dokonał zróżnicowania sytuacji podejrzanego w zakresie możliwości wnioskowania o ponowne przesłuchanie. Kryterium różnicowania jest tutaj wiek, przy czym paradoksem jest to, że zdaniem ustawodawcy im pokrzywdzony jest starszy, tym bardziej jego zdaniem zasługuje na ochronę przed wtórną wiktymizacją. Wszak zgodnie z art. 185a k.p.k. w sytuacji pokrzywdzonego małoletniego powtórne przesłuchanie będzie musiało być przeprowadzone, gdy zawnioskuje o to obrońca, z którego

pomocy podejrzanemu nie mógł korzystać w czasie przesłuchania. Takiego zastrzeżenia nie poczyniono dla przypadków przesłuchania pokrzywdzonych pełnoletnich. W związku z tym to sądy, być może nieraz arbitralnie, będą oddawały wnioski o ponowne przesłuchanie skierowane tylko na podstawie tego, iż podejrzanemu nie miał obrońcy, bo zostało ono przeprowadzone na tak wczesnym etapie, że nie sposób było ustanowić obrońcę. W związku z powyższym należałoby poddać regulację art. 185c § 3 k.p.k. badaniu pod kątem zgodności z art. 42 ust. 2 w związku z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP.

### **Przesłuchanie sądowe a standard konwencyjny**

Drugą ścieżką wypracowania właściwych standardów przesłuchania jest zakwestionowanie tych regulacji w drodze skargi indywidualnej do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC). Artykuł 6 ust. 3 lit. d Konwencji gwarantuje prawo do spowodowania przesłuchania i zadawania pytań świadkom oskarżenia. Trybunał nie raz już podkreślał, że przede wszystkim dowody powinny być przeprowadzane na rozprawie, a oskarżony winien mieć możliwość ich kwestionowania, zaś wyjątki od tej zasady nie mogą naruszać prawa do obrony. Należy mieć tu na względzie, że z perspektywy gwarancji z art. 6 ETPC dość szczególnie postrzega sprawy, których przedmiotem jest rzetelność postępowania w sprawach o przestępstwa skierowane przeciwko wolności seksualnej, gdyż występuje w nich zjawisko wtórnej wiktymizacji. W związku z tym udziela pewnego marginesu swobody w zakresie kształtowania środków dowodowych, które mogą być w nich wykorzystywane.

Jednocześnie ETPC podnosi, że możliwe są w nich pewne ograniczenia prawa do obrony, patrząc jednocześnie, czy nie były one nadmierne, a w szczególności jaka była przyczyna „nieobecności” świadka na rozprawie, czy skarżącym zapewniona została możliwość kwestionowania w toku postępowania tak uzyskanych dowodów, czy był to jedyny dowód, a także czy podjęte zostały właściwe procedury minimalizujące naruszenie gwarancji wynikającej z art. 6 ust. 3 lit. d Konwencji. Do takich zaliczyć należy np.: możliwość zgłaszania zastrzeżeń, odnoszenia się do przeprowadzonego dowodu, utrwalenie przebiegu przesłuchania nie tylko w formie papierowego protokołu, ale również nagrania,

10 D. Gruszecka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, J. Skorupka (red.), Warszawa 2016.

11 L.K. Paprzycki (red.), J. Grajewski, S. Steinborn, *Komentarz aktualizowany do art. 185(c) Kodeksu postępowania karnego*, Warszawa, 2014.

12 T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom 1*, Warszawa 2014, s. 666.

13 Por. Postanowienie SN z dnia 22 września 2016 r. IV KK 264/16, Legalis.

a także odtworzenia go na rozprawie, czy umożliwienie zadawania pytań za pośrednictwem obrońcy lub też przez psychologa, czy wreszcie dokonanie oceny psychologicznej wiarygodności takiego dowodu etc.<sup>14</sup>

Patrząc na obowiązujące przepisy przez pryzmat gwarancji konwencyjnych, wskazać należy, że ustawodawca bardzo ograniczył możliwość ponownego przesłuchania pokrzywdzonych, wprowadzając nieostrą przesłankę „konieczności”. Wprowadzenie zasady jednokrotnego przesłuchania powoduje, że podejrzany lub jego obrońca w praktyce może być pozbawiony prawa zadania pytania pokrzywdzonemu. Wynika to m.in. z tego, że zeznania pokrzywdzonego stanowią przeważnie dowód pierwotny, kluczowy. Z tego też powodu przesłuchania są tymi czynnościami, które z reguły prowadzi się na samym początku procesu, gdy jeszcze w sprawach nie ma podejrzanych, a co dopiero obrońców. Z tych też powodów obowiązujące przepisy wprowadzają gwarancje proceduralne, polegające na konieczności nagrania przesłuchania i odtworzenia jego przebiegu na rozprawie, czego konsekwencją jest to, że pokrzywdzony nie musi uczestniczyć w rozprawie. Z tej perspektywy dla ETCP najbardziej problematyczne będzie

dokonanie oceny, czy proces był rzetelny, mając na uwadze, że zawsze w tych sprawach zeznania pokrzywdzonego są dowodem kluczowym, a jednocześnie czy środki równoważące w postaci nagrania i odtworzenia były wystarczające. Zagadnienie to będzie miało szczególne znaczenie, jeśli z uwagi na ww. przepisy przejściowe przesłuchania nie były nagrywane i prowadzone w specjalnych pokojach. W tych okolicznościach istotne znaczenie dla oceny będą miały takie okoliczności, czy oskarżony lub jego obrońca miał możliwość kwestionowania zgodności zeznań z innymi dowodami w sprawie, powołania kontrdowodu etc. Problematiczne będzie również ustalenie, czy „powód nieobecności” pokrzywdzonego był usprawiedliwiony, albowiem „stan konieczności” będzie wymagał oceny w okolicznościach konkretnego przypadku.

### Skala problemu

Na koniec warto przyjrzeć się potencjalnej skali problemu. W tym zakresie dostępne są jedynie dane za 2016 r.<sup>15</sup>, dotyczące liczby osób przesłuchanych w trybach art. 185a oraz art. 185c tak w sądach okręgowych, jak i rejonowych. Dane te przedstawione zostały w tabelach.

	SUMA	Dziewczynki		Chłopcy	
		Do 15 lat	15-18 lat	Do 15 lat	15-18 lat
<b>Ogółem</b>	7888	4402	378	2994	114
<b>Przesłuchani 1 raz</b>	7729	4308	366	2942	113
<b>Przesłuchani więcej niż 1 raz – wyszły na jaw nowe okoliczności</b>	83	56	8	18	1
<b>Przesłuchani więcej niż 1 – żądał podejrzany, który nie miał obrońcy</b>	76	38	4	34	0
<b>Przesłuchani w przyjaznym pokoju</b>	5267	2940	268	1984	75
<b>Przesłuchani poza sądem</b>	1816	1031	71	684	30

Tabela 1. Przesłuchania w trybie art. 185a k.p.k. w sądach rejonowych i okręgowych w 2016 r.

14 Por. wyrok z dnia 15 grudnia 2011 r. w sprawie *Al-Khawaja i Tahery p. Wielkiej Brytanii*, skargi nr 26766/05 i 22228/06, wyrok z dnia 15 grudnia 2015 r. w sprawie *Schatschaschwili p. Niemcom*, skarga nr 9154/10.

15 Źródło: Ministerstwo Sprawiedliwości.

	Przesłuchani	Przesłuchani w pokoju przesłuchań w sądzie	Przesłuchani poza sądem
<b>Kobiety</b>	2490	1829	469
<b>Mężczyźni</b>	264	133	37
<b>Ogółem</b>	<b>2754</b>	<b>1962</b>	<b>506</b>

Tabela 2. Przesłuchania w trybie art. 185c w sądach rejonowych i okręgowych w 2016 r.

Jak wynika z powyższego, w sądach rejonowych i okręgowych w 2016 r. przesłuchanych zostało 7888 osób, z czego 159 osób było przesłuchanych więcej niż jeden raz. Takich danych brak jest natomiast co do przesłuchań w trybie art. 185c k.p.k.



W sądach rejonowych oraz okręgowych w tym trybie przesłuchanych zostało 2754 osób pokrzywdzonych, z czego 90% stanowiły kobiety. Zasadą było tu prowadzenie przesłuchań w tzw. przyjaznych pokojach ulokowanych w sądach. Porównanie obu danych wskazuje, że przesłuchania małoletnich powyżej 15. roku życia prowadzone jest w trybie art. 185a k.p.k., co powoduje, że stosuje się do nich nieco bardziej liberalne przepisy w zakresie możliwości ponownego ich przesłuchania. Ponadto dane te pokazują, że w zdecydowanej większości przesłuchania

prowadzone są w tzw. specjalnych pokojach. Potwierdzają one powyższe twierdzenia, że utrzymywanie różnicowania gwarancji nie ma większego uzasadnienia i praktyka, ewentualne zmiany przepisów powinny iść w kierunku ich jednakowego stosowania.

*adv. Artur Pietryka – wiceprzewodniczący Komisji Praw Człowieka przy Naczelnej Radzie Adwokackiej.*

#### **Right to a defense in rape cases – constitutional and conventional aspects**

This article analyzes the abrogation of the right to a defense in rape cases. Current regulations provide that the first judicial hearing of a victim does not have to take place in the presence of a defender. However, a second hearing may be refused even if requested by a subsequently appointed defender (unlike in hearings involving of a minor). Such provisions are questionable in view of the Polish Constitution and the European Convention on Human Rights.

## Zaskarżalność postanowienia prokuratora o zarządzeniu ekshumacji w świetle standardów konstytucyjnych i międzynarodowych<sup>1</sup>

adv. Marcin Mrowicki



*Umarłych czeka to, czego się nie spodziewają  
i o czym nie mniemają*

Heraklit, fragm. B27 (Diels-Kranz)

**Kwestia zaskarżalności postanowienia prokuratora o zarządzeniu ekshumacji wywołuje silne emocje. Zagadnienie to pojawia się przy okazji ponownej ekshumacji ciał osób zmarłych w katastrofie smoleńskiej. W chwili obecnej powyższe zagadnienie jest przedmiotem dwóch postępowań. Pierwsze dotyczy następującego pytania prawnego Sądu Okręgowego w Warszawie<sup>2</sup> do Trybunału Konstytucyjnego, czy: art. 210 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego w zakresie, w jakim nie przewiduje możliwości złożenia zażalenia na zarządzenie wyjęcia zwłok z grobu jest zgodny z art. 45 ust. 1, art. 47 i art. 78 Konstytucji RP oraz z art. 8 i art. 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC)<sup>3</sup>. Drugie postępowanie toczy się przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka. Dotyczy skargi rodzin ofiar katastrofy smoleńskiej, które sprzeciwiają się ekshumacji swoich bliskich. Skarżące zarzucają, że zarządzenie ekshumacji wbrew ich woli oraz pozbawienie ich skutecznych środków odwoławczych od postanowienia prokuratora w tej sprawie naruszają m.in. ich prawo do prywatności i życia rodzinnego (art. 8 EKPC). Komunikując rządowi polskiemu te skargi, Trybunał jednocześnie wyznaczył termin na przedstawienie wyjaśnień. Polski rząd ma czas do 22 listopada 2017 r. na przed-**

stawienie swojej argumentacji<sup>4</sup>. Na rozstrzygnięcie w tym zakresie przyjdzie nam jednak jeszcze poczekać.

### Regulacja kodeksowa

W pierwszej kolejności należy przyrzeć się ustawowej regulacji zarządzenia ekshumacji i jego zaskarżalności. Zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>5</sup> ekshumacja zwłok i szczątków może być dokonana: 1) na umotywowaną prośbę osób uprawnionych do pochowania zwłok za zezwoleniem właściwego państwowego inspektora sanitarnego; 2) na zarządzenie prokuratora lub sądu; 3) na podstawie decyzji właściwego państwowego inspektora sanitarnego w razie zajęcia cmentarza na inny cel.

Artykuł 15 ust. 1 pkt 2 ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych nie stanowi samodzielnej podstawy dla prokuratora do zarządzenia ekshumacji zwłok i szczątków ludzkich. W uzasadnieniu do uchwały z dnia 29 czerwca 2016 r.<sup>6</sup> Sąd Najwyższy stwierdził, że prokurator może zarządzić ekshumację wyłącznie w ramach prowadzonego postępowania karnego, na podstawie swoich kompetencji śledczych, dyktowanych ważnym interesem publiczno-prawnym wynikającym z art. 209 Kodeksu postępowania karnego (dalej: k.p.k.). W myśl zaś art. 209 k.p.k., jeżeli zachodzi podejrzenie przestępnego spowodowania śmierci, przeprowadza się oględziny i otwarcie zwłok. W celu dokonania oględzin lub otwarcia zwłok prokurator albo sąd może zarządzić wyjęcie zwłok z grobu (art. 210 k.p.k.).

1 Niniejszy tekst powstał w ramach przygotowania stanowiska RPO (znak II.511.676.2017.MM) w postępowaniu przed TK w sprawie pytania prawnego Sądu Okręgowego w Warszawie VIII Wydział Karny z 3 kwietnia 2017 r., sygn. akt VIII Kp 17/17.

2 Postanowienie SO w Warszawie z dnia 3 kwietnia 2017 r., VIII Kp 17/17. Postępowanie toczy się przed TK pod sygnaturą P 18/17.

3 Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz.284.

4 Komunikacja ETPC z dnia 22 września 2017 r. w sprawach nr 30491/17, *Solska p. Polsce*, i nr 31083/17, *Rybacka p. Polsce*.

5 Dz.U. z 2015 r. poz. 2126 ze zm.

6 Uchwała SN z dnia 29 czerwca 2016 r., III CZP 24/16, Lex nr 2067031.

W myśl art. 459 § 1 k.p.k. zażalenie przysługuje na postanowienie sądu zamykające drogę do wydania wyroku, chyba że ustawa stanowi inaczej. Zażalenie przysługuje także na postanowienia co do środka zabezpieczającego oraz na inne postanowienia w wypadkach przewidzianych w ustawie (art. 459 § 2 k.p.k.). Zażalenie przysługuje stronom, a także osobie, której postanowienie bezpośrednio dotyczy, chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 459 § 3 k.p.k.). W postępowaniu przygotowawczym stroną jest pokrzywdzony (art. 299 § 1 k.p.k.). Z mocy zaś art. 465 § 1 k.p.k. przepisy dotyczące zażaleń stosuje się odpowiednio do zażaleń na postanowienia prokuratora i prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Na postanowienie prokuratora przysługuje zażalenie do sądu właściwego do rozpoznania sprawy, chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 465 § 2 k.p.k.). Ponadto z art. 466 § 1 k.p.k. wynika, że przepisy dotyczące sprzeciwów i zażaleń na postanowienia stosuje się odpowiednio do sprzeciwów i zażaleń na zarządzenia. Oznacza to, że strony postępowania przygotowawczego oraz osoby, których bezpośrednio postanowienie dotyczy, mogą złożyć zażalenie do sądu na postanowienie (zarządzenie prokuratora) w wypadkach przewidzianych w ustawie, a więc wówczas, gdy przepis szczególny przewiduje zaskarżalność takiej decyzji procesowej prokuratora.

W powyższym kontekście zwrócić należy również uwagę na sytuację procesową w tym zakresie osób, które nie są stronami postępowania przygotowawczego. Z art. 302 § 1 k.p.k. wynika, że osobom niebędącym stronami przysługuje zażalenie na postanowienia i zarządzenia naruszające ich prawa. Ponadto stronom oraz osobom niebędącym stronami służy zażalenie na czynności inne niż postanowienia i zarządzenia naruszające ich prawa (art. 302 § 2 k.p.k.). Zażalenie na postanowienia i zarządzenia oraz na inne czynności prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, o których mowa odpowiednio w § 1 i 2, rozpoznaje prokurator bezpośrednio przełożony (art. 302 § 3 k.p.k.).

W świetle powołanych przepisów, a zwłaszcza treści art. 459 § 2 *in fine* k.p.k. zasadnicze znaczenie ma więc to, czy ustawa przewiduje możliwość wniesienia zażalenia na postanowienie prokuratora wydane w toku postępowania przygotowawczego w sprawie ekshumacji. Stosownie do art. 210 k.p.k. w celu dokonania

ogłędzin lub otwarcia zwłok prokurator może zarządzić wyjęcie zwłok z grobu. Przy czym za zwłoki uważa się ciała osób zmarłych i dzieci martwo urodzonych, bez względu na czas trwania ciąży<sup>7</sup>. Artykuł 210 k.p.k., jak również inne przepisy Rozdziału 23 k.p.k., w którym został zamieszczony ten przepis, nie przewidują jednak możliwości zaskarżenia do sądu zarządzonego w tym trybie „wyjęcia zwłok z grobu”. Może to przemawiać za tezą, że „wyjęcie zwłok z grobu” nie jest owym wypadkiem przewidzianym w ustawie, o którym mówi art. 459 § 2 k.p.k. W związku z tym, biorąc pod uwagę wykładnię literalną przepisów ustawowych, na wydane w tym zakresie postanowienie prokuratora nie służy zażalenie do sądu.

### **Standardy konstytucyjne w zakresie zaskarżalności ekshumacji**

Z art. 47 Konstytucji RP wynika, że każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego. Prawo do prywatności zgodnie z tym standardem konstytucyjnym musi więc podlegać ochronie prawnej. Ochrona ta jest tak daleko idąca, że ustawa określająca zakres ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu wojennego i wyjątkowego nie może ograniczać wolności i praw określonych w art. 47 (dobra osobiste) – art. 233 ust. 1 Konstytucji RP. W konsekwencji osoba, która uważa, że jej prawo do prywatności zostało naruszone przez działanie organu władzy publicznej, musi mieć możliwość skorzystania z ochrony prawnej.

Artykuł 47 Konstytucji RP stanowi także wskazówkę przy wykładni przepisów normujących kwestie dotyczące do życia prywatnego jednostki<sup>8</sup>. Odnosi się to zarówno do przepisów rangi konstytucyjnej, jak również przepisów znajdujących się niżej w porządku prawnym, takich jak umowy międzynarodowe bądź ustawy.

7 § 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie postępowania ze zwłokami i szczątkami ludzkimi (Dz.U. Nr 153 poz. 1783 ze zm.).

8 Zob. J. Braciak, *Prawo do prywatności*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2004, s. 164; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, art. 47, Nb 1; M. Wild, *Komentarz do art. 47 Konstytucji (w:) Konstytucja. Komentarz. T. 1*, M. Safjan, L. Bosek (red.), Warszawa 2016, s. 1173.

Należy podkreślić, że ustalenie zakresu dozwolonej ingerencji władzy publicznej w prawa określone w art. 47 Konstytucji RP następuje według odmiennych zasad niż ustalenie zakresu pozytywnych obowiązków państwa zmierzających do zapewnienia efektywnej ochrony w stosunkach horyzontalnych. W relacjach z organami władzy publicznej art. 47 powinien być traktowany jako zasada, od której wyjątki są dopuszczalne jedynie wówczas, gdy spełniają wymogi określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP<sup>9</sup>.

W przypadku naruszenia wartości określonych w art. 47 Konstytucji organy władzy publicznej mają obowiązek zapewnienia odpowiedniego remedium. Prawa obywatela określone w art. 47 są chronione na drodze sądowej i można ich dochodzić w trybie karnego postępowania prywatnoskargowego lub postępowania cywilnego<sup>10</sup>. Natomiast w sytuacji, gdy przepisy prawne nie przewidują sądowej ochrony prywatności jednostki, są one uznawane za niezgodne z Konstytucją RP<sup>11</sup>.

Osoba, która uważa, że jej prawo do prywatności zostało naruszone przez działanie organu władzy publicznej, musi mieć możliwość skorzystania z ochrony prawnej. W realiach ustrojowych ukształtowanych Konstytucją RP oznacza to, że taka osoba musi mieć zapewnione prawo dostępu do sądu, tj. prawo do uruchomienia procedury przed sądem niezależnym, bezstronnym i niezawisłym (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Zapewnienie konstytucyjnych gwarancji prawa do sądu obejmuje wszelkie sytuacje – bez względu na szczegółowe regulacje proceduralne – w których pojawia się konieczność rozstrzygnięcia o prawach danego podmiotu (w relacji do innych równorzędnych podmiotów lub w relacji do władzy publicznej), a jednocześnie natura danych stosunków prawnych wyklucza arbitralność rozstrzygnięcia o sytuacji prawnej podmiotu przez drugą stronę tego stosunku.

W uzasadnieniu do wyroku z dnia 3 lipca 2008 r.<sup>12</sup> Trybunał Konstytucyjny, uznając za niekonstytucyjny brak prawa do sądu w przypadku wydania przez prokuratora postanowienia o przeszukaniu, stwierdził, że „celem istnienia na szczeblu konstytucyjnym



«prawa do sądu» jako takiego jest zapewnienie jednostce ochrony przed arbitralnością władzy. Nawet fakt wielokrotnej kontroli niesądowej, dokonywanej przez prokuratora nadzornego nad prokuratorem prowadzącym postępowanie, nie może równoważyć braku kontroli dokonywanej przez sąd. (...) Trybunał Konstytucyjny, uwzględniając swoją dotychczasową linię orzeczniczą, stwierdza, że w pojęciu sprawy mieszczą się zagadnienia dotyczące kontroli rozstrzygnięć prokuratorskich związanych z prawem do prywatności, nietykalnością cielesną oraz nienaruszalnością mieszkania”.

Adresatem prawa do sądu jest państwo, które ma obowiązek nie tylko ustanowienia określonych regulacji prawnych o charakterze ustrojowym i procesowym oraz ich przestrzegania, lecz także do stworzenia odpowiednich zabezpieczeń infrastrukturalnych i finansowych, pozwalających łącznie na to, aby sprawa dotycząca jednostki została rozpatrzona i rozstrzygnięta w postępowaniu odpowiadającym konstytucyjnym standardom. Obowiązкови temu towarzyszy roszczenie jednostki wobec państwa, którego treścią jest możliwość ubiegania się o ochronę prawną<sup>13</sup>.

W orzecznictwie TK podkreśla się, że art. 45 ust. 1 Konstytucji RP pozwala na wyodrębnienie dwóch uprawnień: prawa do sądowego wymiaru sprawiedliwości, rozumianego jako merytoryczne

9 Ibidem, s. 1174.

10 Wyrok TK z dnia 2 kwietnia 2001 r., SK 10/00, OTK 2001, Nr 3, poz. 52.

11 Wyrok TK z dnia 18 lipca 2011 r., K 25/09, OTK-A 2011, Nr 6, poz. 57.

12 Wyrok TK z dnia 3 lipca 2008 r., K 38/07, OTK z 2008 r., Nr 6/A, poz. 102.

13 P. Grzegorzcyk, K. Weitz (w.): *Konstytucja. Komentarz. T. 1*, M. Safjan, L. Bosek (red.), Warszawa 2016, s. 1096.

rozstrzygnięcie w zakresie praw jednostki, oraz prawa do sądowej kontroli aktów godzących w konstytucyjnie gwarantowane wolności (prawa) jednostki, jako zabezpieczającego przed arbitralnością aktów władzy publicznej rozstrzygających sprawy jednostek<sup>14</sup>. W tej drugiej sytuacji sąd realizuje czynności z zakresu ochrony prawnej, chroni jednostkę przed arbitralnością działań podmiotu sprawującego władztwo publiczne<sup>15</sup>. Trybunał Konstytucyjny ma na myśli m.in. sytuacje, gdy sąd sprawuje kontrolę nad postępowaniem przygotowawczym jako pierwszym stadium procesu karnego<sup>16</sup>. Może się to odbywać przez usytuowanie sądu w roli podmiotu oceniającego akt indywidualny pochodzący od organu pozasądowego i ingerujący w sytuację prawną jednostki<sup>17</sup>.

Należy również zauważyć, że swoboda ustawodawcy kształtowania odpowiednich procedur nie oznacza dopuszczalności wprowadzania rozwiązań arbitralnych, które ponad miarę, a więc bez wystąpienia istotnych racji, ograniczają prawa procesowe strony<sup>18</sup>. Artykuł 45 ust. 1 Konstytucji RP wyznacza więc granice swobody ustawodawcy w przyjmowaniu rozwiązań decydujących o kształcie poszczególnych rodzajów postępowań sądowych.

Z utrwalonego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego wynika, że jeśli art. 45 ust. 1 Konstytucji RP dotyczy dochodzenia przed sądem wszelkich praw, to art. 77 ust. 2 Konstytucji RP obejmuje swym zakresem jedynie prawa i wolności gwarantowane konstytucyjnie<sup>19</sup>. W tym znaczeniu art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, stanowiąc uzupełnienie i rozwinięcie art. 45 ust. 1, zawiera zarazem swoistą regulację szczególną w stosunku do tego przepisu.

14 Zob. wyroki TK z: 12 maja 2003 r., SK 38/02, OTK-A 2003, Nr 5, poz. 38; 2 września 2008 r., K 35/06, OTK-A 2008, Nr 7, poz. 120; 2 lipca 2009 r., K 1/07, OTK-A 2009, Nr 7, poz. 104; 25 czerwca 2012 r., K 9/10, OTK-A 2012, Nr 6, poz. 66; 7 marca 2013 r., SK 30/09, OTK-A 2013, Nr 3, poz. 26; postanowienie TK z 9 lipca 2014 r., TS 120/14, OTK-B 2014, Nr 5, poz. 503.

15 Wyrok TK z dnia 13 stycznia 2015 r., SK 34/12, OTK-A 2015, Nr 1, poz. 1.

16 Wyrok TK z dnia 12 maja 2003 r., SK 38/02, OTK-A 2003, Nr 5, poz. 38.

17 Ibidem.

18 Wyroki TK z: 20 października 2010 r., P 37/09, OTK-A 2010, Nr 8, poz. 79; 17 listopada 2011 r., SK 45/09, OTK-A 2011, Nr 9, poz. 97.

19 Wyroki TK z: 9 czerwca 1998 r., K 28/97; z 14 czerwca 1999 r., K 11/98; 16 marca 1999 r., SK 19/98; z 10 maja 2000 r., K 21/99; 14 marca 2005 r., K 35/04; 3 lipca 2008 r., K 38/07.

Ograniczenia prawa do sądu muszą uwzględniać kategorię zakaz zamykania drogi do sądu zawarty w art. 77 ust. 2 Konstytucji RP w zakresie dochodzenia konstytucyjnych wolności lub praw. Wyłączenie drogi sądowej w sprawach związanych z naruszeniem tych wolności lub praw może być ustanowione wprost jedynie w przepisach konstytucyjnych. Prawo do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP) nie może zostać ograniczone w ustawie przez zamknięcie drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności lub praw konstytucyjnych, gdyż takie ograniczenie byłoby w sposób oczywisty sprzeczne z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP. W rezultacie konieczność ochrony w demokratycznym państwie takich wartości, jak bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), nie może uzasadniać zamknięcia drogi sądowej w odniesieniu do praw objętych zakresem stosowania art. 77 ust. 2 Konstytucji RP.

Należy podkreślić, że art. 78 Konstytucji RP kreuje konstytucyjne prawo podmiotowe jednostki, którego treścią jest możliwość zaskarżenia wskazanych w tym przepisie orzeczeń lub decyzji, a jako taki może stanowić samodzielną podstawę skargi konstytucyjnej<sup>20</sup>. Gwarancja ustanowiona w art. 78 Konstytucji RP służy zapobieganiu pomyłkom i arbitralności w I instancji<sup>21</sup>. Tym samym art. 78, kreując gwarancję procesową, wzmacnia sądową ochronę materialnych gwarancji konstytucyjnych przez zwiększenie prawdopodobieństwa ich prawidłowej realizacji w postępowaniach przed organami państwa<sup>22</sup>. Konstytucyjna gwarancja zaskarżalności, przez wymuszenie istnienia systemu kontroli rozstrzygnięć, pośrednio realizuje także inne cele, którym służy tego rodzaju system. Pozwala on stronom postępowania w większym stopniu zinternalizować niekorzystne dla nich rozstrzygnięcia, zwiększa zaufanie do aparatu państwowego oraz oddziałuje prewencyjnie i stymulująco na rozstrzygnięcia organów niższego szczebla<sup>23</sup>.

20 L. Garlicki, Artykuł 78 (w:) idem, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. T. 5, uw. 3.

21 Wyroki TK z: 11 maja 2004 r., K 4/03, OTK-A 2004, Nr 5, poz. 41; 20 maja 2008 r., P 18/07, OTK-A 2008, Nr 4, poz. 61; 8 kwietnia 2014 r., SK 22/11, OTK-A 2014, Nr 4, poz. 37.

22 P. Grzegorzcyk, K. Weitz, *Konstytucja...*, op. cit., s. 1788.

23 Ibidem.



Zastosowanie art. 78 Konstytucji RP nie jest ograniczone do konkretnego rodzaju postępowania. Przepis ten obejmuje swoim zakresem orzeczenia i decyzje wydawane w szeroko pojmowanych postępowaniach sądowych i podejmowane przez sąd, jak również w postępowaniach nienależących do kompetencji sądu i prowadzonych przed innymi organami, takich jak postępowanie administracyjne lub postępowanie przygotowawcze<sup>24</sup>.

Prawo do zaskarżania orzeczeń i decyzji wydanych w I instancji, wynikające z art. 78 zd. 1, nie ma charakteru absolutnego. Jego względny charakter polega na tym, że ustrojodawca upoważnił wyraźnie ustawodawcę do wprowadzania wyjątków od zasady zaskarżalności (art. 78 zd. 2)<sup>25</sup>.

Kluczowe znaczenie przy wykładni art. 78 zd. 2 *in principio* Konstytucji RP ma zagadnienie przesłanek, których spełnienie warunkuje dopuszczalność określenia w ustawie wyjątków od zasady zaskarżalności. Ustawodawca nie ma w tym zakresie pełnej, niczym nieskrępowanej swobody w ustalaniu katalogu przedmiotowych wyjątków. W kilku orzeczeniach TK wskazał trzy przesłanki w tym zakresie. Po pierwsze, wyjątki nie mogą prowadzić do naruszenia innych norm konstytucyjnych; po drugie, nie mogą powodować przekreślenia samej zasady ogólnej, gdyż nie może ona stać się na gruncie zwykłego ustawodawstwa *de facto* wyjątkiem od wprowadzanej w różnych regulacjach procesowych reguły niezaskarżalności orzeczeń i decyzji wydanych w I instancji; a po trzecie, odstępstwa od zasady zaskarżalności powinny być podyktowane szczególnymi okolicznościami, usprawiedliwiającymi pozbawienie strony środka zaskarżenia<sup>26</sup>.

24 Zob. L. Garlicki, *Artykuł 78*, op. cit., uw. 6.

25 Zob. wyroki TK z: 17 lutego 2004 r., SK 39/02, OTK-A 2004, Nr 2, poz. 7; 18 października 2004 r., P 8/04, OTK-A 2004, Nr 9, poz. 92; 14 października 2010 r., K 17/07, OTK-A 2010, Nr 8, poz. 75; 3 lipca 2012 r., K 22/09, OTK-A 2012, Nr 7, poz. 74; 6 grudnia 2011 r., SK 3/11, OTK-A 2011, Nr 10, poz. 113; 8 października 2013 r., K 30/11, OTK-A 2013, Nr 7, poz. 98; 22 października 2013 r., SK 14/13, OTK-A 2013, Nr 7, poz. 100; 26 listopada 2013 r., SK 33/12, OTK-A 2013, Nr 8, poz. 124; postanowienie TK z 3 października 2005 r., TS 81/05, OTK-B 2006, Nr 1, poz. 40.

26 Wyroki TK: z 12 czerwca 2002 r., P 13/01, OTK-A 2002, Nr 4, poz. 42; 13 czerwca 2006 r., SK 54/04, OTK-A 2006, Nr 6, poz. 64; 4 marca 2008 r., SK 3/07, OTK-A 2008, Nr 2, poz. 25; 3 lipca 2012 r., K 22/09, OTK-A 2012, Nr 7, poz. 74; 8 października 2013 r., K 30/11, OTK-A 2013, Nr 7, poz. 98.

W judykaturze TK dominuje jednak pogląd, że określanie wyjątków, o których mowa w art. 78 zd. 2 *in principio*, uwarunkowane jest spełnieniem wymagań, które w ogólności dla ograniczania wolności i praw statuuje art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Podejście to odnoszone jest przy tym nie tylko do wypadków wyłączenia zaskarżalności orzeczeń i decyzji, będących jedyną postacią wyjątków zgodnie z art. 78 zd. 2 *in principio* Konstytucji<sup>27</sup>, ale także do wypadków, w których chodzi o ustanowienie zbyt restryktywnych warunków korzystania z istniejącej możliwości zaskarżenia lub odstępstw od modelu zaskarżania „pożądanego” w świetle art. 78 zd. 1 Konstytucji RP<sup>28</sup>. Podejście to motywowane jest tym, że art. 31 ust. 3 Konstytucji RP jest jedyną normą konstytucyjną wyznaczającą granice ustanawiania ograniczeń w korzystaniu z wolności i praw gwarantowanych konstytucyjnie, w związku z czym na jego podstawie trzeba oceniać konstytucyjność wszelkich ingerencji ustawowych we wszystkie wolności i prawa, w tym prawo do zaskarżenia, ukształtowane jako podmiotowe prawo konstytucyjne.

Ustanawianie w ustawie wyjątków od zaskarżalności orzeczeń i decyzji wydanych w I instancji musi przebiegać przy poszanowaniu kryteriów i wymagań wyznaczonych przez art. 31 ust. 3 zd. 1 Konstytucji RP, tj. znajdować uzasadnienie w jednej z przesłanek wskazanych w tym przepisie oraz musi być konieczne w demokratycznym państwie prawnym, czyli szanować zasadę proporcjonalności<sup>29</sup>.

Nietrudno zauważyć, że nie wszystkie z wymienionych wartości mogą być relewantne jako możliwe uzasadnienie dla określenia wyjątków od prawa do zaskarżenia. Wypada przy tym podkreślić, że szybkość rozpoznania sprawy nie jest wartością, na rzecz której można poświęcić ochronę praw podmiotowych, i że sprawność

27 Wyroki TK z: 17 lutego 2004 r., SK 39/02, OTK-A 2004, Nr 2, poz. 7; 14 października 2010 r., K 17/07, OTK-A 2010, Nr 8, poz. 75; 12 kwietnia 2012 r., SK 21/11, OTK-A 2012, Nr 4, poz. 38; 22 października 2013 r., SK 14/13, OTK-A 2013, Nr 7, poz. 100; 26 listopada 2013 r., SK 33/12, OTK-A 2013, Nr 8, poz. 124; postanowienie TK z dnia 3 października 2005 r., TS 81/05, OTK-B 2006, Nr 1, poz. 40.

28 Wyroki TK z: 2 października 2006 r., SK 34/06, OTK-A 2006, Nr 9, poz. 118; 20 maja 2008 r., P 18/07, OTK-A 2008, Nr 4, poz. 61; 6 grudnia 2011 r., SK 3/11, OTK-A 2011, Nr 10, poz. 113; 8 kwietnia 2014 r., SK 22/11, OTK-A 2014, Nr 4, poz. 37.

29 L. Garlicki, *Artykuł 78*, op. cit., uw. 8.

tę można osiągnąć za pomocą innych mechanizmów, bez wyłączenia stronom prawa do zaskarżenia<sup>30</sup>.

### **Standardy międzynarodowe zaskarżalności postanowienia prokuratora w przedmiocie ekshumacji.**

Ochrona prawa do życia prywatnego i rodzinnego wyrażona jest również w art. 8 EKPC. Celem tego przepisu jest ochrona jednostki przed arbitralną ingerencją władz publicznych<sup>31</sup>. Choć art. 8 sformułowany jest jako przepis materialny, to wynika z niego również nakaz dochowania rzetelnej procedury, gwarantującej ochronę interesów jednostki<sup>32</sup>.

Zauważmy, że w każdej z tych sfer równolegle istnieje (negatywny) obowiązek władz publicznych do powstrzymywania się od arbitralnych ingerencji oraz (pozytywny) ich obowiązek do podejmowania działań, które tworzą ramy zapewniające jednostce poszanowanie jej autonomii przez zarówno władze publiczne<sup>33</sup>, jak i przez inne podmioty prywatne. Tym samym pojawia się kwestia horyzontalnego oddziaływania art. 8 EKPC, w tym jednak wymiarze prawa i wolności poszczególnych jednostek mogą ze sobą kolidować, a nawet wzajemnie się wykluczać<sup>34</sup>. Nakłada to na władze publiczne obowiązek wyważania tych praw i wolności, z czym wiąże się ustanawianie ograniczeń, a w tym zakresie państwom z reguły pozostawia się szerszy wymiar „marginesu oceny”<sup>35</sup>. Przypomnijmy, że test proporcjonalności obejmuje badanie zgodności z prawem, usprawiedliwionego celu ingerencji oraz jego proporcjonalności (tj. czy jest konieczny w demokratycznym społeczeństwie)<sup>36</sup>.

30 Zob. wyroki TK z: 13 stycznia 2004 r., SK 10/03, OTK-A 2004, Nr 1, poz. 2; 2 października 2006 r., SK 34/06, OTK-A 2006, Nr 9, poz. 118; 19 września 2007 r., SK 4/06, OTK-A 2007, Nr 8, poz. 98; 20 maja 2008 r., P 18/07, OTK-A 2008, Nr 4, poz. 61; 8 kwietnia 2014 r., SK 22/11, OTK-A 2014, Nr 4, poz. 37; wyr. z 5 lipca 2005 r., SK 26/04, OTK-A 2005, Nr 7, poz. 78.

31 Wyrok ETPC z dnia 30 października 2001 r. w sprawie *Pannullo i Forte p. Francji i Włochom*, § 35-39.

32 Wyroki ETPC z: 24 lutego 1995 r. w sprawie *McMichael p. Zjednoczonemu Królestwu*, § 69; z 25 września 1996 r. w sprawie *Buckley p. Zjednoczonemu Królestwu*, § 76.

33 Wyrok ETPC z dnia 10 kwietnia 2007 r. w sprawie *Evans p. Zjednoczonemu Królestwu*, § 75.

34 Ibidem, § 73.

35 Wyrok ETPC z dnia 13 lutego 2003 r. w sprawie nr 42326/98, *Odièvre p. Francji*, § 46; w sprawie *Evans...*, § 77.

36 Wyrok ETPC w sprawie *Pannullo...*, § 35-39.

Na kanwie sprawy dotyczącej bezprawnego pobierania tkanek od osób zmarłych bez zgody osób bliskich ETPC wskazał, że istotne jest zapewnienie odpowiedniego mechanizmu do wyważenia praw osób bliskich do wyrażenia ich zgody przeciwko szerokim uprawnieniom przyznanym ekspertom do przeprowadzenia pobrania tkanek z ich własnej inicjatywy. Wskazano również, że doszło do naruszenia materialnego aspektu art. 3 EKPC, gdyż cierpienia skarżącej przekroczyły te, które są zazwyczaj związane ze śmiercią osoby z bliskiej rodziny (stanowiły więc poniżające traktowanie). Skarżąca musiała znosić niepewność, niepokój oraz stres przez długi czas co do tego, które organy czy tkanki zostały pobrane, w jaki sposób i w jakim celu. Podkreślono, że ciało ludzkie musi być traktowane z szacunkiem nawet po śmierci<sup>37</sup>.

Przy okazji sprawy dotyczącej ekshumacji greckiego batalionu Chania zesłanego na Cypr do walki z tureckimi siłami zbrojnymi ETPC wskazał, że powtórne ekshumacje nie były możliwe m.in. dlatego, że część rodzin odmówiła zgody na wyjęcie zwłok z grobu oraz zwrotu ciał zmarłych albo zniszczyła zwłoki. Podkreślono w niej, że jednym z warunków jej przeprowadzenia była zgoda rodzin, które posiadały ciała zmarłych<sup>38</sup>. Z tego zestawienia wynika, że obowiązkiem państwa jest respektowanie woli rodzin, do których dyspozycji pozostaje ciało zmarłego.

W zasadzie już z samego art. 8 EKPC wynika nakaz stworzenia procedur regulujących prawidłowość ingerencji władz publicznych w prawa i wolności gwarantowane w tym przepisie. Gdy zatem okazuje się, że krajowy porządek prawny nie zapewnia „skutecznego środka odwoławczego”, może to prowadzić do stwierdzenia naruszenia art. 8 EKPC<sup>39</sup>.

Zgodnie z art. 13 EKPC „każdy, czyje prawa i wolności zawarte w niniejszej konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego

37 Wyrok ETPC z dnia 13 stycznia 2015 r. w sprawie nr 61243/08, *Elberte p. Łotwie*.

38 Decyzja ETPC z dnia 14 października 2014 r. w sprawie nr 23082/07, *Tzilivaki i inni p. Cyprowi*.

39 Wyroki ETPC z: 20 marca 2007 r. w sprawie nr 5410/03, *Tysiác p. Polssce*, § 135; z 2 sierpnia 1984 r. w sprawie nr 8691/79, *Malone p. Zjednoczonemu Królestwu*; z 25 lutego 1997 r. w sprawie nr 22009/93, *Z. p. Finlandii*, § 113.

także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe". Zakres przedmiotowy art. 13 EKPC wyznacza zasada akcesoryjności. Oznacza to, że przepis ten nie ma samoistnego bytu prawnego, a jedynie uzupełnia on zakres ochrony wynikający z poszczególnych postanowień Konwencji, które gwarantują poszczególne prawa i wolności jednostki. Zarzut naruszenia art. 13 musi zawsze pojawiać się na tle zarzutu naruszenia jednego z innych materialnych postanowień Konwencji: w tym wypadku art. 8 EKPC. Zarazem art. 13 EKPC ma zakres uniwersalny, bo odnosi się do wszystkich praw i wolności, które zostały zagwarantowane w postanowieniach Konwencji<sup>40</sup>.

Art. 13 EKPC gwarantuje dostępność na poziomie krajowym skutecznego środka (odwoławczego) celem ochrony (urzeczywistnienia, wyegzekwowania) istoty praw i wolności przyznanych Konwencją, niezależnie od tego, w jakiej konkretnej formie środek ten zostanie zagwarantowany w krajowym porządku prawnym. Oznacza to, w pierwszym rzędzie, że środek taki w ogóle musi istnieć (być przewidziany w prawie krajowym). Sytuacja, gdy prawo krajowe nie ustanowiło „jakiegokolwiek procedury, w której zainteresowany mógłby zakwestionować zastosowany wobec niego środek”, prowadzi do naruszenia art. 13 EKPC<sup>41</sup>.

### Wykładnia literalna a zarzut niekonstytucyjności

Przyjmując literalną wykładnię art. 210 k.p.k. i brak możliwości złożenia zażalenia na zarządzenie wyjęcia zwłok z grobu, budzi wątpliwości zgodność przedmiotowego przepisu z art. 45 ust. 1, art. 47, art. 77 ust. 2 i art. 78 Konstytucji RP oraz z art. 8 i art. 13 EKPC. Powyższe rozwiązanie stanowiłoby naruszenie konstytucyjnego prawa do sądu, do ochrony życia prywatnego i rodzinnego, a także do skutecznego środka odwoławczego od postanowienia prokuratora w przedmiocie wyjęcia zwłok z grobu.

Sąd Najwyższy wskazał, że „poszanowanie zwłok jest elementem kultury europejskiej, a także jednym z fundamentów doktryny kościoła katolickiego, głoszącej, że ciało zmarłego powinno być

traktowane «z szacunkiem i miłością» (...). Z tych względów status prawny zwłok – niepoddający się klasycznemu kwalifikacjom prawniczym – jest wyjątkowy. Nie ma wprawdzie przepisów statuujących wprost obowiązek poszanowania zwłok i szczątków ludzkich, jednak jest on traktowany powszechnie – także w praktyce społecznej, pełnej godności wobec ciała osoby zmarłej – jako aksjomatyczna powinność moralna, wywodzona także z niektórych norm prawnych<sup>42</sup>.

W utrwalonym w tym zakresie orzecznictwie Sądu Najwyższego<sup>43</sup> przyjmuje się, że obowiązek poszanowania zwłok ludzkich wynika przede wszystkim z przepisów dotyczących ochrony dóbr osobistych w postaci kultu osoby zmarłej oraz prawa do grobu.

W wyroku z dnia 9 grudnia 2011 r.<sup>44</sup> Sąd Najwyższy stwierdził, że „prawo do grobu ma dwojaki charakter – osobisty i majątkowy, przy czym elementom osobistym przypada rola wiodąca, bez względu na to, jaka jest wartość elementów majątkowych tego prawa i na czym one polegają. Kult pamięci zmarłego polega na przysługujących człowiekowi uprawnieniach wpływających ze sfery uczuć odnoszących się do osoby zmarłej, okazywania szacunku dla wspomnień i pamięci o niej, urządzenia pogrzebu oraz nagrobka i decydowania o jego wystroju, załatwiania spraw związanych z cmentarzem, ochronie przed naruszeniami, składowania wieńców, palenia zniczy, decydowania lub współdecydowania o przeznaczeniu wolnych miejsc w grobie murowanym dla pochowania dalszych zmarłych itp. W tym wypadku, jak trafnie podkreślono w literaturze i judykaturze, chodzi o jedno dobro osobiste, tj. kult pamięci osoby zmarłej, choć może ono obejmować ochronę różnych uprawnień dotyczących pochowania osoby bliskiej i pamięci o niej (...). Przedmiotem ochrony prawnej jest prawo do sprawowania kultu osoby zmarłej, natomiast przesłanką tej ochrony jest naruszenie dobra osobistego podmiotu tego prawa”.

42 Uchwała SN z dnia 29 czerwca 2016 r., III CZP 24/16, Lex nr 2067031.

43 Por. wyroki SN z: 3 lipca 1965 r., II CR 53/65; z 12 lipca 1968 r., I CR 252/68, OSNCP z 1970 r., nr 1, poz. 18; 13 lutego 1979 r., ICR 25/79, OSNCP z 1979 r., nr 10, poz. 195; 31 marca 1980, II CR 88/80; 25 maja 1982 r., IV CR 129/82; 23 września 2009 r., I CSK 346/08, OSNC z 2010 r., nr 3, poz. 48; uchwała z dnia 29 czerwca 2016 r., sygn. akt III CZP 24/16, Lex nr 2067031.

44 Wyrok SN z dnia 9 grudnia 2011 r., III CSK 106/11, OSNC z 2012 r., nr 6, poz. 76.

40 P. Hofmański (w.): *Komentarz EKPC. T. 1. Art. 13*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2010.

41 Wyrok ETPC z dnia 5 stycznia 2010 r. w sprawie nr 22933/02, *Frasik p. Polsce*, § 104.

Ochrona prawna kultu osoby zmarłej jest udzielana także na gruncie prawa karnego. Z art. 262 § 1 Kodeksu karnego wynika bowiem, że kto znieważa zwłoki, prochy ludzkie lub miejsce spoczynku zmarłego, podlega odpowiedzialności karnej.

W świetle powyższego ekshumacja zwłok i szczątków ludzkich dokonywana na zarządzenie prokuratora stanowi władcze wkroczenie w sferę prawnie chronionych dóbr osobistych w postaci kultu osoby zmarłej. Oznacza to, że osobom bliskim muszą służyć środki prawne w celu ustalenia, czy wkroczenie przez prokuratora w ową prawnie chronioną sferę nie miało charakteru ekscesywnego. Chronione na podstawie art. 23 i art. 24 Kodeksu cywilnego dobra osobiste stanowią bowiem element składowy życia prywatnego jednostki.

POL - 2016/1 Formularz skargi	
<p><b>Informacja o formularzu skargi</b></p> <p>Niniejszy formularz jest oficjalnym dokumentem prawnym i może mieć wpływ na Państwa prawa i obowiązki. Należy wypełnić go według instrukcji zawartych w dokumencie „Jak wypełnić formularz skargi”. Proszę sprawdzić, czy wypełnił Państwo wszystkie rubryki dotyczące Państwa sytuacji oraz czy załączone zostały wszelkie niezbędne dokumenty.</p>	
<p><b>Uwaga:</b> Skarga nie zostanie przyjęta, jeżeli nie jest kompletna [art. 47 Regulaminu Trybunału]. W szczególności należy zauważyć, że art. 47 ust. 2 a) Regulaminu stanowi, iż zwiłgłe oświadczenie dotyczące stanu faktycznego, zarzucane naruszenia oraz informacje związane ze spełnieniem kryteriów dopuszczalności, MUSZĄ BYĆ przedstawione w odpowiedniej części formularza skargi. Wypełniony formularz powinien umożliwić Trybunałowi określenie rodzaju skargi i jej przedmiotu, bez odwoływania się do jakichkolwiek innych dokumentów.</p>	
<p><b>Kod kreskowy</b></p> <p>Jeżeli otrzymali już Państwo kody kreskowe od Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w okienku poniżej należy nakleić jedną etykietkę z kodem.</p>	<p><b>Numer sprawy</b></p> <p>Jeżeli otrzymali już Państwo od Trybunału numer sprawy dla niniejszej skargi, proszę go wpisać w okienku poniżej</p>
<p><b>A. Skarżący</b></p>	
<p><b>A.1. Osoba fizyczna</b></p> <p>Niniejszą część dotyczy tylko skarżących będących osobami fizycznymi. Jeżeli skarżącym jest jednostka organizacyjna, należy wypełnić część A.2.</p>	<p><b>A.2. Jednostka organizacyjna</b></p> <p>Niniejszą część należy wypełnić, jedynie jeżeli skarżący jest spółką, organizacją pozarządową, stowarzyszeniem lub inną osobą prawną. W takim przypadku należy również wypełnić część D.1.</p>
1. Nazwisko	10. Nazwa

Niezaskarżalność postanowienia prokuratora w przedmiocie wyjęcia zwłok z grobu prowadzi do szeregu paradoksów już na gruncie samego Kodeksu postępowania karnego. Otóż w myśl art. 236 § 1 k.p.k. na postanowienie dotyczące przeszukania, zatrzymania rzeczy i w przedmiocie dowodów rzeczowych oraz na inne czynności przysługuje zażalenie osobom, których prawa zostały naruszone; zażalenie na postanowienie wydane lub czynność dokonaną w postępowaniu przygotowawczym rozpoznaje sąd rejonowy, w okręgu którego prowadzone jest postępowanie. Przeszukanie w celu znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających zajęciu w postępowaniu karnym może dotyczyć nie tylko pomieszczeń, lecz także innych miejsc (art. 219 § 1 k.p.k.). Tym innym miejscem w rozumieniu

art. 219 § 1 k.p.k. może więc być także grób. Podjęta przez prokuratora decyzja o przeszukaniu grobu w celu znalezienia rzeczy z mocy art. 236 § 1 k.p.k. podlegałaby zaskarżeniu do sądu, prawa do sądu należałoby zaś odmówić w przypadku decyzji procesowej stanowiącej głęboką ingerencję w sferę dóbr osobistych jednostki w postaci kultu osoby zmarłej. Należałoby wbrew aksjologii konstytucyjnej przyjąć, że prawo procesowe intensywniej chroni przed arbitralnością władzy (w tym przypadku prokuratora) sferę materialną życia człowieka niż sferę jego uczuć pozostającą w ścisłym związku z przyrodzoną i niezbywalną godnością człowieka (art. 30 Konstytucji RP).

Sama treść art. 236 § 1 k.p.k. stanowiącego, że zażalenie przysługuje nie tylko na postanowienia dotyczące przeszukania, zatrzymania rzeczy i w przedmiocie dowodów rzeczowych, lecz także „na inne czynności”, w przypadku gdy prawa danej osoby zostały naruszone, pozwalałaby na umieszczenie wśród tych czynności także ekshumacji. Przeciwno temu pogładowi przemawia natomiast systematyka Kodeksu postępowania karnego. Artykuł 236 § 1 k.p.k. znajduje się bowiem w rozdziale 25 dotyczącym zatrzymania rzeczy i przeszukania, co nakazywałoby odnosić te „inne czynności” wyłącznie do czynności związanych z tą materią. Taki też pogląd wyraził Sąd Najwyższy<sup>45</sup>, stwierdzając, że „owe «inne czynności», o których mowa w tym przepisie, muszą być jednak związane z przeszukaniem i zatrzymaniem rzeczy. Świadczy o tym niewątpliwie wykładnia systemowa. Przepis art. 236 k.p.k. zamieszczony jest na końcu rozdziału 25 noszącego tytuł: «Zatrzymanie rzeczy. Przeszukanie», co nie pozostawia wątpliwości, że zawarta w nim regulacja odnosi się, po pierwsze, wyłącznie do postanowień, zarządzeń i innych czynności wymienionych w tym rozdziale, a po wtóre, odnosi się do wszystkich czynności tam wymienionych”.

W rezultacie, odwołując się do systematyki Kodeksu postępowania karnego, należałoby więc przyjąć, że stronie (pokrzywdzonemu) nie służy nie tylko zażalenie do sądu, ale ze względu na treść art. 302 § 1 k.p.k. nie służy jej również zażalenie do prokuratora bezpośrednio przełożonego. Takie zażalenie do prokuratora bezpośredniego mogłaby natomiast złożyć na decyzję

<sup>45</sup> Uchwała SN z dnia 20 stycznia 2000 r., I KZP 47/99, OSNKW z 2000 r., Nr 3-4, poz. 25.

prokuratora o zarządzeniu ekshumacji osoba niebędąca stroną postępowania. Należałoby w związku z tym uznać, że osoba niebędąca stroną postępowania posiada w tym zakresie, co prawda wyłącznie w ramach nadzoru prokuratorskiego, szersze uprawnienia do zaskarżenia postanowienia o zarządzeniu wyjęcia zwłok z grobu niż strona postępowania.

Dość oczywiste odwołanie się do systematyki Kodeksu postępowania karnego prowadzi w tym przypadku do paradoksalnych z punktu widzenia ochrony praw jednostki skutków. Sprowadzają się one do tego, że jednostka mogłaby skorzystać z ochrony sądowej przed arbitralnością działań prokuratury wówczas, gdy kwestionowałaby zatrzymanie nawet najdrobniejszego przedmiotu, natomiast głęboka ingerencja prokuratury w sferę dóbr osobistych jednostki pozostawałaby poza jakąkolwiek kontrolą zewnętrzną.

O niezgodności z Konstytucją braku zażalenia na postanowienie prokuratora w sprawie zarządzenia wyjęcia zwłok z grobu przemawiają również poglądy wypowiedziane przez Trybunał Konstytucyjny<sup>46</sup>, który stwierdził, że w konstytucyjnym pojęciu sprawy mieszczą się zagadnienia dotyczące kontroli rozstrzygnięć prokuratorskich związanych z prawem do prywatności. Takim rozstrzygnięciem prokuratorskim związanym z prawem do prywatności jest zaś z pewnością ingerencja w dobro osobiste jednostki w postaci kultu pamięci osoby zmarłej. W konsekwencji brak zażalenia na postanowienie prokuratora w przedmiocie ekshumacji prowadzi do zamknięcia drogi sądowej ochrony konstytucyjnego prawa. Skoro zaś art. 236 § 1 k.p.k. znalazłby zastosowanie w przypadku przeszukania grobu w celu znalezienia rzeczy mogących stanowić dowód w sprawie, to tym bardziej powinien on mieć zastosowanie w przypadku zarządzenia wyjęcia zwłok z grobu. Nie ma powodu, by w sprawie tak delikatnej i ingerującej tak głęboko w prawo do prywatności zażalenie nie przysługiwało.

Na poziomie ustawowym (Kodeks postępowania karnego) istnieje natomiast odpowiednio ukształtowana procedura sądowa służąca rozpoznawaniu przez sąd zażaleń na postanowienia prokuratora. Prawo dostępu do sądu w przypadku, gdy decyzja

prokuratora dotyczy konstytucyjnych wolności lub praw jednostki (a takim jest prawo do prywatności), nie może być reglamentowane na poziomie ustawy. Przysługuje ono jednostce na podstawie art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 w związku z art. 47 Konstytucji RP. Brak zażalenia w tym zakresie stanowi o niezgodności art. 210 k.p.k. z wymienionymi przepisami konstytucyjnymi. To ustrojodawca bezpośrednio w tekście Konstytucji RP przesądził bowiem o tym, że w każdej sprawie, której przedmiotem jest prawo do prywatności, niezbędne jest zapewnienie jednostce ochrony sądowej.

Jest to tym bardziej uzasadnione, że konieczność zapewnienia prawidłowego toku postępowania karnego może niekiedy uzasadniać przeprowadzenie ekshumacji nawet wbrew woli rodziny zmarłego. Powinno do tego jednak dochodzić wyłącznie wówczas, gdy jest to bezwzględnie konieczne i na podstawie przepisów zapewniających odpowiednią ochronę przed arbitralnością władz.

Jak już zaznaczono, w relacjach z organami władzy publicznej art. 47 Konstytucji RP powinien być traktowany jako zasada, od której wyjątki są dopuszczalne jedynie wtedy, gdy spełniają wymogi określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. W przypadku naruszenia wartości określonych w art. 47 Konstytucji RP organy władzy publicznej mają obowiązek zapewnienia odpowiedniego remedium. Ponieważ jednak przepisy Kodeksu postępowania karnego nie przewidują sądowej ochrony prywatności jednostki w postaci zażalenia na postanowienie o zarządzeniu ekshumacji, to należy je uznać za niezgodne z art. 47 Konstytucji RP.

Ponieważ jednym z dwóch uprawnień wyodrębnionych w ramach prawa do sądowego wymiaru sprawiedliwości jest prawo sądowej kontroli aktów godzących w konstytucyjnie gwarantowane wolności (prawa) jednostki, jako zabezpieczającego przed arbitralnością aktów władzy publicznej rozstrzygających sprawy jednostek (w tym wypadku prokuratora zarządzającego ekshumację), a sąd nie ma w tym zakresie kontroli nad postępowaniem przygotowawczym i nie może dokonać oceny legalności, słuszności i zasadności podejmowanej przez prokuratora decyzji, to należy uznać przedmiotową regulację za niezgodną z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Nie wiadomo również, jaka racja

46 Wyrok TK z dnia 3 lipca 2008 r., sygn. akt K 38/07.

(w szczególności w kontekście dopuszczalności zażalenia na przeszukanie grobu) stoi za wyłączeniem zaskarżalności postanowienia prokuratora o wyjęciu zwłok z grobu. Takie rozwiązanie w sposób budzący wątpliwości ogranicza prawa procesowe strony i stanowi wyraz arbitralnego ukształtowania procedury karnej w tym zakresie.

Nie należy zapominać o wynikającym z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP kategorycznym zakazie zamykania drogi do sądu w przypadku dochodzenia naruszonych wolności lub praw. Dodatkowo konieczność ochrony w demokratycznym państwie takich wartości, jak bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz wolności i praw innych osób (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP) nie może uzasadniać zamknięcia drogi sądowej w odniesieniu do praw objętych zakresem stosowania art. 77 ust. 2 Konstytucji RP. Ponieważ w przypadku zarządzenia ekshumacji nie przysługuje stronie prawo do jego zaskarżenia, uznać należy, iż strony pozbawiono możliwości dochodzenia naruszonych praw na drodze sądowej, co skutkuje niezgodnością art. 210 k.p.k. z art. 77 ust. 2 Konstytucji RP, a także z art. 13 EKPC.

W istocie zażalenie na zarządzenie ekshumacji przez prokuratora pozwoliłoby na głębsze zrozumienie niekorzystnego dla strony rozstrzygnięcia (zwłaszcza w sytuacji powtórnej, kolejnej już ekshumacji), zwiększyłoby zaufanie do aparatu państwowego oraz oddziaływałoby prewencyjnie i stymulująco na rozstrzygnięcia prokuratora. Wprowadzenie w tym wypadku wyjątku od zaskarżalności prowadzi do naruszenia innych norm konstytucyjnych (art. 45, art. 47 i art. 77 ust. 2 Konstytucji RP), a nadto trudno znaleźć racjonalne przyczyny przemawiające za jego utrzymaniem. Nie istnieją bowiem żadne szczególne okoliczności usprawiedliwiające w tym wypadku pozbawienie strony środka zaskarżenia. Wypada przy tym podkreślić, że szybkość rozpoznania sprawy nie jest wartością, na rzecz której można poświęcić ochronę praw podmiotowych (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego), i że sprawność tę można osiągnąć za pomocą innych mechanizmów, bez wyłączania stronom prawa do zaskarżenia. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że art. 210 k.p.k. jest również niezgodny z art. 78 Konstytucji RP.

W odniesieniu do art. 8 EKPC należy wskazać, że polski system prawny nie posiada ram zapewniających jednostce poszanowanie jej prawa do życia prywatnego i rodzinnego przez władze publiczne, o czym świadczy brak procedur regulujących prawidłowość ingerencji władz publicznych w prawa i wolności wynikające z tego przepisu. Brak „skutecznego środka odwoławczego” na zarządzenie ekshumacji uznać należy za nieuprawnioną ingerencję w prawo jednostki do poszanowania jej życia prywatnego i rodzinnego i stanowi naruszenie art. 8 EKPC. Artykuł 210 k.p.k., przez brak możliwości zaskarżenia postanowienia prokuratora o wyjęciu zwłok z grobu, nie zapewnia odpowiedniego mechanizmu do wyważenia praw osób bliskich do wyrażenia ich zgody na ekshumację przeciwko szerokim uprawnieniom władz publicznych (w tym wypadku prokuratora). „Kult pamięci po śmierci osób bliskich wchodzi w zakres życia prywatnego i rodzinnego. Ekshumacja wbrew woli osoby najbliższej stanowi bardzo głęboką ingerencję w prawo chronione z mocy art. 8 EKPC. Prowadzi ona bowiem do podważenia decyzji jednostki o pochówku członka rodziny oraz zmusza ją do ponownego przeżywania traumy związanej ze śmiercią i pogrzebem”<sup>47</sup>.

#### **Wykładnia prokonstytucyjna przepisu art. 210 k.p.k.**

Przedstawione powyżej uwagi w dostateczny sposób uzasadniają tezę, że ustawa nie może zamykać drogi sądowej w przypadku, gdy osoba bliska uważa, iż zarządzenie przez prokuratora ekshumacji narusza kult osoby zmarłej. Konsekwencją odmiennego poglądu w tym zakresie byłaby utrata przez Konstytucję przymiotu najwyższego prawa Rzeczypospolitej Polskiej (art. 8 ust. 1 Konstytucji RP).

Gdyby przyjąć, że na zarządzenie ekshumacji przez prokuratora nie przysługuje zażalenie, byłby to jedyny przypadek, w którym to samo dobro osobiste w postaci kultu osoby zmarłej nie podlegałoby ochronie sądowej, jak ma to miejsce w postępowaniu administracyjnym (kontrola sądu administracyjnego nad zezwoleniem państwowego inspektora sanitarnego dotyczącym ekshumacji – art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy o cmentarzach

<sup>47</sup> P. Kładocznny, <http://www.hfhr.pl/etpc-zbada-procedure-w-sprawie-ekshumacji-ofiar-katastrofy-smolenskiej/> (dostęp: 30.10.2017).

i chowaniu zmarłych – czy też, jak wynika z orzecznictwa SN i NSA, w razie różnicy zdań między uprawnionymi do żądania ekshumacji)<sup>48</sup>.

Wydaje się, że uratować sytuację może wykładania celowościowa albo bezpośrednio stosowanie Konstytucji. Zgodnie z art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k. przepisy tego Kodeksu mają na celu takie ukształtowanie postępowania karnego, aby zostały uwzględnione prawnie chronione interesy pokrzywdzonego przy jednoczesnym poszanowaniu jego godności. Dokonanie wykładni w realizacji celu musi prowadzić do wniosku, że stronie przysługuje zażalenie na zarządzenie ekshumacji z tego powodu, iż kontrola sądowa jest konieczna dla ochrony interesów pokrzywdzonego, przy jednoczesnym zapewnieniu respektu dla jego godności.

Z art. 8 ust. 2 Konstytucji RP wynika, że przepisy Konstytucji stosuje się bezpośrednio, chyba że Konstytucja stanowi inaczej. W tym przypadku chodzi o zapewnienie elementu konstytucyjnego prawa do sądu w postaci dostępu do sądu, gdy prokurator zarządzi na podstawie art. 210 k.p.k. wyjęcie zwłok z grobu. Na poziomie ustawowym (Kodeks postępowania karnego) istnieje natomiast odpowiednio ukształtowana procedura sądowa służąca rozpoznawaniu przez sąd zażaleń na postanowienia prokuratora.

Prawo dostępu do sądu w przypadku, gdy decyzja prokuratora dotyczy konstytucyjnych wolności lub praw jednostki (a takim jest prawo do prywatności), nie może być reglamentowane na poziomie ustawy. Przysługuje ono jednostce na podstawie art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2 w związku z art. 47 Konstytucji RP. Prawo to więc może zostać zrekonstruowane na podstawie samych przepisów Konstytucji RP stosowanych bezpośrednio (art. 8 ust. 2 Konstytucji RP) bez potrzeby poszukiwania szczególnego przepisu ustawy przyznającego takie prawo. Ustawodawca bezpośrednio w tekście Konstytucji RP przesądził o tym, że w każdej sprawie, której przedmiotem jest prawo do prywatności, niezbędne jest zapewnienie jednostce ochrony sądowej. Wydaje się również,

biorąc pod uwagę wagę dobra, które zostało położone na szali, tj. dobra w postaci kultu osoby zmarłej oraz poszanowania zwłok, że wprowadzenie wyjątku od zasady zaskarżalności (art. 78 Konstytucji RP) byłoby w tej sytuacji nieuzasadnioną i nieproporcjonalną ingerencją w prawa konstytucyjne osób bliskich.

Gdyby zaś nawet odrzucić koncepcję dopuszczalności w postępowaniu karnym zażalenia na postanowienie prokuratora w sprawie zarządzenia wyjęcia zwłok z grobu, rekonstruowanego poprzez odwołanie się do art. 236 § 1 k.p.k. bądź bezpośrednio na podstawie Konstytucji RP, to i tak zgodnie z art. 23 i art. 24 k.c. dobro osobiste w postaci kultu osoby zmarłej pozostaje pod ochroną prawa cywilnego<sup>49</sup>, a w konsekwencji stanowi sprawę cywilną w rozumieniu art. 1 k.p.c. Sprawa o ochronę dóbr osobistych jest bowiem sprawą ze stosunków z zakresu prawa cywilnego.

*adw. Marcin Mrowicki – Główny Specjalista w Zespole Prawa Karnego w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich.*

*Interlocutory appeal against a prosecutorial decision concerning exhumation in light of constitutional and international standards*

In accordance with the linguistic interpretation of Article 210 of the Polish Code of Criminal Procedure, there is no remedy against a prosecutorial decision concerning exhumation. This paper deals with the constitutionality of this provision and indicates the constitutional and international (Strasbourg) standards concerning the right to effective remedy in cases concerning violation of a right to respect for one's private life. It stipulates that the linguistic interpretation of the provision is contrary to the Polish Constitution and the European Convention on Human Rights. In the end, it proposes the pro-constitutional interpretation, which provides a party to criminal proceedings an effective remedy against an arbitrary decision concerning exhumation.

48 M.in. wyrok SN z dnia 28 listopada 1983 r., I CR 328/83, LEX nr 8574; wyrok NSA z dnia 22 października 2009 r., II OSK 1620/08, LEX nr 571872, oraz z 23 listopada 2010 r., II OSK 1383/10, LEX nr 746502.

49 Por. w tym zakresie uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 lipca 2008 r., sygn. akt K 38/07.



## Bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP przez sądy a odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów

dr Paweł Skuczyński

W dniu 27 kwietnia 2017 r. Sąd Apelacyjny we Wrocławiu wydał wyrok, w którym odmówił zastosowania art. 168a Kodeksu postępowania karnego (dalej: k.p.k.) w części, w jakiej jest on sprzeczny z Konstytucją RP. Przepis ten stanowi, że „Dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”. Brzmienie takie zostało mu nadane ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw<sup>1</sup>. Zastąpił on tym samym wprowadzony ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw<sup>2</sup> tak samo numerowany przepis, który wszedł w życie 1 lipca 2015 r., w brzmieniu: „Niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego do celów postępowania karnego za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”. Zmiana ta oznaczała więc szybkie zakończenie obowiązywania w polskim procesie karnym zasady owoców zatrutego drzewa.

Rozpoznając apelację oskarżonych, przeciwko którym akt oskarżenia został wniesiony w lipcu 2008 r., Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnił ich od popełnienia zarzucanego im czynu. Podstawową rozstrzygnięcia Sądu był fakt, że dowody obciążające oskarżonych zostały uzyskane m.in. z przekroczeniem ustawowych granic dopuszczalności operacji

specjalnych dokonywanych przez Centralne Biuro Antykorupcyjne. Sąd uznał, że należy odmówić uwzględnienia tych dowodów, ponieważ w jego ocenie „dowód może zostać uznany za niedopuszczalny, jeżeli został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego przy jednoczesnym naruszeniu przepisów Konstytucji RP (np. art. 30, 47, 49 czy 51). W takiej sytuacji ograniczenie ustawowe wyrażone zwrotem «wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego» nie ma zastosowania, gdyż naruszone w tym zakresie zostały także normy prawa konstytucyjnego”. Należy przy tym zaznaczyć, że zdaniem Sądu odmowa zastosowania w części art. 168a k.p.k. jest *ultima ratio*. Sąd doszedł bowiem do takiej konkluzji dopiero po rozważeniu innych możliwych form uwzględnienia standardu konstytucyjnego w swoim rozstrzygnięciu, a w szczególności zrekonstruowania normy z przepisów ustawowych oraz Konstytucji RP (tzw. współstosowanie) oraz wykładni prokonstytucyjnej. Żadna z tych możliwości nie dała się zastosować ze względu na daleko idącą niezgodność ustawy z Konstytucją RP, a więc Sąd sięgnął po rozwiązanie ostateczne, tj. odmowę zastosowania przepisu<sup>3</sup>.

Wyrok ten wzbudził liczne komentarze, wśród których znalazł się także zarzut, że odmowa zastosowania ustawy przez sąd powszechny ze względu na jej niezgodność z Konstytucją RP stanowi oczywistą i rażącą obrazę prawa, a w konsekwencji może stanowić przewinienie dyscyplinarne w rozumieniu art. 107 § 1 Prawa o ustroju sądów powszechnych. Zgodnie z tym przepisem „za przewinienia służbowe, w tym za oczywistą i rażącą obrazę przepisów prawa i uchybienia godności urzędu (przewinienia dyscyplinarne), sędzia odpowiada dyscyplinarnie”. Celem

1 Dz.U. 2016 poz. 437.

2 Dz.U. 2013 poz. 1247.

3 Sygn. akt II AKa 213/16.



niniejszego opracowania jest odpowiedź na pytanie, czy rzeczywiście bezpośrednie zastosowanie Konstytucji RP przez sąd i odmowa zastosowania w ten sposób ustawy może w ogóle być oceniana w drodze dyscyplinarnej. Zostanie ona udzielona poprzez przeanalizowanie dwóch problemów: po pierwsze, zakresu uprawnień sądu dyscyplinarnego do oceny działalności orzeczniczej sędziego w związku z zasadą niezawisłości oraz, po drugie, specyfiki bezpośredniego stosowania Konstytucji RP jako szczególnego rodzaju działalności orzeczniczej. Należy zauważyć, że dla obydwu problemów podstawowym przepisem wymagającym rozważenia jest art. 178 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym „sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawisli i podlegają tylko Konstytucji oraz ustawom”.

Wykładnia art. 107 § 1 Prawa o ustroju sądów powszechnych w związku z art. 178 ust. 1 Konstytucji RP jest w orzecznictwie i doktrynie stosunkowo dobrze ugruntowana<sup>4</sup>. Już w uchwale z dnia 11 października 2002 r. Sąd Najwyższy, odmawiając zgody na pociągnięcie sędziego SN do odpowiedzialności karnej za tzw. zbrodnie komunistyczne, stwierdził, że „Wiążąca się nierozzerwalnie z konstytucyjną zasadą niezawisłości sędziowskiej zasada jurysdykcyjnej samodzielności sądu zakłada zarówno samodzielność sądu w ustalaniu faktów sprawy, jak i samodzielność w wykładni prawa, oraz samodzielność w rozstrzyganiu na podstawie ustalonych faktów i dokonanej wykładni”. W ocenie Sądu owa samodzielność jurysdykcyjna „ma na celu z jednej strony zapewnienie sędziemu określonej samodzielności, a z drugiej, co się z tym przecież wiąże, poczucia pełnej odpowiedzialności za wydane orzeczenie, które w całości ma być orzeczeniem tego sędziego (...). Mając zatem na względzie owo «niezbywalne prawo sędziego» do własnej, samodzielnej interpretacji prawa, trzeba też dostrzec, że łączy się z tym nierozzerwalnie ryzyko sądowej pomyłki, wadliwości w interpretacji prawa czy nawet rażącego błędu w procesie wykładni”. Sąd stwierdził także, że środkiem korygowania ewentualnych błędów czy pomyłek orzeczniczych są przewidziane przez przepisy prawa procesowego środki kontroli instancyjnej<sup>5</sup>.

4 Zob. W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Warszawa 2012, s. 169-170.

5 Sygn. akt SNO 29/02.



To ogólne stanowisko Sądu Najwyższego doprecyzowane zostało w jego dalszym orzecznictwie w sprawach dyscyplinarnych sędziów. W wyroku z dnia 29 października 2003 r. Sąd stwierdził, że wykładnia „pojęcia oczywistej i rażącej obrazy przepisów prawa musi być dokonana w zgodzie z Konstytucją, a więc bez naruszenia zasady niezawisłości sędziowskiej”. Zauważył także, że „Sędzia, który przy wydawaniu wyroku byłby skrupowany zagrożeniem odpowiedzialnością dyscyplinarną w razie popełnienia błędu, zwłaszcza przy uwzględnieniu niedookreślonych przesłanek przewinienia (oczywista i rażąca obraza przepisów), nie mógłby być niezawisły”. Wywód swój skonkludował natomiast niezmiernie ważnym stwierdzeniem, że „przewinienie dyscyplinarne w tej formie może w zasadzie dotyczyć tylko wykładni i stosowania przepisów procesowych, niewiążących się bezpośrednio z samym orzekaniem. Te przepisy nakładają bowiem na sędziów szczegółowe obowiązki, które muszą być przestrzegane w postępowaniu ze względu na potrzebę zapewnienia jego sprawnego przebiegu. Z reguły uznanie tej formy przewinienia dyscyplinarnego w odniesieniu do wykładni i zastosowania prawa materialnego w procesie podejmowania rozstrzygnięcia kłóciłoby się z zasadą

niezawisłości. Tylko zupełnie wyjątkowe przypadki w tym zakresie mogłyby zostać tak zakwalifikowane<sup>6</sup>.

Kwestię, na czym polegają owe wyjątkowe przypadki, podjął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 maja 2008 r. Podtrzymując pogląd, że za przypadkowe lub incydentalne błędy w orzekaniu sędziego nie może być pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej ze względu na zasadę niezawisłości, stwierdził on, iż „Za błędy w niezawisłym orzekaniu sędziego mógłby być zupełnie wyjątkowo pociągnięty do odpowiedzialności dyscyplinarnej, ale tylko za oczywiste, tj. kwalifikowane «bezprawie sądowe», które można byłoby z góry zakwalifikować jako zamierzone umyślne, oczywiste i rażące pogwałcenie przepisów prawa, widoczne od razu dla każdego i bez wnikania w szczegóły sprawy oraz bez potrzeby analizowania stanu faktycznego i prawnego, a ponadto pod warunkiem, że usunięcie kwalifikowanych wad orzeczenia nie było możliwe przez zastosowanie prawem przewidzianych procedur umożliwiających instancyjną kontrolę i zweryfikowanie błędnego orzeczenia sądowego<sup>7</sup>”. Sąd Najwyższy doprecyzował zatem, że sędziemu podlega odpowiedzialności dyscyplinarnej za naruszenie prawa materialnego w sferze orzeczniczej jedynie jeśli ocena jego oczywistości, po pierwsze, nie wymaga analizowania stanu faktycznego i prawnego, a po drugie, nie mogła zostać usunięta w toku kontroli instancyjnej. „Kwalifikowane bezprawie sądowe” wymaga zatem nie tylko podmiotowej oczywistości naruszenia prawa, ale także wystąpienia obiektywnego i nieusuwalnego jego skutku.

W najnowszym orzecznictwie dyscyplinarnym Sądu Najwyższego omawiana linia została utrwalona. W wyroku z dnia 22 stycznia 2014 r. powtórzył on sformułowania zawarte w dotychczasowym orzecznictwie, podkreślając dodatkowo, że „istotą sprawowania urzędu sędziego jest wydawanie rozstrzygnięć, które powinny być podejmowane w warunkach niezawisłości w sposób bezstronny, na podstawie obowiązujących ustaw, «głosu sumienia» sędziego oraz jego swobody w zakresie oceny faktów i przepisów prawa”. Ponadto Sąd zaznaczył, że tak jak „czynności z zakresu nadzoru nad działalnością administracyjną sądów nie mogą wkraczać w dziedzinę, w której sędziowie są niezawisli, tak

też sfery tej nie może dotyczyć odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów”. Istotnym *novum* omawianego wyroku jest stwierdzenie Sądu, że „nie można sędziemu przypisać przewinienia polegającego na uczestnictwie w wydaniu orzeczenia, choćby mającego charakter procesowy, przez sąd orzekający w składzie kolegiальnym (...). Sędziemu nie może zaś pozostawać w przeświadczeniu, że głosowanie nad orzeczeniem, którego wydanie poprzedza kolegiальna ocena istniejących okoliczności, spowoduje jego odpowiedzialność dyscyplinarną, gdy na skutek kontroli (nadzorczej czy instancyjnej) podjęta decyzja uznana zostanie za nietrafną<sup>8</sup>. Można uznać to za sformułowanie dodatkowego warunku ograniczającego ingerencję organów dyscyplinarnych w sferę orzeczniczą ze względu na zasadę niezawisłości sędziowskiej.

Warto podkreślić także jeszcze jedną kwestię, szczególnie w kontekście sprawy, o której mowa była na początku niniejszych rozważań. Mianowicie rozważając granicę uprawnień sądu dyscyplinarnego wyznaczaną przez zasadę niezawisłości sędziowskiej, Sąd podtrzymał, że przebiega ona między stosowaniem norm procesowych i materialnoprawnych. Zaznaczył jednakże, iż „nie jest istotne to, czy naruszone normy prawne pochodzą z ustawy stanowiącej zbiór przepisów prawa procesowego, czy też materialnego, ale jaki charakter ma konkretna norma prawna, której obraży w stopniu oczywistym i rażącym dopuścił się obwiniony sędziemu oraz na ile miała ona bezpośredni związek z orzekaniem. W szczególności istotne jest, czy w procesie orzekania prawidłowe zastosowanie normy realizowało się głównie w elementach ocennych, czy też stanowiło wykładnię i stosowanie przepisów porządkowych bądź mających odległy związek z samym orzekaniem<sup>9</sup>. Nie może budzić wątpliwości, że zagadnienia dopuszczania i oceny dowodów mieszczą się we władzy dyskrecyjnej sędziego, mającej bezpośredni wpływ na stosowanie prawa materialnego, a nie dotyczą jedynie kwestii porządkowych.

Na podstawie orzecznictwa ukształtowały się poglądy doktryny, która potwierdza powyższe tezy. Jak stwierdzają komentatorzy,

6 Sygn. akt SNO 48/03.

7 Sygn. akt SNO 45/08.

8 Sygn. akt SNO 40/13. Omawiana linia orzecznicza została także kontynuowana w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 czerwca 2015 r. sygn. akt SNO 39/15.

9 Ibidem.

wykładania i stosowanie prawa materialnego tylko w wyjątkowych okolicznościach mogłyby być uznane za przewinienie dyscyplinarne. Stanowisko przeciwne klóciłoby się bowiem z zasadą niezawisłości sędziego zawartą w art. 178 ust. 1 Konstytucji RP. Takimi wyjątkowymi okolicznościami mogłyby być np. zastosowanie kary nieznaną przepisom<sup>10</sup> czy orzeczenia kary grzywny na podstawie art. 71 § 1 Kodeksu karnego w sytuacji wymierzenia oskarżonemu kary pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia<sup>11</sup>. Niekiedy uznaje się, że zbyt daleko idący jest pogląd o możliwości uznania za delikt dyscyplinarne jedynie takich naruszeń prawa materialnego, które mają charakter sądowego bezprawia, a ich stwierdzenie jest oczywiste i nie wymaga analizy stanu faktycznego i prawnego. Według komentatorów „Tak sformułowane obostrzenia interpretacji oczywistości naruszenia prawa mogłyby być uznane za przyzwolenie do bezrefleksyjnego orzekania i klóciłyby się z zasadą niezawisłości sędziowskiej, która nie zwalnia od obowiązku profesjonalizmu i rzetelności w pełnieniu służby sędziowskiej”<sup>12</sup>. Natomiast nie budzi wątpliwości – także na gruncie konstytucyjnym – wyłączenie odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej za orzeczenia wydane na podstawie przepisów prawa, w granicach swobodnej oceny dowodów i zgodnie z własnym sumieniem<sup>13</sup>.

Należy przy tym podkreślić, że na gruncie art. 178 ust. 1 Konstytucji RP istnieje wprawdzie spór o zakres zasady niezawisłości. Jego podstawą jest to, że przepis ten mówi, iż sędziowie są niezawisli „w sprawowaniu swojego urzędu”. Pojęcie to zdaje się szersze, a co najmniej zakresowo odmienne niż sprawowanie wymiaru sprawiedliwości czy działalność judykacyjna. Tymczasem w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jeszcze do niedawna przyjmowało się, że niezawisłość dotyczy tzw. jądra kompetencyjnego władzy sędziowskiej, czyli wyłącznie sfery orzeczniczej<sup>14</sup>. W konsekwencji Trybunał definiował

10 J. Gudowski (red.), *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2009, uwaga 19 do art. 107 PSUP.

11 A. Górski (red.), *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Komentarz*, Warszawa 2013, uwaga 23 do art. 107 PSUP.

12 Ibidem.

13 M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz. T. 2*, Warszawa 2016, s. 1012.

14 Zob. wyroki z dnia 15 stycznia 2009 r., sygn. akt K 45/07, oraz z dnia

niezawisłość jako składającą się z różnorodnych elementów, które jednakże wszystkie odnoszą się wyłącznie do wymierzania sprawiedliwości. W ujęciu trybunalskim składają się na nią: 1) bezstronność w stosunku do uczestników postępowania; 2) niezależność wobec organów (instytucji) pozasądowych; 3) samodzielność sędziego wobec władz i innych organów sądowych; 4) niezależność od czynników politycznych; 5) wewnętrzna niezależność sędziego. Jak zaznacza S. Dąbrowski, Trybunał „wręcz powrócił do skompromitowanej idei odrębności kompetencyjnej i niezależności sądów ograniczonej jedynie do niezawisłości funkcjonalnej. Tak właśnie idea niezawisłości była rozumiana w PRL jako ograniczona do wykonywania funkcji orzeczniczych, sądy nie były zaś niezależne, a jedynie odrębne kompetencyjne”<sup>15</sup>.

Stanowisko Trybunału ewoluowało jednak w ostatnim czasie, ponieważ stwierdził on, iż „podziela pogląd prezentowany w piśmiennictwie, że niezawisłość sędziowska nie jest ograniczona jedynie do funkcji orzekania, lecz rozciąga się na wszystkie czynności sądu, które mieszczą się w sprawowaniu przez sędziów swojego urzędu. Zasada niezawisłości odnosi się tym samym do wszystkich działań sędziego związanych z zarządzaniem procesem orzekania oraz działań podejmowanych w związku z orzekaniem. Sędzia powinien mieć zagwarantowaną swobodę podejmowania decyzji niezależnie od etapu postępowania, na którym jest ona podejmowana”. Trybunał podkreślił także, że badane przez niego przepisy umożliwiające Ministrowi Sprawiedliwości wgląd w akta sprawy (także dla celów realizacji jego uprawnień w postępowaniach dyscyplinarnych wobec sędziów) stanowiłyby zagrożenie zarówno dla wewnętrznej niezawisłości sędziego, jak i postrzegania całej sytuacji z zewnątrz jako ingerencji w sferę niezawisłości<sup>16</sup>. Należy jednak zaznaczyć, że ten niezmiernie istotny dla rozumienia zasady niezawisłości spór jest poza zainteresowaniem dalszych rozważań. Znajduje on bowiem przede wszystkim odzwierciedlenie w sferze tzw. czynności administracyjnych sądów i możliwości sprawowania nadzoru nad nimi przez Ministra Sprawiedliwości. Czynności

27 marca 2013 r., sygn. akt K 27/12.

15 S. Dąbrowski, *Władza sędziowska – definicja, funkcja, atrybuty (w:) Pozycja ustrojowa sędziego*, R. Piotrowski (red.), Warszawa 2015, s. 25-26.

16 Wyrok z dnia 14 października 2015 r., sygn. akt Kp 1/15.

te w sposób bezsporny podlegają ocenie w postępowaniach dyscyplinarnych, skoro podlega mu stosowanie prawa procesowego. W tym miejscu jako otwarte należy pozostawić pytanie, czy szersze rozumienie niezawisłości wpłynęłoby na uprawnienia sądów dyscyplinarnych w sprawach sędziów.



Podsumowując tę część rozważań, należy podkreślić, że pojęcie przewinienia służbowego w postaci oczywistej i rażącej obrazę przepisów prawa należy interpretować zawężająco ze względu na zasadę niezawisłości sędziowskiej. W sferze orzeczniczej przewinienie dyscyplinarne w tej formie może w zasadzie dotyczyć tylko wykładni i stosowania przepisów procesowych niewiązanych się bezpośrednio z samym orzekaniem. Te przepisy nakładają bowiem na sędziów szczegółowe obowiązki, które muszą być przestrzegane w postępowaniu ze względu na potrzebę zapewnienia jego sprawnego przebiegu. Natomiast gdy chodzi o sferę prawa materialnego obrazą przepisów prawa, za którą sędzia może ponieść odpowiedzialność dyscyplinarną, jest wyłącznie „kwalifikowane bezprawie sądowe”. Polega ono na takim naruszeniu prawa w orzeczeniu, które, po pierwsze, nie wymaga analizowania stanu faktycznego i prawnego, aby stwierdzić jego zaistnienie, a po drugie, nie mogło ono zostać usunięte w toku kontroli instancyjnej. Wymaga ono zatem nie tylko podmiotowej oczywistości naruszenia prawa, ale także wystąpienia obiektywnego i nieusuwalnego jego skutku. Jako trzeci warunek można wskazać, że polega ono na indywidualnym zachowaniu sędziego, a nie jest elementem rozstrzygnięcia o charakterze kolegialnym.

Z punktu widzenia niniejszych rozważań interesujące jest to, że bezpośrednio stosowanie Konstytucji RP stało się jednym

z elementów wyroku w sprawie dyscyplinarnej w stosunkowo nieodległej przeszłości. W wyroku z dnia 16 czerwca 2016 r.<sup>17</sup> Sąd Najwyższy utrzymał w mocy orzeczenie I instancji i podkreślił trafność argumentów użytych w niej w interesującym nas zakresie. Warto w związku z tym przyrzeć się nieco szerzej argumentom, które Sąd uznał za istotne. Przede wszystkim zauważył on, że słuszne jest przekonanie sądu I instancji, iż „sędzia w sprawowaniu swego urzędu nie jest niezawisły od ustawy, przeciwnie, ustawa determinuje jego czynności w sensie bezwzględnym, przy czym w istocie chodzi o podporządkowanie sędziego całemu, w zasadzie, systemowi źródeł obowiązującego prawa. Podporządkowanie sędziego ustawie należy rozumieć jako postulat praworządności decyzji, a nie postulat uczestnictwa sądu w tworzeniu prawa. System prawa polskiego oparty jest na rozgraniczeniu działalności prawotwórczej (legislacyjnej) i działalności polegającej na interpretowaniu oraz stosowaniu prawa”. Podkreślił także, że „U podstaw tej zasady leży świadomość odrębności prawnoustrojowych działalności ustawodawczej i funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Niewątpliwie wykładnia pozostaje w sferze zjawisk normatywnych, jednak funkcja wykładni nie może przekształcić się w funkcję legislacyjną”.

Sąd Najwyższy wyraźnie uznał także słuszność argumentu, że dopóki „nie zostanie stwierdzona przez Trybunał Konstytucyjny niezgodność określonego aktu normatywnego z Konstytucją, dopóty ten akt podlega stosowaniu. Tak więc podstawą odmowy stosowania przez sąd przepisów ustawowych nie może być zasada bezpośredniego stosowania Konstytucji. Bezpośredniość stosowania Konstytucji nie oznacza bowiem kompetencji sądu powszechnego (ani innego organu powołanego do stosowania prawa) do kontroli konstytucyjności obowiązującego ustawodawstwa. Orzekanie w tych sprawach to wyłączna kompetencja Trybunału (art. 188 Konstytucji)”. W innym miejscu Sąd podkreślił, że „obwiniony doskonale zdawał sobie sprawę, że jego pogląd jest odosobniony, jednak świadomość ta nie wywołała u niego, chociaż powinna, refleksji nad możliwością pozostawania w błędzie przez niego, a nie przez zasadniczą większość judykatury uznającej zasadę legalizmu, brak kompetencji sądu powszechnego do kontroli konstytucyjności obowiązującego ustawodawstwa”.

17 Sygn. akt SNO 21/16.

Wymowę tych stwierdzeń osłabia jednak uwaga Sądu Najwyższego, że wyrok pierwszej instancji „nie odnosił się wprost do abstrakcyjnej możliwości bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sędziego”, a także że nie kwestionuje on „uprawnienia obwinionego do realizacji przyjętej przez niego koncepcji orzeczniczej”. W tym konkretnym przypadku jednak obwiniony sędzia „zamiast dążyć do urzeczywistnienia celu procesu polegającego na zapewnieniu stronom prawa do rzetelnego procesu i uzyskania ochrony prawnej, (...) uporczywie realizował swoją koncepcję procesu ze świadomością, że odbiega ona od przyjętej w orzecznictwie i nie znajduje akceptacji sądu wyższej instancji, przez podejmowanie działań, których uporczywość, niecelowość dla rozstrzygnięcia sprawy, brak równego traktowania stron postępowania, wreszcie szykanujący jedną ze stron charakter doprowadziły do wyłączenia go od rozpoznania jedynastu spraw”. W konsekwencji „takie działanie obwinionego, zmierzającego do wykazania słuszności własnych poglądów prawnych, a nie do efektywnego udzielenia ochrony prawnej stronom postępowania, należy uznać za nadużycie władzy sędziowskiej, narażające dobre imię wymiaru sprawiedliwości, co uchybia godności sędziego”. Ostatecznie więc zachowanie sędziego doprowadziło do uzasadnionych wątpliwości co do jego bezstronności.

Na tle powyższego orzeczenia odpowiedź na pytanie, czy rzeczywiście bezpośrednio zastosowanie Konstytucji RP przez Sąd i odmowa zastosowania w ten sposób ustawy może w ogóle być oceniana w drodze dyscyplinarnej, nie jest jednoznaczna. Z jednej strony Sąd z dezaprobatą odniósł się do bezpośredniego zastosowania Konstytucji RP, zajmując wyraźne stanowisko w kwestii jego dopuszczalności i powszechnej praktyki w tym zakresie. Z drugiej jednak zastrzegł, że na odpowiedzialności sędziego zaważyły indywidualne okoliczności sprawy, tj. zachowanie sędziego uzasadniające podejrzenie co do braku jego bezstronności. To ostatnie miało wprawdzie związek z jego uporem zmierzającym właśnie do bezpośredniego zastosowania Konstytucji RP, ale tych dwóch kwestii nie można ze sobą utożsamiać. Upór bowiem, a w konsekwencji brak bezstronności przejawiał się w zachowaniu wobec stron – zadawaniu określonych pytań, nieustannemu poddawaniu pod ich rozagę kwestii zgodności z Konstytucją RP przepisów mających być podstawą

prawną rozstrzygnięcia. Należy także pamiętać, że nieco inne były argumenty sądu pierwszej instancji, ostatecznie zaakceptowane przez Sąd Najwyższy, a inne tego ostatniego podniesione w końcowej części uzasadnienia. Stanowisko Sądu można zatem uznać za nieco bardziej zniuansowane, niż mogłoby się to w pierwszej chwili wydawać.

Potwierdzać to zdaje się ocena omawianego orzeczenia przez pryzmat kryteriów wypracowanych na gruncie przedstawionej wcześniej linii orzeczniczej. Jak bowiem wspomniano, oczywistą i rażąco obrazą przepisów prawa, za którą sędzia może ponieść odpowiedzialność dyscyplinarną w sferze zastosowania prawa materialnego, jest „kwalifikowane bezprawie sądowe”. Polega ono na takim naruszeniu prawa w orzeczeniu, które, po pierwsze, nie wymaga analizowania stanu faktycznego i prawnego, aby stwierdzić jego zaistnienie, a po drugie, nie mogło ono zostać usunięte w toku kontroli instancyjnej. Ujęcie takie ma służyć zagwarantowaniu niezawisłości sędziowskiej. Na tle tych kryteriów trudno uznać stosowanie Konstytucji RP za „kwalifikowane bezprawie sądowe”. Przede wszystkim należy zauważyć, że jakiegokolwiek konkluzje w tym zakresie wymagają głębokiego przeanalizowania stanu faktycznego i prawnego, a więc już samo to powoduje, że bezpośrednio stosowanie norm konstytucyjnych wymyka się poza kategorie oczywistości obrazy przepisów prawa. Nie ulega bowiem wątpliwości istnienie teoretycznego i doktrynalnego sporu dotyczącego możliwości odnowy zastosowania ustawy przez sąd ze względu na Konstytucję RP.

Nie jest możliwe wypowiedzenie się co istoty tego sporu w niniejszych rozważaniach, ponieważ nie taki jest ich cel. Można natomiast podkreślić, że z całą pewnością istnieją w nim argumenty na poparcie odmiennych stanowisk, a także istnieją osoby w sposób konsekwentny reprezentujące owe stanowiska<sup>18</sup>. Może mieć przy tym znaczenie, choć nie fundamentalne, zmiana w rozkładzie akcentów w owym sporze pod wpływem sytuacji wokół

18 M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP...*, op. cit., s. 1018-1019. Por. M. Haczowska (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2014, uwaga nr 3 komentarza do art. 178 ust. 1. Literatura przedmiotu jest bardzo obszerna i została zebrana w powołanych komentarzach, do których należy odesłać.

Trybunału Konstytucyjnego<sup>19</sup>. Znaczenie to nie jest fundamentalne, ponieważ możliwość wskazania poważnych racji za każdym ze stanowisk istniała właściwie od momentu wejścia w życie Konstytucji RP. Już wówczas ocena, czy odmowa zastosowania ustawy ze względu na normy konstytucyjne w konkretnym przypadku jest merytorycznie uzasadniona, czy też nie, wymagała analizy stanu faktycznego i prawnego. Natomiast tzw. kryzys konstytucyjny dostarczył nowych argumentów za stanowiskiem dopuszczającym takie orzecznictwo sądowe. Istotą prezentowanego tu poglądu jest zatem to, że niezależnie od merytorycznej oceny bezpośredniego stosowania Konstytucji RP w konkretnym przypadku na pewno jest ono kwestią sporną i jako taka nie może być oceniana jako „kwalifikowane bezprawie sądowe” i być przedmiotem odpowiedzialności dyscyplinarnej.



Należy ponadto zauważyć, że nawet jeśli ocena merytoryczna orzeczenia bezpośrednio aplikującego normy konstytucyjne byłaby negatywna (np. ze względu na niewłaściwe ich zastosowanie), to istnieją środki prawne w ramach kontroli instancyjnej (choćby o charakterze nadzwyczajnym) służące jego usunięciu z obrotu prawnego. Sędzia ma bowiem kompetencję do orzekania wbrew dominującym poglądom i utrwalonym liniom orzecznictwem, co wynika z jego niezawisłości. Nie może być tu decydująca jednolitość dotychczasowego orzecznictwa, która oczywiście jest – tak jak niezawisłość sędziowska – istotną wartością prawną.

19 Zob. L. Garlicki, *Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przeгляд Sądowy” 2016, nr 7, s. 7 i n., M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania konstytucji*, „Palestra” 2016, nr 4, s. 5 i n.

Jak twierdzi A. Łazarska, „Niewątpliwie te dwie wartości pozostają w pewnej kolizji. Zdecydowaną przewagę ma jednak zasada niezawisłości sędziowskiej, która jedynie wyjątkowo podlega pewnym ograniczeniom. Wyłomy od zasady niezawisłości sędziowskiej na rzecz jednolitości są bowiem nieliczne”<sup>20</sup>. Do kategorii tych ostatnich należą właśnie instancyjne środki kontroli orzecznictwa, w tym środki prawne rozpoznawane przez Sąd Najwyższy, w ramach których funkcja ujednocniająca jest istotna, choć oczywiście nie jedyna.

Innymi słowy, orzeczenie bezpośrednio stosujące normy konstytucyjne i odmawiające zastosowania na tej podstawie ustawy powinno być traktowane jako judykat o merytorycznej zawartości. W konsekwencji objęte jest ono zasadą niezawisłości sędziowskiej i jako takie nie może być przedmiotem oceny przez sąd dyscyplinarny. Może być ono korygowane pod względem merytorycznym przy pomocy kontroli instancyjnej i środków nadzoru judykacyjnego. Pogląd odwrotny skutkowałby ingerencją organów dyscyplinarnych w sferę niezawisłości i stanowiłby przypisanie sobie przez nie funkcji ujednocniania orzecznictwa, wyraźnie będącą poza zakresem ich kompetencji. Nie ulega wątpliwości, że wywierałoby to efekt mrozący na sędziów, ponieważ przy pomocy sankcji wymuszałyby rezygnację z określonego rodzaju orzekania. Należy bowiem pamiętać, że odpowiedzialność dyscyplinarna ma typowo represyjny charakter, a więc jednym z celów realizowanych przez karę dyscyplinarną jest prewencja, zarówno w wymiarze ogólnym, jak i indywidualnym<sup>21</sup>. W konsekwencji mogłoby to pozbawiać obywateli prawa do rozpoznania sprawy przez niezawisły sąd, a przecież niezawisłość jest zasadą znajdującą „konstytucyjne oparcie” nie tylko w zasadach demokratycznego państwa prawnego, trójpodziale władzy oraz odrębności i niezależności władzy sądowniczej, ale także w prawie do sądu<sup>22</sup>.

20 A. Łazarska, *Niezawisłość sędziowska w sprawowaniu urzędu (w:) Pozycja ustrojowa sędziego*, R. Piotrowski (red.), Warszawa 2015, s. 105. Por. J. Gudowski, *Niezawisłość a związanie sędziego oceną prawną sądu wyższej instancji*, „Polski Proces Cywilny” 2016, nr 3, s. 441-442.

21 P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013, s. 123 i n. Zob. R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, Gdańsk 2013, s. 51 i n.

22 R. Hauser, *Konstytucyjna zasada niezawisłości sędziowskiej*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2015, nr 1(58), s. 9.

Istotne jest przy tym, że odpowiedzialność dyscyplinarna, choć zaliczona przez orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i coraz szerzej przez doktrynę do prawa represyjnego, pełni także inne funkcje. Z punktu widzenia niniejszych rozważań ważna jest funkcja ochronna polegająca na zapewnieniu podmiotom podlegającym odpowiedzialności gwarancji niezależności w wykonywaniu ich obowiązków. Znajduje ona realizację m.in. w specyficznym ukształtowaniu organów dyscyplinarnych jako składających się z przedstawicieli tego samego środowiska zawodowego co osoby podlegające temu rodzajowi odpowiedzialności prawnej. Posiadają one stosunkowo szeroką autonomię w kształtowaniu standardów orzeczniczych ze względu na niedookreśloność materialnoprawnych przesłanek odpowiedzialności dyscyplinarnej<sup>23</sup>. Oznacza to, że nadmierna koncentracja na funkcji represyjnej kosztem ochrony niezależności zawodowej (niezawisłości sędziowskiej) skutkowałaby nieprawidłowym wypełnianiem funkcji przez organy dyscyplinarne. Mogłoby to doprowadzić do sytuacji, w której niezawisłość zamiast być chroniona przez te ostatnie, stałaby się sferą ingerencji z ich strony. Wówczas sędziowie mogliby zostać postawieni przed zasadniczymi wyborami o charakterze dylematów – sytuacji bez dobrego wyjścia – które wymagają od nich rozstrzygnięcia między własnymi przekonaniem a narażeniem się na sankcje<sup>24</sup>.

Nie oznacza to jednak, że powołanie się na bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP *eo ipso* będzie zawsze wyłączać odpowiedzialność dyscyplinarną sędziego. Tak bowiem jak w każdym innym rodzaju orzeczenia może się okazać, że nie tylko jest ono poprawne lub błędne, ale może być także pozbawione waloru merytoryczności. Jeśli będzie ono pozbawione jakichkolwiek racji, a w szczególności na podstawie okoliczności sprawy będzie możliwe postawienie sędziemu zarzutu sprzeniewierzenia się zasadzie niezawisłości lub braku bezstronności, to ingerencja organów dyscyplinarnych może być uzasadniona. Należy domniemywać, że sytuacja taka miała miejsce

w sprawie będącej przedmiotem omówionego powyżej wyroku Sądu Najwyższego. Należy podkreślić, że wówczas kryterium oceny zachowania sędziego nie jest jednak oparcie orzeczenia o określony merytoryczny pogląd prawny, ale przebieg samego postępowania, określony stosunek do stron, prezentowanych przez nie argumentów itp. Innymi słowy, bezpośrednie stosowanie Konstytucji RP i związana z tym ewentualna odmowa zastosowania ustawy muszą być zawsze poparte argumentami i niezbędne jest wykazanie, że wynika to z potrzeby ochrony określonych wartości konstytucyjnych, w tym praw człowieka i obywatela.

*Dr Paweł Skuczyński* – adiunkt w Katedrze Filozofii Prawa i Nauki o Państwie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

#### ***Direct Application of the Constitution of the Republic of Poland by Courts and the Disciplinary Responsibility of Judges***

The article reviews whether courts' direct application of the Polish Constitution and their refusal on those grounds to apply statutory acts may be liable to disciplinary action. The answer is sought through analysis of two problems. Firstly, a disciplinary court's scope of authority to assess judicial activity according to the principle of judicial independence and, secondly, the specific nature of the direct application of the Polish Constitution as a particular type of ruling practice. For both of those problems, judicial independence is the main principle which ought to be considered. The article reconstructs the standpoint of the Supreme Court – Disciplinary Court and illustrates it with examples of cases from other courts as well.

23 Zob. P. Skuczyński, *Nierepresyjne funkcje odpowiedzialności dyscyplinarnej a model postępowania w sprawach dyscyplinarnych*, „Przegląd Legislacyjny” 2017, nr 3, oraz cytowane tam literatura i orzecznictwo.

24 Zob. J. Zajadło, *Nieposłuszeństwo sędziowskie*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 1, s. 18 i n.



**Helsińska Fundacja Praw Człowieka**

ul. Zgoda 11, 00-018 Warszawa

tel.: (48) 22 556 44 40

fax: (48) 22 556 44 50

e-mail: sekretariat@hfhr.org.pl

**www.hfhr.pl**



Wydawanie **KWARTALNIKA O PRAWACH CZŁOWIEKA HFPC** wspierają:



SIGRID RAUSING TRUST



FUNDACJA  
IM. STEFANA  
BATOREGO

**PARTNERZY:**

**WAR WSP  
DYŃ ÓLN  
SKI+ ICY.**



**C L I F F O R D  
C H A N C E**



**Weil**