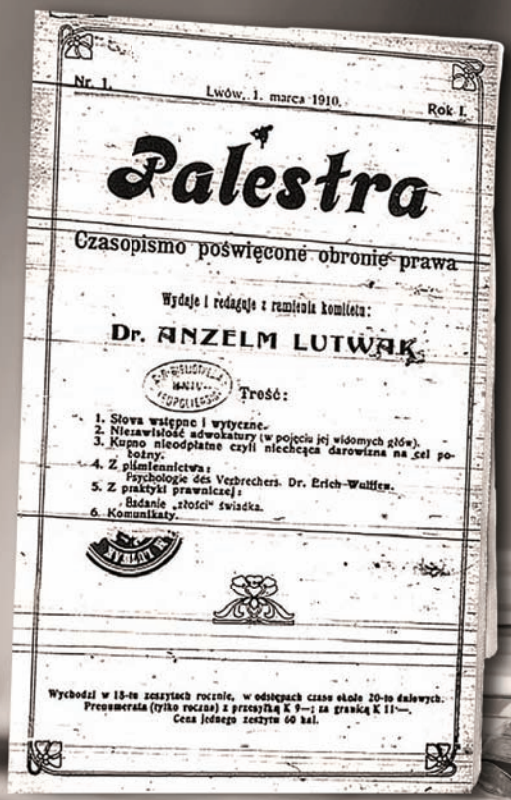
kwiecień 4/2023

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej


Nr. 1. Lwów, 1. marca 1910. Rok I.

Palestra

Czasopismo poświęcone obronie prawa

Wydaje i redaguje z ramienia komitetu:

Dr. ANZELM LUTWAK.

Treść:

1. Słowa wstępne i wytyczne.
2. Niezawisłość adwokatury (w pojęciu jej widomych głów).
3. Kupno nieodpłatne czyli niechcąca darowizna na cel pobożny.
4. Z piśmiennictwa:
   Psychologie des Verbrechers. Dr. Erich-Wulffen.
5. Z praktyki prawniczej:
   Badanie „złości" świadka.
6. Komunikaty.

Wychodzi w 15-tu zeszytach rocznie, w odstępach czasu około 20-to dniowych.
Prenumerata (tylko roczna) z przesyłką K 9—; za granicą K 11—.
Cena jednego zeszytu 60 hal.

Kwiecień 4/2023

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

Rok LXVIII nr 785

Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor naczelny:
Michał Bieniak

Sekretarz redakcji:
Adam Kozień

Redaktor języka angielskiego:
Anna Setkowicz

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

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Szanowni Czytelnicy!

W aktualnym numerze „Palestry" można przeczytać artykuł mgr. Marcina Kopackiego *O konstytucyjnych aspektach pactum de non petendo*. Problematykę kontroli operacyjnej podjął adw. dr Robert Rynkun-Werner w artykule *Kontrola operacyjna bez kontroli – kilka refleksji na kanwie postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 28.06.2022 r. (SK 60/21)*. Dużo kontrowersji wywołuje na gruncie prawa karnego badanie poligraficzne, które od medycznej strony przedstawili dr Renata Dąbrowska oraz dr hab. n. med. Czesław Żaba w artykule *Wartość parametrów fizjologicznych rejestrowanych w procedurze badania poligraficznego*. Pozostając w obrębie środków dowodowych w postępowaniu karnym, problematykę rozszerzania zakazu dowodowego z art. 389 § 1 Kodeksu postępowania karnego zaprezentował Daniel Brodowski w artykule *Problem rozszerzenia zakazu dowodowego z art. 389 § 1 Kodeksu postępowania karnego na osoby postronne uczestniczące w czynności przesłuchania*. W niniejszym numerze znajdą Państwo również artykuły: adw. Macieja Śledzia pt. *Przepisy karne w ustawie deweloperskiej*, a także r. pr. Moniki Agnieszki Paulińskiej pt. *Europejski nakaz aresztowania w ramach decyzji ramowej*. Ponadto w Czasopiśmie znajduje się przegląd najnowszego orzecznictwa w zakresie wyroku TSUE w sprawie C-64/211 omówionego przez adw. Olgę Sztejnert-Roszak, a także przegląd orzecznictwa ETPCz opracowany przez adw. Marka Antoniego Nowickiego. Na Czytelników „Palestry" czekają również recenzje dwóch monografii, a także wspomnienie o adw. Tadeuszu Hubercie.

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

foto na okładce: kolaż z wykorzystaniem zdjęcia okładki pierwszego numeru „Palestry", https://palestra.pl/pl/

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

Ark. wyd.: 8,0. Nakład: 500 egz.
ISSN 0031-0344, indeks 36851

Spis treści

Od Redakcji

Michał Bieniak
Jedna „Palestra” 5

Artykuły

Marcin Kopacki
O konstytucyjnych aspektach *pactum de non petendo* 7

Robert Rynkun-Werner
Kontrola operacyjna bez kontroli – kilka refleksji na kanwie postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 28.06.2022 r. (SK 60/21) . . . 17

Renata Dąbrowska, Czesław Żaba
Wartość parametrów fizjologicznych rejestrowanych w procedurze badania poligraficznego 37

Daniel Brodowski
Problem rozszerzenia zakazu dowodowego z art. 389 § 1 Kodeksu postępowania karnego na osoby postronne uczestniczące w czynności przesłuchania 50

Maciej Śledź
Przepisy karne w ustawie deweloperskiej 67

Monika Agnieszka Paulińska
Europejski nakaz aresztowania w ramach decyzji ramowej 73

Najnowsze orzecznictwo

Olga Sztejnert-Roszak
Umowne wyłączenie prawa agenta (przedstawiciela handlowego) do prowizji od umów zawartych z klientami uprzednio pozyskanymi

przez niego dla dającego zlecenie – wyrok TSUE w sprawie C-64/21 i kilka praktycznych uwag i pytań na jego marginesie 98

Marek Antoni Nowicki
Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa (styczeń–marzec 2023 r.) 108

Recenzje

Stanisław Zagórski
Recenzja książki Kazimierz Przybyłowski, *Klauzula rebus sic stantibus w rozwoju historycznym oraz jej renesans w dobie współczesnej,* Lwów 1926 – Warszawa 2022, s. 362 120

Patrycja Brożek
Recenzja monografii pt. *Doping w sporcie i jego prawnokarne oceny*, Michał Leciak, wydawnictwo C.H. Beck 2022 123

Szpalty pamięci

Andrzej Sopata
Tadeusz Hubert (1945–2022) 130

Table of contents 133

Od Redakcji

Michał Bieniak

JEDNA „PALESTRA"

W 2013 r. miałem przyjemność być jednym z organizatorów konferencji organizowanej przez warszawską Okręgową Radę Adwokacką pod nazwą „Adwokat wczoraj, dziś i jutro". W czasie tej konferencji nieżyjący już Prezes Bednarkiewicz, mówiąc o Adwokaturze, stwierdził, że nie ma Adwokatury wczorajszej, dzisiejszej i jutrzejszej, lecz jest wyłącznie jedna.

Ten numer „Palestry" jest pierwszym jej numerem opracowanym przez nowy skład redakcji, chociaż jeszcze – z uwagi na krótki czas, jaki upłynął od mojego powołania na funkcję redaktora naczelnego – nie w pełni takim, jakim chcemy ją widzieć w przyszłości.

Czego mogą się Państwo spodziewać w kolejnych numerach „Palestry"? Przede wszystkim będziemy starali się zrównoważyć na jej łamach obecność różnych gałęzi i dziedzin prawa, aby w piśmie interesujące ich treści mogli znaleźć cywilista, karnista oraz administratywista. Chcemy dbać, aby teksty miały wysoką wartość naukową, jednocześnie jednak wyjaśniały praktyczne zagadnienia, przydatne w pracy zawodowej adwokata. Dlatego też zachęcamy wszystkich do publikowania glos do orzecznictwa sądów wyższego rzędu, gdyż stanowią one jedno z istotniejszych narzędzi do objaśnienia i krytyki orzecznictwa, aktualnie zaniedbane w wielu innych czasopismach prawniczych.

Pomimo to nie zamierzamy też odrzucać tekstów, które będą pobudzać do refleksji nad naturą prawa i jego historią, chociaż z uwagi na adresata „Palestry", którym jest praktyk – adwokat, nie będą one mogły zdominować naszego pisma. Jednocześnie jednak wykonując nasz zawód, stajemy niekiedy przed trudnymi wyborami moralnymi. Bez znajomości deontologii zawodu, bez świa-

 DOI: 10.54383/0031-0344.2023.4.1

domości, czym jest prawo natury i do czego w przeszłości prowadziło ślepe posłuszeństwo prawu pozytywnemu, nasze wybory będą nie tylko trudniejsze, ale przede wszystkim często błędne. Dlatego nie możemy sobie pozwolić, aby na łamach „Palestry" zaniedbać zagadnienia filozofii i historii prawa oraz deontologii zawodowej.

Na okładce dzisiejszej „Palestry" znajdą Państwo odzwierciedlenie obwoluty pierwszego numeru pisma z 1910 r., jeszcze wydawanego we Lwowie pod redakcją Anzelma Lutwaka. Chciałbym w ten sposób uświadomić naszym Czytelnikom tradycję tego pisma. Towarzyszy ono polskim adwokatom od przeszło stu lat i chociaż się zmienia, to – podobnie jak Adwokatura – „Palestra" jest zawsze ta sama i stanowi jeden z symboli naszego środowiska. Towarzyszyła mi od dzieciństwa – najpierw na półkach ojcowskiego gabinetu, potem w pracy naukowej i adwokackiej, a teraz jako pismo, którym mam zaszczyt kierować. Mam więc nadzieję, że będzie mi towarzyszyła do końca mojej zawodowej pracy, a wszystkim polskim adwokatom – przez kolejne stulecia, bo to tradycja, którą warto utrzymywać.

adw. Michał Bieniak
redaktor naczelny miesięcznika „Palestra"

 DOI: 10.54383/0031-0344.2023.4.1

Pojęcia kluczowe: *pactum de non petendo, prawo do sądu, Konstytucja, upadłość*

Artykuły

Marcin Kopacki

O KONSTYTUCYJNYCH ASPEKTACH *PACTUM DE NON PETENDO*

1. WSTĘP

W polskim obrocie prawnym trudności w orzecznictwie i w doktrynie stwarza *pactum de non petendo*. Umowa ta wprawdzie niekiedy jest określana polską nazwą jako zobowiązanie do niedochodzenia zobowiązania lub roszczenia, to jednak zaznaczyć należy, że najczęściej używa się wobec niej łacińskiej nazwy, która oddaje dużo dokładniej jej istotę. *Pactum de non petendo* swym zakresem może wykraczać poza sferę stosunków cywilnoprawnych. Niedokładność semantyczna polskiej nazwy sygnalizuje istnienie problemów z interpretacją tej umowy przez doktrynę i praktykę. Co zadziwiające, *pactum de non petendo* nie zostało jak dotąd fachowo i kompleksowo opracowane w polskiej nauce prawa, czego skutkiem jest olbrzymie zróżnicowanie poglądów co do dopuszczalności *pactum de non petendo*, jak i jego skutków.

Jak wskazuje się w literaturze, *pactum de non petendo* może nieść za sobą trojakie, na ogół wzajemnie wykluczające się skutki. I tak w doktrynie rozważa się, czy w związku z zawarciem *pactum de non petendo* sąd powinien oddalić powództwo, odrzucić pozew, a może powinien je zignorować, jedynym zaś skutkiem *pactum de non petendo* byłoby powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej[1].

[1] B. Karolczyk, *Rozdział 7. Obrona przed żądaniem pozwu* (w:) *Postępowanie cywilne po nowelizacji. Komentarz dla pełnomocników procesowych i sędziów*, red. B. Karolczyk, Warszawa 2020, LEX/el.; E. Hadrowicz, *Pactum de non petendo a kompetencja zaskarżalności roszczenia*, „Studia Prawa Prywatnego" 2022/1, s. 43.

 DOI: 10.54383/0031-0344.2023.4.2

Osobną kwestią są poglądy, które mówią o tym, że *pactum de non petendo* nie jest dopuszczalne[2].

Ponadto z uwagi na niedostateczne opracowanie *pactum de non petendo* niekiedy pojawiają się wątpliwości, czy *pactum de non petendo* zgodne jest z Konstytucją[3] oraz konwencjami międzynarodowymi (art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[4] oraz art. 14 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych)[5]. Przykładowo P. Grzegorczyk i K. Weitz zaznaczają, że kwestia czasowego lub definitywnego wyłączenia zaskarżalności roszczenia w polskiej literaturze nie została kompleksowo podjęta[6]. Ponadto wskazani autorzy zaznaczają, że kwestia ta budzi kontrowersje w literaturze obcej[7].

Kwestia poszukiwania odpowiedzi na pytanie o zgodność *pactum de non petendo* z konstytucyjnym i konwencyjnym prawem do sądu zależeć będzie od przyjętego poglądu co do skutków *pactum de non petendo.* Jednocześnie przyjęcie określonych poglądów determinować będzie dalsze problemy, np. w zakresie powiązania art. 84 ustawy z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe[8] z *pactum de non petendo.*

2. *PACTUM DE NON PETENDO*

Z niezrozumiałych przyczyn w polskiej literaturze *pactum de non petendo* wiąże się z pojęciem roszczenia materialnoprawnego, pojęciem zobowiązania oraz zaskarżalności[9]. Stanowisko takie jest błędne. Jak wskazuje Ł. Błaszczak, wiązanie *pactum de non petendo* z kwestią zaskarżalności nie jest do końca poprawne[10] i stanowi uproszczenie problemu[11]. Przede wszystkim należy jednak wskazać, że łączenie *pactum de non petendo* z pojęciem zaskarżalności, roszczenia materialnoprawnego czy zobowiązania prowadziłoby do stanowiska, zgodnie z którym *pactum de non petendo* może dotyczyć wyłącznie procesów o zasądzenie świadczenia. W przypadku postępowań o ustalenie opartych na art. 189 Kodeksu po-

[2] P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353[1] KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005, s. 171.

[3] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2.04.1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25.05.1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16.07.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483).

[4] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284).

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

[6] P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, Warszawa 2016, s. 1098.

[7] P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja...*, s. 1098.

[8] Ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2022 r. poz. 1520), dalej: pr. up.

[9] E. Hadrowicz, *Pactum...*, s. 43.

[10] Ł. Błaszczak, *Charakter prawny zrzeczenia się roszczenia w procesie cywilnym*, Wrocław 2017, s. 38.

[11] Ł. Błaszczak, *Charakter...*, s. 39.

stępowania cywilnego[12] oraz postępowań dotyczących ukształtowania stosunku prawnego ich przedmiotem na ogół nie jest żadne roszczenie materialnoprawne[13], a powód dochodzi roszczenia procesowego, które nie stanowi roszczenia materialnoprawnego. Wydaje się zatem, że *pactum de non petendo* najwłaściwiej zdefiniować można jako postanowienie umowne, którego przedmiotem jest ograniczenie możności wszczęcia postępowania mającego na celu udzielenie ochrony prawnej roszczeniu procesowemu, bądź też ograniczenie możliwości dochodzenia wierzytelności.

3. UWAG PARĘ O PRAWIE DO SĄDU W KONTEKŚCIE *PACTUM DE NON PETENDO*

Prawo do sądu stanowi jedną z podstawowych gwarancji praw człowieka, stąd też prawo to zostało wskazane zarówno w Konstytucji, jak i w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych. Na gruncie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Konstytucyjnego nie powinno budzić większych wątpliwości, że prawo to podlega dyspozycji jednostki. Przede wszystkim konieczne jest wskazanie, że prawo do sądu jest prawem podmiotowym, co oznacza, że to od danego podmiotu zależy, czy z prawa tego skorzysta.

Polski Trybunał Konstytucyjny, rozstrzygając skargę dotyczącą niezgodności przepisów o zapisie na sąd polubowny z Konstytucją, wskazał, że zapis na sąd polubowny nie powoduje zmniejszenia sfery wolnej od ingerencji państwa, ale stanowi wyraz wolności jednostki, która rezygnuje z kierowanego potencjalnie do państwa roszczenia o udzielenie ochrony prawnej[14]. Zgodnie ze wskazaniami Trybunału Konstytucyjnego „konstytucyjne prawa podmiotowe nie chronią przed skutkami własnych działań uprawnionego, lecz przed nadmierną ingerencją państwa". Z kolei na gruncie spraw prowadzonych przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka istotnie zapisały się sprawa *Deweer przeciwko Belgii*[15] oraz *Craxi przeciwko Włochom*[16]. Z wyżej wymienionych wyroków wynika, że zrzeczenie prawa do sądu nie będzie sprzeczne z konwencyjną ochroną prawa do sądu, o ile zostanie dokonane z dostatecznym rozeznaniem, w sposób jednoznaczny i wolny od przymusu.

W doktrynie i orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wskazuje się, że zawarte w art. 45 Konstytucji prawo do sądu składa się z czterech komponentów. Na prawo do sądu składają się: prawo dostępu do sądu, tj. prawo uruchomienia

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

[13] Ł. Błaszczak, *Charakter...*, s. 48.

[14] Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 21.03.2011 r. (Ts 279/10), OTK 2011/3, poz. 269.

[15] Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 27.02.1980 r., 6903/75, *Deweer v. Belgium*, HUDOC.

[16] Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 05.12.2002 r., 34896/97, *Craxi v. Italy*, HUDOC.

procedury przed sądem – organem o określonej charakterystyce (właściwym, niezależnym, bezstronnym i niezawisłym), prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, zgodnie z wymogami sprawiedliwości i jawności, prawo do wyroku sądowego, tj. prawo do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy przez sąd oraz prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających[17].

Przeanalizowanie powyżej wymienionych komponentów prawa do sądu z potencjalnymi skutkami *pactum de non petendo* musi prowadzić do wniosku, że do większości z nich *pactum de non petendo* w ogóle się nie odnosi, niezależnie od przyjętej koncepcji skutków *pactum de non petendo*, w przypadku zaś koncepcji skutków odszkodowawczych *pactum de non petendo* nie wpływa w żaden sposób na procedurę i prawo do sądu, a jedynie kreuje możliwość powstania zobowiązania materialnoprawnego. Przede wszystkim należy wskazać, że *pactum de non petendo* w żaden sposób nie wpływa na kwestię zapewnienia odpowiednich gwarancji dotyczących pozycji ustrojowych sądu i sędziego. *Pactum de non petendo* w żadnej mierze nie odnosi się przecież do kwestii niezależności sądu i niezawisłości sędziowskiej. Ponadto zauważyć należy, że skutki, jakie wywołuje *pactum de non petendo*, dotyczą w gruncie rzeczy dwóch krańcowych punktów na osi czasowej postępowania sądowego, tj. punktu rozpoczynającego postępowanie (tj. możliwości wszczęcia postępowania) oraz punktu końcowego, jakim jest wyrokowanie. Wskazane punkty krańcowe są chronione odpowiednio prawem dostępu do sądu oraz prawem do wyroku sądowego, wobec czego wydaje się, że wszystko, co znajduje się pomiędzy tymi punktami, chronione będzie prawem do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej. Konsekwencją takiego stanowiska będzie przyjęcie, że dopuszczalność zawierania *pactum de non petendo* z uwagi na prawo do sądu może być oceniana wyłącznie w tych dwóch komponentach prawa do sądu.

Jak się wydaje, obecnie dominuje stanowisko, zgodnie z którym zawarcie *pactum de non petendo* skutkuje oddaleniem ewentualnego powództwa. We współczesnej doktrynie, poruszając się w ramach tej koncepcji, na ogół celnie wskazuje się, że czym innym jest zobowiązanie wynikające z *pactum de non petendo*, czym innym zaś jest prawo do sądu. Celnie wskazuje Ł. Błaszczak, że „Rozpatrywanie *pactum de non petendo* w kategoriach przeszkody jest nieporozumieniem wynikającym z pomylenia istniejącego w *pactum de non petendo* zobowiązania do niedochodzenia roszczeń z zagwarantowaną możliwością poszukiwania ochrony prawnej w procesie cywilnym”[18]. Podobnie R. Zdzieborski, wiążąc *pactum de non petendo* z zaskarżalnością, którą uznaje za przesłankę prowadzenia postępowania sądowego, zaznacza, że „czym innym jest bowiem przesłanka drogi sądowej, a czym innym przesłanka zaskarżalności roszcze-

[17] Por. m.in. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30.09.2014 r. (SK 22/13), Dz.U. z 2014 r. poz. 1375; P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja...*, s. 1097, Ł. Błaszczak *Charakter...*, s. 54.

[18] Ł. Błaszczak, *Charakter...*, s. 39.

nia"[19]. W ocenie tego autora w ramach *pactum de non petendo* nie następuje naruszenie prawa do sądu[20].

Słuszne jest stanowisko, zgodnie z którym – o ile, rzecz jasna, przyjąć „oddalający" skutek *pactum de non petendo* – *pactum de non petendo* nie narusza ani prawa dostępu do sądu, ani prawa do uzyskania orzeczenia. W razie wniesienia pozwu do sądu, pomimo zawarcia *pactum de non petendo*, sąd zobowiązany byłby do przeprowadzenia całego postępowania z uwzględnieniem postępowania dowodowego, które skutkowałoby uzyskaniem merytorycznego wyroku oddalającego powództwo[21].

W istocie należy stwierdzić, że *pactum de non petendo* można rozpatrywać jako dysponowanie prawem do sądu jedynie w przypadku przyjęcia koncepcji, zgodnie z którą skutecznie zawarte *pactum de non petendo* obliguje sąd do odrzucenia pozwu. W takim przypadku nie byłoby realizowane prawo dostępu do sądu. Niemniej dopuszczalność dysponowania prawem do sądu przez uczestników obrotu prawnego w świetle przytoczonego powyżej orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie powinna budzić większych wątpliwości.

4. KONSTYTUCYJNA OCHRONA *PACTUM DE NON PETENDO*

Pomimo powyższych wskazań co do braku wpływu *pactum de non petendo* na prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej należy wskazać, że przepisy Konstytucji, na czele właśnie z prawem do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, chronią skuteczność *pactum de non petendo*.

Przede wszystkim należy jednak wskazać, że prawo do sądu stanowi środek wtórny wobec innych praw i wolności, a w szczególności godności człowieka[22]. Ponadto ustrojodawca w art. 31 Konstytucji określił gwarancje ochrony wolności. W wyroku z 18.02.2004 r. w sprawie o sygn. akt P 21/02 Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „aspekt pozytywny «wolności jednostki» polega na tym, że jednostka może swobodnie kształtować swoje zachowania w danej sferze, wybierając takie formy aktywności, które jej samej najbardziej odpowiadają"[23]. Należy przy tym mieć na uwadze, że jak wskazuje się w literaturze, zgodnie z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji nie można podmiotu prawa zmuszać do zawarcia umowy z inną osobą[24] ani mu tego zakazywać. W doktrynie wskazuje się również, że art. 31

[19] R. Zdzieborski, *Umowa o podporządkowaniu wierzytelności w polskiej praktyce kontraktowej Zagadnienia wybrane*, część 2, „Monitor Prawniczy" 2003/13, Legalis/el.

[20] R. Zdzieborski, *Umowa...*

[21] Ł. Błaszczak, *Charakter...*, s. 39; Ł. Błaszczak, *Powództwo oczywiście bezzasadne. Art. 191[1] k.p.c.*, Warszawa 2021, s. 179.

[22] P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja RP...*, komentarz do art. 45.

[23] Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18.02.2004 r. (P 21/02), Dz.U. z 2004 r. nr 34 poz. 303.

[24] L. Bosek, M. Szydło (w:) *Konstytucja RP*, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, Warszawa 2016, Legalis/el., komentarz do art. 31.

ust. 1 i 2 Konstytucji chroni podmiot przed zmuszeniem go do przyjęcia określonych postanowień umownych, o ile odrębne przepisy nie stanowią inaczej[25].

Jak się jednak wydaje, w praktyce konstytucyjna ochrona *pactum de non peteno* jest dość mocno ograniczona, a wręcz fikcyjna. Dobitnym przykładem takiego stanu rzeczy jest art. 84 pr. up. oraz występujące na jego tle poglądy i orzeczenia. Zgodnie z art. 84 ust. 1 pr. up. postanowienie umowy, której stroną jest upadły, uniemożliwiające albo utrudniające osiągnięcie celu postępowania upadłościowego jest bezskuteczne w stosunku do masy upadłości. W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, że *pactum de non petendo* stanowi umowę, która objęta jest zakresem art. 84 ust. 1 pr. up., uniemożliwia bowiem realizację celu postępowania upadłościowego[26]. Zgodnie bowiem z art. 311 pr. up. likwidacja wierzytelności następuje poprzez ich zbycie lub wyegzekwowanie, *pactum de non petendo* stoi zaś na przeszkodzie w ściągnięciu świadczeń. Należy zaznaczyć, że zarówno S. Gurgul, jak i orzecznictwo w zakresie spraw dotyczących prawa upadłościowego wskazują, że *pactum de non petendo* będzie bezskuteczne wobec masy upadłości, co więcej – stanie się tak niezależnie od tego, czy było ono zawarte na czas określony, czy też nieokreślony. Stanowisko to budzi znaczne wątpliwości co do poprawności, zwłaszcza natury konstytucyjnej.

Niemniej zanim przejdę do ich omówienia, zaznaczenia wymaga, że już sama regulacja art. 84 pr. up. budzi wątpliwości. Jak wskazuje P. Zimmerman, art. 84 pr. up. jest tak dalece nieprecyzyjny i szeroki, że wątpliwe jest realne korzystanie z tego instrumentu[27]. Przytoczony autor wskazuje również, że ze względu na wskazaną wadliwość każde orzeczenie wydane na podstawie art. 84 pr. up. może się spotkać z zarzutem niekonstytucyjności[28].

W istocie wydaje się, że wbrew twierdzeniom orzecznictwa i niektórych autorów art. 84 pr. up. nie może skutkować bezskutecznością *pactum de non petendo*, jeśli nie w każdych okolicznościach, to przynajmniej w przypadku trwałego *pactum de non petendo*. Twierdzenie to uzasadnione jest ochroną prawa do sądu oraz konstytucyjną ochroną godności i wolności człowieka.

Jak już wskazywano wcześniej, jednym z komponentów prawa do sądu jest prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury, na które z kolei składa się przewidywalność postępowania[29]. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego poprzez przewidywalność rozumie się takie ukształtowanie procedury, które zapewni spójność i logikę mechanizmów rozpoznawania sprawy[30]. W doktrynie

[25] L. Bosek, M. Szydło (w:) *Konstytucja...*, komentarz do art. 31.

[26] Wyrok SN z 9.08.2016 r. (II CSK 733/15), Legalis nr 1507565; wyrok SN z 19.03.2021 r. (IV CSKP 63/21), Legalis nr 2552297; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu I Wydział Cywilny z 12.10.2020 r. (I AGa 52/20), Legalis nr 2571101; S. Gurgul, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis/el., komentarz do art. 84.

[27] P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis/el., komentarz do art. 84.

[28] P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe...*, komentarz do art. 94.

[29] P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja...*, komentarz do art. 45.

[30] P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja...*, komentarz do art. 45.

celnie wskazuje się, że „Przewidywalność w takim wymiarze odnosić należy do tego, aby istniały czytelne, z góry określone i mające zastosowanie w poszczególnych postępowaniach reguły ich prowadzenia od początku aż do ich zakończenia”[31].

Należy zatem postawić pytanie, czy można mówić o przewidywalności postępowania np. wtedy, gdy do czynienia będziemy mieli z *pactum de non petendo* zawartym w trakcie kreowania stosunku prawnego, o charakterze trwałym. Innymi słowy, chodzi tu o przypadek wykreowania zobowiązania naturalnego w drodze *pactum de non petendo* (w przypadku koncepcji oddalającego skutku *pactum de non petendo*) lub o trwałe zrzeczenie się prawa do sądu (w przypadku skutku odrzucenia ewentualnego pozwu). W ramach pierwszej z tych ewentualności zaistniałaby zatem sytuacja, gdy strony w drodze czynności prawnej wykreowały zobowiązanie naturalne, a zatem niepodlegające ochronie sądowej. Z samego założenia zobowiązania naturalnego nie miało ono nigdy umożliwić dochodzenia wierzycielowi jego wykonania na drodze sądowej. Co więcej, żadna ze stron nie mogła spodziewać się, że kiedykolwiek zobowiązanie naturalne uzyska ochronę sądową. Przyjmując pogląd Sądu Najwyższego co do dopuszczalności stosowania art. 84 pr. up. do *pactum de non petendo*, należałoby uznać, że nagle, w cudowny sposób, część tego zobowiązania (wyłącznie w zakresie *pactum de non petendo*) staje się bezskuteczna w stosunku do masy upadłości. Oznaczałoby to, że nagle, w zaskakujący sposób, roszczenie pierwotnie niezaskarżalne zyskiwałoby cechę zaskarżalności. Stanowisko takie z oczywistych względów jest zatem absurdalne i niedopuszczalne właśnie z uwagi na prawo do sądu. Artykuł 45 Konstytucji w zakresie prawa do sądu nie pozwala na takie ukształtowanie procedury, aby zaskakiwała ona podmioty. Procedura nie może być nielogiczna. Z tego względu prawo do sądu nie pozwala zastosować art. 84 pr. up. w stosunku do *pactum de non petendo* o charakterze trwałym i pierwotnym. Co więcej, należy również zaznaczyć, że podobnie należy argumentować w przypadku koncepcji, w której skutkiem *pactum de non petendo* będzie odrzucenie pozwu. Jak wskazano powyżej, w tym zakresie następuje dysponowanie przez wierzyciela jego prawem do sądu. Aby dysponowanie prawem do sądu było skuteczne, musi zostać dokonane z należytym rozeznaniem. Wydaje się, że gdyby przyjąć, że art. 84 pr. up. pozwala na uznanie *pactum de non petendo* za niebyłe w stosunku do masy upadłości, to potencjalny dysponent prawa do sądu nie może być pewien skutków, jakie wywoła dokonana przez niego czynność. W każdym wypadku bowiem może ona *de facto* nie wywołać skutków, jeśli tylko wierzyciel stanie się upadłym. Tym samym art. 84 pr. up. pomimo potencjalnej dopuszczalności zawarcia *pactum de non petendo* z punktu widzenia konstytucyjnej i konwencyjnej ochrony prawa do sądu byłby wykluczony poprzez przepis ustawy. Zaznaczenia wymaga, że wykluczenie to nastąpiłoby nie na skutek wyraźnego zamierzenia ustawodawcy, a na skutek niezbyt przemyślanej i nie-

[31] P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja...*, komentarz do art. 45.

trafnej regulacji, która faktycznie uniemożliwiłaby posiadanie dostatecznego rozeznania co do skutków *pactum de non petendo* w jakiejkolwiek sprawie.

Należy wskazać, że ochronę *pactum de non petendo* zapewnia również art. 31 Konstytucji. Poddanie wolności człowieka ochronie prawnej oznacza między innymi obowiązek stanowienia przez ustawodawcę takich przepisów, aby wolność tę realnie respektować[32]. Ponadto – jak się wydaje – w przypadku przyjęcia koncepcji skutku oddalającego *pactum de non petendo*, skoro nikogo nie można zmuszać do czynienia tego, czego prawo mu nie nakazuje, zaś regulacja Kodeksu cywilnego[33] wyraźnie wskazuje, że państwo nie może przymuszać do realizacji zobowiązań naturalnych, to wydaje się, że regulacja art. 84 pr. up., która nakazywałaby wtórne przyznanie zaskarżalności zobowiązaniu naturalnemu wykreowanemu poprzez *pactum de non petendo*, stanowiłaby niedopuszczalną ingerencję w sferę uprawnień jednostki, zwłaszcza w świetle art. 31 Konstytucji.

5. POSTULATY *DE LEGE FERENDA*

Niestety *pactum de non petendo* rodzi w praktyce olbrzymie problemy. Jak się wydaje, nie wynika to jednak z trudności tego postanowienia umownego samego w sobie, a jest raczej spowodowane niedostatecznym przeanalizowaniem *pactum de non petendo.* Jak wskazuje B. Karolczyk, „Niewiele jest źródeł poświęconych konkretnie temu zagadnieniu. Temat pojawia się z reguły w pojedynczych rozdziałach rozleglejszych publikacji, docelowo poświęconych innej tematyce"[34]. Brak kompleksowego opracowania zagadnień *pactum de non petendo* przez naukę prawa, jak i szereg występujących w doktrynie wątpliwości (wynikających również z niedostatecznego opracowania tematu) sprawiają, że interwencja ustawodawcy byłaby niezmiernie pożądana. Wydaje się zasadne uregulowanie *pactum de non petendo* w Kodeksie postępowania cywilnego lub w Kodeksie cywilnym i dokładne określenie zakresu i skutków *pactum de non petendo*. Wydaje się, że przecięłoby to raz na zawsze dyskusje o konstytucyjnej dopuszczalności zawierania *pactum de non petendo*, czy też wyjaśniłoby kwestię stosowania art. 84 pr. up. do *pactum de non petendo.* Należy również wskazać, że zawężenie zakresu art. 84 pr. up. i wskazanie określonych przesłanek, w jakich umowa taka jak *pactum de non petendo* byłaby bezskuteczna w stosunku do masy upadłości, doprowadziłoby do całkowitej zgodności art. 84 pr. up. z Konstytucją i nie wymagałoby poszukiwania ochrony *pactum de non petendo* w regulacjach konstytucyjnych.

[32] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2012, Legalis/el., komentarz do art. 31.

[33] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.).

[34] B. Karolczyk, *Rozdział 7. Obrona...*

6. PODSUMOWANIE

Podsumowując, należy wskazać, że Konstytucja nie tylko nie stoi na przeszkodzie w zawieraniu *pactum de non petendo*, ale również przewiduje instrumenty ochrony *pactum de non petendo.* Paradoksalnie jednym z tych instrumentów jest właśnie prawo do sądu. Krytycznie należy ocenić występujące w orzecznictwie i doktrynie poglądy głoszące, że niezależnie od zakresu *pactum de non petendo* będzie ono nieskuteczne wobec masy upadłości. Rozwiązanie takie godzi w aspekt prawa do sądu, a mianowicie w prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, a ponadto godzi w art. 31 Konstytucji.

ABSTRACT

Marcin Kopacki

The author is a doctoral student at the Doctoral School of the University of Wroclaw.

About the constitutional aspects of the *pactum de non petendo*

The article deals with the issue of pactum de non petendo. The author points out the doubts concerning this pacti and presents the most appropriate definition of pactum de non petendo. The author discusses compatibility of pactum de non petendo with the right to a court, depending on the adopted conception of the effects of the pacti, in order to show that pactum de non petendo is not only compatible with the Constitution, but is also protected by it. The text is concluded with de lege ferenda postulates.

Key words: *pactum de non petendo, right to court, Constitution, bankruptcy*

Marcin Kopacki

Autor jest doktorantem w Szkole Doktorskiej Uniwersytetu Wrocławskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Banaszak Bogusław, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2012, Legalis/el.

Błaszczak Łukasz, *Charakter prawny zrzeczenia się roszczenia w procesie cywilnym*, Wrocław 2017

Błaszczak Łukasz, *Powództwo oczywiście bezzasadne. Art. 191[1] k.p.c.*, Warszawa 2021

Gurgul Stanisław, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne*, Warszawa 2020, Legalis/el.

Hadrowicz Edyta, *Pactum de non petendo a kompetencja zaskarżalności roszczenia*, „Studia Prawa Prywatnego" 2022/1

Konstytucja RP, t. 1, *Komentarz do art. 1–86*, red. M. Safjan, Warszawa 2016, Legalis/el.

Machnikowski Piotr, *Swoboda umów według art. 353[1] KC. Konstrukcja prawna*, Warszawa 2005

Postępowanie cywilne po nowelizacji. Komentarz dla pełnomocników procesowych i sędziów, red. B. Karolczyk, Warszawa 2020, LEX/el.

Zdzieborski Radosław, *Umowa o podporządkowaniu wierzytelności w polskiej praktyce kontraktowej. Zagadnienia wybrane*, część 2, „Monitor Prawniczy" 2003/13, Legalis/el.

Zimmerman Piotr, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis/el.

Pojęcia kluczowe: *tajny nadzór, podsłuch telefoniczny, podsłuch procesowy, podsłuch operacyjny, konstytucyjne prawa i wolności, kontrola sądowa, kontrola operacyjna*

Artykuły

Robert Rynkun-Werner

KONTROLA OPERACYJNA BEZ KONTROLI – KILKA REFLEKSJI NA KANWIE POSTANOWIENIA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO Z 28.06.2022 R. (SK 60/21)

Czynności operacyjne, w tym podsłuch telefoniczny, prowadzone przez organy ścigania nader często stanowią istotną część materiału dowodowego, który wykorzystany jest w procesie karnym. W polskim porządku prawnym rozróżniamy czynności operacyjne procesowe oraz nieprocesowe. Obie te formy mają wprawdzie inną podstawę prawną, ale jeden cel – wykrycie i uzyskanie dowodów przestępstwa. Inne są także gwarancje procesowe w zakresie praw i wolności, z których może skorzystać jednostka. Przedmiotem niniejszego opracowania jest zwrócenie uwagi na nierówność gwarancyjną procedur prawnych kształtujących czynności operacyjne procesowe i nieprocesowe z punktu widzenia szeroko rozumianego prawa do rzetelnego postępowania sądowego. Podstawą tej refleksji stało się postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 28.06.2022 r. (SK 60/21)[1], odnoszące się do kwestii dopuszczalności złożenia przez osobę, która poddana została kontroli operacyjnej w postaci podsłuchu telefonicznego, zażalenia na orzeczenie sądu w tym zakresie. Na samym wstępie uczynić jednak należy uwagę, że doniosłość konstytucyjna przedmiotu rozstrzygnięcia Trybunału, a w zasadzie jego braku, spowodowała, iż na marginesie rozważań należało pozostawić wszelkie wątpliwości natury konstytucyjnej odnośnie do prawidłowości obsady sędziowskiej aktualnego składu Trybunału. Tym bardziej że zostały one już szeroko omówione

[1] Postanowienie TK z 28.06.2022 r. (SK 60/21), OTK-A 2022, poz. 55.

w doktrynie. Dodatkowo wskazanym postanowieniem, wbrew oczekiwaniom tak skarżącego, jak i wszystkich osób faktycznie, jak i potencjalnie inwigilowanych w drodze kontroli operacyjnej, Trybunał umorzył postępowanie w sprawie, uchylając się tym samym od zajęcia merytorycznego stanowiska w sprawie.

CZYNNOŚCI OPERACYJNE PROCESOWE – PODSŁUCH TELEFONICZNY

Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych jako jedna z czynności operacyjnych w oczywisty sposób wkracza w konstytucyjne prawa i wolności, w tym prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego (art. 47 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej[2]), prawo do wolności komunikowania się i związaną z nim ochronę tajemnicy komunikowania (art. 49 Konstytucji RP), której materialnoprawnym rozwinięciem są m.in. przepisy ustawy z 16.07.2016 – Prawo telekomunikacyjne[3]. W myśl przepisu art. 159 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego tajemnica komunikowania się w sieciach telekomunikacyjnych obejmuje:

1) dane dotyczące użytkownika;
2) treść indywidualnych komunikatów;
3) dane transmisyjne (...) w tym dane lokalizacyjne, które oznaczają wszelkie dane przetwarzane w sieciach lub w ramach usług telekomunikacyjnych wskazujące położenie geograficzne urządzenia końcowego użytkownika (...);
4) dane lokalizacyjne, które oznaczają dane lokalizacyjne wykraczające poza dane niezbędne do transmisji komunikatu;
5) dane o próbach uzyskania połączenia między telekomunikacyjnymi urządzeniami końcowymi lub zakończeniami sieci, które zostały zestawione i nie zostały odebrane przez użytkownika końcowego lub nastąpiło przerwanie zestawianych połączeń.

Kontrola operacyjna to także ingerencja w prawo do prywatności, o którym mowa w art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[4]. Każda kontrola operacyjna powinna być celowa, tzn. musi być konieczna i niezbędna do wykrycia i uzyskania dowodów popełnienia przestępstwa. Owa niezbędność oznacza, że nie jest możliwe pozyskanie dowodów przestępstwa za pomocą innych, mniej inwazyjnych w prawa i wolności jednostki środków dowodowych. W konsekwencji w tej materii musi funkcjonować zasada proporcjonalności, o której mowa w

[2] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 ze zm.).

[3] Ustawa z 16.07.2016 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. z 2022 r. poz. 1648 ze zm.).

[4] Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284), dalej: EKPC. Zob. też wyrok ETPCz z 6.09.1978 r. *Klass i inni v. Niemcy*, A.28; wyrok ETPCz z 8.06.2006 r. *Lupsa v. Rumunia*, skarga nr 71525/081; wyrok ETPCz z 2.09.2010 r. w sprawie *Uzun v. Niemcy*, skarga nr 12015/86, DR 57/108; wyrok ETPCz z 7.02.2017 r. *Dragojević v. Chorwacja*, 68955/11; wyrok ETPCz z 7.02.2017 r. *Irfan Guzel v. Republika Turcji*, skarga nr 35285/08.

art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Tym samym wszelkie ograniczenia w zakresie korzystania z praw i wolności jednostki mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Oznacza to, że prawo do prywatności, wolności komunikowania się i zachowania jej tajemnicy nie mają charakteru bezwzględnego. A zatem państwo – ustawodawca – jest w pełni uprawnione do prawnego uregulowania zasad dotyczących prowadzenia czynności operacyjnych. Z uwagi na powyższe w oczywisty sposób regulacje te powinny być jednak niezwykle ścisłe i precyzyjne, skoro wkraczają w konstytucyjne wolności i prawa jednostki[5]. Ponadto przepisy prawa odnoszące się do czynności operacyjnych powinny być uregulowane systemowo, tak aby nie kreowały problemów natury interpretacyjnej oraz nierówności podmiotów wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP), tak jak dzieje się to w obecnym stanie prawnym. Kontrola operacyjna wkracza w sferę podstawowych praw i wolności obywatelskich, stąd też dokonując interpretacji przepisów dających podstawę do legalnego ograniczania tych praw, należy mieć na względzie z jednej strony zasadę tzw. życzliwej interpretacji i uwzględniać przy jej stosowaniu zasadę proporcjonalności, a z drugiej należy baczyć, aby wykładnia ta nie prowadziła do rezultatu pozostającego w sprzeczności z Konstytucją RP[6]. W kontekście omawianego problemu najistotniejsze, jak się wydaje, jest prawo jednostki do rzetelnego postępowania sądowego rozumianego szeroko w kontekście art. 45 ust. 1, art. 77 ust. 2, art. 78 oraz art. 176 Konstytucji RP, o czym w dalszej części artykułu. Nie budzi wątpliwości fakt, że w każdym demokratycznym państwie dopuszcza się możliwość przeprowadzania podsłuchu, jak i inwigilacji elektronicznej. Wiąże się to jednak z szeregiem wymagań proceduralnych, które muszą zostać spełnione, aby taka kontrola była czynnością legalną, a w konsekwencji skuteczną procesowo, jeżeli przyjmiemy jako warunek tej legalności standard demokratycznego państwa prawa[7]. W tym miejscu dla przypomnienia wskazać należy, że podsłuchem procesowym jest uzyskiwanie, a w konsekwencji także i utrwalanie, w sposób niejawny treści rozmów telefonicznych, jak i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych, w szczególności dotyczy to korespondencji przesyłanej drogą elektroniczną. Podstawę prawną do zastosowania podsłuchu procesowego znajdziemy w rozdziale 26 Kodeksu postępowania karnego[8], który

[5] Por. Ł. Twarowski, *Legalizacja i procesowe wykorzystanie podsłuchów zgromadzonych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych Policji*, „Palestra" 2010/9–10, s. 73. Zob. też wyrok TK z 11.01.2000 r. (K 7/99), OTK-A 2000/1, poz. 2; wyrok TK z 21.03.2001 r. (K 24/00), OTK-A 2001/3, poz. 51; wyrok TK z 22.5.2002 r. (K 6/02), OTK-A 2002/3, poz. 33.

[6] Postanowienie SN 26.04.2007 r. (I KZP 6/07), OSNKW 2007/5, poz. 37.

[7] Zob. w tym zakresie standard konstytucyjny i europejski regulujący niejawne pozyskiwanie informacji zaprezentowany w wyroku TK z 30.07.2014 r. (K 23/11), OTK-A 2014/7, poz. 80.

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

odnosi się bezpośrednio do kontroli i utrwalania rozmów. Zgodnie z art. 237 § 1 k.p.k. zastosowanie przez sąd na wniosek prokuratora podsłuchu procesowego dopuszczalne jest jedynie w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania lub zapobieżenia popełnieniu nowego przestępstwa. Obowiązek wykazania celowości zarządzenia kontroli operacyjnej leży po stronie prokuratora wydającego postanowienie w tym zakresie, które uzasadnia we wniosku skierowanym do sądu właściwego do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji. Wniosek powinien spełniać warunki określone w art. 119 § 1 k.p.k. oraz powinien wskazywać cel podsłuchu, osobę, wobec której ma on być zastosowany, okres, na jaki ma być stosowany, oraz uzasadnienie podejrzenia popełnienia jednego z przestępstw wymienionych w katalogu z art. 237 § 3 i 3a k.p.k. bądź obawę jego popełnienia. Zastosowanie podsłuchu procesowego nie jest możliwe wobec podejrzenia popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa, tak opisanego w Kodeksie karnym, jak i poza jego ramami, ale tylko wobec zamkniętego katalogu przestępstw wskazanych w § 3 i 3a art. 237 k.p.k. Do katalogu tego należą najpoważniejsze przestępstwa opisane w Kodeksie karnym, jak i w innych ustawach, przykładowo w ustawie z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii[9]. Na marginesie trzeba jednak zauważyć, że katalog ten ma stałą tendencję do powiększania się, co nie jest zjawiskiem pożądanym, gdyż tym samym zwiększa się możliwość rozszerzonej ingerencji organów państwa w prawa i wolności jednostki. W wypadkach niecierpiących zwłoki kontrolę i utrwalenie treści rozmów telefonicznych może zarządzić prokurator, który jest obowiązany zwrócić się w terminie 3 dni do sądu z wnioskiem o zatwierdzenie postanowienia (art. 237 § 2 k.p.k.). Sąd w terminie 5 dni wydaje postanowienie w przedmiocie wniosku na posiedzeniu niejawnym. Kontrola i utrwalenie rozmów telefonicznych mogą być wprowadzone najwyżej na okres 3 miesięcy, z możliwością przedłużenia, w szczególnie uzasadnionym wypadku, na okres najwyżej dalszych trzech miesięcy (art. 238 § 1 k.p.k.). W wypadku niezatwierdzenia postanowienia prokuratora sąd w postanowieniu, wydanym w przedmiocie wniosku, zarządza zniszczenie wszystkich utrwalonych zapisów. Prokurator ma prawo do zaskarżenia przedmiotowego postanowienia, co wstrzymuje jego wykonanie. Przypomnieć należy, że zgodnie z art. 237 § 4 k.p.k. kontrola i utrwalanie treści rozmów telefonicznych są dopuszczalne w stosunku do osoby podejrzanej, oskarżonego oraz w stosunku do pokrzywdzonego lub innej osoby, z którą może się skontaktować oskarżony albo która może mieć związek ze sprawcą lub z grożącym przestępstwem. Ogłoszenie postanowienia o kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych osobie, której ono dotyczy, może być odroczone na czas niezbędny ze względu na dobro sprawy (art. 239 § 1 k.p.k.), jednak nie później niż do czasu zakończenia postępowania przygotowawczego (art. 239 § 2 k.p.k.). Co istotne z punktu widzenia niniejszego opracowania, zgodnie z art. 100 § 2 w zw. z art. 240 k.p.k. na wydane postanowienie osobie

[9] Ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2023 r. poz. 172).

podsłuchiwanej przysługuje zażalenie. W zażaleniu osoba taka może domagać się zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. W konsekwencji zażalenie przysługuje na postanowienie o:

1) zastosowaniu,
2) przedłużeniu,
3) zatwierdzeniu postanowienia prokuratora,
4) odmowie uwzględnienia wniosku prokuratora o zastosowanie podsłuchu,
5) odmowie przedłużenia stosowania kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych[10].

Jeżeli w wyniku kontroli uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli, lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objęta zarządzeniem kontroli, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym (art. 237a k.p.k.). Jak z powyższego wynika, prokurator nie jest już zobligowany do uzyskania zgody następczej sądu na wykorzystanie tak uzyskanego dowodu w postępowaniu sądowym. Niemniej jednak brak zgody sądu powoduje niedopuszczalność wykorzystania w postępowaniu głównym informacji dotyczącej przestępstwa katalogowego z § 3 art. 237 k.p.k., ale takiego, które nie zostało wymienione w postanowieniu sądu o zarządzeniu kontroli i utrwalaniu rozmów telefonicznych oraz informacji dotyczącej popełnienia przestępstwa katalogowego, ale przez inną osobę niż wskazana w postanowieniu sądu o zarządzeniu tej kontroli[11]. Tak uzyskany dowód nie uprawnia zatem jeszcze prokuratora do zgodnego z prawem wprowadzenia go do głównego procesu. Ponadto, co istotne, swobodna decyzja prokuratora w tej kwestii nie jest dla sądu wiążąca i zasadniczo odnosić się może tylko do postępowania przygotowawczego[12].

CZYNNOŚCI OPERACYJNE – PODSŁUCH TELEFONICZNY

Czynności operacyjno-rozpoznawcze prowadzone są na podstawie szeregu przepisów ustaw regulujących materialnoprawne podstawy funkcjonowania poszczególnych służb specjalnych czy też policyjnych[13]. Tym samym czynno-

[10] Zob. J. Skorupka, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 587–588.

[11] J. Skorupka, *Kodeks...*, s. 584. Por. S. Hoc, *Glosa do postanowienia składu 7 sędziów SN z 26.04.2007 r. (I KZP 6/07)*, „Ius Novum" 2007/2–3, s. 148.

[12] Por. D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej (uwagi na tle art. 168b k.p.k.)*, „Państwo i Prawo" 2018/10, s. 112.

[13] Przykładowo wskazać można tu ustawę z 24.05.2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2022 r. poz. 557 ze zm.) czy też ustawę z 9.06.2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz.U. z 2022 r. poz. 1900 ze zm.); zob. R. Rynkun-Werner, *Tajemnica danych telekomunikacyjnych a prawo do obrony*, „Themis Polska Nova" 2013/1, s. 98–119; P. Pająk, *Czy*

ści te nie są prowadzone na podstawie wspomnianych przepisów rozdziału 26 k.p.k., lecz na podstawie ustaw szczególnych. Z punktu widzenia niniejszego opracowania w kręgu naszego zainteresowania pozostają w szczególności przepisy ustawy z 6.04.1990 r. o Policji[14]. W myśl art. 19 ust. 6 ustawy o Policji kontrola operacyjna polega na:

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

Kontrola i utrwalanie treści rozmów prowadzone przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci teleinformatycznych, mogą zatem odnosić się do wszelkich rozmów, nie tylko zresztą *stricte* telefonicznych. Mogą to być np. rozmowy prowadzone za pomocą telefonów, w tym telefonia internetowa (rozmowy), komunikatorów internetowych (rozmowa), czy też inne rodzaje rozmów, do których stosuje się środki techniczne lub są prowadzone przy ich użyciu zgodnie z najnowszym rozwojem technologicznym w dziedzinie informatyki, teleinformatyki i telekomunikacji. Na przykład rozmowy prowadzone z wykorzystaniem łączności radiowej, czyli rozmowy rejestrowane przy użyciu środków technicznych[15]. W przypadku gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo nieprzydatne, kontrolę operacyjną może zarządzić sąd okręgowy w drodze postanowienia, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, Komendanta Centralnego Biura Śledczego (CBŚP), Komendanta Biura Spraw Wewnętrznych Policji (BSWP) lub Komendanta Centralnego Biura Zwalczania Cyberprzestępczości (CBZC), złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego (PG), albo na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody prokuratora okręgowego właściwego ze względu na siedzibę składającego wniosek organu Policji (art. 19 ust. 1 ustawy o Policji). W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP, Komendant BSWP, Komendant CBZC albo komendant wojewódzki Policji mogą zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, kontrolę operacyjną, zwracając się

dojdzie do zmiany linii orzeczniczej dotyczącej wykorzystania dowodowego materiałów operacyjnych?, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2011/1, s. 149–163.

[14] Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2023 r. poz. 171 ze zm.).

[15] J. Kudła, *Zakres kontroli operacyjnej – praktyczny komentarz*, LEX/el. (dostęp: 20.03.2023 r.).

jednocześnie do właściwego miejscowo sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. Kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż trzy miesiące. Sąd może jednak na pisemny wniosek podmiotów, o których wspomniano wyżej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, jednorazowo przedłużyć kontrolę operacyjną na okres nie dłuższy niż kolejne trzy miesiące, jeżeli nie ustały przyczyny tej kontroli. W razie niewyrażenia przez sąd zgody w terminie pięciu dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej organ zarządzający wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz dokonuje protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania (art. 19 ust. 3 ustawy o Policji). W uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, również po upływie okresów, o których mowa w art. 19 ust. 8 ustawy o Policji, wydawać kolejne postanowienia o przedłużeniu kontroli operacyjnej na następujące po sobie okresy, których łączna długość nie może jednak przekraczać 12 miesięcy (art. 19 ust. 9 ustawy o Policji). W tym miejscu należy zauważyć, że nie wskazano tu jednak, o jakie to uzasadnione przypadki chodzi, co w oczywisty sposób rodzi możliwość dowolności (arbitralności) stosowania takiej kontroli. Zgodzić się zatem można z tezą, że wymóg zaistnienia „nowych okoliczności" jest jedynie formalną atrapą, co umożliwia trwanie kontroli operacyjnej w obowiązującym stanie prawnym przez trzy miesiące, sześć miesięcy lub dłużej, przez czas wprawdzie oznaczony, ale w żaden sposób nielimitowany ustawą[16]. I o ile wskazanie takiego okresu w przypadku kontroli dokonywanej przez służby kontrwywiadowcze czy też wywiadowcze może być trudne z uwagi na specyfikę zadań, o tyle kontrola operacyjna dokonywana przez służby policyjne powinna być zakończona niezwłocznie po ustaniu przyczyn jej zarządzenia, najpóźniej jednak z upływem okresu, na który została wprowadzona. Wnioski o przeprowadzenie kontroli operacyjnej sąd okręgowy rozpoznaje jednoosobowo, przy czym czynności sądu związane z rozpoznawaniem tych wniosków powinny być realizowane w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych oraz z odpowiednim zastosowaniem przepisów wydanych na podstawie art. 181 § 2 k.p.k. W posiedzeniu sądu mogą wziąć udział wyłącznie prokurator i przedstawiciel organu Policji wnioskującego o zarządzenie kontroli operacyjnej. Kontrola operacyjna może zostać zarządzona jedynie w odniesieniu do przestępstw objętych zakresem przedmiotowym określonym w katalogu art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Katalog przestępstw zawarty w tym przepisie jest katalogiem zamkniętym, co oznacza, że nie jest dopuszczalne wykorzystywanie dowodów zebranych w danej sprawie w zakresie innych przestępstw,

[16] M. Tomkiewicz, *Podsłuchy operacyjne w orzecznictwie sądowym*, „Prokuratura i Prawo" 2015/4, s. 153–171.

o ile potencjalne przestępstwa nie mieszczą się w tym katalogu oraz nie zarządzono kontroli operacyjnej wobec wskazanych we wniosku konkretnych przestępstw[17]. W żaden sposób nie zmienia tego stanu rzeczy treść art. 168b k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od 15.04.2016 r., który pozwala prokuratorowi na ewentualne wykorzystanie dowodu zdobytego bez powyższych wymogów w postępowaniu karnym. W oczywisty sposób takie scedowanie prawa do wykorzystania dowodu, tym bardziej bez decyzji sądu, stanowiłoby naruszenie prawa do rzetelnego procesu gwarantowanego w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i art. 14 ust. 1 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych[18]. Podkreślenia ponownie wymaga fakt, że decyzja prokuratora o sposobie wykorzystania określonych dowodów nie jest dla sądu orzekającego w żaden sposób wiążąca. Osobie, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, nie udostępnia się materiałów zgromadzonych podczas trwania tej kontroli. Przepis ten według ustawy nie narusza uprawnień wynikających z art. 321 k.p.k., a więc sytuacji procesowej, w której istnieją podstawy do zamknięcia śledztwa. W takim przypadku na wniosek podejrzanego lub jego obrońcy o końcowe zaznajomienie z materiałami postępowania prowadzący postępowanie powiadamia podejrzanego i jego obrońcę o terminie końcowego zaznajomienia, pouczając ich o prawie uprzedniego przejrzenia akt w terminie odpowiednim do wagi lub zawiłości sprawy, określonym przez organ procesowy. W celu przejrzenia akt prokurator może udostępnić akta w postaci elektronicznej. Powyższe odnosi się jednak tylko do czynności procesowych, w tym również do materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, które zostały następnie przekazane do wykorzystania w ramach czynności procesowych. Regulacja art. 321 k.p.k. prowadzi do wniosku, że strona musiałaby otrzymać do wglądu akta sprawy, w tym, co oczywiste, materiały z kontroli operacyjnej, co w myśl obowiązującego art. 19 ustawy o Policji nie jest możliwe, o ile następczo nie nastąpi to w ramach czynności procesowych. Ponadto na postanowienia sądu, o których mowa w art. 19 ust. 1, 3, 8 i 9 ustawy o Policji, przysługuje prawo wniesienia zażalenia organowi Policji, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia. Tym samym zażalenie przysługuje na: niezastosowanie kontroli operacyjnej w zakresie podejrzenia popełnienia jednego z przestępstw, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji; na niezarządzenie kontroli w przypadkach niecierpiących zwłoki (ust. 3 art. 19 ustawy o Policji), przy czym tu zażalenie przysługuje również właściwemu prokuratorowi; na nieprzedłużenie kontroli na okres ponad trzech miesięcy (ust. 8 art. 19 ustawy o Policji); oraz na wyrażenie zgody na

[17] Zob. postanowienie SN z 10.10.2013 r. (II KK336/11), OSNKW 2013/1, poz. 6 oraz uchwała SN z 28.06.2018 r. (I KZP 4/18), OSNKW 2018/5, poz. 52.

[18] Zob. uchwała SN z 28.06.2018 r. (I KZP 4/18), OSNKW 2018/5, poz. 52; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 22.11.2017 r. (II AKa 224/17), Legalis nr 1743886. Por. także S. Brzozowski, *Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra" 2016/6, s. 20–26; D. Szumiło-Kulczycka, *Dalsze...*, s. 107, 120.

kontrolę operacyjną, ale na czas krótszy od wnioskowanego (art. 19 ust. 9 ustawy o Policji). Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego. Zażalenie na postanowienie sądu okręgowego dotyczące trybów stosowania kontroli operacyjnej rozpoznaje sąd apelacyjny, a organ Policji ma prawo występować przed sądem odwoławczym.

Jak wspomniano i co stanowi istotę omawianego problemu – prawa tego nie posiada inwigilowany ani jego pełnomocnik. Na marginesie zauważyć należy, że powstaje pytanie, dlaczego ustawodawca, w sytuacji faktycznej wręcz identycznej, w zakresie przeprowadzania czynności kontroli operacyjnej procesowej i nieprocesowej, bowiem cel tych czynności oraz użyte środki są tożsame, stworzył taką nierówność wobec prawa. W końcu czy zrobił to celowo (zaniechał wprowadzenia odpowiedniej regulacji w ustawie o Policji), jak uważa Trybunał, czy też jedynie ją pominął? Rozważana kwestia zawiera również inny problem konstytucyjny. Zgodnie bowiem z art. 51 ust. 3 Konstytucji RP każdy ma prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Jednak żądanie takie musi być poprzedzone uzyskaną wiedzą czy informacją jednostki o gromadzeniu określonych danych i istnieniu ich zbioru. Jeżeli jednostka nie wie o gromadzeniu danych na swój temat i istnieniu określonego zbioru danych, ponieważ nie została o tym poinformowana, to z oczywistych względów nie ma możliwości dostępu do nich. W konsekwencji nie może, w myśl art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, potencjalnie żądać sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą[19]. Jak to już zaznaczono, ustawa może wprawdzie ograniczyć jednostce dostęp do dotyczących go dokumentów i zbiorów danych, jednak nie może tego dostępu całkowicie wyłączyć, ponieważ wówczas naruszono by gwarancje konstytucyjne (art. 51 ust. 3)[20]. Specyfika procesu karnego powoduje, że jego normy, rozumiane tu jako przepisy Kodeksu postępowania karnego, ale również i innych ustaw mające swoje odniesienie do procedury karnej, pełnią funkcję gwarancyjną dla wolności i praw jednostki, o których mowa w Konstytucji. Szczególna rola przypada tu sprawiedliwości proceduralnej, w której to sąd, a nie inny organ, pełni rolę gwaranta praw i wolności dla równorzędnych stron postępowania. To zatem na sądzie spoczywa obowiązek dokonania oceny legalności, w tym celowości przeprowadzonej czynności operacyjnej wobec jednostki. Aby można było tego dokonać, jednostka musi mieć zagwarantowane prawo do sądu.

HISTORIA SPRAWY

Wydane postanowienie Trybunału zapadło w wyniku skargi złożonej przez inwigilowanego obywatela, któremu w oparciu o art. 19 ust. 3 ustawy o Policji założono podsłuch na telefonie. Przy czym dla jasności wywodu zasadne jest wskazanie treści zaskarżonego przepisu, który ma następujące brzmienie:

[19] Tak też w wyroku TK z 30.07.2014 r. (K 23/11), OTK-A 2014/7, poz. 80.

[20] Zob. postanowienie TK z 25.01.2006 r. (S 2/06), OTK-A 2006/1, poz. 13.

„W przypadkach niecierpiących zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Komendant Główny Policji, Komendant CBŚP, Komendant BSWP, Komendant CBZC albo komendant wojewódzki Policji może zarządzić, po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora (...), kontrolę operacyjną, zwracając się jednocześnie do właściwego miejscowo sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie. W razie nieudzielenia przez sąd zgody w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej organ zarządzający wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz dokonuje protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania". Na powyższe postanowienie sądu organowi Policji, jak i prokuratorowi przysługuje zażalenie. Ponadto na postanowienia o zarządzeniu kontroli operacyjnej, o których mowa w art. 19 ust. 1, 8, 9 ustawy o Policji, zażalenie przysługuje organowi Policji, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia. Do zażalenia stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego.

Wobec skarżącego w 2015 r. na wniosek Komendanta CBŚP, zatwierdzony przez Prokuratora Generalnego, zarządzono kontrolę operacyjną na telefonie użytkowanym przez skarżącego. Odpowiednim postanowieniem Sąd Okręgowy w Warszawie podjął decyzję o kontynuowaniu kontroli przez okres dalszych trzech miesięcy. W toku prowadzonego postępowania ustalono (funkcjonariusze), że zgromadzone dowody stanowią dowód popełnienia innego przestępstwa niż to, które zostało wskazane jako podstawa kontroli operacyjnej. W konsekwencji na wniosek prokuratora sąd wydał zgodę następczą na wykorzystanie w postępowaniu karnym tak zdobytych dowodów na popełnienie przestępstwa innego niż objęte kontrolą. Obrońca podejrzanego zapoznał się z dokumentacją sprawy w kancelarii tajnej przy okazji czynności w sprawie, w której dowody te zostały wykorzystane. Przy czym czynności wglądu w akta sprawy (tajne) odbyły się dopiero po pięciu latach od przeprowadzonej kontroli operacyjnej w postaci podsłuchu telefonicznego. Co również istotne, wobec skarżącego, głównie w oparciu o przeprowadzone dowody z czynności operacyjnych, zastosowano tymczasowe aresztowanie oraz wydano europejski nakaz aresztowania. Po analizie materiału dowodowego obrońca podejrzanego na podstawie art. 425 § 1 i 2 w zw. z art. 459 § 2 k.p.k. w zw. z art. 8 i art. 13 EKPC złożył zażalenie. Sąd okręgowy zarządzeniem odmówił przyjęcia zażalenia do rozpoznania, uznając, że zażalenie zostało wniesione przez osobę nieuprawnioną, albowiem przepisy ustawy o Policji przewidują prawo do wniesienia zażalenia jedynie przez prokuratora lub organ Policji, ale nie przez skarżącego (obrońcę). Skarżący złożył zażalenie na powyższe zarządzenie, które Sąd Apelacyjny w Warszawie postanowieniem z 25.11.2020 r. utrzymał w mocy[21]. Również i ten sąd uznał obrońcę za osobę nieuprawnioną, chociaż dopuścił go do udziału w postępowaniu wpadkowym. Sąd Apelacyjny uznał, że osobie inwigilowanej nie przysługuje

[21] Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie (II PKz-Pf-20/2020), niepubl.

prawo do zaskarżenia orzeczenia wydanego w pierwszej instancji odnośnie do zastosowania tejże kontroli, jak i jej kontynuowania. Skarżący wniósł zatem o stwierdzenie niezgodności art. 19 ust. 20 ustawy o Policji – którego zastosowanie doprowadziło do naruszenia jego konstytucyjnych praw, w zakresie, w jakim przepis ten nie przyznaje osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli (jej przedłużenia) – z art. 45 ust. 1, art. 77 oraz art. 78 w związku z art. 176 ust. 1, art. 31 ust. 3 i art. 2 Konstytucji RP oraz art. 78 w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP. Skarżący, kwestionując zgodność art. 19 ust. 20 ustawy o Policji z Konstytucją RP, podniósł, że odmowa przyjęcia środka odwoławczego na postanowienie w przedmiocie kontynuowania kontroli operacyjnej, w zakresie, w jakim zaskarżony przepis to uniemożliwiał, stanowiła naruszenie prawa do zaskarżania orzeczeń sądowych, prawa do sprawiedliwego rozpoznania sprawy przez sąd oraz naruszyła prawo do dochodzenia naruszonych praw. Ponadto jego zdaniem naruszono zasadę dwuinstancyjności postępowania sądowego (art. 78 Konstytucji RP), zasadę proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), a także zasadę demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji RP). Zdaniem skarżącego brzmienie zaskarżonego przepisu, które uniemożliwiało zaskarżenie orzeczenia w tym zakresie, stanowiło również naruszenie zasady równości wobec prawa (art. 32 ust. 1 Konstytucji RP), co miało związek z pominięciem prawodawczym czy było jego konsekwencją. Do tak sformułowanej i przyjętej przez TK do rozpoznania skargi swój udział w postępowaniu zgłosił Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO). Rzecznik wniósł o stwierdzenie, że art. 19 ust. 20 ustawy o Policji, w zakresie, w jakim nie przyznaje osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa wniesienia zażalenia na postanowienie sądu w przedmiocie stosowania tej kontroli, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 oraz z art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji RP[22]. W treści swojego stanowiska Rzecznik wskazał, że obecny stan prawny wzbudza niepokój, w szczególności jeśli sąd decyduje w istocie rzeczy o zarządzaniu czynności, które wkraczają w podstawowe prawa i wolności obywatelskie. Zdaniem Rzecznika po zakończonej kontroli operacyjnej obywatel powinien mieć prawo do złożenia zażalenia na decyzje sądu w zakresie przeprowadzonych wobec niego czynności operacyjnych. Z uprawnieniem tym wiąże się konieczność każdorazowego poinformowania obywatela o przeprowadzonych czynnościach operacyjnych po ich zakończeniu. W obowiązującym stanie prawnym obywatel nie jest informowany o zarządzonej wobec niego kontroli operacyjnej, co zdaniem RPO stanowi naruszenie konstytucyjnych standardów, w szczególności w zakresie prawa do zaskarżenia orzeczeń sądowych oraz zasady dwuinstancyjności postępowania. W obecnym stanie prawnym przeprowadzenie czynności operacyjnych opiera się na regulacjach prawnych, które zezwalają na całkowicie arbitralny charakter inwigilacji, co stanowi naruszenie art. 8 Eu-

[22] Stanowisko RPO z 10.12.2021 r., https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2021-12/Stanowisko_RPO_inwigilacja_TK%2C.pdf (dostęp: 20.03.2023 r.).

ropejskiej Konwencji Praw Człowieka[23]. Swoje stanowisko przedstawił również Prokurator Generalny, który wnosił o umorzenie postępowania na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy z 30.11.2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym[24], wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia, bowiem zdaniem PG skarżący zakwestionował zaniechanie prawodawcze, które nie jest w kognicji TK, a ponadto zwrócił uwagę, że samo uzasadnienie skargi było zbyt lakoniczne[25]. W swojej argumentacji przywołał szerokie wywody zaprezentowane w uzasadnieniu do postanowienia TK z 30.06.2021 r.[26], w tym podkreślił, że przyznanie racji skarżącemu musiałoby się wiązać z nowelizacją szeregu przepisów i nie ograniczałoby się jedynie do uzupełnienia katalogu uprawnionych do wniesienia zażalenia. Przede wszystkim ustawodawca musiałby określić, w których warunkach ustały zagrożenia dla toczącego się postępowania już po ustaniu kontroli operacyjnej, a dopiero potem uzupełnić katalog podmiotów wskazanych w zaskarżanych przepisach.

POSTANOWIENIE TRYBUNAŁU – CZYLI UCIECZKA OD PROBLEMU

Trybunał wydał przedmiotowe postanowienie w składzie pięcioosobowym większością głosów przy dwóch zdaniach odrębnych. Uznał, iż skarga nie spełniała wymogów wskazanych w art. 53 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym[27], a zatem że skarżący nie uzasadnił w sposób niezbędny zarzutu niezgodności kwestionowanego przepisu ustawy ze wskazanymi konstytucyjnymi wolnościami lub prawami, z powołaniem argumentów lub dowodów na jego poparcie. Zdaniem większości członków Trybunału prawidłowe wykonanie tych obowiązków polega na przedstawieniu przez skarżącego takich argumentów, które uprawdopodabniają ewentualną niekonstytucyjność kwestionowanego przepisu. Trybunał nie może zastępować skarżącego w wykonaniu tego obowiązku, to bowiem na skarżącym – jak zauważa Trybunał – leży obowiązek udowodnienia zarzutu niezgodności z Konstytucją zaskarżonego przepisu. Zdaniem Trybunału zarzutem niekonstytucyjności nie jest objęta treść aktu normatywnego, tylko brak określonej treści w konkretnie wskazanym przepisie ustawy. To może stanowić przedmiot kontroli konstytucyjności prawa tylko pod warunkiem, że wykazuje cechy pominięcia prawodawczego. Jeżeli natomiast brak treści stanowiącej sedno zarzutu niekonstytucyjności formułowane pod adresem konkretnego

[23] Zob. stanowisko RPO z 10.12.2021 r. pkt 11 oraz wyrok ETPCz z 4.12.2015 r. w sprawie *Zakharov przeciwko Rosji*, skarga nr 47143/06; wyrok ETPCz 4.05.2000 r. w sprawie *Rotaru przeciwko Rumunii*, skarga nr 28341/95.

[24] Ustawa z 30.11.2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2393).

[25] Stanowisko Prokuratora Generalnego z 22.12.2021 r., dostępne na www:trybunal.gov.pl.

[26] Postanowienie TK z 30.06.2021 r. (K 32/15), OTK-A z 2021 r., poz. 35.

[27] Ustawa z 30.11.2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2393).

przepisu wykazuje cechy zaniechania ustawodawczego, wówczas – jak stwierdził Trybunał – pozostaje to poza zakresem kontroli konstytucyjności. Skarżący w żaden sposób nie wykazał, aby w zaskarżonym akcie prawnym doszło do niepełnej regulacji zagadnienia, tj. pominięte normy są wynikiem zbyt wąskiego zakresu zastosowania, z uwagi na cel i przedmiot regulacji, co jest źródłem naruszenia konstytucyjnych praw skarżącego. Stwierdzenie niezgodności pominięcia prawodawczego jest uzasadnione tylko wtedy, gdy istnieje konstytucyjny nakaz uregulowania jakiejś kwestii, a ustawodawca wykonuje ten nakaz tylko w części. Nie wskazano na przypadkowe wyłączenie z zakresu normowanego pewnej grupy zjawisk lub osób oraz zasad konstytucyjnych, z których wynika, że powinny być objęte unormowaniem. Wszelkie niedające się rozstrzygnąć wątpliwości w zakresie odróżnienia pominięcia prawodawczego od zaniechania ustawodawczego muszą zaś być, w ocenie TK, rozstrzygane na korzyść tego ostatniego, przy czym na uzasadnienie tego stanowiska zasadniczo przywołał uzasadnienie wyrażone w postanowieniu z 10.10.2012 r. (Ts 38/12)[28] oraz postanowieniu z 30.06.2021 r. (K 32/15)[29]. Zdania odrębne do przedmiotowego postanowienia złożyli sędziowie TK Piotr Pszczółkowski i Jakub Stelina. W obu zdaniach odrębnych w jednoznaczny sposób podkreślono, że sprawa powinna zostać rozpoznana merytorycznie i brak było podstaw do jej umorzenia. Zwrócili oni uwagę, że uzasadnienie skargi sporządzone było w sposób prawidłowy, a w sprawie nie mamy do czynienia z zaniechaniem prawodawczym, stan faktyczny rozpoznanej sprawy prowadzi bowiem do wniosku o wystąpieniu instytucji pominięcia prawodawczego, a nie zaniechania, jak uznał to Trybunał, które znajduje się w kognicji Trybunału.

ZANIECHANIE USTAWODAWCZE CZY POMINIĘCIE PRAWODAWCZE?

W części pisemnej uzasadnienia podniesiono, że w przypadku konieczności daleko idących zmian stworzenie nowej regulacji prawnej wskazuje na zaniechanie legislacyjne, nie zaś pominięcie. Za stanowiskiem Prokuratora Generalnego podkreślono, że przyznanie wnioskodawcy racji w rozpatrywanej sprawie musiałoby się wiązać z nowelizacją szeregu przepisów i nie ograniczyłoby się jedynie do uzupełnienia katalogu podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia. Przede wszystkim ustawodawca musiałby określić, w których warunkach ustały zagrożenia dla toczącego się postępowania już po ustaniu kontroli operacyjnej, a dopiero potem uzupełnić katalog podmiotów wskazanych w zaskarżonych przepisach. O ile stanowisko zawarte przez Prokuratora Generalnego w jakimś stopniu można byłoby uzasadnić, chociażby obroną własnych interesów (brak ingerencji osób inwigilowanych w działania służb), nawet w kolizji z gwarancjami konstytucyjnymi, o tyle stanowisko Trybunału jest czystą hipokryzją i ucieczką od rozwiązania realnego

[28] Postanowienie TK z 10.10.2012 r. (Ts 38/12), OTK 2012/6, poz. 534.
[29] Postanowienie TK z 30.06.2021 r. (K 32/15), OTK-A 2021, poz. 35.

problemu. Dość wskazać, że przepis art. 19 ust. 20 ustawy o Policji w wersji do 7.02.2016 r. nie przewidywał złożenia zażalenia przez prokuratora, upoważniając do tego jedynie organ Policji. Dopiero na mocy przepisów art. 1 pkt 1 lit. j ustawy z 15.01.2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw[30] prokurator nabył takie uprawnienia. Skąd zatem teza Trybunału, podniesiona za Prokuratorem Generalnym, o niezwykle trudnym do zrealizowania powiększeniu katalogu podmiotów uprawnionych do złożenia zażalenia, w sytuacji gdy potencjalna zmiana regulacji art. 19 ust. 20 ustawy o Policji dotyczyłaby dodania osoby inwigilowanej i jego pełnomocnika. Tym bardziej że w demokratycznym państwie prawnym ingerencja władzy wykonawczej w prawa jednostki musi być poddana skutecznej kontroli[31]. Najskuteczniejszą zaś kontrolą jest kontrola sądowa, która zapewnia najpełniejszą gwarancję niezależności i bezstronności oraz stosowania właściwej procedury. Powyższe wskazuje, że nie ma w omawianej sprawie problemu konstytucyjnego polegającego na niemożliwości rozpoznania sprawy, odnoszącego się do zaniechania ustawodawczego, które zachodzi wówczas, gdy ustawodawca w ogóle nie unormował określonych regulacji prawnych, co określane jest jako luka aksjologiczna[32]. Trybunał Konstytucyjny nie ma bowiem kompetencji do kontroli zaniechania ustawodawcy, co jest przyjmowane jako dogmat i tradycyjnie uzasadniane rolą ustrojową sądu konstytucyjnego jako „negatywnego prawodawcy", zajmującego określoną pozycję w ramach zasady trójpodziału władzy[33]. Jest natomiast problem pominięcia prawodawczego, który Trybunał był władny rozstrzygnąć. Z pominięciem prawodawczym mamy do czynienia, gdy zakres regulacji jest zbyt wąski lub gdy w określonym akcie normatywnym występuje pominięcie istotnych kwestii mających znaczenie z perspektywy koniecznego poszanowania zasad i wartości konstytucyjnych. Mogą mieć one różny charakter, odnosić się do braków proceduralnych, a także do niedostatków rozwiązań materialnoprawnych, wynikających z obranego przez prawodawcę sposobu zakreślenia przesłanek realizacji praw konstytucyjnych[34]. Trudno jest bowiem logicznie uzasadnić fakt zaniechania, skoro ustawodawca

[30] Ustawa z 15.01.2016 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 147).

[31] Zob. wyrok ETPCz z 6.09.1978 r., *Klass i inni v. Niemcy*, skarga nr 5029/71, § 41; 50–59; wyrok ETPCz z 4.05.2000 r., *Rotaru v. Rumunia*, skarga nr 28341/95, § 59.

[32] Por. P. Radziewicz, *Kontrola konstytucyjności zaniechań ustawodawczych przez Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo" 2013/9, s. 3; R. Stefanicki, *Zaniechanie a pominięcie ustawodawcze. Spór o granice kognicji Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sądowy" 2017/1, s. 51; A. Górska, *Sposoby usuwania wadliwości procesu tworzenia prawa przez sądy administracyjne*, „Przegląd Sądowy" 2021/1, s. 89. Zob. w tej materii wyrok TK z 22.07.2008 r. (K 24/07), OTK-A 2008/6, poz. 110; wyrok TK z 13.06.2011 r. (SK 41/09), OTK-A 2011/5, poz. 40; wyrok TK z 6.11.2012 r. (K 21/11), OTK-A 2012/10, poz. 119; postanowienie TK z 28.10.2015 r. (P 6/13), OTK-A 2015/9, poz. 16; postanowienie TK z 5.12.2018 r. (SK 25/17), OTK-A 2018, poz. 76.

[33] Zob. P. Radziewicz, *Kontrola konstytucyjności zaniechań ustawodawczych przez Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo" 2013/9, s. 7.

[34] Zob. R. Stefanicki, *Zaniechanie*..., s. 51–52 i przywołana tam literatura.

unormował, i to dość obszernie, zagadnienie dotyczące kontroli operacyjnej, w tym osób – organów uprawnionych do wniesienia środka zaskarżenia na decyzję sądu w tym zakresie. Skarżący na poparcie swojej tezy przywołał treść wyroku z 19.05.2003 r. w sprawie K 39/01[35], w którym TK wskazał, że naruszeniem zasady równości i równego traktowania, a tym samym niedozwolonym i dyskryminującym pominięciem, jest brak określonej regulacji – takiej samej, podobnej lub zbliżonej – w odniesieniu do pewnej kategorii podmiotów. To właśnie owo pominięcie ma charakter dyskryminujący i dopiero odpowiednia zmiana przepisów, poszerzająca krąg podmiotów, pozwoli na wyeliminowanie nierównego traktowania w analizowanej sferze stosunków prawnych. W omawianej sprawie Trybunał uznał, że działalność operacyjna służb, regulowana w ustawodawstwie zwykłym, realizowana w warunkach niejawności, pozostaje w naturalnym, nieusuwalnym konflikcie z niektórymi prawami zasadniczymi jednostki. To przecież oczywiste. Stąd też właśnie z uwagi na powyższe tak ważna jest w tym przypadku rola niezależnego i niezawisłego sądu. Trybunał uznał jednak, że sądowa kontrola działalności operacyjnej nie stanowi realizacji wymiaru sprawiedliwości, zapominając, jak się zdaje, o drugiej sferze funkcjonowania sądów w zakresie ochrony prawnej jednostki. W konsekwencji nie budzi wątpliwości fakt, że i w tym zakresie jednostka może kwestionować zapadłe wobec niej orzeczenie. Ustawodawca, zdaniem Trybunału, w pełni świadomie i celowo nadał art. 19 ust. 20 ustawy o Policji taki kształt, co stanowi pominięcie prawodawcze, które nie podlega kognicji Trybunału. W konsekwencji Trybunał konkluduje, że ustawodawca w sposób zamierzony nie przyznał osobie, wobec której stosowana była kontrola operacyjna, prawa wniesienia zażalenia. W swoim uzasadnieniu Trybunał podniósł także fakt, że w wypadku zarządzenia kontroli operacyjnej przez sąd literalne wypełnienie wszystkich reguł wskazanych w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a więc traktowanie rozpatrzenia przez sąd wniosku o zarządzenie takiej kontroli jako klasycznej „sprawy" mieszczącej się w pojęciu wymiaru sprawiedliwości, oznaczałoby paraliż i eliminację tej formy pozyskiwania informacji przez służby państwa. Takiego rezultatu wykładni art. 45 ust. 1 Konstytucji RP nie można pogodzić nie tylko z art. 2 Konstytucji RP, ale także z preambułą i art. 5 Konstytucji RP[36]. W konsekwencji nie jest zatem możliwe objęcie analizowanego obszaru pojęciem „sprawa", użytym w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Nic bardziej mylnego. Niewątpliwie w omawianym przypadku mamy do czynienia ze sprawą w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. W wyroku z 8.10.2013 r. K 30/11[37] Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że treść normatywna pojęcia „rozpatrzenie sprawy" utożsamiana jest z każdym rozstrzygnięciem o prawach i obowiązkach danego podmiotu, zapadającym na podstawie norm prawnych zawartych w obowiązujących przepisach. Jak stwierdził z kolei Sąd

[35] Wyrok TK z 19.05.2003 r. (K 39/01), OTK 2004/5, poz. 40.
[36] Por. szerzej postanowienie TK z 30.06.2021 r. (K 32/15), OTK-A 2021, poz. 35.
[37] Wyrok TK z 8.10.2013 r. (K 30/11), OTK-A 2013/7, poz. 98.

Najwyższy w uchwale z 28.03.2012 r. (I KZP 26/11)[38], pojęcie „sprawa" interpretowane przy uwzględnieniu Konstytucji RP oznacza sprawę w zakresie głównego przedmiotu postępowania, a także kwestii incydentalnej, która związana jest z możliwą ingerencją w sferę podstawowych praw zagwarantowanych przepisami Konstytucji. Wydaje się być zatem niekwestionowanym fakt, że wszędzie tam, gdzie sąd rozstrzyga o prawach i obowiązkach jednostki, bez względu na to, czy jest to postępowanie główne, czy wpadkowe, po pierwsze, powinna ona mieć prawo do informacji o stosowanej wobec niej kontroli operacyjnej, a po drugie, powinna mieć prawo do zaskarżenia każdej decyzji procesowej godzącej w jej prawa i wolności obywatelskie[39]. W szczególności w tych przypadkach, gdy uzyskane w toku takiej kontroli materiały nie zostały w ogóle przekazane do postępowania karnego. Nie ulega wątpliwości, że każde zarządzenie kontroli operacyjnej wprost ingeruje w prawa i wolności jednostki. Tym bardziej dzieje się tak przy prowadzeniu kontroli operacyjnej zarządzonej jeszcze bez zgody sądu, w okresie pierwszych pięciu dni w przypadkach niecierpiących zwłoki, o których mowa jest w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji.

WNIOSKI

Nie trzeba chyba nikogo przekonywać, jak ważna dla bezpieczeństwa państwa i jak zarazem niebezpieczna z punktu widzenia możliwości naruszenia gwarancji praw i wolności jednostki jest kontrola operacyjna, w szczególności przeprowadzana w formie podsłuchu telefonicznego. Nikt rozsądny nie kwestionuje faktu, że państwo musi posiadać środki techniczne, jak i procesowe do tego, aby zagwarantować swoim obywatelom bezpieczeństwo i porządek publiczny. Państwo, a zatem jego organy, zgodnie z art. 7 Konstytucji RP, muszą jednak działać na podstawie i w granicach prawa, w tym nie mogą podejmować działań arbitralnych. Ingerencja państwa w gwarancje praw jednostki musi odbywać się na zasadzie proporcjonalności[40].

Zarządzenie kontroli operacyjnej w postaci podsłuchu telefonicznego na podstawie art. 19 ustawy o Policji ma niestety znamiona arbitralnego działania, które pozostaje poza realną kontrolą sądową. Nie niweluje tej tezy fakt, że to sąd wydaje zgodę na przeprowadzenie takiej kontroli. Po pierwsze, jednostka nie ma wiedzy o samym fakcie przeprowadzonej kontroli, a po drugie, w konsekwencji nie ma prawa do weryfikacji jej legalności i zasadności przez niezależny organ,

[38] Uchwała składu 7 sędziów SN z 28.03.2012 r. (I KZP 26/11), OSNKW 2012/4, poz. 36; zob. też wyrok TK z 17.07.2013 r. (SK 9/10), OTK-A 2013/6, poz. 79; wyrok TK z 30.10.2012 r. (SK 20/11), OTK-A 2012/9, poz. 110.

[39] Zob. wyrok ETPCz z 4.05.2000 r. *Rotaru v. Rumunia*, skarga nr 28341/95.

[40] Zob. wyrok ETPCz z 7.02.2017 r. w sprawie *Irfan Guzel v. Turcja*, skarga nr 35285/08, § 86; wyrok ETPCz z 12.01.2016 r. *Szabo i Vissy v. Węgry*, skarga nr 37138/14, § 7072; wyrok ETPCz z 4.12.2015 r. w sprawie *Zakharov v. Rosja*, skarga nr 47143/06, § 260.

jakim jest sąd. Trzeba bowiem pamiętać, że decyzja sądu o wyrażeniu zgody na kontrolę operacyjną oparta jest jedynie na „dowodach", które *de facto* stanowi jedynie materiał operacyjny, w tym notatki funkcjonariuszy Policji. Z oczywistych względów organ wnioskujący ma swój cel w pozyskiwaniu informacji, o którym „nie musi" w pełnym zakresie informować sądu. W konsekwencji to organ wnioskujący, a więc organ Policji, decyduje, na jakiej podstawie prawnej zostanie wystosowany wniosek do sądu o zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej. Ponadto organy ścigania nie mają w Polsce obowiązku wskazywania, jakimi metodami będzie prowadzona kontrola operacyjna, co najdobitniej ujawniło się w związku z użyciem systemu oprogramowania *Pegasus*[41]. Dodatkowo, zarówno sam sąd, jak i organ Policji nie informują osoby inwigilowanej *ex post* o przeprowadzonej kontroli, co zarazem jest warunkiem skorzystania przez jednostkę z wynikającego z art. 51 ust. 3 Konstytucji RP prawa dostępu do urzędowych dokumentów i zbiorów danych. Warunkiem takiego skorzystania z powyższego prawa jest jednak wiedza o gromadzeniu danych i istnieniu zbiorów danych[42].

Konkludując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że obowiązująca regulacja art. 19 ust. 20 ustawy o Policji, która nie przewiduje możliwości zaskarżenia postanowienia o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie kontroli operacyjnej czy też przedłużenie okresu jej stosowania przez osobę inwigilowaną i jej obrońcę, narusza liczne przepisy Konstytucji RP. I tak w szczególności art. 32 w zw. z art. 78 ust. 1 Konstytucji RP – równość wobec prawa powiązana z prawem do zaskarżenia orzeczenia – poprzez przyznanie takiego uprawnienia tylko jednemu zainteresowanemu podmiotowi, tj. Policji lub prokuratorowi, ale już nie osobie kontrolowanej. Stoi to w oczywistej sprzeczności wobec jednoczesnego przyznania inwigilowanemu na podstawie art. 240 k.p.k. prawa do zaskarżenia kontroli operacyjnej na podstawie art. 237 § 1 lub 2 k.p.k. Zasadą zaś jest, że podmioty znajdujące się w podobnej sytuacji prawnej powinny być traktowane w sposób równy, a więc taki, który umożliwi im (jednostce) realizację swoich praw, co przede wszystkim pozwoli na uniknięcie arbitralności w działaniu władz[43]. I jakkolwiek prawo do zaskarżenia orzeczeń wynikające z art. 78 Konstytucji RP nie ma charakteru absolutnego, to jednak brak możliwości zaskarżenia zarządzenia kontroli operacyjnej w trybie art. 19 ust. 20 ustawy o Policji nie stanowi wyjątku określonego w ustawie, ale faktyczny brak regulacji, co nie jest przecież tożsame. Powyższe prowadzi do wniosku, że aktualny stan prawny w omawianej materii narusza także zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Brak możliwości zbadania zasadności inge-

[41] M. Matusiak-Frączak, *Kontrola operacyjna oraz użycie systemu Pegasus w Polsce*, „Palestra" 2022/7–8, s. 17.

[42] Zob. wyrok TK z 30.07.2014 r. (K 23/11), OTK-A ZU 2014/7, poz. 80.

[43] Zob. uchwała składu 7 sędziów SN z 16.03.2000 r. (I KZP 56/99), OSNKW 2000/3–4, poz. 19; postanowienie TK z 24.10.2001 r. (SK 10/01), OTK-A 2001/7, poz. 225.

rencji organów władzy publicznej w prawo do prywatności oraz w wolność komunikowania się przez niezależny, bezstronny i niezawisły sąd narusza z kolei prawo jednostki do sądu, o którym mowa w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Zastosowanie bowiem niejawnej kontroli operacyjnej jest „sprawą" w rozumieniu tego przepisu, a prawo do sądu przysługuje każdemu, kogo sprawa jest przedmiotem rozpatrzenia[44]. Etap zdobywania informacji w sposób operacyjny musi zatem podlegać szczególnej kontroli, tym bardziej że w toku tych czynności często ujawnia się dane wrażliwe, tj. dane odnoszące się przykładowo do pochodzenia, przekonania religijnego, poglądów politycznych, stanu zdrowia czy życia seksualnego[45]. Zapewnienie jednostce gwarancji konstytucyjnych, o których była mowa powyżej, miałoby realne odniesienie do omawianej regulacji ustawy o Policji, gdyby taką możliwość zaskarżenia określonego orzeczenia do organu wyższej instancji miała strona postępowania. Oznaczałoby to, że wówczas jednostka miałaby realną możliwość skontrolowania jego prawidłowości i zasadności za pośrednictwem niezależnego sądu[46]. Spełniony byłby wówczas przez ustawodawcę standard demokratycznego państwa prawa, o którym mowa jest w art. 2 Konstytucji RP. W obowiązującym stanie prawnym, co jeszcze raz należy podkreślić, osoba inwigilowana nie ma przede wszystkim wiedzy o prowadzonych przeciwko sobie czynnościach operacyjnych, poprzez brak dostępu do odpowiednich dokumentów lub zbiorów danych. Nie pozyskuje takiej wiedzy również po zakończeniu czynności operacyjnych, a tym samym poddana zostaje arbitralnemu działaniu władz, na które nie ma żadnego wpływu. Gdyby zaś powzięła taką wiedzę, nie może zażądać skutecznego sprawdzenia legalności i rzetelności przeprowadzonych działań operacyjnych. Chyba że materiał zebrany w wyniku kontroli operacyjnej zostanie przekazany do postępowania sądowego, ale wówczas zastosowanie znajdzie art. 240 k.p.k. Konkludując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że prawo jednostki do informacji wynikające z art. 51 ust. 3 Konstytucji RP, a w konsekwencji możliwość wniesienia do sądu zażalenia, o czym mowa jest w art. 78 Konstytucji RP, na podstawie art. 19 ust. 20 ustawy o Policji, ma tu kluczowe znaczenie, i *de lege ferenda* z punktu widzenia systemowego uregulowanie tej kwestii przez praworządnego ustawodawcę jest wręcz niezbędne.

[44] O pojęciu „sprawy" zob. szerzej P. Grzegorczyk, K. Weitz (w:) *Konstytucja...*, uwagi do art. 45, s. 1104–1111 i wskazane tam orzecznictwo.

[45] Por. M. Wild (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, red. L. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1, uwagi do art. 51, s. 1230–1231. Zob. też wyrok TK z 11.05.2007 r. (K 2/07), OTK-A 2007/5, poz. 48.

[46] Wyrok TK z 4.03.2008 r. (SK 3/07), OTK-A 2008/2, poz. 25.

ABSTRACT

dr Robert Rynkun-Werner

The author is a doctor of law, an advocate (District Bar Association in Warsaw).

Operational control without control – some reflections on the canvas to the decision of the Constitutional tribunal of 28 of Jule 2022 in the case SK 60/21

The article presents issues related to the problems with usage of interception as evidence in a criminal trial. The main problem discussed in the article is the procedural issue which concerns the possibility of lodging a complaint against the court's decision to consent to the operational control. Telephone wiretapping is a threat to the constitutional rights and freedoms of citizens. that is why the proper legal regulation of this institution is so important. In the Polish legal order, this issue raises fundamental constitutional reservations, of a constitutional nature, because the person under surveillance has no right to appeal against the court's decision to subject them to an operational act under the Police Act. The Polish Constitutional Tribunal, on the other hand, does not want to make a clear statement on this matter.

Keywords: *secret surveillance, telephone tapping, trail wiretapping, judicial control, constitutional civil rights, operational control*

dr Robert Rynkun-Werner
ORCID: 0000-0001-6559-7731; e-mail: rynkunwerner@poczta.onet.pl

Autor jest doktorem nauk prawnych, adwokatem (Izba Adwokacka w Warszawie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Brzozowski Sebastian, *Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b Kodeksu postępowania karnego*, „Palestra" 2016/6, s. 20–26

Górska Anna, *Sposoby usuwania wadliwości procesu tworzenia prawa przez sądy administracyjne*, „Przegląd Sądowy" 2021/1

Grzegorczyk Paweł, **Weitz Karol** (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, red. M Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1, uwagi do art. 45

Hoc Stanisław, *Glosa do postanowienia składu 7 sędziów SN z 26.04.2007 r. (I KZP 6/02)*, „Ius Novum" 2007/2–3, s. 148

Kudła Jacek, *Zakres kontroli operacyjnej – podręczny komentarz*, LEX/el. (dostęp: 20.03.2023 r.)

Matusiak-Frącczak Magdalena, *Kontrola operacyjna oraz użycie systemu Pegasus w Polsce*, „Palestra" 2022/7–8, s. 17

Pająk Piotr, *Czy dojdzie do zmiany linii orzeczniczej dotyczącej wykorzystywania dowodowego materiałów operacyjnych?*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych" 2011/1, s. 149–163

Radziewicz Piotr, *Kontrola konstytucyjności zaniechań ustawodawczych przez Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo" 2013/9, s. 7

Rynkun-Werner Robert, *Tajemnica danych telekomunikacyjnych a prawo do obrony*, „Themis Polska Nova" 2013/1, s. 98

Skorupka Jerzy, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020

Stefanicki Robert, *Zaniechanie a pominięcie ustawodawcze. Spór o granice kognicji Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sądowy" 2017/1

Szumiło-Kulczycka Dobrosława, *Dalsze wykorzystywanie materiałów z kontroli operacyjnej. Uwagi na tle art. 168b k.p.k.*, „Państwo i Prawo" 2018/10, s. 107

Tomkiewicz Małgorzata, *Podsłuchy operacyjne w orzecznictwie sądowym*, „Prokuratura i Prawo" 2015/4, s. 153

Twarowski Łukasz, *Legalizacja i procesowe wykorzystanie podsłuchów zgromadzonych w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych Policji*, „Palestra" 2010/9–10, s. 73

Wild Mikołaj (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, red. M. Safjan. L. Bosek, Warszawa 2016, t. 1, uwagi do art. 51

Pojęcia kluczowe: *badanie poligraficzne, kłamstwo, fizjologia kłamstwa, reakcje fizjologiczne, stres, pobudzenie emocjonalne*

Artykuły

Renata Dąbrowska, Czesław Żaba

WARTOŚĆ PARAMETRÓW FIZJOLOGICZNYCH REJESTROWANYCH W PROCEDURZE BADANIA POLIGRAFICZNEGO

1. WSTĘP

Poligraf stworzony został jako narzędzie kryminalistyczne na potrzeby organów ścigania. Jego wprowadzenie do praktyki śledczej poprzedziły odkrycia naukowe, przeprowadzone doświadczenia, zaangażowanie specjalistów z zakresu nauk medycznych, psychologicznych, a nawet filozoficznych. W XX wieku Amerykanie zaprzestali używania terminu „wykrywacz kłamstw" (ang. *lie detector*), uznając, że nie istnieją reakcje psychofizjologiczne typowe dla kłamstwa, i wprowadzili określenie „wykrywanie wprowadzania w błąd" (ang. *detection on deception*). Ponieważ koncepcja detekcji kłamstwa – nieszczerości nie była w stanie uzasadnić przyczyn zmian fizjologicznych rejestrowanych podczas testów poligraficznych, w 1986 r. w Instytucie ds. Badań Poligraficznych Departamentu Obrony USA (Department of Defence Polygraph Institute – DoDPI) zrodziła się idea psychofizjologicznego wykrywania wprowadzania w błąd (ang. *psychophysiological detection of deception* – PDD) oparta na teorii nastawienia psychologicznego (ang. *psychological set*), zgodnie z którą kiedy osoba badana obawia się kary lub przewiduje poważne konsekwencje dla siebie w przypadku nieudanej próby wprowadzania w błąd i odczuwa przy tym strach, powoduje to reakcje fizjologiczne, które mierzymy (zwiększenie aktywności elektrodermalnej skóry, zmiany ciśnienia tętniczego krwi, stłumienie

oddechu)[1]. Na tej podstawie rozwinęła się koncepcja psychofizjologicznych badań poligraficznych, których istotą jest reprodukcja śladów pamięciowych i emocjonalnych świadczących o bezpośrednim związku osoby badanej z konkretnym czynem karalnym. Ślady pamięciowe są efektem kodowania konkretnych informacji zapisanych w świadomości człowieka w związku z jego możliwym udziałem w zdarzeniu, którego dotyczy wykonywane badanie poligraficzne[2]. Używając określenia „ślady pamięciowe" w odniesieniu do czynu karalnego, należy właściwie rozumieć reprezentację doznań emocjonalnych związanych z percepcją, przeżyciem lub działaniem. Głębokie przeżycia wywodzą się z silnych emocji, które pozwalają zapamiętywać określone zdarzenia. Badanie poligraficzne w całym swoim przebiegu zawiera szereg elementów mających na celu dywersyfikację pobudzenia emocjonalnego sprawcy lub niesprawcy przestępstwa[3]. Pobudzenie emocjonalne, którego podłożem jest nieszczerość, odnosi się do istoty złożonych procesów pamięciowych, przede wszystkim mechanizmów regulujących funkcjonowanie organizmu człowieka[4]. Posługiwanie się kłamstwem często staje się pewnego rodzaju strategią przyjmowaną w określonych sytuacjach, począwszy od fałszowania, oszukiwania, ukrywania, po półprawdy, manipulacje, aluzje, insynuacje czy fałszywą prawdomówność[5]. Współczesne badania nad komunikacją kłamliwą zmierzają głównie do odnalezienia pewnych cech przekazu określanego jako „nieszczery" na płaszczyźnie werbalnej[6]. Warunkiem skutecznie stosowanego kłamstwa jest wysiłek intelektualny osoby nieszczerej, jej dobra pamięć, kreatywność, a niekiedy umiejętności aktorskie. Osoba nieszczera stara się kontrolować samą siebie, odczuwając przy tym ogólne pobudzenie wynikające z przeżywanych emocji, dlatego też potrzebuje więcej czasu na konstruowanie swoich wypowiedzi i często popełnia błędy. Stres przed wykryciem kłamstwa jest tym większy, im wyższa stawka związana z uniknięciem konsekwencji[7]. Rozwój nauk ścisłych, głównie medycznych i technicznych, dostarcza nowych rozwiązań, które pozwalają obserwować, badać, zapisywać, a nawet mierzyć reakcje fizjologiczne ludzkiego organizmu wywołane przez kłamstwo[8]. Życie człowieka jest ściśle

1 D.J. Kraphol, P.K. Shaw, *Fundaments of Polygraph Practice*, „Academic Press", 2015, s. 3–9, 81–94; W. Kniaziew, G. Warłamow, *Poligraf i jego zastosowanie*, Mińsk 2012, s. 27–341; R. Jaworski, *Poligraf jako narzędzie weryfikacji wersji zabójstwa*, Wrocław 2018, s. 21–49.

2 J. Konieczny, *Badania poligraficzne. Podręcznik dla zawodowców*, Warszawa 2009, s. 33–58; J. Widacki, *Badania poligraficzne w Polsce*, Kraków 2014, s. 15–50.

3 J. Wójcikiewicz, *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Kraków 2000, s. 52.

4 T. Witkowski, *Psychologia kłamstwa*, Taszów 2006, s. 27–284; J.A. Matte, *Forensic Psychophysiology Using the Polygraph. Scientific Truth Verification – Lie Detection*, Willamsville–New York 1996, s. 103–146.

5 R.S. Woodworth, H. Schlosberg, *Psychologia eksperymentalna*, Warszawa 1966, s. 169–173.

6 J. Antas, *O kłamstwie i kłamaniu*, Kraków 1999, s. 5–203; K. Wróblewski, *Badania poligraficzne* (w:) *Medycyna sądowa*, red. G. Teresiński, Warszawa 2020, t. 2, s. 841–848.

7 J. Antas, *O kłamstwie i kłamaniu...*, s. 5–203.

8 R.S. Woodworth, H. Schlosberg, *Psychologia eksperymentalna...*, s. 169–173.

połączone z przeżywanymi emocjami, które przyjmują role mechanizmów warunkujących jego przystosowanie. Zdaniem P. Ekmana i R. Dawidsona[9] emocje służące wzmacnianiu i selekcji działań przystosowawczych cechują się wysokim poziomem aktywności organizmu, czego przejawem są określone procesy fizjologiczne zależne od czynności autonomicznego układu nerwowego[10]. Emocje powstające na skutek zdarzeń zewnętrznych, wspomnień czy wyobrażeń zawsze wywołują zmiany wegetatywne w fizjologicznych zachowaniach obronnych (przyspieszenie czynności pracy serca, wzrost ciśnienia tętniczego krwi, przyspieszony oddech, zwężenie naczyń krwionośnych skóry i narządów wewnętrznych)[11].

Uznanie badania poligraficznego w procesie karnym jako dowodu pośredniego wynika z uregulowań prawnych. W polskim Kodeksie postępowania karnego[12] badanie poligraficzne określa się jako „stosowanie środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu" (art. 192a, art. 193, art. 199a k.p.k.) za zgodą osoby badanej, która jest warunkiem koniecznym[13]. Praktyka pokazuje, że badania poligraficzne w sprawach karnych prowadzone są głównie w ramach czynności wykrywczych. Wyniki wielu badań poligraficznych przeprowadzonych w tym zakresie spełniają głównie rolę odciążającą dla osób bezpodstawnie podejrzewanych o dokonanie przestępstwa, bo właśnie ta grupa stanowi zdecydowaną większość wśród badanych na poligrafie[14]. Należy pamiętać, że wynik badania poligraficznego pokazuje wyłącznie występowanie specyficznych (znaczących, istotnych) reakcji fizjologicznych osoby badanej, zarejestrowanych podczas udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące przedmiotu takiego badania. Zatem wynik badania poligraficznego nie stanowi dowodu sprawstwa czy winy[15]. O skuteczności badania poligraficznego decyduje sposób wykonania procedury badania, zgodnie z obowiązującymi regułami, w oparciu o przyjętą metodykę i odpowiedni dobór pytań. Z uwagi na powyższe przyjmuje się, że badania poligraficzne wykonane zgodnie ze sztuką mają taką samą wartość diagnostyczną jak inne uznawane i akceptowane metody kryminalistyczne.

---

9 P. Ekman, R. Davidson, *Natura emocji*, Gdańsk 2002, s. 13–47.

10 A.M. Proverbio, M.E. Vanutelli, R. Adorni, *Can you catch a liar? How negative emotions affect brain responses when lying or telling the thruth*, „PloS One" 2013/8(3), s. 1–11; P. Ekman, *Kłamstwo i jego wykrywanie w biznesie, polityce i małżeństwie*, przeł. S.E. Draheim, M. Kowalczyk, Warszawa 2003, s. 60–71.

11 P. Ekman, R. Davidson, *Natura emocji...*, s. 13–47.

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

13 P. Herbowski, *Stosowanie poligrafu na podstawie art. 192a § 2 k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo" 2012/2, s. 65–79; także J. Widacki, *Sytuacja prawna badań poligraficznych po ostatniej nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Problemy Kryminalistyki" 2004/243, s. 24–26.

14 R. Jaworski, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej jako dowód odciążający*, Wrocław 1999, s. 22.

15 T. Grzegorczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2005, s. 494.

2. KŁAMSTWO A STRES W BADANIU POLIGRAFICZNYM

Ludzie różnią się umiejętnością posługiwania się efektywnym kłamstwem. Każdy wykazuje pod tym względem indywidualne zdolności zależne od posiadanego intelektu, sposobu logicznego i abstrakcyjnego myślenia, relacji interpersonalnych, różnego pojmowania otaczającej rzeczywistości i zachodzących w niej procesów[16]. Osoba nieszczera – kłamca musi zwracać uwagę na spójność swoich wypowiedzi, które mają zostać odebrane przez otoczenie jako prawdziwe. Najtrudniejsze do wypowiedzenia są kłamstwa, które dotyczą emocji przeżywanych w chwili jego tworzenia bądź związanych z odtwarzaniem zachowanych w pamięci zdarzeń, stanowiących wewnętrzną potrzebę ich ukrycia. Mimo intensywnych prób maskowania kłamstwa organizm każdej osoby kłamiącej reaguje w pewien charakterystyczny sposób, wbrew jej woli. Są to symptomy niezamierzone, mimowolne, nieintencjonalne[17]. Kłamstwo jest udawaniem i naśladowaniem prawdy, skierowanym do konkretnego odbiorcy, a w zamierzeniu mającym wywołać określony skutek[18]. Zdaniem Witkowskiego[19] kłamanie jest trudne z uwagi na dysonans pomiędzy utrwalonymi normami społecznymi związanymi z wychowaniem, które jasno określają, że kłamstwo jest wartością negatywną wywołującą nieprzyjemne stany emocjonalne, a ogólnym wzrostem pobudzenia emocjonalnego osłabiającym zdolność przetwarzania informacji[20]. Według Strelau[21] stres zachodzi w momencie wystąpienia dysharmonii pomiędzy możliwościami a wymaganiami stawianymi jednostce pod warunkiem istnienia motywacji do przeciwstawienia się[22]. Kłamstwu towarzyszą silne emocje związane z tym, że człowiek reaguje na samego siebie i swoje stosunki z otoczeniem. Proces emocjonalny wywołuje wzrost napięcia mięśniowego, zintensyfikowanie procesów umysłowych oraz pobudzenie autonomicznego układu nerwowego, warunkującego zmiany czynności narządów wewnętrznych[23]. Siła emocji jest tym większa, im większe przeszkody wewnętrzne trzeba pokonać (zasady, normy społeczne, świadomość ewentualnych konsekwencji)[24]. Emocje powo-

[16] J. Antas, *O kłamstwie i kłamaniu...*, s. 5–203; P. Ekman P.R .Davidson, *Natura emocji...*, s. 13–47.
[17] J. Widacki, *Badania poligraficzne w Polsce...*, s. 15–50.
[18] J. Antas, *O kłamstwie i kłamaniu...*, s. 5–203.
[19] T. Witkowski, *Psychologia kłamstwa...*, s. 27–284.
[20] P. Ekman P.R. Davidson, *Natura emocji...*, s. 13–47; J. Strelau, *Psychologia. Podręcznik akademicki*, Gdańsk 2000, t. 1, s. 93–130.
[21] J. Strelau, *Psychologia...*, s. 93–130.
[22] S. Nowocień, *On-the-fly respiratory cycle estimation method based on photoplethysmography waveform morphology analysis*, „Biophotonics: Photonic Solutions for Better Health Care VI", vol. 10685, Proc. SPIE 2018.
[23] J. Landowski, *Neurobiologia reakcji stresowej*, „Neuropsychiatria i Neopsychologia" 2007/2, s. 26–36.
[24] P. Ekman, R. Davidson, *Natura emocji...*, s. 13–47; J. Landowski, *Neurobiologia reakcji stresowej...*, s. 26–36

dują odczuwanie stresu u osoby nieszczerej, wynikające ze strachu przed wykryciem kłamstwa, z poczucia winy, a nawet wstydu. Stres występujący w roli faktora psychologicznego jest powszechnie znany i kojarzony z negatywnymi odczuciami. Stopień odczuwania stresu zależy od psychicznej wrażliwości osobniczej, odporności oraz posiadanego doświadczenia. Prekursorem badań nad zagadnieniem stresu był francuski fizjolog Claude Bernard, który w XIX w. wyraził pogląd, że organizm człowieka wyposażony jest w mechanizmy obronne, których współdziałanie umożliwia zwalczanie zagrożeń, a przez to utrzymywanie się przy życiu. Koncepcję stresu biologicznego wprowadził w XX w. kanadyjski endokrynolog Hans Hugon Selye, który dopatrywał się stresu w zwykłym zespole choroby. Zgodnie z jego teorią stres można definiować jako niespecyficzną reakcję fizjologiczną organizmu na czynnik zewnętrzny lub niezaspokojone zapotrzebowanie (tzw. stresor), które mogą zburzyć jego wewnętrzną homeostazę[25]. Niespecyficzność reakcji stresowej oznacza, że organizm reaguje w taki sam sposób na każde zagrożenie, niezależnie od jego źródła i rodzaju. Reakcja ma charakter fizjologicznej odpowiedzi organizmu i została nazwana ogólnym zespołem adaptacyjnym (ang. *General Adaptation Syndrom* – GAS). Mianem stresu określa się najczęściej nadmierną w stosunku do potrzeby odpowiedzi reakcję organizmu na czynniki środowiskowe (stresory), będące bodźcami niekontrolowanymi, stanowiącymi zagrożenie dla równowagi fizycznej lub psychicznej człowieka. Koncepcji stresu jest wiele, ale wszystkie definiują stres jako istotny bodziec do podejmowania wysiłku, niezbędnego do życia i osobistego rozwoju. Nawiązując do teorii uczuć Cannona-Barda, najważniejszą rolę w powstawaniu procesów emocjonalnych przypisywano ośrodkom podkorowym zlokalizowanym w pniu mózgu (głównie we wzgórzu). Zgodnie z jego teorią pobudzenie emocjonalne powstałe w wyniku działania bodźca na receptor przenosi się do wzgórza, tam nabiera ładunku emocjonalnego, a informacja zostaje przeniesiona do kory mózgowej. Od wzgórza pobudzenie biegnie dwiema drogami – jedna do narządów wykonawczych (naczynia, mięśnie), druga do odpowiednich ośrodków w korze mózgowej. Do pełnego przeżycia emocjonalnego potrzebne są zmiany w korze mózgowej i zmiany naczyniowo-mięśniowe. W procesie emocjonalnym kluczową rolę odgrywa wzgórze[26]. Współcześnie przyjmuje się, że różnym emocjom odpowiadają odmienne obszary regulujące zachowania emocjonalne. Stres wykazuje właściwości przystosowawcze, traktowany jest jako reakcja na zagrożenie, a jej zadaniem jest stworzenie warunków mobilizujących organizm do szybkiego działania, pobudza działanie układu nerwowego i endokrynnego. Oba układy komunikują się ze sobą za pośrednictwem osi podwzgórze – przysadka – kora nadnerczy (ang. *hypothalamus – pituitary – adrenal axis*, HPA) oraz układ współczulny – rdzeń nadnerczy (ang.

[25] J. Strelau, *Psychologia...*, s. 93–130; H. Seley, *Stres nieokiełznany*, Warszawa 1977, s. 254–256.

[26] H. Hollien, J.D. Harnsberger, *Voice Stress Analyzer Instrumentation Evaluation, Final Report CIFA Contract*, University of Florida, 2006, s. 3–46.

sympathetic – adrena – medullary axis, SAM). Ich zadaniem jest przygotowanie organizmu do poradzenia sobie z zagrożeniami pochodzącymi ze środowiska zewnętrznego w mechanizmie tzw. reakcji walki lub ucieczki. W chwili działania bodźca wywołującego stres uruchamia się system alarmowy, w którym dochodzi do jednoczasowego pobudzenia osi HPA i SAM. Pobudzenie HPA rozpoczyna się dzięki wydzielaniu dużych ilości czynnika uwalniającego kortykotropinę (ang. *corticotropin releasing hormone*, CRH) z podwzgórza, który z kolei stymuluje wyrzut przysadkowej adrenokortykotropiny (ang. *adrenocorticotropic hormone*, ACTH) będącej najważniejszym czynnikiem pobudzającym wydzielanie glikokortykoidów z kory nadnerczy. Wskutek pobudzenia SAM dochodzi do wyrzutu amin katecholowych z rdzenia nadnerczy (noradrenalina, adrenalina i dopamina) oraz z zakończeń włókien współczulnych w sąsiedztwie narządów docelowych (noradrenalina). Katecholaminy wpływają na przyspieszenie czynności serca, poszerzenie dróg oddechowych, pobudzenie ośrodka oddechowego, hamowanie perystaltyki jelit oraz innych funkcji organizmu, które w warunkach zagrożenia wydają się zbędne do przetrwania. Przystosowanie metaboliczne zachodzi zarówno pod wpływem katecholamin oraz glikokortykoidów poprzez wzrost stężenia glukozy (dzięki zwiększonej glukoneogenezie i glikogenolizie) oraz wolnych kwasów tłuszczowych we krwi. Ponadto w celu zwiększenia zaopatrzenia mięśni szkieletowych w tlen i składniki odżywcze następuje redystrybucja przepływu krwi (zwiększenie przepływu przez mięśnie szkieletowe i mózg, ograniczenie dopływu krwi do skóry i narządów wewnętrznych). Kortyzol, główny glikokortykoid nadnerczy, spełnia też dodatkową funkcję w reakcjach stresu – wywiera tzw. efekt przyzwalający dla aktywności amin katecholowych w tkankach docelowych, umożliwiając i potęgując ich działanie[27]. Skutkiem powyższych zmian jest zwiększenie dostępności substratów energetycznych i tlenu, koniecznych do wytworzenia energii niezbędnej do przetrwania w warunkach krótkotrwałego stresu. Do najbardziej typowych fizjologicznych aspektów stresu należą bodźce psychospołeczne odbierane przez receptory wzroku, słuchu, dotyku. Drogami sensorycznymi przekazywane są do mózgu, gdzie w korze nowej uzyskują interpretację poznawczą (czym są i co oznaczają dla jednostki), z kolei w układzie limbicznym dokonuje się ich interpretacja emocjonalna (skojarzone z określonymi bodźcami). Bodźce stresogenne (zewnętrzne lub wewnętrzne) muszą zostać zarejestrowane przez układ nerwowy, a następnie dotrzeć do struktur układu limbicznego w mózgu, który pozostaje w komunikacji z innymi strukturami mózgowia. W wyniku analizy i przetworzenia informacji w układzie limbicznym możliwa jest modyfikacja aktywności odpowiednich partii mózgu, wskutek czego powstają określone reakcje wegetatywne i emocjonalne.

[27] S. Konturek, *Fizjologia człowieka*, Wrocław 2013.

3. POLIGRAF W BADANIU POLIGRAFICZNYM

Badanie poligraficzne stanowi procedurę prowadzenia rozmowy i testowania w ramach psychofizjologicznej detekcji wprowadzania w błąd. Polega na zastosowaniu urządzenia technicznego (poligrafu), które rejestruje niezależne od woli reakcje fizjologiczne organizmu osoby badanej na prezentowane bodźce testowe (pytania), ich interpretację i ocenę w odniesieniu do odpowiedzi na zadawane w testach pytania oraz zachowania badanego[28]. Według T. Witkowskiego[29] detekcja wprowadzania w błąd (ang. *psychophysiological detection of deception* – PDD) oparta na teorii nastawienia psychologicznego (ang. *psychological set*) jest poszukiwaniem określonych zmiennych i metod ich pomiaru, które ostatecznie pozwolą przyporządkować badanego na poligrafie do grupy osób prawdomównych lub nieszczerych w danej kwestii. Podłożem badań poligraficznych jest ekspresja emocji wynikająca ze zmian psychicznych i cielesnych obejmujących procesy poznawcze, pobudzenie fizjologiczne, uczucia, reakcje behawioralne w odpowiedzi na zdarzenie będące przedmiotem badania. Poprzez emocje człowiek wyraża swój subiektywny stosunek do otaczającej rzeczywistości w oparciu o doświadczenia własne lub innych[30]. Badania naukowe potwierdzają, że poligraf mierzy i rejestruje aktywność fizjologiczną badanego organizmu oraz jej zmiany wynikające z pobudzenia emocjonalnego. Zakłada się, że jeśli fizjologiczny wzorzec emocji towarzyszących kłamstwu jest indywidualny, to nie istnieje schemat aktywności fizjologicznej specyficznej dla kłamstwa[31]. Zatem przyjmuje się, że poligraf nie wykrywa kłamstwa, lecz wyłącznie pobudzenie organizmu, które może wynikać również z mówienia nieprawdy. Z tych powodów wydając opinię o zakwalifikowaniu badanego do grupy osób prawdomównych, nieszczerych, bądź o braku przynależności do jednej z wymienionych grup na podstawie cech reprezentatywnych, określamy wyłącznie prawdopodobieństwo. Klasyczny poligraf wyposażony jest w czujniki, które jednocześnie rejestrują zmiany częstotliwości i głębokości oddechów – dwa pneumografy (pneumo/P1 i P2), mankiet do pomiaru zmian ciśnienia tętniczego krwi (cardio/C), elektrody do detekcji zmian reakcji skórno-galwanicznej skóry (GSR/EDA). Związany z poligrafem od dawna fotopletysmograf (PPG/PLE; klips na palec ręki) mierzy zmiany objętości krwi w dystalnych naczyniach krwionośnych, zaliczany jest do czujników dodatkowo wykorzystywanych podczas testów poligraficznych. Obligatoryjnie używa się czujnika aktyw-

[28] D.J. Kraphol, P.K. Shaw, *Fundaments of Polygraph Practice...*, s. 3–9, 81–94; R. Jaworski, *Poligraf jako narzędzie weryfikacji wersji zabójstwa...*, s. 48–49.

[29] T. Witkowski, *Psychologia kłamstwa...*, s. 265–287.

[30] J. Widacki, *Badania poligraficzne w Polsce...*, s. 15–50; P. Ekman, R. Davidson, *Natura emocji...*, s. 13–47.

[31] A. Vrij, *Wykrywanie kłamstw i oszukiwania. Psychologia kłamania i konsekwencje dla praktyki zawodowej*, Kraków 2009, s. 66–208.

ności motorycznej (poduszka na fotelu do badań), monitorując napięcie mięśniowe osoby badanej. Stosowanie innych czujników ruchu pod stopy i przedramiona, służących wyłącznie monitorowaniu zachowania, pozostaje kwestią dowolności wyboru poligrafera. Dostępne u producentów sprzętu do badań czujniki (analizator ruchu gałek ocznych, wielkości źrenic, analizator głosu, kamera termowizyjna) zaprojektowane do wykorzystania podczas badania poligraficznego przeznaczone są również do obserwowania rejestrowanych danych fizjologicznych, nie wpływają na wyniki końcowe testów. Podłożem aktywności fizjologicznej wynikającej ze zmian pobudzenia emocjonalnego wywołanego przez kłamstwo jest odpowiedni poziom motywacji do celowego zatajenia skrywanej informacji[32]. Ludzie przejmują się swoim losem i z tego powodu chcieliby unikać konsekwencji popełnianych przez siebie czynów[33]. Dla procedury badania poligraficznego niezwykle ważną miarą jest właściwy poziom aktywacji struktur nerwowych modulujących wewnętrzne procesy fizjologiczne[34]. Za sprawą autonomicznego układu nerwowego (AUN) główne funkcje życiowe organizmu zachodzą poza kontrolą człowieka. Współczulna część autonomicznego układu nerwowego pobudza i przygotowuje organizm do działania w chwili jego zagrożenia[35]. Istotnym objawem pobudzenia fizjologicznego organizmu jest wydzielanie potu przez skórę, a przez to zmiana jej przewodnictwa elektrycznego, określana jako reakcja skórno-galwaniczna (GSR) lub reakcja elektrodermalna (EDA). Zmiany w przewodnictwie elektrycznym skóry powstają natomiast w ścisłym związku z wydzielaniem potu (reakcja pocenia się). Pot jako roztwór soli składników mineralnych wpływa na przewodność skóry wyrażoną podwyższoną wartością elektrodermalną w jego pomiarze[36]. Przyjmuje się, że aktywność elektrodermalna skóry jest jednym z najłatwiej mierzalnych parametrów psychofizjologicznych[37]. Pobudzenie fizjologiczne dotyczy również zmian w układzie krążenia. Częstość skurczów serca u dorosłego człowieka w spoczynku wynosi 60–80 uderzeń na minutę. W stanach pobudzenia emocjonalnego wzrasta do 120–180 uderzeń na minutę. W wyniku pobudzenia układu współczulnego wzrasta objętość wyrzutowa serca i pojemność minutowa, wzmaga się metabolizm mięśnia sercowego oraz podnosi ciśnienie perfuzyjne tkanek i narządów. W sytuacji wzmożonego podniecenia emocjonalnego zwiększa się uwalnianie amin katecholowych na zakończeniach włókien współczulnych

[32] A.M. Proverbio, M.E. Vanutelli, R. Adorni, *Can you catch...*; A. Vrij, *Wykrywanie...*, s. 66–208.

[33] J. Konieczny, *Badania poligraficzne...*, s. 33–58; L. Saxe, *Science and the GKT polygraph: a theoretical critique*, „Integrative Physiological and Behavioral Science" 1991/26, s. 223–230.

[34] A. Aymen, K. Shelley, *Photoplethysmography*, „Best Practice & Research Clinical Anaesthesiology" 2014/28(4), s. 395–406.

[35] J. Strelau, *Psychologia...*, s. 93–130.

[36] D.J. Kraphol, P.K. Shaw, *Fundaments of Polygraph Practice...*, s. 3–9, 81–94; J.E. Hall , M.E. Hall, *Guyton and Hall Textbook of Medical Physiology*, Elsevier 2020.

[37] S. Konturek, *Fizjologia człowieka....*

w sercu i rdzeniu nadnerczy, co skutkuje pobudzeniem kurczliwości i częstości jego pracy[38]. Zmiany ciśnienia tętniczego krwi mogą stanowić wskaźnik kłamstwa, gdy wspomniane podniecenie ma związek z wprowadzaniem w błąd przy braku innych przyczyn podniecenia. Ciśnienie tętnicze krwi w tętnicach zmienia się zgodnie z rytmem pracy komór serca. Obowiązkowo stosowane w procedurach badania na poligrafie mierzenie zmian objętości i głębokości oddechu zalicza się do tych wskaźników wzrostu poziomu aktywacji organizmu, które pojawiają się natychmiast. W sytuacji testowania na poligrafie oddech kojarzy się dodatkowo z koniecznością wykonania określonej czynności, jaką jest udzielanie odpowiedzi na zadane pytania. Podczas analizy częstotliwości oddechu uwagę zwraca stosunek wdechu do wydechu. Różnicę pomiędzy oddechem osoby mówiącej prawdę a osoby dopuszczającej się kłamstwa można tłumaczyć tym, że kłamca, chcąc uniknąć zdemaskowania, ma do wykonania znacznie trudniejsze zadanie intelektualne[39]. Pobudzenie fizjologiczne organizmu człowieka można określać oraz zapisywać również za pomocą fotopletysmografii, prostej techniki optycznej stosowanej do wykrywania zmian objętości krwi w krążeniu obwodowym[40]. Typowy fotopletysmograf (PPG/PLE) wykorzystuje światło i fotodetektor do pomiaru intensywności zmian objętościowych w mikrokrążeniu. Wynikiem pomiaru fotopletysmograficznego jest krzywa obrazująca względne zmiany objętości krwi przepływającej przez obwodowe naczynia krwionośne. Czynnikami wpływającymi na właściwy zapis fotopletysmografu jest położenie dłoni z założonym czujnikiem w stosunku do poziomu serca oraz siła i miejsce jego kontaktu ze skórą palca. Podatność na działanie współczulnego układu nerwowego powoduje, że zapis krzywej fotopletysmografu utrzymuje się znacznie dłużej w porównaniu do pozostałych rejestrowanych parametrów[41]. Omawiając tematykę analizy i oceny rejestrowanych parametrów fizjologicznych, warto wspomnieć o czynnikach, które uniemożliwiają wykonanie badania poligraficznego lub niekorzystnie wpływają na zapisy danych fizjologicznych. Badania poligraficznego nie wykonuje się w przypadku stwierdzenia opóźnienia umysłowego, zaburzeń psychotycznych (schizofrenia), zaburzeń funkcji poznawczych spowodowanych zażywaniem środków odurzających, odczuwania silnego bólu, występowania ułomności fizycznych. Do okoliczności utrudniających odczytanie reakcji fizjologicznych zaliczyć można: środki farmakologiczne obniżające lub podwyższające poziom pobudzenia fizjologicznego, alkohol i narkotyki upośledzające funkcje poznawcze, stosowanie zakłóceń[42]. Ponad-

[38] J.E. Hall , M.E. Hall, *Guyton and Hall...*

[39] S. Konturek, *Fizjologia człowieka...*; J.E. Hall , M.E. Hall, *Guyton and Hall...*

[40] J. Strelau, *Psychologia...*, s. 93–130; A. Aymen, K. Shelley, *Photoplethysmography...*, s. 395–406.

[41] Ch. Honts, M. Handler, P. Shaw, M. Gougler, *The Vasomotor Response in the Comparison Question Test*, „Polygraph", 2015/1, s. 62–78.

[42] American Polygraph Associate (APA), *Model Policy for the Evaluation of Examinee Suitability for Polygraph Testing*, „Polygraph & Forensic Credibility Assesment" 2021/2, s. 106–109.

to istotnymi czynnikami wpływającymi na wyniki badań poligraficznych mogą okazać się przeciwdziałania stosowane przez niektórych badanych. Zarówno proste do wykrycia, jak również te bardziej zaawansowane, mogą znacząco oddziaływać na przebieg testów na poligrafie, prowadząc do uzyskania wyników fałszywych lub nierozstrzygniętych[43].

4. PODSUMOWANIE

O skuteczności badania poligraficznego decyduje sposób wykonania procedury badania, zgodnie z obowiązującymi regułami, w oparciu o przyjętą metodykę i odpowiedni dobór pytań testowych. Analiza i ocena parametrów fizjologicznych zarejestrowanych podczas procedury testowania na poligrafie wymaga znajomości procesów fizjologicznych człowieka o podłożu emocjonalnym. Wartość parametrów fizjologicznych determinuje wynik końcowy testów poligraficznych, a tym samym stanowi kluczowy element oceny badania poligraficznego jako całości. Wyniki wielu badań poligraficznych prowadzonych w ramach czynności wykrywczych spełniają głównie rolę odciążającą wobec osób bezpodstawnie podejrzewanych o dokonanie przestępstwa, bo właśnie ta grupa stanowi zdecydowaną większość wśród badanych na poligrafie. Należy pamiętać, że wynik badania poligraficznego pokazuje wyłącznie występowanie specyficznych reakcji fizjologicznych osoby badanej, zarejestrowanych podczas udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące przedmiotu takiego badania. Detekcja wprowadzania w błąd (ang. *psychophysiological detection of deception* – PDD) oparta na teorii nastawienia psychologicznego (ang. *psychological set*) jest poszukiwaniem określonych zmiennych i metod ich pomiaru, które ostatecznie pozwolą przyporządkować badanego na poligrafie do grupy osób prawdomównych lub nieszczerych w danej kwestii.

ABSTRACT

dr Renata Dąbrowska

The author is a doctor of health sciences, scientifically affiliated with the Department of Forensic Medicine at the University of Medical Sciences in Poznań; an expert witness in forensic in the field of polygraph examinations, an independent expert. She undertakes activities aimed at improving

[43] A. Vrij, *Wykrywanie...*, s. 196–198; W. Goodson, Ch. Honts, M. Handler, R. Nelson, M. Hicks, D. Westerman, *Pre-test Breathing Instructions Increase Perceptions of Respiratory Countermeasures*, „Polygraph" 2014/1, s. 114–122; R. Nelson, *Practical Polygraph, A Codex of Cardio Artifacts*, „APA Magazine" 2022/3, s. 47–53.

the polygraph examiner's workshop, is engaged in promoting polygraph examinations in Poland.

dr hab. n. med. Czesław Żaba

The author is head of the Department of Forensic Medicine at the Medical University of Poznań, an expert witness in forensic medicine, medical reconstruction of road accidents, author of numerous scientific papers related to selected issues of forensic medicine, including legal aspects of forensic medicine.

Value of physiological parameters recordered in the polygraph test procedure

It has been shown that precise analysis and thorough assessment of registered physiological parameters affects the accuracy of polygraph tests used in criminal cases, external procedures or in the private sector. The polygraph shows objective parameters of various types of physiological activities of the human body during the test. A classic polygraph, by using sensors, records various parameters, such as: frequency changes and depth of breaths, blood pressure and galvanic skin reactions. The photopletysmograph, associated with the polygraph, measures changes in the volume of blood in distal blood vessels. A special cushion, placed on the testing chair, records the motive activity of the testee, monitoring their muscle tension.The following article underlines the importance of expression of emotions, including cognitive processes, physiological arguments, feelings, behavioral reactions, visible in the responses of the body of a testee on the event being the subject of the study. The aim of the test was to analyse the effect of physiology of a lie which became an exponent for interpretation and evaluation of registered physiological parameters.

Key words: *polygraph examination, lying, physiological responses, stress, emotional arousal*

dr Renata Dąbrowska
ORCID: 0000-0003-1575-9653; e-mail: renatada@poczta.onet.pl

Autorka jest doktorem nauk o zdrowiu, naukowo związana z Zakładem Medycyny Sądowej Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu; biegłym sądowym w zakresie badań poligraficznych, niezależnym ekspertem. Podejmuje działania mające na celu doskonalenie warsztatu pracy poligrafera, zajmuje się promowaniem badań poligraficznych w Polsce.

dr hab. n. med. Czesław Żaba
ORCID: 0000-0001-7522-4568; e-mail: czaba@ump.edu.pl

Autor jest kierownikiem Zakładu Medycyny Sądowej Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu, biegłym sądowym z zakresu medycyny sądowej, medycznej rekonstrukcji wypadków drogowych, autorem licznych prac naukowych związanych z wybranymi zagadnieniami medycyny sądowej, w tym również aspektów prawnych sądowo-lekarskich.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

American Polygraph Associate (APA), *Model Policy for the Evaluation of Examinee Suitability for Polygraph Testing*, „Polygraph & Forensic Credibility Assesment" 2021/2

Antas Jolanta, *O kłamstwie i kłamaniu*, Kraków 1999

Aymen A. Alian, Shelley H. Kirk, Photoplethysmography, „Best Practice & Research Clinical Anaesthesiology" 2014/28(4)

Ekman Paul, *Kłamstwo i jego wykrywanie w biznesie, polityce i małżeństwie*, przeł. S.E. Draheim, M. Kowalczyk, Warszawa, 2003

Ekman Paul, Davidson Richard, *Natura emocji*, Gdańsk 2002

Goodson Walt, Honts Charles, Handler Mark, Nelson Raymond, Hicks Matt & Westerman Dennis, *Pre-test Breathing Instructions Increase Perceptions of Respiratory Countermeasures*, „Polygraph" 2014/1

Grzegorczyk Tomasz, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2005

Hall John E., Hall Michael E., *Guyton and Hall Textbook of Medical Physiology*, Elsevier 2020

Herbowski Piotr, *Stosowanie poligrafu na podstawie art. 192a § 2 k.p.k.*, „Prokuratura i Prawo" 2012/2

Hollien Harry, Harnsberger James, *Final Report CIFA Contract – FA 4814-04-0011*, University of Florida 2006

Honts Charles, Handler Mark, Shaw Pamela, Gougler Mark, *The Vasomotor Response in the Comparison Question Test*, „Polygraph" 2015/1

Jaworski Ryszard, *Opinia z ekspertyzy poligraficznej jako dowód odciążający*, Wrocław 1999

Jaworski Ryszard, *Poligraf jako narzędzie weryfikacji wersji zabójstwa*, Wrocław 2018

Kniaziew Władimir, Warłamow Gieorgij, *Poligraf i jego zastosowanie*, Mińsk 2012

Konieczny Jan, *Badania poligraficzne. Podręcznik dla zawodowców*, Warszawa 2009

Konturek Stanisław, *Fizjologia człowieka*, Wrocław 2013

Kraphol Donald J., Shaw Pamela, *Fundaments of Polygraph Practice*, „Academic Press" 2015

Landowski Jan, *Neurobiologia reakcji stresowej*, „Neuropsychiatria i Neopsychologia" 2007/2

Matte James Allan, *Forensic Psychophysiology Using the Polygraph. Scientific Truth Verification – Lie Detection*, Willamsville–New York 1996

Nelson Raymond, *Practical Polygraph, A Codex of Cardio Artifacts*, „APA Magazine" 2022/3

Nowocień Sylwester, *On-the-fly respiratory cycle estimation method based on photoplethysmography waveform morphology analysis*, „Biophotonics: Photonic Solutions for Better Health Care VI", vol. 10685, Proc. SPIE 2018

Proverbio Alice Mado, Vanutelli Maria Elide, Adorni Roberta, *Can you catch a liar? How negative emotions affect brain responses when lying or telling the thruth*, „PloS One" 2013/8(3)

Saxe Leonard, *Science and the GKT polygraph: a theoretical critique*, „Integrative Physiological and Behavioral Science" 1991/26

Seley Hans, *Stres nieokiełznany*, Warszawa 1977

Strelau Jan, *Psychologia. Podręcznik akademicki*, Gdańsk 2000, t. 1

Vrij Aldert, *Wykrywanie kłamstw i oszukiwania. Psychologia kłamania i konsekwencje dla praktyki zawodowej*, Kraków 2009

Widacki Jan, *Badania poligraficzne w Polsce*, Kraków 2014.

Widacki Jan, *Sytuacja prawna badań poligraficznych po ostatniej nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, „Problemy Kryminalistyki" 2004/243

Witkowski Tomasz, *Psychologia kłamstwa*, Taszów 2006

Woodworth Robert S., Schlosberg Harold, *Psychologia eksperymentalna*, Warszawa 1966

Wójcikiewicz Józef, *Dowód naukowy w procesie sądowym*, Kraków 2000

Wróblewski Krzysztof, *Badania poligraficzne* (w:) *Medycyna sądowa*, red. G. Teresiński, Warszawa 2020, t. 2

Pojęcia kluczowe: *proces karny, zakazy dowodowe, przesłuchanie, zeznania świadka, wyjaśnienia oskarżonego, protokoły zeznań, prawo do obrony*

Artykuły

Daniel Brodowski

PROBLEM ROZSZERZENIA ZAKAZU DOWODOWEGO Z ART. 389 § 1 KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO NA OSOBY POSTRONNE UCZESTNICZĄCE W CZYNNOŚCI PRZESŁUCHANIA

Stosowanie w praktyce zakazu dowodowego z art. 389 § 1 Kodeksu postępowania karnego spowodowało powstanie znacznej ilości wątpliwości interpretacyjnych. W literaturze przedmiotu do teraz nie poruszono problemu rozszerzenia wspomnianej normy na osoby postronne uczestniczące w przesłuchaniu świadka (późniejszego oskarżonego). Spowodowałoby to wyłączenie z postępowania dowodowego protokołów zeznań tychże osób. W opinii autora, stosując wykładnię systemową, funkcjonalną oraz rozumowanie *per analogiam*, należy uznać ten zabieg interpretacyjny za jak najbardziej uzasadniony.

1. OGÓLNIE O ZAKAZACH DOWODOWYCH NA PRZYKŁADZIE ART. 389 § 1 KODEKSU POSTĘPOWANIA KARNEGO

Problematyka wykorzystywania protokołów zeznań złożonych przez świadka w sytuacji zmiany przez niego roli procesowej stanowiła przedmiot kontrowersji na gruncie każdej z procedur karnych. Już w pierwszej połowie XX w. polska doktryna była podzielona co do możliwości ich odczytania na rozprawie[1]. Obecnie w oparciu o art. 389 § 1 Kodeksu postępowania karnego[2] jedno-

[1] Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Zakamycze 2005, s. 349–351.

[2] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2023 r. poz. 289 ze zm.), dalej: k.p.k.

 DOI: 10.54383/0031-0344.2023.4.5

znacznie można stwierdzić, że posłużenie się źródłem dowodowym w postaci protokołów zeznań złożonych wcześniej przez oskarżonego nie jest możliwe. Stosowanie tego zakazu dowodowego w praktyce spowodowało powstanie wielu pośrednich pytań i problemów interpretacyjnych, na które tekst ustawy nie udziela jednoznacznych odpowiedzi. Jednym z nich jest między innymi zmiana statusu oskarżonego w procesach wieloosobowych[3], legalność odtworzenia złożonych przez oskarżonego (uprzednio świadka) zeznań poprzez przesłuchanie osoby przesłuchującej oraz najważniejszy z perspektywy tego artykułu problem rozszerzenia omawianego zakazu na osoby trzecie, będące uczestnikami czynności przesłuchania oskarżonego. Prawidłowe stosowanie w praktyce normy zawartej w art. 389 § 1 k.p.k. jest niezwykle ważne, ponieważ w obrębie tej regulacji dochodzi do ważenia podstawowych zasad i wartości procesu: prawa do obrony, trafnej reakcji karnej, zasady prawdy materialnej, a także ochrony życia prywatnego.

Jeden z podstawowych celów procesu karnego stanowi rozpoznanie sprawy, a następnie przypisanie odpowiedzialności karnej sprawcy za popełniony czyn lub uniewinnienie go od przedstawionych zarzutów. Następuje to poprzez realizację i konkretyzację norm prawa karnego materialnego. Współczesna procedura karna z oczywistych względów diametralnie różni się od standardów postępowania właściwych dla regulacji historycznych. Charakteryzowały się one w znacznym stopniu brakiem różnego rodzaju ograniczeń czy zakazów, co skutkowało odhumanitaryzowaniem procesu. Obecnie nie ma żadnych wątpliwości, że równie ważne w toku czynności jest osiągnięcie zarówno stanu sprawiedliwości materialnej, jak i sprawiedliwości proceduralnej. Podkreśla to fakt, że kluczową zasadą procesu karnego pozostaje nadal zasada prawdy materialnej – rozumiana jako dyrektywa kierunkowa, w myśl której decyzje procesowe powinny opierać się na prawdziwych ustaleniach faktycznych, a organy procesowe powinny dołożyć starań w celu uzyskania takich ustaleń. Aby móc zapewnić jej realizację w jak największym stopniu, konieczne jest przyjęcie postulatu powinności uprzedniego udowodnienia poszczególnych twierdzeń oraz faktów i dopiero w rezultacie otrzymania wspomnianych ustaleń faktycznych[4]. Poznanie prawdy podlega jednak wyraźnym ograniczeniom ze względu na potrzebę uwzględnienia innych interesów zasługujących na ochronę[5], chociażby poprzez wprowadzanie norm postępowania zabraniających posłużenia się w toku procesu określonym dowodem, środkiem lub źródłem dowodowym.

Zgodnie z najbardziej uniwersalną definicją zakazy dowodowe to przepisy prawne wyłączające dowodzenie określonych faktów oraz wyłączające lub ograniczające wprowadzenie, przeprowadzenie i wykorzystywanie pewnych

[3] M. Błoński, *Zmiana ról procesowych a możliwość wykorzystywania protokołów wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadka*, „Palestra" 2018/5, s. 27–32.

[4] M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 320–329.

[5] S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2020, s. 226–234.

dowodów w procesie karnym[6]. *Ratio legis* wprowadzania zakazów dowodowych przez Kodeks postępowania karnego należy upatrywać w kolizji interesu wymiaru sprawiedliwości, którym zawsze jest osiągnięcie trafnej reakcji karnej, z interesami indywidualnymi oraz interesami natury ogólnej. Wynika to z konieczności poszanowania poszczególnych wartości niezbędnych do należytego funkcjonowania społeczeństwa. W przypadku braku podobnych regulacji stanęlibyśmy przed groźbą przewartościowania i przewyższenia korzyści postulatu dojścia do prawdy nad równie ważnymi dobrami i interesami poszczególnych osób[7]. Podkreślenia wymaga fakt, że naruszenie zakazów dowodowych nie stanowi jednej z bezwzględnych przyczyn odwoławczych wymienionych w art. 439 k.p.k. Każde tego typu uchybienie należy jednak uznać za istotne naruszenie przepisów postępowania, które w większości przypadków będzie miało wpływ na treść orzeczenia[8].

2. ANALIZA DOTYCHCZASOWYCH POGLĄDÓW DOKTRYNY DOTYCZĄCYCH ASPEKTÓW SZCZEGÓŁOWYCH ZAKAZU DOWODOWEGO Z ART. 389 § 1 K.P.K.

Problemem dostrzeżonym zarówno przez doktrynę, jak i orzecznictwo jest prawidłowa wykładnia art. 389 § 1 k.p.k., który stanowi *a contrario* o zakazie odczytywania i dowodzenia za pomocą protokołów zeznań uprzednio złożonych przez oskarżonego w charakterze świadka. Nie jest do końca jasne, czy wspomnianą normę powinno uznawać się za jeden z zakazów dowodowych. Przychylam się jednak do poglądu wyrażonego przez Z. Kwiatkowskiego, zgodnie z którym, z uwagi na to, że wspomniana regulacja stanowi samoistny zakaz wykorzystania dowodów przeprowadzonych w procesie karnym, należy uznać ją za jeden z desygnatów zbioru zakazów dowodowych[9].

Artykuł 389 § 1 k.p.k. stanowi, że przy spełnieniu określonych przesłanek wolno na rozprawie odczytać w odpowiednim zakresie protokoły wyjaśnień oskarżonego, złożonych poprzednio w charakterze oskarżonego w tej lub innej sprawie. Możliwe jest to, gdy oskarżony:

1) nie stawił się na rozprawę,
2) odmawia wyjaśnień,
3) wyjaśnia odmiennie niż poprzednio,
4) oświadcza, że pewnych okoliczności nie pamięta.

Odczytaniu podlegają protokoły wyjaśnień złożonych w rozpoznawanej sprawie lub innej, zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i sądowym, a także innym postępowaniu przewidzianym przez ustawę. Może to być

[6] Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, s. 45.
[7] Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, s. 56–57.
[8] A. Gaberle, *Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka*, Warszawa 2010, s. 311–312.
[9] Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, s. 349.

zatem postępowanie karne oraz: postępowanie w sprawach o wykroczenia[10], postępowanie dyscyplinarne[11], postępowanie karne skarbowe czy postępowanie w sprawach nieletnich[12]. Odczytany i odtworzony może być również pierwopis stenogramu, zapis obrazu, zapis dźwięku – będące załącznikami do protokołu[13].

Z kolei art. 391 § 2 k.p.k., przy spełnieniu określonych w nim przesłanek, zezwala na odczytanie na rozprawie protokołów złożonych poprzednio przez świadka wyjaśnień w charakterze oskarżonego.

Problemem poruszanym wielokrotnie w literaturze była możliwość dopuszczenia czynności dowodowej z przesłuchania w sytuacji zmiany przez oskarżonego roli procesowej – ze świadka na oskarżonego. Ze względu na wynikający z art. 177 § 1 k.p.k. obowiązek złożenia zeznań przez świadka konieczna jest interpretacja ścisła możliwości odczytania protokołów na rozprawie (art. 389 § 1 k.p.k.). W redakcji tego przepisu posłużono się zwrotem „tylko", wskazującym na wyjątkowy charakter regulacji. Osoba występująca w charakterze świadka jest ponadto obowiązana do zeznawania prawdy. W przeciwnym razie narażałaby się ona na potencjalną odpowiedzialność karną wynikającą z art. 233 § 1 Kodeksu karnego[14]. Pozostaje to w sprzeczności z przysługującym oskarżonemu prawem do składania nieprawdziwych wyjaśnień, uznawanym przez mniejszość doktryny za „prawo do kłamstwa". Nie zgadzam się z poglądem wyrażonym przez Ł. Pohla, zgodnie z którym oskarżony może złożyć zarówno prawdziwe, jak i nieprawdziwe wyjaśnienia, ale składanie fałszywych wyjaśnień jest działaniem, które nie mieści się w kompetencji przysługującej oskarżonemu na zasadzie art. 175 § 1 k.p.k. i powinno być traktowane jako okoliczność zaostrzająca na gruncie ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary. Autor, argumentując przedstawioną tezę, odwołuje się do przyjmowanego przez ustawodawcę systemu wartości oraz aksjologii procesu wynikającej z art. 2 § 1 k.p.k.[15] Nie wchodząc w rozważania teoretyczne dotyczące poszczególnych sposobów wykładni przytoczonego przepisu, należy poczynić pewną uwagę. Podłożem dla możliwości posłużenia się w toku procesu nieprawdziwymi wyjaśnieniami nie jest art. 175 k.p.k., lecz art. 6 k.p.k. – statuujący prawo do obrony. Uniemożliwienie oskarżonemu złożenia nieprawdziwych wyjaśnień naruszyłoby podstawowe założenia jednej z podstawowych zasad całego procesu[16]. Wyinterpretowanie z prawa do obrony prawa do kłamstwa

[10] Uchwała SN z 22.01.1992 r. (I KZP 42/91), OSNKW 1992/5–6, poz. 35.

[11] Wyrok SN z 14.05.1977 r. (V KR 64/77), LEX nr 21739.

[12] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 18.01.2000 r. (II AKa 241/99), OSA 2000/9, poz. 64.

[13] R.A. Stefański, S. Zabłocki (w:) R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego*, t. 3, *Komentarz do art. 297–424*, Warszawa 2021, komentarz do art. 389, teza 7.

[14] Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2023 r. poz. 403), dalej: k.k.

[15] Ł. Pohl, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień przez oskarżonego w polskim postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2006/6, s. 38–44.

[16] P. Wiliński, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień w postępowaniu karnym – artykuł polemiczny*, „Prokuratura i Prawo" 2007/2, s. 70–75.

wydaje się oczywiście nieprawidłowe ze względu na ścisły związek szeroko pojętego prawa karnego z systemem moralnym społeczeństwa oraz jego funkcją w postaci regulacji norm społecznych, jednakże to właśnie art. 6 k.p.k. przyznaje oskarżonemu przywilej niekaralności za „kłamstwo w toku procesu". Należy zauważyć, że kłamstwo leży w naturze ludzkiej, zatem złożenie przez oskarżonego nieprawdziwych wyjaśnień w celu własnej obrony tym bardziej powinno być uznane za uzasadnione. Osoby siedzące na ławie oskarżonych znajdują się w anormalnej sytuacji motywacyjnej i ani ustawodawca, ani sąd nie mogą wymagać od nich heroizmu. Uznanie więc złożenia fałszywych wyjaśnień, które nie jest opatrzone żadną sankcją, jako przyczynku do zaostrzenia wymierzanej kary wydaje się być sprzecznością samą w sobie.

Nie jest zatem możliwe, również ze względu na konieczność ochrony przysługującego oskarżonemu prawa do milczenia, odczytanie protokołów zeznań oskarżonego, które złożył wcześniej w charakterze świadka[17]. Bezpodstawna odmowa złożenia zeznań mogłaby spowodować uaktywnienie normy z art. 287 § 1 w zw. z art. 285 § 1 k.p.k., skutkującej nałożeniem kary porządkowej na (ówczesnego) świadka.

Trudno zatem znaleźć argumenty nakazujące odmienną interpretację art. 389 § 1 k.p.k., w szczególności w zestawieniu z art. 391 § 2 k.p.k. Wykładnia systemowa nie pozostawia żadnego pola do przeciwstawnego rozumienia wynikającej z niego normy. Działanie odwrotne doprowadziłoby do wyraźnego naruszenia prawa do obrony oskarżonego.

W doktrynie pojawił się wszakże pogląd R. Kmiecika, zgodnie z którym warunkiem odejścia od zakazu dowodowego wynikającego z art. 389 § 1 k.p.k. jest kierunek dowodzenia – „na korzyść oskarżonego". Jego zdaniem dopuszczalne jest wykorzystanie protokołów zeznań oskarżonego, jeżeli będąca przedmiotem dowodu okoliczność może mieć znaczenie dla złagodzenia lub wyłączenia odpowiedzialności oskarżonego[18]. Nie jest to jednak pogląd prawidłowy. Zakaz dowodowy o podobnym charakterze wynika między innymi z art. 178 pkt 2 k.p.k. Zgodnie z art. 178 pkt 2 k.p.k. nie wolno przesłuchiwać jako świadka duchownego co do faktów, o których dowiedział się przy spowiedzi. Normę wynikającą z art. 389 § 1 k.p.k., jak i tę zawartą w art. 178 pkt 2 k.p.k., powinno zaliczyć się do zbioru zakazów dowodowych bezwzględnych. Zarówno odebranie zeznań od duchownego co do treści spowiedzi – również w przypadku złożenia w tym przedmiocie wyraźnego oświadczenia oskarżonego o zgodzie, jak i wykorzystanie protokołów zeznań złożonych przez oskarżonego (występującego wcześniej w charakterze świadka) w żadnym przypadku nie jest możliwe. Zgoda wyrażona przez oskarżonego lub duchownego jest prawnie irrelewantna[19]. Zauważyć należy, że uczestnikami procesu, występującymi w charakterze oskarżonych czy

[17] M. Rusinek, *Z problematyki zakazów dowodowych w postępowaniu karnym*, Warszawa 2019, s. 350.

[18] R. Kmiecik, *Dopuszczalność dowodu obciążającego z protokołu zeznań oskarżonego przesłuchanego w charakterze świadka*, „Państwo i Prawo" 1995/10–11, s. 130–134.

[19] M. Rusinek, *Z problematyki...*, s. 126–127.

świadków, są w znakomitej większości osoby o niskiej świadomości prawnej, mogące nie zdawać sobie sprawy z konsekwencji procesowych wykorzystania dowodów, o które wnioskują. Praktyka pokazuje również, że nie jest możliwe przewidzenie, czy w wyniku przeprowadzenia konkretnego dowodu oskarżony odniesie korzyść, czy pogorszy swoją sytuację procesową[20]. Ocena *a priori* zawartej we wniosku tezy dowodowej, jeśli się przyjmie za kryterium „przydatność" lub „korzystność" dla oskarżonego, jest w znaczącej liczbie spraw niemożliwa. Konieczne jest zatem zaliczenie zakazu dowodowego wynikającego z art. 389 § 1 k.p.k. do zbioru zakazów bezwarunkowych. Tylko wtedy możliwe będzie realne zagwarantowanie pełnej ochrony interesów oskarżonego. Poza tym wykładnia przepisów musi być jednolita i mieć walor ogólnie obowiązujący, a nie być zmienna i każdorazowo dostosowywana do indywidualnego interesu którejś ze stron[21]. Pogląd uzależniający możliwość zastosowania zakazu dowodowego z art. 389 § 1 k.p.k. od interesu oskarżonego należy zatem zdecydowanie odrzucić.

Przedstawiony w telegraficznym skrócie problem stanowi jednak wierzchołek góry lodowej. Czynność przesłuchania powoduje u osób, które znajdują się w zasięgu słyszalności wypowiadanych słów, odbicie w ich świadomości treści składanych zeznań. Zagadnienie to zostało tylko częściowo poruszone i rozwiązane przez orzecznictwo. Osobą uczestniczącą zawsze w przesłuchaniu, oprócz samego świadka lub oskarżonego, jest podmiot będący dysponentem określonego odcinka postępowania karnego, pełniący rolę osoby przesłuchującej. W postępowaniu przygotowawczym może być to Prokuratura, Policja, Straż Graniczna, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Krajowa Administracja Skarbowa, Centralne Biuro Antykorupcyjne oraz Żandarmeria Wojskowa. Wynika to wprost z art. 298 § 1 w zw. z art. 312 k.p.k. W postępowaniu sądowym czynność tę przeprowadza sąd, dopuszczając jednocześnie pytania stron[22]. Pojawia się tym samym pokusa do odtworzenia zeznań świadka, będącego następnie oskarżonym, poprzez przesłuchanie osoby odbierającej zeznanie. Pozwoliłoby to na obejście zakazu zawartego w art. 389 § 1 k.p.k., uniemożliwiającego wykorzystanie w toku postępowania sądowego sporządzonego wcześniej protokołu zeznań. Orzecznictwo wypowiedziało się w tym temacie jednoznacznie, zakazując zastępowania złożonych zeznań przesłuchaniem osoby przesłuchującej[23].

Problem ma jednak zdecydowanie szerszy charakter. Zarówno w postępowaniu karnym, jak i postępowaniu cywilnym rozprawy są co do zasady publiczne. Artykuł 45 ust. 1 Konstytucji[24] stanowi o tym, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy. Abstrakcyjnie rozumiana zasada jawności

[20] M. Błoński, *Zmiana...*, s. 25.
[21] Wyrok SN z 22.11.1974 r. (IV KR 426/73), OSNKW 1975/3–4, poz. 42.
[22] Z. Niezgoda, *Kryminalistyczne aspekty przesłuchania świadka*, „Prokuratura i Prawo" 2007/2, s. 77.
[23] Wyrok SN z 20.08.1970 r. (I KR 82/70), OSNPG 1970/11–12, poz. 157.
[24] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

(publiczności) pozwala przyjąć, że proces karny jest co do zasady jawny wobec wszystkich[25]. Zasadę tę uszczegóławiają art. 355 k.p.k. oraz art. 356 k.p.k., zgodnie z którymi rozprawy i posiedzenia są dostępne dla publiczności. Podobnie, na zasadzie art. 9 Kodeksu postępowania cywilnego[26], rozpoznawanie spraw w postępowaniu cywilnym odbywa się jawnie, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Konsekwencją tych regulacji jest uprawnienie do uczestnictwa w dokonywanej podczas rozprawy czynności przesłuchania szerokiego kręgu osób, oprócz samego podmiotu przesłuchującego, czyli sądu.

Praktyka życia pokazuje, że możliwy jest układ procesowy, gdzie jedynym ustaleniem faktycznym, świadczącym o winie oskarżonego, będzie twierdzenie wypowiedziane przez niego podczas przesłuchania w toku całkowicie innego postępowania. Tytułem przykładu można wyobrazić sobie sytuację polegającą na tym, że osoba oskarżona o konkretny czyn przyzna się do jego popełnienia (opisze zdarzenie faktyczne), zeznając w charakterze świadka podczas rozprawy cywilnej. Oprócz protokołu przesłuchania sporządzonego w trakcie owego posiedzenia nie będą istnieć żadne inne źródła i środki dowodowe umożliwiające przypisanie odpowiedzialności karnej oskarżonemu. Rozprawa dotycząca sprawy cywilnej była publiczna, zatem treść wypowiadanych przez oskarżonego (występującego wtedy w charakterze świadka) słów usłyszał zarówno sąd, strony, jak i pozostali uczestnicy postępowania, a także osoby występujące wtedy w charakterze publiczności. Zakładając, że sprawa dotyczyła najbliższej rodziny oskarżonego, możemy domniemywać, iż w przypadku postępowania karnego jako świadkowie wezwane zostaną te same osoby. Sąd, oskarżyciel publiczny lub oskarżyciel posiłkowy w celu urzeczywistnienia trafnej reakcji karnej zada im w toku przesłuchania pytanie dotyczące okoliczności popełnienia czynu zabronionego przez oskarżonego, które to okoliczności oskarżony sam opisał podczas rozprawy cywilnej. Jedynym źródłem wiedzy świadków na temat zdarzenia, w którym uczestniczyli, jest przesłuchanie oskarżonego, występującego wtedy w charakterze świadka. Z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można przewidzieć, że treść zeznań tych osób, złożonych w postępowaniu karnym, stanowić będzie substytut zeznań oskarżonego, złożonych we wspominanym postępowaniu cywilnym. Dojdzie więc *de facto* do posłużenia się zakazanym środkiem dowodowym mimo potencjalnego nieprzyznania się do winy oraz odmowy składania wyjaśnień i odpowiedzi na pytania (art. 175 § 1 k.p.k.) przez oskarżonego.

Powstaje tym samym pytanie, czy dozwolone będzie oparcie rozstrzygnięcia na ustaleniu faktycznym, które powstało na skutek takiego dowodzenia. Co więcej, należy zastanowić się, czy czynność przesłuchania owych świadków nie jest objęta zakazem wykorzystania w procesie opisanych środków dowodowych. Wykładnia językowa art. 389 § 1 k.p.k. nie udziela odpowiedzi

[25] M. Cieślak, *Polska...*, Warszawa 1984, s. 313.

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

na to pytanie. Wydaje się, że zakaz wynikający z zestawienia art. 389 § 1 k.p.k. i art. 391 § 2 k.p.k. należy dekodować szeroko. Jest to konieczne pomimo utrwalonej w judykaturze zasady nakazującej zastosowanie wykładni stwierdzającej wobec zakazów dowodowych. W przedstawionym *casusie* dochodzi *in concreto* do próby ustalenia prawdy kosztem podstawowych praw oskarżonego w procesie, a dokładnie naruszenia jego prawa do obrony. W tej sytuacji przepisy regulujące materię zakazów dowodowych mogą i powinny być interpretowane rozszerzająco[27]. Za niedozwolone powinno zostać zatem uznane odtwarzanie uprzednich zeznań oskarżonego w charakterze świadka także w inny sposób niż tylko poprzez odczytanie protokołów na rozprawie[28] oraz przesłuchanie osoby, która prowadziła czynność przesłuchania. Przemawiają za tym zarówno względy funkcjonalne, jak i systemowe. Uznanie takiego dowodu za legalny stawiałoby osobę zeznającą w sytuacji bez wyjścia, z jednej strony bowiem ciąży na niej obowiązek złożenia zeznań na podstawie art. 177 § 1 k.p.k. lub art. 261 § k.p.c., a z drugiej nie ma ona wpływu na ograniczenie liczby uczestników rozprawy czy posiedzenia. Spełniając ustawowy obowiązek, przesłuchiwany działa w pośredni sposób na swoją niekorzyść, ponieważ osoby trzecie biorące udział w czynności mogą w następczym postępowaniu karnym odtworzyć jego zeznanie, duplikując materiał procesowy objęty zakazem dowodowym z art. 389 § 1 k.p.k.

3. ANALOGIA POMIĘDZY ZAKAZEM ODCZYTYWANIA PROTOKOŁÓW ZEZNAŃ OSKARŻONEGO A ZAKAZAMI Z ART. 178 PKT 2 K.P.K. ORAZ ART. 186 § 1 K.P.K.

Z bardzo zbliżoną wątpliwością wykładniczą osoba interpretująca mierzy się również na gruncie wspomnianego już art. 178 pkt 2 k.p.k. Literalne brzmienie tego przepisu powoduje pewne problemy interpretacyjne, niemniej zagadnienia dotyczące wykładni pojęć „duchowny", „spowiedź" oraz jej zakresu i przedmiotu w dużej mierze przekraczają ramy niniejszego opracowania. Stosowanie tej normy przyczyniło się jednak do wystąpienia w praktyce stanów faktycznych bardzo zbliżonych do przedstawionych wcześniej układów procesowych. Mianowicie łatwo wyobrazić sobie kazus, w którym spowiedź danej osoby podsłuchana została przez osobę trzecią lub penitent korzystał w trakcie sakramentu z pomocy tłumacza. Wykładnia literalna normy z art. 178 pkt 2 k.p.k. nie rozwiązuje wątpliwości, czy zakaz dowodowy obejmuje także te osoby. Doktryna wskazuje, że zawężenie omawianego zakazu dowodowego tylko do osoby duchownej spowodowałoby brak pełnej ochrony wolności religii i jej wyznania, których zabezpieczenie stanowi *ratio legis* przepisu[29]. Wierzący postawiony jest bowiem przed trudnym wyborem: wyspowiadanie się, zwiększenie szansy na

[27] Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, s. 59–62.
[28] Postanowienie SN z 28.02.2002 r. (IV KKN 13/02), LEX nr 53058.
[29] R.A. Stefański, S. Zabłocki (w:) R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, komentarz do art. 178, teza 7.

zbawienie i jednoczesne narażenie się na odpowiedzialność karną albo rezygnacja z sakramentu pokuty i tym samym minimalizacja szansy przypisania mu winy w postępowaniu[30]. Interpretacja przeciwna przepisu byłaby również sprzeczna z aksjologią opisanego zakazu dowodowego, a także z art. 53 ust. 1 Konstytucji oraz art. 25 ust. 3 Konstytucji[31].

Bezpośredniej odpowiedzi na postawiony problem udziela Kodeks prawa kanonicznego[32]. Kanon 983 stanowi, że tajemnica spowiedzi[33] jest nienaruszalna, dlatego nie wolno spowiednikowi słowami lub w jakikolwiek inny sposób i dla jakiejkolwiek przyczyny w czymkolwiek zdradzić penitenta. Paragraf 2 przytoczonej jednostki redakcyjnej tekstu rozszerza zakres podmiotowy obowiązku zachowania sekretu spowiedzi[34] na tłumacza oraz wszystkich, którzy w jakikolwiek sposób zdobyli ze spowiedzi wiadomości o grzechach. Zarówno spowiednik, jak i osoba trzecia, którzy ujawniliby wiadomości objęte sekretem spowiedzi, podlegają oczywiście, bez względu na interpretację art. 178 pkt 2 k.p.k., sankcji na gruncie prawa kanonicznego. Zgodnie z kan. 1388 § 1 Kodeksu prawa kanonicznego spowiednik naruszający bezpośrednio tajemnicę sakramentalną podlega ekskomunice. Tłumacz oraz pozostałe osoby wspomniane w kan. 983 § 2 Kodeksu prawa kanonicznego za bezpośrednie lub pośrednie naruszenie sekretu spowiedzi powinni zostać ukarani sprawiedliwą karą, nie wyłączając ekskomuniki[35]. Należy jednak zauważyć, że w przypadku podsłuchującego spowiedź ateisty tego typu sankcja nie stanowi żadnej rzeczywistej dolegliwości. Warty odnotowania jest również fakt, że przesłuchanie duchownego w charakterze świadka co do faktów objętych tajemnicą spowiedzi, o których duchowny powziął wiedzę wcześniej (np. w trakcie niezobowiązującej rozmowy lub będąc świadkiem zdarzenia), powinno być całkowicie dopuszczalne. Nie ma w tym przypadku znaczenia przyjęta przez organ interpretacja art. 178 pkt 2 k.p.k., ponieważ pamięć świadka zarejestrowała informacje o danym czynie w innych okolicznościach niż w trakcie chronionej, zarówno na gruncie prawa powszechnie obowiązującego, jak i kanonicznego, spowiedzi. Problematyczna pozostaje jedynie kwestia odseparowania wiedzy zdobytej w trakcie bycia naocznym

[30] S. Kowalski, M. Skibińska, *Tajemnica spowiedzi w regulacjach Kodeksu postępowania cywilnego i Kodeksu postępowania karnego – uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda*, „Przegląd Legislacyjny" 2021/2, s. 55.

[31] M. Tomkiewicz, *„Tajemnica spowiedzi" i „tajemnica duszpasterska" w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2012/2, s. 50–57.

[32] A. Flisek, W. Żelazowska, *Kodeks prawa kanonicznego z 1983 r.*, Warszawa 2014.

[33] Tajemnica spowiedzi nazywana jest również pieczęcią sakramentalną – zob. M. Pastuszko, *Sakrament pokuty i pojednania*, Kielce 1999, s. 396.

[34] Zob. T. Rincòn-Pérez (w:) *Codex Iuris Canonici. Kodeks prawa kanonicznego. Komentarz*, red. wydania polskiego P. Majer, Kraków 2011. Rzetelność naukowa nakazuje rozróżnić tajemnicę spowiedzi (*sacramentale sigillum*), która obowiązuje jedynie spowiednika, oraz sekret spowiedzi obowiązujący tłumacza oraz osoby, które weszły w posiadanie wiadomości o grzechach wyznawanych podczas spowiedzi.

[35] M. Pastuszko, *Sakrament...*, s. 401.

świadkiem zdarzenia od powziętej podczas sakramentu[36]. Stany faktyczne tego rodzaju należy jednak badać *in concreto*, a nie w sposób abstrakcyjny. Dodatkowo w doktrynie przyjmuje się, że omawiany zakaz dowodowy dotyczy także materiałów zawierających informacje objęte tajemnicą spowiedzi, takich jak np. „listy grzechów"[37]. Wykładnia systemowa i funkcjonalna nakazuje zatem interpretować art. 178 pkt 2 k.p.k. rozszerzająco i objąć treścią normy osoby trzecie podsłuchujące lub uczestniczące w spowiedzi.

Analogiczna luka występuje na gruncie art. 186 § 1 k.p.k. ustanawiającego zakaz dowodowy uniemożliwiający posłużenie się zeznaniem osoby, która nie później niż przed rozpoczęciem pierwszego zeznania w postępowaniu sądowym oświadczyła, że chce skorzystać z prawa do odmowy zeznań. Przytoczona norma ma doniosłe znaczenie w procesie karnym, ponieważ jej brak skutkowałby możliwością skorzystania z wcześniej złożonych zeznań świadka, co byłoby równoznaczne z uznaniem prawa odmowy zeznań i prawa do wnioskowania o zwolnienie z nich za gwarancje iluzoryczne. Przychylam się do poglądu K. Marszała, zaliczającego przytoczony zakaz, podobnie jak normę z art. 389 § 1 k.p.k., do grupy zakazów o charakterze bezwzględnym. Charakteryzują się one tym, że wyłączenie danego dowodu z procesu ma charakter absolutny[38]. Za prawidłowy należy uznać także pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy, zgodnie z którym świadek, korzystający na rozprawie przed sądem z prawa do odmowy zeznań, przestaje istnieć w sprawie jako osobowe źródło dowodowe w tym zakresie. Żadne z jego wypowiedzi nie mogą być przed sądem odtworzone, bez względu na to, w jaki sposób zostały one utrwalone (za pomocą protokołu, taśmy magnetofonowej, filmu, fotografii czy innych środków). Dodatkowo wszelkie próby rekonstrukcji zeznań osoby, która skorzystała z przysługującego jej prawa do odmowy zeznań, poprzez jakiekolwiek środki dowodowe (czy to za pomocą świadków, czy urządzeń technicznych) stanowią w istocie obejście ustawy[39]. Potencjalnie do odtworzenia owych zeznań może dojść poprzez np. przesłuchanie przesłuchującego (funkcjonariusza Policji), protokolanta, osoby towarzyszącej, biegłego lub tłumacza[40], które to osoby powzięły przedmiotową wiedzę, uczestnicząc w poprzedniej czynności procesowej. Przeprowadzenie w toku postępowania dowodu z przesłuchania podmiotu odbierającego zeznanie lub jakiejkolwiek innej osoby trzeciej obecnej w trakcie przesłuchania powinno być zatem zakwalifikowane, analogiczne jak na gruncie art. 389 § 1 k.p.k., jako złamanie zakazu dowodowego. Z oczywistych względów zakazem nie są objęte dowody przeprowadzone na okoliczność prywatnych rozmów świadka na temat przebiegu zdarzenia roztrząsanego w toku obu postępowań[41].

[36] S. Kowalski, M. Skibińska, *Tajemnica...*, s. 65.
[37] R.A. Stefański, S. Zabłocki (w:) R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, komentarz do art. 178, teza 7.
[38] K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 2005, s. 240–242.
[39] Wyrok SN z 16.02.1988 r. (IV KR 13/88), LEX nr 22047.
[40] Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 19.10.1995 r. (II AKr 247/95), OSA 1996/1, poz. 19.
[41] Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 25.10.2006 r. (II AKa 216/06), LEX nr 203371.

Wydaje się, że w każdym z przedstawionych przykładów należy uznać za niedozwolone wykorzystanie środków dowodowych, których substrat stanowią: zeznanie oskarżonego, informacje objęte tajemnicą spowiedzi oraz zeznanie świadka, który odmówił lub został zwolniony z obowiązku złożenia zeznania.

4. ZASTOSOWANIE ART. 389 § 1 K.P.K. NA GRUNCIE KODEKSU KARNEGO SKARBOWEGO ORAZ PRAWA PODATKOWEGO

Powstaje jednak pytanie, w jaki sposób zaradzić problemowi możliwości wykorzystania zeznań osoby trzeciej, uczestniczącej w czynności przesłuchania oskarżonego (świadka), w postępowaniach, gdzie zeznanie stanowi podstawowy środek dowodowy, na którym oparte jest oskarżenie – tak jak np. w postępowaniach toczących się na podstawie art. 233 k.k., czyli w sprawach dotyczących składania fałszywych zeznań. Doktryna i orzecznictwo jednogłośnie wypowiedziały się w tym aspekcie, uznając, że dopuszczalne jest odczytanie na rozprawie protokołów zeznań złożonych przez oskarżonego w charakterze świadka jako „innego dokumentu", o którym mowa w art. 393 § 1 k.p.k. – lecz tylko we fragmentach zawierających treść fałszywych zeznań[42]. Problem ma jednak charakter w pewnym stopniu pozorny, nie dochodzi bowiem do zmiany statusu ze świadka na oskarżonego, lecz następuje wszczęcie nowego postępowania, którego przedmiotem jest kwestia odpowiedzialności karnej świadka za złożenie fałszywych zeznań[43]. Przeprowadzenie takiego dowodu umożliwia odtworzenie treści zeznania jako czynności wykonawczej przestępstwa. Protokół nie stanowi zatem środka służącego odtworzeniu zdarzenia, lecz treści depozycji procesowej.

Co do zasady możliwe jest także przeprowadzenie dowodu z protokołu oraz zeznań świadka obecnego w trakcie składania przez oskarżonego zeznań, jeżeli wypowiedzi oskarżonego zrealizowały znamiona któregoś z typów czynów zabronionych: zniesławienia (art. 212 § 1 k.k.), zniewagi (art. 216 § 1 k.k.), fałszywego oskarżenia (art. 234 k.k.), nawoływania do przestępstwa (art. 255 § 1 i 2 k.k.), pochwały przestępstwa (art. 255 § 3 k.k.), ujawnienia tajemnicy państwowej (art. 265 § 1 k.k.), ujawnienia tajemnicy służbowej (art. 266 § 1 i 2 k.k.). Taka czynność dowodowa jest jednak możliwa wyłącznie w postępowaniu karnym, którego przedmiotem jest ten właśnie czyn popełniony przez oskarżonego w trakcie zeznania.

W systemie występuje natomiast znaczna liczba postępowań, w których dany podmiot obowiązany jest do złożenia w określonym terminie „zeznania". Kodeks karny skarbowy[44] posługuje się w wielu typach czynów zabronionych znamieniem „deklaracji", opisującym czynność sprawczą. Ma to miejsce między innymi w art. 54, 56 czy art. 79 k.k.s. Tytułem przykładu, na podstawie art. 56 k.k.s. karze podlega podatnik, który składając organowi podatkowemu, innemu uprawnionemu organowi lub płatnikowi deklarację lub oświadczenie, podaje nieprawdę

[42] Uchwała SN z 20.06.1991 r. (I KZP 12/91), OSNKW 1991/10–12, poz. 46.
[43] M. Błoński, *Zmiana...*, s. 26–27.
[44] Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2022 r. poz. 859 ze zm.) dalej: k.k.s.

lub zataja prawdę albo nie dopełnia obowiązku zawiadomienia o zmianie objętych nimi danych. Ustawa karnoskarbowa, posługując się terminem „deklaracja", odwołuje się wprost do definicji zawartej w art. 3 ust. 5 Ordynacji podatkowej[45], zgodnie z którym poprzez „deklarację" rozumie się również zeznania, wykazy, zestawienia, sprawozdania oraz informacje, do których składania obowiązani są, na podstawie przepisów prawa podatkowego, podatnicy, płatnicy i inkasenci[46]. Z kolei art. 113 k.k.s. nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe. Nasuwa to wątpliwość, czy poprzez klauzulę odsyłającą z art. 113 k.k.s. możliwe jest odpowiednie zastosowanie art. 389 § 1 k.p.k. w sprawach, w których zachowanie sprawcy zostało zakwalifikowane na podstawie jednego z wyszczególnionych przepisów Kodeksu karnego skarbowego. Uściślając, należy ustalić, czy wybrane deklaracje (zeznania) na gruncie art. 3 ust. 5 o.p. stanowią desygnaty pojęcia „zeznanie" zawartego w art. 389 § 1 k.p.k.

Stworzenie enumeratywnego wyliczenia postępowań podatkowych, w których dochodzi do złożenia „zeznania" *per se*, jest zadaniem wyjątkowo trudnym, dlatego na potrzeby krótkiej analizy zawartej w tym opracowaniu wystarczające musi pozostać wyliczenie egzemplifikacyjne. Artykuł 45 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych stanowi[47], że „podatnicy są obowiązani składać urzędom skarbowym zeznanie (...)". Podobnie, zgodnie z art. 27 ust. 1 ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych[48], „podatnicy, (...), są obowiązani, z zastrzeżeniem ust. 2a, składać urzędom skarbowym zeznanie", „według ustalonego wzoru, o wysokości dochodu osiągniętego (straty poniesionej) w roku podatkowym (...)"[49]. Także na podstawie ustawy o podatku od spadków i darowizn[50], a dokładnie art. 17a ust. 1, podatnicy zobowiązani są złożyć właściwemu naczelnikowi urzędu skarbowego zeznanie podatkowe o nabyciu rzeczy lub praw majątkowych według ustalonego wzoru. Pomimo tego, że pod względem semantycznym każda z przytoczonych ustaw podatkowych oraz Kodeks postępowania karnego posługują się tym samym terminem – „zeznanie", to zakres podmiotowy i przedmiotowy zastosowania analizowanych porównawczo norm jest całkowicie odmienny. Artykuł 389 § 1 k.p.k. mówi wprost w swojej treści o „protokołach wyjaśnień złożonych poprzednio w charakterze oskarżonego", *a contrario* niedopuszczalne jest posłużenie się protokołami zeznań złożonymi przez oskarżonego występującego wcześniej w charakterze świadka. Zauważyć

[45] Ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2021 r. poz. 1540 ze zm.), dalej: o.p.

[46] G. Łabuda (w:) P. Kardas, T. Razowski, G. Łabuda, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2017, komentarz do art. 54, teza 20.

[47] Ustawa z 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1128 ze zm.).

[48] Ustawa z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1800 ze zm.).

[49] M. Popławski (w:) *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, t. 1, *Zobowiązania podatkowe. Art. 1–119zzk*, red. L. Etel, Warszawa 2022, komentarz do art. 3, teza 6.

[50] Ustawa z 28.07.1983 r. o podatku od spadków i darowizn (Dz.U. z 2021 r. poz. 1043).

należy, że zeznania podatkowe nie stanowią dokumentu tego samego rodzaju co protokoły (sporządzone w postępowaniu karnym, cywilnym itd.). Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 11.02.2009 r.[51] wskazał, że „deklaracja", pod którą kryje się także „zeznanie", stanowi zbiorcze pojęcie obejmujące wszelkie dokumenty składane przez podatników, płatników i inkasentów, obejmujące ich oświadczenia decydujące o powstaniu zobowiązania podatkowego. Poprzez te właśnie dane organy podatkowe są w stanie kontrolować prawidłowość wywiązywania się przez wymienione podmioty z ciążących na nich obowiązków bądź otrzymują informacje konieczne do wymierzenia podatku. Stanowią one zatem w zdecydowanej większości oświadczenia wiedzy, ale mogą zawierać wolę podatnika. Z drugiej strony protokół w postępowaniu karnym to dokument sprawozdawczy, który stanowi podstawowy sposób utrwalania czynności procesowych i dokumentowania sposobu i przebiegu ich przeprowadzenia[52]. Wydaje się więc, że funkcja obydwu nośników tekstu jest odmienna.

Co więcej, zakres podmiotowy analizowanych norm nie pokrywa się w żadnym stopniu. Artykuł 389 § 1 k.p.k. wymienia oskarżonego (podejrzanego) oraz świadka, z kolei ustawy podatkowe regulują czynności dokonywane głównie przez podatnika, a także płatnika czy inkasenta.

Należy zatem całkowicie wykluczyć możliwość zastosowania zakazu dowodowego z art. 389 § 1 k.p.k. w postępowaniach karnych skarbowych w stosunku do dowodów z dokumentów, którymi są deklaracje podatkowe – *in concreto* zeznania podatkowe, składane przez podatnika, płatnika lub inkasenta. Zastosowanie art. 389 § 1 k.p.k. w postępowaniach, w których zachowanie sprawcy zostało zakwalifikowane na podstawie jednego z typów zawartych w rozdziale 6 Kodeksu karnego skarbowego, jest jak najbardziej dopuszczalne, ale w stosunku do wyjaśnień złożonych przez oskarżonego przed finansowymi lub niefinansowymi organami postępowania przygotowawczego, a nie znajdujących się w aktach sprawy deklaracji podatkowych.

5. WNIOSKI

Bezsprzeczne jest, że w toku procesu należy dążyć do wszechstronnego wyjaśnienia sprawy, wynika to bowiem z treści art. 366 § 1 k.p.k. Normy poddane analizie ograniczają w znaczący sposób organy procesowe, które starają się zapewnić pełną realizację zasady prawdy materialnej oraz trafnej reakcji karnej. Chronią one jednak wartości na tyle istotne w życiu społecznym, że ich naruszenie spowodowałoby z dużym prawdopodobieństwem skutki gorsze niż ograniczenie działania organów w realizacji celów procesu[53]. Stosując wykładnię językową, należałoby dojść do wniosku, że zakaz wynikający z art. 389

[51] Wyrok NSA z 11.02.2009 r. (I FSK 1551/07), LEX nr 593629.

[52] J. Skorupka (w:) *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–166*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017, komentarz do art. 143, teza 2.

[53] A. Gaberle, *Dowody...*, s. 309.

§ 1 k.p.k. i art. 391 § 2 k.p.k. odnosi się tylko do protokołów zeznań złożonych poprzednio przez oskarżonego (występującego wtedy w charakterze świadka) w tej samej lub innej sprawie. Na tym można by teoretycznie zakończyć rozważania. Przedstawiony został jednak szereg argumentów, na podstawie których poprzestanie na wykładni gramatycznej wydaje się błędem. Oparcie rozstrzygnięcia na dowodzie będącym zeznaniem świadka obecnego w trakcie przesłuchania (późniejszego) oskarżonego godziłoby w wiele zasad procesowych, stanowiących filary procedury.

Przede wszystkim pogwałcone zostaje konstytucyjnie chronione prawo do obrony oskarżonego. Oskarżony może bez podania przyczyny odmówić składania wyjaśnień, odmówić odpowiedzi na pytanie oraz bronić się w inny, przewidziany przez ustawę, sposób, jeżeli w jego mniemaniu pozwoli to odeprzeć zarzuty oskarżyciela[54]. Świadek takowych uprawnień nie posiada.

Naruszenia doznaje również zasada *nemo se ipsum accusare tenetur*, oznaczająca z jednej strony brak obowiązku po stronie oskarżonego dowodzenia swojej niewinności, a z drugiej zakaz zmuszania do dostarczenia organom procesowym dowodów przeciwko sobie[55]. Interpretacja zawężająca art. 389 § 1 k.p.k., w sytuacji braku wpływu świadka na skład osobowy przesłuchania, byłaby równoznaczna z nakazem samooskarżenia, ze względu na ciążący na świadku, opatrzony sankcją, obowiązek złożenia zeznań z art. 177 § 1 k.p.k.

Takie działanie z dużym prawdopodobieństwem byłoby również nie do pogodzenia z metazasadą demokratycznego państwa prawnego, wyrażoną w art. 2 Konstytucji. Zasada zaufania obywateli do państwa i tworzonego przez nie prawa, będąca uszczegółowieniem art. 2 Konstytucji, powinna wzbudzać u obywateli przekonanie, że postępowanie zgodnie z obowiązującym prawem wpłynie na ich korzyść[56]. Układ faktyczny, w którym obywatel, poprzez wykonanie ustawowego obowiązku stawiennictwa i zeznawania, równolegle tworzy grunt pod wytworzenie dowodu mogącego przyczynić się do pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej, jest wewnętrznie sprzeczny.

Przy zastosowaniu zarówno wykładni funkcjonalnej, jak i systemowej[57] otrzymany rezultat interpretacyjny jest całkowicie odmienny niż przy użyciu wykładni językowej. Substytuowanie dowodu z zeznań oskarżonego zeznaniami podmiotu obecnego w toku przesłuchania całkowicie przeczy podłożu aksjologicznemu omówionej normy. Praktyka procesowa pokazała, że stosowanie zakazów dowodowych z art. 178 pkt 2 k.p.k. oraz art. 186 § 1 k.p.k. doprowadziło do obnażenia podobnych (a w zasadzie analogicznych) luk prawnych. Na gruncie obu wskazanych norm wątpliwości zostały jednak rozstrzygnięte przez doktrynę i orzecznictwo w sposób jednoznaczny. Z kolei w przypadku zakazu do-

[54] Z. Kwiatkowski, *Zakazy...*, s. 90–91.

[55] Wyrok SN z 15.10.2015 r. (III KK 206/15), LEX nr 1948886.

[56] J. Węglińska, *Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jako dyrektywa poprawnej legislacji*, „Prawo w Działaniu" 2020/42, s. 174–176.

[57] Z. Ziembiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2014, s. 237–245.

wodowego opisanego przez art. 389 § 1 k.p.k. orzecznictwo wypowiedziało się tylko na temat dopuszczalności następczego przesłuchania funkcjonariusza[58]. Pomiędzy przesłuchaniem funkcjonariusza prowadzącego uprzednią czynność procesową a przesłuchaniem osoby postronnej, która w niej uczestniczy, nie istnieje żadna ontologicznie postrzegalna różnica. Wydaje się więc, że postawiona w artykule teza o konieczności wyłączenia tego środka dowodowego jest jak najbardziej słuszna. Jedyny wyjątek stanowi wspomniany układ procesowy, w którym oskarżony, składając swoją depozycję procesową, zrealizowałby jednocześnie znamiona któregoś z typów opisanych przez Kodeks karny.

Należy zatem uznać, że dowodzenie za pomocą przesłuchania osoby, obecnej w trakcie składania zeznań przez oskarżonego, na okoliczność popełnienia przez niego czynu zabronionego, jest niedopuszczalne. Przyjęcie poglądu przeciwnego doprowadziłoby do obejścia prawa na skutek zastosowanej błędnie wykładni.

ABSTRACT

Daniel Brodowski

The author is a fifth-year law student at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow, a seminarian at the Criminal Law Department, a member of the Criminal Law Section of the Legal Clinic.

The issue of extending the rule of exclusion (resulting from Article 389 § 1 of the Code of Criminal Procedure) in respect of the bystanders participating in a hearing

Applying in practice the rule of exclusion (resulting from Article 389 § 1 of the Code of Criminal Procedure) has raised a lot of interpretation doubts. The issue of extending the above- mentioned law in respect of the bystanders participating in the hearing of a witness (who becomes the accused) has not been brought up in the literature of the subject yet. The extension in question would exclude the protocols for taking testimonies of bystanders from evidentiary proceedings. In the author's opinion, this thesis should be considered justified, which may be supported both by the systematic and functional interpretation as well as by reasoning by analogy.

Keywords: *criminal trial, rules of exclusion, hearing, witness testimony, statements of the accused, protocol for taking testimony, right to defence*

[58] Zob. wyrok SN z 28.06.1983 r. (IV KR 110/83), LEX nr 694560; wyrok SN z 20.08.1970 r. (I KR 82/70), OSNPG 1970/11–12, poz. 157.

Daniel Brodowski
ORCID: 0000-0001-6134-2977; e-mail: daniel.brodowski@student.uj.edu.pl

Autor jest studentem V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, seminarzystą w Katedrze Prawa Karnego, członkiem Sekcji Karnej Studenckiej Poradni Prawnej.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Błoński Michał, *Zmiana ról procesowych a możliwość wykorzystywania protokołów wyjaśnień oskarżonego i zeznań świadka*, „Palestra" 2018/5

Cieślak Marian, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984

Flisek Aneta, Żelazowska Wioletta, *Kodeks prawa kanonicznego z 1983 r.*, Warszawa 2014

Gaberle Andrzej, *Dowody w sądowym procesie karnym. Teoria i praktyka*, Warszawa 2010

Kmiecik Romuald, *Dopuszczalność dowodu obciążającego z protokołu zeznań oskarżonego przesłuchanego w charakterze świadka*, „Państwo i Prawo" 1995/10–11

Kowalski Sebastian, Skibińska Magdalena, *Tajemnica spowiedzi w regulacjach Kodeksu postępowania cywilnego i Kodeksu postępowania karnego – uwagi de lege lata i postulaty de lege ferenda*, „Przegląd Legislacyjny" 2021/2

Kwiatkowski Zbigniew, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Zakamycze 2005

Łabuda Grzegorz (w:) P. Kardas, T. Razowski, G. Łabuda, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2017

Marszał Kazimierz, *Proces karny*, Katowice 2005

Niezgoda Zbigniew, *Kryminalistyczne aspekty przesłuchania świadka*, „Prokuratura i Prawo" 2007/2

Pastuszko Marian, *Sakrament pokuty i pojednania*, Kielce 1999

Pohl Łukasz, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień przez oskarżonego w polskim postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2006/6

Popławski Mariusz (w:) *Ordynacja podatkowa. Komentarz*, t. 1, *Zobowiązania podatkowe. Art. 1–119zzk*, red. L. Etel, Warszawa 2022

Rincón-Pérez Tomás (w:) *Codex Iuris Canonici. Kodeks prawa kanonicznego. Komentarz*, red. wydania polskiego P. Majer, Kraków 2011

Rusinek Michał, *Z problematyki zakazów dowodowych w postępowaniu karnym*, Warszawa 2019

Skorupka Jerzy (w:) *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz do art. 1–166*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2017

Stefański Ryszard A., Zabłocki Stanisław (w:) R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego*, t. 3, *Komentarz do art. 297–424*, Warszawa 2021

Tomkiewicz Małgorzata, *„Tajemnica spowiedzi" i „tajemnica duszpasterska" w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo" 2012/2

Waltoś Stanisław, Hofmański Piotr, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2020

Węglińska Justyna, *Zasada ochrony zaufania obywateli do państwa i do stanowionego przez nie prawa jako dyrektywa poprawnej legislacji*, „Prawo w Działaniu" 2020/42

Wiliński Paweł, *Składanie nieprawdziwych wyjaśnień w postępowaniu karnym – artykuł polemiczny*, „Prokuratura i Prawo" 2007/2

Ziembiński Zygmunt, *Logika praktyczna*, Warszawa 2014

Pojęcia kluczowe: *nowa ustawa deweloperska, przepisy karne w ustawie deweloperskiej, prospekt informacyjny*

Artykuły

Maciej Śledź

PRZEPISY KARNE W USTAWIE DEWELOPERSKIEJ

1. WPROWADZENIE

Ustawa z 20.05.2021 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego oraz Deweloperskim Funduszu Gwarancyjnym[1] (dalej ustawa deweloperska) kończy się, jak znakomita większość ustaw w polskim porządku prawnym, szeregiem przepisów o charakterze karnym. Zadaniem tych przepisów jest zmotywowanie deweloperów do sumiennego wykonywania licznych obowiązków służących ochronie nabywców, które ustawa deweloperska na nich nakłada.

Można się zastanawiać, czy sięganie do regulacji o charakterze karnym ma w tym przypadku sens. Jeśli sięgniemy do art. 57–62 ustawy deweloperskiej, zauważymy, że odpowiedzialności karnej (lub wykroczeniowej) podlegają takie kwestie, jak brak zapewnienia nabywcy rachunku powierniczego, podanie nieprawdziwych danych w prospekcie informacyjnym, brak zgody wierzyciela hipotecznego na bezobciążeniowe przeniesienie własności czy dokonywanie wypłat z rachunków powierniczych niezgodnie z regulacjami ustawy deweloperskiej.

Pytanie o sens takiej regulacji wynika z dwóch problemów, które zawsze będą wiązały się z zagadnieniem odpowiedzialności karnej. Po pierwsze, jest to problem proporcjonalności regulacji przewidującej tego rodzaju odpowiedzialność do jej przedmiotu. Jeśli wyobrazimy sobie scenę w celi zakładu karnego, w której siedzi dwóch więźniów, i na pytanie jednego: „za co siedzisz?" drugi odpowiada: „za podanie nieprawdy w prospekcie informacyjnym", będzie jasne, że

[1] Ustawa z 20.05.2021 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego oraz Deweloperskim Funduszu Gwarancyjnym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1177).

 DOI: 10.54383/0031-0344.2023.4.6

ustawodawca zagalopował się, wprowadzając przestępstwo z art. 57 ustawy deweloperskiej przewidujące karę pozbawienia wolności do lat dwóch za tego rodzaju czyn. Zresztą kara pozbawienia wolności, która – nie oszukujmy się – zapewne nigdy nie zostanie orzeczona za czyn z ww. przepisu, nie jest aż takim problemem. Trzeba pamiętać, że wyrok karny skazujący nawet na karę grzywny może skomplikować czyjeś życie, co jest związane z odpowiednim wpisem do tzw. karty karnej i jego skutkami. Uzasadnione wydają się w tym zakresie nieśmiało zadawane pytania o to, dlaczego osoby wykonujące pracę zarobkową na rzecz deweloperów (na przykład w dziale sprzedaży) miałyby ryzykować odpowiedzialnością karną za naruszenie wymogów ustawy.

Drugim problemem jest kwestia indywidualizacji odpowiedzialności karnej. Działalność deweloperska prowadzona jest w znakomitej większości przez spółki prawa handlowego. Z kolei odpowiedzialność karna związana jest z działalnością człowieka. Ten problem ustawodawca dostrzegł, wprowadzając art. 61 ustawy deweloperskiej, który stanowi, że jeżeli deweloperem jest podmiot niebędący osobą fizyczną, odpowiedzialność przewidzianą w art. 57–60 ponosi osoba fizyczna działająca w imieniu lub w interesie dewelopera w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania lub podejmowania w jego imieniu decyzji. Na pierwszy rzut oka wydaje się to nawet dobrym pomysłem, ale ustalenie takiej osoby w strukturze liczącej czasami po kilkanaście, kilkadziesiąt czy kilkuset pracowników czasami będzie nie lada wyzwaniem dla organów ścigania, a czasami może się po prostu nie udać.

Kolejnym problemem jest związana z taką regulacją konieczność zaangażowania organów ścigania w zwalczanie „przestępczości deweloperskiej", która nikogo tak naprawdę w organach ścigania nie interesuje, a także skomplikowany i długotrwały charakter procedur sądowych prowadzących do wymierzenia sprawiedliwości. Nie będzie chyba przesady w stwierdzeniu, że na sprawiedliwość akurat w sądach karnych trzeba czekać najdłużej, przy czym czeka się dokładnie tyle samo na wyrok skazujący, co uniewinniający.

Można więc wyrazić zdziwienie, że ustawodawca zamiast sięgać do przepisów o charakterze karnym, nie wprowadził w tym zakresie odpowiedzialności o charakterze administracyjnym w postaci np. kar pieniężnych. Taki charakter odpowiedzialności byłby, po pierwsze, po prostu szybszy i bardziej efektywny, po drugie, nie prowadziłby do nikomu niepotrzebnej kryminalizacji osób pracujących w branży deweloperskiej, a po trzecie, nie wiązałby się z koniecznością ustalenia odpowiedzialności konkretnego człowieka, tylko dałby możliwość obciążenia tą odpowiedzialnością dewelopera w postaci konkretnej spółki prawa handlowego. Z całą pewnością ryzyko odpowiedzialności przekładającej się na konkretne pieniądze w konkretnej karze pieniężnej byłoby wystarczającym motywatorem do przygotowania rzetelnego prospektu informacyjnego czy zawarcia umowy o prowadzenie mieszkaniowego rachunku powierniczego. Tymczasem mamy w ustawie deweloperskiej tradycyjne, siermiężne rozwiązanie w postaci przepisów, które zresztą bardzo trudno będzie w praktyce zastosować, o czym poniżej.

2. PRZEPISY KARNE W „STAREJ" I W „NOWEJ" USTAWIE DEWELOPERSKIEJ

Warto zauważyć, że katalog czynów karalnych w nowej ustawie deweloperskiej uległ rozszerzeniu w stosunku do poprzedniej ustawy, to jest ustawy z 16.09.2011 r.[2] W ww. ustawie mieliśmy jedno wykroczenie w art. 32, który stanowił: „kto, będąc deweloperem, pracownikiem dewelopera lub inną osobą obowiązaną w ramach umowy z deweloperem do sporządzenia prospektu informacyjnego, nie sporządza tego prospektu podlega karze grzywny". Dodatkowo ww. ustawa przewidywała dwa przestępstwa – pierwsze z art. 33, który stanowił, że: „kto, będąc odpowiedzialnym za informacje zawarte w prospekcie informacyjnym podaje nieprawdziwe lub zataja prawdziwe informacje, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2" i drugie z art. 34, który stanowił, że: „kto, wbrew przepisom ustawy wypłaca deweloperowi środki zgromadzone na zamkniętym mieszkaniowym rachunku powierniczym lub otwartym mieszkaniowym rachunku powierniczym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2".

W aktualnym stanie prawnym w prawie niezmienionym kształcie pozostała odpowiedzialność wykroczeniowa za czyn polegający na niesporządzeniu prospektu informacyjnego. Zgodnie z art. 58 ustawy deweloperskiej „kto, będąc obowiązanym do sporządzenia prospektu informacyjnego, nie sporządza tego prospektu mimo rozpoczęcia sprzedaży, podlega karze grzywny". Na uwagę zasługuje fakt, że ustawodawca w opisie znamion zrezygnował ze wskazania źródła powinności sporządzenia prospektu („kto, będąc deweloperem, pracownikiem dewelopera lub inną osobą obowiązaną w ramach umowy z deweloperem") na rzecz wskazania samego obowiązku („kto, będąc obowiązanym do sporządzenia prospektu informacyjnego"). Inną, ważną zmianą jest wskazanie momentu, od którego zależy ewentualna odpowiedzialność z tego tytułu na „rozpoczęcie sprzedaży", które to pojęcie zostało zdefiniowane w art. 5 pkt 11 ustawy deweloperskiej. Nadal czyn ten jest zagrożony karą grzywny.

Prawie niezmieniony pozostał przepis przewidujący odpowiedzialność karną za czyn polegający na podaniu nieprawdziwych lub zatajeniu prawdziwych informacji w prospekcie informacyjnym (aktualnie obok informacji pojawiły się dane, chociaż wydaje się to zabiegiem niepotrzebnym). Z przepisem tym jest chyba największy problem, gdyż przewiduje on surową odpowiedzialność – górna granica ustawowego zagrożenia karą wynosi dwa lata pozbawienia wolności. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na to, że na dobrą sprawę deweloper ponosi odpowiedzialność karną za umieszczenie w prospekcie nieprawdziwych informacji, nawet jeśli ten prospekt nie zostanie przedstawiony nabywcy nieruchomości. Wydaje się, że takie rozwiązanie nie ma sensu – jeśli już wprowadzać przepis karny, to za takie podanie nieprawdziwych informacji, które wprowadziło lub chociaż mogło wprowadzić w błąd potencjalnego na-

[2] Ustawa z 16.09.2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1445).

bywcę, który miał szanse zapoznać się z tym dokumentem. Po drugie, przepis ten odnosi się do wszystkich informacji zawartych w prospekcie, a tych jest bardzo wiele – od prostych informacji odnośnie do danych adresowych dewelopera, po bardziej zaawansowane dotyczące danego zadania inwestycyjnego, aż po dosyć skomplikowane dane dotyczące zagospodarowania terenu i sąsiedztwa. Wydaje się, że rozsądne byłoby ograniczenie odpowiedzialności karnej w tym zakresie do **istotnych** informacji i danych, które znalazły się w prospekcie informacyjnym. Wreszcie należy zauważyć, że sensowne byłoby ukształtowanie odpowiedzialności karnej w ww. zakresie w ten sposób, że karalne byłoby podanie w prospekcie takich nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na podjęcie przez nabywcę decyzji o nabyciu lokalu. Tymczasem mamy formalne przestępstwo, zagrożone dosyć wysoką karą, którego społeczna szkodliwość, bez uwzględnienia ww. zastrzeżeń, jest bardzo niewielka.

Należy także zwrócić uwagę, że prospekt informacyjny jest szczególnym dokumentem, którego treść określa załącznik do ustawy deweloperskiej, w którym przewidziano wymóg przedstawienia bardzo wielu, niekiedy szczegółowych informacji. W odniesieniu do wielu z nich nie ma wątpliwości, jak je ustalić – wynikają one po prostu z dokumentów w postaci np. informacji z księgi wieczystej, miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego czy projektu budowlanego. Niestety jest też część, w której deweloper musi dokonać oceny stanu faktycznego, i tu mogą pojawić się nieporozumienia. W jednej z istotnych części prospektu deweloper musi wskazać: „informacje dotyczące obiektów istniejących położonych w sąsiedztwie inwestycji i wpływających na warunki życia" oraz wskazać „uwarunkowania lokalizacji inwestycji wynikające z istniejącego stanu użytkowania terenów sąsiednich (np. z funkcji terenu, stref ochronnych, uciążliwości)". Nie ulega wątpliwości, że ta część prospektu jest ocenna, więc trudno deweloperom zarzucać podanie nieprawdy tam, gdzie dokonują ocen. Z perspektywy nabywcy ta część prospektu jest dosyć istotna, ale przecież znakomita większość nabywców doskonale orientuje się co do tego, co znajduje się w bliższej i dalszej okolicy inwestycji, w której zamierzają nabyć nieruchomość. W takiej sytuacji również pociąganie dewelopera do odpowiedzialności karnej wydaje się być pozbawione większego sensu.

Dosyć znacznym zmianom w stosunku do dotychczasowego stanu prawnego uległy przepisy karne odnoszące się do wypłaty deweloperom środków pieniężnych na rachunkach powierniczych. Zgodnie z art. 34 uchylonej ustawy deweloperskiej „kto wbrew przepisom ustawy wypłaca deweloperowi środki zgromadzone na zamkniętym mieszkaniowym rachunku powierniczym lub otwartym mieszkaniowym rachunku powierniczym, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2". W aktualnie obowiązującym art. 62 ustawy deweloperskiej karalne jest dokonanie wypłaty deweloperowi środków zgromadzonych na zamkniętym mieszkaniowym rachunku powierniczym niezgodnie z art. 15, otwartym mieszkaniowym rachunku powierniczym niezgodnie z art. 16, otwartym mieszkaniowym rachunku powierniczym

bez przeprowadzenia kontroli zakończenia każdego z etapów przedsięwzięcia deweloperskiego lub zadania inwestycyjnego zgodnie z art. 17 ust. 4–6, otwartym mieszkaniowym rachunku powierniczym niezgodnie z art. 17 ust. 8 ustawy. Tę zmianę ocenić należy – co zaskakujące – pozytywnie. Faktycznie takie doprecyzowanie zasad odpowiedzialności karnej ma swój sens, chociaż i tak w mojej ocenie obarczanie pracowników banków odpowiedzialnością karną za realizację przelewów jest nonsensem. Regulacja ta pomija ten istotny aspekt rzeczywistości, że struktury banków są bardzo rozbudowane i co do zasady kto inny dokonuje weryfikacji stanu faktycznego, a kto inny realizuje przelewy, więc w takiej sytuacji przepis, o którym mowa powyżej, nie ma po prostu większego sensu. Nikt na jego podstawie nie będzie mógł zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej, gdyż trudno osobie realizującej przelew zarzucać umyślne wykonanie tej czynności z naruszeniem ustawy, skoro osoba ta nie zajmuje się zazwyczaj weryfikacją tego, czy warunki ustawy zostały zachowane.

W nowej ustawie deweloperskiej pojawiły się dwa nowe przestępstwa, które nie występowały dotychczas w naszym systemie prawnym. I tak, zgodnie z art. 57 ustawy deweloperskiej, „kto, będąc obowiązanym do zapewnienia nabywcom jednego ze środków ochrony wpłat dokonywanych przez nabywcę określonych w art. 6 ust. 1, nie spełnia tego obowiązku podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do lat 2". Przestępstwo ma charakter umyślny, a poszczególne jego znamiona nie budzą większych wątpliwości. Należy zwrócić uwagę na fakt, że umowa rachunku powierniczego ma szczególny charakter i co do zasady bank może ją wypowiedzieć jedynie z ważnych powodów. Na deweloperze spoczywa w takiej sytuacji obowiązek niezwłocznego zawarcia nowej umowy z innym bankiem, lecz – jak wiadomo – wypowiedzenie umowy przez jeden bank z ważnych powodów może utrudniać zawarcie umowy z innym bankiem. Banki z kolei nie mają obowiązku zawierania tego rodzaju umów z deweloperami. Sytuacja taka będzie więc trudna do karnoprawnej oceny, jeżeli deweloper pomimo zachowania należytej staranności, z przyczyn od siebie niezależnych, nie będzie w stanie zawrzeć umowy z bankiem.

Ostatnim z przepisów przewidujących odpowiedzialność karną jest art. 60 ustawy deweloperskiej, który stanowi, że „kto, będąc obowiązanym do posiadania w chwili rozpoczęcia sprzedaży zgody wierzyciela hipotecznego lub zobowiązania do jej udzielenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 lub 2, nie spełnia tego obowiązku podlega grzywnie". Posiadanie zgody wierzyciela hipotecznego lub zobowiązanie do jej udzielenia jest więc kolejnym z obowiązków, którego niewykonanie przy rozpoczęciu sprzedaży naraża dewelopera na odpowiedzialność karną.

Kwestia ustalenia momentu rozpoczęcia sprzedaży wcale nie musi być łatwa. Należy pamiętać, że jest to termin prawny i nie należy go utożsamiać z tym, co potocznie możemy rozumieć pod tym pojęciem. Rozpoczęciem sprzedaży – zgodnie z ustawą deweloperską – jest podanie do publicznej wiadomości informacji na temat rozpoczęcia procesu oferowania lokali mieszkalnych lub domów jednoro-

dzinnych w ramach określonego przedsięwzięcia deweloperskiego lub zadania inwestycyjnego oraz gotowości do zawierania z nabywcami umów deweloperskich lub innych umów regulowanych ustawą deweloperską. Ogólny i wieloznaczny charakter tej definicji z całą pewnością nie będzie ułatwiał ustalenia, czy w istocie moment rozpoczęcia sprzedaży już nastąpił i deweloper powinien wypełnić już wszystkie wymogi ustawy związane z tym momentem, czy też mamy do czynienia ze swego rodzaju falstartem po stronie dewelopera, który być może formalnie wszedł już w etap inwestycji, który wypełnia definicję „rozpoczęcia sprzedaży", ale w rzeczywistości jeszcze mu do tego momentu daleko.

3. PODSUMOWANIE

Trudno wyrazić inną ocenę karnoprawnych regulacji ustawy deweloperskiej niż krytyczną. Wydaje się, że są one wynikiem swego rodzaju przyzwyczajenia ustawodawcy, który w większości przypadków w taki właśnie sposób widzi zapewnienie skuteczności wprowadzanych regulacji. Regulacje w ww. zakresie są nieprzemyślane, niespójne i brakuje im osadzenia w rzeczywistości. Pewnym znacznikiem sensowności tego rodzaju regulacji jest fakt, że w ciągu ponad dziesięciu lat obowiązywania poprzedniej ustawy na gruncie jej przepisów karnych nie doszło do ukształtowania w zasadzie żadnej konkretnej linii orzeczniczej.

ABSTRACT

Maciej Śledź

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

Criminal provisions in the developer's law

The article concerns the criminal provisions introduced by the Act of May 20, 2021 – on the protection of the rights of the buyer of a flat or a single-family house and the Developer Guarantee Fund. The author describes the changes in the regulations that have taken place in connection with the above-mentioned amendment compared to the existing regulations. The analysis is critical and focuses on the shortcomings of the regulations.

Keywords: *new developer's law, criminal provisions in developer's law, prospectus*

Maciej Śledź
Autor jest adwokatem Izby Adwokackiej w Gdańsku.

Pojęcia kluczowe: *europejski nakaz aresztowania, ENA, odmowa wydania, zasada szczególności, zasada wzajemnego uznania, orzecznictwo*

Artykuły

Monika Agnieszka Paulińska

EUROPEJSKI NAKAZ ARESZTOWANIA W RAMACH DECYZJI RAMOWEJ

Artykuł ma na celu wskazanie procedury dotyczącej europejskiego nakazu aresztowania w kontekście wybranych kwestii, eksponujących jego transgraniczny charakter. W artykule odniesiono się do orzecznictwa sądowego w celu ukazania, że odformalizowanie wydawania osób w praktyce implikuje konieczność wykładni przepisów dotyczącej zakresu stosowania procedury. Analiza przepisów dyrektywy unijnej uzasadnia stwierdzenie, że obowiązujące twórców procedury założenie, jak przyśpieszyć i usprawnić procedurę wydawania osób, obecnie wymaga rewizji kluczowych kwestii. Klauzule generalne, kazuistyka wskazująca na nowe przesłanki odstępowania od zasady wydawania osób, również z uwagi na „domniemanie" braku wypełniania przez wymiar sprawiedliwości państw członkowskich standardów w zakresie gwarancji zapewnienia rzetelnego procesu, skutkują wydłużeniem procedury. Czynniki wyżej wskazane, jak również pozaprawne aspekty procedury na płaszczyźnie współpracy międzynarodowej, instytucjonalne, organizacyjne, również dotyczące ustroju politycznego państw członkowskich Unii Europejskiej, stanowią podstawę, by przyjąć, że funkcjonuje zasada ograniczonego wzajemnego uznawania i ograniczonego wzajemnego zaufania.

W artykule znajduje się przede wszystkim analiza orzecznictwa sądowego. Taki model konstrukcji artykułu umożliwia prześledzenie priorytetowych kwestii z uwzględnieniem wykładni organów sądowych definiujących zakres praw i obowiązków instytucji stosujących procedurę europejskiego nakazu aresztowania.

 DOI: 10.54383/0031-0344.2023.4.7

Funkcjonowanie wspólnej, europejskiej płaszczyzny prawnej, pozbawionej granic terytorialnych, zakres przestępczości zorganizowanej o zasięgu międzynarodowym, określany obecnie jako ekosystem przestępczości, i jego skala legły u podstaw celu, jakim było wypracowanie procedury wolnej od ryzyka przewlekłości postępowania i formalizmu, właściwego dla ekstradycji[1]. Jego unijny rodowód determinuje także oddziaływanie na ustawodawstwa krajowe w aspekcie wzmacniania zasady praworządności, ustanawia standardy i gwarancje procesowe przysługujące osobom podejrzanym i oskarżonym. Nie tylko umożliwia on realizację transgranicznej współpracy państw członkowskich w zakresie skutecznego ścigania, jest przede wszystkim zasadniczym elementem płaszczyzny współpracy wymiarów sprawiedliwości.

Europejski nakaz aresztowania jest regulacją, która wymaga odniesienia się do naczelnych wartości utożsamianych z pojęciem sprawiedliwości, jak i praw człowieka, na poziomie prawa unijnego, w szczególności konwencji międzynarodowych[2]. W praktyce wiąże się on ściśle z przesłanką istnienia gwarancji praworządności, przestrzegania praw podstawowych obywateli, ujętych w art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej[3], a jego realizacja jest związana w sposób immanentny z zasadą wzajemnego uznawania i zasadą wzajemnego zaufania. Zasady te, definiując płaszczyznę wzajemnej współpracy i pomocy prawnej, umożliwiają funkcjonowanie państw członkowskich w zorganizowanej pod względem instytucjonalnym i proceduralnym przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości[4]. Wydanie osoby i wykonywanie europejskiego na-

[1] Pierwowzorem dla procedury jest Europejska konwencja o ekstradycji z 13.12.1957 r. (Dz.U. z 1994 r. nr 70 poz. 307). Zob. również Protokół dodatkowy do konwencji, sporządzony w Strasburgu z 15.10.1975 r. oraz Drugi protokół dodatkowy sporządzony w Strasburgu z 17.03.1978 r. (Dz.U. z 1994 r. nr 70 poz. 307).

[2] „Postanowienia Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, w tym jej art. 6, art. 48 i art. 52, stanowią przepisy prawa pierwotnego Unii. Prawa podstawowe zagwarantowane w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, w tym prawa określone w art. 5 ust. 1, 3 i 4 i w art. 6 ust. 2 i 3 konwencji, stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne praw" – zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 29.01.2013 r. (C-396/11), „Zbiór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości i Sądu" 2013/1/I-39.

[3] Dz. Urz. UE C 326, 26.10.2012, s. 13–390.

[4] „Zarówno zasada wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi, jak i zasada wzajemnego uznawania, która sama w sobie opiera się na wzajemnym zaufaniu między nimi, mają w prawie Unii Europejskiej fundamentalne znaczenie, gdyż umożliwiają one utworzenie i utrzymywanie przestrzeni bez granic wewnętrznych. Dokładniej rzecz ujmując, zasada wzajemnego zaufania wymaga, w szczególności w odniesieniu do przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, aby każde z tych państw uznawało – z zastrzeżeniem wyjątkowych okoliczności – że wszystkie inne państwa członkowskie przestrzegają prawa Unii, a zwłaszcza praw podstawowych uznanych w tym prawie. Z motywu 6 decyzji ramowej 2002/584 wynika, że europejski nakaz aresztowania przewidziany w tej decyzji ramowej stanowi pierwszy konkretny środek w dziedzinie prawa karnego wprowadzający w życie zasadę wzajemnego uznawania" – zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości (pierwsza izba) z 6.12.2018 r. (C-551/18 PPU), https://eur-lex.europa.eu.

kazu aresztowania stanowi asumpt do orzekania o istnieniu przesłanki istnienia niezawisłości sądu czy gwarancji prawa do rzetelnego procesu[5].

Instytucja europejskiego nakazu aresztowania ustanowiona w decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej 2002/584/WSiSW z 13.06.2002 r.[6] stanowi wyraz dążenia prawodawcy europejskiego do wprowadzenia regulacji prawnych dotyczących procedury przekazywania między państwami osób skazanych lub podejrzewanych o popełnienie przestępstw[7].

Decyzja ramowa z 1.01.2004 r. (w stosunku do Polski od 1.05.2004 r.) zastąpiła regulacje zawarte w Europejskiej konwencji o ekstradycji z 13.12.1957 r. oraz drugim Protokole dodatkowym do konwencji z 17.03.1978 r.[8], Europejskiej konwencji o zwalczaniu terroryzmu sporządzonej w Strasburgu 27.01.1977 r.[9], Porozumieniu między 12 państwami członkowskimi Wspólnot Europejskich w sprawie uproszczenia i unowocześnienia metod przekazywania wniosków ekstradycyjnych z 26.05.1989 r., Konwencji z 10.03.1995 r. o uproszczeniu procedury ekstradycji między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, Konwencji z 27.09.1996 r. odnoszącej się do przeprowadzania ekstradycji między państwami członkowskimi Unii Europejskiej[10], a także rozdziale 4 tytułu III Konwencji wykonawczej z 19.06.1990 r. do układu z Schengen z 14.06.1985 r.[11]

---

5 Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „decyzja ramowa 2002/584 opiera się bowiem na zasadzie, zgodnie z którą orzeczenia w przedmiocie europejskiego nakazu aresztowania korzystają z wszelkich gwarancji właściwych orzeczeniom sądowym, w tym wynikających z praw podstawowych i podstawowych zasad prawnych wskazanych w art. 1 ust. 3 omawianej decyzji ramowej. Należy zatem stwierdzić, że istnienie rzeczywistego ryzyka narażenia osoby wskazanej w europejskim nakazie aresztowania, w razie przekazania jej wydającemu nakaz organowi sądowemu, na naruszenie jej prawa do rzetelnego procesu sądowego, zagwarantowanego w art. 47 akapit drugi karty, może pozwolić organowi sądowemu wykonującemu nakaz, w drodze wyjątku, na wstrzymanie się od wykonania europejskiego nakazu aresztowania na podstawie art. 1 ust. 3 decyzji ramowej 2002/584" – zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z 25.07.2018 r. (C-216/18 PPU), https://sip.lex.pl.

6 Decyzja ramowa Unii Europejskiej z 13.06.2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi (Dz.Urz. UE z 2002 r. L 190, s. 1).

7 „Należy jednak podkreślić, że również pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej może dojść do wydania osób na podstawie standardowej procedury ekstradycyjnej, ponieważ zgodnie z art. 32 decyzji ramowej Rady 2002/584/WSiSW każde z państw członkowskich przy przyjmowaniu tej decyzji ramowej mogło wydać oświadczenie, że jako wykonujące nakaz państwo członkowskie będzie ono nadal postępowało z wnioskami odnoszącymi się do czynów przestępczych popełnionych przed określoną przez siebie datą (nieprzekraczającą jednak 7.08.2002 r., tj. dnia wejścia w życie decyzji ramowej Rady 2002/584/WSiSW) zgodnie z systemem ekstradycyjnym mającym zastosowanie przed 1.01.2004 r." – zob. szerzej B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2022, t. 2.

8 Dz.U. z 1994 r. nr 70 poz. 307–310.

9 Dz.U. z 1996 r. nr 117 poz. 557.

10 Dz.Urz. WE z 1996 r. C 313 ze zm.

11 Dz.Urz. WE z 2000 r. L 239 ze zm.

POJĘCIE I ZAKRES ZASTOSOWANIA EUROPEJSKIEGO NAKAZU ARESZTOWANIA

Europejski nakaz aresztowania jest decyzją sądową wydaną przez państwo członkowskie w celu aresztowania i przekazania przez inne państwo członkowskie osoby, której dotyczy wniosek, w celu przeprowadzenia postępowania karnego lub wykonania kary pozbawienia wolności bądź środka zabezpieczającego. „Cel Unii, jakim jest ustanowienie przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości prowadzi do zniesienia ekstradycji między państwami członkowskimi i zastępowania jej systemem przekazywania osób między organami sądowymi. Europejski nakaz aresztowania, przewidziany w niniejszej decyzji ramowej, stanowi pierwszy konkretny środek w dziedzinie prawa karnego wprowadzający w życie zasadę wzajemnego uznawania, którą Rada Europy określiła, jako «kamień węgielny» współpracy sądowej”[12].

Praktyka stosowania europejskiego nakazu aresztowania dowodzi, że pojęcie „organ sądowy” niejednokrotnie budzi wątpliwości interpretacyjne. W celu dokonania właściwej interpretacji decyzji ramowej i pojęcia organu sądowego można wskazać argumentację odnoszącą się do zasady niezawisłości sędziowskiej, koniecznej do zapewnienia maksimum kontroli wydanego nakazu, można oprzeć się na wskazaniu, że elementem ważącym o przyznaniu sądom miana „organu sądowego” będzie przynależna im, ostateczna kontrola i decyzyjność co do decyzji innych organów wydających nakaz. W każdym przypadku jednak mianownikiem będzie jak najwyższy stopień autonomii sądu, zasada niezawisłości, pozycja sądu jako instytucjonalnego gwaranta przestrzegania praw jednostki[13].

Państwa członkowskie ustanawiają inne niż sąd organy upoważnione do wydania europejskiego nakazu aresztowania, przy czym podlegają one obligatoryjnie kontroli sądowej, przy podkreśleniu aspektu kryterium niezależności.

[12] Zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z 27.05.2019 r. w sprawach połączonych C-508/18 i C-82/19 PPU, http://curia.europa.eu.

[13] „Trybunał Sprawiedliwości wskazał dwie przesłanki, które muszą zostać spełnione łącznie, aby daną instytucję można było uznać za «organ sądowy»: – po pierwsze, musi to być organ uczestniczący w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości”, co wyklucza zgodnie z zasadą podziału władz przywołane już organy administracji lub służby policji, – po drugie, musi on być w stanie zapewnić, że „orzeczenia dotyczące europejskiego nakazu aresztowania korzystają z wszelkich gwarancji typowych dla tego rodzaju orzeczeń, w tym tych wynikających z praw podstawowych” oraz zagwarantować, aby „cała procedura przekazywania osób między państwami członkowskimi (...) była wykonywana pod kontrolą sądową”. „Ujmując rzecz inaczej «organ sądowy» oznacza władzę sądowniczą (to jest władzę niezawisłą), jeżeli wykonywanie władzy publicznej może skutkować tak znaczącą szkodą dla wolności jednostki, jak ta związana z procedurą wykonania ENA, której źródłem koniecznie musi być organ sądowy, który wydał ów nakaz. Pojęcie to może być zostać rozszerzone na inne instytucje, jak prokuratura, jeżeli jej czynności będą podlegać relatywnie szybkiej kontroli sądowej (...)” – szerzej opinia Rzecznika Generalnego Manuela Camposa Sancheza-Bordony przedstawiona w dniu 30.04.2019 r., sprawy połączone C-508/18 i C-82/19 PPU, https://curia.europa.eu.

„Oczywiste jest, że wyrok z 27.05.2019 r. przesądził o niedopuszczalności wydawania Europejskich Nakazów Aresztowania przez organy prokuratury w Niemczech, jako że Trybunał Sprawiedliwości uznał, że nie są one niezależne. Toteż, w każdej sprawie sądy w Polsce wykonujące ENA wydany przez organy prokuratorskie z Niemiec, po tym orzeczeniu, będąc nim związane, powinny uznawać ENA wniesione przez prokuratora niemieckiego za pochodzący od organu nieuprawnionego”[14]. Organem tym może być prokurator generalny w państwie członkowskim, po spełnieniu wymogu, jakim jest istnienie gwarancji niezależności od władzy wykonawczej. Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził, że „pojęcie «wydającego nakaz organu sądowego» w rozumieniu art. 6 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2002/584/WSiSW z 13.06.2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, zmienionej decyzją ramową Rady 2009/299/WSiSW z 26.02.2009 r., należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono prokuratora generalnego państwa członkowskiego, który chociaż pod względem strukturalnym jest niezależny od władzy sądowniczej, to jest on właściwy w zakresie prowadzenia postępowania karnego i którego status w tym państwie członkowskim zapewnia mu gwarancję niezależności od władzy wykonawczej w ramach wydawania europejskiego nakazu aresztowania”[15], uprawnionym do wydania nakazu nie może być ministerstwo sprawiedliwości. Trybunał: „Zatem pojęcie «organu sądowego» w rozumieniu art. 6 ust. 1 decyzji ramowej należy interpretować w ten sposób, że ministerstwo państwa członkowskiego nie może wchodzić w zakres tego pojęcia, a zatem europejskiego nakazu aresztowania wydanego przez ten organ w celu wykonania wyroku orzekającego karę pozbawienia wolności nie można uznać za «orzeczenie sądowe» w rozumieniu art. 1 ust. 1 decyzji ramowej. Organ, który posiada uprawnienia takie, jakimi dysponuje ministerstwo sprawiedliwości Republiki Litewskiej, nie spełnia warunków uznania go za «organ sądowy» w rozumieniu art. 6 ust. 1 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW, a europejski nakaz aresztowania wydany w tym przypadku nie ma charakteru «orzeczenia sądowego» w rozumieniu art. 1 ust. 1 tej decyzji ramowej”[16].

Niezależnie od powyższego podkreślić należy, że w każdym przypadku stosowania europejskiego nakazu aresztowania kwestią o znaczeniu zasadniczym dla oceny merytorycznych przesłanek stosowania tej instytucji, jak i z punktu widzenia płaszczyzny praw *in genere*, będzie kwestia istnienia skutecznej ochrony sądowej przysługującej osobom, których dotyczy nakaz. W wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 10.03.2021 r. stwierdzono, że „artykuł 8 ust. 1 lit c decyzji ramowej Rady 2002/584/WSiSW z 13.06.2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, zmienionej decyzją ramową Rady 2009 r., w zw. z art. 47 kar-

[14] Zob. szerzej postanowienie SN z 10.09.2020 r. (V KK 432/19), LEX nr 3080363.

[15] Zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 27.05.2019 r. (C-508/18), www.eur-lex.europa.eu lub Dz.Urz. UE C 263.

[16] Szerzej zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 10.11.2016 r. (C-477/16 PPU), https://sip.lex.pl.

ty i orzecznictwem Trybunału należy interpretować w ten sposób, iż wymogi skutecznej ochrony sądowej, z której powinna korzystać osoba, wobec której wydano europejski nakaz aresztowania w celu przeprowadzenia postępowania karnego, nie są spełnione wówczas, gdy zarówno europejski nakaz aresztowania, jak i orzeczenie sądowe, stanowiące podstawę jego wydania, zostały wydane przez prokuratora, którego można uznać za «wydający nakaz organ sądowy» w rozumieniu art. 6 ust. 1 tej decyzji ramowej, lecz nie mogą podlegać kontroli sądowej w wydającym nakaz państwie członkowskim przed przekazaniem osoby, której dotyczy wniosek, przez wykonujące nakaz państwo członkowskie"[17]. Procedura dotycząca wykonywania europejskiego nakazu aresztowania, pozostając regulacją związaną *stricte* z wymiarem sądownictwa, podlega szczególnej kontroli prawodawcy unijnego, w której obok zgodności procedury formalnej z wytycznymi decyzji ramowej walor poprawności prawnej odniesiony jest przede wszystkim do istnienia gwarancji procesowych. W tym miejscu warto zwrócić uwagę, że o ile w przypadku europejskiego nakazu aresztowania pojęcie „organ sądowy" stanowi niezmiennie przedmiot pytań prejudycjalnych, to wątpliwości interpretacyjne nie dotyczą już konstrukcji w ramach europejskiego nakazu dochodzeniowego, w którym wyraźnie wskazano, iż pojęcia „organ wymiaru sprawiedliwości" i „organ wydający" obejmują prokuratora państwa członkowskiego[18].

Jak wskazał Trybunał, „Pojęcie europejskiego nakazu aresztowania, o którym mowa w art. 1 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2002/584/WSiSW z 13.06.2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, zmienionej decyzją ramową rady 2009/299/WSiSW z 26.02.2009 r., należy interpretować w ten sposób, że obejmuje ono europejskie nakazy aresztowania wydane przez prokuratury państwa członkowskiego, mimo że owe prokuratury są w kontekście wydawania tych nakazów aresztowania narażone na ryzyko bezpośredniego lub pośredniego podlegania indywidualnym poleceniom lub instrukcjom ze strony władzy wykonawczej takiej jak minister sprawiedliwości, pod warunkiem że te nakazy aresztowania, by mogły zostać przekazane przez te prokuratury, obligatoryjnie podlegają zatwierdzeniu przez sąd, który w ramach tej procedury kontroluje – w sposób

[17] Szerzej zob. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 10.03.2021 r. (C-648/20 PPU), https://sip. lex.pl.

[18] Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził, że „Trybunał zauważył wreszcie, że cel, jaki realizuje europejski nakaz dochodzeniowy, różni się od celu realizowanego przez ENA. Otóż, podczas gdy ENA ma na celu zatrzymanie i przekazanie osoby, której dotyczy wniosek, w celu przeprowadzenia postępowania karnego lub wykonania kary pozbawienia wolności bądź środka zabezpieczającego polegającego na pozbawieniu wolności, to celem europejskiego nakazu dochodzeniowego jest przeprowadzenie, co najmniej jednej, określonej czynności dochodzeniowej w celu uzyskania materiału dowodowego. W związku z tym, mimo inwazyjności niektórych z tych czynności dochodzeniowych, europejski nakaz dochodzeniowy, w odróżnieniu od ENA, nie może ingerować w prawo do wolności osoby, której dotyczy nakaz" – zob. szerzej Trybunał Sprawiedliwości UE, Komunikat prasowy nr 156/20, Luksemburg, 8.12.2020 r., wyrok w sprawie C-584/19, https://curia.europa.eu.

niezależny i obiektywny, posiadając dostęp do całości akt sprawy karnej, do których dołączane są ewentualne indywidualne polecenia i instrukcje ze strony władzy wykonawczej – przesłanki wydania oraz proporcjonalność wspomnianych nakazów aresztowania, podejmując w ten sposób autonomiczną decyzję, nadającą i ostateczną formę"[19].

Wydawane przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej orzeczenia w trybie prejudycjalnym dowodzą, że zakres stosowania europejskiego nakazu aresztowania w praktyce implikuje nader często konieczność wykładni regulacji prawnych zawartych w dyrektywach unijnych. Europejski nakaz aresztowania pozostaje rozwiązaniem, które przede wszystkim ma służyć standaryzacji procedury, której zasadniczym walorem była szybkość postępowania, zapobieganie sytuacji przedawnienia karalności i eliminacja nadmiernego formalizmu.

W praktyce procedura implikuje konieczność rozstrzygania o statusie prawnym osób, w stosunku do których wydano nakaz, przy czym niepodważalnie brak konsensusu pomiędzy organami sądowymi państw członkowskich co do poprawności i dopuszczalności procedury, konsekwencji na szczeblu krajowym prowadzi do wniosku, że strefa wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości pozostaje *spectrum* wymiany doświadczeń, płaszczyzna prawna jest kształtowana w oparciu o kazuistykę.

Zakres europejskiego nakazu aresztowania określony w decyzji ramowej nie pozostawia wątpliwości, że jest to przykład regulacji, która w sposób indykatywny odnosi się do „unijnego" rodowodu i go akcentuje, przy jednoczesnym występowaniu prymatu prawa międzynarodowego nad krajowym. Nakaz odnosi się do „osoby", a więc nie tyle obywatela danego państwa członkowskiego, ile obywatela Unii. Ponadto, na co wskazuje linia orzecznictwa sądów unijnych, promowane jest i zalecane dokonywanie przez sądy krajowe wykładni regulacji decyzji ramowej jak najbardziej odpowiadającej orzecznictwu na poziomie unijnym[20]. W praktyce stosowanie europejskiego nakazu aresztowania na poziomie prawa krajowego skutkuje wystąpieniem szeregu dylematów, które stanowią przedmiot badania przez kolejne krajowe instancje sądowe bądź sytuacje te implikują konieczność odwołania się do Trybunału UE, co często przybiera postać pytań w trybie prejudycjalnym.

[19] Zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości (druga izba) z 9.10.2019 r. (C-489/19 PPU), http://curia.europa.eu.

[20] W wyroku Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z 29.04.2021 r. stwierdzono, że „należy w tym względzie przypomnieć, po pierwsze, że ponieważ decyzja ramowa nie wywiera skutku bezpośredniego, sąd państwa członkowskiego nie jest obowiązany odstąpić – jedynie na podstawie prawa Unii – od stosowania przepisu prawa krajowego sprzecznego z tą decyzją ramową. Po drugie, o ile wiążący charakter decyzji ramowej powoduje powstanie po stronie organów krajowych obowiązku dokonywania wykładni prawa krajowego w miarę możliwości w świetle brzmienia i celu decyzji ramowej, tak aby osiągnąć przewidziany w niej skutek, o tyle zasada wykładni zgodnej nie może stanowić podstawy dokonywania wykładni prawa krajowego *contra legem*" – zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 29.06.2021 r. (C-665/20 PPU), https://eur-lex.europa.eu.

Państwa członkowskie wykonują europejski nakaz aresztowania w oparciu o zasadę wzajemnego uznawania. Kwestią zasadniczą mającą znaczenie dla ważności i uznawania europejskiego nakazu aresztowania jest wydanie krajowego nakazu aresztowania i, co z tym związane, kwestia ochrony prawnej przysługującej osobie, której europejski nakaz aresztowania dotyczy, a także terminy jego wykonywania[21].

Minimalne wymogi ustanowione dla omawianej instytucji, które w istocie przesądzają o ważności orzeczenia sądowego, jakim jest nakaz, ustanawiają obowiązek weryfikacji wymogów formalnych. W orzeczeniu o europejskim nakazie, w razie braku informacji o wydaniu krajowego nakazu, ma miejsce sytuacja, w której konieczne jest ustalenie, czy został on wydany, a fakt ten nie jest ujęty w orzeczeniu, czy też procedura krajowa w tym zakresie została pominięta[22]. Kwestią o nie mniej ważnym znaczeniu pozostaje kontrola przestrzegania prawa do obrony. Przyjąć należy, że w każdym przypadku, gdy ani na podstawie formularza europejskiego nakazu aresztowania, ani informacji przekazanych od wydającego nakaz organu sądowego nie jest możliwe ustalenie, czy przestrzeganie praw osoby, której nakaz dotyczy, nie uległo naruszeniu, organ sądowy ma prawo odmówić jego wykonania.

Szczególnym przypadkiem jest okoliczność wydania zaocznie europejskiego nakazu aresztowania w celach wykonania orzeczonej kary, gdy osoba nie została zawiadomiona o terminie rozprawy, gdy możliwe jest zaskarżenie decyzji. W tym stanie rzeczy zasadniczo należy udzielić odpowiedzi, czy tak wydany nakaz należy uznać za nakaz aresztowania w celach ścigania, w rozumieniu art. 5 pkt 3 decyzji ramowej Rady 2002/584 z 13.06.2002 r., czy będzie to nakaz aresztowania w celu wykonania kary pozbawienia wolności lub środka zabez-

[21] „Sam fakt wydania ENA oznacza, iż nie ma potrzeby weryfikowania dowodowej podstawy postanowienia o aresztowaniu. Istota europejskiego nakazu aresztowania opiera się bowiem na wysokim stopniu zaufania między państwami członkowskimi, które wykonują go w oparciu o wzajemne uznawanie decyzji organów wymiaru sprawiedliwości, w tym także decyzji o aresztowaniu. W tych warunkach samo wydanie prawnie dopuszczalnego nakazu aresztowania należy uznać za wystarczające uprawdopodobnienie zarzutu popełnienia przestępstwa (art. 249 § 1 k.p.k.) – zob. D. Mazur, *Europejski nakaz aresztowania w prawie polskim* (w:) *Materiały z konferencji sędziów w Krakowie, 24–26.06.2013 r.*, Kraków 2013, s. 72.

[22] Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „wykładnia art. 8 ust. 1 lit. c decyzji ramowej, zgodnie z którą europejski nakaz aresztowania siłą rzeczy musi opierać się na krajowym orzeczeniu odrębnym od tego nakazu, przybierającym w danym wypadku postać krajowego nakazu aresztowania, wynika nie tylko z brzmienia tego przepisu, ale też z jego kontekstu i celów, jakie ma realizować decyzja ramowa, którą w myśl orzecznictwa Trybunału należy uwzględniać przy dokonywaniu jego wykładni. Poszanowanie wymogu określonego w art. 8 ust. 1 lit. c decyzji ramowej jest też o tyle istotne, że w sytuacji, gdy europejski nakaz aresztowania został wydany w celu zatrzymania i przekazania osoby ściganej innemu państwu członkowskiemu, osoba ta już od pierwszego etapu postępowania może korzystać z gwarancji procesowych i praw podstawowych, których ochronę musi zapewnić wydający nakaz organ sądowy zgodnie ze swoim prawem, w szczególności chcąc wydać krajowy nakaz aresztowania" – zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 1.06.2016 r. (C-241/15).

pieczającego polegającego na pozbawieniu wolności w rozumieniu art. 4 pkt 6 decyzji ramowej. Wykładnia decyzji ramowej wskazuje, że w odniesieniu do osoby skazanej zaocznie w jednym państwie członkowskim państwo wykonujące nakaz jest pozbawione możliwości uzależnienia przekazania osoby od okoliczności odesłania jej do państwa wykonującego nakaz dla odbycia kary. Wskazany art. 4 pkt 6 decyzji ramowej przyznał organowi sądowemu prawo odmowy wykonania nakazu aresztowania, jeśli wydało go państwo wydające nakaz, w celu wykonania kary pozbawienia wolności lub środka zabezpieczającego, a osoba, której dotyczy wniosek, jest obywatelem wykonującego nakaz państwa lub stale w nim przebywa. W razie zobowiązania się państwa wykonującego nakaz do wykonania kary lub środka zapobiegawczego organowi sądowemu zobowiązanemu do wykonania nakazu przysługuje prawo odmowy jego wykonania. Artykuł 5 pkt 1 decyzji ramowej statuuje natomiast możliwość uzależnienia przekazania osoby, w razie gdy wyrok wydano zaocznie, od udzielenia gwarancji możliwości ponownego rozpatrzenia sprawy[23]. Także art. 5 pkt 3 ustanawia warunek przekazania osoby, która jest obywatelem lub stale przebywa w państwie członkowskim wykonującym nakaz aresztowania.

Warunek w tym przypadku stanowi odesłanie osoby z powrotem do państwa wykonującego nakaz w celu odbycia kary pozbawienia wolności lub środka zapobiegawczego w postaci pozbawienia wolności, które orzeczono w państwie wydającym nakaz aresztowania. Zasadnicze znaczenie dla wydania, które nastąpić ma na podstawie wyroku zaocznego, ma kwestia uznania go za wyrok kończący postępowanie w danej sprawie. Zasadą jest, że w razie złożenia skargi przez oskarżonego pozostałe państwa członkowskie pozostają związane ustaleniem państwa skazującego, czy traktuje ono wyrok zaoczny jako wydanie prawomocnego wyroku kończącego postępowanie w sprawie, co wiąże się z dopuszczalnością wdrożenia zasady *ne bis in idem*[24].

[23] W art. 5 ust. 1 decyzji ramowej zostały wyraźnie przewidziane skutki wyroków skazujących wydanych zaocznie dla celów europejskiego nakazu aresztowania. Artykuł 5 ust. 1 stanowi, że jeżeli osoba, której wniosek dotyczy, „nie została wezwana do osobistego stawienia się lub w jakikolwiek inny sposób powiadomiona o dacie i miejscu stawienia się, co doprowadziło do wydania decyzji *in absentia*, przekazanie następuje pod warunkiem, że wydający nakaz organ sądowy udziela zapewnienia uznanego za równoważne gwarancji za osobę, która podlega europejskiemu nakazowi aresztowania, że będzie ona miała możliwość składać wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy w wydającym nakaz państwie członkowskim i być obecna podczas wydania orzeczenia" – zob. szerzej Opinia Rzecznika Generalnego Eleanor Sharpston przedstawiona w dniu 5.12.2006 r. (C-288/05), https://eur-lex.europa.eu.

[24] Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że „jeżeli w systemie prawnym skazującego państwa członkowskiego orzeczenie wydane zaocznie ostatecznie staje się przeszkodą dla dalszego ścigania karnego, to wówczas orzeczenie to jest prawomocnym wyrokiem, którego wydanie kończy proces danej osoby w rozumieniu art. 54 Konwencji Wykonawczej z Schengen, pod warunkiem że proces spełnia wymogi art. 6 traktatu o Unii Europejskiej i zasad ogólnych prawa wspólnotowego gwarantujących poszanowanie praw podstawowych zawartych w Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności" – zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 18.07.2007 r. (C-288/05), https://sip.lex.pl.

Wykonywanie europejskiego nakazu aresztowania, pomimo jasno sprecyzowanych regulacji w aspekcie warunków formalnych, skutkuje w praktyce brakiem spójności w linii orzeczniczej. Tytułem przykładu można wskazać sytuację, w której dochodzi do uchylenia zaskarżonego postanowienia i umorzenia postępowania wskutek uznania, że przekazanie osoby na podstawie kopii europejskiego nakazu aresztowania skutkuje wystąpieniem negatywnej przesłanki procesowej w postaci innej okoliczności wyłączającej ściganie, a więc nakazującej umorzenie postępowania w sprawie.

Zgodnie z art. 17 decyzji ramowej europejski nakaz aresztowania znajduje zastosowanie i podlega wykonaniu w trybie przewidzianym dla spraw niecierpiących zwłoki. Termin 10-dniowy dla podjęcia ostatecznej decyzji w sprawie wykonania europejskiego nakazu aresztowania ma miejsce, gdy osoba, której dotyczy wniosek, wyraża zgodę na przekazanie. Poza tym przypadkiem decyzja o wykonaniu jest podejmowana w ciągu 60 dni po aresztowaniu osoby. W razie niemożności wykonania europejskiego nakazu w wyżej wymienionych terminach wykonujący nakaz organ sądowy niezwłocznie powiadamia o tym wydający nakaz organ sądowy, wskazując przyczynę zwłoki, co wiąże się przedłużeniem terminu o kolejne 30 dni. Niedotrzymanie terminów powoduje konieczność powiadomienia o tym Eurojustu[25] bądź Rady, która dokonuje oceny wdrożenia decyzji ramowej na poziomie prawa krajowego. Szczególne terminy obowiązują w stosunku do osób, które korzystają z przywilejów bądź immunitetów jurysdykcyjnych lub egzekucyjnych w państwie członkowskim wykonującym nakaz. Bieg terminów określonych w art. 17 rozpoczyna się wówczas i liczy od dnia, kiedy wykonujący nakaz organ sądowy zostaje powiadomiony o fakcie uchylenia przywileju lub immunitetu. Niemniej dopuszczalna jest możliwość wprowadzenia przez państwa członkowskie środka zaskarżenia zawieszającego wykonanie orzeczenia organu sądowego, który w terminie 30 dni od dnia otrzymania wniosku rozstrzyga o wyrażeniu zgody bądź na ściganie, skazanie lub aresztowanie osoby w celu wykonania kary pozbawienia wolności lub środka zapobiegawczego związanego z pozbawieniem wolności za przestępstwo popełnione przed jej przekazaniem na podstawie europejskiego nakazu aresztowania inne niż to, które uzasadniało jej przekazanie, bądź na przekazanie osoby państwu członkowskiemu innemu niż wykonujące nakaz państwo członkowskie na podstawie nakazu wydanego w związku z przestępstwem popełnionym przed jej przekazaniem, o ile ostateczne orzeczenie zapadnie w terminach określonych w art. 17 decyzji ramowej[26].

Wydanie europejskiego nakazu aresztowania następuje w odniesieniu do czynów, które w świetle prawa obowiązującego w wydającym nakaz państwie członkowskim zagrożone są karą pozbawienia wolności lub środkiem zabezpie-

[25] Eurojust – Agencja Unii Europejskiej ds. Współpracy Wymiarów Sprawiedliwości w Sprawach Karnych ustanowiona na podstawie decyzji Rady z 28.02.2002 r. (Dz.Urz. UE L 63, s. 1).

[26] Zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 30.05.2013 r. (C-168/13) PPU, „Zbiór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości i Sądu" 2013/5/1-358.

czającym o wymiarze co najmniej 12 miesięcy, albo w przypadku gdy zapadł wyrok lub wydano środek zabezpieczający o wymiarze co najmniej czterech miesięcy.

W odniesieniu do zakresu zastosowania przyjęto, że w stosunku do przestępstw zagrożonych w państwie wydającym nakaz karą pozbawienia wolności lub środkiem zabezpieczającym o wymiarze co najmniej trzech lat, na podstawie decyzji ramowej podstawę wydania nakazu, bez weryfikacji pod kątem podwójnej odpowiedzialności karnej za popełniony czyn, stanowią następujące przestępstwa: udział w organizacjach przestępczych, terroryzm, handel ludźmi, seksualne wykorzystywanie dzieci i pornografia dziecięca, nielegalny handel środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, nielegalny handel bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, korupcja, nadużycia finansowe, pranie brudnych pieniędzy, fałszerstwo walut, przestępczość komputerowa, przestępczość w dziedzinie ochrony środowiska, co obejmuje nielegalny handel zagrożonymi gatunkami zwierząt i roślin, ułatwianie bezprawnego wjazdu i stałego przebywania, zabójstwo i ciężkie uszkodzenie ciała, nielegalny handel organami i tkankami ludzkimi, porwanie, bezprawne przetrzymywanie i branie zakładników, rasizm i ksenofobia, kradzież zorganizowana.

ZASADA SZCZEGÓLNOŚCI, ZGODA NA PRZEKAZANIE, ODMOWA WYKONANIA

Wykonywanie europejskiego nakazu aresztowania jest uznawane jako reguła. Wystąpienie przesłanki fakultatywnej lub obligatoryjnej wyłącza obowiązek wydania. Przesłanki obligatoryjne zachodzą w sytuacji wcześniejszego osądzenia osoby za popełnienie tego samego przestępstwa (*ne bis in idem*), są nimi także niepełnoletność, a więc nieosiągnięty wiek dla odpowiedzialności karnej w państwie wykonania nakazu, oraz amnestia (w tym przypadku państwo wykonania nakazu mogło ścigać tę osobę, ale przestępstwo jest w tym państwie objęte amnestią).

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości nie pozostawia wątpliwości, że podstawę odmowy wydania mogą stanowić tylko istotne i oparte na dowodach sytuacje, w których uprawdopodobniony jest fakt istnienia realnego zagrożenia torturami, nieludzkim lub poniżającym traktowaniem lub karaniem w państwie wnioskującym ekstradycję. Oddalenie wniosku o przekazanie ma jednak charakter wyjątkowy, opiera się na wykazaniu dokonanego naruszenia lub obawie jego wystąpienia w przyszłości w trakcie postępowania[27]. Wątpliwość co do

[27] „Przesłanka odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania wskazana w art. 607p § 1 pkt 5 k.p.k., zgodnie z którą obligatoryjnie odmawia się wykonania nakazu europejskiego wówczas, gdy jego wykonanie naruszałoby wolności i prawa człowieka i obywatela, musi być oparta na konkretnych faktach i okolicznościach. Nie może być wynikiem abstrakcyjnych rozważań, ale musi uwzględniać konkretną sytuację procesową" – zob. szerzej postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 16.12.2015 r. (II AKz 466/15), www. orzeczenia krakow.sa.gov.pl.

gwarancji przestrzegania praw oskarżonych czy podejrzanych, a więc odmowa wydania, oddziałuje bezpośrednio na sferę przestrzegania zasady wzajemnego zaufania i uznawania[28]. Akcentowana zasada wzajemnego zaufania coraz częściej doznaje ograniczeń, jako skutek kontroli zasad praworządności i niezawisłości wymiarów sprawiedliwości w państwach członkowskich[29]. Zasada zaufania, z uwagi na prawnie sankcjonowane odstępstwa od niej, wskazuje, że mamy do czynienia raczej z domniemaniem zaufania na poziomie aktu normatywnego na szczeblu unijnym. W konkretnym stanie prawnym już na etapie stosowania przepisu doznaje ona ograniczenia, którego następstwem jest dysonans w sposób skuteczny eliminujący rozstrzygnięcie odpowiadające wszelkiej poprawności proceduralnej. Brak konsensusu między państwem wydającym nakaz i państwem wykonującym nakaz inicjuje procedury kontrolne. Początkowo ograniczające się do warunków formalnych procedury stopniowo obejmują swoim zasięgiem kwestie w sposób immanentny związane z funkcjonowaniem obszaru wymiaru sprawiedliwości państw członkowskich, nieodłącznie utożsamianych z pojęciem suwerenności w szerokim tego słowa znaczeniu.

Zasada wzajemnego zaufania stanowi ekspansywny instrument prawny inicjujący i w sposób autorytatywny wyznaczający standardy procedury, wykraczające poza ramy procedury karnej. W tym aspekcie uzasadnione będzie stwierdzenie, że zasada wzajemnego zaufania niepostrzeżenie pozostaje skutecznym środkiem umożliwiającym wkroczenie w najwrażliwsze obszary funkcjonowania państwa jako suwerena, bo takim obszarem jest niewątpliwie sądownictwo krajowe. Zasada zaufania stanowi nieodłączny element realizacji zasady wzajemnego uznawania, która odnosi się głównie do zakresu poszanowania praw podstawowych oraz praw procesowych podejrzanych i oskarżonych.

Zgodnie z art. 3 decyzji ramowej przesłanka obligatoryjnej odmowy ma miejsce, gdy wykonujący nakaz organ sądowy zostaje poinformowany, że w odniesieniu do osoby, której dotyczy europejski nakaz aresztowania, zapadło już prawomocne orzeczenie w państwie członkowskim, którego przedmiot stanowiły te same czyny, z zastrzeżeniem, że jeśli została orzeczona kara, to została ona wykonana lub jest wykonywana lub też nie może być dłużej wykonywana

[28] W wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości stwierdzono, że „w tych okolicznościach konieczność zapewnienia, by dana osoba nie została w przypadku skazania jej wydającemu nakaz państwu członkowskiemu poddana żadnemu nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu w rozumieniu art. 4 karty, uzasadnia, w drodze wyjątku, ograniczenie zasad wzajemnego zaufania i uznawania" – zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 15.10.2019 r. (C-128/18), https://sip.lex.pl.

[29] „Z powodu zachwiania swoistych idei zaufania w zakresie współpracy międzynarodowej w sprawach karnych przesłanki odmowy wykonania ENA określone w art. 607p § 1 pkt 5 i 6 k.p.k. nadal są krytykowane w literaturze. Niemniej jednak coraz częściej dostrzega się praktyczne i pozytywne możliwości kontrolowania zasadności wydawania ENA przez stosowanie powołanego przepisu" – szerzej w: *Skuteczność ekstradycji i europejskiego nakazu aresztowania*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, K. Szczechowicz, Olsztyn 2014, s. 33.

w świetle prawa państwa członkowskiego, w którym nastąpiło skazanie (zasada *ne bis in idem*). W tym kontekście należy zwrócić uwagę na kilka kwestii będących przedmiotem rozważań trybunału. Po pierwsze, stwierdzić należy, że poza rozpatrzeniem przesłanek wydania i stosowania ścisłych terminów wydania obowiązkiem organu sądowego państwa członkowskiego wykonującego nakaz będzie wydanie decyzji co do każdego przekazanego mu nakazu. Dotyczy to także sytuacji, gdy uprzednio wydano już postanowienie w stosunku do tej samej osoby i tych samych czynów, a kolejny nakaz został wydany tylko w celu przedstawienia w państwie wydania nakazu aktu oskarżenia osobie, której dotyczy. Po drugie, zauważyć należy, że użyte w decyzji ramowej 2002/584 w art. 3 pkt 2 pojęcie „orzeczenie" stosuje się także w odniesieniu do innych decyzji wydawanych przez organy uczestniczące w wymiarze sprawiedliwości, które kończą postępowanie karne w państwie członkowskim, także jeśli podejmowane są bez udziału sądu i nie mają formy orzeczenia. Po trzecie, warunkiem niezbędnym odmowy wydania będzie zawsze wydanie prawomocnego orzeczenia[30].

Przesłanki fakultatywne wyłączające wydanie stanowi okoliczność braku podwójnej karalności przestępstw innych niż 32 przestępstwa wymienione w art. 2 ust. 2 decyzji ramowej, właściwość miejscowa, toczące się postępowanie w państwie wykonania, przedawnienie.

Ustalenie sytuacji prawnej osoby, której dotyczy europejski nakaz aresztowania, który wykracza poza ogólnie przyjętą procedurę wymiany informacji pomiędzy organami sądowymi państw członkowskich, skutkujący celowością objęcia postępowania przez unijny organ sądowy lub trybunał, stanowi wyraz co najmniej istnienia prawdopodobieństwa zagrożenia naczelnych zasad i wartości, utożsamianych z pojęciem praworządności i sprawiedliwości. Fakt ponownej rewizji zasad funkcjonowania polskiego sądownictwa, zarzut niewypełniania przez sądy niezbędnych warunków w celu zapewnienia realizacji praw przysługujących obywatelom, który znalazł odzwierciedlenie w stanowisku Rzecznika Generalnego Campos Sanchez-Bardona w komunikacie z 12.11.2020 r.[31], przesądza o celowości odejścia od koncepcji uznawania europejskiego nakazu aresztowania jako procedury karnej egzystującej w wymiarze *stricte* formalno-proceduralnym.

Zgłaszane przez państwa członkowskie w kontekście odmowy wykonania europejskiego nakazu aresztowania zastrzeżenia dotyczące niespełniania przez sądy polskie wymogu niezawisłości legły u podstaw poddania badaniu statusu sądów krajowych, istnienia procesowych gwarancji przestrzegania praw obywateli do rzetelnego procesu na poziomie organów unijnych. Fakt ten nie-

[30] Zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z 25.07.2018 r. (C-268/17), www.curia.europa.eu.

[31] Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Komunikat prasowy nr 138/20, Luksemburg, 12.11.2020 r., Opinia rzecznika generalnego w sprawach połączonych C-354/20 PPU i C412/20 PPU, www.curia.europa.eu.

podważalnie daje asumpt do stwierdzenia, że zasada wzajemnego uznawania i wzajemnego zaufania w wielu przypadkach stanowi literalny wyraz dążeń ustawodawcy unijnego do kreowania bezpiecznej, międzynarodowej przestrzeni prawnej, przy czym ramy te każdorazowo podlegają weryfikacji, czyniąc porządek prawny państw członkowskich celem ogólnounijnej kontroli.

Co do zasady, osoba przekazana nie może być ścigana, skazana lub w inny sposób pozbawiona wolności za przestępstwo popełnione przed jej przekazaniem inne niż to, za które została przekazana. Jest to zasada szczególności określona w art. 27 decyzji ramowej. Mając na uwadze zasadę szczególności, podkreślić należy kilka kwestii. Zasada ta powinna być rozpatrywana w kontekście zasady suwerenności państwa i jego prawa, dotyczy zawsze określonej osoby i określonego europejskiego nakazu aresztowania, zarówno w aspekcie podmiotowym, jak i przedmiotowym. Jest to kwestia, która w praktyce wymaga niejednokrotnie wykładni Trybunału, na przykład co do określenia dopuszczalności zastosowania ograniczenia wolności w stosunku do osób, które podlegają kolejno następującym po sobie procedurom w ramach europejskiego nakazu aresztowania. Kazuistyka i przyjęta linia orzecznicza nie pozostawiają wątpliwości, że zasada szczególności, która choć kwalifikowana jako zasadniczy element determinujący przebieg postępowania, nie eliminuje zasadności i dopuszczalności środka karnego w postaci ograniczenia wolności w sprawach, gdzie stan faktyczny czyni zasadnym wdrożenie procedury dla egzekwowania odpowiedzialności karnej[32]. Dla wykonania europejskiego nakazu aresztowania zasadnicze znaczenie ma, po pierwsze, ustalenie, czy doszło do popełnienia „innego przestępstwa, niż to, w związku, z którym osoba została przekazana" w rozumieniu art. 27 ust. 2 decyzji ramowej, co skutkowałoby wszczęciem procedury dotyczącej wyrażenia zgody[33]. Przekazanie osoby następuje po badaniu przez

[32] Trybunał stwierdził, że „artykuł 27 ust. 2 i 3 decyzji ramowej 2002/584/WSiSW z 13.06.2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, zmienionej decyzją ramową Rady 2009/299/WSiSW z 26.02.2009 r. należy interpretować w ten sposób, że zasada szczególności, o której mowa w art. 2 tego artykułu, nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu środka polegającego na ograniczeniu wolności, wobec którego odnosi się pierwszy europejski nakaz aresztowania, z powodu czynów innych niż te, które stanowiły podstawę jej przekazania w wykonaniu tego nakazu, i poprzedzających te czyny, gdy osoba ta dobrowolnie opuściła terytorium państwa członkowskiego wydającego pierwszy nakaz i została mu przekazana w wykonaniu drugiego europejskiego nakazu aresztowania wydanego po tym wyjeździe w celu wykonania kary pozbawienia wolności, o ile na podstawie drugiego europejskiego nakazu aresztowania organ sądowy wykonujący ów nakaz wyraził zgodę na rozszerzenie ścigania na czyny, za które orzeczono ten środek polegający na ograniczeniu wolności" – szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości (czwarta izba) z 24.09.2020 r. (C-195/20 PPU), https://curia.europa.eu.

[33] „Wyjątek przewidziany w art. 27 ust. 3 lit. c decyzji ramowej powinien być interpretowany w ten sposób, że w razie stwierdzenia popełnienia «innego przestępstwa» niż to, które stanowiło podstawę przekazania, wymagane jest wystąpienie o zgodę, zgodnie z art. 27 ust. 4 decyzji ramowej, i jej uzyskanie, jeśli ma zostać wykonana kara pozbawienia wolności lub środek zabezpieczający związany z pozbawieniem wolności. Możliwe jest ściganie lub skazanie osoby za takie

organ sądowy państwa członkowskiego charakteru i kwalifikacji przestępstwa, ustaleniu czasu i miejsca popełnienia przestępstwa, stopnia udziału w przestępstwie osoby, której dotyczy wniosek, oraz przewidzianego zakresu kar. Pojęcie „inne przestępstwo" czyni celowym odniesienie się do opisu poszczególnych czynności w poszczególnych etapach procedury.

Przede wszystkim należy ustalić ponad wszelką wątpliwość znamiona przestępstwa, a więc porównać opis przestępstwa w wydającym nakaz państwie członkowskim, i te znamiona, na podstawie których nastąpiło przekazanie osoby. Stwierdzić należy również o istnieniu zgodności pomiędzy danymi ujętymi w nakazie aresztowania i danymi wskazanymi w późniejszej decyzji procesowej. Te kryteria mają znaczenie zasadnicze, w oparciu o nie sąd krajowy ocenia, czy przestępstwo określone w akcie oskarżenia stanowi przestępstwo inne niż to zawarte w nakazie aresztowania.

WYBRANE ASPEKTY EUROPEJSKIEGO NAKAZU ARESZTOWANIA W PRAWIE POLSKIM NA TLE DECYZJI RAMOWEJ

Przepisy dotyczące europejskiego nakazu aresztowania wprowadzone zostały do polskiego porządku prawnego na podstawie ustawy z 18.03.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń[34]. Regulacje zawarte w Kodeksie postępowania karnego rozszerzono poprzez wdrożenie postanowień ujętych w rozdziałach dotyczących wystąpienia do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o przekazanie osoby ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania oraz rozdziale dotyczącym wystąpienia państwa członkowskiego Unii Europejskiej o przekazanie osoby ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania.

Kodeks postępowania karnego określa zakres przedmiotowy europejskiego nakazu aresztowania w art. 607a, uzależniając możliwość wydania nakazu od spełnienia dwóch przesłanek – przestępstwo podlegać musi jurysdykcji polskich sądów oraz występuje podejrzenie, że osoba ścigana za przestępstwo podlegające jurysdykcji sądów karnych może przebywać na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Instrument ten dotyczy osób, które są podejrzane w postępowaniu przygotowawczym bądź oskarżone w postępowaniu sądowym lub już skazane prawomocnym wyrokiem. Zakres przedmiotowy i podmiotowy nakazu, jak również cel europejskiego nakazu aresztowania, choć niepowodujący zastrzeżeń, jeśli chodzi o wykładnię, wymaga zwrócenia uwagi na kilka kwestii. Znaczenie zasadnicze dla wykonania nakazu ma kwestia same-

przestępstwo przed uzyskaniem tej zgody, o ile żaden środek ograniczenia wolności nie jest stosowany na etapie ścigania lub postępowania karnego zmierzającego do wydania wyroku w odniesieniu do tego przestępstwa" – zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości (trzecia izba) z 1.12.2008 r. (C-388/08 PPU), https://eur-lex-europa.eu.

[34] Ustawa z 18.03.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2004 r. nr 69 poz. 626).

go celu przekazania. Artykuł 607k k.p.k. stanowi, że przekazanie z terytorium RP osoby ściganej nakazem następuje w celu przeprowadzenia przeciwko niej na terytorium innego państwa członkowskiego UE postępowania karnego lub wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności albo innego środka polegającego na pozbawieniu wolności. Jak wskazał Sąd Najwyższy, podkreślając fakt formułowania przesłanek nakazu przez państwo wydania, ustawodawca dokonał zastrzeżenia, które należy rozumieć w ten sposób, że cel musi być zrealizowany poprzez prowadzenie postępowania karnego, a przekazanie następuje tylko w celu i pod warunkiem wszczęcia postępowania. Tak więc brak osiągnięcia celu zawsze skutkował będzie przekazaniem osoby z powrotem na terytorium RP, przy czym podkreśla się zasadę *aut dedere aut iudicare*, zgodnie z którą organy wymiaru sprawiedliwości są obowiązane do osądzenia osoby, której nie można przekazać pod jurysdykcję państwa żądającego przekazania[35].

Artykuł 607b k.p.k. wskazuje, że wydanie nakazu nie jest dopuszczalne, jeśli nie wymaga tego interes sprawiedliwości, w przypadku toczącego się postępowania: w sprawach o przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności do roku oraz w celu wykonania kary pozbawienia wolności na czas nieprzekraczający czterech miesięcy albo innego środka polegającego na pozbawieniu wolności na czas nieprzekraczający czterech miesięcy. Konstrukcja przepisu pozostawia do wyłącznej oceny sądu, czy wydanie nakazu wiąże się z wystąpieniem interesu sprawiedliwości. Nie podważając faktu dopuszczalności wykładni generalnych klauzul „interes wymiaru sprawiedliwości" i „dobro wymiaru sprawiedliwości", jako mogących funkcjonować w języku prawniczym zamiennie, należy stwierdzić, że ustawodawca pozostawia szeroki margines płaszczyźnie „uznania sądu" w tym zakresie. Jednak uwzględniając wagę rozstrzygnięć dla praktyki nakazu, należy z dezaprobatą odnieść się do faktu braku przyjęcia przez ustawodawcę katalogu podstaw, które w przepisach procedury karnej precyzowałyby przesłanki stwierdzenia istnienia „interesu wymiaru sprawiedliwości". Pomijając fakt utożsamiania pojęcia „interes" ze stanem faktycznym, w którym celem jest korzyść, trudno miarodajnie stwierdzić, kiedy obiektywnie, w odniesieniu do wszystkich możliwych płaszczyzn konkretnej sprawy, można przyjąć istnienie „interesu wymiaru sprawiedliwości". Co więcej, skoro przy ocenie należy uwzględnić wszystkie okoliczności, a więc m.in. wagę przestępstwa, ekonomikę procesu, społeczną szkodliwość czynu, to należy jeszcze odpowiedzieć na pytanie, który aspekt jest priorytetem i dlaczego. Brak w przepisach obowiązującego prawa obiektywnych przesłanek, które stanowiłyby punkt odniesienia dla decyzyjności co do niedopuszczalności wydawania nakazu, a to stanowi niepodważalnie ryzyko „błędu" samego wymiaru sprawiedliwości. Zauważyć należy, że indywidualna ocena sądu, czy konkretny stan faktyczny wyczerpuje przesłankę nieistnienia interesu wymiaru sprawiedliwości, powinna być dokonywana nie tylko w oparciu o aspekty wyżej wskazane,

[35] Szerzej zob. uchwała SN z 20.07.2006 r. (I KZP 21/06), https://www.sn.pl.

chociażby ekonomiczne, ale uwzględniać także aspekt interesu osobistego czy społecznego związanego ze wskazaną podstawą wydawania. W tym kontekście wskazane byłoby odejście od powszechnie dokonywanej oceny realizacji procedury nakazu, która skupia się na jej ekonomicznej wartości i rzekomo zbyt częstym stosowaniu. Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że poprzez wprowadzenie do Kodeksu postępowania karnego przesłanki dotyczącej „interesu wymiaru sprawiedliwości" ustawodawca podkreślił rangę przepisów uzewnętrzniających wolę suwerena, po drugie – stworzył ustawowy poziom legalności działania wymiaru sprawiedliwości w oparciu o przesłankę, której nie sposób kwestionować.

W odniesieniu do przesłanek obligatoryjnej odmowy wykonania nakazu art. 607p § 2 k.p.k. ustanowił ograniczenia wydawania obywatela polskiego, które wynikają z postanowień Konstytucji RP[36]. Zakaz ekstradycji statuuje art. 55 § 1 Konstytucji, który ustanawia wyjątki od tej zasady. Przyjęto, że ekstradycja obywatela polskiego jest dopuszczalna, gdy możliwość taka wynika z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej lub ustawy wykonującej akt prawa stanowionego przez organizację międzynarodową, której RP jest członkiem, pod warunkiem że czyn objęty wnioskiem o ekstradycję:

- został popełniony poza terytorium RP,
- stanowił przestępstwo według prawa RP lub stanowiłby przestępstwo według prawa RP w razie popełnienia na terytorium RP, zarówno w czasie jego popełnienia, jak i w chwili wpłynięcia nakazu europejskiego (§ 2).

Spełnienie warunków określonych w § 2 nie jest wymagane w odniesieniu do ekstradycji mającej nastąpić na wniosek sądowego organu międzynarodowego powołanego na podstawie ratyfikowanej przez RP umowy międzynarodowej, w związku z objętą jurysdykcją tego organu zbrodnią ludobójstwa, zbrodnią przeciwko ludzkości, zbrodnią wojenną lub zbrodnią agresji.

Odmowa wykonania nakazu sprecyzowana została w art. 607p § 1, ma ona miejsce, gdy:

- przestępstwo, którego dotyczy nakaz, w wypadku jurysdykcji polskich sądów karnych podlega darowaniu na mocy amnestii,
- w stosunku do osoby ściganej zapadło w innym państwie prawomocne orzeczenie co do tych samych czynów oraz, w wypadku skazania za te same czyny, osoba ścigana odbywa karę lub ją odbyła albo kara nie może być wykonana według prawa państwa członkowskiego Unii Europejskiej,
- w stosunku do osoby ściganej zapadło prawomocne orzeczenie o przekazaniu do innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej,
- osoba, której dotyczy nakaz, z powodu wieku nie ponosi według prawa polskiego odpowiedzialności karnej za czyny będące podstawą wydania nakazu,

[36] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483 ze zm.).

– naruszałoby to wolności i prawa człowieka i obywatela,
– nakaz został wydany w związku z przestępstwem popełnionym bez użycia przemocy, z przyczyn politycznych.

W przypadku wydania nakazu wobec osoby, która jest obywatelem polskim, wykonanie nakazu może nastąpić pod warunkiem, że czyn, którego dotyczy nakaz, nie został popełniony na terytorium RP ani na polskim statku wodnym lub powietrznym oraz stanowi przestępstwo według prawa RP lub stanowiłoby przestępstwo w razie popełnienia na terytorium RP, zarówno w czasie jego popełnienia, jak i w chwili wpłynięcia nakazu europejskiego. Ustawodawca polski wprowadził tym samym przesłankę nieznaną regulacjom decyzji ramowej, a ponadto, co słusznie się podkreśla, art. 607p § 2 k.p.k. nie uwzględnia rezygnacji z wymogu podwójnej karalności, jeśli chodzi o europrzestępstwa[37]. Uwzględniając podstawy odmowy wykonania nakazu, zwrócić należy uwagę na pojęcie „te same czyny", gdyż dokonanie właściwej wykładni pojęcia wymaga wskazania, że rozstrzyganie w tym zakresie stanowi wyraz supremacji prawa unijnego nad krajowym. Z uwagi na art. 3 pkt 2 decyzji ramowej o europejskim nakazie aresztowania stwierdza się, że pojęcie „te same czyny" nie podlega ocenie ani według prawa państwa wydającego nakaz, ani też zgodnie z prawem wykonującego nakaz państwa członkowskiego, lecz pozostaje pojęciem, które podlega ocenie zgodnie z autonomiczną wykładnią według prawa unijnego. W odniesieniu do pojęcia „prawomocność orzeczenia" artykułowanego w art. 3 pkt 2 decyzji ramowej będzie ono podlegało ocenie zawsze zgodnie z prawem państwa, w którym nastąpiło jego wydanie[38]. Jeśli chodzi o przesłankę odmowy w postaci naruszenia przez wydanie nakazu wolności i praw człowieka i obywatela, podkreślić należy, że przesłanka ta umożliwia skuteczne odejście od sztywno określonej zasady wzajemnego uznawania i wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi. Jak wskazuje Trybunał Sprawiedliwości, decyzja ramowa nie może skutkować modyfikacjami obowiązku poszanowania praw i zasad podstawowych sprecyzowanych w art. 2 i art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej[39] i naruszać bezwzględnego charakteru prawa, o którym mowa w art. 4 karty.

W związku z powyższym zasadnicze jest pytanie, czy rzeczywiste ryzyko na-

[37] M. Kusak, *Postępowanie karne w sprawach międzynarodowych*, Warszawa 2017, s. 156.

[38] „W stosunku do poszukiwanej osoby zapadło prawomocne orzeczenie obejmujące te same czyny w rozumieniu art. 3 pkt 2 decyzji ramowej, jeżeli w następstwie przeprowadzonego postępowania karnego prawo oskarżyciela publicznego do wniesienia oskarżenia ostatecznie wygasło" – zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z 16.11.2010 r. (C-261/09), https://arch-bip.ms.gov.pl.

[39] Artykuł 2 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z 2012 r. C 326, s. 1), dalej: TUE, stanowi, że „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym prawa osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne państwom członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz równości kobiet i mężczyzn".

ruszenia prawa do niezależnego sądu stanowi podstawę do odmowy wykonania nakazu. Zalecana procedura badania polega na stwierdzeniu systemowych nieprawidłowości w zakresie zabezpieczeń dostępnych w państwie wydania nakazu i następnie skierowaniu do organu sądowego zapytania dotyczącego informacji uzupełniających dotyczących ochrony osoby. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na podniesione w ramach pytania prejudycjalnego zapytanie, czy w razie stwierdzenia przez organ wykonujący nakaz, że doszło do naruszenia zasady państwa prawnego, obowiązuje dalej wymóg przeprowadzania oceny istnienia poważnych i sprawdzonych podstaw do uznania, że w konkretnym przypadku może dojść do naruszenia prawa do rzetelnego procesu, czy państwo wydania nakazu nie sprosta zapewnieniu realizacji prawa do rzetelnego procesu i czy w związku z tym organ sądowy wykonujący nakaz nie może być zobowiązany do wykazania istnienia takich podstaw. Jak stwierdził Trybunał Sprawiedliwości, zasadnicze znaczenie przynależy skutecznej ochronie sądowej, dla której gwarancją jest zachowanie niezawisłości organów sądowych. Trybunał stwierdził, że państwo wykonania nakazu ma zawsze obowiązek w konkretny i dokładny sposób dokonać oceny, czy istnieją poważne i sprawdzone podstawy do przyjęcia, iż osoba będzie narażona na ryzyko w razie wykonania nakazu[40]. Wskazano także, że odmowa bez uprzedniej oceny powyższego jest możliwa w razie podjęcia przez Radę Unii Europejskiej decyzji stwierdzającej, na mocy art. 7 ust. 2 TUE, poważne i trwałe naruszenie zasad zawartych w art. 2 TUE, a więc zasady państwa prawnego, i w dalszej kolejności zawieszenia przez Radę stosowania decyzji ramowej wobec państwa członkowskiego.

Należy stwierdzić, że ramy współpracy między państwami członkowskimi oparte na zasadzie wzajemnego uznawania i wzajemnego zaufania w praktyce nie zapewniają gwarancji dochowania wymaganych standardów w odniesieniu do statusu prawnego osób podejrzanych i oskarżonych. Procedura nakazu pozwala na ocenę stanu praworządności w konkretnym państwie członkowskim, a jej skutki wykraczają poza wymianę stanowiska pomiędzy państwem wydającym nakaz i państwem wykonującym. Procedura staje się przedmiotem badania w aspekcie bezpośrednio związanym z badaniem legalności powołania, funkcjonowania i oddziaływania na prawa obywatela wymiaru sprawiedliwości. Zasadnicze znaczenie dla oceny ma tutaj art. 7 TUE, który ustanawia Radę Unii Europejskiej organem uprawnionym do stwierdzenia istnienia wyraźnego ryzyka poważnego naruszenia przez państwo członkowskie wartości wskazanych w art. 2. Drugi przepis to art. 47 zawarty w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej[41], w tytule VI „Prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu"[42].

[40] Zob. szerzej wyrok Trybunału Sprawiedliwości (wielka izba) z 25.07.2018 r. (C-216/18 PPU), www.monitorkonstytucyjny.eu.

[41] Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z 2016 r. C 202, s. 390), https://eur-lex.europa.eu, Dokument 12012P/TXT.

[42] „Każdy, czyjego prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma

Odniesienie się do postanowień zawartych w art. 2 TUE jest uzasadnione z uwagi na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 7.10.2021 r., w którym stwierdzono, że „art. 19 ust. 1 akapit drugi i art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej w zakresie, w jakim – w celu zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii oraz zapewnienia niezawisłości sędziowskiej – przyznają sądom krajowym (sądom powszechnym, sądom administracyjnym, sądom wojskowym i Sądowi Najwyższemu) kompetencje do: a) kontroli legalności procedury powołania sędziego, w tym badania zgodności z prawem aktu powołania sędziego przez Prezydenta RP – zostały uznane za niezgodne z art. 2 [*główne wartości Unii*], art. 8 ust. 1 [*stosunki Unii z państwami sąsiadującymi*], art. 90 ust. 1 i art. 179 w związku z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP, b) kontroli legalności uchwały Krajowej Rady Sądownictwa zawierającej wniosek do Prezydenta o powołanie sędziego – został uznany za niezgodny z art. 8 ust. 1 [*stosunki Unii z państwami sąsiadującymi*], art. 90 ust. 1 i art. 186 ust. 1 Konstytucji RP, c) stwierdzania przez sąd krajowy wadliwości procesu nominacji sędziego i w jego efekcie odmowy uznania za sędziego osoby powołanej na urząd sędziowski zgodnie z art. 179 Konstytucji – został uznany za niezgodny z art. 2 [*główne wartości Unii*], art. 8 ust. 1 [*stosunki Unii z państwami sąsiadującymi*], art. 90 ust 1 i art. 179 w związku z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP”[43]. Wyrokiem tym Trybunał Konstytucyjny orzekł również, że „art. 1 ustanowienie Unii Europejskiej akapit pierwszy i drugi w związku z art. 4 kompetencje Unii a Państwa Członkowskie ust. 3 Traktatu o Unii europejskiej – w zakresie, w jakim Unia Europejska ustanowiona przez równe i suwerenne państwa tworząca «coraz ściślejszy związek między narodami Europy», których integracja – odbywająca się na podstawie prawa unijnego oraz poprzez jego wykładnię dokonywaną przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej – osiąga «nowy etap», w którym: a) organy Unii Europejskiej działają poza granicami kompetencji przekazanych przez RP w traktatach, b) Konstytucja nie jest najwyższym prawem RP, mającym pierwszeństwo obowiązywania i stosowania, c) RP nie może funkcjonować jako państwo suwerenne i demokratyczne – został uznany za niezgodny z art. 2 główne wartości Unii, art. 8 stosunki Unii z państwami sąsiadującymi i art. 90 ust. 1 Konstytucji RP)”[44].

Artykuł 607r § 1 precyzuje fakultatywne przesłanki odmowy wykonania nakazu[45]. Odmowa jest dopuszczalna, gdy:

prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w niniejszym artykule. Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy”, Karta praw podstawowych UE, https://eur-lex.europa.eu, Dokument 12012P/TXT.

[43] Wyrok Trybunał Konstytucyjnego z 7.10.2021 r. (K 3/31), Dz.U. z 2021 r. poz. 1852.

[44] Wyrok Trybunał Konstytucyjnego z 7.10.2021 r. (K 3/31), Dz.U. z 2021 r. poz. 1852.

[45] „Ostateczne rozstrzygnięcie, a w związku z tym również rozpatrywanie tzw. fakultatywnych przyczyn odmowy wykonania ENA (wymienionych w art. 607r k.p.k.), należy do sądu. Radykalne uproszczenie i przyśpieszenie procedury ekstradycyjnej przejawia się m.in. w tym, że nakazy przekazywane mają być bezpośrednio między właściwymi organami wymiaru sprawiedliwości,

– przestępstwo będące podstawą wydania europejskiego nakazu aresztowania, inne niż wymienione w art. 607w, nie stanowi przestępstwa według prawa polskiego,
– przeciwko osobie ściganej, której dotyczy nakaz, toczy się w Rzeczypospolitej Polskiej postępowanie karne o przestępstwo, które stanowi podstawę nakazu europejskiego,
– wobec osoby ściganej w związku z czynem będącym podstawą wydania europejskiego nakazu zapadło prawomocne orzeczenie o odmowie wszczęcia postępowania, o umorzenie postępowania lub inne orzeczenie kończące postępowanie w sprawie,
– według prawa polskiego nastąpiło przedawnienie ścigania lub wykonania kary, a przestępstwa, których to dotyczy, podlegały jurysdykcji sądów polskich,
– nakaz europejski dotyczy przestępstw, które według prawa polskiego zostały popełnione, w całości lub w części, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym,
– za czyn zabroniony, którego dotyczy nakaz europejski, w państwie wydania nakazu europejskiego można orzec karę dożywotniego pozbawienia wolności albo inny środek polegający na pozbawieniu wolności bez możliwości ubiegania się o jego skrócenie.

Zgodnie z § 2 art. 607r przepisu § 1 pkt 1 nie stosuje się, jeżeli czyn nie stanowi przestępstwa z powodu braku lub odmiennego uregulowania w prawie polskim odpowiednich opłat, podatków, ceł lub zasad obrotu dewizowego. Odmowa wykonania nakazu europejskiego, który został wydany w celu wykonania kary albo środka polegającego na pozbawieniu wolności, które zostały orzeczone pod nieobecność osoby ściganej, może mieć miejsce, chyba że:
– osoba ścigana była wezwana do udziału w postępowaniu lub w inny sposób zawiadomiona o terminie i miejscu rozprawy albo posiedzenia wraz z pouczeniem, że niestawiennictwo nie stanowi przeszkody dla wydania orzeczenia albo osoba miała obrońcę, który był obecny na rozprawie lub na posiedzeniu,
– po doręczeniu osobie ściganej odpisu orzeczenia wraz z pouczeniem o przysługującym jej prawie, terminie i sposobie złożenia w państwie wydania wniosku o przeprowadzenie z jej udziałem nowego postępowania sądowego w tej samej sprawie, osoba ścigana w ustawowym terminie nie złożyła takiego wniosku lub oświadczyła, że nie kwestionuje orzeczenia,
– organ, który wydał nakaz europejski, zapewni, że niezwłocznie po przekazaniu osoby ściganej do państwa wydania nakazu zostanie jej doręczony odpis orzeczenia wraz z pouczeniem o przysługującym jej prawie, terminie i sposobie złożenia wniosku o przeprowadzenie z jej udziałem nowego postępowania sądowego w tej samej sprawie.

bez pośrednictwa kanału dyplomatycznego lub innych pośrednich ogniw" – M. Mozgawa-Saj, *Ekstradycja w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2015, s. 64.

Kodeks postępowania karnego w art. 607s § 1 ustanowił wyjątek dotyczący wydawania osób, przyjmując, że nie podlega wykonaniu nakaz europejski, który wydano w celu wykonania kary pozbawienia wolności lub środka polegającego na pozbawieniu wolności wobec osoby ściganej, która jest obywatelem polskim lub korzysta w Rzeczypospolitej Polskiej z prawa azylu, jeżeli nie wyrazi ona zgody na przekazanie.

Podstawa odmowy wykonania nakazu to również sytuacja, gdy został on wydany w celu wskazanym w art. 607r § 1, a osoba ścigana ma miejsce zamieszkania lub stale przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

WNIOSKI

Europejski nakaz aresztowania pozostaje instytucją, która pełniąc rolę istotnego elementu międzynarodowej współpracy w sprawach wymiaru sprawiedliwości, wraz z upływem czasu uzewnętrzniła istotne konotacje, wykraczające poza przestrzeń *stricte* prawną i proceduralną. Instytucja ta wywarła istotny wpływ na porządek prawny państw członkowskich, przy czym stwierdzenia tego nie należy zawężać tylko do faktu implementacji przepisów procedury. Europejski nakaz aresztowania, jako rozwiązanie ogólnie akceptowalne, oparte na zasadzie wzajemnej współpracy państw, zasadzie wzajemnego uznawania i zaufania, pozwala na wkroczenie organów prawodawczych Unii Europejskiej, sankcjonowane prymatem prawa unijnego nad krajowym, w zasady i wartości zastrzeżone dla kompetencji organów ustawodawczych państw członkowskich. Praktyka dowiodła, że instytucja ta stała się wyraźnym i sugestywnym elementem, umożliwiającym ingerencję w sferę, która pozostaje zastrzeżona dla państwa jako suwerena. Europejski nakaz aresztowania coraz częściej wymaga procedowania o dopuszczalności jego wykonania, a przesłanką badania i decyzyjności w tym zakresie nie jest już tylko brak spójności orzeczniczej czy pytanie prejudycjalne, także w ramach precedensu, a „prawo do wykładni" ustroju państwa członkowskiego w odniesieniu do filaru władzy sądowniczej. Konstrukcja europejskiego nakazu aresztowania z założenia miała realizować cel, jakim było usprawnienie mechanizmu przekazania osób nią objętych, jeśli chodzi o czynnik czasowy i formalizm. Należy stwierdzić, że walor skuteczności przynależy jej już tylko z samego faktu, iż procedura realizuje potrzeby państw członkowskich co do niezbędnej międzynarodowej współpracy instytucjonalnej czy organizacyjnej. Zawieszenie procedury europejskiego nakazu aresztowania w stosunku do konkretnego państwa członkowskiego Unii Europejskiej jest dopuszczalne tylko w drodze orzeczenia Rady Europejskiej stwierdzającego nieprzestrzeganie zasad, które legły u postaw jej funkcjonowania.

Nie mniej ważne są względy pozaproceduralne, przynależne do prawa w sensie jego etycznego wymiaru. Europejski nakaz aresztowania pozostaje rozwiązaniem prawnym, które na przestrzeni czasu kształtuje praktyka państw członkowskich, będąca wynikiem głębokich przeobrażeń eksponujących jego

transgraniczny charakter. Zasada wzajemnego zaufania związana z praktyką stosowania europejskiego nakazu aresztowania ustanawia ściśle określone standardy dotyczące płaszczyzny przestrzegania praw człowieka, zasada ta stanowi także instrument kontroli organów i instytucji państw członkowskich w zakresie wypełniania wymogów formalnych właściwych pojęciu sprawiedliwego procesu, niezależności sądów, zapewnienia gwarancji praw osób oskarżonych.

Doskonalenie procedury europejskiego nakazu aresztowania wymaga z jednej strony ujednolicenia orzecznictwa, spójności przepisów, właściwej wykładni, z drugiej strony transpozycji aktów normatywnych w sposób immanentny związanych z procedurą ekstradycyjną ujętą w decyzji ramowej. Zalicza się do nich przede wszystkim decyzja ramowa 2008/909/WSiSW[46] o przekazywaniu więźniów, decyzja ramowa 2008/947/WSiSW o stosowaniu wzajemnego uznawania do wyroków i decyzji w sprawie zawieszenia lub warunkowego zwolnienia w celu nadzorowania przestrzegania warunków zawieszenia i obowiązków wynikających z kar alternatywnych[47], dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/41/UE z 3.04.2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych[48].

Unia Europejska, prezentując cele związane z doskonaleniem procedury europejskiego nakazu aresztowania, wskazuje przede wszystkim środki horyzontalne służące współpracy między państwami członkowskim dla poprawy wzajemnego zaufania do systemów sprawiedliwości. Zagadnieniem o szczególnej wadze z punktu widzenia stosowania europejskiego nakazu aresztowania pozostaje uszczegółowienie pojęcia „organ sądowy", poprzez przyjęcie procedury umożliwiającej w uzasadnionych przypadkach zatwierdzenie nakazu w państwie członkowskim wydającym nakaz przez sędziego, sąd, sędziego śledczego lub prokuratora[49]. Atencja prawodawcy skupia się również wokół tworzenia skutecznych mechanizmów usuwających niespójności dotyczące podstaw do odmowy wykonania nakazu. W kontekście powyższego wskazać należy celowość utworzenia unijnego mechanizmu dotyczącego demokracji, praworządności i praw podstawowych. Główne założenia prawodawcy unijne-

[46] Decyzja ramowa Rady 2008/909/WSiSW z 27.11.2008 r. o stosowaniu zasady wzajemnego uznawania do wyroków skazujących na karę pozbawienia wolności lub inny środek polegający na pozbawieniu wolności – w celu wykonania tych wyroków w Unii Europejskiej (Dz.U. z 2008 r. L 327, s. 27).

[47] Decyzja ramowa 2008/947/WSiSW z 27.11.2008 r. o stosowaniu wzajemnego uznawania do wyroków i decyzji w sprawie zawieszenia lub warunkowego zwolnienia w celu nadzorowania przestrzegania warunków zawieszenia i obowiązków wynikających z kar alternatywnych (Dz.Urz. z 2008 r. L 337, s. 102), https://eur-lex.eu.

[48] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/41/UE z 3.04.2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych (Dz.Urz. z 2014 r. L 130, s. 1), https://eur-lex.europa.eu.

[49] Szerzej na ten temat zob. rezolucja Parlamentu Europejskiego z 20.01.2021 r. w sprawie wdrażania europejskiego nakazu aresztowania i procedur wydawania osób między państwami członkowskimi (2019/2207(INI)), www.europol.europa.eu (dostęp: 21.03.2023 r.).

go to doskonalenie procedury *sensu stricto*, określenie modelowych rozwiązań, zapewnienie w państwach członkowskich przepisów prawa, które w sposób koherentny odnoszą się do zakresu praw i gwarancji procesowych osób podejrzanych i oskarżonych. Są to przede wszystkim gwarancje proceduralne w odniesieniu do podwójnej reprezentacji prawnej, a więc w odniesieniu do państwa wykonującego europejski nakaz aresztowania oraz państwa wydającego nakaz.

ABSTRACT

Monika Agnieszka Paulińska

The author is a attorney at law, a member of the OIRP in Poznan, she gained teaching experience in the Department of Civil Law at the University of Szczecin and in the Department of Constitutional Law at BWSH in Koszalin; she completed postgraduate studies in Real Estate Brokerage and holds a Professional License issued by the Ministry of Infrastructure.

European arrest warrant under the framework decision

The main goal of this article was to present the proceeding concerning the european warrant of arrest, in context of selected issues which exposes his cross-border capacity. The article addresses to jurisdiction, in order to show that, informalizing of extradition, in practice presupposes making necessary of interpretation rule of law, in scope which allows to determine the goal and frame of international cooperation in penal cases. The analysis of framework of union decision, allows state that assumption of procedure's creators, how to speed and improve the procedure, nowadays requires of revision concerning the key issues. General clauses of procedure, casuistry indicating to new legal premises which govern the extradite, also due to presumption of shortage of standards in scope guarantees ensuring reliable lawsuit, result in prolongation of procedure. Outlaw aspects of procedure on level of international cooperation, institutional, organizational, also regarding political system of counties, allows to state, that role of limited recognize and rule of limited trust is functioning.

Keywords: *European warrant of arrest, refusal of extradition, rule of speciality, rule of mutually recognition, rule of mutually trust, case law*

Monika Agnieszka Paulińska
e-mail: radca.lex.paulinska@wp.pl

Autorka jest radcą prawnym, członkiem OIRP w Poznaniu, doświadczenie dydaktyczne zdobywała w Katedrze Prawa Cywilnego na Uniwersytecie Szczecińskim oraz w Katedrze Prawa Konstytucyjnego BWSH w Koszalinie; ukończyła studia podyplomowe w zakresie Pośrednictwo w Obrocie Nieruchomościami, posiada Licencję Zawodową wydaną przez Ministerstwo Infrastruktury.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Augustyniak Barbara, Eichstaedt Krzysztof, Kurowski Michał, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. D. Świecki, Warszawa 2022, t. 2, komentarz do art. 425–673

Kusak Martyna, *Postępowanie karne w sprawach międzynarodowych*, Warszawa 2017

Mazur Dariusz, *Europejski nakaz aresztowania w prawie polskim* (w:) *Materiały z konferencji sędziów w Krakowie 24–26.06.2013 r.*, Kraków 2013

Mozgawa-Saj Marta, *Ekstradycja w polskim postępowaniu karnym*, Warszawa 2015

Skuteczność ekstradycji i europejskiego nakazu aresztowania, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, K. Szczechowicz, Olsztyn 2014

 DOI: 10.54383/0031-0344.2023.4.7

Pojęcia kluczowe: *umowne wyłączenie prawa agenta, prowizja od umów, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej*

Najnowsze orzecznictwo

Olga Sztejnert-Roszak

UMOWNE WYŁĄCZENIE PRAWA AGENTA (PRZEDSTAWICIELA HANDLOWEGO) DO PROWIZJI OD UMÓW ZAWARTYCH Z KLIENTAMI UPRZEDNIO POZYSKANYMI PRZEZ NIEGO DLA DAJĄCEGO ZLECENIE – WYROK TSUE W SPRAWIE C-64/21[1] I KILKA PRAKTYCZNYCH UWAG I PYTAŃ NA JEGO MARGINESIE

1. WPROWADZENIE

13.10.2022 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej odpowiedział na pytanie prejudycjalne Sądu Najwyższego, zadane postanowieniem z 17.09.2020 r. Rzecz podwójnie bez precedensu: po raz pierwszy polski sąd zadał pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni dyrektywy 86/653/EWG, a TSUE po raz pierwszy odpowiadał na pytanie o charakter roszczenia prowizyjnego agenta handlowego.

[1] Tekst wyroku dostępny jest na stronie Trybunału: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?nat=or&mat=or&pcs=Oor&jur=C%2CT%2CF&num=C-64%252F21&for=&jge=&dates=&language=pl&pro=&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&oqp=&td=%3BALL&avg=&lg=&page=1&cid=373268 (dostęp: 21.04.2023).

2. ROSZCZENIE INFORMACYJNE POWÓDKI WOBEC DAJĄCEGO ZLECENIE

Sąd Najwyższy, rozpoznając skargę kasacyjną Rigall Arteria Management Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. (sprawa o sygnaturze I CSK 483/18), powziął wątpliwości w zakresie wykładni przepisów prawa unijnego dotyczących wynagrodzenia agenta (przedstawiciela handlowego) w rozumieniu dyrektywy Rady 86/653/EWG z 18.12.1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek („dyrektywa"). Powódka żądała od dającego zlecenie – Banku Handlowego S.A. w Warszawie – informacji koniecznych do ustalenia wysokości prowizji należnej jej w związku z działaniem przez nią w ramach umowy agencyjnej zawartej z pozwanym bankiem. Żądanie dotyczyło informacji o umowach zawartych przez bank z klientami, których powódka pozyskała dla banku dla innych jego produktów. Strony związane były umowami agencyjnymi od roku 1999 do 2015; na ich podstawie powódce należne było wynagrodzenie prowizyjne za każdy – używając żargonu bankowego – „sprzedany produkt bankowy" (np. wydaną kartę kredytową). Po wypowiedzeniu ostatniej obowiązującej umowy agencyjnej powódka wystąpiła do banku z żądaniem przedstawienia informacji o należnej jej prowizji za cały czas obowiązywania kolejnych umów agencyjnych (tj. od 1.06.1999 r.) na podstawie art. 761^5 Kodeksu cywilnego[2].

W odpowiedzi na ponawiane żądania bank twierdził, że informacje przekazane do tej pory odpowiadają całości należnego wynagrodzenia oraz że informacje żądane przez agenta są objęte tajemnicą bankową. Wobec jednoznacznej odmowy powódka wystąpiła do Sądu Okręgowego w Warszawie z żądaniem ujawnienia informacji, argumentując, że na podstawie wskazanego wyżej przepisu agent ma prawo żądać od dającego zlecenie złożenia oświadczenia zawierającego dane o należnej mu prowizji oraz udostępnienia informacji pozwalających na ustalenie, czy wysokość należnej mu na podstawie umowy agencyjnej prowizji została prawidłowo obliczona. Sąd okręgowy oddalił jednak powództwo, argumentując, że oświadczenia składane przez bank w czasie obowiązywania umów agencyjnych były kompletne, agent nie zgłaszał zastrzeżeń co do wysokości obliczanej dla niego prowizji, a z treści tych umów nie wynika, by agent był uprawniony do żądania prowizji od umów zawartych przez bank z klientami, których uprzednio dla banku pozyskał. Zgodził się także z bankiem, że część żądanych informacji jest objęta tajemnicą bankową.

[2] Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 poz. 1360 ze zm.), dalej: k.c. Obowiązujące przepisy Kodeksu cywilnego stanowiące implementację dyrektywy stwarzają agentowi możliwość domagania się od dającego zlecenie wyciągu z jego ksiąg handlowych albo wglądu do nich przez biegłego w celu ustalenia wysokości należnej mu prowizji.

Złożoną przez powódkę apelację oddalił Sąd Apelacyjny w Warszawie; podzielił zasadniczą część argumentacji sądu pierwszej instancji, podkreślając dodatkowo, że roszczenie informacyjne powódki jest uzasadnione tylko o tyle, o ile agentowi może przysługiwać roszczenie o wypłatę wynagrodzenia, którego ma dotyczyć żądana informacja. Zdaniem sądu apelacyjnego sytuacja taka nie miała miejsca w okolicznościach omawianej sprawy, albowiem przepis art. 761 § 1 k.c., przewidujący wynagrodzenie agenta z tytułu umów zawartych przez dającego zlecenie z klientami uprzednio pozyskanymi przez agenta, ma charakter dyspozytywny. Sąd apelacyjny ocenił, że strony wyłączyły prawo agenta do omawianej prowizji w sposób milczący; brak jest bowiem takiej regulacji w umowach, a zachowanie stron w czasie ich obowiązywania nie wskazuje, by agentowi takie wynagrodzenie było należne.

W skardze kasacyjnej od tego orzeczenia powódka podniosła naruszenie art. 761 § 1 *in fine* k.c., interpretowanego z uwzględnieniem art. 7 ust. 1 lit. b dyrektywy, polegające na uznaniu tego przepisu za dyspozytywny. Skarżąca wyraziła pogląd, że norma wynikająca z tego przepisu ma charakter semiimperatywny i nie może zostać wyłączona przez umowę agencyjną. W odpowiedzi na skargę kasacyjną bank opowiedział się za pełną dyspozytywnością art. 761 § 1 k.c.

3. ISTOTA WĄTPLIWOŚCI SĄDU NAJWYŻSZEGO

Jak wynika z uzasadnienia postanowienia z 17.09.2020 r., Sąd Najwyższy powziął wątpliwości dotyczące wykładni przepisów prawa Unii Europejskiej dotyczących wynagrodzenia przedstawiciela handlowego (agenta), ze szczególnym uwzględnieniem art. 7 ust. 1 lit. b dyrektywy[3]; ich istota sprowadzała się do pytania, czy przepisy krajowe implementujące ten przepis dyrektywy pozwalają na umowne modyfikacje prawa do prowizji (zwłaszcza na modyfikowanie tego prawa na niekorzyść agenta) lub na jego wyłączenie. Treść uzasadnienia postanowienia wydaje się wskazywać, że Sąd Najwyższy dostrzegł więcej argumentów przemawiających za kogentnym charakterem wskazanego przepisu dyrektywy, co powinno w konsekwencji oznaczać, iż art. 761 § 1 k.c. miałby być normą bezwzględnie obowiązującą. Swój pogląd Sąd Najwyższy poparł rzetelną analizą dotychczasowego orzecznictwa TSUE dotyczącego wykładni dyrektywy, uzupełnioną praktycznymi przykładami.

W uzasadnieniu pytania prejudycjalnego Sąd Najwyższy przywołał przepisy dyrektywy regulujące kwestię prowizji służącej agentowi w czasie obowiązywa-

[3] Art. 7 ust. 1 dyrektywy: „Przedstawiciel handlowy jest uprawniony do prowizji z tytułu transakcji handlowych zawartych w okresie objętym umową agencyjną: a) gdy zawarcie transakcji wynika z jego działania lub b) gdy transakcja jest zawarta z osobą trzecią, którą on już wcześniej odnośnie do transakcji tego samego rodzaju pozyskał jako klienta".

nia umowy agencyjnej i po jej rozwiązaniu, a także roszczenia informacyjnego oraz analogiczne przepisy Kodeksu cywilnego, sformułowane na skutek implementacji dyrektywy. Sąd Najwyższy zauważył, że ani dyrektywa, ani Kodeks cywilny nie wskazują jednoznacznie, by strony umowy agencyjnej mogły zmodyfikować lub wyłączyć prawo do prowizji. Niektóre inne przepisy dyrektywy (a w ślad za nią – Kodeksu cywilnego) określone są wprost jako imperatywne lub semiimperatywne, przy czym jednostronna ich modyfikacja możliwa jest tylko na korzyść agenta, ze względu na cel dyrektywy, którym jest ochrona przedstawiciela handlowego (przywołany np. w orzeczeniach C-465/04 *Honyvem*, C-184/12 *Unamar*, C-338/14 *Quenon*). Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w swym dotychczasowym orzecznictwie nie zajmował się charakterem roszczenia prowizyjnego, a zdania polskiej nauki prawa są w tym zakresie podzielone; prezentowane są poglądy wskazujące na kogentny, semiimperatywny i dyspozytywny charakter przepisu art. 761 § 1 k.c. Sąd Najwyższy podkreślił, że dotychczasowe orzecznictwo Trybunału wskazywało na bezwzględnie wiążący charakter przepisów dyrektywy regulujących świadczenie wyrównawcze (C-381/98 *Ingmar*, C-465/04 *Honyvem*, C-348/07 *Turgay Semen*, C-184/12 *Unamar*, C-645/16 *(CMR) SARL*) czy zakaz umownego rozszerzania katalogu okoliczności, w których przedstawiciel handlowy utraci prawo do prowizji (C-48/16 *ERGO Poisťovňa, a.s.*). Trybunał zdawał się także już prezentować – choć w wymiarze ogólnym – stanowisko o bezwzględnie wiążącym charakterze norm dotyczących wynagrodzenia przedstawicieli handlowych (C-184/12 *Unamar*), a o tym, że normy zawarte w dyrektywie nie mają charakteru dyspozytywnego, wypowiadał się także Rzecznik Generalny Trybunału w sprawie C-315/14 *Marchon Germany GmbH v. Yvonne Karaszkiewicz*.

Sąd Najwyższy dostrzegł jednak także to, że dyrektywa reguluje obrót profesjonalny, a nie konsumencki, i nie wykluczył jej interpretacji, zgodnie z którą wykluczenie dyspozytywnego charakteru norm dyrektywy musi być wyrażone wprost w jej treści. Postawił także tezę, że być może prawidłowa wykładnia dyrektywy powinna prowadzić do wniosku, że art. 7–12 dyrektywy tworzą spójny i zamknięty system przepisów o wynagradzaniu agenta, który może zostać uchylony jedynie w całości i zastąpiony innym systemem, sformułowanym przez same strony, a zatem że niemożliwe byłoby wyłączanie poszczególnych elementów systemu przewidzianego dyrektywą bez przyznania agentowi innego wynagrodzenia o ekwiwalentnej wysokości.

Wreszcie Sąd Najwyższy podkreślił, że cechą rynku przedstawicielstwa w Polsce jest jednostronne konstruowanie umów agencyjnych przez dających zlecenie, bez prawa do negocjowania ich treści przez agentów, co prowadziłoby do wniosku o konieczności ochrony wynagrodzenia agenta, a zatem konieczności przyznania przepisom o prowizji charakteru kogentnego, oraz podał praktyczny przykład dotykający problemu prowizji od umów z klientami uprzednio

uzyskanymi przez agenta (a zatem istoty rozpatrywanej sprawy): możliwość wyłączenia prawa do prowizji z art. 7 ust. 1 lit. b dyrektywy mogłaby skłaniać dających zlecenie do ograniczania prowizji przedstawicieli poprzez zawieranie pierwszej umowy z klientem (za pośrednictwem agenta, któremu służyłoby prawo do prowizji od niej) z zastrzeżeniem niższej ceny i podwyższania jej w kolejnych umowach, od których przedstawicielowi handlowemu nie przysługiwałaby już prowizja.

4. OPINIA RZECZNIK GENERALNEJ

Rzecznik Generalna w opinii z 9.06.2022 r.[4] opowiedziała się jednoznacznie za dyspozytywnym charakterem normy regulującej prawo agenta do prowizji. Wyraziła pogląd, że wniosek taki można wywieść z brzmienia analizowanego przepisu dyrektywy, zawierającego słowo „lub" [przedstawiciel handlowy jest uprawniony do prowizji a) gdy zawarcie transakcji wynika z jego działania; lub b) gdy transakcja jest zawarta z osobą trzecią, którą on już wcześniej odnośnie do transakcji tego samego rodzaju pozyskał jako klienta]; zdaniem Rzecznik Generalnej oznacza to, że agent ma prawo do którejkolwiek z form prowizji wskazanych w art. 7 ust. 1 dyrektywy, a przepis ten jest otwartym dyspozytywnym przepisem modelowym, którym strony umowy agencyjnej nie są związane. Ponadto w opinii powołano zasadę swobody umów zawartą w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej, jako podstawową zasadę krajowych porządków prawnych oraz porządku prawnego Unii, stanowiącą element wolności prowadzenia działalności gospodarczej. Wolność ta, która obejmuje autonomię stron w zakresie ustalania warunków umownych, nie jest bezwzględna i może podlegać uzasadnionym ograniczeniom, które w szczególności powinny być przewidziane ustawą oraz być zgodne z zasadą proporcjonalności. Uwaga ta została przedstawiona przy zaznaczeniu profesjonalnego charakteru umowy agencyjnej, zawieranej pomiędzy przedsiębiorcami. Wskazano, że dyrektywa nie zawiera żadnej podstawy pozwalającej na interpretowanie przepisu regulującego prawo agenta do prowizji jako bezwzględnie obowiązującego.

Rzecznik Generalna zakwestionowała pogląd, zgodnie z którym ochrona agenta jest głównym celem dyrektywy, i podkreśliła, że została ona uchwalona przede wszystkim w celu zniesienia przeszkód w zawieraniu transgranicznych umów agencyjnych. Jej zdaniem, gdyby prawodawca unijny w całej Unii stwierdził istnienie asymetrii w relacjach pomiędzy agentami i dającymi zlecenie w zakresie zdolności negocjacyjnej, na co wskazał polski Sąd Najwyższy, to zająłby się tym problemem w odpowiedni sposób – np. poprzez wprowadzenie norm skutkujących uznaniem za nieważne niewynegocjowanych warunków umownych, które skutkują powstaniem znaczącej nierównowagi. Rzecznik Generalna

[4] https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=260561&pageIndex=0&doclang=PL& mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1354418.

powtórzyła argumentację pozwanego banku, że gdyby art. 7 ust. 1 lit. b dyrektywy miał mieć charakter bezwzględnie obowiązujący, pozycja przedstawicieli handlowych mogłaby zostać osłabiona, albowiem dający zlecenie, którzy nie uwzględnili w swoich wyliczeniach konieczności zapłaty prowizji od umów z klientami uprzednio pozyskanymi przez agenta, mogliby na przykład obniżyć stawkę prowizji podstawowej, ograniczyć kwotę ponoszonych przez przedstawicieli handlowych, a zwracanych wydatków lub je w ogóle wykluczyć, ograniczyć lub wyłączyć pozostałe elementy wynagrodzenia albo nawet w ogóle zrezygnować z korzystania z usług agenta.

Kolejnym argumentem przemawiającym za dyspozytywnym charakterem omawianej normy jest zdaniem Rzecznik Generalnej jej geneza. W opinii omówione zostały losy przepisu przewidującego prawo agenta do prowizji od umów zawartych z klientami uprzednio przez niego pozyskanymi, który najpierw w projekcie dyrektywy znajdował się na liście norm bezwzględnie obowiązujących – tak jak przepis regulujący prawo do prowizji od umów, do których zawarcia agent doprowadził (aktualnie art. 7 ust. 1 lit. a dyrektywy), następnie z listy tej został usunięty przy jednoczesnym pozostawieniu postanowienia odpowiadającego literze a, by kolejno – na skutek zmiany struktury dyrektywy – obydwa te przepisy zostały z listy bezwzględnie obowiązujących usunięte, na rzecz koncepcji, by przy każdym bezwzględnie obowiązującym przepisie dyrektywy znajdowała się wzmianka na ten temat. Ta ostatnia kwestia, tj. kontekst, zadecydowała również o uznaniu, że unijny prawodawca – o ile jego zamiarem było nadanie normie znajdującej się w dyrektywie charakteru kogentnego – wskazywał to wyraźnie. Zatem skoro przepis sformułowany w art. 7 ust. 1 lit. b dyrektywy nie został jako taki określony, musi on zostać uznany za względnie wiążący. Rzecznik Generalna nie zgodziła się także z koncepcją Sądu Najwyższego o uznaniu przepisów art. 7–12 dyrektywy za system, który może zostać zastąpiony tylko innym odpowiednim systemem wynagradzania, lecz wyraziła pogląd, że „skoro art. 6 ust. 3 dyrektywy zezwala stronom na całkowite wyłączenie prowizji jako formy wynagrodzenia przedstawiciela handlowego, to dozwolone wydaje się również wyłączenie prowizji konkretnego rodzaju, takiej jak prowizja, o której mowa w jej art. 7 ust. 1 lit. b".

5. WYROK TRYBUNAŁU

Trybunał – zauważywszy, że stosunek prawny pomiędzy powódką a pozwanym bankiem dotyczy sprzedaży przez powódkę usług finansowych – wskazał, iż ten rodzaj umowy nie jest objęty zakresem stosowania dyrektywy. Zgodnie z art. 1 ust. 2 dyrektywy znajduje ona bowiem zastosowanie wyłącznie do przedstawicieli handlowych, którym powierzono stałe pośredniczenie przy negocjowaniu albo przy negocjowaniu i zawieraniu umów sprzedaży lub kupna towarów. Jednak ze względu na to, że polski ustawodawca – dokonując trans-

pozycji dyrektywy do prawa krajowego – przyjął, że umowa agencyjna może dotyczyć sprzedaży zarówno towarów, jak i usług, Trybunał stwierdził swoją właściwość w omawianej sprawie i orzekł o dyspozytywnym charakterze art. 7 ust. 1 lit. b dyrektywy[5].

Wskazał wprawdzie, że ani z art. 7 dyrektywy, ani innych jej przepisów nie można wywnioskować, czy analizowany przepis art. 7 ust. 1 lit. b ma charakter dyspozytywny, jednak podkreślił, że przy odpowiedzi na zadane pytanie prejudycjalne należy uwzględnić kontekst, w jaki się on wpisuje, oraz cele realizowane przez dyrektywę. Zdaniem Trybunału z ogólnej systematyki dyrektywy wynika, że unijny ustawodawca wyraźnie wskazał przepisy, od których nie można odstąpić; tak rzecz się ma z art. 10 ust. 4, art. 11 ust. 3 i art. 12 ust. 3 dyrektywy, znajdującymi się w tym samym rozdziale III, dotyczącym wynagrodzenia przedstawiciela handlowego. Nadto art. 6 ust. 1 dyrektywy wskazuje, że co do zasady wysokość wynagrodzenia przedstawiciela handlowego zależy od woli stron. Skoro tak, to nawet art. 6 ust. 3 wykładany *a contrario* nie może mieć wpływu na systemową wykładnię art. 6, z której wynika, że gdyby unijny prawodawca zamierzał wprowadzić odstępstwo od generalnej zasady swobody stron w ustalaniu wynagrodzenia agenta, wyraźnie wskazałby to w jednym z kolejnych ustępów art. 6 dyrektywy.

Trybunał – rozważając cele dyrektywy, tj. ochronę przedstawicieli handlowych w ich stosunkach z dającymi zlecenie, promowanie bezpieczeństwa transakcji handlowych i ułatwienie wymiany towarów pomiędzy państwami członkowskimi poprzez zbliżenie ich systemów prawnych w obszarze przedstawicielstwa handlowego – podzielił zdanie Rzecznik Generalnej, że wykładnia art. 7 ust. 1 lit. b dyrektywy jako przepisu bezwzględnie obowiązującego niekoniecznie prowadziłaby do większej ochrony agenta. Przytoczył pogląd z opinii, w myśl którego dający zlecenie mogliby wówczas chcieć kompensować sobie koszty takiej obowiązkowej do zapłacenia prowizji poprzez obniżanie stawki prowizji podstawowej lub ograniczanie wysokości zwracanych wydatków, a nawet rezygnowaliby z zawierania umów agencyjnych. Trybunał uzasadnił orzeczenie również historią powstawania dyrektywy, zaprezentowaną przez Rzecznik Generalną. Biorąc pod uwagę omawiane wyżej argumenty, orzekł, iż art. 7 ust. 1 lit. b dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że można umownie wprowadzić odstępstwo od prawa, które przepis ten przyznaje przedstawicielowi handlowemu działającemu na własny rachunek, do pobierania prowizji z tytułu transakcji zawartej w czasie trwania umowy agencyjnej z osobą trzecią, którą przedstawiciel ten już wcześniej odnośnie do transakcji tego samego rodzaju pozyskał jako klienta.

[5] Polska nie jest oczywiście jedyną jurysdykcją UE, w której umowa agencyjna dotyczy także sprzedaży usług.

6. KILKA UWAG PRAKTYCZNYCH

Na marginesie wydanego przez TSUE wyroku warto poczynić kilka uwag i zadać pytania istotne dla polskiej praktyki.

Po pierwsze – argument sądów powszechnych orzekających w omawianej sprawie, że niezgłaszanie przez agenta zastrzeżeń co do wysokości wyliczanej dla niego prowizji w czasie obowiązywania umowy agencyjnej mogłoby uzasadniać oddalenie powództwa informacyjnego, uważam za chybiony. Każdy agent wie, że zgłoszone wobec dającego zlecenie żądanie wyciągu z ksiąg lub wglądu do ksiąg przez biegłego jest zazwyczaj ostatnim żądaniem agenta w czasie obowiązywania umowy. Jeżeli dający zlecenie odmówi uczynienia zadość takiemu żądaniu, agent ma tylko sześć miesięcy od dnia zgłoszenia żądania na jego dochodzenie przed sądem; po upływie tego terminu roszczenie agenta wygasa (art. 761^5 § 3 i 4 k.c.). W praktyce agent ma zatem następujący wybór: nie kwestionować informacji o wysokości należnej mu prowizji otrzymywanej od dającego zlecenie, licząc na jego prawdomówność, dopytywać i kwestionować, ale bez determinacji, by nie doprowadzić do rozwiązania umowy agencyjnej, pozbawiając się jednocześnie możliwości dochodzenia roszczenia informacyjnego w przyszłości albo żądać stanowczo wyciągu lub wglądu do ksiąg, a w razie odmowy składać pozew, co oczywiście skutkować będzie rozwiązaniem umowy agencyjnej. Stanowcze zgłaszanie przez agenta zastrzeżeń co do wysokości wyliczanej dla niego prowizji jest zatem prostą drogą do zakończenia relacji prawnej z dającym zlecenie.

Po drugie – skoro Sąd Najwyższy zadał pytanie prejudycjalne o możliwość umownego wyłączenia roszczenia agenta o prowizję od umów zawartych z klientami uprzednio przez niego pozyskanymi dla dającego zlecenie, a zadał je w postępowaniu prowadzonym na skutek dochodzenia przez agenta roszczenia informacyjnego, to znaczy, że zdaniem Sądu Najwyższego agent co do zasady mógłby dochodzić tych roszczeń już po uzyskaniu informacji. W omawianym postępowaniu agent domagał się informacji o prowizji należnej mu za lata 1999–2015. Zadanie przez SN pytania prejudycjalnego oznacza zatem, że zdaniem Sądu Najwyższego co do zasady nie było wykluczone dochodzenie prowizji należnej agentowi za wskazany okres. Zaspokojenie roszczenia agenta o udzielenie mu informacji otwierałoby mu drogę do dochodzenia roszczenia prowizyjnego. Uzyskałby bowiem wiedzę zarówno o tym, że prowizja była mu należna, jak i jaka była jej wysokość. Na pierwszy rzut oka widać jednak, że roszczenia prowizyjne agenta (gdyby istniały) – z uwagi jedynie na termin, w jakim prowizja powinna była zostać wypłacona – byłyby przedawnione i – choć przedawnienie w sprawach pomiędzy profesjonalistami sąd uwzględnia na zarzut – zważywszy na postawę pozwanego banku, trudno byłoby przypuszczać, że zarzutu przedawnienia by nie podniósł.

Odrywając się na moment od okoliczności omawianej sprawy, nie można nie zauważyć, że w tym miejscu otwiera się zatem kolejne zagadnienie: czy dający zlecenie, który pomimo istniejącego ustawowego obowiązku informowania agenta o należnej mu prowizji, nie czyni tego, a następnie po wydaniu przez sąd orzeczenia zobowiązującego go do udzielenia informacji powołuje się na zarzut przedawnienia roszczeń prowizyjnych, powinien korzystać z ochrony? Początkiem biegu przedawnienia roszczenia – zgodnie z art. 120 § 1 k.c. – jest jego wymagalność. Czy zatem roszczenie prowizyjne nieznane agentowi może stać się wymagalne? Sąd Najwyższy w wyroku z 16.12.2014 r. (III CSK 36/14) wskazał wprawdzie, że przedawnienie biegnie nawet, jeśli wierzyciel nie wie o istnieniu roszczenia, jednak zawarł tam także wskazanie, iż w tym zakresie rozstrzyga tylko obiektywnie ustalony najwcześniejszy możliwy termin wezwania dłużnika przez wierzyciela do wykonania zobowiązania. Niewątpliwie najwcześniejszym możliwym terminem wezwania dającego zlecenie przez agenta do zapłaty należnej mu prowizji jest moment, w którym agent dowiaduje się o jej istnieniu. Jestem zdania, że zarzut przedawnienia roszczenia zgłaszany przez dającego zlecenie w postępowaniu o zapłatę prowizji w omawianej wyżej sytuacji nie powinien zostać uwzględniony.

W konsekwencji powyższego pytania rysuje się kolejne: czy agent mógłby dochodzić świadczenia wyrównawczego w oparciu o uzyskaną po tak długim czasie wiedzę o należnej mu prowizji? Choć art. 764^3 § 5 k.c. warunkuje prawo do jego dochodzenia zgłoszeniem przez agenta lub jego spadkobierców odpowiedniego żądania wobec dającego zlecenie przed upływem roku od rozwiązania umowy agencyjnej, z brzmienia tego przepisu nie wynika, że agent musi zażądać świadczenia wyrównawczego w określonej wysokości. Ma jedynie „zgłosić odpowiednie żądanie". Jak może wskazać jego wysokość, jeżeli jeszcze go nie zna – i to nie na skutek własnych zaniedbań, lecz na skutek naruszenia bezwzględnie obowiązujących dającego zlecenie przepisów, obligujących do udzielania agentowi informacji o należnej mu prowizji?

Choć rozstrzygnięcie TSUE jest obiektywnie dla agentów niekorzystne, sam fakt zadania takiego pytania prejudycjalnego przez Sąd Najwyższy i uzasadnienie wydanego postanowienia wydaje się być dobrym dla nich sygnałem. Z ciekawością pozostaje też czekać na odpowiedź Sądu Najwyższego na pytanie zadane przez Sąd Okręgowy w Warszawie 9.06.2022 r. w postępowaniu XXIII Ga 1707/20, o charakter przepisów definiujących roszczenie prowizyjne agenta (art. 758^1 § 1 k.c. w związku z art. 758^1 § 2 k.c.).

Jakakolwiek byłaby ocena omówionego wyroku TSUE, zarówno polski sąd orzekający w omawianej sprawie, jak i sądy państw członkowskich będą się kierować wyrażonymi przez Trybunał poglądami. *Roma locuta, causa finita.* Żartobliwie można dodać, że Rigall Arteria Management – mimo przegranej przed

Trybunałem, bo tak przecież trzeba ocenić sytuację, w której podzielił on pogląd pozwanego banku – zyskała nieśmiertelność, bo wyrok będzie cytowany w taki sam sposób jak inne orzeczenia wydawane przez TSUE, tj. poprzez wskazanie nazwy powoda.

adw. Olga Sztejnert-Roszak
Autorka jest adwokatem Izby Adwokackiej w Warszawie.

Olga Sztejnert-Roszak

The author is an advocate at the District Association in Warsaw.

Contractual exclusion of the right of the agent (sales representative) to commissions on contracts concluded with customers previously acquired by him for the principal – EU CJ ruling in case C-64/211 and some practical comments and questions on its margin

Keywords: *contractual exclusion of agent's right, contract commission, Court of Justice of the European Union*

Pojęcia kluczowe: *prawo do rzetelnego procesu sądowego, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, wolność wypowiedzi, ochrona własności, prawo do nauki, ogólny zakaz dyskryminacji*

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (STYCZEŃ–MARZEC 2023 R.)

Prezentowany przegląd orzecznictwa stanowi omówienie najistotniejszych poglądów wyrażonych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyrokach wydanych w okresie styczeń–marzec 2023 r. dotyczących: prawa do rzetelnego procesu sądowego, prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, wolności wypowiedzi, ochrony własności, prawa do nauki, ogólnego zakazu dyskryminacji.

PRAWO DO RZETELNEGO PROCESU SĄDOWEGO (ART. 6)

Obecność, nawet tylko bierna, członka władzy wykonawczej w składzie organu uprawnionego do wymierzania sędziom kar dyscyplinarnych jest wyjątkowo problematyczna z punktu widzenia art. 6 Konwencji i wymagania niezależności organu dyscyplinarnego.

Wyrok Catană v. Moldova, 21.02.2023 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 43237/13, § 75 – dot. braku niezależności i bezstronności Krajowej Komisji Sądownictwa.

PRAWO DO POSZANOWANIA ŻYCIA PRYWATNEGO I RODZINNEGO (ART. 8)

Trybunał podkreślił znaczenie dla ochrony niezawisłości sędziowskiej i odpowiedzialności sędziów jasnych i przewidywalnych regulacji prawnych od-

noszących się do ich immunitetu. Odpowiedzialność sędziego za treść jego orzeczeń stanowi wysoce delikatną kwestię wymagającą rozróżnienia między z jednej strony interpretacją lub stosowaniem prawa, które mogą być uznane za kontrowersyjne oraz jego decyzjami wskazującymi np. na poważne i jaskrawe naruszenie prawa, arbitralność, istotne wypaczenie faktów lub oczywisty brak podstawy prawnej do ich wydania – z drugiej. Sędzia może odpowiadać wyłącznie za ten drugi rodzaj zachowań. Ponadto w sprawach wiążących się z odpowiedzialnością sędziego błąd co do prawa popełniony w dobrej wierze należy odróżnić od podobnego uchybienia w złej wierze. Odnosi się to również do sędziów Trybunału Konstytucyjnego, którzy mogą ponieść odpowiedzialność za swoje orzeczenia tylko w wyjątkowych przypadkach odejścia od zasad i standardów rządów prawa i naruszenia konstytucji.

Wyrok Ovcharenko i Kolos v. Ukraina, 12.01.2023 r., Izba (Sekcja V), skargi nr 27276/15 i 33692/15, § 104–105 – dot. odwołania sędziów Trybunału Konstytucyjnego za udział w wydaniu wyroku uznanego za kontrowersyjny, przy braku jednoznacznej interpretacji znaczenia terminu „złamanie ślubowania" i zakresu ich funkcjonalnego immunitetu.

Społeczeństwo demokratyczne w rozumieniu Konwencji odrzuca wszelką stygmatyzację opartą na orientacji seksualnej. Jego podstawą jest bowiem równa godność każdej osoby i trwa ono dzięki różnorodności postrzeganej nie jako zagrożenie, ale źródło ubogacenia.

Wyrok Fedotova i inni v. Rosja, 17.01.2023 r., Wielka Izba, skargi nr 40792/10, 30538/14 i 43439/14, § 178 – dot. braku jakiejkolwiek formy uznania prawnego i ochrony par osób tej samej płci.

Domaganie się przez partnerów tej samej płci prawnego uznania i ochrony ich związku dotyka szczególnie ważnych aspektów ich tożsamości osobistej i społecznej.

Wyrok Fedotova i inni v. Rosja, 17.01.2023 r., Wielka Izba, skargi nr 40792/10, 30538/14 i 43439/14, § 185.

W państwach członkowskich Rady Europy istnieje wyraźny stały trend na rzecz uznania prawnego i ochrony par tej samej płci. W rezultacie w kwestii uznania prawnego i ochrony par homoseksualnych margines swobody państw Konwencji jest znacznie ograniczony. Jest on szerszy przy ustalaniu charakteru konkretnego reżimu prawnego dostępnego dla par tej samej płci, który nie musi przyjąć formy małżeństwa. Swoboda państw w tym zakresie obejmuje zarówno formę uznania prawnego, jak i sposób ochrony par tej samej płci. Ochrona zapewniona przez państwa Konwencji parom tej samej płci musi być jednak właściwa.

Wyrok Fedotova i inni v. Rosja, 17.01.2023 r., Wielka Izba, skargi nr 40792/10, 30538/14 i 43439/14, § 186–190.

Związek stanowiący oficjalnie uznaną alternatywę małżeństwa ma istotne znaczenie dla par tej samej płci niezależnie od jego konsekwencji prawnych. Oficjalne uznanie par tej samej płci nadaje im bowiem status i legitymizuje wobec świata zewnętrznego.

Wyrok Fedotova i inni v. Rosja, 17.01.2023 r., Wielka Izba, skargi nr 40792/10, 30538/14 i 43439/14, § 201.

Wspieranie tradycyjnej rodziny jest samo w sobie uprawnione, a nawet chwalebne. Ochrona rodziny w sensie tradycyjnym jest ważkim i uzasadnionym powodem, który może usprawiedliwiać różnicę traktowania ze względu na orientację seksualną. W celu ochrony rodziny w sensie tradycyjnym może być użyty szeroki wachlarz konkretnych rozwiązań. Ponadto koncepcja rodziny podlega z konieczności ewolucji, na co wskazują zmiany, jakie nastąpiły w tej sferze w okresie od czasu przyjęcia Konwencji.

Wyrok Fedotova i inni v. Rosja, 17.01.2023 r., Wielka Izba, skargi nr 40792/10, 30538/14 i 43439/14, § 207–208.

Konwencja jest żywym instrumentem i w rezultacie państwo przy wyborze środków ochrony rodziny i zapewnienia poszanowania życia rodzinnego zgodnie z wymaganiami art. 8 musi uwzględniać zmiany zachodzące w społeczeństwie i postrzeganiu statusu społecznego i cywilnego związków osób tej samej płci, w tym fakt, że nie istnieje wyłącznie jedna droga lub wybór sposobu prowadzenia życia rodzinnego lub prywatnego.

Wyrok Fedotova i inni v. Rosja, 17.01.2023 r., Wielka Izba, skargi nr 40792/10, 30538/14 i 43439/14, § 209.

Uznania i ochrony prawnej par tej samej płci pozostających w stabilnym i zaangażowanym związku nie można potraktować jako szkodliwe dla rodzin tradycyjnie ukształtowanych ani ich przyszłości czy integralności. Uznanie par tej samej płci w żaden sposób nie uniemożliwia zawierania małżeństw przez pary różnej płci lub zakładania przez nie rodzin odpowiadających ich koncepcji tego pojęcia. Mówiąc szerzej – zapewnienie praw parom tej samej płci samo w sobie nie osłabia praw innych osób lub par. Ochrona rodziny tradycyjnej nie może jednak uzasadniać braku prawnego uznania w jakiejkolwiek formie i ochrony praw osób tej samej płci.

Wyrok Fedotova i inni v. Rosja, 17.01.2023 r., Wielka Izba, skargi nr 40792/10, 30538/14 i 43439/14, § 212–213.

Pojęcie autonomii osobistej odzwierciedla ważną zasadę leżącą u podstaw interpretacji gwarancji art. 8 Konwencji, a prawo do tożsamości płciowej i samorealizacji stanowi podstawowy aspekt prawa do poszanowania życia prywatnego. Przemawia to za ograniczeniem swobody oceny, z jakiej mogą korzystać państwa. W sporze dotyczącym rozbieżności między tożsamością biologiczną

a tożsamością prawną osoby interseksualnej, czyli kwestii społecznej, która może być przedmiotem debaty, a nawet kontrowersji mogących rodzić w państwie demokratycznym głębokie różnice poglądów, zdecydowana większość państw Rady Europy utrzymuje zasadę oznaczenia płci w aktach urodzenia lub dokumentach tożsamości wyłącznie jako „mężczyzna" lub „kobieta". Nawet jeśli w niektórych z nich kwestia uznania płci niebinarnej była ostatnio lub jest nadal badana, to widać wyraźnie, że w tej materii brak jest zgody na poziomie europejskim. W tego rodzaju sprawach wchodzi również w grę interes publiczny w ochronie zasady niezmienności danych o osobie. Stanowi ona gwarancję wiarygodności i spójności aktów stanu cywilnego oraz, szerzej, bezpieczeństwa prawnego. W rezultacie w sprawach tego rodzaju państwo korzysta z szerszej swobody.

Wyrok Y. v. Francja, 31.01.2023 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 6888/17, § 75–78 – dot. odmowy władz wpisania na określenie płci terminu „neutralna" lub „interseksualna", zamiast „mężczyzna" jako korekty aktu urodzenia osoby interseksualnej.

Nawet jeśli dana osoba oświadczy, że nie domaga się przyznania ogólnego prawa do uznania trzeciej płci, lecz jedynie sprostowania zapisu w akcie urodzenia, aby odzwierciedlał jej rzeczywistą tożsamość, uwzględnienie jej zarzutu i stwierdzenie, że odmowa wpisania do aktu urodzenia słów „neutralna" lub „interseksualna" w miejsce „mężczyzna" stanowi naruszenie art. 8, musiałoby w rezultacie wymagać od państwa na podstawie art. 46 Konwencji odpowiedniej modyfikacji prawa wewnętrznego. Równocześnie jednak wchodzą tu w grę kwestie polityki państwa, co do których w systemie demokratycznym mogą istnieć uzasadnione głębokie różnice i w rezultacie szczególne znaczenie powinna mieć rola krajowego decydenta. Wobec braku zgody na poziomie europejskim w tej materii należy pozostawić państwu decyzję, jak szybko i w jaki sposób miałoby ono odpowiedzieć na żądania osób interseksualnych w kwestiach odnoszących się do ich stanu cywilnego z uwzględnieniem ich trudnej sytuacji w sferze prawa do poszanowania życia prywatnego, w szczególności rozbieżności między wymaganiami prawnymi i rzeczywistością biologiczną. Potrzeba odpowiednich środków prawnych wymaga ustawicznej kontroli, z uwzględnieniem w szczególności zmian w społeczeństwie i stanu świadomości społecznej.

Wyrok Y. v. Francja, 31.01.2023 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 6888/17, § 90–91.

Przy ocenie zgodności z art. 8 Konwencji ingerencji spowodowanej publikacją danych osobowych Trybunał bierze pod uwagę charakter ujawnionej informacji oraz czy dotyczyła ona najbardziej intymnych aspektów życia jednostki, takich jak stan zdrowia, stosunek do religii czy orientacja seksualna. Informacja czysto finansowa, która nie obejmuje intymnych szczegółów albo danych ściśle powiązanych z tożsamością, nie zasługuje na wzmocnioną ochronę.

Wyrok L.B. v. Węgry, 9.03.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 36345/16, § 119

– dot. nieuzasadnionej publikacji danych identyfikujących skarżącego, w tym jego adresu domowego, na stronie internetowej organu podatkowego, z powodu naruszenia przepisów podatkowych.

Ochrona danych osobowych ma fundamentalne znaczenie dla korzystania z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Prawo krajowe musi zapewnić odpowiednie gwarancje uniemożliwiające posługiwanie się danymi osobowymi niezgodnie z gwarancjami art. 8.

Wyrok L.B. v. Węgry, 9.03.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 36345/16, § 122.

W przypadku gdy ustawodawca korzysta z marginesu swobody, obejmuje on zarówno decyzję o ingerencji w danej dziedzinie, jak i – po jej podjęciu – szczegółowe regulacje mające zapewnić, aby ustawodawstwo było zgodne z Konwencją i została osiągnięta równowaga między konkurencyjnymi interesami publicznym i prywatnym. Wybory dokonane przez ustawodawcę podlegają jednak ocenie Trybunału co do jakości kontroli parlamentarnej i sądowej konieczności konkretnego środka. Trybunał musi skrupulatnie badać argumenty uwzględniane w procesie legislacyjnym i stanowiące podstawę wyborów ustawodawcy oraz ustalić, czy została zachowana właściwa równowaga konkurencyjnych interesów państwa lub ogółu społeczeństwa oraz osób bezpośrednio dotkniętych tymi wyborami.

Wyrok L.B. v. Węgry, 9.03.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 36345/16, § 125.

Państwa Konwencji korzystają z szerokiej swobody przy ocenie potrzeby istnienia systemu upubliczniania danych podatników, którzy nie wywiązują się ze swoich zobowiązań, jako środka ogólnego mającego m.in. zapewnić właściwy pobór podatków. Swoboda państw w tej dziedzinie nie jest jednak nieograniczona. Trybunał musi być przekonany, że w odpowiedni sposób rozważyły konkurencyjne interesy i – przynajmniej co do istoty – uwzględniły nie tylko (i) interes publiczny w rozpowszechnianiu informacji wchodzących w grę, ale również (ii) charakter ujawnionych informacji; (iii) następstwa oraz ryzyko wyrządzenia szkody w korzystaniu z życia prywatnego przez osoby, których one dotyczą; (iv) potencjalny zasięg medium użytego do ich rozpowszechnienia, zwłaszcza Internetu; a także (v) podstawowe zasady ochrony danych osobowych, w tym odnoszące się do ograniczeń celu, sposobu przechowywania, minimalizacji ilości danych i ich dokładności. W związku z tym ważną rolę mogą odgrywać zabezpieczenia proceduralne.

Wyrok L.B. v. Węgry, 9.03.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 36345/16, § 128.

WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)

Ograniczenie dostępu dzieci do informacji na temat związków tej samej płci wyłącznie ze względu na orientację seksualną ma szersze społeczne konsekwen-

cje. Niezależnie od tego, czy jest bezpośrednio zapisane w prawie lub przyjęte w indywidualnych decyzjach, wskazuje ono, że władze preferują niektóre rodzaje związków i rodzin oraz uznają stosunki osób odmiennej płci za bardziej społecznie akceptowalne i wartościowe niż związki osób tej samej płci. Przyczyniają się w ten sposób do ich dalszej stygmatyzacji. W rezultacie środek taki, nawet jeśli jego zakres i skutki są niewielkie, jest niezgodny z pojęciami równości, pluralizmu i tolerancji właściwymi dla społeczeństwa demokratycznego.

Wyrok Macatė v. Litwa, 23.01.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 61435/19, § 215 – dot. braku uprawnionego celu okresowego wstrzymania rozpowszechniania książki z bajkami opisującymi związki osób tej samej płci oraz uznania jej następnie za szkodliwą dla dzieci w wieku poniżej 14 lat.

Ograniczenia dostępu dzieci do informacji o związkach osób tej samej płci, których podstawą są wyłącznie względy związane z orientacją seksualną – przy braku innych podstaw uznania takich informacji za niewłaściwe lub szkodliwe dla rozwoju dzieci – nie realizują celów możliwych do przyjęcia za uzasadnione w świetle art. 10 § 2 Konwencji, a zatem są niezgodne z art. 10.

Wyrok Macatė v. Litwa, 23.01.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 61435/19, § 216.

System ochrony wolności słowa osób zgłaszających przypadki naruszeń (sygnalistów) może wchodzić w grę, jeśli dany pracownik lub urzędnik jest jedyną osobą lub częścią niewielkiej kategorii osób, posiadającą wiedzę o tym, co dzieje się w miejscu pracy, i w związku z tym ma najlepsze możliwości, aby w interesie publicznym ostrzec pracodawcę lub opinię publiczną. Pracownicy mają jednak równocześnie wobec swojego pracodawcy obowiązek zachowania lojalności, powściągliwości i dyskrecji, oznaczający, że poszukiwanie właściwej równowagi interesów musi uwzględniać istniejące ograniczenia wolności wypowiedzi oraz wzajemne prawa i obowiązki właściwe dla umów o pracę i danego środowiska zawodowego.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 116 – dot. ukarania grzywną za ujawnienie mediom poufnych dokumentów prywatnego pracodawcy odnoszących się do nielegalnych praktyk firm wielonarodowych.

Wzajemne zaufanie i dobra wiara, które powinny dominować w kontekście umów o pracę, nie oznaczają bezwzględnego obowiązku lojalności wobec pracodawcy ani dyskrecji w stopniu podporządkowującym pracownika interesom pracodawcy. Niemniej jednak obowiązek lojalności, powściągliwości i dyskrecji stanowi istotną cechę tego szczególnego systemu ochrony.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 117.

Obowiązek ochrony sygnalisty nie wchodzi w grę w razie ujawnienia informacji przez urzędnika, który nie miał uprzywilejowanego lub wyłącznego

dostępu do określonych informacji ani bezpośredniej wiedzy o nich, nie był związany tajemnicą lub obowiązkiem dyskrecji w związku ze swoją służbą i nie poniósł z tego powodu żadnych negatywnych konsekwencji w swoim miejscu pracy.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 118.

Decydujące znaczenie ma sytuacja rzeczywista sygnalisty wobec pracodawcy, a nie jego konkretny status prawny (jako pracownika). Ochrona przysługująca sygnalistom na podstawie art. 10 Konwencji wynika z konieczności uwzględnienia swoistych cech stosunku pracy: z jednej strony nieodłącznie z nim związanego obowiązku lojalności, powściągliwości i dyskrecji oraz – w razie potrzeby – ustawowego obowiązku zachowania tajemnicy; z drugiej – słabszej pozycji ekonomicznej pracownika wobec osoby, instytucji publicznej lub przedsiębiorstwa, od których zależy jego zatrudnienie, oraz ryzyka działań odwetowych z ich strony.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 119.

Sygnalista powinien w pierwszej kolejności wykorzystać wewnętrzne kanały sprawozdawcze, a więc w miarę możliwości przekazać informację przełożonemu danej osoby lub innemu właściwemu organowi lub podmiotowi. Wewnętrzny hierarchiczny kanał komunikacji stanowi co do zasady najlepszy sposób pogodzenia obowiązku lojalności pracowników z interesem publicznym, któremu służy ujawnienie informacji. Pierwszeństwo dróg wewnętrznych nad zewnętrznymi nie jest jednak absolutne. Wchodzi w grę, jeśli wewnętrzne mechanizmy sprawozdawcze istnieją i działają prawidłowo. W pewnych okolicznościach może okazać się uzasadnione bezpośrednie wykorzystanie „sprawozdawczości zewnętrznej", zwłaszcza gdy wewnętrzny kanał sprawozdawczy jest niewiarygodny lub nieskuteczny, osobie zgłaszającej nieprawidłowości może grozić zemsta albo ujawniane informacje dotyczą samej istoty działalności pracodawcy.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 121–122.

W pewnych okolicznościach informacje ujawniane przez sygnalistów mogą być objęte prawem do wolności wypowiedzi, nawet jeśli później okażą się błędne lub nie można udowodnić ich prawdziwości. Warunkiem jest jednak dokładne sprawdzenie przez sygnalistę, czy informacje były dokładne i wiarygodne. Możliwość ochrony sygnalistów na podstawie art. 10 wymaga zatem z ich strony odpowiedzialnego zachowania i dążenia, aby w miarę możliwości sprawdzali przed upublicznieniem prawdziwość informacji, które chcieliby ujawnić.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 127.

Przy ocenie dobrej wiary sygnalisty Trybunał sprawdza, czy motywem nie była chęć uzyskania korzyści osobistych, czy miał jakiekolwiek pretensje do swojego pracodawcy albo czy istniał jakikolwiek inny ukryty motyw jego działań. Wpływ na ocenę dobrej wiary ma krąg adresatów ujawnianych informacji i czy głównym motywem nie była chęć zwrócenia na siebie maksymalnej uwagi mediów i opinii publicznej. Dobra wiara wiąże się z autentycznością ujawnionych informacji. Nie można uznać działania za podjęte w dobrej wierze, jeśli jego powodem były zwykłe plotki bez żadnych dowodów na poparcie rzekomych faktów.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 128–130.

W szczególnym kontekście ochrony sygnalistów, którzy ujawnili z naruszeniem obowiązujących przepisów poufne informacje uzyskane w miejscu pracy, Trybunał koncentruje się na ustaleniu, czy ujawnienie to leżało w „interesie publicznym". Pojęcie interesu publicznego należy oceniać w świetle treści ujawnionej informacji oraz zasady umożliwiającej jej ujawnienie. W orzecznictwie Trybunału zakres informacji w interesie publicznym, które mogą wchodzić w zakres chronionej sygnalizacji, został określony w sposób szeroki.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 133.

Interesu publicznego mogącego uzasadniać ujawnienie nie można oceniać niezależnie od naruszonego obowiązku zachowania tajemnicy lub poufności. Zgodnie z art. 10 ust. 2 Konwencji zapobieganie ujawnieniu informacji otrzymanej w zaufaniu jest jedną z wyraźnie przewidzianych podstaw możliwych ograniczeń korzystania z wolności wypowiedzi. Wiele tajemnic jest chronionych przez prawo w szczególnym celu zabezpieczenia interesów wyraźnie wymienionych w tym artykule. Ocena interesu publicznego w ujawnieniu informacji objętych obowiązkiem zachowania tajemnicy musi więc uwzględniać interesy podlegające ochronie, zwłaszcza gdy ujawnienie obejmuje informacje odnoszące się nie tylko do działalności pracodawcy, ale także osób trzecich.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 136.

Zakres informacji ujawnianych w interesie publicznym mogących oznaczać sygnalizację chronioną w art. 10 obejmuje również zgłaszanie przez pracownika bezprawnych działań, praktyk lub zachowań w miejscu pracy oraz takich, które – choć zgodne z prawem – są naganne. Mogą one również w pewnych przypadkach obejmować informacje dotyczące funkcjonowania władz publicznych w społeczeństwie demokratycznym wywołujące ogólną debatę w uzasadnionym interesie społecznym uzyskania wiedzy umożliwiającej obywatelom wyrobienie sobie świadomej oceny, czy doszło do naruszenia interesu publicznego.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 137–138.

Informacje o bezprawnych aktach lub praktykach rodzą bezsprzecznie szczególne publiczne zainteresowanie. Ogromne znaczenie mogą mieć również informacje o aktach, praktykach lub zachowaniach, które choć same w sobie nie są bezprawne, to jednak są naganne lub kontrowersyjne. Informacje, które można uznać za leżące w interesie publicznym, dotyczą zwykle władz lub organów publicznych, nie można jednak wykluczyć, że w niektórych przypadkach mogą również dotyczyć podmiotów prywatnych, takich jak spółki, które w sposób nieunikniony i świadomy wystawiają się również na kontrolę swoich działań, w szczególności w odniesieniu do praktyk handlowych, odpowiedzialności dyrektorów spółek, nieprzestrzegania zobowiązań podatkowych lub szeroko rozumianego dobra gospodarczego. Ponadto interesu publicznego w ujawnieniu informacji nie można oceniać wyłącznie w kontekście krajowym. Niektóre informacje mogą bowiem leżeć w interesie publicznym na poziomie ponadnarodowym – europejskim lub międzynarodowym – lub mieć znaczenie dla państw trzecich i ich obywateli.

Opinia publiczna może być zainteresowana szerokim zakresem spraw. Sam ten fakt nie może jednak wystarczająco uzasadniać upublicznienia informacji poufnych. Kwestia, czy ujawnienie informacji z naruszeniem obowiązku zachowania poufności służy interesowi publicznemu w stopniu zasługującym na szczególną ochronę, z której mogą korzystać osoby ujawniające informacje z powołaniem się na art. 10 Konwencji, wymaga analizy, która nie może być abstrakcyjna, ale uwzględniać konkretne okoliczności.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 140–144.

W każdym przypadku należy ocenić rozmiary szkody, jaką ujawnienie informacji może spowodować, i zestawić je z interesem publicznym w jej uzyskaniu.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 145.

Ujawnienie informacji uzyskanych w ramach stosunku pracy może mieć również wpływ na interesy prywatne, dotykając w szczególności przedsiębiorstwo lub prywatnego pracodawcę i wyrządzając mu oraz – w niektórych przypadkach – osobom trzecim szkodę finansową lub uderzając w ich dobre imię. Nie można jednak wykluczyć, że takie ujawnienie może wywołać również inne szkody, naruszając równocześnie interesy publiczne, w szczególności ogólne dobro gospodarcze, ochronę własności, zachowanie tajemnicy chronionej, takiej jak tajemnica podatkowa lub zawodowa, czy też zaufanie obywateli do rzetelności i sprawiedliwego charakteru polityki podatkowej państwa. W rezultacie przy ocenie proporcjonalności ingerencji w prawo do wolności wypowiedzi sygnalistów chronione przez art. 10 Konwencji, poza szkodą wyrządzoną wyłącznie pracodawcy, należy uwzględnić całe spektrum możliwych szkodliwych skutków ujawnienia konkretnej informacji.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 147–148.

Celem informowania przez sygnalistę o nieprawidłowościach jest nie tylko ujawnienie i zwrócenie uwagi na informacje będące przedmiotem publicznego zainteresowania, ale także doprowadzenie w ten sposób do zmiany sytuacji, której jego informacje dotyczą, w razie potrzeby przez podjęcie działań naprawczych przez właściwe organy władz publicznych lub wchodzące w grę podmioty prywatne, takie jak przedsiębiorstwa.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 187.

W związku z faktami karania sygnalistów za ich działania Trybunał zwrócił uwagę, że nawet jeśli nałożona kara jest niewielka, istotny jest sam fakt ukarania. Ze względu na istotną rolę sygnalistów każde nadmierne ograniczenie ich wypowiedzi rodzi ryzyko, że ze względu na obawę ukarania tym trudniej im będzie w przyszłości ujawniać w interesie publicznym informacje o zachowaniach bezprawnych lub nagannych. W rezultacie może ulec ograniczeniu prawo społeczeństwa do otrzymywania informacji w interesie publicznym zagwarantowane w art. 10 Konwencji.

Wyrok Halet v. Luksemburg, 14.02.2023 r., Wielka Izba, skarga nr 21884/18, § 204.

Domniemanie nieprawdziwości stwierdzeń o faktach, wymagające od ich autora – świadka zdarzenia – wykazania ich prawdziwości, nie musi być sprzeczne z Konwencją, pod warunkiem zapewnienia mu możliwości udowodnienia, że jego oświadczenie było prawdziwe. Skarżący wyraźnie zaangażowany w debatę publiczną na temat ważnej kwestii nie powinien być zobowiązany do spełnienia bardziej wymagającego standardu niż standard należytej staranności, inaczej bowiem obowiązek udowodnienia twierdzeń faktycznych mógłby pozbawić go ochrony na podstawie art. 10.

Wyrok Udovychenko v. Ukraina, 23.03.2023 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 46396/14, § 44 – dot. nieuzasadnionej odpowiedzialności cywilnej naocznego świadka wypadku drogowego w drodze zastosowania wobec niego „domniemania nieprawdziwości" informacji o fakcie przekazanej w dobrej wierze mediom.

Wobec braku zarzutu złej wiary po stronie skarżącego nie można uznać za zgodne z zasadami określonymi w orzecznictwie Trybunału wymagania od niego udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń o okolicznościach np. wypadku drogowego, którego był świadkiem. Wymaganie to jest bowiem bardzo trudne, a nawet niemożliwe do spełnienia.

Wyrok Udovychenko v. Ukraina, 23.03.2023 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 46396/14, § 51.

OCHRONA WŁASNOŚCI (ART. 1 PROTOKOŁU NR 1)

Państwa korzystają z szerokiej swobody przy wyborze środków regulacji emerytur oraz korygowania wcześniejszego nierównego traktowania w tej

materii. Ze względu jednak na istnienie uprawnionych oczekiwań świadczeń, w razie zmiany dotychczasowych regulacji, wyłącznie szczególnie pilna potrzeba może usprawiedliwiać zaniechanie przyjęcia na rozsądny okres przepisów przejściowych.

Wyrok Valverde Digon v. Hiszpania, 26.01.2023 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 22386/19, § 81 – dot. odmowy przyznania emerytury wdowiej w rezultacie niemożliwego do przewidzenia zastosowania nowego wymagania wypłaty świadczenia, którego skarżąca nie była w stanie spełnić.

Artykułu 1 Protokołu nr 1 nie można interpretować w sposób oznaczający nałożenie na państwa Konwencji ogólnego obowiązku przejęcia długów podmiotów prywatnych.

Decyzja Freire Lopes v. Portugalia, 31.01.2023 r. (opubl. 23.02.2023 r.), Izba (Sekcja IV) skarga nr 58598/21, § 96.

PRAWO DO NAUKI (ART. 2 PROTOKOŁU NR 1)

Treść prawa do nauki zmienia się w różnych okresach i miejscach zależnie od okoliczności ekonomicznych i społecznych. W społeczeństwie demokratycznym prawo do nauki, które jest niezbędne dla realizacji praw człowieka, zajmuje tak fundamentalne miejsce, że restrykcyjna interpretacja pierwszego zdania artykułu 2 nie byłaby zgodna z celem i założeniami tego przepisu. Ze względu na ważną rolę, jaką odgrywa dziś prowadzenie badań naukowych we wszystkich dziedzinach i postęp w nich, specjalistyczne zaawansowane studia i badania, takie jak studia doktoranckie, stanowią integralną część prawa do nauki.

Wyrok Telek i inni v. Turcja, 21.03.2023 r., Izba (Sekcja II), skargi nr 66763/17, 66767/17 i 15891/18, § 134 – dot. znacznych ograniczeń możliwości pracy i życia osobistego pracowników akademickich za granicą z powodu unieważnienia ich paszportów na mocy dekretów wydanych w czasie stanu wyjątkowego.

Z art. 2 zdanie pierwsze Protokołu nr 1 wynika obowiązek państw Konwencji powstrzymania się od nieuzasadnionych ingerencji w korzystanie z prawa do nauki w formie studiów wyższych w instytucjach szkolnictwa wyższego za granicą. Obowiązek ten różni się od obowiązku zapewnienia bezwarunkowego dostępu do takich instytucji.

Wyrok Telek i inni v. Turcja, 21.03.2023 r., Izba (Sekcja II), skargi nr 66763/17, 66767/17 i 15891/18, § 137.

OGÓLNY ZAKAZ DYSKRYMINACJI (ART. 1 PROTOKOŁU NR 12)

Konwencja nie gwarantuje wolności językowej ani prawa osoby do używania wybranego przez siebie języka w kontaktach z instytucjami publicznymi ani do otrzymywania odpowiedzi w tym języku.

Wyrok Paun Jovanović v. Serbia, 7.02.2023 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 41394/15, § 79 – dot. uniemożliwienia przez sędziego adwokatowi posługiwania się jekawskim wariantem języka serbskiego, przy zezwoleniu na wariant ekawski, mimo identycznego oficjalnego statusu obu tych wariantów.

ABSTRACT

Marek Antoni Nowicki

The author is a non-practicing advocate (District Bar Association in Warsaw), an international expert in the field of human rights. During the period of martial law in 1982, he was one of the founders of the underground Helsinki Committee in Poland and co-author of all its reports, including on human rights in Poland during martial law (Madrid Report). Co-founder of the Helsinki Foundation for Human Rights. From 1993 to 1999 he adjudicated at the European Commission of Human Rights in Strasbourg. From 2000 to 2005, he was the international Ombudsman in Kosovo, and from 2007 to 2016 was president of the UN Advisory Board on Human Rights in Kosovo.

Review of the case law of the European Court of Human Rights (January–March 2023)

The review of the case law of the European Court of Human Rights presents the most significant views expressed in judgments issued by the European Court of Human Rights in the period from January to March 2023, concerning: right to a fair trial, right to respect for private and family life, freedom of expression, protection of property, right to education, general prohibition of discrimination.

Keywords: *European Court of Human Rights, right to a fair trial, right to respect for private and family life, freedom of expression, protection of property, right to education, general prohibition of discrimination*.

Marek Antoni Nowicki
Autor jest adwokatem niewykonującym zawodu (Izba Adwokacka w Warszawie), ekspertem międzynarodowym w dziedzinie praw człowieka. W okresie stanu wojennego w 1982 r. jeden z założycieli podziemnego Komitetu Helsińskiego w Polsce i współautor wszystkich jego raportów, w tym o prawach człowieka w Polsce w stanie wojennym (Raport Madrycki). Współzałożyciel Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. W latach 1993–1999 orzekał w Europejskiej Komisji Praw Człowieka w Strasburgu. W latach 2000–2005 był międzynarodowym Rzecznikiem Praw Obywatelskich w Kosowie, a w latach 2007–2016 – prezesem Izby Doradczej ONZ ds. Praw Człowieka w Kosowie.

Recenzje

Stanisław Zagórski

RECENZJA KSIĄŻKI KAZIMIERZ PRZYBYŁOWSKI, *KLAUZULA REBUS SIC STANTIBUS W ROZWOJU HISTORYCZNYM ORAZ JEJ RENESANS W DOBIE WSPÓŁCZESNEJ*, LWÓW 1926 – WARSZAWA 2022, S. 362

Na początku lat 80. XX wieku autor niniejszej recenzji uczestniczył w toku studiów odbywanych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego w seminarium magisterskim prowadzonym przez pewien czas przez profesora Witolda Czachórskiego. Tradycyjna szkoła prawa zobowiązań, jaką przechodzili jego studenci, wymagała zapoznania się między innymi z istotą klauzuli *rebus sic stantibus,* która w tamtym czasie ani nie była zapisana w Kodeksie cywilnym, ani też nie bardzo mogłaby znajdować zastosowanie w siermiężnej, acz cenowo dosyć stabilnej ekonomii PRL. Koleżanka, której przypadło opracowanie referatu przybliżającego kursantom temat klauzuli, miała niemały problem ze zdobyciem odpowiednich materiałów. Jedynym źródłem, na szczęście dostępnym w pojedynczym egzemplarzu w Bibliotece Uniwersytetu Warszawskiego, okazało się broszurowe wydanie fundamentalnej pracy Kazimierza Przybyłowskiego, nakładem własnym przezeń opublikowanej we Lwowie w roku 1926. Dyskusja na spotkaniu seminarzystów dzięki temu zagruntowana okazała się niezmiernie interesująca, a jej przebieg, omawiający także i rozwiązanie przyjęte w art. 269 Kodeksu zobowiązań, który wszedł w życie w roku 1934, zapadł uczestnikom w pamięć na tyle mocno, że stwierdzenia, które wówczas padły, odżyły na nowo w 1990 r., kiedy ustawowo dopełniono regulację przez wprowadzenie do Kodeksu cywilnego art. 357[1].

 DOI: 10.54383/0031-0344.2023.4.10

Po niemal stu latach od pierwszej publikacji ukazał się nakładem Oficyny Allerhanda, jako kolejny tom serii wydawnictw książkowych Biblioteki Głosu Prawa, reprint pracy Kazimierza Przybyłowskiego. Ściślej mówiąc, jest to starannie edytorsko przemyślany i zebrany w jednym tomie zbiór dwóch opracowań tego wybitnego wychowanka słynnej lwowskiej szkoły prawniczej, późniejszego tamtejszego profesora i dziekana, odważnego organizatora konspiracyjnych studiów na Uniwersytecie Jana Kazimierza w okresie okupacji niemieckiej, przez Sowietów w 1945 r. poddanego wywózce, a po powrocie do Polski – twórcy zasad prawa kolizyjnego międzynarodowego i nauczyciela akademickiego, związanego głównie z Uniwersytetem Jagiellońskim. Na całość składają się: pierwotnie opublikowana w roku 1926 w ramach zeszytów lwowskiego „Pamiętnika Historyczno-Prawnego" praca zatytułowana *Klauzula „rebus sic stantibus" w rozwoju historycznym*, a także wyżej tu przywołana praca pod tytułem *Wpływ zmiany stosunków na zobowiązania*. Warto sobie uświadomić, że kiedy te dwie rzeczy wyszły drukiem po raz pierwszy, ich autor liczył sobie lat ledwie dwadzieścia sześć! Przydatnym suplementem zamykającym wydany teraz tom jest przedruk hasła poświęconego odnośnej klauzuli z *Encyklopedii podręcznej prawa prywatnego* pod redakcją Henryka Konica, opracowanej w latach 30. XX wieku.

Juryści najdawniejszych czasów rzymskich jeszcze nie interesowali się wpływem zmiany stosunków na zobowiązania. Pierwociny myśli, która po stuleciach wykrystalizowała w znaną nam współcześnie klauzulę, znaleźć można w pismach glosatorów. Pewien rozwój tego pojęcia dokonywał się w epoce renesansu. Potem jednak, w wiekach XVIII i XIX, idee wszczepione rewolucjami zaowocowały powszechną tendencją do krępowania sędziowskiej swobody w orzekaniu i do zastępowania jej szczegółową regulacją, co pośrednio doprowadziło do potępienia konstrukcji *rebus sic stantibus*; szczególnie niechętni jej byli prawnicy francuscy. Opamiętanie nadeszło wraz z przebudową ogólnego porządku, która stała się pokłosiem I wojny światowej. Konieczność odnalezienia się na nowo prawa kontraktów w globalnej niepewności spowodowała, że do myśli tej zaczęto powracać, choć rzadko w postaci przepisów prawa pozytywnego, częściej natomiast w orzecznictwie sądów poszczególnych krajów.

Już od XII stulecia próbowano na rozmaite sposoby zakorzenić myśl o dopuszczalności koniecznej zmiany treści zobowiązań w pojęciach ogólniejszych. Najczęściej – aż po czasy nowożytne – przywoływane są zasady dobrej wiary, słuszności, uczciwości, dobrych obyczajów. W innych ujęciach kładzie się nacisk na implikacje niemożliwości świadczenia. Nader ciekawą konstrukcją jest ta, która opiera się na interpretacji pierwotnie złożonych oświadczeń woli stron w odmienionych realiach. W polskim przedwojennym piśmiennictwie odwoływano się (przed regulacją Kodeksu zobowiązań) do niesłusznego wzbogacenia, nadużycia prawa, ekwiwalentności świadczeń.

 DOI: 10.54383/0031-0344.2023.4.10

Lektura tomu jest fascynującą wędrówką wśród podstawowych pojęć części ogólnej prawa cywilnego. Celem tej podróży, od starożytnego imperium aż po europejskie demokracje (wyspiarskiego prawa nie wyłączając), jest poznanie jądra problemów, jakie rodzą nieprzewidywane wcześniej zmiany w otoczeniu ekonomicznym kontraktów. Peregrynacja to niezmiernie przydatna w dobie naznaczonej pandemią i zbrojną agresją.

 DOI: 10.54383/0031-0344.2023.4.10

Recenzje

Patrycja Bróżek

RECENZJA MONOGRAFII PT. *DOPING W SPORCIE I JEGO PRAWNOKARNE OCENY*, MICHAŁ LECIAK, WYDAWNICTWO C.H. BECK 2022

Książką, na którą należało zwrócić szczególną uwagę i poddać recenzji, jest monografia pt. *Doping w sporcie i jego prawnokarne oceny* autorstwa Michała Leciaka (wydana przez wydawnictwo C.H. Beck w 2022 r.). Stanowi ona pierwsze w polskiej literaturze prawniczej wieloaspektowe opracowanie poświęcone w całości niezwykle ważnej, a jednocześnie bardzo aktualnej i też trudnej problematyce karnoprawnej reakcji na zjawisko dopingu w sporcie. Należałoby więc stwierdzić, że ma ona charakter nowatorski. Już na samym początku trzeba nadmienić, że Autor podjął się zgłębienia tej tematyki nie przez przypadek, albowiem jest on członkiem Panelu Dyscyplinarnego przy Polskiej Agencji Antydopingowej, ekspertem Rady Europy w ramach programu Keep crime out of sport oraz członkiem Polskiego Towarzystwa Prawa Sportowego. Nadto radcą prawnym, a także doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Warto przy tym wspomnieć, że był on też redaktorem opracowań dotyczących prawa sportowego pt. *Sport a przestępczość zorganizowana* oraz skryptu pt. *Prawo sportowe* – oba zostały wydane przez wydawnictwo C.H. Beck w 2018 r. Można zatem uznać, że poruszane przez niego w recenzowanej monografii zagadnienia są mu zapewne szeroko znane zarówno od strony teoretycznej, jak i praktycznej. Należy przy tym docenić trud i ambicję Autora, podjął się on bowiem opracowania problematyki niełatwej z uwagi na m.in. złożoność zagadnień z nią związanych, a także jej obszerność. Stwo-

 DOI: 10.54383/0031-0344.2023.4.11

rzył dzieło naukowe, w którym starał się usystematyzować i przeanalizować różnorodne kwestie związane z negatywnym w skutkach zjawiskiem dopingu w sporcie. Trzeba nadmienić, że prawo sportowe cieszy się coraz większym zainteresowaniem, przy czym wciąż jest to w pewien sposób innowacyjna gałąź prawa. W ostatnich latach można zaobserwować szczególny rozwój nauki prawa sportowego oraz zwiększenie jego znaczenia w obszarze praktyki stosowania prawa. Różne kwestie i problemy z nim związane są coraz częściej przedmiotem m.in. zróżnicowanych tematycznie konferencji naukowych czy też publikacji naukowych.

Autor w I Rozdziale na pierwszej stronie swojej książki cytuje ważne słowa, że „Nie ma dla sportu dziś i dla sportu jutra sprawy ważniejszej niż walka z dopingiem". Nadto w pierwszych słowach Wstępu sam słusznie zauważa, że „Problematyka dopingu w sporcie, niezależnie czy rozpatrywana z perspektywy prawnej, czy też jakiejkolwiek innej (np. socjologicznej, etycznej, medycznej), stanowi dla badacza wyzwanie". Trzeba zatem stwierdzić, że wyjątkowa wartość recenzowanej monografii przejawia się chociażby w tym, iż większość poruszanych w niej problemów badawczych związanych ze zjawiskiem dopingu w sporcie była dotąd w polskiej literaturze przedmiotem rozważań tylko bardzo ogólnych, powierzchownych i fragmentarycznych. W związku z tym Autor postawił przed sobą ambitny cel wypełnienia tej luki w obszarze badań nad potrzebą i zakresem ewentualnego zaangażowania instrumentów prawa karnego do walki z tym negatywnym w świecie sportu procederem. Głównym jego zadaniem była więc analiza funkcjonujących aktualnie w Polsce regulacji prawa karnego, które mogłyby znaleźć właściwe zastosowanie do zwalczania i przeciwdziałania takiego rodzaju praktykom, a przy tym udzielenie odpowiedzi na ważne pytanie o zasadność ingerencji karnoprawnej w tym przedmiocie oraz jej ewentualny zasięg (zob. Wstęp). Bez cienia wątpliwości już w tym miejscu można jednoznacznie stwierdzić, że cel ten udało mu się w pełni zrealizować. Dążąc do jego osiągnięcia drogą najlepszą z możliwych, sformułował on przy tym konkretne problemy badawcze, wśród których główny z nich wyraził trafnym pytaniem brzmiącym: „Z jakich powodów i ewentualnie w jaki sposób prawo karne powinno służyć zwalczaniu zjawiska dopingu w sporcie?". Natomiast odnosząc się do głównego problemu badawczego, sformułował słuszną hipotezę, że „Reakcja karna na zjawisko dopingu w sporcie jest konieczna i uzasadniona w ograniczonym zakresie" (zob. Wstęp).

W celu sprawdzenia i potwierdzenia lub wykluczenia określonych założeń badawczych Autor posłużył się przede wszystkim metodą dogmatyczną, dokonując szczegółowej analizy obowiązujących regulacji prawnych, które są istotne i warte uwagi z perspektywy podjętej przez niego tematyki. Ich odpowiednia ocena opiera się przede wszystkim na zastosowaniu wykładni językowej, funkcjonalnej oraz historycznej (zob. Wstęp). Niewątpliwie za-

stosowanie każdej z tych metod miało duży wpływ na oryginalność recenzowanej monografii. Jej walorem jest nie tylko dokonany przez Autora wybór przedmiotu rozważań, ale również sposób jego ujęcia. Trzeba bowiem zauważyć, że aby osiągnąć postawiony sobie cel badawczy, przeprowadził on także pogłębioną analizę prawnoporównawczą, obejmującą rozwiązania karnoprawne przyjęte w innych krajach w obszarze walki ze zjawiskiem dopingu w sporcie, wspartą przy tym szeroko wykorzystanym dorobkiem zagranicznej literatury. Zastosowanie tych wszystkich wymienionych powyżej metod badawczych pozwoliło Autorowi na stworzenie odpowiedniego punktu wyjścia do sformułowania trafnych, a przy tym precyzyjnych ocen krajowych przepisów karnych w zakresie zwalczania dopingu w sporcie. Należy przy tym zauważyć, że ich właściwa ocena nie byłaby możliwa bez dobrego zrozumienia m.in. specyfiki sportu, a także doświadczenia oraz wiedzy prawniczej o interdyscyplinarnym charakterze.

Recenzowana monografia została podzielona na dziewięć rozdziałów (zawiera ona 348 stron). Jej struktura została opracowana tak, aby umożliwiła właściwą i pełną weryfikację sformułowanych przez Autora założeń oraz hipotez badawczych – rezultat zamierzony został osiągnięty. W związku z tym wyszczególnił on w jej ramach następujące rozdziały: I. Doping w sporcie – rys historyczny zjawiska i środków prawnych jego zwalczania; II. Polityka antydopingowa – rozwiązania międzynarodowe oraz polskie; III. Zasadność i przesłanki reakcji karnej na doping w sporcie; IV. Modele krajowe karnoprawnej reakcji na doping w sporcie – analiza prawnoporównawcza; V. Ewolucja instrumentów karnoprawnej reakcji na doping w sporcie w Polsce; VI. Przestępstwa związane z dopingiem w sporcie na gruncie ustawy o zwalczaniu dopingu w sporcie; VII. Doping w sporcie jako przestępstwo poza ustawą o zwalczaniu dopingu w sporcie; VIII. Wybrane karnoprawne problemy dopingu w sporcie; IX. Wybrane problemy ścigania sprawców przestępstw związanych z dopingiem w sporcie. Wymienione rozdziały zostały uzupełnione Wstępem oraz Wnioskami końcowymi. Nie ulega przy tym wątpliwości, że w każdej książce (i to nie tylko naukowej) dla jej czytelnika pewną szczególną rolę odgrywa zakończenie. W tej jest ono bardzo rozbudowane i składa się z dwóch głównych części. W ramach pierwszej z nich Autor podsumował i sformułował najważniejsze uwagi oraz wnioski zawarte w rozdziałach od I do IX. Trzeba przy tym wyraźnie stwierdzić, że każdy z nich sam w sobie jest interesujący i dostarcza wielu cennych informacji dotyczących badanego w ich ramach problemu (poszerzając wiedzę czytelnika w tym zakresie). Warto już w tym miejscu też zauważyć, że ogólny układ materii prawnej w monografii stanowi jej istotny walor, umożliwiając śledzenie bez problemu oraz weryfikowanie merytorycznych wywodów Autora. Konstrukcja pracy jest dobrze przemyślana i uporządkowana, z całą pewnością nie jest ona przypadkowa. Natomiast w drugiej części zakończenia zostały określone ważne dla prak-

tyki postulaty *de lege ferenda*. Istotne jest przy tym to, że dotyczą one nie tylko pożądanych zmian ustawowych znamion typów przestępstw związanych z dopingiem w sporcie, ale nadto ich funkcją i celem jest też odpowiednie zobrazowanie właściwych kierunków ingerencji karnoprawnej w tym przedmiocie. Można zatem bez przeszkód stwierdzić, że recenzowana monografia stanowi cenną inspirację dla dalszych badań naukowych w tej materii, wzbogacając dorobek nauki prawa karnego, a w tym przypadku szczególnie w zakresie prawa sportowego. Sformułowane przez Autora postulaty stanowią ważną wskazówkę nie tylko dla samego ustawodawcy, ale również dla praktyków zajmujących się tą problematyką. Z uwagi na ten właśnie aspekt praktyczny publikacja może stanowić przydatne źródło wiedzy oraz materiał pomocniczy dla różnych podmiotów funkcjonujących aktualnie na rynku sportowym, w tym m.in. trenerów, zawodników, osób zarządzających organizacjami sportowymi, czy nawet podmiotów zajmujących się marketingiem sportowym. Trzeba przy tym zaakcentować, iż Autor słusznie zauważa, że analiza karnoprawna zjawiska dopingu w sporcie wiąże się z potrzebą skoncentrowania rozważań w tym przedmiocie nie tylko na tych zachowaniach, które wyraźnie uznano za przestępstwa na gruncie przepisów ustawy z 21.04.2017 r. o zwalczaniu dopingu w sporcie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1872 ze zm.), tj. art. 48 ust. 1 i 2 i art. 49 ust. 1–3, bowiem swoim zasięgiem objąć ona musi również te z nich, których kwalifikacja prawna będzie się dodatkowo opierać na wybranych regulacjach Kodeksu karnego oraz przepisach karnych ustaw szczególnych (np. ustawa z 29.07.2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii) (zob. s. 5).

W związku z powyższym należy nadmienić, że w ramach wymienionych powyżej rozdziałów można w recenzowanej monografii odnaleźć zagadnienia dotyczące m.in. genezy i ewolucji dopingu w sporcie jako zjawiska społecznego, a także początków oraz rozwoju instrumentów prawnych służących jego zwalczaniu (rozdział I). Ze względu na specyfikę analizowanego zagadnienia Autor słusznie uznał za konieczne uprzednie rozważenie różnych tematów ogólniejszej natury. Omówione zostały przez niego najważniejsze założenia polityki antydopingowej – z perspektywy międzynarodowej oraz polskiej – z uwzględnieniem odpowiednich przepisów prawa powszechnie obowiązującego oraz uregulowań tworzonych w tym zakresie przez podmioty prywatne działające w sporcie. Scharakteryzowana została również ewolucja oraz obecny kształt funkcjonującego w Polsce mechanizmu walki z negatywnym procederem dopingu w sporcie – odnosi się to przede wszystkim do jego struktury organizacyjnej oraz płaszczyzny odpowiedzialności dyscyplinarnej (rozdział II). W rozdziale III opracowania analizowane są w szczegółowy sposób przez Autora trafnie wyodrębnione przesłanki, które mogą ewentualnie uzasadniać ustanowienie adekwatnych i skutecznych instrumentów odpowiedzialności karnej w przedmiocie zachowań łączących się ze zjawiskiem dopingu. Natomiast w rozdziale IV

zaprezentowane zostały przez niego wyniki analizy prawnoporównawczej z uwzględnieniem odpowiednich unormowań typizujących przestępstwa związane z dopingiem w sporcie w wybranych ustawodawstwach krajowych. Trzeba przy tym docenić tutaj poświęcenie Autora, ta pogłębiona analiza objęła bowiem rozwiązania karnoprawne obowiązujące w kilkunastu krajach europejskich, a nadto również kilku tych względnie reprezentatywnych z obszarów spoza Europy. Z kolei w rozdziale V omówiona została przez niego geneza oraz ewolucja mechanizmów odpowiedzialności karnej w Polsce, zaś następnie w rozdziałach VI, VII i VIII dokonał w sprawny sposób kompleksowej analizy tych aktualnie funkcjonujących. Za ciekawy należy też uznać rozdział VIII, w którym weryfikacji poddane zostały określone kwestie karnoprawnej oceny zjawiska dopingu w e-sporcie oraz jego stosowania w sporcie wobec zwierząt. Ostatni z rozdziałów, czyli IX, stanowi pewnego rodzaju próbę zdiagnozowania najbardziej istotnych problemów związanych ze ściganiem sprawców przestępstw analizowanych w monografii. Układ i sekwencje poszczególnych rozdziałów należy uznać za przekonywające. W ich ramach poruszono wiele szczegółowych, różnorodnych i ważnych wątków prawnych w sposób logiczny oraz przejrzysty. Autor trafnie dostrzega różne problemy istniejące w świecie sportu – analizuje je, próbuje odpowiednio rozstrzygnąć i prezentuje w tych kwestiach swoje własne stanowisko. Trudno w tej monografii doszukać się jakichś większych wad. Aczkolwiek zapewne każdy z czytelników w sposób subiektywny dokona swojej własnej oceny odnośnie do tego, co dla niego jest w niej walorem, a co nie.

Autor trafnie zwraca uwagę czytelnika na fakt, że na gruncie polskiego porządku prawnego za moment przełomowy dla walki ze zjawiskiem dopingu w Polsce można przyjąć uchwalenie ustawy z 21.04.2017 r. o zwalczaniu dopingu w sporcie (Dz.U. z 2019 r. poz. 1872 ze zm.), stworzyła ona bowiem podstawy dla kompleksowego systemu reakcji na ten negatywny w świecie sportu proceder. Unormowano wówczas m.in. kwestie organizacji oraz zasad prowadzenia postępowań dyscyplinarnych w sprawach związanych z dopingiem, a także utworzono Polską Agencję Antydopingową (POLADA). Autor słusznie przy tym stwierdza, że podobnie jak w przypadku przestępczości narkotykowej i farmaceutycznej, Polska jest obszernym rynkiem produkcji oraz dystrybucji substancji zabronionych w sporcie, a także ważnym punktem tranzytowym (zob. Wstęp). W związku z tym już chociażby z tych powodów należało poświęcić temu zjawisku dużo więcej uwagi niż dotychczas, i tak też Autor uczynił. Recenzowana książka ma zatem stanowić całościowe opracowanie, porządkujące rozważania co do głównych problemów prawa sportowego w naszym kraju. Nie ulega więc wątpliwości, że zawarte w monografii analizy mogą stanowić istotny materiał pomocniczy dla praktyków i teoretyków zajmujących się tą problematyką, i to zarówno ze względu na ich skrupulatność oraz rzetel-

ność, jak i aktualność, wyrazistość oraz konkretność przeprowadzonych rozważań. Trzeba przy tym zauważyć, że tematyka ta ma wielopłaszczyznowy charakter, a w konsekwencji tego duży zakres związanych z nią problemów i ich różnorodna natura ujawnia wiele niejasności na tym tle. Ich próba odpowiedniego rozstrzygnięcia przez Autora i przy tym pogłębiona analiza stanowią cenny atrybut recenzowanej monografii. Słusznie on sam zauważa, że wprowadzaniu przepisów karnych typizujących przestępstwa związane ze zjawiskiem dopingu w sporcie towarzyszy ożywiona dyskusja co do zasadności i konieczności podejmowania takiego typu działań oraz ewentualnego charakteru przesłanek kryminalizacyjnych (zob. Wstęp), chodzi przecież tutaj o uregulowanie adekwatnych środków reakcji karnej tam, gdzie ich do tej pory nie było. Formułując kluczową z perspektywy podjętych przez siebie przemyśleń i dociekań definicję dopingu, trafnie stwierdza, że „Ogólnie rzecz biorąc, jest nim takie zachowanie, które zmierza do poprawienia wydolności organizmu sportowca poprzez zastosowanie niedozwolonych substancji lub metod, pozostając tym samym sprzeczne z duchem sportu". Już z samej tej definicji „płynie" uzasadnienie dla konieczności i zasadności rozważań nad tym, że zachowania związane z dopingiem w sporcie powinny zostać uznane za czyny zabronione (s. 6).

Należy zaakcentować, że mocną stroną monografii jest bogata kwerenda bibliograficzna, która została starannie dobrana i zestawiona. Bazę źródłową dla poczynionych przez Autora rozważań stanowiły akty prawa międzynarodowego, prawa polskiego, a częściowo również te obowiązujące w zagranicznych ustawodawstwach. Nadto sięgnął on również do określonych unormowań w postaci regulacji stanowionych m.in. przez agencje antydopingowe, federacje sportowe oraz inne podmioty prywatne funkcjonujące w świecie sportu. Przedmiot podjętych przez niego badań wiązał się także z koniecznością wykorzystania orzecznictwa sądowego oraz fachowej literatury – głównie tej z dziedziny prawa sportowego oraz karnego (zob. Wstęp). Trzeba stwierdzić, że wszystkie te materiały zostały wykorzystane w sposób wyczerpujący, inspirujący, rzeczowy, dogłębny oraz praktyczny. Nie ulega wątpliwości, że zarówno wartość merytoryczna opracowania, jak i warsztat badawczy Autora są na bardzo wysokim poziomie. Jak na początku niniejszej recenzji nadmieniono, był on już wcześniej redaktorem opracowań dotyczących prawa sportowego takich jak np. *Sport a przestępczość zorganizowana* wydanego przez wydawnictwo C.H.Beck w 2018 r., stanowiącego pokłosie Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej „Sport a przestępczość zorganizowana", która odbywała się w dniach 16–17.03.2017 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Nadto był również redaktorem skryptu pt. *Prawo sportowe* wydanego przez wydawnictwo C.H. Beck w 2018 r., który stanowi kompendium wiedzy z zakresu prawa sportowego, porządkujące rozważania co do głównych zagadnień w tym zakresie.

Konkludując powyższe rozważania, należy jednoznacznie stwierdzić, że recenzowana monografia pt. *Doping w sporcie i jego prawnokarne oceny* autorstwa Michała Leciaka stanowi wartościowe i użyteczne nie tylko od strony teoretycznej, ale również od strony praktycznej, studium dotyczące zjawiska – ważnego, a jednocześnie trudnego i negatywnego – dopingu w sporcie. Istotne i cenne jest przy tym to, że poruszone w niej problemy badawcze są Autorowi znane i bliskie w sposób szczególny z różnej perspektywy – jako naukowca, jak i jako praktyka. Jest ona zatem potrzebną, ciekawą i inspirującą lekturą w zakresie różnorodnych zagadnień dotyczących prawa sportowego. Stanowi wartościowy wkład w rozwój doktryny prawa karnego, a jednocześnie motywuje do jeszcze głębszych i dalszych badań w tym przedmiocie. Pomimo trudnej problematyki książkę tę czyta się łatwo, płynnie i z dużą przyjemnością. Jej niewątpliwymi walorami są lekkość, prostota i płynność stylu, a także komunikatywność, plastyczność oraz precyzja używanego przez Autora języka. Jest ona adresowana nie tylko do przedstawicieli świata nauki, ale także do adwokatów, radców prawnych, prokuratorów, sędziów czy też podmiotów funkcjonujących na rynku usług sportowych itp. Z całą pewnością jest to więc pozycja książkowa godna polecenia.

dr Patrycja Bróżek
ORCID: 0000-0002-3968-6594; e-mail: patrycja.brozek9@gmail.com

Doktor nauk prawnych, prawnik, „niezależny badacz" Alma Mater UMK WPiA.

Szpalty pamięci

Andrzej Sopata

TADEUSZ HUBERT (1945–2022)

Tadeusz Hubert („Tadziu") urodził się we Lwowie jako drugie dziecko Mariana i Jadwigi. Wraz z rodzicami i starszą siostrą Marią w 1946 r. repatriował się do Polski, do Krakowa, gdzie urodził się jego młodszy brat Antoni. Rodzice podjęli pracę w Hucie Szkła „Prądniczanka", a dzieci wraz z upływem lat podjęły edukację.

Tadeusz po ukończeniu szkoły podstawowej podjął naukę w II Liceum Ogólnokształcącym im. Króla Jana Sobieskiego, a następnie studia w Uniwersytecie Jagiellońskim na Wydziale Prawa. Zaraz po ukończeniu studiów rozpoczął aplikację sędziowską, zakończoną egzaminem we wrześniu 1970 r.

W trakcie edukacji szkolnej i uniwersyteckiej zaangażowany był w działalność ZHP jako instruktor, należał także do ZSP i ZMS.

W czasie studiów i aplikacji sędziowskiej ujawniła się jego wysoka kultura osobista, liczne zainteresowania historią, literaturą, a co ciekawsze – poezją. Objawił się też jego talent poetycki, wyrafinowane poczucie humoru i subtelnej ironii. Był mistrzem „przekręcania" polskiego języka (angielskiego też: „Dlaczego nazywają to badmintonem, skoro to dobra gra. Powinien nazywać się goodminton"), jednym z filarów aplikanckiego kabaretu w Sądzie Wojewódzkim w Krakowie.

Cieszył się bardzo dobrą opinią zarówno swojego promotora pracy magisterskiej, jak i sędziów patronów w czasie aplikacji sądowej. Potem przyszedł czas na aplikację adwokacką, którą z powodzeniem zakończył egzaminem i został wpisany na listę adwokatów izby krakowskiej , na której pozostawał do 2004 r.

Jego związek z adwokaturą rozpoczął się 1.04.1972 r., a zakończył w dniu 31.05.2004 r. – kiedy złożył wniosek o skreślenie go z listy adwokatów.

W czasie aplikacji adwokackiej zaangażowany był w działalność

 DOI: 10.54383/0031-0344.2023.4.12

Wojewódzkiego Ośrodka Społeczno-Prawnego w Krakowie, skupiającego sędziów, prokuratorów, adwokatów, kuratorów dla nieletnich, który prowadził szeroką działalność społeczno-wychowawczą wśród młodzieży szkolnej zamieszkującej licznie w osiedlach mieszkaniowych Wojewódzkiego Związku Spółdzielni Mieszkaniowych – organizując dla niej w tzw. zasobach mieszkaniowych Spółdzielni Kuratorskie Ośrodki Pracy z Młodzieżą. Ogarniały one głównie podopiecznych sądów dla nieletnich, starając się organizować im ich wolny czas i zajęcia, które chroniły ich przed demoralizacją. Między innymi uczestniczył parokrotnie w organizacji i prowadzeniu obozów resocjalizacyjnych dla chłopców (dwukrotnie Barcice k. Starego Sącza, Lubomierz), gdzie otrzymał przezwisko „Kropa". Wymyślili to podopieczni – Tadziu był rosłym, dobrze zbudowanym mężczyzną – dysponujący latarkami elektrycznymi, jako że obozy organizowane były w pewnej separacji od cywilizacji i latarki były niezbędne – bo na Jego plecach łatwo im było ustawić kropkę strumienia snopu światła latarki.

Obozy organizowane były na modłę obozów harcerskich (zastępy i zastępowi, komendant i oboźny, pobudki, apele poranne i wieczorne *etc.*) i tutaj Tadzia kwalifikacje instruktorskie były niezwykle pomocne.

Barcice położone są nad Popradem i dawały mu możliwość popisania się znakomitymi umiejętnościami pływackimi, zdobytymi w czasie studiów, trenował bowiem w AZS pływanie. Imponował zatem chłopcom tym, że mimo swojej tuszy zwalczał w imponujący sposób bystry prąd tej górskiej rzeki – co żadnemu z nich się nie udawało.

W roku 1970 pojął za żonę Jadwigę Zwolińską – wówczas jeszcze studentkę farmacji Akademii Medycznej w Krakowie. Z ich związku urodziło się dwoje dzieci: Tomasz i Anna. Obydwoje ukończyli w Kanadzie studia i ułożyli sobie życie.

Rodzina Tadzia i Wisi prowadziła dom otwarty, często zapełniający się z okazji... bądź bez okazji gośćmi. Sami też byli często goszczeni – zawsze mile przyjmowani. Tadziu był duszą towarzystwa, a Wisia Jego wierną towarzyszką życia i westalką domowego ogniska. Tadeusz był perfekcjonistą. Miał wiele zainteresowań: brydż, szachy, fotografia i ciemnia fotograficzna organizowana w kuchni, żeglarstwo, wędkarstwo, szkutnictwo. Wszystkie te dziedziny zostały przezeń opanowane do perfekcji. W sposób naturalny tworzyły też kręgi osób i przyjaciół o podobnych zainteresowaniach.

Jakim był adwokatem? Można powiedzieć, że kompletnym. Mam tu na uwadze dbałość o przyswojone sobie zasady etyki i inne zasady wykonywania zawodu. W tamtych latach nie było jeszcze Internetu, a więc portali, z których dzisiaj możemy korzystać, wydawnictw takich jak C.H. Beck, LexisNexis, Wolters Kluwer. Właściwie jedynym wydawnictwem na wysokim poziomie było Wydawnictwo Prawnicze. Tadeusz zgromadził ogromny zasób biblioteczny publikacji, tzw. zielonego i czerwonego orzecznictwa SN, OSPiK-i, a także monografii prawniczych w bardzo szerokim zakresie – co pozwalało mu być zawsze

świetnie, na bieżąco przygotowanym do podejmowania się bardzo szerokiego wachlarza spraw.

Koleżeńskość, empatia, życzliwość, wysoka kultura osobista wyróżniały Go na co dzień w kontaktach międzyludzkich. W czasie stanu wojennego jak wielu krakowskich adwokatów podejmował się obrony ludzi, którzy byli ofiarami tamtego reżimu.

Udzielał się także na niwie społeczno-kulturalnej w naszym środowisku.

Utrwalił się w pamięci starszych już Kolegów jako Święty Mikołaj odwiedzający w Klubie Adwokackim corocznie dzieci Koleżanek i Kolegów adwokatów i pracowników Biura ORA.

Po emigracji z całą Rodziną do Kanady, gdzie udali się w 1985 r. szukać bezpiecznej przyszłości dla swoich dzieci, Tadeusz został tam dla wszystkich nowych znajomych „Tadziem" – z błyskawicznie perfekcyjnym językiem angielskim – nie zaniedbując pięknej poprawnej polszczyzny, w której obdarowywał przyjaciół okolicznościowymi wierszami. To grono kanadyjskich Polonusów zamierza dla pamięci po Nim wydać zbiór Jego twórczości poetyckiej – czasem okolicznościowej, czasem satyrycznej, a czasem poważnej.

Był miłośnikiem poezji Bolesława Leśmiana, a ukochany jego wiersz tego poety to *Dziewczyna* – którego słuchał z ust Wisi, czuwającej przy nim przez długie tygodnie, nim odszedł z tego świata.

Tadzio może nie żył życiem, o którym myślał, że chciał żyć, ale może było to bliższe perfekcji, niż myślał.

Był oddanym Mężem, dumnym Ojcem, szanowanym Wujkiem, ukochanym Dziadkiem i uwielbianym Przyjacielem.

Przez te wszystkie lata nie utraciliśmy kontaktu, a po wdrożeniu współczesnych komunikatorów spędziłem z Nim wiele, wiele godzin rozmów, nigdy nie mogąc ich skończyć.

Gdyby nie pandemia covidowa, w maju 2020 r. mieliśmy odbyć wspólną wycieczkę do Lwowa, na której bardzo Mu zależało. A ja miałem być Jego przewodnikiem po mieście, w którym się urodził.

A w 2021 r. zapadł na – jak się okazało – śmiertelną chorobę onkologiczną i po ciężkiej walce z rakiem zmarł w Toronto, gdzie został pochowany.

Odszedł mój Wielki Przyjaciel zza Wielkiej Wody i niech to wspomnienie o Nim będzie moim ostatnim pożegnaniem.

Andrzej Sopata
Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Krakowie).

TABLE OF CONTENTS

FROM THE EDITORS

Michał Bieniak
One „Palestra" 5

ARTICLES

Marcin Kopacki
About the constitutional aspects of the *pactum de non petendo* 7

Robert Rynkun-Werner
Operational control without control – some reflections on the canvas to the decision of the Constitutional tribunal of 28 of Jule 2022 in the case SK 60/21 17

Renata Dąbrowska, Czesław Żaba
Value of physiological parameters recordered in the polygraph test procedure 37

Daniel Brodowski
The issue of extending the rule of exclusion (resulting from Article 389 § 1 of the Code of Criminal Procedure) in respect of the bystanders participating in a hearing 50

Maciej Śledź
Criminal provisions in the developer's law 67

Monika Agnieszka Paulińska
European arrest warrant under the framework decision 73

RECENT CASE LAW

Olga Sztejnert-Roszak
Contractual exclusion of the right of the agent (sales representative) to commissions on contracts concluded with customers previously acquired by him for the principal – EU CJ ruling in case C-64/211 and some practical comments and questions on its margin 98

Marek Antoni Nowicki
Review of the case law of the European Court of Human Rights (January–March 2023) 108

REVIEWS

Stanisław Zagórski
Book review Kazimierz Przybyłowski, *Clause rebus sic stantibus clause in historical development and its renaissance in modern times*, Lviv 1926 – Warsaw 2022, p. 362 120

Patrycja Brożek
Review of the monograph entitled *Doping in sports and its legal and criminal assessments*, Michal Leciak, C.H.Beck 2022 publishing house 123

MEMORY COLUMNS

Andrzej Sopata
Tadeusz Hubert (1945–2022) 130

PALESTRA

W numerze między innymi:

MARCIN KOPACKI
O konstytucyjnych aspektach *pactum de non petendo*

ROBERT RYNKUN-WERNER
Kontrola operacyjna bez kontroli – kilka refleksji na kanwie postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 28.06.2022 r. (SK 60/21)

RENATA DĄBROWSKA, CZESŁAW ŻABA
Wartość parametrów fizjologicznych rejestrowanych w procedurze badania poligraficznego

DANIEL BRODOWSKI
Problem rozszerzenia zakazu dowodowego z art. 389 § 1 Kodeksu postępowania karnego na osoby postronne uczestniczące w czynności przesłuchania

MACIEJ ŚLEDŹ
Przepisy karne w ustawie deweloperskiej

MONIKA AGNIESZKA PAULIŃSKA
Europejski nakaz aresztowania w ramach decyzji ramowej

OLGA SZTEJNERT-ROSZAK
Umowne wyłączenie prawa agenta (przedstawiciela handlowego) do prowizji od umów zawartych z klientami uprzednio pozyskanymi przez niego dla dającego zlecenie – wyrok TSUE w sprawie C-64/211 i kilka praktycznych uwag i pytań na jego marginesie

MAREK ANTONI NOWICKI
Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa