

# **Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2015/3**

„Z przestrzeni prawa karnego  
i bezpieczeństwa publicznego” red. Paweł  
Czarnecki

## **Redaktor naukowy numeru**

dr Paweł Czarnecki

## **Autorzy**

Jakub Bojke  
Paweł Dębowski  
Milena Garwol  
Gabriela Grochola  
Ewa Grzęda  
Piotr Mączyński  
Joanna Pawlikowska  
Agnieszka Podemska  
Renata Płaszowska  
Aleksandra Rychlewska  
Magdalena Tokarska  
Daria Wójcik

## **Korekta językowa**

Pracownia Edytorska  
Magdaleny i Jacka Pawłowiczów

## **Kolegium Redakcyjne Internetowego Przeglądu Prawniczego TBSP UJ**

Kamila Specka (p.o. redaktor naczelny)  
mgr Marcin Kaliński  
mgr Kamil Mamak  
mgr Daria Wójcik  
Kamil Burski

## **Adres Redakcji**

Straszewskiego 25/9 | 31-007 Kraków  
redakcja.ipp@tbsp.pl | www.ipp.tbsp.pl  
© by tbsp uj

## **Wydawca**

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa  
Uniwersytetu Jagiellońskiego

**ISSN** 1689-9601

## Spis treści

|                                                                                                                                                                                                |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Prawo do prywatności oraz ochrona danych osobowych osób monitorowanych przez systemy monitoringu wizyjnego funkcjonujące w celu zapewniania bezpieczeństwa i porządku publicznego .....</b> | <b>4</b>   |
| Piotr Mączyński, Renata Płaszowska                                                                                                                                                             |            |
| <b>Between Security and Freedom: A Social Perspective of CCTV .....</b>                                                                                                                        | <b>33</b>  |
| Daria Wójcik                                                                                                                                                                                   |            |
| <b>Czy sprawcy zgwałceń powinni być chirurgicznie kastrowani? .....</b>                                                                                                                        | <b>46</b>  |
| Agnieszka Podemska                                                                                                                                                                             |            |
| <b>Odpowiedzialność karna za pozyskiwanie dowodów za pomocą czynu zabronionego dla celów postępowań represyjnych .....</b>                                                                     | <b>71</b>  |
| Jakub Bojke                                                                                                                                                                                    |            |
| <b>„Nieoczywista oczywistość”: Rozważania o przestępstwie jako podstawie wypowiedzenia umowy o pracę wedle art. 52 § 1 pkt 2 k.p. ....</b>                                                     | <b>86</b>  |
| Milena Garwol, Joanna Pawlikowska                                                                                                                                                              |            |
| <b>Dyspozycyjność stron w znowelizowanym Kodeksie postępowania karnego .....</b>                                                                                                               | <b>103</b> |
| Paweł Dębowski, Magdalena Tokarska                                                                                                                                                             |            |

|                                                                                                                                           |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Wybrane problemy realizacji formalnego aspektu<br/>prawa do obrony w postępowaniu przed<br/>Międzynarodowym Trybunałem Karnym.....</b> | <b>118</b> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

Ewa Grzęda

|                                                                                                                      |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Zakaz „podwójnego karania” w prawie europejskim<br/>w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE. ....</b> | <b>138</b> |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

Aleksandra Rychlewska

|                                                                                                                        |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Normy moralne w obronie naszego biologicznego<br/>istnienia. Polemika z Marią Ossowską na temat zabójstwa. ....</b> | <b>159</b> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

Gabriela Grochola

|                                                                                                                                                     |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Europejski nakaz aresztowania jako instrument<br/>europejskiej współpracy w sprawach karnych<br/>w świetle zasady podwójnej karalności .....</b> | <b>181</b> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

Marek Jakubiec

|                                                 |            |
|-------------------------------------------------|------------|
| <b>Mediacje w postępowaniach sądowych .....</b> | <b>198</b> |
|-------------------------------------------------|------------|

Justyna Skoczeń, Renata Wierzbicka

Piotr Mączyński\*  
Renata Płaszowska\*\*

## **Prawo do prywatności oraz ochrona danych osobowych osób monitorowanych przez systemy monitoringu wizyjnego funkcjonujące w celu zapewniania bezpieczeństwa i porządku publicznego**

W niniejszej pracy autorzy poruszają tematykę związaną z prawem do prywatności oraz ochroną osób monitorowanych objętych oglądem kamer systemów monitoringu wizyjnego funkcjonujących w celu zapewniania bezpieczeństwa i porządku publicznego. Wykorzystywanie systemów monitoringu wizyjnego, jako narzędzia usprawniającego wykonywanie zadań z zakresu zapewniania bezpieczeństwa i porządku, ma miejsce w związku z działalnością szeregu podmiotów publicznych. Z tego powodu, celem autorów jest przybliżenie czytelnikowi istniejących uregulowań stanowionych na poziomie międzynarodowym oraz konstytucyjnym. Z uwagi na konflikt, jaki zachodzi pomiędzy zapewnianiem bezpieczeństwa z wykorzystaniem kamer monitoringu wizyjnego a prawem do prywatności jednostek, a także okoliczność coraz powszechniejszego wykorzystania tego rodzaju narzędzia, autorzy analizują również poziom doprecyzowania prawa do prywatności oraz ochrony danych osobowych na poziomie ustaw oraz aktów wykonawczych oraz podejmują próby oceny gwarancji tych praw. Ponadto, autorzy przybliżają czytelnikowi perspektywę dalszego rozwoju omawianych praw oraz ich gwarancji.

---

\* Doktorant w Katedrze Socjologii Prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

\*\* Absolwentka administracji na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

## 1. Wstęp

Wraz z coraz szerszym zastosowaniem rozwijającej się technologii, nieuchronnie spotykamy się z problemem możliwie pełnej realizacji prawa do prywatności oraz ochrony danych osobowych. Problem ten autorzy pragną przedstawić na przykładzie osób monitorowanych przez systemy monitoringu wizyjnego, które funkcjonując w celu zapewniania bezpieczeństwa i porządku publicznego. Mianem systemu monitoringu wizyjnego określa się system umożliwiający rejestrację i obserwację zdarzeń z odległości, za pomocą kamer, z których obraz jest transmitowany do centrum odbiorczego (w którym może następować wyłącznie rejestracja obrazu, jak również bieżący jego ogląd przez operatora)<sup>1</sup>. Takie określenie przedmiotu analizy uzasadnione może być co najmniej kilkoma przyczynami. Przede wszystkim, zwraca się uwagę, że w przypadku prawie 90% polskich miast wykorzystywane są kamery służące obserwacji lub rejestracji obrazu; jednocześnie w znakomitej większości są to kamery zintegrowane w ramach systemów monitoringu wizyjnego<sup>2</sup>. Rosnąca popularność systemów monitoringu wizyjnego spowodowana może być przede wszystkim zmniejszającymi się kosztami instalacji kamer, przy jednoczesnej poprawie ich parametrów technicznych. Ponadto, nie ulega wątpliwości, że – abstrahując od aspektów prewencyjnych – zgromadzony za pośrednictwem kamer materiał może ułatwiać pracę służbom i strażom. Warto jednocześnie zauważyć, że wraz z postępem technologicznym zwiększają się także możliwości wykorzystywania monitoringu wizyjnego do innych celów. Integrowanie wielu funkcjonalności w ramach jednego systemu może być czynnikiem, mającym istotny wpływ na decyzję o budowie nowych lub rozbudowie istniejących systemów.

---

<sup>1</sup> Szerzej na temat możliwości definiowania systemów monitoringu wizyjnego i historii ich zastosowania w Polsce: P. Waszkiewicz, *Wielki brat. Rok 2010. Systemy monitoringu wizyjnego – aspekty kryminalistyczne, kryminologiczne i prawne*.

<sup>2</sup> Fundacja Panoptykon, *Monitoring w polskich miastach w oczach społeczeństwa*, wyniki analiz danych dotyczących miejskiego monitoringu wizyjnego otrzymanych od 335 miast w efekcie wniosków o udostępnienie informacji publicznej, s. 1. Dane na rok 2012.

Wykorzystywanie systemów monitoringu wizyjnego, jako narzędzia usprawniającego wykonywanie zadań z zakresu zapewniania bezpieczeństwa i porządku publicznego, ma miejsce w związku z działalnością szeregu podmiotów – mniej lub bardziej wyspecjalizowanych. Nie chcąc koncentrować rozważań na opisie i analizie istniejących definicji bezpieczeństwa i porządku publicznego, a także demarkacji różnych rodzajów bezpieczeństwa, na potrzeby niniejszego rozdziału autorzy przyjmują definicję nawiązującą do zadań podmiotów, które monitoring wykorzystują.

Analizując krajowe regulacje na poziomie ustawowym i podustawowym przyjąć pragniemy, iż rozważania na temat ochrony danych osobowych obejmować będą okres od momentu rejestracji obrazu, poprzez cały proces dalszego przetwarzania danych, do momentu ich zniszczenia. Warto jednocześnie zauważyć, że mówiąc o ochronie prawa do prywatności, pod uwagę – oprócz wskazanych wyżej – należy wziąć także procesy wcześniejsze, związane chociażby ze sposobem instalacji i lokalizacją kamer, a także z realizacją obowiązków informacyjnych, mających na celu uświadomienie osób monitorowanych o przebywaniu w zasięgu oglądu kamer oraz celów, dla jakich one funkcjonują

Wykorzystywanie systemów monitoringu wizyjnego w celu zapewniania bezpieczeństwa i porządku publicznego będzie miało miejsce w każdym wypadku, w którym jest to dokonywane w związku z ustawowo określonymi zadaniami, których realizacja ma – w zamierzeniu podmiotu wykonującego – sprzyjać poprawie stanu bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Niemniej, w związku z coraz powszechniejszym wykorzystywaniem systemów monitoringu wizyjnego pojawia się jednak szereg zagrożeń. Czy bowiem jednostki monitorowane w imię bezpieczeństwa nie są pozbawiane prywatności? Czy osoby takie zawsze są świadome tego, że znajdują się w zasięgu oglądu kamery?

W niniejszej pracy, przedmiotem zainteresowania autorów nie jest ocena woli korzystania przez jednostki z prawa do prywatności, a co za tym idzie z ochrony danych osobowych. Naszym zadaniem jest określenie zakresu regulacji (międzynarodowych oraz konstytucyjnych, a także ustaw i aktów wykonawczych stanowiących na ich podstawie) relevant-

nych dla określenia zakresu uprawnień oraz oceny rzeczywistych gwarancji ich zastosowania. Oceniając obowiązujący porządek prawny skupić należy się analizie, na ile deklaracje zawarte w prawie międzynarodowym i Konstytucji RP są realizowane na poziomie ustaw i rozporządzeń. Innymi słowy, ocenić trzeba czy obecnie istniejące regulacje w wystarczającym stopniu realizują postawione przed nimi cele. Dokonanie tego zabiegu pozwoli na podjęcie próby zarysowania perspektyw dla dalszego rozwoju gwarancji poszanowania tych praw. Wydaje się bowiem, że w obowiązującym porządku prawnym brak jest wystarczających gwarancji - czy to materialnoprawnych, czy też proceduralnych - dla skutecznego korzystania z prawa do prywatności oraz ochrony danych osobowych przez osoby objęte oglądem kamer wchodzących w skład systemów monitoringu wizyjnego.

## 2. Regulacje międzynarodowe

Najstarszym i najbardziej ogólnym aktem o zasięgu międzynarodowym, poruszającym kwestię prawa do prywatności jest Konwencja Rady Europy o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, która weszła w życie w 1953 roku<sup>3</sup>. Konwencja ta jest w rzeczywistości umową międzynarodową, której podpisanie jest przesłanką warunkującą członkostwo w Radzie Europy. Konwencja wymienia szeroki katalog praw i wolności, których państwa podpisujące umowę zobowiązują się przestrzegać i chronić. Z owych praw i wolności mogą korzystać wszystkie osoby pozostające pod jurysdykcją państw, które Konwencję podpisały, a więc nie tylko ich obywatele. Fakt ten jest szczególnie istotny dla rozważań na temat ochrony prywatności osób w związku zastosowaniem monitoringu wizyjnego, gdyż oznacza to, że postanowienia konwencji chronią na równi prawa wszystkich osób znajdujących się „pod okiem” monitoringu wizyjnego w danym kraju bez względu na ich obywatelstwo.

Choć Konwencja jest aktem raczej o charakterze kompleksowym, katalog praw i wolności w niej zawarty nie jest wyczerpujący (proces jej

---

<sup>3</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

uzupełniania poprzez tworzenie dodatkowych protokołów ciągle trwa) a jej przepisy, choć obowiązują bezpośrednio, choćby ze względu na swój ogólny charakter dla swej skuteczności wymagają wdrożenia do prawa krajowego przez uchwalenie konkretnych regulacji ustawowych. Konwencja jest aktem wyróżniającym się spośród innych źródeł prawa międzynarodowego nie tylko z tego powodu, że jej postanowienia dotyczą najistotniejszych praw i wolności człowieka, ale przede wszystkim ze względu na to że ustanawia unikalną procedurę kontroli, w postaci skargi międzypaństwowej i skargi indywidualnej, pozwalającą na żądanie zaprzestania naruszania praw, przywrócenia stanu zgodnego z nimi, a także przyznanie odpowiedniego zadośćuczynienia finansowego osobom poszkodowanym, co stanowi gwarancję ochrony przestrzegania postanowień konwencji.

W odniesieniu do kwestii związanych ochroną prywatności w związku zastosowaniem monitoringu wizyjnego najistotniejsze znaczenie ma przepis art. 8 Konwencji, zgodnie z którym każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji, a wszelkie przypadki ingerencji władzy publicznej w korzystanie z tego prawa muszą być określone przepisami o randze ustawowej i uzasadnione koniecznością warunkowaną bezpieczeństwem państwowym, bezpieczeństwem publicznym lub dobrobytem gospodarczym kraju, ochroną porządku i zapobieganiem przestępstwom, ochroną zdrowia lub moralności lub ochroną praw i wolności innych osób<sup>4</sup>. Jak widać regulacja ta jest pełna pojęć nieostrych, nie stanowi ona konkretnego źródła praw i obowiązków, a jedynie wytyczną wyznaczającą kierunek w jakim ma się udać ustawodawca tworząc prawo krajowe.

Spośród międzynarodowych konwencji, aktem o bardziej konkretnym znaczeniu w sprawie ochrony danych osobowych jest Konwencja Rady Europy Nr 108 z dnia 28 stycznia 1981 r. o Ochronie Osób

---

<sup>4</sup> Szerzej na temat ingerencji władz publicznych w korzystanie z prawa do prywatności: P. Hofmański, *Prawo do poszanowania prywatności a rozwiązania polskiego prawa karnego materialnego i procesowego*, [w:] J. Skupiński (red.), *Standardy praw człowieka a polskie prawo karne*, wyd. SCHOLAR, Warszawa 1995, s. 253-254.

w Związku z Automatycznym Przetwarzaniem Danych Osobowych<sup>5</sup>. Nie ulega wątpliwości, iż jej przepisy powinny mieć zastosowanie w odniesieniu do regulacji dotyczących monitoringu wizyjnego, co znajduje potwierdzenie w opinii Komitetu Doradczego (powołanego na podstawie przepisów Konwencji), zgodnie z którą za dane osobowe uznaje się rejestr głosu i obrazu, który nawet niebezpośrednio pozwala na identyfikację osoby figurującej w rejestrze. Konwencja ta, podobnie jak Konwencja Rady Europy o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, nie zawiera bezpośrednich instrumentów i regulacji chroniących dane osobowe, ale ustala wytyczne w jakim kierunku powinno zmierzać ustawodawstwo krajów członkowskich. Konwencja ta również, tak samo jak poprzednio omawiany akt, koncentruje się nie tylko na prawach obywateli krajów podlegających jej przepisom, ale na prawach każdego, kto przebywa na terenie tych państw niezależnie od obywatelstwa.

Przepisy tej Konwencji nakładają na kraje członkowskie wprost obowiązki stworzenia ustawodawstwa w zakresie ochrony danych osobowych oraz określa zasady na jakich ta ochrona powinna się odbywać. Odnoszą się one głównie do rzetelnego i zgodnego z prawem pozyskiwania i przetwarzania danych osobowych, wykorzystywania ich wyłącznie do uzasadnionych celów, a także gromadzenia ich przez tylko taki okres, który jest konieczny ze względu na cel, w jakim są one gromadzone. Postanowienia konwencji kładą też nacisk na wymóg ochrony zgromadzonych danych przed dostępem do nich osób nieupoważnionych oraz zapobieżenia ich zniszczeniu. Ponadto Konwencja w odniesieniu do pewnych wyjątkowo wrażliwych danych, takich jak na przykład stan zdrowia, czy pochodzenie rasowe, wprowadza środki szczególnej ochrony, ustanawiając zakaz przetwarzania tych danych w sposób automatyczny, jeśli prawo wewnętrzne nie zapewnia im odpowiedniej ochrony.

Konwencja nakazuje krajom członkowskim nadanie pewnych szczególnych uprawnień osobom, których dane gromadzi. Mianowicie, zgodnie z przepisami Konwencji osoby, których dane figurują w zbiorach mu-

---

<sup>5</sup> Konwencja Nr 108 Rady Europy o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, sporządzona w Strasburgu dnia 28 stycznia 1981 r., Dz.U. z 2003 r., Nr 3, poz. 25.

szą mieć zagwarantowane prawo uzyskania informacji o istnieniu takiego zbioru oraz możliwość wglądu do danych zebranych na ich temat, a w przypadku gdy dane zostały przetworzone z naruszeniem prawa, sprostowania ich lub usunięcia. Osobie której odmówiono realizacji wyżej wymienionych uprawnień, zgodnie z konwencją przysługuje prawo do złożenia skargi.

Konwencja Rady Europy Nr 108 z dnia 28 stycznia 1981 r. o Ochronie Osób w Związku z Automatycznym Przetwarzaniem Danych Osobowych zawiera tylko podstawowe normy i zasady ochrony przed nadużyciami ze strony podmiotów gromadzących dane, jakimi kierować ma się ustawodawca krajowy tworząc regulacje prawne w tej dziedzinie. Na skutek tego na przestrzeni lat doszło do znacznych rozbieżności w ustawodawstwach państw członkowskich UE. W celu ich ujednolicenia 24 października 1995 roku została wydana Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób w związku z przetwarzaniem danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych<sup>6</sup>. Dyrektywa ta narzuca konkretne rozwiązania dotyczące przetwarzania danych osobowych, które mają zapewnić podstawowy, jednolity dla państw członkowskich poziom ochrony gromadzonych danych osobowych oraz zapewnienie swobodnego ich przepływu pomiędzy krajami członkowskimi.

Jednym z ważniejszych postanowień Dyrektywy jest wprowadzenie zamkniętego katalogu kryteriów legalności przetwarzanych danych. Do przypadków stanowiących podstawę do zgodnego z prawem przetwarzania danych należą sytuacje, gdy osoba, której dane dotyczą jednoznacznie wyraziła na to zgodę lub sytuacje, w których przetwarzanie danych jest konieczne dla:

- realizacji umowy, której stroną jest osoba, której dane dotyczą lub w celu podjęcia działań na życzenie osoby, której dane dotyczą przed zawarciem umowy lub
- zgodności z zobowiązaniem prawnym, któremu administrator danych podlega lub
- ochrony żywotnych interesów osoby, której dane dotyczą lub

---

<sup>6</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (95/46/WE) w sprawie ochrony osób w związku z przetwarzaniem danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych, Dz. Urz. WE L 281, z 23 listopada 1995 r., z późn. zm.

- realizacji zadania wykonywanego w interesie publicznym lub dla sprawowania władzy publicznej przekazanej administratorowi danych lub osobie trzeciej, przed którą ujawnia się dane lub
- potrzeb wynikających z uzasadnionych interesów administratora danych lub osoby trzeciej, przed którą ujawnia się dane, z wyjątkiem sytuacji, kiedy interesy takie podporządkowane są interesom związanym z podstawowymi prawami i wolnościami osoby, której dane dotyczą.

Jak wynika z powyższych przetwarzanie danych jest legalne jeśli osoba której dane dotyczą wyrazi na to zgodę lub gdy występuje taka konieczność ze względu na ochronę jedynie dóbr i interesów wysokiej wartości takich jak interes publiczny, zobowiązanie prawne, żywotne interesy osoby, której dane dotyczą.

W odniesieniu do monitoringu wizyjnego istotne znaczenie ma regulacja, zgodnie z którą postanowienia Dyrektywy obowiązują jedynie w zakresie, w jakim nie dotyczą przetwarzania danych w formie dźwięku i obrazu, wykonywanego dla celów bezpieczeństwa publicznego, obronności lub bezpieczeństwa narodowego. Dziedziny te nie wchodzą bowiem w zakres zastosowania prawa wspólnotowego. Warto zauważyć, iż nie stoi to na przeszkodzie aby polski ustawodawca implementując przepisy dyrektywy zastosował zasady w niej zawarte również w odniesieniu do nagrań sporządzonych za pomocą monitoringu wizyjnego również w celach bezpieczeństwa i porządku publicznego.

Omawiając przepisy Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (95/46/WE) w sprawie ochrony osób w związku z przetwarzaniem danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych, nie można pominąć przepisu art. 29 tej Dyrektywy, na mocy którego została utworzona Grupa robocza ds. ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych, złożona z przedstawicieli organów nadzorczych, powołanych przez każde z Państw Członkowskich, przedstawiciela organu lub organów ustanowionych dla instytucji i organów wspólnotowych oraz przedstawiciela Komisji, powoływanych przez instytucję, organ lub organy, które reprezentuje. Do zadań Grupy należy między innymi badanie kwestii dotyczących stosowania krajowych środków przyjętych na mocy omawianej dyrektywy, w celu przyczynienia się do

jednolitego stosowania tych środków i wydawanie opinii w sprawie istniejącego poziomu ochrony danych osobowych w krajach wspólnoty jak i poza Unią, postulowanie Komisji potrzebnych zmian w przepisach Dyrektywy lub dodatkowych środków mających na celu zabezpieczenie praw i wolności osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych, a wreszcie wydawanie, z własnej inicjatywy, zaleceń we wszystkich sprawach dotyczących ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych we Wspólnocie.

Nie ulega wątpliwości jak duże znaczenie w dobie tak dynamicznie rozwijających się możliwości technicznych ma istnienie niezależnego organu doradczego Komisji zajmującego zagadnieniami związanymi z ochroną danych osobowych mającego możliwość bieżącego badania stanu prawnego i postulowania dostosowywania przepisów prawa do zmieniających się warunków. Rola sukcesywnego uaktualniania stanu prawnego w odpowiedzi na zmieniającą się rzeczywistość jest szczególnie istotna przede wszystkim w dziedzinach, w których rozwój technologiczny ma podstawowe znaczenie, do których bez wątpienia należy kwestia monitoringu wizyjnego.

W odniesieniu do zagadnień związanych z monitoringiem wizyjnym, pośród aktów prawa międzynarodowego nie można również pominąć Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej<sup>7</sup>. Postanowienia Karty w zakresie ochrony danych osobowych powielają regulacje zawarte w powyżej omawianych aktach, ale także nieco je precyzują. Zgodnie treścią przepisów Karty każdy ma prawo do ochrony danych osobowych, które go dotyczą. Ochrona ta ma polegać między innymi na tym, iż dane muszą być przetwarzane rzetelnie i w określonych celach oraz za zgodą osoby zainteresowanej lub na innej uzasadnionej podstawie przewidzianej ustawą. Ponadto każda osoba (więc znów nie tylko obywatele krajów członkowskich, ale każdy człowiek) ma prawo do dostępu do zebranych danych, które go dotyczą, i prawo do dokonywania ich sprostowania. Przestrzeganie powyższych wytycznych powinno podlegać kontroli niezależnego organu. Ponadto Karta podkreśla, istnienie prawa należnego każdemu do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i ko-

---

<sup>7</sup> Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (2012/C 326/02), Dz. Urz. UE C z 26 października 2012 r.

munikowania się. W tym miejscu warto zauważyć tendencję do wychodzenia na przeciw zmianom, jakie przynoszą nowe technologie, której przykładem jest zastąpienie pojawiającego się w starszych aktach słowa „korespondencja” pojęciem szerszym „komunikowanie się”.

Zgodnie z obowiązującą hierarchią źródeł prawa, polski ustawodawca, tworząc prawo o randze ustawy lub implementując przepisy unijne, oprócz regulacji międzynarodowych musi brać pod uwagę również brzmienie przepisów Ustawy Zasadniczej.

Prawo do prywatności jest silnie związane z jedną z podstawowych wartości chronionych konstytucyjnie, a mianowicie z wolnością człowieka. Art. 31 Konstytucji RP uznaje wolność człowieka za wartość podlegającą ochronie prawnej, co oznacza, że w świetle prawa każdy jest zobowiązany szanować wolności i prawa innych. Z literalnego brzmienia przepisu wynika, iż nakaz poszanowania wolności człowieka, dotyczy zarówno innych osób jak i organów i instytucji państwowych. Oczywistym jest, iż fakt że wolność człowieka podlega ochronie konstytucyjnej, nie oznacza, iż nie może ona mieć żadnych limitów. Ograniczenia wolności mogą być ustanawiane tylko w drodze ustawy i tylko z przyczyn wskazanych w omawianym przepisie, ponadto nie mogą naruszać istoty wolności i praw, co z resztą wynika ze słownikowej definicji użytego przez ustawodawcę określenia „ograniczenie”, w kontraście np. do pojęcia „pozbawienie”. W myśl art. 31 § 3 dopuszczalne jest ograniczenie wolności, wtedy kiedy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. W zasadzie każda z powyższych przesłanek może mieć zastosowanie dla zagadnień związanych z monitoringiem wizyjnym. Warto zwrócić jednak uwagę na użycie przez ustawodawcę sformułowania „gdy są konieczne”, oznacza to wprowadzenie zasady proporcjonalności, która nakazuje organom państwowym użycie jedynie takich środków, które są niezbędne dla osiągnięcia konkretnego celu. Oznacza to, że organy państwowe mają osiągać cel, który służy społeczeństwu, jak najmniejszym kosztem dla poszczególnych jednostek (jak i całego społeczeństwa). Zasada proporcjonalności w tym przypadku zakazuje nadmiernej ingerencji państwa w wolność człowieka.

Samo prawo do prywatności jest również jednym z podstawowych praw obywatela, podlega zatem ochronie konstytucyjnej. Zgodnie z brzmieniem art. 47 Konstytucji każdy ma prawo do prawnej ochrony życia prywatnego, rodzinnego czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu. Nie sposób nie zwrócić uwagi na to, do jak wysokiej rangi podniesiona zostaje ochrona życia prywatnego, poprzez postawienie jej w jednym przepisie z wartościami nadrzędnymi dla godności ludzkiej jak ochrona czci i dobrego imienia. Kwestia ochrony prywatności pojawia się również w treści przepisu art. 51 Konstytucji, zgodnie z którym władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać informacji o obywatelach innych niż te niezbędne w demokratycznym państwie prawnym. A zasady i tryb ich gromadzenia określać ma ustawa. Każdy ma prawo do dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych, a jedyne ograniczenie tego prawa może nastąpić tylko drogą ustawową. Ponadto każdy ma prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych i zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Jak widać postanowienia Konstytucji odpowiadają najważniejszym postanowieniom aktów prawa europejskiego w tej dziedzinie.

Jak już zostało kilkakrotnie podkreślane, adresatami prawa do prywatności w świetle przepisów unijnych jest każdy człowiek. Nasza Konstytucja, poza jednym wyjątkiem nie odbiega o tej zasady. Zawarty w art. 47 zakaz gromadzenia i udostępniania informacji innych niż te niezbędne w demokratycznym państwie prawnym przez władze publiczne dotyczy tylko danych obywateli, natomiast kolejne przepisy komentowanego artykułu odnoszą się już do wszystkich, o czym świadczy użycie pojęcia „każdy”. Wprowadzenie takiego odróżnienia jest co najmniej zastanawiające. Zdaniem autorów, w związku z treścią przedstawianych wcześniej aktów prawa międzynarodowego oraz z dopuszczalnością stosowania rozszerzającej interpretacji zasad konstytucyjnych, tworząc regulacje ustawowe w oparciu o omawiany przepis należy odnosić zawarte w nim wytyczne nie tylko do obywateli, ale do wszystkich podmiotów prawa. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia również nieostrość pojęcia „informacje niezbędne w demokratycznym państwie prawnym”, w połączeniu z ogólną zasadą subsydiarności wyrażoną w Preambule do

Konstytucji, zgodnie z którą organy władzy państwowej powinny działać tylko wtedy gdy są niezbędne. Taka wykładnia zdaje się szczególnie zasadna w odniesieniu do zagadnień związanych prawem do prywatności osób monitorowanych za pomocą systemu monitoringu wizyjnego.

Przed przystąpieniem do analizy konkretnych regulacji ustawowych odnośnie prawa do prywatności i ochrony danych osobowych osób monitorowanych, warto skupić uwagę na jeszcze jednym akcie o charakterze ogólnym, a mianowicie na Karcie Demokratycznego Zastosowania Monitoringu Wizyjnego<sup>8</sup>, opracowanej przez Europejskie Forum Bezpieczeństwa Miast (European Forum for Urban Security). Karta ta nie jest aktem prawa powszechnie obowiązującego, jest adresowana przede wszystkim do władz publicznych prowadzących systemy monitoringu wizyjnego, ale jej przepisy są jednak na tyle uniwersalne, iż z powodzeniem wytycznymi w niej zawartymi mogą się kierować się zarówno podmioty prywatne wdrażające system monitoringu wizyjnego, jak i ustawodawca krajowy w procesie tworzenia prawa. Karta przedstawia siedem uniwersalnych zasad spośród których każdą w pewnym stopniu można odnieść do ochrony prywatności i ochrony danych osobowych. W świetle przepisów Karty zasady demokratycznego zastosowania monitoringu wizyjnego są następujące:

- Zasada legalności, zgodnie z którą projektowanie i rozwój systemów monitoringu powinny przebiegać zgodnie z obowiązującym prawem. Jako źródła owego prawa Karta w szczególności wymienia wszystkie akty prawa międzynarodowego omawiane w niniejszej pracy, stąd też oczywiste jest, że odnosi się również do przytaczanych przepisów chroniących prywatność i dane osobowe.
- Zasada niezbędności, według której tak silna ingerencja w prywatność jednostek jak zastosowanie monitoringu wizyjnego powinna być dopuszczalna wyłącznie w sytuacjach w których efektywna realizacja zamierzonego celu nie jest możliwa z wykorzystaniem innych środków.

---

<sup>8</sup> Karta została opracowana w ramach projektu *Obywatele, miasta i monitoring wizyjny*. Całość jej postanowień w polskim przekładzie znaleźć można na stronie: [http://www.cctvcharter.eu/fileadmin/efus/CCTV\\_minisite\\_fichier/Charta/CCTV\\_Charter\\_PL.pdf](http://www.cctvcharter.eu/fileadmin/efus/CCTV_minisite_fichier/Charta/CCTV_Charter_PL.pdf). Dostęp: 30 sierpnia 2015 r.

- Zasada proporcjonalności, zgodnie z którą zakładany system monitoringu wizyjnego powinien odbywać się wyłącznie na skalę nie szerszą niż adekwatna do potrzeb.
- Zasada przejrzystości – moim zdaniem jedna z najbardziej interesujących zasad, która została poruszona już w Karcie Podstawowych Praw Unii Europejskiej. Zgodnie z nią akcja wprowadzania monitoringu miejskiego powinna być połączona z akcją informacyjną. Mieszkańcy powinni być informowani co do celów systemu, jego kosztów, ale też (co w przedmiocie ochrony prywatności ma znaczenie szczególnie istotne) co do obszarów objętych monitoringiem, sposobie ochrony zapisanych nagrań i przede wszystkim prawa dostępu do nagrań. W świetle wcześniejszych rozważań uznać należy, iż istotne jest aby postulat informowania rozszerzyć z grona mieszkańców, na wszystkich wkraczających w obszar obserwacji monitoringu wizyjnego.
- Zasada odpowiedzialności – ograniczająca prawo do prowadzenia obserwacji i rejestracji obrazu w przestrzeni publicznej za pomocą systemu monitoringu wizyjnego dla ściśle określonych podmiotów.
- Zasada niezależnej kontroli – sugeruje konieczność przeprowadzania kontroli przez niezależny i wyspecjalizowany podmiot, posiadający wykwalifikowanych pracowników. Zdaniem autorów, jest to druga spośród szczególnie interesujących zasad, ze względu na to, iż postuluje również udział w przeprowadzaniu kontroli również dla przedstawicieli mieszkańców.
- Zasada udziału obywateli – zasada rozszerza powyższy postulat sugerując konieczność umożliwienia mieszkańcom wyrażenia stanowiska w sprawie monitoringu wizyjnego poprzez różne formy konsultacji a nawet partycypacji w podejmowanych decyzjach.

### 3. Regulacje krajowe

Przesądzenie, czy obraz zarejestrowany przez kamerę monitoringu wizyjnego może stanowić dane osobowe wymaga kilku słów komentarza. Zgodnie bowiem z art. 6 ustawy o ochronie danych osobowych<sup>9</sup>, za dane osobowe poczytuje się wszelkie informacje dotyczące osoby fizycznej zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania, tj. takiej której tożsamość można określić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne. Jednocześnie zwrócić należy uwagę na – wprowadzone w 2001 r. – wyłączenie wyrażone w ust. 3 komentowanego przepisu, które stanowi, że informacji nie uważa się za umożliwiającą określenie tożsamości osoby, jeżeli wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań. Przesłanki te mają charakter nieostry, co podkreśla się w doktrynie wskazując, że jej rzeczywiste znaczenie zostanie dopiero ukształtowane przez rozstrzygnięcia Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych dotyczące konkretnych spraw<sup>10</sup>. Jednocześnie należy mieć świadomość, iż odnośnienie się do ustawy o ochronie danych osobowych w przypadku systemów monitoringu wizyjnego może sprawiać problemy z uwagi na konieczność odpowiedniego stosowania jej przepisów do specyficznego rodzaju danych, jakim jest zapis obrazu.

Na korzyść stanowiska uznającego obrazy zarejestrowane przez systemy monitoringu wizyjnego za dane osobowe przemawiają także rozstrzygnięcia sądów i trybunałów. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wprost stwierdził, że system monitoringu wizyjnego, pozwalając na identyfikację osób, jest zbiorem danych osobowych i podlega przepisom ustawy o ochronie danych<sup>11</sup>. W podobnym tonie wypowie-

---

<sup>9</sup> Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, Dz. U. z 2014 r., poz. 1182.

<sup>10</sup> J. Barta, *Komentarz do art. 6 ustawy o ochronie danych osobowych*, w: J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz (red.), *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, LEX, Warszawa 2011.

<sup>11</sup> Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 lipca 2014 r., sygn. II SA/Wa 2393/13, *Rzeczposp. PCD* 2014/159/1.

dział się Trybunał Sprawiedliwości wskazując, że możliwa do zidentyfikowania osoba w rozumieniu Dyrektywy 95/46 to „osoba, której tożsamość można ustalić bezpośrednio lub pośrednio, szczególnie przez powołanie się na [...] jeden bądź kilka szczególnych czynników określających jej fizyczną [...] tożsamość”, wobec czego obraz osoby zarejestrowany przez kamerę monitoringu wizyjnego stanowi dane osobowe w rozumieniu Dyrektywy, o ile pozwala on na ustalenie tożsamości danej osoby<sup>12</sup>.

Uznanie obrazu zarejestrowanego przez kamerę funkcjonującą w systemie monitoringu wizyjnego za dane osobowe niesie za sobą daleko idące konsekwencje. Wiąże się to z jednej strony z szeregiem obowiązków administratorów systemów monitoringu wizyjnego wynikających z faktu przetwarzania danych osobowych, wyrażonych w ustawie o ochronie danych osobowych, a także – na co warto zwrócić uwagę – w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych<sup>13</sup>. Ponadto, związane jest to także z szerokimi uprawnieniami osób, których dane są przetwarzane. W grę wchodzi zatem przede wszystkim uprawnienie do kontroli przetwarzanych danych wyrażone w art. 32 ust. 1 ustawy o ochronie danych osobowych, tj. m.in.:

- prawo do uzyskania informacji dot. istnienia takiego zbioru oraz danych jego administratora;
- prawo do uzyskania informacji o celu, zakresie i sposobie przetwarzania danych zawartych w zbiorze danych.

Ponadto, przepis ten stanowi uprawnienie takiej osoby do uzyskania „w powszechnie zrozumiałej formie treści tych danych”. W związku ze wspomnianą już koniecznością odpowiedniego stosowania ustawy o ochronie danych osobowych do systemów monitoringu wizyjnego, należy poważnie zastanowić się, w jaki sposób administrator miałby realizować ten obowiązek. Albowiem w obowiązującym porządku prawnym

---

<sup>12</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 11 grudnia 2014 r., sygn. C-212/13, LEX nr 1551850.

<sup>13</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady z 12 marca 2014 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)).

brak jest przepisów szczególnych, które regulowałyby dostęp osób monitorowanych do ich danych przetwarzanych w ramach systemów monitoringu wizyjnego. Pozwala to zatem przyjąć, iż uprawnienie takiej osoby istnieje w przypadku funkcjonowania każdego systemu, który pozwala na jej zidentyfikowanie. Korzystanie z tego uprawnienia następuje zatem w oparciu o odpowiednio stosowaną ustawę o ochronie danych osobowych.

Niewątpliwie, biorąc pod uwagę coraz częstsze zastosowanie systemów monitoringu wizyjnego, szerokie zastosowanie ustawy o ochronie danych osobowych wobec administratorów tych systemów jest pożądane. Postulat ten jest również związany z niedostatkiem (a *de facto* brakiem) regulacji szczegółowych, które dopuszczając wykorzystywanie zdalnej rejestracji i obserwacji obrazów przez poszczególne podmioty publiczne, jednocześnie zapewniałyby pełną realizację praw jednostki.

Warto w tym miejscu zasygnalizować, iż wizerunek osoby podlega ochronie również na gruncie Kodeksu cywilnego. Art. 23 przywołanej ustawy stanowi, że dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach. Warto jednak zaznaczyć, iż z perspektywy funkcjonowania instytucji publicznych prowadzących monitoring wizyjny, gwarancje wyrażone w art. 23 Kodeksu cywilnego (doprecyzowane w art. 24), a także w art. 81 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych<sup>14</sup> (traktującym o ochronie przed nieuprawnionym rozpowszechnianiem wizerunku osoby) wydają się być dalece niewystarczające. Albowiem od podmiotów publicznych, w tym także tych, które podejmują działania w celu zapewniania bezpieczeństwa i porządku publicznego, oczekuje się szczególnej dbałości o realizację konstytucyjnie gwarantowanych praw jednostki.

Z tego też powodu elementem niezwykle istotnym dla analizy krajowych gwarancji dla realizacji prawa do prywatności oraz ochrony da-

---

<sup>14</sup> Ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz.U. z 2006 r., Nr 90, poz. 631 z późn. zm.

nich osobowych osób monitorowanych przez systemy monitoringu wizyjnego funkcjonujące w celu zapewniania bezpieczeństwa i porządku publicznego jest określenie podstaw prawnych, z których wywodzone są uprawnienia organów publicznych do prowadzenia monitoringu wizyjnego. Zgodnie z wyrażoną w art. 7 Konstytucji zasadą praworządności, organy władzy publicznej mogą działać tylko tam i o tyle, o ile prawo je do tego upoważnia, co jest z kolei zgodne z wymogami wynikającymi z zasady demokratycznego państwa prawnego<sup>15</sup>. Oznacza to, iż podmiot publiczny wykorzystujący system monitoringu wizyjnego powinien mieć ku temu odpowiednie umocowanie. Niedopuszczalne jest bowiem domniemanie kompetencji władzy publicznej w zakresie ingerencji w wolność jednostki, w tym także w jej prawo do prywatności<sup>16</sup>.

*Expressis verbis* uprawnienie do prowadzenia monitoringu wizyjnego – a więc do obserwacji i rejestracji obrazów za pomocą środków technicznych – przewidziano w przypadku regulacji dotyczących działalności szeregu służb i straży<sup>17</sup>. W każdym z tych przypadków, ustawodawca zdecydował się na delegację uprawnienia do doprecyzowania tych regulacji przez właściwego ministra, bądź Radę Ministrów w drodze rozporządzenia. Regulacje te w dużej mierze odnoszą się do zagadnień związanych z przechowywaniem, niszczeniem oraz udostępnianiem zapisanych nagrań uprawnionym podmiotom. Spośród wspomnianych wcześniej aktów wykonawczych, pragniemy bliżej skupić się na dwóch z nich – dotyczących Policji oraz straży gminnych – z uwagi na fakt, iż są to

---

<sup>15</sup> W. Skrzydło, *Komentarz do art. 7 Konstytucji*, [w:] W. Skrzydło (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LEX, Warszawa 2013.

<sup>16</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 30 lipca 2014 r., Sygn. akt K 23/11. W orzeczeniu tym Trybunał za niekonstytucyjne uznał przepisy umożliwiające m.in. Policji posługiwaniem się retencją danych komunikacyjnych, nie gwarantujące jednocześnie niezależnej kontroli ich udostępniania, a także nie regulujące niezwłocznego, komisijnego i protokolarnego zniszczenia wszelkich materiałów, które zawierają informacje objęte zakazami dowodowymi.

<sup>17</sup> Są to przede wszystkim: ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz.U. z 2015 r., poz. 355; ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, Dz.U. z 2014 r., poz. 1402; ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych, Dz.U. z 2013 r., poz. 1383; ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu, Dz.U. z 2010 r., Nr. 29, poz. 154; ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz.U. z 2014 r., poz. 253; ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz.U. z 2014 r., poz. 1411.

podmioty wykorzystujące monitoring wizyjny w relatywnie największym zakresie.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5a, Policja wykonując czynności operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-porządkowe ma prawo obserwowania i rejestrowania przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych, a w przypadku czynności operacyjno-rozpoznawczych i administracyjno-porządkowych podejmowanych na podstawie ustawy - także i dźwięku towarzyszącego tym zdarzeniom. Zwrócić należy jednocześnie uwagę, iż możliwość rejestracji obrazu może być rozszerzona o rejestrację dźwięku, co w znaczący sposób może ingerować w prywatność osób obserwowanych. Ponadto, możliwość rejestracji i archiwizowania dźwięku wydaje się powodować, iż taki system nie mieści się w przyjętej definicji systemu monitoringu wizyjnego (należy w tym miejscu poczynić zastrzeżenie, iż istnieją systemy aktywowane akustycznie – jednakże nie służą one archiwizacji zarejestrowanego dźwięku). W związku z powyższymi okolicznościami, dużego znaczenia w tej materii nabiera analiza rozporządzenia, którego delegację przewidziano w ust. 8 komentowanego artykułu. Albowiem zgodnie z dyspozycją tego przepisu, Rada Ministrów zobowiązana została do określenia sposobu postępowania przy wykonywaniu tego uprawnienia, z uwzględnieniem m.in. poszanowania praw osób, wobec których działania te są podejmowane. Rozporządzenie<sup>18</sup> dotyczące prowadzenia obserwacji i rejestracji obrazu w miejscach publicznych, wydane na podstawie art. 15 ust. 8 ustawy o Policji, nie nawiązuje jednak w pełni do dyspozycji zawartej w przepisie ustawy. Albowiem w zakresie uprawnienia dotyczącego możliwości obserwacji i rejestracji obrazu w miejscach publicznych wskazano w nim jedynie na sposoby wykorzystywania tej możliwości (bezpośredni lub zdalny) oraz obowiązek dokumentacji tych czynności przez policjanta. Nie odniesiono się jednak do części dyspozycji przepisu ustawowego dotyczącej

---

<sup>18</sup> Rozporządzenie Rady Ministrów z 26 lipca 2005 r. r w sprawie sposobu postępowania przy wykonywaniu niektórych uprawnień policjantów. Dz.U. z 2005 r., Nr 141, poz. 1186.

sposobu prowadzenia obserwacji lub rejestracji obrazu przy uwzględnieniu poszanowania praw osób, wobec których działania te są podejmowane<sup>19</sup>.

W analogiczny sposób przedstawia się regulacja uprawnień straży gminnych, które w związku z realizacją swoich zadań mają prawo do obserwowania i rejestrowania przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych w przypadku, gdy czynności te są niezbędne do wykonywania zadań oraz w celu utrwalania dowodów popełnienia przestępstwa lub wykroczenia, przeciwdziałania przypadkom naruszania spokoju i porządku w miejscach publicznych, a także ochrony obiektów komunalnych i urządzeń użyteczności publicznej<sup>20</sup>. Zwrócić należy jednak uwagę, iż w tym przypadku potencjalne możliwości ingerencji w prywatność za pośrednictwem takiego systemu są ograniczone poprzez brak możliwości rejestracji dźwięku. Z drugiej jednak strony, zauważyć trzeba, że z perspektywy funkcjonowania miejskich systemów monitoringu wizyjnego, w chwili obecnej to właśnie uregulowania ustawy o strażach gminnych mają największe znaczenie. Związane jest to z faktem, iż straże gminne (miejskie) są podmiotami, którym relatywnie najczęściej powierzane jest zadanie prowadzenia miejskich systemów monitoringu wizyjnego<sup>21</sup>. Tym bardziej na aprobatę zasługuje fakt, iż w wyrażonej w ust. 3 komentowanego przepisu delegacji wskazano na konieczność uwzględnienia w rozporządzeniu potrzeby respektowania godności ludzkiej oraz przestrzegania i ochrony praw człowieka w trakcie obserwowania i rejestrowania obrazów w miejscach publicznych przy użyciu środków technicznych.

Niestety, podobnie jak miało to miejsce w przypadku omawianym wcześniej, także i rozporządzenie w sprawie sposobu obserwowania i re-

---

<sup>19</sup> Szerzej na temat podmiotowych i przedmiotowych braków m.in. ustawy o Policji w tym zakresie: D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, wyd. Lexis Nexis, Warszawa 2012, s. 306-309.

<sup>20</sup> Art. 11 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych, Dz.U. z 2013 r., poz. 1383.

<sup>21</sup> Informacja z kontroli NIK *Funkcjonowanie miejskiego monitoringu wizyjnego*, nr ewid. 181/2013/P/13/154/LLU, s. 9

jestrowania przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych przez straż gminną<sup>22</sup> nie czyni zadość wskazaniom ustawodawcy. Oprócz wskazania – podobnie jak w rozporządzeniu odnoszącym się do uprawnienia Policji – możliwości prowadzenia obserwacji i rejestracji obrazu w sposób zdalny i bezpośredni, a także obowiązku odpowiedniego dokumentowania tych czynności, określono także minimalny i maksymalny termin przechowywania nagrań, statuując jednocześnie obowiązek sporządzania notatki służbowej ze zniszczenia nagrań. Brak jest jednak w rozporządzeniu odniesienia do respektowania godności ludzkiej oraz przestrzegania i ochrony praw człowieka w trakcie obserwowania i rejestrowania obrazów w miejscach publicznych przy użyciu środków technicznych. W szczególności nie wskazano, w jaki sposób należy prowadzić obserwację lub rejestrację obrazu, aby nie dochodziło do naruszenia tych praw. Po raz wtóry stwierdzić należy, iż gwarancje prawa do prywatności oraz ochrony danych osobowych na gruncie ustaw i aktów wykonawczych dotyczących funkcjonowania poszczególnych służb i straży w zasadzie nie istnieją. I to pomimo faktu, iż ustawodawca sygnalizował potrzebę ich regulacji na poziomie rozporządzeń.

Za najważniejsze braki w przywołanych wyżej regulacjach postrzegamy brak wymogu określenia szczegółowych celów, dla których może być prowadzona rejestracja i obserwacja obrazów, a także brak określenia kategorii przestrzeni, w których rejestracja i obserwacja obrazu nie powinna być prowadzone w ogóle – ze względu na podwyższony poziom poczucia prywatności jednostki. Ponadto, warto również rozważyć uzależnienie możliwości wykorzystywania monitoringu wizyjnego od pozytywnych wyników przeprowadzanych w tym celu analiz, bądź też konsultacji z innymi podmiotami. Należy bowiem pamiętać, iż jego wykorzystanie niewątpliwie stanowić może ingerencję w prywatność jednostek, nie koniecznie musi jednak sprzyjać realizacji stawianych przed nim celów. Z tego też powodu, decyzja o budowie lub rozbudowie systemu monitoringu wizyjnego (pociągająca za sobą także niemałe koszty

---

<sup>22</sup> Rozporządzenie RM z 16 grudnia 2009 r. w sprawie sposobu obserwowania i rejestrowania przy użyciu środków technicznych obrazu zdarzeń w miejscach publicznych przez straż gminną (miejską). Dz.U. z 2009 r., Nr 220, poz. 1720.

– zarówno sprzętu oraz jego instalacji, jak również koszty osobowe, dotyczące w szczególności operatorów kamer) powinna być zawsze należycie uzasadniona.

Uregulowania dotyczące możliwości obserwowania i rejestracji obrazu zostały również przewidziane w ustawach o bezpieczeństwie imprez masowych<sup>23</sup> oraz o grach hazardowych<sup>24</sup>, niemniej regulacje te nie odnoszą się w sposób bezpośredni do podmiotów publicznych. Ponadto, zwrócić należy uwagę, iż stanowione na podstawie tych ustaw akty wykonawcze zawierają dość szczegółowe regulacje dotyczące parametrów technicznych i rozmieszczenia kamer, pomijając jednocześnie elementy relewantne z perspektywy niniejszej pracy.

Warto jednocześnie zwrócić uwagę, iż szereg podmiotów publicznych wykorzystuje systemy monitoringu w związku z wykonywaniem zadań dotyczących chociażby pośrednio zapewniania bezpieczeństwa i porządku. Odbywa się to jednak bez wyrażonego *expressis verbis* w przepisach prawa powszechnie obowiązującego uprawnienia do obserwacji i rejestracji obrazu. Oczywiście nie można oczekiwać, ażeby ustawodawca za każdym razem w sposób szczegółowy konkretyzował uprawnienia wszystkich kategorii podmiotów publicznych. Niemniej zwrócić należy uwagę, iż może to powodować *de facto* brak możliwości weryfikacji sposobu administrowania takimi systemami, w szczególności w odniesieniu do ochrony danych osobowych.

#### 4. Projekt założeń do projektu ustawy o monitoringu wizyjnym

Wobec fragmentaryczności regulacji dotyczących możliwości wykorzystywania systemów monitoringu wizyjnego, na co zwróciła uwagę w przywoływanym wcześniej raporcie Najwyższa Izba Kontroli, pozytyw-

---

<sup>23</sup> Ustawa z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych, Dz.U. z 2013 r., poz.611, wraz z rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 10 stycznia 2011 r. w sprawie sposobu utrwalania przebiegu imprezy masowej Dz.U. z 2011 r. poz. 73.

<sup>24</sup> Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, Dz.U. z 2009 r. poz. 1540, wraz z rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 6 kwietnia 2012 r. w sprawie audiowizyjnego systemu kontroli gier w kasynie gry Dz. U. z 2012 r. poz.416.

nie należy ocenić podjęte przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych starania, mające na celu przygotowanie projektu ustawy o monitoringu wizyjnym<sup>25</sup>. Niestety, od czasu ukazania się i skierowania do konsultacji drugiej wersji projektu założeń, brak jest oficjalnych wiadomości na temat dalszych prac nad projektem.

Niemniej uważamy, iż warto poświęcić kilka słów komentarza projektowi założeń do projektu ustawy, gdyż – co należy wyraźnie podkreślić – regulacja ta wydaje się być niezwykle pożądana, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, iż wykorzystywanie kamer funkcjonujących w systemach monitoringu wizyjnego ma miejsce na coraz większą skalę. Z tej perspektywy niezwykle interesująco rysuje się określenie przez projektodawcę głównego celu regulacji, jakim ma być zapewnienie istnienia gwarancji przestrzegania praw i wolności konstytucyjnych – w szczególności tych, które wiążą się z prawem do prywatności jednostki. Stanowi to dość klarowny sygnał ze strony MSW, iż obecne uregulowania w tym zakresie są dalece niewystarczające. Zapewnienie istnienia gwarancji przestrzegania praw i wolności konstytucyjnych ma nastąpić w szczególności poprzez unormowanie zasad prowadzenia monitoringu wizyjnego oraz określenie praw osób, których wizerunki są obserwowane, rejestrowane lub przetwarzane w sposób umożliwiający identyfikację ich tożsamości. Zaś efektem regulacji wskazano na być instrumentów służących gwarancji przestrzegania konstytucyjnych praw i wolności.

Projektowana regulacja zawierać miałaby zbiór generalnych zasad, uszczegóławianych w dalszych jej przepisach, wedle których miałyby być prowadzony monitoring wizyjny we wszystkich przestrzeniach publicznych (w zamiarze projektodawcy przestrzeń publiczną dzielić miałyby się na: otwartą przestrzeń publiczną i zamkniętą przestrzeń przeznaczoną do użytku publicznego; w odniesieniu do tych dwóch kategorii zakłada się zróżnicowanie obowiązków administratorów oraz warunków prowadzenia monitoringu wizyjnego). Projektowana regulacja miałaby mieć charakter ogólny względem obecnie istniejących regulacji szczegółowych, traktujących o działalności poszczególnych służb, inspekcji i straży.

---

<sup>25</sup> Przebieg prac MSW można śledzić w Biuletynie Informacji Publicznej MSW, <http://www.bip.msw.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnyc/2013/22768,Projekt-za-lozen-do-projektu-ustawy-o-monitoringu-wizyjnym.html>, dostęp: 13.08.2015.

Z perspektywy niniejszego opracowania, szczególną uwagę należy poświęcić zasadzie informowania. Pomimo faktu, iż nie została ona wprost wyrażona przez projektodawcę, a jedynie wywiedziona na podstawie obowiązków administratorów, ma ona niebagatelne znaczenie dla realizacji prawa do prywatności jednostki.

Zgodnie z projektem założeń, w przypadku systemów monitoringu wizyjnego funkcjonujących w otwartej przestrzeni publicznej, administratorzy zobowiązani będą do informowania osób o objęciu monitoringiem wizyjnym, poprzez oznaczenie miejsc usytuowania kamer wchodzących w skład systemu. Oznaczenie to następować ma poprzez umieszczenie - w obszarze objętym ich oglądem - tablic informacyjnych, które zawierać mają, oprócz odpowiedniego piktogramu, wskazanie również danych administratora systemu oraz danych umożliwiających kontakt z nim. Proponowane przez projektodawcę rozwiązanie uznać należy za niewątpliwie słuszne, gdyż sprzyja ono transparentności funkcjonowania całego systemu.

Wśród społeczności lokalnych zauważalny jest również brak świadomości o funkcjonowaniu w poszczególnych przestrzeniach kamer wchodzących w skład systemów monitoringu wizyjnego. Przeprowadzone w Krakowie badania wskazują, że blisko 10% respondentów twierdzi, iż nigdy nie znalazło się w sytuacji, w której byłyby obserwowane przez kamerę monitoringu wizyjnego<sup>26</sup>. Wydaje się to nieprawdopodobne, gdyż zwrócić należy uwagę, że w rzeczywistości z obecnością kamer mamy do czynienia w zasadzie permanentnie – począwszy od systemów monitoringu miejskiego, poprzez kamery funkcjonujące w związku z działalnością komunikacji miejskiej, skończywszy na kamerach instalowanych np. w sklepach. Ponadto, badania przeprowadzone zostały w dużym mieście, w którym obecność kamer (wchodzących w skład systemów publicznych i – przede wszystkim prywatnych) jest wyraźnie zauważalna. Z tego powodu, jako uzasadnione postrzegamy uświadamianie osób znajdujących się w zasięgu oglądu kamery o tym fakcie.

Niemniej, dla możliwie pełnej realizacji omawianej zasady, celowym byłoby także rozwiniecie obowiązku informacyjnego o wskazanie celu,

---

<sup>26</sup> Raport z badania ilościowego zrealizowanego dla Wydziału Bezpieczeństwa i Zarządzania Kryzysowego Urzędu Miasta Krakowa, *Monitoring w Krakowie*, marzec 2015 r., s. 45.

dla którego w poszczególnych przestrzeniach prowadzony jest monitoring. Ponadto postulujemy zawarcie informacji o tym, czy obraz z danej kamery jest objęty bieżącym oglądem operatora, czy też funkcjonuje on wyłącznie w celu rejestracji obrazów. Świadomość wymienionych wyżej okoliczności może bowiem w sposób zasadniczy wpływać na zachowania osób monitorowanych w sytuacji zaistnienia zdarzenia powodującego zagrożenie.

Oprócz omawianych wyżej, fizycznych oznaczeń w miejscach funkcjonowania kamer, administrator systemu funkcjonującego w otwartej przestrzeni publicznej będzie również zobowiązany do zamieszczania - na powszechnie dostępnej stronie internetowej, a także w swojej siedzibie - informacji na temat przybliżonego zasięgu administrowanego przez siebie systemu. Nawiązując do badań z 2012 r., w aż 42% miast brak jest jakichkolwiek informacji o obecności kamer miejskich systemów monitoringu wizyjnego<sup>27</sup>. Z tego powodu – uznając za zasadne powyższe uwagi - nie powinno ulegać wątpliwości, że wprowadzenie szerokiego obowiązku informacyjnego jest zasadne.

Z perspektywy rzetelnej realizacji obowiązku informacyjnego, pozytywnie należy ocenić również zakaz stosowania atrap kamer (które stosowane są w ponad 15% miast<sup>28</sup>) w otwartych przestrzeniach publicznych. Tym samym, projektodawca słusznie zwraca uwagę, iż prowadzenie monitoringu wizyjnego jest jednym z przejawów ingerencji w prawa i wolności konstytucyjne. Z jednej bowiem strony, atrapy kamer powodować mogą poczucie ingerencji w prywatność jednostki, z drugiej zaś mogą stwarzać jednocześnie mylne poczucie zwiększonego poziomu bezpieczeństwa. Pragniemy jednocześnie zaznaczyć, że plany zastosowania tego zakazu wyłącznie do otwartych przestrzeni publicznych stanowić mogą nieuzasadnioną dysproporcję pomiędzy regulacją prowadzenia monitoringu wizyjnego w dwóch kategoriach przestrzeni publicznych (otwartej przestrzeni publicznej oraz zamkniętej przestrzeni prze-

---

<sup>27</sup> Fundacja Panoptykon, *Monitoring w polskich miastach w oczach społeczeństwa*, wyniki analiz danych dotyczących miejskiego monitoringu wizyjnego otrzymanych od 335 miast w efekcie wniosków o udostępnienie informacji publicznej. Dane na rok 2012, s. 2.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

znaczonej do użytku publicznego), negującą możliwość efektywnej realizacji głównego celu projektowanej ustawy, jakim jest ochrona prywatności jednostki.

W odniesieniu do wszystkich kategorii przestrzeni, zabronione ma być prowadzenie monitoringu wizyjnego połączonego z przekazywaniem lub rejestracją dźwięku (z wyłączeniem systemów wykorzystujących aktywację akustyczną), a także w miejscach, w których mogłoby prowadzić do naruszenia godności człowieka, a więc takich, w których zwiększone jest poczucie prywatności, jak np. w toaletach czy przebieralniach.

Projektodawca wskazał wprost, że w stosunku do obrazu zarejestrowanego w systemach monitoringu wizyjnego nie będzie przysługiwać uprawnienie wynikające z art. 32 i 33 ustawy o ochronie danych osobowych. Uprawnienia te odnoszą się do dostępu przez osobę objętą monitoringiem do jej danych. Projektodawca wyłączenie to uzasadnia możliwością znaczącego utrudnienia funkcjonowania systemów monitoringu wizyjnego poprzez nadmierne i wielokrotne wykorzystywanie tego uprawnienia przez osoby monitorowane. Na bezzasadność tego wyłączenia uwagę zwrócił Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, wskazując iż „wyłączenie praw kontrolnych wynikających z art. 32 i 33 u.o.d.o. stanowi nieproporcjonalne naruszenie konstytucyjnych zasad wyrażonych w art. 51 ust. 3-4 Konstytucji. Zewnętrzna kontrola – także przez obywatela – stanowi mechanizm weryfikujący prawidłowość działania systemu, w którym dochodzi do przetwarzania danych osobowych, wizerunków osób fizycznych i innych dóbr chronionych prawem”<sup>29</sup>. Zaproponowane przez projektodawcę wyłączenie uznać należy nie tylko za ograniczenie uprawnień osoby monitorowanej wynikających z projektowanej ustawy o monitoringu wizyjnym. W rzeczywistości bowiem, wyłączenie to będzie obejmować również uprawnienia, które *de facto* mogą istnieć w obowiązującym obecnie porządku prawnym. Uchwalenie ustawy, zawierającej przepisy przewidujące brak możliwości wykorzystywania uprawnień wynikających z art. 32 i 33 u.o.d.o. będzie zatem dla ochrony prywatności jednostki istotnym krokiem wstecz – w kierunku

---

<sup>29</sup> Uwagi do projektu założeń do projektu ustawy o monitoringu wizyjnym zgłoszone przez GODO, s. 6.

przeciwnym dla realizacji jednego z fundamentalnych celów projektowanej regulacji. Na korzyść przedstawionej wcześniej argumentacji, iż obraz zarejestrowany przez kamerę monitoringu wizyjnego stanowi może dane osobowe przemawia również potwierdzenie uprawnienia do wizerunku, jakiego w wyroku z 12 marca 2014 r. dokonał Trybunał Konstytucyjny<sup>30</sup>. Wyrok ten dotyczył wskazania sprawcy wykroczenia drogowego, bez możliwości dostępu do obrazu zarejestrowanego przez fotoradar.

Wyłączenie proponowane przez projektodawcę wynika bowiem z błędnego – zdaniem autorów – założenia, iż „obraz z monitoringu przedstawiający osobę, lecz będący jedynie podglądem danego miejsca w przestrzeni publicznej, nie stanowi danych osobowych, a danymi osobowymi jest *dopiero* obraz utrwalony na nośnikach danych”. Projektodawca wydaje się pomijać regulację art. 6 u.o.d.o., myląc jednocześnie wskazane w tej ustawie definicje danych osobowych z ich przetwarzaniem. Ponadto, przytoczona przez projektodawcę argumentacja, iż przyznanie osobom monitorowanym uprawnień przewidzianych w art. 32 i 33 u.o.d.o. może destabilizować pracę systemów, pociągając za sobą wysokie koszty, wydaje się być nietrafna. Co więcej, rozwiązanie takie jest zdaniem autorów sprzeczne z Konwencją o Ochronie Osób w Związku z Automatycznym Przetwarzaniem Danych Osobowych stanowiącą, iż osoby, których dane figurują w zbiorach muszą mieć zagwarantowane prawo uzyskania informacji o istnieniu takiego zbioru, a także możliwość wglądu do danych ich dotyczących, a w przypadku przetwarzania tych danych z naruszeniem prawa – do ich sprostowania lub usunięcia.

## 5. Podsumowanie

Podsumowując powyższe rozważania, autorzy pragną zwrócić uwagę, iż w obowiązującym stanie prawnym uwidaczniają się – wraz z coraz powszechniejszym wykorzystywaniem technologii – niedostatki, które powodują szereg zagrożeń zarówno dla prywatności jednostek, jak i dla ochrony ich danych osobowych. W rozważanej perspektywie, związane jest to przede wszystkim z brakiem odpowiedniej, kompleksowej

---

<sup>30</sup> Sygn. P 27/13.

regulacji traktującej o zasadach wykorzystywania systemów monitoringu wizyjnego oraz o przetwarzaniu pozyskiwanych przez nie danych osobowych.

Odpowiedź na pytanie, na ile deklaracje zawarte w prawie międzynarodowym i Konstytucji RP w zakresie prawa do prywatności i ochrony danych osobowych są realizowane na poziomie ustaw i rozporządzeń, powinna być złożona. O ile bowiem polskie ustawodawstwo w zakresie tradycyjnie pojmowanych danych osobowych realizuje standardy wyznaczone m.in. przez Europejską Konwencję Praw Człowieka, o tyle rozwiązania dotyczące monitoringu wizyjnego obarczone są w tym względzie znaczącymi niedoskonałościami. Związane jest to z faktem, iż przetwarzane w ich ramach dane – zarejestrowane obrazy – mają dość specyficzny charakter. Początkowo istniały nawet wątpliwości, czy takie obrazy mogą stanowić dane osobowe. Niemniej w chwili obecnej nie ulega to wątpliwości, co zostało ugruntowane przez orzecznictwo. Odpowiednie stosowanie ustawy o ochronie danych osobowych do danych przetwarzanych w systemach monitoringu wizyjnego wydaje się być niewystarczające – w szczególności w zakresie umożliwienia osobom monitorowanym dostępu do ich danych, a także nadzoru sprawowanego nad administrowaniem tymi systemami.

Ponadto, szczegółowe regulacje przyznające uprawnienie do prowadzenia monitoringu nie są wystarczające, gdyż sposobu prowadzenia monitoringu (który w najmniejszym stopniu ingerowałby w prywatność jednostki) nie regulują w ogóle, fragmentarycznie odnosząc się również do sposobu administrowania tymi danymi. Co istotne, akty wykonawcze stanowione na podstawie tych ustaw nie realizują w pełni dyspozycji przepisów ustawowych. W związku z powyższym, pozytywnie należy ocenić podjęte starania mające na celu objęcie regulacją całości.

Mając na uwadze powyższe, niewątpliwie pozytywnie ocenić należy podjęte przez Ministerstwo Spraw Wewnętrznych starania, mające na celu uregulowanie tej materii. Na aprobatę zasługuje również uwzględnienie w projekcie założeń do projektu ustawy o monitoringu wizyjnym regulacji europejskich – nie tylko w sposób powodujący zgodność z nimi projektowanej regulacji, ale także dalsze ich pogłębianie. Zwrócić należy jednak uwagę, iż głównym celem projektodawcy powinno być przede wszystkim zapewnienie ochrony prywatności oraz danych osobowych

jednostek, gdyż to właśnie te prawa stają się coraz bardziej zagrożone. W związku z powyższym, postuluje się uwzględnienie na etapie projektowania kompleksowej ustawy o monitoringu wizyjnym, także dokumentów nie mających co prawda mocy prawnej, ale uwzględniających w szczególności właśnie ochronę prywatności jednostek – m.in. Kartę Demokratycznego Zastosowania Monitoringu Wizyjnego. Co więcej, w celu objęcia należytą ochroną danych osobowych gromadzonych i przetwarzanych w związku z funkcjonowaniem systemów monitoringu wizyjnego, warto również rozważyć ustanowienie przepisów szczególnych - względem ustawy o ochronie danych osobowych – w ustawie o monitoringu wizyjnym. Celem tych przepisów powinno być względne uelastycznienie u.o.d.o., które pozwoliłoby na możliwie najpełniejsze jej zastosowanie do rodzaju danych, gromadzonych i przetwarzanych w systemach monitoringu wizyjnego. Z drugiej jednak strony, pozostawienie obecnych uregulowań w niezmienionym kształcie (w formie przepisów szczególnych), w przypadku braku stosownych przepisów regulujących przetwarzanie danych osobowych w ramach systemów monitoringu wizyjnego, spowodować może, iż obecnie istniejące wątpliwości nie zostaną rozwiązane.

Warto również zauważyć, iż starania podjęte przez MSW doprowadzić mają do precyzyjnego ustalenia, które podmioty publiczne i dla realizacji jakich celów będą mogły prowadzić monitoring wizyjny w przestrzeniach publicznych. Jest to o tyle istotne, iż w obecnym stanie prawnym bardzo często uprawnienia te są przez podmioty publiczne wywodzone z ogólnych regulacji dotyczących zakresów ich zadań. Na aprobatę zasługują również dążenia do precyzyjnego uregulowania katalogu podmiotów uprawnionych do wykorzystywania zarejestrowanych nagrań, a także sposobu i terminów ich archiwizowania oraz udostępniania uprawnionym podmiotom. Niewątpliwie dyskusja w temacie ochrony prywatności oraz ochrony danych osobowych osób monitorowanych przez systemy monitoringu wizyjnego jest otwarta – a wraz z intensyfikacją prac mających za cel uchwalenie ustawy o monitoringu wizyjnym, będzie się coraz bardziej nasilać.

## **Personal data protection and the right to privacy of the persons monitored by video-surveillance systems operating in order to ensure safety and public order**

In this paper, the authors are dealing with issues related to the right to privacy and personal data protection of persons monitored by video-surveillance cameras operating in order to ensure safety and public order. The use of video monitoring systems, as a useful tool to streamline execution of the tasks of providing security and order, takes place in connection with the activities of a number of public entities. For this reason, important aim is to acquaint the reader with existing rules made at international and constitutional level. Due to the conflict which exists between providing security with the use of video-surveillance cameras and the right to privacy of individuals, and increasingly widespread use of such tools, the authors also point to clarify the right to privacy and personal data protection at the level of laws and by-laws and attempt to assess the guarantees of these rights. In addition, the authors are presenting closer discussed prospects for further development of rights and its warranties.

Daria Wójcik\*

## Between Security and Freedom: A Social Perspective of CCTV

How much freedom the society is ready to give back just to feel more safety? The paper presents the public perception of CCTV as a crime prevention measure, public opinion on building further (or rebuilding existing) systems of CCTV, and the social assessments of CCTV influence on a sense of security. The presentation is based on the public opinion study realized in 2015 among representative inhabitants of Cracow half a year after a local referendum, which concerned *inter alia* CCTV.

### 1. Introduction

The Constitution of the Republic of Poland (Journal of Laws 1997, No. 78, item. 483) in the art. 5 states that ‘The Republic of Poland (...) ensures (...) citizens’ security’. It is a program norm, and nobody is allowed to output specific claims of it. On the other hand the state is not allowed to ensure security those, who does not want it, unless they belong to the category of especially protected people.

The concept of security is so capacious, that it can be characterized as a process which leads to achieve the state of none risk, as a result of

---

\* MA in law, Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University, sociology student in the Institute of Sociology of the JU.

these efforts, or as a value protected by the law<sup>1</sup>. The threads are differential – from the natural disasters, through a poverty, to the invasions of foreign armies. This is why it is necessary to narrow the issue.

According to the most universal definition, safety is a condition without any threats<sup>2</sup>. Such understood safety may be considered from two perspectives: objective and subjective. The subjective one refers to the sense of security, which consists of two aspects: assessment of the risk of victimization (i.e. became a victim of crime), and consequently felt an emotion (i.e. felt fear of crime).

There are many measures to increase the sense of security. Undoubtedly one of them is a video surveillance, used in recent times more often, and on the larger scale. The number of the video surveillance cameras is still increasing, although their effectiveness in a field of crime prevention have not been proved yet at all<sup>3</sup>. Many national studies focused on this phenomenon, many of them, what is considered further below, found that the video surveillance met recognized, and an increasing number of the cameras, which covered larger areas of public space, was taken – in the name of security – with the approval by the society. Here appears the following question: How much freedom the society is ready to give back just to feel more safety?

The purpose of this paper is not a depth analysis of CCTV normative regulation in Poland, or consideration of the scope of different issues directly related to CCTV, such as personal data protection, or the right to the privacy. My purpose is to present a public perception of CCTV as a measure of crime prevention, public opinion on building new (or building existed) systems of CCTV, and public assessment of an influence on their sense of security. The presentation is based on the public opinion study realized among representative citizens of Cracow half a year after a local referendum, which concerned *inter alia* CCTV.

---

<sup>1</sup> J. Czapska, *Bezpieczeństwo obywateli. Studium z zakresu polityki prawa*, Kraków 2004, p. 14.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> See e.g. B.C. Welsh, D.P. Farrington, *Crime Perception Effects of Closed Circuit Television: A Systematic Review*, London 2002; M. Gill, A. Spriggs, *Assessing the Impact of CCTV*, London 2005; C. Carli, *Assessing CCTV as an Effective Safety and Management Tool for Crime-solving, Prevention and Reduction*, Montreal 2009.

## 2. Video Surveillance

The video surveillance can be defined as a system, which let from a distance to follow the incidents registered by one or more cameras at the same time<sup>4</sup>. It consists of the cameras, which images are transmitted to a receiving center, which staff are able to observe registered incidents. The video surveillance can be also defined as a circuit television, and that what differs it from a usual TV is that an image is sent by a cable or by radio, and is received only to a receiving center, not to unlimited number of receivers (as usual TV)<sup>5</sup>.

A video surveillance origins became from the mid-XX century, and its usage has changed in time. In early 40's the Germans used it to follow the starts of V2 missiles, while the Americans used it in this time to observe the tests of nuclear weapon<sup>6</sup>. Together with the socio-economic transformation and technological development, the video surveillance in 70's was used increasingly. In the mid-90's the growing number of countries in the world used the video surveillance to observe urban areas in order to support the activities connected with criminality and crime prevention at local level. A little later it was even said that 'CCTV represents a new and valuable weapon in the fight against crime and public disorder (...) greater control over environment and information'<sup>7</sup>.

The CCTV systems can provide warning signs of potential criminals offences and act as a reactive tool. CCTV monitors crowds and individuals, responds to threats and thus notifies the operator of harmful behavior and actions before, during and after the occurrence of the event<sup>8</sup>. For example, video surveillance cameras have been extremely useful in identifying offender of the 1993 Bishopsgate bombing, and London bombing in 2005. In Barcelona, video surveillance cameras allowed authorities to find a young Spanish man, who aggressively attacked a Latino-America

---

<sup>4</sup> P. Waszkiewicz, *Wielki Brat. Rok 2010. System monitoringu wizyjnego. Aspekty kryminalistyczne, kryminologiczne i prawne*, Warszawa 2011, p. 30.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> W. Dornberger, V2, New York, p. 14.

<sup>7</sup> B.J. Goold, *CCTV and Policing: Public Area and Surveillance and Police Practices in Britain*, New York 2004, p. 3.

<sup>8</sup> M. McCahill, C. Norris, *Literature Review. Working Paper No. 2, On the Threshold to Urban Panopticon? Analyzing the Employment of CCTV in European Cities and Assessing its Social and Political Impact*, Berlin 2002, *passim*.

man in metro. Such and other more events have spread awareness on the effectiveness of the system as safety tool<sup>9</sup>.

Many studies which found that there is a casual link between CCTV use and reduction in crime were usually associated with property crimes or car park offences. The UK-based organization Nacro conducted a review of CCTV studies and found that property crimes reduced in areas covered by video surveillance. It is commonly found that the presence of cameras in public spaces has had a positive impact on the crimes outlines above. However, Nacro review revealed that public video surveillance had no impact on personal crimes, such as assault or drunkenness. The study conducted in Germany by Helten and Fischer reveals a similar point whereby CCTV had little or no effect on reducing, what they called 'crimes of passion', such as public drunkenness and acts of range<sup>10</sup>. This study presented ineffectiveness of CCTV as a crime reducing tool, and moreover suggest that either there is a general lack of awareness of video surveillance cameras or an overall indifference.

The main critiques surrounding video surveillance is that it is a quick-fix solution and fails to tackle the real problem. In this case, social structures are discriminating and uphold disparities which fuels crime. In Sutton and Wilson's study in Australia, their findings reveal that most individuals interviewed noted CCTV as irrelevant or unhelpful. The central critique was that CCTV does not deal with the root problems or the causes of crime. Specific issues referred to economic and social inequalities, such as welfare support and housing were the main causes, which CCTV cannot and does not address, recognize, or reduce.

In the event of reduced crime, increased feeling of security and safety can have positive impacts on the social cohesion of a community, region or even state. Sætнан et al. claim that CCTV system have been instrumental in reducing crime and thus building relation in a once volatile and unsafe area<sup>11</sup>. Increased citizens safety encourages broad participation

---

<sup>9</sup> Cf. P. Waszkiewicz, *Wielki Brat...*, pp. 36-42.

<sup>10</sup> F. Helten, B. Fischer, *Reactive Attention: Video Surveillance in Berlin Shopping Malls*, *Surveillance and Society* 2004, No. 2, pp. 323-345.

<sup>11</sup> A.R. Sætнан, H.M. Lomell, C. Wiecek, *Controlling CCTV in Public Spaces: Is Privacy the (only) Issue? Reflections on Norwegian and Danish Observations*, *Surveillance and Society* 2004, No. 2, pp. 396-414.

and interaction in public spaces, which is effective in improving a community's profile and attracting investment<sup>12</sup>.

According to the several researches, CCTV does not reduce feelings of insecurity, proving its ineffectiveness as a crime preventing, reducing and solving tool. J. Ditton claims that CCTV cameras do not make people feel safer, but create a false fear, which is enhanced by intense media activity. Further, the cameras target the (innocent) citizen rather than the criminal, imposing a constant fear in public spaces<sup>13</sup>. T. Honess and E. Charman's study found that whether it was in car parks, shopping centers or on the street, the presences of video surveillance did not make the public feel safer. Their results reveal that feelings of discomfort and increased fear in the presence of video surveillance was significantly higher among woman, who are commonly labelled as the most vulnerable group to criminal events. In Sætnan et al.'s study, the operation of CCTV systems was found to be discriminatory, suggesting a ghettoization of spaces, which in fact hampers social interactions and economic investment and growth, breaks social cohesion and leads to more crime<sup>14</sup>.

Increasing number of cameras is accompanied by high assessment of their usefulness in public space. The society demand to expand the CCTV systems to the areas still does not covered by cameras. Hardly anyone does not pay attention to the cameras omnipresence, which a few years ago may have seemed to be an Orwellian 1984. The process of increasing cameras in a public life illustrated the juxtaposition made by W.M. Grossman, who compared increasing number of cameras to a boiling frog, which by slow heating water does not realized that anything changes: 'If we would ask people in early 90's, if they thought two million cameras in a public space is a good idea, they would likely said NO'<sup>15</sup>. Therefore in this context, a social attitude towards video surveillance becomes an important thing.

---

<sup>12</sup> *Ididem*.

<sup>13</sup> See J. Ditton, *Do we expect too much from CCTV?*, CCTV Today 2000, No. 7, p. 20-24.

<sup>14</sup> T. Honess, E. Charman, *Closed Circuit Television in Public Places: Its Acceptability and Perceived Effectiveness*, London 1993, *passim*.

<sup>15</sup> K. Larsen, *Orwellian state of security: CCTV*, Infosecurity 2008, No. 6, pp. 16-19.

### 3. Poles' Attitude towards Video Surveillance

The nationwide study on video surveillance among adult Poles found that their knowledge about CCTV is very low<sup>16</sup>. Despite they correctly pointed, what the CCTV can be used for, they were not able to define: who has got an access of the material became from the cameras placed in the public sphere, if they can apply for such access or use it on the court as an evidence, and also if collected materials could be used by mass media and who decides about it.

However Poles' ignorance in this field does not influenced negatively on their support for the cameras in public space, for increasing the number of cameras opted 56%. They also believed that installed equipment should be able to identificate precisely a person who appears in its range (76%). On Poles' opinion does not also influenced the failures connected with usage of the video surveillance. They were even inclined to justify it by an inappropriate use of the cameras, or by their poor quality (not enough precise, or not enough modern). Such attitude towards the video surveillance was not accidental at all.

The key-value in favor of installing cameras was safety. This word was recalled the most frequently, and it is because the Poles believed that cameras play an important role in a field of security. More than half of them though that the presence of the cameras contribute to crime decreasing in the areas, where they are installed (64%). Additionally they pointed out that it is the reason, why the criminality moved to the areas, where there is no cameras, thus contributing there to increase the criminality (29%).

The support for expanding the video surveillance systems significantly corresponded with a belief that installing further cameras in public sphere effects on crime reduction. The Poles with an ambivalent attitude towards the video surveillance as well the opponents, more often than the supporters, opted to limited a number of the cameras. Negative opinion were partly based on the expirees of others countries, including Ireland,

---

<sup>16</sup> Fundacja Panoptykon, Fundacja Projekt Polska, *Monitoring wizyjny w życiu społecznym. Raport z badań*, Warszawa 2013, below will be presented the important result of this study.

which invested a sizeable amount of money to extend the CCTV systems, and eventually they did not influence on crime reduction in this country.

A positive attitude towards the video surveillance was connected by the Poles with a belief that CCTV does not interfere with a privacy. They pointed out that law-abiding citizens, who has not anything to hide, should not feel threatened by a presence of the cameras. They also pointed out that they did not mind a presence of the cameras in public space, they ignored them, and have never reflected if the area they stay in is monitored.

Nearly half of the Poles criticized a statement according to one of CCTV advantages is that there is no need to react yourself, when nearby something bad happens (45%). However, only slightly smaller percentage admitted that there is no need to do anything when something bad happens, because the area is monitored, and it is clear signal that 'somebody here cares for a safety' (34%). The opinion in this field differentiated the socio-demographic features. A belief that there is no need to react, where the cameras are installed grows with the age. As long as 26% Poles in age at 18-24 admitted that did not agree with mentioned statement, almost half people older than 60 years old declared they believed in this advantage of CCTV (48%). The Poles opinion differentiated also a place of residence. A positive attitude towards the statement outlined above declared 42% villagers, while only 23% residents of cities with more than 500 inhabitants declared the same convictions. Education was also significant. Half Poles with elementary education agreed that there is no need to do anything, when something bad happens nearby, while the same opinion have only 12% Poles with high education.

The Poles' attitude towards the video surveillance can be assumed as a positive. The study on video surveillance in Cracow presented in this paper gives an opportunity to diagnose, if and how much this general (in Poland) attitudes differs from the attitude at the local level (in Cracow).

## 4. CCTV in Cracow residents' opinion

The study presented in this paper was realized in conjunction with the work of the Cracow Team of Video Surveillance<sup>17</sup>, established by the President of Cracow, and directed by Prof. dr. Janina Czapska (the Department of the Sociology of Law of the Jagiellonian University)<sup>18</sup>. A background of this presentation are statistical data collected by the Department of Crime Prevention of the Police Headquarters in Cracow, and a telephone survey on security in Cracow realized with the framework of the Team's works.

The data collection of the study on security took place in September and October of 2011, and the sample consisted of 1770 adult Cracow inhabitants<sup>19</sup>. The study on attitude towards the video surveillance was conducted between January and February on 2015 among 1812 adult inhabitants of Cracow. Both studies were realized with the usage of a computer assisted telephone interview method (CATI)<sup>20</sup>.

### 4.1. Criminality in Cracow

In 2014 among all of sixteen provincial cities in Poland, Cracow took 12<sup>th</sup> place from the perspective of a security, which was measured by a number of committed crimes divided by one thousand city inhabitants<sup>21</sup>.

According to the data collected by the Department of Crime Prevention of the Police Headquarters in Cracow, in 2014 in Cracow there were committed 5214 crimes. Half of them was burglary. The crimes against

---

<sup>17</sup> Cf. detailed information about Team's works can be found at the website of the Department of Sociology of Law JU, [www.ksp.wpia.uj.edu.pl](http://www.ksp.wpia.uj.edu.pl), accessed: 17.08.2015.

<sup>18</sup> Detailed information on the Cracow Team of Video Surveillance can be found at the website: [https://www.bip.krakow.pl/?dok\\_id=63405](https://www.bip.krakow.pl/?dok_id=63405), accessed: 17.08.2015.

<sup>19</sup> The sample consisted of 55% woman; 35% respondents were at age of 18-34 years old, 31% at age of 35-55 years old, and 34% at age of 56 and more years old; most of them lived in low (38%) or high (27%) building, a large percentage were respondents who lived in a single house (23%), the rest of respondents lived in an apartment house or in terraced houses.

<sup>20</sup> Cf. both studies' holistic reports: BBS Obserwator, *Raport z badań ilościowych „Bezpieczeństwo w Krakowie”*, Kraków 2014; BBS Obserwator, *Raport z badań ilościowych „Monitoring w Krakowie”*, Kraków 2014.

<sup>21</sup> The data was collected by the Police Headquarters, cf. <http://statystyka.policja.pl/>, accessed: 17.08.2015.

property were committed most frequently, and beside burglary, the Police in Cracow reported also stolen cars by breaking into them (3%), and robbery (7%). Significant percentage were also drug-related crimes (33%). Much less there were committed crimes against life and health, including fight and assault (4%), sexual crimes (0,3%), and murder (0,2%).

## **4.2. Security in Cracow**

In the study on security in Cracow, more than half inhabitants assessed their city as safety (58%). Much better they assessed their sense of security in the place they live in (98%), however sense of security in the same places at night was two times lower (46%). The inhabitants of Cracow admitted there were some incidents of vandalism in their area, and offenders destroyed utilities such as park benches, bus stops, greens, and placed also some inscriptions on the building walls (47%). The Cracovians relatively often experienced victimization, almost half of them was a crime victim (47%), mostly against property (59%). Asked about the risk of victimization, they mostly pointed out they are afraid of possibility to be deducted by the car (44%), or vulgar taunts (42%). In case of crime against property, they admitted that they are afraid of possibility of car, wallet or other things theft. To protect themselves against victimization, the Cracovians mostly warned others about potential dangers (84%), or asked their neighborhoods for paying attention to their house (flat) during their absence (82%). The inhabitants of Cracow had better opinion on Police's work than the Municipal Guard's. More than half of them admitted, that they can count on the Police, only if something wrong happens, much less of them say these same about the Municipal Guard's (35%).

## **4.3. Attitude towards Video Surveillance in the Cracovians' Opinion**

The inhabitants of Cracow's sense of security stay at moderate level, meanwhile on 25 May, 2014 during local referendum for expending the CCTV system in Cracow, which main goal would be improving safety

in the city, opted the vast of majority (85%). Such enthusiastic declarations were not confirmed at all in the study of the Cracovians' opinion, when only 53% pointed out, that in Cracow should be installed more cameras. Every six inhabitant expressed a belief that Cracow has got enough number of the cameras (15%), and a significant percentage had a difficulty to present unequivocal opinion in this field (29%).

It turned out that in the eyes of the Cracovians improving safety in Cracow should be carried out with usage of other measures than video surveillance. Among fourteen crime prevention measures, inhabitants chose firstly increasing the number of the Police foot patrols, than providing kids and teenagers an attractive form of spending spare time, and caring for better street lighting. CCTV was chosen just as a fourth measure. Others possible measures to choose were following: increasing the number of the Municipal Guards' foot patrols, employing a private security services to guard the district, organizing citizens' foot patrol, expanding powers of the Police, harsher penalties for the offenders, expanding powers of the Municipal Wardens, installing speed bumps on the roads, and cleaning the street often. All of measure outlined above more likely chosen woman than man, and older aged categories (35 years old and more) than younger (18-24 years old), but there was one exception. The private security services, and harsher penalties for the offenders were chosen more often by the young Cracovians, at the age of 18-34.

No matter, if video surveillance played for the Cracovians a leading role in crime prevention or not, the vast majority believed that it influences on citizens' sense of security (81,3%). Similar percentage also pointed out, that video surveillance is used to detected a greater number of crimes, and minor crimes (80,1%), as well as to supply the evidences in legal proceedings (80,8%). These opinion are consistent with the Cracovians' belief that authorities in city by expanding the CCTV systems should first of all take into account to install such number of cameras, which let the security services to observe an incident (61%).

The vast of majority admitted that using video surveillance is necessary to protect, and improve citizens' security nowadays (76,9%), many of them believed also that the CCTV cameras beside an image, should either record a sound (48%). Most of the Cracovian thought that people, who comply the law, do not have to be afraid of interfere in their privacy

by the cameras (73%), and more than half respondents did agree with a statement that video surveillance interferes in privacy of an average person (57%). In this context it should be noted that the Cracovians thought that expanding the video surveillance should cover all of the Cracow districts, not only city center, and districts or its places, which are considered as dangerous. The inhabitants admitted, they are ready to accept the presence of the cameras on the railway and bus stations, in stadiums, and public transport, a little less wanted the cameras to install in the rooms, halls, and other areas, where takes place different cultural events.

Despite the inhabitants of Cracow welcomes the video surveillance, they also used a common sense. They were asked to define their attitude towards a following statement: “(...) one of the CCTV advantage is that, you do not have to care for some things. For example, if I see theft or robbery, I know I do not have to intervene, because the people, who see that through the cameras, they will deal with it”. More than half of the Cracovians did not agree with this statement (60,9%), including 36%, who definitely did not agree with it. Such opinion was mostly expressed by younger (18-34 years old), and inhabitants in middle aged (56 years old and more).

The inhabitants of Cracow quite inconsequently express themselves about their fillings, when they are surrounded by the cameras of CCTV. Most of them though, that today video surveillance is necessary to provide citizens' security, and it influenced on their sense of security. Asked, how do they feel when they are observed by the cameras, most of them admitted that this fact did not matter, and it did not influenced on their sense of feeling (62%), only some of them pointed out they feel more safety (27%). These proportions turned around, when the Cracovians were asked directly, if they feel more safety, when they are observed by the cameras. Then most of them declared, that they feel more safety (60%), and only 28% said that the cameras in any way influenced on their sense of security. It should be also mentioned, that a little bit higher sense of security declared women than man (62% to 58%), while man pointed out that the cameras did not influenced on their sense of security (33% to 24%).

## 5. Concluding Remarks

The study on the Cracovians attitude towards the video surveillance presented in this paper, showed that they believed that the best way of ensuring citizens' security is to expand a number of the Police foot patrols, provide the kids and youth the attractive form of spending free time, and provide better street lighting. The video surveillance was chosen as a fourth measure. Weather, the vast majority of Cracovians believed that using CCTV today is necessary to ensure citizens' security. Similar results were obtained in the nationwide study, where most of Poles associated CCTV with the only one value – security.

The inhabitants of Cracow do not differ to the Poles by opinion on expanding a number of the CCTV cameras. In both studies more than half pointed out that there should be installed more cameras in public space. Both the Cracovians and Poles did not mind the presence of cameras, and both of them in majority thought that the cameras do not interfere in a privacy. In Cracow more than half even expected expanding the CCTV systems in each district of Cracow, not only in dangerous areas. It because the Cracovians as well as the Poles feel more safety when they are observed by the cameras.

In fact, the main difference between general (Poles) and local (Cracovians) level attitudes towards CCTV concerned the statement according to the one of video surveillance advantage is that there is no necessity to do anything, when something bad happens, because the area is monitored, and it is clear signal that somebody here cares for a safety. In this field, almost two times more Cracovians than Poles did not agreed with this statement (34% to 61%).

Going back to the question posted at the beginning, 'how much freedom the society is ready to give back to feel more safety?', it should be noted that citizens are ready to give back a significant part of their freedom just to feel more safety, and it can be seen not only through general positive attitudes towards CCTV, but also through the specifics aspect of CCTV, which were considered in both studies. One of the reason of such phenomenon is fear of crime. This is why the authorities should consider how to reduce it, and increase the citizens' sense of security. Different studies show, how it can be achieved.

Increasing citizens' sense of security can be done by strengthening local communities, and improving their conditions: economy, good public transport, education, good housing conditions, effective work of security services. These are trifles but that, what people notice in their community is important, because it is a signal, if anybody controls the situation.

The second important element is a reduction of antisocial behavior, which in fact do not have to be a direct source of danger, but certainly influence on the citizens' sense of security, these are: drunken people, youth knocking around, or graffiti. In this context an important role play security services, which should not only work effectively, but also in a partnership with the local authorities.

An important mission to complete has mass media, which should inform only about real risks, show how to protect against them, and promote the models of positive behavior, such as reacting on differed incidents nearby.

The last thing are periodic studies on citizens' security, which should be realized according to standards of empirical research. Without solid diagnosis we will base on intuitions, which in analyzed field will lead us astray.

Agnieszka Podemska\*

## Czy sprawcy zgwałceń powinni być chirurgicznie kastrowani?

Przedmiotem artykułu jest kwestia społecznych oczekiwań co do prawno-karnych reakcji wobec sprawców przestępstw zgwałceń. Autorka zaprezentowała wyniki własnych badań ankietowych przeprowadzonych od października do grudnia 2014 roku wśród uczniów, losowej grupy społeczeństwa, prokuratorów i policjantów. Skoncentrowała się głównie na analizie dopuszczalności stosowania kastracji chirurgicznej na gruncie prawa polskiego, gdyż tę reakcję najczęściej wybierali ankietowani. Dokonała ponadto szczegółowego porównania skutków kastracji farmakologicznej i kastracji mechanicznej, z uwzględnieniem następstw medycznych, psychologicznych oraz psychospołecznych. Zwróciła także uwagę na powszechność stereotypów dotyczących przestępstwa z art. 197 k.k., jego sprawców, a przede wszystkim osób pokrzywdzonych. W swojej analizie poruszyła także problematykę punitywności społeczeństwa w kontekście zjawiska penalnego populizmu.

### 1. Wprowadzenie

Regulacje prawne dotyczące zgwałcenia, w tym kwestia postępowania wobec sprawców tego przestępstwa, od wielu lat budzą kontrowersje i stanowią jeden z ważnych tematów debat politycznych i społecznych. Wynika to niewątpliwie z charakteru tego przestępstwa, w ramach którego dochodzi do niewyobrażalnej wręcz ingerencji w intymną sferę

---

\* Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

człowieka, naruszającej nie tylko jego cielesność, ale i drastycznie oddziałującej na psychikę. Skutki tego zdarzenia mogą być dla jego ofiary długofalowe, wiążące się z emocjonalnym bólem i stygmatyzacją ze strony otoczenia. Nieustannie dąży się do wprowadzenia takich rozwiązań legislacyjnych, które staną się swoistym kompromisem pomiędzy skutecznym ściganiem i osądzaniem sprawców a troską o osobę pokrzywdzoną w toku procesu karnego, jak i poza nim, zapobiegając wtórnej wiktyimizacji ofiary. W dniu 27 stycznia 2014 roku weszła w życie zmiana ustaw Kodeks karny i Kodeks postępowania karnego<sup>1</sup>, a w ramach tej nowelizacji wnioskowy tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia został zastąpiony trybem ścigania z urzędu, co ma przyczynić się do wyeliminowania bezkarności sprawców powyższych czynów. Z kolei troska o osoby pokrzywdzone doprowadziła do uregulowania w art. 185c k.p.k. postępowania z ofiarami gwałtu, aby lepiej zatroszczyć się o ich interesy w procesie karnym i nie powiększać traumy, której doznały. Trzeba zauważyć, że kontrowersyjnym zagadnieniem pozostaje zawsze kwestia prawnokarnej reakcji wobec sprawców przestępstwa zgwałcenia. Na skutek nowelizacji Kodeksu karnego z 2005 i 2009 roku doszło do zaostrenia odpowiedzialności za przestępstwo z art. 197 k.k., co wielu autorów wiąże ze zjawiskiem populizmu penalnego. Należy zastanowić się, czy polskie społeczeństwo charakteryzuje się dużą punitownością i jakie kary dla przestępców zgwałcenia uważa za najbardziej stosowne. W związku z powyższym, przeprowadzono badania ankietowe wśród uczniów, losowej grupy społeczeństwa, prokuratorów i policjantów celem zbadania ich postaw wobec sprawców wspomnianych czynów. Wyniki powyższych badań zostaną zaprezentowane w niniejszej pracy, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki kastracji chirurgicznej. Podstawowym celem artykułu jest udzielenie odpowiedzi na pytania, czy stosowanie kastracji mechanicznej wobec sprawców zgwałceń byłoby zgodne z polskim prawem karnym, a ponadto czy ów instrument oddziaływania nosiłby znamiona efektywności w zakresie zwalczania tego typu przestępczości.

---

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

## 2. Statystyczny obraz przestępstwa zgwałcenia

Ze statystyk policyjnych wynika, że liczba stwierdzonych przestępstw zgwałcenia od roku 1999 systematycznie spada. W roku 1999 było to 2029 przestępstw, w 2009 – 1530, a w 2014 – 1254, przy czym wykrywalność pozostawała na względnie stałym poziomie – średnio powyżej 83%<sup>2</sup>. W przypadku większości gwałtów relacja podmiotowa kształtuje się następująco: sprawca – mężczyzna, ofiara – kobieta. Ciemna liczba, czyli różnica pomiędzy faktyczną liczbą przestępstw zaistniałych we wszystkich formach stadialnych i zjawiskowych a liczbą, która została ujęta w statystyce jako grupa „przestępstw stwierdzonych” jest w przypadku przestępstwa zgwałcenia bardzo wysoka. Na podstawie badań wiktyimizacyjnych szacuje się, że **ponad 90% popełnionych przestępstw seksualnych w ogóle nie zostaje zgłoszonych na policję**<sup>3</sup>. Według badań Z. Izdebskiego, przeprowadzonych dla OBOP w 2005 roku, 10% badanych kobiet zostało zgwałconych, natomiast aż 30% doznało którejs z form przemocy seksualnej. Tylko od 5% do 10% badanych kobiet, które były ofiarami przemocy seksualnej, powiadomiło kogoś o tym fakcie, z czego tylko 40% przypadków zostało zgłoszonych na policję<sup>4</sup>.

Przytoczone dane pokazują, że odsetek kar za popełnienie przestępstwa z art. 197 k.k. orzekanych w zawieszeniu jest niezwykle wysoki – w przypadku kary pozbawienia wolności w 2013 roku było to aż 37,43%. Trzeba zauważyć, że wspomniana praktyka orzecznicza może umniejszać przekonanie o wartości chronionego dobra, jakie funkcjonuje w świadomości społecznej. Tego typu wyroki są traktowane w odbiorze społecznym jako fikcja skazania i nie czynią zadość społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a dodatkowo niewątpliwie wpływają na zaostrzenie punitywnych postaw Polaków. Nadmierne stosowanie tej instytucji może rodzić przekonanie o bezkarności sprawców zgwałceń.

---

<sup>2</sup> <http://www.statystyka.policja.pl/st/ogolne-statystyki/47682,Postepowania-wszczete-przestepstwa-stwierdzone-i-wykrywalnosc-w-latach-1999-2013.html>, dostęp 31.03.2015.

<sup>3</sup> A. Siemaszko, *Przestępczość nieujawniona*, Archiwum Kryminologii, Warszawa 1998, s. 11.

<sup>4</sup> Z. Izdebski, *Przemoc seksualna wobec kobiet*, Warszawa 2005, w: J. Piotrowska, A. Synakiewicz (red.), *Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, Warszawa 2011, s. 18.

Tabela 1. Kary wymierzone prawomocnie skazanym za przestępstwa zgwałcenia w 2013 r.

| <b>KARY WYMIERZONE PRAWOMOCNIE SKAZANYM ZA PRZESTĘPSTWA ZGWAŁCENIA – 2013 ROK</b> |            |             |                      |
|-----------------------------------------------------------------------------------|------------|-------------|----------------------|
| KARA                                                                              | ŁĄCZNIE    | BEZWZGLĘDNA | WARUNKOWO ZAWIESZONA |
| samoistna kara grzywny                                                            | 1          | 1           | 0                    |
| kara grzywny obok kary pozbawienia wolności                                       | 72         | 0           | 72                   |
| kara ograniczenia wolności                                                        | 0          | 0           | 0                    |
| <b>łącznie na karę pozbawienia wolności</b>                                       | <b>700</b> | <b>438</b>  | <b>262</b>           |
| <b>KARY WYMIERZONE PRAWOMOCNIE SKAZANYM ZA PRZESTĘPSTWA ZGWAŁCENIA – 2013 ROK</b> |            |             |                      |
| KARA                                                                              | ŁĄCZNIE    | BEZWZGLĘDNA | WARUNKOWO ZAWIESZONA |
| kara pozbawienia wolności na 1 miesiąc                                            | 0          | 0           | 0                    |
| kara pozbawienia wolności na 2 miesiące                                           | 1          | 0           | 1                    |
| kara pozbawienia wolności na 3 miesiące                                           | 0          | 0           | 0                    |
| kara pozbawienia wolności na 4–5 miesięcy                                         | 2          | 2           | 0                    |
| kara pozbawienia wolności na 6 miesięcy                                           | 8          | 1           | 7                    |
| kara pozbawienia wolności na 7–11 miesięcy                                        | 26         | 4           | 22                   |
| kara pozbawienia wolności na 1 rok                                                | 37         | 8           | 29                   |
| kara pozbawienia wolności pow. 1 roku do 2 lat                                    | 31         | 8           | 23                   |
| kara pozbawienia wolności na 2 lata                                               | 244        | 66          | 178                  |
| kara pozbawienia wolności pow. 2 lat do 3 lat                                     | 55         | 55          | 0                    |
| kara pozbawienia wolności na 3 lata                                               | 103        | 101         | 2                    |
| kara pozbawienia wolności pow. 3 do 5 lat                                         | 135        | 135         | 0                    |
| kara pozbawienia wolności pow. 5 do 8 lat                                         | 49         | 49          | 0                    |
| kara pozbawienia wolności pow. 8 do 10 lat                                        | 6          | 6           | 0                    |
| kara pozbawienia wolności pow. 10 do 15 lat                                       | 3          | 3           | 0                    |

Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych udostępnionych przez Ministerstwo Sprawiedliwości w ramach wniosku o udzielenie informacji publicznej

### **3. Społeczne oczekiwania co do prawnokarnych reakcji wobec sprawców przestępstwa zgwałcenia: Badania ankietowe**

Badanie obejmowało docelowo cztery grupy: uczniów, społeczeństwo, prokuratorów oraz funkcjonariuszy policji<sup>5</sup>. Ankietowani zostali szczegółowo poinformowani o celu badania, którego głównym przedmiotem była kwestia oczekiwań społeczeństwa co do karania sprawców przestępstwa zgwałcenia. Badania przeprowadzano od października do grudnia 2014 roku. Pierwszą grupę badanych stanowili uczniowie Zespołu Szkół Mechanicznych nr 1 im. Stanisława Humberta w Krakowie. Ankietowanych było 99 mężczyzn w wieku od 17 do 21 lat. Kolejną grupę respondentów stanowiło szeroko rozumiane społeczeństwo. Za pomocą ankiety internetowej, systemem doboru losowego przebadano 195 osób, z czego 37,9% stanowili mężczyźni, a 62,1% kobiety. Kwestionariusze ankietowe zostały również wypełnione przez 65 prokuratorów z Prokuratury Okręgowej w Krakowie i jednostek podległych, a także Prokuratury Rejonowej w Kutnie. Ankietowani prokuratorzy byli w wieku od 32 do 56 lat, o stażu pracy od 5 do 33 lat. Ponadto badania przeprowadzono wśród policjantów 1 i 2 Komisarzatu w Krakowie, Komendy Powiatowej Policji w Kutnie i jednostek podległych, a także Komendy Powiatowej Policji w Łęczycy. Łącznie ankietowano 272 policjantów, w wieku od 21 do 50 lat, o stażu pracy od 7 miesięcy do 30 lat. Ankietowani mieli możliwość dokonania wielokrotnego wyboru odpowiedzi, a także wpisania w rubryce „inne” własnych propozycji rozwiązań.

Zgodnie z polskim prawem karnym, jest oczywiste, że ofiarą przestępstwa zgwałcenia może być zarówno kobieta, jak i mężczyzna. Według policyjnych statystyk, ofiarami 99% zgwałceń są kobiety, dlatego też zdecydowano się na podjęcie tematu w kształcie przedstawionym poniżej. Ocenie ankietowanych poddano dwie sytuacje: pierwszą z nich było zgwałcenie bez wskazywania dodatkowych okoliczności zdarzenia,

---

<sup>5</sup> Tożsame cztery grupy uczestniczyły także w innych badaniach Autorki. Ankiety dotyczyły wówczas tematyki mężczyźni jako ofiar przestępstwa zgwałcenia oraz roli ofiar w etiologii przestępstwa z art. 197 k.k., a ich wyniki zostały szczegółowo przedstawione w odrębnych publikacjach.

zaś druga sytuacja dotyczyła zgwałcenia kobiety, która będąc ubrana w krótką spódniczkę oraz bluzkę z dużym dekoltem tańczyła seksownie i flirtowała z mężczyznami w klubie. Takie dość znacząco uproszczone opisy zdarzeń miały na celu sprawdzenie, czy ankietowani widzą potrzebę odmiennej reakcji prawnokarnej wobec sprawców obydwu czynów. Wiąże się to bezpośrednio z problemem, czy i jakie znaczenie ma kwestia ewentualnego przyczynienia się ofiary w kontekście formułowania ocen prawnokarnych sprawcy. E. Bieńkowska, posługując się pojęciem przyczynienia się ofiary, dzieli je na dwa typy: świadome i nieświadome. Pierwsze z wymienionych charakteryzuje jako przejawianie przez ofiarę zachowań o wyraźnym zabarwieniu seksualnym, czyli według badaczki takich „które zgodnie z przyjętymi w danym środowisku zwyczajami świadczą o tym, że kobieta dąży do nawiązania z mężczyzną bardziej intymnego kontaktu”, natomiast nieświadome to takie, które nie miały bezpośredniego charakteru seksualnego. E. Bieńkowska dokonuje takiego rozróżnienia twierdząc, że zachowania seksualne są zachowaniami popędowymi, a „ich opanowanie przez sprawcę w sytuacji, gdy zachowania takie podejmuje również ofiara, może okazać się wielokrotnie niemożliwe albo co najmniej utrudnione”<sup>6</sup>. Ponadto stwierdza, że przyczynienie się świadome w każdym przypadku powinno spełniać rolę okoliczności łagodzącej przy wymiarze kary. Inna kryminolog, M. Budyn-Kulik stanęła na stanowisku, że możliwe jest wyodrębnienie trzech form świadomego przyczynienia się osoby pokrzywdzonej zgwałceniem<sup>7</sup>. Wyróżniła w tym kontekście ofiary ułatwiające, czyli te, które swoim zachowaniem mogły wpłynąć na powstanie dogodniejszych warunków do zrealizowania czynu (który także bez tego ułatwienia mógłby zostać popełniony). Ponadto wyodrębniła kategorię ofiar umożliwiających, których zachowanie mogło umożliwić zrealizowanie powziętego wcześniej zamiaru popełnienia czynu. Ostatnią wskazaną przez nią grupą były ofiary inspirujące, czyli te, których zachowanie wywołało zamiar popełnienia czynu. Wydaje się jednak, że podstawowym zarzutem prze-

---

<sup>6</sup> E. Bieńkowska, *Wpływ zachowania ofiary na rozstrzygnięcie sprawy o zgwałcenie*, Wrocław 1984, s. 70.

<sup>7</sup> M. Budyn-Kulik, *Wybrane wiktyologiczne (i psychologiczne) aspekty zgwałcenia*, w: M. Mozgawa (red.), *Przestępstwo zgwałcenia*, Lublin 2012, s. 243-280.

ciwko wszystkim tego typu koncepcjom kryminologicznym jest brak odpowiedniej podbudowy empirycznej. Słusznie twierdzi M. Bocheński, że koncepcję „przyczynienia się” należałoby budować w wiktymologii na podstawie pogłębionych analiz psychologicznych (tak sprawcy, jak i ofiary) oraz socjologicznych<sup>8</sup>. Drugi zarzut, jaki można poczynić wobec koncepcji przyczynienia się ofiar do przestępstw zgwałceń, dotyczy roli, jaką odgrywają one w społecznym odbiorze osób pokrzywdzonych tymi czynami. Kryminologiczne rozważania dotyczące ofiar zgwałceń są naturalnie godne aprobaty, jednak używanie terminologii „przyczynienia się” powoduje upowszechnianie poglądu o rzekomym prowokowaniu sprawców przez ofiary, a tym samym usprawiedliwianiu zachowań podjętych przez napastników. Tego typu emocji nie wywoła na pewno analizowanie koncepcji przyczynienia się na gruncie chociażby przestępstw drogowych. Być może, podejmując rozważania na temat etiologii zgwałceń, kryminolodzy powinni posługiwać się bardziej neutralną siatką pojęciową.

Osobom biorącym udział w badaniu zadano pytanie o ewentualne okoliczności łagodzące dla oceny sprawcy zgwałcenia, wymieniając jako przykładowe m.in. wyzywający ubiór osoby pokrzywdzonej, a także zachowanie takiej osoby polegające na flirtowaniu i seksownym tańczeniu w klubie. Grupą, która była najbardziej skłonna „obwiniać” osobę pokrzywdzoną za to, że w ogóle doszło do zgwałcenia, byli uczniowie (w każdym z dwóch pytań prawie po 50%). Drugi w kolejności, którzy uznaliby powyższe opisy za okoliczności łagodzące dla sprawcy, byli prokuratorzy (od około 15 do 20%). Około 1/5 policjantów nie miała zdania na ten temat. Należy definitywnie odrzucić wszelkie koncepcje, które koncentrują się na przypisywaniu ofierze odpowiedzialności za zgwałcenie, zarzucaniu jej złego zachowania, a w konsekwencji przypisywaniu swego rodzaju winy. Nie można traktować tego typu zachowań (postawy) ofiar w kategoriach przyczynienia się pokrzywdzonego, będącego jedną z dyrektyw sądowego wymiaru kary (art. 53 § 2 k.k.). Co dość szokujące, przykłady obwiniania ofiar można także znaleźć w materiałach szkoleniowych dla organów wymiaru sprawiedliwości. S. Prusik,

---

<sup>8</sup> M. Bocheński, *Krytyczne spojrzenie na koncepcję przyczynienia się ofiary do zaistnienia przestępstwa zgwałcenia*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2010, z. 3, s. 71.

autor taktyki postępowania Policji w sprawach o przestępstwa zgwałcenia jako przyczyny zewnętrzne przestępstwa zgwałcenia podaje m.in. zmiany w obyczajowości płciowej społeczeństwa, w tym prowokacyjną modę i zachowanie się kobiet<sup>9</sup>. Niepokojące jest również to, że autorami podobnych poglądów bywają także biegli seksuolodzy, jak na przykład K. Boćkowski, który w 2013 roku stwierdził, że „należy rozróżnić gwałt, gdy kobieta zostaje zaatakowana, potraktowana w sposób bestialski, a co innego, gdy poszła z facetem na drinka lub spotkanie i potem jest zdziwiona, że doszło wbrew jej woli do stosunku”<sup>10</sup>. W podobnym tonie wypowiadają się także politycy. W 2012 roku K. Oksiuta wyraził swoje stanowisko w następujący sposób: „wiele kobiet prowokuje do gwałtu ubiorem, zachowaniem, a czasem na dyskoteci pijane nie wiedzą same co robią, a potem zgłaszają jako gwałt [...] Nie zawsze gwałt jest gwałtem, często jest głupotą”<sup>11</sup>. Należy zdecydowanie uznać tego typu wypowiedzi jako niezasługujące na aprobatę. Badania wykazały, iż to, co robi ofiara bezpośrednio przed zdarzeniem ma niewiele lub zgoła nic wspólnego z podjęciem przez gwałciciela decyzji o napaści<sup>12</sup>. Ponadto nie można traktować ubioru ofiary czy jej zachowań, które mieszczą się w społecznie akceptowanych normach, jako zarzuczalnych w świetle odpowiedzialności prawnokarnej sprawcy zgwałcenia. Obwinianie ofiar łączy się także z innym mitem, że mężczyzna nie jest w stanie panować nad swoim popędem seksualnym. M. Wysocka-Pleczyk charakteryzuje ten stereotyp jako przekonanie, że „gwałt jest zbrodnią namiętności, jest jednorazowym, impulsywnym, niekontrolowanym aktem seksualnej gratyfikacji”<sup>13</sup>, co według wielu uczonych jest największym nieporozumieniem<sup>14</sup>. Analiza przytoczonych wypowiedzi potwierdza tezę o dużym stopniu stereotypizacji w zakresie tematyki zgwałceń. Pojawianie się

---

<sup>9</sup> S. Prusik, *Taktyka postępowania Policji w sprawach o przestępstwa zgwałcenia*, Piła 2008, s. 9.

<sup>10</sup> [http://ponton.org.pl/sites/ponton/files/list\\_wsprawie\\_dr\\_bockowskiego\\_30102013.pdf](http://ponton.org.pl/sites/ponton/files/list_wsprawie_dr_bockowskiego_30102013.pdf), dostęp 31.03.2015.

<sup>11</sup> <https://www.facebook.com/krzysztof.oksiuta/posts/164968786981159>, dostęp 31.03.2015.

<sup>12</sup> R.K. James, B.E. Gillidan, *Strategie interwencji kryzysowej. Pomoc psychologiczna poprzedzająca terapię*, Warszawa 2006.

<sup>13</sup> M. Wysocka-Pleczyk, *Interwencja kryzysowa wobec ofiar gwałtu*, w: M. Wysocka-Pleczyk (red.), *Wobec przemocy*, Kraków 1997, s. 46.

<sup>14</sup> K. Pospiszył, *Przestępstwa seksualne*, Warszawa 2005, s. 27-35.

tego typu stwierdzeń w publicznym dyskursie sprzyja ich przyswajaniu w procesie wtórnej socjalizacji. Autorka, mając świadomość tego, że w społeczeństwie nadal żywy jest mit seksualnego charakteru zgwałcenia, zaproponowała kastrację mechaniczną jako jeden z wariantów odpowiedzi w ankiecie. Celem było sprawdzenie, czy badani akceptowaliby tak drastyczną reakcję wobec sprawcy przestępstwa zgwałcenia.

Tabela 2. Czy i jak Pani/a zdaniem należy karać sprawców za zgwałcenie?

|                 | karać kastracją mechaniczną |        |
|-----------------|-----------------------------|--------|
| uczniowie       | 68 osób                     | 68,70% |
| „społeczeństwo” | 49 osób                     | 42,60% |
| prokuratorzy    | 8 osób                      | 12,30% |
| policjanci      | 98 osób                     | 36,00% |

Źródło: Opracowanie własne na podstawie wyników badań empirycznych

Tabela 3. Czy i jak Pani/a zdaniem należy karać sprawców za zgwałcenie kobiety, która będąc ubrana w krótką spódniczkę oraz bluzkę z dużym dekoltem, tańczyła seksownie i flirtowała z mężczyznami w klubie?

|                 | karać kastracją mechaniczną |        |
|-----------------|-----------------------------|--------|
| uczniowie       | 28 osób                     | 28,30% |
| „społeczeństwo” | 38 osób                     | 32,80% |
| prokuratorzy    | 6 osób                      | 9,20%  |
| policjanci      | 51 osób                     | 18,80% |

Źródło: Opracowanie własne na podstawie wyników badań empirycznych

Analiza przeprowadzonych badań prowadzi do wniosku, że **Polacy zasadniczo wykazują się dużą punitywnością**, czego najlepszym przykładem jest tak duża liczba osób, która opowiedziała się za zabiegiem kastracji mechanicznej (chirurgicznej). Takie rozwiązanie było najczęściej wybierane przez uczniów i społeczeństwo, a także przez policjantów, którym zadano pytanie o karanie sprawców zgwałcenia. Tylko około 1/10 ankietowanych prokuratorów opowiedziało się za kastracją mechaniczną jako najlepszym rozwiązaniem w przypadku opisanych sytuacji zgwałceń. Co istotne, **ankietowani łagodniej oceniali zachowanie sprawców, których ofiara, będąc ubrana w krótką spódniczkę oraz bluzkę z dużym dekoltem, tańczyła seksownie i flirtowała**

**z mężczyznami w klubie.** Za kastracją mechaniczną w pierwszym przypadku opowiedziało się aż 68,70% uczniów, a oceniając drugą sytuację już tylko 28,3% mężczyzn. Tak drastycznej różnicy w ocenie nie wykazały badania społeczeństwa – jako reakcję za pierwsze z opisanych przestępstw kastrację wybrało 42,60% ankietowanych, a za drugie 32,80%. Także policjanci odmiennie traktowali obydwie sytuacje. Dokładnie 36% z nich oczekiwałoby kastracji chirurgicznej sprawcy pierwszego przypadku zgwałcenia, a 18,8% postulowało taki zabieg w drugim przypadku. Prokuratorzy rzadko decydowali się na wybór kastracji jako odpowiedniej reakcji prawnokarnej wobec gwałciciela. Jednak także oni łagodniej oceniali sprawcę, gdy osoba pokrzywdzona była ubrana w krótką spódniczkę oraz bluzkę z dużym dekoltem, tańczyła seksownie i flirtowała z mężczyznami w klubie – 9,2% żądało kastracji chirurgicznej (w pierwszym z opisanych zdarzeń za takim zabiegiem było 12,3% badanych).

Najwięcej z ankietowanych osób opowiedziało się za kastracją mechaniczną sprawcy przestępstwa zgwałcenia, prezentując tym samym bardzo punitywne podejście. Taka postawa społeczna może być spowodowana kilkoma czynnikami, z których dwa najistotniejsze to populizm penalny i wciąż żywe w społeczeństwie mity na temat przestępstwa zgwałcenia. Te stereotypy opierają się na głównie na emocjach, lęku przed wiktymizacją i nie są uzasadnione w świetle badań empirycznych. Populizm penalny polega zaś na zyskiwaniu poparcia społecznego poprzez kreowanie się na jedyną siłę, jaka za pomocą radykalnych środków może zwalczyć zagrożenia, które rzekomo występują w społeczeństwie<sup>15</sup>. Populizm penalny jest z założenia koncepcją antyintelektualną, nie zdroworozsądkową, opiera się na społecznych lękach i emocjach im zbliżonych, w szczególności na obawie przed przestępczością (*fear of crime*). Według badań CBOS, od 1992 i 1993 roku poczucie zagrożenia przestępczością i obawa przed wiktymizacją zaczęły gwałtownie rosnąć, a przestępczość zaczęła zyskiwać coraz wyższą pozycję wśród problemów społecznych. Według M. Łoś, wraz ze zmianą ustrojową, państwo i jego obywatele zmienili sposób zarządzania lękiem. W czasach komunizmu charakterystyczny był wysoki poziom lęku przed państwem i jego

---

<sup>15</sup> Jedną z pierwszych osób, która posłużyła się nazwą „populizm penalny”, był T. Newburn w roku 1997.

organami oraz stosunkowo niski poziom lęku przed wiktylizacją<sup>16</sup>. Role te odwróciły się po transformacji ustrojowej. Społeczeństwo co do zasady boi się przestępczości oraz jej skutków, szczególnie wtedy, gdy odczuwa bezpośrednie zagrożenie dla siebie i swoich bliskich. Lęk przed wspólnym zagrożeniem może wzmacniać solidarność i pełnić funkcję integracyjną. Już w 1977 roku A. Marek w artykule na temat reakcji na przestępczość w Stanach Zjednoczonych podkreślał ogromny wpływ mediów na wywoływanie lęku, co spowodowane było szczególnie przez nieodpowiedzialne, przesadzone, obliczone na osiągnięcie efektu psychologicznego i zysk oraz całkowicie niewspółmierne do rzeczywistego zagrożenia doniesienia o przestępczości<sup>17</sup>. Podobny „szum medialny” powstał w związku z wprowadzeniem tzw. „ustawy o bestiach” (Ustawa o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, Dz.U. 2014 poz. 24). W takich sytuacjach to nie opinie ekspertów czy statystyki przestępczości wpływają na kształt rzeczywistości. „To «fakty, o których wszyscy wiemy», «publiczna wiedza» determinuje tę rzeczywistość”<sup>18</sup>. Politycy wykorzystują motyw przestępstwa zgwałcenia w kontekście populizmu penalnego, aby zyskać poparcie w nadchodzących wyborach. Tak było z nowelizacją Kodeksu karnego z roku 2005 i 2009. Jeżeli temat zgwałcenia nie stanowi w danej chwili kapitału politycznego, zwyczajnie jest bagatelizowany. Jednak mit omnipotencji prawa i łączący się z nim mit skuteczności represji karnej są zdaniem M. Filara „tak bardzo rozpowszechnione, jak bardzo nieprawdziwe”<sup>19</sup>.

Z uwagi na powyżej przedstawione wyniki, w dalszej części pracy zasadne jest skupienie się na analizie problemu kastracji chirurgicznej, porównując ją z dopuszczalną w Polsce kastracją farmakologiczną.

---

<sup>16</sup> M. Łoś, *Post-Communist Fear of Crime and the Commercialization of Security*, *Theoretical Criminology* 2002, za: P. Ostaszewski, *Lęk przed przestępczością*, LEX 2014.

<sup>17</sup> A. Marek, *Lęk przed przestępstwem w Stanach Zjednoczonych*, *Gazeta Prawnicza* 1977, nr 9.

<sup>18</sup> J. Czapska, S. Waltoś, *O polskim populizmie penalnym*, w związku z książką J. Pratta „*Penal Populism*”, *uwag kilka*, w: K. Krajewski (red.), *Nauki penalne wobec problemów współczesności. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaberle*, Warszawa 2007, s. 397-412.

<sup>19</sup> M. Filar, *Kiedy ofiarą zgwałcenia pada zdrowy rozsądek*, w: M. Mozgawa (red.), *Przestępstwo zgwałcenia*, Lublin 2012, LEX.

#### 4. Przeprowadzanie zabiegów kastracji farmakologicznej i chirurgicznej

Kastrację chirurgiczną w większości sytuacji przeprowadza się ze wskazań medycznych, najczęściej w przypadku raka jąder, ale zdarzają się także operacje osób transseksualnych, które dążą do chirurgicznej zmiany płci. Pojęcie kastracji chemicznej stanowi zaś pewne określenie umowne i oznacza obniżenie produkcji testosteronu w jądrach i nadnerczach za sprawą stosowania kuracji hormonalnej, czego skutkiem jest redukcja poziomu tego hormonu we krwi i osłabienie popędu płciowego. Jest to zabieg odwracalny, efekt mija po odstawieniu leków. Inaczej rzecz się ma z kastracją chirurgiczną (orchidektomią), czyli operacyjnym usunięciem jąder, która jest zabiegiem nieodwracalnym. Dobrowolna kastracja chemiczna jest przeprowadzana wobec sprawców przestępstw seksualnych w Holandii, Belgii, Szwecji, Danii, Wielkiej Brytanii, Francji, Czechach, na Węgrzech i we Włoszech. Przymusowa kastracja farmakologiczna jest stosowana wobec sprawców w Polsce, Estonii, Mołdawii i Rosji. Dziewięć spośród 51 stanów w USA dopuszcza stosowanie kastracji wobec sprawców przestępstw seksualnych. Cztery z nich przewidują wyłącznie kastrację chemiczną: Georgia, Montana, Oregon i Wisconsin, w czterech stanach istnieje możliwość wyboru pomiędzy kastracją farmakologiczną a chirurgiczną (Kalifornia, Floryda, Iowa i Luizjana), zaś w Teksasie przewidziana jest wyłącznie kastracja chirurgiczna. Wśród krajów europejskich dobrowolna kastracja chirurgiczna jest dopuszczalna w prawie niemieckim i czeskim. Zgodnie z niemiecką ustawą o kastracji i innych dobrowolnych metodach leczenia z 15 sierpnia 1969 roku, zabieg taki może być przeprowadzony na wniosek osoby zainteresowanej i po dokonaniu pozytywnej oceny przez komisję ekspertów danego kraju związkowego (*Gutachterstelle*). Kastracji może zostać poddana osoba, której popęd płciowy uznano za nieprawidłowy, która ze względu na swoją osobowość i dotychczasowe postępowanie daje powody, by podejrzewać, że popełni jedno lub więcej z przestępstw przewidzianych w ustawie (w szczególności zabójstwo, zgwałcenie, seksualne wykorzystanie dzieci, spowodowanie ciężkich obrażeń ciała czy ekshibicjonizm), a taka interwencja jest wskazana w świetle najnow-

szych ustaleń nauk medycznych w celu zapobiegania, leczenia lub łagodzenia przebiegu ciężkich chorób, zaburzeń psychicznych lub cierpień, które są związane z nieprawidłowym popędem seksualnym. Minimalny wiek osoby wnioskującej wynosi 25 lat, a przed wyrażeniem zgody musi być ona poinformowana o przyczynach, konsekwencjach i skutkach ubocznych kastracji oraz innych możliwościach leczenia. By można było dokonać kastracji, należy ustalić, że nie będzie ona prowadzić do fizycznych i psychicznych skutków ubocznych, które byłyby nieproporcjonalne do zamierzonego celu podejmowanej interwencji<sup>20</sup>. Procedura rozpatrywania wniosków o dokonanie kastracji przez komisję ekspertów jest regulowana przez ustawodawstwo krajów związkowych. W Berlinie, mieście na prawach kraju związkowego, stosuje się przepisy z 29 stycznia 1971 roku, które stanowią, że procedura może być wszczęta jedynie na wniosek osoby zainteresowanej, a komisja ekspertów musi składać się z dwóch lekarzy (w tym jednego psychiatry) oraz prawnika o kwalifikacjach sędziego. W przypadku, gdy zainteresowana osoba jest pozbawiona wolności, musi ona zostać poinformowana, że kastracja chirurgiczna nie pociąga za sobą automatycznie prawa do przedterminowego zwolnienia. Komisja ekspertów podejmuje decyzję większością głosów, a pozytywna decyzja jest ważna przez okres jednego roku. Jeżeli w tym czasie kastracja nie zostanie wykonana, ważność zezwolenia może zostać na wniosek sprawcy jednokrotnie przedłużona na kolejny rok. W 2012 roku Europejski Komitet do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (CPT) przeprowadził w Niemczech kontrolę. Przyznano, że w świetle informacji zebranych przez delegację, dokonywanie kastracji w całych Niemczech jest rzadkością. Według nieoficjalnych statystyk, w ciągu ostatnich dziesięciu lat łączna liczba chirurgicznych kastracji przestępców seksualnych w tym kraju wynosiła około pięciu rocznie. W sumie od 2000 do 2012 roku do odpowiednich organów w krajach związkowych zostało złożonych tylko 29 wniosków o kastrację, z których tylko jedenaście zostało zaakceptowanych. W Berlinie ponad połowa wniosków, które zostały złożone od 2001 do 2012 roku (pięć z dziewięciu), zostało odrzuconych

---

<sup>20</sup> <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/kastrg/gesamt.pdf>, dostęp 31.03.2015.

przez Komisję Ekspertów<sup>21</sup>.

Kastracja chirurgiczna w Czechach jest uregulowana w art. 27a ustawy z 1966 roku, który stanowi, że może być ona wykonywana tylko na wniosek osoby zainteresowanej, właściwie poinformowanej o zabiegu, w tym o możliwych skutkach ubocznych. Ponadto operacja powinna zostać zatwierdzona przez panel ekspertów, składający się z prawnika i co najmniej dwóch lekarzy specjalizujących się we wskazanej dziedzinie oraz dwóch innych lekarzy, którzy nie będą uczestniczyć w zabiegu. Od kwietnia 2012 roku zakazano wykonywania kastracji chirurgicznej u osób w wieku poniżej 25 lat, przebywających w areszcie i w więzieniu. Kastracja osób powyżej 25 roku, znajdujących się w areszcie albo w więzieniu, może być przeprowadzana tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, na pisemne żądanie pacjenta, po zatwierdzeniu przez komisję ekspertów i za zgodą sądu. Od roku 2000 do 2010 kastracja chirurgiczna przestępców seksualnych w Czechach była wykonywana bardzo rzadko, temu zabiegowi poddano tylko 80 pacjentów. Na skutek kontroli przeprowadzonej w Czechach w 2010 roku przez Europejski Komitet do Spraw Zapobiegania Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu (CPT) wykazano szereg nieprawidłowości, a Komisja złożyła liczne zastrzeżenia<sup>22</sup>. Zgodnie z raportem, zdarzało się, że przed złożeniem wniosku więźniowie nie otrzymywali wyczerpujących informacji o charakterze takiego zabiegu i jego ewentualnych skutkach ubocznych. Wielu z nich twierdziło, że zdecydowało się na złożenie wniosku o kastrację z obawy przed karą długoletniego więzienia, a w kastracji upatrywało swoją jedyną szansę na wcześniejsze zwolnienie. Ponadto stwierdzono, że zabiegi kastracji chirurgicznej zostały przeprowadzone nie tylko na brutalnych przestępcach seksualnych, ale także na osobach, które dopuściły się przestępstw bez użycia przemocy, np. ekshibicjonizmu.

Zgodnie z polskim prawem karnym, stosowanie kastracji mechanicznej wobec sprawców przestępstw seksualnych, w tym zgwałceń, jest wy-

---

<sup>21</sup> [http://www.cpt.coe.int/documents/deu/2012-06-inf-eng.htm#\\_Toc299972305](http://www.cpt.coe.int/documents/deu/2012-06-inf-eng.htm#_Toc299972305), dostęp 31.03.2015.

<sup>22</sup> [http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2009-08-inf-eng.htm#\\_Toc220915665](http://www.cpt.coe.int/documents/cze/2009-08-inf-eng.htm#_Toc220915665), dostęp 31.03.2015.

kluczone. Jedynym dopuszczalnym rodzajem kastracji jest kastracja farmakologiczna, będąca w rozumieniu znowelizowanego Kodeksu karnego odmianą terapii (art. 93a § 1 pkt. 2 k.k.). Może być zastosowana m.in. w sytuacji, gdy sprawca został skazany za przestępstwo określone w art. 197 k.k. popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych. Zgodnie z art. 93f § 1 k.k. sprawca, wobec którego orzeczono terapię, ma obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce w terminach wyznaczonych przez lekarza psychiatrę, seksuologa lub terapeutę i poddania się terapii farmakologicznej zmierzającej do osłabienia popędu seksualnego, psychoterapii lub psychoedukacji w celu poprawy jego funkcjonowania w społeczeństwie. Dokonanie kastracji chirurgicznej stanowiłoby zaś czyn zabroniony w świetle polskiego Kodeksu karnego (zarówno w formie przymusowej jak i dobrowolnej kastracji). W art. 156 § 1 k.k. ustawodawca dokonał podziału kategorii ciężkiego uszczerbku na dwie grupy. Do pierwszej z nich należy m.in. pozbawienie człowieka zdolności płodzenia, a do drugiej spowodowanie innego ciężkiego kalectwa, które można zakwalifikować jako „zniesienie czynności jednego jądra, nawet przy zachowaniu zdolności funkcjonalnej organu rozrodczego, ponieważ jest to ważny w życiu narząd o samodzielnej, wysoce wyspecjalizowanej czynności”<sup>23</sup>. Nawet po kastracji chirurgicznej przywrócenie popędu jest możliwe za sprawą aplikowania testosteronu, jednak nie zmienia to faktu, że osoba poddana takiej operacji nadal pozostaje bezpłodna. W Polsce legalne jest dokonanie zabiegów ubezplodniających tylko ze wskazań leczniczych, do których zalicza się m.in. zaawansowanego raka gruczołu krokowego. Z uwagi na powyższe, lekarz nie mógłby zgodnie z prawem dokonać kastracji chirurgicznej sprawcy zgwałcenia, choćby działając w zgodzie z zasadami sztuki i praktyki lekarskiej. Nawet zgoda dysponenta dobrem prawnym nie wyłączyłaby w tym przypadku bezprawności, mogłaby jedynie wpływać na wymiar orzeczonej wobec lekarza kary (art. 53 § 2 k.k.). Zdrowie w zakresie uszkodzeń kwalifikowanych jako ciężki uszczerbek na zdrowiu nie należy do katalogu dóbr, którymi dysponent może swobodnie rozporządzać (w przeciwieństwie np. do mienia). Związane jest to z poglądem,

---

<sup>23</sup> A. Zoll, w: A. Zoll (red.) *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 2006, LEX.

że w określonych okolicznościach naruszenie dobra prawnego o charakterze indywidualnym stanowi nie tylko naruszenie interesu jednostki, ale godzi także w interes społeczny<sup>24</sup>. Nie mniej ciekawe jest zagadnienie, czy sprawca zgwałcenia mógłby dobrowolnie i legalnie poddać się kastracji, czy też podobnie jak lekarz ponosiłby odpowiedzialność karną. Wyrażenie zgody na dokonanie kastracji chirurgicznej trudno byłoby rozpatrywać w kategorii podżegania do ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Istnieje jednak teoretyczna możliwość nakłaniania lekarza do dokonania wspomnianego zabiegu celem np. otrzymania przez sprawcę zgwałcenia łagodniejszego wyroku za przestępstwo z art. 197 k.k., co można byłoby już kwalifikować z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 156 § 1 k.k. Niewykluczona jest także opcja przypisania odpowiedzialności za pomocnictwo z art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 156 § 1 k.k.

Jeżeli mimo wszystko podjęto by decyzję uregulowania w Polsce dobrowolnej formy kastracji mechanicznej wobec sprawców zgwałceń, to należy rozważyć kwestię ewentualnej zgody na dokonanie takiego zabiegu. Wysoce wątpliwe jest, czy zgoda na dokonanie kastracji chirurgicznej osoby, która jest oskarżona o popełnienie przestępstwa na tle seksualnym albo skazana za taki czyn, może być podjęta w warunkach izolacji (areszt/zakład karny) świadomie i dobrowolnie. Niewątpliwie powodem wnioskowania o kastrację może być przekonanie, że sędziowie będą skłonni wydać łagodniejszy wyrok albo dokonać warunkowego zwolnienia sprawcy<sup>25</sup>. Co oczywiste, konieczność uzyskania świadomej zgody nakłada obowiązek ujawnienia wszystkich istotnych informacji dotyczących zabiegu w sposób zrozumiały i przystępny. Wyrażona zgoda mogłaby być uznana za wadliwą z powodu braku dobrowolności, jeśli zostałaby uzyskana pod wpływem presji, manipulacji albo nadmiernej zachęty<sup>26</sup>. Problemem jest jednak to, że jak wynikało z wizytacji CPT w Czechach i Niemczech, duża część wnioskujących o kastrację była przekonana, że taki zabieg stanowi dla nich jedyną alternatywę wobec

---

<sup>24</sup> Wokół tematu narosło dużo kontrowersji, jak chociażby w przypadku zabiegu pobrania nerki od żywego dawcy. Owo naruszenie chronionego dobra nie ma w tym przypadku charakteru czynności nieakceptowalnej prawnie (zabieg taki dopuszcza ustawa) ani nieakceptowalnej społecznie (służy ratowaniu życia).

<sup>25</sup> L. Rybova, *Tajemnice výboru proti mučení*, Praha 2011, s. 5.

<sup>26</sup> M. Czarkowski, J. Różyńska, *Świadoma zgoda na udział w eksperymencie medycznym. Poradnik dla badacza*, Warszawa 2008, s. 50.

kary długoletniego pozbawienia wolności.

Nie wolno zapominać, że ustawodawca w art. 3 Kodeksu karnego postanowił, że kary oraz inne środki przewidziane w tym kodeksie stosuje się z uwzględnieniem zasad humanitaryzmu, w szczególności z poszanowaniem godności człowieka, który to przepis jest wyrazem realizacji przez Polskę regulacji międzynarodowych, w szczególności art. 7 i 10 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz Europejskiej konwencji o zapobieganiu torturom oraz niehumanitarnemu i poniżającemu traktowaniu lub karaniu z 26 listopada 1987 roku. Analogiczna regulacja znajduje się także w Kodeksie karnym wykonawczym. Trudno znaleźć argumenty, które przemawiałyby za uznaniem kastracji chirurgicznej za rozwiązanie humanitarne i respektujące godność osoby ludzkiej.

## **5. Kontrowersje związane ze stosowaniem kastracji wobec sprawców przestępstw seksualnych**

Kluczowym zagadnieniem w kwestii stosowania kastracji wobec sprawców przestępstw seksualnych jest to, że tego typu zabiegi nie są obojętne dla zdrowia człowieka. Jak wynika z powyższego zestawienia, każda taka interwencja może powodować negatywne następstwa medyczne, psychologiczne i psychospołeczne. Nawet kwestia stosowania mniej inwazyjnej postaci kastracji w formie podawania leków wywołuje spory wśród teoretyków i praktyków prawa.

Tabela 4. Kastracja farmakologiczna i chirurgiczna – następstwa przeprowadzanych zabiegów

| <b>KASTRACJA FARMAKOLOGICZNA</b>                                                                      | <b>KASTRACJA CHIRURGICZNA</b>                                                                                 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| odwracalność zabiegu (około dwa miesiące po odstawieniu leków pacjent wraca do stanu sprzed leczenia) | nieodwracalność zabiegu (co może budzić szczególne zastrzeżenia w kontekście ewentualnych „pomyłek sądowych”) |
| spadek funkcji seksualnych (zmniejszenie libido, problemy z erekcją)                                  | trwały spadek funkcji seksualnych (zmniejszenie libido, problemy z erekcją)                                   |
| <b>MEDYCZNE SKUTKI UBOCZNE ZABIEGÓW</b>                                                               | <b>MEDYCZNE SKUTKI UBOCZNE ZABIEGÓW</b>                                                                       |
| -----                                                                                                 | krwiał w mosznie, ropień, bliznowiec                                                                          |
| -----                                                                                                 | bóle fantomowe, czyli bóle odczuwane w miejscu wyciętego jądra                                                |
| -----                                                                                                 | wzrost poziomu glukozy we krwi                                                                                |
| -----                                                                                                 | uderzenia gorąca                                                                                              |
| -----                                                                                                 | niedokrwistość (anemia)                                                                                       |
| -----                                                                                                 | zmniejszenie poziomu hemoglobiny we krwi                                                                      |
| wzrost stężenia cholesterolu całkowitego                                                              | wzrost stężenia cholesterolu całkowitego                                                                      |
| zaburzenia krzepnięcia                                                                                | zaburzenia krzepnięcia                                                                                        |
| choroba wieńcowa                                                                                      | choroba wieńcowa                                                                                              |
| udar                                                                                                  | udar                                                                                                          |
| zawał serca                                                                                           | zawał serca                                                                                                   |
| cukrzyca                                                                                              | cukrzyca                                                                                                      |
| osłabienie masy i siły mięśniowej                                                                     | osłabienie masy i siły mięśniowej                                                                             |
| ginekomastia (przerost sutka u mężczyzn)                                                              | ginekomastia (przerost sutka u mężczyzn)                                                                      |
| zwiększenie masy tkanki tłuszczowej, wzrost BMI                                                       | zwiększenie masy tkanki tłuszczowej, wzrost BMI                                                               |
| szybsze męczenie się, wolniejsza regeneracja                                                          | szybsze męczenie się, wolniejsza regeneracja                                                                  |
| nadpobudliwość, nerwowość, rozdrażnienie                                                              | nadpobudliwość, nerwowość, rozdrażnienie                                                                      |
| <b>PSYCHOLOGICZNE SKUTKI UBOCZNE ZABIEGÓW</b>                                                         | <b>PSYCHOLOGICZNE SKUTKI UBOCZNE ZABIEGÓW</b>                                                                 |

|                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| -----                                                                                                                                                                                                                                   | poczucie utraty męskości, trudności w zaakceptowaniu nowego wyglądu, efekt kosmetyczny wpływa na psychikę osoby poddanej kastracji (syndrom „pustej moszny”)                                                                                                                                            |
| kłopoty z pamięcią, kojarzeniem                                                                                                                                                                                                         | kłopoty z pamięcią, kojarzeniem                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| spadek motywacji i mniejsza pewność siebie                                                                                                                                                                                              | spadek motywacji i mniejsza pewność siebie                                                                                                                                                                                                                                                              |
| niestabilność nastroju, depresja – jest to „konwencjonalny” problem emocjonalny w odpowiedzi na wydarzenia życiowe, podczas gdy tak naprawdę może być ona rezultatem zmian w biochemii mózgu wskutek obniżenia się poziomu testosteronu | niestabilność nastroju, depresja – jest to „konwencjonalny” problem emocjonalny w odpowiedzi na wydarzenia życiowe, podczas gdy tak naprawdę może być ona rezultatem zmian w biochemii mózgu wskutek obniżenia się poziomu testosteronu                                                                 |
| uczucie, że poprzez pozbawienie zdolności płodzenia doszło do naruszenia jego praw człowieka - prawa do godności, która jest niezbywalna (art.30 Konstytucji RP), prawa do prywatności (art.47 Konstytucji)                             | uczucie, że poprzez pozbawienie zdolności płodzenia doszło do naruszenia jego praw człowieka - prawa do godności, która jest niezbywalna (art.30 Konstytucji RP), prawa do prywatności (art.47 Konstytucji) oraz prawa do rodzicielstwa (art. 18 Konstytucji).                                          |
| <b>PSYCHOSPOŁECZNE SKUTKI UBOCZNE ZABIEGÓW</b>                                                                                                                                                                                          | <b>PSYCHOSPOŁECZNE SKUTKI UBOCZNE ZABIEGÓW</b>                                                                                                                                                                                                                                                          |
| -----                                                                                                                                                                                                                                   | efekt kosmetyczny, świadomość braku odwracalności tego zabiegu, brak możliwości posiadania biologicznego potomstwa (stosowanie metody in vitro wciąż jest w Polsce zagadnieniem kontrowersyjnym) mogą powodować trudności w tworzeniu zdrowych relacji intymnych oraz wpływać na istniejące już związki |
| -----                                                                                                                                                                                                                                   | negatywne reakcje społeczne związane z postrzeganiem wykastrowanej osoby                                                                                                                                                                                                                                |
| trudności w podejmowaniu obowiązków zawodowych, spowodowane ogólną apatią i zredukowaną potrzebą rywalizacji                                                                                                                            | trudności w podejmowaniu obowiązków zawodowych, spowodowane ogólną apatią i zredukowaną potrzebą rywalizacji                                                                                                                                                                                            |

Źródło: Opracowanie własne<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Konsultacja medyczna ze specjalistą urologiem Piotrem Humańskim, członkiem Polskiego Towarzystwa Urologicznego, Europejskiego Towarzystwa Urologicznego oraz Amerykańskiego Towarzystwa Urologicznego.

Zwolennicy kastracji chemicznej twierdzą, że „kastacja to nie kara cielesna, bo ta charakteryzuje się odwetem, a kastacja jest w interesie sprawcy, mimo że nie musi się na to godzić”<sup>28</sup>. Jeżeli jednak uznamy, że kastacja stanowi karę, to będzie ona rozwiązaniem niezgodnym m.in. z nienaruszalną i niezbywalną zasadą godności, prawem do prywatności<sup>29</sup>, a także z konstytucyjnym zakazem stosowania kar cielesnych i zasadą proporcjonalności. Ponadto narusza prawo do prokreacji i założenia rodziny oraz uderza w prawo do samostanowienia o ingerencji medycznej. Nie mniej ważne jest, że kastacja chemiczna nie działa na wszystkich pedofilów, ponieważ nie u wszystkich problemem jest podwyższony poziom testosteronu. Taki zabieg może przynieść skutek odwrotny do zamierzonego. Tego typu przestępcę seksualny, którego popęd seksualny zostanie praktycznie zredukowany do zera, będzie poszukiwał coraz mocniejszych bodźców seksualnego podniecenia. Niemniej jednak farmakoterapię jako istotny element wsparcia dotychczasowych form terapii skazanych popiera znacząca część personelu oddziałów terapeutycznych. Aż 65,38% ogółu ankietowanych dostrzegało taką potrzebę, a tylko 34,61% respondentów było przeciwnych<sup>30</sup>. Mimo sporów o zgodność takiej regulacji z Konstytucją i aktami międzynarodowymi, kastacja chemiczna, w szczególności pedofilów, jest rozwiązaniem akceptowanym przez społeczeństwo. W 2008 roku w sondażu przeprowadzonym przez TSN OBOP aż 69% ankietowanych popierało podawanie pedofilom leków osłabiających popęd płciowy, z czego 84% opowiedziało się za przymusową formą takiego rozwiązania, a tylko 5% za dobrowolnym poddaniem się kastacji.

Dalece poważniejsze wątpliwości wiążą się z poddawaniem przestępców kastacji chirurgicznej. Jednym z podstawowych zarzutów przeciwko takiej procedurze jest nieodwracalność takiego zabiegu. Skazanie niewinnego człowieka i poddanie go kastacji mechanicznej powodowałoby następstwa tak daleko idące, że ewentualne uzyskanie w trybie art. 552 k.p.k. i przepisów następnych odszkodowania od Skarbu Państwa

---

<sup>28</sup> Wypowiedź ówczesnego ministra sprawiedliwości Z. Ćwiąkalskiego z 2008 roku.

<sup>29</sup> Szerzej o tym zagadnieniu K. Dudka, *Propozycje kastracji chemicznej sprawców niektórych przestępstw seksualnych a prawo do życia prywatnego i rodzinnego*, w: T. Gardocka, J. Sobczak (red.), *Dylematy Praw Człowieka*, Toruń 2008, s. 215-228.

<sup>30</sup> A. Kwieciński, *Postępowanie z wybranymi grupami skazanych w polskim systemie penitencjarnym. Aspekty prawne*, Warszawa 2013, LEX.

stanowiłoby nikłą rekompensatę poniesionych szkód. Kastracja chirurgiczna powinna zostać uznana za zabieg niezgodny z zakazem poddawania torturom oraz nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu przewidzianym w art. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. CPT, po dokonanej w 2012 roku wizytacji w Niemczech, w swoim wystąpieniu pokontrolnym ostrzegł, że kastracja mechaniczna przestępców seksualnych może być klasyfikowana jako „poniżające traktowanie”. Niewątpliwie nie można takiego zabiegu rozpatrywać w kategoriach leczenia. Kastrację chirurgiczną można za to uznać za powrót do stosowania kar mitylacyjnych, tak popularnych w okresie średniowiecza. Kastracja poprzez redukcję testosteronu zmniejsza libido, ale nie eliminuje parafilii, hormony nie mają decydującego wpływu na dewiacyjne zachowania seksualne. Na przykład przyczyn pedofilii należy szukać nie tylko wśród uwarunkowań biologicznych, ale także wśród uwarunkowań środowiskowych i sytuacyjnych<sup>31</sup>. Podobnie rzecz ma się z przestępstwami, w których ofiarą jest osoba dorosła. R.A. Knight wraz z zespołem w swoich badaniach zaobserwował, że wrogość w środowisku domowym była istotnym czynnikiem sprzyjającym popełnianiu przestępstwa zgwałcenia w przyszłości<sup>32</sup>. Badania Langevina i zespołu, dotyczące rodziców sprawców zgwałceń wykazały, że oboje rodzice byli niedobrymi opiekunami, a ojcowie nadużywali alkoholu, byli agresywni i łamali prawo<sup>33</sup>. Jak słusznie zauważył K. Pospiszyl, „największym nieporozumieniem jest przekonanie, że gwałt jest przestępstwem motywowanym przez przyjemność seksualną. Jest to czyn pseudoseksualny, którego sprzężeniami są wrogość, chęć wymuszenia uległości oraz perwersyjna rozkosz płynąca z zadawania bólu”<sup>34</sup>. Autorami jednej z popularniejszych klasyfikacji gwałtów są trzej amerykańscy badacze A.N. Groth, A.W. Burgess i L.L. Holmstrom, którzy w 1997 roku wyróżnili trzy rodzaje gwałtów, w zależności od przewagi czynnika w postaci złości, dominacji albo sadyzmu<sup>35</sup>. Chęć zaspokojenia swojego popędu seksualnego nie stanowi głównego czynnika sprawczego w żadnym z wymienionych typów. Cel

---

<sup>31</sup> M. Beisert, *Udział środowiska rodzinnego w procesie rozwoju pedofilii w dysfunkcje rodziny*, Roczniki Socjologii Rodziny, tom XXI, Poznań 2011, s. 146-147.

<sup>32</sup> *Ibid.*, s. 152.

<sup>33</sup> *Ibid.*, s. 152.

<sup>34</sup> K. Pospiszyl, *op. cit.*, s. 20.

<sup>35</sup> K. Pospiszyl, *op. cit.*, s. 27-35.

kastracji, jakim jest zapobiegnięcie ponownemu popełnieniu przestępstwa na tle seksualnym, nie zostanie osiągnięty, gdyż samo zredukowanie testosteronu nie wyleczy z zachowań dewiacyjnych (ośrodek sterowania bodźcami seksualnymi znajduje się w mózgu). Najbardziej skuteczną metodą jest psychoterapia, która uczy kontrolować zachowania parafilne. Stosowanie kastracji mechanicznej nie jest zgodne z uznanymi międzynarodowymi standardami, ponadto nie jest wymienione w wytycznych opracowanych przez Międzynarodowe Stowarzyszenie Leczenia Sprawców Przestępstw Seksualnych (IATSO). IATSO jest przeciwnie stosowaniu kastracji chirurgicznej, gdyż zdaniem Stowarzyszenia takie same, o ile nie lepsze wyniki można osiągnąć za pomocą mniej inwazyjnego leczenia, stosując terapię lekami. Ponadto zasadą jest, że w przypadku przeprowadzania interwencji medycznej u ludzi należy dobierać najmniej inwazyjny wariant, a interwencja w postaci kastracji mechanicznej jest zdecydowanie zbyt radykalnym rozwiązaniem. Zabiegi kastracji chirurgicznej naruszają uregulowane w artykule 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, w zakresie swobody decydowania o swojej wolności seksualnej, oraz prawa do prokreacji. Kastacja mechaniczna byłaby niewątpliwie niezgodną z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej formą reakcji karnej. Trudno wyobrazić sobie, by w demokratycznym państwie prawa, gdzie godność człowieka powinna stanowić podstawową wartość, można byłoby akceptować stosowanie kastracji mechanicznej jako formy reakcji państwa na popełnione przestępstwo. W przypadku stosowania takiego zabiegu doszłoby także do naruszenia uregulowanego w artykule 47 Konstytucji prawa do prywatności. Ponadto, ustanowiony w art. 40 Konstytucji zakaz okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania człowieka stanowi, że kary cielesne nie mogą być wprowadzane czy stosowane w ramach prawnie dopuszczalnego systemu kar. Jednak przede wszystkim, stosowanie kastracji chirurgicznej stanowiłoby naruszenie zasady proporcjonalności. W wyroku z 2005 roku Trybunał Konstytucyjny orzekł, że „chodzi [...] o zastosowanie środków niezbędnych (koniecznych) w tym sensie, że będą one chronić określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków, a jednocześnie winny to być środki jak najmniej uciążliwe dla podmiotów, których prawo bądź wolność ulegają

ograniczeniu”<sup>36</sup>. Mając na uwadze, że zamrażanie nasienia oraz stosowanie in vitro są w Polsce wciąż kontrowersyjnymi kwestiami, to zabieg w postaci kastracji chirurgicznej, pozbawiający człowieka zdolności płodzenia, wydaje się być drastyczny i zdecydowanie nieproporcjonalny do celu, jakim jest prewencja szczególna. Jeżeli chodzi o kwestię recydywy, to liczba przeprowadzonych w tym zakresie badań naukowych jest znikoma oraz nie może stanowić pełnej i wiarygodnej podstawy do oceny, czy przeprowadzanie takich zabiegów jest celowe. Kastracji chirurgicznej nie można traktować jako środka najmniej uciążliwego dla podmiotu, którego prawo bądź wolność ulegają ograniczeniu. Ryzyko wystąpienia ponad kilkunastu medycznych skutków ubocznych oraz szeregu niekorzystnych efektów w psychice osoby poddanej zabiegowi (m.in. trudności w tworzeniu zdrowych relacji intymnych) z całą pewnością nie można zakwalifikować do kategorii najmniej dokuczliwych.

## 6. Wnioski

Kastracja chirurgiczna, którą największa liczba ankietowanych uznała za najlepszą reakcję wobec sprawcy przestępstwa zgwałcenia, nie może być zaakceptowana z punktu widzenia współczesnych standardów polityki karnej. Jej stosowanie jest wykluczone na gruncie polskiego prawa i należy stanowczo sprzeciwić się ewentualnym pomysłom przeniesienia takiego rozwiązania do naszego porządku prawnego. Byłaby to reakcja prawnokarna naruszająca podstawowe prawa człowieka, uderzająca bezpośrednio w jego godność (art. 30 Konstytucji) i stanowiąca poniżające traktowanie w rozumieniu artykułu 40 Konstytucji. Jak wykazano w rozdziale czwartym, każda taka interwencja może powodować negatywne następstwa medyczne, psychologiczne i psychospołeczne. Nie można wyrazić zgody na to, by w demokratycznym państwie prawa

---

<sup>36</sup> Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 12 grudnia 2005 r. (sygn. akt K 32/04. OTK z 2005 r., Nr 1 I/a, poz. 132) stwierdził, że „nie wystarczy, aby stosowane środki sprzyjały zamierzonym celom, ułatwiały ich osiągnięcie albo były wygodne dla władzy, która ma je wykorzystać do osiągnięcia tych celów [...]. Minimalnym wymogiem konstytucyjnym jest to, aby przeszły one test «konieczności w demokratycznym państwie prawnym». Nie wystarczy zatem sama celowość, pożyteczność, taniość czy łatwość posługiwania się przez władzę – w odniesieniu do użytego środka [...].

prewencja szczególnie była istotniejsza niż troska o przestrzeganie podstawowych praw człowieka. Możliwe skutki uboczne w postaci krwaka w mosznie, ropienia, bliznowca, bóli fantomowych, wzrostu poziomu glukozy we krwi, uderzeń gorąca, anemii, zmniejszenia poziomu hemoglobiny we krwi, wzrostu stężenia cholesterolu całkowitego, zaburzeń krzepnięcia, choroby wieńcowej, udaru, zawału serca, cukrzycy, osłabienia masy i siły mięśniowej, ginekomastii (przerostu sutka u mężczyzn), zwiększenia masy tkanki tłuszczowej, wzrostu BMI należy ocenić jako nadmiernie uciążliwe (zagrożające zdrowiu, a nawet życiu) i nieproporcjonalne do celu, jakim jest zapobiegnięcie popełnianiu kolejnych przestępstw (i to tym bardziej, że **żadne wiarygodne badania naukowe nie wykazały, że zabieg kastracji chirurgicznej rzeczywiście zmniejsza ryzyko recydywy**).

Należy wyrazić przekonanie, że skutecznym sposobem zmiany społecznego myślenia na temat ofiar przestępstwa zgwałcenia i karania sprawców takich czynów mogą być kampanie społeczne, z położeniem nacisku na te adresowane do uczniów. Warto w tym miejscu zaakcentować również rolę mediów, których obowiązkiem powinno być ograniczanie wpływów populizmu penalnego. Istnieje także potrzeba społecznego uświadomienia, że gwałt jest co do zasady motywowany pragnieniem dominacji, agresją albo złością, wbrew powszechnemu przekonaniu, że stanowi on wyraz chęci zaspokojenia popędu seksualnego. Nie mniej ważne jest uzmysłowienie społeczeństwu, że **kara skuteczna, to nie taka, która jest bardzo surowa, ale taka, która jest nieuchronna**. W związku z powyższym, krokiem w dobrą stronę jest wielka nowelizacja Kodeksu karnego<sup>37</sup>, zmieniająca „filozofię karania”, która stanowi największą zmianę tej ustawy od 1997 roku. W obecnym stanie rzeczy pozostaje wyrazić nadzieję, że filozofia ta istotnie wpłynie na społeczne postrzeganie tego, czym rzeczywiście jest odpowiednia prawnokarna reakcja wobec sprawców przestępstwa zgwałcenia i coraz mniejsza część społeczeństwa będzie oczekiwała tak drastycznych rozwiązań jak stosowanie kastracji chirurgicznej. Ponieważ, tak jak powiedział K. Krajewski, to nie wysoki poziom społecznego rygoryzmu jest czynnikiem wpły-

---

<sup>37</sup> Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, (Dz.U. 2015 poz. 396).

wającym na wysoką punitwność polityki karnej, lecz dokładnie odwrotnie – to punitwna polityka karna prowadząc do „inflacji kar” kształtuje punitywne postawy społeczeństwa<sup>38</sup>.

### Should rapists be permanently castrated?

The main topic of this article is the issue of social expectations for rape offenders' responsibility. The author presented the results of surveys conducted from October to December 2014 among pupils, random group of society, prosecutors and police officers. She focused mainly on the analysis of the admissibility of surgical castration under Polish law, because this reaction was the most frequently chosen by respondents. The author also made a detailed comparison of the effects of pharmacological castration and surgical castration, taking into account the medical, psychological and psychosocial consequences. She also drew attention to the prevalence of stereotypes concerning crime under article 197 of the Polish Penal Code, rapists, and the victims. This study also presents the issue of punitiveness society in the context of the phenomenon of penal populism.

---

<sup>38</sup> K. Krajewski, *Punitwność społeczeństwa polskiego*, w:]J. Czapska, H. Kury (red.), *Mit represyjności albo o znaczeniu prewencji kryminalnej*, Kraków 2002, s. 182.

Jakub Bojke\*

## Odpowiedzialność karna za pozyskiwanie dowodów za pomocą czynu zabronionego dla celów postępowań represyjnych

Bardzo problematyczny jest charakter odpowiedzialność karnej osób, które naruszają zakaz przeprowadzania i wykorzystywania dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego (art. 168a k.p.k.). Problematyka ta omawiana jest najczęściej z przez przedstawicieli doktryny postępowania karnego, natomiast brakuje opracowań dotyczących materialnoprawne aspekty związane z art. 168a k.p.k. Dotyczy to w szczególności podstaw odpowiedzialności za różne rodzaje czynów zabronionych popełnianych przez organy państwowe i osoby prywatne naruszające ten zakaz. Wątpliwości budzi przede wszystkim znaczenie normatywnego odesłania do art. 1 k.k. dla rekonstrukcji terminu „czyn zabroniony” oraz związanych z tym skutków. Dokładna interpretacja pojęcia „czynu zabronionego” użytego przez ustawodawcę w art. 168a k.p.k. pozwala na stwierdzenie, że użyto terminu właściwego, bowiem błędem byłoby wykorzystanie zwrotu „przestępstwo”. Należy udzielić odpowiedzi także na pytanie: jaki jest status dowodów uzyskanych w rezultacie W przyszłości należy rozważyć dodanego zakazu wprowadzania do procesu dowodów uzyskanych za pomocą deliktów dyscyplinarnych niebędących jednocześnie czynami zabronionymi o znamionach opisanych w ustawie czy też wykroczeń. Warto jednak wcześniej dokładnie przeemyśleć konsekwencje tych ewentualnych zmian legislacyjnych.

---

\* Absolwent prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

## 1. Wprowadzenie

Wraz z uchwaleniem ustawy nowelizacyjnej z dnia 27 września 2013 r. w nauce prawa karnego procesowego zaprezentowano szereg wypowiedzi omawiających zmiany w Kodeksie postępowania karnego. Jakkolwiek szczególnie dużym zainteresowaniem cieszy się nowy przepis art. 168a k.p.k., który zabrania przeprowadzania i wykorzystywania dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego, to do tej pory poświęcano tej regulacji uwagę głównie w zakresie procesowych konsekwencji wprowadzenia takiego bezwzględnego niezupełnego zakazu dowodowego<sup>1</sup>. Oprócz analizy zakresu zakazu, omawiano go do tej pory najczęściej w kontekście jego związków ze znaną systemom *common law* doktryną *fruits of the poisoned tree*<sup>2</sup>, a także jego wpływu na realizację zasady swobody dowodzenia<sup>3</sup>, równości stron procesu, prawa do obrony oraz prawdy materialnej.

Jak się wydaje, głębszej analizy wymagają natomiast materialnoprawne aspekty związane z art. 168a k.p.k.. Z tego względu celem przedmiotowego opracowania jest z jednej strony wyjaśnienie znaczenia normatywnego odesłania do art. 1 k.k. dla rekonstrukcji terminu „czyn zabroniony” oraz omówienie związanych z tym konsekwencji, z drugiej zaś wskazanie konkretnych typów czynów zabronionych, które mogą stanowić podstawę odpowiedzialności karnej za uzyskanie dowodów z naruszeniem norm prawa karnego materialnego.

Uwagi te odnoszą się będą zbiorczo do wszystkich postępowań represyjnych, w których znajduje zastosowanie art. 168a k.p.k. (tak postępowania zwyczajnego, jak i wszystkich postępowań szczególnych oraz postępowania karnego skarbowego), ponieważ brak jest podstaw do dokonywania jakiegokolwiek rozróżnienia w tym zakresie.

---

<sup>1</sup> Użyta w tym tekście klasyfikacja jest tylko jedną z możliwych. Tak np. A. Lach, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w postępowaniu karnym*, PiP 2014, nr 10, s. 43. Na temat możliwych w tym zakresie podziałów zob. Z. Kwiatkowski, *Zakaz wykorzystania dowodu w ujęciu art. 168a projektu zmian kodeksu postępowanie karnego* [w:] P. Wiliński (red.), *Kontradyktoryjność w polskim procesie karnym*, Warszawa 2013 oraz K., Marszał, *Proces karny*, Katowice 1997, s. 308.

<sup>2</sup> Zob. Z. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 203 i n.

<sup>3</sup> Por. P. Kardas, *Pozaprocessowe czynności obrońcy a tzw. dowody prywatne w świetle nowelizacji procedury karnej*, Pal. 9/2014, s. 126 i n.

## 2. Czyn zabroniony w rozumieniu art. 168a k.p.k.

Od dnia 1 lipca 2015 r. w polskim procesie karnym, w myśl art. 168a k.p.k., istnieje zakaz przeprowadzania i wykorzystywania dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.. Takie odesłanie nie było przewidziane w projekcie rządowym ustawy, a dodane zostało dopiero na etapie prac parlamentarnych, co ma niewątpliwie fundamentalne znaczenie dla rozumienia tego terminu. Chodzi bowiem *de lege lata* jedynie o takie czyny zabronione, za które można ponieść „odpowiedzialność karną” w rozumieniu Kodeksu karnego, co z kolei wyłącza poza nawias wszystkie inne czyny zabronione, w szczególności takie, które niosą za sobą moc pociągania sprawcy do odpowiedzialności za wykroczenie”, o której mowa w art. 1 § 1 KW.

Tego rodzaju dookreślenie, ograniczające rozumienie czynu zabronionego wyłącznie do kategorii zbrodni i występków, z jednej strony czyni przepis bardziej precyzyjnym i eliminuje potencjalnie mogące się pojawić wątpliwości w zakresie wykroczeń, jednak budzić może wątpliwości natury funkcjonalnej. Można wszak zapytać dlaczego np. kradzież listu (art. 126 KW) mającego znaczenie dla sprawy ma być z punktu widzenia procesu traktowana odmiennie niż kradzież tej samej fotografii dokonana po uprzednim włamaniu (art. 279 k.k.) i nie nieść za sobą niedopuszczalności odczytania tego listu na podstawie art. 393 § 3 k.p.k.. Udzielenie odpowiedzi na tak postawione pytanie jawi się jako wyjątkowo trudne, przy czym z pomocą nie przychodzi uzasadnienie projektu Nowelizacji z 2013 r.<sup>4</sup> ani żadna z prób ustalenia *ratio legis* omawianej regulacji<sup>5</sup>.

Odesłanie do art. 1 § 1 k.k. wyklucza również objęcie zakazem dowodów uzyskanych za pomocą przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych, co jednak ma znaczenie bardziej teoretyczne aniżeli praktyczne, a to ze względu na zupełnie wyjątkowo występujące w prawie karnym skarbowym typu czynów karalnych wykazujące zdatność do uzyskania dowodów (np. art. 67 § 2 k.k.S), a jeszcze trudniej o to, by

---

<sup>4</sup> Zob. druk sejmowy nr 870. Uzasadnienie, s. 9.

<sup>5</sup> Por. np. A. Lach, *op. cit.*, s. 43-44.

realizować ich znamiona w połączeniu z działaniem dla celów toczącego się postępowania.

Ponadto, co najłatwiejsze do rozstrzygnięcia w tym miejscu, to kwestia przewinień dyscyplinarnych niebędących jednocześnie czynami zabronionymi w ścisłym znaczeniu (w rozumieniu k.k., KW czy k.k.S). Jakkolwiek bywają one niekiedy nazywane w literaturze „czynami zabronionymi w prawie dyscyplinarnym”<sup>6</sup>, jednak termin „czyn zabroniony” nie ma zakorzenienia normatywnego w przeciwieństwie do czynów zabronionych, o których mowa w art. 1 § 1 k.k., art. 1 § 1 KW i art. 1 § 1 k.k.S. Oprócz tego, że nie można ich zakwalifikować do kategorii czynów zabronionych, to tym bardziej takie kategorie zachowań się, godzące jedynie w zasady deontologii i etyki zawodowej, nie prowadzą do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej w rozumieniu art. 1 § 1 k.k..

Pominięcie deliktów dyscyplinarnych w art. 168a k.p.k. jawi się jako korzystne z punktu widzenia pewności prawa, wszak polegać ono może często na zupełnie niedookreślonej „sprzeczności z zasadami etyki lub godnością zawodu” (zob. np. art. 80 Prawa o adwokaturze) i z tego powodu ewentualne próby wprowadzenia zmiany normatywnej w tym zakresie powinny być podejmowane niezwykle ostrożnie. Jednocześnie znaleźć można wypadki, w których zachowanie niewypełniające znamion czynu zabronionego jest na tyle ewidentnym przewinieniem dyscyplinarnym, że z punktu widzenia funkcji zakazu zasługiwałoby na uruchomienie jego aktualizacji wobec uzyskanego dowodu (zob. rozdz. 3.5.).

Pojęcie czynu zabronionego użyte zostało w treści art. 168a k.p.k. na oznaczenie konkretnego zachowania się należącego do klasy zachowań się karalnych na mocy ustawy karnej (nie zaś typu czynu zabronionego), przy czym nie można utożsamiać go z przestępstwem, którego znaczenie jest zakresowo podrzędne wobec czynu zabronionego. W szczególności z czynem zabronionym niebędącym przestępstwem mamy do czynienia wówczas, gdy jego społeczna szkodliwość jest znikoma (art. 1 § 2 k.k.), a także gdy sprawcy nie można przypisać winy w czasie czynu. Na tym jednak klarowność tego terminu się kończy, ponieważ – pomimo jego

---

<sup>6</sup> Na temat spotykanych w literaturze definicji przewinienia dyscyplinarnego zob. P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013, s. 217 i n.

legalnej definicji umieszczonej w art. 115 § 1 k.k. – w polskim piśmiennictwie z zakresu zarówno teorii, jak i dogmatyki prawa karnego spotkać można się z różnym jego rozumieniem. Dzieje się tak z uwagi na ujęcie definiensa poprzez odwołanie się do nieposiadającego własnej definicji pojęcia znamion, których kształt i zakres nie jest ujmowany jednolicie.

Nie wchodząc bliżej w tę problematykę, która opisywana była w szerszych opracowaniach<sup>7</sup>, zaznaczyć należy, że większość autorów ujmuje zespół znamion składających się na typ czynu zabronionego w sposób nieodpowiadający bezpośredniemu rozumieniu<sup>8</sup> rodzajowego opisu czynu zabronionego zawartego w przepisie typizującym, na ogół odwołując się przy tym do struktury normy sankcjonowanej. Dzięki takiemu zabiegowi, ujmującemu typ czynu zabronionego jako wzorzec karalnego przekroczenia normy sankcjonowanej, uniwersum zachowań się wypełniających znamiona czynu zabronionego jest węższe aniżeli wynikałoby to *expressis verbis* z treści przepisu typizującego przed jej uadekwatnieniem w wyniku zabiegów wykładniczych. O ile pozwala to na pozostawienie poza zakresem kryminalizacji części zachowań się, które nie odpowiadają celowi ustawodawcy, a często i normom rangi konstytucyjnej (w tym zakazowi nadmiernej ingerencji wynikającemu z zasady proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), to nie prowadzą interpretatorów tekstu prawnego do jednakowych rezultatów.

Najważniejszą kość niezgody stanowią w tym miejscu okoliczności wyłączające bezprawność (tzw. kontratypy) i ich relacja do struktury normy sankcjonowanej. W jednym z prezentowanych ujęć, traktujących kontratypy jako narzędzie uadekwatniające zakres zastosowania normy sankcjonowanej, z wypełnieniem zespołu znamion opisanych w ustawie mamy miejsce wówczas, gdy dane zachowanie się odpowiada cechom rodzajowym wskazanym w przepisie typizującym i umieszczonych w części ogólnej k.k. przepisach przednawiasowych, posiadając jednocześnie przymiot bezprawności, co wyklucza możliwość popełnienia

---

<sup>7</sup> Na temat sposobów rozumienia pojęcia typu czynu zabronionego i sposobów rekonstrukcji jego znamion zob. np. J. Majewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu a znamiona subiektywne*, Warszawa 2013, s. 35-39.

<sup>8</sup> Używam pojęcia „bezpośredniego rozumienia” w znaczeniu nadanym mu przez J. Wróblewskiego w jego analizach dotyczących wykładni prawa (por. np. J. Wróblewski, *Rozumienie prawa i jego wykładnia*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1990, s. 106 i n.).

czynu zabronionego w warunkach kontratypu. Z kolei alternatywne rozumienie kontratypów – traktujące je jako okoliczności wtórnie legalizujące przekroczenie normy sankcjonowanej – zakłada, że czynem zabronionym jest zachowanie się odpowiadające rodzajowemu opisowi wyrażonemu wprost w ustawie pod warunkiem, że jest ono bezprawne lub wtórnie legalne z uwagi na wystąpienie okoliczności kontratypowych.

Art. 168a k.p.k. nie tylko nie daje podstaw do odmiennego rozumienia pojęcia czynu zabronionego niż na gruncie Kodeksu karnego, ale wręcz nakazuje przyjęcie tożsamego znaczenia poprzez wyraźne normatywne odesłanie do art. 1 § 1 k.k. i z tego powodu nie można rozstrzygać zarysowanego powyżej sporu w oparciu o funkcję nowo wprowadzonego zakazu. Poszukując rozwiązania na gruncie samego tylko prawa materialnego opowiedzieć należy się za konkluzjami wynikającymi z drugiego z przedstawionych rozwiązań. Celowo wskazuję w tym miejscu na same konkluzje, nie chcąc przesądzać trafności samego rozróżnienia pierwotną legalność.

Za przyznaniem terminowi „czyn zabroniony” takiego znaczenia przemawia bowiem kilka istotnych regulacji Kodeksu karnego. Mam tu na myśli ujęcie kodeksowych kontratypów (art. 25 § 1 k.k., art. 26 § 1 k.k. i art. 27 § 1 k.k.) poprzez użycie zwrotu „nie popełnia przestępstwa”, takiego samego jak przy większości okoliczności wyłączających winę (por. np. art. 1 § 3 k.k. i art. 26 § 2 k.k.), które nie stoją na przeszkodzie popełnieniu czynu zabronionego. Podobnie rzecz ma się w przypadku czynów nieposiadających wystarczającego przymiotu karygodności, aby uznać je za przestępstwo (art. 1 § 2 k.k. mówi o „niestanowieniu przestępstwa”). Jednak podstawowy argument przeciwko uznaniu okoliczności wyłączających bezprawność za wykluczające popełnienie czynu zabronionego wynika z art. 29 k.k., który reguluje instytucję błędu co do okoliczności faktycznych stanowiących znamiona kontratypu. Biorąc pod uwagę, że błąd co znamionu typu czynu zabronionego został uregulowany w art. 28 § 1 k.k. i art. 9 k.k. w sposób odmienny, trudno jest uznać, że na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego znamiona kontratypu należą do zespołu znamion czynu zabronionego. To zaś prowadzi do wniosku, że zachowanie się, które odpowiada opisowi zrekon-

struowanemu z przepisów typizującego i przednawiasowego, a które objęte jest jednocześnie okolicznością wyłączającą bezprawność, stanowi czyn zabroniony w rozumieniu art. 168a k.p.k.. Nie oznacza to oczywiście uznania zrekonstruowanego rozwiązania za optymalne z teoretycznoprawnego punktu widzenia ani aprobaty dla problemów, jakie się z nim wiążą (w szczególności dotyczących odróżnienia w wielu wypadkach kontratypu od okoliczności pociągających za sobą brak naruszenia zakazu wynikającego z normy sankcjonowanej).

Zaproponowane znaczenie czynu zabronionego wykazuje zbieżność z niektórymi z dotychczasowych wypowiedzi na ten temat w odniesieniu do art. 168a k.p.k.<sup>9</sup>, choć część autorów opisuje tę kwestię odmiennie. Niekiedy spotkać się można zresztą nawet z zupełnie alternatywnym ujęciem, tj. przewidywaniem wymogu dla powstania zakazu dowodowego jednocześnie popełnienia czynu zabronionego i braku zajścia kontratypu<sup>10</sup>, co wskazywałoby na odejście od językowego znaczenia treści art. 168a k.p.k..

Co może szczególnie dziwić, to wysławiane wątpliwości dotyczące objęcia zakresem zastosowania nowo dodanej regulacji dowodów uzyskanych przez osobę, której nie można przypisać winy w czasie czynu<sup>11</sup>. Jak wspomniano wyżej, w świetle brzmienia art. 1 § 3 k.k. nie powinno budzić wątpliwości, że okoliczności wyłączające winę nie dekompletują znamion typu czynu zabronionego, co należy ocenić pozytywnie z punktu widzenia założeń regulacji. Z tego względu nieuzasadnione wydają się głosy wskazujące na większą adekwatność terminu „przestępstwo”, zamiast którego ustawodawca użył pojęcia „czynu zabronionego”<sup>12</sup>.

Kończąc omawianie problematyki czynu zabronionego jako składowej przepisu art. 168a k.p.k., warto wspomnieć o tym, że użycie tego pojęcia zamiast przestępstwa ma jeszcze jedno dodatkowe znaczenie.

---

<sup>9</sup> Por. np. A. Bojańczyk, *Jaki jest zakres nowego zakazu dowodowego obejmującego dowody uzyskane za pomocą czynu zabronionego?*, Pal. 10/2014, s. 104.

<sup>10</sup> Zob. Z. Kwiatkowski, op. cit., Warszawa 2013, s. 488.

<sup>11</sup> Por. *tamże* oraz M. Garwol, *Jak legalnie uchronić niewinnego przed skazaniem, czyli o sytuacji obrońcy na styku prawa karnego materialnego i procesowego* [w:] *Uczestnicy postępowania karnego w świetle nowelizacji procedury karnej po 1.7.2015 r. Komentarz praktyczny*, Warszawa 2015, s. 123 i n.

<sup>12</sup> Por. Z. Kwiatkowski, op. cit.; M. Garwol, op. cit., s. 122.

Mianowicie umożliwia to w moim przekonaniu odrzucenie wniosku dowodowego w oparciu o omawianą regulację bez konieczności zawieszenia postępowania do czasu uprawomocnienia się prejudykatu stwierdzającego popełnienie przestępstwa przy uzyskiwaniu dowodów<sup>13</sup>. Gdyby w art. 168a k.p.k. była mowa o przestępstwie, wówczas zawieszenie postępowania byłoby niezbędne z uwagi na mające swe umocowanie konstytucyjne domniemanie niewinności.

W przypadku oddalenia wniosku dowodowego lub pominięcia dowodu na etapie orzekania z uwagi na treść art. 168a k.p.k. pojawić może się perspektywa wznowienia postępowania na podstawie art. 540 § 1 pkt 2 k.p.k.<sup>14</sup>, jeśli ów dowód wskazywałby na to, że wydano nieprawidłowe orzeczenie na niekorzyść oskarżonego, a jednocześnie w odrębnym postępowaniu zapadło prawomocne orzeczenie stwierdzające, że nie popełniono czynu stwierdzonego w postanowieniu oddalającym wniosek dowodowy, albo że czyn ten nie zawiera znamion czynu zabronionego (na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 lub 2 k.p.k. bądź art. 414 § 1 k.p.k.).

Dopuszczalna wydaje się taka interpretacja art. 540 § 1 pkt 2, w myśl której nieprzeprowadzony lub niewykorzystany jako podstawa dokonywania ustaleń faktycznych<sup>15</sup> dowód jawić się będzie jako „nowy” w tym sensie, że wcześniej, wobec stosowania wobec niego normy art. 168a KPK, traktowany był jako niemożliwy do wykorzystania w procesie. W przypadku umorzenia postępowania lub uniewinnienia oskarżonego z uwagi na okoliczność wyłączającą ściganie z art. 17 § 1 pkt 2 KPK ważną rolę pełnić będzie oczywiście uzasadnienie, ponieważ tylko brak znamion powodować będzie w tym ujęciu podstawę wznowienia, nie zaś stanowienie przez ustawodawcę, że sprawca „nie popełnia przestępstwa” (zob. uwagi dotyczące przyjętego rozumienia pojęcia czynu

---

<sup>13</sup> Por. D. Drajewicz, *Kontrydiktoryjność procesu przed sądem I instancji w znowelizowanym KPK*, MoP 21/2014, s. 1126; Ł. Jagiełłowicz, *Dowody nielegalne w kontrydiktoryjnym procesie karnym* [w:] P. Wiliński (red.), *op. cit.*, s. 336.

<sup>14</sup> Rozwiązanie takie, jako potencjalnie możliwe, zaproponowała M. Garwol (taż, *op. cit.*, s. 124).

<sup>15</sup> Na użytek prowadzonych rozważań konsekwentnie stoję na stanowisku, że „wykorzystanie dowodu” na kanwie art. 168a KPK należy rozumieć ściśle, ograniczając je wyłącznie do wykorzystania na użytek ustalania stanu faktycznego. Tak również np. A. Bojańczyk, *op. cit.*, s. 105-106.

zabronionego w rozdz. 2.1.). Po wznowieniu postępowania uwzględnienie wcześniej oddalone wniosku dowodowego nie stwarza żadnych problemów w świetle brzmienia art. 170 § 4 KPK.

Pewną alternatywą wobec wznowienia postępowania mogłoby być wzięcie pod uwagę istnienia podstaw do złożenia kasacji z powodu rażącego naruszenia prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia (art. 523 § 1 k.p.k.)<sup>16</sup>. Takie rozwiązanie wydaje się jednak mniej atrakcyjne z uwagi na bardziej obostrzone przesłanki dopuszczalności złożenia kasacji niż wniosku o wznowienie, a tam, gdzie stwarzałoby to dalej idącą perspektywę, czyli w przypadku pominięcia dowodów wskazujących na niezgodne z prawdą materialną uniewinnienie oskarżonego, uwzględnienie kasacji mogłoby nastąpić jedynie w terminie 6 miesięcy od uprawomocnienia się orzeczenia (art. 524 § 3 k.p.k.).

### **3. Przyczynek do poszukiwania konkretnych typów czynów zabronionych jako podstawa odpowiedzialności za nielegalne gromadzenie dowodów**

Mając za sobą wyjaśnienie użytego w art. 168a k.p.k. terminu „czyn zabroniony, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.” i zasygnalizowanie podstawowych rysujących się na jego tle wątpliwości, ważką kwestię stanowi poszukiwanie potencjalnych podstaw prawnych do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za uzyskanie dowodów w sposób, który skutkować będzie aktualizacją nowego dla polskiej procedury karnej zakazu dowodowego. Choćby pobieżne umówienie tej kwestii wymaga spojrzenia na ustawowe ujęcie zakresu zakazu.

W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że z punktu widzenia omawianego unormowania pozostaje bez znaczenia tożsamość osoby bezpośrednio uzyskującej dowód. Może to być zarówno strona postępo-

---

<sup>16</sup> W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego o rażącym charakterze naruszenia decyduje nie tylko zarzut możliwy do postawienia sądowi, ale i naruszenie interesów strony. Por. wyr. SN z 6 września 1996 r., II k.k. N 71/96, OSNKW 1-2/1997, poz. 14

wania, jak i osoba niebędąca stroną, przy czym w tym ostatnim przypadku, z uwagi objęcie zakazem jedynie dowodów uzyskanych „do celów” postępowania”, zachodzić będzie musiało powiązanie ze stroną. Powiązanie to zresztą nieść będzie za sobą często konieczność pociągnięcia do odpowiedzialności karnej osoby fizycznej występującej w charakterze strony z uwagi na wystąpienie konstrukcji podżegania, względnie sprawstwa polecającego lub kierowniczego. Wyjątkowo uzyskujący dowód niebędący stroną będzie jedyną osobą popełniającą czyn zabroniony, tj. wtedy, gdy działa w interesie strony, która w chwili uzyskiwania dowodu nie ma zamiaru popełnienia czynu zabronionego przez uzyskującego bezpośrednio dowód. Bez znaczenia pozostanie w tym przypadku fakt, że sama strona nie popełniła czynu zabronionego uzyskując dowód od osoby trzeciej.

Jak zostało powyżej zastoła zasygnalizowane powyżej, art. 168a k.p.k. kierowany jest do wszystkich stron postępowania, mimo że łączony bywa często głównie z oskarżonym i jego obrońcą w kontekście wyraźnego dopuszczenia w art. 393 § 3 k.p.k. tzw. dowodów prywatnych. Ma znaczenie przede wszystkim w przypadku oskarżyciela publicznego, który może wypełniać znamiona przestępstw indywidualnych chroniących inne dobra prawne aniżeli pozostałe strony i ich przedstawiciele.

Warto wreszcie wskazać na wyraźną sekwencję zdarzeń przewidzianą w art. 168a k.p.k.. Po pierwsze, zgodnie z tą regulacją uzyskanie dowodu musi nastąpić do celów postępowania, a zatem nastąpić musi wówczas, gdy toczy się postępowanie, którego celom ma służyć, nie zaś na przed jego wszczęciem (wydaje się, że nie ma przy tym przeszkód, by za wystarczające uznać wszczęcie postępowania w fazie *in rem*). Po drugie, uzyskanie dowodu ujęte zostało jako poprzedzające jego przeprowadzenie i – tym bardziej – wykorzystanie, sytuując tym samym, przynajmniej w sytuacjach typowych, popełnienie czynu zabronionego na etapie poprzedzającym pojawienie się danego dowodu w procesie.

W odniesieniu do ostatniej uwagi pojawia się pytanie czy możliwe jest ujawnienie dowodu w rozumieniu art. 168a k.p.k. przy okazji przeprowadzania czynności dowodowych w procesie. Wydaje się, że taka sytuacja również nie jest wykluczona, z tym że wówczas zastosowanie,

z oczywistych powodów, znaleźć będzie mógł jedynie zakaz wykorzystania dowodu, a nie już nie zakaz jego przeprowadzenia.

Taka sytuacja w szczególności dotyczyć może przestępstw zgrupowanych w art. 265 k.k. i 266 k.k., w sytuacji, gdy osoba przesłuchiwana ujawni określonego rodzaju tajemnicę bez uprzedniego zwolnienia przez odpowiedni organ przełożony (w odniesieniu do informacji niejawnych o klauzuli „tajne” lub „ściśle tajne”), sąd (w przypadku pozostałych regulacji dotyczących informacji objętych tajemnicą) lub prokuratora (w odniesieniu do informacji niejawnych o klauzuli „zastrzeżone” lub „poufne”).

W takiej szczególnej konfiguracji procesowej należy moim zdaniem przyjąć, że aktualizuje się zakaz wykorzystania przy ustalaniu stanu faktycznego ujawnionych w trakcie przesłuchania informacji, ponieważ doszło przy okazji uzyskania tego dowodu do popełnienia czynu zabronionego. Poza obszarem zainteresowania sądu powinien być w tym wypadku zakaz przeprowadzania dowodu, który się nie mógł zaktualizować, ponieważ samo przeprowadzenie przesłuchania nie było objęte zakazem wobec braku uprzedniego ujawnienia dowodu.

Pozostając w rozdziale XXXIII k.k. wskazać należy na znacznie bardziej typowe czyny zabronione, umieszczone przez ustawodawcę w art. 267 k.k.. Chodzi mianowicie o uzyskanie informacji (stanowiącej jednocześnie dowód uzyskany do celów postępowania) bez uprawnienia za pomocą przełamania elektronicznego, magnetycznego, informatycznego lub innego o szczególnym charakterze (§ 1), albo też o posłużenie się urządzeniem podsłuchowym umożliwiającym uzyskanie takiej informacji (§ 3).

Wskazanie na te regulacje nie wymaga szerszego komentarza, jednak warto przypomnieć, że korzystanie z podsłuchu stanowi czyn zabroniony wyłącznie wtedy, kiedy informacje mające zostać zarejestrowane nie są kierowane do osoby nagrywającej. Z tego względu art. 168a k.p.k. nie obejmuje swoimi zakazami dowodów uzyskanych za pomocą podsłuchu użytego przez stronę w jej własnej rozmowie, ponieważ wówczas rejestrowane informacje są do niej kierowane (to samo dotyczy rzecz jasna rozmów przedstawicieli strony i korzystania przez nich z podsłuchów).

Podstawowymi czynami zabronionymi, które mogą służyć do gromadzenia dowodów do celów postępowania są kradzieże w ich wszystkich

kodeksowych odmianach, a także wymuszenie rozbójnicze. Pojawia się w tym miejscu jednak dostrzeżony już wyżej problem związany z kontrawencjonalizacją kradzieży w typie zasadniczym i swoistym wypchnięciem „poza nawias” art. 168a k.p.k. kategorii wykroczeń (zob. rozdz. 2.1.).

Do pomyślenia jest też uzyskanie dowodu do celów postępowania za pomocą oszustwa (art. 286 k.k.) z uwagi na wyjątkowo pojemne znaczenie „korzyści majątkowej”. Podobnie może dojść do uzyskania dowodu w wyniku umyślnego paserstwa w postaci nabycia rzeczy lub programu komputerowego (art. 291 § 1 k.k.), choć ten ostatni przypadek podpadałby pod zakres zastosowania zakazu dowodowego z art. 168a k.p.k. również w braku kryminalizacji paserstwa, a to z uwagi na umieszczenie w zespole znamion paserstwa wymogu uprzedniego uzyskania rzeczy (względnie programu komputerowego) za pomocą czynu zabronionego.

Alternatywę dla przestępstw z rozdziału XXXV stanowić mogą przestępstwa przeciwko wolności i przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej. W przypadku zaboru rzeczy bez celu przywłaszczenia, a jedynie w celu wykorzystania tej rzeczy w postępowaniu jako dowód, nie można mówić o realizacji znamion żadnego typu kradzieży z uwagi na dekompletację znamion na poziomie strony podmiotowej.

W takich przypadkach, zamiast skazania za rozbój, pojawia się możliwość użycia jako podstawy prawnej art. 190 k.k. (groźba karalna), art. 191 k.k. (zmuszanie) lub art. 217 k.k.. Z kolei w przypadku zaboru rzeczy z włamaniem bez celu przywłaszczenia, w grę wchodzić może wykorzystanie typu naruszenia miru domowego (art. 193 k.k.).

Jak łatwo zauważyć, podobnej operacji nie można przeprowadzić wobec zaboru rzeczy bez celu przywłaszczenia, gdy nie łączy się on z użyciem groźby, naruszenie nietykalności cielesnej lub naruszeniem miru domowego. Zabór „w celu krótkotrwałego użycia” jest bowiem penalizowany jedynie w odniesieniu do pojazdów mechanicznych, nie zaś do innych rzeczy. W takim przypadku samowolny zabór, ewidentnie sprzeczny z przepisami prawa cywilnego o ochronie posiadania, a w przypadku adwokata i radcy prawnego (występującego w roli obrońcy lub pełnomocnika w procesie karnym) stanowiący niewątpliwie przewinienie dyscyplinarne, nie pociągnie za sobą uruchomienia zakazu

dowodowego z art. 168a k.p.k., co wydawać się może nieintuicyjne i stać się podstawą postulowania rozszerzenia zakazu na inne zachowania się.

Uniwersum zachowań się, które można by zakwalifikować jako typowe uzyskiwanie dowodów za pomocą czynu zabronionego, wypełniają działania funkcjonariuszy publicznych polegające na przekroczeniu uprawnień (art. 231 § 1 lub 3 k.k.). Kwalifikacja ta może odnosić się do żądania wydania rzeczy przez Policję w sytuacjach, których nie można określić jako „niecierpiące zwłoki” w rozumieniu art. 217 § 1 k.p.k.. W takim przypadku mielibyśmy do czynienia z wyjściem poza zakres kompetencji w podejmowaniu czynności służbowych<sup>17</sup>, co przy jednoczesnym działaniu na szkodę interesu publicznego (w przypadku działania nieumyślnego powstałby wymóg wyrządzenia istotnej szkody) lub prywatnego i odpowiednim nastawieniu intelektualno-wolicjonalnym stanowiłoby realizację znamion czynu zabronionego.

Podobnie będzie można ocenić inne sytuacje opisane w rozdziale 25. k.p.k., w tym przede wszystkim przeszukania i zatrzymania rzeczy dokonane bez zachowania umiaru wymaganego przez art. 227 k.p.k., a także w przypadku niektórych czynności operacyjno-rozpoznawczych takich jak przejęcie rzeczy, jeśli nie zostały zachowane wymogi ustawowe.

Możliwy jest wreszcie zbieg art. 231 k.k. z innymi przepisami k.k.. Sytuacja taka może mieć miejsce w wypadku przeprowadzenia przez uprawnione do tego służby tzw. prowokacji lub podsłuchu operacyjnego, lecz bez zachowania wymogów ustawowych. Ocena charakteru takiego zbiegu i możliwości zastosowania w tych sytuacjach reguł wyłączania wielości ocen nie daje się ustalić na poziomie generalnym i wymagałaby odrębnego opracowania.

## 4. Zakończenie

Poczynione rozważania pozwalają na poczynienie kilku słów podsumowania. Analiza użytego przez ustawodawcę w art. 168a k.p.k. pojęcia

---

<sup>17</sup> Tak w literaturze rozumiane jest znamię przekroczenia uprawnień. Por. np. A. Barczak-Oplustil, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k., Warszawa 2013, s. 1207.

„czynu zabronionego” pozwala na stwierdzenie, że użyto terminu właściwego, a przynajmniej bardziej adekwatnego niż proponowane w niektórych wypowiedziach „przestępstwo”, tak z punktu widzenia skutków zastosowania omawianej regulacji, jak i procesowego sposobu ustalania, że dowód został uzyskany za pomocą czynu zabronionego.

Jednocześnie za niezbyt udany zabieg uznać należy odwołanie się do treści art. 1 § 1 k.k., co skutkuje trudnym do wyjaśnienia wyeliminowaniem z zakresu zastosowania nowo dodanego zakazu dowodowego czynów zabronionych o randze wykroczeń, dlatego za bardziej adekwatny od uchwalonego uznać należy kształt art. 168a k.p.k. z projektu rządowego przedłożonego Sejmowi, czyli nieposiadający zwrotu „o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego”. W przyszłości być może zasadnym byłoby zastanowienie się nad objęciem zakresem zastosowania nowo dodanego zakazu również dowodów uzyskanych za pomocą deliktów dyscyplinarnych niebędących jednocześnie czynami zabronionymi o znamionach opisanych w ustawie, jednak przy podejmowaniu tego rodzaju prób konieczne wydaje się zachowanie daleko posuniętej ostrożności.

Co zaś tyczy się podstaw pociągania do odpowiedzialności karnej za uzyskiwanie dowodów w warunkach opisanych w art. 168a k.p.k., to pojawia się możliwość ukarania licznych kategorii podmiotów, w tym niebędących stronami postępowania ani ich przedstawicielami, czego podstawowym źródłem jest określenie adresata omawianej regulacji poprzez kwantyfikację i skierowanie jej tym samym do wszystkich stron i ich przedstawicieli w postępowaniu. W wielu sytuacjach możliwa jest odpowiedzialność za popełnienie czynu zabronionego przeciwko mieniu, wolności, nietykalności cielesnej, informacjom i działalności instytucji państwowych. Będą jednak przypadki zachowań się ewidentnie sprzecznych z prawem, które nie stanowiąc będą jednak stanowić czynu zabronionego z uwagi na brak wypełnienia znamion podmiotowych.

Jakkolwiek typowo czyn taki będzie miał miejsce na etapie poprzedzającym przeprowadzenie czynności procesowych związanych ze zdobytym środkiem dowodowym, to w szczególnych przypadkach jako możliwe jawi się uzyskanie dowodu za pomocą któregoś z czynów zabronionych z rozdziału XXXIII k.k. przy okazji przeprowadzania czynności dowodowych.

## **Criminal responsibility for gathering evidence by „means prohibited act” for any purpose other repressive proceedings**

Extremely complicated is the nature of the criminal responsibility of par who violate the principles for gathering evidence in criminal proceedings (article 168a c.c.p.). This issue is discussed frequently with the representatives of the doctrine of criminal proceedings, whereas the lack of studies on the substantive aspects of Article 168a c.c.p. This applies, in particular on the grounds of responsibility for different types of offenses committed by the Police and the other similar services, authorities or person violating the prohibition. there are doubts according to Article 1 c.c. for the reconstruction of the term "*offense*" and its results. This raises the question: What is the status of the materials obtained by person, who was braking this prohibition. The analysis used by the legislator in Art. 168a c.c.p. the concept of „prohibited act " leads to the conclusion that the term used is appropriate, because it would be wrong to use the term "*crime*". In the future, necessary consider the expand this prohibition on the process of evidence obtained through criminal activity while non-disciplinary criminal acts that has the characteristics described in the act or misdemeanours. In making such attempts should, however, carefully consider the consequences of these possible legislative changes.

Milena Garwol\*  
Joanna Pawlikowska\*\*

## **„Nieoczywista oczywistość”: Rozważania o przestępstwie jako podstawie wypowiedzenia umowy o pracę wedle art. 52 § 1 pkt 2 Kodeksu pracy**

W artykule omówiono relację między art. 52 § 1 pkt 2 Kodeksu pracy, pozwalającym na wypowiedzenie przez pracodawcę stosunku pracy z winy pracownika w razie popełnienia przez niego przestępstwa, a przepisami prawa karnego *sensu largo*. Kluczowe problemy zaprezentowano z dwóch perspektyw – karnomaterialnej i karnoprocesowej. Wywiedziono, że przepis k.p. nie jest spójny z uregulowaniami penalnymi. Założono, że odpowiedzialność pracownika jest odmianą odpowiedzialności represyjnej, pomimo jej prywatnoprawnego charakteru, co uzasadnia powoływanie się na przepisy karne. Przede wszystkim jako niezasadne oceniono utożsamianie wykroczenia z przestępstwem, jako że pojęcia „przestępstwa” i „występku” są odmiennie zdefiniowane ustawowo. Zaproponowano, by znamię „przestępstwo” zastąpić zwrotem „czyn zabroniony pod groźbą kary”. Przy omówieniu zasad postępowania karnego zwrócono uwagę na obowiązek przestrzegania przez pracodawcę zasady domniemania niewinności, której adresatami są nie tylko organy procesowe, ale inne, niezaangażowane w ściganie przestępstw osoby. Także nowe uregulowanie zasady *in dubio pro reo* wymagać będzie zmiany pojmowania praw pracownika. Zwięźleniem tekstu będzie przytoczenie propozycji *de lege ferenda*.

---

\* Absolwentka prawa UJ.

\*\* Studentka prawa na Wydziale Prawa i Administracji UJ.

## 1. Wprowadzenie

Przedmiotem artykułu będą rozważania dotyczące „oczywistości” przestępstwa jako przesłanki wypowiedzenia umowy o pracę z winy pracownika w świetle art. 52 § 1 pkt 2 k.p., czynione na podstawie norm prawa karnego materialnego i procesowego. Niewątpliwie rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika to najbardziej drastyczna sankcja przewidziana w k.p. Możliwość jej zastosowania winna być ograniczona do wyjątkowych przypadków, tak by w sposób jak najmniej naruszyć podstawowe zasady i wartości tej gałęzi prawnej, przede wszystkim prawa pracownika<sup>1</sup>. Wydaje się, że przepis w obecnym brzmieniu obarczony jest kilkoma istotnymi wadami, które zostaną ukazane w toku prowadzonego wywodu.

Za główną przyczynę komplikacji powinno być uznane nieodpowiednie sformułowanie „przestępstwo jest oczywiste” obok „zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem sądu” (sic!). Budzi ono zastrzeżenia z perspektywy prawnokarnej, dość rzadko prezentowane przez przedstawicieli doktryny prawa pracy<sup>2</sup>. Opracowanie nie ograniczy się wyłącznie do krytyki istniejącego unormowania, w podsumowaniu przedstawione zostaną propozycje *de lege ferenda*.

Zaznaczyć należy, iż zawarty w art. 52 k.p. wymóg związku przestępstwa z wykonywaniem obowiązków pracowniczych nie będzie przedmiotem niniejszego opracowania. Zasadność użycia tego zwrotu nie jest sporna w nauce<sup>3</sup> prawa pracy. Należy podzielić pogląd, zgodnie z którym między popełnionym czynem a możliwością dalszego zatrudnienia ma istnieć zależność<sup>4</sup>. Nietrafnym będzie uznanie, że wyrok skazujący automatycznie wpływa na wykonywanie obowiązków pracowniczych. Prezentowane kontrowersje przedstawione zostaną w dwóch częściach:

---

<sup>1</sup> Zob. A.M. Świątkowski, *Polskie prawo pracy*, Warszawa 2014, s. 27.

<sup>2</sup> Zob. K.W. Baran, E. Baran, *Przestępstwo jako podstawa rozwiązania stosunku pracy*, *Prawo Pracy* 2001, z. 7-8; S. Koczur, *Zakres przedmiotowy pojęcia „przestępstwo” w art. 52 § 1 pkt 2 Kodeksu pracy*, *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej* 2003/2004; F. Małysz, *Przestępstwo jako przyczyna wypowiedzenia umowy o pracę bez wypowiedzenia*, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne* 1978, nr 6.

<sup>3</sup> D. Dörre-Nowak, w: K.W. Baran (red.), *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2013, s. 230; A.M. Świątkowski, *op. cit.*, s. 173.

<sup>4</sup> Zob. A.M. Świątkowski, *op. cit.*, s. 168.

pierwszej odnoszącej się do zagadnień związanych ze stosowaniem prawa karnego materialnego, w drugiej zaś ukazane zostaną problemy stosowania kluczowych zasad postępowania karnego.

## 2. Problemy materialnoprawne

W pierwszej kolejności należy zastanowić się, czy regulacja art. 52 § 1 pkt 2 k.p., może być uznana za represyjną. Przesądzenie o tej właściwości jest kluczowe dla dalszych wywodów, bowiem w razie zaistnienia przesłanek uzasadniających wypowiedzenie umowy o pracę umożliwi powoływanie się na przepisy prawnokarne. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreślano konieczność odwołania do postanowień k.k. i k.p.k. w razie oceny odpowiedzialności o charakterze represyjnym<sup>5</sup>. Niektóre ustawy normujące odpowiedzialność dyscyplinarną przedstawicieli zawodów zaufania publicznego wprost odsyłają do przepisów kodeksowych<sup>6</sup>. W k.p. nie znajdziemy żadnych, choćby pośrednich odniesień do k.k. czy k.p.k. Wypada zaaprobować ideę, że stosowanie odpowiednio tych przepisów będzie zasadne przede wszystkim ze względu na charakter konsekwencji prawnych ponoszonych przez pracownika. Między odpowiedzialnością zawodową osób wykonujących wolne zawody, podlegających specjalnemu postępowaniu dyscyplinarnemu, a pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę nie zachodzi uzasadniająca różnicowanie ich pozycji okoliczność. Skoro podobne zachowania prowadzić mają do takich samych konsekwencji, nie jest istotne, kto dokonuje ich oceny – sąd dyscyplinarny czy prezes zarządu spółki. Rodzaj sankcji wymierzanych przez oceniającego odpowiedzialność pracownika nie jest w tej mierze decydujący. Kluczowe znaczenie ma sama możliwość poniesienia represji, a z nią mamy do czynienia w obu przypadkach.

Odpowiedzialność pracownika stanowi odmianę odpowiedzialności

---

<sup>5</sup> Zob. orzeczenia TK: wyrok z 3 listopada 2014 roku o sygn. akt K 18/03, wyrok z 4 lipca 2002 roku o sygn. akt P 12/01.

<sup>6</sup> Zob. m.in. art. 80 i n. Ustawy z 26 maja 1982 roku Prawo o adwokaturze (Dz.U. 1982 nr 16 poz. 124, z późn. zm.) oraz art. 53 i n. Ustawy z 2 grudnia 2009 roku o izbach lekarskich (Dz.U. 2009 nr 219 poz. 1708 z późn. zm.).

represyjnej mimo jej prywatnoprawnego charakteru. Zagrożona jest daleko idącą sankcją, głównie w postaci pozbawienia źródła dochodu. Niemniej jednak dalece oddziałuje na sferę osobistą pracownika. Zwolniony dyscyplinarnie podwładny narażony jest na stygmatyzację ze strony otoczenia. Fakt, iż „orzekanie” o losie pracownika należy do podmiotu prywatnego, nie jest wystarczająco dosadnym argumentem mającym przeczyć tak postawionej tezie. Co więcej, konsekwencje, jakie ponosi zwolniony, trwają pomimo zerwania więzów z pracodawcą. Należy pamiętać, że na świadectwie pracy pracownika wpisywana jest wzmianka o przyczynie rozwiązania umowy o pracę, co może wpływać na jego dalsze zatrudnianie. Widząc szerokie oddziaływanie sankcji na sytuację prawną pracownika, wydaje się zasadne odwołanie do regulacji, które chronią jego prawa. W razie wypowiedzenia umowy o pracę z przyczyny popełnienia przestępstwa, taki „parasol ochronny” stanowią naczelne zasady procesu karnego, które powinny być przestrzegane w trakcie dokonywania oceny zachowania podwładnego. Zostaną one omówione w dalszych częściach artykułu. Kolejnym argumentem natury systemowej, przemawiającym za odwoływaniem się do przepisów k.k. jest fakt, że w art. 52 k.p. ustawodawca posłużył się pojęciem *przestępstwa* mającego definicję normatywną.

Zanim omówieniu zostanie poddany wymóg oczywistości przestępstwa, wypada zaznaczyć, że na potrzeby stosowania art. 52 § 1 pkt 2 k.p., pod pojęciem przestępstwa często rozumie się również wykroczenia<sup>7</sup>. Stanowisko to opiera się na względach celowościowych i równościowych. Dla przykładu, S. Koczur<sup>8</sup> opisuje sytuację, w której dwaj kierowcy prowadzą samochody po wcześniejszym spożyciu alkoholu w takiej samej ilości. Obaj zostają zatrzymani przez policję. Podczas czynności dokonywane są pomiary na zawartość alkoholu we krwi (wykryto 0,4 i 0,6 promila). Czyn pierwszej osoby stanowi wykroczenie z art. 87 k.w., a drugiego wypełnia znamiona przestępstwa z art. 178a k.k. Zachowanie kierowców spożywających alkohol jednocześnie i w jednakowej

---

<sup>7</sup> Przedstawiciele doktryny prawa pracy są w tej kwestii podzieleni. Za utożsamianiem wykroczeń z przestępstwami optują wymieniony wcześniej S. Koczur, a także m.in. A.M. Świątkowski, w: *Kodeks pracy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 287. Przeciwnie temu stanowisko wyraziła M.T. Romer, w: *Prawo pracy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 436.

<sup>8</sup> Zob. S. Koczur, *op. cit.*, s. 177 i n.

ilości jest tak samo naganne, acz o ich odpowiedzialności karnej decydują względy biologiczne, np. przyswajalność alkoholu.

Można wymieniać szereg sytuacji, w których mogą się pojawić równie niesprawiedliwe rozstrzygnięcia. Uwidacznia się to przy przepełnionych typach czynów zabronionych<sup>9</sup>, gdy granica między przestępstwem a wykroczeniem jest płynna. Obrazuje to przykład pracownika kradnącego towar z miejsca pracy o wartości 425 zł. Dokonujący kradzieży 31 grudnia 2014 roku popełni przestępstwo – dla zrealizowania znamion typu z art. 278 k.k. wystarczyłoby zabranie mienia wartego 420 zł<sup>10</sup>. Gdyby zaś ukradł towar 1 stycznia 2015 r. – jego czyn stanowiłby tylko wykroczenie, którego dokonanie nie dawałoby podstaw do rozwiązania stosunku pracy. Mając na uwadze tak różne oceny tych samych zachowań, przedstawiciele doktryny utożsamiają wykroczenie z przestępstwem. Zwraca się uwagę na ochronę interesów pracodawców w konflikcie z interesami nieuczciwych pracowników<sup>11</sup>.

Pomimo istniejących niedoskonałości, zrównywanie obu pojęć nie jest uprawnione. Przestępstwo ma swoją definicję legalną w art. 7 k.k. Z treści powoływanego przepisu wyraźnie wynika, że wykroczenia są różną od przestępstw grupą czynów zabronionych. Nie należy sądzić, by wzgląd na ochronę interesów pracodawcy był wystarczającym powodem dla odejścia od takiego rozumienia niniejszego zwrotu. Dla wzmocnienia argumentacji, wypada powołać się na istniejącą w prawie pracy zasadę uprzywilejowania pracownika wobec pracodawcy. Szeroka wykładnia przeciw niej wydaje się nieco wątpliwa<sup>12</sup>. Nie należy przeczyć tezie, że wykorzystanie dorobku karnistycznego pozwoli na pogodzenie intere-

---

<sup>9</sup> Typy przepełnione to takie typy czynów zabronionych, gdzie o rozróżnieniu między przestępstwem a wykroczeniem decyduje określone w ustawie kryterium, np. rzeczowe czy kwotowe. Przykładem takiego rozwiązania w polskim ustawodawstwie jest wspomniana kradzież – art. 119 k.w. i 278 k.k.. Od 1 stycznia 2015 r. kwotą graniczną jest kwota 437,5 zł, którą sprawca zabiera w celu przywłaszczenia.

<sup>10</sup> W 2014 r. najniższe wynagrodzenie za pracę wynosiło 1680 zł. Przestępstwem będzie zabór mienia o wartości 420 zł. W 2016 r. najniższe wynagrodzenie będzie wynosiło 1850 zł.

<sup>11</sup> Zob. S. Koczur, *op. cit.*, s. 180.

<sup>12</sup> Zob. B.M. Ćwietniak, w: K.W. Baran (red.), *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2013, s. 62. Warto zwrócić uwagę na szereg innych przepisów k.p., m.in. „antydyskryminacyjnych” art. 18 i n. k.p.

sów pracowników i pracodawców. Pożądana byłaby zmiana normatywna w zakresie zastąpienia sformułowania „przestępstwo” zwrotem „czyn zabroniony pod groźbą kary”. Można zarzucić, że propozycja rozszerzy możliwość zwalniania podwładnych, co wydaje się częściowo trafne.

Pojęcie „czyn zabroniony pod groźbą kary” zawiera w sobie przestępstwa i wykroczenia powszechne, ale też skarbowe<sup>13</sup>. Mimo negatywnego *prima facie* skutku dla pracowników (wspomnianego wyżej rozszerzenia odpowiedzialności pracowniczej), zmiana niesie za sobą znaczenie gwarancyjne. Przede wszystkim, poza sferą domysłów zwalnianego pozostaje doktrynalne rozumienie pojęcia „przestępstwa” w myśl art. 52 k.p.k. Dzięki użyciu w ustawie stanowczego zwrotu, pracownik jest świadomy, za co ponosi odpowiedzialność, a jakie zachowania jej nie podlegają. Warto także podkreślić, iż rozszerzenie katalogu przyczyn uzasadniających zwolnienie dyscyplinarne może uchronić pracownika przed podejmowaniem działań na jego niekorzyść (funkcja prewencyjna) – mniejsza będzie pokusa postępowania wbrew interesom swoim i pracodawcy. Wskazując na podstawową potrzebę zmiany normatywnej, należy omówić zasadność użycia przez ustawodawcę zwrotu „przestępstwo jest oczywiste”. Nie podlega dyskusji fakt, że używanie zwrotów ocennych (a takim właśnie jest to pojęcie), powinno być stosowane wyjątkowo podczas tworzenia regulacji o represyjnej treści<sup>14</sup>. Nie da się jednak uniknąć wprowadzania pojęć nieostrych do aktów prawnych. Ustawa powinna być bowiem na tyle elastyczna, by stosowane prawo odpowiednio odnieść do konkretnej sytuacji faktycznej. Jeśli jednak w ustawie karnej (lub regulującej jakiegokolwiek represje) pojawiają się takie zwroty, dotyczą one zasadniczo kwestii incydentalnych, przeważnie niemających znaczenia dla ustalenia popełnienia przestępstwa<sup>15</sup> (np.

---

<sup>13</sup> Zob. S. Koczur, *ibid.*, s. 181.

<sup>14</sup> Zaporą przed ustanawianiem takich przepisów karnych jest zasada *nullum crimen sine lege certa*. Szerzej o komplikacjach z funkcjonowaniem niejasnych typów czynów zabronionych pisze K. Mamak., *Niejasny opis typu czynu a zasada nullum crimen sine lege* w: I. Sepiolo (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa 2013, s. 67 i n.

<sup>15</sup> Słowo „oczywiste” zostało użyte w art. 26 § 2 k.k., regulującym stan wyższej konieczności wyłączający winę, co nie dotyczy kwestii samego popełnienia czynu zabronionego. Warto podkreślić, że w razie zaistnienia jakiegokolwiek kolizji dóbr, roz-

art. 105 k.p.k. – „oczywista omyłka pisarska”, tylko w tym przepisie k.p.k. odmienione jest słowo „oczywiste”). Rzadko stosuje się podobne zwroty w wypadku regulacji kwestii ważniejszych – np. art. 75 k.k. czy 249 k.p.k., ale nawet i tam nie mamy do czynienia z „oczywistością” (rozumianą w sposób obiektywny)<sup>16</sup>, lecz z innymi pojęciami o mniejszym ładunku arbitralności. Już podczas dokonywania wykładni językowej przepisu można dojść do wniosku, że posłużenie się tym sformułowaniem wydaje się zastanawiające.

Jeszcze ważniejszą kwestią, budzącą liczne obawy, jest relacja między „oczywistością przestępstwa” a jego strukturą. Należy mieć na uwadze, że przestępstwo to byt złożony. Składa się na niego czyn ludzki będący zachowaniem bezprawnym, karalnym, karygodnym i zawinionym<sup>17</sup>. W prawie karnym przewidziano wielość okoliczności wyłączających przestępność czynu (np. kodeksowe: obrona konieczna lub niepo czytalność). Nawet złapanie kogoś „na gorącym uczynku” nie przesądza jeszcze o popełnieniu przez niego przestępstwa. Liczącemu poniżej 17 lat kradnącemu pracownikowi nie będzie można przypisać winy, nawet z uwzględnieniem treści art. 10 § 2 k.k. Rozważania poczynione powyżej są aktualne w innych sytuacjach, w których nie można komuś przypisać popełnienia przestępstwa, np. z powodu działania w ramach obrony koniecznej.

Na analizowany problem warto spojrzeć z punktu widzenia interesów pracodawcy. W razie sporu dotyczącego zasadności wypowiedzenia stosunku pracy, na nim spoczywa ciężar dowodzenia<sup>18</sup>. Przywołane przez niego okoliczności faktyczne, w tym popełnienie przestępstwa, będą

---

strzygnięcie jej *in abstracto* jest wręcz niemożliwe. W opisywanym przypadku posłużenie się zwrotem ocennym ma podkreślać subsydiarność okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną, co też przekłada się na zagwarantowanie ochrony poświęcanego dobra.

<sup>16</sup> Przyjęcie takiego poglądu podyktowane jest represyjnym charakterem, wagą i znaczeniem odpowiedzialności pracownika. Popełnienie przestępstwa w rozumieniu art. 52 § 1 pkt 2 k.p. następuje wtedy, gdy wszelkie okoliczności oceniane przez wzorcowego obywatela świadczą o zaistnieniu zdarzenia karnoprawnie relewantnego.

<sup>17</sup> Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2010, s. 28.

<sup>18</sup> W sporach między pracodawcą a pracownikiem, gdzie na wniosek zainteresowanego badana jest legalność wypowiedzenia umowy o pracę, rzeczywiście na pracodawcy ciąży udowodnienie zasadności zwolnienia. O gwarancjach procesowych w prawie pracy szerzej K.W. Baran, w: K.W. Baran (red.), *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, Warszawa 2013, s. 557 i n.

wartościowane przez sąd na podstawie art. 232 k.p.c. Ocena sądu dotycząca przestępności (i oczywistości) czynu pracownika musi mieć oparcie w przepisach i konstrukcjach karnych. Błędne twierdzenia pracodawcy, spowodowane brakiem wiedzy prawniczej, co do istnienia podstawy wypowiedzenia umowy o pracę mogą skutkować oddaleniem powództwa i zasądzeniem na rzecz powoda. Tak więc, w praktyce, najbardziej dogodna spośród wymienionych w art. 52 k.p.k przesłanek doznaje daleko idącego uszczerbku. Bardziej elastyczną i przydatną dla pracodawcy przyczyną okazuje się wypowiedzenie umowy o pracę uregulowane w art. 52 § 1 pkt 1 k.p.k. („ciężkie naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych”). Jeśli popełnienie przestępstwa wydaje się wątpliwe, pracodawca dość łatwo może twierdzić, że naruszono obowiązek pracowniczy (zważywszy na fakt, że katalog powinności pracownika wobec pracodawcy jest otwarty).

Ukazane komplikacje zdają się przemawiać za negatywną oceną posłużenia się zwrotem „przestępstwo jest oczywiste” w art. 52 § 1 pkt 2 k.p. Nie dość, że budzi ona zastrzeżenia z perspektywy teoretycznej, ale również praktyki stosowania prawa. W zależności od sytuacji, „oczywistość przestępstwa” okazuje się szkodliwa tak dla pracownika, jak i pracodawcy – nie gwarantując odpowiedniej ochrony ich interesów, już na poziomie prawnomaterialnym.

### 3. Problemy procesowe

W tej części opracowania przedstawione zostaną kwestie związane z odpowiednim stosowaniem na gruncie prawa pracy zasad domniemania niewinności i zasady *in dubio pro reo* (rozpatrywania wątpliwości na korzyść oskarżonego uregulowanymi w k.p.k.)

Opierając swe wywody na zasadzie domniemania niewinności należy zaznaczyć, iż postrzegana jest ona w dwóch aspektach: procesowym i pozaprocesowym<sup>19</sup>. Dla dalszych rozważań kluczowe będzie odwoła-

---

<sup>19</sup> Zob. W. Wróbel, *O dwóch aspektach konstytucyjnej zasady domniemania niewinności*, w: *Nauki penalne wobec problemów współczesnej przestępczości*, w: K. Krajewski (red.), *Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Andrzeja Gaiberle*, Warszawa 2007, s. 325.

nie się do tego drugiego, gdzie odbiorcą, a zarazem podmiotem odpowiedzialnym za jej przestrzeganie jest całe społeczeństwo. S. Waltoś wymienia trzy kategorie adresatów, niebędących uczestnikami procesu, do których skierowana jest jej treść. Należą do nich: osoby fizyczne, prasa oraz organy administracji i władzy, w tym także organy kierujące przedsiębiorstwami, instytucjami i organizacjami społecznymi<sup>20</sup>. Pracodawców można zakwalifikować do trzeciej grupy. Zasadniczym zakazem z nią związanym jest wykluczanie z pracy i organizacji społecznych, którego podstawą miałyby być popełnienie przez daną osobę przestępstwa, wtedy, gdy nie zapadł w tej sprawie prawomocny wyrok<sup>21</sup>. W doktrynie zaznacza się pewien wyjątek, wspominany już wielokrotnie art. 52 § 1 pkt. 2 k.p.<sup>22</sup>. Zdaje się, iż przytoczona regulacja dotycząca stwierdzenia przez pracodawcę popełnienia przestępstwa w sposób „oczywisty” jest sprzeczna z domniemaniem niewinności. Rozwiązanie umowy o pracę na podstawie subiektywnej, czasem niepopartej faktami oceny pracodawcy, stanowi jej naruszenie. Przepis ten *de facto* upoważnia pracodawcę do dokonania oceny zachowania pracownika, a przede wszystkim do rozstrzygania o jego kwalifikacji prawnej. Decyduje się o tym bez przeprowadzania rozprawy, bez wysłuchania podejrzanego pracownika i obowiązku zapewnienia mu korzystania z gwarancji przewidzianych w k.p.k. Powyższe niejednokrotnie ma miejsce przed oficjalnym wszczęciem postępowania przygotowawczego. Nawet możliwość późniejszego odwołania do sądu nie jest wystarczającym powodem dla odstąpienia od tej zasady.

W tym miejscu należy podkreślić rangę wszechstronnego wyjaśnienia „oczywistości” przestępstwa przez pracodawcę. Trybunał Konstytucyjny konsekwentnie prezentuje stanowisko, że umieszczenie w Konstytucji RP przepisu dotyczącego domniemania niewinności pośród wolności i praw obywatelskich może prowadzić do rozszerzenia zakresu stosowania jej poza ramami procesu karnego, także w innych postępowaniach represyjnych. Głównym zadaniem stojącym przed ustawodawcą jest takie stworzenie procedury egzekwowania odpowiedzialności, by

---

<sup>20</sup> Zob. S. Waltoś, P. Hofmański *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 244.

<sup>21</sup> Zob. A. Tęcza-Paciorek, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012, s. 71.

<sup>22</sup> *Ibid.*, s. 72.

oskarżony miał możliwość korzystania z przysługujących mu gwarancji<sup>23</sup>. Z kolei Sąd Najwyższy, wielokrotnie zajmując stanowisko w omawianej kwestii, wyjaśnił, iż „przestępstwo jest oczywiste, jeżeli nie nasuwający wątpliwości stan faktyczny pozwala na pewne stwierdzenie, iż pracownik dopuścił się czynu zagrożonego sankcją karną przez ustawę. Nie można natomiast uznać oczywistości przestępstwa pracownika, jeżeli brak jest pewności, czy przestępstwo w ogóle zostało popełnione albo kto dopuścił się czynu przestępnego”<sup>24</sup>. Co więcej, oczywistości przestępstwa nie można opierać na przyznaniu się pracownika do winy<sup>25</sup>. Pracodawca, chcąc wypowiedzieć umowę o pracę, musi najpierw powziąć wszelkie działania celem wyjaśnienia stanu faktycznego<sup>26</sup>. Można przypuszczać, że skoro na pracodawcy nie ciąży obowiązek wszechstronnego ustalenia okoliczności sprawy, decyzja o zwolnieniu może zapadć bez powzięcia większej rozwagi, często na podstawie domysłów.

Pozycję pracodawcy wypowiadającego umowę o pracę można przyrównać do roli oskarżyciela i zarazem sądu rozstrzygającego o dalszym losie pracownika. Pojawiają się wówczas dwa zasadnicze dylematy. Po pierwsze, istnieje ryzyko arbitralności działania pracodawcy – bywa często subiektywny w swoich ocenach. Po drugie, następuje tu „kumulacja” ról oskarżającego i sądzącego, która jawi się jako niedopuszczalna<sup>27</sup>.

Kolejną, lecz nie mniej ważną zasadą procesu karnego, jest nakaz rozstrzygania wszelkich wątpliwości na korzyść oskarżonego – zasada *in dubio pro reo*, wynikająca z art. 5 § 2 k.p.k. Wymagającą przytoczenia jest interpretacja „stanu nie dających się usunąć wątpliwości w postępowaniu karnym”. Jak podkreślono w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie, mamy z nim do czynienia „w sytuacji niemożności poczynienia

---

<sup>23</sup> Zob. wyrok TK z dnia 19 października 2004 r., sygn. K 1/04.

<sup>24</sup> Zob. wyrok SN z dnia 31 stycznia 1977 r., I PRN 141/76; Podobne zdanie wyraził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 18 stycznia 2008 r., II PK 269/07, twierdząc iż „„oczywistość» popełnienia przestępstwa w rozumieniu art. 52 § 1 pkt 2 k.p. może być stwierdzona na podstawie takiej oceny konkretnego zdarzenia, które nie pozostawia wątpliwości, że przestępstwo zostało popełnione. Nie można zatem uznać oczywistości przestępstwa pracownika, jeżeli brak jest pewności, czy zostało ono w ogóle popełnione”.

<sup>25</sup> Zob. M.T. Romer, *op. cit.*, Warszawa 2005, s. 333.

<sup>26</sup> Zob. wyrok SA w Katowicach z 24 listopada 1961 r., II CR 2522/61, Państwo i Prawo 1962, z. 8-9, s. 477.

<sup>27</sup> Zob. S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2009, s. 209.

ustaleń niewątpliwych, pomimo wykorzystania wszelkich przewidzianych prawem metod<sup>28</sup>. Możliwe jest to tylko wówczas, gdy klarowne staje się, iż wszystkie dopuszczone przez prawo środki dowodowe zostały wyczerpane. Ponadto wszelkie inne wersje zdarzeń należałoby uznać za nieracjonalne<sup>29</sup>. Omawiana zasada ma zastosowanie zarówno do wątpliwości faktycznych, jak i prawnych<sup>30</sup>. Działa w każdym przypadku, nawet w razie „przyłapania” pracownika na tzw. gorącym uczynku.

Warto zwrócić uwagę na zmianę, jaką wprowadza „Wielka Nowelizacja” k.p.k.<sup>31</sup>. Nadaje ona nowy sens zasadzie *in dubio pro reo*. Według znowelizowanego art. 5 § 2 na korzyść oskarżonego rozstrzygane będą wątpliwości, których „w postępowaniu nie usunięto”, a nie „niedające się usunąć”. Przepis znowelizowanego k.p.k. powiązany jest z art. 167 k.p.k. w brzmieniu nadanym ustawą z 27 września 2013 roku, którą zwiększono kontradiktoryjność procesu. Zmieniona została kolejność podmiotów zobowiązanych do dowodzenia swoich racji. Inicjatywa przeprowadzania dowodów spoczywać będzie w pierwszej kolejności na stronach, a dopiero w razie zaistnienia „wyjątkowych przypadków uzasadnionych szczególnymi okolicznościami” – na sądzie. Organ jedynie w takich sytuacjach będzie mógł wesprzeć strony w ustalaniu stanu faktycznego. Literalna wykładnia przepisu prowadzi do konkluzji, że na oskarżycielu, czyli w omawianym przypadku – pracodawcy, będzie ciążyło wykazanie wszelkich okoliczności faktycznych i prawnych, które mają świadczyć za jego tezami. Od 1 lipca 2015 wyłącznie jego zadaniem będzie przedstawianie argumentów przemawiających za uznaniem winy i skazaniem oskarżonego.

Przedstawiona zmiana normatywna ma fundamentalne znaczenie. Wydaje się, że z obecnego brzmienia art. 5 § 2 k.p.k. można wyprowadzić przeciwny powyższemu rozumowaniu wniosek. W pełni akceptowalna będzie teza, że to na wszystkich uczestnikach procesu ciąży powinność dowiedzenia winy lub niewinności oskarżonego. Jak widać,

---

<sup>28</sup> Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt. II AKa 73/14.

<sup>29</sup> Tak S. Waltoś, P. Hofmański, *op. cit.*, s. 247.

<sup>30</sup> Zob. wyrok SN z dnia 24 czerwca 1994 r., WO 68/94, OSNKW 1994, nr 11–12, poz. 73.

<sup>31</sup> Zob. Dz.U. 2013, poz. 1247.

wprowadzona w k.p.k. zmiana będzie mieć odzwierciedlenie nie tylko w relacjach jednostka – państwo, ale nawet w powiązaniach o prywatnoprawnym charakterze.

Stosowanie art. 52 § 1 pkt 2 k.p. staje się problematyczne również dla pracodawcy, dlatego warto spojrzeć na problem z jego perspektywy. W razie błędnej decyzji o rozwiązaniu umowy o pracę na podstawie art. 52 § 1 pkt 2 k.p. podejmuje niemałe ryzyko – będzie musiał przywrócić pracownika do pracy w razie wydania wyroku uniewinniającego<sup>32</sup>. Na marginesie poczynionych rozważań karnistycznych podkreślić należy, iż pracodawca bezpodstawnie zwalniający pracownika narusza nie tylko podstawowe prawa rządzące się sprawiedliwym procesem, ale i jego dobra osobiste. Pracownik bowiem narażony jest na negatywne postrzeganie przez resztę współpracowników, ponadto z uwagi na utratę zaufania istnieje duże prawdopodobieństwo wystąpienia u niego problemów ze znalezieniem pracy. W tej materii wypowiedział się również Sąd Najwyższy, twierdząc, iż „prowadzenie przez zakład pracy samodzielnego postępowania w celu wyjaśnienia, czy zachowanie pracownika nosi znamiona oczywistości przestępstwa, o którym mowa w art. 52 § 1 pkt 2 k.p. «samo przez się» nie przesądza o bezprawności takiego działania w rozumieniu art. 24 § 1 k.c. także wówczas, gdy przypisywane pracownikowi przestępstwo nie zostało przez niego popełnione”<sup>33</sup>.

Celem udowodnienia owej oczywistości przestępstwa z perspektywy prawa pracy będzie zgromadzenie dopuszczalnych środków dowodowych zgodnie z regulacją k.p.c., do których należą m.in. dowody z przesłuchania świadków czy też dowody z dokumentów, oceniane przez sąd w zgodzie z zasadą swobodnej oceny. W procesie cywilnym bardziej „cenione” są te drugie, dlatego też dla pracodawcy korzystniejsze może okazać się przeprowadzenie środka dowodowego w postaci protokołu z zatrzymania osoby podejrzanej.

Podsumowując, zasada domniemania niewinności musi być respektowana zarówno przez organy państwowe, jak i inne podmioty kierujące

---

<sup>32</sup> Zob. wyrok SN z 27 kwietnia 1993 r., I PRN 27/90 (Monitor Prawniczy 1993, nr 2, s. 54), zgodnie z którym „prawomocne orzeczenie sądu karnego uniewinniające pracownika, wyłącza możliwość przyjęcia przez sąd pracy, iż przestępstwo miało charakter «oczywisty»”.

<sup>33</sup> Zob. uchwała SN – Izba Pracy z dnia 30 marca 1994 r., I PZP 9/94.

przedsiębiorstwami i organizacje społeczne. Powyżej przytoczone argumenty wskazują, że przepis art. 52 § 1 pkt 2 k.p. w sposób jednoznaczny (i nieusprawiedliwiony) ją przełamuje.

Należy uznać za niezasadne wprowadzenie do ustawodawstwa przepisów dających podstawę do naruszenia zasady domniemania niewinności (w świetle prawa – sic!). Wydaje się to nie do zaakceptowania ze względu na wartości konstytucyjne. W Kodeksie pracy wprowadzono nietypowy wyjątek od obowiązywania ustanowionej w sposób jednoznaczny zasady, funkcjonującej aż do chwili wydania prawomocnego wyroku<sup>34</sup>. Wypada stwierdzić, iż nie jest to dobry wzorzec do stosowania w przyszłości.

#### 4. Konkluzje i wnioski

Zaprezentowane argumenty materialnoprawne i procesowe, prowadzą do wniosku, że w Kodeksie pracy funkcjonuje przepis wywołujący kontrowersje natury systemowej. Właściwą wydaje się zamiana wszystkich pojęć „przestępstwa”, użytych w przepisie, na zwroty: „czyn zabroniony pod groźbą kary”. Należałoby rozważyć wykreślenie znamienia „przestępstwo jest oczywiste”. Zasadnym będzie pozostawienie przesłanki stwierdzenia czynu zabronionego pod groźbą kary prawomocnym wyrokiem. Wyrównuje ona pozycję stron stosunku pracowniczego, należyście chroniąc interesy pracowników, którym może grozić bezpodstawne zwolnienie. Z pozoru rozszerzające ujęcie odpowiedzialności pracownika ma dla niego gwarancyjne i prewencyjne znaczenie. Po pierwsze, pracownik wie, za jakie zachowanie ponosi odpowiedzialność, bez znajomości niepotrzebnych mu sporów dogmatycznych, a zarazem nie musi obawiać się dowolnego stosowania przepisu przez pracodawcę. Kolejno, wydaje się, że świadomy szerszej podstawy odpowiedzialności pracownik w sposób bardziej roztropny i rzetelny będzie wypełniać pracownicze powinności. Wydaje się, że pracownik niebędący prawnikiem widzi różnicę między pojęciami „przestępstwa” i „czynu zabronionego”. Ta wiedza jest dostępna dzięki środkom masowego przekazu, choćby przy informowaniu opinii publicznej o umorzeniach bulwersujących

---

<sup>34</sup> Podobnie A. Tęcza-Paciorek, *ibid.*, s. 73.

spraw z powodu niewypełnienia znamion czynu lub niepopelnienia przestępstwa (przyczyna bywa bowiem podkreślana).

Ponadto propozycja czyni zadość ochronie (interesom) pracodawców. W przypadku niewłaściwej oceny zachowania podwładnego, mogącej się z pewnością zdarzyć, na rozważnego zwalniającego wstrzymującego się od wypowiedzenia umowy o pracę nie spadną żadne sankcje. Nie będzie musiał przywracać pracownika do pracy, a co gorsza wypłacać mu odszkodowania. Lepiej więc wstrzymać się przed podejmowaniem pochopnych decyzji. Przedstawiona *de lege ferenda* propozycja wydaje się odpowiednia dla ochrony interesu pracowników, choć przeciw niej można wysunąć kilka kontrargumentów. Najważniejsze z nich powinny być w tej chwili odpierane.

Niezasadny zdaje się zarzut mówiący o odebraniu pracodawcom instrumentu zezwalającego na wypowiedzenie umowy o pracę. Wystarczające może okazać się zwolnienie w wypadku „ciężkiego naruszenia podstawowych obowiązków pracowniczych”, których katalog jest otwarty<sup>35</sup>. Należy postawić tezę, zgodnie z którą „naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych” zawiera w sobie „popelnienie przestępstwa”. Zatem o wiele dogodniejszym dla pracodawcy będzie stworzenie naruszonego obowiązku bez odwołania do nieznanych powszechnie konstrukcji prawa karnego i wypowiedzenie umowy o pracę na tej podstawie.

Może się zdarzyć, iż przestępstwo z pkt 2 nie będzie jednocześnie ciężkim naruszeniem podstawowych obowiązków pracowniczych, choć sytuacja ta jest mało prawdopodobna (ze względu na powiązanie przestępstwa z wykonywaniem pracy). Pracodawca nie pozostaje tu bez instrumentów. Każdy, kto ma wiadomość o możliwości popelnienia przez inną osobę przestępstwa, ma obowiązek denuncjacji (art. 304 k.p.k.). Jest to co prawda powinność o „społecznym” zabarwieniu, jednak gdy ma się informację odnośnie do cięższych przestępstw, osoba mająca wiedzę zdatna jest odpowiadać z art. 240 k.k. Już po uzyskaniu wiadomości o możliwości popelnienia przestępstwa, organ ścigania z urzędu ma wszcząć i przeprowadzić postępowanie. Na czas trwania śledztwa lub dochodzenia, pracodawca władny jest zwolnić podejrzanego (lub jeszcze

---

<sup>35</sup> A.M. Świątkowski, *op. cit.*, s. 194.

wtedy osobę podejrzaną) z obowiązku świadczenia pracy<sup>36</sup>. Sytuacja ta wydaje się jeszcze bardziej dogodna, gdy pracodawca złapie pracownika *in flagranti*. Warto wykorzystać instytucję z art. 243 k.p.k. – ujęcie obywatelskie. Kluczowe znaczenie będzie mieć tu działalność przedstawicieli policji i prokuratury. Szybkie i rzetelne zgromadzenie materiału dowodowego sprawi, że proces przeciw oskarżonemu pracownikowi zostanie przeprowadzony sprawniej, stwarzając nieporównywalnie mniejsze dolegliwości dla obu stron.

Z drugiej strony trzeba się zastanowić, jak powinien zachować się przełożony podejrzanego pracownika, w którego sprawie umarzano postępowanie przygotowawcze. Pokrzywdzony pracodawca może wykorzystać opcję wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia na mocy art. 55 k.p.k. Skoro przestępstwo ma mieć związek z wykonywaniem obowiązków pracowniczych, w większości przypadków zwierzchnik okaże się pokrzywdzonym uprawnionym do wykorzystania tej ścieżki. Omawiany krok prawny, choć nie stanowi narzędzia doskonałego (którego mankamentów nie sposób teraz omawiać), może odgrywać w tej sytuacji niemałą rolę. Nie dość, że „otwiera furtkę” dla pokrzywdzonego do ochrony jego praw, to także powoduje, że cała procedura od wydania umorzeń lub odmów prokuratorskich aż do uprawomocnienia się wyroku przełamującego zasadę domniemania niewinności (warunkowe umorzenie albo skazanie) może trwać porównywalnie do postępowania w sądzie pracy<sup>37</sup>.

Po drugie, należy zaprezentować przykład pracodawcy wypowiadającego umowę o pracę przed zakończeniem postępowania karnego (lub nawet przed jego wszczęciem) na podstawie art. 52 § 1 pkt 2 k.p. i pracownika wytaczającego w tym samym czasie powództwo do sądu pracy przeciw przełożonemu. Nie można wykluczyć, że sąd pracy wyda postanowienie o zawieszeniu postępowania na podstawie art. 177 § 1 pkt 4 k.p.c.<sup>38</sup>. Nie będzie raczej przesądzał o odpowiedzialności karnej pracownika, pozostawiając to w gestii sądu karnego. Oczekiwanie przez sąd

---

<sup>36</sup> <http://www.ekspertbeck.pl/zwolnienie-pracownika-z-obowiazku-swiadczenia-pracy/>, dostęp 21.01.2015.

<sup>37</sup> Mimo skromnej praktyki prawniczej zauważyliśmy, że na rozprawę w krakowskich sądach pracy strony oczekują nawet 6 miesięcy.

<sup>38</sup> W doktrynie został wyrażony pogląd mówiący, że sąd pracy zobowiązany jest zawiesić postępowanie. Zob. A.M. Świątkowski, *op. cit.*, s. 173.

cywilny na rozstrzygnięcie w sprawie karnej znacznie przedłuża całą procedurę, stawia w niepewności oba spierające się podmioty, także narażając je na wysokie koszty procesu. Wydaje się, że dogodniejsze byłoby przeprowadzenie postępowania karnego i uprawomocnienie się orzeczenia pozwalającego na zaaplikowanie normy z art. 52 § 1 pkt 2 k.p. Jeszcze szybciej może się to odbyć w razie skorzystania przez oskarżonego z opcji, które przewidują art. 335 i 387 k.p.k.

Podsumowując poczynione w opracowaniu rozważania, wypada zauważyć, że opisywany przepis generuje niemałe wątpliwości. Poddając go analizie językowo-dogmatycznej, można dojść do wniosków, że nie jest on zsynchronizowany z systemem prawa karnego. Podjęte zostały próby wykazania sprzeczności tego unormowania z normami karnego prawa materialnego, zwłaszcza ze strukturą przestępstwa, ale i naczelnymi zasadami prawa procesowego. Wydaje się, że zaproponowana treść przepisu ograniczyłaby działania pracodawców, umniejszając ich znaczenie praktyczne. Można wyrazić nadzieję, że dawno niepodjęmowany temat ponownie zostanie wzięty pod rozważę.

### **The ‘unobvious obviousness’ – reflections about the crime being the legal basis of terminating the contact of employment according to the article 52 § 1 p. 2 of Polish Labour Code**

In the article the relationship between the regulation of article 52 § 1 pkt 2 Labour Code (called LC) that allows the employer to terminate a contract of employment without notice in case of committing an obvious crime by the employee and penal system was mentioned. The basic problems were presented in two ways – according to the regulations of the substantive criminal law and the procedural law. The thesis expressed in this text is really strict – analyzed provision of LC is not related to the penal system and requires a great change. In the authors opinion the labour responsibility is the kind of repressive liability and the norms of criminal law should be properly applicated. First of all, the manner in which the word ‘crime’ is understood by labour scholars needs to be changed. Secondly, the rules of criminal procedure included in article 5

§ 1 and 2 must be respected. In the last paragraph *de lege ferenda* proposals were shown.

Paweł Dębowski\*  
Magdalena Tokarska\*\*

## Dyspozycyjność stron w znowelizowanym Kodeksie postępowania karnego

Ustawa z dnia 27 września 2013 r., która weszła w życie 1 lipca 2015 r., miała na celu zwiększenie kontrydiktoryjności procesu karnego oraz poszerzenie zakresu zastosowania trybów konsensualnych. Obydwa te kierunki zmian kładą nacisk na dyspozycyjność stron. Dyspozycyjność w procesie karnym oznacza swobodę stron w rozporządzaniu prawami. Rozumiana jest jako uprawnienie stron do wpływania na sposób inicjowania procesu, jego przebieg, ewentualne modyfikacje i wreszcie jego zakończenie. W wyniku nowelizacji Kodeksu postępowania karnego z 27 września 2013 r. zwiększaniu uległ zakres dyspozycyjności stron. Prowadzi to do przekazania, w znacznym zakresie, zadania rozwiązania sprawy karnej stronom postępowania. Większa dyspozycyjność nie oznacza jednak sprywatyzowania procesu karnego. Porozumień konsensualnych nie należy natomiast traktować jako zagrożenia dla osiągnięcia sprawiedliwości prawnomaterialnej.

### 1. Uwagi wprowadzające

Głównym założeniem nowelizacji procedury karnej<sup>1</sup> jest dążenie do przyspieszenia i uproszczenia postępowania karnego oraz likwidacji jego

---

\* Doktorant w Katedrze Postępowania Karnego WPiA UJ.

\*\* Doktorantka w Katedrze Postępowania Karnego WPiA UJ.

<sup>1</sup> Ustawa z dn. 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1247), dalej jako „Nowelizacja 2015”.

zbędnej fasadowości. Środkiem do osiągnięcia tego celu jest zwiększenie kontrydiktoryjności procesu karnego. Z pola widzenia nie można jednak tracić, że w wyniku zmian procedury karnej poszerzeniu ulega również zakres zastosowania trybów konsensualnych. Te dwie płaszczyzny Nowelizacji 2015, tylko z pozoru sprzeczne, wykazują wiele elementów wspólnych. Obydwa te kierunki zmian kładą nacisk na dyspozycyjność stron, umożliwiając im wywieranie większego wpływu na rozstrzygnięcie o przedmiocie procesu karnego, którym jest odpowiedzialność prawna (głównie karna) oskarżonego za zarzucone mu przestępstwo<sup>2</sup>. Przedmiot ten jest zresztą realizowany w takim samym zakresie zarówno w konsensualnych trybach postępowania, jak i w procesie kontrydiktoryjnym.

Zestawienie kluczowych cech kontrydiktoryjności i konsensualizmu potwierdza prawdziwość powyższych twierdzeń. U podstaw kontrydiktoryjnego modelu procesu karnego leży założenie, że istnieje społeczny i prawny konflikt, polegający na sprzeczności interesów dwóch przeciwstawnych stron, z których każda zmierza do korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Z pojęciem kontrydiktoryjności nierozłącznie związany jest spór toczony przez przeciwników procesowych przed bezstronnym organem. Kontrydiktoryjny proces karny zakłada istnienie równości stron, ich aktywności w zmierzaniu do korzystnego rozstrzygnięcia oraz niezbędnego minimum dyspozycyjności<sup>3</sup>. Z kolei cechą charakterystyczną konsensualizmu jest zawieranie porozumień procesowych przez oskarżonego z oskarżycielem publicznym, pokrzywdzonym, a nawet organem procesowym, opartych na zasadzie *do ut des*. Zawierając porozumienie, oskarżony – w zamian za określone zachowanie – otrzymuje szansę uzyskania bardziej korzystnej decyzji niż ta, której mógłby oczekiwać bez takiego zachowania<sup>4</sup>. W konsensualizmie kluczowy jest zatem konsensus co do wzajemnych koncesji oskarżonego i oskarżyciela publicznego, a nie walka. Także jednak w tym modelu nacisk położony jest

---

<sup>2</sup> Zob. S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 26.

<sup>3</sup> Zob. szerszej: *Ibidem*, s. 274–277.

<sup>4</sup> Zob. S. Waltoś, „Porozumienia” w polskim procesie karnym *de lege lata i de lege ferenda* (*Próba oceny dopuszczalności*), PiP 7/1992, s. 38; K. Girdwoyń, *Konsensualny wymiar kary. Instytucje powszechnego procesu karnego*, Warszawa 2010, s. 22.

na autonomię stron. Konsensualizm związany jest bowiem nierozzerwalnie ze zwiększeniem dyspozycyjności oraz wprowadzeniem do modelu orzekania dodatkowych elementów kontradiktoryjności<sup>5</sup>. Nadto wskazać należy, że postrzeganie kontradiktoryjności jako hipotetycznej możliwości wdania się w spór, a nie jako samego faktu prowadzenia tego sporu, prowadzi do przyjęcia tezy o braku sprzeczności pomiędzy zawieraniem porozumień procesowych a zasadą kontradiktoryjności<sup>6</sup>.

Powyższe uwagi uzupełnić należy poprzez wskazanie, że nie jest możliwa pełna kontradiktoryjność postępowania. Model procesu karnego może być realizowany w większym bądź mniejszym zakresie. Kontradiktoryjność stanowi pewien model idealny, do którego zmierza ustawodawca. Założenie dążenia do modelu idealnego towarzyszy wszystkim debatom środowiskowym nad kształtem procesu karnego. Najważniejszym, fundamentalnym warunkiem procesu kontradiktoryjnego jest dyspozycyjność. Bez niej w ogóle nie można mówić o kontradiktoryjności i konsensualizmie. Zagadnienie to, rzadko poruszane w literaturze procesu karnego, będzie przedmiotem dalszych rozważań. Celem artykułu jest próba zdefiniowania pojęcia dyspozycyjności oraz określenia jej przejawów.

## 2. Pojęcie dyspozycyjności

Pojęcie dyspozycyjności powinno być rozpatrywane w odniesieniu do stron procesu. Stroną jest uczestnik postępowania, który działa w procesie we własnym imieniu, mając interes prawny w określonym rozstrzygnięciu o przedmiocie procesu<sup>7</sup>.

Punktem wyjścia do dalszej analizy problematyki dyspozycyjności stron będzie przyjęcie, że dyspozycyjność pozwala urzeczywistnić

---

<sup>5</sup> Zob. P. Kardas, *Konsensualne sposoby rozstrzygania w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego z dnia 10 stycznia 2004 r.*, Prok.iPr. 1/2004, s. 37–38.

<sup>6</sup> Zob. W. Jasiński, *Instytucje skazania bez rozprawy (art. 335 k.p.k.) oraz dobrowolnego poddania się odpowiedzialności karnej (art. 387 k.p.k.) na tle naczelnych zasad procesu karnego*, Prok.iPr. 9/2005, s. 30.

<sup>7</sup> S. Waltoś, P. Hofmański, *op.cit.*, s. 178.

kontradiktoryjność, innymi słowy: dyspozycyjność jest środkiem (sposobem) realizowania kontradiktoryjności<sup>8</sup>. Nie ma procesu kontradiktoryjnego bez dyspozycyjności. Umysłowienie sobie powyższego ma fundamentalne znaczenie dla dalszych rozważań. Bez prawidłowego zdefiniowania dyspozycyjności utrudnione będzie wskazanie jej przejawów w kontradiktoryjnym procesie karnym. Jednakże sprecyzowanie, na czym polega dyspozycyjność, nie jest zadaniem łatwym, bowiem w nauce procesu karnego brak jest na ten temat szerszych rozważań. Na fali krytyki dyspozycyjności w ujęciu prezentowanym na gruncie k.p.c., utożsamianej z niczym nieograniczonym prawem dysponowania przedmiotem procesu, podniesiono, że w procesie karnym, służącym interesom państwa i społeczeństwa, nie ma miejsca dla dyspozycyjności. Z tych względów problematyka ta, jeśli w ogóle była poruszana, to tylko w sposób marginalny<sup>9</sup>.

W procesie karnym (w odróżnieniu do procesu cywilnego) nie wyodrębnia się zasady dyspozycyjności, niemniej błędny byłby pogląd, iż w związku z tym dyspozycyjność obca jest procedurze karnej. Podejmując się próby zdefiniowania dyspozycyjności w procesie karnym, należy wskazać, że oznacza ona swobodę stron w rozporządzaniu swoimi prawami. Powinna być rozumiana jako uprawnienie stron do wpływania na sposób inicjowania procesu, jego przebieg, ewentualne modyfikacje i wreszcie jego zakończenie<sup>10</sup>. Innymi słowy: „dyspozycyjność» stanowi uprawnienie do wyboru najbardziej dogodnego zachowania się – w toku procesu – w celu uzyskania najkorzystniejszego rezultatu w zawiązanym sporze. Tak rozumiana »dyspozycyjność« odnosi się zarówno do przedmiotu procesu (tj. prawa stron do decydowania o wniesieniu lub niewniesieniu skargi, jej popieraniu lub wycofaniu w toku postępowania), jak i do środków procesowych, z których strony mogą korzystać dla

---

<sup>8</sup> Zob. B. Bieńkowska, *Dyspozycyjność stron w procesie karnym na tle zasady kontradiktoryjności*, PS 6/1994, s. 35.

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. 35 i powołana tam literatura. Na temat zasady dyspozycyjności w procesie cywilnym zob. W. Broniewicz, A. Marciniak, I. Kunicki, *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa 2014, s. 60–61.

<sup>10</sup> Zob. B. Bieńkowska, *op.cit.*, s. 34; S. Waltoś, P. Hofmański, *op.cit.*, s. 277; K. Dudka, *Aktywność oskarżyciela publicznego na rozprawie głównej w świetle zasady kontradiktoryjności*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawo w działaniu. Sprawy karne*, Warszawa 2012, nr 11, s. 10.

uzasadnienia swoich tez procesowych”<sup>11</sup>. Na problematykę dyspozycyjności spojrzeć należy przez pryzmat ciężaru dowodowego i odpowiedzialności za wynik procesu. W modelu kontradiktoryjnym obowiązek ten jest nałożony na strony postępowania. Podkreślenia wymaga, że skoro dyspozycyjność pojmowana jest jako wybór możliwie najkorzystniejszej w danej sytuacji taktyki<sup>12</sup>, to zasadne wydaje się twierdzenie, że także w konsensualnym nurcie rozstrzygania spraw karnych dyspozycyjność funkcjonuje i wyraża się nade wszystko w decyzji o skorzystaniu z trybu konsensualnego. Nietrudno powiązać z omawianą kwestią sytuację, w której, w wyniku takiej decyzji osiągnie się jeden z celów prawa karnego, jakim jest m.in. konieczność odpłaty za popełniony czyn, zaspokojenie społecznego poczucia zemsty i przyspieszenie postępowania.

Pomimo że dyspozycyjność jest podstawowym warunkiem kontradiktoryjnego procesu karnego, niedopuszczalne jest uznanie, iż ma ona charakter absolutny. Z uwagi na zasadę prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.), a także przynależność prawa karnego do prawa publicznego, niemożliwe jest całkowicie swobodne rozporządzanie przedmiotem procesu przez strony. Ustawowe ograniczenia dyspozycyjności przekładają się w sposób automatyczny na zakres kontradiktoryjnego modelu procesu karnego, a właściwie na stopień jego kontradiktoryjności<sup>13</sup>. Co więcej, jak zauważa się w doktrynie<sup>14</sup>, pełna dyspozycyjność byłaby wręcz zagrożeniem dla realizacji zasady prawdy materialnej.

Istotnym czynnikiem wpływającym na granice dyspozycyjności jest pozycja sądu. Im częściej podejmuje on czynności z urzędu i ma uprawnienie do kontrolowania dyspozycyjnych czynności stron, tym bardziej ograniczona zostaje kontradiktoryjność. Na zakres rozporządzalności przedmiotem procesu karnego i uprawnieniami procesowymi – oprócz czynników normatywnych – mają także wpływ czynniki natury pragmatycznej. Prawo karne procesowe stosowane jest w sposób niejednolity, odmienny w zależności od konkretnej jednostki sądownictwa czy prokuratury, osobowości i postawy sędziego czy prokuratora. Występujące

---

<sup>11</sup> B. Bieńkowska, *op.cit.*, s. 34.

<sup>12</sup> S. Waltoś, P. Hofmański, *op.cit.*, s. 277.

<sup>13</sup> B. Bieńkowska, *op.cit.*, s. 46.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 36.

w praktyce tendencje do ograniczania aktywności stron, których wyrazem jest chociażby kultura prowadzenia rozprawy, wpływają na zakres korzystania z procesowych uprawnień stron, jakże często powodując ich bierność i bezczynne oczekiwanie na rozstrzygnięcie sprawy przez sąd<sup>15</sup>. Taka praktyka z pewnością nie zasługuje na aprobatę, bowiem może przyczynić się do niczym nieusprawiedliwionego ograniczania aktywności stron postępowania tylko z uwagi na indywidualne cechy prowadzącego postępowanie, powodując trudności w dotarciu do prawdy materialnej. Nie można zaakceptować sytuacji, w której strony na etapie postępowania sądowego są jedynie obserwatorami.

### 3. Przejawy dyspozycyjności

Nie sposób definiować pojęcia dyspozycyjności bez odwoływania się do jej przejawów w postępowaniu karnym. Na pierwszy plan wysuwa się możliwość odstąpienia od oskarżenia, a dokładnie swoboda stron co do decydowania o zakresie ich uczestniczenia w procesie i dysponowania przedmiotem procesu w ogóle. W tym aspekcie zasada dyspozycyjności w perspektywie nowelizacji uległa wzmocnieniu. Zgodnie z wcześniejszym brzmieniem art. 14 § 2 k.p.k., odstąpienie oskarżyciela publicznego od wniesionego oskarżenia nie wiązało sądu. Natomiast obecnie, na skutek Nowelizacji 2015, w toku przewodu sądowego przed sądem pierwszej instancji, w przypadku cofnięcia aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego, od zgody oskarżonego zależy, czy sąd umorzy postępowanie na podstawie art. 17 § 1 pkt 9 k.p.k. z uwagi na brak skargi uprawnionego oskarżyciela. Oskarżony decyduje o tym, czy w takiej sytuacji będzie dążył do uniewinnienia, które w opinii społeczeństwa ma wymiar pozytywny. Warto wspomnieć również o zmianach art. 54 § 2 k.p.k., według którego cofnięcie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego nie pozbawia uprawnień oskarżyciela posiłkowego, zaś pokrzywdzony, który uprzednio nie korzystał z uprawnień oskarżyciela posiłkowego, może w terminie 14 dni od powiadomienia go o cofnięciu przez oskarżyciela publicznego aktu oskarżenia oświadczyć, że przystępuje do postępowania jako oskarżyciel posiłkowy.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 48–49.

Ważnym czynnikiem wpływającym na zakres dyspozycyjności stron, umożliwiającym im dokonanie wyboru najsukcesowniejszej taktyki działania w procesie, jest instytucja zapoznania z materiałami postępowania przygotowawczego. Samo zapoznanie z materiałami postępowania jest już przejawem dyspozycyjności, ponieważ wiąże się z możliwością wpływania na dalszy tok postępowania, np. złożenia wniosku o uzupełnienie materiału dowodowego<sup>16</sup>. Nie powinno budzić wątpliwości, że wiedza o informacjach, które posiada organ procesowy, umożliwia podjęcie skutecznej reakcji na wszelkie wynikające z nich konsekwencje, a w rezultacie dokonanie wyboru najkorzystniejszego sposobu działania w postępowaniu sądowym. Także w tym aspekcie Nowelizacja 2015 poszerza dotychczasowy zakres dyspozycyjności stron. Zgodnie z art. 321 k.p.k., uprawnienie do końcowego zapoznania się z materiałami postępowania przygotowawczego posiada już nie tylko podejrzany i jego obrońca, ale także pokrzywdzony i jego pełnomocnik. Przyznanie pokrzywdzonemu uprawnienia do zapoznania się z materiałami postępowania może wywrzeć wpływ na podjęcie przez niego decyzji o zadysponowaniu swoimi prawami w postaci złożenia oświadczenia o działaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego, czy też w kwestii ewentualnego sprzeciwu co do zastosowania konsensualnych metod rozstrzygnięcia sprawy.

Istotnym przejawem dyspozycyjności jest także przyznanie stronom inicjatywy dowodowej, prawa do zadawania pytań osobowemu źródłem dowodowym oraz prawa do wypowiadania się odnośnie do przeprowadzonych dowodów<sup>17</sup>. Kontradiktoryjny proces karny, w którym równouprawnione strony toczą spór przed niezawisłym i bezstronnym sądem, wymaga, aby to strony prowadziły postępowanie dowodowe, wpływając w ten sposób na przebieg postępowania<sup>18</sup>. Dotychczasowe regulacje pro-

---

<sup>16</sup> Zob. J. Żylińska, *Prawo pokrzywdzonego do informacji procesowej*, Prok.iPr. 6/2015, s. 57.

<sup>17</sup> Zob. K. Dudka, *op.cit.*, s. 10.

<sup>18</sup> Zob. jednak J. Duży, *Zasada prawdy w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, PiP 5/2015, s. 69, który krytycznie odnosi się do możliwości dojścia do prawdy materialnej po 1 lipca 2015 r., ponieważ wynik procesu karnego – jego zdaniem – będzie tak naprawdę zależał od aktywności stron i jakości przedstawianych przez nie dowodów.

cesowe, choć zawierały wiele przepisów wzmacniających kontradiktoryjny charakter rozprawy głównej, nie były stosowane w praktyce, a zjawiskiem powszechnym było wykazywanie przez sąd inicjatywy dowodowej oraz przeprowadzanie postępowania dowodowego. Poszerzenie zakresu kontradiktoryjności, będące celem Nowelizacji 2015, pociąga za sobą fundamentalne zmiany w sposobie przeprowadzania dowodów przed sądem. Zgodnie ze znowelizowanym art. 167 § 1 k.p.k., dowody są przeprowadzane zasadniczo przez strony. W rezultacie to strony stały się dysponentami postępowania dowodowego, odpowiedzialnymi za wynik procesu. Poszerzenie dyspozycyjności wyraża się także poprzez zmianę zasad przeprowadzania przesłuchania. Stosownie do znowelizowanego art. 370 k.p.k., w wypadku przeprowadzania dowodu z zeznań świadka przez stronę, zawsze ona będzie zadawać pytania osobie przesłuchiwanej w pierwszej kolejności, a członkowie sądu będą mieli takie uprawnienie tylko wyjątkowo i czynić to będą zawsze w ostatniej kolejności (art. 370 § 2 i 3 k.p.k.). Tym samym to strony, a nie skład orzekający, winny odgrywać decydującą, aktywną rolę podczas przeprowadzenia dowodów ze źródeł osobowych. Przejawem dyspozycyjności, a zarazem standardem rzetelnego procesu karnego, jest także prawo każdej ze stron do wypowiedzenia się co do każdej kwestii, która podlega rozstrzygnięciu przez sąd (art. 367 k.p.k.).

Dyspozycyjność, rozumiana jako uprawnienie strony do wpływania na przebieg procesu, wyraża się nadto w prawie do zaskarżania decyzji procesowych, które naruszają jej prawa lub szkodzą jej interesom. To strona postępowania, dążąc do osiągnięcia najkorzystniejszego dla siebie rozstrzygnięcia, decyduje o zainicjowaniu postępowania odwoławczego w drodze wniesienia środka odwoławczego (art. 425 § 1 k.p.k.). Nowelizacja 2015 poszerza także i w tym kontekście zakres dyspozycyjności, przyjmując, iż to strona powinna decydować o tym, w jakim zakresie i w aspekcie jakich uchybień, których dopuścił się według niej sąd *a quo*, powinna przebiegać kontrola odwoławcza. W rezultacie, zgodnie ze znowelizowanym art. 433 § 1 k.p.k., sąd *ad quem* zobowiązany jest do rozpoznania wniesionego środka odwoławczego w granicach zaskarżenia i podniesionych zarzutów<sup>19</sup>. Wyjście poza te granice dopuszczalne jest

---

<sup>19</sup> Zob. T. Grajcar, *Granice środka odwoławczego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Prok.iPr. 7–8/2015, s. 56.

wyłącznie w sytuacji stwierdzenia warunków z art. 435, art. 439 § 1, art. 440 i art. 455 k.p.k.

Nie sposób nie zaliczyć do przejawów dyspozycyjności instytucji przewidzianych w art. 335 k.p.k. (tzw. skazanie bez przeprowadzania rozprawy), art. 338a k.p.k. i art. 387 k.p.k. (tzw. dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej). Te swoiste porozumienia kończące postępowanie karne należy w omawianym aspekcie dyspozycyjności traktować jako „rozwiązanie zmierzające do zapewnienia większej akceptacji rozstrzygnięć zapadających w sprawach karnych oraz do stworzenia dodatkowych możliwości osiągnięcia porozumienia między oskarżonym a pokrzywdzonym odnośnie naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody, a więc realizacji funkcji kompensacyjnej procesu karnego”<sup>20</sup>. Nie można nie docenić istoty tego zagadnienia, z racji chociażby statystyk powoływanych przez przedstawicieli nauki procesu karnego. W. Jasiński zauważa, że: „Trudno byłoby sobie dziś wyobrazić jego sprawne funkcjonowanie bez obu tych form konsensualnego zakończenia postępowania karnego. Wyraźnie dowodzą tego statystyki, wskazujące, że w skali całego kraju ponad połowa spraw zakończonych skazaniem następuje w trybie skazania bez rozprawy oraz dobrowolnego poddania się odpowiedzialności karnej”<sup>21</sup>.

Uregulowanie art. 335 k.p.k. stanowi rozwiązanie wzorowane na włoskim *patteggiamento*<sup>22</sup>, w której sąd może wydać wyrok na posiedzeniu, na podstawie wniosku prokuratora dołączonego do aktu oskarżenia, za zgodą oskarżonego, za każdy występki, jeśli uzna, że okoliczności popełnienia przestępstwa nie budzą wątpliwości, a postawa oskarżonego wskazuje, że cele postępowania zostaną osiągnięte, i wymierzyć w myśl art. 343 k.p.k. łagodniejszą karę. W perspektywie omawianych zagadnień bardzo ważną zmianą, którą wprowadza Nowelizacja 2015, jest zagwarantowanie pokrzywdzonemu prawa sprzeciwu wobec wydania wyroku bez przeprowadzenia rozprawy (§ 3a), a także wyraźne zapisanie

---

<sup>20</sup> W. Jasiński, *Porozumienia procesowe w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, Prok.iPr. 10/2014, s. 6.

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 5–6.

<sup>22</sup> A. Marek, *Konsensualny model rozstrzygania spraw w procesie karnym*, [w:] J. Czapska, A. Gaberle, A. Świątłowski, A. Zoll (red.), *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 64.

w § 3b, że sąd może uzależnić uwzględnienie wniosku od dokonania w nim wskazanej przez siebie zmiany, zaakceptowanej przez prokuratora i oskarżonego.

Skrócona rozprawa bądź też dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej (art. 387 k.p.k.) to odpowiednik włoskiego *processo abbreviato*<sup>23</sup>, w którym do chwili zakończenia pierwszego przesłuchania na rozprawie głównej wszystkich oskarżonych, oskarżony może złożyć wniosek o wydanie wyroku skazującego i wymierzenie mu kary bez przeprowadzania postępowania dowodowego. Sąd może natomiast uwzględnić taki wniosek, jeśli okoliczności popełnienia przestępstwa nie budzą wątpliwości i jednocześnie prokurator ani pokrzywdzony nie zgłoszą sprzeciwu. Jest to kolejny przypadek, w którym pokrzywdzony ma prawo do decyzji o przebiegu procesu karnego.

Obydwie wskazane instytucje, zarówno skazanie bez rozprawy (art. 335 k.p.k.), jak też dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej (art. 338a k.p.k., art. 387 k.p.k.) poprzez porozumienie się z organami wymiaru sprawiedliwości, stanowią jeden ze środków realizacji własnego interesu w procesie karnym<sup>24</sup>.

Kodeks postępowania karnego przewiduje również bezpośrednie porozumiewanie się oskarżonego z pokrzywdzonym co do możliwości, warunków, sposobu i terminu naprawienia szkody lub zadośćuczynienia uzasadniającego warunkowe umorzenie postępowania (art. 341 § 3 k.p.k.). Co więcej, oskarżony i pokrzywdzony mogą złożyć wniosek, gdy wystąpi potrzeba uzgodnień i wówczas sąd zarządza przerwę albo odraza posiedzenie.

Nie bez znaczenia dla dyspozycyjności po stronie oskarżonego pozostaje możliwość jego sprzeciwu w przedmiocie warunkowego umorzenia postępowania. W przypadku nawet uznania przez sąd, że warunkowe umorzenie postępowania jest zasadne, w takiej sytuacji sąd musi skierować sprawę na rozprawę (art. 341 § 2 k.p.k.).

O dyspozycyjności stron w procesie karnym świadczy także mediacja (art. 23a k.p.k.), której zadaniem jest ułatwienie dojścia stronom do porozumienia. Może ona mieć miejsce zarówno w stadium postępowania przygotowawczego, jak i jurysdykcyjnego.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> W. Jasiński, *Instytucje...*, s. 29.

Przytoczone powyżej przykłady dyspozycyjności stron w postępowaniu karnym, pomimo iż liczne, nie powinny prowadzić do konkluzji, że przejawami dyspozycyjności są wszelkie czynności stron dokonywane w toku postępowania, a wywierające jakikolwiek wpływ na jego przebieg. Istotą dyspozycyjności jest swobodne rozporządzanie prawami, które wywierają wpływ na rozstrzygnięcie w przedmiocie procesu karnego, tj. w kwestii odpowiedzialności karnej sprawcy za zarzucone mu przestępstwo<sup>25</sup>. W tym rozumieniu skorzystanie ze swoich praw nie zawsze jest przejawem dyspozycyjności. Jest nim tylko wtedy, gdy w jakimś stopniu ukierunkowuje postępowanie. Oznacza to m.in., że jako dyspozycyjność nie może być traktowane samo złożenie zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, ponieważ ono w żaden sposób nie kreuje procesu karnego.

#### 4. Ryzyko „prywatyzacji” procesu

Zwiększanie dyspozycyjności stron w procesie karnym, będące rezultatem przyznania im szeregu uprawnień w zakresie wpływania na przebieg procesu karnego, prowadzi mimowolnie do prywatnej konfrontacji stron i istotnego pomniejszania roli organów procesowych<sup>26</sup>. Powstaje zatem obawa, czy zwiększanie dyspozycyjności (a tym samym także kontradiktoryjności), nie doprowadzi do powstania negatywnych konsekwencji związanych z tzw. prywatyzacją procesu karnego.

By wykluczyć wszelkie wątpliwości i rozwiązać obawy co do zasadności rozszerzania zakresu dyspozycyjności w procesie karnym, konieczne jest w pierwszej kolejności zdefiniowanie pojęcia „prywatyzacji” procesu. Uprawione jest twierdzenie, że prywatyzację procesu należy zawsze ujmować *a contrario*. Jest to zjawisko wyjątkowe w tym sensie, że dotyczy wyłączenia bądź ograniczenia działalności organów państwowych. Prywatyzacja procesu polega na stopniowym przekazywaniu kompetencji tradycyjnie zagwarantowanych dla organów państwowych

---

<sup>25</sup> Zob. B.T. Bieńkowska, *Wybrane zagadnienia „praw stron do sporu” w polskim procesie karnym*, Studia Iuridica XXXIII/1997, s. 28.

<sup>26</sup> M. Rogacka-Rzewnicka, *O zjawisku „prywatyzacji” („cywilizacji”) prawa karnego w świetle koncepcji celu postępowania karnego. Krótki rys historycznoprawny*, Prok.iPr. 1–2/2010, s. 252.

w ręce stron postępowania. Zjawisko to zostało już zauważone w nauce procesu karnego. Jak twierdzi M. Rogacka-Rzewnicka: „Dotychczas niepodzielnie publiczny proces karny ulega przeobrażeniom w kierunku ucywilnienia, dzięki instytucjom powierzającym, w znacznym zakresie, prywatnym stronom postępowania zadanie rozwiązywania sprawy karnej”<sup>27</sup>.

Czy zatem dyspozycyjność, której przejawem jest m.in. możliwość powołania dowodu prywatnego powstałego poza postępowaniem karnym nawet dla jego celów, kontraktowe sposoby rozwiązywania sporów, udział w procesie wyspecjalizowanych organów, czy też nawet możliwość odbywania kary w systemie dozoru elektronicznego, nie stanowi „sprywatyzowania” procesu karnego w zbyt dużym zakresie? Czy zwiększenie kontrydiktoryjności nie stoi w sprzeczności z publicznym charakterem prawa karnego?

Udzielając odpowiedzi na postawione pytania, należy pamiętać, że współczesny proces karny zmierza do sprawnego i możliwie najszybszego załatwienia sprawy karnej oraz wyrównania szkód wyrządzonych przez przestępstwo. Nie wydaje się zatem uzasadnionym, aby cele te w perspektywie „niepełnego” modelu kontrydiktoryjnego, uwzględniając szerszy zakres dyspozycyjności po nowelizacji, mogły zaburzyć rolę organów państwowych w trakcie procesu karnego. Raczej nadmierny formalizm wielu czynności może nie tylko przedłużyć procedowanie, a wręcz być przeszkodą dla osiągnięcia sprawiedliwości społecznej i zapewnienia gwarancji procesowych uczestnikom procesu. Trzeba zauważyć, że nawet przy założeniu ograniczania kompetencji organów państwowych, to nad prawidłowością całego procesu i tak zawsze czuwa sąd. Sąd, właśnie z uwagi na niezawisłość i bezstronność orzekania, jest przecież w stanie zachować dystans w stosunku do „sprywatyzowanych” czynności w procesie karnym, co stanowi gwarancję swobodnej oceny.

Za pozytywną oceną tego kierunku przemawia również fakt, że prawo karne i proces karny pełnią różne funkcje, a nie tylko funkcję represyjną. Współczesny proces karny zmierza także do wyrównania szkód wyrządzonych przestępstwem. Tzw. funkcja kompensacyjna prawa karnego wiąże się z możliwością porozumienia się pokrzywdzonego ze sprawcą

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 248.

przestępstwa i odzyskania dzięki temu utraconych dóbr w zamian za ograniczenie odpowiedzialności karnej. W praktyce najczęściej ma się do czynienia z dwiema sytuacjami związanymi z omawianą kwestią. Pokrzywdzony przestępstwem ma do wyboru porozumienie się ze sprawcą i odzyskanie środków w zamian za umożliwienie redukcji odpowiedzialności karnej sprawcy, albo rezygnację ze środków majątkowych i odmowę zawarcia ze sprawcą porozumienia, które najczęściej prowadzi do najsurowszego ukarania. Nie może budzić żadnych zastrzeżeń twierdzenie, że prawo jest wyrazem dążenia ustawodawcy do osiągnięcia aprobowanych przez niego stanów rzeczy, natomiast prawo karne stanowi swoisty dodatkowy zespół środków, który umożliwia realizację tych celów. Umożliwienie stronom większego wpływu na proces karny (zwiększenie zakresu dyspozycyjności), przy jednoczesnym poszukiwaniu równowagi w zapewnieniu sądowi panowania nad procesem, nie stanowi zagrożenia dla zasady legalizmu.

## 5. Konkluzje

Podsumowując, wskazać należy, że zarówno kontradiktoryjność, jak i nurt konsensualny cechują się daleko idącą dyspozycyjnością. Nie byłoby w ogóle możliwe istnienie kontradiktoryjnego modelu procesu karnego, gdyby strony nie miały możliwości decydowania o zainicjowaniu postępowania i jego przebiegu. Gdyby nie dyspozycyjność, nie byłoby też w ogóle możliwe funkcjonowanie konsensualizmu, który zakłada swobodną decyzję stron w przedmiocie skorzystania z konsensualnego trybu zakończenia postępowania karnego. Dokonujące się na naszych oczach przemiany modelu procesu karnego, mające na celu zwiększenie zakresu kontradiktoryjności, automatycznie powodują zwiększenie zakresu dyspozycyjności stron i odwrotnie.

Dzieje się tak dlatego, że dyspozycyjność jest warunkiem *sine qua non* kontradiktoryjności. Innymi słowy, dyspozycyjność jest jednym z elementów kontradiktoryjności, pozwalającym ją urzeczywistnić; jest środkiem (sposobem) realizowania kontradiktoryjności. Uprawniona jest teza, że w wyniku Nowelizacji 2015 doszło do zwiększenia zakresu dyspozycyjności stron, czego przykładem jest m.in. zwiększenie uprawnień pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym.

Dokonana analiza prowadzi do wniosku, że wprowadzone zmiany przyczyniają się do większego aktywizowania stron procesu karnego, a tym samym poszerzenia zakresu dyspozycyjności<sup>28</sup>. Oznacza to, że pojęcie dyspozycyjności stron nabiera szczególnego znaczenia na gruncie nowelizacji procedury karnej. Jak wskazuje się w doktrynie: „Obserwowana ewolucja przebiega w kierunku uczynienia stron procesowych aktywnymi uczestnikami postępowania, a nie tylko biernymi adresatami władczych rozstrzygnięć sądu”<sup>29</sup>.

Kierunek dokonywanych zmian należy ocenić pozytywnie. Umożliwienie stronom, w znacznie szerszym niż dotychczas zakresie, wpływu na przebieg procesu, tj. jego wszczęcie, dalszy tok i zakończenie, zwłaszcza w przypadku konsensualnych trybów zakończenia procesu karnego, może przyczynić się do przyspieszenia postępowania karnego i wygaszenia istniejącego konfliktu. Równocześnie wykluczyć należy obawę, że strony przejmą kompetencje władczego rozstrzygania sprawy karnej, dotychczas zastrzeżone dla niezawisłego sądu. Większa dyspozycyjność nie oznacza sprywatyzowania procesu karnego, a porozumień konsensualnych nie należy traktować jako zagrożenia dla osiągnięcia sprawiedliwości prawnomaterialnej.

## Disposition in the amended Code of Criminal Procedure

The Act of 27 September 2013, which enters into force on 1st July 2015, is aimed at an increase of the adversarial nature of criminal proceedings and extension of the scope of application of consensual procedures. Both of those directions of change put emphasis on the disposition of the parties. In criminal proceedings disposition is construed as liberty

---

<sup>28</sup> Zob. W. Jasiński, *Instytucje...*, s. 33: „Jak się wydaje, największe znaczenie ma w polskim procesie karnym tendencja do aktywizowania stron procesowych. Wyrazem tego trendu jest coraz większa kontrydiktoryjność postępowania, obecna nawet w postępowaniu przygotowawczym. Dalszym krokiem w uaktywnianiu stron procesu jest zwiększanie zakresu dysponowania przez nie przedmiotem sporu. Wprowadzenie porozumień procesowych wydaje się być wyraźnym tego symptomem”.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 33-34.

in the disposition of rights. It is understood as the parties' right to influence the manner in which the proceedings are initiated, their course, make some possible modifications and, finally, influence its conclusion. As a result of the amendment of the Code of Criminal Procedure of 27 September 2013, the scope of parties' disposition has changed. It results in handing over a large scope of the resolution of a criminal case to the parties to the proceeding. However, increased disposition does not mean that the criminal proceedings have been privatised. Whereas consensual agreements should not be construed as a threat to the achievement of legal and material justice.

Ewa Grzęda\*

## Wybrane problemy realizacji formalnego aspektu prawa do obrony w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym

Artykuł poświęcony jest kwestiom dotyczącym prawa do korzystania z pomocy obrońcy w postępowaniu (tzw. formalny aspekt prawa do obrony) przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym przy uwzględnieniu pewnych problematycznych aspektów wynikających z interpretacji Statutu Rzymskiego stanowiącego podstawę funkcjonowania Trybunału. Regulacja zawarta w Statucie Rzymskim nie jest pozbawiona wad. Dla przykładu, żaden przepis regulujących status obrońcy nie daje gwarancji, że w najbardziej newralgicznym momencie, jakim jest zatrzymanie lub aresztowanie podejrzany będzie wiedział o przysługujących mu prawach do korzystania z pomocy obrońcy. W tekście zanalizowano krytycznie kwestię ustanawiania obrońcy w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym, przy uwzględnieniu trzech odmiennych trybów, w których osoba, której postawiono zarzuty może otrzymać pomoc profesjonalnego zastępcy procesowego, a w szczególności problem wskazywania przez oskarżonego (podejrzanego) w sposób wiążący obrońcy, którego Trybunał ustanowi mu z urzędu. Z analizy przepisów Statutu Rzymskiego wynika, że oskarżonemu (podejrzanemu) w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym nie przysługuje wiążące prawo do imiennego wskazania osoby obrońcy w każdym przypadku, a jedynie wówczas, gdy sam dokonuje ustanowienia swego obrońcy. Ostatnią analizowaną kwestią jest problematyka poufności w kontaktach obrońcy i jego klienta w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym. Nie budzi wątpliwości, iż prawo do obrony w aspekcie formalnym może być re-

---

\* Doktorantka w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikantka adwokacka w Krakowskiej Izbie Adwokackiej.

alizowane wyłącznie w sytuacji zagwarantowania pełnej autonomii informacyjnej, a uregulowania Statutu Rzymskiego i aktów powiązanych nie gwarantują takiej pełnej autonomii. Trudno mówić bowiem nawet o nieefektywnym korzystaniu z tego prawa w sytuacji, gdy organy wymiaru sprawiedliwości uzyskują informacje, które oskarżony powierza w zaufaniu swemu obrońcy, licząc, iż wiedza ta nigdy nie zostanie wykorzystana przeciwko niemu, a co może nastąpić w sytuacji określonej w Regule 73 ust. 1 b.

## 1. Wprowadzenie

Prawo do obrony stanowi bez wątpienia jedną z najważniejszych i fundamentalnych gwarancji przysługujących podejrzanemu lub oskarżonemu w toku procesu karnego – tak przed krajowymi organami wymiaru sprawiedliwości, jak i przed ich międzynarodowymi odpowiednikami. Jako zasada postępowania karnego wynika w aspekcie międzynarodowym m.in. z art. 6 ust. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności<sup>1</sup> i z art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych<sup>2</sup>, a w postępowaniu przed Międzynarodowym

---

<sup>1</sup> Każdy oskarżony o popełnienie czynu zagrożonego karą ma co najmniej prawo do: a) niezwłocznego otrzymania szczegółowej informacji w języku dla niego zrozumiałym o istocie i przyczynie skierowanego przeciwko niemu oskarżenia; b) posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony; c) bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony - do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości; d) przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia oraz żądania obecności i przesłuchania świadków obrony na takich samych warunkach jak świadków oskarżenia; e) korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli nie rozumie lub nie mówi językiem używanym w sądzie.

<sup>2</sup> Ust. 3. Każda osoba oskarżona o popełnienie przestępstwa ma prawo, na zasadach pełnej równości, co najmniej do następujących gwarancji: a) otrzymania niezwłocznie szczegółowej informacji w języku dla niej zrozumiałym o rodzaju i przyczynie oskarżenia; b) dysponowania odpowiednim czasem i możliwościami w celu przygotowania obrony i porozumienia się z obrońcą przez siebie wybranym; c) rozprawy bez nieuzasadnionej zwłoki; d) obecności na rozprawie, bronięcia się osobiście lub przez obrońcę przez siebie wybranego; do otrzymania informacji, jeżeli nie posiada obrońcy, o istnieniu powyższego prawa oraz posiadania obrońcy wyznaczonego dla niej w każdym przypadku, kiedy interesy sprawiedliwości tego wymagają, bez ponoszenia kosztów obrony w przypadkach, kiedy oskarżony nie posiada dostatecznych środków na ich pokrycie; e) przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia i zapewnienia obecności i przesłuchania świadków obrony na

Trybunałem Karnym<sup>3</sup> m.in. z art. 55, 56, 63 i 67 Statutu Rzymskiego.<sup>4</sup> Istota prawa do obrony polega na umożliwieniu oskarżonemu (podejrzanemu) kwestionowania formułowanych przeciw niemu zarzutów lub przemawiających przeciwko niemu dowodów, a także przedstawiania dowodów na poparcie własnych twierdzeń. W doktrynie odróżnia się dwa aspekty tego prawa: możliwość obrony formalnej, którą rozumie się jako działalność w procesie ustanowionego obrońcy, będącego fachowym pełnomocnikiem jego interesów oraz obronę materialną, którą jest ogół działań samego oskarżonego.

Z uwagi na ograniczone ramy niniejszej pracy, a także odmienność problemów odróżniających oba rodzaje prawa do obrony, rozważaniom zostanie poddany wyłącznie aspekt formalny tej gwarancji procesowej. W szczególności, zbadana zostanie kwestia czy regulacje dotyczące obrony przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym są w stanie zapewnić urzeczywistnienie idei sprawiedliwego procesu w tym aspekcie, biorąc pod uwagę rzecz jasna, odmienności w tradycjach procesowych. Sygnatariuszami Statutu Rzymskiego są bowiem państwa należące do różnych kultur prawnych, w różnoraki sposób wyrażające w swych ustawodawstwach pryncypia procesu karnego.

Zapewnienie oskarżonemu (podejrzanemu) prawa do korzystania z pomocy profesjonalnego obrońcy wydaje się oczywistą koniecznością przede wszystkim z uwagi na doniosłość zarzutów stawianych osobie, której odpowiedzialność ma być ustalana. Międzynarodowy Trybunał Karny (dalej również: MTK) jest pierwszym stałym organem sądowym powołanym do ścigania najpoważniejszych naruszeń prawa humanitarnego, funkcjonującym w oparciu o zasadę komplementarności i mają-

---

tych samych warunkach, co świadków oskarżenia; f) korzystania z bezpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli oskarżony nie rozumie lub nie mówi językiem używanym w sądzie; g) nieprzymuszania do zeznawania przeciwko sobie lub do przyznania się do winy.

<sup>3</sup> Powołany został do życia 17 lipca 1998 r. w Rzymie na mocy umowy międzynarodowej. Polska podpisała Statut rzymski 9 kwietnia 1999 r., a następnie ratyfikowała go 12 listopada 2001 r., stając się jednym z państw-założycieli Trybunału. Zob. Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, Dz.U. 2003, Nr 78, poz. 708.

<sup>4</sup> Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r., (Dz. U. z dnia 9 maja 2003 r. nr 78 poz. 708).

cym jurysdykcję wyłącznie w wypadku niezdolności lub braku woli państwa do wszczęcia postępowania przeciwko osobie, której stawiane są tak poważne zarzuty.<sup>5</sup> Przedmiotem postępowania jest bowiem ustalenie odpowiedzialności za popełnienie najpoważniejszych przestępstw przeciwko międzynarodowemu prawu humanitarnemu: zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni ludobójstwa, zbrodni wojennych i zbrodni agresji.

Statut rzymski przewiduje dwie kategorie obrońców — ustanowionych samodzielnie przez oskarżonego lub powołanych z urzędu, po stwierdzeniu zaistnienia określonych warunków. Oskarżony może zrezygnować z pomocy obrońcy i samodzielnie realizować obronę materialną w procesie. Trybunał może także uznać, że interes wymiaru sprawiedliwości wymaga, by udział fachowego pełnomocnika w postępowaniu miał charakter obligatoryjny.

## **2. Rola obrońcy w postępowaniu przygotowawczym przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym**

W Statucie regulującym postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym gwarancje zapewniające pomoc obrońcy po raz pierwszy pojawiają się na gruncie postępowania przygotowawczego.<sup>6</sup> Zgodnie z art. 55 ust. 2 tego aktu, „jeżeli istnieją podstawy do podejrzeń, że osoba popełniła zbrodnię podlegającą jurysdykcji Trybunału i ma zostać przesłuchana przez Prokuratora albo przez organy krajowe (...), osobie tej przysługują następujące uprawnienia, o których należy ją pouczyć przed rozpoczęciem przesłuchania: (...) (c) prawo do korzystania z pomocy ustanowionego przez siebie obrońcy lub, jeżeli osoba ta nie posiada

---

<sup>5</sup> P. Wiliński, *Prawo do obrony w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym*, RPEiS 2005, z. 1, s. 109.

<sup>6</sup> Odstępstwem od reguły określonej w art. 55 ust. 2 są sytuacje, gdy zachodzi konieczność przeprowadzenia czynności niepowtarzalnych, a osoba podejrzana nie ma ustanowionego obrońcy. W takim przypadku obrońcę wyznacza Izba Przygotowawcza Trybunału (Art. 56 ust. 2 pkt d mówi „upoważnieniu obrońcy osoby, która została aresztowana lub stawiała się przed Trybunałem na wezwanie, do uczestniczenia w czynnościach lub - jeżeli aresztowanie jeszcze nie nastąpiło lub osoba nie stawiała się lub obrońca nie został jeszcze wyznaczony - wyznaczeniu innego obrońcy do stawiania się i reprezentowania interesów obrony”). W szczególnych okolicznościach profesjonalny pełnomocnik może zostać wyznaczony jeszcze przed wszczęciem postępowania przygotowawczego, co dzieje się na wniosek Prokuratora (R 47 RDP).

obrońcy ustanowionego przez siebie, prawo do obrońcy wyznaczonego z urzędu, w razie gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości, oraz do bezpłatnego obrońcy, jeżeli osoba ta nie posiada wystarczających środków na pokrycie kosztów obrońcy; oraz (d) prawo do bycia przesłuchiwanym w obecności obrońcy, chyba że osoba ta dobrowolnie zrzekła się prawa do korzystania z pomocy obrońcy”.

Obowiązek pouczenia o powyższych prawach aktualizuje się zatem jeszcze przed przystąpieniem do przesłuchania podejrzanego i obejmuje nie tylko poinformowanie o samym fakcie możliwości korzystania z pomocy obrońcy, ale także o tym, że może wnioskować o przyznanie obrońcy bez konieczności ponoszenia kosztów obrony, gdy nie jest w stanie ich ponieść, a także o tym, że Trybunał może – z uwagi na dobro wymiaru sprawiedliwości – uznać, że osoba ta potrzebuje profesjonalnego pełnomocnika, nawet gdyby sama go nie ustanowiła ani nie wnioskuje o niego. Uznać przy tym należy, że pouczenie o prawie do realizacji formalnego aspektu obrony winno być przekazane podejrzanemu w sposób dla niego zrozumiały, a także obejmujący podstawowe instrukcje co do postępowania zmierzającego do uzyskania obrońcy. Z uwagi na międzynarodowy charakter Trybunału, a także odmiennosc porządków prawnych w różnych częściach świata, nie sposób oczekiwać, by pozostawiony samemu sobie podejrzany był w stanie zrealizować skutecznie swoje uprawnienie po zapoznaniu go wyłącznie z treścią art. 55 Statutu.

Przyznanie podejrzanemu prawa do korzystania z pomocy obrońcy już na etapie postępowania przygotowawczego należy ocenić jednoznacznie pozytywnie, zwłaszcza że uprawnienie takie wciąż nie jest powszechnie gwarantowane na gruncie prawa międzynarodowego. Nie oznacza to jednak, że regulacja art. 55 ust. 2 pozbawiona jest wad. Jak słusznie zauważa M. Płachta: „artykuł 55 Statutu pominął fakt, że zaraz po aresztowaniu, czy zatrzymaniu osoba ta powinna mieć możliwość skontaktowania się z adwokatem, a więc również być powiadomiona o tym prawie”.<sup>7</sup> Jedyną cezurą czasową określoną w Statucie jest prze-

---

<sup>7</sup> M. Płachta, *Prawo do obrony przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym*, Pal. 2002 r., z. 9-10, <http://www.palestra.pl/index.php?go=artykul&id=731>, dostęp: 23.02.2014.

sluchanie przez Prokuratora lub organy krajowe, przed którym winno nastąpić omawiane pouczenie. Posiłkując się treścią art. 14 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych dodać można, iż winno to nastąpić w takim momencie, by zapewnić podejrzanemu możliwość „dysponowania odpowiednim czasem i możliwościami w celu przygotowania obrony i porozumienia się z obrońcą”, przy czym dotyczyć to powinno nie tylko obrońcy ustanowionego samodzielnie przez zainteresowanego (jak ma to miejsce na gruncie wspomnianego aktu), ale także obrońcy wyznaczonego podejrzanemu. Podobne wnioski można wyprowadzić w oparciu o Regułę 20 pkt 1 b, statuowaną przez Reguły Procesowe i Dowodowe (dalej: RPD) przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym. Zgodnie z tą regułą, rolą Sekretarza w zakresie zapewnienia właściwego realizowania prawa do obrony jest udzielanie pomocy osobom aresztowanym, osobom wobec których zastosowanie ma artykuł 55, ustęp 2, oraz oskarżonemu w uzyskaniu porady prawnej oraz pomocy ze strony obrońcy. Żadne z przytoczonych źródeł nie daje jeszcze jednak gwarancji, że w najbardziej newralgicznym momencie, jakim jest zatrzymanie lub aresztowanie podejrzanym będzie wiedział o przysługujących mu prawach.

Analogiczny obowiązek pouczenia istnieje na gruncie postępowania sądowego. Zgodnie z art. 67 ust. 1 d, oskarżony ma uprawnienie do „(...) obecności na rozprawie, bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę; do otrzymania informacji, jeżeli oskarżony nie posiada obrońcy, o istnieniu powyższego uprawnienia oraz posiadania obrońcy wyznaczonego przez Trybunał w każdym przypadku, jeżeli wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości, bez ponoszenia kosztów obrony, jeżeli oskarżony nie posiada wystarczających środków na ich pokrycie”. W wypadku zatem, gdy Trybunał stwierdzi, że w danym momencie sprawy interesy oskarżonego wymagać mogą ochrony, jest obowiązany uprzedzić go o przysługującym mu prawie do skorzystania z formalnego aspektu prawa do obrony. Jeśli zaś wymagać będzie tego także dobro wymiaru sprawiedliwości, obrońcę takiego jest zobowiązany pod sądnemu ustanowić.

### **3. Sposoby ustanawiania obrońcy w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym**

Jak już zostało wspomniane, istnieją trzy możliwości wyznaczenia obrońcy w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym. Mimo że najbardziej typową możliwością jest wskazania obrońcy z wyboru, stosunkowo najczęściej spotykaną formą jest korzystanie z pomocy obrońcy ustanowionego oskarżonemu (podejrzanemu) z jednoczesnym zwolnieniem z obowiązku ponoszenia przezeń kosztów obrony. Jak zauważa M. Płachta „do tej pory większość oskarżonych występujących przed trybunałami karnymi korzystało z obrońcy z urzędu. Mimo iż wielu z nich wcześniej zajmowało wysokie stanowiska i posiadało znaczne majątki, w czasie postępowania przed trybunałem dobra te w tajemniczy sposób znikwały. Oskarżonym udawało się wykazać, że nie posiadają wystarczających środków na pokrycie kosztów obrońcy. Nie wielu więc oskarżonych opłacało koszty postępowania przed trybunałami, niewielu też rezygnowało z adwokata, aby bronić się osobiście”.<sup>8</sup> Statut rzymski nie określa przy tym sposobów wynagradzania takiego obrońcy, delegując to uprawnienie na regulamin w drodze art. 113. Zgodnie z Regulą 21 RPD, to na Sekretarzu ciąży obowiązek wydania takiego aktu po skonsultowaniu przedstawionej przez niego propozycji z jakimkolwiek niezależnym ciałem przedstawicielskim stowarzyszeń adwokackich lub prawnych.

By móc ubiegać się o pomoc bezpłatnego obrońcy z urzędu, muszą zostać spełnione kumulatywnie dwa warunki: ma wymagać tego dobro wymiaru sprawiedliwości oraz osoba, w sprawie której postępowanie się toczy nie może posiadać wystarczających środków na pokrycie kosztów obrońcy (art. 55 ust. 2 pkt c Statutu Rzymskiego). Wydawać się przy tym może, że sama waga zarzucanych oskarżonemu (podejrzanemu) czynów przed MTK stanowi wystarczającą i samodzielną przesłankę do uznania, że interes wymiaru sprawiedliwości zostałby naruszony w razie braku ustanowienia obrońcy osobie, która się tego domaga. Dodatkowo zauważyć należy, iż „system międzynarodowej odpowiedzialności karnej jest (...) niezwykle złożony, zaś stosowanie i korzystanie z reguł proce-

---

<sup>8</sup> *Ibidem*.

sowych wyrosłych z rozbieżnych systemów prawnych niezwykle skomplikowane”,<sup>9</sup> co do dodatkowo przemawiać może za uznaniem, że przesłanka, by dobro wymiaru sprawiedliwości wymagało ustanowienia dla oskarżonego obrońcy z urzędu może się z łatwością rutynowo aktualizować w przypadku postawienia osoby w stan oskarżenia przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym.

Inną kwestią jest wykazanie przez oskarżonego, iż nie jest on w stanie pokryć kosztów obrony z wyboru. M. Płachta postuluje, by nie utożsamiać możliwości pokrycia wydatków na obrońcę w kraju, z którego dana osoba pochodzi z możliwością poniesienia ich przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym, bowiem „osoba, którą stać na opłacenie kosztów adwokackich w jej własnym kraju, może nie być w stanie pokryć takich wydatków przed Trybunałem, wiązać się bowiem z tym będą dodatkowo inne wydatki, takie jak: dojazd, zakwaterowanie i droższy mimo wszystko adwokat”.<sup>10</sup> Ani Statut Trybunału, ani RPD nie precyzują, w jakim trybie oskarżony (podejrzany) ma udowodnić wspomniany brak środków ani jaki podmiot winien niemożność poniesienia kosztów potwierdzić, względnie, kto i w jakim trybie powinien dokonać weryfikacji złożonego oświadczenia, co budzi zastanowienie, czy tak istotne problemy nie powinny znaleźć rozstrzygnięcie bądź w całości, bądź w formie zrębowej w Statucie Rzymskim lub w RPD.

Zgodnie z Regułami, „osoba może wystąpić do Prezydium o ponowne rozpatrzenie decyzji odrzucającej wniosek o przydzielenie adwokata. Decyzja Prezydium jest ostateczna. Jeżeli wniosek zostanie odrzucony, kolejny wniosek może zostać złożony przez osobę do Sekretarza po wykazaniu przez nią, że nastąpiła zmiana okoliczności” (Reguła 21), zaś „w sytuacji jeżeli osoba twierdzi iż nie posiada wystarczających środków na opłacenie pomocy prawnej, a następnie zostanie stwierdzone, że tak nie jest, Izba zajmująca się w tym czasie sprawą może wydać nakaz kontrybucyjny w celu odzyskania kosztów zapewnienia obrońcy”.

O ile zapewnienie drogi odwoławczej od decyzji odmawiającej przyznania obrońcy należy ocenić jednoznacznie pozytywnie, o tyle drugie z

---

<sup>9</sup> P. Wiliński, H. Kuczyńska w: P. Wiliński (red.), *Rzetelny proces karny w orzecznictwie sądów polskich i międzynarodowych*, Warszawa 2009, s. 202.

<sup>10</sup> M. Płachta, *op. cit.*

postanowień budzi pewne wątpliwości. Zgodnie bowiem z wypowiedziami doktryny, w sytuacji gdy pierwotnie, w chwili ustanawiania obrońcy, oskarżony (podejrzany) nie mógł ponieść kosztów profesjonalnego zastępcy procesowego, a następnie uzyskałby odpowiednie do tego celu środki, „w żadnym wypadku nie należy wówczas nakładać na tę osobę kosztów do tej pory poniesionych”.<sup>11</sup> Literalnie analizując Regulę 21 pkt 5 stwierdzić należy, że nie wyklucza ona nałożenia nakazu kontrybucyjnego w sytuacji wyżej opisanej. Zgodzić się jednak należy, że w wypadku, w którym dana osoba nie wprowadziła Trybunału w błąd co do swego stanu majątkowego, zaś w późniejszym czasie doszło do jej zmiany, nie ma podstaw do podejmowania działań mających na celu odzyskania kosztów ustanowionego z urzędu obrońcy.

Odpowiedź na pytanie, czy oskarżonemu (podejrzanemu) wolno w sposób wiążący wskazać obrońcę, którego Trybunał ustanowi mu z urzędu (zarówno gdy oskarżony wnioskuje o przyznanie mu obrońcy, jak i gdy decyzję podejmie sam Trybunał w oparciu o troskę o dobro wymiaru sprawiedliwości) nie znajduje bezpośredniej odpowiedzi w aktach normujących sytuację prawną i funkcjonowanie Trybunału. Także porównanie w tym względzie dotychczasowej praktyki międzynarodowych trybunałów badających najcięższe sprawy karne nie daje jednoznacznej wskazówki.<sup>12</sup> Zawarte w art. 14 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych unormowanie<sup>13</sup> przewiduje możliwość wpływania na wyznaczenie konkretnego obrońcy jedynie w wypadku, gdy umocowanie do działania w postępowaniu otrzymuje on bezpośrednio od swego mandanta. Podobnego uprawnienia nie przewiduje się w wypadku wskazania pełnomocnika przez organ zewnętrzny dla relacji obrońca-klient. Stwierdzić zatem należy, że oskarżonemu (podejrzanemu) w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym nie przysługuje wiążące prawo do imiennego wskazania osoby obrońcy w każdym

---

<sup>11</sup> *Ibidem.*

<sup>12</sup> *Ibidem.*

<sup>13</sup> Przepis ten wspomina o prawie do obrony „osobiście **przez obrońcę przez siebie wybranego** (podkr. - E.G.); do otrzymania informacji, jeżeli nie posiada obrońcy, o istnieniu powyższego prawa oraz posiadania **obrońcy wyznaczonego dla niej** (podkr. - E.G.) w każdym przypadku, kiedy interesy sprawiedliwości tego wymagają, bez ponoszenia kosztów obrony w przypadkach, kiedy oskarżony nie posiada dostatecznych środków na ich pokrycie”.

przypadku, a jedynie wówczas, gdy sam dokonuje ustanowienia swego obrońcy. Zważyć przy tym trzeba, że nie musi być to osoba znajdująca się na liście prowadzonej zgodnie z Regulami Procesowymi i Dowodowymi przez Sekretarza. Oskarżony (podejrzany) nie może zatem oczekiwać, że jego żądanie, by bronił go konkretny obrońca zostało uwzględnione, co nie oznacza, że wniosku takiego nie może wystosować. W przypadku gdy wniosek taki odnosi się do osoby spełniającej wymogi stawiane profesjonalnym pełnomocnikom, wpisanej przy tym na listę prowadzoną przez Sekretarza i wyrażającej zgodę na podjęcie obowiązków obrońcy, Trybunał winien jednak przychylić się do zgłaszanej przez oskarżonego (podejrzanego) propozycji, a to z uwagi na specyfikę relacji między obrońcą a jego mandantem, która wymaga stworzenia atmosfery zaufania, poważania i możliwości pokładania nadziei w umiejętnościach obrońcy i podejmowaniu przez niego działań zawsze na korzyść klienta. Trudniej mówić o takich względach dla oskarżonego (podejrzanego), gdy mimo posiadania dostatecznych środków materialnych nie ustanawia on dla siebie zastępcy procesowego, który pojawia się w postępowaniu dopiero po rozpoznaniu przez Trybunał zagrożenia dla dobra wymiaru sprawiedliwości i formalnym ustanowieniu.

#### **4. Możliwość osobistej obrony przez oskarżonego/podejrzanego**

W przypadku, gdy Trybunał ustanawia obrońcę z uwagi na interes wymiaru sprawiedliwości, rodzi się pytanie, czy posiadanie profesjonalnego zastępcy procesowego jest *de facto* prawem czy obowiązkiem oskarżonego (podejrzanego). W ustawodawstwie niektórych krajów – w szczególności tych, które należą do systemu prawa kontynentalnego – zastępstwo oskarżonego przez fachowego pełnomocnika przy określonych czynnościach procesowych jest bowiem obligatoryjne.

Jak zauważają H. Kuczyńska i P. Wiliński, w przypadku Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy „w sprawie Barayagwiza MTKR odrzucił (...) wniosek oskarżonego zmierzający do odebrania obrońcom mandatu do występowania w jego imieniu. Oskarżony, nie uznając dłużej kompetencji MTKR do orzekania w sprawie, odmówił udziału w postępowaniu, a także zabronił udziału w nim swoim dwóm

obrońcom. Międzynarodowy Trybunał Karny ds. Rwandy uznał wniosek oskarżonego za zmierzający do obstrukcji procesowej i bojkotu postępowania. Podkreślił ponadto, że obowiązkiem obrońcy jest działać na rzecz oskarżonego do zakończenia postępowania albo zwolnienia z obrony przez MTKR, zatem instrukcje oskarżonego zakazujące obrońcy działania na jego rzecz nie mogą być dla obrony wiążące. Nakazał tym samym dalszy udział obrońców w postępowaniu”.<sup>14</sup>

Trzeba podzielić stanowisko wyrażone przez Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy w zakresie, w którym odnosi się do wydania polecenia powstrzymania się od czynności obrończych w toku postępowania. Trzeba bowiem mieć na uwadze, że stosunek między obrońcą a jego mandantem nawiązuje się na skutek decyzji Trybunału, zaś rolą obrońcy jest podejmowanie działań wyłącznie na korzyść klienta. Z całą pewnością zaniechanie jakiegokolwiek aktywności w postępowaniu nie jest zachowaniem, które jest skierowane na ochronę interesów oskarżonego lub podejrzanego. Nie powinno jednak budzić wątpliwości, że osoba postawiona przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym winna mieć uprawnienie do rezygnacji z pomocy obrońcy, który został ustanowiony z urzędu z uwagi nadobro wymiaru sprawiedliwości. Nawet bowiem ono nie powinno przeważać nad autonomią oskarżonego w zakresie wyboru obrony osobistej lub realizowanej przez fachowego zastępcę. Z uwagi na fakt, że wobec oskarżonego lub podejrzanego nawet o najcięższe zbrodnie przeciwko międzynarodowemu prawu humanitarnemu nie jest stosowana obrona obligatoryjna<sup>15</sup>, po wypowiedzeniu pełnomocnictwa obrońcy ustanowionemu z urzędu, Trybunał powinien wskazać nowego obrońcę w wypadku gdy zaniechanie takie mogłoby realnie i poważnie naruszyć dobro wymiaru sprawiedliwości<sup>16</sup> lub gdy zerwanie stosunku obrończego nastąpiło na skutek braku lub utraty zaufania we wzajemnych relacjach mandanta i jego przedstawiciela. Z tego samego względu uprawnienie do rozwiązania węzła obrończego winien mieć także obrońca, jakkolwiek w tym wypadku kryteria oceny wniosku

---

<sup>14</sup> H. Kuczyńska, P. Wiliński, *op. cit.*, s. 204.

<sup>15</sup> Co należy uznać za wadę, bowiem „dobro wymiaru sprawiedliwości”, uzasadniające ustanowienie obrońcy przez Trybunał, ma charakter ocenny i uznaniowy.

<sup>16</sup> W przeciwnym wypadku, gdy obrona osobista jest wystarczająca, Trybunał może ewentualnie wskazać tzw. *amicus curiae*, który jest ustanowionym przez Trybunał przedstawicielem interesów oskarżonego.

obrońcy powinni być surowsze, godząc się bowiem na wpis na listę prowadzoną przez Sekretarza, obrońca nie może zasłaniać się konfliktem sumienia spowodowanym charakterem czynów zarzucanych oskarżonemu. Z przytoczonych uwag wynika, że wypowiedzenie stosunku obrończego powinno być skierowane do Trybunału, jako organu tworzącego więź między obrońcą a jego mandantem oraz posiadać uzasadnienie.<sup>17</sup> Jak zatem słusznie zauważają H. Kuczyńska i P. Wiliński, „w niektórych sytuacjach prawo do korzystania z pomocy obrońcy może się przerodzić w faktyczny obowiązek posiadania obrońcy”.<sup>18</sup>

Narzucanie obrońcy z urzędu nie może jednak następować w każdym wypadku, w którym w sprawie nie występuje adwokat obrony z wyboru. Wolą oskarżonego może być bowiem umożliwienie mu samodzielnej, osobistej obrony bez korzystania z pomocy obrońcy.

Taka sytuacja miała miejsce w sprawie Slobodana Miloševica, poddanego pod jurysdykcję Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii w Hadze (dalej również: MTKJ) za zbrodnie, których dopuścić się miał Kosowie, Chorwacji i Bośni.

Oskarżony poinformowała Izbę Trybunału zarówno w formie pisemnej jak i ustnie podczas postępowania, że w czasie postępowania sądowego nie chce być reprezentowany przez obrońcę, do czego przyznano mu prawo po raz pierwszy w dniu 30 sierpnia 2001 r. Wobec takiego stanu rzeczy do sprawy powołany został tzw. *Amicus curiae*, którego rolą nie było wszakże reprezentowanie oskarżonego i obrona interesów, lecz wspieranie Trybunału przy podejmowaniu właściwych rozstrzygnięć.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Na gruncie prawa polskiego problem ten rozstrzyga art. 378 k.p.k. Mimo generalnego żądania uzasadnienia wniosku, w przypadku obrony obligatoryjnej nie stosuje się takiego żądania, mimo że wedle art. 28 ust. 2 Prawa o adwokaturze adwokata z urzędu zwolnić może tylko organ, który go wyznaczył, a nie klient czy on sam (zob. T. Grzegorzczak, *Obrońca w postępowaniu przygotowawczym*, s. 31-32), o czym rozstrzygnął Sąd Najwyższy w dniu 23 lutego 1999 r. wydając uchwałę, zgodnie z którą: „oświadczenie oskarżonego lub jego obrońcy o wypowiedzeniu «stosunku obrończego», o którym mowa w art. 378 § 1 k.p.k., nie podlegał kontroli sądu także w przypadku, gdy «stosunek obrończy» został nawiązany w wyniku wyznaczenia obrońcy z urzędu”.

<sup>18</sup> H. Kuczyńska, P. Wiliński, *op. cit.*, s. 204.

<sup>19</sup> Rolą *Amicus curiae* miało być: (a) making submissions properly open to the Accused by way of preliminary or other pre-trial motion; (b) making any submissions or objections to evidence properly open to the Accused during the trial proceedings and cross-examining witnesses as appropriate; (c) drawing to the attention of the Trial Chamber any exculpatory or mitigating evidence ; and (d) acting in any other way

Brak występowania w sprawie adwokata obrony został negatywnie oceniony przez prokuratora, który zwrócił się z wnioskiem o wyznaczenie oskarżonemu obrońcy powołując się m.in. na dobro wymiaru sprawiedliwości zagrożone tym, iż oskarżony, którego zdrowie ciągle się pogarszało, nie może samodzielnie wykonywać prawa do obrony co prowadzić mogło do wypaczenia procesu. Dodatkowo wskazano, że przyznanie oskarżonemu obrońcy nawet wbrew woli oskarżonemu jest praktyką uznaną w określonych okolicznościach w systemach prawa kontynentalnego. Wniosek ten został odrzucony 18 grudnia 2002 r., a MTKJ dokonał wówczas wykładni art. 21 ust. 4 lit. d<sup>20</sup> Statutu<sup>21</sup>, który – poza kwestiami stylistycznymi – odpowiada w swej treści art. 67 ust. 1 lit. d Statutu Rzymskiego, toteż ustalenia poczynione w odniesieniu do tego przepisu należy poczytywać za aktualne także na gruncie postępowania przed MTK. W uzasadnieniu swej decyzji Trybunał podniósł, że możliwość osobistej obrony wynika wprost z art. 21 ust. 4 lit. d Statutu, który znajduje zakorzenienie w zasadzie kontradiktoryjności, która jest cechą wspólną wszystkich systemów prawa, znajdując urzeczywistnienie w pewnym stopniu nawet systemach *civil law*. Postępowanie przeciwne jest właściwe inkwizycyjnym modelom procesu karnego, od których Trybunał w swym uzasadnieniu wyraźnie się odcina.<sup>22</sup> Dobitnie świadczy o tym powołanie się w uzasadnieniu na argumenty wyrażone przez

---

which designated counsel considers appropriate in order to secure a fair trial.”, Status Conference, 30 August 2001, Case No. IT-99-37-PT, T. 6-7.

<sup>20</sup> „4. Przy rozstrzyganiu zarzutów w oparciu o niniejszy Statut, oskarżonemu będą przysługiwać, na zasadzie pełnej równości, co najmniej następujące gwarancje: (...) d) do obecności podczas rozprawy oraz do samodzielnej obrony lub obrony przez wybranego przez siebie obrońcy; do informacji - jeśli oskarżony nie posiada obrońcy - o istnieniu powyższego uprawnienia; do przydzielenia oskarżonemu obrońcy w każdym przypadku, gdy wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości, bez obciążania finansowego oskarżonego jeśli nie posiada on dostatecznych środków na pokrycie odnośnych kosztów”.

<sup>21</sup> Statut Międzynarodowego Trybunału do Spraw Ścigania Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 roku, przyjęty dnia 25 maja 1997 roku Rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ 827 z późn. zmianami.

<sup>22</sup> Odmienną rolę przyznaje się jednak w postępowaniu przed MTK prokuratorowi, który traktowany jest jako bezstronny organ sprawiedliwości, dążący do wykrycia prawdy materialnej i jako organ zbliżony do rozwiązań przyjmowanych w prawie kontynentalnym hołdującym modelom procesu mniej lub bardziej inkwizycyjnego – zob. H. Kuczyńska, *Postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym*, St. Iur. 2004, t. 43, s. 58.

Sąd Najwyższy USA w sprawie *Faretta v. California*. Sąd Najwyższy stwierdził wówczas m.in., że jakkolwiek w wielu wypadkach oskarżony mógłby bronić lepiej swych praw, jeśli zdałby się na pomoc profesjonalnego obrońcy, to jednak, gdy świadom możliwych konsekwencji dobrowolnie nie wyraża na to zgody, pomoc obrońcy nie będzie mogła być faktycznie świadczona, a jeśli już – to w sposób niedoskonały.<sup>23</sup>

Stanowisko to należy zaaprobować w pełni. Uprawnienie do samodzielnego wykonywania swojej obrony jest wyrazem poszanowania dla godności i podmiotowości oskarżonego, który z różnych powodów, bądź to ambicjonalnych, bądź w wyniku nieufności nie chce powierzyć prowadzenia swojej sprawy innej osobie. Jest też fundamentalną gwarancją procesową dla oskarżonego, który nie jest spychany do roli biernego obserwatora postępowania, lecz może aktywnie w nim uczestniczyć jako osoba, która potencjalnie najlepiej zna fakty z przeszłości i okoliczności, które może powołać na swoją korzyść.

Do immanentnych uprawnień oskarżonego (podejrzanego) w procesie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym należy zatem uznać także prawo do obrony osobistej, bez udziału profesjonalnego obrońcy. Jak słusznie jednak się podnosi w orzecznictwie i doktrynie, uprawnienie to nie ma charakteru absolutnego. Jeśli jest bowiem wykorzystywane dla celów obstrukcji procesowej lub jest wyrażane przez osobę nie mającą dostatecznego rozeznania, chociażby stosownych kompetencji intelektualnych lub znajdującą się w stanie zdrowia, który uniemożliwia efektywną obronę, Trybunał winien mieć prawo do ustanowienia obrońcy z urzędu nawet wbrew woli oskarżonego. Powinien czynić to jednak w skrajnej ostateczności, mając na uwadze możliwe konsekwencje tego posunięcia. Jeśli bowiem oskarżony zechce nadal osobiście podejmować czynności w sprawie, które mogą stać w sprzeczności z zabiegami czynionymi przez jego obrońcę, Trybunał będzie miał wówczas dwie możliwości: albo nie pozwolić oskarżonemu składać wniosków i kierować do świadków pytań, a tym samym skutecznie uniemożliwić mu korzystanie ze środków obrony lub też może pozwolić mu działać aktywnie w procesie, ale w tym przypadku rola obrońcy ograniczać się będzie do czynności właściwych dla *amici curiae*.<sup>24</sup> Przy czym uznać należy, że

---

<sup>23</sup> *Faretta v. California*, 422 U.S. 806 (1975), at 807.

<sup>24</sup> Zob. Reasons for Decision on the Prosecution Motion concerning assignment of

stanowisko to budzi wątpliwości albo co do zgodności z podstawowymi uprawnieniami oskarżonego, albo co do tego czy Trybunał nie traktuje tu instytucji *amicus curiae* jako formę obejścia żądania oskarżonego, by umożliwiono mu osobistą obronę.

## 5. Poufność w kontaktach obrońcy z mandantem

Ostatnim problemem analizowanym w poniższej pracy będzie kwestia poufności w kontaktach między obrońcą a oskarżonym lub osobą podejrzaną. Zgodnie z art. 67 ust. 1 d „Przy rozstrzyganiu każdego zarzutu oskarżenia, z uwzględnieniem postanowień niniejszego statutu, oskarżony ma prawo do publicznego, rzetelnego i bezstronnego procesu oraz, na zasadach pełnej równości, do co najmniej następujących gwarancji: (...) dysponowania odpowiednim czasem i warunkami do przygotowania obrony, jak również swobodnego i poufnego porozumiewania się z obrońcą ustanowionym przez oskarżonego”. Art. 69 ust. 5 Statutu stanowi dodatkowo, iż „Trybunał szanuje i przestrzega przywilejów poufności przewidzianych w Regulach”. Reguła 20 ze zbioru Reguł Procesowych i Dowodowych stanowi zaś, iż w celu wspierania prawa obrony, zgodnie z zasadą uczciwego procesu zdefiniowanego w Statucie, Sekretarz „ułatwia ochronę zasady poufności, zgodnie z definicją w artykule 67, ustęp 1 (b)”. Jeśli traktować wypowiedź zawartą we wspomnianym art. 67 jako definicję, poufnością jest zatem „swobodne i poufne porozumiewanie się z obrońcą ustanowionym przez oskarżonego” w czasie zezwalającym na przygotowanie skutecznej linii obrony. Już na pierwszy rzut oka widać, że definicja, wedle której poufność zapewniana przez Sekretarza definiowana jest przez poufny sposób porozumiewania się z obrońcą niewiele mówi potencjalnemu odbiorcy. Brak szczegółowych regulacji zmusza do intuicyjnej oceny, czy dane zachowanie narusza ową poufność, czy też jeszcze mieści się w dozwolonym zakresie. O ile bowiem oczywiste wydaje się, że niedozwolone jest towarzyszenie rozmowom oskarżonego i jego obrońcy w taki sposób, by treść ich rozmowy została w łatwy sposób dosłyszana, o tyle wątpliwości budzi np. procesowe wykorzystanie zeznań osoby, która przypadkiem podsłuchiwała taką

---

counsel, 4 April 2003 Case N°: IT-02-54.

rozmowę lub nagrań z podsłuchu. Unormowaniem, które porusza problematykę gwarancji przysługujących obrońcy jest tylko umowa międzynarodowa o przywilejach i immunitetach Międzynarodowego Trybunału Karnego, sporządzona w Nowym Jorku dnia 9 września 2002 r.<sup>25</sup>, która statuuje wśród najważniejszych uprawnień m.in. to, iż adwokat korzysta z: immunitetu od zatrzymania lub aresztowania oraz zajęcia bagażu osobistego; immunitetu jurysdykcyjnego w odniesieniu do wypowiedzi ustnych lub pisemnych oraz czynności podejmowanych przez niego w ramach jego urzędowych funkcji, również po zaprzestaniu wykonywania jego funkcji; a także nietykalności pism i dokumentów, w niezależnie od ich formy, oraz materiałów, związanych z wykonywaniem jego funkcji. Nie wyczerpuje to jednak spektrum zachowań mogących godzić w poufność kontaktów obrońcy z mandantem.

Wymóg zachowania poufności akcentują przepisy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i narosłe wokół nich orzecznictwo ETPC. Podkreśla się, że „Prawo do obrony poprzez korzystanie z usług adwokata może być realizowane efektywnie tylko wówczas, gdy organy procesowe nie ograniczają w jakikolwiek sposób kontaktu oskarżonego z jego obrońcą”. –Dlatego też należy uznać, że prawo do obrony w aspekcie formalnym może być realizowane wyłącznie w sytuacji zagwarantowania pełnej autonomii informacyjnej, a uregulowania Statutu Rzymskiego i aktów powiązanych *expressis verbis* nie gwarantują takiej pełnej autonomii.

W trakcie prac nad utworzeniem Międzynarodowego Trybunału Karnego „zapropozowano, aby Trybunał wedle swobodnego uznania mógł przyznać stosowną ochronę (czyli prawo odmowy zeznań) w razie kumulatywnego spełnienia następujących warunków: 1. porozumiewanie się osób miało miejsce w ramach poufnego stosunku, którego istota stwarzała jego uczestnikom uzasadnione oczekiwanie prywatności i nieujawniania, 2. poufność ma zasadnicze znaczenie dla istoty i typu stosunku pomiędzy danymi osobami, 3. uznanie przywileju sprzyjałoby osiągnięciu celów Statutu i Reguł”.<sup>26</sup> Zgodzono się jednak powszechnie, że zasadnym jest istnienie tzw. przywileju poufności w stosunkach między

---

<sup>25</sup> Dz.U. 2009, nr 64, poz. 534.

<sup>26</sup> M. Płachta, *Kodeks postępowania Międzynarodowego Trybunału Karnego*, Studia Europejskie 1999, z. 4, s. 94.

obrońcą a jego mandantem.<sup>27</sup> Znowu należy powtórzyć, że brak regulacji zapewniającej pełne wyeliminowanie treści związanych z kontaktami obrońcy i jego mandanta, nie daje należytych gwarancji wykonywania przez oskarżonego (podejrzanego) jego prawa do obrony. Trudno mówić bowiem korzystaniu z tego prawa w sytuacji, gdy organy wymiaru sprawiedliwości uzyskują informacje, które oskarżony powierza w zaufaniu swemu obrońcy, licząc, iż wiedza ta nigdy nie zostanie wykorzystana przeciwko niemu, a co może nastąpić w sytuacji określonej w Regule 73 ust. 1 b (uwzględniając, iż obrońca, może wykonywać na co dzień zawód nie związany tajemnicą adwokacką *in genere*; zgodnie bowiem z RPD, obrońca winien posiadać „odpowiednie niezbędne doświadczenie w charakterze sędziego, prokuratora, adwokata, lub w innym podobnym charakterze w ramach postępowania karnego”;<sup>28</sup>). Uznać należy, że dane związane z realizacją formalnego aspektu prawa do obrony, nigdy nie powinny móc stanowić dowodu w postępowaniu karnym, również przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym. Jednocześnie trzeba przyznać, że brzmienie tej reguły jest znacznie bardziej fortunate, niż ma to miejsce w przypadku polskiego art. 178 k.p.k., bowiem w postępowaniu międzynarodowym – w przeciwieństwie do polskiego – generalnego zakazu procesowego wykorzystania materiałów obrończych nie trzeba dedukować z przepisów przewidujących szczegółowe zakazy dowodowe (przeszukanie, przesłuchanie adwokata).<sup>28</sup> Klauzula mówiąca, że „treści przekazywane w kontekście zawodowej relacji pomiędzy osobą a jej adwokatem powinny być traktowane jako zastrzeżone, a tym samym nie podlegają ujawnieniu” ma jasny i nie budzący wątpliwości przekaz, szerszy od polskich unormowań.

---

<sup>27</sup> Reguła 73 RPD: „Bez uszczerbku dla artykułu 67, ustęp 1 (b), treści przekazywane w kontekście zawodowej relacji pomiędzy osobą a jej adwokatem powinny być traktowane jako zastrzeżone, a tym samym nie podlegają ujawnieniu, chyba że: (a) Dana osoba wyrazi zgodę na takie ujawnienie; lub (b) Dana osoba dobrowolnie ujawniła treść przekazu osobie trzeciej, a następnie ta osoba trzecia przedstawia dowody obejmujące takie ujawnienie.”

<sup>28</sup> Zob. np. P. Kardas, *Ochrona tajemnicy obrończej. Kilka uwag o dopuszczalności kontroli i utrwalania treści rozmów oraz przekazów informacji realizowanych przy użyciu środków technicznych pomiędzy obrońcą a mandatem*, CZPKiNP 2011, z. 4, s. 13 i nast.

## 6. Podsumowanie

Pomimo jednak, że w opracowaniach poświęconych Międzynarodowemu Trybunałowi Karnemu uznaje się, iż „zakres uprawnień przyznanych oskarżonemu w postępowaniu przed MTK uznać należy (za) zgodny z wymogami stawianymi w tym zakresie przez rzetelny proces karny”,<sup>29</sup> to jednak nie sposób nie zauważyć szeregu wad konstrukcyjnych, cechujących wykonywanie formalnego aspektu prawa do obrony. Jak np. zauważa M. Płachta, „Statut MTK nie gwarantuje (żadnych – podkr. E.G.) środków finansowych na potrzeby obrony”,<sup>30</sup> pozostawiając tę kwestię regulaminom. Autor ten zauważa, że także w przypadku wcześniejszych trybunałów karnych, ich ustrojowa podstawa prawna wiele miejsca poświęcała instytucji Prokuratora, czyniąc wyraźną dysproporcję w porównaniu z sytuacją obrońców.

Pewne wątpliwości budzić może również ukształtowanie przesłanek przyznawania oskarżonym (podejrzanym) adwokata obrony z jednoczesnym zwolnieniem z obowiązku ponoszenia kosztów świadczonej pomocy prawnej. Użycie klauzuli generalnej jaką z pewnością jest „dobro wymiaru sprawiedliwości” nie sprzyja określeniu jasnych kryteriów dostępu do obrońcy z urzędu. Jak już wskazano, sama waga zarzucanych podsądnemu czynów w połączeniu z relatywnie skomplikowaną procedurą obowiązującą przed MTK może przemawiać za każdorazowym uznaniem, że oskarżony występujący bez fachowego przedstawiciela z wyboru powinien otrzymać zinstytucjonalizowaną pomoc prawną, o ile tylko wyrazi na nią zgodę.

Stanowisko takie budzić może opór społeczny i doprowadzić do zaniku instytucji adwokata obrony z wyboru, jednak nie jest obce systemom prawa kontynentalnego. Dla przykładu, w polskim procesie karnym zgodnie z art. 80 k.p.k. oskarżony musi mieć obrońcę w postępowaniu przed sądem okręgowym jako sądem pierwszej instancji, jeżeli zarzucono mu zbrodnię. Znaczna waga czynu i grożąca oskarżonemu surowa kara Przepis ten został zachowany nawet po fundamentalnych

---

<sup>29</sup> H. Kuczyńska, P. Wiliński, *op. cit.*, s. 198.

<sup>30</sup> M. Płachta, *Prawo do obrony...*, *op. cit.*

zmianach procedury karnej, które miała miejsce 1 lipca br. i których zadaniem było uczynienie procesu kontradyktoryjnym. Alternatywą mogłoby być enumeratywne wskazanie przesłanek, których wystąpienie zagrażać mogłoby dobru wymiaru sprawiedliwości i wymaganie ścisłego ich wykazania zarówno w ewentualnym wniosku o ustanowienie obrońcy, jak i w uzasadnieniu decyzji Trybunału.

Z perspektywy systemów kontynentalnych regulacje dotyczące się formalnego aspektu prawa do obrony zdają się – mimo wspomnianych usterek – co do zasady zachowane. Należy jednak pamiętać, że procedura przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym łączy rozwiązania występujące tak w systemach *civil* jak i *common law*, stając się regulacją swoistą, niewypełniającą całkowicie standardów przewidzianych dla jednego reżimu prawnego. Dla przykładu, odejście od obrony obligatoryjnej znajduje swe źródło w kontradyktoryjności i jest zasadniczo obce systemom kontynentalnym, które za naczelną zasadę procesu uznają dążenie do poznania prawdy materialnej, co jest możliwe przy aktywnym udziale strony broniącej się, wspieranej przez obrońcę znającego prawo materialne jak i procedurę. Tym co może dziwić jest fakt, że rozwiązanie to nie koresponduje ze sposobem ukształtowania instytucji prokuratora Trybunału, która nawiązuje bezpośrednio do systemów kontynentalnych. Brak równowagi w tym zakresie nie powoduje jednak pogorszenia sytuacji oskarżonego, bowiem prokurator Trybunału obowiązany jest badać wszelkie okoliczności mające wpływ na odpowiedzialność oskarżonego (podejrzanego), w tym także okoliczności wyłączające tę odpowiedzialność. Jednakże przyznanie prokuratorowi tak szerokich uprawnień<sup>31</sup> narusza chwiejną równowagę między stronami w procesie

Istniejący model formalnego aspektu prawa do obrony można uznać *in genere* za wspierający prawo do sprawiedliwego procesu karnego, jakkolwiek być może zasadne byłoby sparafrazowanie słów autorów komentarza do Statutu Rzymskiego: model obrony przed Trybunałem jaki

---

<sup>31</sup> Jak słusznie zauważają P. Wiliński oraz J. Izydorczyk, prokurator w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym jest podmiotem (przede wszystkim organ, ale i strona) o ogromnych kompetencjach, stąd też dla urzeczywistnienia idei sprawiedliwego procesu wymagana jest bezwzględna prawidłowość w wypełnianiu tej roli, jeśli weźmie się pod uwagę nierówne stanowisko obrońcy. P. Wiliński, J. Izydorczyk, *Pozycja i zakres uprawnień Prokuratora Międzynarodowego Trybunału Karnego*, Prok. i Pr. 2005, z. 6, s. 49.

mamy może nie być do końca modelem o jakim marzyliśmy.<sup>32</sup>

This paper discusses the right to aid of a defence counsel in the proceeding (so called formal aspect of the right of defence) before the International Criminal Court, taking into account certain problems arising from the interpretation of the Rome Statute, which is the basis for the functioning of the Court. The regulation of the Rome Statute is not faultless. For example none of the provisions regulating the status of a defence counsel guarantees that in the key moment of the proceeding, i.e. the moment of arrest, the suspect will know about his right to the aid of a defence counsel. The author critically analyzed the issue of appointing a defence counsel in the proceeding before the International Criminal Court in three different procedures in which the accused may be aided by a professional attorney, in particular the problem of binding choice of the counsel by the accused (suspect) that would later be appointed for him by the Tribunal. The analysis of the Rome Statute leads to the conclusion that the accused (suspect) does not have the right of binding choice of the defence counsel in every case, but only when the accused himself appoints the defence counsel. The last issue discussed in this paper is the problem of confidentiality regarding contacts between the defence counsel and his client in the proceeding before the International Criminal Court. Without a doubt the right of defence in its formal aspect can be only exercised if the full informational autonomy is guaranteed. At the same time the regulation of the Rome Statute does not guarantee such full autonomy. It can hardly be called ineffective exercise of the right of defence, when the judicial authorities obtain information, which the accused entrusted his defence counsel with, believing that such knowledge would never be used against him. This may happen in the situation described in Rule 73 (1)(b).

---

<sup>32</sup> A. Cassese (red.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford 2002; zob. H. Kuczyńska, *Postępowanie...*, s. 83.

Aleksandra Rychlewska\*

## **Zakaz „podwójnego karania” w prawie europejskim w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE**

Sposób, w jaki Trybunał Sprawiedliwości UE odczytuje treść art. 54 Konwencji Wykonawczej do Układu z Schengen nosi znamiona niezwykle teleologicznego. Wykładni tej przyświeca przede wszystkim zasada wzajemnego uznawania w sprawach karnych i wzajemne zaufanie do zewnętrznych systemów sądownictwa. Zwraca się tu również uwagę na potrzebę pełnej ochrony praw jednostki, zwłaszcza swobody przemieszczania się na obszarze państw europejskich. Choć interpretacja ta bazuje na kazuistyce (stanach faktycznych przedstawionych pod osąd Trybunałowi), pewne reguły ogólne – mogące znaleźć zastosowanie w sprawach podobnych – dają się rzecz jasna wyprowadzić. Niniejszy artykuł stanowi szczegółowe omówienie dotychczasowego orzecznictwa Trybunału i nakierowany jest na odtworzenia rzeczywistego zakresu zasady *ne bis in idem* w prawie europejskim. Analiza wypowiedzi dotyczących warunków przedmiotowych, przesłanki podmiotowej oraz czasowego i terytorialnego aspektu obowiązywania zakazu „podwójnego karania” stanowić ma podstawę dla oszacowania, co zrobiłby Trybunał, gdyby przyszło mu się mierzyć z zagadnieniem *litis pendentio*. Autor stawia tutaj tezę, iż dotychczasowy dorobek orzeczniczy przesądza, iż sama zawisłość sprawy nie zostałaby uznana za mieszczącą się w zakresie zastosowania art. 54 Konwencji Wykonawczej także poprzez stosowaną tutaj wykładnię teleologiczną.

---

\* Doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji UJ.

## 1. Wstęp

Zasada *ne bis in idem*, zwana także zakazem „podwójnego karania”, należy obecnie do fundamentalnych zasad prawa karnego. Na co zwraca uwagę Trybunał Konstytucyjny RP – jest to zarazem element (demokratycznego) państwa prawnego znajdujący swe oparcie w art. 2 Konstytucji RP<sup>1</sup>. Zasada ta chroniona jest przy tym przez takie akty prawa międzynarodowego jak Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.<sup>2</sup> (art. 14 pkt 7) i Europejską Konwencję Praw Człowieka, a *stricto* – jej protokół dodatkowy nr 7 (art. 4 ust. 1)<sup>3</sup>. Jednocześnie jednak, o ile przedmiotowy zakaz znajduje pełne zastosowanie w obrębie jurysdykcji krajowej, skutkując bezwzględnym zakazem prowadzenia ponownego postępowania w tej samej sprawie (por. negatywne przesłanki procesowe *res iudicata* i *lis pendens* z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k.), tak w stosunku do orzeczeń zagranicznych stanowi on wyjątek od ogólnej reguły. Zgodnie bowiem z art. 114 § 1 k.k. orzeczenia zapadłe za granicą nie stanowią przeszkody do wszczęcia lub prowadzenia przed sądem polskim postępowania karnego o ten sam czyn<sup>4</sup>. Analizując zaś owe wyjątki, wskazać tu należy zwłaszcza na ten, odnoszący się do prawomocnych orzeczeń sądów lub innych organów państw obcych kończących postępowanie karne, jeżeli wyłączenie takie wynika z wiążącej Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej (art. 114 § 3 pkt 3 k.p.k.). Regulacja ta, dodana z myślą o unijnym *acquis communautaire*, dotyczyć miała w szczególności art. 54 Konwencji Wykonawczej do Układu z Schengen podpisanej 19 czerwca 1990 r.<sup>5</sup> (dalej jako

---

<sup>1</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 listopada 2004 r., sygn. K 18/03, OTK-A z 2004 r., z. 10, poz. 103, oraz wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 października 2002 r., sygn. K 36/00, OTK-A z 2002 r., z. 5, poz. 63.

<sup>2</sup> Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

<sup>3</sup> Protokół nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 22 listopada 1984 r., Dz. U. z 2003 r., Nr 42, poz. 364.

<sup>4</sup> Wskazuje się, że art. 114 § 1 k.k. jest wyjątkiem od zasady *ne bis in idem*. Tak P. Kołodziejewski, *Ne bis in idem w stosunku do orzeczeń zagranicznych*, Prok. i Pr., nr 9, 2006, s. 55. Por. także J. Raglewski [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Tom I, Komentarz do art. 1 -116 k.k.*, Warszawa 2007, s. 1144-1145.

<sup>5</sup> Dziennik Urzędowy UE L 239 z dnia 22 września 2000, p. 0019 – 0062. Chodzi tu rzecz jasna o Układ z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 roku zawarty pomiędzy Rządami Państw Unii Gospodarczej Beneluksu, Republiki Federalnej Niemiec oraz Re-

„KWUS”). Przepis ten stanowi tymczasem, iż: „osoba, której proces zakończył się wydaniem prawomocnego wyroku na obszarze jednej Umawiającej się Strony, nie może być ścigana na obszarze innej Umawiającej się Strony za ten sam czyn, pod warunkiem że została nałożona i wykonana kara lub jest ona w trakcie wykonywania, lub nie może być już wykonana na mocy przepisów prawnych skazującej Umawiającej się Strony”<sup>6</sup>. Obecnie wskazać tu również należy na art. 50 Karty Praw Podstawowych UE z 7 grudnia 2000 r., obowiązującej *de facto* od 1 grudnia 2009 r.<sup>7</sup> (dalej jako „KPP”). Co znamienne, przepis ten – rezygnując z warunku „wykonania kary” (zgodnie z jego treścią „nikt nie może być ponownie sądzony lub ukarany w postępowaniu karnym za ten sam czyn zabroniony pod groźbą kary, w odniesieniu do którego zgodnie z ustawą został już uprzednio uniewinniony lub za który został już uprzednio skazany prawomocnym wyrokiem na terytorium Unii”) – deklaruje nawet szerszy zakres zastosowania przedmiotowego zakazu. Choć spotkać się można z opinią, że wraz z wejściem w życie Traktatu Lizbońskiego<sup>8</sup> to właśnie on – jako prawo pierwotne UE – przejął rolę w zakresie wyznaczania międzynarodowego standardu zasady *ne bis in idem*<sup>9</sup>, tak w świetle deklaratoryjnego charakteru owego dokumentu (por. art. 6 ust. 1 TUE i art. 51 ust. 2 KPP) ów warunek „wykonania kary” z art. 54 KWUS uznać trzeba za obowiązujący w dalszym ciągu – same postanowienia KPP nie są go bowiem w stanie uchylić<sup>10</sup>.

---

publiki Francuskiej w sprawie stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach. Na marginesie, zasada *ne bis in idem* stanowi przedmiot odrębnej Konwencji o podwójnym karaniu z dnia 25 maja 1987 r. Umowa ta została jednak ratyfikowana tylko przez część państw członkowskich UE (Dania, Francja, Niemcy, Włochy i Holandia). Tak A. Górski i A. Sakowicz [w:] *Bariery prawne integracji europejskiej w sprawach karnych*, Warszawa 2005, s. 27-30, s. 26-27.

<sup>6</sup> Zgodnie jednak z art. 55 KWUS możliwe jest zadeklarowanie wyjątków weń wysłownionych, a to w momencie ratyfikacji umowy poprzez złożenie specjalnego oświadczenia.

<sup>7</sup> Dziennik Urzędowy UE 303 z dnia 14 grudnia 2007, p. 0001 – 0016.

<sup>8</sup> Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz. U. z dnia 2 grudnia 2009 r.). Mocą art. 6 Traktat o Unii Europejskiej (dalej „TUE”) KPP UE została zaliczona do prawa pierwotnego UE.

<sup>9</sup> Z. Barwina, *Zasada wzajemnego uznawania w sprawach karnych*, Warszawa 2012, s. 120. Zob. także A. Sakowicz, *Zasada ne bis in idem w prawie karnym w ujęciu paneuropejskim*, Białystok 2011, s. 421-422.

<sup>10</sup> Zob. w tym kontekście A. Rychlewska, *Zasada ne bis in idem w świetle Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, CzPKiNP 3/2014, s. 117 i n. Z tej perspektywy

Kontynuując, powyższe unormowania odzwierciedlają europejską tendencję do unikania „podwójnego karania” z uwagi na zasadę swobodnego przemieszczania się obywateli na terenie UE oraz propagowanie – w ramach zasady wzajemnego uznawania w sprawach karnych – wzajemnego zaufania do zewnętrznych systemów sądownictwa i uznawania ich orzeczeń, nawet gdyby rezultat miał być odmienny niż przy zastosowaniu przepisów krajowych<sup>11</sup>. Co jednak znamienne, mowa tutaj o negatywnej przesłance *red iudicata* – warunkowanej prawomocnym osądzeniem, podczas gdy kwestia *litis pendentio* – zawisłości sprawy, została pominięta. Niniejszy praca nakierowana jest na przedstawienie zasady *ne bis in idem* w kształcie, w jakim obowiązuje ona na poziomie prawa europejskiego, a ściśle – w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej jako „TS UE”). W pierwszej kolejności omówiony zostanie jej zakres przedmiotowy, następnie – podmiotowy. W dalszej części uwaga zostanie zwrócona na intertemporalny i terytorialny aspekt obowiązywania omawianej regulacji. Na końcu, w ramach podsumowania poczynionych rozważań, przedstawiony zostanie ów problem *lis pendens* na płaszczyźnie prawa europejskiego. Nasuwa się bowiem pytanie,

---

europejski standard zakazu „podwójnego karania” w dalszym ciągu wyznacza art. 54 KWUS, którego „ograniczenia” sanowane są zwłaszcza przez art. 52 KPP. Odmienienie Z. Barwina, *op.cit.*, s. 235, gdzie wskazuje się na sprzeczność art. 54 KWUS z „unijnym standardem” w zakresie, w jakim wymaga on spełnienia przesłanki „wykonania kary” dla aktualizacji zakazu *ne bis in idem*.

<sup>11</sup> Zob. teza 33 i 37-38 orzeczenia TS UE z dnia 11 lutego 2003 r. w połączonych sprawach Gözütok i Brügge, C-187/01 i C-385/01, Zbiór Orzeczeń 2003, nr 2, I-01345, oraz A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 326-328. Także A. Sołtysińska, *Zasada ne bis in idem z art. 54 konwencji wykonawczej z Schengen*, EPS 12/2007, s. 35, Z. Barwina, *op.cit.*, s. 45 i n., czy B. Nita, *Zasada ne bis in idem w międzynarodowym obrocie karnym*, PiP, 3/2005, s. 20, gdzie autorka wskazuje za L. Gardockim, iż miarą rozwoju zasady *ne bis in idem* jest tutaj stopień zaufania do orzeczeń obcych organów wymiaru sprawiedliwości. Polskie orzecznictwo także zaakceptowało tę ideę. W wyroku SN z dnia 2 czerwca 2006 r., IV KO 22/05, OSNKW 2006, z. 7-8, poz. 75, stwierdzone zostało zgodnie z zasadą supremacji prawa unijnego, że „w konsekwencji przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, częścią systemu prawa polskiego stały się normy dotyczące zasady *res iudicata* i *ne bis in idem*, stanowiące *acquis communautaire*, co w istotny sposób zmieniło zakres obowiązywania zasady powagi rzeczy osądzonej. Z mocy art. 114 § 3 pkt 3 k.k. w zw. z art. 54 Konwencji Wykonawczej do Układu z Schengen z dnia 14 czerwca 1985 r. (Dz. Urz. UE L 239, z dnia 22 września 2000 r.) normy unijne, określające moc prawną orzeczeń wydawanych w państwach członkowskich, zyskały pierwszeństwo przed ogólną zasadą art. 114 § 1 k.k.”

co orzekłby TS UE, gdyby przyszło mu rozstrzygnąć tego typu zagadnienie. Główną tezą jest tutaj twierdzenie, że mimo celowościowego podejścia do wykładni rzeczzonego zakazu, treść art. 54 KWUS nie daje podstaw, by objąć nim także przypadki zawisłości postępowania.

## 2. Zakres przedmiotowy

### 2.1. Uwagi ogólne

Wykładnia art. 54 KWUS, kluczowego z punktu widzenia przedmiotowego zakresu zasady *ne bis in idem*, od początku budzi spore wątpliwości w praktyce<sup>12</sup>. Po pierwsze, niejednoznaczne jest pojęcie „tego samego czynu”. Po drugie, różnie może być interpretowane pojęcie „prawomocnego osądzenia” (zwłaszcza w świetle wielu wersji językowych KWUS), i to zarówno w kontekście rodzaju wydanego orzeczenia, jak i jego treści. Ponadto, wątpliwości budzić może przesłanka „wykonanie kary”. Wskazane problemy omówione zostaną poniżej z odwołaniem do orzecznictwa TS UE w podanej wyżej kolejności.

### 2.2. Przesłanka „tego samego czynu”

Zakaz, którego dotyczy zasada *ne bis in idem*, a to ponownego osądzenia osoby, której sprawa została już prawomocnie rozstrzygnięta, z założenia odnosić się ma jedynie do czynów tożsamyh (*idem*). Przedmiotem wątpliwości jest tu jednakże to, kiedy mówić należy o tożsamości czynów, w szczególności, czy pojęcie „czynu” z art. 54 KWUS rozumieć należy jako zaszłość historyczną, czy też jako podstawę faktyczną odpowiedzialności<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> B. Nita, *Rozstrzyganie problemów wiążących się z kolizją jurysdykcji karnej pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej w oparciu o zasadę ne bis in idem*, Warszawa 2006, s. 6 i n.

<sup>13</sup> B. Nita, *Rozstrzyganie problemów...*, *op.cit.*, s. 54. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że zasada *ne bis in idem* ujmowana być może właśnie jako *idem factum* (tożsamość historycznego zdarzenia poddawanego prawnokarnej analizie), *idem crimen* (tożsamość tak zdarzenia, jak i normatywnego wzorca oceny – typu czynu karalnego) oraz w sposób mieszany jako *idem factum* przy uwzględnieniu elementów

TS UE po raz pierwszy wypowiedział się w przedmiotowej kwestii w sprawie Van Esbroeck<sup>14</sup>. Wystosowane przez sąd belgijski pytanie prejudycjalne dotyczyło tożsamości czynów w postaci wywozu środków odurzających z jednego kraju i przywozu ich do kraju drugiego (Van Esbroeck został już prawomocnie skazany za ów przywóz przez sąd norweski). Kwestia ta była problematyczna zwłaszcza w świetle art. 36 ust. 2 lit. a jednolitej konwencji Narodów Zjednoczonych o środkach odurzających z 1961 r. (w brzmieniu nadanym jej protokołem z 1972 r.), zgodnie z którym przywóz i wywóz tychże substancji mają być uznawane za odrębne czyny, jeżeli zostały popełnione na terytorium różnych państw.

TS UE stanął tym niemniej na stanowisku, że na gruncie art. 54 KWUS decydującym kryterium jest „tożsamości zdarzenia, rozumianego jako istnienie całości, na którą składają się nierozdzielnie ze sobą związane zachowania, niezależnie od kwalifikacji prawnej tych zachowań lub chronionego interesu prawnego”<sup>15</sup>. Mając na uwadze, że kwalifikacja prawna danego zachowania (opis typu czynu karalnego) może być odmienna w poszczególnych porządkach prawnych, oparto się tutaj o wykładnię literalną przepisu przyjmując, iż mowa tu o jednym „czynie”, a nie jednym „przestępstwie”. Podkreślona została zarazem funkcja gwarancyjna zasady *ne bis in idem* – iż oskarżony, który został już osądzony w jednym z państw związanych KWUS, będzie miał realną możliwość swobodnego przemieszczania się bez obawy ścigania w innym państwie nią związanym. O ile jednak wywóz i przywóz tych samych środków odurzających z jednego do drugiej państwa uznany tu został za jeden czyn zabroniony, tak zaznaczono, że ostateczna ocena, czy w danej sprawie mamy do czynienia z ową „całością” zachowania, należy do właściwych instancji krajowych.

Powyższy pogląd został potwierdzony przez TS UE w następnych orzeczeniach, to jest w wyroku z 28 września 2006 r. w sprawie Van

---

charakterystycznych dla danego typu czynu karalnego. Tak P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 378 i n. Por. także A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 341 i n.

<sup>14</sup> Wyrok TS UE z 9 marca 2006 r. w sprawie Van Esbroeck, C-436/04, Zbiór Orzeczeń 2006, nr 3A, s. I-02333.

<sup>15</sup> Sentencja ww. wyroku w sprawie, Dziennik Urzędowy UE C-131/18 z dnia 3 czerwca 2006 r. Opowiedziano się tu zatem na koncepcję *idem factum*.

Straaten przeciwko Niderlandom i Republice Włoskiej, C-150/05<sup>16</sup>, w wyroku z 28 września 2006 r. w sprawie Gasparini i in., C-467/04<sup>17</sup>, w wyroku z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Kretzinger, C-288/05<sup>18</sup>, i w wyroku z 18 lipca 2007 r. w sprawie Kraaijenbrink, C-367/05<sup>19</sup>. Na marginesie, orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka zdaje się iść w inną stronę niż TS UE. Wychodząc od zasłóści historycznej wymaga on dla uaktualnienia zakazu *ne bis in idem* tożsamości tych cech czynu, które stanowiły przedmiot uprzedniej prawnokarnej oceny<sup>20</sup>.

Z faktu, iż stawiane TS UE pytania prejudycjalne częstokroć oscylują wokół tożsamości czynów, wnosić jednak należy, że mimo jednoznacznie sformułowanego kryterium, jego praktyczne zastosowanie, zwłaszcza

---

<sup>16</sup> Zbiór Orzeczeń 2006, nr 8, s. I-09327. Sprawa także dotyczyła wywozy i przywozu środków odurzających. TS UE orzekł zarazem, że dla celów skorzystania z zasady *ne bis in idem* nie jest wymagane, by ilości narkotyków lub konfiguracje osobowe były tożsame. Zob. także B. Nita, *Rozstrzyganie problemów...*, *op.cit.*, s. 60.

<sup>17</sup> Zbiór Orzeczeń 2006, nr 8, s. I-09199. Sprawa dotyczyła przywozu oliwy z oliwek pochodzącej z przemytu do jednego państwa i wprowadzenia jej następnie do obrotu na terytorium innego państwa.

<sup>18</sup> Zbiór Orzeczeń 2007, nr 7B, s. I-06441. Sprawa dotyczyła przyjęcia zagranicznego tytoniu pochodzącego z przemytu w jednym państwie i posiadanie tego samego tytoniu w innym państwie. Zastrzeżono tu jednak, iż całość zachowania w postaci przyjęcia towaru w jednym miejscu i przewiezienia go przez terytoria innych państw do miejsca przeznaczenia winna być od początku objęta zamiarem oskarżonego.

<sup>19</sup> Zbiór Orzeczeń 2007, nr 7B, s. I-06619. Sprawa dotyczyła przyjmowania lub ukrywania w jednym z państw środków płatniczych pochodzących z handlu środkami odurzającymi, oraz wymiany w placówkach bankowych lub kantorach znajdujących się na terytorium innego państwa środków pieniężnych pochodzących także z takiego handlu. TS UE podkreślił tu z kolei, nie dopatrując się tożsamości czynów, że ustalenie w trakcie postępowania, iż dane czyny powiązane są tym samym zamiarem nie przesądza *per se*, iż mamy do czynienia z „tymi samymi czynami” w rozumieniu art. 54 KWUS.

<sup>20</sup> Tak wyrok z dnia 26 kwietnia 1995 r. w sprawie Fischer przeciwko Austrii, skarga nr 16922/90, i wyrok z dnia 23 października 1995 r. w sprawie Gradinger przeciwko Austrii, skarga nr 15963/90. W wyroku sprawie Oliveira przeciwko Szwajcarii z dnia 30 lipca 1998, skarga nr 25711/94, ETPC opowiedział się za ujęciem *idem crimen*. Por. także P. Kardas, *op.cit.*, s. 378 i n. Także za koncepcje *idem crimen* opowiadać się ma Sąd najwyższy USA. Tak Linda E. Carter, *The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne Bis in Idem*, Santa Clara Journal of International Law, 2010, s. 4-5 (artykuł dostępny na stronie internetowej [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1479628](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1479628), data dostępu: 11 stycznia 2014 r.), z powołaniem na orzeczenie Grady v. Corbin, 495 U.S. 508, 523 (1990). Autorka podaje wszak, że Międzynarodowy Trybunał Karny przyjmuje koncepcję szeroką *idem factum* (*Ibidem*, s. 10-11).

cza zaś ocena, czy mamy do czynienia z „nierozzerwalną całością zachowania sprawcy”, nie jest nazbyt klarowne. W miejscu tym pokusić się można o stwierdzenie, że główną miarą będzie tu tożsamość (przynajmniej częściowa) przedmiotu czynności wykonawczej i zamiaru sprawcy, z tym wszakże zastrzeżeniem, iż to pierwsze byłoby tu warunkiem *sine qua non*<sup>21</sup>. Szczególną uwagę zwrócić należy na ostatni przytoczony wyżej wyrok, gdzie TS UE nie dopatrywał się tożsamości czynu z tego powodu, że – mimo ustalenia jednego zamiaru przestępczego – nie został w sprawie wykazany związek między przedmiotem czynności wykonawczej w obu postępowaniach. Mówiąc zaś konkretnie – nie ustalono, by te same środki pieniężne, które były przez oskarżoną przyjęte w jednym kraju, były następnie wymienione na terytorium innego kraju<sup>22</sup>. Tym samym, ową „całość” winno się oceniać z perspektywy zachowania się sprawcy w stosunku do tego samego przedmiotu. Element tożsamości strony podmiotowej także będzie tu relewantny (co podkreślono w wyroku w sprawie Kretzinger), jednak dopiero w drugiej kolejności. Rozwiązanie to ocenić jednak należy negatywnie, jako że prowadzi do niepotrzebnego „mnożenia” czynów.

### 2.3. Przesłanka „prawomocnego osądzenia”

Zgodnie z przytoczonym powyżej art. 54 KWUS, co istotne – w wersji polskojęzycznej, aby mówić o zakazie *ne bis in idem* w uprzedniej sprawie musiałby zostać wydany wyrok i to taki, którym nałożono by na sprawcę karę, czyli skazujący<sup>23</sup>. *Notabene*, nowy art. 114a § 1 k.k.<sup>24</sup> precyzuje dodatkowo, które z prawomocnych orzeczeń skazujących wydanych przez sąd karny w państwie członkowskim UE może być uznane za

---

<sup>21</sup> Por. także A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 360-361.

<sup>22</sup> Zob. A. Sołtysińska, *op.cit.*, s. 38.

<sup>23</sup> Przykładowo, wersja anglojęzyczna jest sformułowana inaczej: ‘A person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party’.

<sup>24</sup> Art. 1 pkt 65 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 396), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r..

wyrok skazujący na gruncie prawa polskiego w ramach zasady wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych. Co istotne, spod owej „definicji” wyłączone zostały wyroki skazujące za czyn, który według polskiej ustawy nie stanowi przestępstwa, jego sprawca nie podlega karze albo orzeczono zań karę nieznaną ustawie się. Na pytanie, czy w prawie polskim zakres zakazu *ne bis in idem* wysłownego w art. 114 § 3 ust. 3 jest tym samym ograniczony, udzielić należy jednak odpowiedzi negatywnej. Zwłaszcza z uwagi na wskazane regulacje unijne zgodzić się należy z poglądem, iż w dalszym ciągu oba te przepisy mają charakter rozłączny, zaś prawomocne orzeczenie kończące postępowanie karne wyklądać należy w sposób autonomiczny – zgodny z europejskim standardem<sup>25</sup>. Ten tymczasem kształtowany jest przez TS UE *stricte* teleologicznie.

Już w orzeczeniu kończącym postępowanie w połączonych sprawach Gözütok i Brügge<sup>26</sup>, gdzie pytanie prejudycjalne dotyczyło rodzaju orzeczenia, jakie byłoby relewantne z punktu widzenia zasady *ne bis in idem*, TS UE uznał, iż art. 54 KWUS znajduje zastosowanie do postępowań, które zostają zakończone prawomocnym orzeczeniem wydanym przez prokuratora, jeśli wygasa w ten sposób prawo oskarżyciela publicznego do oskarżenia, a podejrzany wykona nałożone nań – jako sankcja za bezprawne zachowanie – obowiązki. Podkreślono, iż „okoliczność, że w tego rodzaju postępowaniu nie uczestniczy sąd oraz że decyzja wydana w jego wyniku nie przyjmuje formy wyroku, nie podważa tej wykładni, ponieważ tego typu elementy proceduralne i formalne nie mają żadnego wpływu na [...] skutki tego postępowania, które, wobec braku w art. 54 KWUS wyraźnego wskazania przeciwnego, należy uznać za wystarczają-

---

<sup>25</sup> W. Zontek [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015 Komentarz*, Kraków 2015, s. 56-58. Autor wskazuje tutaj, że odmienna wykładnia prowadziłaby do wniosku, iż polski sąd karny mógłby prowadzić postępowanie przeciwko danemu sprawcy w sytuacji, gdy w innym państwie członkowskim wymierzono mu za ten sam czyn karę nieznaną polskiej ustawie karnej. Przypadek ten w sposób oczywisty naruszałby art. 50 KPP (i art. 54 KWUS - AR).

<sup>26</sup> Ww. wyrok z dnia 11 lutego 2003 r. w połączonych sprawach Gözütok i Brügge, C-187/01 i C-385/01.

jące dla celów stosowania zasady *ne bis in idem* wyrażonej w tym przepisie”<sup>27</sup>. *Argumentum in favorem* była zarazem potrzeba wzajemnego zaufania do wymiaru sprawiedliwości państw członkowskich<sup>28</sup>. Jednocześnie, podobne stanowisko wyrażone zostało w kontekście ustalenia przesłanki prawomocności orzeczenia. Owa prawomocność ma być bowiem oceniana według wewnętrznego systemu prawnego państwa, w którym zapadło orzeczenie aktualizujące zakaz *ne bis in idem*. Innymi słowy, decydujące jest tym kontekście prawa tego państwa, które jako pierwsze rozstrzygło daną sprawę<sup>29</sup>.

Odnosząc się tymczasem do treści prawomocnego orzeczenia, to podnieść należy (mimo niejasnej redakcji polskojęzycznej wersji KWUS), iż w art. 54 KWUS chodzi zarówno o orzeczenia skazujące, jak i uniewinniające<sup>30</sup>. Podobnie rzecz się ma z tymi, w wyniku których postępowanie zostaje umorzone. W rachubę wchodzi tu zatem wszelkie orzeczenia, które kończą sprawę *in merito*<sup>31</sup>. Znany polskiej procedurze wyrok warunkowo umarzający postępowanie także byłby relewantny, jako że – abstrahując od sporów o charakter takiego orzeczenia<sup>32</sup> – prowadzić może do ostatecznego rozstrzygnięcia sytuacji prawnej podejrzanego w razie spełnienia określonych przez sąd obowiązków<sup>33</sup>.

Dając pierwszeństwo wskazywanym już celom zasady *ne bis in idem*, zważając zarazem na zasadę pewności prawa i potrzebę intensyfikacji współpracy w sprawach karnych budowanej na wzajemnym zaufaniu,

---

<sup>27</sup> Tak pkt 31 ww. wyroku.

<sup>28</sup> Na marginesie, o ile o „prawomocnym wyroku” mowa jest także w art. 50 KPP, to w aktualnym brzmieniu art. 114 § 3 pkt 3 k.k. zakaz *ne bis in idem* wiąże się z „prawomocnymi orzeczeniami sądów lub innych organów państw obcych kończących postępowanie karne”. Tym samym, owe wątpliwości interpretacyjne zostały w Polsce rozwiązane także drogą przepisów krajowych.

<sup>29</sup> Szerzej B. Nita-Światłowska, *Prawomocność orzeczenia jako element wyznaczający zakres zasady ne bis in idem w art. 54 Konwencji wykonawczej z Schengen*, EPS 5/2014, s. 23-30, gdzie autorka przedstawia alternatywne koncepcje dotyczące oceny prawomocnego charakteru orzeczenia aktualizującego rzeczoną zasadę na kancie wyroku TS UE z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie M., C-398/12.

<sup>30</sup> *Nota bene*, art. 50 KPP wprost wskazuje, że zakaz *ne bis in idem* aktualizuje się zarówno przy wyroku skazującym, jak i uniewinniającym. Jest to dziś niewątpliwie mocna wskazówka interpretacyjna art. 54 KWUS.

<sup>31</sup> A. Górski, A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 30-31.

<sup>32</sup> Zob. A. Tęcza-Paciorek, *Zasada domniemania niewinności w polskim procesie karnym*, Warszawa, 2012, s. 245 i n.

<sup>33</sup> Por. B. Nita, *Rozstrzyganie problemów...*, *op.cit.*, s. 32 i 68.

TS UE stanął na stanowisku, iż art. 54 KWUS będzie miał zastosowanie także do tych orzeczeń, na mocy których oskarżony został uniewinniony w danym państwie z powodu braku dostatecznych dowodów (ww. sprawa Van Straaten)<sup>34</sup>. Z drugiej strony, analizując w sprawie Miraglia, decyzję prokuratora o umorzeniu postępowania podyktowaną wyłącznie informacją o uprzednim wszczęciu postępowania karnego w innym państwie przeciwko temu samemu podejrzanemu za ten sam czyn, TS UE orzekł, że zasada *ne bis in idem* nie znajdzie zastosowania do orzeczeń, które nie kończą postępowanie bez rozstrzygnięcia merytorycznego<sup>35</sup>.

Za wyjątkową uznać wszak należy tę sytuację, gdy postępowanie zostało prawomocnie umorzone bez merytorycznego rozstrzygnięcia, ale z powodu trwałej i bezwzględnej przeszkody ścigania w postaci przedawnienia (ww. Gasparini i in.)<sup>36</sup>. Art. 54 KWUS obejmować ma właśnie te orzeczenia, które wyłączają – w myśl przepisów obowiązujących w państwie, gdzie zapadły – możliwości ścigania danej osoby za ten sam czyn. Stanowisko to znalazło także wyraz w wyroku w ww. sprawie Turansky, która dotyczyła pytania prejudycjalnego o moc wiążącą postanowienia wydanego przez słowackie organy wymiaru sprawiedliwości o umorzeniu postępowania przed przedstawieniem zarzutów określonej osobie, przy czym – *a contrario* do sprawy Gasparini i in. – prawo słowackie nie wykluczało ponownego postępowania o ten sam czyn przeciwko tej samej osobie. TS UE uznał, że zastosowanie zakazu *ne bis in idem* miałyby się w tym przypadku z celem. Myśl ta znajduje także wyraz w orzeczeniu z 5 czerwca 2014 r. w sprawie M., C-398/12<sup>37</sup>. W nawiązaniu do ferowanej koncepcji „prawomocności” wskazano tu bowiem, że postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego wobec braku

---

<sup>34</sup> Zob. szerokie omówienie tego problemu przez B. Nitę [w:] *Ibidem*, s. 50-53.

<sup>35</sup> Wyrok z 10 marca 2005 r. w sprawie Filomena Mario Miraglii, C-469/03, Zbiór Orzeczeń 2005, nr 3B, s. I-02009. Zob. także A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 385-386, gdzie autor trafnie podkreśla, iż nie powinno się zakładać, iż w każdym przypadku umorzenia postępowania z uwagi na przesłanki formalne zakaz *ne bis in idem* nie będzie się aktualizował, jako że jest to zależne przede wszystkim od prawa tego kraju, które decyzję wydało.

<sup>36</sup> Zob. B. Nita, *Glosa do wyroków TS z dnia 28 września 2006 r., C-467/04 i C-150/05, EPS 9/2007*, s. 44-52, oraz M. Leleński, *Glosa do wyroku TS z dnia 28 września 2006 r., C-467/04, St.Iur.Torun. 2/2011*, s. 313-321.

<sup>37</sup> Wyrok TS UE z dnia 5 czerwca 2014 r., C-398/12, SIP Lex 1467111.

dostatecznych dowodów winy – stanowiące w umawiającym się państwie, w którym owo postanowienie zostało wydane, przeszkodę dla ponownego ścigania w odniesieniu do tych samych czynów tej samej osoby – aktualizuje zakaz „podwójnego karania” także w sytuacji, gdy prawo państwa wydania orzeczenie pozwala na wznowienie postępowania na wypadek ujawnienia nowych dowodów uprawdopodobniających popełnienie przestępstwa przez tę osobę. Odwołując się do art. 4 ust. 2 protokołu nr 7 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (z którego to wynika, że zasada *ne bis in idem* nie stoi na przeszkodzie możliwości wznowienia postępowania „jeśli wyjdą na jaw nowo odkryte fakty”, które mogą mieć wpływ na wydany wyrok) TS UE podkreślił, iż sama możliwość wznowienia postępowania nie podważa *per se* prawomocnego charakteru postanowienia o umorzeniu postępowania, zwłaszcza że takie nowe postępowanie może być wszczęte wyłącznie w tym umawiającym się państwie, w którym wydano owo postanowienie.

Jak zostało zaznaczone powyżej, sposób, w jaki interpretuje się art. 54 KWUS, nosi znamiona ściśle teleologiczne. Wykładnia ta zmierza bowiem w kierunku jak najpełniejszego spełnienia zasady *ne bis in idem*, czy inaczej – jak najszerszego rozciągnięcia zakazu ponownego sądzenia danej osoby, której odpowiedzialność karna za dany czyn została już prawomocnie rozstrzygnięta. Widać to zwłaszcza w tych wyrokach, w których TS UE analizuje wewnętrzne reguły procedowania, bacząc czy przeciwko danej osobie mogłoby zostać wszczęte ponowne postępowanie za ten sam czyn w państwie, które już raz się wypowiedziało w tym przedmiocie. Najlepszym przykładem jest tu sprawa Gasparini i in., gdzie decyzja oparta o krajowe przepisy regulujące okres przedawnienia uznana została za ostateczną, niezależnie od tego, czy w kraju, który także rości sobie prawo do osądzenia, okres ten by nie upłynął. Znamienne są tu zarazem orzeczenia w sprawie Van Straaten i w sprawie M., w których odpowiednio uniewinnienie i umorzenie postępowania wobec braku dowodów winy oskarżonego uznano za wiążące, mimo, iż w innym kraju dowody te mogłyby się znaleźć, a nawet się znalazły. Jednocześnie, orzeczenia ta uwypuklają kwestię wzajemnego zaufania do wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich i to, że „prawomocnego osądzenia” w oparciu o przepisy jednego państwa nie powinno się już podważać.

## 2.4. Przesłanka „wykonania kary”

Przesłanka w postaci „wykonania kary” znajdywać będzie zastosowanie w tych przypadkach, gdy w sprawie wydany został wyrok skazujący. W porównaniu do wyroków uniewinniających, czy orzeczeń umarzających postępowanie w sprawie, tutaj stawiany jest zatem dodatkowy warunek dla aktualizacji zakazu *ne bis in idem*, a to aby skazany wykonał nałożoną na niego karę, był w trakcie jej wykonywania, ewentualnie – aby kara ta nie mogła być już wykonana zgodnie z przepisami państwa, które ją nałożyło. Chodzi tu przede wszystkim o to, by osoba, w stosunku do której aktualizuje się zakaz ponownego sądzenia, nie pozostała w efekcie bezkarna.

Przechodząc do *meritum*, w wyroku w sprawie Kretzinger TS UE rozwiązał wątpliwości, czy na gruncie art. 54 KWUS kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, będąca sankcją za bezprawne zachowanie sprawcy czynu zabronionego, również będzie relewantna. Odpowiadając twierdząco, wskazano, że karę taką winno się kwalifikować jako „w trakcie wykonywania” od chwili, gdy wyrok skazujący podlega wykonaniu i w trakcie okresu próby. Z chwilą zakończenia okresu próby kara ta winna być zaś uznana za „wykonaną”<sup>38</sup>. Z kolei, przymiotu takiego nie można przyznać krótkotrwałemu zatrzymaniu lub aresztowaniu, które zgodnie z prawem państwa skazującego na ewentualną karę pozbawienia wolności mogłoby być zaliczone na poczet późniejszego wykonania tejże kary. Kluczowa jest bowiem odmienność w zakresie celów obu instytucji. Jak podkreślił TS UE, „podczas gdy cel tymczasowego aresztowania jest raczej prewencyjny, celem przesłanki wykonania jest uniknięcie możliwości, by osoba, której proces zakończył się w pierwszym umawiającym się państwie wydaniem prawomocnego wyroku, nie podlegała dalszemu ściganiu o te same czyny i pozostała ostatecznie bezkarna, jeżeli pierwsze umawiające się państwo nie doprowadziło do wykonania wymierzonej kary”<sup>39</sup>.

Jednocześnie, w omawianym wyroku zostało zaznaczone, że na wykładnię przesłanki „wykonania kary” nie ma wpływu okoliczność, że państwo członkowskie może – na podstawie decyzji ramowej 2002/584

<sup>38</sup> Zob. także A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 370-373.

<sup>39</sup> Pkt 51 przedmiotowego orzeczenia.

w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi – wydać europejski nakaz aresztowania osoby, której proces zakończył się w tym państwie wydaniem prawomocnego wyroku skazującego zgodnie z jego prawem krajowym w celu jej ujęcia dla potrzeb wykonania tego wyroku. Skoro można wydać nakaz celem zapewnienia wykonania orzeczonej kary, to zdaniem TS UE nie jako *per se* kary tej nie można uznać za już wykonywaną.

Zgodzić się należy z powyższymi zapatrywaniami TS UE, z tym však zastrzeżeniem, że w sytuacji, gdy ów nakaz zostałby wydany celem ujęcia skazanego, który przerwał (bezprawnie) postępowanie wykonawcze i zbiegł do innego kraju, by uniknąć dalszego odbywania kary, to wówczas przesłanka „wykonywania kary” będzie się aktualizować. Zatrzymany winien być tym samym przekazany organom państwa, które wprowadziło karę do wykonania, a nie ponownie sądzony w innym państwie. Z kolei, podążając dalej za myślą TS UE, zakaz *ne bis in idem* aktualizowałby się także w przypadku uprawomocnienia wyroku warunkowo umarzającego postępowanie i rozpoczęcia okresu próby, od kiedy to „kara” byłaby „w trakcie wykonywania”, zaś po upływie tego okresu oraz spełnieniu nałożonych na sprawcę obowiązków probacyjnych uznać by ją należało za „wykonaną”.

W miejscu tym warto jeszcze wskazać na wyrok z dnia 11 grudnia 2008 r. w sprawie Bourquain, C-297/07<sup>40</sup>, na kanwie której TS UE orzekł, że zasada *ne bis in idem* znajdywać będzie zastosowanie nawet wówczas, gdy zgodnie z prawem państwa, które wydało pierwszy wyrok skazujący, wymierzona kara – z uwagi na szczególne uregulowania proceduralne przewidziane w tymże państwie – nigdy nie mogła być wykonana w trybie natychmiastowym. Jednocześnie, przesłanka „wykonania kary” jest spełniona, jeżeli stwierdzone zostanie, że w momencie wszczęcia drugiego postępowania przeciwko osobie już skazanej za ten sam czyn, kara uprzednio wymierzona nie może już zostać wykonana zgodnie z prawem państwa, które ją nałożyło.

---

<sup>40</sup> Zbiór Orzeczeń 2008, nr 12A, s. I-09425.

### 3. Zakres podmiotowy

Art. 54 KWUS wprost stanowi, iż zakaz *ne bis in idem* dotyczyć ma ponownego ścigania, za ten sam czyn, osoby, której proces zakończył się wydaniem prawomocnego wyroku na obszarze jednego z państw związanych KWUS. Wskazuje się przeto, iż przepis ten wymaga tożsamości podmiotowo-przedmiotowej, czyli tej samej osoby i tego samego czynu.

Z niniejszej perspektywy istotny jest wyrok w sprawie Gasparini i in., gdzie TS UE orzekł właśnie, że „zasada *ne bis in idem*, zawarta w art. 54 konwencji wykonawczej do układu z Schengen, nie znajduje zastosowania do innych osób niż te, których proces zakończył się wydaniem prawomocnego wyroku na terytorium jednej z umawiających się stron”<sup>41</sup>. Warto wszak przypomnieć, iż „prawomocnym osądzeniem” było tu postanowienie o umorzeniu postępowania z uwagi na przedawnienie ścigania. TS UE stwierdził tym niemniej, że taka wykładnia przedmiotowego przepisu szanować ma nie tylko prawo do swobodnego przemieszczenia się po terytorium UE, ale także traktatowy cel w postaci zapobiegania i zwalczania przestępczości. Mimo zatem, iż w sprawie mamy do czynienia z jednym i tym samym czynem ocenianym dwukrotnie, to pozostaje to w zgodzie z art. 54 KWUS dopóty, dopóki nie będzie prowadzić do ponownego osądzenia tej samej osoby.

Wskazać tu należy na częściową krytykę takiego orzeczenia TS UE, wyrażaną m.in. przez B. Nitę<sup>42</sup>. Autorka podaje, że analizując zapadły wyrok dojść można do wniosku, że obowiązywanie zakazu *ne bis in idem* „zależy w dużym stopniu od przypadku”, wskazując jednocześnie na polską regulację art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k., która to negatywna przesłanka postępowania w postaci przedawnienia jest z tego powodu wspólna dla współoskarżonych, iż dotyczy czynu jako całości. Dodając, że o ile rozstrzygnięcie takie pozostaje w zgodzie z funkcją gwarancyjną zasady *ne bis in idem*, która to ma w zasadzie charakter indywidualny – chroni konkretną osobę przed ponownym osądzeniem, tak w omawianym wyroku aspekt ten nie został wyraźnie zaakcentowany przez TS UE, a zaprezentowane stanowisko godzi z kolei w ten cel przedmiotowej zasady, który

---

<sup>41</sup> Pkt 2 zd. 1 sentencji przedmiotowego wyroku.

<sup>42</sup> B. Nita, *Glosa do wyroków...*, *op.cit.*, s. 50-51.

objawia się w usprawnianiu ścigania karnego (jako że mnoży poniekąd postępowania dotyczące jednego zdarzenia historycznego).

Uwagi te są trafne, niemniej nie można tracić z pola widzenia istoty zakazu *ne bis in idem*, a to tego, że aktualizuje się dopiero przy łącznym spełnieniu przesłanek podmiotowo-przedmiotowych. Nie można prowadzić ponownie postępowania przeciwko tej samej osobie, jeżeli dotyczy to tego samego czynu, z drugiej zaś strony – nie można prowadzić ponownie postępowania w przedmiocie tego samego czynu, jeżeli dotyczy by ono miało odpowiedzialności tej samej osoby<sup>43</sup>. O ile w prawie wewnętrznym istnieją podstawy do wyłączenia ścigania wszystkich współsprawców czynu, przykładowo – właśnie z uwagi na upływ okresu przedawnienia, to jest to rzecz odmienna od zasady *ne bis in idem*. Podstawą zaniechania czynności procesowych jest tu przesłanka przedawnienia, a nie powagi rzeczy osądzonej. Tymczasem, skoro na arenie europejskiej brak odpowiednich przepisów regulujących tę materię w sposób jednolity, to narzucanie wiążącego skutku wewnętrznej przesłance przedawnienia byłoby niewskazane. Ujmując rzecz inaczej, o ile zatem „prawomocne osądzenie” nie pozwala na wybór innej jurysdykcji do oceny odpowiedzialności karnej konkretnej osoby, to jurysdykcja ta nie zostaje wybrana dla całego czynu. Z drugiej jednak strony, mając na uwadze art. 58 KWUS i akceptowaną przez TS UE możliwość stosowania zasady *ne bis in idem* do innych jeszcze orzeczeń niż te, które wchodzą w zakres zastosowania art. 54 KWUS, praktyka taka nie powinna być uznana za sprzeczną z omawianą regulacją. Innymi słowy, zaniechanie ścigania w tym przypadku byłoby akceptowalne, acz nieobowiązkowe.

#### 4. Zakres czasowy i terytorialny

W miejscu tym przejść jeszcze należy do zakresu czasowo-terytorialnego zastosowania art. 54 KWUS i wysłownej tam zasady *ne bis in idem*.

Odnosząc się do pierwszego zagadnienia, intertemporalnego, to przyjmuje się obecnie, że art. 54 KWUS znajdywać będzie zastosowanie

---

<sup>43</sup> Zob. uwagi A. Sakowicza pod kątem tożsamości czynu [w:] A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 354-355.

niezależnie od tego, czy w czasie wydania pierwszego orzeczenia państwo je wydające było już związane KWUS. Na kanwie sprawy Van Esbroeck TS UE stwierdził, iż przesłanka uprzedniego prawomocnego osądzenia będzie spełniona (czyli prawomocne orzeczenie będzie brane pod uwagę), jeśli KWUS obowiązuje w tym państwie – oraz w tym, które jako kolejne chce uczynić użytek ze swojej jurysdykcji – na moment oceny dopuszczalności tego drugiego postępowania. Dopiero tę chwilę uznać bowiem należy za miarodajną dla aktualizacji zakazu *ne bis in idem*. Stanowisko to znalazło nadto potwierdzenia w wyroku w sprawie Bourquain.

Tymczasem, mówiąc o terytorialnym zakresie zastosowania, to właśnie w ww. sprawie Bourquain TS UE wyjaśnił, że stosowanie art. 54 KWUS nie jest uzależnione od miejsca wydania wyroku, lecz od tego, czy wyrok ten został wydany przez właściwy organ państwa, które stało się stroną KWUS. Analizowany przypadek dotyczył orzeczenia wydanego podczas wojny algierskiej przez francuski sąd wojskowy strefy Est Constantinoise w Algierii, zaś prawem przezeń stosowanym było prawo francuskie. TS UE przychylił się tutaj do zdania Komisji Wspólnot Europejskich, iż omawiany przepis „nie przewiduje, by osoba, o którą chodzi, koniecznie musiała być sądzona na terytorium umawiających się stron, oraz że przepis ten ma na celu ochronę przed dalszym ściganiem za ten sam czyn osoby, której proces zakończył się prawomocnym wyrokiem, nie może on być interpretowany w taki sposób, że art. 54-58 KWUS nigdy nie znajdują zastosowania do osób, które zostały osądzone przez umawiającą się stronę wykonującą swoje kompetencje jurysdykcyjne poza terytorium objętym zakresem tej konwencji”<sup>44</sup>. Tym niemniej, podkreślone zostało zarazem – być może „z ostrożności procesowej” – że art. 58 KWUS i tak upoważnia państwa do stosowania przepisów krajowych o rozszerzonym zakresie, a w odniesieniu do postępowań prowadzących do wyłączenia ścigania zezwala im na stosowanie zasady *ne bis in idem* do orzeczeń sądowych innych niż te, których dotyczy art. 54 KWUS.

---

<sup>44</sup> Pkt 30 przedmiotowego wyroku.

## 5. Zakończenie

W ramach podsumowania powyższych rozważań stwierdzić należy, iż zasada *ne bis in idem* niemało zawdzięcza TS UE. Zakres zastosowania art. 54 KWUS ulegał tutaj poszerzeniu – ponad to, co wynikałoby z literalnego brzmienia przepisu – niemal co orzeczenie. Tym niemniej, jako widać na przykładzie art. 50 KPP – jest to działanie pożądane na arenie europejskiej. Ochrona praw człowieka przez prawo pierwotne UE, w tym wolność od kilkukrotnego sądenia jednostki za ten sam czyn, podobnie jak prawo do swobody osobistej i wolności przemieszczania się, nie są tu bowiem marginalizowane. Mimo iż deklaracja uniezależnienia zakazu *ne bis in idem* od faktu wykonania orzeczonej wyrokiem skazującym kary nie znajduje póki co odbicia w ustawodawstwie unijnym, tak nie można wykluczyć, iż praktykę taką wypracuje sam TS UE.

Tym niemniej, jak w świetle powyższego wyglądałoby rozstrzygnięcie kwestii *litis pendentio*? Czy art. 54 KWUS i wysłowny weń zakaz mógłby znaleźć zastosowanie do tych przypadków, gdy jedno państwo członkowskie będzie chciało wszcząć postępowanie karne w przedmiocie czynu, o który – wobec tej samej osoby – toczy się proces w państwie drugim? Literalne brzmienie przepisu, zwłaszcza wymóg, aby proces zakończył się wydaniem prawomocnego wyroku, zasadniczo temu przeczy. Art. 50 KPP także mówi tu o prawomocnym uniewinnieniu lub skazaniu, podobnie jak ww. art. 114 § 3 pkt 3 k.k. odnoszący się do prawomocnych orzeczeń kończących postępowanie karne. Również w literaturze przedmiotu przyjmuje się, że rozciąganie unijnej zasady *ne bis in idem* także na przypadki, gdy w jednym państwie członkowskich postępowanie co do tego samego czynu tej samej osoby zostało już wszczęte (łączenie omawianego zakazu z momentem wszczęcia postępowania na podobnych zasadach jak w prawie krajowym) było by zbyt dalekim wybiegiem<sup>45</sup>. Tym niemniej, TS UE „potrafi działać cuda”. Mieć zaś należy na uwadze, że postulat rozciągnięcia zakazu „podwójnego karania” na

---

<sup>45</sup> Zob. A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 457; P. Kołodziejski, *op.cit.*, s. 59. Także Z. Barwina, *op.cit.*, s. 66 i 119.

stan zawisłości sprawy jest powszechnie aprobowany<sup>46</sup>. Możliwość prowadzenia dwóch (czy więcej) postępowań zdaje się tymczasem niweczyć cele, które zakaz *ne bis in idem* ma realizować, w sposób podobny. Nie tylko bowiem podejrzany nie ma gwarancji swobodnego przemieszczania się (a mieć należy na uwadze, że znany polskiej procedurze karnej środek zapobiegawczy w postaci zakazu opuszczanie kraju jest wyjątkiem od zasady pozostawiania podejrzanego na wolności), ale także współpraca międzynarodowa organów ścigania jest ograniczona, skoro każde państwo prowadzić może własne postępowanie. Cierpi na tym zarazem ekonomika postępowania, zwłaszcza w świetle tego, że pierwszy wyrok stanowić będzie przeszkodę dla zakończenia pozostałych postępowań niezależnie od ich etapu. Warto w tym miejscu nadmienić, iż zasada taka znana jest przykładowo Międzynarodowemu Trybunałowi Karnemu, który winien orzec niedopuszczalność postępowania, gdy w danym państwie postępowanie w przedmiocie tego samego czynu zostało już wszczęte<sup>47</sup>.

Jak zaznaczono, choć TS UE nie wypowiedział się dotychczas w sposób bezpośredni w tym przedmiocie, tak w kontekście tym warto się odnieść do sprawy *Miraglia*. Mianowicie, rozważano tu sytuację, gdy jedno z państw zakończyło swoje własne postępowanie z uwagi na fakt, iż w innym państwie członkowskim sprawa o ten sam czyn tej samej osoby była już w toku<sup>48</sup>. Precyzując, władze niderlandzkie postanowiły nie prowadzić postępowania przeciwko podejrzanemu z powodu wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego za to samo przestępstwo we Włoszech. *Notabene*, organy włoskie użyć tu miały sformułowania „zapobiegawcze zastosowanie zasady *ne bis in idem*” przez władze nider-

---

<sup>46</sup> Zob. Zielona Księga w sprawie kolizji jurysdykcji oraz zasady *ne bis in idem* w postępowaniu karnym, KOM(2005) 696 wersja ostateczna. Także A. Sakowicz, *op.cit.*, s. 448 i n., czy P. Kołodziejski, *op.cit.*, s. 59.

<sup>47</sup> Art. 17 ust. 1 lit. a) Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzonego w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r., Dz.U. 2003 nr 78 poz. 708.

<sup>48</sup> Pytanie prejudycjalne, na które odpowiadał ostatecznie TS UE, dotyczyło wszak tego, czy zasada *ne bis in idem* znajduje zastosowania do orzeczeń kończących postępowanie bez rozstrzygnięcia merytorycznego w następstwie decyzji prokuratora o zaniechaniu dalszego ścigania karnego wyłącznie z powodu uprzedniego wszczęcia postępowania karnego w innym państwie przeciwko temu samemu podejrzanemu za ten sam czyn.

landzkie. Sprawa analizowana jednak była pod kątem tego, czy taka decyzja o umorzeniu blokować będzie – w oparciu o zakaz *ne bis in idem* z art. 54 KWUS – dalsze czynności procesowe organów niderlandzkich, w tym tych, z zakresu zagranicznej pomocy prawnej. Co istotne, ani nie była tu rozważana kwestia tego, które państwo pierwsze wszczęło postępowanie, ani inne ewentualne reguły kolizyjne, jak miejsce popełnienia czynu, obywatelstwo sprawcy i państwo jego zamieszkania, obywatelstwo i państwo zamieszkania osoby poszkodowanej przestępstwem, państwo ujęcia sprawcy<sup>49</sup>, co rzeczywiście prowadzić by mogło do absurdu, że art. 54 KWUS byłby tu przeszkodą zarówno dla organów niderlandzkich (z powodu postępowania we Włoszech), jak i dla organów włoskich (z powodu postępowania w Niderlandach). Ostatecznie, w wyroku kończącym TS UE wskazał, że orzeczenie jak organów niderlandzkich nie uruchamia zakazu *ne bis in idem*. Choć nie odniesiono się tutaj do kwestii *lis pendens*, to jednak uprawnione jest twierdzenie, że również zdaniem TS UE zakaz z art. 54 KWUS nie obejmuje analizowanej sytuacji – wszak potwierdzone zostało prawo władz niderlandzkich do „ponownego” udziału w postępowaniu (zgodnie z regulacją wewnętrzną – ponownego uruchomienia własnego postępowania) mimo zawisłości sprawy przed organami włoskimi.

Założyć przeto można, że także zdaniem TS UE art. 54 KWUS nie można wyklądać w ten sposób, iż zakaz „podwójnego karania” aktualizuje się z chwilą wszczęcia przez jedno umawiające się państwo postępowania karnego. Tak interpretacja odbiegałaby tak dalece od treści wskazanego przepisu, iż jest to jednak zasadnie dla ustawodawcy unijnego. Zważyć przy tym należy, iż decyzja taka wymaga gruntownego przygotowania, bowiem dużo łatwiej jest ustalić fakt prawomocnego osądzenia danej osoby, niż okoliczność wszczęcia w danym państwie postępowania karnego, zwłaszcza że początkową jest zwykle faza *in rem*, a nie *in personam*. Pewnym rozwiązaniem byłoby połączenie europejskiego zakazu *lis pendens* z momentem przedstawienia danej osobie zarzutów, jednak niejednokrotnie następować to może w końcowych fazach postępowania, gdy sporo czynności zostało już przeprowadzonych

---

<sup>49</sup> A to kryteria wskazane we wniosku republiki Grecji z lutego 2003 r. w przedmiocie decyzji ramowej w sprawie zasady *ne bis in idem* (Dziennik Urzędowy UE C 100 z 26 kwietnia 2003, s. 24).

i dużo środków przedsięwziętych. By zakaz taki nie był tylko pustą deklaracją i rzeczywiście aktualizował się na wcześniejszym etapie, bez angażowania organów ścigania kilku państw, system wzajemnego przekazywania informacji musi być naprawdę rozbudowany.

The Court of Justice of the EU used to read the Article 54 of the Convention implementing the Schengen Agreement in a very teleological way. What the interpretation takes into account is mainly the principle of mutual recognition in criminal matters and mutual trust to external judicial systems. Nevertheless, the need for a full protection of individual rights, especially freedom of movement within the European countries is also relevant. Although the construction is based on the case study (that is on the cases submitted to the Court), some general rules – that can be used in a similar circumstances – can be derived from them. At the same time, despite the fact that according to the common opinion the case of *litis pendentio* does not fall within the scope of the abovementioned provision, the Court has not yet measured with this issue. This article provides a detailed overview of the current case law concerning the scope of the *ne bis in idem* principle in European law. The question is what the Court would do if it had to decide the issue of *litis pendentio*. According to the author, the analysis of the objective and subjective conditions and the temporal and territorial aspects of the Article 54 of the given Convention seems to prejudge that the case of *litis pendentio* would not be considered as updating the prohibition of "double jeopardy" even by the Court.

Gabriela Grochola\*

## **Normy moralne w obronie naszego biologicznego istnienia: Polemika z Marią Ossowską<sup>1</sup> na temat zabójstwa**

Maria Ossowska jest najbardziej znaną i cenioną autorką publikacji z zakresu norm moralnych. Autorka jest wyznacznikiem kierunku, w jakim powinna zmierzać interpretacja tego zagadnienia. Nie wszystkie jej poglądy powinny jednak spotkać się z powszechną aprobatą zważywszy, że porusza ona kwestię często bardzo delikatną m.in. aborcję, karę śmierci czy samobójstwo. Norma moralna „nie zabijaj”, norma stanowiąca V Przykazanie Boże w życiu realnym znajduje wiele odstępstw od restrykcyjnego jej przestrzegania. Norma moralna, „nie zabi-

---

\* Studentka II roku studiów doktoranckich na Uniwersytecie Jagiellońskim w Katedrze Kryminalistyki.

<sup>1</sup> Maria Ossowska, z domu Niedźwiecka, urodziła się 16 stycznia 1896 roku w Warszawie. Zmarła 13 sierpnia 1974 roku w Warszawie. W 1915 roku podjęła studia filozoficzne na Uniwersytecie Warszawskim. W roku 1921 uzyskała stopień doktora filozofii na podstawie pracy „Zarys aksjologii stoickiej” napisanej pod kierunkiem Jana Łukasiewicza. W tym samym roku wyjechała do Paryża, gdzie przez dwa lata studiowała na Sorbonie. Po wojnie Maria Ossowska objęła funkcję profesora nadzwyczajnego Uniwersytetu Łódzkiego w utworzonej specjalnie dla niej Katedrze Nauki o Moralności. W roku 1948 przeniosła się do Warszawy, gdzie do 1951 roku kierowała Katedrą Historii i Teorii Moralności. W roku 1952 została całkowicie odsunięta od działalności dydaktycznej i naukowej. Po czterech latach wróciła do życia akademickiego, obejmując stanowisko kierownika Zakładu Historii i Teorii Moralności Instytutu Filozofii i Socjologii PAN oraz Katedry Historii i Teorii Moralności na Wydziale Filozoficznym UW. Współpracowała między innymi z Polskim Towarzystwem Socjologicznym i Międzynarodowym Towarzystwem Socjologicznym

jaj” jest jedną z najważniejszych norm, ponieważ zmierza do ochrony szczególnej wartości, jaką jest życie. Zabójstwo jest głównym zagadnieniem poruszonym w artykule. Podstawą jest rozróżnienie zabójstwa od sytuacji, kiedy mimo śmierci człowieka nie została naruszona norma moralna „nie zabijaj”. Oprócz analizy samego zagadnienia, nie brakuje w tekście krytycznych komentarzy w stosunku do teorii zaprezentowanych przez Marię Ossowską.

*„Moralność dobra dla naszych ojców,  
nie jest dość dobra dla naszych dzieci”  
Marie von Ebner-Eschenbach*

## 1. Wstęp

Czym jest moralność? Dlaczego jest tak ważna dla każdego człowieka? Czy dzięki niej jesteśmy lepszymi ludźmi? Termin moralność wywodzi się z łacińskiego słowa: *moralis* (*mos, moris* – zwyczaj obyczaj) i był odnoszony do zachowań oraz odpowiadających im poglądów na to, co w nich kwalifikowane jest, jako dobro, a co jako zło. Przez moralność rozumie się ten i tylko ten system norm, ocen i wzorów postępowania, który uznaje się za słuszny. Mówiąc o moralności w takim ujęciu nie każdy system norm i ocen jest moralnością, gdyż cechą konstytutywną moralności jest jej słusność. W literaturze przedmiotu można również spotkać się ze stanowiskiem, iż moralności nie da się zdefiniować z powodu złożoności tego zjawiska, gdyż w różnych czasach i różnych miejscach zupełnie inne kategorie czynów były przedmiotem moralnych wartościowań. Aby dobrze zrozumieć czym jest moralność, nie można o niej mówić w oderwaniu od nauki o moralności i etyki<sup>2</sup>. Przyjmując, że moralność to inaczej życie moralne, a życie moralne to nic innego jak życie po prostu ludzkie ujęte w świetle norm to nauka, która podchodzi do faktów życia moralnego w sposób tylko opisowy przy użyciu metody doświadczalno -indukcyjnej to nauka o moralności. Nauka ta ustala co w danym środowisku, epoce uchodzi za dobre czy złe. Nauka o moralności nie zajmuje się określeniem co jest uznawane za dobre a co złe, do tego

---

<sup>2</sup> Według M. Ossowskiej „etyka” będzie pewną dyscypliną głoszącą co jest dobre a co złe moralnie, dyscypliną zalecającą co się powinno robić i czego należy unikać. Tak rozumiana etyka wchodzić będzie w skład moralności.

odwołuje się etyka. Etyka do życia moralnego podchodzi w sposób nie opisowy a normatywny, czyli wydaje sądy o tym o jest dobre a co złe. Sądy te również etyka uzasadnia, wykazuje dlaczego tak jest.

Moralność nie może być ujmowana również w oderwaniu od prawa (normy prawnej). Relacje między prawem a moralnością od lat wzbudzają kontrowersje. Prawo stanowione i moralność pozostają ze sobą w ścisłej relacji, a rozgraniczenie prawa i moralności jest trudne. Za prawo stanowione uznaje się zespół norm wydawanych przez państwo i zagwarantowanych przymusem państwowym. Prawo jest nierozzerwalnie związane z państwem. Integralną cechą państwa i prawa jest przymus, stanowiący zabezpieczenie jego przestrzegania<sup>3</sup>. Normy prawne i moralne są do siebie podobne, gdyż to co jest zakazane przez prawo, jest także najczęściej nieakceptowane przez społeczeństwo. Jednakże to co jest potępiane przez społeczeństwo nie zawsze jest zabronione przez prawo. Co jest w takim wypadku ważniejsze? Prawo czy moralność? To pytanie rozpoczęło trwający po dziś dzień konflikt filozoficzny. W zasadzie dzieje filozofii prawa przedstawiają konflikt na linii: stanowisko prawno naturalne i stanowisko pozytywistyczne. Wszystkie dyskusje skupiają się na wyraźnym przeciwstawieniu prawa natury prawu pozytywnemu i próbach wykazania wyższości jednego prawa nad drugim<sup>4</sup>. „Pozytywizm prawniczy powstał w opozycji do praw natury. Sprowadza się do uzasadnienia obowiązującego prawa wolą prawodawcy, który mając legitymację do stanowienia prawa, tworzy je i włącza formalnie do obowiązującego zespołu norm, przy czym czyni to w oderwaniu od zasad słuszności czy sprawiedliwości, stanowiących tak zwaną wewnętrzną treść prawa. Źródłem ostatecznie obowiązywania prawa jest decyzja władcza legislatora. W związku z tym tyle jest systemów prawnych, ile jest systemów władczych. Nie ma więc norm powszechnie obowiązujących, absolutnych, wiecznych i niezmiennych”<sup>5</sup>. W opozycji do zwolenników prawa pozytywnego stoją zwolennicy szkoły prawa naturalnego. Koncepcje prawno-naturalne występowały i nadal są obecne w różnych

---

<sup>3</sup> <http://www.familie.pl/arttykul/Prawo-i-moralnosc,1779,1.html>, dostęp: 17.08.2015.

<sup>4</sup> L. Falandysz, Powrót do filozofii prawa [w:] Filozofia prawa tworzenie i stosowanie prawa, red. B. Czech, Katowice, 1992, s. 14-15

<sup>5</sup> M. Łuszczynska, Prawo natury a prawo stanowione -dwa antagonistyczne ujęcia filozofii prawa [w:] Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, 2005, s. 91.

odmianach, czerpiąc z różnych systemów filozoficznych. Wspólne dla nich jest ulokowanie źródła prawa poza wolą człowieka - istota ludzka podlegała mu, lecz go nie tworzyła. Prawo natury istnieje bowiem obiektywnie, niezależnie od aktów władzy społecznej, bez względu na to, czy wywodzi się od Boga, z natury i godności człowieka czy też natury społeczeństwa<sup>6</sup>. Prawu natury przypisane są cechy niezmienności lub znacznej stabilności<sup>7</sup>.

## 2. Norma „nie zabijaj”

Analizując zagadnienie moralności, należy zwrócić uwagę, iż odnosi się ona do różnych dziedzin rzeczywistości: norm, ocen, przeżyć – np. wyrzuty sumienia, czyny oraz postawy, kryteria, a także wzorce postępowania czy też władze poznawcze (zmysł moralny, wolna wola, poczucie moralne). Na podstawie moralności możemy dokonywać analizy norm postępowania i zaklasyfikować je jako pozytywne lub negatywne. Poprzez czyn adresatem moralności, staje się człowiek, jako jego podmiot i sprawca. Oceny i normy moralne są wytworem jakiejś społeczności, a więc można o nich mówić z punktu widzenia faktu społecznego. Społeczeństwo formułuje normy moralne i narzuca je innym ludziom. Czyn, jaki się dokonuje nie jest nigdy zły sam w sobie. To czy tak go postrzegamy zależy wyłącznie od reakcji społeczeństwa.

Jedną z najmłodszych dyscyplin naukowych zajmującą się moralnością jest socjologia moralności, dyscyplina socjologii zajmująca się badaniem systemów moralnych, ich funkcjonowaniem w społecznościach i społeczeństwach. Skupia również uwagę na mechanizmach funkcjonowania moralności i zjawisk moralnych, ich genezie i wpływie na społeczeństwo. Jedną z przedstawicielek nurtu socjologii moralności była Ma-

---

<sup>6</sup> R. Wojtyszyn, *Prawo natury a egalitaryzm w ujęciu Murray'a Newtona Rothbarda*, [w:] *Pozytywizm prawniczy i szkoła prawa natury: tradycje sporu i jego współczesne implikacje*, pod red. Ł. Machaj, Wrocław 2010, s. 15.

<sup>7</sup> Boskie pochodzenie prawa charakterystyczne było dla myśli Tomasz z Akwinu, natomiast upatrywanie jego źródła w naturze świata i porządku wszechrzeczy dla sofistów, Arystotelesa i stoików – S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 58-63.

ria Ossowska, która zasłynęła publikacjami pt. „Moralność mieszczańska”, „Podstawy nauki o moralności,” czy „O człowieku, moralności i nauce: miscellanea”. W tej pracy pragnę jednak skupić się na innym, równie ważnym dziele pt. „Normy moralne”<sup>8</sup>. Zważywszy na to, iż jest to publikacja bardzo obszerna i wielowątkowa pod roz wagę podjęty będzie tylko jeden rozdział dotyczący norm moralnych w obronie biologicznego istnienia. Poruszenie wątków z innych rozdziałów przekraczałoby zakres tej publikacji. Praca ta z racji tego, iż liczy sobie już ponad 40 lat, w niektórych fragmentach bywa zdezaktualizowana, co jednak nie stanowi problemu by poddać ją ocenie. Sama Ossowska we słowie wstępnym wyraża pragnienie, aby jej książka służyła, jako punkt wyjścia do dyskusji. „Normy moralne” różnią się od pozostałych książek tym, iż autorka po raz pierwszy zamiast tylko opisanie i wyjaśnienia zjawisk moralnych pozwala sobie na swobodne wyrażanie swoich sympatii i antypatii.

Maria Ossowska bardzo dużą wagę zwróciła na normy moralne, które występują, kiedy człowiek chce bronić swojego biologicznego istnienia. Najważniejszą taką normą jest „nie zabijaj”, chroni ona szczególną wartość, jaką jest niewątpliwie życie. Bardzo trafnie zostało zauważone, iż z punktu widzenia logiki nie jest istotne czy tworząc normy moralne posługujemy się nakazami czy zakazami<sup>9</sup>, bowiem każdemu nakazowi można przyporządkować odpowiedni zakaz. Jednakże nakazy brzmią zazwyczaj dużo łagodniej, mniej rozkazująco i apodyktycznie. Napis „tutaj nie wolno palić” wprowadza zupełnie inny odbiór niż subtelna sugestia, w którym miejscu można palić papierosy. Nie dziwne powinno się wydawać, dlaczego w przypadku zabójstwa zdecydowano się zastosować formę zabraniającą. Powaga sprawy wymaga w tym wypadku stanowczości.

Norma moralna „nie zabijaj” jest normą sformułowaną bardzo ogólnie. Wypada zadać pytanie, kogo nie zabijać? Mimo, iż odpowiedź wydaje się prosta, w gruncie rzeczy nie jest tak jednoznaczna. W kulturach

---

<sup>8</sup> M. Ossowska, *Normy moralne*, Warszawa 1970, s. 56.

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. 30.

będących pod wpływem religii chrześcijańskiej, norma ta wyłącznie dotyczy ludzi. Nie może człowiek zabić drugiego człowieka<sup>10</sup>. A co z innymi istotami? Czy norma dotyczy również zwierząt? Kultura chrześcijańska człowieka stawia ponad całą przyrodę, jako władcę całej natury, którą można podporządkować swoim celom. Nie we wszystkich kręgach kulturowych tak jest lub było. Przykładem mogą być Indie, w których król Asioki<sup>11</sup> (najwcześniejszy prawodawca Indii) wyrażał troskę o życie wszelkich żywych istot. Dbał o zapewnienie zwierzętom stałego wodopoju czy pomocy weterynaryjnej. Do dnia dzisiejszego są seksty w Indiach, które zakazują zabijania nawet najbardziej dokuczliwych insektów.

Współcześnie również możemy zauważyć trend odejścia od spożywania potraw mięsnych na rzecz wegetarianizmu czy nawet weganizmu. Styl ten konsumowania nie zawsze jest spowodowany chęcią lepszego czy innego odżywiania, ale bardzo często stanowi bunt przeciw zabijaniu zwierząt. Ciekawy argument przeciwko wegetarianom wyciąga Ossowska, zarzucając im, że w momencie zachorowania, bardzo szybko osoby te sięgają po leki zabijające bakterie, które, mimo że ich nie widać, nie znaczy, że nie istnieją. Dodatkowo osoby niespożywające mięsa powinny nie używać żadnych wyrobów pochodzenia zwierzęcego np. paszków ze skóry czy szczotek z włosiem. Idee wegetarian Ossowska podsumowuje słowami "(...)wszystko co na świecie żyje, żyje kosztem cudzej śmierci."<sup>12</sup>. Trudno się z tym argumentem nie zgodzić, jednakowoż warto zwrócić uwagę, iż wegetarianie protestują nie tylko przed samym zabiciem zwierzęcia, ale sposobem jego dokonania, gdyż często jest ono przeprowadzane w sposób niehumanitarny. Fakt, iż kultura chrześcijańska dała ludziom wyższość nad zwierzętami, nie oznacza, iż mamy być w stosunku do nich okrutni.

Zabijanie kogoś jest niewątpliwie jakimś postrzegalnym zachowaniem np. dźgnięciem kogoś nożem, które powoduje śmierć. Maria Ossowska stawia jednak pytanie czy termin zabójstwa można stosować tylko do tego typu sytuacji, jak wspomniana wyżej? Czy wiedząc, że druga osoba ma chore serce i celowo ją denerwując dopuszczamy się

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, s. 31.

<sup>11</sup> Asioka, *Orędzie króla*, Warszawa 1964, s. 4.

<sup>12</sup> M. Ossowska, *Normy...*, s. 31.

zabójstwa? „Jeżeli uznamy, że X zabił Y, ponieważ postępowanie X, postrzegane czy nie, było warunkiem wystarczającym śmierci, przy czym chciał jego śmierci, to wszystkie wymienione wypadki będą wypadkami zabójstwa”<sup>13</sup>. Zgadzam się w tym aspekcie z Ossowską, mimo iż prawo karne operuje w tym względzie węższą koncepcją zabójstwa, z punktu widzenia moralnego każde działanie zmierzające celowo do pozbawienia życia drugiego człowieka uznaję za zabójstwo.

Pojęcie zabójstwa rozszerza się przez włączenie przypadków spowodowania czyjejś śmierci przez zaniechanie. I w przypadku zaniechania można zadać pytanie, kiedy następuje zabójstwo. Nie mamy wątpliwości, że zaniechanie ze strony lekarza w podaniu leku ratującego życie pacjentowi będzie można nazwać zabójstwem. Ale czy tak samo ocenimy przypadek, kiedy pacjent nie otrzymał bardzo drogiego leku, który mógł uratować mu życie w przypadku braku dostatecznych funduszy? Prawo karne w pojęciu zabójstwa musi liczyć się z zachowaniem dającym się stwierdzić, zaobserwować. Ustosunkowuje się również do sprawstwa biernego (zaniechanie), karząc np. za nieudzielenie pomocy, to jednak aparatura pojęciowa nie jest wystarczająco subtelna, by uwzględnić wszelkie, rodzące się w związku z rozważaną sprawą skrupuły moralne.

### 3. Samobójstwo

We współczesnym cywilizowanym świecie norma moralna „nie zabijaj” jest powszechnie szanowana. Jednakże i od niej zdarzały się i zdarzają do dnia dzisiejszego wyłomy. Po pierwsze jak zauważyła Maria Ossowska w Europie wolno dziś na ogół zabić się samemu bez narażenia się na potępienie<sup>14</sup>. Jak powszechnie wiadomo, nie zawsze tak było. W prawodawstwie angielskim karanie niedoszłego samobójcy wycofano dopiero w XIX w. Samobójstwo piętnowano, jako akt nielojalności w stosunku do monarchy. Religia chrześcijańska potępiała samobójstwo w przekonaniu, iż tylko Bóg, Stwórca, może odebrać życie, gdyż dzięki niemu zawdzięczamy swoje istnienie. W społeczeństwach o charakterze

---

<sup>13</sup> M. Ossowska, *Normy...*, s. 32.

<sup>14</sup> *Ibidem*, s. 34.

rodowym, członek rodu odbierający sobie życie, stawał się potępiony za pomniejszanie rodu<sup>15</sup>.

Starożytni cynicy śmierć będącą wynikiem samobójstwa traktowali, za jak najbardziej godną uwagi. Akt ten stawiał śmiertelnego człowieka ponad bóstwa. Mędrcy umierający, kiedy sami zdecydowali, otoczeni byli wielką chwałą. Stoicy świadomie przejęli tę tradycję od cyników, gdyż perspektywa odebrania sobie życia w odpowiednio wybranym przez siebie momencie była dla nich podporą i czymś, co nie pozwalało człowiekowi narzekać. „Gdy Ci się pewne rzeczy wydadzą nazbyt męczące, mów sobie: Nie chcę już dłużej patrzeć. I odejdz. Jeżeli jednak zostaniesz, nie szlochaj.”<sup>16</sup>.

Stosunek do samobójstwa w poszczególnych kulturach jest różnie traktowany. W kulturach azjatyckich harakiri, jako akt protestu przeciw doznanej krzywdzie czy jako czyn, w którym człowiek ratował swój honor, nikogo nie dziwi.

„Normy moralne” z racji tego, że zostały napisane w latach 70 ubiegłego wieku, nie uwzględniają problematyki samobójstwa w Islamie. Od pamiętnego ataku na *World Trade Center* 11 września 2001 r. w Nowym Jorku świat zmagą się z walką z terrorystami, głównie pochodzenia islamskiego. Codziennie media donoszą o kolejnym terroryście-samobójcy, który oddaje swoje życie w sprawie wiary, za co ma obiecaną nagrodę wieczną, czyli życie w raju (Dżannah). Islam naucza, że śmierć męczeńska jest nagrodą za właściwą wiarę, szczerość, wytrwałość i wdzięczność wobec Boga. Jednakże autorytety religijne odcinają się od terrorystów- samobójców, gdyż Islam samobójstwo traktuje, jako grzech uniemożliwiający dostanie się do raju<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 34.

<sup>16</sup> Epiktet, *Diatryby*, 1961, s. 220.

<sup>17</sup> Z sunny Proroka dowiadujemy się: „Zaprawdę, ktokolwiek się zabije (umyślnie), z pewnością zostanie ukarany Piekłem, w którym będzie przebywał na zawsze.” [al-Buchari, 5778 i Muslim: 109, 110] Zatem, ten kto popełnia samobójstwo, popełnia je głównie ze względu na trudną sytuację, w której się znajduje, będącą bezpośrednim wynikiem działań Allaha lub innego człowieka. Nie jest on w stanie poradzić sobie z tym, co go dotknęło, i jest niczym osoba, która woła o pomoc z palących płomieni ognia. A zatem odszedł od tego, co było złe, do tego, co było gorsze. A gdyby był cierpliwy, wówczas Allah mógłby mu pomoc poradzić sobie z trudnościami. Szeich Usajmîn, *Kajfa Nualij Łaqiuna al-Alîm*, s. 120.

W naszym europejskim społeczeństwie dominuje negatywny stosunek do samobójcy, gdyż taką osobę uważa się za człowieka, który ucieka od swoich obowiązków, wybiera łatwiejszą drogę. Z drugiej strony opinia społeczna jest w stosunku do takiej osoby łagodna, ponieważ odbiera to, jako akt desperacji, który zmazuje wszelkie winy. Ossowska w swojej wypowiedzi nie krytykuje samobójcy<sup>18</sup>, który ze względu na problemy decyduje się zakończyć życie. W tej kwestii nie mogę się z nią zgodzić. Samobójstwo jest najgorszym rozwiązaniem. Jest aktem tchórzostwa, a nie odwagi. Wiele osób decydujących się na ostateczny krok posiada rodziny, dzieci, które również borykają się z problemami. Samobójstwo jest rozwiązaniem dla jednostki, która tego dokonuje, ale jednocześnie jest dostarczeniem dodatkowych trosk najbliższym. Czy może być coś bardziej egoistycznego, niż uwolnienie się od zmartwień dostarczając ich jeszcze więcej ludziom, których się kocha i którzy nas kochają?

#### 4. Zabójstwo w obronie własnej i w czasie wojny

Drugim wyłomem od zasady „nie zabijaj” jest usprawiedliwione zabójstwo w obronie własnej i w stanie wyższej konieczności. Prawo karne przewiduje możliwość odparcia ataku bezpośredniego, na dobro chronione prawem (w tym wypadku życie), jeżeli zamach jest bezprawny i nie da się go inaczej uniknąć. Istnienie tej instytucji prawa karnego nie podlega żadnym dyskusjom. Bez możliwości obrony, nasze życie byłoby wiecznie zagrożone, ze strony innego człowieka.

Trzecim przypadkiem, kiedy norma „nie zabijaj” nie ma zastosowania to czas wojny. Jest to okres, kiedy żąda się od nas zabijania innych ludzi. Nie każdy jednak jest w stanie dostosować się do panujących warunków. Nie każdy pozbawi życia bliźniego. Ossowska w swoim wywodzie wspomina, iż trudno rozpoznać autentycznego oponenta w stosunku do wszelkiego zabójstwa, od tych, którzy szukając własnego bezpieczeń-

---

<sup>18</sup> Tadeusz Kotarbiński również nie krytykuje samobójców, a nawet daje im przyzwolenie „Życie kryje też w sobie wiele powabów i dobrze czyni człowiek, sycąc się nimi do końca. Ale w tych granicach i pod tym warunkiem niechaj mu wolno będzie robić z sobą, co zechce, nawet odebrać sobie życie, jeśli to będzie dla niego złem najmniejszym z możliwych, wedle własnego rozeznania”

stwa pragną w ten sposób przecze­kać wojnę. Autorka w negatywnym to­nie wypowiada się w stosunku do tych drugich. Nie jestem jednak tak sceptycznie nastawiona jak autorka do ludzi, którzy mimo wojny nie chcą brać udziału w walce. Nie każdy jest na tyle wielkim patriotą, iż chce oddać życie za swoją ojczyznę. Obecne pokolenie młodych ludzi nie chce umierać za idee, i nie można ich za to krytykować, gdyż dora­stali w innych czasach. Ossowska wypowiada jednak istotną kwestię, od­nośnie wojny. Twierdzi, bowiem że wojna, zabijanie jest czymś natural­nym i nieuchronnym. Zgadam się z Ossowską w tym poglądzie. Wojny były, są i będą zawsze najbardziej efektywnym sposobem na ostateczne rozwiązanie sporów mających w mianowniku politykę a dotyczących praktycznie zawsze podziału dóbr i wpływów, (czyli władzy i ekonomii). Samo przekonanie bogatych ludzi zachodu, żyjących od lat spokojnie o tym, iż wojna się nie zdarzy, że nie opłaca się jej prowadzić, czy też w ostateczności, że jest czystym nonsensem i z zasady powinna być zabro­niona, gdyż jest niehigieniczna – to zbyt mało do tego, żeby ograniczyć ludzkie ambicje i aspiracje. Niestety pokój nie jest uniwersalną warto­ścią. A tam gdzie wojna są również ofiary.

## 5. Eutanazja

Kolejnym przypadkiem nie obowiązywania normy moralnej „nie za­bijaj” jest sytuacja, która w wielu ludziach wzbudza wiele kontrowersji, a mianowicie eutanazja, czyli zabójstwo z litości. Rozumieć przez nią należy bezbolesne skracanie życia człowieka beznadziejnie choremu na jego własne żądanie<sup>19</sup>. Mimo, że Polskie ustawodawstwo nie dopuszcza tego typu rozwiązania, wiele europejskich państw zalegalizowało euta­nazję m.in. Holandia czy Luksemburg. Ossowska jasno wyraziła opinię, iż jest zwolenniczką takiej śmierci<sup>20</sup>. Oponentów krytykuje za obłudę, jaką się kierują. Zarzuca im, że sprzeciwiają się eutanazji w stosunku do

---

<sup>19</sup> M. Ossowska, *Normy...*, s.36.

<sup>20</sup> Zwolennikiem śmierci eutanatycznej był również Tadeusz Kotarbiński, który ma­wiał: „Dojrze­wa również przeświadczenie, iż dobrowolne zakończenie własnego ży­cia w warunkach eutanazji zdobędzie sobie uznanie jako forma końca najbardziej godna ludzi rozumnych, bez porównania rozumniejsza niż oczekiwanie na brutalny zwykły akt ze strony czy to przyrody, czy przypadku, czy wreszcie bliźnich działają­cych nie w naszym, lecz własnym interesie”.

człowieka beznadziejnie cierpiącego, uznając jednocześnie za swój obowiązek uśmiercić zwierzę, które męczy się bez ratunku<sup>21</sup>. W pełni przyłączam się do tej krytyki przeciwników eutanazji. Uważam, że każdy, dorosły, świadomy człowiek ma prawo odejść godnie. Jeżeli mamy współczucie do konającego psa, czemu nie mielibyśmy mieć go do cierpiącego człowieka? Niewolnicze trzymanie się zasad niezabijania gorzej służy idei współczucia niż jej naruszenie. Śmierci eutanatycznej zarzuca się, iż może dochodzić do nadużyć ze strony osób trzecich<sup>22</sup>. Uważam, iż od lat 70, kiedy powstawał tekst, medycyna zrobiła wielki krok naprzód, przez co dużo łatwiej ocenić stan pacjenta. Choroby, które kilkadziesiąt lat temu stanowiły wielki problem dla społeczności, dziś często potrafimy wyleczyć w załóżku. Należy pamiętać, również że lekarze decydując się na służbę ludziom działają według zasady *primum non nocere*, a więc ostatnią rzeczą, do której dążą to pozbawienie człowieka życia.

Mimo, iż popieram pogląd Ossowskiej w kwestii eutanazji ludzi dorosłych, kategorycznie sprzeciwiam się temu zjawisku w przypadku dzieci, zwłaszcza niemowlaków. Maria Ossowska uważa, iż jest to temat istotny ze względu na wzrastającą liczbę dzieci rodzących się upośledzonymi, które w latach wcześniejszych umierałyby śmiercią naturalną. W latach 70 ubiegłego wieku rozwój aparatury medycznej nie był na tak wysokim poziomie jak współcześnie. Nie istniało USG, nie było możliwości badań prenatalnych. W związku z tym kobiety nie miały możliwości podjęcia ewentualnej decyzji o aborcji. Matki dopiero w momencie porodu dowiadywały się o upośledzeniu dziecka. Jako argument za eutanazją dziecka Ossowska podaje, iż zawsze chodzi w takim przypadku o los dziecka pokrzywdzonego i wyobcowanego ze środowiska swoich

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, s. 37.

<sup>22</sup> J. Malczewskiego w „Eutanazja. Gdy etyka zderza się z prawem” wskazuje na bardzo pragmatyczny argument przeciwko eutanazji związany z dobrowolnością i racjonalnością podejmowanej decyzji. Głosi, że żądanie śmierci wyrażone przez ciężko chorego, zestresowanego pacjenta nie jest przejawem racjonalnej i dobrowolnej decyzji. Fizyczny ból, cierpienie, depresja, strach, działanie leków, naciski ze strony otoczenia, możliwość błędnej diagnozy, brak fachowej wiedzy po stronie pacjenta – wszystko to może ograniczyć jego zdolność do podejmowania racjonalnych decyzji o własnym życiu.

normalnych rówieśników, ale również o okrutny los rodziców udręczonych beznadziejnym zadaniem wychowania takiego potomstwa<sup>23</sup>. Teza jakoby chodzi o los dziecka, zupełnie do mnie nie przemawia, ponieważ Ossowska, jako przykład dziecka, które powinno zostać poddane eutanazji wskazuje dziecko bez kończyn. W mojej ocenie argument autorki ma na celu wyłącznie zapewnienie rodzicom wygodniejszego życia. Nie umniejszam roli rodziców w wychowaniu upośledzonego dziecka, bo jest to ogromna praca, czas i pieniądze. Jednakże pozbawienie życia dziecka z takich powodów w mojej ocenie jest nie do zaakceptowania.

Kolejną kwestią kontrowersyjną w przypadku śmierci eutanatycznej dzieci jest sama decyzja. Dorosła osoba świadomie decyduje o swoim losie, prosząc o eutanazję. Dzieci są natomiast skazane na łaskę dorosłej osoby. Nie mogą zdecydować same za siebie. Obecnie w Europie Belgia i Holandia w swoim ustawodawstwie mają zalegalizowaną eutanazję dzieci. Jednakże żadne z tych państw nie posunęło się w tej sprawie tak daleko jak Ossowska. Belgia od 2 marca 2014 r.<sup>24</sup> wprowadziła eutanazję dzieci bez dolnej granicy wieku. Warto jednak zwrócić uwagę, iż aby mogła być eutanazja dokonana, potrzebna jest zgoda rodziców i lekarzy. Dziecko również musi być świadome, czym jest eutanazja. W związku z tym automatycznie z tej śmierci wykluczone są niemowlęta.

## 6. Aborcja

Wypadek szósty, w którym norma moralna „nie zabijaj” nie ma zastosowania to aborcja. Dla Ossowskiej dopuszczalność przerywania ciąży uwarunkowana jest przede wszystkim religią i polityką populacyjną. Po stronie przeciwników i zwolenników od lat padają te same argumenty. Jedni powołują się na istnienie duszy w embrionie i argument, że tylko Bóg może decydować o życiu i śmierci. Drudzy powołują się na zmniejszenie cierpienia w wyniku przerywania ciąży. Zwolennicy aborcji w swoich teoriach głoszą, iż człowiek tym różni się od zwierząt, że rodzi wtedy, kiedy chce, nie zaś wtedy, kiedy musi. Dziecko zrodzone w wyniku niechcianej ciąży z góry często skazane jest na mniejszą miłość, niż

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 38.

<sup>24</sup> <http://www.osservatoreromano.va/pl/news/legalizacja-eutanazji-dzieci-bez-ograniczenia-wiek,> dostęp: 10.02.2015.

dziecko oczekiwane. Dodatkowo dziecko rodzące się w wyniku przypadku, niszczy życie rodzicom, gdyż nowy członek rodziny pogłębia często ubóstwo. Dodatkowo argumentem za aborcją według zwolenników powinien być fakt, iż embrion nie ma jeszcze ukształtowanego systemu nerwowego, co ma wykluczyć jego cierpienie. Pozbawiony układu nerwowego embrion nie jest jeszcze człowiekiem, co przekłada się na to, iż nie możemy mówić w tym przypadku o zabijaniu<sup>25</sup>.

W roku 1997 Trybunał Konstytucyjny obszernie wypowiedział się na temat ochrony życia dziecka poczętego w polskim systemie prawnym<sup>26</sup>. Trybunał Konstytucyjny uznał wówczas, że demokratyczne państwo prawa jako naczelną wartość stawia człowieka i dobra dla niego najcenniejsze. Dobrem takim jest życie, które w demokratycznym państwie prawa musi pozostawać pod ochroną konstytucyjną w każdym stadium jego rozwoju. Dotyczy to również fazy prenatalnej. Ochrona życia ludzkiego nie może być rozumiana wyłącznie jako ochrona minimum funkcji biologicznych niezbędnych do egzystencji, ale jako gwarancje prawidłowego rozwoju a także uzyskania i zachowania normalnej kondycji psychofizycznej, właściwej dla danego wieku rozwojowego (etapu życia)<sup>27</sup>. Stwierdzenie, że życie człowieka w każdej fazie jego rozwoju stanowi wartość konstytucyjną podlegającą ochronie nie oznacza, że intensywność tej ochrony w każdej fazie życia i w każdych okolicznościach ma być taka sama. W wyjątkowych sytuacjach ochrona tej wartości może zostać ograniczona lub nawet wyłączona ze względu na konieczność ochrony lub realizacji innych wartości, praw czy wolności konstytucyjnych. Obecnie obowiązująca ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży<sup>28</sup> w art. 4a dopuszcza tylko trzy możliwości legalnego spędzenia płodu tj. w przypadku gdy ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu lub zachodzi

---

<sup>25</sup> M. Ossowska, *Normy...*, s. 39.

<sup>26</sup> Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r. sygn. Akt. K 26/96.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. 1993 nr 17 poz. 78).

uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego. W orzeczeniu K 26/96 Trybunału Konstytucyjnego poruszany był czwarty przypadek w którym mogłaby być dokonana aborcja. W myśl tego przepisu, przerwanie ciąży mogło być dokonane wyłącznie przez lekarza, w przypadku gdy kobieta ciężarna znajdowała się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej (art. 4a ust. 1), a ciąża nie trwała dłużej niż 12 tygodni. Trybunał uznał, iż ustawodawca nie dochował zasad konstytucyjnych obowiązujących przy rozstrzyganiu tego typu kolizji w szczególności zaś, zasady adekwatnego określenia kryteriów dopuszczalności naruszenia wartości konstytucyjnej, wskazując jednocześnie, że prawo do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci sprowadza się w aspekcie negatywnym wyłącznie do prawa odmowy poczęcia dziecka. Gdy dziecko zostało już poczęte, prawo to możliwe jest do realizacji wyłącznie w aspekcie pozytywnym, jako m.in. prawo urodzenia dziecka i jego wychowania.

W orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego sędzia Zdzisław Czeszejko-Sochacki zgłosił zdanie odrębne z którym całkowicie się identyfikuję. Sędzia Czeszejko-Sochacki zwrócił uwagę, iż Trybunał w swych rozważaniach całkowicie pominął, że punktem wyjścia w procesie legislacyjnym było stanowisko, iż życie podlega ochronie prawnej a aborcja jest powszechnie negatywnie ocenianym zjawiskiem społecznym. Celem prac legislacyjnych było natomiast poszukiwanie form i środków bardziej skutecznej ochrony prawnej życia i bardziej skutecznych środków zapobiegania i przeciwdziałania aborcji<sup>29</sup>. Sędzia Czeszejko-Sochacki zwrócił uwagę na istotny fakt, z którym Trybunał Konstytucyjny miał problemy, a mianowicie ze zdefiniowaniem przesłanek dopuszczających przerwanie ciąży tzw. przesłanek społecznych. Poza uwagę Trybunału pozostała kwestia podziemia aborcyjnego, turystyki aborcyjnej, rodzinnych alkoholików, szczególnych sytuacji życiowych matek, demoralizacyjnych warunków wychowawczych oraz samodzielnych prób spędzenia płodu. Mimo, iż osobiście nie jestem zwolenniczką aborcji, uważam że nie powinna ona być zabroniona w przypadku, jaki Trybunał uznał za niekonstytucyjny, czyli kiedy kobieta znajduje się w trudnej sy-

---

<sup>29</sup> *Ibidem*.

tuacji życiowej. Przerwanie ciąży z tzw. warunków społecznych, to niejednokrotnie dramatyczna decyzja matki, podyktowana troską o los dziecka, której to motywacji nie można upraszczać. Myślę, że żadna kobieta, nie dokona aborcji, gdy tego nie musi. „Prawo do decydowania o posiadaniu dzieci uznaje Trybunał za prawo wspólne matki i ojca dziecka. Jak jednak pokazuje praktyka, alkoholik przymuszający swoją żonę do stosunku płciowego, nie daje jej żadnych szans na decyzję co do poczęcia dziecka, nie mówiąc już o braku jakiegokolwiek zainteresowania wychowaniem”<sup>30</sup>. Polskie kobiety, mimo iż prawo zabrania aborcji z przyczyn społecznych korzystają z usług tak ostatnio popularnych klinik aborcyjnych np. na Słowacji. Kobiety, które nie są w stanie zdobyć funduszy na zabieg przeprowadzony przez lekarza uciekają się do kupowania leków wczesnoporonnych przez internet pochodzących z niewiadomego źródła lub nawet samodzielnie mechanicznie dokonują aborcji. Sytuacje te stanowią zagrożenie dla życia kobiety. Wyeliminowanie przepisu o możliwości spędzenia płodu z powodów społecznych nie oznacza wyeliminowania samego zjawiska aborcji. Aborcja dalej jest dokonywana, tylko poza kontrolą państwa. W takim wypadku, mimo osobistych moralnych obiekcji do aborcji z powodów społecznych, uważam że kobiety powinny mieć do niej prawo.

Trudno w przypadku aborcji wejść w jakąkolwiek polemikę z Marią Ossowską, gdyż w tym przypadku przytacza ona tylko argumenty zwolenników i przeciwników tego zabiegu. Swoją własną opinię nie wyraziła w tym zagadnieniu.

## 7. In vitro

Zanim przejdę do komentarza nad ostatnim przypadkiem, w jakim norma „nie zabijaj” nie obowiązuję uważam, że powinny znaleźć się w tym opracowaniu współczesne przypadki medyczne odnoszące się do wyżej wskazanej normy. Maria Ossowska pisząc „Normy moralne”, nie przypuszczała, jak w okresie kilkudziesięciu lat medycyna zrobi krok na przód. Mimo, iż nie będzie to polemika z samą autorką, a tylko dodanie

---

<sup>30</sup> *Ibidem*

własnego spostrzeżenia, mam nadzieję, że ktoś podejmie ze mną polemikę w poruszonym przeze mnie zagadnieniu.

Przypadkiem, który Maria Ossowska nie ujęła, a do którego można odnieść stwierdzenie, iż norma „nie zabijaj” się odnosi jest *in vitro*, czyli zapłodnienie pozaustrojowe. Metoda prowadząca do zapłodnienia poza żeńskim układem rozrodczym, ma już 37 lat<sup>31</sup>. W tym czasie urodziło się dzięki tej metodzie ponad 4 miliony dzieci na świecie<sup>32</sup>. Mimo, iż przybywa par pragnących mieć dziecko poprzez *in vitro*, nie milkną głosy przeciwników tej metody. Głównym argumentem jest, iż podczas tej procedury i po niej giną embriony. Jak sama Ossowska wskazała przy okazji aborcji, iż niektóre środowiska głównie katolickie uważają, że embrion ma duszę i jest człowiekiem. Zabieg *in vitro* wymaga stworzenia kilku zygot, czyli zapłodnienia kilku komórek jajowych, natomiast ostatecznie używa się tylko dwóch do czterech. Powstaje więc problem, co zrobić z pozostałymi zapłodnionymi komórkami? Część z nich można zamrozić, jednak nie wszystkie są w stanie przeżyć ten proces, co powoduje ogromne poruszenie wśród przeciwników *in vitro*. Przeciwnicy twierdzą, iż jest to w swej istocie ukryta forma aborcji i selekcja dzieci, która z punktu widzenia lekarza nie rokuje na przyszłość. Jako argument przeciwny można przytoczyć słowa Prof. Łukaszuka, który twierdzi, iż natura jest bardziej radykalna niż zabieg *in vitro*, ponieważ kobieta wytwarza komórki jajowe, część z nich się zapładnia, a część nie. Z tych zapłodnionych tylko część się zagnieżdża, a niektóre są tak słabe, że w ogóle nie będą się rozwijały i nigdy nie dadzą urodzonego dziecka<sup>33</sup>. W procedurze zapłodnienia pozaustrojowego lekarze to wszystko wiedzą oglądając zarodki. W naturze kobieta może nie wiedzieć, że była w bardzo krótkotrwałej ciąży – może myśleć, że wydłużył jej się cykl. Embriony, które nie są implementowane, są zamrażane (kriokonserwacja zarodków<sup>34</sup>) w warunkach chroniących je przed zniszczeniem w wyniku działania niskich temperatur. Kriokonserwacja zarodków obecnie pro-

---

<sup>31</sup> Pierwszy zabieg *in vitro* na świecie przeprowadzono w 1978 r.

<sup>32</sup> <http://www.naszdziennik.pl/mysl/86415,in-vitro-z-wadami.html>, dostęp: 10.02.2015.

<sup>33</sup> <http://www.rynekzdrowia.pl/Nauka/Prof-Lukaszuk-dzieci-z-in-vitro-sa-tak-samo-zdrowe,128459,9.html>, dostęp: 10.02.2015.

<sup>34</sup> <http://www.stronaoinvitro.pl/invitro/techniki-in-vitro>, dostęp: 10.02.2015.

wadzona jest z wykorzystaniem nowej metody – witrifikacji. Witrifikacja polega na odwadnianiu zarodka, żeby podczas zamrażania nie powstały w nim kryształki lodu, które mogłyby go uszkodzić. Dzięki witrifikacji ponad 90% zamrożonych zarodków jest zdolnych do późniejszego wykorzystania. Najslabszych 10% zarodków obumiera<sup>35</sup>. Zarodki *in vitro* nie są celowo niszczone czy przekazywane do badań.

Na polskiej arenie polityczne od lat toczy się dyskusja jak *in vitro* powinno zostać uregulowane prawnie. Mimo burzliwych debat Sejm w dniu 25 czerwca 2015 r. uchwalił ustawę o leczeniu niepłodności, która kompleksowo reguluje *in vitro*<sup>36</sup>. W trakcie procesu legislacyjnego bardzo ważne było zabezpieczenie embrionów przez zniszczeniem, gdyż była to kwestia najbardziej budząca kontrowersje. W związku z tym w ustawie znalazł się art. 23 pkt. 3 o niedopuszczalności niszczenia zarodków zdolnych do prawidłowego rozwoju powstałych w procedurze medycznie wspomaganej prokreacji nieprzeniesionych do organizmu biorczyni. Dla podkreślenia wagi tego przepisu uchwalono art. 83 penalizujący niszczenie zarodków. Osoba dopuszczająca się tego czynu karnego podlegać będzie karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 5 lat. Niedopuszczalne w świetle ustawy jest również tworzenie zarodków ludzkich w celach innych niż procedura medycznie wspomaganej prokreacji (art. 25 ust. 1). Ustawodawca przewidział też zakaz tworzenia przy zastosowaniu technik medycznie wspomaganej prokreacji chimer i hybryd oraz interwencji mającej na celu dokonanie dziedzicznych zmian w genomie ludzkim, które mogą być przekazane następnym pokoleniom.(art. 25 ust. 2).

Przeciwnicy polityczni ustawy o leczeniu niepłodności, również skierowali projekt ustawy o *in vitro*, który został odrzucony na etapie prac sejmowych. Projekt ustawy o zakazie zapłodnienia pozaustrojowego i manipulacji ludzką informacją genetyczną<sup>37</sup>. Projekt za stosowanie *in vitro* przewidywał karę grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do 2 lat, zakazywał również „tworzenia embrionu ludzkiego

---

<sup>35</sup> <https://parenting.pl/portal/zarodki-in-vitro>, dostęp: 10.02.2015.

<sup>36</sup> Ustawa o leczeniu niepłodności Dz.U. poz. 1087.

<sup>37</sup> Druk nr 1110 Poselski projekt ustawy o zakazie zapłodnienia pozaustrojowego i manipulacji ludzką informacją genetyczną.

poza organizmem kobiety”. „W żadnym przypadku nie jest dopuszczalna zgoda na niszczenie istnienia ludzkiego na jakimkolwiek etapie jego rozwoju. Konsekwencją jest etyczny sprzeciw wobec zapłodnienia pozaustrojowego *in vitro*” - podkreślono w uzasadnieniu do projektu.

W kwestii ochrony embriona ludzkiego wypowiedział się Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) w sprawie C-34/10 z dnia 18 października 2011 r. Europejski Trybunał Sprawiedliwości jednoznacznie wskazał, że prawo patentowe musi być stosowane z uwzględnieniem podstawowych zasad chroniących godność i integralność osoby; istotne jest potwierdzenie zasady, że ciało ludzkie w każdym stadium jego formowania się lub rozwoju, włącznie z komórkami zarodkowymi, oraz zwykle odkrycie jednego z elementów lub jednego z jego produktów, włącznie z sekwencją lub częściową sekwencją genu ludzkiego nie może być opatentowane. Wyłączona jest możliwość udzielenia patentu na sposoby, w których wykorzystanie narusza godność człowieka, takie jak sposoby wytwarzania chimery z komórek zarodkowych ludzi i zwierząt. Stosowanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych zostało również wyłączone z możliwości udzielenia patentu.

Uważam, że gdyby Maria Ossowska współcześnie pisała „Normy moralne”, jednym z podpunktów o tym, kiedy norma „nie zabijaj” nie obowiązuje, byłoby na pewno *in vitro*.

## 8. Kara śmierci

Ostatnim wypadkiem, uprawniającym do pozbawienia życia jest prawomocny wyrok śmierci. Do dnia dzisiejszego wiele państw na świecie dopuszcza ten rodzaj kary dla sprawców m.in. Japonia czy Stany Zjednoczone. W Polsce od 1988r. zaczęło funkcjonować w faktyczne moratorium na wykonywanie kary śmierci, które w 1995 r. stało się również moratorium formalnym, w związku z treścią art. 5 ustawy z dnia 12 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu karnego wykonawczego oraz podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywien i nawiązek w prawie karnym, (Dz. U. z 1995r. Nr 95, poz. 475), który wprowadzał 5 -letni zakaz wykonywania kary śmierci. Ostatecznie nowy kodeks karny uchwalony 20 czerwca 1997 r. nie przewidywał już kary śmierci.

Mimo, że Konstytucja RP w jednej z naczelnych zasad blokuje możliwość powtórnego wprowadzenia kary śmierci. Artykuł 40 Konstytucji mówi, że nikt nie może być poddawany torturom ani okrutnemu, nie-ludzkemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Konstytucja zakazuje również stosowania kar cielesnych. Należy wspomnieć również, iż Polska w 2000 r. ratyfikowała Protokół nr 6 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, zawierający bezwzględny zakaz stosowania kary śmierci w okresie pokoju a w dniu 23 maja 2014 r. został ratyfikowany Protokół nr 13 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dotyczący zakazu kary śmierci we wszystkich okolicznościach. Artykuł 1 Protokołu nr 13 jednoznacznie wskazuje, że kara śmierci zostaje zniesiona i nikogo nie można skazywać na taką karę ani takiej kary wykonywać. Wszelkie odstępstwa od tego artykułu są zakazane. Europejska Konwencja Praw Człowieka art. 2 ust. 1 nakłada na państwo stronę dwa podstawowe obowiązki: po pierwsze Obowiązek pozytywny, tj. obowiązek ochrony życia każdego człowieka podlegającego jego jurysdykcji, po drugie: obowiązek negatywny, tj. zakaz pozbawiania człowieka życia każdego człowieka podlegającego jego jurysdykcji. Pierwszy z tych obowiązków zrealizowany jest wówczas, gdy: ustanowione są przepisy prawa materialnego, penalizujące umyślne zamachy na życie, np. art. 148 Kodeksu karnego stanowiący: „§1.Kto zabija człowieka, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8, karze 25 lat pozbawienia wolności albo karze dożywotniego pozbawienia wolności.”, gdy skutecznie funkcjonuje mechanizm wprowadzania w życie prawa materialnego (a zatem aparat ścigania sprawców przestępstw już popełnionych), jak i również gdy podejmuje się działania prewencyjne dla ochrony osoby, której życie jest potencjalnie zagrożone.

Mimo, iż kara śmierci prawnie została zniesiona, przy okazji kampanii wyborczych powraca temat przywrócenia kary śmierci<sup>38</sup>. Na poparcie swojego stanowiska zwolennicy kary śmierci podają, iż jest to surowa kara odstrasżająca innych od dokonania w przyszłości przestępstwa. Jeszcze inni powołują się na niepoprawność ludzkiej natury. Osobę taką

---

<sup>38</sup> Liga Polskich Rodzin postulowała wprowadzenie kary śmierci w przypadku pedofilów – morderców <http://www.lpr.pl/pl/2006/07/26/liga-chce-kary-smierci-dla-pedofilow-mordercow/>, 18.08.2015 r.

można powstrzymać tylko poprzez ostateczną eliminację ze społeczeństwa<sup>39</sup>. Ossowska jednoznacznie wypowiada się, iż jest przeciwniczką kary śmierci, twierdząc, iż „...trudno byłoby mi uzasadnić, dlaczego zło dokonane w postaci zabójstwa można wymazać przez nowe zło w postaci zabójstwa”<sup>40</sup>. Maria Ossowska zarzuca ludziom popierającym karę śmierci, iż jest to źle rozumiane poczucie sprawiedliwości. A argument „życie za życie” powinno się traktować, jako wyraz zamaskowanej mściwości. Zwolennikom kary śmierci przytacza się również argument, iż liczba przestępstwa nie zmniejsza się wraz z surowością kary, gdyż ludzie przyzwyczajają się szybko do surowości ustawy. Oznacza to, że żeby osiągnąć jakiś rezultat należałoby ciągle zwiększać kary. Do Ossowskiej nie przemawia argument przeciwników, iż często zwyrodnialec po wyjściu na wolność dopuszcza się ponownie przestępstwa takiego samego, a nawet cięższego. Autorka uważa, że każdego przy zastosowaniu odpowiedniej techniki można reedukować. Dla podkreślenia sprzeciwu wobec kary śmierci przytacza słowa Beccarii, że „prawa, które stanowią wyraz woli powszechnej, zakazują zabójstwa i karzą za nie, same je popełniają i dla powstrzymania obywateli od dokonania zabójstwa same zarządzają publiczne ich wykonanie”<sup>41</sup>. Za niestosowaniem kary śmierci przemawia również jej nieodwracalność. Nigdy, bowiem nie można wykluczyć pomyłki sądowej. Tylko ludzie nieomylni mogą stosować kary nieodwracalne. Ciężko mi się Marią Ossowską nie zgodzić, iż kara śmierci jest czymś nieodwracalnym, jednakże współczesne badania, głównie DNA potrafią prawie ze stuprocentową potwierdzić lub wykluczyć sprawstwo danej osoby. Co za tym idzie zmniejszają szanse na błąd podczas procesu. Dodatkowo należy podkreślić, iż kara śmierci jest karą stosowaną tylko w ostateczności w stosunku do sprawców najbardziej brutalnych przestępstw. W obronie zwolenników kary śmierci można podać argument filozoficzno-teologiczny zaczerpnięty od św. Tomasza z Akwinu. W swej „*Summa Theologiae*” pisze: Jeśli człowiek staje się niebezpieczny dla społeczności i deprawuje ją swoimi występkami, to

---

<sup>39</sup> M. Ossowska, *Normy...*, s. 40.

<sup>40</sup> *Ibidem*, s. 40.

<sup>41</sup> *Ibidem*, s. 42.

słuszną rzeczą jest odebranie mu życia dla ochrony dobra wspólnego<sup>42</sup>. Mając na uwadze to, że zabicie człowieka jest aktem wewnętrznie złym, niedopuszczalnym, św. Tomasz precyzuje, że zasada ta odnosi się do tych, którzy zachowują ludzką godność. Każdy, kto popełnia poważne przestępstwa, traci tę godność i dlatego może być usunięty ze wspólnoty żyjących. Argumentację filozoficzno-teologiczną można wzmocnić argumentem socjologicznym. Na podstawie ostatnich badań przeprowadzonych przez CBOŚ na temat stosunku Polaków do kary śmierci wynika, że aż 61% Polaków opowiada się za karą śmierci. Tylko 1/3 wyraża sprzeciw. Niemal we wszystkich grupach społeczno-demograficznych przeważają zwolennicy stosowania kary śmierci za najcięższe przestępstwa<sup>43</sup>. Ludzie popierający tego typu karę, uważają, że jest ona słuszną. Arogancją jest lekceważyć stanowisko większości. Po drugie prawo, którego większość nie uważa za słuszną, nie może dobrze funkcjonować. Poczucie sprawiedliwości społeczeństwa istotnie wymaga zastosowania w pewnych przypadkach kary śmierci.

## 9. Zakończenie

Norma moralna „nie zabijaj”, norma stanowiąca V Przykazanie Boże w życiu realnym znajduje wiele odstępstw od restrykcyjnego jej przestrzegania. Maria Ossowska w swojej książce „Normy moralne”, starała się przedstawić wszystkie sytuacje, w których norma ta jest lub powinna być zawieszona. W wielu argumentach Ossowskiej należy przyznać rację. Jej teorie są śmiałe i bardzo logiczne. Nie boi się odważnych komentarzy. Niestety zdarzają się również wypowiedzi, których jako czytelnik nie jestem w stanie zaakceptować. Niemniej moją rolą nie była krytyka osobistych poglądów Marii Ossowskiej, ale konstruktywna z nią polemika.

Maria Ossowska is the most well-known and recognized author of publications in the field of moral norms. The author is a determinant of

---

<sup>42</sup> <http://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa/SS/SS064.html#SSQ64OUTP1>, dostęp: 10.02.2015

<sup>43</sup> [http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2011/K\\_060\\_11.PDF](http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2011/K_060_11.PDF), dostęp: 10.02.2015.

the direction in which should seek the interpretation of this issue. Not all her views should meet with general approval, because she raises a very sensitive area like abortion, the death penalty or suicide. "You shall not murder" like a moral norm which is God's Fifth Commandment is one of the most important norm because of protecting the special value which is life. The basic problem of this paper is to distinguish the murder from a situation where despite the man's death has not been breach moral norm "You shall not murder". In addition to the analysis of the same issue, there is no shortage of critical comments in relation to the theories presented by Maria Ossowska.

Marek Jakubiec

## Europejski nakaz aresztowania jako instrument europejskiej współpracy w sprawach karnych w świetle zasady podwójnej karalności

Tekst przedstawia znaczenie europejskiego nakazu aresztowania jako instrumentu europejskiej współpracy w sprawach karnych w świetle zasady podwójnej karalności. Wraz z rozwojem instytucji ekstradycji zasada ta stała się jednym z wyrazów suwerenności państw uczestniczących w postępowaniach ekstradycyjnych, jak również gwarancją ich swobody w prowadzeniu polityki karnej i w kształtowaniu stosunków z innymi państwami. Statuowała również pewne gwarancje karnoprosesowe dla osób, które za granicą popełniły czyn zabroniony jedynie w ramach jednego z porządków prawnych. Implementacja przez państwa członkowskie postanowień decyzji ramowej z 2002 r. dotyczących ENA w znaczącym stopniu zmodyfikowała jej obowiązywanie.

### 1. Wprowadzenie

Istotne modyfikacje w zakresie regulacji poświęconych procesowi karnemu stanowiły jedną z wielu zmian, jakie pociągnęło za sobą wstąpienie Polski do Unii Europejskiej. Wraz ze wcieleniem do krajowego porządku prawnego *Decyzji Ramowej Rady Unii Europejskiej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedur dostarczania osób między Państwami Członkowskimi z dnia 13 czerwca 2002 r.* [2002/584/WSiSW] (w postaci ustawy z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń<sup>1</sup>, mocą której m.in. wprowadzono do k.p.k.

---

<sup>1</sup> Dz.U. Nr 69, poz. 626.

rozdziały 65a i 65b z ich artykułami 607a–607zc) obowiązywanie zasady podwójnej karalności uległo daleko idącej modyfikacji. Jest to związane z funkcjonowaniem europejskiego nakazu aresztowania (dalej: ENA), instrumentu, którego znaczenie dla polityki karnej państw członkowskich Unii Europejskiej i ich współpracy w tym zakresie jest niezmiernie istotne<sup>2</sup>. Dotyczy to również Polski; w przypadku naszego kraju widoczny jest zdecydowany rokroczny wzrost ilości nakazów zrealizowanych przez państwa Unii, do których organów zwracały się polskie sądy (w 2004 r. jedynie 19 z 1619 ENA okazało się skutecznymi, podczas gdy w 2009 r. ilość zrealizowanych ENA wyniosła już ponad połowę, by obecnie oscylować wokół 90% - szczegółowe dane w tabeli na końcu tekstu).

Zasada podwójnej karalności do niedawna stanowiła na gruncie obowiązującego w Polsce stanu prawnego jedną z fundamentalnych zasad prawa i postępowania karnego międzynarodowego. Sytuacja ta uległa zmianie wraz z wejściem w życie regulacji stanowiących implementację wspomnianej Decyzji Ramowej; w związku z ich funkcjonowaniem jej znaczenie zostało bowiem ograniczone. Nie zmienia to jednak faktu, że wcześniej, wraz z rozwojem instytucji ekstradycji, stała się ona jedną z zasad wyrażających suwerenność państw uczestniczących w postępowaniach ekstradycyjnych, jak również gwarancją ich swobody w prowadzeniu polityki karnej i w kształtowaniu stosunków z innymi państwami. Statuowała również pewne gwarancje karnoprosesowe dla osób, które za granicą popełniły czyn zabroniony jedynie w ramach jednego z porządków prawnych.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie charakteru i znaczenia ENA w świetle kluczowych aspektów tej zasady, jak również istoty obecnego ograniczenia jej obowiązywania w stosunkach wewnętrznych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Z tego względu rozważania poświęcone zasadzie podwójnej karalności będą stanowiły istotną część niniejszych rozważań.

## 2. Europejski nakaz aresztowania jako efekt wspólnotowej polityki karnej

Jednym z celów Unii Europejskiej, jako wspólnoty państw, było zintensyfikowanie kooperacji w zakresie spraw karnych, w dziedzinie współpracy sądowej i policyjnej. Wyrazem tych dążeń stało się stworzenie regulacji powołującej

---

<sup>2</sup> Zob. S. Steinborn, *Nowy model przekazywania skazanych między państwami Unii Europejskiej? Uwagi na tle zakresu rationae personae instytucji*, Białostockie Studia Prawnicze 2014, nr 15, s. 225.

do istnienia instytucję ENA. Jednocześnie jednak istotne okazało się odróżnienie nowej regulacji od dotychczas istniejącej procedury ekstradycji, na co położony został silny nacisk<sup>3</sup>.

Idąc za A. Sakowiczem i A. Górskim należy stwierdzić, iż europejski nakaz aresztowania stanowi „okręt flagowy” integracji europejskiej w sprawach karnych<sup>4</sup>. Obok zmiany istniejących wcześniej dotychczasowych instrumentów współpracy międzynarodowej pomiędzy państwami członkowskimi (w szczególności procedur ekstradycyjnych), celem wprowadzenia tej instytucji było ograniczenie przeszkód dla współpracy pomiędzy nimi, przede wszystkim takich jak zakaz ekstradycji własnych obywateli, kwestia politycznego charakteru przestępstwa, zasada specjalności, przeszkoda azylu, czy będąca przedmiotem zainteresowania niniejszego tekstu zasada podwójnej karalności.

Co oczywiste, kosztem wprowadzenia sformalizowanej i uściślonej współpracy było ograniczenie niezależności krajów członkowskich. Tymczasem liczne zasady prawa międzynarodowego, na czele z suwerennością, wzajemnością i równością państw stały się nie tylko podstawami regulacji prawa karnego międzynarodowego, lecz również jego fundamentalnymi zasadami, które ukształtowały wiele reguł prawnych poświęconych współpracy międzynarodowej w sprawach karnych<sup>5</sup>. Do podjęcia takiej inicjatywy państwa europejskie skłoniło jednak wiele czynników, między innymi zjawiska, których negatywne znaczenie można było skuteczniej niwelować za pomocą współpracy. Ponadto, postępująca integracja tak gospodarcza, jak i polityczna oraz społeczna wymusiła pogłębienie współpracy organów państw członkowskich również w sprawach karnych. W tym celu niezbędne było rozpoczęcie harmonizacji przepisów, która dokonuje się w ramach tzw. III filaru<sup>6</sup>.

Kluczową instytucją pozwalającą na współpracę na poziomie międzynarodowym w zakresie prawa karnego była ekstradycja. Jednakże jej funkcjonowanie na przyjętych zasadach pomiędzy państwami tworzącymi Unię Europejską było nie do pogodzenia z ideami wspólnotowymi. Ekstradycja dokonywała się

---

<sup>3</sup> J. Trzcńska, *Europejski nakaz aresztowania a ekstradycja w prawie polskim*, Prokuratura i Prawo, 2004, nr 6, s. 89.

<sup>4</sup> A. Górski, A. Sakowicz, *Zasady prawa karnego międzynarodowego a „zasady europejskiego prawa karnego”*, [w:] Bariery prawne integracji europejskiej w sprawach karnych, Forum – Wymiar Sprawiedliwości i Sprawy Wewnętrzne UE, materiały robocze 3/05, s. 12.

<sup>5</sup> A. Górski, *Europejskie ściganie karne. Zagadnienia ustrojowe*, Wolters Kluwer, Kraków, 2010 (korzystano z wersji elektronicznej opublikowanej w systemie LEX).

<sup>6</sup> K. Kuczyński, *Znaczenie Europejskiego Nakazu Aresztowania w zwalczaniu terroryzmu w Unii Europejskiej*, Studia Europejskie 2005, nr 1, s. 63.

bowiem pomiędzy państwami<sup>7</sup>, a konieczne było stworzenie instrumentu działającego bezpośrednio pomiędzy organami sądowymi. Ponadto wymagała ona modyfikacji wobec zmian społeczno – politycznych jakie dokonały się na terenie Wspólnoty<sup>8</sup>. W związku z tym rozpoczęto prace nad wprowadzeniem instytucji nakazu aresztowania, który mógłby być skuteczny na całym terytorium UE<sup>9</sup>.

Genezy wspólnej polityki w sprawach karnych należy upatrywać natomiast wcześniej, już w latach pięćdziesiątych minionego stulecia<sup>10</sup>. Początkowo działania w kierunku jej stworzenia nie były powiązane z ograniczaniem przez państwa ich własnej niezależności. W 1959 roku zawarto Europejską konwencję o pomocy prawnej w sprawach karnych (następnie uzupełnioną protokołami dodatkowymi). Regulacji zasad współpracy policyjnej poświęcone było również Porozumienie z Schengen z 14 czerwca 1985 r., a także konwencja wykonawcza do tego porozumienia z 19 czerwca 1990 r. Kluczowe znaczenie miało utworzenie na podstawie traktatu z Maastricht z dnia 7 lutego 1992 r. wspomnianego III filaru, tj. obszaru współpracy w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych. *Ratio* prowadzenia tej współpracy było w pierwszej kolejności dążenie do eliminowania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu. Wprowadzone przezeń narzędzia nie okazały się jednak wystarczająco skuteczne. Podjęto więc decyzję o pewnych modyfikacjach, które ostatecznie zawarte zostały w Traktacie amsterdamskim z 1997 r. - to w nim należy poszukiwać źródeł obecnie obowiązujących regulacji<sup>11</sup>. Wprowadzony został nowy instrument prawny – decyzja ramowa, za pomocą której Wspólnota miała dążyć do zbliża-

---

<sup>7</sup> M. Brzezińska, *Gwarancje oskarżonego w postępowaniu ze stosunków międzynarodowych*, Acta Iuris Stetinensis 2014, nr 7, s. 194.

<sup>8</sup> Oczywiście w świetle aktualnego stanu prawnego utożsamianie Unii Europejskiej ze Wspólnotą Europejską jest nietrafne. Dlatego też pojęcie „Wspólnoty” używane w niniejszym tekście należy rozumieć jako określenie grupy państw członkowskich i reprezentujących je organów UE, a nie organizację zastąpioną przez Unię Europejską.

<sup>9</sup> Tamże.

<sup>10</sup> A. Górski, A. Sakowicz, *Geneza i istota europejskiego nakazu aresztowania* [w:] Europejski nakaz aresztowania w teorii i praktyce państw członkowskich Unii Europejskiej, P. Hofmański (red.), A. Górski, A. Sakowicz, D. Szumiło-Kulczycka, Kraków, Oficyna 2008 (korzystano z wersji elektronicznej opublikowanej w systemie LEX).

<sup>11</sup> A. Górski, A. Sakowicz, *Komentarz do decyzji ramowej rady Unii Europejskiej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, s. 3 (tekst dostępny w Internecie pod adresem: [http://www.asser.nl/upload/euowarrant-webroot/documents/cms\\_eaw\\_334\\_1\\_KOMENTARZ%20DO%20DECYZJI%20RAMOWEJ%20RA1.pdf](http://www.asser.nl/upload/euowarrant-webroot/documents/cms_eaw_334_1_KOMENTARZ%20DO%20DECYZJI%20RAMOWEJ%20RA1.pdf), dostęp: 27.09.2015).

nia przepisów wykonawczych i ustawowych państw członkowskich. Z formalnego punktu widzenia przypomina ona dyrektywy i podobnie jak w ich przypadku konieczna jest implementacja jej postanowień przez państwa członkowskie. Co istotne, dzięki zastosowaniu tej drogi możliwe jest ominięcie problemu ratyfikacji konwencji<sup>12</sup>. Europejski nakaz aresztowania został później wprowadzony właśnie na tej drodze prawnej.

Reformy rozpoczęły się podczas szczytu Rady Europejskiej w fińskim Tampere, który miał miejsce w październiku 1999 r. Zdecydowano się na podjęcie działań zmierzających do wyjścia naprzeciw oczekiwaniom obywateli państw członkowskich, pragnących rzeczywistych działań ze strony Wspólnoty w celu uchronienia Europy od niebezpieczeństw stwarzanych przez przestępczość<sup>13</sup>. Bezpośrednim impulsem do szerokiego zreformowania współpracy w sprawach karnych okazały się zamachy terrorystyczne z 11. września 2001 r.

Rozwiązania prawne wprowadzające ENA miały za zadanie pogodzenie eliminacji zasady podwójnej karalności z jednoczesnym brakiem w odniesieniu do spraw karnych terytorialności europejskiej. Konsekwencją tego jest fakt, iż stał się on nietypową konstrukcją, stanowiąc z jednej strony narzędzie współpracy międzynarodowej w sprawach karnych, opartej na zasadzie suwerenności, z drugiej natomiast przenosząc część kompetencji przynależnych dotychczas wyłącznie państwom na Unię Europejską<sup>14</sup>.

Zgodnie z definicją zawartą we wspomnianej na początku artykułu decyzji ramowej z 2002 r., europejski nakaz aresztowania stanowi „decyzję sądową, wydaną przez państwo członkowskie w celu aresztowania i przekazania przez inne państwo członkowskie żądanej osoby celem przeprowadzenia postępowania karnego lub wydania wyroku lub postanowienia o tymczasowym aresztowaniu lub decyzji o zastosowaniu środka zabezpieczającego polegającego na pozbawieniu wolności”. Użycie sformułowania „przekazanie przez inne państwo członkowskie” (zamiast słowa „wydanie”) było w pełni celowe i miało na celu odróżnienie nowej instytucji od ekstradycji<sup>15</sup>.

Istotnie bowiem, różnice pomiędzy ENA a procedurą ekstradycji *prima facie* wydają się znaczące. Zaznaczyć jednak trzeba, iż pojawiają się opinie, zgodnie

---

<sup>12</sup> K. Kuczyński, *Znaczenie Europejskiego Nakazu Aresztowania w zwalczaniu terroryzmu w Unii Europejskiej*, s. 67.

<sup>13</sup> A. Górski, *Komentarz do decyzji ramowej rady Unii Europejskiej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, dz. cyt., s. 3.

<sup>14</sup> M. Szczepańska, *Podstawy prawne współpracy państw członkowskich Unii Europejskiej w sprawach karnych*, *Kwartalnik Prawno-Kryminalistyczny* 2011, nr 3-4 (8-9), s. 11.

<sup>15</sup> E. Zielińska, *Ekstradycja a europejski nakaz aresztowania. Studium różnic*, s. 5.

z którymi odmienności konstrukcji prawnych ekstradycji i nakazu europejskiego są pozorne, dotyczą jedynie zmian językowych i interpretatorskich, a najistotniejsza jest istota obu regulacji, która polega na oddaniu określonej osoby instytucjom innego państwa<sup>16</sup>. Jednocześnie argumenty osób podnoszących konieczność uznania ENA za odmienną instytucję również są poważne. Przede wszystkim, rezultatem jego wykonania jest oddanie osoby do dyspozycji obcym organom wymiaru sprawiedliwości, a skutkiem procedury ekstradycyjnej jest wydanie osoby innemu państwu. Ponadto, jak wspomniano, w decyzji ramowej zostało użyte słowo „przekazanie”, w art. 611h<sup>17</sup> Kodeksu postępowania karnego „dostarczenie”, a nie „wydanie”, jak miało to miejsce w przypadku regulacji poświęconych ekstradycji. Inną różnicę stanowi fakt, iż ekstradycja to instytucja działająca na podstawie umów międzynarodowych, podczas gdy w przypadku ENA przekazanie ma miejsce w ramach regulacji prawnych utworzonych przez implementowane do porządków krajowych przepisy prawa unijnego<sup>18</sup>. Ponadto pomiędzy dwoma instytucjami występuje istotna odmiennność proceduralna. O ile bowiem o przekazaniu w ramach procedury ENA orzeka sąd, o tyle w przypadku ekstradycji organ decyzyjny należy do władzy wykonawczej. Wreszcie, przekazanie osoby na podstawie nakazu europejskiego stanowi egemplifikację realizacji idei uznawania orzeczeń pochodzących z innych krajów członkowskich UE<sup>19</sup>.

Na marginesie warto zauważyć, iż przyjęcie stanowiska uznającego odrębność ENA od instytucji ekstradycji oznaczało odrzucenie konieczności wprowadzenia zmian w konstytucji w celu implementacji regulacji wspólnotowych. Wobec przeprowadzenia nowelizacji art. 55 Konstytucji rozważania te straciły jednak praktyczne znaczenie.

### 3. Istota i rola zasady podwójnej karalności

---

<sup>16</sup> Zob. M. Płachta, *Europejski nakaz aresztowania a ekstradycja*, Jurysta 2003, nr 11–12, s. 14.

<sup>17</sup> Art. 611h § 1 k.p.k.: W wypadku wniosku Trybunału o dostarczenie osoby Trybunałowi, w rozumieniu przepisów Statutu, zwanego dalej „wnioskiem o dostarczenie osoby”, przed pierwszym przesłuchaniem należy pouczyć osobę, której dotyczy wniosek, o jej uprawnieniach określonych w Statucie oraz o możliwości podniesienia zarzutu prawomocnego zakończenia prowadzonego przeciwko niej postępowania karnego o czyn, którego dotyczy wniosek o dostarczenie osoby.

<sup>18</sup> A. Górski, A. Sakowicz, *Na przekór prawu UE. Implementacja europejskiego nakazu aresztowania*, Studia Natolińskie 2006, 7(11), s. 1.

<sup>19</sup> Tamże.

Dla przedstawienia charakteru ENA jako instytucji ograniczającej obowiązywanie zasady podwójnej karalności konieczne jest przedstawienie charakteru tej zasady. Na początku warto zauważyć, że formułowanie regulacji dotyczących kwestii takich jak odpowiedzialność karna, wina czy przestępstwo, należy co do zasady do władz państw, w których mają one obowiązywać. Możliwość kreowania własnej, niezależnej polityki karnej jawi się wszak jako jeden z istotnych elementów niezależności państwowej. Zgodnie z obowiązującym w Polsce prawem karnym, odpowiedzialności karnej za czyn podlega jedynie ten, kto popełnia czyn charakteryzujący się kilkoma cechami, w szczególności istnieniem w chwili jego dokonania regulacji zabraniającej jego popełnienia oraz przewidującej za jego popełnienie odpowiednią karę wymierzaną przez organy państwa, szkodliwością społeczną wyższą niż znikoma, zawinieniem<sup>20</sup>.

Zasada podwójnej karalności (niekiedy określana mianem zasady podwójnej przestępczości<sup>21</sup>) ma ścisły związek z dwoma niezwykle istotnymi z punktu widzenia polityki międzynarodowej zagadnieniami: suwerennością państw oraz zasadą wzajemności. O jej znaczeniu świadczy również fakt, iż zaliczana jest do podstawowych zasad zwyczajowego prawa międzynarodowego. Jednocześnie jej waga wynika nie tylko z istotności z aksjologicznego punktu widzenia czy znaczenia dla realizacji zasady suwerenności, lecz z przede wszystkim z faktu, iż stanowi ona proceduralną przeszkodę ekstradycyjną o ogromnym praktycznym znaczeniu<sup>22</sup>. Różnie ujmowany jest cel istnienia tej zasady. Niektórzy wskazują, iż jej zadaniem jest zapewnienie priorytetu realizacji wizji sprawiedliwości państwa wezwanego<sup>23</sup>. Dzięki temu nie dochodziłoby do sytuacji, w których prawo karne państwa wydającego byłoby podporządkowane prawu państwa zwracającego się o wydanie, z czym mielibyśmy do czynienia, gdyby jego podstawą były wyłącznie regulacje zawarte w prawie karnym drugiego z nich<sup>24</sup>. Jako uzasadniony jawi się również pogląd, zgodnie z którym zasada *nullum crimen sine lege* konstytuuje wobec kraju, w którym określony czyn nie stanowi przestępstwa,

---

<sup>20</sup> Art. 1 Kodeksu karnego.

<sup>21</sup> Zob. I. Topa, *Międzynarodowa współpraca państw w wydawaniu przestępców. Zagadnienia materialno prawne*, Prokuratura i Prawo 2008, nr 4, s. 134.

<sup>22</sup> A. Górski, *Europejskie ściganie karne. Zagadnienia ustrojowe*, Wolters Kluwer, Kraków, 2010 (korzystano z wersji elektronicznej opublikowanej w systemie LEX).

<sup>23</sup> L. Gardocki, *Podwójna przestępczość czynu w prawie ekstradycyjnym*, [w:] Problemy nauk penalnych. Prace poświęcone Pani Profesor O. Górniok, Katowice 1996, s. 70.

<sup>24</sup> Zob. K. Kuczyński, *Znaczenie Europejskiego Nakazu Aresztowania w zwalczaniu terroryzmu w Unii Europejskiej*, Studia Europejskie 2005, nr 1, s. 71.

wymóg powstrzymywania się od działań, które wspomagałyby dążenie do ukarania sprawcy tego czynu<sup>25</sup>.

Warto zauważyć, że doktryna wypracowała dwa możliwe spojrzenia na zagadnienie podwójnej karalności, które możemy określić mianem podejścia *in abstracto* oraz *in concreto*<sup>26</sup>. W ramach pierwszego z nich zasada ta oznacza formalny wymóg, by zarzucany czyn stanowił przestępstwo w ramach porządków prawa karnego obu państw (wzywającego i wezwanego). Wydaje się, że w tym przypadku bardziej adekwatne byłoby użycie sformułowania „podwójna przestępczość”, sam fakt istnienia normy statuującej zakaz określonych zachowań nie oznacza bowiem, że popełnienie opisanego czynu musi implikować wymierzenie kary. Podejście *in concreto* charakteryzuje natomiast uwzględnienie pozostałych okoliczności, relewantnych z punktu widzenia przebiegu przyszłego (ewentualnego) procesu karnego. Z tej perspektywy dla uznania zaistnienia przesłanki podwójnej karalności konieczne jest więc rozważenie, czy w określonym stanie faktycznym nie istnieją okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną lub ukaranie, a więc czy w rzeczywistości istnieje możliwość wymierzenia sprawcy kary w obu państwach. Co istotne, w ramach obecnie wiążących dla Polski regulacji prawnych, przesłankę podwójnej karalności należy interpretować najczęściej w kontekście podejścia *in concreto*. Wiele umów o ekstradycji zawartych z państwami (np. Stanami Zjednoczonymi, Australią) wyłącza możliwość ekstradycji w razie zajścia okoliczności wyłączających karalność, takich jak np. przedawnienie czy istnienie prawomocnego orzeczenia w sprawie (*res iudicata*).<sup>27</sup> Rozwiązania wprowadzające te ograniczenia należy ocenić pozytywnie. W pełni nieracjonalne byłoby wszak (w większości przypadków) dokonywanie ekstradycji w sytuacji, gdyby wydawana osoba nie mogła zostać skazana i ukarana.

Zasada podwójnej karalności była niejednokrotnie przedmiotem wykładni dokonywanej przez sądy, również przez Sąd Najwyższy. W postanowieniu z dnia 22 listopada 2011r., sygn. IV KK 267/11, SN wskazał, że "pojęcie podwójnej karalności należy rozumieć szeroko, co oznacza, że badając spełnienie warunku podwójnej karalności, należy nie tylko odwołać się do treści przepisu polskiej ustawy karnej, który mógłby odpowiadać przepisowi prawa państwa obcego, ale i do obowiązującej wykładni odnoszącej się do

<sup>25</sup> L. Gardocki, *Podwójna przestępczość czynu w prawie ekstradycyjnym*, dz. cyt., s. 70.

<sup>26</sup> Zob. I. Topa, *Międzynarodowa współpraca państw w wydawaniu przestępców. Zagadnienia materialnoprawne*, dz. cyt., s. 134-135.

<sup>27</sup> Tamże, s. 135.

zakresu stosowania tego przepisu w systemie prawa polskiego. Oceniać należy bowiem całą sytuację faktyczną, w celu ustalenia, czy możliwe jest na podstawie polskiego prawa karnego postawienie sprawcy zarzutu dokonania danego czynu". Oznacza to zatem, że kwestia penalizacji określonego czynu powinna być przebadana wnikliwie i nie może ograniczać się do językowej warstwy określonego przepisu Kodeksu karnego, lecz również do przyjętej przez judykaturę jego interpretacji. Z kolei w postanowieniu z dnia 16 października 2014 r., sygn. II KK 264/14, SN zauważył w podobnym duchu, że podwójna karalność zachodzi też w sytuacji, gdy przestępstwu przewidzianemu prawem polskim odpowiada choćby część znamion czynu objętego wnioskiem. „Warunek podwójnej karalności zostaje spełniony i wtedy, gdy w prawie polskim brak identycznego typu przestępstwa jak w prawie wnioskującego, jednakże czyn opisany we wniosku odpowiada znamionom któregoś z przestępstw przewidzianych w prawie polskim. Z tego wynika, że zbadanie podwójnej przestępczości - rozumianej szeroko - wymaga odwołania się nie tylko do treści przepisu ustawy karnej polskiej odpowiadającego przepisowi ustawy karnej obcej ale i do obowiązującej wykładni odnoszącej się do zakresu stosowania tego przepisu w systemie prawa polskiego”. Takie samo stanowisko było również wyrażane zdecydowanie wcześniej, co łatwo zauważyć analizując postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 października 1999 r., sygn. II AKz 244/99, w którym stwierdzono, że podwójna karalność zachodzi nie tylko gdy w prawie polskim przewidziany jest identyczny typ przestępstwa jak w państwie wnioskującym o ekstradycję, lecz również jeżeli przestępstwu przewidzianemu prawem polskim odpowiada część znamion czynu objętego wnioskiem. Pomimo upływu lat i zmiany sytuacji politycznej Polski w związku z wejściem w struktury Unii Europejskiej, interpretacje omawianej zasady pozostają zbliżone. Istotna z praktycznego punktu widzenia jest również uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 1991 r., sygn. I KZP 11/91, wskazująca jasno, że wymóg podwójnej karalności czynu dotyczy wszelkich typów przestępstw, a zatem również występków skarbowych (w tym celnych i dewizowych), które stanowią szczególnie przykład występków, w Polsce uregulowanych w Kodeksie karnym skarbowym.

W związku z powyższymi zagadnieniami problematyka ograniczenia obowiązywania zasady podwójnej karalności w świetle regulacji poświęconej ENA ma znaczenie szczególne, ponieważ częściowo modyfikuje ona podstawowe zasady prawa karnego międzynarodowego, ograniczając znaczenie

powyższej zasady<sup>28</sup>, która, jak wskazują powyższe judykaty, jest interpretowana dość szeroko.

Warto poczynić w tym miejscu pewną ogólną uwagę. Mianowicie, co oczywiste, z punktu widzenia dopuszczalności pociągnięcia osoby do odpowiedzialności, niezwykle istotną rolę odgrywają instytucje państwa, w szczególności poprzez działania zmierzające do stanowienia odpowiednich przepisów. W przypadku obywateli przebywających na terytorium swojego państwa, sytuacja jest stosunkowo jasna, a przebieg procesu regulują przepisy krajowego postępowania karnego. Nieco bardziej skomplikowane okazują się przypadki, gdy czyn, stanowiący przestępstwo zgodnie z np. polskim prawem nie stanowi go w ramach porządku państwa pobytu obywatela RP. W związku z tym, za jedno z fundamentalnych uregulowań prawa karnego międzynarodowego uznano powyżej zaprezentowaną zasadę, zgodnie z którą pociągnięcie obywatela do odpowiedzialności może nastąpić tylko, jeżeli popełniony przez niego czyn stanowi przestępstwo zarówno w ramach prawa państwa wezwanego, jak i prawa kraju wzywającego do jego wydania. Tym niemniej, niejednokrotnie, zwłaszcza w ostatnich latach w związku z realizacją zasady swobodnego przepływu osób w ramach Unii Europejskiej, mamy do czynienia ze zmianami krajów pobytu obywateli państw członkowskich. To prowadzi z kolei do wielu pytań, powiązanych również z negatywnymi aspektami ich mobilności, do których w pierwszej kolejności zaliczyć należy działalność przestępczą. Konieczność wprowadzenia wspólnej polityki karnej, na czele z przyjęciem instytucji nakazu europejskiego, okazała się koniecznością.

### 3. ENA a zasada podwójnej karalności

Jak wskazywano powyżej rola zasady podwójnej karalności w kontekście procedury ekstradycyjnej jest trudna do przecenienia. Nie tylko stanowi ona jedną z fundamentalnych zasad prawa karnego międzynarodowego, lecz przede wszystkim istotną przeszkodę proceduralną, mającą za zadanie między innymi zabezpieczanie interesów prawnych państwa, w którym znajduje się osoba, której dotyczy wnioski o wydanie. Z tego powodu pełne prowadzenie na obszarze Unii Europejskiej nieskrępowanej współpracy w sprawach karnych napotyka na spore trudności.

---

<sup>28</sup> A. Górski, A. Sakowicz, *Zasady prawa karnego międzynarodowego a „zasady europejskiego prawa karnego”* [w:] Bariery prawne integracji europejskiej w sprawach karnych, Forum – Wymiar Sprawiedliwości i Sprawy Wewnętrzne UE, materiały robocze 3/05, s. 22-24.

Wprowadzenie regulacji dotyczącej ENA w pełni ich nie przewyżczyło. Nie było to jednak celem Decyzji Ramowej z 2002 r. Wpływ prawa unijnego na proces europeizacji prawa karnego jest wciąż znikomy<sup>29</sup>, a kluczową rolę odgrywają porządki prawne poszczególnych państw członkowskich. Tym niemniej, nie sposób nie zauważyć istotnego postępu, jaki dokonał się w tej dziedzinie wraz wejściem w życie europejskiego nakazu aresztowania. Z jednej strony polega on na przeniesieniu części kompetencji w sprawach karnych na wspólnotę, z drugiej – co bardziej „wymierne” – na wprowadzeniu tzw. *korpusu przestępstw europejskich*, w odniesieniu do których niemożliwe jest odmówienie wykonania nakazu aresztowania w przypadku braku wypełnienia wymogu podwójnej karalności<sup>30</sup>, o ile tylko w państwie wydającym nakaz aresztowania popełniony czyn zabroniony zagrożony jest karą co najmniej 3 lat pozbawienia wolności. Zniesienie kontroli postanowień wydawanych przez organy wymiaru sprawiedliwości innego państwa członkowskiego świadczyć ma o akceptacji przepisów z zakresu prawa karnego, które obowiązują w systemach prawnych pozostałych państw Wspólnoty.

Ów katalog przestępstw został ujęty w postaci wyliczenia w art. 2 ust. 2 Decyzji. Zauważyć jednak należy, iż istotne ograniczenie w tym zakresie statuuje również ustęp 1. tego artykułu, wskazujący wymogi konieczne dla samego wydania ENA. Zgodnie z tą regulacją, nakaz może zostać wydany w przypadku czynów, które w świetle prawa obowiązującego w państwie wydającym nakaz są zagrożone karą pozbawienia wolności lub środkiem zabezpieczającym o maksymalnym wymiarze co najmniej 12 miesięcy albo w przypadku, gdy zapadł wyrok lub wydano środek zabezpieczający o wymiarze co najmniej czterech miesięcy. Tym samym, w przypadku przestępstw nie spełniających tych wymogów wydanie ENA jest niedopuszczalne. Ustęp 2. stanowi wskazanie przestępstw, w przypadku których wykonanie nakazu winno nastąpić bez badania podwójnej odpowiedzialności karnej, jeśli – jak wspomiano – w wydającym nakaz Państwie Członkowskim zagrożone są karą pozbawienia wolności lub środkiem zabezpieczającym o wymiarze co najmniej trzech lat<sup>31</sup>. Identyczne

---

<sup>29</sup> A. Górski, A. Sakowicz, *Komentarz do decyzji ramowej rady Unii Europejskiej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, s. 1 (tekst dostępny w Internecie pod adresem: [http://www.asser.nl/upload/eurowarrant-webroot/documents/cms\\_eaw\\_334\\_1\\_KOMENTARZ%20DO%20DECYZJI%20RAMOWEJ%20RA1.pdf](http://www.asser.nl/upload/eurowarrant-webroot/documents/cms_eaw_334_1_KOMENTARZ%20DO%20DECYZJI%20RAMOWEJ%20RA1.pdf), dostęp: 27.09.2015).

<sup>30</sup> A. Górski, A. Sakowicz, *Na przekór prawu UE. Implementacja europejskiego nakazu aresztowania*, dz. cyt., s. 6.

<sup>31</sup> Są to następujące czyny zabronione: udział w organizacjach przestępczych, terroryzm, handel ludźmi, seksualne wykorzystywanie dzieci i pornografia dziecięca, nielegalny handel narkotykami i substancjami psychotropowymi, nielegalny obrót bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, korupcja, nadużycia finansowe,

wyliczenie możemy odnaleźć również w art. 607w k.p.k. Przekazanie następuje w tych przypadkach *ex lege* (oczywiście za wyjątkiem sytuacji, w których państwu przysługuje prawo odmowy wykonania nakazu), a wystarczającą jego przesłankę stanowi sam fakt przebywania w kraju członkowskim osoby ściganej<sup>32</sup>. Co istotne, Rada Unii Europejskiej może podjąć decyzję o dołączeniu do listy innych kategorii czynów zabronionych, co *explicite* wskazuje art. 2 ust. 3 decyzji ramowej.

Na marginesie warto zauważyć, iż w przypadku wydania ENA w odniesieniu do pozostałych czynów zabronionych może nastąpić ich weryfikacja pod kątem podwójnej karalności. Tym niemniej, różnice w nazewnictwie czy zgodność wszystkich elementów przestępstwa w systemach obu krajów są irrewantne<sup>33</sup>.

Konstrukcja owego katalogu 32 przestępstw budzi jednak pewne wątpliwości. Wprowadzone określenia czynów zabronionych są bowiem ogólne, a biorąc pod uwagę zróżnicowanie nazewnictwa poszczególnych przestępstw w krajach członkowskich ich wykładnia może sprawiać poważne trudności. Fakt braku powszechnie akceptowanych definicji legalnych używanych pojęć (np. korupcja, rasizm, sabotaż) wywołuje problemy w ustaleniu, czy postępowanie w sprawie konkretnego przestępstwa należy objąć wyjątkiem od zasady podwójnej karalności<sup>34</sup>. To z kolei nie sprzyja budowie stabilnej regulacji prawnej, stawia również pod znakiem zapytania funkcjonowanie zasady pewności prawa. Z drugiej jednak strony, pewnym usprawiedliwieniem prawodawcy europejskiego może być fakt owego zróżnicowania regulacji krajowych (w tym nazewnictwa czynów zabronionych); wprowadzenie ogólnych określeń w decyzji ramowej

---

pranie wpływów pieniężnych z przestępczości, fałszowanie walut, w tym waluty euro, przestępstwa komputerowe, przestępstwa przeciwko środowisku, ułatwianie bezprawnego wjazdu i stałego przebywania, morderstwo, ciężkie uszkodzenie ciała, nielegalny obrót organami i tkankami ludzkimi, kidnaping, nielegalne pozbawienie wolności oraz wzięcie zakładnika, rasizm i ksenofobia, rozbój z użyciem broni lub przy współudziale z innymi osobami, nielegalny obrót dobrami kultury, wymuszanie haraczy, fałszowanie i piractwo produktów, fałszowanie środków płatności, nielegalny obrót środkami hormonalnymi i innymi czynnikami wzrostu, nielegalny obrót materiałami nuklearnymi i radioaktywnymi, obrót skradzionymi pojazdami, gwałt, podpalenie, przestępstwa międzynarodowe, będące w zakresie jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego, bezprawne zajęcie statku wodnego lub powietrznego, sabotaż.

<sup>32</sup> M. Szczepańska, *Podstawy prawne współpracy państw członkowskich Unii Europejskiej w sprawach karnych*, dz. cyt., s. 11.

<sup>33</sup> Zob. I. Topa, *Międzynarodowa współpraca państw w wydawaniu przestępców. Zagadnienia materialnoprawne*, dz. cyt., s.137.

<sup>34</sup> Zob. P. Binas, P. Nalewajko, *Europejski nakaz aresztowania*, [w:] A. Szwarc (red.), *Unijna polityka karna*, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań 2009, s. 111.

służyć powinno w drodze wykładni zabezpieczeniu bezkolizyjnego stosowania przepisów karnych w odniesieniu do sprawców tych przestępstw. Ponadto, przyjęte rozwiązania należy uznać za niezbędne, a ich wprowadzenie do porządku prawnego ocenić jako konieczne, zwłaszcza w świetle faktu istnienia daleko siężnego celu działań UE, jakim jest harmonizacja przepisów i terminologii prawa karnego<sup>35</sup>. W odniesieniu do określeń niektórych przestępstw wypracowano już na poziomie wspólnotowym obowiązujące definicje. Przykładem może być pojęcie „terroryzmu”<sup>36</sup>, którego definicję legalną odnaleźć można w decyzji ramowej z 13 czerwca 2002 r. o zwalczaniu terroryzmu<sup>37</sup>.

Okazuje się więc, że korzyści płynące z przyjętego w 2002 r. rozwiązania przewyższają możliwe zagrożenia. Nie sposób oczywiście nie podzielić niektórych uwag krytyków, jednakże biorąc pod uwagę konieczność stworzenia odpowiedniego instrumentu w ramach Wspólnoty, jakim stał się europejski nakaz aresztowania, wprowadzone w zakresie podwójnej karalności zmiany należy ocenić pozytywnie.

## 4. Podsumowanie

Pomimo powyższej konkluzji nie można zaprzeczyć tezie, zgodnie z którą funkcjonowanie ENA ma charakter wysoce kontrowersyjny, co wynika między innymi z ograniczenia w istotnym stopniu niezależności państw członkowskich. Związane z nim wątpliwości znalazły wyraz w wielu wyrokach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Sędziowie w Luksemburgu niejednokrotnie zmuszeni byli, niezależnie od formułowania wykładni obowiązujących reguł prawnych, do dokonywania ważenia podstawowych zasad ustrojowych. Z jednej strony bowiem, autonomia państw w zakresie procesu karnego odgrywa wciąż istotną i trudną do pominięcia rolę w porządkach prawnych państw członkowskich UE, z drugiej natomiast nie sposób przecenić znaczenia prowadzenia wieloaspektowej wspólnej polityki karnej, zwłaszcza w kontekście zwiększania się internacjonalizacji obrotu gospodarczego i stosunków handlowych – zarówno zgodnych z prawem, jak i tych, których uczestnicy dopuszczają się poważnego naruszania norm prawnokarnych. Analizując wątpliwości powstające na tym gruncie, Trybunał wyrażał opinię, zgodnie z którą ograniczenie obowiązywania zasady podwójnej karalności, wynikające z funkcjonowania ENA nie stanowi naruszenia porządku prawnego, wskazując m.in. iż *zniesienie wymogu*

---

<sup>35</sup> Zob. A. Górski, A. Sakowicz, *Komentarz do decyzji ramowej rady Unii Europejskiej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, dz. cyt., s. 8.

<sup>36</sup> Tamże.

<sup>37</sup> Dz.Urz. WE L 194/3.

weryfikacji pod kątem podwójnej odpowiedzialności karnej jest zgodne z zasadą legalności oraz z zasadą równości i niedyskryminacji (zob. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-303/05).

W ten sposób Trybunał potwierdził słuszność rozwiązań przyjętych w decyzji ramowej, pociągających za sobą ograniczenie obowiązywania zasady podwójnej karalności, charakterystycznej dla partykularnych porządków prawnych, przyznając pierwszeństwo regulacji wspólnotowej, implementowanej przez państwa członkowskie do ich krajowych porządków prawnych. Stanowi to nie tylko przejaw funkcjonowania wykształconej przez orzecznictwo zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego nad krajowymi porządkami prawnymi państw członkowskich, lecz również kluczowej roli wspólnej polityki ścigania sprawców przestępstw. Pomimo wspomnianych w niniejszej pracy ograniczeń i wątpliwości związanych z funkcjonowaniem tej regulacji stanowisko judykatury zdaje się potwierdzać zasadność obecnie obowiązującej regulacji.

Na koniec niniejszych rozważań warto krótko wspomnieć o istotnych zmianach, jakie nastąpiły w Polsce 1 lipca 2015r., wraz z wejściem w życie nowelizacji k.p.k. Jedną z nich dotyczy modyfikacji brzmienia art. 607b i w istotny sposób ogranicza możliwość wydania ENA ze względu na wprowadzoną dodatkową przesłankę „interesu wymiaru sprawiedliwości”. Obecnie wydanie nakazu jest niedopuszczalne, jeśli nie wymaga tego ów interes. Niestety ustawodawca nie dookreślił znaczenia tego terminu, w związku z czym można przewidywać, iż ilość orzeczeń, w których zostanie uznana niedopuszczalność wydania nakazu będzie rosnąć. Celem tej zmiany było zmniejszenie ilości wydawanych nakazów w sprawach małej wagi<sup>38</sup>, w szczególności gdy ostatecznie była orzekana kara grzywny w wysokości zdecydowanie niższej od kosztów przeprowadzenia postępowania. Polska w ostatnich latach była bowiem krajem, w którym ilość wystawianych ENA była stosunkowo wysoka (zob. tabela na końcu tekstu). Tymczasem, sprowadzanie zatrzymanych jest kosztowne i z perspektywy analizy ekonomicznej nierzadko wydaje się nieracjonalne.

Wydaje się jednak, iż takiego rozwiązania nie sposób określić mianem jednoznacznie korzystnego, pomimo, iż cel nowelizacji należy uznać za zasadny.

---

<sup>38</sup> Przykłady postępowań zostały przytoczone w jednej z interpelacji poselskich (jej tekst dostępny pod adresem: <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/Interpelacja-Tresc.xsp?key=42F01BDF>): „Oto kilka przykładów ENA, które wręcz zadziwiają: ENA z 2006 r. - przywłaszczenie w 2004 r. elementów stalowych byłego rusztowania o wartości 1200 zł; ENA z 2012 r. - kradzież 10 piór kulkowych o wartości 700 zł. W 2005 r., ENA z 2013 r. - znieważenie funkcjonariuszy Policji i posiadanie 0,083 g amfetaminy w 2003 r.; ENA z 2013 r. - kierowanie rowerem po drodze publicznej w stanie nietrzeźwości w 2010 r. i 2012 r. itp.”.

Sąd mógł bowiem przed 1. lipca odmówić jego wydania w pewnych uzasadnionych okolicznościach, a wprowadzenie dodatkowej negatywnej i nieostrej przesłanki może zanadto ograniczać zakres swobody orzeczniczej w ramach tego zagadnienia. Ponadto, niejasne jest znaczenie „interesu” w powyższym kontekście, a w ramach procedury karnej wprowadzanie określeń tego rodzaju zazwyczaj budzi uzasadnione wątpliwości. Niektórzy przedstawiciele doktryny, jak na przykład A. Sołtysińska, podejmują próbę eksplikacji pojęcia „interes wymiaru sprawiedliwości”. W komentarzu do art. 590 k.p.k., w którym ono występuje, wskazuje na kilka głównych czynników mających wpływ na podjęcie decyzji w zakresie przejęcia ścigania, związanych z owym „interesem”, takich jak: waga przestępstwa i przewidywana kara, sytuacja oskarżonego i jego okoliczności osobiste, charakter sprawy, specyfika dowodów zebranych w sprawie i możliwość ich przeprowadzenia podczas rozprawy czy względy ekonomiczne<sup>39</sup>. Tego rodzaju okoliczności powinny być zatem brane pod uwagę w trakcie orzekania na temat ewentualnego wydania ENA.

Z perspektywy praktycznej pewne znaczenie w aspekcie stosowania europejskiego nakazu może mieć również wprowadzenie do Kodeksu karnego przepisów mających zmniejszyć ilość orzekanych i wykonywanych kar izolacyjnych, a w konsekwencji ilość osób przebywających w zakładach karnych (również weszły one w życie 1. lipca 2015). Choć bezpośrednio nie dotyczą one postępowań związanych z ENA, to jednak w pewnych okolicznościach wykorzystując te zapisy oskarżony/skazany, który znajduje się za granicą, może doprowadzić do uniknięcia aresztowania. W tym miejscu warto krótko przedstawić art. 37a, który wskazuje, że w przypadku popełnienia czynu zagrożonego karą pozbawienia wolności nie przekraczającą 8 lat, sąd może orzec karę grzywny bądź ograniczenia wolności. Jeżeli po popełnieniu takiego czynu sprawca opuści terytorium Polski może przeciwko niemu zostać wydany ENA. Jeżeli za pośrednictwem swego obrońcy zawrze on porozumienie z prokuraturą lub sądem, decydując się na zapłatę kary grzywny, uzyska możliwość uniknięcia przymusowego sprowadzenia do Polski. Co istotne, po 1. lipca, znacznie poszerza się katalog przestępstw, w przypadku których takie działanie będzie możliwe.

Spoglądając w przyszłość, warto zauważyć tytułem konkluzji, że pomimo pewnych niedoskonałości związanych z funkcjonowaniem ENA jest to instytucja, której znaczenia dla współpracy państw członkowskich w sprawach karnych, jak i realizacji fundamentalnych celów prawa karnego nie sposób przece-

---

<sup>39</sup> A. Sołtysińska, *Komentarz do art. 590 Kodeksu postępowania karnego* [w:] G. Jaworski, A. Sołtysińska, *Postępowanie w sprawach karnych ze stosunków międzynarodowych. Komentarz*, Oficyna 2010 (publikacja w wersji elektronicznej).

nić. Istotne ograniczenie znaczenia zasady podwójnej karalności poprzez uznanie penalizowania określonego czynu w kraju, który wydał nakaz, za wystarczającą dla przekazania jego domniemanego sprawcy, choć stanowi istotną ingerencję w suwerenność poszczególnych państw członkowskich, wydaje się w związku z tym uzasadnione.

Tabela 1. Zestawienie wydawanych i otrzymywanych ENA w przypadku Polski w latach 2004 – 2014 i ich stosunek do liczby zrealizowanych nakazów

| Rok  | ENA skierowane do Polski/ ENA zrealizowane | ENA skierowane z Polski (art. 607a k.p.k.)/ENA zrealizowane |
|------|--------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| 2004 | 29/25                                      | 1619/19                                                     |
| 2005 | 117/98                                     | 1265/90                                                     |
| 2006 | 185/129                                    | 1226/257                                                    |
| 2007 | 169/124                                    | 2035/614                                                    |
| 2008 | 256/193                                    | 2926/989                                                    |
| 2009 | 286/207                                    | 2641/1444                                                   |
| 2010 | 295/210                                    | 2124/2076                                                   |
| 2011 | 297/210                                    | 2120/1897                                                   |
| 2012 | 305/213                                    | 2030/1823                                                   |
| 2013 | 328/248                                    | 1847/2009                                                   |
| 2014 | 327/258                                    | 1961/1730                                                   |

Źródło: Dane Ministerstwa Sprawiedliwości<sup>40</sup>

### **European Arrest Warrant as the Instrument of the European Cooperation in Criminal Matters in Light of the Double Criminality Principle**

The present paper concerns the significance of the European Arrest Warrant as instrument of the European cooperation in criminal matters in light of the double criminality principle. Along with the development of the institution of extradition, this principle has become one of the expressions of the sovereignty of the countries participating in the extradition proceedings, as well as a guarantee of their freedom in the conduct of the criminal policy and shaping relations with other countries. It provided also some guarantees for people who have committed abroad an act penalized only under one of the legal systems. Implementation of the provisions of the

<sup>40</sup> Zestawienie dostępne pod adresem: <http://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2853,8.html>, dostęp: 20.08.2015.

Framework Decision of 2002 by member states significantly modified its validity.

Justyna Skoczeń\*  
Renata Wierzbicka\*\*

## Mediacja w postępowaniach sądowych

Mediacja w ostatnich latach jest instytucją prawną budzącą niezwykle zainteresowanie wśród teoretyków i praktyków różnych gałęzi prawa. Z jednej bowiem strony mediacja jest traktowana jako jeden z alternatywnych sposobów rozstrzygnięcia konfliktów poza drogą sądową, z drugiej natomiast strony w praktyce niezwykle rzadko sięga się po ten instrument. Postępowanie mediacyjne prowadzi się w sposób bezstronny i poufny, a strony mogą odstąpić od mediacji na każdym etapie postępowania. Mediacja jest uregulowana zarówno w postępowaniu w sprawach o przestępstwa i wykroczenia, jak też w postępowaniu cywilnym i administracyjnym. W każdej z tych procedur dostrzegane są zalety oraz wady mediacji, przy czym należy oczekiwać wzrastającego znaczenia tej instytucji. Warunkiem jest jednak wprowadzenie do mediacji w sprawach karnych przepisów, które pozwolą skutecznie zakończyć postępowanie, jeśli strony pojedną się w drodze mediacji.

### 1. Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest analiza instytucji mediacji jako alternatywnego sposobu rozwiązywania sporów w postępowaniu karnym w tym w postępowaniu w sprawach o wykroczenia a także w postę-

---

\* Doktorantka w Katedrze Postępowania Karnego UJ.

\*\* Doktorantka w Katedrze Postępowania Karnego UJ.

powaniu cywilnym i administracyjnym. Opracowanie to ma na celu ukazanie funkcjonalności i użyteczności instytucji mediacji przy jednoczesnym koncentrowaniu się na poszczególnych przepisach normatywnych i innych aktach prawnych dotyczących mediacji.

Artykuł podzielony został na cztery merytoryczne części. Część I poświęcona jest w całości zagadnieniom ogólnym, a w szczególności pojęciu mediacji, *ratio legis* wprowadzenia tej instytucji, zasadach postępowania mediacyjnego oraz rodzajach mediacji w omawianych postępowaniach: karnym w tym wykroczeń oraz cywilnym i administracyjnym. Część II stanowi analizę instytucji mediacji w postępowaniu karnym. Część III poświęcona jest zagadnieniu mediacji w sprawach dotyczących postępowania wykroczeniowego, część IV dotyczy mediacji w postępowaniu cywilnym a część V – w postępowaniu administracyjnym. Tytułem zakończenia dokonano podsumowania i oceny przedstawionych instytucji.

Mediacja (łac. *mediare* – pośredniczyć w sporze, *mediator* – pośrednik) to jedna z alternatywnych form rozwiązywania sporów, w ramach której osoba trzecia – mediator, neutralna wobec stron i ich konfliktu, asystuje im w czasie konfliktu lub negocjacji, łagodzi powstające napięcia i pomaga osiągnąć stronom korzystne porozumienie, które jest wzajemnie akceptowalne i uwzględnia interesy, a także potrzeby obu stron – nie narzucając przy tym swojego stanowiska<sup>1</sup>. Podobnie uważają przedstawiciele doktryny twierdząc, że mediacja ma na celu pojednanie skonfliktowanych ze sobą stron i zawarcie ugody przy udziale bezstronnego mediatora a jej przedmiotem są kwestie restytucyjno-odszkodowawcze związane z zarzucanym przestępstwem<sup>2</sup>. Mediację traktuje się jako instrument sprawiedliwości naprawczej, który ma charakter uniwersalny, globalny i ponad podziałowy<sup>3</sup>. Prowadzi się ją w sposób bezstronny i dobrowolny.

---

<sup>1</sup> W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem*, Warszawa 2000, s. 321.

<sup>2</sup> A. Rękas, *Mediacja w Polsce na tle doświadczeń państw Unii Europejskiej*, w: *Mediacja w krajach Unii Europejskiej i w Polsce*, J. Szymańczak, A. Chodyra (red.), *Konferencje i Seminaria*, Warszawa 2003, s. 9-11.

<sup>3</sup> G. Skrobotowicz, *Zalety mediacji karnej*, Prok. i Pr. 2012, nr 2, s. 128.

Mediacja ma całkowicie dobrowolny charakter i każda ze stron może w dowolnym czasie odmówić dalszego udziału w postępowaniu mediacyjnym<sup>4</sup>. Mediację cechuje bowiem: dobrowolność, bezstronność, neutralność, akceptowalność, poufność, profesjonalizm, bezinteresowność, szacunek dla obu stron<sup>5</sup>.

Mediacja nie jest zjawiskiem nowym, była znana prawie we wszystkich kulturach starożytnych. Wprowadzenie tej instytucji do polskiego prawa karnego w tym prawa wykroczeń a także prawa cywilnego i administracyjnego miało na celu ustanowienie alternatywnego do sądowego postępowania, sposobu rozwiązywania konfliktów.

## 2. Model mediacji w postępowaniu karnym

Nowelizacja kodeksu postępowania karnego z 2003 roku dodała do przepisów wstępnych kodeksu postępowanie mediacyjne (art. 23a k.p.k.) oraz zmieniła art. 489 § 2, stanowiąc, że postępowanie mediacyjne stosuje się również odpowiednio do postępowania w sprawach z oskarżenia prywatnego.

Aktualnie obowiązujący od 1 lipca 2015 roku art. 23a k.p.k. określa ogólne reguły prowadzenia postępowania mediacyjnego w tym podmioty, które są uprawnione do prowadzenia omawianego postępowania, czas jego trwania a także wprowadza obowiązek sporządzenia sprawozdania z przebiegu i wyników postępowania mediacyjnego. Szczegółowe zasady prowadzenia postępowania mediacyjnego zawiera rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 13.06.2003 r. w sprawie mediacji w sprawach karnych<sup>6</sup>.

Zgodnie z art. 23a k.p.k. sąd lub referendarz sądowy, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator lub inny organ prowadzący to postępowanie, może z inicjatywy lub za zgodą oskarżonego i pokrzywdzonego skierować sprawę do instytucji lub osoby do tego uprawnionej w

---

<sup>4</sup> R. Morek, *ADR w sprawach gospodarczych*, Warszawa 2004, s.75.

<sup>5</sup> M. Grudziecka, *Zawód mediator*, w: *Mediacja w teorii i w praktyce*, red. A. Gretkowski, D. Karbarz, Stalowa Wola 2009, s. 257 i n.

<sup>6</sup> Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13.06.2003 r. w sprawie mediacji w sprawach karnych, Dz.U., Nr 108, poz. 1020.

celu przeprowadzenia postępowania mediacyjnego między pokrzywdzonym i oskarżonym, o czym się ich poucza, informując o celach i zasadach postępowania mediacyjnego, w tym o treści art. 178 k.p.k., w którym zawarty jest zakaz przesłuchiwania jako świadka mediatora co do faktów, o których dowiedział się od oskarżonego lub pokrzywdzonego prowadząc postępowanie mediacyjne. Postępowanie mediacyjne nie powinno trwać dłużej niż miesiąc a jego okresu nie wlicza się do czasu trwania postępowania przygotowawczego.

Udział oskarżonego i pokrzywdzonego w postępowaniu mediacyjnym jest dobrowolny. Zgodę na uczestniczenie w postępowaniu mediacyjnym odbiera organ kierujący sprawę do mediacji lub mediator, po wyjaśnieniu oskarżonemu i pokrzywdzonemu celów i zasad postępowania mediacyjnego i pouczeniu ich o możliwości cofnięcia tej zgody aż do zakończenia postępowania mediacyjnego a mediatorowi udostępnia się akta sprawy w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego a mediatorowi udostępnia się akta sprawy w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego. Następnie po przeprowadzeniu mediacji instytucja lub osoba do tego uprawniona sporządza, po przeprowadzeniu postępowania mediacyjnego sprawozdanie z jego wyników, do którego dołącza się ugodę podpisaną przez oskarżonego, pokrzywdzonego i mediatora jeżeli została zawarta.

Przedstawiony art. 23a § 1 k.p.k. po nowelizacji, która weszła w życie 1 lipca 2015 r. rozszerza zakres podmiotów uprawnionych do skierowania sprawy do postępowania mediacyjnego, w postępowaniu przygotowawczym o prokuratora lub inny organ prowadzący to postępowanie a w postępowaniu sądowym - o referendarza sądowego. Nowością jest również zapis odnoszący się do pouczenia przez organ procesowy stron o zasadach i celach postępowania mediacyjnego, w tym o treści art. 178a k.p.k. Obowiązek ten stanowi nie tylko gwarancję dostarczenia stronom niezbędnych informacji dotyczących istoty i przebiegu postępowania mediacyjnego ale stanowi także wyraz realizacji dyspozycji zawartych w Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R (99) 19. Uzupełnieniem tego obowiązku jest zapis zawarty w znowelizowanym art. 300 k.p.k. mówiący o tym, że przed pierwszym przesłuchaniem należy pouczyć zarówno podejrzanego jak i pokrzywdzonego o przysługujących im uprawnieniach w tym o prawie do mediacji.

Zmianom uległ również § 4 omawianego przepisu, wprowadzono bowiem zapis, iż zgodę na uczestniczenie w mediacji od pokrzywdzonego i oskarżonego odbiera organ kierujący sprawę do mediacji lub mediator, po udzieleniu wyjaśnień dotyczących istoty i zasad postępowania mediacyjnego i pouczeniu ich o możliwości wycofania tej zgody aż do zakończenia postępowania mediacyjnego. Zapis ten stanowi realizację zasady dobrowolności postępowania mediacyjnego. Nakaz ujawniania w sprawozdaniu samych wyników mediacji bez opisu jej przebiegu oraz dołączenie do tego sprawozdania ugody jeżeli oczywiście została zawarta (§ 6 art. 23a k.p.k.) a także zapis dotyczący obowiązku przeprowadzania mediacji w sposób poufny (§7 art. 23a k.p.k.) i zakaz przesłuchiwania mediatora w charakterze świadka, co do faktów, o których dowiedział się od oskarżonego lub pokrzywdzonego w trakcie postępowania mediacyjnego (art.178a k.p.k.) stanowi realizację nie tylko zasady poufności mediacji ale także realizację zaleceń zawartych w pkt 2 i 29 Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R (99) 19. Rozwiązania te należy ocenić jak najbardziej pozytywnie, dają one bowiem gwarancję stronom postępowania mediacyjnego, że okoliczności i fakty, o których zdecydowały się rozmawiać w trakcie mediacji pozostaną nieujawnione.

W tym miejscu należy dodać, iż zakaz przesłuchania mediatora w charakterze świadka co do faktów o których dowiedział się prowadząc mediację nie dotyczy w przypadku powzięcia przez niego informacji o przestępstwach określonych w art. 240 §1 k.k.

Art.23a § 3 k.p.k. wprowadził zmianę w zakresie osób wyłączonych z możliwości prowadzenia postępowania mediacyjnego. Od 1 lipca 2015 roku postępowania mediacyjnego nie mogą prowadzić osoby co do których w sprawie zachodzą okoliczności określone w art. 40-41 § 1 k.p.k. a także czynny zawodowo sędzia, prokurator, asesor prokuratorski, aplikant co do tychże zawodów, ławnik sądowy, referendarz sądowy, asystent sędziego i prokuratora oraz instytucja powołana do ścigania przestępstw, umożliwiając tym samym dostęp do zawodu mediatora innym niż wskazane wyżej osobom zatrudnionym w prokuraturze, sądzie lub w innej instytucji uprawnionej do ścigania przestępstw.

Kolejną zmianą dotyczy sposobu nazywania mediatora – zgodnie z art. 23 a §1 k.p.k. ustawodawca zrezygnował z nazywania mediatora

„osobą godną zaufania” wprowadzając zapis „osoby do tego uprawnionej”. Od 1 lipca 2015 roku wprowadzono również możliwość nadawania klauzuli wykonalności ugodzie zawartej w trakcie postępowania medacyjnego przez referendarza sądowego lub sąd na podstawie art. 107 § 3 k.p.k. Gdyby jednak ugoda medacyjna okazała się sprzeczna z prawem lub z zasadami współżycia społecznego albo zmierzała do obejścia prawa, to zgodnie z art. 107 § 4 k.p.k. istnieje możliwość odmowy nadania klauzuli wykonalności takiej ugodzie, zabezpieczając tym samym interesy pokrzywdzonego.

### **3. Model mediacji w sprawach o wykroczenia**

Podstawowym celem postępowania w sprawach o wykroczenia jest ukształtowanie go w taki sposób aby sprawca wykroczenia został wykryty i pociągnięty do odpowiedzialności karnej przy uwzględnieniu prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego. Powinno się więc dążyć przede wszystkim do rozwiązania konfliktu wywołanego popełnionym wykroczeniem, nie tylko poprzez wymierzenie sprawcy kary określonego rodzaju ale również przez realizację funkcji restytucyjnej i kompensacyjnej postępowania w sprawach o wykroczenia. W dniu 25 października 2013 r. ogłoszona została ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Zmiany w niej zawarte weszły w życie 1 lipca 2015 r.

Na mocy nowego brzmienia art. 8 kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia wprowadzono do postępowania w sprawach o wykroczenia regulację dotyczącą postępowania medacyjnego występującą na gruncie art. 23a k.p.k. Zgodnie więc z art. 23a §1 k.p.k. sąd lub referendarz sądowy, a w postępowaniu przygotowawczym prokurator lub inny organ prowadzący to postępowanie, może z inicjatywy lub za zgodą pokrzywdzonego i oskarżonego skierować sprawę do instytucji lub osoby godnej zaufania do tego uprawnionej w celu przeprowadzenia postępowania medacyjnego między pokrzywdzonym i oskarżonym, o czym się ich poucza, informując o celach i zasadach postępowania medacyjnego,

a w tym o treści art. 178a k.p.k.<sup>7</sup>, tj. o zakazie przesłuchiwania w charakterze świadka mediatora co do faktów, o których dowiedział się od oskarżonego lub pokrzywdzonego prowadząc postępowanie mediacyjne, z wyłączeniem informacji o przestępstwach, o których mowa w art. 240 §1 k.k.<sup>8</sup>. Prowadzi to do wniosku, że mediacja będzie mogła mieć zastosowanie tylko w tych sprawach, w których będzie uczestniczyć osoba pokrzywdzona.

Postępowanie mediacyjne nie powinno trwać dłużej niż miesiąc, a jego okresu nie wlicza się do czasu trwania postępowania mediacyjnego. Postępowanie mediacyjne prowadzi się w sposób bezstronny i poufny. Wobec powyższego nie może być ono prowadzone przez osobę, co do której zachodzą w sprawie okoliczności określone w art. 40 i 41 § 1 k.p.k., czynny zawodowo sędzia, prokurator, asesor prokuratorski, aplikant wymienionych zawodów, ławnik, referendarz sądowy, asystent sędziego, asystent prokuratora oraz funkcjonariusz instytucji uprawnionej do ścigania przestępstw. Wyłączenie następuje na żądanie sędziego, z urzędu albo na wniosek strony. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na wprowadzenie do postępowania w sprawach o wykroczenia obok sędziego również referendarza sądowego, jako podmiotu uprawnionego do prowadzenia spraw o wykroczenia. Ma to na celu zapewne odciążenie pracy sędziów w sprawach mniejszej wagi, chociaż jak wynika z powyższego zastrzeżenia referendarz sądowy nie może prowadzić postępowania mediacyjnego.

Udział oskarżonego i pokrzywdzonego w postępowaniu mediacyjnym jest dobrowolny a zgodę na udział w tym postępowaniu odbiera organ kierujący sprawę do mediacji lub mediator, po wyjaśnieniu oskarżonemu i pokrzywdzonemu celów i zasad postępowania mediacyjnego i

---

<sup>7</sup> Art. 178a dodany przez art. 1 pkt 55 ustawy z dnia 27 września 2013 r. zmieniającej ustawę Kodeks postępowania karnego oraz niektóre inne ustawy z dniem 1 lipca 2015 r. DZ.U.?

<sup>8</sup> Art. 240 §1 k.k. „Kto, mając wiarygodną wiadomość o karalnym przygotowaniu albo usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego określonego w art.118, 118a, 120-124, 127, 128, 130, 134, 140, 148, 163, 166, 189, 252 lub przestępstwa o charakterze terrorystycznym, nie zawiadamia niezwłocznie organu powołanego do ścigania przestępstw podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

pouczeniu ich o możliwości cofnięcia tej zgody aż do zakończenia postępowania mediacyjnego. Mediatorowi udostępnia się akta sprawy w zakresie niezbędnym do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego. Po przeprowadzeniu przedmiotowego postępowania instytucja lub osoba do tego uprawniona sporządza sprawozdanie z jego wyników. Do sprawozdania dołącza się ugodę podpisaną przez obwinionego, pokrzywdzonego i mediatora, jeżeli została zawarta.

W przypadku powodzenia postępowania mediacyjnego kończy się ono zawarciem ugody mediacyjnej, której treść jest istotna dla sądu ponieważ może wpływać na wymiar kary obwinionego a nawet możliwość zastosowania wobec niego umorzenia postępowania. Wszystko zależy więc od okoliczności i od rozstrzygnięcia sprawy przez sędziego.

W razie skutecznej mediacji możliwe będzie zrezygnowanie przez oskarżyciela publicznego z występowania z wnioskiem o ukaranie w oparciu o art. 41 in fine k.w., jeżeli miało to miejsce jeszcze w ramach czynności wyjaśniających, bądź zastosowanie przez sąd nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia (art. 39 k.w.). W związku z powyższym, uzupełnienia wymagał także art. 54 k.p.w., w którym dodano § 9, w świetle którego organ prowadzący czynności wyjaśniające, może samodzielnie (ale tylko z inicjatywy lub za zgodą osoby, którą przesłuchano w roli podejrzanego oraz osoby pokrzywdzonej wykroczeniem) przekazać sprawę do instytucji lub osoby do tego uprawnionej w celu przeprowadzenia mediacji, stosując już poza tym odpowiednio art. 23a k.p.k. Rozwiązanie to jest jak najbardziej słuszne bowiem postępowanie w sprawach o wykroczenia zgodnie z art. 57 k.p.w. zaczyna się w sądzie a poprzedzają je czynności wyjaśniające prowadzone samodzielnie przez Policję lub inne uprawnione do tego organy.

Pozytywnie należy również ocenić art. 45 § 2a k.w. zgodnie z którym: „W wypadku wszczęcia postępowania mediacyjnego, czasu jego trwania nie wlicza się do okresu przedawnienia”. Brak tego zapisu mógłby bowiem powodować przewlekłość postępowania mediacyjnego skutkującą nawet ustaniem karalności wykroczenia.

## **4. Model mediacji w sprawach cywilnych**

Przepisy dotyczące mediacji w sprawach cywilnych zostały dodane do kodeksu postępowania cywilnego ustawą z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie kodeksu postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 172, poz. 1438)<sup>9</sup>. W drodze mediacji może być rozwiązany każdy spór cywilnoprawny występujący w sprawie, w której dopuszczalne jest zawarcie ugody, zarówno w sprawach majątkowych, jak i niemajątkowych. Zakaz zawarcia ugody może wynikać z prawa materialnego (np. w sprawach o rozwód, separację, unieważnienie małżeństwa) lub prawa procesowego (np. w sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych lub w postępowaniu upominawczym i nakazowym). Regulacja mediacji w kodeksie postępowania cywilnego ma w zasadzie charakter uniwersalny, tzn. jest jednolita dla wszystkich spraw cywilnych, w których jest dopuszczalna. Brak jest odrębności postępowania mediacyjnego w zależności od rodzaju spraw, z wyjątkiem spraw rodzinnych i opiekuńczych.

*Mediację* definiuje się jako dobrowolne (strony mogą swobodnie dokonać wyboru mediatora *ad hoc*, w k.p.c. przewidziano również instytucję stałych mediatorów, których listy prowadzone są przez organizacje społeczne i zawodowe, a także ośrodków mediacyjnych. Informacjami o listach stałych mediatorów oraz o ośrodkach mediacyjnych dysponują prezesi sądów okręgowych)<sup>10</sup> poufne i niesformalizowane postępowanie w sprawach, w których możliwe jest zawarcie ugody, prowadzone między stronami określonego sporu przez osobę trzecią - bezstronnego mediatora, w celu doprowadzenia do ugodowego załatwienia tego sporu<sup>11</sup>. W polskim porządku prawnym instytucję *mediacji* regulują art. 183<sup>1</sup>-183<sup>15</sup> k.p.c.<sup>12</sup>. Została ona skonstruowana w sposób, który zakłada

---

<sup>9</sup> Przepisy weszły w życie 10 grudnia 2005 r.

<sup>10</sup> K. Falkiewicz, R.L. Kwaśnicki, *Arbitraż i mediacja w świetle najnowszej nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*, PPH 2005, nr 11, s. 36.

<sup>11</sup> J. Plis, w: A. N. Arkuszewska, A. Kościółek, J.M. Łukasiewicz, T. Serafin (red.), *Zarys metodyki pracy mediatora w sprawach cywilnych*, Warszawa 2014, Lex.

<sup>12</sup> Tekst jedn. Dz.U. 1964 Nr 43, poz. 296 ze zm.

poszanowanie suwerennych praw stron i dobrowolny ich udział. Świadomy udział strony w *mediacji* ma chronić stronę przed nieakceptowaną ingerencją w jej sprawę prywatną<sup>13</sup>.

Przepisy k.p.c. pozwalają na wyodrębnienie dwóch różnych podstaw prowadzenia mediacji: umowy o mediację oraz postanowienia sądu o skierowaniu sprawy do mediacji. W ślad za tym rozróżnieniem można wyróżnić mediację umowną (prywatną, kontraktową przed lub poza sądową) i sądową (prowadzoną na podstawie skierowania sądu). Polski ustawodawca przyjął w zasadzie jednolity model regulacji obu tych rodzajów mediacji w art. 183<sup>1</sup> i n. k.p.c. - z nielicznymi przepisami szczególnymi. Mediacja umowna jest w pełni samodzielną metodą rozwiązywania sporów, niezależną i alternatywną wobec postępowania sądowego. Sprawy rozwiązywane za jej pomocą powinny do sądu w ogóle nie trafić (zob. jednak art. 183<sup>13</sup> § 1 i n. k.p.c. dotyczące złożenia w sądzie protokołu mediacyjnego i zatwierdzenia ugody przez sąd). Natomiast, mediacja prowadzona na podstawie skierowania sądu jest powiązana z postępowaniem sądowym. Sąd może skierować strony prowadzonego postępowania do mediacji - z urzędu, na wniosek jednej z nich lub na jej zarzut podniesiony w związku z uprzednim zawarciem umowy o mediację. Wreszcie, strony mogą się porozumieć co do prowadzenia mediacji w toku postępowania sądowego i zgodnie wnieść o skierowanie sprawy do mediacji, lub o zawieszenie tego postępowania<sup>14</sup>. W k.p.c. przyjęto założenie, że *mediacja* jest w każdym wypadku dobrowolna<sup>15</sup> a postępowanie mediacyjne jest poufne. W razie przekazania sprawy przez sąd do

---

<sup>13</sup> T. Ereciński, w: T. Ereciński, J. Gudowski, M. Jędrzejewska, K. Weitz (red), *Kodeks postępowania cywilnego T. 1. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 510.

<sup>14</sup> R. Morek, *Mediacja w sprawach cywilnych*, Warszawa 2012, s. 5-6.

<sup>15</sup> W doktrynie przyjęte w k.p.c. rozwiązania – w kontekście zasady dobrowolności mediacji – ocenia się niejednolicie, Z. Milczek, *Mediacja w sprawach cywilnych*, Przegląd Prawa Handlowego 2006, nr 6, s. 12, prezentuje pogląd, że mediacja na podstawie skierowania sądu, w ujęciu art. 183-8 § 3 k.p.c., jest sprzeczna z zasadą dobrowolności. Przeciwnie stanowisko zajmuje K. Weitz, *Mediacja w sprawach gospodarczych*, w: T. Wiśniewski, G. Bieniek, E. Marszałkowska-Krześ, P. Pogonowski, K. Weitz (red), *Postępowanie sądowe w sprawach gospodarczych*, T. 7, Warszawa 2007, s. 234, zdaniem którego przepisy k.p.c. nie przewidują żadnego wyjątku od zasady dobrowolności i nawet „w razie przekazania sprawy do mediacji bez zgody stron, nie

mediacji strony nie mają obowiązku przystąpienia do mediacji ani zawarcia ugody przed mediatorem. Postępowanie mediacyjne jest poufne. Informacje wymienione między mediatorem a stronami zastrzeżone są do ich wiadomości i mediator bez zgody stron nie może przekazać żadnych informacji drugiej stronie lub osobom trzecim. Mediator nie może składać zeznań w charakterze świadka co do faktów, o których dowiedział się w związku z prowadzeniem mediacji. W toku postępowania sądowego nie można powoływać się na propozycje ugodowe i inne oświadczenia składane w postępowaniu mediacyjnym.

Wszczęcie mediacji umownej wiąże się z koniecznością złożenia wniosku o przeprowadzenie mediacji. Wymagania formalne takiego wniosku zostały dokładnie określone w ustawie (art.183<sup>7</sup>k.p.c.). Jest to niezbędne, ponieważ wszczęcie mediacji przerywa bieg przedawnienia roszczenia<sup>16</sup>. Sąd może skierować strony do mediacji z urzędu tylko raz w toku postępowania i do czasu zamknięcia pierwszej rozprawy, później może to uczynić tylko na zgodny wniosek stron. Ponadto mediacji na podstawie skierowania sądu nie prowadzi się, jeżeli strona w ciągu tygodnia od ogłoszenia lub doręczenia jej postanowienia sądu nie wyrazi zgody na prowadzenie mediacji. Można tutaj zauważyć dwa stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich, skuteczność sądowego skierowania do mediacji jest „zawieszona” do czasu, gdy strony złożą oświadczenia o zgodzie na udział w mediacji (tzw. model „koniecznego TAK”, *opt-in*)<sup>17</sup>. Według drugiego, z przywołanego przepisu nie wynika wymóg złożenia takiego oświadczenia. Strony mogą jednak wyrazić swój sprzeciw (model „możliwego NIE”, *opt-out*), podobnie jak mogą wycofać się z mediacji na każdym jej etapie czy też odmówić zawarcia ugody. Innymi słowy, sąd może przekazać sprawę mediatorowi nawet wówczas, gdy strony nie złożą oświadczeń wyrażających zgodę na mediację, domniemując ich „milczącą zgodę”<sup>18</sup>. Wobec zaistniałych wątpliwości należy

---

traci ona dobrowolnego charakteru, strony nie mają bowiem obowiązku wzięcia udziału w mediacji”.

<sup>16</sup> Por. art. 123 § 1 pkt 3 k.c.

<sup>17</sup> M. Uliasz, *Kodeks postanowienia cywilnego*, T. 1, Komentarz do art. 1-505<sup>1</sup>, Warszawa 2007, s. 332.

<sup>18</sup> S. Pieckowski, *Mediacja w sprawach cywilnych*, Warszawa 2006, s. 24.

zwrócić szczególną uwagę na to aby pouczenia zawarte w postanowieniach o skierowaniu sprawy do mediacji były precyzyjne, aby strony nie miały wątpliwości, jakie konsekwencje wywoła brak ich reakcji w ustawowym terminie tygodniowym. Niestety zdarza się, że omawiana instytucja jest wykorzystywana w sposób instrumentalny w celu przedłużenia postępowania. Ma to miejsce, gdy jedna ze stron – nie mając od samego początku intencji zawarcia ugody – inicjuje postępowanie mediacyjne tylko po to, by opóźnić rozpoznanie sprawy. Tego rodzaju podstępne postępowanie należy uznać za wypadek nadużycia praw procesowych; nie będzie można natomiast zastosować wobec niego żadnych konkretnych sankcji. Wskazuje się, że stosując przepisy o mediacji, należy mieć na względzie, aby nie była ona wykorzystywana do przedłużania postępowania sądowego lub w celu zyskania na czasie przez jedną ze stron<sup>19</sup>. Dlatego też ustawa procesowa zawiera przepis art. 183<sup>8</sup> § 2 k.p.c., mający taką możliwość ograniczyć. Przewiduje on, że sąd może skierować strony do mediacji tylko raz w toku postępowania. Oczywiście omawianej sytuacji nie można mylić z wypadkiem, o jakim mowa w art. 103 § 2 k.p.c., tj. z nieusprawiedliwioną odmową poddania się mediacji, na którą strona uprzednio wyraziła zgodę. Tylko więc wtedy, gdy cofnięto bez podania należytego usprawiedliwienia wcześniej udzieloną zgodę, możliwe będzie zastosowanie sankcji, o której mowa w art. 103 § 1 k.p.c.. Wówczas można uznać, że strona działa w sposób złośliwy, niesumienny i oczywiście niewłaściwy, skoro powodów swojej decyzji nie usprawiedliwia należycie, a następnie zasądzić od niej koszty wywołane postępowaniem mediacyjnym. Z przebiegu mediacji w każdym wypadku sporządza się protokół, podpisany przez mediatora.

Jeżeli w wyniku mediacji strony zawarły ugodę, to poprzez jej podpisanie tym samym wyrażają zgodę na wystąpienie do sądu z wnioskiem o jej zatwierdzenie. Mediator powinien poinformować strony o takim dodatkowym skutku prawnym podpisania ugody<sup>20</sup>. Ugoda zawarta przed

---

<sup>19</sup> T. Ereciński, *Kodeks...*, dz. cyt., s. 507.

<sup>20</sup> Omawiany przepis został przyjęty w 2011 r. w celu implementacji art. 6 ust. 1 dyrektywy 2008/52/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 maja 2008 r. w sprawie niektórych aspektów mediacji w sprawach cywilnych i handlowych.

mediatorem, którą sąd zatwierdził przez nadanie jej klauzuli wykonalności, jest tytułem wykonawczym w rozumieniu przepisów o egzekucji (art. 183<sup>14</sup> § 2 k.p.c.). Ponadto strony przez podpisanie ugody wyrażają zgodę na wystąpienie do sądu z wnioskiem o jej zatwierdzenie.

Polski ustawodawca przyjął w zasadzie jednolite reguły postępowania dotyczącego zatwierdzenia ugody w odniesieniu do mediacji prywatnych i sądowych, we wszystkich sprawach cywilnych. Zgodnie z art. 183<sup>14</sup> § 3 k.p.c., który enumeratywnie określa przesłanki kontroli ugody mediacyjnej, sąd odmawia jej zatwierdzenia, jeżeli jest sprzeczna z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierza do obejścia prawa, a także gdy jest niezrozumiała lub zawiera sprzeczności. Koszty mediacji nie stanowią wydatków w rozumieniu ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych<sup>21</sup>. Oznacza to, że jeżeli mediacja jest prowadzona na podstawie skierowania sądu, to zwolnienie strony od kosztów sądowych nie zdejmuje z niej obowiązku pokrycia kosztów mediacji (zwolnienie z kosztów nie obejmuje kosztów mediacji). Minister Sprawiedliwości określił w drodze rozporządzenia z 30.11.2005 r. w sprawie wysokości wynagrodzenia i podlegających zwrotowi wydatków mediatora w postępowaniu cywilnym<sup>22</sup> wysokość wynagrodzenia mediatora za prowadzenie postępowania mediacyjnego wszczętego na podstawie skierowania sądu i wydatki mediatora podlegające zwrotowi, biorąc pod wagę rodzaj sprawy i wartość przedmiotu sporu oraz niezbędne wydatki związane z prowadzeniem mediacji.

Strony kierując sprawę do mediacji, pozostawiają sobie całkowity wpływ na wynik zakończenia sporu. To one ustalają zasady procedowania, mogą je ograniczyć w dowolny sposób, wybierają zgodnie mediatora, specjalistę w danej dziedzinie. Kierując natomiast sprawę do sądu strony tracą kontrolę nad wynikiem postępowania. O ich sprawie rozstrzyga sąd, zaś strony mają ograniczony wpływ na rozstrzygnięcie sporu, wynikający ze szczegółowych przepisów procedury cywilnej. Udział w mediacji, sposób i czas jej zakończenia jest zależny od woli stron i ich potrzeb. *Mediacja zakończona ugodą*, pozwala osiągnąć zaspokojenie potrzeb w krótszym czasie, przy zdecydowanie niższych

---

<sup>21</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2010 r., Nr 90, poz. 594 z późn. zm.

<sup>22</sup> Tekst jedn. Dz. U. z 2013, poz. 218.

kosztach finansowych. Pozwala uniknąć eskalacji konfliktu między stronami oraz stwarza szersze możliwości dla treści zawieranej przez nie ugody, jest szybsza i relatywnie tańsza od postępowania sądowego.

## 5. Model mediacji w sprawach administracyjnych

Instytucja mediacji uregulowana została w art. 115-118, Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi<sup>23</sup> – zwanej dalej p.p.s.a. Ustawę tę uchwalono w 2002 roku. Jednakże zgodnie z art. 301 p.p.s.a. w związku z art. 2 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 roku przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o ustroju sądów administracyjnych i ustawę – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnym, ustawa ta weszła w życie z dniem 1 stycznia 2004 roku. Zatem instytucja mediacji zaczęła być, w praktyce stosowana dopiero od początku 2004 roku. Dla regulacji postępowania mediacyjnego w dziedzinie prawa administracyjnego w Polsce i całej Europie istotne znaczenie miała Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy<sup>24</sup>, R (2001) 9 z 05.09.2001 r. o alternatywnych formach rozstrzygania sporów między administracją publiczną a jednostką. Zawiera ona szereg zasad, jakie powinny być wdrożone w zakresie metod ADR (*alternative dispute resolution*)<sup>25</sup> w sprawach sporów administracyjnoprawnych. Rozpowszechnienie tych metod powinno ułatwić rozwiązywanie konfliktów z udziałem organów administracji, z poszanowaniem zasad równości i bezstronności. Jednym z proponowanych przez Radę Europy sposobów rozwiązywania konfliktów w sferze prawa administracyjnego jest mediacja w połączeniu z koncyliacją, czyli pojednawstwem<sup>26</sup>.

Jedną z podstawowych cech stosunków administracyjnoprawnych

---

<sup>23</sup> Dz.U. Nr 153, poz. 1270 ze zm.

<sup>24</sup> Zgodnie z art. 15 Statusu Rady Europy z 5. 05. 1949 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 118, poz. 565) zalecenia Komitetu Ministrów mają służyć realizacji celów Rady i Państwa Członkowskie mogą być monitorowane o sposób ich realizacji.

<sup>25</sup> Z. Kmiecik, *Mediacja i konwalidacja w prawie administracyjnym*, Kraków 2004, s. 22.

<sup>26</sup> *Tamże*, s. 26 i n.

jest nierówność podmiotów. Organy administracji z założenia mają pozycję nadrzędną wobec podmiotów administrowanych, ponieważ reprezentują władztwo państwowe. Są wyposażone w kompetencję do jednostronnego i samodzielnego kształtowania sytuacji prawnej innych podmiotów prawa administracyjnego. Mają też możliwość wyegzekwowania wydanych rozstrzygnięć poprzez środki przymusu państwowego. Można stwierdzić iż istotą *postępowania* administracyjnego jest władcze określenie treści praw i obowiązków podmiotu administrowanego (zewnątrznego w stosunku do prowadzącego *postępowanie*) w drodze indywidualnego aktu administracyjnego. Chociaż obie strony stosunku administracyjnoprawnego są podporządkowane prawu, to jednak w relacji tej podmiot administrujący ma pozycję nadrzędną i może jednostronnie rozstrzygać sprawę<sup>27</sup>. Nadrzędna pozycja jednego z partnerów sporu nie sprzyja podjęciu wspólnych uzgodnień. Dopiero przed sądem administracyjnym następuje zrównanie pozycji prawnej organu administracji oraz podmiotów administrowanych. W takim układzie procesowym jest możliwe podjęcie dialogu, który może doprowadzić do polubownego rozstrzygnięcia sporu. T. Woś wskazuje, że mediacja w ujęciu modelowym ma m.in. służyć zmniejszeniu ogólnej liczby spraw rozpatrywanych merytorycznie przez sądy administracyjne, a konsekwencją jej przeprowadzenia ma być przyspieszenie postępowania sądowoadministracyjnego<sup>28</sup>.

Zgodnie z art. 115 § 1 p.p.s.a. na wniosek skarżącego lub organu, złożony przed wyznaczeniem rozprawy, może być przeprowadzone *postępowanie* mediacyjne w celu wyjaśnienia i rozważenia okoliczności faktycznych i prawnych sprawy oraz przyjęcia przez strony ustaleń co do sposobu jej załatwienia, w granicach obowiązującego prawa. Brak wniosku stron o przeprowadzenie *postępowania* mediacyjnego nie stanowi przeszkody dla jego podjęcia (art 115 § 2 p.p.s.a.). Zgodnie z § 36 ust. 1

---

<sup>27</sup> R. Hauser, w: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red), *System prawa administracyjnego, T. I. Instytucje prawa administracyjnego*, Warszawa 2010, s. 195.

<sup>28</sup> T. Woś, w: T. Woś, H. Knysiak-Molczyk, M. Romańska (red.), *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 531.

regulaminu Wewnętrznego urzędowania wojewódzkich sądów administracyjnych, sędzia sprawozdawca decyduje o przeprowadzeniu w sprawie postępowania mediacyjnego i jeżeli, mimo braku wniosku stron, zachodzą okoliczności wskazujące na celowość przeprowadzenia postępowania mediacyjnego, przeprowadza się to postępowanie<sup>29</sup>.

W piśmiennictwie, odnosząc się do kwestii wszczęcia postępowania mediacyjnego z urzędu wskazano, iż na podstawie doświadczeń z praktyki, mediacja może być zarządzona w przypadku oczywistej bezzasadności skargi bądź niezrozumienia istoty sprawy przez skarżącego, co może mieć miejsce ze względu na znaczne skomplikowanie przepisów prawa administracyjnego<sup>30</sup>. Postępowanie mediacyjne prowadzi sędzia lub referendarz sądowy wyznaczony przez przewodniczącego wydziału. Kryje ono w sobie zawsze element wymiany argumentacji. Jego przebieg utrwała się w formie protokołu, w którym zamieszcza się stanowiska stron, w szczególności zaś ustalenia co do sposobu załatwienia sprawy. Na podstawie ustaleń dokonanych w postępowaniu mediacyjnym, organ uchyla lub zmienia zaskarżony akt albo wykonuje lub podejmuje inną czynność stosownie do okoliczności sprawy w zakresie swojej właściwości i kompetencji. Charakter prawny tych ustaleń, na podstawie których organ uchyla lub zmienia zaskarżony akt budzi bardzo dużo wątpliwości w doktrynie. W szczególności wskazuje się, iż jest to swoiste przedłużenie okresu pozostawionego organowi, którego akt lub czynność zaskarżono, do namysłu nad uwzględnieniem skargi. Artykuł 117 § 1 p.p.s.a. pozwala organowi weryfikować nie tylko decyzję dotkniętą wadami opisanymi w art. 145 § 1 p.p.s.a. ale także decyzję dotkniętą wadami nieistotnymi lub nawet decyzję zgodną z prawem<sup>31</sup>. Ustalenia dokonane podczas mediacji mogą wskazywać np. na uzgodnione nowe okoliczności faktyczne oraz konieczność zmiany rozstrzygnięcia organu,

---

<sup>29</sup> Regulamin Wewnętrznego urzędowania wojewódzkich sądów administracyjnych z dnia 29.09.2009, Dz.U. Nr 169, poz. 1646.

<sup>30</sup> T. Świetlikowski, *Mediacja w postępowaniu sądowoadministracyjnym (ujęcie praktyczne)*, Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego 2005, z. 2-3, s. 41.

<sup>31</sup> B. Dauter, Komentarz do art 117 ustawy, *Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi.*, Warszawa 2013, Lex.

nie zastępują jednak samego rozstrzygnięcia. Jak wskazuje R. Hauser<sup>32</sup>, treść przyjętych uzgodnień nie przesądza merytorycznej treści podjętych w ich efekcie działań organu, ale stanowią podstawę do ponownego rozpatrzenia sprawy – na zasadach ogólnych. Jeżeli strony nie dokonają ustaleń co do sposobu załatwienia sprawy, podlega ona rozpoznaniu przez sąd. Wynikiem postępowania mediacyjnego nie jest rozwiązanie sporu, a są nim tylko pewne ustalenia stron mające przyczynić się do załatwienia sprawy. Ustalenia poczynione przez strony w toku mediacji podlegają utrwaleniu w formie protokołu. Protokół zostaje podpisany zarówno przez mediatora, jak i strony tego postępowania. Jest to warunkiem jego ważności.

W przypadku wydania przez organ nowego aktu lub podjęcia nowej czynności przepisy p.p.s.a. dają stronie prawo do zaskarżenia tego aktu lub czynności w terminie 30 dni od dnia doręczenia aktu bądź wykonania czynności (art. 118 § 1 p.p.s.a.). Prawo do złożenia skargi mają także uczestnicy postępowania oraz prokurator i Rzecznik Praw Obywatelskich (art. 50 § 1 p.p.s.a.). Nie ma również ogranicza możliwości zaskarżenia nowego aktu lub czynności do sytuacji, gdy są one niezgodne z ustaleniami wypracowanymi w toku postępowania mediacyjnego. Możliwa jest zatem sytuacja, w której strona zaskarża akt lub czynności, które są całkowicie zgodne z protokołem mediacyjnym. Jeżeli do sądu trafi skarga na nowo wydany akt lub podjętą czynność, to jest ona rozpatrywana łącznie ze skargą wniesioną w sprawie, w której przeprowadzono już postępowanie mediacyjne. W przypadku, gdy sąd uzna nową skargę za niezasadną, to umarza postępowanie, w toku którego przeprowadzone zostało posiedzenie mediacyjne (art. 118 § 2 p.p.s.a.).

Prowadzenie postępowania mediacyjnego wiąże się z licznymi zaletami, przede wszystkim jak już było to niejednokrotnie wspomniane – oszczędnością kosztów i realizacją zasady ekonomiki postępowania. W postępowaniu mediacyjnym strony stają się równorzędnymi partnerami, którzy dla osiągnięcia wspólnego celu muszą się porozumiewać. W postępowaniu sądowoadministracyjnym konflikt zachodzi między stroną postępowania administracyjnego a organem administracji publicznej.

---

<sup>32</sup> R. Hauser, *Sporów o dwuinstancyjne sadownictwo administracyjne ciąg dalszy*, PiP 2003, z. 11, s. 22 i n.

Można więc powiedzieć, że postępowanie mediacyjne przed sądem administracyjnym stanowi alternatywę dla rozstrzygnięcia sprawy sądowo-administracyjnej przez sąd administracyjny.

## 6. Konkluzje

Podsumowując rozważania dotyczące mediacji w przedstawionych powyżej postępowaniach sądowych należy stwierdzić, iż jest to instytucja, która w szczególności w postępowaniu karnym spotyka się wciąż z niechęcią organów procesowych i samych uczestników procesu, a przyczyną tego stanu rzeczy może być stosunkowo mała wiedza o mediacji w obszarze prawa karnego. Należy dodać, iż w piśmiennictwie z niepokojem zwracano uwagę na kompetencję referendarzy sądowych do kierowania spraw na drogę postępowania mediacyjnego<sup>33</sup>. Obawiano się czy referendarz będzie w stanie należycie ocenić czy sprawa nadaje się do mediacji oraz czy nie wpłynie to negatywnie na ofiarę przestępstwa, podkreślano jednak zarazem dobrowolność udziału stron w postępowaniu mediacyjnym łagodząc te obawy.

W sprawach o wykroczenia instytucja ta została wprowadzona dopiero od 1 lipca 2015 roku, trudno więc na tak wczesnym etapie jej stosowania ocenić jej zastosowanie. W uzasadnieniu projektu ustawy wskazano, że analogiczne zastosowanie mediacji w sprawach o wykroczenia jest celowe z uwagi na charakter konfliktów, które mogą leżeć u podstaw błahych zachowań, jakimi są wykroczenia, eliminacja ich źródła bez sięgania po reakcję karną wydaje się szczególnie zasadna.

Natomiast myślę, iż wprowadzenie mediacji do k.p.c. sprzyja powszechnemu wykorzystaniu tejże instytucji zarówno przez strony postępowania jak i przez sędziów. Cel ten realizują między innymi przepisy wprowadzające terminy dokonania czynności związanych z mediacją, a przede wszystkim udogodnienia finansowe. Jednakże wątpliwość może budzić brak sankcji przewidzianych za naruszenie neutralności, bezstronności stron, a co się z tym wiąże pod znakiem zapytania staje rzetelność postępowania mediacyjnego.

---

<sup>33</sup> E. Bieńkowska, *Mediacja w projekcie nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Prokuratura i Prawo 2012, nr 11, s.53-54.

W sprawach rozpatrywanych w postępowaniu administracyjnym należy zwrócić uwagę na inny model stosowania prawa cywilnego i administracyjnego. Efektywność mediacji zależy w dużym stopniu od tego, czy podjęto ją dostatecznie wcześnie. Obecny kształt mediacji w sprawach administracyjnych przyjął przede wszystkim formę analizy zajmowanych w sprawie stanowisk. Pole działań mediacyjnych sędziego lub referendarza sądowego nie jest zbyt szerokie i w zasadzie ogranicza się do działań informacyjno-wyjaśniających. Ponadto, nawet jeśli sprawa zostanie skierowana na drogę postępowania mediacyjnego nie ma pewności czy uda się ją zakończyć w drodze porozumienia stron. Dokonane w postępowaniu mediacyjnym ustalenia są wiążące dla organu, a nie dla skarżącego. Ustalenia te nie mają bowiem charakteru ugody, jak w postępowaniu cywilnym, które tworzyłyby określony stan prawny, przyjęte przez strony ustalenia nie kształtują same przez się treści stosunku prawnego, a jedynie tworzą podstawę proceduralną do podjęcia przez organ nowego rozstrzygnięcia, w takiej formie działania, która jest właściwa dla załatwienia danej sprawy.

### **Mediation in Criminal, Civil and Administrative Proceedings**

The purpose of this article is the analysis of the institution of mediation as an alternative dispute resolution method in criminal proceedings, including proceedings in cases of misconduct as well as in civil proceedings and administrative proceedings. Mediation is entirely voluntary and either party may at any time refuse further participation in mediation proceedings. Conduct of mediation proceedings is associated with a number of advantages, especially as I was often mentioned the cost savings and the implementation of the principles of economics. The introduction of this institution was primarily to establish an alternative to prosecution, the way to resolve conflicts. In mediation proceedings the parties are equal partners who have a common aim must be to communicate.