

marzec

3/2019



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





marzec

3/2019

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej

Rok LXIV nr 737



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor naczelny:
Maciej Gutowski

Sekretarz redakcji:
Klaudiusz Kaleta

Redaktor języka angielskiego:
Julian Bąkowski

Prezydium Kolegium Redakcyjnego:
Piotr Kardas (przewodniczący),
Jacek Giezek (wiceprzewodniczący),
Maciej Łaszczuk (wiceprzewodniczący)

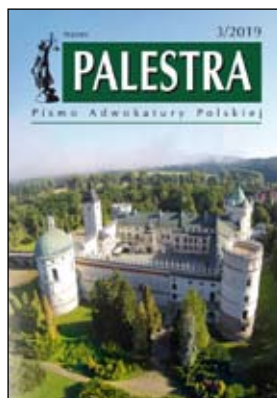
Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

Stanisław Balik
Zbigniew Banaszczyk
Andrzej Bąkowski
Monika Florczak-Wątor
Lech Gardocki
Joseph Hoffmann
Jan Kuklewicz
Katalin Ligeti
Erik Luna
Elwira Marszałkowska-Krześ
Marek Mikołajczyk
Andrzej Mączyński
Frank Meyer
Marek Antoni Nowicki
Adam Olejniczak
Lech K. Paprzycki
Mychajło Petriw
Krzysztof Piesiewicz
Krzysztof Pietrzykowski
Jerzy Pisuliński
Stanisław Rymar
Philippe Sands
Piotr Sendecki
Tomasz Siemiątkowski
Tomasz Sójka
Ewa Stawicka
Stephen C. Thaman
Andrzej Tomaszek
Paweł Wiliński
Witold Wołodkiewicz
Józef Wójcikiewicz
Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz
Włodzimierz Wróbel
Małgorzata Wrzosek-Romańczuk
Stanisław Zabłocki
Jerzy Zajadło
Robert Zawłocki
Piotr Zientarski
Jerzy Zięba

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Na okładce:

Renesansowy zamek w Krasiczynie z lotu ptaka. Jego budowę rozpoczął pod koniec XVI wieku Stanisław Krasicki – kasztelan przemyski. Zamek, pomimo licznych pożarów i wojen, zachował prawie niezmienną sylwetkę. Wybudowany w formie czworoboku zorientowany został ścianami według stron świata. W narożach



stoją cztery cylindryczne baszty: Boska, Papieska, Królewska i Szlachecka (Rycerska). Prostokątny, rozległy dziedziniec otaczają od północy i wschodu skrzydła mieszkalne, a od południa i zachodu mury kurtynowe zakończone ażurową attyką. Pośrodku skrzydła zachodniego znajduje się przedbramie z bramą i kwadratową Wieżą Zegarową. Tędy przez zwodzony, a później kamienny most, prowadziła droga z istniejącego niegdyś miasta do zamku.

Więcej na www.krasiczyn.com.pl

Foto na okładce: INFO FOTO FACTORY

Przygotowanie okładki do druku: Artur Tabaka

Adres Redakcji:

00-202 Warszawa, ul. Świętojerska 16, lok. 33

tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35

e-mail: redakcja@palestra.pl

Internet: www.palestra.pl

Ark. wyd.: 11. Nakład: 9350 egz.

ISSN 0031-0344, indeks 36851

Wersją podstawową czasopisma jest wydanie papierowe. „Palestra” znajduje się w wykazie czasopism naukowych Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego.

Spis treści

Artykuły

Wojciech Hermeliński, Barbara Nita-Światłowska

Zakaz wstecznego stosowania przepisów prawnokarnych – uwagi w kontekście nowelizacji Kodeksu karnego rozszerzającej domniemanie przestępczego pochodzenia mienia 5

Marek Derlatka

Prawo państwa do karania 20

Martyna Kusak

Obróńca a europejski nakaz dochodzeniowy 29

Małgorzata Banach, Marek Smarzewski

Prawo adwokata do obrony w postępowaniu karnym i dyscyplinarnym a tajemnica adwokacka 40

Radosław Krajewski

Obyczajność jako przedmiot ochrony prawnokarnej 55

Dariusz Michta

Wykonywanie zawodu adwokata przez pracownika dydaktycznego 68

Marek Porzeżyński

Ochrona danych osobowych w procesie badania dokumentacji spółki zgodnie z ogólnym rozporządzeniem o ochronie danych 79

Glosy

Paweł Rafałowicz

Niewypełnianie obowiązków rodzinnych przez dzieci a wydziedziczenie – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 23.03.2018 r. (I CSK 424/17) 93

Anna Ruchała

Konsekwencje braku obrońcy podczas pierwszego przesłuchania
w postępowaniu przygotowawczym – glosa do postanowienia
Sądu Najwyższego z 27.06.2017 r. (II KK 82/17) 102

Najnowsze orzecznictwo

Michał Gałęski

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach karnych
(czerwiec–grudzień 2018 r.) 111

Cawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

Black Mirror na poważnie, czyli raz jeszcze Harari 129

Recenzje

Marta Śledź

Recenzja: Michał Jabłoński, Krzysztof Koźmiński, *Bankowe kredyty
waloryzowane do kursu walut obcych w orzecznictwie sądowym*,
Warszawa 2018 134

Szpalty pamięci

Michał M. Palica

Władysław Piotrowski (1907–1973) 139

Table of contents 143

Pojęcia kluczowe: przepadek, Konstytucja, Kodeks karny, Europejska Konwencja Praw Człowieka

Artykuły

Wojciech Hermeliński, Barbara Nita-Światłowska

ZAKAZ WSTECZNEGO STOSOWANIA PRZEPISÓW PRAWNOKARNYCH – UWAGI W KONTEKŚCIE NOWELIZACJI KODEKSU KARNEGO ROZSZERZAJĄCEJ DOMNIEMANIE PRZESTĘPCZEGO POCHODZENIA MIENIA

W artykule omówiono ustawę nowelizującą Kodeks karny i niektóre inne ustawy, dotyczące przepadku korzyści majątkowej uzyskanej za pomocą przestępstwa. Autorzy skupiają się przede wszystkim na kwestiach intertemporalnych związanych z przepisami dopuszczającym przepadek korzyści majątkowej uzyskanej w okresie 5 lat przed popełnieniem przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, chyba że sprawca lub inna zainteresowana osoba przedstawi dowód przeciwny. Zasadność pozbawiania sprawców przestępstw środków finansowych stanowiących bazę ekonomiczną dla ich dalszej aktywności przestępczej, jak również możliwość przeniesienia ciężaru dowodowego w zakresie odnoszącym się do pochodzenia mienia nie są w artykule kwestionowane. Wątpliwości budzi natomiast szerokie ujęcie dopuszczalności orzeczenia przepadku mienia bez wyroku skazującego, jak też naruszenie przez ustawodawcę fundamentalnej, obowiązującej nie tylko w sferze prawa karnego, zasady niedziałania prawa wstecz (*lex retro non agit*).

Ustawa z 23.03.2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹ została uchwalona w wyniku przyjęcia projektu rządowego². Jak głosi uzasadnienie tego

¹ Dz.U. z 2017 r. poz. 768; dalej ustawa nowelizująca lub ustawa nowelizująca z 2017 r.

² Zob. druki sejmowe Sejmu RP IX kadencji: nr 1186/Sejm, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1186>; nr 1300, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1300> i nr 1300/A; <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1300>.

projektu³, miał on na celu wprowadzenie do polskiego prawa karnego materialnego, procesowego i wykonawczego zmian poprawiających efektywność mechanizmów służących pozbawianiu sprawców przestępstw korzyści osiągniętych z popełnienia czynów zabronionych. Projektodawcy podkreślili, że zgłoszone „propozycje obejmują zwiększenie efektywności przepadku mienia”, a w odniesieniu do „szczególnie poważnych przestępstw gospodarczych popełnianych przy użyciu przedsiębiorstwa, stanowiącego narzędzie czynu, przewiduje się umożliwienie przepadku takiego przedsiębiorstwa, chociażby nie stanowiło ono własności sprawcy”. Wskazali nadto, że „projektuje się rozszerzenie możliwości stosowania przepadku opierającego się na przeniesieniu ciężaru dowodu, jak również wprowadzenie – w pewnych sytuacjach – możliwości orzekania przepadku korzyści pochodzących z przestępstwa, pomimo istnienia przeszkód dla wydania wyroku skazującego”, jak też „wprowadzenie zmian w zakresie prawa karnego wykonawczego usprawniających egzekucję orzeczonego przepadku korzyści majątkowej osiągniętej z przestępstwa”. W uzasadnieniu projektu odnotowano, że celem zaproponowanej ustawy jest również implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z 3.04.2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej⁴.

ZMIANY WPROWADZONE USTAWĄ NOWELIZUJĄCĄ Z 2017 R. W KODEKSIE KARNYM ORAZ W KODEKSIE KARNYM SKARBOWYM

Z perspektywy czynionych tu rozważań na uwagę zasługuje przede wszystkim art. 1 ustawy nowelizującej z 2017 r. w zakresie, w jakim w art. 45 k.k. po § 1 dodano nim jednostkę redakcyjną oznaczoną jako § 1a, zgodnie z którym „za korzyść majątkową osiągniętą z popełnienia przestępstwa uważa się także pożytki z rzeczy lub praw stanowiących tę korzyść”, a § 2 nadano następujące brzmienie: „W razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia została osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa znacznej wartości, albo przestępstwo, z którego została lub mogła zostać osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa, zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica jest nie niższa niż 5 lat, lub popełnione w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa za korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa uważa się mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakkolwiek tytuł w okresie 5 lat przed popełnieniem przestępstwa do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku, chyba że sprawca lub inna zainteresowana osoba przedstawi dowód przeciwny”.

Zwrócić tu należy także uwagę na dokonaną przez art. 1 ustawy nowelizującej z 2017 r. modyfikację art. 45a k.k.; dotychczasową jego treść oznaczono jako § 1 i doda-

sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1300-A oraz druk senacki nr 1382, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1382> i nr 1387, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1387>

³ Por. uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej z 2017 r. dostępne na stronie internetowej <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1186>

⁴ Dz.Urz. UE L 127 z 29.04.2014 r., s. 39.

no w nim nową jednostkę redakcyjną oznaczoną jako § 2 o następującym brzmieniu: „Jeżeli zebrane dowody wskazują, że w razie skazania zostałby orzeczoney przepadek, sąd może go orzec także w razie śmierci sprawcy, umorzenia postępowania z powodu jego niewykrycia, a także w przypadku zawieszenia postępowania w sprawie, w której nie można ująć oskarżonego albo oskarżony nie może brać udziału w postępowaniu z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby”.

„Bliźniacze” zmiany zostały wprowadzone w Kodeksie karnym skarbowym.

Zgodnie z art. 10 ustawy nowelizującej z 2017 r. art. 31 § 1a k.k.s. otrzymał następujące brzmienie. „Sąd może orzec przepadek przedmiotów określonych w art. 29 pkt 2, niebędących własnością sprawcy, jeżeli ich właściciel lub inna osoba uprawniona przewidywała, że mogą one służyć lub być przeznaczone do popełnienia przestępstwa skarbowego albo mogła to przewidzieć przy zachowaniu ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”.

Na mocy art. 10 ustawy nowelizującej z 2017 r. nową jednostkę redakcyjną, oznaczoną jako § 1a, dodano także w art. 33 k.k.s., po jego § 1. Dodany przepis stanowi, że „za korzyść majątkową osiągniętą z popełnienia przestępstwa skarbowego uważa się także pożytki z rzeczy lub praw stanowiących tę korzyść”.

Wskazany powyżej przepisem ustawy nowelizującej zmieniony został także art. 33 § 2 k.k.s., któremu nadano następujące brzmienie: „W razie skazania za przestępstwo skarbowe, z którego popełnienia sprawca osiągnął, chociażby pośrednio, korzyść majątkową dużej wartości, albo przestępstwo skarbowe, z którego sprawca osiągnął lub mógł osiągnąć, chociażby pośrednio, korzyść majątkową, zagrożone karą pozbawienia wolności, której górna granica jest wyższa niż 3 lata, lub popełnione w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa skarbowego za korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa uważa się mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w okresie 5 lat przed popełnieniem przestępstwa skarbowego do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku, chyba że sprawca lub inna zainteresowana osoba przedstawi dowód przeciwny”.

Na mocy art. 10 ustawy nowelizującej z 2017 r. po art. 43 k.k.s. dodano nadto art. 43a w brzmieniu: „Jeżeli zebrane dowody wskazują, że w razie skazania zostałby orzeczoney przepadek, sąd może go orzec także w przypadku śmierci sprawcy, umorzenia postępowania z powodu niewykrycia sprawcy, a także w przypadku zawieszenia postępowania w sprawie, w której nie można ująć oskarżonego albo oskarżony nie może brać udziału w postępowaniu z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby”.

UZASADNIENIE DOKONANYCH ZMIAN W PROJEKCIE USTAWY NOWELIZUJĄCEJ

Uzasadniając propozycję wprowadzenia powyższych uregulowań, projektodawcy podkreślili, że „trudnością, na którą napotyka wymiar sprawiedliwości przy orzekaniu przepadku korzyści majątkowej jest dowiedzenie, że wskazany składnik majątkowy pochodzi z określonego przestępstwa, za które oskarżony ponosi odpowiedzialność karną”. Wskazali przy tym, że „problem ten ujawnia się w sposób szczególnie dotkliwy w przypadku członków zorganizowanych grup przestępczych oraz przestępców

profesjonalnych”, bo „w praktyce procesowej niejednokrotnie zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że oprócz czynów przypisanych skazanym w konkretnym wyroku skazującym, dopuścili się oni wielu innych przestępstw, które pozostały nieujawnione lub których sprawstwa im nie dowiedziono”, a „ograniczenia prawne co do zakresu orzekałego przypadku stają się wówczas istotnym mankamentem utrudniającym możliwość likwidacji podstaw finansowych takiej przestępczości”. Odnotowali nadto, że tzw. rozszerzony przepadek mienia nie jest instytucją nową; znany jest licznym systemom prawnym, występuje w szczególności w państwach członkowskich Unii Europejskiej i choć przyjęte w tym zakresie rozwiązania prawne nie są jednolite, to wszystkie opierają się na rozszerzeniu klasycznego modelu przypadku przez przyjęcie domniemania prawnego nielegalnego pochodzenia mienia.

Powołując argumenty mające przekonać o zasadności zaproponowanych rozwiązań, w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej nawiązano do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 29.06.2005 r.⁵, podkreślając, że Trybunał orzekł wprawdzie, iż nieobowiązujące już obecnie przepisy Kodeksu karnego skarbowego są niezgodne z wieloma przepisami Konstytucji RP w zakresie, w jakim ustanawiają obligatoryjny przepadek przedmiotów przestępstwa stanowiących własność osoby trzeciej, jednak nie ze względu na sam fakt przypadku mienia należącego do osoby trzeciej, lecz z uwagi na jego automatyczny charakter.

KONTEKST KONSTYTUCYJNY ROZWAŻANYCH ZAGADNIĘĆ

Rzeczywiście, tak jak to podkreślono w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 2017 r., art. 30 § 3 oraz art. 31 § 1 k.k.s. w pierwotnym brzmieniu w zakresie, w jakim przepisy te statuowały obligatoryjny przepadek przedmiotów przestępstwa stanowiących własność osoby trzeciej, zostały zakwestionowane w kontekście art. 2, art. 21, art. 31 ust. 3, art. 42 ust. 1 oraz art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji RP w trybie skargi konstytucyjnej. Wskazany wyrokem z 29.06.2005 r., sygn. SK 34/04, Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 31 § 1 w związku z art. 30 § 3 k.k.s. w zakresie, w jakim przewiduje obligatoryjność przypadku narzędzi, stanowiących własność osoby trzeciej, które służyły do popełnienia przestępstwa skarbowego⁶, jest niezgodny z art. 2, art. 31 ust. 3, art. 42 ust. 1 i art. 64 ust. 1 i 3 Konstytucji RP oraz nie jest niezgodny z art. 21 Konstytucji. Z uzasadnienia tego wyroku wynika, że stwierdzenie niekonstytucyjności uregulowania zaskarżonego w postępowaniu zakończonym powołanym powyżej wyrokiem nastąpiło wyłącznie w kontekście „wycinka materii, obejmującego obligatoryjne i automatyczne orzeczenie przypadku stanowiących własność osoby trzeciej narzędzi, które służyły popełnieniu przestępstwa skarbowego”. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że nie rozważał konstytucyjności całej instytucji przypadku przedmiotów, lecz tylko ten jej aspekt, który wskazano powyżej,

⁵ Wyrok TK z 29.06.2005 r. (SK 34/04), OTK ZU 2005/6A, poz. 69.

⁶ Zgodnie z art. 31 § 1 k.k.s. w brzmieniu poddanym kontroli Trybunału Konstytucyjnego przedmiot czynu zabronionego będącego przestępstwem skarbowym podlegał przypadkowi, chociażby nie był własnością sprawcy, art. 30 § 3 k.k.s. zaś w obowiązującym wówczas brzmieniu obligował sąd do orzeczenia przypadku przedmiotów na rzecz Skarbu Państwa w określonych tam przypadkach.

akcentując w tym kontekście to, że instytucja ta jest ważnym instrumentem zwalczania przestępstw i wykroczeń skarbowych, a tym samym służy ochronie interesów finansowych państwa, pełniąc – prócz zwiększenia represji karnej – także funkcję zapobiegawczą, a niekiedy również restytucyjną. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego sąd orzekający w tej kwestii powinien mieć jednak możliwość badania, czy właściciel narzędzi miał jakikolwiek związek z przestępstwem popełnionym za ich pomocą.

Powyższe orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego nie może być interpretowane jako pozostawienie ustawodawcy zupełnej dowolności w kwestii kształtowania przepisów dotyczących przepadku.

GWARANCJE WYNIKAJĄCE Z EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA

Wskazując na zgodność konstrukcji tzw. rozszerzonego przepadku z gwarancjami wynikającymi z przepisów rangi ponadustawowej, w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 2017 r. odwołano się także do licznych judykatów Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Podkreślono w szczególności, że Trybunał strasburski w wyroku z 5.07.2001 r. w sprawie *Phillips przeciwko Wielkiej Brytanii*⁷ stwierdził, iż przyjęte w brytyjskim systemie prawnym domniemanie przewidujące możliwość orzeczenia konfiskaty rozszerzonej przy odwróceniu ciężaru dowodu, które mogło być obalone przez wykazanie, że mienie zostało nabyte w inny sposób niż przez popełnianie przestępstwa, nie koliduje z zasadą domniemania niewinności. W tym kontekście nawiązano ponadto do orzeczeń strasburskich zapadłych w innych sprawach, tj. do wyroków z 22.02.1994 r. w sprawie *Raimondo przeciwko Włochom*⁸ i z 9.02.1995 r. w sprawie *Welch przeciwko Wielkiej Brytanii*⁹, do decyzji z 27.06.2002 r. w sprawie *Butler przeciwko Wielkiej Brytanii*¹⁰ i z 5.07.2001 r. w sprawie *Arcuri i inni przeciwko Włochom*¹¹ oraz do wyroków z 20.01.2009 r. w sprawie *Sud Fondi i inni przeciwko Włochom*¹² i z 23.09.2008 r. w sprawach połączonych *Grayson i Barnham przeciwko Wielkiej Brytanii*¹³, podkreślając, że stwierdzono w nich, iż przeniesienie w analizowanym zakresie ciężaru dowodu nie narusza Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, o ile zapewnione są gwarancje rzetelnego procesu, a w szczególności możliwość wykazania legalnego pochodzenia mienia, które ma być objęte przepadkiem.

W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 2017 r. dostrzeżono także i to, że Europejski Trybunał Praw Człowieka nie wypowiadał się dotąd o zgodności ze standardem konwencyjnym z perspektywy odpowiedzialności majątkowej z tytułu przepadku mienia osób niebędących sprawcami przestępstw, a jedynie nabywcami mienia podlegającego przepadkowi. Zaznaczono tam nadto, że istnieje szereg europejskich systemów

⁷ Wyrok ETPCz z 5.07.2001 r. w sprawie skargi nr 41087/98 *Phillips przeciwko Wielkiej Brytanii*, HUDOC.

⁸ Wyrok ETPCz z 22.02.1994 r. w sprawie skargi nr 12954/87 *Raimondo przeciwko Włochom*, HUDOC.

⁹ Wyrok ETPCz z 9.02.1995 r. w sprawie skargi nr 17440/90 *Welch przeciwko Wielkiej Brytanii*, HUDOC.

¹⁰ Decyzja ETPCz z 27.06.2002 r. w sprawie skargi nr 41661/98 *Butler przeciwko Wielkiej Brytanii*, HUDOC.

¹¹ Decyzja ETPCz z 5.07.2001 r. w sprawie skargi nr 52024/99 *Arcuri i inni przeciwko Włochom*, HUDOC.

¹² Wyrok ETPCz z 20.01.2009 r. w sprawie skargi nr 75909/01 *Sud Fondi i inni przeciwko Włochom*, HUDOC.

¹³ Wyrok ETPCz z 23.09.2008 r. w sprawach połączonych ze skargi nr 19955/05 i 15085/06 *Grayson i Barnham przeciwko Wielkiej Brytanii*, HUDOC.

prawnych przewidujących taką odpowiedzialność¹⁴, podkreślając przy tym, iż zgodność tych przepisów z art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka nie była kwestionowana w drodze skargi do Trybunału strasburskiego, a w decyzji z 18.09.2006 r. w sprawie *Dogmoch przeciwko Niemcom*¹⁵ Trybunał – pod określonymi tam warunkami – stwierdził dopuszczalność zabezpieczenia majątkowego prowadzącego do przypadku mienia stanowiącego własność osoby trzeciej w postępowaniu niedotyczącym tej osoby.

W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 2017 r. wskazano, że z gwarancjami konwencyjnymi co do zasady nie koliduje także rozszerzony przypadek orzekany bez wyroku skazującego, tj. pomimo ujawnienia się negatywnych przesłanek procesowych wyłączających dopuszczalność wszczęcia i prowadzenia postępowania karnego. W tym zakresie projektodawcy odwołali się do wyroków z 5.07.2001 r. w sprawie *Arcuri i inni przeciwko Włochom*¹⁶ oraz z 1.03.2007 r. w sprawie *Geerings przeciwko Niderlandom*¹⁷, podkreślając, że w tym drugim judykacie Trybunał strasburski „wyzначzył granicę tego liberalnego podejścia, stwierdzając, że jeżeli oskarżony został niewinny od popełnienia zarzuczonego mu czynu z tego względu, że postępowanie karne nie dostarczyło przekonujących dowodów jego winy, następne wszczęcie wobec niego procedury przypadku bez wyroku skazującego narusza domniemanie niewinności”; wyrok uniewinniający stwierdza brak winy oskarżonego, a zatem stosowanie środków wywołujących skutki zbliżone do karnych jest w takim wypadku niedopuszczalne. Jak podkreślono w uzasadnieniu projektu, argument ten nie znajduje zastosowania w innych wypadkach niemożności kontynuowania procesu niż prawomocne uniewinnienie, jak w szczególności śmierć oskarżonego, jego choroba, „ucieczka lub niewykrucie albo przedawnienie karalności”.

OCENA UREGULOWAŃ WPROWADZONYCH W KODEKSIE KARNYM ORAZ W KODEKSIE KARNYM SKARBOWYM USTAWĄ NOWELIZUJĄCĄ Z 2017 R.

Nie kwestionujemy zasadności pozbawiania sprawców przestępstw środków finansowych stanowiących bazę ekonomiczną dla ich dalszej aktywności przestępczej, jak również tego twierdzenia zawartego w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 2017 r., że z tej perspektywy objęcie przypadkiem korzyści pochodzących z przestępstwa jest środkiem o charakterze nie tylko represyjnym, lecz również prewencyjnym. Dostrzegamy także i to, że przeniesienie ciężaru dowodowego w zakresie odnoszącym się do pochodzenia mienia istniało w polskim porządku prawnym w okresie poprzedzającym wejście w życie ustawy nowelizującej z 2017 r. (chodzi tu o art. 45 § 2 k.k. i art. 33 § 2 k.k.s. – oba w poprzednim brzmieniu), a tzw. przypadek rozszerzony i przypadek bez wyroku skazującego występuje także w prawie Unii Europejskiej¹⁸. Nie wypowiadając się tutaj

¹⁴ W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 2017 r. wskazano w tym kontekście Finlandię, Portugalię oraz Węgry.

¹⁵ Decyzja ETPCz z 18.09.2006 r. w sprawie skargi nr 26315/03 *Dogmoch przeciwko Niemcom*, HUDOC.

¹⁶ Wyrok ETPCz z 5.07.2001 r. w sprawie skargi nr 52024/99 *Arcuri i inni przeciwko Włochom*, HUDOC.

¹⁷ Wyrok ETPCz z 1.03.2007 r. w sprawie skargi nr 30810/03 *Geerings przeciwko Niderlandom*, HUDOC.

¹⁸ Chodzi tu o dyrektywę 2014/42/UE Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/42/UE z 3.04.2014 r. w sprawie zabezpieczenia i konfiskaty narzędzi służących do popełnienia przestępstwa i korzyści pochodzących z przestępstwa w Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L 127, s. 39), która zastąpiła decyzję ramową

szczegółowo w kwestii prawidłowości ujęcia wskazanych na wstępie przepisów ustawy nowelizującej z 2017 r., w dalszych rozważaniach skupiamy się na kwestii intertemporalnej wiążącej się ze wskazaną ustawą, odnotowując tu jednak wątpliwość co do zgodności z gwarancjami rangi ponadustawowej aż tak szerokiego ujęcia możliwości orzeczenia przepadku bez wyroku skazującego, jak to przyjęto w art. 45a k.k. oraz w art. 43a k.k.s. w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą z 2017 r. Może ono nasuwać wątpliwości co do zgodności z zasadą domniemania niewinności (art. 42 ust. 3 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka), a w zakresie, w jakim przewidziano możliwość orzeczenia przepadku w razie zawieszenia postępowania w sprawie, w której oskarżony nie może brać udziału w postępowaniu z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby – także z zasadą prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP oraz art. 6 ust. 3c Europejskiej Konwencji Praw Człowieka). Wątpliwości budzi nadto dopuszczenie w art. 45a k.k. oraz w art. 43a k.k.s. możliwości orzeczenia przepadku w razie umorzenia postępowania z powodu niewykrycia sprawcy, jeżeli zebrane dowody wskazują, że w razie skazania zostałby orzeczony wypadek; skoro w takim wypadku postępowanie karne kończy się w fazie *in rem*, to poza wyjątkowymi sytuacjami, w których chodzi o składniki mienia, których wytwarzanie, posiadanie, obrót, przechowywanie, przewóz, przenoszenie lub przesyłanie jest zabronione, nie sposób będzie stwierdzić, czy w razie skazania, które odnosić przecież trzeba do konkretnej osoby, doszłoby do orzeczenia przepadku.

Szczegółowa ocena zgodności ze standardem konstytucyjnym i konwencyjnym uregulowań, które zostały przyjęte w ustawie nowelizującej z 2017 r., wymaga wnikliwej analizy, która przekraczałaby ramy wyznaczone tytułem niniejszego opracowania, kładącym wszak nacisk na kwestie intertemporalne.

W tej kwestii w art. 23 ustawy nowelizującej przyjęto regułę międzyczasową zakładającą stosowanie uregulowań zawartych w tej ustawie do zdarzeń z przeszłości, tj. sprzed dnia jej wejścia w życie. Zgodnie z tą regułą „przepisy art. 45 § 1a–2 i art. 45a § 2 ustawy zmienianej w art. 1 oraz art. 33 § 1a–2 i art. 43a ustawy zmienianej w art. 10, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, stosuje się także w sprawach dotyczących czynów popełnionych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy. W tych sprawach nie stosuje się art. 4 § 1 ustawy zmienianej w art. 1 oraz art. 2 § 2 ustawy zmienianej w art. 10”.

Powyższą regulację uzupełnia art. 24 ustawy nowelizującej z 2017 r., zgodnie z którym do wykonywania orzeczeń o przepadku wydanych przed dniem wejścia w życie tej ustawy stosuje się przepisy ustawy zmienianej w art. 7, w brzmieniu nadanym tą ustawą.

W myśl zatem art. 23 ustawy nowelizującej z 2017 r. wskazane powyżej przepisy Kodeksu karnego oraz Kodeksu karnego skarbowego w brzmieniu nadanym tą ustawą stosuje się także w postępowaniach dotyczących czynów popełnionych przed dniem jej wejścia w życie. Przepis ten, jako *lex specialis*, wyłącza stosowanie art. 4 § 1 k.k. oraz art. 2 § 2 k.k.s. wyrażających zasadę nakazującą wsteczne stosowanie ustawy korzystniejszej dla sprawcy (*lex severior retro non agit, lex mitior retro agit*).

W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 2017 r. uregulowaniu przewidzianemu w art. 23 poświęcono sporo uwagi. Przywołując argumenty mające wskazywać na

Rady 2005/212/WSiSW z 24.02.2005 r. w sprawie konfiskaty korzyści, narzędzi i mienia pochodzących z przestępstwa (Dz.Urz. UE L 68, s. 49).

to, że proponowany art. 23 ustawy nowelizującej z 2017 r. nie koliduje z zasadą nieretroakcji prawa karnego, projektodawcy wskazali w pierwszej kolejności to, iż przypadek rozszerzony jest znany obowiązującemu prawu polskiemu, a „zmiana zakresu i sposobu stosowania szczegółowych regulacji składających się na tę konstrukcję nie tylko nie wpływa na definicję żadnego czynu zabronionego, ale nie odnosi się ani do kary, ani do przypadku jako takiego”. Nawiązali ponadto do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 13.07.2004 r.¹⁹, stwierdzając, że odebranie sprawcy korzyści osiągniętej z popełnienia przestępstwa nie może być uznane za środek wyłącznie represyjny, bo podstawową funkcją takiego środka nie jest wymierzenie sprawcy dolegliwości (ukaranie go).

Podkreślili przy tym, że przypadek korzyści uzyskanych z przestępstwa ma wiele funkcji, w tym restytucyjną, służącą przywróceniu stanu zgodności z prawem i odtworzeniu swego rodzaju równowagi społecznej, zakłóconej przestępstwem, co – w ich ocenie – jest zgodne z zasadą sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP) i służy ochronie porządku publicznego jako wartości konstytucyjnej (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP).

W uzasadnieniu projektu wskazano nadto, że zaproponowana w ustawie nowelizującej modyfikacja domniemania przestępczego pochodzenia mienia odnosi się „wyłącznie do karnoprocesowej warstwy art. 45 k.k., a zatem stosowanie wobec niej reguły o której mowa, odnoszącej się do prawa materialnego, wydaje się wątpliwe”.

Podano tam nadto, że „wsteczne stosowanie przepisów dopuszczających konfiskatę zostało uznane za dopuszczalne przez ETPCz w sprawie 36862/05, *Gogitidze i inni przeciwko Gruzji*”.

Projektodawcy podkreślili też, że „w przypadku orzekanego po śmierci oskarżonego lub w razie jego niewykrycia, reguła stosowania ustawy względniejszej dla sprawy w ogóle nie może mieć zastosowania, ponieważ sprawca nie istnieje lub pozostaje nieznaną”, a „przepisy umożliwiające przypadek w razie zawieszenia postępowania, pomimo ich usytuowania, mają charakter regulacji procesowej, co również wyłącza zasadę *lex mitior*”.

Problem wstecznego stosowania wskazanych powyżej przepisów ustawy nowelizującej z 2017 r. był przedmiotem kontrowersji w czasie prac legislacyjnych nad projektem ustawy nowelizującej z 2017 r. Podczas dyskusji w Senacie, która dotyczyła tej kwestii, przedstawiciel ministra sprawiedliwości twierdził, że rozwiązanie przewidziane w projektowanym art. 23 ustawy nowelizującej Kodeks karny nie jest równoznaczne z działaniem prawa wstecz, bo nie zmienia definicji czynu zabronionego ani kary za przestępstwo²⁰.

Powyższe twierdzenie nawiązuje do argumentacji użytej przez projektodawców w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 2017 r. Podkreślając, że wraz z wejściem w życie ustawy z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw²¹ zmieniono systematykę Kodeksu karnego i wyodrębniono

¹⁹ Wyrok TK z 13.07.2004 r. (P 20/03), OTK ZU 2004/7A, poz. 64.

²⁰ Zob. <http://www.senat.gov.pl/prace/senat/posiedzenia/przebieg482,1.html>

²¹ Ustawa z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r. poz. 1247), dalej ustawa nowelizująca z 2013 r.

przepadek jako środek niebędący karą ani środkiem karnym, w uzasadnieniu projektu stwierdzono, że proponowany art. 23 „nie może być uznany za przepis zastrzegający – z mocą wsteczną – wymiar kary za popełnienie przestępstwa”, co – zdaniem projektodawców – powoduje, iż nie jest on niezgodny z zasadą wyrażoną w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP (*nulla poena sine lege praevia*). W konsekwencji w uzasadnieniu projektu stwierdzono, że rozwiązanie proponowane w art. 23 ustawy nowelizującej może być rozważane „jedynie w kontekście wyboru ustawodawstwa względniejszego dla sprawy (art. 4 k.k.)”, co „oznacza możliwość derogacji wskazanego przepisu k.k. przez omawiany przepis projektowanej ustawy, noszący znamię *legi specialis*”.

Zdaniem projektodawców zaproponowane rozwiązanie wyłączające stosowanie art. 4 § 1 k.k. oraz art. 2 § 2 k.k.s. w zakresie wskazanym w art. 23 ustawy nowelizującej nie jest równoznaczne z działaniem prawa wstecz, gdyż ustawa o konfiskacie nie zmienia definicji czynu zabronionego ani kary za przestępstwo, rozbudowuje tylko zakres przepadku oraz sposób jego stosowania. W uzasadnieniu projektu podkreślono, że wskazane w art. 23 przepisy obu kodeksów nie odnoszą się do kar ani środków karnych, a zmiana zakresu i sposobu stosowania regulacji składających się na konstrukcję przepadku nie narusza zasady *lex retro non agit* prawa karnego, „gdyż przepisy te nie mogą być uznane za zastrzegające z mocą wsteczną wymiaru kary za popełnienie przestępstwa”.

W naszej ocenie przepis oznaczony jako art. 23, który został zaproponowany przez projektodawców i przyjęty w ustawie nowelizującej z 2017 r., nie może być zaakceptowany ze względu na fundamentalną, obowiązującą nie tylko w sferze prawa karnego, zasadę niedziałania prawa wstecz.

Przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa rzeczywiście nie jest już środkiem karnym, gdyż ustawą z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw²² został usunięty z katalogu środków karnych i obecnie jest ujęty w rozdziale Va Kodeksu karnego zatytułowanym „Przepadek i środki kompensacyjne”. Obecnie nie jest on zatem ani środkiem karnym, ani środkiem kompensacyjnym, natomiast niewątpliwie jest innym środkiem penalnym. Świadczy o tym jego wielofunkcyjność przejawiająca się zarówno w charakterze środka prewencyjnego, jak i – jako majątkowej sankcji karnej – represyjnego. Bez wnikania w istotę charakteru tego środka podkreślenia wymaga, że w orzeczeniach sądowych zapadających już po wejściu w życie wskazanej powyżej ustawy nowelizującej z 2015 r. (tj. po 1.07.2015 r.) przyjmuje się, iż zmiana istoty przepadku, a konkretnie jej przekwalifikowanie ze środka karnego na środek kompensacyjny, podlega regule międzyczasowej określonej w art. 4 § 1 k.k.²³

W zakresie przestępstw skarbowych, wykroczeń skarbowych oraz wykroczeń, których nie objęto ustawą nowelizującą z 2015 r., przepadek orzekany jest nadal w charakterze środka karnego.

Obecny na 37. posiedzeniu Senatu przedstawiciel ministra sprawiedliwości przekonywał, że rozwiązanie przewidziane w art. 23 proponowanej ustawy nowelizującej z 2017 r. nie jest równoznaczne z działaniem prawa wstecz, bo nie zmienia definicji

²² Ustawa z 20.02.2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r. poz. 396), dalej ustawa nowelizująca z 2015 r.

²³ Tak np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 9.09.2015 r. (II AKa 129/15).

czynu zabronionego ani kary za przestępstwo²⁴. Ten argument, nawiązujący *notabene* do analogicznych twierdzeń, które zostały zawarte w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 2017 r.²⁵, nie przekonuje.

Z art. 4 § 1 k.k. oraz art. 2 § 2 k.k.s., których stosowanie we wskazanym powyżej zakresie zostaje wyłączone na podstawie art. 23 ustawy nowelizującej, wynikają dwie różne reguły postępowania w przypadku zaistnienia kolizji czasowej pomiędzy przepisami: nakaz stosowania wstecz do przestępstwa lub przestępstwa skarbowego popełnionego przed dniem wejścia w życie korzystniejszych dla sprawcy przepisów nowej ustawy oraz zakaz wstecznego stosowania ustawy dla sprawcy surowszej.

Korzystna dla sprawcy przestępstwa reguła rozstrzygania kolizji pomiędzy ustawami, którą określają art. 4 § 1 k.k. oraz art. 2 § 2 k.k.s., może być wyłączona przez szczególne przepisy ustaw przewidujące, że prawo korzystniejsze dla sprawcy nie działa wstecz, lecz do stanów faktycznych powstałych od dnia wejścia w życie nowego prawa przepisy te znajdują zastosowanie nawet wtedy, gdy są dla sprawcy przestępstwa mniej korzystne aniżeli te, które obowiązywały w czasie popełnienia przez niego przestępstwa. Taką regulację szczególną zawierają przepisy wprowadzające obowiązujący Kodeks karny.

Zasada nakazująca wsteczne stosowanie ustawy korzystniejszej dla sprawcy, zbieżna z tą, którą wyraża art. 4 § 1 k.k. oraz art. 2 § 2 k.k., nie jest gwarantowana wprost w Konstytucji RP. W art. 42 ust. 1 Konstytucji została wprost wyrażona materialnoprawna zasada, według której „odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego”. Zasadę *nullum crimen, nulla poena sine lege* (którą gwarantuje wskazany powyżej art. 42 ust. 1 Konstytucji) na płaszczyźnie ustawowej wyrażają art. 1 k.k. oraz art. 1 k.k.s. Jak już wskazano powyżej, na płaszczyźnie ustawowej regułą intertemporalną odnoszącą się do sytuacji, w której w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna aniżeli w czasie popełnienia przestępstwa, przewidują art. 4 § 1 k.k. oraz art. 2 § 2 k.k.s.

Z kolei art. 7 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka stanowi: „Nikt nie może być uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, który według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia. Nie będzie również wymierzona kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony”.

Powołany powyżej przepis konwencji nie gwarantuje prawa do wstecznego stosowania przepisów bardziej korzystnych dla sprawcy²⁶.

²⁴ Zob. <http://www.senat.gov.pl/prace/senat/posiedzenia/przebieg,482,1.html>

²⁵ Por. uzasadnienie projektu ustawy nowelizującej z 2017 r.

²⁶ Zgodnie z orzecznictwem strasburskim słowo „kara” użyte w art. 7 ust. 1 konwencji ma znaczenie autonomiczne. Pod tym pojęciem należy rozumieć całokształt reakcji prawnokarnej związanej z popełnionym przestępstwem. Por. orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 8.06.1995 r. w sprawie *Jamil przeciwko Francji*, skarga nr 15917/89, LEX nr 79973; zob. także decyzję Trybunału strasburskiego z 6.05.1985 r. w sprawie *J.O.K. Gerlach przeciwko Niemcom*, skarga nr 11130/84.

Kwestia wstecznego stosowania prawa surowszego dla sprawy przestępstwa kilkakrotnie była przedmiotem badania przez Trybunał Konstytucyjny.

W wyroku z 12.05.2015 r.²⁷ Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że art. 10 ust. 1 w zw. z art. 1 pkt 30 ustawy z 16.09.2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw²⁸ jest niezgodny z art. 2 Konstytucji RP w aspekcie wynikających z tego przepisu zasad zaufania do państwa i stanowionego prawa oraz ochrony praw nabytych, a nadto z art. 42 ust. 1 Konstytucji. W stanie faktycznym, na gruncie którego zapadł ten wyrok, zarówno w czasie popełnienia czynu, jak i w czasie orzekania o odpowiedzialności za popełnione przestępstwa, za które skarżący zostali skazani na karę ograniczenia wolności, art. 65 § 1 k.k.w. przewidywał, że jeżeli skazany uchyla się od odbywania kary ograniczenia wolności, sąd zamienia ją na zastępczą karę grzywny, przyjmując jeden dzień kary ograniczenia wolności za równoważny jednej stawce dziennej; sąd określa w takim wypadku wysokość jednej stawki dziennej, kierując się wskazaniem zawartymi w art. 33 § 3 k.k. W art. 1 pkt 30 ustawy zmieniającej znowelizowano treść przywołanego powyżej przepisu. Od 1.01.2012 r. ma on następujące brzmienie. „Jeżeli skazany uchyla się od odbywania kary ograniczenia wolności lub nałożonych na niego obowiązków, sąd zarządza wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności. W razie gdy skazany wykonał część kary ograniczenia wolności, sąd zarządza wykonanie zastępczej kary pozbawienia wolności w wymiarze odpowiadającym karze ograniczenia wolności pozostałej do wykonania, przyjmując, że jeden dzień zastępczej kary pozbawienia wolności jest równoważny dwóm dniom kary ograniczenia wolności”. Zakwestionowany przez Trybunał Konstytucyjny art. 10 ust. 1 ustawy zmieniającej przewidywał zatem regułę intertemporalną, odnoszącą się m.in. do kolizji czasowej pomiędzy art. 65 § 1 k.k.w. w brzmieniu dawnym i obecnie obowiązującym: „Przepisy w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą stosuje się również przy wykonywaniu orzeczeń, które stały się wykonalne przed dniem jej wejścia w życie”.

Stwierdzając niezgodność z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP przepisu nakazującego stosowanie nowej ustawy przewidującej surowszą karę zastępczą do orzeczeń, które zapadły pod rządami ustawy względniejszej i dotyczyły czynów, które zostały popełnione pod rządami ustawy względniejszej, Trybunał Konstytucyjny uznał, że nie ma potrzeby wypowiedzania się w kwestii jego zgodności z zasadą *lex retro non agit* wyprowadzoną w orzecznictwie Trybunału z art. 2 Konstytucji stanowiącym, że Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym.

Warto tu natomiast odnotować, że w pisemnym stanowisku przedstawionym w przywołanej powyżej sprawie Prokurator Generalny wskazywał, że „zasadę *lex mitior retro agit* należy traktować jako standard konstytucyjny, na równi z innymi zasadami uznawanymi za gwarancyjne zasady współczesnego prawa karnego. I choć nie została ona wprost wysłowiona w konstytucji, to jej konstytucyjny charakter wynika z treści zasady demokratycznego państwa prawnego, wyrażonej w art. 2 ustawy zasadniczej”.

To, czy z art. 2 Konstytucji RP wynika nakaz stosowania wstecz ustawy korzystniejszej dla sprawy, może być kwestią dyskusyjną. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyj-

²⁷ Wyrok TK z 12.05.2015 r. (SK 62/13), OTK ZU 2015/5A, poz. 63.

²⁸ Dz.U. nr 240, poz. 1431.

nego nie została ona jednoznacznie rozstrzygnięta. Raz jeszcze wskazać tu należy, że gwarancja taka nie wynika z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, która natomiast wyraża wężej ujętą zasadę ochronną zakazującą stosowania wstecz prawa surowszego dla sprawcy przestępstwa. Obowiązywanie takiego standardu ochronnego wynika w sposób niebudzący wątpliwości także z art. 2 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie wielokrotnie podkreślał, że ustawa karna wprowadzająca odpowiedzialność karną lub ją zaostrzająca nie może działać wstecz (*nullum crimen sine lege praevia, lex retro non agit*)²⁹. Ponadto z zasady zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa wypływa generalny zakaz retroaktywności regulacji prawnej pogarszającej sytuację prawną jednostki, w konsekwencji czego prawodawca nie może w sposób dowolny kształtować treści obowiązujących norm, traktując je jako instrument osiągnięcia różnych celów, które dowolnie sobie wyznacza. Warto tu przywołać fragment uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 15.10.2008 r.³⁰ Nawiązując do orzeczenia z 31.01.1996 r. (K 9/95), Trybunał wskazał w nim, że „poddanie wcześniej na innej podstawie ustawowej ukształtowanych stosunków prawnych działaniu nowego i bardziej niekorzystnego dla obywateli prawa pozostaje w sprzeczności z Konstytucją wówczas, kiedy tego rodzaju konstrukcja prawna (...) rażąco osłabia zaufanie obywatela do prawa, nie rekompensując tego skutku konieczną ochroną innych konstytucyjnie uznawanych wartości”.

Nie można podzielić opinii przedstawiciela ministra sprawiedliwości wyrażonej podczas wspomnianego wyżej posiedzenia Senatu, jakoby problem uregulowany w art. 23 ustawy nowelizującej z 2017 r. był podobny do kwestii objętej wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 23.11.2016 r.³¹ (orzeczenie w sprawie tzw. ustawy o bestiach). W orzeczeniu tym Trybunał Konstytucyjny nie dopatrzył się niezgodności kwestionowanych w tamtej sprawie przepisów z art. 42 Konstytucji RP ani z zasadą zakazu retroakcji wywodzoną z art. 2 Konstytucji. Uznał, że powyższe wzorce kontroli są nieadekwatne dla kontroli konstytucyjności zaskarżonych przepisów tzw. ustawy o bestiach, bo postępalna izolacja sprawcy przestępstwa nie jest środkiem karnym. W analizowanym przypadku rzecz przedstawia się inaczej – oczywiste jest, że karnoprawny przepadek jest środkiem penalnym. Była już o tym mowa powyżej.

W kontekście standardu konwencyjnego, wobec powołanego w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 2017 r. argumentu, że „wsteczne stosowanie przepisów dopuszczających konfiskatę zostało uznane za dopuszczalne przez ETPCz w sprawie 36862/05, *Gogitidze i inni przeciwko Gruzji*”, odnotowania wymaga, że w tej sprawie, zakończony wyrokiem z 12.05.2015 r.³² – wbrew temu, co stwierdzili projektodawcy – Europejski Trybunał Praw Człowieka w ogóle nie oceniał podniesionych zarzutów w kontekście gwarancji nieretroakcji prawa karnego. Ten argument uzasadnienia projektu jest zatem zupełnie nietrafiony.

²⁹ Tak np. TK w wyrokach: z 8.07.2003 r. (P 10/02), OTK ZU 2003/6A, poz. 62; z 15.10.2008 r. (P 32/06), OTK-A 2008/8, poz. 138; z 9.06.2010 r. (SK 52/08), OTK ZU 2010/5A, poz. 50.

³⁰ Wyrok TK z 15.10.2008 r. (P 32/06), OTK ZU 2008/8A, poz. 138.

³¹ Wyrok TK z 23.11.2016 r. (K 6/14), OTK-A z 2016 r., poz. 98.

³² Wyrok ETPCz z 12.05.2015 r. w sprawie 36862/05, *Gogitidze i inni przeciwko Gruzji*, HUDOC.

Powyższą ocenę odnieść należy także do zawartego w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 2017 r. odwołania do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 25.05.2004 r.³³, w nawiązaniu do którego stwierdzono tam, że „sprawca przestępstwa «nie może oczekiwać korzyści, które dla niego mogłyby wynikać w związku z naruszeniem prawa ze względu na taką, a nie inną politykę karną, bo ta – w zależności od istoty zagrożeń związanych z konkretnymi przestępstwami – może podlegać modyfikacjom i zmianom. W tym sensie skarżący przed wydaniem wyroku, czy nawet przed wszczęciem postępowania karnego, nie może zakładać, że te elementy normy prawnej (porządku prawnego) związanej z karalnością czynów, które nie stanowią prawa konstytucyjnie chronionego, nie ulegną zmianie»”.

W przywołanym powyżej wyroku Trybunał Konstytucyjny zawarł trafną myśl, potwierzoną *notabene* w uzasadnieniu wyroku z 15.10.2008 r.³⁴, że przed wydaniem orzeczenia rozstrzygającego daną sprawę oskarżony nie może skutecznie podnosić argumentu, iż przedłużenie terminu przedawnienia pogarsza jego sytuację z tego powodu, że pełniąc przestępstwo, nie mógł przewidzieć, iż termin przedawnienia ulegnie zmianie. Takie stanowisko w okresie poprzedzającym wydanie powyższego judykatu Trybunału Konstytucyjnego wyrażono także w piśmiennictwie³⁵.

Uzasadniając przedstawione powyżej twierdzenie, że nawiązanie w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z 2017 r. do tego judykatu nie jest argumentem trafnym, należy wskazać tę okoliczność, którą *notabene* dostrzegli sami projektodawcy. Powyższa wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego odnosi się do wydłużenia terminów przedawnienia przed ich upływem, przy czym w powołanych powyżej wyrokach wydanych w sprawach SK 44/03 oraz P 32/06 Trybunał Konstytucyjny wyraźnie podkreślił, że gwarancja wynikająca z art. 42 ust. 1 Konstytucji nie obejmuje kwestii przedawnienia, która pozostawiona jest ustawodawcy. Ustawa regulująca przedawnienie karalności powinna być jednak uwzględniana przez sąd karny przy orzekaniu, bo „wyznacza czasowy zakres korzystania z kompetencji w zakresie prawnokarnej kwalifikacji czynu oraz związanej z tym sankcji karnej”. Tym samym dokonując wyboru pomiędzy ustawą nową i ustawą poprzednio obowiązującą, należy uwzględnić czasowe ograniczenia w stosowaniu ustawy, jakie mogą wynikać z przepisów o przedawnieniu. Jeżeli jednak kompetencja prawnokarna sądu nie wygasła, kwestia długości terminów na gruncie ustawy nowej i poprzednio obowiązującej nie ma znaczenia dla stosowania zasady *lex mitior agit*³⁶.

Wbrew zatem stanowisku projektodawców wyrażonemu w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej pogląd sformułowany przez Trybunał Konstytucyjny w kontekście kontroli konstytucyjnej przepisów o przedawnieniu nie może być zasadnie odnoszony do przepisów dotyczących przepadku korzyści pochodzących z przestępstwa.

³³ Wyrok TK z 25.05.2004 r. (SK 44/03), OTK-A 2004/5, poz. 46.

³⁴ Wyrok TK z 15.10.2008 r. (P 32/06), OTK ZU 2008/8A, poz. 138.

³⁵ Blżej zob. B. Nita-Światłowska, A. Światłowski, *Przeszkoda procesowa z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. wobec zmian terminów przedawnienia – kontekst konstytucyjny*, „Państwo i Prawo” 2018/10, s. 93–106.

³⁶ Blżej zob. B. Nita-Światłowska, A. Światłowski, *Przeszkoda procesowa...*, s. 93–106.

PODSUMOWANIE

Gdyby uregulowanie objęte art. 23 ustawy nowelizującej z 2017 r. przewidywało jedynie odstępstwo od wyrażonej w art. 4 § 1 k.k. oraz w art. 2 § 2 k.k.s. zasady nakazującej stosowanie wstecz ustawy korzystniejszej dla sprawcy, to – w naszej ocenie – byłoby ono możliwe do zaakceptowania. Problem polega tu jednak na tym, że uregulowanie to, niekorzystne dla oskarżonych, ma działać z mocą wsteczną, a jako takie koliduje ze standardem konstytucyjnym oraz konwencyjnym. Konkluzja ta – ze względu na treść art. 8 ust. 1 i 2 Konstytucji RP – wymaga uwzględnienia przy interpretacji tego przepisu.

ABSTRACT

Wojciech Hermeliński, Barbara Nita-Światłowska – *Prohibition of retroactive application of criminal law – comments in the context of amending of the Criminal Code extending the presumption of criminal origin of property*

The subject of the article is a novelty to the Criminal Code concerning the forfeiture of the property obtained by means of crime. The authors focused primarily on the provision providing the forfeiture of property obtained within a period of 5 years before the tax offence was committed, unless the offender or other person concerned provides evidence to the contrary. The authors do not dispute in principle merits of deprivation the offenders of financial resources constituting an economic base for their continued criminal activity, as well as the possibility of transfer of the burden of proof regarding the origin of the property, while their doubts arise with respect to the very extensive admissibility of forfeiture of property without conviction, as well as the infringement by the legislator the fundamental, binding not only in the sphere of criminal law, non-retroactivity rule (lex retro non agit).

Keywords: *forfeiture, Constitution, Criminal Code, European Convention on Human Rights*

Wojciech Hermeliński

Author is the retired judge of the Constitutional Tribunal, former chairman of the State Electoral Commission.

dr hab. Barbara Nita-Światłowska

Author is professor at the Cracow University of Economics, judge at the Court of Appeal in Cracow.

Wojciech Hermeliński

Autor jest sędzią Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku, byłym przewodniczącym Państwowej Komisji Wyborczej.

dr hab. Barbara Nita-Światłowska

Autorka jest profesorem nadzwyczajnym Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie, sędzią Sądu Apelacyjnego w Krakowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Nita-Światłowska Barbara, Światłowski Andrzej, *Przeszkoda procesowa z art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. wobec zmian terminów przedawnienia – kontekst konstytucyjny*, „Państwo i Prawo” 2018/10, s. 93

Pojęcia kluczowe: kara, racjonalizacja, zemsta, sprawca

Artykuły

Marek Derlatka

PRAWO PAŃSTWA DO KARANIA

Jednym z najważniejszych atrybutów władzy państwowej jest prawo do orzekania kar kryminalnych wobec sprawców czynów zabronionych. Jakkolwiek nie ma zgody co do pierwszeństwa racjonalizacji kary – retributywnej czy celowościowej, nie ulega wątpliwości, że kara stanowi nieodłączną konsekwencję popełnienia przestępstwa i najbliższej jej do pojęcia zemsty społecznej. Teza o istocie kary jako zemście społecznej może wydawać się archaiczna i sprzeczna ze współczesnymi nurtami doktryny prawa karnego, jednak wydaje się bliska społecznemu poczuciu sprawiedliwości.

Prawa są duszą państwa¹, a jednym z najważniejszych atrybutów władzy państwowej jest prawo do orzekania kar kryminalnych wobec sprawców czynów zabronionych. Jakkolwiek nie ma zgody co do pierwszeństwa racjonalizacji kary: sprawiedliwościowej czy celowościowej², nie ulega wątpliwości, że kara stanowi nieodłączną konsekwencję popełnienia przestępstwa i najbliższej jej do pojęcia zemsty społecznej.

KARA JAKO ZEMSTA SPOŁĘCZNA

Taka była przewodnia myśl dawnego prawa polskiego (w XVIII w. i wcześniej)³, w takiej postaci funkcjonuje ona obecnie, mimo upływu lat i licznych prób zmiany filozofii karania ze względów humanitarnych. Teza o istocie kary jako zemście społecznej

¹ B. de Spinoza, *Traktat polityczny*, Warszawa 2002, s. 117.

² J. Majewski (w:) G. Bogdan, Z. Cwiągalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Warszawa 2007, t. 1, s. 488–489.

³ J. Makarewicz, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 207.

może wydawać się archaiczną i sprzeczną ze współczesnym nurtami doktryny prawa karnego, jednak postaram się wykazać, że zachowała ona swą aktualność.

Po pierwsze, kara jest określoną dolegliwością, utratą życia, wolności, mienia, pewnych praw lub sposobów aktywności społecznej. Nieliczne przypadki odmiennego poglądu na karę jako na pewne dobro – traktowanie zakładu karnego jako ciepłego i wygodnego miejsca przezimowania – nie zmieniają dominującego podejścia do kary, zwłaszcza kary pozbawienia wolności, jako zła, źródła cierpienia. Poszukiwanie sposobu jak najszybszego opuszczenia zakładu karnego: wnioski o wydanie wyroku łącznego, warunkowe przedterminowe zwolnienie, zgodę na odbywanie jej w systemie dozoru elektronicznego, a w ostateczności samookaleczenia i próby ucieczki z więzienia oraz samobójstwa więźniów dowodzą prawdziwości tezy o dolegliwości kary. Wyraźnie dostrzega się ją także w przypadku grzywny, gdyż utrata pieniędzy czasami boli bardziej niż utrata wolności, stąd częste zamiany orzeczonej prawomocnie kary grzywny na karę pozbawienia wolności z powodu niezapłacenia grzywny. Mogłoby się wydawać, że lepiej wygląda sprawa z karą ograniczenia wolności, lecz i ta kara nie zawsze jest wykonywana, co świadczy o lekkomyślności skazanych, którzy przez swoje lenistwo muszą odbywać zastępczą karę pozbawienia wolności.

Po drugie, stanowisko pokrzywdzonego przestępstwem. W zdecydowanej większości przypadków pokrzywdzony oczekuje surowego potraktowania sprawcy czynu zabronionego. Pokrzywdzeni korzystają z możliwości działania w procesie karnym w charakterze oskarżyciela posiłkowego, niekiedy domagając się wyższych kar niż oskarżyciel publiczny. Potrafią również sprzeciwić się dobrowolnemu poddaniu się karze i skazaniu bez rozprawy mimo małego prawdopodobieństwa uwzględnienia ich wniosku o orzeczenie kary w wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia. Zdarzają się sytuacje, kiedy pokrzywdzony przebacza swojemu krzywdzicielowi i na przykład odmawia składania zeznań wobec osoby najbliższej, godząc się na jego uniewinnienie lub umorzenie postępowania, jednak bywa, że relacje rodzinne nie chronią sprawcy przed karą.

Po trzecie, stanowisko społeczeństwa. Opinia publiczna, w szczególności ulegając presji środków masowego przekazu, reaguje często bardzo gwałtownie na informację o przestępstwie, zwłaszcza brutalne czyny przeciwko życiu, zdrowiu, wolności seksualnej, domagając się kar nieprzewidzianych w Kodeksie karnym, z karą śmierci włącznie. Padają wówczas zarzuty o pobłażliwości organów wymiaru sprawiedliwości oraz wysokich kosztach utrzymywania więźniów w zakładach karnych i można się przekonać, jak głęboko w społeczeństwie tkwi starożytna zasada „oko za oko, ząb za ząb”. Najbardziej dramatyczne są próby samosądu i faktycznego wykluczenia ze społeczności sprawcy przestępstwa, który musi zmieniać miejsce zamieszkania, stając się ofiarą spragnionego zemsty środowiska sąsiedzkiego.

EWOLUCJA FUNKCJI KARY KRYMINALNEJ

Kara jako zjawisko społeczne bierze swój początek w grupie społecznej i ewoluuje od ślepej, krwawej zemsty pierwotnej grupy społecznej do zrjonalizowanej formalnej odpłaty, jaką jest kara współczesna, stanowiąca narzędzie wymiaru sprawiedliwości w rękę

państwa⁴. Właśnie prawo karania stanowi nieodzowny atrybut władzy państwowej, która nie byłaby zdolna utrzymać porządku wśród swoich obywateli bez w miarę szybkiego i surowego reagowania na przypadki łamania norm prawnych przez niektórych obywateli. O ile zdecydowana większość członków społeczeństwa nie potrzebuje ingerencji aparatu państwa, aby normalnie funkcjonować w grupie, ponieważ przestrzega zinternalizowanych norm etycznych, religijnych, obyczajowych, o tyle pozostali członkowie tej grupy wymagają „pomocy” państwa w zapewnieniu przestrzegania prawa. Celowo używam pojęcia „pomocy”, gdyż ludzie naruszający prawo karne często nie przeszli właściwej socjalizacji w rodzinie, szkole, środowisku pracy i kara kryminalna zmusza ich do przestrzegania norm prawnych, które inni ludzie wiążą ze wskazanymi wyżej normami społecznymi, zachowując je nie ze strachu przed karą, lecz z uwagi na imperatyw moralny, religijny, obyczajowy.

**WSPÓŁCZESNY SYSTEM
SĄDOWEGO WYMIARU
SPRAWIEDLIWOŚCI JEST
NIEWYDOLNY I MAŁO SKUTECZNY,
OCENIANY JAKO DALEKI
OD OCZEKIWAŃ SPOŁECZNYCH.
POWODY TAKIEJ OCENY TKWIĄ
JEDNAK W PRZEPISACH PRAWNYCH,
A NIE W KOMPETENCJACH
SĘDZIÓW**

Jak pogodzić tezę o istocie kary jako zemście społecznej z określeniem karania jako pomocy państwa? Jeżeli odpowiedzią na zło – przestępstwo jest zło – kara, to mamy do czynienia z zemstą, jeżeli jednak chociaż część sprawców czynów zabronionych nie wraca na drogę przestępstwa, to znaczy, że kara pomogła im odnaleźć się w społeczeństwie. Recydywiści często odbierają karę jako zwykłą zemstę, podobnie mogą traktować ją pokrzywdzeni, zwłaszcza rodziny ofiar zabójstw, za które orzeka się karę śmierci. Taka nieodwracalna kara nie może pomóc w zapewnieniu poszanowania prawa, zatem jest to ważny

argument przeciwko karze śmierci. Natomiast kiedy sprawca przestępstwa po odbyciu kary zaczyna normalne życie, możemy stwierdzić, że państwo pomogło mu poprzez tę karę powrócić do społeczeństwa.

Niekiedy teoriom karnym bezwzględny stawia się zarzut, że nie tłumaczą, dlaczego kara musi być koniecznym następstwem przestępstwa⁵. Odpowiedź na to pytanie zna pięcioletnie dziecko, które zaczyna odróżniać dobro od zła. Stawiającemu taki zarzut należałoby zadać pytanie, czy za kradzież 100 złotych dodałby złodziejowi drugie 100 zł, czy domagałby się zwrotu lub odpracowania tej kwoty? Wprawdzie Ewangelia każe nastawić drugi policzek temu, kto uderzy nas w pierwszy, ale każe również miłować bliźniego, a zatem nie uderzać w żaden policzek. Kwestionowanie związku koniecznego między przestępstwem a karą razi naiwnością i przeszkadza we właściwym ułożeniu relacji międzyludzkich, które od zawsze opierają się na sprawiedliwości, logice, racjonalności oraz poszanowaniu praw i obowiązków każdego członka społeczeństwa. Człowiek naruszający cudze dobro prawne wie, że może spotkać go kara, z tego powodu często ukrywa się lub zaciera ślady zbrodni, popełniając nawet kolejną zbrodnię, aby

⁴ J. Świtka, *Filozoficzne i socjologiczne ujęcie kary* (w:): *Kara kryminalna. Analiza psychologiczno-prawna*, red. M. Kuć, I. Niewiadomska, Lublin 2004, s. 24–25.

⁵ J. Świtka, *Filozoficzne...*, s. 24.

nie pozostawić świadka zdarzenia. Z drugiej strony pokrzywdzony zawiadamia organy ścigania o popełnionym przestępstwie, licząc na naprawienie szkody, a przynajmniej na zapobieżenie dalszym złym czynom sprawcy. Podważanie elementarnego powiązania przestępstwa z karą można tłumaczyć jedynie rozwojem światopoglądu relatywistycznego, który wprowadza chaos w filozofii i w ogóle w nauce, pozbawiając człowieka wszelkich filarów sensu i logiki życia.

Prawo państwa do karania u zarania państwowości miało charakter religijny, kiedy władza państwowa była sprawowana z nadania boskiego, co widać wyraźnie na przykładzie Izraela. Biblia szczegółowo opisuje czyny zabronione i grożące za nie kary, szafując karą śmierci w Starym Testamencie i radykalnie zmieniając surowe podejście do sprawców zła w Nowym Testamencie. Islamski Koran również zawiera system przestępstw i kar, będący w użyciu w pewnych krajach nawet współcześnie. Późniejsze zmiany legitymizacji władzy państwowej i laicyzacja państwa zachowały prawo do wymierzania kary przez sądy w imieniu państwa, diametralnie przeobrażając system kar i środków karnych, generalnie w kierunku bardziej humanitarnym. Nie uległa zmianie jednak istota kary jako reakcji grupy na czyn jednostki sprzeczny z normami obowiązującymi w tej grupie. Kara nie przestała być pewną formą zemsty społecznej, jakkolwiek ostro nie dystansowano by się od takiego ujęcia kary. Niepowodzenia różnych teorii penologicznych, zwłaszcza dotyczących kary pozbawienia wolności, występujące wciąż zjawisko recydywy, sprawiają, że w wielu wypadkach kara bywa postrzegana jedynie jako odpłata, a nie jako narzędzie poprawy przestępcy lub forma zadośćuczynienia dla ofiary przestępstwa.

W klasycznym ujęciu istotą kary jest cierpienie, przez nie bowiem można osiągnąć wewnętrzną poprawę⁶. W przeszłości wierzone, że „udręczenie zglądza zaszczipione zło i przywraca dawną zgodę wewnętrzną, kara musi zatem objawić się w formie dolegliwości”⁷. Cierpienie, udręczenie są sprzeczne z dominującym obecnie nurtem humanitaryzmu karania, z tego powodu dąży się do minimalizowania dolegliwości związanych z karą, co skazane jest na niepowodzenie. Bez względu na to, czy poprzez karę można osiągnąć poprawę, czy nie, zawsze wywołuje ona określoną dolegliwość, jeżeli nie dla skazanego, znajdującego ciepły kątek na zimę, to dla podatników, lożących na jego utrzymanie w zakładzie karnym.

Kara jest nie tylko dolegliwą, ale również ujemną reakcją na zachowanie jednostki⁸, wyrażającą potępienie popełnionego czynu⁹, a nawet – według A. Marka – wyrażającą dezaprobatę popełnienia czynu i jego sprawcy¹⁰. Stanowisko tego autora jest słuszne, ponieważ koncentrowanie się jedynie na czynie, a pomijanie osoby sprawcy czynu odczłowiecza ten czyn, pozbawia go podmiotowości i tworzy złudzenie, że czyn można

⁶ R. Zawłocki (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2011, t. 2, s. 11.

⁷ R. Hube, *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, Warszawa 1830, s. 384–385.

⁸ Z. Sienkiewicz (w:) M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególne*, Warszawa 2012, s. 305.

⁹ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2013, s. 163.

¹⁰ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 229.

rozpatrywać tylko w kategoriach przedmiotowych. Przecież akt wymiaru kary ściśle dotyczy konkretnej osoby, a nie oderwanego od niej czynu, i poprzestanie na dezaprobowanie, potępieniu czynu naruszałoby godność sprawcy tego czynu. Indywidualizacja odpowiedzialności karnej i swoboda sądu w określeniu rodzaju i wysokości kary opierają się właśnie na ocenie osoby, a nie tylko czynu.

Kara wymierzana przez organy państwa jest – zdaniem jednych – kontynuacją zemsty, tyle tylko, że dokonywanej przez państwo w sposób ucywilizowany, inni uznają, że kara z zemstą nie ma nic wspólnego¹¹. Zemsta jest reakcją ujemną na doznaną krzywdę, spontaniczną i emocjonalną, kara zaś ma charakter racjonalny, wyzbyty z emocji, jest zapowiedziana przed karanym czynem i przez to jej stosowanie nie jest spontaniczne¹². Właśnie fakt, że kara jest zapowiedziana przed czynem, wprawdzie ogólnie, nie co do konkretnej wysokości, ale w pewnych „widełkach”, przesądza, że to sprawca czynu zabronionego, podejmując decyzję o popełnieniu przestępstwa, godzi się na uruchomienie procesu wymiaru kary. Kara jest tylko koniecznym, logicznym następstwem przestępstwa¹³, a nie typową zemstą, choć może tak być postrzegana przez oskarżonego oraz pokrzywdzonego.

Kara bywa określana jako sposób rozwiązywania konfliktów i napięć społecznych wywołanych przez naruszenie ładu społecznego¹⁴. Sposób ten nie jest doskonały i nie zawsze likwiduje konflikty czy napięcia społeczne, jednak pozostawienie przestępstwa bez kary na pewno prowadzi do eskalacji konfliktu, niekiedy kończąc się samosądem, linczem. Znowu odwołujemy się do zemsty jako istoty kary. Pierwotnie reakcja na przestępstwo nie potrzebowała żadnego uzasadnienia, była bowiem instynktowna bądź emocjonalna. Dopiero kara jako urządzenie sformalizowane i pozbawione cech naturalnego popędu oraz emocji właściwych zindywidualizowanej reakcji na czyn naganny domaga się stworzenia odpowiednich teorii kary¹⁵. Teorie te dzielą się na:

- 1) bezwzględne, odwetowe, absolutne, metafizyczne, retributywne;
- 2) względne, celowościowe, prewencyjne, utylitarne;
- 3) mieszane (koalicyjne).

Wydaje się, że najbliższe uzasadnieniu bytu kary kryminalnej są teorie mieszane. Trzeba jednak zauważyć, że kara zawsze jest konsekwencją przestępstwa, nigdy nie występuje bez niego, zatem logicznym wytlumaczeniem sensu kary jest odwet, odpowiedź, reakcja ujemna, czyli zemsta.

Czy prawo państwa do karania może być przekazane innemu podmiotowi, na przykład pokrzywdzonemu? Odpowiedź na to pytanie nie jest łatwa, choć pewne elementy współdecydowania pokrzywdzonego o pociągnięciu do odpowiedzialności karnej

¹¹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2014, s. 415–416.

¹² L. Tyszkiewicz (w:) *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, S. Hoc, A. Jaworska-Wieloch, M. Kalitowski, O. Sitarz, L. Tyszkiewicz, L. Wilk, P. Zawiejski, Warszawa 2016, s. 232.

¹³ A. Grześkowiak (w:) *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, F. Ciepły, M. Gałązka, R.G. Hałas, S. Hypś, S. Szeleszczuk, Warszawa 2012, s. 188.

¹⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 413.

¹⁵ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2012, s. 391.

sprawcy czynu zabronionego występują w przypadku przestępstw ściganych z oskarżenia prywatnego, na wniosek oraz w konsensualnym trybie orzekania przez sąd na podstawie art. 335 i art. 387 Kodeksu postępowania karnego¹⁶. Jeżeli chodzi o niektóre występki przeciwko mieniu, w szczególności kradzież, zniszczenie mienia, oszustwo, można by rozszerzyć skutki mediacji pomiędzy oskarżonym i pokrzywdzonym na takie, jak w postępowaniu w trybie prywatnoskargowym – umorzenie postępowania. Natomiast co do pozostałych przestępstw raczej należy zachować monopol państwa, w imieniu którego działa sąd jako jedyny organ orzekający o odpowiedzialności karnej. Celowo używam tutaj zwrotu „raczej”, ponieważ istnieją poważne argumenty przemawiające za przełamaniem monopolu państwa w prawie karania.

PROPOZYCJE ZMIAN W PRAWIE

Po pierwsze, współczesny system sądowego wymiaru sprawiedliwości jest niewydolny i mało skuteczny, często oceniany jako przewlekły i daleki od oczekiwań społecznych. Powody takiej oceny w bardzo dużym stopniu tkwią jednak w przepisach prawnych, a nie w kompetencjach sędziów. Procedura karna mimo wielokrotnych nowelizacji wciąż przeszkadza w szybkim rozstrzygnięciu spraw karnych. Chodzi między innymi o odczytywanie wyjaśnień oskarżonych i zeznań świadków, obowiązek rozpoznawania oczywiście bezzasadnych wniosków o wyłączenie sędziego, prokuratora, a także samą instytucję wyroku łącznego, który stwarza okazję do skrócenia kary jako swoistej premii za więcej niż jedno skazanie. Dyktowanie przez sędziego treści wyjaśnień i zeznań protokolantowi także zabiera cenny czas. Nagrywanie rozpraw rozwiązało by problem, gdyby nie konieczność przetworzenia nagrania na pismo. Nie ma potrzeby przeprowadzania eksperymentu procesowego, jeżeli oskarżony przyznaje się do winy, nawet w śledztwie dotyczącym zabójstwa. Wyznaczanie obrońcy z urzędu przed badaniem psychiatrycznym podejrzanego to marnotrawstwo czasu, papieru i pieniędzy oraz konieczność magazynowania stosów zarządzeń o wyznaczeniu i cofnięciu przez adwokatów. Obrońcę powinno się wyznaczać po badaniu psychiatrycznym, kiedy stwierdzi się istnienie podstawy tego wyznaczenia – niepoczytalność lub ograniczoną poczytalność podejrzanego.

Po drugie, wąski katalog kar i trochę szerszy środków karnych utrudnia adekwatną reakcję na popełniane czyny zabronione. Jeżeli sprawca nie ma majątku, jedyną karą pozostaje kara pozbawienia wolności, a kara ograniczenia wolności, która powinna być podstawową karą, może być orzekana tylko do dwóch lat, jest postrzegana jako trudna w wykonaniu i bywa orzekana zbyt rzadko. Konieczne jest poszerzenie katalogu kar i środków karnych o, na przykład, odpracowanie szkody u pokrzywdzonego oraz zmia-

DOPUSZCZENIE MEDIACYJNEGO SPOSOBU ROZWIĄZYWANIA SPORÓW POZWOLIŁOBY POKRZYWDZONYM ZACHOWAĆ WIĘKSZĄ AUTONOMIĘ, DAĆ IM POCZUCIE OCHRONY GODNOŚCI I WYŻSZEJ SAMOOCENY, KIEDY BĘDĄ ONI REALNIE WPŁYWAĆ NA LOS TYCH, KTÓRZY WYRZĄDZILI IM KRZYWDĘ

¹⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.), dalej k.p.k.

na rozmiar kary ograniczenia wolności, która powinna być orzekana wobec większości przestępców, ale w wysokości od miesiąca do nawet 15 lat. W tym kontekście pozytywnie należy ocenić nowelizację Kodeksu karnego pozwalającą stosować dozór elektroniczny w przypadku orzeczenia zakazu zbliżania się do określonych osób. Łączenie takiego zakazu z dłuższą karą ograniczenia wolności to recepta na przepełnione więzienia.

Po trzecie, wykonanie kary, w szczególności pozbawienia wolności, rzadko resocjalizuje skazanego, a zawsze generuje olbrzymie koszty. Zapowiedzi budowy nowoczesnego zakładu karnego za pół miliarda złotych¹⁷ rażą naiwnością, że problem skuteczności kary zależy od pieniędzy. Tymczasem kara pozbawienia wolności jest przeżytkiem, który powinien być stosowany jedynie w celu długotrwałej izolacji najgroźniejszych zbrodniarzy. Egzekucja kary grzywny także wymaga poprawy, chociażby poprzez częstsze kontrolowanie zatrudnionych w szarej strefie, którzy ukrywają swoje dochody, nie płacą grzywien i ostatecznie trafiają do zakładów karnych, gdzie wykonuje się zastępczą karę pozbawienia wolności. Takie krótkotrwałe kary pozbawienia wolności nie przynoszą żadnych korzyści państwu, natomiast wykrywanie zatrudnienia w szarej strefie oprócz egzekucji grzywny przyniosłoby wzrost wpływów do budżetu w wyniku opodatkowania pracy.

Po czwarte, dopuszczenie mediacyjnego sposobu rozwiązywania sporów pozwoli pokrzywdzonym zachować większą autonomię, da im poczucie ochrony godności i wyższej samooceny, kiedy będą oni realnie wpływać na los tych, którzy wyrządzili im krzywdę. Obecny model mediacji pozwalający na umorzenie postępowania jedynie w trybie prywatnoskargowym nie wykorzystuje wszystkich potencjalnych zalet ugodowego załatwiania sporów, a nawet prowadzi do frustracji pokrzywdzonego, gdy po długim procesie zapada wyrok niesatysfakcjonujący nikogo. Zgoda ustawodawcy na rozwiązanie konfliktu spowodowanego popełnionym przestępstwem w drodze mediacji pozwoliłaby odciążyć sądy, przyspieszyć rozpoznawanie spraw karnych, gdzie pokrzywdzony nie chce ugody ze sprawcą, oraz obniżyć wydatki na sądownictwo, przy wzroście kosztów funkcjonowania profesjonalnych mediatorów. Wiele spraw karnych jest bardzo podobnych do spraw cywilnych, dlatego uporczywe orzekanie kar pozbawienia wolności w zawieszeniu czy też kar o charakterze bezwzględny powinno ustąpić na rzecz ugody o naprawieniu szkody.

UWAGI KOŃCOWE

Prawo państwa do karania jako podstawowy atrybut władzy państwowej nie jest bezwzględne i nie musi pozostać w takiej postaci jak w przeszłości. Skoro doszło do całkowitego przeobrażenia systemu kar, rezygnacji z kary śmierci, kar cielesnych i innych kar naruszających godność człowieka, można rozważyć przekazanie części kompetencji państwa w zakresie karania na ręce pokrzywdzonych. Proces ten właściwie trwa, czego dowodem są konsensualne tryby załatwiania spraw karnych, instytucja oskarżyciela prywatnego oraz ściganie na wniosek pokrzywdzonego. Kolejnym etapem mogłoby być dopuszczenie do zawierania ugody w przypadku przestępstw przeciwko mieniu lub nawet co do innych rodzajów przestępstw.

¹⁷ M. Derlatka, *Więzienie – porażka państwa*, „Rzeczpospolita” 2017/288, s. D3.

ABSTRACT

Marek Derlatka – *The right of the state to punish*

Right to punish the perpetrators of prohibited acts is one of the most important attributes of state authority. However there is no consent concerning the priority of rationalization of punishment: retributive or purposive, there is no doubt, that the punishment is the inherent consequence of commission of crime and is close to conception of social revenge. The argument of the punishment as social revenge may seem archaic and incompatible with contemporary current of penal law doctrines, still it seems close to social sense of justice.

Keywords: *punishment, rationalization, revenge, perpetrator*

dr Marek Derlatka

Autor jest adwokatem (ORA Zielona Góra), starszym wykładowcą Uniwersytetu Zielonogórskiego, Wydziału Zamiejscowego w Sulechowie.

dr Marek Derlatka

Autor jest adwokatem (ORA w Zielonej Górze), starszym wykładowcą Uniwersytetu Zielonogórskiego, Wydziału Zamiejscowego w Sulechowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Derlatka Marek, *Więzenie – porażka państwa*, „Rzeczpospolita” 2017/288

Gardocki Lech, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2013

Grześkowiak Alicja (w:) *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, F. Cieply, M. Gałązka, R.G. Hałas, S. Hyps, S. Szeleszczuk, C.H. Beck, Warszawa 2012

Hube Romuald, *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, Warszawa 1830

Majewski Jarosław (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, t. 1

Makarewicz Juliusz, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017

Marek Andrzej, *Prawo karne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007

Sienkiewicz Zofia (w:) M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Lexis Nexis, Warszawa 2012

- Spinoza Benedykt**, *Traktat polityczny*, De Agostini, Warszawa 2002
- Świtka Jan**, *Filozoficzne i socjologiczne ujęcie kary (w:) Kara kryminalna. Analiza psychologiczno-prawna*, red. M. Kuć, I. Niewiadomska, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2004
- Sienkiewicz Zofia** (w:) M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, LexisNexis, Warszawa 2012
- Warylewski Jarosław**, *Prawo karne. Część ogólna*, LexisNexis, Warszawa 2012
- Wróbel Włodzimierz, Zoll Andrzej**, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Społeczny Instytut Wydawniczy „ZNAK”, Kraków 2014
- Zawłocki Robert** (w:) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, C.H. Beck, Warszawa 2011, t. 2

Pojęcia kluczowe: europejski nakaz dochodzeniowy, prawo dostępu do adwokata, dopuszczalność dowodów zagranicznych

Artykuły

Martyna Kusak

OBROŃCA A EUROPEJSKI NAKAZ DOCHODZENIOWY

Artykuł przedstawia możliwości procesowe obrońcy w procedurze wydania i wykonania za granicą europejskiego nakazu dochodzeniowego oraz wpływania na dopuszczalność dowodu zgromadzonego przy użyciu europejskiego nakazu dochodzeniowego w polskim procesie karnym. Zarówno dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE, jak i rozdziały 62c i 62d Kodeksu postępowania karnego wdrażające dyrektywę nie odnoszą się wprost do tych zagadnień. W celu ustalenia roli obrońcy skonfrontowanego z europejskim nakazem dochodzeniowym należy zatem sięgnąć zarówno do prawa krajowego, jak i prawa Unii Europejskiej, co jest przedmiotem rozważań w niniejszym artykule.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE z 3.04.2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych¹, wdrożona do polskiego Kodeksu postępowania karnego² w postaci rozdziałów 62c i 62d, wprowadza nowe rozwiązania w transgranicznym gromadzeniu i przekazywaniu dowodów w sprawach karnych w Unii Europejskiej. Europejski nakaz dochodzeniowy odnosi się do wszystkich dowodów i czynności dowodowych³ (art. 589w k.p.k.) Nakaz może być wydany zarówno w postępowaniu sądowym, przygotowawczym (art. 589w § 1 k.p.k.), w tym

¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/41/UE z 3.04.2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych (Dz.Urz. UE L 130/1 z 1.05.2014 r.), dalej dyrektywa 2014/41. Więcej na temat dyrektywy zob. A. Lach, *Europejski nakaz dochodzeniowy (w:) Proces karny w dobie przemian. Przebieg postępowania*, red. S. Steinborn, K. Woźniewski, Gdańsk 2018.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.), dalej k.p.k.

³ Jedynym wyjątkiem jest gromadzenie materiału dowodowego w ramach zespołu śledczego (art. 3 dyrektywy 2014/41).

w ramach czynności określonych w art. 307 k.p.k. (art. 589w § 3 k.p.k.), a także w ramach czynności operacyjno-rozpoznawczych (art. 589w § 7 k.p.k.). Wydanie europejskiego nakazu dochodzeniowego jest również możliwe w sprawach o niektóre wykroczenia (art. 116c Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia⁴). Wobec braku odrębnych reguł dopuszczalność dowodu zgromadzonego na podstawie europejskiego nakazu dochodzeniowego jest oceniana na podstawie art. 587 k.p.k., dotyczącego wykorzystania dowodów zagranicznych pod klauzulą porządku prawnego RP.

W świetle szerokiego zakresu przedmiotowego europejskiego nakazu dochodzeniowego powstaje pytanie o możliwości procesowe obrońcy w procedurze wydania i wykonania za granicą nakazu oraz jego wpływu na dopuszczalność dowodu zgromadzonego przy użyciu europejskiego nakazu dochodzeniowego. Zarówno dyrektywa, jak i wdrażające ją rozdziały 62c i 62d k.p.k. nie odnoszą się wprost do tych zagadnień. Dyrektywa nie wprowadza konkretnych standardów prawa do obrony w ramach europejskiego nakazu dochodzeniowego, odwołując się jednak w motywie 39 oraz art. 1 ust. 4 do art. 6 Traktatu o Unii Europejskiej⁵ i Karty Praw Podstawowych⁶, dotyczących również prawa do obrony osób objętych postępowaniem karnym. Ustawodawca europejski wskazał zatem na konieczność respektowania standardu prawa do obrony w procesie wydania i wykonania europejskiego nakazu dochodzeniowego, nie dookreślając konkretnych rozwiązań i pozostawiając tę kwestię ustawodawcy krajowemu oraz praktyce. Odpowiedź na pytanie o możliwości procesowe obrońcy skonfrontowanego z europejskim nakazem dochodzeniowym będzie zatem wynikać zarówno z prawa krajowego, prawa UE, jak i praktyki, co jest przedmiotem dalszej analizy.

INICJATYWA WYDANIA EUROPEJSKIEGO NAKAZU DOCHODZENIOWEGO

Europejski nakaz dochodzeniowy wydaje organ prowadzący postępowanie, tj. sąd lub prokurator (art. 589w § 1 k.p.k.). Uprawnione do wydania są również Policja, organy, o których mowa w art. 312 k.p.k., art. 133 § 1 i art. 134 § 1 k.k.s.⁷, jednak w tym wypadku nakaz wymaga zatwierdzenia przez prokuratora (art. 589w § 2 k.p.k.). Obrońca może zatem, zgodnie z art. 167 k.p.k., wystąpić z inicjatywą wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego oraz złożyć w tej sprawie wnioski dowodowe (art. 169 k.p.k.)⁸.

W celu wzmocnienia szans powodzenia wniosku dowodowego warto, aby odnosił się on również do przesłanek wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego, tj. konieczności przeprowadzenia lub uzyskania dowodu (art. 589w § 1 k.p.k.) oraz braku przesłanek negatywnych (art. 589x k.p.k.). W tym drugim przypadku istotne jest szczególnie

⁴ Ustawa z 24.08.2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2018 r. poz. 475).

⁵ Traktat o Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 326/15 z 26.10.2012), dalej TUE.

⁶ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 326/391 z 26.10.2012 r.).

⁷ Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2018 r. poz. 1958 ze zm.).

⁸ Zgodnie z art. 1 ust. 3 dyrektywy 2014/41 o wydanie europejskiego nakazu dochodzeniowego wnosić może podejrzany lub oskarżony lub prawnik działający w imieniu takiej osoby w ramach mającego zastosowanie prawa do obrony wynikającego z przepisów krajowych oraz zgodnie z krajową procedurą karną.

zwrócenie uwagi organu na interes wymiaru sprawiedliwości⁹. Czynn timer, w świetle art. 589x pkt 1 k.p.k. może bowiem przesądzać o oddaleniu wniosku dowodowego.

Wniosek dowodowy może zostać przez organ oddalony na podstawie art. 170 k.p.k., a także – jeżeli przeszkodą w pozytywnym rozpoznaniu będą przesłanki wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego, również na podstawie art. 170 § 1 pkt 1 w zw. z art. 589w § 1 k.p.k. (w przypadku stwierdzenia braku konieczności przeprowadzenia lub uzyskania dowodu) lub art. 170 § 1 pkt 1 w zw. z art. 589x k.p.k. (w przypadku stwierdzenia przesłanek negatywnych, np. braku interesu wymiaru sprawiedliwości). Postanowienie o oddaleniu wniosku dowodowego zawierającego wniosek o wydanie europejskiego nakazu dochodzeniowego nie podlega zaskarżeniu. Zarówno w dyrektywie 2014/41, jak i w rozdziale 62c k.p.k. brak bowiem odrębnej podstawy do wniesienia zażalenia w przypadku odmowy wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego na wniosek oskarżonego lub jego obrońcy.

Poza drogą wniosku dowodowego obrońca ma również możliwość złożenia wniosku o wydanie nakazu przez organ prowadzący postępowanie z urzędu (art. 9 § 2 k.p.k.).

ZAŻALENIE NA POSTANOWIENIE W PRZEDMIOCIE WYDANIA EUROPEJSKIEGO NAKAZU DOCHODZENIOWEGO

Zgodnie z art. 589zc § 1 k.p.k. na postanowienie w przedmiocie wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego zażalenie nie przysługuje, chyba że przepis szczególny dotyczący czynności wskazanej w europejskim nakazie dochodzeniowym stanowi inaczej. Oznacza to, że decyzja o wydaniu europejskiego nakazu dochodzeniowego nie jest zaskarżalna, wciąż zaskarżalne są natomiast postanowienia dotyczące czynności dowodowych wskazane w nakazie. Przyjęte rozwiązanie jest konsekwencją połączenia przez ustawodawcę decyzji w przedmiocie wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego oraz zarządzenia czynności dowodowej w jednym postanowieniu (art. 589w § 4 i 5 k.p.k.). Innymi słowy, w przypadku gdy europejski nakaz dochodzeniowy dotyczy czynności wymagającej wydania postanowienia (np. kontrola i utrwalanie rozmów, zatrzymanie rzeczy, dowód z opinii biegłego), postanowienie o wydaniu europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawie tej czynności zastępuje to postanowienie. Konsekwentnie, jeśli postanowienie o dokonaniu czynności wskazanej w europejskim nakazie dochodzeniowym jest zaskarżalne (np. postanowienie o zatrzymaniu rzeczy, art. 236 k.p.k.), w tym wypadku zażalenie wnosi się na postanowienie o wydaniu europejskiego nakazu dochodzeniowego, które zastępuje postanowienie o zarządzeniu przeszukania. Zarzuty powinny jednak dotyczyć nie decyzji o wydaniu europejskiego nakazu dochodzeniowego, ale zarządzenia konkretnej czynności dowodowej. O wniesieniu zażalenia oraz treści rozstrzygnięcia zapadłego w wyniku jego rozpoznania polskie organy mają obowiązek niezwłocznego poinformowania organu wykonującego europejski nakaz dochodzeniowy (art. 589zc § 2 k.p.k. oraz art. 14 ust. 5 dyrektywy 2014/41).

Analogicznie, jeśli czynność wskazana w europejskim nakazie dochodzeniowym nie

⁹ Zob. szerzej A. Falkiewicz, *Interes wymiaru sprawiedliwości jako przesłanka pozytywna w międzynarodowej współpracy w sprawach karnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008/5, s. 11–12.

jest zaskarżalna (np. przesłuchanie świadka na odległość), nie ma podstaw do wniesienia zażalenia na postanowienie o wydaniu europejskiego nakazu dochodzeniowego¹⁰. Brak zaskarżalności postanowienia o wydaniu europejskiego nakazu dochodzeniowego ma miejsce również wtedy, gdy dotyczy on przekazania dowodu już istniejącego (np. protokołu oględzin, protokołu przesłuchania świadka czy protokołu zatrzymania rzeczy), nawet jeśli przeprowadzona czynność dowodowa jest zaskarżalna na mocy prawa krajowego. W tym wypadku bowiem czynność ta została już podjęta i odbyła się na zasadach prawa państwa członkowskiego UE, co wyklucza możliwość zaskarżenia decyzji o jej zarządzeniu, a co za tym idzie, postanowienia o wydaniu europejskiego nakazu dochodzeniowego. Oskarżony lub podejrzany oraz jego obrońca nie mają zatem narzędzi procesowych do wzruszenia decyzji o wydaniu europejskiego nakazu dochodzeniowego.

Jeżeli czynność, której dotyczy europejski nakaz dochodzeniowy, jest zaskarżalna (np. zatrzymanie rzeczy), postanowienie o wydaniu nakazu powinno zostać doręczone oskarżonemu i obrońcy (art. 100 § 4 k.p.k. w zw. z art. 140 k.p.k.). Jeśli czynność dowodowa wskazana w europejskim nakazie dochodzeniowym nie będzie zaskarżalna lub nakaz będzie dotyczyć przekazania dowodu (np. przesłuchanie świadka), oskarżony i obrońca powinni zostać powiadomieni o treści postanowienia o wydaniu europejskiego nakazu dochodzeniowego (art. 100 § 5 k.p.k.).

WYDANIE EUROPEJSKIEGO NAKAZU DOCHODZENIOWEGO

Po wydaniu postanowienia w przedmiocie wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego kolejnym krokiem jest wydanie nakazu (art. 589y k.p.k.), który jest przekazywany do organu wykonującego. Zarówno przepisy Kodeksu postępowania karnego, jak i dyrektywa 2014/41 oraz formularz europejskiego nakazu dochodzeniowego nie regulują kwestii czynnego uczestnictwa oskarżonego i jego obrońcy w postępowaniu dotyczącym jego wydania. Biorąc pod uwagę wieloaspektowość czynności dowodowych podejmowanych za granicą, dobrą praktyką wśród organów byłoby konsultowanie wystąpienia z nakazem z obrońcą (np. w zakresie pytań, które mają być zadane świadkowi podczas przesłuchania, czy dopuszczenia obrońcy do udziału w czynności za granicą). Stanowisko takie byłoby również kompatybilne z wspomnianym wyżej art. 1 ust. 4 dyrektywy 2014/41, zgodnie z którym dyrektywa ta nie ma wpływu na obowiązek poszanowania praw podstawowych i podstawowych zasad prawnych zapisanych w art. 6 TUE, w tym prawa do obrony osób objętych postępowaniem karnym. Niestety, przepisy nie gwarantują wprost takich uprawnień i to, czy obrońca rzeczywiście będzie uwzględniony w procedurze wydania nakazu oraz jak szeroko organ wydający będzie interpretował art. 1 ust. 4 dyrektywy 2014/41, zależy będzie w dużej mierze od tego organu.

¹⁰ Rozwiązanie to jest zgodne z dyrektywą 2014/41, która nie gwarantuje środków odwoławczych w przedmiocie wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego, a wymaga jedynie, by w odniesieniu do czynności wskazanych w nakazie przysługiwały środki odwoławcze równoważne środkom, które przysługiwałyby w podobnej sprawie krajowej (art. 14 dyrektywy 2014/41).

WYKONANIE EUROPEJSKIEGO NAKAZU DOCHODZENIOWEGO

Wykonanie nakazu odbywa się według prawa państwa wykonującego (art. 9 ust. 1 dyrektywy 2014/41). Oznacza to, że krajowe przepisy dotyczące udziału obrońcy w czynnościach dowodowych (w tym art. 315, 316 i 317 k.p.k.) nie będą miały w tym wypadku zastosowania. W sprawach dotyczących przeprowadzenia czynności dowodowej w innym państwie członkowskim UE udział obrońcy może być zatem poważnie utrudniony, i to zarówno z powodów prawnych, jak i faktycznych.

Trudności prawne mogą wynikać z faktu operowania na dwóch (lub więcej) ustawodawstwach, przy jednoczesnym braku wspólnych reguł dotyczących powiadamiania obrońcy i umożliwiania mu udziału w czynnościach dowodowych. Innymi słowy to, czy i w jaki sposób obrońca zostanie poinformowany i dopuszczony do udziału w czynności dowodowej (np. oględziny, przesłuchanie świadka), będzie zależać od prawa krajowego państwa wykonującego nakaz. Dotyczy to również sytuacji, gdy europejski nakaz dochodzeniowy został wydany na wniosek obrońcy, co w analogicznej sprawie krajowej gwarantowałoby jego udział w czynności (art. 315 § 2 k.p.k.). Analiza zarówno przepisów dyrektywy 2014/41, jak i Kodeksu postępowania karnego prowadzi do konkluzji, że polski organ wydający nakaz nie ma obowiązku zabiegać o umożliwienie obrońcy udziału w czynności przeprowadzanej za granicą, nawet jeżeli udział byłby zagwarantowany w analogicznej sprawie krajowej (choć jest to wskazane z uwagi na art. 1 ust. 4 dyrektywy 2014/41). Może tego jednak dokonać w ramach art. 9 ust. 2 dyrektywy 2014/41¹¹, wypełniając część I formularza europejskiego nakazu dochodzeniowego (rozwiązanie takie byłoby również zgodne z art. 1 ust. 4 dyrektywy). Biorąc pod uwagę, że działanie takie nie jest obligatoryjne, istotne może okazać się wpływanie przez obrońcę na organ, np. w treści wniosku dowodowego dotyczącego wydania europejskiego nakazu dochodzeniowego czy też korzystając z art. 9 § 2 k.p.k.

Podstawą do oczekiwania przez obrońcę prawa udziału w czynności dowodowej przeprowadzanej za granicą może być jednak dyrektywa 2013/48 w sprawie dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozba-

TRUDNOŚCI PRAWNE MOGĄ WYNIKAĆ Z FAKTU OPEROWANIA NA DWÓCH (LUB WIĘCEJ) USTAWODAWSTWACH, PRZY JEDNOCZESNYM BRAKU WSPÓLNYCH REGUŁ DOTYCZĄCYCH POWIADAMIANIA OBROŃCY I UMOŻLIWIANIA MU UDZIAŁU W CZYNNOŚCIACH DOWODOWYCH

¹¹ Zgodnie z tym przepisem organ wykonujący dopełnia formalności i procedur wyraźnie wskazanych przez organ wydający, pod warunkiem że takie formalności i procedury nie są sprzeczne z podstawowymi zasadami państwa prawa wykonującego. Wystąpienie do organu wykonującego nie jest zatem równoznaczne z obowiązkiem uwzględnienia przez ten organ żądania zastosowania procedur krajowych. Przepis ten jest wyrazem reguły *forum regit actum*, o której więcej G. Vermeulen, *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU. Thinking beyond borders, striving for balance, in search of coherence*, Maklu 2011, s. 42–43.

wieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności¹². Choć dyrektywa ta nie odnosi się wprost do europejskiego nakazu dochodzeniowego, można na jej podstawie zakładać jednolity standard w zakresie dostępu do obrońcy w niektórych czynnościach dowodowych. Na podstawie art. 3 ust. 3 dyrektywy 2013/48 państwa członkowskie zapewniają bowiem, aby podejrzani lub oskarżeni mieli prawo do:

- obecności i skutecznego udziału ich adwokata w czasie ich przesłuchiwania;
- obecności w czynnościach okazania w celu rozpoznania, konfrontacji, eksperymentów procesowych polegających na odtworzeniu przebiegu przestępstwa w przypadku, gdy czynności te są przewidziane w prawie krajowym oraz jeżeli jest dla nich wymagana lub dozwolona obecność podejrzanego lub oskarżonego.

Czasowe odstępstwa od powyższych praw mogą mieć miejsce jedynie na etapie postępowania przygotowawczego w przypadku:

- pilnej potrzeby zapobieżenia poważnym negatywnym konsekwencjom dla życia, wolności lub nietykalności cielesnej jakiejś osoby;
- konieczności podjęcia przez organy ścigania natychmiastowego działania w celu niedopuszczenia do narażenia postępowania karnego na znaczący uszczerbek (art. 3 ust. 6 dyrektywy 2013/48).

Odstępstwa te muszą być ponadto proporcjonalne i nie mogą wykraczać ponad to, co jest konieczne oraz ściśle ograniczone w czasie, nie mogą opierać się wyłącznie na rodzaju lub wadze zarzucanego przestępstwa ani nie mogą naruszać ogólnej rzetelności postępowania (art. 8 ust. 1 dyrektywy 2013/48).

W odniesieniu do powyższych czynności dowodowych można zatem oczekiwać, że prawo krajowe państwa wydającego będzie gwarantowało możliwość udziału w nich obrońcy.

Powstaje jednak pytanie, jak miałyby wyglądać egzekwowalność omawianego prawa i organy którego państwa są odpowiedzialne za umożliwienie obrońcy skorzystanie z niego oraz wywiązanie się ze standardu nałożonego w art. 1 ust. 4 dyrektywy 2014/41. Z uwagi na fakt, że czynność odbywa się w państwie wykonującym nakaz, to organ tego państwa powinien zapewnić obrońcy udział w czynnościach wynikający z dyrektywy 2013/48 oraz poinformować go o ich czasie i miejscu. Problem pojawia się jednak na gruncie praktycznym – organ ten co do zasady nie dysponuje danymi kontaktowymi obrońcy, formularz nakazu nie przewiduje bowiem takich informacji. Co więcej, dyrektywa zakłada współpracę i bezpośredni kontakt pomiędzy organami, a nie stronami procesu, co wyłącza możliwość zwracania się organu wykonującego bezpośrednio do obrońcy. Możliwe są zatem następujące rozwiązania:

- a) organ wykonujący kontaktuje się z organem polskim w celu ustalenia, czy w sprawie bierze udział obrońca oraz, jeśli tak, zwraca się o zawiadomienie obrońcy o po-

¹² Dyrektywa 2013/48 w sprawie dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności (Dz. Urz. UE L 294/1 z 6.11.2013 r.), dalej dyrektywa 2013/48.

dejmowanych czynnościach dowodowych (na podstawie art. 9 ust. 6 dyrektywy 2014/41);

- b) organ wykonujący informuje o prawie dostępu do obrońcy w podejmowanych czynnościach podejrzanego lub oskarżonego, którego dotyczy europejski nakaz dochodzeniowy, który na własną rękę informuje o tym swojego obrońcę¹³.

Podobne rozwiązanie może mieć miejsce, jeśli udział obrońcy w sytuacjach innych aniżeli wskazane w art. 3 ust. 3 dyrektywy 2013/48 wynika z prawa krajowego państwa wykonującego.

Poza wskazanymi powyżej, prawnymi trudnościami związanymi z dopuszczeniem obrońcy do udziału w czynności wskazanej w europejskim nakazie dochodzeniowym poważną przeszkodą mogą być również kwestie praktyczne związane z kosztami podróży do państwa wykonującego w celu wzięcia udziału w czynności czy tłumaczeń zagranicznych pism i ustaw. Rozwiązaniem może być skorzystanie z pomocy lub substytucji prawnika zagranicznego będącego członkiem *European Criminal Bar Association*¹⁴, które to stowarzyszenie zakłada współpracę w transgranicznych sprawach karnych. Wciąż aktualna pozostaje jednak sprawa kosztów takiej pomocy.

Wsparcie prawnika zagranicznego może być również konieczne w przypadku wniesienia środków odwoławczych na sposób przeprowadzenia czynności dowodowej w państwie wykonującym (art. 14 dyrektywy 2014/41). Znajomość procedury oraz systemu prawnego państwa wykonującego może się bowiem okazać kluczowa podczas podejmowania decyzji o możliwości oraz sposobie wniesienia takiego środka¹⁵.

**UJEDNOLICONEGO STANDARDU
W ZAKRESIE DOSTĘPU
DO OBROŃCY MOŻNA SIĘ
SPODZIEWAĆ WZGLĘDEM
CZYNNOŚCI PRZESŁUCHANIA
OSKARŻONEGO LUB
PODEJRZANEGO, A TAKŻE
DOKONYWANYCH Z JEGO
UDZIAŁEM CZYNNOŚCI
OKAZANIA, KONFRONTACJI
CZY EKSPERYMENTU
PROCESOWEGO**

¹³ Dyrektywa 2014/41 wskazuje podobne rozwiązanie w odniesieniu do przesłuchania podejrzanego lub oskarżonego w drodze wideokonferencji (art. 24 ust. 3 lit. b). Jeżeli nakaz dotyczy tej czynności, organ wykonujący zobowiązuje się, że wezwie i poinformuje przesłuchiwanego o jego prawach na mocy prawa państwa wydającego, z wyprzedzeniem umożliwiającym skuteczne skorzystanie z przysługującego mu prawa do obrony. Nie jest to przepis wprost angażujący obrońcę, ale dający oskarżonemu czas m.in. na nawiązanie kontaktu z obrońcą. W przypadku stawienia się obrońcy jego udział w czynności przesłuchania będzie zagwarantowany na podstawie art. 3 ust. 3 lit. b dyrektywy 2013/48.

¹⁴ Zob. <http://www.ecba.org/content/> (dostęp: 19.03.2019 r.).

¹⁵ Dostępność oraz sposób wnoszenia środków odwoławczych determinuje prawo państwa wykonującego. Zgodnie z art. 14 dyrektywy 2014/41 przysługujące w tym wypadku środki są równoważne tym, które przysługiwałyby w podobnej sprawie krajowej. Organ wykonujący zapewnia, by przekazanie informacji o przewidzianych w prawie krajowym możliwościach skorzystania ze środków odwoławczych nastąpiło w odpowiednim czasie, by umożliwić ich skuteczne wykonanie, w takim samym terminie jak w sprawach krajowych oraz w sposób gwarantujący możliwość skutecznego z nich skorzystania.

Podsumowując, dostęp obrońcy do udziału w czynnościach dowodowych podejmowanych na podstawie europejskiego nakazu dochodzeniowego warunkuje prawo państwa wykonującego, które wykonując nakaz, stosuje taką procedurę jak w analogicznej sprawie krajowej. Oznacza to zatem, że nawet prawo państwa wykonującego, inaczej niż prawo polskie, nie przewiduje udziału obrońcy w danej czynności, to o ile organ polski nie zastrzegł takiego warunku korzystając z części I formularza nakazu, zastosowanie będą miały reguły zagraniczne. Ujednoliconego standardu w zakresie dostępu do obrońcy można się jednak spodziewać względem czynności przesłuchania oskarżonego lub podejrzanego, a także dokonywanych z jego udziałem czynności okazania, konfrontacji czy eksperymentu procesowego, bowiem na mocy dyrektywy 2013/48 wszystkie państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia udziału obrońcy w wymienionych czynnościach. Zarówno w tym wypadku, jak i wtedy, kiedy prawo państwa wykonującego zapewnia udział obrońcy, organ zagraniczny może poinformować o tym prawie oraz o czasie i miejscu czynności obrońcę za pomocą polskiego organu lub w ramach pouczenia oskarżonego.

OCENA DOPUSZCZALNOŚCI DOWODU ZGROMADZONEGO NA PODSTAWIE EUROPEJSKIEGO NAKAZU DOCHODZENIOWEGO

Ocena dopuszczalności dowodu zgromadzonego w ramach europejskiego nakazu dochodzeniowego odbywa się na podstawie art. 587 k.p.k., zgodnie z którym sporządzone na wniosek polskiego sądu lub prokuratora protokoły oględzin, przesłuchań osób w charakterze oskarżonych, świadków, biegłych lub protokoły innych czynności dowodowych, dokonanych przez sądy lub prokuratorów państw obcych albo organy działające pod ich nadzorem, mogą być odczytywane na rozprawie na zasadach określonych w art. 389, 391 i 393, jeżeli sposób przeprowadzenia czynności nie jest sprzeczny z zasadami porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej. Przepis ten nie wymaga zatem pełnej zgodności procedury zagranicznej z krajową, lecz odwołuje się do klauzuli porządku prawnego RP, definiowanej głównie przez zasady konstytucyjne, procesowe oraz zakazy dowodowe¹⁶.

W konfrontacji z dowodem zagranicznym obrońca może dążyć do:

- a) wykluczenia takiego dowodu na podstawie art. 587 k.p.k. z powodu sprzeczności sposobu przeprowadzenia czynności z zasadami porządku prawnego RP, w tym z prawem do obrony (np. jeśli standard wydania i wykonania nakazu odbiegał od standardu krajowego i w związku z tym naruszał prawo do obrony); niestety, z uwagi na brak w przepisach krajowych środków kwestionowania przez obrońcę dowodów powołanie się na art. 587 k.p.k. może mieć miejsce jedynie w postaci składanego na podstawie art. 9 § 2 k.p.k. wniosku o dokonanie czynności zbadania zgodności czynności z zasadami porządku prawnego RP lub wniosku o pominięcie dowodu, w ramach głosów końcowych na rozprawie głównej lub, na etapie postępowania odwoławczego, w formie zarzutu apelacyjnego;

¹⁶ Więcej na temat treści klauzuli porządku prawnego RP M. Kusak, *Dowody zagraniczne. Gromadzenie i dopuszczalność w polskim procesie karnym. Przewodnik ze wzorami*, Warszawa 2019, s. 67–141.

- b) dopuszczenia przez organ prowadzący postępowanie dowodu zagranicznego; można się tego domagać za pomocą wniosku składanego na podstawie art. 9 § 2 k.p.k. lub, na etapie postępowania odwoławczego, podnosząc w postępowaniu apelacyjnym, że sąd bezzasadnie pominął dowód zagraniczny, uznając go za sprzeczny z zasadami porządku prawnego lub nie uwzględnił wniosku dowodowego o wydanie europejskiego nakazu dochodzeniowego.

PODSUMOWANIE

Sytuacja prawna obrońcy w procesie wydania i wykonania europejskiego nakazu dochodzeniowego nie jest w pełni klarowna i stanowi w dużej mierze wypadkową prawa krajowego, prawa państwa wykonującego oraz dyrektyw 2014/41 i 2013/48, a także przyjętej w konkretnej sprawie praktyki działania organu wydającego nakaz. Obrońca ma inicjatywę wydania nakazu (dotyczącego zarówno przeprowadzenia czynności dowodowej, jak i przekazania dowodu już istniejącego), prawo do bycia poinformowanym o wydaniu europejskiego nakazu dochodzeniowego z urzędu, a jeżeli wskazana w nakazie czynność jest zaskarżalna, do otrzymania postanowienia oraz do wniesienia na nie zażalenia. Ze względów pragmatycznych i w celu dążenia do jak największego zagwarantowania równości broni wskazane jest szerokie interpretowanie art. 1 ust. 4 dyrektywy 2014/41 skutkujące m.in. uwzględnianiem stanowiska obrońcy zarówno w procedurze wystąpienia, (np. przy formułowaniu listy pytań do świadka), jak i wykonania nakazu (np. dążenie do zapewnienia udziału obrońcy w czynności na podstawie art. 9 ust. 2 dyrektywy 2014/41). Zakres wykonywania przez obrońcę powyższych uprawnień będzie jednak w dużej mierze zależał od podejścia organu wydającego nakaz.

Najsłabszym punktem jest udział obrońcy w czynnościach podejmowanych za granicą. Dyrektywa 2014/41 zakłada wykonywanie nakazu zgodnie z prawem państwa wykonującego, co w praktyce może oznaczać brak możliwości udziału obrońcy w czynności nawet wtedy, gdy na mocy prawa krajowego dostęp taki byłby zagwarantowany (o ile organ wydający nie skorzysta z możliwości żądania dopełnienia formalności i procedur wyraźnie wskazanych w nakazie, co jest możliwe na podstawie art. 9 ust. 2 dyrektywy 2014/41). Jednolitego unijnego standardu udziału obrońcy można jednak oczekiwać na podstawie dyrektywy 2013/48 w odniesieniu do czynności przesłuchania oskarżonego lub podejrzanego oraz dokonywanych z jego udziałem czynności okazania, konfrontacji czy eksperymentu procesowego. Zarówno w tym wypadku, jak i wówczas, kiedy prawo państwa wykonującego zapewnia udział obrońcy w czynności, organ zagraniczny może poinformować obrońcę o tym prawie oraz o czasie i miejscu czynności za pomocą polskiego organu lub w ramach pouczenia oskarżonego. Poza kwestiami prawnymi barierą dla udziału obrońcy w czynnościach dowodowych podejmowanych za granicą mogą być również trudności faktyczne, zwłaszcza oddalenie geograficzne, koszty podróży obrońcy, substytucji zagranicznej czy tłumaczeń.

Trudne w realizacji wydaje się również wykonywanie prawa do wnoszenia środków odwoławczych na czynności dowodowe podejmowane za granicą na podstawie europejskiego nakazu dochodzeniowego. Zgodnie z dyrektywą 2014/41 środki te przysługują

na takich samych zasadach jak w sprawach krajowych, a organ wykonujący zapewnia, by przekazanie informacji o przewidzianych w prawie krajowym możliwościach skorzystania ze środków odwoławczych nastąpiło w odpowiednim czasie, by umożliwić ich skuteczne wykonanie, oraz w sposób gwarantujący możliwość skutecznego z nich skorzystania. W praktyce jednak trafne wykorzystanie środka odwoławczego może okazać się niemożliwe bez pomocy zagranicznego prawnika z uwagi na nieznaną danego systemu prawnego. I w tym wypadku zaporowe mogą okazać się wysokie koszty tłumaczeń czy współpracy z prawnikiem zagranicznym. Szkoda, że we współpracy dowodowej ustawodawca europejski nie przyjął rozwiązań dotyczących dostępu do obrońcy w procedurze wykonania europejskiego nakazu aresztowania, o których mowa art. 10 dyrektywy 2013/48 oraz art. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1919 w sprawie pomocy prawnej z urzędu dla podejrzanych i oskarżonych w postępowaniu karnym oraz dla osób, których dotyczy wnioski w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania (Dz.Urz. UE L 297/1 z 4.11.2016 r.). Zgodnie z powyższymi przepisami w przypadku zatrzymania w celu wykonania europejskiego nakazu aresztowania osoby podlegające nakazowi mają prawo do ustanowienia adwokata zarówno w państwie wykonującym, jak i wydającym nakaz. Adwokat w prawie państwa wydającego europejski nakaz aresztowania ma za zadanie wspomagać adwokata w państwie wykonującym poprzez udzielanie mu informacji i porad. Ponadto możliwe jest wyznaczenie obu adwokatów z urzędu. Przyjęcie podobnego rozwiązania we współpracy dowodowej przyczyniłoby się do zwiększenia szans współpracy obrońców w obu państwach, wyeliminowania bariery finansowej w korzystaniu z transgranicznej pomocy prawnej oraz realizacji uprawnień związanych z wnoszeniem środków odwoławczych w innym państwie członkowskim UE.

Wreszcie, obrońca dysponuje mało skutecznymi środkami zarówno kwestionowania dopuszczalności dowodu zagranicznego (zgromadzonego lub przekazanego przy użyciu europejskiego nakazu dochodzeniowego), jak i odwrotnie, wpływania na organ w zakresie przeprowadzenia i wykorzystania takiego dowodu.

Przedstawione powyżej, mało optymistyczne rozważania dotyczące pozycji obrońcy w procedurze wydania i wykonania europejskiego nakazu dochodzeniowego w innym państwie członkowskim wynikają głównie z niedoskonałości dyrektywy 2014/41, w której nie uwzględniono standardów gromadzenia dowodów, w tym prawa do obrony i uprawnień obrońcy, a jedynie ogólnikowo odniesiono się do praw podstawowych. Polski ustawodawca nie miał jednak aspiracji do uzupełnienia tych luk i wprowadzenia m.in. obowiązku występowania o stanowisko oskarżonego i jego obrońcy w procedurze wydania nakazu czy dążenia do umożliwienia ich udziału w czynnościach dowodowych podejmowanych za granicą. Za niekorzystną należy uznać również pozycję obrońcy w kwestionowaniu dopuszczalności dowodów zagranicznych, co wynika głównie z braku krajowych rozwiązań umożliwiających procesową reakcję na wykorzystywane w postępowaniu dowody, nie tylko zagraniczne.

Publikacja powstała w ramach grantu finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer 2014/15/N/HS5/02686.

ABSTRACT

Martyna Kusak – Defence lawyer and the European investigation order

The article presents the role of a defence lawyer in the procedure of issuing and executing abroad the European investigation order, as well as the impact of the lawyer on admissibility of foreign evidence in Polish criminal proceedings. Neither the directive 2014/41 nor chapters 62c – 62d of the Code Criminal Procedure, which transpose the directive, directly address this issue. Therefore, in order to determine the role of the defence lawyer confronted with the European investigation order it is necessary to have an insight into both domestic and EU law, what constitutes the theme of this article.

Keywords: *European investigation order; right of access to a lawyer; admissibility of foreign evidence*

dr Martyna Kusak

The author is an adjunct professor at Chair of Criminal Procedure, Faculty of Law and Administration, Adam Mickiewicz University in Poznań and post-doc collaborator in the Institute for International Research on Criminal Policy, Ghent University (Belgium). She is supported by the Foundation for Polish Science (FNP).

dr Martyna Kusak

Autorka jest adiunktem w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz post-doc collaborator w Institute for International Research on Criminal Policy Uniwersytetu w Gandawie (Belgia). Jest stypendystką korzystającą ze wsparcia finansowego Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej (FNP).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Falkiewicz Ariel, *Interes wymiaru sprawiedliwości jako przesłanka pozytywna w międzynarodowej współpracy w sprawach karnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008/5, s. 4

Kusak Martyna, *Dowody zagraniczne. Gromadzenie i dopuszczalność w polskim procesie karnym. Przewodnik ze wzorami*, Warszawa 2019

Lach Arkadiusz, *Europejski nakaz dochodzeniowy (w:) Proces karny w dobie przemian. Przebieg postępowania*, red. S. Steinborn, K. Woźniewski, Gdańsk 2018

Vermeulen Gert, *Free gathering and movement of evidence in criminal matters in the EU. Thinking beyond borders, striving for balance, in search of coherence*, Maklu 2011

Pojęcia kluczowe: tajemnica adwokacka, adwokatura, adwokat, oskarżony, obwiniony, prawo do obrony, postępowanie dyscyplinarne, postępowanie karne

Artykuły

Małgorzata Banach, Marek Smarzewski

PRAWO ADWOKATA DO OBRONY W POSTĘPOWANIU KARNYM I DISCYPLINARNYM A TAJEMNICA ADWOKACKA

Artykuł dotyczy problematyki prawa do obrony adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dyscyplinarnym w kontekście ujawnienia tajemnicy adwokackiej. Tajemnica adwokacka jest niewątpliwie wartością pierwszorzędą i podstawową z punktu widzenia funkcjonowania zawodu adwokata jako zawodu zaufania publicznego. Niejednokrotnie jednak ciężący na adwokacie obowiązek zachowania w tajemnicy wszystkiego, czego dowiedział się, udzielając pomocy prawnej, pozostaje trudny do pogodzenia z realizacją przez adwokata prawa do obrony w postępowaniu karnym i dyscyplinarnym. Starając się odpowiednio naświetlić analizowany problem, zwłaszcza w kontekście nakazów i zakazów płynących z zasad deontologii zawodowej, autorzy podejmują również próbę rozwiązania wskazanej kwestii i proponują wprowadzenie nowych, klarownych rozwiązań w tym zakresie nie tylko dla odpowiedniego urealnienia realizacji przez adwokata przysługującego mu prawa do obrony, ale i zapewnienia efektywniejszej ochrony tajemnicy adwokackiej.

Tajemnica adwokacka i jej ochrona stanowią niezmiennie kwestie mające z punktu widzenia funkcjonowania adwokatury znaczenie pierwszorzędne, gdyż warunkują postrzeganie zawodu adwokata przez pryzmat kategorii zaufania publicznego. To ogólnie pojęta wiara klienta w abstrakcyjnie rozumianą poufność i dyskrecję adwokata sprawia niejednokrotnie, że bez obawy o ich ujawnienie powierza on mu informacje, które obiektywnie są bądź też w perspektywie mogą okazać się istotne w odniesieniu do danej sprawy.

Niebudzącą wątpliwości deklarację relewantną w tym kontekście wysławia w sposób wyraźny ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze¹, w przepisach art. 6 ust. 1–3 p.o.a. Zgodnie z art. 6 ust. 1 p.o.a. na każdego adwokata, przy czym w związku z art. 75 ust. 5 p.o.a. także na aplikantów adwokackich, ustawodawca nałożył prawny obowiązek zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedzieli się w związku z udzielaniem pomocy prawnej, tj. zarówno udzielając porady, jak i prowadząc sprawę, na jakimkolwiek etapie i w jakimkolwiek zakresie. Zakres tajemnicy wyznacza przy tym zwłaszcza fakt pozyskania informacji w powiązaniu z wykonywaniem merytorycznych czynności zawodowych². Takie ujęcie zasadniczo wydaje się pozostawać zgodne z tym wyrażonym w § 19 ust. 1 Zbioru zasad etyki adwokackiej³, a wskazującym, że adwokat ma obowiązek zachować w tajemnicy oraz zabezpieczyć przed ujawnieniem lub niepożądanym wykorzystaniem wszystko, o czym dowiedział się w związku z wykonywaniem obowiązków zawodowych. Należy przy tym zaznaczyć, że nie podlega ograniczeniu w czasie obowiązek zachowania tajemnicy adwokackiej (art. 6 ust. 2 p.o.a.), a nadto iż adwokata nie można zwolnić z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej w przedmiocie faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę (art. 6 ust. 3 p.o.a.). Jako zasadne jawi się zatem przyjąć, że zaprezentowana, a przezierająca na przedstawionym normatywnym tle koncepcja może wzmocnić obiektywne przeświadczenie o wiarygodności adwokata *in abstracto*.

Tajemnica adwokacka ma – z nieakceptowanym przez adwokatów wyjątkiem wyrażonym w art. 6 ust. 4 p.o.a. – charakter absolutny, bezwzględnie obowiązujący⁴. Naczelna Rada Adwokacka wielokrotnie podkreślała wiążący nakaz zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu, i to niezależnie od stanowiska i woli organów procesowych w tym przedmiocie. Obowiązek strzeżenia tajemnicy adwokackiej osadza zaś w wymiarze etycznym i prawnym, odnosząc go do każdego adwokata⁵.

Wypada zauważyć, że problematykę tajemnicy adwokackiej podejmowali już autorzy

ZGODNIE Z § 19 UST. 1 ZBIORU ZASAD ETYKI ADWOKACKIEJ ADWOKAT ZOBOWIĄZANY JEST ZACHOWAĆ W TAJEMNICY ORAZ ZABEZPIECZYĆ PRZED UJAWNIENIEM LUB NIEPOŻĄDANYM WYKORZYSTANIEM WSZYSTKO, O CZYM DOWIEDZIAŁ SIĘ W ZWIĄZKU Z WYKONYWANIEM OBOWIĄZKÓW ZAWODOWYCH

¹ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.), dalej p.o.a.

² Zob. wyrok SN z 1.12.2016 r. (SDI 65/16), LEX nr 2182292.

³ Uchwała NRA nr 2/VIII/98 z 10.10.1998 r. – Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej) ze zm. wprowadzonymi uchwałą NRA nr 32/2005 z 19.11.2005 r., uchwałami NRA nr 33/2011–54/2011 z 19.11.2011 r. oraz uchwałą 64/2016 NRA z 25.06.2016 r. (Adwok.2018.2.27 – tekst jednolity), dalej k.e.a.

⁴ Zob. Z. Krzemiński, *Etyka adwokacka. Testy, orzecznictwo, komentarz*, Warszawa 2008, s. 80–81; J. Naumann, *Komentarz do § 19 Zbioru Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu* (w:) J. Naumann, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, Warszawa 2017, Legalis/el.

⁵ Zob. uchwała NRA z 12.12.1993 r. oraz uchwała NRA z 18.06.1994 r., „Palestra” 1994/7–8, s. 209–210. Zob. również ostatnio uchwałę NRA nr 22/2014 z 22.11.2014 r., http://www.nra.pl/dokumenty/UCHWALA_

w artykule dotyczącym jej ochrony w związku z czynnościami przesłuchania i przeszkolenia⁶. W ramach przeprowadzonych tamże rozważań pominięty został jednakowoż problem nakazu zachowania tajemnicy adwokackiej wobec potencjalnego jej ujawnienia przez adwokata w postępowaniu karnym i postępowaniu dyscyplinarnym w ramach realizacji przysługującego mu prawa do obrony. Należy poczynić zastrzeżenie, że w niniejszej publikacji tajemnicę adwokacką rozumie się jednolicie, niezależnie od dokonywanej dyferencjacji, w ramach której na gruncie karnoprocesowym – w obrębie wskazanej figury pojęciowej – wyodrębnia się podkategorie w postaci tajemnicy obrończej oraz zawodowej tajemnicy adwokata niebędącej obrońcą. Otóż już ujęcie funkcjonujące

w oparciu o art. 6 p.o.a. nakazuje postrzegać tę tajemnicę jako bezwzględną, istotowo spójną, niepodzielną, taką, którą ma w obowiązku zachować każdy adwokat niezależnie od tego, czy miałoby to dotyczyć czynności jego przesłuchania w charakterze świadka, na okoliczności nią objęte, czy też sytuacji, w której adwokat występowałby w procesie jako podejrzany lub oskarżony i w związku z tym miał ujawnić tę tajemnicę, realizując przysługujące mu prawo do obrony.

W nawiązaniu do określonego ogólnie problemu, stanowiącego przedmiot niniejszych rozważań, trzeba zauważyć, że jego przedstawienie nie jest zadaniem łatwym, zwłaszcza ze względu na fundamentalne zasady etyki adwokackiej i determinowaną przez nie wykładnię innych przepisów prawnych, w tym tych funkcjonujących na gruncie obowiązującej ustawy karnoprocesowej.

Należy wszakże zauważyć, że obrona tematyka jest w doktrynie i orzecznictwie stosunkowo rzadko szerzej poruszana, ostatnio w odniesieniu do ujawnienia tajemnicy adwokackiej przez obwinionego adwokata w ramach prawa do obrony w postępowaniu dyscyplinarnym, m.in. w publikacjach autorstwa R. Baszuka⁷, Ł. Chojniaka⁸ oraz J. Naumanna⁹.

**TAJEMNICA ADWOKACKA MA
– Z NIEAKCEPTOWANYM PRZEZ
ADWOKATURĘ WYJĄTKIEM
WYRAŻONYM W ART. 6 UST. 4
P.O.A. – CHARAKTER ABSOLUTNY,
BEZWZGLĘDNI OBOWIĄZUJĄCY.
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WIELOKROTNIE PODKREŚLAŁA
WIĄŻĄCY NAKAZ ZACHOWANIA
W TAJEMNICY INFORMACJI
UZYSKANYCH W ZWIĄZKU
Z WYKONYWANIEM ZAWODU,
I TO NIEZALEŻNIE OD STANOWISKA
I WOLI ORGANÓW PROCESOWYCH**

Nr_22-2014.pdf (dostęp: 19.02.2019 r.) oraz uchwałę NRA nr 44/2018 z 9.06.2018 r., http://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-uchwala-nr-44-2018-23460.pdf (dostęp: 19.02.2019 r.).

⁶ Zob. M. Smarzewski, M. Banach, *Ochrona tajemnicy adwokackiej w procesie karnym w związku z czynnościami przesłuchania i przeszkolenia*, „Palestra” 2017/3, s. 75–87.

⁷ Zob. R. Baszuk, *Tajemnica zawodowa w wyjaśnieniach obwinionego składanych w postępowaniu dyscyplinarnym*, „Palestra” 2014/3–4, s. 168–173.

⁸ Zob. Ł. Chojniak, *Prawo do obrony w dochodzeniu dyscyplinarnym adwokatów – wybrane zagadnienia z uwzględnieniem ostatniej nowelizacji Prawa o adwokaturze*, „Palestra” 2015/3–4, s. 95–106; Ł. Chojniak, *Realizacja zasady trafnej reakcji dyscyplinarnej w postępowaniu dyscyplinarnym adwokatów – wybrane problemy*, „Palestra” 2016/10, s. 73–85.

⁹ Zob. J. Naumann, *Tajemnica zawodowa w wyjaśnieniach obwinionego składanych w postępowaniu dyscyplinarnym – uwagi polemiczne*, „Palestra” 2014/3–4, s. 174–178.

Tematyka dotycząca kwestii konieczności przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata przesłuchiwanego w charakterze podejrzanego lub oskarżonego w postępowaniu karnym albo obwinionego w toku postępowania dyscyplinarnego spotkała się z szerokim zainteresowaniem praktyków i przedstawicieli nauki na tle tezy Sądu Najwyższego wyrażonej w zasadniczej w punkcie wyjścia uchwale z 29.11.1962 r., zgodnie z którą wyrażony w ustawie regulującej ustrój adwokatury obowiązek adwokata zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się z tytułu wykonywania swego zawodu, obejmuje całość jego rozmów z klientem, pozostających w związku z omawianiem obrony w konkretnej sprawie. Kluczowe przy tym pozostawało przyjęcie przez Sąd Najwyższy założenia, że obowiązek zachowania milczenia upada, w sytuacji gdy adwokat w związku z treścią danej rozmowy z klientem znalazł się w pozycji obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym lub oskarżonego czy też podejrzanego w postępowaniu karnym. Uznano bowiem, że prawo do obrony nie może doznać ograniczenia przez związanie adwokata obowiązkiem tajemnicy zawodowej¹⁰.

W tym kontekście, w tym również w związku z przywołaną uchwałą, która zainicjowała w doktrynie ożywioną dyskusję co do możliwości ujawnienia przez adwokata w ramach prawa do obrony okoliczności objętych tajemnicą adwokacką, należy wyodrębnić dwie grupy, prezentujące przeciwstawne poglądy w przedmiotowej kwestii. Pierwsza, reprezentowana przez takich autorów, jak Z. Krzemiński¹¹, A. Kaftal¹² i Z. Skoczek¹³, wyrażała przekonanie o bezwzględny charakterze tajemnicy adwokackiej, nie dopuszczając możliwości czynienia od niej jakichkolwiek odstępstw. Druga opcja z kolei znalazła wyraz w opracowaniach M. Cieślaka¹⁴, S. Garlickiego¹⁵, K. Łojewskiego¹⁶, R. Łyczywka¹⁷ czy K. Buchały¹⁸, którzy uznali, że brak jest podstaw do ograniczania prawa do obrony oskarżonego lub podejrzanego w jego wyjaśnieniach składanych w postępowaniu karnym lub dyscyplinarnym z uwagi na zakaz ujawniania okoliczności objętych szeroko rozumianą tajemnicą adwokacką. Na marginesie wypada wskazać, że w tym zakresie szczególnie dobitnie i rzeczowo argumentował M. Cieślak¹⁹. Tajemnica

¹⁰ Zob. uchwała SN z 29.11.1962 r. (VI KO 61/62), Legalis nr 518578.

¹¹ Zob. Z. Krzemiński, *Problem tajemnicy zawodowej adwokata w świetle przepisów prawnych*, „Palestra” 1959/10, s. 31–39.

¹² Zob. A. Kaftal, *O niektórych zagadnieniach przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata-podejrzanego w procesie karnym*, „Palestra” 1963/4, s. 10–14; A. Kaftal (w:) A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *Trójgłos w sprawie tajemnicy zawodowej adwokata*, „Palestra” 1964/3, s. 1–6.

¹³ Zob. Z. Skoczek, *Spór o tajemnicę adwokacką*, „Palestra” 1969/2, s. 28–35.

¹⁴ Zob. M. Cieślak, *Glosa do uchwały SN z 29.XI.1962 r., VI KO 61/62*, „Państwo i Prawo” 1963/7, s. 170; M. Cieślak (w:) A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *Trójgłos w sprawie tajemnicy zawodowej adwokata*, s. 6–12.

¹⁵ Zob. S. Garlicki (w:) A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *Trójgłos w sprawie tajemnicy zawodowej adwokata*, s. 12–14.

¹⁶ Zob. K. Łojewski, *Problematyka tajemnicy zawodowej adwokata (Na marginesie uchwały Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z dnia 10 listopada 1966 r.)*, „Palestra” 1967/3, s. 42–56.

¹⁷ Zob. R. Łyczywek, *Jeszcze o tajemnicy zawodowej adwokata*, „Palestra” 1963/11, s. 49–52.

¹⁸ Zob. K. Buchała, *W sprawie sporu o tajemnicę adwokacką*, „Palestra” 1969/2, s. 35–51.

¹⁹ Zob. szerzej zwłaszcza M. Cieślak (w:) A. Kaftal, M. Cieślak, S. Garlicki, *Trójgłos w sprawie tajemnicy zawodowej adwokata*, s. 9–12.

adwokacka w analizowanym odcinku (możliwości jej ujawnienia przez adwokata-oskarżonego w wyjaśnieniach) była zatem postrzegana nie tyle jako posiadająca charakter względny (co tyczy się przecież kwestii zwolnienia z obowiązku jej zachowania adwokata-świadka, którego nie wiązała tajemnica obrończa)²⁰, ile w ogóle w optyce karnoprocesowej nieobjęta zakresem względnego czy też bezwzględnego zakazu dowodowego, tym bardziej jeżeli na zagadnienie to zapatrywać się z perspektywy prawa oskarżonego lub obwinionego do obrony (niezależnie od absolutnego nakazu jej zachowania stanowionego przepisami ustawy regulującej ustrój adwokatury).

Znamienne jest stanowisko wyrażone przez Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej w uchwale z 10.11.1966 r., w którym podzielono pogląd Sądu Najwyższego z uchwały z 29.11.1962 r. co do możliwości ujawnienia przez adwokata oskarżonego, podejrzanego lub obwinionego w wyjaśnieniach treści objętych tajemnicą zawodową, jeżeli adwokat znalazł się w jednej ze wskazanych ról procesowych w związku z udzieleniem pomocy prawnej swemu klientowi. W uchwale uszczegółowiono jednak zaprezentowane podejście, podkreślając, że ujawnienie tajemnicy zawodowej przez adwokata oskarżonego lub obwinionego może nastąpić wyłącznie w zakresie koniecznym dla jego obrony. Zaznaczono przy tym, że przekroczenie tak wyznaczonej granicy miało uzasadniać pociągnięcie adwokata do odpowiedzialności dyscyplinarnej²¹. W komentowanej uchwale Naczelna Rada Adwokacka podzieliła zatem drugie z podejść, prezentowanych głównie wokół uchwały Sądu Najwyższego z 29.11.1962 r.

Co charakterystyczne, a jak już wskazywano, adwokatura często podkreślała wagę tajemnicy adwokackiej dla właściwego wykonywania zawodu adwokata oraz ogólnego postrzegania profesji adwokackiej. Znamienne jest jednak to, że co do zasady, ilekroć mówi się o potrzebie zachowania tajemnicy adwokackiej i jej ochrony w dziedzinie procesu karnego, tylekroć *in concreto* odnosi się ją do adwokata-świadka, nie zaś do adwokata-oskarżonego tudzież podejrzanego. Skrętnie niejednokrotnie wszakże pomija się badaną kwestię, w sytuacji gdy problematyka ta wymaga rozwinięcia i konkretyzacji.

Ochrona tajemnicy adwokackiej i jej bezwzględny charakter, dostrzegalny w świetle ustawy – Prawo o adwokaturze oraz wyrażanego wielokrotnie stanowiska w tym przedmiocie, w ostatnim czasie znajduje coraz częściej wyraz także w modelowych rozwiązaniach przyjmowanych w poszczególnych izbach adwokackich. Jako przykład można wskazać obowiązujące powinności adwokata Izby Adwokackiej w Katowicach wprowadzone mocą uchwał 87/2017 i 88/2017 z 16.11.2017 r., pierwszej – w przedmiocie powinności adwokata w przypadku czynności procesowych polegających na przesłuchaniu adwokata w jakimkolwiek postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, z którą to czynnością może się wiązać ryzyko ujawnienia tajemnicy zawodowej lub obrończej wraz z instrukcją postępowania, drugiej zaś – w przedmiocie procedury postępowania w przypadku przeszukania lokalu zawodowego lub prywatnego, w którym mogą znajdować się dokumenty i pisma zawierające informacje objęte tajemnicą adwokacką bądź

²⁰ Por. K. Buchała, *W sprawie sporu o tajemnicę adwokacką*, s. 35.

²¹ Zob. uchwała Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 10.11.1966 r., „Palestra” 1966/12, s. 137–138.

obrońcą wraz z instrukcją postępowania²². O ile jednak wstępnie, na podstawie tytułu uchwały nr 87/2017, można by uznać, że odnosi się ona ogólnie do czynności przesłuchania adwokata w jakimkolwiek postępowaniu, w sytuacji gdy zachodzi ryzyko ujawnienia tajemnicy adwokackiej, w tym, że obejmuje ona swym przynajmniej ogólnym zakresem także wypadek przesłuchania adwokata oskarżonego lub obwinionego, o tyle w istocie brak jest tegoż ujęcia w treści przywołanego aktu prawa korporacyjnego. Na uwagę zasługuje, że wskazane mankamenty zostały częściowo zniwelowane uchwałą nr 53/2018 Naczelnej Rady Adwokackiej z 24.11.2018 r. w sprawie rekomendowanego postępowania dotyczącego ochrony tajemnicy adwokackiej²³. W przedmiotowej uchwale wszakże, a także w załączniku stanowiącym jej integralną część, zawarte zostały już rekomendacje skierowane także do adwokata, mającego w toku postępowania status podejrzanego lub oskarżonego²⁴.

Trzeba zatem zauważyć, że pewne kroki w kierunku zwiększenia efektywności ochrony tajemnicy adwokackiej niewątpliwie są podejmowane, w dalszym ciągu na marginesie pozostaje jednakowoż kwestia ujawnienia tejże przez adwokata w ramach realizacji prawa do obrony. Jest to temat delikatny zwłaszcza z perspektywy etyki adwokackiej, jeżeli zważyć, że powstaje on na gruncie kolizji pomiędzy tajemnicą adwokacką i przysługującym oskarżonemu lub obwinionemu adwokatowi prawem do obrony. Analizowany problem jest tym bardziej trudny i kontrowersyjny, jeżeli bada się relację pomiędzy przepisami regulującymi zakazy dowodowe i dopuszczającymi ewentualnie od nich wyjątki a normami wysłowionymi w adwokackiej ustawie ustrojowej.

Konkretyzując ten punkt rozważań, trzeba nawiązać do zakazów wyrażonych w treści art. 178 pkt 1 k.p.k. i art. 180 § 2 k.p.k. Statuują one odpowiednio bezwzględny zakaz przesłuchania jako świadków obrońcy albo adwokata działającego na podstawie art. 245 § 1 k.p.k. co do faktów, o których dowiedział się, udzielając porady prawnej lub prowadząc sprawę, oraz względny zakaz przesłuchania w charakterze świadka osoby obowiązanej do zachowania tajemnicy adwokackiej co do faktów objętych tą tajemnicą, chyba że z obowiązku tegoż zostanie zwolniona przez sąd, tylko wtedy, gdy jest to niezbędne dla dobra wymiaru sprawiedliwości, a okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Nie wchodząc w szerszą analizę przywołanych przepisów, trzeba jedynie zważyć, że dotyczą one bezpośrednio jedynie możliwości ujawnienia okoliczności objętych tajemnicą adwokacką przez adwokata-świadka, w zależności od tego czy łączył go z klientem stosunek związany z realizacją przez tegoż prawa do obrony, czy też występował on w procesie przykładowo jako jego pełnomocnik.

W tym kontekście istotny pozostaje również art. 226 k.p.k., wskazujący, że wyko-

²² Zob. <http://www.adwokatura.katowice.pl/szczegoly-informacji/items/uchwaly-ora-katowice.html> (dostęp: 19.02.2019 r.). Na marginesie należy zauważyć, że wskazane uchwały zostały poparte i implementowane wraz z przyjętymi w nich instrukcjami przez Okręgową Radę Adwokacką w Szczecinie na mocy uchwały z 11.12.2017 r. Zob. <http://www.adwokatura.pl/z-zycia-ora/ora-w-szczecinie-w-obronie-tajemnicy-zawodowej> (dostęp: 19.02.2019 r.).

²³ Zob. <http://ora.lublin.pl/files/userfiles/file-uchwala-nr-53-2018tajemnicaadwokacka-postepowanie-25874.docx> (dostęp: 25.02.2019 r.).

²⁴ Zob. <http://ora.lublin.pl/files/userfiles/file-zal-do-uchwaly-53-2018rekomendacja-modelowych-dzialan-25875.doc> (dostęp: 25.02.2019 r.).

rzystanie dokumentów zawierających tajemnicę adwokacką jako dowodów w postępowaniu karnym jest warunkowane zakazami i ograniczeniami wynikającymi m.in. z art. 178 pkt 1 k.p.k. i art. 180 § 2 k.p.k. Sytuacja ta wydaje się jednak przedstawiać odmiennie, gdyż zakaz dowodowy rozciąga się na dokumenty. Wówczas w zakresie warunkowanym odpowiednim stosowaniem art. 180 § 2 k.p.k. *de lege lata* można by rozważać ewentualność ich dowodowego spożytkowania w procesie w ramach realizacji prawa do obrony. Inaczej jest w odniesieniu do informacji objętych tajemnicą obrończą – wobec odpowiedniego zastosowania art. 178 pkt 1 k.p.k. i w zw. z art. 6 p.o.a. rodzi się teza o zasadniczej niedopuszczalności posłużenia się dokumentem, w którym są zawarte okoliczności objęte tajemnicą obrończą. Wyjątek powinien jednak niewątpliwie dotyczyć dokumentów związanych z tzw. czynnościami technicznymi, tj. przykładowo treści oświadczenia, w którym klient zwalnia obrońcę lub pełnomocnika z obowiązku sporządzenia środka odwoławczego²⁵.

Prima facie wydaje się, że poza zakresem zakazów dowodowych pozostawiono sytuację przesłuchania adwokata będącego oskarżonym lub obwinionym, a w związku z tym kwestię możliwości ujawnienia przezeń w wyjaśnieniach okoliczności objętych tajemnicą adwokacką. To zaś odpowiednio może rzutować na pojmowanie analizowanego zagadnienia w perspektywie art. 226 k.p.k. W tym miejscu uzasadnione jest nawiązanie do kwestii relacji pomiędzy art. 6 p.o.a. oraz przepisem art. 180 § 2 k.p.k. Otóż w doktrynie, idąc za tezą wyrażoną w uchwale składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 16.06.1994.²⁶, funkcjonuje jako większościowe stanowisko, że przepis art. 180 § 2 k.p.k. pozostaje *lex specialis* w stosunku do regulacji art. 6 ust. 1 p.o.a., wysławiającej bezwzględny nakaz zachowania przez adwokata w tajemnicy wszystkiego, czego dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej, jak również względem regulacji art. 6 ust. 3 p.o.a., stanowiącej o braku możliwości zwolnienia adwokata z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej co do faktów, o których dowiedział się, udzielając pomocy prawnej lub prowadząc sprawę²⁷. Niezależnie od oceny słuszności przyjęcia przywołanej koncepcji należy zważyć na konsekwencje, jakie ona rodzi w relacji do oceny możliwości realizacji prawa do obrony przez adwokata przesłuchiwanego w charakterze oskarżonego lub obwinionego poprzez ujawnianie w wyjaśnieniach okoliczności objętych tajemnicą adwokacką (zarówno zawodową, jak i obrończą).

Pozostając w nurcie wyznaczonym wiodącym stanowiskiem co do wzajemnej zależności pomiędzy wymienionymi wyżej przepisami w konwencji *lex generalis* (art. 6 p.o.a.) i *lex specialis* (art. 180 § 2 k.p.k.), jeżeli art. 6 ust. 1 p.o.a. ustanawia bezwzględny nakaz zachowania tajemnicy adwokackiej, a art. 6 ust. 3 p.o.a. zakaz zwolnienia adwokata z obowiązku jej zachowania, przepis art. 178 pkt 1 k.p.k. zakresowo zaś (co do tajem-

²⁵ Por. M. Rusinek, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 230.

²⁶ Zob. uchwała Sądu Najwyższego z 16.06.1994 r. (IKZP 5/94), Legalis nr 28690.

²⁷ Zob. m.in. K.T. Boratyńska, *Komentarz do art. 180 Kodeksu postępowania karnego (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2018, Legalis; D. Gruszecka, *Komentarz do art. 180 Kodeksu postępowania karnego (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Legalis 2018; L.K. Paprzycki, *Komentarz aktualizowany do art. 180 Kodeksu postępowania karnego (w:) Komentarz aktualizowany do art. 1–424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego*, red. L.K. Paprzycki, LEX 2015.

nicy obrończej) potwierdza tę prawidłowość, oznaczałoby to, że zarówno w przypadku art. 178 pkt 1 k.p.k., jak i art. 180 § 2 k.p.k. brak jest podstaw, w ramach procesu ich interpretacji, do dokonywania wykładni rozszerzającej, w tym przede wszystkim w kontekście art. 178 pkt 1 k.p.k. i bezwzględnego zakazu dowodowego, lecz również w odniesieniu do art. 180 § 2 k.p.k., bazując na regule *exceptiones non sunt extendae*. Paradoksalnie mogłoby to uzasadniać przyjęcie założenia o braku możliwości ujawnienia przez oskarżonego czy też obwinionego w swych wyjaśnieniach jakichkolwiek okoliczności objętych tajemnicą adwokacką. Przepisy nie przewidują wszakże wprost takiej opcji, ustanawiając bezwzględny zakaz co do tajemnicy obrończej oraz zakaz względny – w stosunku do tajemnicy zawodowej adwokata, ale jedynie w relacji do możliwości zwolnienia adwokata z obowiązku jej zachowania i przesłuchania go w charakterze świadka. Przyjmując zatem znaczenie art. 6 p.o.a. jako *lex generalis*, otwiera się ścieżkę dla takiej wykładni i stąd do argumentacji za wskazanym stanowiskiem. Byłoby to jednak rozwiązanie niegwarancyjne, gdyż sprzeczne z prawem do obrony, z tych też oto względów nie może się ostać, pomimo że nie jest ono wyzbyte *ratio*.

Ta w istocie niedoskonała koncepcja wypracowana na gruncie orzecznictwa i lansowana w doktrynie *de lege lata* może rodzić właśnie podobne dylematy, choć w istocie miał rację A. Kaftal, kiedy po prostu wskazywał na gruncie odpowiednika aktualnego art. 6 ust. 1 p.o.a., tj. art. 53 ustawy z 27.06.1950 r. o ustroju adwokatury²⁸, że nakładał on na adwokata obowiązki, zabraniając mu ujawniania wszystkiego, o czym dowiedział się w związku z wykonywaniem zawodu, jednocześnie jednak nie wyłączając możliwości ujawnienia przez oskarżonego lub obwinionego adwokata faktów objętych tajemnicą adwokacką, przy uwzględnieniu okoliczności, iż Kodeks postępowania karnego nie odnosi się do tej kwestii²⁹. W tym zatem kontekście spór na tle rozstrzygnięcia, który przepis stanowi *lex specialis*, a który *lex generalis*, pozostaje w rzeczywistości bez znaczenia. Praktyka procesowa ukazuje bowiem problem ujawniania tajemnicy zawodowej przez adwokatów występujących w roli strony biernej procesu karnego lub postępowania dyscyplinarnego.

Prezentując aktualną perspektywę, należy wyraźnie zaznaczyć, że punkt wyjścia dla analizowanego problemu stanowi istnienie zakazu co do ujawniania okoliczności objętych tajemnicą adwokacką, który wiąże także adwokata występującego jako oskarżony lub obwiniony. Wyraźnie stanowi tak ustawa (art. 6 p.o.a.), która nie dopuszcza wyjątków³⁰. Zasada ta znajduje także, jak już wspomniano, dodatkową podbudowę w § 19 k.e.a. Pomimo zatem, że Kodeks postępowania karnego nie obejmuje zakazem dowodowym możliwości przesłuchania i stąd złożenia przez oskarżonego adwokata wyjaśnień, to i tak należy mieć na względzie ciążyący na nim obowiązek zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej.

²⁸ Ustawa z 27.06.1950 r. o ustroju adwokatury (Dz.U. z 1959 r. nr 8 poz. 41 ze zm.).

²⁹ A. Kaftal, *O niektórych zagadnieniach przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata-podejrzanego w procesie karnym*, s. 13.

³⁰ Por. Z. Krzemiński, *Problem tajemnicy zawodowej adwokata w świetle przepisów prawnych*, „Palestra” 1959/10, s. 31–39.

Z jednej strony funkcjonuje zatem *de lege lata* bezwzględny nakaz wynikający z przynależności do adwokatury i związany z wykonywaniem zawodu adwokata, z drugiej jednak przepisy prawa karnego procesowego w powszechnym mniemaniu nie stoją na przeszkodzie ich ujawnieniu w postępowaniu karnym w ramach realizacji prawa do obrony. Większe wątpliwości można żywić co do dopuszczalności takiego zabiegu w postępowaniu dyscyplinarnym, skoro zgodnie z art. 95n pkt 1 p.o.a. w sprawach nieuregulowanych w ustawie do postępowania dyscyplinarnego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania karnego. Jeżeli zatem stosowanie tych przepisów miałyby odbywać się odpowiednio, to art. 180 § 2 k.p.k. pozostaje w oczywistej sprzeczności z art. 6 p.o.a., podobnie zresztą art. 178 pkt 1 k.p.k., w zakresie, w jakim przy ich aplikacji mogłyby stać się one w realiach postępowania dyscyplinarnego wyłomem od bezwzględnego i wolnego od wyjątków nakazu zachowania tajemnicy adwokackiej³¹. Oczywiście trzeba mieć na względzie fakt, że ustawa nie przewiduje braku dopuszczalności dowodowego wykorzystania okoliczności objętych tajemnicą adwokacką, jeżeli zostaną one ujawnione przez adwokata w toku procedowania w ramach przysługującego mu prawa do obrony. Taką sytuację przewidział zresztą ustawodawca, wprowadzając w art. 95a p.o.a. wyjątek od jawności rozprawy przed sądem dyscyplinarnym, gdy jawność ta zagrażałaby ujawnieniu tajemnicy adwokackiej.

W tym zakresie należy jednakże zważyć na pewien mankament, jeżeli zestawić treść art. 181 § 1 k.p.k., przewidującego obowiązek przesłuchania m.in. osoby, o której mowa w art. 180 § 2 k.p.k., z wyłączeniem jawności ze wskazanym art. 95a p.o.a. Otóż w odróżnieniu od realiów adwokackiego postępowania dyscyplinarnego, w postępowaniu karnym uregulowano sposób sporządzania, przechowywania i udostępniania protokołów przesłuchań oskarżonych, świadków, a także innych przedmiotów, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji, jak również dopuszczalny sposób powoływania się na takie przesłuchania, dokumenty i przedmioty w orzeczeniach i pismach procesowych, mając na uwadze konieczność zapewnienia właściwej ochrony tajemnicy przed nieuprawnionym ujawnieniem. Kwestie te uwzględniono w treści rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 9.09.2017 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji³². Należy tylko ogólnie wskazać, że w przywołanym akcie normatywnym zawarto cenne

³¹ Por. J. Naumann, *Tajemnica zawodowa w wyjaśnieniach obwinionego składanych w postępowaniu dyscyplinarnym – uwagi polemiczne*, „Palestra” 2014/3–4, s. 176. Autor ten zwrócił uwagę, że odpowiednie stosowanie przepisów Kodeksu postępowania karnego w kwestiach nieuregulowanych w ustrojowej ustawie adwokackiej musi odbywać się z uwzględnieniem całego deontologicznego dorobku adwokatury. Słuszne jest uznać, że w pierwszej kolejności powinno się skupić na tymże dorobku, poszanowaniu rudymenarnych zasad deontologii zawodowej i ich ochronie, w takiej zaś perspektywie odpowiednio stosować w postępowaniu dyscyplinarnym ustawę karną procesową.

³² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 9.09.2017 r. w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania w tajemnicy informacji niejawnych albo zachowania tajemnicy związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (Dz.U. z 2017 r. poz. 1733), dalej rozporządzenie.

rozwiązania, które przynajmniej częściowo potencjalnie można by recypować w adwokackim postępowaniu dyscyplinarnym, w szczególności w zakresie sporządzania odrębnego protokołu z przesłuchania obwinionego, który w swych wyjaśnieniach ujawnia okoliczności objęte tajemnicą adwokacką, sposobu przechowywania i warunków udostępniania takiego protokołu (§ 2 ust. 1, § 3 ust. 1 i 2 oraz § 8 rozporządzenia)³³. Byłoby to rozsądne, o ile sprzyjałoby urzeczywistnieniu postulatu skuteczniejszej ochrony tajemnicy adwokackiej przed jej ujawnieniem osobom nieuprawnionym³⁴.

Nie sposób nie dostrzegać, że ujawnienie tajemnicy adwokackiej w ramach realizacji prawa do obrony niesie za sobą także pytania o konsekwencje materialnoprawne. Otóż należy zważyć, że konsekwencje te są dwojakie. W pierwszej wszakże kolejności wskazane zachowanie adwokata abstrakcyjnie może wpisywać się w znamiona typu czynu zabronionego z art. 266 § 1 k.k. Po drugie, może ono skutkować odpowiedzialnością dyscyplinarną z uwagi na naruszenie zasad etyki adwokackiej tudzież godności zawodu adwokata, będąc poczytywane jako delikt dyscyplinarny. W takiej sytuacji zachodzi kolizja pomiędzy ustawowym i konstytucyjnym prawem oskarżonego lub obwinionego adwokata do obrony w ujęciu materialnym oraz spoczywającym na adwokacie z racji ciężającej na nim tajemnicy zawodowej obowiązkiem zachowania w poufności informacji uzyskanych w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Należy podnieść, że w porządku karnoprawnym prawo adwokata do obrony jest wartością przeważającą na tej płaszczyźnie, na której pozostaje na szali z fundamentalną z deontologicznego punktu widzenia tajemnicą adwokacką, a twierdzenie o takim stanie rzeczy w zasadzie nie wymaga argumentacji. Wystarczy chociażby poszukiwać stosownego uzasadnienia w jego konstytucyjnym umocowaniu.

**O ILE W PRZYPADKU
GDY WYŁĄCZANA JEST
PRZESTĘPNOŚĆ ZACHOWANIA
ADWOKATA Z UWAGI NA
ODPADNIĘCIE ELEMENTU
BEZPRAWNOŚCI JEGO CZYNU,
O TYLE SAM FAKT
UJAWNIENIA TAJEMNICY
ADWOKACKIEJ W RAMACH
SKŁADANYCH WYJAŚNIEŃ
POWINIEN SKUTKOWAĆ
WSZCZĘCIEM POSTĘPOWANIA
DYSCYPLINARNEGO**

³³ Na marginesie należy zauważyć, że ustawodawca w treści art. 181 k.p.k. nie przewidział wyłączenia jawności rozprawy w odniesieniu do czynności przesłuchania oskarżonego adwokata, który hipotetycznie może ujawnić okoliczności objęte tajemnicą obrończą, o której mowa w art. 178 pkt 1 k.p.k. W analizowanym przedmiocie istnieje zatem *de lege ferenda* zasadność uwzględnienia w treści art. 181 k.p.k. (w § 1b) przypadku wyłączenia jawności rozprawy, w sytuacji, w której oskarżony adwokat, składając wyjaśnienia, ujawnia w ich treści okoliczności objęte tajemnicą obrończą. Ponadto, dla odpowiedniego porządku, można by postulować zmianę art. 181 § 1 k.p.k. przez wykreślenie z jego treści słowa „taką”. Oczywiście wyłączenie jawności rozprawy w takim przypadku byłoby możliwe chociażby na podstawie art. 360 § 1 pkt 1 lit. d k.p.k., niemniej jednak fakultatywność wyłączenia jawności jest w tym wypadku nie do zaakceptowania z gwarancyjnego punktu widzenia, jeżeli zgodnie z przepisem art. 360 § 2 k.p.k., w razie sprzeciwu prokuratora wobec wyłączenia jawności, rozprawa odbywa się jawnie.

³⁴ Por. A. Nogal, *Tajemnica adwokacka w postępowaniu dyscyplinarnym nie jest respektowana*, <https://www.rp.pl/arttykul/1065181-Nogal--Tajemnica-adwokacka-w-postepowaniu-dyscyplinarnym-nie-jest-respektowana.html> (dostęp: 19.02.2019 r.).

Nie będzie zatem stanowiło przestępstwa ujawnienie tajemnicy adwokackiej przez adwokata w wyjaśnieniach, jeżeli jest ono konieczne i proporcjonalne do realizacji prawa do obrony oraz o ile okoliczności objęte tajemnicą pozostają w związku z przedmiotem postępowania³⁵. Wydaje się, że analizowaną sytuację można zaklasyfikować do kategorii pozaustawowych okoliczności wyłączających bezprawność czynu³⁶.

O ile zatem w analizowanym przypadku wyłączana jest przestępność zachowania adwokata, z uwagi na odpadnięcie elementu bezprawności jego czynu, o tyle sam fakt ujawnienia tajemnicy adwokackiej w ramach składanych wyjaśnień powinien skutkować wszczęciem postępowania dyscyplinarnego. Przewinienie dyscyplinarne można, idąc za § 4 k.e.a., zdefiniować jako uchybienie etyce adwokackiej lub naruszenie godności zawodu podczas działalności zawodowej, publicznej, a także w życiu prywatnym. Każde ujawnienie tajemnicy adwokackiej stanowi zatem potencjalny delikt dyscyplinarny, który należy zbadać w toku wszczynanego z urzędu postępowania dyscyplinarnego. Wydaje się bowiem, że wyłączenie odpowiedzialności dyscyplinarnej za ujawnienie tajemnicy adwokackiej w ramach wyjaśnień złożonych w postępowaniu karnym wymaga weryfikacji *in concreto*, czy było ono niezbędne i pozostawało w granicach wyznaczonych przez prawo do obrony.

Podsumowując, należy podkreślić powagę ochrony tajemnicy adwokackiej w świetle imperatywu płynącego z art. 6 ust. 1 p.o.a., jako wiążącego bezwzględnie każdego adwokata. Słuszne jest w tej perspektywie nawiązanie do spostrzeżenia Z. Skoczka, który podnosił, że „poczynienie jakiegokolwiek wyjątku od obowiązku dochowania tajemnicy adwokata i dopuszczenie możliwości ujawnienia chociażby pewnej tylko części wiadomości wchodzących w zakres tajemnicy adwokackiej pociąga za sobą konieczność czynienia dalszych odstępstw, które w rezultacie czynią z tajemnicy adwokackiej papierowy frazes”³⁷. Otóż w istocie wprowadzanie wyjątków od zasady niejednokrotnie generuje kolejne, czy też nawet można uznać, że po prostu deprecjonuje pewną zasadę jako wartość. Niemniej jednak trzeba zadać sobie pytanie, czy owa tak ważna dla istoty adwokatury i zawodu adwokata wartość, którą stanowi tajemnica adwokacka, jest w należyty sposób respektowana, jeżeli kwestię tę oceniać w perspektywie bezwzględnego zakazu jej ujawniania, nieograniczonego przedmiotowo czy temporalnie. Czy jej ochrona jest realna, w sytuacji gdy jest ona niejednokrotnie ujawniana, wobec braku możliwości podjęcia obrony w inny sposób w sprawach karnych, w szczególności zaś w postępowaniu dyscyplinarnym? Problem ten, kontrowersyjny i trudny do rozstrzygnięcia, domaga się sprecyzowania, przede wszystkim w perspektywie postępowania dyscyplinarnego, przy czym niewystarczające wydaje się wypracowanie odpowiedniego podejścia w praktyce. Niezbędne są zmiany – nie w ustawie ustrojowej adwokackiej, lecz na poziomie aktu korporacyjnego regulującego zasady deontologii zawodowej.

³⁵ Zob. R. Baszuk, *Tajemnica zawodowa w wyjaśnieniach obwinionego składanych w postępowaniu dyscyplinarnym*, s. 170; P. Kardas, *Konstytucyjne aspekty sporów o tajemnicę adwokacką*, „Palestra Świętokrzyska” 2014/29–30, s. 31–32.

³⁶ Por. J. Warylewski, *Tajemnica adwokacka i odpowiedzialność karna za jej naruszenie (ujawnienie)*, „Palestra” 2015/5–6, s. 14.

³⁷ Z. Skoczek, *Spór o tajemnicę adwokacką...*, s. 34.

W tym kontekście zasadne jest odniesienie się posiłkowo do włoskiego Kodeksu Deontologii Adwokackiej (Kodeksu Etyki Adwokackiej) zatwierdzonego przez Krajową Radę Adwokacką 3.01.2014 r., zaprezentowanego przez prezesa Rady Adwokackiej i innych członków Adwokatury (Rzym, 19.02.2014 r.)³⁸. Zgodnie z art. 28 ust. 4 lit. a–d w.k.e.a. dopuszczalne jest uchylenie się adwokata od obowiązku zachowania tajemnicy adwokackiej, jeśli jej ujawnienie jest konieczne: dla realizacji działalności obronnej (*per lo svolgimento dell'attività di difesa*); w celu zapobiegnięcia popełnieniu szczególnie ciężkiego przestępstwa (*per impedire la commissione di un reato di particolare gravità*); dla przedstawienia okoliczności faktycznych czynu stanowiącego przedmiot sporu pomiędzy adwokatem i klientem lub stroną, której adwokat udzielił pomocy prawnej (*per allegare circostanze di fatto di una controversia tra avvocato e cliente o parte assistita*); w zakresie postępowania dyscyplinarnego (*nell'ambito di una procedura disciplinare*). Trzeba podkreślić, że w każdym wypadku ujawnienie musi być ograniczone do tego, co jest ściśle niezbędne dla realizacji określonego chronionego celu („*In ogni caso la divulgazione dovrà essere limitata a quanto strettamente necessario per il fine tutelato*”). Należy to rozumieć w ten sposób, że musi mieścić się ono ściśle w granicach wyjątku przewidzianego od tajemnicy adwokackiej rozumianej – w świetle art. 28 ust. 1 w.k.e.a. – jako wartość elementarna i fundamentalna.

Pozostając w nurcie rozważań istotnych w perspektywie niniejszego opracowania w odniesieniu do zarysowanego tła prawnoporównawczego, trzeba po raz wtóry wyrazić zasadnicze przekonanie o potrzebie ujednoczenia tajemnicy adwokackiej w polskim prawie karnym procesowym i potrzebie wyłączenia ingerencji w jej zakres, z wyjątkiem sytuacji, w których zgodę na takie zwolnienie wyrazi klient, a ujawnione okoliczności miałyby stanowić dowód odciążający w sprawie³⁹. Trzeba jednak odpowiednio uregulować problem możliwości ujawnienia tajemnicy adwokackiej w postępowaniu dyscyplinarnym i jej granic. Problem ten wszakże w gruncie rzeczy wydaje się pozostawać rozstrzygnięty od strony karnoprosesowej i karnomaterialnej, niezależnie od akcentowanych niedoskonałości rzutujących lub mogących rzutować na efektywność ochrony tajemnicy adwokackiej. Należy zatem, znajdując stosowny wzorzec we włoskim prawodawstwie, wyrazić przeświadczenie o potrzebie precyzyjnego określenia wyjątków od tajemnicy adwokackiej w zakresie możliwości jej ujawnienia w wyjaśnieniach składanych przez oskarżonego w postępowaniu karnym oraz w postępowaniu dyscyplinarnym. Ujawnienie to musi być jednak w swym celu konieczne do obrony przed zarzutem w konkretnym procesie, mieścić się w zakresie wytyczonym realizacją tejże obrony, czyli pozostawać w jej granicach, a także następować w taki sposób, ażeby wyłączona była możliwość zapoznania się z informacją objętą tajemnicą przez osoby do tego nieuprawnione.

³⁸ *Codice Deontologico Forense (Approvato dal Consiglio Nazionale Forense il 31 gennaio 2014). Presentazione ai Presidenti dei Consigli dell'Ordine e altre componenti dell'Avvocatura. Roma, 19 febbraio 2014, Dossier di documentazione e analisi n. 5/2014 a cura dell'Ufficio studi del Consiglio nazionale forense, <http://www.consigionazionaleforense.it/documents/20182/172316/Presentazione+Codice+Deontologico+Forense.+Dossier+5-2014/0fa792c5-0ebc-4878-a557-1804aeb20065> (dostęp: 19.02.2019 r.), dalej w.k.e.a.*

³⁹ M. Smarzewski, M. Banach, *Ochrona tajemnicy adwokackiej...*, s. 86.

ABSTRACT

Małgorzata Banach, Marek Smarzewski – Attorney's right of defence in criminal proceedings and in advocates disciplinary proceedings according to legal professional privilege

In the paper authors present considerations regarding advocate's right to defend himself in criminal and disciplinary proceedings in the context of the disclosure of legal professional privilege. The legal professional privilege is undoubtedly a primary and fundamental value from the point of view of the profession of advocate as the profession of public trust. Often enough, however, advocate's obligation to keep in secret everything he learned while providing legal assistance is difficult to reconcile with realisation of his right of defence in criminal and disciplinary proceedings. The authors, trying to adequately clarify the analyzed problem, especially in the context of functioning orders and prohibitions based on the rules of professional deontology, also attempt to solve the indicated issue and propose to introduce a new clear solutions in this area for the appropriate realignment, not only the advocate's performance of his right to defense, but also to ensure more effective protection of legal professional privilege.

Keywords: *legal professional privilege, advocacy, advocate, accused, defendant, right of defence, disciplinary proceedings, criminal proceedings*

Małgorzata Banach

The author is an attorney (Regional Bar Council in Lublin), the President of the Disciplinary Court of the Lublin Chamber.

dr Marek Smarzewski

The author is an attorney (Regional Bar Council in Lublin), associate professor in the Department of Criminal Procedure at the Faculty of Law, Canon Law and Administration of the John Paul II Catholic University of Lublin.

Małgorzata Banach

Autorka jest adwokatem (ORA w Lublinie), Prezesem Sądu Dyscyplinarnego Izby Lubelskiej.

dr Marek Smarzewski

Autor jest adwokatem (ORA w Lublinie), adiunktem w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Baszuk Radosław**, *Tajemnica zawodowa w wyjaśnieniach obwinionego składanych w postępowaniu dyscyplinarnym*, „Palestra” 2014/3–4, s. 168
- Boratyńska Katarzyna Teresa**, *Komentarz do art. 180 Kodeksu postępowania karnego w: Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, C.H. Beck, Warszawa 2018, Legalis
- Buchała Kazimierz**, *W sprawie sporu o tajemnicę adwokacką*, „Palestra” 1969/2, s. 35
- Chojniak Łukasz**, *Prawo do obrony w dochodzeniu dyscyplinarnym adwokatów – wybrane zagadnienia z uwzględnieniem ostatniej nowelizacji Prawo o adwokaturze*, „Palestra” 2015/3–4, s. 95
- Chojniak Łukasz**, *Realizacja zasady trafnej reakcji dyscyplinarnej w postępowaniu dyscyplinarnym adwokatów – wybrane problemy*, „Palestra” 2016/10, s. 73
- Cieślak Marian**, *Glosa do uchwały SN z 29.XI.1962 r., VI KO 61/62*, „Państwo i Prawo” 1963/7, s. 170
- Gruszecka Dagmara**, *Komentarz do art. 180 Kodeksu postępowania karnego (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, wyd. 29, Legalis 2018
- Kaftal Alfred**, *O niektórych zagadnieniach przestrzegania tajemnicy zawodowej przez adwokata-podejrzanego w procesie karnym*, „Palestra” 1963/4, s. 10
- Kaftal Alfred, Cieślak Marian, Garlicki Stanisław**, *Trójgłos w sprawie tajemnicy zawodowej adwokata*, „Palestra” 1964/3, s. 1
- Kardas Piotr**, *Konstytucyjne aspekty sporów o tajemnicę adwokacką*, „Palestra Świętokrzyska” 2014/29–30, s. 8
- Krzemiński Zdzisław**, *Etyka adwokacka. Testy, orzecznictwo, komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008
- Krzemiński Zdzisław**, *Problem tajemnicy zawodowej adwokata w świetle przepisów prawnych*, „Palestra” 1959/10, s. 31
- Łojewski Kazimierz**, *Problematyka tajemnicy zawodowej adwokata (na marginesie uchwały Prezydium Naczelnej Rady Adwokackiej z 10.11.1966 r.)*, „Palestra” 1967/3, s. 42
- Łyczywek Roman**, *Jeszcze o tajemnicy zawodowej adwokata*, „Palestra” 1963/11, s. 49
- Naumann Jerzy**, *Tajemnica zawodowa w wyjaśnieniach obwinionego składanych w postępowaniu dyscyplinarnym – uwagi polemiczne*, „Palestra” 2014/3–4, s. 174

- Naumann Jerzy**, *Zbiór Zasad Etyki Adwokackiej i Godności Zawodu. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2017, Legalis
- Nogal Andrzej**, *Tajemnica adwokacka w postępowaniu dyscyplinarnym nie jest respektowana*, <https://www.rp.pl/artykul/1056181-Nogal--Tajemnica-adwokacka-w-postepowaniu-dyscyplinarnym-nie-jest-respektowana.html>
- Paprzycki Lech Krzysztof**, *Komentarz aktualizowany do art. 180 Kodeksu postępowania karnego (w:) Komentarz aktualizowany do art. 1–424 ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego*, red. L.K. Paprzycki, LEX 2015
- Rusinek Michał**, *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007
- Skoczek Zygmunt**, *Spór o tajemnicę adwokacką*, „Palestra” 1969/2, s. 28
- Smarzewski Marek, Banach Małgorzata**, *Ochrona tajemnicy adwokackiej w procesie karnym w związku z czynnościami przesłuchania i przeszukania*, „Palestra” 2017/3, s. 75
- Warylewski Jarosław**, *Tajemnica adwokacka i odpowiedzialność karna za jej naruszenie (ujawnienie)*, „Palestra” 2015/5–6, s. 7

Pojęcia kluczowe: *obyczajność, nieobyczajność, przestępstwo, wykroczenie, ochrona prawnokarna*

Artykuły

Radosław Krajewski

OBYCZAJNOŚĆ JAKO PRZEDMIOT OCHRONY PRAWNOKARNEJ

Obyczajność jest przedmiotem ochrony prawa karnego. W Kodeksie karnym łączy się ona z wolnością seksualną, a w Kodeksie wykroczeń traktowana jest szerzej.

Katalog zachowań mogących być uznawanymi za nieobyczajne zmienia się, przy jednak potrzebie pewnego przynajmniej obiektywizmu ocen w tym zakresie. Zachodzi konieczność rozumienia tej prawnokarnej kategorii po to, aby kwalifikacje mogących budzić wątpliwości co do ich obyczajności zachowań ludzi odpowiadały standardom prawnym z nią związanym.

Przedmiotem ochrony prawa karnego są różne dobra prawne, tak o znaczeniu jednostkowym, jak i grupowym. Ochrona ta odnosi się do zbioru tych dóbr, przy czym dla ustalenia jej zakresu ważne są następujące desygnaty. Mianowicie dobra te mają różną rangę, konsekwencją czego jest różna intensywność tej ochrony, mająca choćby odzwierciedlenie w różnych ustawowych zagrożeniach karami za czyny zabronione w nie godzące, jak też ich podziale na przestępstwa i wykroczenia. Ponadto zakres tej ochrony nie jest stały, lecz ewoluuje w zależności od wielu czynników, w szczególności ustroju państwa, stopnia rozwoju cywilizacji oraz przemian kulturowych. Prócz tego jest tak, że ochrona przez prawo karne niektórych dóbr jest w pełni społecznie identyfikowalna i traktowana jako oczywista, przynajmniej przez większość członków społeczeństwa niebędących przestępcami. Inne zaś dobra nieco w tym kontekście umykają uwadze, gdyż nie przywiązujemy do nich szczególnego znaczenia, traktujemy je jako dobra mniej ważne, podlegające wprawdzie ochronie, ale w jakiejś dalszej kolejności. Może też nie do końca w prosty sposób udaje się nam rozumieć pojęcia, które je określają, bo są one niejednoznaczne, ich zakres jest zmienny w czasie i w przestrzeni, uzależniony

od subiektywnego postrzegania rzeczywistości, indywidualnych cech adresatów prawa i wielu innych czynników.

Jednym z takich dóbr jest „obyczajność”. Intuicyjnie wiemy, czym ona jest, potrafimy rozkodować znaczenie tego pojęcia, a w konsekwencji zachowujemy się w sposób obyczajny lub przynajmniej wydaje się nam, że tak jest, przy czym jakby łatwiej jest ją identyfikować niż definiować, jak też prościej jest rozumieć niż rozróżniać na użytek prawnokarny czyny obyczajne i nieobyczajne. Jest zresztą tak, że w perspektywie prawnokarnej przychodzi zajmować się nieobyczajnością, gdyż jedynie za zachowanie mające jej cechy prawo przewiduje sankcje, nie gratyfikuje zaś zachowań obyczajnych, co wpisuje się w ogólną „manierę” prawa karnego obejmującą ochronę wszystkich innych dóbr; jaką ono poręcza.

OBYCZAJNOŚĆ W PRZEPISACH PRAWA KARNEGO I JEJ ROZUMIENIE

Jeżeli chodzi o przestrzeń prawnokarną „obyczajności”, to ustawodawca używa tego pojęcia w tytule rozdziału XXV ustawy – Kodeks karny¹, który grupuje „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”, oraz w tytule rozdziału XVI Kodeksu wykroczeń², który brzmi „Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej”. W pierwszym z tych aktów prawnych ustawodawca nie posługuje się tym pojęciem w opisie ustawowych znamion żadnego ze stypizowanych tam przestępstw, choć obyczajność jest przedmiotem ochrony kilku z nich. Jeśli zaś chodzi o drugi akt prawny, to tylko w jednym z jego przepisów wprost wskazuje na obyczajność poprzez posłużenie się jej antonimem, jakim jest „nieobyczajność”, a mianowicie w art. 140 k.w., który typizuje dopuszczenie się nieobyczajnego wybryku. Jednak pozostałe przepisy tego rozdziału, tj. art. 141–142 k.w., także chronią obyczajność, pomimo że zawarte w nich opisy czynów zabronionych wprost nie odwołują się do tego pojęcia. Znaczenie ma tu także art. 51 k.w. typizujący wybryk, którego jednym ze znamion jest wywołanie „zgorzenia w miejscu publicznym”. Przepis ten umieszczony jest w rozdziale VIII tego aktu prawnego zatytułowanym „Wykroczenia przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu”.

Obyczajność jako przedmiot ochrony prawnokarnej ma pewną już tradycję, gdyż Kodeks karny z 19.04.1969 r.³ zawierał rozdział XXIII „Przestępstwa przeciwko obyczajności”, w którym zawarte były art. 173–177 k.k. typizujące rozpowszechnianie pornografii, kuplerstwo i sutenerstwo, kazirodztwo, czyn lubieżny względem małoletniego poniżej lat 15 oraz gorszenie czynem nierządym takiego małoletniego albo publicznie. W rozdziale XXII tego aktu prawnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko wolności” opisane zaś były, pośród różnych przestępstw przeciwko wolności, zgwałcenie (art. 168 k.k.), czyn nierządny z osobą bezradną (art. 169 k.k.) oraz czyn nierządny z nadużyciem zależności (art. 170 k.k.). Ustawodawca wyraźnie, bo poprzez intytulację różnych rozdziałów, odróżniał zatem wówczas jako dobra wymagające prawnokarnej ochrony wolność, do której zaliczał wolność seksualną, i obyczajność.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.), dalej k.k.

² Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2018 r. poz. 618 ze zm.), dalej k.w.

³ Ustawa z 19.04.1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 13 poz. 94 ze zm.).

Inną drogą poszedł obecny ustawodawca, który w jednym rozdziale połączył ochronę obu tych dóbr. Jak wskazano w uzasadnieniu do Kodeksu karnego z 1997 r., „w jednym rozdziale zawarł on przepisy określające przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i przestępstwa przeciwko obyczajności. Te dobra prawne są bowiem najczęściej atakowane łącznie”⁴. Wydaje się, że nie do końca tak jest w każdym przypadku. Przykładem na to jest przestępstwo kazirodztwa, które nie narusza wolności seksualnej żadnego z jego uczestników, zwłaszcza w tych przypadkach, gdy do kazirodczych relacji między dorosłymi dochodzi dobrowolnie. Prawnokarny zakaz kazirodztwa wręcz narusza ich wolność seksualną w jej rozumieniu możliwości wyboru partnera seksualnego. Przepis art. 201 k.k. chroni więc obyczajność. Nie wydaje się także, aby prawnokarny zakaz publicznego propagowania zachowań pedofilskich ujęty w art. 200b k.k. chronił wolność małoletnich poniżej lat 15, gdyż poprzez takie zachowania nie jest zagrożone dobro żadnej konkretnej osoby, w konsekwencji bliżej mu chyba do ochrony obyczajności. W innych przypadkach ochronę obyczajności trzeba postrzegać jako faktycznie połączoną z ochroną wolności seksualnej, choć na zasadzie pewnego domniemania, jak choćby takiego, że zgwałcenie stypizowane w art. 197 k.k. naruszające wolność seksualną pokrzywdzonego jest też nieobyczajne. Jednak gdyby obyczajność nie stanowiła wyodrębnionego rodzajowego przedmiotu ochrony, to przecież w niczym nie umniejszałoby to zakresu prawnokarnego znaczenia przepisu typizującego zgwałcenie i ochrony, którą on poręcza.

Kwestia ta nie jest jednak oczywista, gdy poddać ją nieco głębszej analizie. Asumptem dla niej jest pogląd Jarosława Warylewskiego, który opowiada się za rozróżnieniem przedmiotu ochrony w przypadku czynów skierowanych przeciwko wolności seksualnej i przeciwko obyczajności. Uważa on mianowicie, że „wolność seksualna człowieka nie powinna być traktowana jedynie jako pochodna obyczajności. Norm obyczajności w dziedzinie kontaktów seksualnych nie należy uznawać za źródło wolności seksualnej. Wprawdzie rygoryzm norm obyczajowych, ograniczając zakres tej wolności, jednocześnie gwarantuje niektóre jej przejawy, ale ujęcie, wedle którego istnieje jakiś przyrodzony wręcz związek pomiędzy obyczajnością seksualną, rozumianą jako funkcjonujący w społeczeństwie system norm moralnych, a wolnością seksualną staje się coraz bardziej anachroniczne”. Jarosław Warylewski doprecyzowuje swój pogląd na gruncie odniesień do przestępstwa zgwałcenia, pisząc, że nie godzi ono w obyczajność. Uważa on, że „zgwałcenie jest nieobyczajne w takim samym stopniu jak zabicie czy okradzenie człowieka. Nawet gdyby obyczajność rozumieć jako zespół norm regulujących zasady postępowania wyłącznie w dziedzinie życia płciowego człowieka, to i tak zabójstwo należy traktować jako czyn zwrócony przeciwko dobrem obyczajom. Dobry obyczaj nie pozwala bowiem zabijać i nie ogranicza się do sfery życia seksualnego”⁵. Trudno się z taką argumentacją nie zgodzić, wszak zarówno zgwałcenie, jak i zabójstwo obyczajne nie są, choć jakoś łatwiej jest wiązać obyczajność właśnie ze sferą seksualną aniżeli z za-

⁴ *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 1997, s. 196.

⁵ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 12–13, 25.

machami na inne dobra, ale tak jest jedynie w formule pewnego uproszczenia, swoistego powiązania tego, co związane z seksualnością, z tym, co ewentualnie nieobyczajne, a nawet niemoralne, przy zmieniających się parametrach takich ocen, które aktualnie cechuje bardziej liberalizm niż charakterystyczny dla czasów minionych rygoryzm.

W Kodeksie karnym z 11.07.1932 r.⁶ zawarty był rozdział XXXII „Nierząd”, w którym w art. 203–214 k.k. kryminalizacji podlegały czyn nierządny z nieletnim lub upośledzonym, zgwałcenie, kazirodztwo, ofiarowanie się do nierządu osobie tej samej płci, ułatwianie cudzego nierządu, sutenerstwo, nakłanianie do nierządu, handel ludźmi w celu przeznaczania ich do uprawiania prostytucji, dopuszczenie się nierządu publicznego albo w obecności małoletniego poniżej lat 15 oraz pornografia. Ustawodawca wprost nie wskazywał na ochronę obyczajności, ale należy dopatrywać się jej w rozumieniu określenia „nierząd”, jak też „czyn nierządny”. Wszak zgodnie z ujęciem słownikowym oznacza on „czyny wykraczające poza normy moralno-obyczajowe, zwłaszcza w zakresie stosunków seksualnych”, jak też, a może nawet bardziej, „odbywanie stosunków płciowych w celach zarobkowych, a więc prostytucję”⁷. Współcześnie pojęcie to nie jest używane, wręcz jest anachroniczne, ale wówczas to przy jego użyciu odnoszono się do tej sfery, co ustawodawca kontynuował aż do wejścia w życie aktualnie obowiązującego Kodeksu karnego, gdyż do tego momentu, bo pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r., opisywał niektóre przestępstwa jako „czyny nierządne”. Ciekawe jednak było to, że dawniej osobę, która trudniła się „nierządem”, w języku potocznym nazywano „nierządnicą”, co traktować należy jako synonim osoby trudniącej się prostytucją. Nie było zaś znane określenie tego, kto korzystał z jej „wdzięków”, z czego jednak nie można wywodzić, że z negatywnymi ocenami moralnymi spotykała się jedynie aktywność osób prostytuujących się, a korzystających już nie, choć chyba i w tym zakresie coś było i jest „na rzeczy”. Nie może też ująć uwadze, że ówczesny ustawodawca do jednego „worka” z napisem „nierząd” wrzucił czyny zgoła od siebie odmienne, jak choćby zgwałcenie, kazirodztwo oraz przestępstwa okolo prostytucyjne.

Trzeba także odnotować, że już wcześniej niż w Kodeksie wykroczeń z 1971 r., bo w Prawie o wykroczeniach z 11.07.1932 r.⁸, zawarty był art. 31, na podstawie którego odpowiedzialności za wykroczenie podlegał ten, kto dopuszczał się nieobyczajnego wybryku lub używał słów nieprzyzwoitych. Zatem ochrona obyczajności w aktualnie obowiązującym Kodeksie wykroczeń także ma swoją tradycję.

„Obyczajność”, o której mowa w Kodeksie karnym, jest odmienną kategorią od „obyczajności”, którą chroni Kodeks wykroczeń. Pierwsza powiązana jest bowiem ze sferą życia seksualnego, druga zaś dotyczy wszelkich, nie tylko seksualnych, zachowań w przestrzeni publicznej, choć i te wchodzą w jej zakres. Innymi słowy jest tak, że część zachowań nieobyczajnych to jednocześnie negatywne zachowania seksualne, ale nie wszystkie zachowania nieobyczajne to negatywne zachowania seksualne.

⁶ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 11.07.1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 60 poz. 571 ze zm.).

⁷ Zob. *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pl/nierz%C4%85d> (dostęp: 19.02.2019 r.).

⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11.07.1932 r. – Prawo o wykroczeniach (Dz.U. nr 60 poz. 572 ze zm.).

Podzielić więc trzeba zapatrywanie Jana Kuleszy, który pisze, że „na gruncie rozdziału XXV k.k. obyczajność towarzyszy wolności seksualnej jako rodzajowemu przedmiotowi ochrony i zarówno ten argument, jak i zakres kryminalizacji poszczególnych typów rodzajowych z tego rozdziału uprawniają wykładnię zwięzającą, że chodzi tu o podstawowe moralne zasady współżycia społecznego w zakresie przeżyć, kontaktów i związków seksualnych. Natomiast na gruncie rozdziału XVI k.w. ograniczeń takich brak”. W konsekwencji autor ten uznaje, że „obyczajność publiczną należy interpretować jako sposób zachowania się w określonej grupie społecznej, który jest wymagany przez tę grupę i którego naruszenie wywołuje negatywną reakcję tej grupy bądź jest zdolne do wywołania takiej reakcji”⁹. Tu pojawia się problem identyfikacji przynależności do grupy, jak też na ile zachowania charakterystyczne dla danej grupy, a spostrzegalne przez osobę lub osoby do niej nienależące, mogą być uznane za nieobyczajne. Przykładowo nie do końca wiadomo, na jakiej zasadzie funkcjonują plaże dla naturystów, którzy we własnym towarzystwie czują się dobrze, ale już spostrzeżenie ich nagich ciał może wywoływać dyskomfort przypadkowego plażowicza niebędącego naturystą, który przechadzał się brzegiem morza, a plaża ta nie była oznaczona jako plaża dla amatorów plażowania w strojach Adama i Ewy. Oczywiście nie sposób byłoby mówić o narażaniu na odbiór „nieobyczajnych treści” tego, kto ukryty za wydumą przy użyciu lornetki „uzupełnia” wiedzę o anatomii ludzkiego ciała, przyglądając się tego rodzaju ekspozycjom.

Inaczej kwestię tę postrzega Marek Bojarski. Wskazuje on mianowicie, że „pojęcie obyczajności w rozumieniu rozdziału XVI k.w. jest w pewnym sensie przedłużeniem prawa karnego dotyczącego przestępstw, a zatem skoro obyczajność w rozumieniu prawa karnego oznacza obyczajność w dziedzinie płciowej, to w ten sposób należy rozumieć także obyczajność na gruncie przepisów k.w.”. Jednak jednocześnie zaznacza, że „podnosi się również argumenty przeciwstawiające się takiej interpretacji ze względu na to, że przez obyczajność należy rozumieć każdy sposób zachowania się w grupie społecznej, który wymagany jest przez tę grupę i którego naruszenie jest negatywnie oceniane przez tę grupę”¹⁰. To drugie ujęcie uznać należy za właściwe, odróżniając rozumienie obyczajności w Kodeksie karnym i w Kodeksie wykroczeń, przy dostrzeganiu, że na gruncie tego drugiego także może dojść do naruszenia standardów obyczajności seksualnej, ale tak być nie musi.

Przyjmując przedmiotowe rozróżnienie, podjąć trzeba próbę zdefiniowania obyczajności. Według ujęcia słownikowego „obyczajność” to przestarzałe „dobre obyczaje, właściwe zachowanie, przyzwoitość, grzeczność”, a jak najbardziej aktualnie to „postępowanie zgodnie z powszechnymi normami moralnymi”¹¹. Andrzej Marek, odnosząc się do przestępstwa zgwałcenia, identyfikował obyczajność jako dominujące w społeczeństwie reguły postępowania i oceny moralne w tej dziedzinie¹². Natomiast Joanna Piórkowska-Flieger, próbując określić zakres tego pojęcia, odwołuje się do słownikowego

⁹ J. Kulesza, *Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej* (w:) *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa 2016, s. 914.

¹⁰ M. Bojarski, Z. Świda, *Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, Wrocław 2002, s. 179.

¹¹ *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pl/obyczajno%C5%9B%C4%87> (dostęp: 19.02. 2019 r.).

¹² A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 489.

rozumienia obyczajaju „jako powszechnie przyjętego, tradycyjnego sposobu postępowania charakterystycznego dla danej grupy ludzi, danego terenu i czasu” oraz określenia pojęcia „publiczny”, które rozumiane jest jako „dotyczący ogółu ludzi, służący ogółowi”. Autorka ta stwierdza, że obyczajność „jest to zespół norm obyczajowych, które dotyczą ogółu społeczeństwa. Normy te odnoszą się do różnych sfer życia człowieka, mianowicie dotyczą życia intymnego, w tym seksualnego i związanego z procesami fizjologicznymi człowieka”. Dodaje przy tym, że „odnoszą się one ponadto do zakresu dopuszczalnych zachowań względem innych ludzi”¹³.

Według Wojciecha Cieślaka obyczajność jest ściśle związana z moralnością. Jego zdaniem „chodzi tu o ochronę przed zachowaniami, które mogłyby spowodować uczucie wstrętu lub wstydu u przeciętnego człowieka”. Autor ten jako przykład wskazuje kazirodstwo, które „nie narusza wolności seksualnej osób w nie zaangażowanych ani nie wywołuje innych negatywnych skutków poza zgorzeniem i właśnie z tego powodu jest karalne”¹⁴. Podobnie uważa Lech Gardocki, według którego „określenie w tytule rozdziału XXV k.k. niektórych opisanych w nim typów przestępstw jako przestępstw przeciwko obyczajności oznaczać ma, że dobrem prawnym chronionym przez art. 202 k.k. i art. i 204 k.k. jest pewien system norm społecznych (głównie moralnych), regulujących zachowania ludzi w sferze seksualnej. Takie określenie, jako ogólne, nie wyjaśnia jednak bliżej sensu tych norm, a tym samym *ratio legis* chroniących je przepisów karnych”¹⁵. Obyczajność z moralnością łączy również Marek Bojarski. Autor ten przyjmuje, że wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej z rozdziału XVI k.w. zapewniają ochronę moralności¹⁶. Czyn nieobyczajny z czynem moralnym identyfikowali także Michał Kulczycki i Jerzy Zduńczyk, zdaniem których ten pierwszy „koliduje z poczuciem publicznej moralności i wstydlivości”¹⁷. Wykładnię taką odrzuca Jan Kulesza, którego zdaniem „obyczajność chroniona w rozdziale XVI k.w. nie dotyczy ocen moralnych zachowania w kategoriach dobra i zła, lecz zasad współżycia w społeczeństwie”¹⁸.

Traktowanie obyczajności i moralności jako dóbr tożsamy faktycznie jest wątpliwe. Jak bowiem wskazuje Sławomira Wronkowska, „normami obyczajowymi nazywa się normy, które są uznawane za obowiązujące w danym środowisku społecznym ze względu na to, że w tym środowisku upowszechnił się nawyk postępowania w określony sposób w określonych sytuacjach, połączony z przekonaniem, że w tych sytuacjach tak właśnie postępować należy”. Autorka ta jednocześnie zaznacza, że „obowiązywanie normy obyczajowej sprowadza się zatem do tego, że jest ona efektywna. Jeżeli zaniknie nawyk postępowania w sposób wyznaczony przez tę normę, norma ta przestaje obowiązywać”. Natomiast „przez normę moralną rozumie się zazwyczaj normę obowiązującą ze względu na jej uzasadnienie aksjologiczne w ocenach moralnych, mianowicie w ocenach jakiś

¹³ J. Piórkowska-Flieger, *Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej (w:) Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2015, s. 572.

¹⁴ W. Cieślak, *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelne zasady*, Warszawa 2010, s. 288.

¹⁵ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 271.

¹⁶ M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 967.

¹⁷ M. Kulczycki, J. Zduńczyk, *Kodeks wykroczeń. Popularny komentarz*, Warszawa 1982, s. 170.

¹⁸ J. Kulesza, *Wykroczenia przeciwko...*, s. 914.

czynów jako dobrych czy złych¹⁹. Kwestię tę doprecyzowuje Grzegorz Maroń, według którego „normy moralne to normy zakazujące zachowań ocenianych jako złe i nakazujące podejmowanie zachowań postrzeganych jako dobre z punktu widzenia określonego systemu wartości. Są to więc normy zrelatywizowane do idei czy cnoty dobra, prawości, słuszności oraz sprawiedliwości”. Według niego normy obyczajowe zaś, „zwane też normami etykiety, obowiązują z racji pewnej nieformalnej konwencji wspartej długotrwałą praktyką postępowania w określony sposób, czyli dlatego, że zgodnie z tradycją «tak wypada», «tak zwykło się czynić», «tak przystoi», «tak się przyjęło», np. podanie ręki przy przywitaniu, ustąpienie miejsca w drzwiach kobiecie. Mają więc one charakter norm zwyczajowych wykształconych w toku rozwoju społecznego”. Autor ten pisze dalej, że „normy obyczajowe są rezultatem społecznego nawyku, a ich przekroczenie skutkuje społeczną krytyką lub potępieniem, wyśmianiem, wykluczeniem z danej grupy czy kręgów środowiskowych”. Jego zdaniem jest też tak, że „niejednokrotnie ta sama norma uchodzi jednocześnie za normę moralną i obyczajową, a występują również, choć rzadziej, przypadki sprzeczności obu tych norm²⁰”.

Relacje prawa i moralności także są ważne, ale dotyczą innych kwestii. Ich przykładami w perspektywie prawnokarnej mogą być zagadnienia przerywania ciąży czy też eutanazji. To są bowiem obszary mogące podlegać ocenom w kategoriach dobra i zła, co nie ma nic wspólnego z obyczajnością. Wszak choćby nielegalnemu zabiegowi aborcji nie przypisujemy cechy bycia nieobyczajnym, tak samo zresztą, jak nie powiemy, że złodziej, który ukradł staruszce rower, zachował się sprzecznie z obyczajnością.

PRZYKŁADY ZACHOWAŃ NIEOBYCZAJNYCH

Przykładem naruszeń obyczajności jest wspomniana już, nadmierna ekspozycja nagoci człowieka, przy czym jest tak, że standardy obyczajowe w tym zakresie się zmieniają. Wszak co dawniej uchodziło za nieobyczajne, obecnie już nie jest tak oceniane, co dość dobrze widać chociażby w perspektywie strojów, w szczególności plażowych. Aby nie wdawać się w szczegóły, dość wskazać, że dolne części strojów kąpielowych kobiet dawniej skrzętnie zakrywały ich pośladki, a dzisiaj niekiedy bywa na odwrót, co jednak nie jest nieobyczajne w prawnokarnej perspektywie. Podobnie za takie nie należy uznawać opalania się topless, co nie jest oczywiste dla wszystkich do tego stopnia, że kilka lat temu sprawa dwóch dziewczyn tak właśnie korzystających z walorów słońca znalazła swój finał sądowy, a dopiero w drugiej instancji bohaterki tego przypadku zostały uniewinnione. Sąd Rejonowy w Szczecinie wyrokiem z 7.11.2008 r. (XVIII W 2071/08) uznał bowiem bohaterki tego przypadku za winne wykroczenia z art. 140 k.w. w związku z tym, że na jednej ze szczecińskich plaż opalały się bez staników, a Sąd Okręgowy w Szczecinie wyrokiem z 3.02.2009 r. (IV Waz 260/08) je uniewinnił²¹.

Ciekawe jest przy tym, na ile za nieobyczajne uznawać należy ekspozycje nagiego

¹⁹ S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 189.

²⁰ G. Maroń, *Wstęp do prawoznawstwa*, Rzeszów 2011, s. 31, 34.

²¹ Zob. <https://noppomorzezachodnie.files.wordpress.com/2012/02/zalacznik-1a.pdf> (dostęp: 18.02.2019 r.)

torsu przez mężczyzn, na co jest społeczne przyzwolenie, ale przecież nie w każdym miejscu i nie o każdym czasie. Mieści się w standardach obyczajowych plażowanie w ten sposób, ale już wybranie się z „gołą klatką” na zakupy do marketu nie, tak samo jak nieobyczajne w prawnokarnej perspektywie byłoby spacerowanie w ten sposób ulicami miasta, z wyjątkiem stref nadmorskich w kurortach.

Pozostając jeszcze na chwilę przy topless, trzeba zaznaczyć, że dla jego prawnokarnej oceny potrzeba jakichś uniwersalnych kryteriów. Chodzi w szczególności o to, że nie można byłoby pójść w tym względzie drogą, że ekspozycja piersi przez młodą dziewczynę byłaby na pewno zawsze obyczajna, takie samo zaś zachowanie „sędziwej matrony” na pewno byłoby nieobyczajne. Gdyby przyjąć taką logikę, pozostałaby nam krótka droga do powoływania „plażowej komisji śledczej” mającej za zadanie ocenę „stanu rzeczy”, która musiałaby składać się chyba z przedstawiciela lokalnej policji, sprzedawcy lodów oraz jegomościa z największym brzuchem, który był „uprzejmy” zjechać wraz z rodziną na zasłużony wypoczynek nad Bałtykiem, o ile oczywiście byłby on w stanie „orzekać”, a to w zależności od ilości spożytego wcześniej na plaży piwa.

To zdaje się jest problem nieco szerszy, jeśli chodzi o ubiory „letników”, skoro jedna z celebrytek uznała ostatnio na łamach prasy, że widok roznegliżowanych plażowiczów w nadmorskich restauracjach jest dla niej „kłopotliwy, nieprzyjemny i nieakceptowalny”²². Coś może być „na rzeczy”, wszak spożywanie posiłku w obecności jegomościa z „wywalonym” gołym brzuchem tak wielkim, że mogącym być dowodem na to, że posiłek taki, jak nasz, zjada on zaledwie na przystawkę, niekoniecznie uatrakcyjnia nasze „kanikuły”. Jednak już swobodny strój osób przemieszczających się na plażę i do pensjonatów w strefach nadmorskich, ograniczający się do strojów plażowych, nie powinien być odbierany jako nieobyczajny, w szczególności w prawnokarnej perspektywie.

Pozostając jeszcze w obszarze strojów, to także ich niedopasowanie do konkretnych sytuacji może być postrzegane jako nieobyczajne w potocznym tego rozumieniu. Przykładowo, gdyby student wybrał się na majówkę w krótkich spodenkach, zapraszając na nią koleżankę z roku, która „w dowód wdzięczności” przywdziałaby koszulkę z dekoltem tak dużym, że zaistniałby między nim a przypaleniem przez wuja kiełbasy na grillu niewątpliwy związek przyczynowy, to byłoby to jak najbardziej w porządku, a przynajmniej byłoby akceptowalne, choć może niekoniecznie przez „wujową połowicę”, co jednak z perspektywy prawnokarnej byłoby indyferentne. Jednak gdyby tak ubrani student i studentka pojawili się na egzaminie dyplomowym, to obyczajne już by to nie było, ale nie powinno stanowić podstawy do reakcji prawnokarnej, a ewentualnie dyscyplinarnej, choć i co do niej należałoby zachować rozsądne podejście.

Są to przykłady na to, że nie każde zachowanie, które nie mieści się w standardach obyczajowych dominującej części społeczeństwa, tym samym wyczerpuje znamiona czynu zabronionego, co jest jak najbardziej właściwe. Prawo karne może bowiem „wchodzić” w tym względzie jedynie w obszary najpoważniejsze, do których niewątpliwie nie należą kwestie dość oryginalnego wyglądu, w tym stroju. Moda jest bowiem aktualnie liberalna, choć i wolność albo zwyczajne niechlujstwo w tym zakresie ma pewne gra-

²² Zob. <https://kobieta.onet.pl/moda/marta-kaczynska-oburzona-strojami-letnikow-ich-widok-moze-byc-kłopotliwy-nieprzyjemny/rbkhe77> (dostęp: 17. 02. 2019 r.)

nice, w tym środowiskowe i sytuacyjne. Jednak prawo karne nie jest instrumentem do tego, aby zmieniać modowe nawyki kogokolwiek, nawet gdy strój danej osoby mocno odbiega od elementarnych konwenansów danej grupy, czy też szerzej społeczeństwa, a przynajmniej jego dominującej części.

Nieobyczajnym wybrykiem będzie stosunek seksualny w miejscu publicznym. Będzie tak dlatego, że nie jest w naszej kulturze normą, aby tego rodzaju aktywność miała miejsce w takich warunkach, choć i w tym zakresie należy zachować zdrowy rozsądek. Gdyby przykładowo dwoje „państwa”, będąc pod wpływem alkoholu, starali się „zrealizować” w takiej roli w środku dnia na ławce w uczęszczanym parku miejskim, to ich zachowanie wyczerpywałoby znamiona nieobyczajnego wybryku. Inaczej jednak należałoby oceniać aktywność seksualną dwojga młodych osób podejmowaną, z racji „trudności lokalowych”, w lesie, którzy mieli pecha, że przechadzał się akurat tamtędy strażnik leśny, który zarzucił im popełnienie wykroczenia.

Pozostając w podobnym „klimacie”, wskazać można jako inny przykład zachowania naruszającego obyczajność takie, gdy dziewczyna i chłopak mieszkający w budynku wielorodzinnym uprawiają seks, co jest słyszalne przez sąsiada, który twierdzi, że to mu przeszkadza, bo nie może oddawać się lekturze. Byłoby tak jednak jedynie pod warunkiem, że wiedzą oni, że ich „odgłosy” są słyszalne nie tylko dla nich, co jest możliwe w budynkach charakteryzujących się słabym wyciszeniem.

Nieobyczajne będą także zachowania ekshibicjonistyczne w różnych ich formach i miejscach, jak choćby „klasycznie” poprzez obnażanie się w miejscu publicznym, jak na przykład w parku, ale także na balkonie własnego mieszkania, o ile ich odbiorcami nie są małoletni w wieku poniżej lat 15. Wówczas bowiem takie zachowania wyczerpywałyby znamiona art. 200 § 4 k.k.

Oceny pod względem obyczajności wymagają także zachowania polegające na całowaniu się w miejscu publicznym. Wydaje się, że gdyby dopuściły się go osoby odmiennej płci, to ich zachowanie nie byłoby postrzegane jako nieobyczajne, ale już takie samo zachowanie osób tej samej płci mogłoby być nieco bardziej kłopotliwe w odbiorze, przy pełnym zrozumieniu dla równości wobec prawa, która jednak może nie przekładać się na społeczny odbiór takich ekspozycji. Chyba byłoby w tym zakresie także tak, że za obyczajne uznawalibyśmy „szybkie” pocałunki w miejscach publicznych, nie zaś te namiętne, które jednak powinny pozostawać w sferze prywatnej osób nimi się obdarzających, choć prawnokarne oceny w tym względzie nie byłyby oczywiste w każdej sytuacji.

Niewątpliwie za nieobyczajne trzeba uznawać zachowania związane z nadużywaniem alkoholu. „Odpoczywający” na ławce przed blokiem „dżentelmen” w stanie upojenia alkoholowego to niewątpliwie sprawca nieobyczajnego wybryku. Tak samo jest z powracającym do domu lub zmierzającym, gdzie płaczące się nogi poniosą, „jegomościem”, dla którego chodnik jest lekko za wąski, a który idealnie wpisuje się w piosenkę ze słowami Jeremiego Przybory i muzyką Jerzego Wasowskiego *Taka gmina*, której fragment mówi o tym, że „spotkasz chłopą, gęba sina, oj nie wraca ci on z kina”. Oczywiście to nie „gęba” powinna stanowić podstawę karalności, lecz zachowanie się jej właściciela.

To jest perspektywa szersza, gdyż prawnokarne wątpliwości w zakresie obyczajności można mieć odnośnie do różnych zachowań „dżentelmenów”, którzy miło spędzają czas

„pod sklepem”, niekoniecznie kontemplując transcendentálną ideę doskonałości bytu. Jedni „przysypiają” znużeni trudami dnia codziennego, inni toczą dysputy, o których intensywności nie śniło się nawet starożytnym filozofom, jeszcze inni „zagajają” klientów, którzy wydają się im być potencjalnymi ich „dobrodziejami” albo zwyczajnie chcąc być miłymi, a pozostali po prostu „są”, ale już sam ich widok może być dyskomfortowy, choć czy wyczerpujący znamiona nieobyczajnego wybryku, to kwestia oceny konkretnego przypadku.

Nieobyczajne jest jednak spożywanie alkoholu w miejscu niedozwolonym, co stanowi wykroczenie z art. 43¹ ust. 1 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi²³, przy czym pierwszoplanowym przedmiotem ochrony nie jest tu obyczajność, lecz spokój i porządek w takim miejscu. Może być jednak tak, że spożywanie w takim miejscu alkoholu nie będzie wykroczeniem z tej ustawy, gdyż w jej rozumieniu alkoholem jest jedynie produkt przeznaczony do spożycia zawierający alkohol etylowy pochodzenia rolniczego w określonym stężeniu. Chodzi w szczególności o denaturat, który nie jest przecież przeznaczony do spożycia, ale jego „niecodzienny” smak i bardzo przystępna cena miewają „amatorów”, którzy „raczą się” nim w miejscach publicznych. Takie zachowania powinny być kwalifikowane jako nieobyczajne wybryki z art. 140 k.w.

Możliwa jest kumulatywna kwalifikacja wykroczenia spożywania alkoholu w miejscu niedozwolonym, w szczególności w sklepie i jego bezpośredniej okolicy, z wykroczeniem nieobyczajnego wybryku. Onegdaj piszącemu te słowa dane było być świadkiem następującego zdarzenia. Otóż w niewielkim wiejskim sklepie o standardowej proveniencji spożywczo-monopolowej pewien „panisko” o wyglądzie niewzbudzającym szczególnego zaufania zażyczył sobie wino niewysublimowanej marki, oczekując jego otworzenia. „Sklepową”, tyleż doświadczone w obsłudze takich „gości”, co nieco zakłopotana obecnością innych klientów, oświadczyła, że nie wolno spożywać alkoholu na miejscu, na co „nasz bohater” bez słowa otworzył je sobie sam. Następnie wprawnym ruchem skierował butelkę do ust, zakręcając nią z gracją godną baletnicy, i wlał do gardła jej zawartość, nie uznając za konieczne przetykania podczas tej czynności, po czym odstawił pustą butelkę i niczym nieskrępowany wyszedł. Gdyby dokonać subsumcji tego stanu faktycznego do przepisów prawnych, to zasadna byłaby tu także kumulatywna kwalifikacja spożywania alkoholu w miejscu niedozwolonym i nieobyczajnego wybryku.

Nieobyczajne jest także załatwienie potrzeby fizjologicznej w miejscu publicznym. Dla prawnokarnej oceny takiego zachowania nie ma znaczenia, że niektórzy sprawcy starają się zasłaniać intymne części swojego ciała, gdyż dla bytu wykroczenia nie jest konieczna ich ekspozycja ani też spostrzeżenie tego zachowania przez osoby trzecie. Samo przedmiotowe zachowanie wyczerpuje bowiem znamiona wykroczenia nieobyczajnego wybryku lub wybryku, jako że może wywoływać ono zgorszenie w miejscu publicznym. Nie sposób przy tym nie zauważyć, że natura ma w tym zakresie swoje nieubłagane prawa, przez które panie bardziej „narażone są” na stanie się sprawcami nieobyczajnych w tym zakresie wykroczeń popełnianych w miejscach publicznych, co nie powoduje nieodpowiedzialności mężczyzn za takie zachowania, choć *de facto* korzystają oni z większego przywileju tolerancji w niektórych tego rodzaju sytuacjach.

²³ Ustawa z 26.10.1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (Dz.U. z 2018 r. poz. 2137 ze zm.), dalej u.w.t.p.a.

Niewątpliwie nieobyczajne jest używanie słów nieprzyzwoitych w miejscach publicznych, jakie to zachowanie wyczerpuje znamiona wykroczenia stypizowanego w art. 141 k.w. Jednak i w tym zakresie nietatwo o bezsporne kryteria pozwalające odróżnić słowa „nieprzyzwoite” od „przyzwoitych”, co oczywiście nie dotyczy utrwalonego katalogu tych pierwszych w naszym „języku ojczystym”. Nie miejsce, aby nawet przykładowo je tu wymieniać, a i są one powszechnie znane. Jednak są słowa, zwłaszcza używane przez osoby młode, które w ich języku, a w konsekwencji w relacjach między nimi, są czytelne i „normalnie” używane, ale które mogą razić osoby starsze, a wręcz być traktowane właśnie jako nieprzyzwoite. Słowa nieprzyzwoite mogą być nie tylko wypowiedane, ale także umieszczane w formie napisów, choćby na koszulkach, w tym w języku obcym, zwłaszcza angielskim. Podobnie rzecz ma się z naklejkami na samochodach, z których niektóre nie są fajne, gdyż zawierają treści zwyczajnie wulgarne, w tym dotyczące sfery erotycznej czy wręcz seksualnej. To stosunkowo nowy trend, w przeciwieństwie do dość utrwalonego, choć chyba nienarastającego, umieszczania słów nieprzyzwoitych na murach, przystankach i w innych miejscach publicznych, gdy dowiedzieć się dzięki im można choćby o nienajlepszej reputacji niektórych dziewczyn zamieszkujących w okolicy, lokalnych antypatiach politycznych czy też niekoniecznie przychylnym nastawieniu autorów tych napisów do policji.

Przykłady takie można mnożyć, co o tyle nie ma sensu, że wyobraźnia sprawców rozszerza katalog czynów mogących być uznawanymi za nieobyczajne, przy zmienności społecznych ocen w tym względzie. Nie bez znaczenia jest także i to, że dalsze pogłębianie przedmiotowych wywodów mogłoby być poczytane za wyraz nieobyczajności ich autora, a przynajmniej jako pewne następstwo braku kindersztuby, co w najmniejszym zakresie nie byłoby takim celem, bo i chyba okoliczność taka nie zachodzi.

PODSUMOWANIE

Obyczajność stanowiła i stanowi przedmiot ochrony prawa karnego, a nic nie wskazuje na to, aby miała przestać nim być. Tym różni się ona od innych dóbr podlegających prawnocarnej ochronie, że podlega ocenom, niekiedy narażonym na pewien subiektywizm, ale też swoistą delikatność, a w konsekwencji wymagających racjonalnego podejścia, aby dla obrony „rzekomej cnoty” nie poświęcić „zdrowego rozsądku”, co nie oznacza jakiegokolwiek afirmacji zachowań zwyczajnie nieobyczajnych, a relewantnych karnoprawnie. Te bowiem muszą stanowić przedmiot reakcji karnej, nawet gdy w istocie nieraz wydają się błahe, a nawet zabawne, ale takie ich przymioty nie powodują utraty przez nie cech bezprawności.

Odróżniać przy tym trzeba obyczajność na gruncie prawa karnego *sensu stricto*, a która łączy się ze sferą życia seksualnego, od obyczajności w przestrzeni prawa wykroczeń, która jest szersza, gdyż dotyczy obszarów nie tylko związanych z tą sferą. W konsekwencji obejmuje więc ona wiele różnych zachowań przy pewnej zmienności ich ocen, a jednocześnie utrwalonym i niezmiennym jednak podejściu do większości z nich, co musi mieć także określone następstwa karnoprawne wymagające dogmatycznego namysłu mogącego mieć praktyczne znaczenie.

ABSTRACT

Radosław Krajewski – Good morals as a subject matter of criminal law protection

Good morals is a subject matter of criminal law protection. It is connected in a penal code with sexual liberty. In a petty offence's code it is threaten widely. The range of behavior, which can be considered as indecent is changing, against need to be objective in evaluation in that issue. It is required to understand this criminal law category so that qualifications of human behavior, which can cause uncertainty and doubt about moral goods, require law standards connected with it.

Keywords: *moral goods, salaciousness, crime, offence, criminal law protection*

Radosław Krajewski

The author is a professor at the University of Casimir the Great in Bydgoszcz.

dr hab. Radosław Krajewski

Autor jest profesorem Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Bojarski Marek, Radecki Wojciech**, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016
- Bojarski Marek, Świda Zofia**, *Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2002
- Cieślak Wojciech**, *Prawo karne. Zarys instytucji i naczelné zasady*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010
- Gardocki Lech**, *Prawo karne*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015
- Kulczycki Michał, Zduńczyk Jerzy**, *Kodeks wykroczeń. Popularny komentarz*, Instytut Wydawniczy Związków Zawodowych, Warszawa 1982
- Kulesza Jan**, *Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej (w:) Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. Daniluk Paweł, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016
- Marek Andrzej**, *Prawo karne*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2003
- Maroń Grzegorz**, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2011
- Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy*, Wydawnictwo Prawnicze sp. z o.o., Warszawa 1997

Piórkowska-Flieger Joanna, *Wykroczenia przeciwko obyczajności publicznej* (w:) *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Wolters Kluwer, Warszawa 2015

Warylewski Jarosław, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV kodeksu karnego. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2001

Wronkowska Sławomira, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Wydawnictwo Ars boni et aequi, Poznań 2005

Artykuły

Dariusz Michta

WYKONYWANIE ZAWODU ADWOKATA PRZEZ PRACOWNIKA DYDAKTYCZNEGO

W praktyce zdarzają się sytuacje, że adwokat wykonujący zawód pracuje jednocześnie jako pracownik dydaktyczny, np. wykładowca, na wyższej uczelni, tymczasem, jak wynika z poniżej przeprowadzonych rozważań, łączenie wykonywania zawodu adwokata z zatrudnieniem w charakterze dydaktycznego nauczyciela akademickiego prowadzi do bardzo poważnych negatywnych konsekwencji, i to zarówno dla samego adwokata, jak również dla jego klientów.

Zgodnie z art. 114 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce¹ nauczycieli akademickich zatrudnia się w grupach pracowników:

- 1) dydaktycznych;
- 2) badawczych;
- 3) badawczo-dydaktycznych.

Zgodnie z art. 116 ust. 1 u.p.s.w.n. nauczyciela akademickiego zatrudnia się na stanowisku:

- 1) profesora;
- 2) profesora uczelni;
- 3) adiunkta;
- 4) asystenta.

¹ Ustawa z 20.07.2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. z 2018 r. poz. 1668), dalej u.p.s.w.n.

Statut uczelni może jednak określać również inne stanowiska dla nauczycieli akademickich niż określone w art. 116 ust. 1 u.p.s.w.n. oraz wymagania kwalifikacyjne niezbędne do ich zajmowania (art. 116 ust. 4 pkt 1 u.p.s.w.n.).

Obowiązująca przez ponad 10 lat ustawa – Prawo o szkolnictwie wyższym², uchylona w zasadniczej części 1.10.2018 r.³, dzieliła nauczycieli akademickich w nieco inny, ale kierunkowo podobny sposób. Zgodnie z art. 108 tej ustawy nauczycielami akademickimi byli:

- 1) pracownicy naukowo-dydaktyczni;
- 2) pracownicy dydaktyczni;
- 3) pracownicy naukowci;
- 4) dyplomowani bibliotekarze oraz dyplomowani pracownicy dokumentacji i informacji naukowej.

Stosownie do art. 110 ust. 1 uchylonej ustawy pracownicy naukowo-dydaktyczni i naukowci byli zatrudniani na stanowiskach:

- 1) profesora zwyczajnego;
- 2) profesora nadzwyczajnego;
- 3) profesora wizytującego;
- 4) adiunkta;
- 5) asystenta.

Pracownicy dydaktyczni byli natomiast zatrudniani na stanowiskach:

- 1) starszego wykładowcy;
- 2) wykładowcy;
- 3) lektora lub instruktora (art. 110 ust. 2 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym).

OGRANICZENIA W WYKONYWANIU ZAWODU – ADWOKACI

Zestawiając powyższe przepisy z przepisami korporacyjnymi, należy wskazać, że tylko w przypadku adwokatów (i w pewnym zakresie w przypadku radców prawnych) ustawodawca wprowadza ograniczenia w zakresie zatrudniania tych osób w charakterze pracowników dydaktycznych⁴. Zgodnie z art. 4b ust. 1 pkt 1 ustawy – Prawo o ad-

² Ustawa z 27.07.2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz.U. z 2017 r. poz. 2183 ze zm.).

³ Stosownie do art. 1 w zw. z art. 169 pkt 3 ustawy z 3.07.2018 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. z 2018 r. poz. 1669), ustawa – Prawo o szkolnictwie wyższym w zasadniczej i interesującej nas, z uwagi na zakres przedmiotowy artykułu, części utraciła moc z dniem wejścia w życie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, tj. z dniem 1.10.2018 r.

⁴ Na problem ten nie zwraca uwagi wyraźnie żaden z poniższych komentarzy do ustawy z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.). Zob. komentarze do art. 4b tej ustawy – Z. Krzemiński, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 13–16; D. Michta, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Poznań 2012, s. 19–20; M. Gawryluk, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 37–41; J. Trela, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, red. P. Kruszyński, Warszawa 2016, s. 29–31. Sygnalizuje go natomiast B. Sołtys, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, red. T. Scheffler, Warszawa 2018, s. 188–189.

wokaturze⁵ adwokat nie może wykonywać zawodu, jeżeli pozostaje w stosunku pracy. Zakaz ten nie dotyczy pracowników naukowych i naukowo-dydaktycznych (art. 4b ust. 3 p.o.a.). Wyjaśniająco jedynie należy wskazać, że ustawodawca nie dostosował jeszcze ustawy – Prawo o adwokaturze w zakresie art. 4b ust. 3 do nazewnictwa wprowadzonego przez ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, mamy zatem do czynienia z sytuacją, że ustawa Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce posługuje się określeniami pracownik badawczy, pracownik badawczo-dydaktyczny, pracownik dydaktyczny, natomiast ustawa – Prawo o adwokaturze w art. 4b ust. 3 posługuje się jeszcze określeniami z uchylonej ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, tj. pracownik naukowo-dydaktyczny, pracownik naukowy. Artykuł 6 ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce zmienia w ustawie – Prawo o adwokaturze jedynie art. 75e ust. 2 pkt 3, wprowadzając w miejsce starych określeń (pracownik dydaktyczny, pracownik naukowo-dydaktyczny, pracownik naukowy) nowe (pracownik dydaktyczny – tu akurat nazewnictwo się nie zmienia, pracownik badawczo-dydaktyczny, pracownik badawczy). Dochodzi zatem do kuriozalnej sytuacji, gdzie w jednej ustawie stosowane są różne określenia na oznaczenie tego samego pojęcia. Jest to oczywiście sytuacja niezgodna z podstawowymi zasadami techniki prawodawczej, gdyż zgodnie z § 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” do oznaczenia jednakowych pojęć używa się jednakowych określeń, a różnych pojęć nie oznacza się tymi samymi określeniami⁶.

OGRANICZENIA W WYKONYWANIU ZAWODU – NOTARIUSZE I SĘDZIOWIE

Wyłączenie w art. 4b ust. 3 p.o.a. zakazu określonego w art. 4b ust. 1 pkt 1 p.o.a. wyrażnie nie dotyczy pracowników dydaktycznych. Inaczej jest w przypadku notariuszy oraz sędziów. Zgodnie z art. 19 § 1 ustawy – Prawo o notariacie⁷ notariusz nie może podejmować zatrudnienia bez uzyskania uprzedniej zgody rady właściwej izby notarialnej, z wyjątkiem zatrudnienia w charakterze pracownika naukowo-dydaktycznego, dydaktycznego lub naukowego, chyba że wykonywanie tego zatrudnienia przeszkadza w pełnieniu jego obowiązków⁸. Zgodnie natomiast z art. 86 § 1 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych⁹ sędzia nie może podejmować dodatkowego zatrudnienia, z wyjątkiem zatrudnienia na stanowisku dydaktycznym, naukowo-dydaktycznym lub naukowym w łącznym wymiarze nieprzekraczającym pełnego wymiaru czasu pracy pracowników zatrudnionych na tych stanowiskach, jeżeli wykonywanie tego zatrud-

⁵ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.), dalej p.o.a.

⁶ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 20.06.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. z 2016 r. poz. 283).

⁷ Ustawa z 14.02.1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2017 r. poz. 2291 ze zm.).

⁸ O zamiarze podjęcia zatrudnienia notariusz jest obowiązany zawiadomić prezesa rady właściwej izby notarialnej. Rada rozstrzyga, czy podjęcie zatrudnienia nie uchybia obowiązkom notariusza albo powadze wykonywanego zawodu. Jeżeli rada nie wyrazi zgody na zatrudnienie, sprawę – na wniosek notariusza – rozstrzyga Krajowa Rada Notarialna, której decyzja jest ostateczna (art. 19 § 3 ustawy – Prawo o notariacie).

⁹ Ustawa z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 23 ze zm.).

nienia nie przeszkadza w pełnieniu obowiązków sędziego¹⁰. Podobnie sędzia Sądu Najwyższego nie może pozostawać w innym stosunku służbowym lub podejmować dodatkowego zatrudnienia, z wyjątkiem zatrudnienia w charakterze pracownika naukowo-dydaktycznego, dydaktycznego lub naukowego u jednego pracodawcy, w łącznym wymiarze nieprzekraczającym pełnego wymiaru czasu pracy pracowników zatrudnionych w takim charakterze, o ile nie utrudnia to pełnienia obowiązków sędziego Sądu Najwyższego (art. 44 § 1 ustawy o Sądzie Najwyższym¹¹). Również sędzia Trybunału Konstytucyjnego nie może podejmować dodatkowego zatrudnienia, z wyjątkiem zatrudnienia w charakterze pracownika naukowo-dydaktycznego, dydaktycznego lub naukowego u jednego pracodawcy, w łącznym wymiarze nieprzekraczającym pełnego wymiaru czasu pracy pracowników zatrudnionych w takim charakterze, o ile nie utrudnia to pełnienia obowiązków sędziego Trybunału (art. 23 ust. 1 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym¹²). Uzupełniająco należy zaznaczyć, że regulacje dotyczące sędziów sądów powszechnych oraz sędziów Sądu Najwyższego są właściwe także dla sędziów wojewódzkich sądów administracyjnych oraz sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego. Stosownie bowiem do art. 29 § 1 ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych¹³ w sprawach nieuregulowanych w tej ustawie do wojewódzkich sądów administracyjnych oraz sędziów tych sądów stosuje się odpowiednio przepisy o ustroju sądów

¹⁰ O zamiarze podjęcia dodatkowego zatrudnienia sędzia sądu apelacyjnego oraz sędzia sądu okręgowego zawiadamia prezesa właściwego sądu, a prezesi tych sądów – Ministra Sprawiedliwości. Sędzia sądu rejonowego kieruje zawiadomienie do prezesa właściwego sądu okręgowego. Prezes właściwego sądu w stosunku do sędziego, a Minister Sprawiedliwości w stosunku do prezesa sądu apelacyjnego i prezesa sądu okręgowego, wydaje decyzję o sprzeciwie wobec zamiaru podjęcia zatrudnienia na stanowisku dydaktycznym, badawczo-dydaktycznym lub badawczym w szkole wyższej, jeżeli uzna, że będzie ono przeszkadzało w pełnieniu obowiązków sędziego (art. 86 § 4 i 5 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych).

¹¹ Ustawa z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2018 r. poz. 5 ze zm.). O zamiarze podjęcia zatrudnienia, a także o zamiarze kontynuowania zatrudnienia przez sędziego obejmującego stanowisko w Sądzie Najwyższym, sędzia Sądu Najwyższego zawiadamia Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego pisemnie informuje o sprzeciwie, jeżeli uzna, że podjęcie albo kontynuowanie zatrudnienia będzie utrudniało pełnienie obowiązków, uchybiało godności urzędu sędziego Sądu Najwyższego lub podważało zaufanie do jego bezstronności lub niezawisłości. O zamiarze podjęcia zatrudnienia, a także o zamiarze kontynuowania zatrudnienia przez sędziego obejmującego stanowisko Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego zawiadamia Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej pisemnie informuje o sprzeciwie, jeżeli uzna, że podjęcie albo kontynuowanie zatrudnienia będzie utrudniało pełnienie obowiązków, uchybiało godności urzędu Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego lub podważało zaufanie do jego bezstronności lub niezawisłości (art. 44 § 3 i 4 ustawy o Sądzie Najwyższym).

¹² Ustawa z 25.06.2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 2015 r. poz. 1064 ze zm.). O zamiarze podjęcia zatrudnienia, a także o zamiarze kontynuowania zatrudnienia przez sędziego obejmującego stanowisko w Trybunale Konstytucyjnym, sędzia Trybunału zawiadamia Prezesa Trybunału. Prezes Trybunału pisemnie informuje o sprzeciwie, jeżeli uzna, że podjęcie albo kontynuowanie zatrudnienia będzie utrudniało pełnienie obowiązków, uchybiało godności urzędu sędziego Trybunału lub podważało zaufanie do jego bezstronności lub niezawisłości (art. 23 ust. 4 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym).

¹³ Ustawa z 25.07.2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 2107).

powszechnych, z wyjątkami zaznaczonymi w tym artykule. Natomiast stosownie do art. 49 ustawy Prawo o ustroju sądów administracyjnych w sprawach nieuregulowanych w ustawie do Naczelnego Sądu Administracyjnego oraz do sędziów tego sądu stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące Sądu Najwyższego. Brak jest zatem zasadniczo przeszkód, aby notariusze i sędziowie łączyli wykonywanie zawodu z zatrudnieniem na umowę o pracę w charakterze pracownika dydaktycznego.

OGRANICZENIA W WYKONYWANIU ZAWODU – RADCOWIE PRAWNI

Nieco bardziej skomplikowana sytuacja występuje w przypadku radców prawnych. Zasadniczo nie ma przeszkód, aby radca prawny był zatrudniony w ramach stosunku pracy jako pracownik dydaktyczny. Jednak pomoc prawna polegająca na występowaniu przez radcę prawnego w charakterze obrońcy w sprawach o przestępstwa i przestępstwa skarbowe może być świadczona w ramach wykonywania przez niego zawodu na podstawie umowy cywilnoprawnej, w kancelarii radcy prawnego oraz w spółce, której wyłącznym przedmiotem działalności jest świadczenie pomocy prawnej, pod warunkiem że radca prawny nie pozostaje w stosunku pracy (art. 8 ust. 6 zd. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 ustawy o radcach prawnych¹⁴). Artykuł 8 ust. 6 zd. 2 ustawy o radcach prawnych wyraźnie wskazuje, że zakaz zatrudnienia nie dotyczy pracowników naukowych i naukowo-dydaktycznych, jednak – podobnie jak ustawa – Prawo o adwokaturze – nie wyłącza z tego zakazu pracowników dydaktycznych.

PRZYCZYNY ZAKAZU WYKONYWANIA ZAWODU ADWOKATA PRZEZ PRACOWNIKA DYDAKTYCZNEGO

W powyżej wskazanych ograniczeniach chodzi oczywiście o wyeliminowanie możliwości podporządkowania właściwego stosunkowi pracy przy wykonywaniu czynności obrończych (na marginesie należy zauważyć, że chodzi jedynie o sprawy o przestępstwa, a nie o wykroczenia). Można wysunąć tezę, że ograniczenie prowadzące do braku możliwości wykonywania zawodu adwokata (i w pewnych sytuacjach radcy prawnego) przez pracownika dydaktycznego idzie za daleko. Wszak na uczelni wyższej pozycja pracownika badawczo-dydaktycznego, w zakresie podporządkowania wynikającego z ustawy – Kodeks pracy¹⁵, nie różni się znacząco od pozycji pracownika dydaktycznego. Pracownik dydaktyczny ma wyższe pensum, czyli liczbę zajęć, do których odbycia jest zobowiązany, pracownik badawczo-dydaktyczny (wcześniej naukowo-dydaktyczny) ma niższe pensum, ale zobowiązany jest wykazywać osiągnięcia naukowe. Artykuł 115 ust. 1 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce wskazuje, że do podstawowych obowiązków nauczyciela akademickiego będącego pracownikiem:

- 1) dydaktycznym – należy kształcenie i wychowywanie studentów lub uczestniczenie w kształceniu doktorantów;
- 2) badawczym – należy prowadzenie działalności naukowej lub uczestniczenie

¹⁴ Ustawa z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 2115).

¹⁵ Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2018 r. poz. 917 ze zm.).

- w kształceniu doktorantów (a zatem nawet pracownik badawczy może prowadzić zajęcia);
- 3) badawczo-dydaktycznym – należy prowadzenie działalności naukowej, kształcenie i wychowywanie studentów lub uczestniczenie w kształceniu doktorantów.

W relacji do władz uczelni (rektora, dziekana wydziału, dyrektora instytutu) pozycja obu wyżej wskazanych nauczycieli akademickich, w mojej ocenie, niewiele się różni. Należy zwrócić także uwagę, że każdy nauczyciel akademicki jest obowiązany do uczestniczenia w pracach organizacyjnych na rzecz uczelni oraz stałego podnoszenia kompetencji zawodowych (art. 115 ust. 2 ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce). Ustawodawca jest tu jednak bardzo konsekwentny i wyrażenie nie zezwala pracownikowi dydaktycznemu na wykonywanie zawodu adwokata (a także radcy prawnego występującego w charakterze obrońcy w sprawach o przestępstwa i przestępstwa skarbowe)¹⁶. W przypadku podjęcia zatrudnienia w charakterze pracownika dydaktycznego osoba wpisana na listę adwokatów nie może czynnie wykonywać zawodu. Osoba ta powinna zostać wpisana na listę adwokatów niewykonywujących zawodu¹⁷. *De lege ferenda* należy postulować zrównanie pracowników dydaktycznych zatrudnionych na wyższych uczelniach z pracownikami badawczymi i pracownikami badawczo-dydaktycznymi w możliwości wykonywania zawodu adwokata oraz radcy prawnego występującego w charakterze obrońcy w sprawach o przestępstwa i przestępstwa skarbowe.

WYKONYWANIE ZAWODU ADWOKATA PRZEZ PRACOWNIKA DYDAKTYCZNEGO – KONSEKWENCJE DISCYPLINARNE

Wykonywanie zawodu adwokata przez pracownika dydaktycznego jest podstawą do wszczęcia przeciwko niemu postępowania dyscyplinarnego. Stosownie do § 9 ust. 1 pkt b Zbioru zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeksu etyki adwokackiej)¹⁸ z zawodem adwokata nie wolno łączyć takich zajęć, które ograniczałyby niezawisłość adwokata. W mojej ocenie jednak, szczególnie przy braku świadomości tego zakazu w odniesieniu do pracowników dydaktycznych, z uwagi na zbliżoną pozycję w zakresie

¹⁶ Należy na marginesie zauważyć, że takie ograniczenie (brak możliwości zajmowania stanowiska dydaktycznego) dotyczy osoby powołanej na stanowisko Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców, zgodnie bowiem z art. 6 pkt 1 ustawy z 6.03.2018 r. o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców (Dz.U. z 2018 r. poz. 648) nie może ona zajmować innego stanowiska, z wyjątkiem stanowiska naukowo-dydaktycznego lub naukowego w szkole wyższej, Polskiej Akademii Nauk, instytucie badawczym lub innej jednostce naukowej, ani wykonywać innych zajęć zawodowych.

¹⁷ Pismo Ministra Sprawiedliwości z 1.12.2016 r., DZP-III-071-12/16/3, file:///C:/Users/avans1/Downloads/09_028_611_1_odp.pdf (dostęp: 22.02.2019 r.).

¹⁸ Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej) uchwalony przez NRA 10.10.1998 r. (uchwała nr 2/XVIII/98) ze zmianami wprowadzonymi uchwałą NRA nr 32/2005 z 19.11.2005 r., uchwałami NRA nr 33/2011-54/2011 z 19.11.2011 r. oraz uchwałą 64/2016 NRA z 25.06.2016 r. Tekst jednolity ogłoszony 27.02.2018 r. na podstawie uchwały NRA nr 52/2011 z 19.11.2011 r., http://www.nra.pl/dokumenty/2018.01.30_Kodeks_Etyki_Adwokackiej_tekst_ujednolicony.pdf (dostęp: 22.02.2019 r.).

podporządkowania pracowniczego pracownika dydaktycznego i badawczo-dydaktycznego (wcześniej naukowo-dydaktycznego), wykonywanie zawodu adwokata przy jednoczesnym zatrudnieniu w charakterze pracownika dydaktycznego na uczelni wyższej nie powinno spotkać się z surową sankcją sądu dyscyplinarnego.

WYKONYWANIE ZAWODU ADWOKATA PRZEZ PRACOWNIKA DYDAKTYCZNEGO – KONSEKWENCJE W ZAKRESIE REPREZENTACJI

Bardzo poważne natomiast konsekwencje występują w zakresie reprezentacji klienta przed sądami. W postanowieniu z 20.07.2012 r.¹⁹ Sąd Najwyższy wskazał, że art. 4b ustawy – Prawo o adwokaturze określa przypadki uniemożliwiające adwokatowi wykonywanie zawodu w jakiegokolwiek formie organizacyjnej. Artykuł 379 pkt 2 ustawy – Kodeks postępowania cywilnego²⁰ stanowi, że jeżeli strona nie miała zdolności sądowej lub procesowej, organu powołanego do jej reprezentowania lub przedstawiciela ustawowego, albo gdy pełnomocnik strony nie był należyście umocowany, zachodzi nieważność postępowania. Zgodnie z uchwałą składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 8.07.2008 r.²¹ występowanie w charakterze pełnomocnika procesowego osoby, która nie może być pełnomocnikiem, oznacza brak należytego umocowania powodujący nieważność postępowania (art. 379 pkt 2 k.p.c.). Osoba, której ustawa nie przyznaje zdolności postulacyjnej, nie może – zdaniem Sądu Najwyższego – być dopuszczona do działania na jakimkolwiek etapie postępowania – nie może jej na to zezwolić sąd, a przeszkody tej nie może usunąć wola strony. Sąd Najwyższy podkreślił, że właściwie rozumiany interes prawny każdej strony wymaga, by sprawa została rozpoznana przy zachowaniu wszystkich wymagań procesowych, a rygory procesowe są ustanawiane nie tylko dla ochrony konkretnych praw i interesów procesowych stron – ich przestrzeganie służy w wymiarze ogólnym zarówno stronom, jak i interesowi wymiaru sprawiedliwości. Uzupełniając należy wskazać, że stosownie do art. 175¹ zdanie pierwsze k.p.c. w przypadku, gdy zastępstwo stron przez adwokatów lub radców prawnych jest obowiązkowe, w razie utraty możliwości wykonywania zawodu, sąd – oczywiście jeśli ma wiedzę o powyższym²² – zawiesza postępowanie z urzędu (zawieszenie obligatoryjne), wyznaczając odpowiedni termin do wskazania innego adwokata lub radcy prawnego, i po upływie tego terminu podejmuje postępowanie. Wezwanie doręcza się stronie w miejscu jej rzeczywistego za-

¹⁹ Postanowienie SN z 20.07.2012 r. (II CZ 68/12), <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia/ii%20cz%2068-12.pdf> (dostęp: 22.02.2019 r.).

²⁰ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.), dalej k.p.c.

²¹ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 8.07.2008 r. (III CZP 154/07), <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia/III%20CZP%20154-07.pdf> (dostęp: 22.02.2019 r.).

²² Sąd z urzędu jest obowiązany do czuwania nad tym, czy strona jest zastępowana w sprawie przez osobę mogącą być pełnomocnikiem i nie powinien dopuścić do uczestniczenia w sprawie osoby – jako pełnomocnika strony – która pełnomocnikiem być nie może. Decyzję taką sąd może jednak podjąć tylko w razie ustalenia opartego na podstawach uzasadniających przekonanie, że osoba zgłaszająca się jako pełnomocnik nie może być pełnomocnikiem. Postanowienie SN z 15.03.1996 r. (I CRN 34/96), „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna” 1996/7–8, s. 103.

mieszkania (nie stosuje się art. 136 § 2 k.p.c.²³), zawiadamiając ją równocześnie o utracie możliwości wykonywania zawodu przez pełnomocnika procesowego (art. 175 zdanie pierwsze w zw. z art. 175¹ zdanie drugie k.p.c.). Jeżeli przymus adwokacko-radcowski obowiązuje w sprawie, w której pełnomocnik został ustanowiony z urzędu, sąd – obok zawiadomienia strony o zawieszeniu postępowania – zwraca się do właściwego organu samorządu (okręgowej rady adwokackiej lub okręgowej izby radców prawnych) o wyznaczenie nowego adwokata lub radcy prawnego²⁴.

Podobnie jak w postępowaniu cywilnym, również w postępowaniu sądowoadministracyjnym występowanie w charakterze pełnomocnika adwokata będącego pracownikiem dydaktycznym powoduje nieważność postępowania. Zgodnie z art. 183 § 2 pkt 2 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi²⁵ nieważność postępowania zachodzi, jeżeli strona nie miała zdolności sądowej lub procesowej, organu powołanego do jej reprezentowania lub przedstawiciela ustawowego, albo gdy pełnomocnik strony nie był należycie umocowany. W przypadku natomiast, gdy omawiana sytuacja wystąpi, w postępowaniu karnym zajdzie bezwzględna przyczyna odwoławcza z art. 439 § 1 pkt 10 ustawy – Kodeks postępowania karnego²⁶, niezależnie bowiem od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia sąd odwoławczy na posiedzeniu uchyla zaskarżone orzeczenie, jeżeli oskarżony w postępowaniu sądowym (tylko sądowym – przepis ten nie dotyczy postępowania przygotowawczego²⁷) nie miał obrońcy w wypadkach określonych w art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 k.p.k.

WYKONYWANIE ZAWODU ADWOKATA PRZEZ PRACOWNIKA DYDAKTYCZNEGO – KONSEKWENCJE W ZAKRESIE OCHRONY UBEZPIECZENIOWEJ

Kolejne zagadnienie związane z poruszonym problemem dotyczy ochrony ubezpieczeniowej. W myśl art. 8a ust. 1 p.o.a. adwokat podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone przy wykonywaniu czynności, o których mowa w art. 4 ust. 1 tej ustawy, czyli czynności polegających na świadczeniu pomocy prawnej, a w szczególności na udzielaniu porad prawnych, sporządzaniu opinii prawnych, opracowywaniu projektów aktów prawnych oraz występowaniu przed sądami i urzędami. Wydane na podstawie art. 8b p.o.a. rozporządzenie Ministra Finansów

²³ Stosownie do art. 136 § 2 w zw. z art. 136 § 1 k.p.c. w razie zaniedbania przez strony i ich przedstawicieli obowiązku zawiadamiania sądu o każdej zmianie miejsca zamieszkania pismo sądowe pozostawia się w aktach sprawy ze skutkiem doręczenia, chyba że nowy adres jest sądowi znany; o powyższym obowiązku i skutkach jego niedopełnienia sąd powinien pouczyć stronę przy pierwszym doręczeniu.

²⁴ A. Kincbok, *Śmierć pełnomocnika procesowego w aspekcie zawieszenia postępowania*, „Zeszyty Prawnicze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego” 2009/2, s. 191–192.

²⁵ Ustawa z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2018 r. poz. 1302 ze zm.).

²⁶ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987), dalej k.p.k.

²⁷ W. Grzeszczyk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 498.

w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej adwokatów²⁸ w § 2 ust. 1 stanowi, że ubezpieczeniem OC jest objęta odpowiedzialność cywilna adwokata za szkody wyrządzone w następstwie działania lub zaniechania ubezpieczonego, w okresie trwania ochrony ubezpieczeniowej, podczas wykonywania czynności adwokata, o których mowa w art. 4 ust. 1 p.o.a. Ponieważ ochrona ubezpieczeniowa dotyczy, jak wskazują przytoczone przepisy, czynności zawodowych, a adwokat będący pracownikiem dydaktycznym nie wykonuje zawodu, nie podlega ochronie ubezpieczeniowej²⁹. Na marginesie należy zauważyć, że obowiązek ubezpieczeniowy nie dotyczy adwokatów niewykonyjących zawodu (art. 8a ust. 2 p.o.a.), dlatego zapłacone składki z tytułu ubezpieczenia powinny zostać zwrócone.

WYKONYWANIE ZAWODU ADWOKATA PRZEZ PRACOWNIKA DYDAKTYCZNEGO – KONSEKWENCJE KARNE

W skrajnych przypadkach, jeżeli adwokat, mając świadomość zakazu określonego w art. 4b ust. 1 p.o.a. i odstępstw od tego zakazu ograniczonych jedynie do pracownika badawczego i badawczo-dydaktycznego, a także konsekwencji, które wiążą się z przekroczeniem tego zakazu, świadczy pracę jako pracownik dydaktyczny, jednocześnie świadcząc, w celu uzyskania korzyści majątkowej, pomoc prawną, o której mowa w art. 4 ust. 1 p.o.a. i nie dokonując przy tym żadnych przedsięwzięć mających na celu zmianę tego stanu rzeczy, popełnia przestępstwo z art. 286 § 1 ustawy – Kodeks karny³⁰.

UWAGI KOŃCOWE

Z uwagi na, jak wspomniano na wstępie, występowanie w praktyce osób, które łączą wykonywanie zawodu adwokata i pracę w charakterze dydaktycznego nauczyciela akademickiego (choć autor nie zna takiego przypadku, to wydaje się nieprawdopodobne, aby problem ten nie dotyczył także radców prawnych, którzy będąc pracownikami

²⁸ Rozporządzenie Ministra Finansów z 11.12.2003 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej adwokatów (Dz.U. z 2003 r. nr 217 poz. 2134).

²⁹ W odniesieniu do radców prawnych, gdzie regulacja dotycząca ubezpieczenia jest taka sama jak w przypadku adwokatów (art. 22⁷ ustawy o radcach prawnych, art. 8a ustawy – Prawo o adwokaturze), B. Soltys (w:) *Ustawa...*, s. 202.

³⁰ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.), dalej k.k. Zgodnie z art. 286 § 1 k.k. „kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”. Należy przy tym zauważyć, że powstanie szkody nie jest warunkiem koniecznym uznania rozporządzenia mieniem za niekorzystne. W art. 286 § 1 k.k. chodzi bowiem o wszelkie pogorszenie sytuacji majątkowej pokrzywdzonego. Do przykładów takiego rozporządzenia można zaliczyć: przesunięcie terminów spłaty długu, pogorszenie szans właściciela na odzyskanie należności, niekorzystne lub niepełnowartościowe zabezpieczenie spłaty długu. L. Wilk (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 733; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363*, red. A. Zoll, Warszawa 2016, s. 300–301.

dydaktycznymi, choćby incydentalnie występują w charakterze obrońcy w sprawach o przestępstwa i przestępstwa skarbowe), Naczelna Rada Adwokacka i okręgowe rady adwokackie, jak również Krajowa Rada Radców Prawnych i okręgowe izby radców prawnych powinny podjąć w tym zakresie akcję informacyjną, zmierzającą do naświetlenia wyżej wskazanych przepisów ustaw korporacyjnych oraz konsekwencji ich nieprzestrzegania. Byłoby to działanie w interesie zarówno klientów, jak i adwokatów oraz radców prawnych.

ABSTRACT

Dariusz Michta – Advocate working as a didactic teacher

An advocate can not pursue a profession if he remains in an employment relationship. This prohibition does not apply to research teachers and reasearch-didactic teachers. Exceeding the above prohibition may cause serious consequences, both civil law and administrative law, and also criminal law.

Keywords: *advocate, didactic teacher, college*

dr Dariusz Michta

The author is a legal advisor (District Chamber of Legal Advisors in Katowice), associate professor in the Polish National Film, Television and Theatre School in Lodz.

dr Dariusz Michta

Autor jest radcą prawnym (Okręgowa Izba Radców Prawnych w Katowicach), adiunktem w Państwowej Wyższej Szkole Filmowej, Telewizyjnej i Teatralnej w Łodzi.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Dąbrowska-Kardas Małgorzata, Kardas Piotr, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363*, red. A. Zoll, Wolters Kluwer, Warszawa 2016

Gawryluk Marek, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2012

Grzeszczyk Wincenty, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2010

Kincbok Agnieszka, *Śmierć pełnomocnika procesowego w aspekcie zawieszenia postępowania*, „Zeszyty Prawnicze Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego” 2009/2

- Krzemiński Zdzisław**, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 1998
- Michta Dariusz**, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Polskie Wydawnictwo Prawnicze Iuris, Poznań 2012
- Sołtys Bogusław**, *Ustawa o radcach prawnych. Komentarz*, red. T. Scheffler, C.H. Beck, Warszawa 2018
- Trela Jacek**, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, red. P. Kruszyński, Wolters Kluwer, Warszawa 2016
- Wilk Leszek**, *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, C.H. Beck, Warszawa 2017

Pojęcia kluczowe: *dane osobowe, ochrona danych, badanie dokumentacji, RODO*

Artykuły

Marek Porzeżyński

OCHRONA DANYCH OSOBOWYCH W PROCESIE BADANIA DOKUMENTACJI SPÓŁKI ZGODNIE Z OGÓLNYM ROZPORZĄDZENIEM O OCHRONIE DANYCH

Badanie prawne dokumentacji różnego rodzaju podmiotów jest procedurą wymagającą dostępu do dużej ilości danych na temat tego podmiotu. Dane te częstokroć mają również charakter osobowy, stąd należy dokonać analizy możliwości i warunków ich przetwarzania. Takie dane powinny być dodatkowo zabezpieczone na każdym etapie wykonywania wskazanego badania. W praktyce jednak można spotkać różne podejścia do tej problematyki, które często są wręcz sprzeczne ze stosownymi przepisami. Autor kompleksowo omawia tematykę ochrony danych osobowych w procedurze badania dokumentacji spółki.

W praktyce wykonywania zawodu adwokata bardzo często przeprowadzane są badania stanu prawnego spółki¹. Najczęściej jest to część procedury, która poprzedza transakcję. Pozwala to bowiem na zorientowanie się w rzeczywistej kondycji danego podmiotu oraz poznanie mechanizmów związanych z jego funkcjonowaniem, które mają wpływ na wycenę. Co do zasady wskazany proces obejmuje całościowo dokumentację podmiotu, który ma być następnie kupiony. W szczególności obejmować będzie podstawowe dokumenty, na podstawie których ustanowiono dany podmiot i na podstawie których funkcjonuje. Oprócz wskazanych dokumentów, które należą do podstawowych, badaniu podlegają wszelkie inne dokumenty o charakterze szczegółowym, częstokroć aż po jednostkowe faktury. Im bardziej szczegółowe badanie, tym większa pewność co do

¹ Wszelkie rozważania mają również zastosowanie do osób wykonujących zawód radcy prawnego.

statusu nabywanego podmiotu, jego kondycji finansowej, ewentualnych problemów lub zagrożeń². Im więcej informacji pochodzących z takiego badania, tym bardziej szczegółowo można wycenić wartość transakcji. Między innymi z tych powodów badania „due diligence” należą do bardzo częstych, a niekiedy nawet obowiązkowych elementów poprzedzających transakcję³ niezależnie od jej skali⁴.

Należy przy tym podkreślić, że w trakcie przekazywania informacji na potrzeby przeprowadzenia wskazanego badania dochodzi również do przekazania różnego rodzaju dokumentów zawierających dane osobowe. Przekazywanie znaczącej ilości danych do zewnętrznego podmiotu może budzić obawy. Z drugiej jednak strony przekazanie dokumentacji w celu jej szczegółowej analizy jest częstokroć niezbędnym elementem transakcji. Jednocześnie analiza przepisów nie przynosi prostej odpowiedzi, w jaki sposób i na jakiej podstawie prawnej i przy spełnieniu jakich wymagań może dojść do przekazania dokumentacji lub informacji zawierających dane osobowe, a praktyka rynkowa bywa różna.

Choć tematyka ta nie jest nowa, to nie doczekała się dotychczas gruntownego opracowania. Ponieważ jednak 25.05.2018 r. weszło w życie rozporządzenie 2016/679 (RODO)⁵, nadarza się szczególna okazja, aby przyjrzeć się przepisom w ich aktualnym brzmieniu i odpowiedzieć na pytania dotyczące ochrony danych osobowych zgodnie z RODO w ramach procesu „due diligence”.

1. DANE OSOBOWE W PROCESIE „DUE DILIGENCE”

Dane osobowe są szczególną kategorią informacji. Ze względu na ich wagę, wartość lub inne atrybuty przewidziano dla nich szczególne ramy prawne wyznaczające podstawy i zakres ich przetwarzania. Sama kategoria danych osobowych nie jest jednoznacznie ostra i niektóre dane mogą, zależnie od kontekstu i dodatkowych informacji, należeć do niej lub też nie. Prawidłowa identyfikacja konkretnych danych jest kluczowym i niezbędnym elementem, aby móc następnie wyprowadzać na ich podstawie wnioski lub konkretne żądania co do stanu prawnego danego podmiotu. W tym celu należy zidentyfikować i przeanalizować poszczególne kategorie danych, które mogą wystąpić w toku omawianej procedury. Odpowiednia kategoryzacja takich danych pozwala następnie na ustalenie możliwości ich przetwarzania oraz wymogów z nimi związanych.

² Tak np. <http://grantthornton.pl/usluga/fuzje-i-przejecia/due-diligence/> (dostęp: 8.02.2019 r.).

³ P. Howson, *Due Diligence. The Critical Stage in Mergers and Acquisitions*, Nowy Jork 2003, s. 16 i n.

⁴ Skala transakcji ma jednak zasadniczy wpływ na możliwość i zakres takiego badania ze względu na jego koszt, który często nie należy do znikomych. Badania tego rodzaju są przeprowadzane nie tylko na potrzeby transakcji – przeprowadza się je również np. w przypadku badania systemu zarządzania ryzykiem, na co zwróciła uwagę Komisja Nadzoru Finansowego w piśmie nr DBK_V/7111/55/1/2012/RK z 23.05.2012 r. adresowanych do prezesów zarządów banków, zwracając uwagę na niezbędną wzięcia pod uwagę przepisów dotyczących ochrony danych osobowych.

⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

Zgodnie z art. 4 pkt 1 RODO dane osobowe „oznaczają informacje o zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej”. W dalszej części tej definicji ustawodawca precyzuje, że „możliwa do zidentyfikowania osoba fizyczna to osoba, którą można bezpośrednio lub pośrednio zidentyfikować, w szczególności na podstawie identyfikatora takiego jak imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej”. Definicja ta nie wskazuje zatem wprost konkretnych kategorii danych, które bezsprzecznie należy zaliczyć do danych o charakterze osobowym. Posłużono się w niej jedynie mechanizmem weryfikującym, zgodnie z którym dane te mają prowadzić do identyfikacji konkretnej osoby fizycznej. Daną informację można zatem zaliczyć do kategorii danych osobowych, jeżeli dotyczy osoby zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania, czyli również osoby, której dane nie wskazują bezpośrednio, ale pozwalają na ustalenie jej tożsamości. Słusznie wskazuje się w doktrynie, że taka kwalifikacja nie jest stała i często wynika z konkretnego kontekstu⁶. Stąd brak było możliwości wskazania uniwersalnego katalogu danych osobowych w ramach wskazanego przepisu, a weryfikacja w tym zakresie powinna być dokonywana każdorazowo.

Do najczęstszych kategorii podmiotowych, których dane mogą znajdować się w dokumentacji spółki, należą dane osobowe osób zasiadających w jej organach. Poza nimi w zdecydowanej większości podmiotów będących przedmiotem transakcji zatrudnieni są pracownicy, jak również osoby wykonujące obowiązki na podstawie umów cywilnoprawnych. Oprócz powyższych częstokroć mamy do czynienia z osobami reprezentującymi spółki kontrahentów, osobami wskazanymi do reprezentacji w wykonywanych umowach, jak również klientami będącymi osobami fizycznymi.

Nie zawsze wszystkie ze wskazanych kategorii podmiotowych występują w przekazywanej dokumentacji spółki. Powyższa lista nie stanowi zatem zamkniętego, a jedynie przykładowy katalog. Najczęściej w ramach takich projektów występują wszystkie ze wskazanych podmiotów i przekazywane są dane ich dotyczące.

2. PRAKTYKA RYNKOWA PRZEPROWADZANIA BADAŃ DOKUMENTACJI

W ramach przepisów dotyczących dziedziny ochrony danych osobowych na próżno by szukać rozwiązań dedykowanych obsłudze procedur tego rodzaju. Sytuacja ta nie uległa zmianie w stosunku do stanu prawnego sprzed wejścia w życie przepisów RODO. W związku z brakiem rozwiązania tej kwestii w ramach przepisów na rynku pojawiło się wiele stanowisk w zakresie ochrony danych osobowych na potrzeby badań „*due diligence*”. Z drugiej jednak strony wiele podmiotów nadal wydaje się w ogóle nie zauważać zagadnienia ochrony danych osobowych⁷, zarówno w przypadku gdy są one elementem dokumentów badanych, jak również w przypadku gdy podejmowana jest decyzja

⁶ A. Mednis, *Ochrona prawna danych osobowych a zagrożenia prywatności – rozwiązania polskie* (w: *Ochrona danych osobowych*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 1999, s. 35.

⁷ Podobnie A. Szydlik, *Prowadzenie badania prawnego a ochrona danych osobowych*, <http://www.codozasady.pl/prowadzenie-badania-prawnego-a-ochrona-danych-osobowych/> (dostęp: 22.02.2019 r.).

o obszarach prawa badanych w ramach „*due diligence*”. W tym kontekście należy jednak zaobserwować dużą poprawę sytuacji w zakresie rozpoznawalności samej dziedziny, jak również w znaczącym zwiększeniu zainteresowania opinii publicznej.

Poniższe przykłady należy traktować jako egzemplifikację konkretnych praktyk na rynku prawniczym bez zagłębiania się w szczegółową analizę ich przyczyn. Przeanalizowano wyłącznie rozwiązanie, które w opinii autora wypełnia wszelkie obowiązki wynikające z przepisów prawa i prowadzi do zwiększenia poziomu bezpieczeństwa danych osobowych, a jednocześnie jest zgodne interesem stron i praktyką biznesową.

Niejednokrotnie można zaobserwować rozpoczęcie procedury przekazywania dokumentacji na poczet badania stanu prawnego spółki bez dokonania jakichkolwiek formalnych ustaleń dotyczących jego przeprowadzenia, w tym w zakresie praw i obowiązków

stron. Zauważając, że w ramach świadczenia tego rodzaju usług nie istnieje *expressis verbis* obowiązek zawarcia umowy w jednej z zastrzeżonych form, to należy to uznać, podobnie jak w innych przypadkach, za dobrą praktykę. Elementem takiej umowy zawsze powinien być sposób zabezpieczenia danych osobowych. Niejednokrotnie praktyka ta była uzupełniana przez podpisanie dokumentu zobowiązania do zachowania poufności, który w założeniu miałby w takich przypadkach zapewnić gwarancję poufności w stosunku do wszystkich przekazanych informacji, w tym również danych osobowych. Przyjęcie takiego rozwiązania rzeczy-

wiście może przyczyniać się do zwiększenia poziomu bezpieczeństwa wszystkich zainteresowanych. Wszystko jednak zależy od treści takich zobowiązań, które niejednokrotnie są przygotowywane na podstawie uniwersalnego wzoru, bez ich dostosowania do rodzaju i zakresu informacji, interesu stron i charakterystyki transakcji.

Można również zaobserwować zupełnie przeciwną praktykę, która w związku z wejściem w życie RODO zyskuje zdecydowanie na popularności. Praktyką tą jest poprzestanie na stwierdzeniu, że ze względu na omawiany akt prawny nie można przekazać dokumentacji (lub jej określonej części) w związku z zawartymi w niej danymi osobowymi. Zauważając, że ostatecznym celem badań „*due diligence*” jest dokonanie transakcji, nie może się ono odbyć bez weryfikacji dokumentacji. Odwołując się zatem do założenia racjonalności, osoby posługujące się wskazanym stwierdzeniem nie zmierzają co do zasady do uniemożliwienia przekazania jakiegokolwiek dokumentacji na potrzeby analizy, licząc się z efektem w postaci niedojścia transakcji do skutku. W związku z tym należy założyć, że powyższe działanie ma doprowadzić do ograniczenia zakresu dokumentacji przekazywanej w ramach badania⁸. Stąd wskazane podejście nierzadko

ZGODNIE Z RODO
PSEUDONIMIZACJA TO
CZYNNOŚĆ PRZETWARZANIA
DANYCH OSOBOWYCH W TAKI
SPÓSÓB, ABY NIE BYŁO MOŻLIWE
ZIDENTYFIKOWANIE, DO KOGO
ONE NALEŻĄ, BEZ DOSTĘPU
DO INNYCH INFORMACJI,
PRZECHOWYWANYCH BEZPIECZNIE
W INNYM MIEJSCU

⁸ Należy zauważyć, że podmioty przeprowadzające badanie bardzo często wnioskujeją na samym początku o niezwykle szeroki zakres dokumentacji i innych informacji dotyczących danego podmiotu.

prowadziło do ograniczenia zakresu przekazywanej dokumentacji do spełniającego wymóg określonego poziomu istotności⁹.

Należy zauważyć, że w niektórych przypadkach przekazanie dokumentacji jest ostatecznie dokonywane z wykorzystaniem pseudonimizacji¹⁰. W tym przypadku chodzi o czynność, w ramach której strona przekazująca dokumentację usuwa z niej informacje, których nie chce ujawniać na potrzeby badania. W poprzednim zdaniu celowo wskazano szeroki katalog, posługując się pojęciem informacji, bowiem w takim przypadku najczęściej dochodzi nie tylko do pozbawienia dokumentów danych osobowych, które miałyby być przedmiotem pseudonimizacji, ale również np. danych finansowych. Zgodnie z RODO pseudonimizacja to czynność przetwarzania danych osobowych w taki sposób, aby nie było możliwe zidentyfikowanie, do kogo one należą, bez dostępu do innych informacji, przechowywanych bezpiecznie w innym miejscu. W tym przypadku chodzi zatem o zastąpienie danych osobowych ciągiem znaków, który podmiotowi badającemu daną dokumentację nie pozwala na identyfikację tej osoby, jednakże podmiot, który przekazuje te dokumenty, jest w stanie „odszyfrować” ich pierwotną zawartość. Proces ten należy zatem odróżnić od anonimizacji, która wymaga nieodwracalnego usunięcia takich danych. W ramach swojej opinii z 2014 r. Grupa Robocza art. 29¹¹ wskazała, że do najczęstszych technik pseudonimizacji należą¹² takie techniki jak szyfrowanie kluczem tajnym, która ma niestety ograniczone zastosowanie w procedurach badań dokumentacji. W omawianym przypadku największe znaczenie może mieć tokenizacja, która polega na zastąpieniu jednego atrybutu innym, który nic nie znaczy dla osoby trzeciej nieposiadającej możliwości odwrócenia tego procesu.

Należy w tym miejscu jednak podkreślić, za przywołaną opinią, że pseudonimizacja nie zapewnia pełnej anonimowości danych w zbiorze i stanowi jeden ze środków bezpieczeństwa. Wydaje się, że niezbędne jest również istnienie innych, aby zapewnić wyższy poziom zabezpieczenia danych osobowych. Konkretnym przykładem takiej czynności, która nie doprowadziła do pseudonimizacji pomimo takiego zamiaru, było ukrycie danych osobowych w postaci imion i nazwisk, nie czyniąc tego samego w stosunku do przypisanych im stanowisk, które często pozwalają na jednoznaczne wskazanie osoby je zajmującej. Wspomniane wcześniej szyfrowanie kluczem jest częstokroć

PSEUDONIMIZACJA NIE POZWALA BADAJĄCEMU DOKUMENTACJĘ NA IDENTYFIKACJĘ DANEJ OSOBY, JEDNAK PODMIOT, KTÓRY PRZEKAZUJE TE DOKUMENTY, JEST W STANIE „ODSZYFROWAĆ” ICH PIERWOTNĄ ZAWARTOŚĆ. ANONIMIZACJA WYMAGA NATOMIAST NIEODWRACALNEGO USUNIĘCIA TAKICH DANYCH

⁹ Najczęściej taki próg określany jest w konkretnej kwocie odzwierciedlającej wartość danej umowy lub możliwe zagrożenie karami w jej ramach.

¹⁰ W ramach samych badań proces ten częstokroć określany jest zamiennie jako pseudonimizacja lub anonimizacja. W rzeczywistości nie są to synonimy.

¹¹ Grupa Robocza ds. Ochrony Osób Fizycznych w Zakresie Przetwarzania Danych Osobowych.

¹² Opinia 05/2014 w sprawie technik anonimizacji, Grupa Robocza art. 29, 0829/14/PL, WP2016, s. 22 i n.

wykorzystywane, jednakże nie do pseudonimizacji konkretnych dokumentów, ale np. do zabezpieczenia całej przekazywanej dokumentacji.

Dla porządku należy zauważyć, że bardzo częstym przypadkiem jest również żądanie podpisania umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych na potrzeby dokonania badania „*due diligence*”¹³. Wydaje się, że takie podejście podyktowane jest zauważeniem problematyki ochrony danych osobowych i chęcią podjęcia kroków dla zapewnienia ich bezpieczeństwa bez dostatecznej analizy podstaw prawnych takiego działania. Takie rozwiązanie nie tylko jest błędne, ale również powoduje powstanie wielu innych problemów, które trzeba będzie rozwiązać, co stanowi przedmiot szczegółowego omówienia poniżej.

Powyższe stanowią jedynie przykłady praktyk, które można napotkać w ramach przeprowadzania badań „*due diligence*”. Należy jednak pamiętać, że przetwarzanie danych osobowych sprzeczne z przepisami może narazić poszczególne uczestniczące podmioty na negatywne konsekwencje. Wachlarz możliwych do zastosowania w tym przypadku czynników zaradczych lub zmierzających wprost do ukarania naruszcycieli jest szeroki i może przybrać formę bardzo wysokich kar finansowych.

3. ANALIZA PRZEPISÓW

Żadnego z przywołanych w rozdziale poprzedzającym rozwiązań nie można uznać za w pełni zabezpieczające interesy podmiotów danych osobowych i zapewniające bezpieczeństwo obiegu informacji, jak również wypełniające obowiązki przewidziane prawem. Próżno jest przy tym poszukiwać jednoznacznej odpowiedzi na pytanie dotyczące odpowiedniego przeprowadzenia procedury badania spółki w kontekście ochrony danych osobowych. Tematyka ta nie należy do nowych, jednakże wydawała się być dotychczas niezauważana. Nieliczne publikacje, które dotyczyły tej problematyki, opierały się na nieaktualnym już stanie prawnym a ich zakres i ocena możliwych skutków postulowanych rozwiązań nie wydawały się satysfakcjonujące.

3.1. PODSTAWA PRZETWARZANIA DANYCH

Pierwszym elementem, który należy rozpatryć, jest podstawa prawna przetwarzania danych osobowych w ramach przeprowadzanych badań dokumentacji. Podstawa prawna przetwarzania danych osobowych to wskazanie sytuacji, w których dokonywanie operacji na danych osobowych będzie dopuszczalne¹⁴. W ramach art. 6 RODO wskazują się 6 podstaw prawnych przetwarzania danych osobowych. Podstawą prawną umożliwiającą przetwarzanie danych osobowych w ramach badań „*due diligence*” jest niezbędność do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez admini-

¹³ Rekomendacje dotyczące zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych mogą wynikać również z analiz dokonywanych w poprzednim stanie prawnym. Zob. np. A. Szydlik, M. Szydłowski, *Ryzyka prawne związane z ochroną danych osobowych* (w:) *Ryzyka prawne w transakcjach fuzji i przejęć*, red. I. Zielińska-Barłózek, P. Ciećwierz, Warszawa 2013, s. 567 i n.

¹⁴ M. Sakowska-Baryła (w:) *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. M. Sakowska-Baryła, komentarz do art. 6, Warszawa 2018.

stratora lub przez stronę trzecią wymieniona w art. 6 ust. 1 pkt f¹⁵. Prawnie uzasadnionym interesem administratora danych osobowych jest w tym przypadku chęć dokonania transakcji. Choć nie wskazano, jak rozumieć prawnie uzasadniony interes administratora, w ramach motywów 47–49 RODO posłużono się ich przykładami, wśród których wymieniono np. marketing bezpośredni czy wykorzystanie danych w ramach przedsiębiorstw powiązanych. Już porównanie obu przywołanych przykładów wskazuje na bardzo szerokie rozumienie tej przesłanki. Warto jednak w tym kontekście podkreślić, że w ramach poprzedniego stanu prawnego istniał analogiczny przepis, zgodnie z którym dozwolone jest przetwarzanie danych osobowych, jeżeli jest ono niezbędne do osiągnięcia prawnie usprawiedliwionych celów realizowanych przez administratora danych lub odbiorcę danych, a ponadto przetwarzanie danych nie narusza praw i wolności osoby, której dane dotyczą¹⁶. Należy w tym kontekście zwrócić uwagę na zmianę terminu „usprawiedliwiony cel” na „usprawiedliwiony interes” w obecnym stanie prawnym. Zdecydowanie należy się zgodzić z poglądem wyrażonym w doktrynie, że interes powinien być interpretowany szerzej niż sam cel¹⁷. Interes obejmować będzie bowiem wszelką działalność mieszczącą się w ramach szeroko rozumianych potrzeb administratora, do których należy zaliczyć interesy o charakterze finansowym, prawnym, administracyjnym itp.

Jak wskazuje się w doktrynie, przywołana powyżej podstawa jest dedykowana w szczególności ochronie interesów podmiotów gospodarczych, na co wskazuje jej konstrukcja oparta na klauzuli generalnej, która ma umożliwiać dokonywanie przetwarzania danych w sytuacjach uzasadnionych prowadzoną działalnością biznesową¹⁸. Z pewnością dokonanie transakcji rynkowej mieści się w ramach prowadzenia działalności biznesowej. Powyższe uzasadnione jest faktem, że przepisów dotyczących ochrony danych osobowych nie można interpretować jako ograniczenia uderzające w rozwój sektora biznesowego¹⁹.

W oparciu o nieobowiązujący już stan prawny toczyły się dyskusje, czy podmioty danych osobowych, np. pracownicy podmiotu, którego dokumenty są badane, muszą wyrazić zgodę na przetwarzanie ich danych osobowych w celu przeprowadzenia transakcji. Choć byłoby to niezmiernie trudne do przeprowadzenia w przypadku większych spółek z dużą ilością danych osobowych, to należy wskazać, że teoria ta nie jest pozbawiona podstaw. Jest to spowodowane faktem, że gdyby uznać niezbędność zawarcia umowy powierzenia przetwarzania danych osobowych, to podmiot przetwarzający korzysta z celu (lub jednego z celów), w którym dane te przetwarzał ich administrator. Celem administratora-pracodawcy w stosunku do przetwarzania danych osobowych jego pracowników nie jest co do zasady przeprowadzenie transakcji, której przedmiotem jest pracodawca. W takim przypadku musiałby on dysponować zgodą na przetwa-

¹⁵ Dla porządku należy dodać, że podstawa ta nie dotyczy sytuacji, w których nadrzędny charakter wobec interesów administratora mają interesy lub podstawowe prawa i wolności osoby, której dane dotyczą, wymagające ochrony danych osobowych. Niezbędne jest zatem zawsze dokonanie oceny wagi rzeczonych interesów.

¹⁶ Art. 23 ust. 1 pkt 5 ustawy z 29.08.1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. z 2016 r. poz. 922).

¹⁷ M. Sakowska-Baryła (w:), *Ogólne rozporządzenie...*, komentarz do art. 6.

¹⁸ M. Sakowska-Baryła (w:), *Ogólne rozporządzenie...*, komentarz do art. 6.

¹⁹ M. Sakowska-Baryła (w:), *Ogólne rozporządzenie...*, komentarz do art. 6.

rzanie danych osobowych w tym właśnie celu, jako wykraczającego poza cele, w których przetwarza dane osobowe.

Uzyskiwanie takich zgód przyczyniłoby się do znaczącej komplikacji samego procesu badania, jego znaczącego przedłużenia, jak również mogłoby negatywnie wpłynąć na koszt całego przedsięwzięcia. Co więcej, dochodziłoby znaczące ryzyko w postaci wycofania takiej zgody przez podmiot lub podmioty danych osobowych już w trakcie przeprowadzania badania. W niektórych przypadkach mogłoby stać się niemożliwe do przeprowadzenia w zgodzie z prawem. Powyższe może stanowić kolejny argument potwierdzający tezę o udostępnieniu danych osobowych jako podstawie prawnej dla przeprowadzenia badań „*due diligence*”.

3.2. POWIERZENIE CZY UDOSTĘPNIENIE DANYCH OSOBOWYCH?

Dysponując podstawą prawną umożliwiającą przetwarzanie danych osobowych bez naruszenia przepisów, należy się zastanowić nad charakterystyką czynności dokonywanych na danych osobowych, co ma wpływ na pozycje podmiotów uczestniczących w transakcji. Posługując się pewnym uproszczeniem, należy zauważyć, że w transakcji występuje zawsze podmiot sprzedający i kupujący, jak również inne podmioty profesjonalne świadczące pomoc, w szczególności prawną, dla sprawnej realizacji transakcji. Informacje i dokumenty są przekazywane zazwyczaj wprost przez podmiot sprzedający do podmiotu prowadzącego badanie. Stąd istnieje dość silna pokusa zabezpieczenia tego stanu rzeczy pomiędzy podmiotami, które nie są razem stroną żadnej umowy poprzez podpisanie takiego dokumentu. Najczęściej przybiera on postać zobowiązania do zachowania poufności lub powierzenia przetwarzania danych osobowych z elementami tej pierwszej.

Umowa powierzenia przetwarzania danych osobowych dotyczy sytuacji, w której jeden podmiot – administrator danych osobowych²⁰ przekazuje je innemu podmiotowi (któremu dane osobowe są powierzane do przetwarzania)²¹. Powyższe prowadzi do wniosku, że podmiot, któremu dane są przekazane do przetwarzania, działa w imieniu administratora – wykonuje jedynie takie czynności, jakie administrator danych osobowych zobowiązał go do wykonania w swoje miejsce. Należy jednak zauważyć, że w tym przypadku podmiot, któremu przekazywana jest dokumentacja zawierająca dane osobowe, nie wykonuje czynności, którą w normalnym toku prowadzenia działalności wykonałby ich administrator. Dodatkowo cel przetwarzania danych osobowych przez podmiot dokonujący badania jest oddzielny od celu administratora. Administrator bowiem przetwarza je np. w przypadku swoich pracowników na podstawie obowiązku prawnego w zakresie wskazanym w stosownych przepisach. Nie wydaje się zatem, aby w powyższym zakresie mieściło się również badanie na potrzeby transakcji, której

²⁰ Administrator został w RODO zdefiniowany jako podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych.

²¹ Podmiot przetwarzający oznacza podmiot, który przetwarza dane osobowe w imieniu administratora. Tak również w poprzednim stanie prawnym P. Litwiński, *Ochrona danych osobowych w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2009, s. 97.

przedmiotem jest pracodawca. Do identycznych wniosków doszedł brytyjski organ ds. ochrony danych osobowych – Information Commissioner's Office (ICO), wskazując, że praca na rzecz innej spółki nie przesądza o roli podmiotu, któremu dane są powierzane do przetwarzania, podając przykład pracy prawników²².

Dodatkowo należy wskazać, że w ramach wytycznych Grupy Roboczej art. 29 określono, że dwa zasadnicze czynniki decydują o uznaniu za podmiot przetwarzający: odrębność obu podmiotów i działanie jednego (przetwarzającego) w imieniu drugiego (administratora). Zgodnie z powyższym administrator zachowuje uprawnienia do określania zakresu przetwarzania danych przez podmiot, któremu przekazał je do przetwarzania, a podmiot ten nie może poza ten zakres wykroczyć. W tej sytuacji spełniona jest jedynie pierwsza przesłanka. Powyższe znajduje również odzwierciedlenie w rodzimej doktrynie. Należy się bowiem zgodzić ze stwierdzeniem, że podmiot, któremu dane osobowe zostały przekazane do przetwarzania, charakteryzuje się działaniem wyłącznie w zakresie instrukcji administratora, co stoi w sprzeczności z rolą profesjonalnego pełnomocnika²³. Nie ma przy tym znaczenia, kto rzeczywiście posiada określone dane, tylko kto faktycznie nimi włada – decyduje o ich przetwarzaniu²⁴.

Udostępnienie danych charakteryzuje się w szczególności tym, że występują w jego ramach dwa równorzędne podmioty – niezależni wobec siebie administratorzy. W ramach udostępnienia danych osobowych dochodzi zatem do ich przekazania innemu podmiotowi do samodzielnego przetwarzania we własnym celu. Sytuacja ta nie została literalnie wskazana w ramach RODO, jednak wykazuje wiele wspólnego ze zdefiniowanym w RODO współadministrowaniem danymi, z tą różnicą, że w ramach współadministrowania dwa podmioty nie są wobec siebie niezależne, ale razem ustalają cele i sposoby przetwarzania²⁵.

Analizując powyższe rozwiązanie, należy w szczególności podkreślić, że nie wydaje się, aby jakiegokolwiek prawa podmiotów danych osobowych były naruszone lub zagrożone poprzez udostępnienie dokumentacji je zawierającej w celu badania prawnego spółki. Udostępnienie danych, które wiąże się z uznaniem pozycji kancelarii prawnej dokonującej takiego badania jako ich niezależnego administratora, powoduje, że ciąży na niej również obowiązek odpowiedniego zabezpieczenia danych na podstawie RODO. Zgodnie z art. 24 ust. 1 RODO 1. administrator ma obowiązek wdrożyć odpowiednie środki techniczne i organizacyjne, aby przetwarzanie odbywało się zgodnie z prawem przy wzięciu pod uwagę charakteru, zakresu, kontekstu i celów przetwarzania oraz ryzyka naruszenia praw lub wolności osób fizycznych o różnym prawdopodobieństwie

²² Information Commissioner's Office, Data controllers and data processors: what the difference is and what the governance implications are, <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1546/data-controllers-and-data-processors-dp-guidance.pdf>

²³ D. Szostek (w.): *Bezpieczeństwo danych i IT w kancelarii prawnej radcowskiej/adwokackiej/notarialnej/komorniczej. Czyli jak bezpiecznie przechowywać dane w kancelarii prawnej*, red. D. Szostek, Warszawa 2018, rozdział 2 pkt 4.

²⁴ Tak również A. Drozd, *Ochrona danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisów*, Warszawa 2008, s. 225. Znalazło to również potwierdzenie w wielu orzeczeniach. Dla przykładu wyrok NSA z 30.01.2002 r. (II SA 1098/01), <https://giodo.gov.pl/pl/file/102> (dostęp: 21.02.2019 r.).

²⁵ Art. 26 ust. 1 RODO.

i wadze zagrożenia. Informacje te stanowią również tajemnicę zawodową adwokata i radcy prawnego omówione w kolejnym rozdziale.

3.3. OBOWIĄZEK INFORMACYJNY

Oddzielną kwestią, która wymaga rozważenia, jest powstanie obowiązku informacyjnego i sposób jego spełnienia. Obowiązkiem informacyjnym jest nazywane wymagane przewidziane w RODO przekazania podmiotowi danych osobowych podstawowego zakresu informacji dotyczących administratora i sposobu przetwarzania przez niego takich danych oraz praw, jakie przysługują osobom, których dane dotyczą. W RODO wskazane są dwa rodzaje obowiązku informacyjnego. Pierwszy to przewidziany w art. 13 RODO pierwotny obowiązek informacyjny, który określa jego treść w przypadku, gdy dane pozyskiwane są bezpośrednio od osoby, której dotyczą. W przypadku gromadzenia danych osobowych od innego podmiotu niż osoba, której dane dotyczą, należy spełnić nieco szerszy obowiązek informacyjny przewidziany w art. 14 RODO. Ponieważ w analizowanym stanie faktycznym dane osobowe są uzyskiwane od spółki, a dotyczą osób fizycznych np. w postaci jej pracowników, należy rozważyć powstanie obowiązku wtórnego wskazanego w art. 14 RODO. Posiadanie takich informacji przez podmiot danych osobowych należy uznać za przejaw przejrzystości tego procesu, co wypełnia zarazem zasadę przejrzystości rzetelności przetwarzania danych osobowych przewidzianą w art. 5 ust 1 lit. a RODO.

W rzeczonym przepisie wskazano jednak sytuacje, które powodują, że pomimo istnienia obowiązku informacyjnego administrator jest zwolniony z jego realizacji. Do takich przypadków należą sytuacje, w których:

- a) osoba, której dane dotyczą, dysponuje już tymi informacjami;
- b) udzielenie takich informacji okazuje się niemożliwe lub wymagałoby niewspółmiernie dużego wysiłku;
- c) pozyskiwanie lub ujawnianie jest wyraźnie uregulowane prawem UE lub prawem państwa członkowskiego, któremu podlega administrator; lub
- d) dane osobowe muszą pozostać poufne zgodnie z obowiązkiem zachowania tajemnicy zawodowej, przewidzianym w prawie UE lub w prawie państwa członkowskiego, w tym ustawowym obowiązkiem zachowania tajemnicy.

Tajemnica zawodowa obejmuje informacje poznane w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą lub naukową, które podlegają ochronie art. 266 § 1 Kodeksu karnego²⁶. Kancelarie prawne tworzą co do zasady osoby wykonujące zawód adwokata lub radcy prawnego. Zawody te należą z wielu powodów do grupy objętej szczególnymi regulacjami dotyczącymi tajemnicy ich wykonywania, dlatego wydaje się, że zastosowanie wyłączenia wskazanego w art. 14 ust. 5 pkt d wskazany powyżej będzie zdecydowanie uzasadnione. Wątpliwości co do

²⁶ Definicja B. Kunicka-Michalska (w:) *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, red. P. Litwiński, komentarz do art. 14, Warszawa 2018.

zakresu takiej tajemnicy wydaje się rozwiewać orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach²⁷, w którym podkreślono, że tajemnicą adwokacką objęte są wszystkie informacje, o których powziął wiadomość, wykonując swój zawód²⁸.

W doktrynie podkreśla się wręcz, że wyłączenie to będzie adekwatne w szczególności w przypadku „wtórnego gromadzenia danych osobowych przez adwokatów i radców prawnych, w stosunku do których istnieje ustawowy obowiązek zachowania tajemnicy zawodowej wynikający odpowiednio z art. 6 ustawy – Prawo o adwokaturze²⁹ i art. 3 ustawy o radcach prawnych^{30/31}. W praktyce niezwykle szkodliwe mogłoby być przekazanie jakichkolwiek informacji wskazujących na fakt dokonywania badania dokumentacji spółki, dlatego z uwagi na charakter czynności podejmowanych przez adwokata lub radcę prawnego, a zwłaszcza z uwagi na istnienie tajemnicy zawodowej, należy uznać, że prawo państwa członkowskiego przewiduje odpowiednie środki chroniące prawnie uzasadnione interesy danej osoby³².

Jeżeli więc adwokat lub radca prawny pozyska dane osobowe nie od osób, których dane dotyczą – np. klient przekazuje mu dane osobowe osoby podejrzewanej o popełnienie przestępstwa czy też świadka w sprawie – będzie zwolniony w całości z konieczności wykonania wobec takiej osoby obowiązku informacyjnego³³.

4. PODSUMOWANIE

Badania stanu spółki, których przedmiotem jest niniejsza praca, są bardzo ważną częścią wykonywania pracy prawniczej. W ich ramach dochodzi do udostępnienia ogromnej ilości dokumentów i informacji dotyczących działalności danego podmiotu. W ramach tych informacji bardzo często znajdują się również dane osobowe. Powyższe powoduje, że w przypadku jakiegokolwiek wycieku, oprócz narażenia na szwank renomy spółki, zagrożenia jej działalności i możliwego niedojścia do skutku transakcji, zagrożone mogą być również prawa i wolności podmiotów danych.

W związku z powyższym zabezpieczenie takich dokumentów i informacji leży w najlepszym interesie stron transakcji, jak również podmiotów świadczących na ich rzecz usługi, takie jak np. badania prawnego. Adwokaci i radcowie prawni wykonujący swój zawód również w różnego rodzaju spółkach muszą równocześnie dbać o zachowanie tajemnicy zawodowej, co wymaga odpowiednich zabezpieczeń. Niezależnie od powyż-

²⁷ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 5.08.2015 r. (II AKz 443/15), Legalis nr 1337894.

²⁸ RODO. Przewodnik dla adwokatów i aplikantów adwokackich, red. A. Mednis, M. Pisz, A. Zwara, Warszawa 2018, pkt 2.3.

²⁹ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.).

³⁰ Ustawa z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 6.07.1982 r. poz. 2115 ze zm.).

³¹ P. Litwiński (w.): *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, red. P. Litwiński, komentarz do art. 14.

³² RODO. Przewodnik..., pkt 3.1.

³³ Tak również X. Konarski, G. Sibiga, D. Nowak, K. Syska, I. Małobęcka, *Poradnik dla radców prawnych i adwokatów*, 2018, s. 27 i n., http://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-poradnik-dla-radcow-prawnych-i-adwokatow-ogolne-rozporzadzenie-o-ochronie-danych-rod-22897.pdf (dostęp 22.02.2019 r.).

sze go podmioty te podlegają przepisom dotyczącym danych osobowych, w szczególności RODO, dlatego niezbędne jest odpowiednie spełnianie wymagań przewidzianych w rzeczonym akcie prawnym.

Poruszana tematyka należy do niezmiernie ważnych, w szczególności w kontekście wejścia w życie nowych regulacji i, co należy uznać za zdecydowanie pozytywne, zwiększonej dbałości o dane osobowe w ostatnim czasie. Brak było jednak w tym zakresie dogłębnych analiz, a istniejące publikacje traktowały tę tematykę wybiórczo lub straciły na aktualności.

W ramach niniejszego artykułu stanowiącego wynik analizy obowiązków mających zastosowanie i wymagań, jakie spełnić muszą kancelarie prawne, aby zgodnie z przepisami dotyczącymi ochrony danych osobowych przeprowadzić badanie dokumentacji spółki, przedstawiono propozycję rozwiązania, które wydaje się zapewniać spełnienie wymagań prawnych podnoszących poziom ich bezpieczeństwa, zarazem nie doprowadzając do mnożenia niepotrzebnych czynności.

Uznanie roli kancelarii i podmiotu, który przekazuje dane osobowe, za niezależnych administratorów, wydaje się być niepodważalne. Oba podmioty decydują bowiem o sposobie przetwarzania takich danych osobowych we własnym zakresie. Dodatkowo na potwierdzenie uznania charakteru działalności kancelarii prawnych należy wskazać, że ustawodawca wychodzi z tego samego założenia, co zdaje się potwierdzać w ramach zmian do ustawy – Prawo o adwokaturze³⁴ i ustawy o radcach prawnych³⁵, w których projekcie przewidywano początkowo literalne wskazanie, że przedstawiciele obu zawodów są administratorami danych osobowych³⁶. Jednak w kolejnych projektach i wersji uchwalonej zrezygnowano z takiego wskazania, ograniczając się w uzasadnieniu do stwierdzenia, że „odrębne określanie administratorów danych osobowych w ustawie – Prawo o adwokaturze oraz w ustawie o radcach prawnych nie jest jednak konieczne, bowiem wprost z ww. ustaw wynika kto jest administratorem danych osobowych oraz jaki jest zakres przetwarzanych danych osobowych”³⁷. Powyższe znajduje również odzwierciedlenie w *Poradniku dla radców prawnych i adwokatów*, którego autorzy doszli do takich samych wniosków³⁸. Udostępnienie jest zatem właściwą formą przekazania danych osobowych pomiędzy niezależnymi administratorami. Udostępnienie co prawda nie wymaga zawarcia żadnej umowy w tym zakresie, ale należy pamiętać o obowiązkach przewidzianych dla administratorów, które kancelarie muszą bezwzględnie spełniać dla zabezpieczenia danych osobowych na odpowiednim poziomie.

³⁴ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.).

³⁵ Ustawa z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2018 r. poz. 2115 ze zm.).

³⁶ W projekcie ustawy – Przepisy wprowadzające ustawę o ochronie danych osobowych z 12.09.2017 r. wskazano w ramach proponowanego wprowadzenia do ustawy – Prawo o adwokaturze i ustawy o radcach prawnych analogiczne przepisy, zgodnie z którymi, odpowiednio, adwokaci i radcowie prawni są administratorami danych osobowych przetwarzanych w celu realizacji zadań, obowiązków lub uprawnień wynikających z ustawy w stosunku do danych osobowych przetwarzanych w ramach wykonywanego zawodu.

³⁷ Projekt ustawy o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem stosowania rozporządzenia 2016/679 wraz z uzasadnieniem z 22.10.2018 r., https://mc.bip.gov.pl/projekty-aktow-prawnych-mc/149781_projekt-ustawy-o-zmianie-niektorych-ustaw-w-zwiazku-z-zapewnieniem-stosowania-rozporzadzenia-2016-679.html (dostęp: 21.02.2019 r.).

³⁸ X. Konarski, G. Sibiga, D. Nowak, K. Syska, I. Małobęcka. *Poradnik...*

ABSTRACT

Marek Porzeżyński – *Protection of personal data in the process of analysis of company's documentation pursuant to the General Data Protection Regulation*

Legal analysis of company's documentation is a procedure that requires access to wide range of data concerning that entity. Such information often includes personal data hence it is required to analyze the possibility of their processing and applicable requirements. This data should also be protected on every stage of due diligence analysis. However in practice there is few different approaches to this problematics, which sometimes are even contrary to applicable legislation. The author comprehensively depicts the subject of personal data protection in the procedure of examining the company's documentation

Keywords: *personal data, data protection, due diligence, GDPR*

dr Marek Porzeżyński

The author is a lawyer in WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr law firm, lecturer on Faculty of Law, SWPS University of Social Sciences and Humanities, director of Research Institute on Legal Issues of New Technologies – Future Institute. Specialises in the range of intellectual property law and new technologies, including issues concerning protection of personal data and cybersecurity.

dr Marek Porzeżyński

Autor jest prawnikiem w kancelarii WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr, wykładowcą na Wydziale Prawa SWPS Uniwersytetu Humanistycznospołecznego, dyrektorem Instytutu Badań nad Prawnymi Aspektami Nowych Technologii – Future Institute. Specjalizuje się w zakresie prawa własności intelektualnej, prawa nowych technologii, w tym również w zagadnieniach związanych z ochroną danych osobowych i cyberbezpieczeństwem.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Drozd Andrzej, *Ochrona danych osobowych. Komentarz. Wzory pism i przepisów*, Warszawa 2008

Howson Peter, *Due Diligence. The Critical Stage in Mergers and Acquisitions*, Nowy Jork 2003

Konarski Xawery, Sibiga Grzegorz, Nowak Dominika, Syska Katarzyna, Małobęcka Iga, *Poradnik dla radców prawnych i adwokatów*, Warszawa 2018

Kunicka-Michalska Barbara (w:): *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym prze-*

plywem takich danych. Komentarz, red. P. Litwiński, komentarz do art. 14, Warszawa 2018

Litwiński Paweł, *Ochrona danych osobowych w ogólnym postępowaniu administracyjnym*, Warszawa 2009

Mednis Arwid, *Ochrona prawna danych osobowych a zagrożenia prywatności – rozwiązania polskie* (w:) *Ochrona danych osobowych*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 1999

Sakowska-Baryła Marlena (w:) *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. M. Sakowska-Baryła, komentarz do art. 6, Warszawa 2018

Szostek Dariusz (w:) *Bezpieczeństwo danych i IT w kancelarii prawnej radcowskiej/adwokackiej/notarialnej/komorniczej. Czyli jak bezpiecznie przechowywać dane w kancelarii prawnej*, red. D. Szostek, Warszawa 2018

Szydlik Agnieszka, Szydłowski Marek, *Ryzyka prawne związane z ochroną danych osobowych* (w:) *Ryzyka prawne w transakcjach fuzji i przejęć*, red. I. Zielińska-Barłózek, P. Ciechwierz, Warszawa 2013

Szydlik Agnieszka, *Prowadzenie badania prawnego a ochrona danych osobowych*, <http://www.codozasady.pl/prowadzenie-badania-prawnego-a-ochrona-danych-osobowych/>

Wawryszko Zbigniew, *Due Diligence*, <http://grantthornton.pl/usluga/fuzje-i-przejecia/du-diligence/>

Pojęcia kluczowe:

prawo spadkowe, wydziedziczenie, uporczywe niedopełnianie obowiązków rodzinnych, zachówek, nadużycie prawa podmiotowego

Glosy

Paweł Rafałowicz

NIEWYPEŁNIANIE OBOWIĄZKÓW RODZINNYCH PRZEZ DZIECI A WYDZIEDZICZENIE – GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 23.03.2018 R. (I CSK 424/17)

Czy można skutecznie wydziedziczyć zstępnych, gdy zmarły przyczynił się do zerwania kontaktów z dziećmi? Zdaniem Sądu Najwyższego odpowiedź na to pytanie jest pozytywna. Wydaje się jednak, że problem nie jest tak oczywisty i dotyka niedostosowania instytucji zachowku i wydziedziczenia do potrzeb społecznych.

Sąd Najwyższy przyjął, że w sytuacji, gdy zarówno spadkodawca, jak i spadkobierca przyczynili się do zerwania kontaktów rodzinnych, wydziedziczenie jest dopuszczalne. Pogląd ten nie zasługuje na aprobatę. Wydziedziczenie z powodu uporczywego niedopełniania obowiązków rodzinnych jest możliwe tylko wtedy, gdy spadkobierca, w przeciwieństwie do testatora, nie wykonuje tych obowiązków, co w konsekwencji prowadzi do ustania więzi emocjonalnej. W przypadku bezskuteczności takiego wydziedziczenia możliwe jest jednak zmniejszenie zachowku.

Wyrok Sądu Najwyższego z 23.03.2018 r. (I CSK 424/17)

Dzieci, które nie wypełniają obowiązków rodzinnych – nie wspierają ojca w potrzebie, mogą zostać wydziedziczone, nawet jeśli spadkodawca przyczynił się do konfliktu rodzinnego.

1. Wiąż rodzinna ma ogromny wpływ na tworzenie i stosowanie przepisów prawa cywilnego, w szczególności prawa rodzinnego i spadkowego¹. W dobie kryzysu rodziny oraz dyskusji nad jej modelem wartości tej paradoksalnie przypisuje się coraz większe znaczenie, w tym także zaczyna się ją kwalifikować jako dobro osobiste². Tendencja ta widoczna jest także w orzecznictwie z zakresu prawa spadkowego, gdzie większą wagę przywiązuje się do relacji między spadkodawcą a pozostałymi członkami rodziny, jednak nie opartej na więzach formalnych, lecz rzeczywistych, emocjonalnych. Przykładowo Sąd Najwyższy³ dopuścił miarkowanie zachowku w oparciu o art. 5 Kodeksu cywilnego⁴ z uwagi na niepoprawne relacje między spadkodawcą a uprawnionymi do zachowku⁵.

¹ Zob. J. Gwiazdomorski, *Prawo spadkowe*, Warszawa 1959, s. 20; J.S. Piątoski (w:) *System prawa cywilnego*, t. 4, *Prawo spadkowe*, red. J.S. Piątoski, W. Czachórski, Wrocław 1986, s. 27.

² Zob. T. Grzeszak, *Dobro osobiste jako dobro zindywidualizowane*, „Przegląd Sądowy” 2018/4, s. 7–41.

³ Wyrok SN z 16.06.2016 r. (V CSK 625/15), OSP 2017/2, poz. 14, s. 98.

⁴ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.), dalej k.c.

⁵ Aprobata dla takiego stanowiska wyrazili M. Wilejczyk, *Majątkowe odzwierciedlenie osobistego zaangażowania w sprawy rodzinny. Udziały małżonków w majątku wspólnym i „ratio legis” zachowku*, „Przegląd Sądowy” 2017/9, s. 31–32; M. Załucki, *Obniżenie należności z tytułu zachowku w oparciu o zasady współżycia społecznego. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 16.06.2016 r. (V CSK 625/15)*, „Przegląd Sądowy” 2018/3, s. 98–105; E. Macierzyńska-Franaszczyk, *Funkcje zachowku i granice ich urzeczywistnienia (w:) Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, red. T. Erciński, J. Gudowski,

Głosowany wyrok Sądu Najwyższego można określić mianem precedensu. Pierwszy raz wyrażono bowiem zapatrywanie, zgodnie z którym wydziedziczenie jest skuteczne na mocy art. 1008 pkt 3 k.c., nawet gdy spadkodawca przyczynił się do zerwania kontaktów ze spadkobiercami. Jednakże z tym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Powstało ono w oderwaniu od sensu instytucji wydziedziczenia jako korelatu instytucji zachowku oraz ww. stanowiska w kwestii stosowania art. 5 k.c. w procesach o zachówek. Dlatego też problem, przed którym stanął Sąd Najwyższy, wymaga szerszego komentarza.

2. Powyższa teza została sformułowana w oparciu o następujący stan faktyczny. Synowie zmarłego domagali się zachowku od jego życiowej partnerki – jedynej powołanej w testamencie spadkobierczynie. Jednocześnie w testamencie spadkodawca wydziedziczył swoich synów, podając, że „od 3 lat kłamią, niszczą i trwonią mój majątek, donoszą na mnie na policję i do prokuratury, nie udzielają mi pomocy w mojej chorobie i starości”. Postępowanie dowodowe wykazało, że w czasie trwania małżeństwa z matką powodów

M. Pazdan, M. Tomalak, Warszawa 2017, s. 865; E. Niezbecka, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, *Spadki*, red. A. Kidyba, Warszawa 2015, LEX/el.; zob. glosy krytyczne do wyroku SN z 16.06.2016 r. (V CSK 625/15) – T. Justyński, OSP 2017/2, poz. 14, s. 105–112; T. Jasiakiewicz, OSP 2017/9, poz. 92, s. 135–141; A. Koziółkiewicz, „Palestra” 2017/3, s. 113–121; pogląd zaprezentowany w tym wyroku przypomniat również Sąd Najwyższy w wyroku z 28.03.2018 r. (IV CNP 10/17), LEX nr 2525387, w którym dopuścił możliwość na tej podstawie także oddalenia o zachówek; odmienne zapatrywanie wyraził jednak SN w wyroku z 28.03.2018 r. (V CSK 428/17), LEX nr 2519624.

ojciec wszedł w nowy związek, a ponadto upadło prowadzone przez niego przedsiębiorstwo. To zapoczątkowało problemy z alkoholem. Pod jego wpływem dochodziło do awantur z synami, podczas których uciekano się również do przemocy. Co więcej, zarówno względem ojca, jak i synów prowadzono postępowania karne, inicjowane przez siebie wzajemnie, jednak żadne z nich nie zakończyło się wydaniem wyroku skazującego.

Sądy pierwszej i drugiej instancji uznały, że w sprawie nie zaszła podstawa wydziedziczenia z art. 1008 pkt 3 k.c. W szczególności sąd apelacyjny podkreślił, że choć relacje powodów z ojcem nie były poprawne, to jednak przyczyn konfliktu można upatrywać tylko po stronie ojca. Ze stanowiskiem tym nie zgodziła się pozwana, co skutkowało wniesieniem skargi kasacyjnej.

3. Ubieganie się o zachówek przez osoby, które za życia spadkodawcy uporczywie nie dopełniały względem niego obowiązków, z założenia jest nie do zaakceptowania. Niewywiązywanie się z tych powinności może bowiem skutkować zniszczeniem wspólnoty rodzinnej⁶. Przeciwno takim sytuacjom służyć ma uprawnienie do wydziedziczenia wynikające z art. 1008 pkt 3 k.c.

Źródła obowiązków rodzinnych upatruje się w przepisach Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego⁷. Unormowania te są następstwem powstałych formalnych więzi i założeń o współlistnieniu szczególnej relacji emocjonalnej panującej między członkami

rodziny. Obowiązki rodzinne mogą mieć zarówno charakter majątkowy, jak i niemajątkowy. Z obowiązków majątkowych największe znaczenie ma alimentacja. Z kolei w przypadku obowiązków niemajątkowych doniosłą rolę odgrywa art. 87 k.r.o., zgodnie z którym rodzice i dzieci (niezależnie od tego, czy jest nad nimi władza rodzicielska, czy też nie) zobowiązani są do wzajemnego szacunku i wspierania się.

Zachowanie potencjalnych spadkobierców, aby stało się podstawą do skutecznego wydziedziczenia, musi być uporczywe, tzn. charakteryzujące się ciągłością i powtarzalnością. Co jednak istotne, uporczywość niesie za sobą też świadome i negatywne nastawienie psychiczne uprawnionego, jak np. upór, zatwardziałość czy złą wolę⁸.

Zerwanie więzi rodzinnej, jak uznało orzecznictwo, mieści się w przyczynie wyrażonej w art. 1008 pkt 3 k.c. Trzeba uściślić jednak, że podstawą wydziedziczenia nie jest samo zerwanie kontaktów, lecz są takie zachowania, które taki stan rzeczy spowodowały. Do katalogu tego rodzaju zdarzeń Sąd Najwyższy zaliczył: wszczynanie awantur, kierowanie pod adresem spadkodawcy nieuzasadnionych i krzywdzących zarzutów, wyrzucenie z domu, brak udziału w jego życiu choćby poprzez wizyty w jego miejscu zamieszkania czy okazywanie zainteresowania jego sprawami⁹.

⁶ M. Załucki, *Wydziedziczenie w polskim prawie spadkowym na tle porównawczym*, Warszawa 2010, s. 405.

⁷ Ustawa z 25.02.1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2017 r. poz. 682 ze zm.), dalej k.r.o.

⁸ E. Niezbecka, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4 – *Spadki*, Warszawa 2012, s. 262–263; J. Kremis, B. Burian, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011, s. 1631; J. Kremis, J. Kuźmicka-Sulikowska, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2017, s. 1918; E. Skowrońska-Bocian, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2002, s. 186.

⁹ Wyrok SN z 7.11.2002 r. (II CKN 1397/00), LEX nr 75286.

4. Skoro uporczywość wiąże się ze świadomym podejmowaniem czynów sprzecznych z obowiązkami rodzinnymi, to w każdym przypadku nie tylko należy ustalić, czy obiektywnie miały miejsce podstawy wydziedziczenia, ale także czy zerwanie więzi rodzinnej było zawinione¹⁰. Przy czym winnym zerwania więzi rodzinnej niekoniecznie zawsze jest ten, kto dał ku temu powód, a ten, kto w danych okolicznościach zaprzestał realizacji swoich obowiązków¹¹, choć w okolicznościach danej sprawy należałoby od niego tego oczekiwać.

Potencjalnie więc zerwanie więzi rodzinnych może nastąpić: po pierwsze – wyłącznie z winy spadkodawcy; po drugie – wyłącznie z winy wydziedziczonego; po trzecie zaś – z winy tak spadkodawcy, jak i wydziedziczonego.

W pierwszej sytuacji nie ma wątpliwości. Mianowicie jeżeli ktoś sam zrywa kontakty z członkami rodziny, to nie może skutecznie ich wydziedziczyć z powodu braku realizacji obowiązków rodzinnych. Wynika to z zasady, zresztą przywołanej w uzasadnieniu glosowanego wyroku,

¹⁰ Przez winę rozumiem naganną decyzję człowieka odnoszącą się do podjętego przez niego bezprawnego czynu – zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2016, s. 203. Zob. także T. Sokołowski, *Kodeks cywilny. Komentarz (art. 450–1088)*, t. II, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, s. 1725; P. Książak, *Kodeks cywilny. Komentarz, t. 4 – Spadki*, red. K. Osajda, Warszawa 2018, Legalis/el.; M. Załucki, *Glosa do wyroku SA w Lublinie z 15.04.2015 r. (I ACa 985/14)*, „Monitor Prawniczy” 2018/4, s. 217; postanowienie SN z 6.08.2014, I CZ 57/14, LEX nr 1500659.

¹¹ Jak się wydaje, pogląd ten przedstawił również Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 9.11.2017 r. (I ACa 440/17), LEX nr 2412760.

zgodnie z którą nie można wywodzić dla siebie skutków prawnych ze swego niegodziwego zachowania. Na zobrazowanie tego stanowiska Sąd Najwyższy w komentowanym orzeczeniu powołał znaną z judykatury tezę, że nie może być uznana za podstawę wydziedziczenia odmowa opieki nad mężem i ojcem przez żonę i dziecko, jeżeli mężczyzna pozostawił rodzinę wiele lat temu dla innej kobiety¹².

Również przeprowadzenie wykładni językowej art. 1008 pkt 3 k.c. prowadzi do przekonania, że winę za rozkład więzi rodzinnej należałoby na pewno przypisać spadkobiercy. Przepis ten nie daje jednak odpowiedzi, czy ten ostatni ma być wyłącznie winny (drugi przypadek), czy współwinny (trzeci przypadek). Z rezultatu wykładni *a contrario* tego przepisu wynikałoby, że długotrwałe niedopełnienie względem spadkodawcy obowiązków rodzinnych musi być spowodowane okolicznościami, które leżą wyłącznie po stronie wydziedziczanego (a więc druga ewentualność)¹³. Sąd Najwyższy uznał jednak, że można skutecznie wydziedziczyć również w trzeciej konfiguracji, tj. gdy spadkodawca nie jest wyłącznie winny, lecz współodpowiedzialny ze spadkobiercą za dany stan rzeczy. Innymi słowy – gdy spadkodawca i uprawnieni do zachowku dopuszczają się względem siebie aktów wrogości, zrywając łączącą ich więź uczuciową, zachodzi przesłanka wydziedziczenia z art. 1008 pkt 3 k.c. i dlatego podmiotom uprawnionym zachówek się nie należy.

¹² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 16.11.2007 r. (VI ACa 768/07), Legalis nr 420465.

¹³ M. Załucki, *Glosa...*, s. 21; P. Książak, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2012, s. 190.

5. Z ustaleń faktycznych wysłowionych w części historycznej uzasadnienia trudno jednoznacznie określić, komu należałoby przypisać winę za zerwanie kontaktów – powodom czy zmarłemu. Z pewnością przyczyna waśni tkwi w zachowaniu spadkodawcy: w jego uzależnieniu od alkoholu, a następnie w rozwodzie jego i matki powodów i znalezieniu nowej partnerki. Nie jest to jednak taka sama sytuacja, w której brak wykonywania obowiązków rodzinnych można usprawiedliwiać tylko naganną postawą spadkodawcy. W takim przypadku nie można spodziewać się, że będzie się wykonywało jakiegokolwiek obowiązki¹⁴. Uwadze Sądu Najwyższego nie uszło jednak, że dorośli synowie zmarłego testatora nie czynili nic, aby naprawić złe stosunki. Obie strony kierowały wzajemne oskarżenia o popełnianie czynów zabronionych, jak się później okazało – bezpodstawnie. Z tego też powodu tak synowie, jak pozwani nie wykonywali swoich obowiązków, jakimi były okazywanie wzajemnego szacunku i wspierania się. Tymczasem od synów można byłoby oczekiwać, że będą starali się naprawić relacje, a przynajmniej nie kierować w kierunku ojca bezzasadnych oskarżeń. Na tym gruncie więc wniosek Sądu Najwyższego, że do zerwania kontaktów rodzinnych przyczyniły się obie strony, jest zasadny.

Inaczej jest jednak w przypadku rozważań prawnych. Sąd Najwyższy w lakonicznym uzasadnieniu w zasadzie odniósł się do podręcznikowych twierdzeń, nie pogłębiając ich na potrzeby rozstrzyganej sprawy.

Ratio legis zachowku, jak zauważył Sąd Najwyższy, jest tłumaczone w różny spo-

sób. Niemniej jednak za główną wartość instytucja ta stawia bliską więź rodzinną w znaczeniu formalnym. Wynika ona z założenia o typowej poprawnej relacji rodzinnej i w konsekwencji naturalnego wypełniania obowiązków rodzinnych, tych samych, których nieprzestrzeganie może doprowadzić do wydziedziczenia spadkobiercy. Z samego faktu założenia rodziny wywodzi się również obowiązek urzeczywistnienia prawa do zachowku: czy to w postaci dokonania zapisu, dokonania darowizny, czy poprzez realizację roszczenia po śmierci spadkodawcy.

Pozbawienie prawa do zachowku możliwe jest obecnie tylko przez wydziedziczenie, i to z powodu zachowania nie do zaakceptowania w ocenie społeczeństwa. Można powiedzieć, że wydziedziczenie jest niejako usprawiedliwieniem odstąpienia od zrealizowania obowiązku pozostawienia zachowku. Wydziedziczenie jest bowiem odpowiedzią testatora na brak realizacji obowiązków rodzinnych względem niego przez uprawnionego do zachowku¹⁵. Doniosłość i wyjątkowość tego mechanizmu należy rozstrzygać przez pryzmat sankcji skutecznego wydziedziczenia, jednej z najsurowszych na gruncie prawa spadkowego – pozbawienia prawa do spadku po zmarłym. Stąd też i przyczyny wydziedziczenia wysłowione zostały w katalogu zamkniętym, natomiast same podstawy oparte są na poczuciu, że wydziedziczony postępuje wysoce niegodziwie. Dlatego wymaga się ich wąskiej interpretacji¹⁶, każde zaś zachowanie ujęte w testamentie jako podstawa wydziedzic-

¹⁴ Tak Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 15.04.2015 r. (I ACa 985/14), „Monitor Prawniczy” 2018/4, s. 216.

¹⁵ Tak również M. Wilejczyk, *Majątkowe odzwoiercedlenie...*, s. 34–35.

¹⁶ A. Szpunar, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, „Państwo i Prawo” 1948/8, s. 62; E. Skowrońska-Bocian, *Testament w prawie*

czenia musi podlegać badaniu przez sąd w oparciu o analizę każdego stanu faktycznego *in concreto*.

Z tak ujętego sensu instytucji zachowku i wydziedziczenia wynika jeden wniosek – wydziedziczenie może być skuteczne jedynie wtedy, gdy winę można przypisać tylko spadkobiercy. Nie może bowiem dojść do skutecznego wydziedziczenia w sytuacji, gdy brak realizacji obowiązków ma charakter wzajemny. Skoro więc nie można wywodzić dla siebie skutków prawnych również ze swojego negatywnego zachowania, to znaczy, że wydziedziczenie w stanie faktycznym stanowiącym podstawę krytykowanego rozstrzygnięcia należałoby uznać za bezskuteczne. Odmierna ocena Sądu Najwyższego przeczy temu sformułowaniu i wypacza sens wydziedziczenia. W tych okolicznościach całkowite pozbawienie zachowku jawi się jako nadmiernie krzywdzące spadkobierców.

6. Pomimo krytyki poglądu Sądu Najwyższego moje wnioski prowadzą do przekonania, że także orzeczenia sądów powszechnych wydane w niniejszej sprawie nie odpowiadają społecznemu poczuciu sprawiedliwości. Nie jest słuszne wydziedziczenie przez testatora, który sam nie zachowywał się zgodnie z tym, czego od rodzica w relacji z dziećmi należałoby oczekiwać: wsparcia, pomocy czy kontaktu. Dlatego sama intencja Sądu Najwyższego była trafna. Skoro zmarłego ojca i synów nie łączyła żadna więź emocjonalna przypominająca typowe stosunki rodzinne, to rodzi się pytanie o zasadność domagania się zachowku. Z jednej strony, z uwagi na bezskuteczność wydziedziczenia, pozbawić zachowku nie można,

polskim, Warszawa 2004, s. 158; E. Niezbecka, *Kodeks cywilny*, Warszawa 2012, s. 261.

ponieważ synowie zostali uwzględnieni w katalogu osób uprawnionych do zachowku (art. 991 k.c.). Z drugiej jednak strony zachowek ma sens wyłącznie wtedy, gdy spadkobierca realizował obowiązki rodzinne, w przeciwieństwie do spadkodawcy. Innymi słowy, zachowek, na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy, musi odzwierciedlać rzeczywistą emocjonalną więź, a nie tylko być konsekwencją formalnej przynależności do rodziny. Jednak jednocześnie sąd ten nie zauważył, że *de lege lata* tylko formalnoobiektywna więź rodzinna uprawnia zstępnych, małżonków i rodziców do zachowku.

Z tych powodów tak istotne jest stosowanie możliwości obniżenia zachowku wynikającej z art. 5 k.c. Z części historycznej uzasadnienia wyroku nie wynika, aby strona pozwana wystąpiła z roszczeniem ewentualnym o oddalenie powództwa lub zmniejszenie zachowku z uwagi na nadużycie przez powodów prawa podmiotowego. Co prawda obecne ukształtowanie przepisów nie pozwala na dokonanie „wydziedziczenia sądowego”¹⁷, w związku z tym wydaje się, że całkowite pozbawienie prawa do zachowku nie jest możliwe. Dlatego według mnie w niniejszej sytuacji zmniejszenie zachowku (jak się wydaje – o połowę) właśnie na podstawie art. 5 k.c. byłoby rozwiązaniem najbardziej sprawiedliwym¹⁸, odpowiadałoby potrzebom społeczeństwa oraz w pełni realizowałoby podstawy aksjologiczne instytucji zachowku i wydziedziczenia. Konstrukcja

¹⁷ Sformułowania tego użył T. Jasiakiewicz, *Glosa do wyroku SN z 16.06.2016 r. (V CSK 625/15)*, s. 139–140.

¹⁸ W orzecznictwie dopuszczono możliwość stosowania art. 5 k.c. przez sąd z urzędu – zob. wyrok SN z 2.05.2013 r. (IV CSK 660/12), *Legalis nr 728657*.

nadużycia prawa podmiotowego służy właśnie zapobieganiu sytuacjom, w których realizacja roszczenia w danych okolicznościach godzi w zasady słuszności. Co także ważne, takie podejście jest zgodne z prezentowanymi ostatnio poglądami Sądu Najwyższego, które w mojej ocenie zasługują na aprobatę¹⁹.

¹⁹ Zob. P. Rafałowicz, *Realizacja prawa do zachowku a nadużycie prawa podmiotowego*, „Przegląd Sądowy” 2019/1, s. 64–74.

WNIOSKI

Głosowany wyrok jest przykładem na to, że obecne regulacje w zakresie zachowku i wydziedziczenia nie do końca odpowiadają potrzebom społecznym. Dopóki jednak nie zostaną wprowadzone zmiany w tych instytucjach, dopóty pożądane jest stosowanie konstrukcji nadużycia prawa podmiotowego tam, gdzie całkowite zasądzenie zachowku nie realizowałoby zasady sprawiedliwości.

ABSTRACT

Paweł Rafałowicz – Disinheritance of children who do not fail to perform their family obligations to the testator's contribution – gloss on the Judgment of the Polish Supreme Court of 25 March 2018 I (CSK 424/17)

The Supreme Court has ruled that in the case when both the testator and the heir have contributed to a cessation of family contacts, disinheritance is permissible pursuant to Art. 1008 item 3 of the Civil Code. Such a view does not deserve approval. Disinheritance due to a persistent failure to fulfill family responsibilities is possible only if the heir, unlike the testator, does not perform these duties, which in turn leads to a cessation of emotional ties. If such a disinheritance is ineffective, it is possible to reduce the legitim on the basis of Art. 5 of the Civil Code.

Keywords: *inheritance law, disinheritance, persistent failure to perform family obligations, behavior, abuse of subjective rights*

Paweł Rafałowicz

Author is a PhD student at the Department of Civil Law and Private International Law at the Institute of Civil Law at the Faculty of Law, Administration and Economics of the University of Wrocław, judicial assistant at the First Civil Department of the Court of Appeal in Wrocław.

Paweł Rafałowicz

Autor jest doktorantem w Zakładzie Prawa Cywilnego i Prawa Międzynarodowego Prywatnego w Instytucie Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, asystentem sędziego w I Wydziale Cywilnym Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Gwiazdomorski Jan**, *Prawo spadkowe*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1959
- Grzeszak Teresa**, *Dobro osobiste jako dobro zindywidualizowane*, „Przegląd Sądowy” 2018/4, s. 7
- Jasiakiewicz Tomasz**, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 16.06.2016 r. (V CSK 625/15)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2017/9, poz. 92, s. 135
- Justyński Tomasz**, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 16.06.2016 r. (V CSK 625/15)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich, 2017/2, poz. 14, s. 105
- Koziolkiewicz Andrzej**, *O możliwości obniżenia należności z tytułu zachowku na podstawie art. 5 k.c. – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 16.06.2016 r. (V CSK 625/15)*, „Palestra” 2017/3, s. 113
- Kremis Józef, Burian Beata**, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2011
- Kremis Józef, Kuźmicka-Sulikowska Joanna**, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2017
- Książak Paweł**, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, *Spadki*, red. K. Osajda, Warszawa 2018
- Książak Paweł**, *Zachówek w polskim prawie spadkowym*, Warszawa 2012
- Macierzyńska-Franaszczyk Elwira**, *Funkcje zachowku i granice ich urzeczywistnienia (w: Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu)*, red. T. Erciński, J. Gudowski, M. Pazdan, M. Tomalak, Warszawa 2017
- Niezbecka Elżbieta**, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 4, *Spadki*, red. A. Kidyba, Warszawa 2015
- Radwański Zbigniew, Olejniczak Adam**, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2016
- Rafałowicz Paweł**, *Realizacja prawa do zachowku a nadużycie prawa podmiotowego*, „Przegląd Sądowy” 2019/1, s. 64
- Skowrońska-Bocian Elżbieta**, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga czwarta. Spadki*, Warszawa 2002
- Skowrońska-Bocian Elżbieta**, *Testament w prawie polskim*, Warszawa 2004
- Sokołowski Tomasz**, *Kodeks cywilny. Komentarz (art. 450–1088)*, red. M. Gutowski, Warszawa 2016, t. II
- System prawa cywilnego*, t. 4, *Prawo spadkowe*, red. J.S. Piąkowski, W. Czachórski, Wrocław 1986

Szpunar Adam, *Zachowek w polskim prawie spadkowym*, „Państwo i Prawo” 1948/8, s. 51

Wilejczyk Magdalena, *Majątkowe odzwierciedlenie osobistego zaangażowania w sprawy rodziny. Udziały małżonków w majątku wspólnym i „ratio legis” zachowku*, „Przegląd Sądowy” 2017/9, s. 26

Załucki Mariusz, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 15.04.2015 r. (I ACa 985/14)*, „Monitor Prawniczy” 2018/4, s. 216

Załucki Mariusz, *Obniżenie należności z tytułu zachowku w oparciu o zasady współżycia społecznego – glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 16.06.2016 r. (V CSK 625/15)*, „Przegląd Sądowy” 2018/3, s. 98

Załucki Mariusz, *Wydzielniczenie w polskim prawie spadkowym na tle porównawczym*, Warszawa 2010

Pojęcia kluczowe: *postępowanie przygotowawcze, przesłuchanie, podejrzany, prawo do obrony, rzetelny proces, ETPCz*

Glosy

Anna Ruchala

KONSEKWENCJE BRAKU OBROŃCY PODCZAS PIERWSZEGO PRZESŁUCHANIA W POSTĘPOWANIU PRZYGOTOWAWCZYM – GŁOSA DO POSTANOWIENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 27.06.2017 R. (II KK 82/17)

W postanowieniu Sądu Najwyższego z 27.06.2017 r. (II KK 82/17) przedmiotem analizy uczyniono dwa zagadnienia istotne dla praktyki procesu karnego. Należą do nich zagadnienia dotyczące podstawy kasacji wnoszonej przed podmioty wymienione w art. 521 k.p.k. oraz konsekwencji braku obrońcy podczas pierwszego przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym. Przedmiotem glosy uczyniono drugie z przedstawionych wyżej zagadnień. Glosatorka dokonała analizy zagadnienia w kontekście regulacji zawartych w art. 79 § 2 k.p.k. oraz art. 301 k.p.k., przywołując orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz sądów krajowych wsparte tezami z piśmiennictwa.

Postanowienie Sądu Najwyższego z 27.06.2017 r. (II KK 82/17)

Brak obrońcy w wypadkach okoliczności utrudniających obronę (art. 79 § 2 k.p.k.) podczas pierwszego przesłuchania podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym nie może stanowić przeszkody do wykorzystania na rozprawie złożonych w takich warunkach wyjaśnień, o ile nie wystąpiły inne okoliczności wykluczające swobodę wypowiedzi czy obiektywnie istniejąca podatność podejrzanego na pokrzywdzenie.

STAN FAKTYCZNY

Głosowane orzeczenie Sądu Najwyższego zostało wydane na tle następującego stanu faktycznego. Wyrokiem Sądu Rejonowego w P. z 17.09.2013 r. P.W. został uznany za winnego tego, że 20.11.2012 r. w miejscowości M., znajdując się w stanie nietrzeźwości, kierował rowerem po drodze publicznej, naruszając tym zakaz prowadzenia rowerów orzeczony wyrokiem Sądu Rejonowego w P. z 31.07.2012 r. Sąd wymierzył za to P.W. karę 4 miesięcy pozbawienia wolności, środek karny w postaci zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych i rowerów na okres 4 lat oraz orzekł podanie wyroku do publicznej wiadomości poprzez wywieszenie go na tablicy ogłoszeń Sądu Rejonowego w P. na okres 30 dni.

Oskarżony P.W. złożył apelację od wyroku sądu pierwszej instancji, zarzucając naruszenie art. 7, 174 oraz 410 Kodeksu postępowania karnego¹ polegające na uznaniu, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy wskazuje, że prowadził on rower po drodze publicznej. Skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia poprzez uniewinnienie go od dokonania zarzucanego mu czynu. Ze względu na kontrawencjonalizację czynu przypisanego P.W. sąd okręgowy zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że w miejsce orzeczonej kary 4 miesięcy pozbawienia wolności orzekł karę 2 miesięcy pozbawienia wolności. Jednocześnie, na podstawie art. 87 § 4 Kodeksu wykroczeń², sąd orzekł wobec niego zakaz prowadzenia rowerów na okres 2 lat oraz uchylił roz-

strzygnięcie wyroku dotyczące środków karnych w postaci zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów oraz podania wyroku do publicznej wiadomości. W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok Sądu Rejonowego w P. utrzymał w mocy.

Kasację od powyższego wyroku na korzyść oskarżonego P.W. wniósł Rzecznik Praw Obywatelskich, który na zasadzie art. 523 § 1 k.p.k. orzeczeniu temu zarzucił rażące i mające istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie przepisów prawa karnego procesowego, tj. art. 433 § 1 k.p.k. w zw. z art. 440 k.p.k. oraz art. 6 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 3 lit. c europejskiej Konwencji o ochronie podstawowych praw i wolności³, polegające na tym, że ustalenia dotyczące sprawstwa P.W. zostały oparte na wyjaśnieniach złożonych przez skarżącego w postępowaniu przygotowawczym, pod nieobecność obrońcy, mimo że z uwagi na deficyt intelektu nie mógł on w sposób samodzielny i racjonalny prowadzić swojej obrony. W związku z tym, na podstawie art. 537 k.p.k., skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i w zakresie czynu z art. 244 k.k. przekazanie sprawy Sądowi Rejonowemu w P. do ponownego rozpoznania, a w zakresie wykroczenia z art. 87 § 1 k.w. o umorzenie postępowania z uwagi na przedawnienie karalności.

W następstwie złożonej kasacji Sąd Najwyższy uznał, że podniesione przez Rzecznika Praw Obywatelskich zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie, co skutkowało oddaleniem kasacji.

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.), dalej k.p.k.

² Ustawa z 20.05.1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2018 r. poz. 618 ze zm.), dalej k.w.

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

STANOWISKO SĄDU

Konieczność oddalenia kasacji Sąd Najwyższy wiąże przede wszystkim z tym, że ocena rzetelności procesu powinna być przeprowadzona przy uwzględnieniu całego postępowania, a nie przez pryzmat sposobu przeprowadzania poszczególnych dowodów, w niniejszej sprawie dowodu z wyjaśnień podejrzanego złożonych podczas pierwszego przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym. Okoliczność, że ustalenia o sprawstwie P.W. poczyniono w oparciu o złożone przez niego wyjaśnienia w postępowaniu przygotowawczym pod nieobecność obrońcy, w świetle całokształtu zebranego w sprawie materiału dowodowego nie daje podstaw do uznania, że wyrok sądu rejonowego zapadł z obrazą standardów rzetelnego procesu, o których mowa w art. 6 EKPC.

Sąd Najwyższy podkreślił, że w momencie zatrzymania podejrzany P.W. był już trzykrotnie karany, w tym dwa razy za takie samo przestępstwo, tj. kierowanie w stanie nietrzeźwości rowerem po drodze publicznej. W każdej z tych spraw oskarżony miał obrońcę. Oskarżony zatem w momencie zatrzymania dysponował już niemałym doświadczeniem z organami ścigania i wymiarem sprawiedliwości. Wiedział zatem o przysługujących mu elementarnych prawach m.in. do odmowy składania wyjaśnień i prawie do obrońcy oraz o możliwości żądania przesłuchania go z udziałem ustanowionego obrońcy. W przedmiotowej sprawie podejrzany został dwukrotnie pouczone o swoich prawach, jednak w sposób jasny i jednoznaczny oświadczył, że z nich nie korzysta i złożył wyczerpujące wyjaśnienia, w których przyznał się do zarzucanego mu

przestępstwa. Ponadto na etapie postępowania przygotowawczego dopuszczono dowód z opinii dwóch biegłych psychiatrów. Miało to związek z tym, że w trakcie przesłuchania oskarżony oświadczył, że leczył się neurologicznie. Biegli rozpoznali u P.W. ograniczone zaburzenia osobowości z deficytem intelektu oraz „szkodliwe picie alkoholu”, uznając przy tym, że stan psychiczny podejrzanego nie zniósł ani nie ograniczał jego zdolności do rozpoznania znaczenia czynu, ani zdolności do pokierowania swoim postępowaniem. Innymi słowy, biegli stwierdzili, że udział obrońcy w postępowaniu nie jest obowiązkowy (art. 79 § 4 k.p.k.), a P.W. jest w stanie w sposób samodzielny i rozsądny prowadzić swoją obronę. Konieczność przyznania oskarżonemu obrońcy z urzędu ujawniła się dopiero na etapie postępowania sądowego, a to z uwagi na wystąpienie „innych okoliczności utrudniających obronę”, o których mowa w art. 79 § 2 k.p.k. (jak to odnotował sąd, oskarżony jąkał się i miał problemy z wymową oraz formułowaniem wypowiedzi). Mimo prawidłowego zawiadomienia oskarżony nie stawiał się na kolejnym terminie rozprawy, stawiał się za to jego obrońca, co umożliwiło otwarcie przewodu sądowego i odczytanie wyjaśnień złożonych przez oskarżonego w postępowaniu przygotowawczym.

Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że obciążające wyjaśnienia złożone w postępowaniu przygotowawczym pod nieobecność obrońcy powinny, tak jak inne dowody, podlegać swobodnej ocenie z uwzględnieniem całokształtu innych okoliczności danej sprawy. Ich ocena w kontekście art. 6 EKPC zależy od specyfiki i okoliczności sprawy, zatem dowodowe wykorzystanie takich wyjaśnień może, ale nie musi, naruszać konwencyjny standard

rzetelnego procesu. W obowiązującym stanie prawnym obecność obrońcy podczas pierwszego przesłuchania podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym nie jest obowiązkowa nawet w przypadkach obrony obligatoryjnej. Generalnie więc brak obrońcy w opisanym wypadku nie może stanowić przeszkody do wykorzystania na rozprawie złożonych w takich warunkach wyjaśnień, o ile nie wystąpiły inne okoliczności wyłączające swobodę wypowiedzi czy obiektywnie istniejąca podatność podejrzanego na pokrzywdzenie – co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Ze względu na treść opinii sąduwo-psychiatrycznej oraz dalszy przebieg procesu zdaniem Sądu Najwyższego nie ma podstaw, by twierdzić, że P.W. z uwagi na niski poziom intelektu nie mógł swojej obrony prowadzić w sposób samodzielny, racjonalny i skuteczny. Sąd Najwyższy podkreślił, że P.W. oraz jego obrońca nigdy nie zarzucali, że wyjaśnienia oskarżonego złożone w dochodzeniu nie są prawdziwe czy zostały wymuszone lub złożono je w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi. Nie kwestionowano również tego, że oskarżony przed pierwszym przesłuchaniem z własnej woli, jednoznacznie zrezygnował z możliwości skorzystania z pomocy obrońcy. W sprawie zatem brak okoliczności świadczących o tym, że naruszono standardy rzetelnego procesu i że sąd okręgowy utrzymał w mocy rażąco niesprawiedliwe orzeczenie (art. 440 k.p.k.).

OCENA STANOWISKA SĄDU NAJWYŻSZEGO

Stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w głosowanym postanowieniu zasługuje na aprobatę. W ocenie glosatorki

należało jednak poszerzyć je o dodatkowe argumenty dotyczące dopuszczalności dowodowego wykorzystania wyjaśnień złożonych przez podejrzanego podczas pierwszego przesłuchania pod nieobecność obrońcy w świetle konwencyjnego standardu rzetelnego procesu.

Zasadne zatem wydaje się, aby na początku niniejszych rozważań przypomnieć, że pomimo iż prawo do rzetelnego procesu literalnie odnosi się do sądowego etapu procesu karnego, to w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz, Trybunał) nie budzi wątpliwości, że obejmuje ono także etap postępowania przygotowawczego⁴. Ocena samooskarżających wyjaśnień złożonych przez podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym pod nieobecność obrońcy powinna być zatem dokonana z daleko posuniętą ostrożnością, a to z uwagi na zapewnienie podejrzanemu możliwości realizacji przysługujących mu praw, w tym prawa do posiadania obrońcy. ETPCz wielokrotnie podkreślał, że organy krajowe powinny podjąć aktywne działania w celu uświadomienia podejrzanemu, iż ma prawo do posiadania obrońcy, także ustanowionego z urzędu, oraz że skuteczność zrzeczenia się tego prawa zależy od tego, czy nastąpiło ono w wyraźny, nieodwołalny sposób i czy towarzyszyło mu zapewnienie minimalnych gwarancji odpowiednich do wagi zrzeczenia się⁵. Skoro gwarancje rzetelnego proce-

⁴ Zob. wyrok ETPCz z 24.11.1993 r. w sprawie 13927/88 *Imbrioscia przeciwko Szwajcarii*; wyrok ETPCz z 8.02.1996 r. w sprawie 18731/91 *Murray przeciwko Wielkiej Brytanii*, www.echr.coe.int.

⁵ Zob. wyrok ETPCz z 27.11.2008 r. w sprawie *Salduz przeciwko Turcji* (skarga nr 36391/02); wyrok ETPCz z 11.12.2008 r. w sprawie *Panovits*

dowania, o których mowa w art. 6 EKPC, mają także odpowiednie zastosowanie do postępowania przygotowawczego, to oznacza to, że prawo podejrzanego do posiadania obrońcy podczas pierwszego przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym powinno być regułą, o ile wyjaśnienia złożone przez niego na tym etapie postępowania są następnie wykorzystane jako dowód w sprawie.

W judykaturze podkreśla się jednak, że z treści orzeczeń zapadłych przed ETPCz nie da się wyprowadzić wniosku, że w zamyśle tego organu było wprowadzenie generalnego wymogu zapewnienia obecności obrońcy podczas pierwszego przesłuchania każdego podejrzanego pod rygorem niedopuszczalności wykorzystania na rozprawie złożonych przez niego wyjaśnień⁶. Wskazuje się, że Trybunałowi chodzi o konieczną obecność obrońcy w sytuacjach obiektywnie istniejącej podatności podejrzanego na pokrzywdzenie, np. z uwagi na jego wiek czy bezradność wywołaną czynnikami społecznymi lub stanem zdrowia (w tym uzależnieniem od narkotyków lub alkoholu)⁷. Odmienne rozumienie stanowiska Trybunału, a więc dopatrywanie się zawsze naruszeń Konwencji w razie pierwszego przesłuchania podejrzanego bez udziału obrońcy, stanowiłoby *novum* dla co najmniej kilku systemów procedury karnej kontynentalnej Europy uchodzących za nowoczesne i respektujące w szerokim zakresie prawa podejrzanych, np. belgijskiego czy

niemieckiego⁸. W sprawie *Ibrahim i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* Trybunał wyraźnie podkreślił, że badając, czy ograniczenie możliwości skontaktowania się z prawnikiem podczas pierwszego przesłuchania było zgodne z Konwencją, każdorazowo należy przeanalizować dwie kwestie: czy ograniczenie to motywowane było „nieodpartymi powodami” (czy miało trwały, czy czasowy charakter, jaka jest jego natura, czy możliwość jego nałożenia jest wystarczająco precyzyjnie określona przepisami krajowymi i czy jego nałożenie jest rzeczywiście konieczne w konkretnej sytuacji skarżącego) oraz jaki wpływ miało ono na rzetelność postępowania postrzeganego jako całość. Analiza ta nie może być dokonana przez pryzmat dopuszczalności poszczególnych dowodów zgromadzonych w postępowaniu. W wyroku *Simeonov przeciwko Bułgarii* Trybunał ponownie podkreślił, że dla ustalenia, czy postępowanie było prowadzone w sposób rzetelny, nienaruszający art. 6 EKPC, wymagana jest globalna ocena całości postępowania. Słusznie zatem Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że obciążające wyjaśnienia złożone przez podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym pod nieobecność obrońcy w razie okoliczności utrudniających obronę (art. 79 § 2 k.p.k.), czy w sytuacji obiektywnie istniejącej podatności podejrzanego na pokrzywdzenie, powinny podlegać swobodnej ocenie przez sąd w świetle całokształtu przeprowadzonego materiału dowodowego. Wy-

przeciwko Cyprowi (skarga nr 4268/04); wyrok ETPCz z 31.03.2009 r. w sprawie *Płonka przeciwko Polsce* (skarga nr 20310/02), www.echr.coe.int.

⁶ Postanowienie SN z 5.04.2013 r. (III KK 327/12), LEX nr 1341625.

⁷ Postanowienie SN z 5.04.2013 r. (III KK 327/12), LEX nr 1341625.

⁸ M. Wąsek-Wiaderek, *Problemy polskiej procedury karnej w świetle najnowszego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – wybrane zagadnienia* (w:) *Aktualne zagadnienia prawa karnego materialnego i procesowego*, red. L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, Warszawa 2009, s. 71.

jaśnienia złożone w takich okolicznościach nie mogą bowiem bezpośrednio podlegać dyskwalifikacji⁹. Trudno zresztą zaakceptować odmienny pogląd, skoro ustawodawca polski nie uznał obecności obrońcy obligatoryjnego (art. 79 § 3 w zw. z art. 301 k.p.k.) podczas pierwszego przesłuchania podejrzanego za obowiązkową.

Dodatkowo należy wskazać, że niezwykle istotną regulacją jest również zapis zawarty w art. 301 zd. 1 k.p.k., który stanowi, że na żądanie podejrzanego należy przesłuchać go z udziałem ustanowionego obrońcy. Treść powyższego przepisu należy odczytywać z uwzględnieniem orzecznictwa ETPCz dotyczącego art. 6 ust. 3 lit. c EKPC, który gwarantuje każdemu oskarżonemu prawo do realizowania obrony osobiście lub przez ustanowionego przez niego obrońcę, a jeśli nie ma wystarczających środków na pokrycie kosztów obrony – do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego z urzędu. W tym zakresie ma przede wszystkim znaczenie wyrok Wielkiej Izby Trybunału w sprawie *Salduz przeciwko Turcji*. Trybunał sformułował wówczas zasadę dostępu do pomocy obrońcy od momentu pierwszego przesłuchania, chyba że istnieją szczególne okoliczności danej sprawy, które uzasadniają ograniczenie korzystania z tego prawa. Nawet jednak wówczas, gdy wyjątkowe okoliczności sprawy uzasadniają odmowę dostępu do adwokata, ograniczenie w korzystaniu z jego pomocy nie może w sposób negatywny wpływać na zapewnione oskarżonemu gwarancje wynikające z art. 6 EKPC.

W doktrynie przyjmuje się, że powyż-

sza zasada wypracowana w orzecznictwie ETPCz przejawia się w zakazie dowodowego wykorzystania na niekorzyść oskarżonego wyjaśnień złożonych pod nieobecność obrońcy, jeżeli podejrzany nie zrzekł się wyraźnie prawa do kontaktu z obrońcą¹⁰. Innymi słowy, umożliwienie podejrzanemu skonsultowania się z obrońcą przed pierwszym przesłuchaniem warunkuje dopuszczalność późniejszego dowodowego wykorzystania złożonych przez niego obciążających wyjaśnień jako podstawy wyroku skazującego. Według M. Wąsek-Wiaderek narusza art. 6 ust. 3 EKPC dowodowe wykorzystanie wyjaśnień złożonych w postępowaniu przygotowawczym, jeżeli podejrzany przed ich złożeniem lub w czasie tej czynności nie mógł mieć dostępu do obrońcy, ponieważ wykluczało to prawo krajowe¹¹. W przeciwnym wypadku możliwe jest dowodowe wykorzystanie wyjaśnień złożonych przez oskarżonego pod nieobecność obrońcy, ale tylko w sytuacji, gdy podejrzany został pouczony o przysługujących mu prawach, w tym o prawie do milczenia i posiadania obrońcy i co istotniejsze, w sposób wyraźny zrzekł się korzystania z tych praw. W treści uzasadnienia głosowanego orzeczenia Sąd Najwyższy uznał, że skoro oskarżony pomimo dwukrotnego pouczenia go o treści art. 300 § 1 k.p.k. oraz 301 k.p.k. w sposób jednoznaczny zrzekł się korzystania z przysługujących

¹⁰ S. Steinborn, *Komentarz do art. 301 Kodeksu postępowania karnego* (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, J. Grajewski, P. Rogoziński, LEX nr 493854, teza 2.

¹¹ M. Wąsek-Wiaderek, *Prawo oskarżonego do posiadania obrońcy w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „*Studia i Analizy Sądu Najwyższego*”, red. K. Ślebzak, Warszawa 2012, t. 4, s. 359.

⁹ A. Małolepszy, M. Zbrojewska, *Obiektywna podatność podejrzanego na pokrzywdzenie w procesie karnym*, „*Przeгляд Sądowy*” 2014, nr 5, s. 63–72.

mu praw (ważne jest również to, że we wcześniejszych sprawach karnych P.W. był reprezentowany przez obrońcę z urzędu – a więc z całą pewnością był świadomy znaczenia swych praw), złożył wyczerpujące wyjaśnienia, w których przyznał się do zarzucanego mu czynu, a opinia sądowno-psychiatryczna wskazywała, że oskarżony nie jest osobą podatną na pokrzywdzenie (pomimo niskiego poziomu intelektu rozumiał on istotę zarzucanego mu czynu i jego konsekwencji), to nie można uznać, że wyjaśnienia złożone w takich okolicznościach nie mogą być dopuszczalne jako dowód i w oparciu o ich treść nie może zostać wydany wyrok skazujący. Z powyższym poglądem należy się zgodzić. Trzeba też podkreślić, że rozpoznane u P.W. zaburzenia osobowości związane z deficytem intelektu oraz „szkodliwym picciem alkoholu” nie ograniczały jego zdolności rozpoznania znaczenia czynu ani pokierowania swoim postępowaniem. Należy zatem uznać, że w niniejszej sytuacji oskarżony mógł w sposób samodzielny i racjonalny prowadzić swoją obronę. Ponadto dla potwierdzenia prawidłowości postawionej w niniejszej głosie tezy istotne jest, że zarówno oskarżony, jak i jego obrońca nigdy nie kwestionowali faktu, że P.W. złożył obciążające go wyjaśnienia i nie twierdzili, że są one nieprawdziwe. Oczywiście brak umożliwienia kontaktu z obrońcą przed pierwszym przesłaniem wpływa na ocenę rzetelności procesu, jednak naruszenia Konwencji można dopatrywać się w sytuacji, kiedy wyjaśnienia samooskarżające złożone w postępowaniu przygotowawczym posłużą jako dowód w sprawie wbrew woli podejrzanego. Tymczasem oskarżony, korzystając już z pomocy obrońcy z urzędu wyznaczonego w postępowaniu sądowym, nie odwo-

łał swoich wyjaśnień. Także jego obrońca nie kwestionował sposobu pozyskania tego dowodu i jego dopuszczalności. Skoro w niniejszej sprawie oskarżony w sposób wyraźny rzekł się swych praw i nigdy nie kwestionował tej okoliczności, to nie ma podstaw do stwierdzeń, że doszło do naruszenia art. 6 EKPC. Dodatkowo należy zauważyć, że pomimo prawidłowego wezwania P.W. nie stanął się na rozprawę przed sądem pierwszej instancji (po wyznaczeniu mu obrońcy z urzędu) ani na rozprawę odwoławczą, godząc się tym samym, że jego wyjaśnienia zostaną dowodowo wykorzystane.

Podsumowując, należy powtórzyć stanowisko ETPCz wyrażone w sprawie *Imboscia przeciwko Szwajcarii*, że ocena przestrzegania prawa do obrony zagwarantowanego w art. 6 ust. 3 lit. c Konwencji w postępowaniu przygotowawczym w dużej mierze zależy od szczególnych okoliczności danego procesu i przez ich pryzmat należy oceniać rzetelność całego procesu. Mając na uwadze powyższe rozważania, należy stwierdzić, że całokształt okoliczności ujawnionych w przedmiotowej sprawie nie uprawniał do twierdzenia, że sprawa P.W. została prowadzona z naruszeniem zasad rzetelnego procesu.

PODSUMOWANIE

Głosowane postanowienie dotyczy zagadnienia konsekwencji braku obrońcy podczas pierwszego przesłuchania w postępowaniu przygotowawczym. Stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w tezie orzeczenia zasłuży na aprobacie. Autorka poszerza je o dodatkowe argumenty dotyczące dopuszczalności dowodowego wykorzystania wyjaśnień złożonych przez podejrzanego podczas pierwszego

przesłuchania pod nieobecność obrońcy w świetle konwencyjnego standardu rzetelnego procesu. Odwołując się do orzecznictwa Europejskiego Trybunał Praw Człowieka, glosatorka wskazała, że zasadą jest dostęp do pomocy obrońcy od momentu pierwszego przesłuchania, chyba że istnieją szczególne okoliczności danej sprawy, które uzasadniają ograniczenie korzystania z tego prawa. Przejawia się to w zakazie dowodowego wykorzystania na niekorzyść oskarżonego wyjaśnień złożonych pod nieobecność obrońcy, jeżeli podejrzany nie zrzekł się wyraźnie prawa do kontaktu z obrońcą. Innymi słowy,

umożliwienie podejrzanemu skonsultowania się z obrońcą przed pierwszym przesłuchaniem warunkuje dopuszczalność późniejszego dowodowego wykorzystania złożonych przez niego obciążających wyjaśnień jako podstawy wyroku skazującego. Ocena przestrzegania prawa do obrony zagwarantowanego w art. 6 ust. 3 lit. c Konwencji w postępowaniu przygotowawczym powinna być dokonywana *ad casum*, w świetle całokształtu przeprowadzonego materiału dowodowego, a nie przez pryzmat dopuszczalności poszczególnych dowodów zgromadzonych w sprawie.

ABSTRACT

Anna Ruchała – Consequences of the absence of a defence lawyer during first hearing in preparatory proceedings – a gloss to the judgment of the Supreme Court as of 27 June 2017 (II KK 82/17)

The gloss is devoted to a judgement made by the Supreme Court concerns the issue in the of first hearing of a suspect without lawyer. The opinion expressed by the Supreme Court in its judgment thesis needs to be welcomed. Waving explicitly the right to a defence lawyer during first hearing of a suspect, results subsequent in a possibility of using as a grounds of a judgement his incriminating statements. This issue should be analysed with respect to all evidence in the case.

Keywords: preparatory proceeding, hearing, suspect, right to defence, fair trial
European Court of Human Rights

Anna Ruchała

Author is a PhD student in Department of Criminal Procedure at John Paul II Catholic University of Lublin and assistant to the judge in the District Court in Nowy Sącz.

Anna Ruchała

Autorka jest doktorantką w Katedrze Postępowania Karnego Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II oraz asystentem sędziego w Sądzie Okręgowym w Nowym Sączu.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Małolepszy Amadeusz, Zbrojewska Monika**, *Obiektywna podatność podejrzanego na pokrzywdzenie w procesie karnym*, „Przegląd Sądowy” 2014/5, s. 63
- Steinborn Sławomir**, *Komentarz do art. 301 Kodeksu postępowania karnego (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steinborn, J. Grajewski, P. Rogoziński, LEX nr 493854, teza 2
- Wąsek-Wiaderek Małgorzata**, *Problemy polskiej procedury karnej w świetle najnowszego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – wybrane zagadnienia (w:) Aktualne zagadnienia prawa karnego materialnego i procesowego*, red. L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, Sąd Najwyższy, Warszawa 2009
- Wąsek-Wiaderek Małgorzata**, *Prawo oskarżonego do posiadania obrońcy w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Studia i Analizy Sądu Najwyższego”, red. K. Ślęzak, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, t. 4, s. 359

Pojęcia kluczowe: kontrola operacyjna, zbieg przepisów, reguły ne peius, gry na automatach

Najnowsze orzecznictwo

Michał Gałęski

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO W SPRAWACH KARNYCH (CZERWIEC–GRUDZIEŃ 2018 R.)

Prezentowany przegląd orzecznictwa obejmuje wybrane judykaty Sądu Najwyższego w sprawach karnych, które zapadły w okresie od czerwca do grudnia 2018 r. W ramach „Przeglądu” zreferowano i skomentowano cztery uchwały SN podjęte we wskazanym okresie, tj. uchwały w sprawach I KZP 4/18, I KZP 5/18, I KZP 7/18 oraz I KZP 10/18. Ponadto na podstawie wybranych orzeczeń przedstawiono linię orzeczniczą w przedmiocie dwóch zagadnień prawnych, jakie wyłoniły się w sprawach o nielegalne zarządzanie gier na automatach.

WYKORZYSTANIE DOWODÓW UZYSKANYCH W WYNIKU KONTROLI OPERACYJNEJ

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 28.06.2018 r. (I KZP 4/18)

Użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie „innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego innego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej” obejmuje swoim zakresem wyłącznie te przestępstwa, co do których sąd może wyrazić zgodę na zarządzenie kontroli operacyjnej, w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z 6.04.1990 r. o Policji.

ZAGADNIENIE PRAWNE

Postanowieniem z 28.03.2018 r. (I KZP 14/17) Sąd Najwyższy w składzie trzech sędziów na podstawie art. 441 § 2 Kodeksu postępowania karnego¹ przekazał do rozstrzygnięcia przez powiększony skład tego sądu następujące zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy „czy użyte w art. 168b k.p.k. sformułowanie «innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej» obejmuje swoim zakresem wszystkie przestępstwa ścigane z urzędu lub przestępstwa skarbowe czy wyłącznie przestępstwa, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z 6.04.1990 r. o Policji²”? Po rozpoznaniu przedstawionego zagadnienia Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę z 28.06.2018 r. (I KZP 4/18) o przytoczonej powyżej treści.

Z USADNIENIA

Uzasadniając pogląd prawny wyrażony w treści uchwały, Sąd Najwyższy zauważył, że art. 168b k.p.k. „nie ma charakteru samodzielnego – reguluje on kwestię pozaprocesowej (przedprocesowej) kontroli operacyjnej i w zakresie w jakim, w początkowej swojej treści, wskazuje na potrzebę stosowania «przepisów szczególnych», odsyła m.in. do art. 19 ust. 1 ustawy o Policji”. W tym kontekście Sąd Najwyższy odnotował,

że odkąd ogólne sformułowanie „w celu zapobieżenia bądź wykrycia zbrodni godzących w życie ludzkie, a także ściąganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych” po raz pierwszy zastąpiono enumeratywnym wymienieniem przestępstw, co do których można zarządzić kontrolę korespondencji, a także stosowanie środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób tajny informacji oraz utrwalanie dowodów, art. 19 ust. 1 ustawy o Policji ulegał licznym zmianom (przede wszystkim polegającym na jego rozszerzeniu o nowe przestępstwa). Wobec powyższego – jak twierdzi Sąd Najwyższy – „działanie ustawodawcy, które z jednej strony precyzyjnie i w sposób wyważony rozszerzałoby katalog czynów objętych pierwotną kontrolą operacyjną, a jednocześnie znosiłoby jakiegokolwiek ograniczenia dla prowadzenia wtórnej kontroli operacyjnej, byłoby wewnętrznie sprzeczne”.

Kolejnym spostrzeżeniem, które Sąd Najwyższy poczynił w oparciu o analizę historyczną zmian wymienionej ustawy, jest, że „gdyby racjonalny ustawodawca chciał rozszerzyć zakres kontroli operacyjnej przewidzianej ustawą o Policji, to uczyniłby to rozszerzając katalog z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji lub widząc potrzebę totalnej inwigilacji, zniósłby go”. Prowadzi to do wniosku, że „jako sprzeczne z elementarnymi zasadami wykładni logicznej, należy ocenić rozwiązanie, w ramach którego, dla uzyskania pierwotnej zgody na kontrolę operacyjną, istnieją ograniczenia katalogowe, a dla kwestii niejako wpadkowych, pozostających w sferze wtórnej kontroli operacyjnej, nie istnieją żadne tego typu ograniczenia. Zastosowanie ma tu argumentacja

¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.), dalej k.p.k.

² Ustawa z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2019 r. poz. 161 ze zm.).

a fortiori – *argumentum a minori ad maius* – jeżeli norma prawna zakazuje czynić mniej, to zakazuje również czynić więcej. Zakres kontroli wtórnej nie może być zatem szerszy od zakresu kontroli pierwotnej. Tak więc skoro, w ogóle dla uzyskania zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej wniosek o jej zastosowanie musi dotyczyć przestępstw mieszczących się w katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji i zakazana jest kontrola szersza, to również, co najwyżej, taki sam katalog powinien mieć zastosowanie do kontroli prowadzonej w tle tej zgody”.

Rozpatrywane (możliwe językowo) sposoby odczytania art. 168b k.p.k. Sąd Najwyższy wnikliwie ocenił również w kontekście zasady wykładni w zgodzie z Konstytucją. Jak wyjaśnia, „konflikt pomiędzy zasadą legalizmu a zasadą poszanowania i ochrony wolności człowieka, musi być rozwiązywany z poszanowaniem zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji RP), poprzez ścisłe ustawowe uregulowanie przypadków, kiedy do kompetencji władz publicznych będzie należała ingerencja w wolność jednostki. Celem takiej ingerencji może być zwalczanie przestępczości, ale dotyczyć może wyłącznie poważnych przestępstw ściganych z urzędu (w tym skarbowych) i wiązać się z możliwie najmniejszym ograniczeniem praw i wolności konstytucyjnych, takich jak prawo do prywatności, nienaruszalności mieszkania, czy wolności komunikowania się. A skoro tak, to przy interpretacji art. 168b k.p.k. należy nadać prymat wykładni systemowej – w szczególności systematyzacji zewnętrznej – która prowadzi do nakazu przestrzegania zasad konstytucyjnych, w tym zasady proporcjonalności. Ingerencja w wolność człowieka – jego prawo do prywatności – nie

może mieć charakter nieograniczonego. Ograniczeniem takim winien być katalog poważnych przestępstw uzasadniających ingerującą w status jednostki kontrolę operacyjną. Jeżeli zaś tak, to zarówno kontrola operacyjna o charakterze pierwotnym, jak i wtórnym, może być prowadzona wyłącznie w stosunku do przestępstw katalogowych – m.in. z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji”.

KOMENTARZ

Wyrażony w uchwale pogląd prawny zasługuje na aprobatę, a przedstawiona dla jego uzasadnienia wieloaspektowa argumentacja jest przekonująca. Istnienie ograniczeń „katalogowych” w odniesieniu do pierwotnego zarządzenia kontroli operacyjnej nakazuje wnioskować, że takie ograniczenia obowiązują – tym bardziej – w sferze wtórnej kontroli operacyjnej. Zapatrywanie odmienne podważałoby sens istnienia wskazanych ograniczeń na etapie pierwotnego zarządzania kontroli operacyjnej, czyli poniekąd sens tych wszystkich przepisów, które określają jej dopuszczalny zakres przedmiotowy. Sąd Najwyższy słusznie zauważył, że art. 168b k.p.k. odsyła do „przepisów szczególnych”, czyli m.in. do art. 19 ust. 1 ustawy z 6.04.1990 r. o Policji. Przepisy szczególne określają zakres dopuszczalnej kontroli operacyjnej, a art. 168b k.p.k. nie dezaktualizuje wynikających z nich ograniczeń. Oznacza to, że również następcza quasi-zgoda udzielana przez sąd w drodze dopuszczenia dowodu uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej ograniczenia te musi uwzględniać. Prowadzi to do wniosku, że przeprowadzenie takiego dowodu dopuszczalne jest wyłącznie w sprawach o przestępstwa „katalogowe”,

w tym te, o których mowa w art. 19 ust. 1 ustawy z 6.04.1990 r. o Policji.

Jako szczególnie istotne w kontekście wykładni art. 168b k.p.k. przedstawia się dokonane przez Sąd Najwyższy spostrzeżenie, że na etapie postępowania jurysdykcyjnego wyłącznie sąd może podjąć decyzję o dopuszczeniu dowodu (art. 368 k.p.k.). Ostatni fragment art. 168b k.p.k. („prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym”) nie może być zatem rozumiany inaczej aniżeli w ten sposób, że prokuratorowi pozostawiona jest ocena przydatności materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej, a procesową konsekwencją dokonanej oceny może być złożenie odpowiednich wniosków dowodowych³. Sąd natomiast dokonuje kontroli dopuszczalności przeprowadzenia dowodu (art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k.), w tym w zakresie ustawowych przesłanek stosowania kontroli operacyjnej, „co z istoty swej, stanowi pewną formę zgody następczej”⁴. W nawiązaniu do powyższego warto odnotować bardziej restrykcyjny pogląd J. Skorupki, który wskazuje, że art. 168b k.p.k. nie zawiera mechanizmu zalegalizowania informacji uzyskanych poza granicami zarządzanej kontroli operacyjnej, czyli bezprawnie⁵. Wobec powyższego przywołany Autor stwierdza, że „kompetencja prokuratora wyraża się zatem w możliwości zapoznania się z nielegalnie uzyskaną informacją, a następnie podjęcia decyzji o jej wykorzy-

staniu do przeprowadzenia innych czynności dowodowych”⁶.

Na gruncie zabiegów z obszaru wykładni systemowej Sąd Najwyższy uzasadnił przedstawiony pogląd prawny również z powołaniem na zasadę interpretacji norm prawnych w zgodzie z Konstytucją⁷. Powyższe nie stanowi oceny zgodności art. 168b k.p.k. z przywołanymi przez Sąd Najwyższy wzorcami konstytucyjnymi, lecz argument na rzecz odrzucenia jednego z rozważanych sposobów odczytania tego przepisu⁸. Dlatego, niezależnie od

⁶ J. Skorupka, *Dowody...*, s. 77.

⁷ Uzasadnienie..., s. 21 i n.

⁸ Dotyczy to sposobu prezentowanego we wnioskach prokuratora Prokuratury Krajowej, a którego konsekwencje trafnie opisuje J. Skorupka, wskazując, że „według prokuratora państwo może prowadzić totalną (wszechogarniającą) inwigilację wszystkich obywateli oraz innych osób przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. (...) Prokurator uznał więc, że Polska nie jest demokratycznym państwem prawnym”. Przywołany Autor ma rację również, gdy wskazuje, że „art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP jak dotąd nie został usunięty, co w rozważanej kwestii nakazuje stwierdzić, że w demokratycznym państwie prawnym niedopuszczalne jest zwalczanie przestępczości za pomocą wszelkich (dowolnych) metod i środków, w tym inwigilowania obywateli w sprawach o każde przestępstwo ścigane z urzędu lub przestępstwo skarbowe” – zob. J. Skorupka, *Dowody...*, s. 72. Na aprobatę zasługuje też poczynione przez Sąd Najwyższy spostrzeżenie, że „jeżeli Polska ma nadal utrzymać się w standardzie określonym przez art. 2 Konstytucji RP – być demokratycznym państwem prawnym – to z pewnością organy ścigania (a od 4.03.2016 r. [data wejścia w życie art. 1 § 2 ustawy z 28.01.2016 r. – Prawo o prokuraturze] wszystkie one podlegają władzy wykonawczej), nie mogą mieć do dyspozycji narzędzia w postaci nieomal nieograniczonej w swym zakresie, pozostającej poza nadzorem sądowym, kontroli operacyjnej” – zob. Uzasadnienie..., s. 19.

³ Uzasadnienie uchwały składu siedmiu sędziów SN z 28.06.2018 r. (IKZP 4/18), OSNKW 2018/8, s. 53.

⁴ Uzasadnienie..., s. 20.

⁵ J. Skorupka, *Dowody nielegalne w procesie karnym. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego składu 7 sędziów – Izba Karne* z 28.06.2018 r., IKZP 4/18, OSP 2019/1, s. 77.

oceny sensowności i stosowności zwracania się z pytaniami prawnymi do Trybunału Konstytucyjnego w obecnych warunkach, za nieuzasadniony należy uznać pogląd, że wobec podniesionych względów natury konstytucyjnej Sąd Najwyższy zobowiązany był skorzystać z procedury przewidzianej w art. 193 Konstytucji RP⁹.

⁹ Por. B. Gadecki, *Możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej*.

Należy również zauważyć, że przyjęty w uchwale I KZP 4/18 sposób odczytania art. 168b k.p.k. pozostawia wciąż niezwykle szerokie możliwości procesowego wykorzystania materiałów uzyskanych w wyniku kontroli operacyjnej poza jej pierwotnym (legalnym) zakresem.

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego składu 7 sędziów – Izba Karna z 28.06.2018 r., I KZP 4/18, OSP 2019/1, s. 85.

POJĘCIE „PRACOWNIK” W ART. 218 § 1A K.K.

Uchwała Sądu Najwyższego z 20.09.2018 r. (I KZP 5/18)

1. Zakresem art. 218 § 1a Kodeksu karnego objęte są tylko osoby będące pracownikami w rozumieniu art. 2 i art. 22 § 1 i § 1¹ Kodeksu pracy, a więc osoby zatrudnione na warunkach charakterystycznych dla stosunku pracy, niezależnie od nazwy zawartej przez strony umowy; ustaleń w tym zakresie dokonuje w procesie karnym sąd, zgodnie z zasadą jurysdykcyjnej samodzielności wyrażoną w art. 8 § 1 k.p.k.

2. Trudno powstrzymać się od refleksji, że istnieją niebagatelne racje przemawiające za tym, aby ochroną art. 218 § 1a k.k. objąć również osoby pozostające w stosunkach zatrudnienia innych niż stosunek pracy. Uwagę tę widzieć trzeba rzecz jasna jako postulat de lege ferenda skierowany do władzy ustawodawczej, bowiem do poszerzania granic odpowiedzialności karnej na podstawie określonego przepisu uprawniony jest w polskim systemie prawnym jedynie parlament, a nie jakiegokolwiek rodzaju lub rzędu sąd w drodze orzeczenia precedensowego.

ZAGADNIENIE PRAWNE

Postanowieniem z 10.04.2018 r. Sąd Rejonowy w D. na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przekazał Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia następujące zagadnienie wymagające zasadniczej wykładni ustawy „czy w przepisie art. 218 § 1a k.k. pod pojęciem «pracownika» należy rozumieć tylko osobę zatrudnioną na podstawie

umowy o pracę, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę czy też także osobę, która wykonuje pracę zarobkową na podstawie umów cywilnoprawnych, jak np. umowa zlecenie lub umowa o dzieło, albo taką osobę, która pod pozorem wykonywania umowy cywilnoprawnej świadczy w rzeczywistości pracę w ramach stosunku pracy?”. Po rozpoznaniu przedstawionego zagadnienia Sąd Naj-

wyższy podjął uchwałę z 20.09.2018 r. (I KZP 5/18) o podanej powyżej treści.

Z UZASADNIENIA

Uzasadniając pogląd prawny wyrażony w treści uchwały, Sąd Najwyższy wskazał, że orzecznictwo z zakresu prawa pracy poświęciło rozpatrywanemu zagadnieniu wiele uwagi, prezentując przy tym jednolite i konsekwentne zapatrywania prawne. „Przyjmuje się, że zasadnicze znaczenie w procesie sądowego badania, czy dany stosunek prawny jest stosunkiem pracy, ma ustalenie faktyczne, czy praca wykonywana w ramach ocenianego stosunku prawnego rzeczywiście ma cechy wymienione w art. 22 § 1 Kodeksu pracy¹⁰; w tym celu bada się okoliczności i warunki, w jakich dana osoba wykonuje czynności na rzecz innego podmiotu prawa, i dopiero w wyniku tego badania rozstrzyga się, czy czynności te świadczone są w warunkach wskazujących na stosunek pracy”. Wobec powyższego, jeżeli „w umowie przeważają cechy pracownicze, takie jak podporządkowanie pracodawcy czy brak realnej możliwości wykonywania umowy przez inną osobę niż zatrudniony, to mamy do czynienia z umową o pracę – i to nawet jeżeli wolą stron było zawarcie umowy cywilnoprawnej”.

Sąd Najwyższy wskazał ponadto, że „w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że o tym, czy dana osoba pozostaje w stosunku pracy czy też w stosunku zobowiązaniowym z zatrudniającym go podmiotem, decyduje charakter tego stosunku i treść zawartej umowy, a nie jej nazwa. Cechami charakteryzującymi stosunek pracy – wynikającymi wprost

z art. 22 § 1 k.p. – są odpłatne świadczenie pracy przez pracownika na rzecz pracodawcy i pod kierownictwem tego pracodawcy. Doktryna prawa pracy dodaje do tego jeszcze takie cechy jak osobiste świadczenie pracy przez pracownika, dobrowolność zobowiązania i obciążenie pracodawcy ryzykiem gospodarczym, produkcyjnym i osobowym. Ustawodawca w art. 22 § 1¹ k.p. ustanowił swoistą zasadę zatrudnienia w ramach stosunku pracy, co oznacza, że każde zatrudnienie noszące cechy stosunku pracy jest z mocy prawa traktowane jako zatrudnienie w ramach stosunku pracy, bez względu na nazwę zawartej przez strony umowy”.

Zapatriwania te są pomocne przy odczytaniu znaczenia pojęcia „pracownik” użytego w art. 218 § 1a k.k. i prowadzą do wniosku wyrażonego w formie poglądu prawnego zaprezentowanego w podjętej uchwale.

KOMENTARZ

Pogląd wyrażony w uchwale oraz jego uzasadnienie przedstawiają się jako niekontrowersyjne. Uwzględnienie w toku rekonstrukcji znaczenia pojęcia „pracownik” wskazań płynących z art. 2 i 22 § 1 i 1¹ k.p. prowadzi do wniosku, że o kwalifikacji danej osoby jako pracownika, a w konsekwencji objęciu jej ochroną art. 218 § 1a k.k., przesądza faktyczna charakterystyka jej stosunku z podmiotem zatrudniającym oraz treść zawartej umowy, a nie jej nazwa. *De lege ferenda*, podkreślając niedopuszczalność poszerzania granic odpowiedzialności karnej w drodze wykładni rozszerzającej, Sąd Najwyższy sformułował słuszny postulat objęcia ochroną art. 218 § 1a k.k. również osób pozostających w stosunkach zatrudnienia innych niż stosunek pracy.

¹⁰ Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2018 r. poz. 917 ze zm.), dalej k.p.

PRZEDAWNIEŃ KARALNOŚCI CZYNU O KUMULATYWNEJ KWALIFIKACJI PRAWNEJ

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 20.09.2018 r. (I KZP 7/18)

W wypadku czynu, wyczerpującego znamiona dwóch albo więcej przepisów ustawy karnej, który stanowi przestępstwo podlegające kumulatywnej kwalifikacji prawnej (art. 11 § 2 k.k.), termin przedawnienia jego karalności wyznaczany jest, na podstawie art. 101 k.k., w oparciu o wysokość kary grożącej za to przestępstwo określonej w myśl art. 11 § 3 k.k. albo inne przesłanki wymienione w przepisach dotyczących terminu przedawnienia, a stosuje się go do całego kumulatywnie kwalifikowanego przestępstwa.

ZAGADNIENIE PRAWNE

Wnioskiem z 2.05.2018 r. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego zwrócił się o rozstrzygnięcie przez skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego rozbieżności w wykładni prawa, występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych w zakresie następującego zagadnienia prawnego: „czy w wypadku czynu, wypełniającego znamiona dwóch albo więcej przepisów ustawy karnej (art. 11 § 2 k.k.), termin przedawnienia karalności przestępstwa, określony w art. 101 k.k., wyznaczany jest przez przepis przewidujący karę najsurowszą (art. 11 § 3 k.k.) i stosuje się go do całego czynu o kumulatywnej kwalifikacji prawnej, czy też termin przedawnienia karalności obliczany ma być oddzielnie w odniesieniu do każdego z przepisów wchodzących w skład kumulatywnej kwalifikacji, a stwierdzenie jego upływu uniemożliwia powołanie tego przepisu w kwalifikacji prawnej czynu przypisanego oskarżonemu?”.

Po rozpoznaniu przedstawionego zagadnienia Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę z 20.09.2018 r. (I KZP 7/18) o podanej powyżej treści.

Z UZASADNIENIA

W uzasadnieniu podjętej uchwały Sąd Najwyższy potwierdził, że w odniesieniu do wskazanego we wniosku zagadnienia zarysowały się dwa przeciwstawne stanowiska. Pierwsze z nich, zdecydowanie przeważające, przyjmuje, że jeśli czyn wypełnia znamiona z dwóch lub więcej przepisów ustawy karnej, termin przedawnienia wyznaczany jest przez przepis przewidujący karę najsurowszą (art. 11 § 3 k.k.). W myśl odmiennego stanowiska, w razie zbiegu przepisów ustawy karnej, powołanie w podstawie skazania wszystkich zbiegających się przepisów jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy nie upłynął jeszcze termin przedawnienia w odniesieniu do żadnego z nich.

Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „przepis art. 101 k.k. we wszystkich jednostkach redakcyjnych odnosi się do terminu, w jakim ustaje karalność «przestępstwa». To powoduje, że rozważania należy rozpocząć od analizy art. 1 k.k., który to przepis ma charakter fundamentalny dla pojęcia «przestępstwa». Podsumowując, pojęcie «przestępstwa» użyte w przepisie art. 101 k.k. odnosi się do takiego zachowania człowieka, które spełnia wszystkie ele-

menty struktury przestępstwa stanowiące przesłanki podlegania odpowiedzialności karnej za przestępstwo. Przesłanki tej odpowiedzialności muszą być spełnione w odniesieniu do każdego fragmentu zachowania człowieka wyodrębnionego przy pomocy znamion typu czynu zabronionego”.

W ocenie Sądu Najwyższego „stanowisko o możliwości zastosowania w kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu przypisanego sprawcy tylko tych zbiegających się przepisów ustawy karnej, które dotyczą fragmentów zachowania człowieka spełniających nie tylko warunek zgodności z typem czynu zabronionego, ale także warunki wynikające z innych elementów struktury przestępstwa, wzmacnia także uświadomienie, że instytucja zwana kumulatywnym zbiegiem przepisów ustawy karnej stanowi w istocie zbieg norm. Jeśli zatem w badanej sprawie nie zaistnieją wszystkie wymagane warunki karalności, czyli nie zostaną spełnione warunki zastosowania normy sankcjonującej, to nie powstanie stan określany mianem zbiegu przepisów ustawy karnej”. Odnosząc powyższe ustalenia do zagadnienia przedstawionego w pytaniu prawnym, Sąd Najwyższy wskazał, że „badanie terminu przedawnienia karalności przestępstwa (art. 101 k.k.) dotyczyć może tylko takiego fragmentu zachowania ludzkiego, który spełnia wszystkie przesłanki odpowiedzialności karnej za przestępstwo stanowiące elementy struktury przestępstwa wynikające z przepisu art. 1 k.k., bez względu na to, czy ten fragment został wyodrębniony z zachowania człowieka przy pomocy znamion jednego czy więcej niż jednego typu czynu zabronionego. Do tych przesłanek nie należy przedawnienie karalności przestępstwa,

a precyzyjniej – brak upływu terminu przedawnienia”.

Sąd Najwyższy przyjął, że „w związku z zastosowaniem konstrukcji z art. 11 § 2 k.k. powstaje nowy typ przestępstwa, który może mieć tylko jeden termin przedawnienia”. W konsekwencji przyjęcie jednego terminu przedawnienia przestępstwa o kumulatywnej kwalifikacji prawnej „wynika nie tylko z treści przepisu art. 101 k.k., który określa jeden termin przedawnienia dla przestępstwa, ale także z art. 11 § 1 k.k., który stanowi, że ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo, a zatem wielość ocen prawnych czynu nie prowadzi do wielości przestępstw. Skoro mamy do czynienia z jednym przestępstwem, to na podstawie przepisu art. 101 k.k. powinien zostać wyznaczony jeden termin jego przedawnienia”.

KOMENTARZ

Pogląd prawny wyrażony w uchwale zasługuje na aprobatę. Stanowi on konsekwencję ustalenia, że tzw. kumulatywna kwalifikacja prawna czynu polega na jego zestawieniu z zespołem skumulowanych znamion typu czynu zabronionego (odczytanego na podstawie zbiegających się przepisów). Słusznie wskazuje Sąd Najwyższy, że „w związku z zastosowaniem konstrukcji z art. 11 § 2 k.k. powstaje nowy typ przestępstwa, który może mieć tylko jeden termin przedawnienia”. Krytycznie – w ocenie autora przeglądu – należy natomiast odnieść się do wyrażonego w uzasadnieniu uchwały stanowiska, że dokonanie kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu może nastąpić na podstawie wyłącznie tych zbiegających się przepisów ustawy karnej, które dotyczą fragmentów zachowania człowieka spełniających nie

tylko warunek zgodności z typem czynu zabronionego, ale także warunki wynikające z dalszych elementów struktury przestępstwa.

Pogląd ten, zdaniem Sądu Najwyższego, ma uzasadniać rozpoznanie normatywnej charakterystyki zjawiska zbiegu przepisów jako zbiegu norm sankcjonujących. Wobec powyższego należy zauważyć, że rozbieżności w charakteryzowaniu zjawiska zbiegu przepisów w kontekście dekodowanych z przepisów karnych struktur normatywnych wynikają z odmiennego lokowania na płaszczyźnie tych struktur znamion typu czynu zabronionego¹¹. Stąd też, przy generalnej zgodzie co do tego, że istotą zbiegu przepisów jest wielość możliwych kwalifikacji prawnych tego samego czynu, niektórzy autorzy upatrują w nim zbiegu norm sankcjonowanych, inni sankcjonujących. Należy przy tym podkreślić, że czym innym jest modelowa charakterystyka zjawiska wielości ocen, którą – w ujęciu normatywnym – przedstawiać można jako konkurencję znajdujących zastosowanie norm, a czym innym charakterystyka konstrukcji kumulatywnej kwalifikacji prawnej. Ta druga wiąże się z określeniem statusu art. 11 § 2 k.k. i roli, jaką pełni w procesie odczytywania norm z przepisów. W tym zakresie należy się odwołać do ustaleń poczynionych przez P. Kardasa, którego wypowiedzi posłużyły Sądowi Najwyższemu jako egzemplifikacja poglądu o zbiegu przepisów jako zbiegu norm sankcjonujących, a który konstrukcję kumulatywnego zbiegu przepisów charakteryzuje jako dyrektywę interpretacyjną umożliwiającą odczytanie „łącznych” struktur normatywnych na

podstawie zbiegających się przepisów¹². W takiej perspektywie sytuację określaną jako zbieg przepisów postrzega się jako rezultat nieukończzonego procesu wykładni i podstawę do zastosowania art. 11 § 2 k.k.¹³ Konsekwentnie należałoby wywieść, że stwierdzany w oparciu o konkurencję kwalifikacji prawnych czynu zbieg norm zachodzi niejako pozornie i – stosownie do wskazań dyrektywy z art. 11 § 2 k.k. – zostaje wyeliminowany. Przeprowadzenie zabiegów interpretacyjnych zgodnie ze wskazaniem art. 11 § 2 i 3 k.k. skutkuje odczytaniem „skumulowanych” struktur normatywnych, które zastępują „konkurujące” normy jednostkowe.

Inną jeszcze sprawą jest, że upatrując w wyczerpaniu znamion czynu zabronionego elementu zakresu zastosowania normy sankcjonującej, zjawisko wielości kwalifikacji prawnych tego samego czynu postrzegać należałoby jako sytuację, w której spełnione zostają tożsame elementy zakresów zastosowania więcej niż jednej takiej normy. Na tym etapie nie pojawia się zatem w ogóle problem spełnienia dalszych przesłanek przestępności czynu, które – w perspektywie normatywnej – wzbogacają treść normy sankcjonującej. To treściowe wzbogacenie z uwzględnieniem rzeczonych przesłanek dokonuje się już po dokonaniu kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu, czyli – w perspektywie normatywnej – na płaszczyźnie normy odczytywanej łącznie ze zbiegających się przepisów. Potwierdza to, że wynikające z wywodów zaprezentowanych przez Sąd Najwyższy postrzeganie zbiegu przepisów stanowiącego podstawę kumulatywnej kwalifikacji prawnej jako zbiegu w pełni

¹¹ P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 254.

¹² P. Kardas, *Zbieg...*, s. 483.

¹³ P. Kardas, *Zbieg...*, s. 484.

zrekonstruowanych norm sankcjonujących nie znajduje teoretycznych podstaw. Takowych podstaw pozbawiony jest tym samym pogląd, że dokonanie kumulatywnej kwalifikacji prawnej czynu

nastąpić może wyłącznie na podstawie tych zbiegających się przepisów ustawy karnej, które dotyczą fragmentów zachowania człowieka spełniających wszystkie przesłanki przestępności czynu.

MOŻLIWOŚĆ UCHYLENIA WYROKU I PRZEKAZANIA SPRAWY DO PONOWNEGO ROZPOZNANIA W ZWIĄZKU Z REGUŁĄ *NE PEIUS*

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 20.09.2018 r. (I KZP 10/18)

Możliwość uchylenia wyroku uniewinniającego, umarzającego albo warunkowo umarzającego postępowanie karne i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania związana z regułą *ne peius* określona w art. 454 § 1 k.p.k. (art. 437 § 2 zd. drugie k.p.k.) zachodzi dopiero wtedy, gdy sąd odwoławczy – w wyniku usunięcia stwierdzonych uchybień stanowiących jedną z podstaw odwoławczych określonych w art. 438 pkt 1–3 k.p.k. (czyli np. po uzupełnieniu postępowania dowodowego, dokonaniu prawidłowej oceny dowodów, poczynieniu prawidłowych ustaleń faktycznych) – stwierdza, że zachodzą podstawy do wydania wyroku skazującego, czemu stoi na przeszkodzie zakaz określony w art. 454 § 1 k.p.k. Sama tylko możliwość wydania takiego wyroku w ponownym postępowaniu przed sądem pierwszej instancji jest niewystarczająca dla przyjęcia wystąpienia reguły *ne peius* określonej w art. 454 § 1 k.p.k.

ZAGADNIENIE PRAWNE

Wnioskiem z 20.06.2018 r. Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego zwrócił się o rozstrzygnięcie przez skład siedmiu sędziów Sądu Najwyższego rozbieżności w wykładni prawa, występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego w zakresie dotyczącym następującego zagadnienia prawnego „czy określona w art. 437 § 2 k.p.k. w zw. z art. 454 § 1 k.p.k. przesłanka uchylenia wyroku sądu pierwszej instancji i przekazania mu sprawy do ponownego rozpoznania, zachodzi już wtedy, gdy sąd odwoławczy stwierdzi naruszenie związane z postępowaniem dowodowym, które pozwala uznać wyrok uniewinniający, umarzający lub warunkowo umarzający

postępowanie za wadliwy i otwiera perspektywę wydania wyroku skazującego, czy też dopiero wtedy, gdy po usunięciu tego naruszenia przez uzupełnienie postępowania dowodowego sąd odwoławczy stwierdza, że zachodzą podstawy do wydania wyroku skazującego?”. Po rozpoznaniu przedstawionego zagadnienia Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę z 20.09.2018 r. (I KZP 10/18) o podanej powyżej treści.

Z UZASADNIENIA

Uzasadniając pogląd prawny wyrażony w treści uchwały, Sąd Najwyższy stwierdził, że „przepis art. 454 § 1 k.p.k. nie zawiera samodzielnych podstaw uchylenia orzeczenia, a tylko wyłącza jedno z moż-

liwych rozstrzygnięć sądu odwoławczego. Sposób orzekania przez ten sąd jest określony w innych przepisach Kodeksu postępowania karnego – a mianowicie w art. 437. W zdaniu drugim § 2 art. 437 k.p.k. ustawodawca określił jedynie trzy wypadki, kiedy możliwe jest uchylenie wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania: 1) w razie wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej określonej w art. 439 § 1 k.p.k., 2) w sytuacjach objętych zakazami wynikającymi z reguły *ne peius* (art. 454 § 1 i 3 k.p.k.) oraz 3) gdy zachodzi konieczność przeprowadzenia na nowo przewodu w całości”. Jak wyjaśnia Sąd Najwyższy, „uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania stało się wyjątkiem, regułą zaś – merytoryczne orzekanie przez sąd odwoławczy, prowadzące do zakończenia postępowania karnego na tym etapie. Jest to wynikiem przeobrażeń modelu postępowania odwoławczego w kierunku apelacyjno-reformatoryjnym, jakie w polskim procesie karnym nastąpiły w latach 2015–2016”.

Sąd Najwyższy podkreślił, że w wyniku zmian wprowadzonych w latach 2015–2016 zakres postępowania dowodowego w instancji odwoławczej uległ zdecydowanemu rozszerzeniu. Wskutek powyższego „w działalności sądu odwoławczego akcent obecnie jest położony na merytoryczny, a nie wyłącznie kontrolny charakter postępowania odwoławczego”. Oznacza to, że sąd odwoławczy ma „orzekać merytorycznie, w tym reformatoryjnie, a sięgać po wyrok kasatoryjny jedynie w tych trzech, ściśle określonych przez ustawodawcę, wypadkach. W konsekwencji – wydanie przez sąd odwoławczy wyroku kasatoryjnego stanowi wyjątek, którego podstawy, stosownie do zasa-

dy *exceptiones non sunt extendendae*, muszą być ściśle wykładane”.

Sąd Najwyższy zauważył również, że „art. 454 § 1 k.p.k. nie odnosi się do tego, w jaki sposób i w jakim zakresie należy przeprowadzić postępowanie odwoławcze, a jedynie, i to w niewielkiej mierze, modyfikuje katalog dostępnych dla sądu odwoławczego po jego przeprowadzeniu rozstrzygnięć. Zatem, przeszkoda w orzekaniu po rozpoznaniu apelacji przez sąd odwoławczy w postaci rozważanej tu reguły *ne peius* aktualizuje się dopiero wtedy, gdy sąd ten – po przeprowadzeniu postępowania apelacyjnego (a więc po ewentualnym stwierdzeniu zaistnienia określonych uchybień i ich ewentualnym usunięciu) – stwierdza, że zachodzą podstawy do wydania wyroku skazującego. Dopiero w takim układzie procesowym powstaje podstawa do uchylenia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania”.

Podsumowując poczynione rozważania, Sąd Najwyższy stwierdził, że „przeszkodę w merytorycznym orzekaniu przez sąd odwoławczy w wypadku reguły *ne peius* określonej w art. 454 § 1 k.p.k. stanowi nie stwierdzone przez ten sąd uchybienie i jego wpływ na treść zaskarżonego orzeczenia, a jedynie to, jakiego rodzaju rozstrzygnięcie miałyby zapaść w postępowaniu apelacyjnym. Tylko potrzeba skazania oskarżonego, uniewinnionego w pierwszej instancji albo wobec którego umorzono lub warunkowo umorzono postępowanie karne, daje podstawę wydania wyroku kasatoryjnego”.

KOMENTARZ

Pogląd prawny wyrażony w uchwale I KZP 10/18 zasługuje na aprobatę. Jako

w pełni przekonujące przedstawia się również jego uzasadnienie, odzwierciedlając przemawiające na jego rzecz względy językowe, systemowe i funkcjonalne. Sąd Najwyższy słusznie wskazał na istotne zmiany skutkujące przeobrażeniem modelu postępowania odwoławczego w kierunku apelacyjno-reformatoryjnym¹⁴. Skutkiem powyższego jest reguła merytorycznego orzekania i wyjątkowość sięgania po wyrok kasatoryjny. Za trafne należy uznać poczynione przez Sąd Najwyższy spostrzeżenie, że art. 454 § 1 k.p.k. nie określa sposobu i zakresu prowadzenia postępowania odwoławczego, mo-

dyfikując jedynie katalog dostępnych dla sądu odwoławczego rozstrzygnięć. Sąd odwoławczy zobowiązany jest wykazać, że gdyby nie stwierdzone uchybienie, zachodziłby podstawy do wydania wyroku skazującego, co aktualizuje określoną w art. 454 § 1 k.p.k. przeszkodę dla orzekania reformatoryjnego¹⁵. Prowadzi to do wniosku, że przeszkoda dla orzekania reformatoryjnego zachodzi wtedy, gdy po przeprowadzeniu postępowania apelacyjnego sąd odwoławczy stwierdza zaistnienie podstaw dla wydania wyroku skazującego. Dopiero wówczas spełniona zostaje określona w art. 437 § 2 zd. drugie k.p.k przesłanka wydania wyroku kasatoryjnego.

¹⁴ Na temat zmiany modelu postępowania odwoławczego zob. D. Świecki (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II. Art. 425–673*, red. D. Świecki, Warszawa 2018, s. 145.

¹⁵ D. Świecki (w:) *Kodeks...*, s. 149.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNOSKARBOWA ZA NIELEGALNE URZĄDZANIE GIER NA AUTOMATACH

Wyrok Sądu Najwyższego z 19.09.2018 r. (V KK 415/18)

Zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna, podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach (miejscowościach, lokalach), stanowi każdorazowo – od strony prawnokarnej – inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia tych przepisów w każdym z tych miejsc. Uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 Kodeksu karnego skarbowego, popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s.), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s., co do którego toczy się jeszcze postępowanie karno-skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, bowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów.

ZAGADNIENIE PRAWNE

W okresie objętym przeglądem Sąd Najwyższy wydał wiele orzeczeń, w których –

wobec treści podnoszonych zarzutów kascacyjnych – wypowiedział się w przedmiocie zagadnienia powagi rzeczy osądzonej w kontekście konstrukcji czynu ciągłego

(art. 6 § 2 Kodeksu karnego skarbowego¹⁶)¹⁷. Badane stany faktyczne cechuje znaczna różnorodność, co – siłą rzeczy – wpływa na adekwatność zastosowania wypracowanego w orzecznictwie zapatrywania prawnego w określonym przypadku. Uprawnione jest jednak stwierdzenie, że Sąd Najwyższy wypracował jednolity pogląd na zagadnienie powagi rzeczy osądzonej w sprawach o czyny z art. 107 § 1 k.k.s. (przy zastosowaniu art. 6 § 2 k.k.s.). Dla potrzeb przytoczenia zapatrywań prawnych prezentowanych przez Sąd Najwyższy posłużono się wyrokiem z 19.09.2018 r. (V KK 415/18)¹⁸, z którego uzasadnienia pochodzi fragment przytoczony powyżej w charakterze tezy.

Z UZASADNIENIA

Podjmując wskazane powyżej zagadnienie, Sąd Najwyższy zauważył, że „przepis art. 107 § 1 k.k.s. ma charakter normy karnej blankietowej, bowiem w zakresie strony przedmiotowej przestępstwa odsyła do regulacji zawartej w ustawie o grach hazardowych. Nie można więc określać

granic tożsamości czynu bez odwołania do tego zachowania, które zostało opisane w akcie oskarżenia a następnie, w granicach skargi, przypisane w wyroku skazującym – w kontekście zachowania naruszającego konkretne przepisy ustawy lub warunki koncesji lub zezwolenia”. Powyższe ma być istotne przy ustalaniu podmiotowej (subiektywnej) przesłanki ciągłości czynu na gruncie art. 6 § 2 k.k.s. „W przypadku urządzania gier na automatach bez posiadania koncesji, zamiar wprowadzić ma cały czas tę samą ogólną postać (urządzenie gry na automatach z naruszeniem wskazanych, tych samych, przepisów ustawy), ale kształt normatywnej regulacji w ustawie o grach hazardowych¹⁹ decyduje, że sprawca takiego czynu w chwili jego realizacji w każdym miejscu, ma świadomość, iż swoim zachowaniem narusza po raz kolejny, na nowo, regulacje ustawowe, w tym dotyczące posiadania koncesji na prowadzenie kasyna w tym właśnie miejscu, a jednak do tego celu dąży”.

Konkludując przedstawione rozważania, Sąd Najwyższy stwierdził, że „skoro urządzenie gry hazardowej w postaci gry na automatach (art. 1 ust. 2w zw. z art. 2 ust. 3 i 5 u.g.h.) wymaga uzyskania koncesji na kasyno gry (art. 6 ust. 1 u.g.h.), a koncesja taka udzielana jest w odniesieniu do jednego kasyna, prowadzonego w ściśle określonym (geograficznie) miejscu (art. 41 ust. 1, art. 42 pkt 3 i art. 35 pkt 5 u.g.h.), to zachowanie osoby, która nie posiadając koncesji na prowadzenie kasyna podejmuje działanie w postaci urządzania gry na automatach w różnych miejscach (miejscowościach, lokalach), stanowi każdorazowo – od strony prawnokarnej – inny czyn, podjęty z zamiarem naruszenia tych

¹⁶ Ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2018 r. poz. 1958 ze zm.), dalej k.k.s.

¹⁷ Zob. wyrok SN z 15.11.2018 r. (V KK 314/18), Legalis nr 1856013; wyrok SN z 15.11.2018 r. (V KK 278/18), Legalis nr 1856014; wyrok SN z 15.11.2018 r. (V KK 319/18), Legalis nr 1847508; wyrok SN z 15.11.2018 r. (V KK 268/18), Legalis nr 1851588; wyrok SN z 15.11.2018 r. (V KK 332/18), Legalis nr 1855607; wyrok SN z 15.11.2018 r. (V KK 334/18), Legalis nr 1855608; wyrok SN z 15.11.2018 r. (V KK 249/18), Legalis nr 1855604; postanowienie SN z 29.11.2018 r. (V KK 199/18), Legalis nr 1855630; wyrok SN z 5.12.2018 r. (V KK 428/18), Legalis nr 1860465.

¹⁸ Wyrok SN z 19.09.2018 r. (V KK 415/18), Legalis nr 1856052.

¹⁹ Ustawa z 19.11.2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. z 2018 r. poz. 165 ze zm.), dalej u.g.h.

przepisów w każdym z tych miejsc. Uprzednie prawomocne skazanie za przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s., popełnione w innym miejscu, w warunkach czynu ciągłego (art. 6 § 2 k.k.s.), w którym czas jego popełnienia obejmuje czasokres popełnienia czynu z art. 107 § 1 k.k.s. co do którego toczy się jeszcze postępowanie karno-skarbowe, nie stanowi w tym późniejszym procesie przeszkody procesowej w postaci powagi rzeczy osądzonej, albowiem nie jest spełniony warunek tożsamości czynów”.

KOMENTARZ

Przy świadomości odmienności stanów faktycznych w sprawach o przestępstwa z art. 107 § 1 k.k.s. można stwierdzić, że podejmowany w omawianym orzeczeniu problem prawny sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy – w określonym przypadku – zastosowanie konstrukcji czynu ciągłego „pokrywa” takie jego potencjalne składowe zachowania, które mieszczą się w jego ramach czasowych, nie zostały jednak objęte wyrokiem skazującym. Przyjęcie, że zjawisko takie zachodzi, byłoby równoznaczne z zaistnieniem stanu powagi rzeczy osądzonej również w odniesieniu do nieujawnionych zachowań składowych czynu ciągłego, stanowiąc o zaistnieniu ujemnej przesłanki procesowej z art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k. w postępowaniach karnych o te zachowania (przestępstwa)²⁰.

²⁰ „Prawomocne skazanie za czyn ciągły (art. 12 k.k.) stoi na przeszkodzie, ze względu na treść art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., ponownemu postępowaniu o później ujawnione zachowania, będące elementami tego czynu, które nie były przedmiotem wcześniejszego osądzenia, niezależnie od tego jak ma się społeczna szkodliwość nowo ujawnionych fragmentów czynu ciągłego do społecznej szkodliwości zachowań uprzednio

Stanowisko Sądu Najwyższego w odniesieniu do zagadnienia wyznaczania tożsamości czynu w kontekście art. 107 § 1 k.k.s. ocenić należy jako dobrze uzasadnione. Należy jednak zauważyć, że brak pojmowanej ontologiczno-normatywnie tożsamości zachowań stanowi właśnie przedmiotowy warunek zastosowania art. 6 § 2 k.k.s. Przyjęcie zasady „ile miejsc urządzania gier – tyle czynów”, czy nawet „ile automatów – tyle czynów”, nie zamyka drogi do zastosowania art. 6 § 2 k.k.s., lecz ją otwiera. O możliwości przyjęcia, że zachowania takie zrealizowano w warunkach ciągłości z art. 6 § 2 k.k.s., decydować będzie spełnienie dalszych przesłanek wskazanych w tym przepisie, przy czym – co należy podkreślić – kontrowersje odnoszą się do spełnienia przesłanki subiektywnej („w wykonaniu tego samego zamiaru”)²¹. Sąd Najwyższy zaprezentował w tym zakresie pogląd oparty na założeniu o daleko idącej precyzji zamiaru przestępnego (tak w wymiarze faktycznym, jak i normatywnym). Pogląd ten czyni wskazaną subiektywną przesłankę z art. 6 § 2 k.k.s. niespełnialną w przypadku wielości miejsc podejmowania zachowań sprawczych. Nawet sprawca, który – wydawałoby się „z nawiązką” względem wymogu wyrażonego w tym przepisie – realizuje z góry powzięty zamiar urządzania gier na skonkretyzowanych automatach i w ustalonych z góry różnych miejscach, w myśl przyjętego przez Sąd Najwyższy poglądu nie działa w warunkach art. 6

w ramach tego czynu osądzonych” – uchwała SN z 21.11.2001 r. (I KZP 29/01), OSNKW 2002/1-2, s. 2.

²¹ Na temat sformułowania „w wykonaniu tego samego zamiaru” zob. P. Kardas (w:) *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Warszawa 2017, s. 88–90.

§ 2 k.k.s. Wymóg konkretyzacji zamiaru względem indywidualno-konkretnego zakazu, jak i określonych co do tożsamości przedmiotów, przedstawia się jako zbyt daleko idący i nie znajduje dostatecznych podstaw w treści art. 6 § 2 k.k.s. Brak jest również podstaw by bezwzględnie twierdzić, że tożsamość zamiaru warunkująca zastosowanie art. 6 § 2 k.k.s. zachodzi wyłącznie w przypadku jedności miejsca urządzania gier na automatach.

Doceniając pragmatyzm prowadzący do uniknięcia trudnego do zaakceptowania ze względów sprawiedliwościowych, a zarazem destrukcyjnego dla wymiaru sprawiedliwości stanu, w którym

znaczna część aktywności przestępczej osób urządzających gry na automatach mogłaby pozostać bezkarna, wypada stwierdzić, że art. 6 § 2 k.k.s. może znajdować zastosowanie w odniesieniu do zachowań polegających na urządzaniu gier na automatach w różnych miejscach, pod warunkiem że zachowania te podjęto w wykonaniu tego samego zamiaru. Pogląd, że czyn ciągły obejmować może jedynie zachowania polegające na urządzaniu gier na automatach w jednym miejscu (lokalu), a różnorodność miejscowa bezwzględnie wyklucza zastosowanie art. 6 § 2 k.k.s., jest zatem nieuzasadniony.

Wyrok Sądu Najwyższego z 4.07.2018 r. (III KK 443/17)

Wykorzystywanie rozbieżności w orzecznictwie sądów dla prowadzenia działalności może być traktowane jedynie w kategoriach ryzyka podejmowanego przez sprawcę celem osiągnięcia zysku, a nie działania w warunkach usprawiedliwionego przeświadczenia o braku bezprawności działania.

ZAGADNIENIE PRAWNE

Drugim z zagadnień poruszanych w sprawach o urządzanie wbrew przepisom ustawy gier na automatach jest ocena mogących występować po stronie sprawców (oskarżonych) wątpliwości co do „technicznego” charakteru przepisów art. 6 ust. oraz 14 ust.1 u.g.h.²² oraz wykładni art. 4 ustawy z 12.06.2015 r. – o zmianie ustawy o grach hazardowych²³. W orzecznictwie rozważa się możliwość zakwalifikowania tego rodzaju wątpliwości w kontekście konstrukcji błędów z art. 10 § 3 i 4

k.k.s.²⁴ Wypada odnotować, że argumentacja mogąca przemawiać na rzecz działania przez sprawcę w błędzie uzależniona jest od czasu popełnienia czynu zabronionego. Wynika to zarówno ze zmian w stanie prawnym, jak i ujednoclenia się linii orzecznictwa w przedmiotowym zakresie. Problem doniosłości zaistniałych wątpliwości w kontekście odpowiedzialności karnoskarbowej pozostaje jednak, co do istoty, tożsamy. Dla potrzeb przytoczenia

²² Na ten temat zob. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z 19.01. 2017 r. (I KZP 17/16), Legalis nr 1546363.

²³ Dz.U. z 2015 r. poz. 1201.

²⁴ Zob. wyrok SN z 22.05. 2018 r. (III KK 331/17), Legalis nr 1807201; wyrok SN z 4.10.2018 r. (III KK 457/17), Legalis nr 1830799; wyrok SN z 15.11.2018 r. (V KK 264/18), Legalis nr 1855605; wyrok SN z 15.11.2018 r. (V KK 76/18), Legalis nr 1855609; wyrok SN z 15.11.2018 r. (V KK 508/18), Legalis nr 1855610.

zapatrywań prawnych prezentowanych przez Sąd Najwyższy posłużono się wyrokiem z 4.07.2018 r. (III KK 443/17)²⁵. Na podstawie uzasadnienia wymienionego wyroku opracowano też przytoczoną powyżej tezę.

Z UZASADNIENIA

Sąd Najwyższy wyraża konsekwentny i daleko idący sceptycyzm względem twierdzeń o działaniu oskarżonych w warunkach błędów unormowanych w art. 10 § 3 i 4 k.k.s. W ocenie Sądu Najwyższego osoby prowadzące działalność o profilu hazardowym były zobowiązane „do znajomości ustawy o grach hazardowych, ale przede wszystkim także do zweryfikowania legalności prowadzonych przez siebie działań. Przypomnieć należy, że art. 6 ust. 1 u.g.h., który nie jest przepisem technicznym, wyraźnie uzależnia prowadzenie działalności w zakresie rodzaju gier w nim wskazanych, od uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry, natomiast naruszenie ustawy o grach hazardowych, w niektórych wypadkach, karalne jest przez Kodeks karny skarbowy”. Osoby zarządzające gry hazardowe miały pełną świadomość, że nie posiadają koncesji oraz że prowadzenie w takiej sytuacji działalności jest karalne. Sąd Najwyższy w sprawie III KK 443/17 wskazał, że oskarżony „miał pełną świadomość tego, że nie posiada koncesji oraz że prowadzenie w takiej sytuacji działalności, jest karalne. W takich okolicznościach wykorzystywanie rozbieżności w orzecznictwie sądów, co do prawnej oceny przepisu zarówno art. 14 ust. 1 u.g.h. jak i art. 4 wyżej wskazanej ustawy nowelizacyjnej, dla prowa-

²⁵ Wyrok SN z 4.07.2018 r. (III KK 443/17), Legalis nr 1808135.

dzenia działalności, może być traktowane jedynie w kategoriach ryzyka podejmowanego przez niego celem osiągnięcia zysku, a nie działania w warunkach usprawiedliwionego przeświadczenia o braku bezprawności działania”.

KOMENTARZ

Merytoryczna ocena zaistnienia po stronie sprawcy błędu, czyli określonej rozbieżności pomiędzy stanem jego świadomości a stanem rzeczywistym, jest zawsze zagadnieniem z obszaru ustaleń faktycznych w konkretnej sprawie. Należy jednak wskazać, że w omawianych przypadkach ewentualny błąd po stronie sprawcy nie stanowił błędu co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu ani błędu co do jego karalności, a tym samym unormowania z art. 10 § 3 i 4 k.k.s. nie były adekwatną płaszczyzną dla jego badania. W doktrynie prawa karnego skarbowego przyjmuje się, że błąd, którego przedmiotem są treści normatywne uzupełniające blankiet typizacji przestępstwa skarbowego, rozpatrywać należy w kategoriach błędu co do znamion czynu zabronionego, czyli na podstawie art. 10 § 1 k.k.s.²⁶ Należy zauważyć, że problem „notyfikacji” w zakresie przedmiotowym rozpatrywany był w kontekście przedmiotowego znamienia „wbrew przepisom ustawy”, a procesowo – jako ujemna przesłanka procesowa z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.²⁷ Prowadzi to do wniosku, że zaistniałe wątpliwości co do

²⁶ Zob. L. Wilk, *Szczególne cechy odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia podatkowe*, Katowice 2006, s. 429 i n.

²⁷ Zob. np. postanowienie SN z 24.10. 2018 r. (V KK 398/18), Legalis nr 1845116; postanowienie SN z 13.11.2018 r. (V KK 497/18), Legalis nr 1847025.

stanu prawnego, w kontekście karnoskarbowym, dotyczyły okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. i powinny być rozpatrywane wyłączenie jako błąd co do znamion czynu zabronionego, czyli w perspektywie art. 10 § 1 k.k.s. Powyższe jest o tyle istotne, że wskazany błąd, by osiągnąć skutek w po-

staci „wyłączenia” umyślności po stronie sprawcy, nie wymaga usprawiedliwienia. Rozważania w tym zakresie należałoby zatem ograniczyć do sfery ontologicznej, czyli ustalenia stanu świadomości i woli sprawcy w czasie czynu, eliminując poza ich zakres aspekty normatywne związane z ciężącymi na sprawcy powinnościami.

PODSUMOWANIE

Uwzględnione w przeglądzie orzecznictwo odnosi się do zagadnień doniosłych dla praktyki stosowania prawa karnego. Zreferowano i skomentowano w nim cztery uchwały Sądu Najwyższego podjęte w okresie od czerwca do grudnia 2018 r. Na podstawie wybranych orzeczeń ze wskazanego okresu przedstawiono ponadto linię orzeczniczą w przedmiocie dwóch zagadnień prawnych, jakie wyłoniły się w sprawach o nielegalne urządzenie gier na automatach (art. 107 § 1 k.k.s.). Zauważając możliwość nawiązania polemiki z niektórymi spośród przytoczonych zapatrywań prawnych czy argumentami sformułowanymi dla ich poparcia, omówione orzecznictwo należy generalnie uznać za zasługujące na pozytywną ocenę. Zwraca uwagę, że w licznych przypadkach, zwłaszcza w odniesieniu do zagadnień z obszaru prawa materialnego, SN uzasadniał swoje stanowisko z uwzględnieniem ich głębszego kontekstu teoretycznego. Równocześnie w omówionym orzecznictwie widoczne jest dążenie do uzyskania optymalnych procesowo tudzież – jak można by rzec – „życiowych” rezultatów dokonywanych zabiegów interpretacyjnych. Widoczny, zwłaszcza w uchwałach, jest przy tym priorytet zabiegów z obszaru wykładni językowej, które każdorazowo stanowią fundament prezentowanej dla ich uzasadnienia argumentacji. Powyższemu towarzyszy dbałość o dochowanie wysokich standardów gwarancyjnych, co dobitnie podkreśla treść uzasadnienia uchwały w sprawie I KZP 4/18.

ABSTRACT

Michał Gałęski – Review of the Supreme Court's judicial decisions in criminal cases (June – December 2018)

The Review includes crucial judicial decisions delivered by the Supreme Court in criminal cases from July to December 2018. Four resolutions issued by the Supreme Court, i.e. resolutions in cases recorded under files: I KZP 4/18, I KZP 5/18, I KZP 7/18 and I KZP 10/18, has been presented and commented. Furthermore, basing on selected judicial decisions, also the Supreme Court's view on two vital legal issues emerging in illegal gambling cases, has been reviewed.

Keywords: *investigative operations, concurrence of legal provisions, ne peius rules, illegal gambling*

dr Michał Gałęski

The author is an advocate (District Bar Council in Poznan).

dr Michał Gałęski

Autor jest adwokatem (ORA w Poznaniu).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Gadecki Bartłomiej, *Możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego w wyniku kontroli operacyjnej. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego składu 7 sędziów – Izba Karna z 28.06.2018 r., I KZP 4/18, OSP 2019/1, s. 85*

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

Kardas Piotr, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011

Skorupka Jerzy, *Dowody nielegalne w procesie karnym. Glosa do uchwały Sądu Najwyższego składu 7 sędziów – Izba Karna z 28.06.2018 r., I KZP 4/18, OSP 2019/1, s. 77*

Świecki Dariusz (w:): *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II. Art. 425–673*, red. D. Świecki, Warszawa 2018

Wilk Leszek, *Szczególne cechy odpowiedzialności za przestępstwa i wykroczenia podatkowe*, Katowice 2006

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

BLACK MIRROR NA POWAŻNIE, CZYLI RAZ JESZCZE HARARI

Kilka miesięcy temu gawędziłem o niezwykle popularnej pracy izraelskiego historyka Yavala Noaha Harariego pt. *Od zwierząt do bogów* (zob. *Światowy bestseller o człowieku myślącym*, „Palestra” 2018/9), wskazując na trafność spostrzeżeń autora i raczej optymistyczne przesłanie jego dzieła. Drugą książkę Profesora (*Homo Deus. Krótka historia jutra*) wolę pominąć, opowień natomiast o trzeciej, niedawno wydanej dla polskiego czytelnika, pt. *21 lekcji na XXI wiek* (*21 Lessons for the 21st Century*, Wydawnictwo Literackie 2018, tłum. Michał Romanek). Autor deklaruje, że koncentruje się na najbliższej przyszłości społeczeństw w perspektywie globalnej, próbuje wskazać wyzwania wynikające z wprowadzania nowych technologii, rozwoju sztucznej inteligencji, przełomowych wynalazków technicznych, których się spodziewa i nieuchronnego kryzysu ekologicznego. I próbuje nam podpowiedzieć, co powinniśmy robić i jakich umie-

jętności potrzebujemy, aby przetrwać. W rezultacie otrzymujemy wielowątkowy frapujący dreszczowiec niczym kolejne odcinki popularnej filmowej serii *Black Mirror*, tym bardziej skłaniający do myślenia, że skonstruowany nie dla rozrywki, lecz na poważnie i poparty żelazną logiką tudzież profesorską wiedzą.

Malkontentów uznających, że z uwagi na nasz mentalny prowincjonalizm i polityczną peryferyjność tematyka książki nas nie dotyczy, może przekona to, iż już teraz traci aktualność idea „zawodu na całe życie”, a prawnik świadczący zawodowo pomoc prawną może zostać rychło zastąpiony przez sztuczną inteligencję. Proces zastępowania ludzi przez roboty/maszyny/algorytmy dotknie zdaniem autora wiele profesji, prowadząc do powstania nowej, bezużytecznej klasy (s. 52–53). „Wielu ludzi może podzielić los nie dziewiętnastowiecznych woźniców – którzy przeczuli się na prowadzenie taksówek

– ale dziewiętnastowiecznych koni, które były coraz silniej wypychane z rynku pracy, aż wreszcie całkowicie z niego zniknęły” – pisze Harari (s. 53). Ratunkiem jest umiejętność zmiany zawodu i zdolność do nabywania nowych umiejętności przez całe życie. Jako że nie wszyscy temu sprstają, nieuchronne są wstrząsy społeczne i polityczne, czego odpowiedzialni rządzący nie mogą bagatelizować (s. 56–57).

Czy uda nam się przetrwać w systemie demokracji liberalnej, czy też potrzebne będzie wypracowanie innego modelu ustrojowego? „W XIX wieku rewolucja przemysłowa stworzyła nowe warunki i problemy, z którymi nie potrafił sobie poradzić żaden z istniejących modeli społecznych, ekonomicznych i politycznych – analizuje Harari. – Feudalizm, monarchizm i tradycyjne religie nie były przystosowane do zarządzania przemysłowymi metropoliami, milionami przesiedlonych robotników ani nieustannie zmieniającą się nowoczesną gospodarką. Dlatego ludzkość musiała wypracować całkowicie nowe modele. Powstały więc liberalne kraje demokratyczne, komunistyczne dyktatury i faszystowskie reżimy. Eksperymentowanie z tymi modelami zajęło ponad sto lat strasznych wojen i rewolucji, by można było oddzielić ziarno od plew i wprowadzić w życie najlepsze rozwiązania. Opisywana przez Dickensa praca dzieci w kopalniach, pierwsza wojna światowa i wielki głód na Ukrainie z lat 1932–1933 stanowiły zaledwie maleńką część czesnego, jakie ludzkość zapłaciła za tę naukę.

Wyzwanie, jakie stawiają nam w XXI wieku technologia informacyjna i biotechnologia, jest zapewne znacznie większe niż wyzwanie, którym w minionej epoce były maszyny parowe, koleje żelazne

i elektryczność. Biorąc pod uwagę ogromną niszczycielską potęgę, jaką dysponuje nasza cywilizacja, nie możemy sobie pozwolić na kolejne nieudane modele, wojny światowe i krwawe rewolucje. Tym razem takie nieudane eksperymenty mogłyby się skończyć wojnami jądrowymi, potwornymi modyfikacjami genetycznymi i całkowitym rozpadem biosfery. Dlatego musimy spisać się lepiej niż wówczas, gdy stawialiśmy czoło rewolucji przemysłowej” (s. 57–58).

Wobec rosnącego oczekiwania wyborców na pomoc ze strony państwa i skłonności do koncentracji danych przez rządowe agendy nie powinniśmy raczej spodziewać się scenariusza dobrego dla demokracji. Jak trafnie zauważa Harari, „pod koniec XX wieku państwa demokratyczne zazwyczaj zostawiały w tyle dyktatury, ponieważ były lepsze w przetwarzaniu danych. Demokracja rozprasza władzę przetwarzania informacji i podejmowania decyzji na wielu ludzi i wiele instytucji, podczas gdy dyktatura skupia informacje i władzę w jednym miejscu. Biorąc pod uwagę, jaką techniką dysponowano w XX wieku, to ostatnie rozwiązanie było całkowicie nieskuteczne. Nikt nie miał możliwości wystarczająco szybkiego przetwarzania wszystkich tych informacji oraz dokonywania właściwych wyborów. Jest to jeden z powodów, dla których Związek Sowiecki podejmował dużo gorsze decyzje niż Stany Zjednoczone, a sowiecka gospodarka była nieporównywalnie słabsza” (s. 97–98). Jak pisze dalej Profesor, niebawem jednak sztuczna inteligencja (SI) może diametralnie zmienić sytuację. SI umożliwi centralne przetwarzanie ogromnych ilości informacji. Co więcej, może ona sprawić, że scentralizowane systemy będą znacznie skuteczniejsze niż systemy

rozproszone, ponieważ uczenie maszynowe działa tym lepiej, im więcej informacji może analizować. Jeśli skupia się w jednej bazie danych wszystkie informacje odnoszące się do miliarda ludzi, nie biorąc pod uwagę żadnych kwestii związanych z poszanowaniem prywatności, można znacznie lepiej szkolić algorytmy niż wówczas, gdy szanuje się prawo do prywatności i ma się w bazie danych jedynie częściowe informacje na temat miliona ludzi.

Dzisiaj i tym bardziej jutro – korzystając z nowoczesnych technologii – zdaniem Harariego możliwe jest stworzenie „dyktatury cyfrowej”, doskonalszej niż wszystkie wcześniejsze, wszechwładnej i nie do obalenia.

„Gdyby na przykład jakiś despotyczny rząd nakazał swoim obywatelom zbadanie swojego DNA oraz udostępnienie wszystkich danych medycznych jakiejś centralnej instytucji, zyskałby ogromną przewagę w genetyce i badaniach medycznych nad społeczeństwami, w których dane medyczne są sprawą ściśle prywatną – przekonuje Profesor. – Główny mankament autorytarnych reżimów w XX wieku – próba skupienia wszystkich informacji w jednym miejscu – mógłby się stać ich decydującym atutem w XXI wieku.

Gdyby algorytmy znały nas tak dobrze, autorytarne rządy mogłyby zyskać absolutną władzę nad swymi obywatelami, większą nawet niż w nazistowskich Niemczech, a opór wobec takich reżimów mógłby być całkowicie niemożliwy. Taki reżim nie tylko wiedziałby dokładnie, co każdy z nas czuje, lecz także mógłby sprawić, że nasze uczucia byłyby zgodne z tym, czego chcą władze. Dyktatorzy być może nie byłiby w stanie zapewnić swym obywatelom opieki zdrowotnej i równości, ale mogliby sprawić, że poddani by ich kochali – i nie-

nawidzili ich przeciwników. Demokracja w swej obecnej postaci może nie przetrwać rewolucji biotechnologicznej i technologii informacyjnej. Albo demokracja skutecznie znajdzie na siebie inny pomysł i przybierze radykalnie nową postać, albo ludzie zaczną żyć w cyfrowych dyktaturach” (s. 98).

Taka dyktatura nowej generacji mogłaby kontrolować każdego i w każdej dziedzinie życia niczym w przerażającej wizji Orwella. „Nie będzie to powrót do czasów Hitlera i Stalina. Cyfrowe dyktatury będą się różnić od nazistowskich Niemiec tak bardzo, jak nazistowskie Niemcy różniły się od Francji z okresu *ancien regime*’u” (s. 98). Sprzyjać jej mogą trudne do odwrócenia skutki rozwarstwienia społecznego, gdzie bogactwo będzie dawało dostęp do nowoczesnej medycyny, a ubóstwo skutkowało biologicznym, intelektualnym i genetycznym upośledzeniem.

„W całej historii bogaci i arystokracja zawsze wyobrażali sobie, że górują nad wszystkimi innymi pod względem różnych zdolności i że właśnie dlatego to oni mają kontrolę nad resztą ludzi. O ile nam wiadomo, nie była to prawda – pisze Harari. – Przeciętny książę nie był bardziej utalentowany niż przeciętny chłop – swą wyższość zawdzięczał jedynie niesprawiedliwości oraz dyskryminacji prawnej i ekonomicznej. Jednakże w 2100 roku bogacze mogą być naprawdę bardziej utalentowani, bardziej kreatywni i inteligentniejsi niż mieszkańcy slumsów. Z chwilą gdy między bogatymi a biednymi w zakresie zdolności otworzy się prawdziwa przepaść, prawie niemożliwe będzie jej zasypanie. Jeśli bogaci będą używać swych lepszych zdolności, by jeszcze bardziej się wzbogacić, a większe bogactwo pozwoli im kupować doskonalsze ciała

i mózgi, to z czasem ta przepaść będzie się tylko pogłębiać. W 2100 roku najbogatszy jeden procent ludzi może nie tylko posiadać większość światowego bogactwa, lecz także większość światowego piękna, kreatywności i zdrowia.

Dlatego te dwa połączone procesy – bioinżynieria oraz pojawienie się sztucznej inteligencji – mogą spowodować podział ludzkości na niewielką klasę superludzi oraz ogromny margines społeczny bezużytecznych *homo sapiens*. A tę już i tak nie wróżącą niczego dobrego perspektywę dodatkowo może pogorszyć sytuacja, w której masy będą traciły swoje znaczenie ekonomiczne i władzę polityczną, a państwu – przynajmniej częściowo – przestanie aż tak zależeć na łożeniu na opiekę zdrowotną i społeczną oraz edukację. Bycie niepotrzebnym pociąga za sobą ogromne niebezpieczeństwo. Przyszłość mas będzie wówczas zależała od życzliwości niewielkiej elity. Być może tej życzliwości wystarczy na kilkadziesiąt lat. Ale w czasie kryzysu – na przykład z powodu katastrofy klimatycznej – może okazać się, że najłatwiej będzie machnąć ręką na tych zbędnych ludzi” (s. 108–109).

Czy możemy temu zapobiec? Być może, zdaniem Harariego, jeśli nie poprzemy żadnego z nacjonalizmów (nacjonalistyczny izolacjonizm uniemożliwia usunięcie zagrożenia nuklearnego i kryzysu ekologicznego), a państwa zdobędą się na współpracę w zwalczaniu wspólnych zagrożeń dla ludzkości. Brzmi to patetycznie, ale autor przekonywająco uzasadnia, że to jedyna dobra droga. Nie bagatelizuje też głupoty polityków i wyborców (s. 235–236), problemu tzw. postprawdy w mediach (s. 298–307), wpływu religii na polityków i społeczeństwa, groźby wojny (choć zauważa, że największe zwycięstwo

za naszej pamięci, tj. pokonanie ZSRR przez USA, dokonało się pokojowo – s. 226) czy wpływu islamskiego terroryzmu na politykę międzynarodową. W ostatniej kwestii warto zapamiętać następujący wywód Harariego. „Terroryści spodziewają się, że gdy rozjuszony nieprzyjaciel użyje przeciwko nim swej ogromnej potęgi, wywoła przez to o wiele gwałtowniejszą burzę militarną i polityczną niż ta, jaką oni sami mogliby kiedykolwiek spowodować. W czasie burzy zawsze dzieje się mnóstwo nieprzewidzianych rzeczy. Ludzie popełniają błędy, dopuszczają się potworności, państwa neutralne zmieniają stanowisko, a równowaga sił się przesuwają. Dlatego terroryści są jak mucha, która stara się zniszczyć skład porcelany. Mucha jest tak słaba, że nie jest w stanie przesunąć filiżanki. Jak więc zabiera się do dzieła zniszczenia? Znajduje słonia, wchodzi mu do ucha i zaczyna bzyzczeć. Słoń ze strachu i wściekłości wpada w szał – i rujnuje wszystko dookoła. Tak właśnie stało się po 11 września, gdy islamscy fundamentaliści podburzyli amerykańskiego słonia, by zniszczył bliskowschodni skład porcelany. A na świecie nie brakuje wybuchowych słoń” (s. 211–212).

W końcowej części pracy Harari próbuje zgodnie z zapowiedzią określić, jak bardzo już jesteśmy zatruwani i czego potrzebujemy, aby przejść przez trudny czas przemian. Zachęca do lepszego poznania siebie. W pamięć zapadają w szczególności jego rady dotyczące selekcjonowania informacji i edukacji.

„Po pierwsze, jeśli chcesz niezawodnej informacji – zapłać za nią – pisze. – Jeśli twoje wiadomości są darmowe, może być tak, że w rzeczywistości to Ciebie ktoś sprzedaje. (...) Druga praktyczna rada głosi, że jeśli jakieś sprawy wydają Ci się

wyjątkowo ważne, to podejmij wysiłek, aby zapoznać się z powstałą na ten temat literaturą naukową” (s. 314). Zalewają nas olbrzymie ilości informacji, w tym wiele *fake news*, nie do przecenienia jest więc zdolność ich rozumienia i łączenia w szerszy obraz. Szkoły powinny zatem nie przekazywać kolejnych wiadomości, ale przede wszystkim uczyć krytycznego myślenia, komunikacji, kooperacji i kreatywności (s. 334–335). Takie przygotowanie pomoże przetrwać w świecie, gdzie pewnikiem jest sama zmiana, choć nie sposób jej jeszcze zdefiniować, ale przetrwania nie gwarantuje. „By przetrwać i rozwijać się w takim świecie, potrzebne będą nie-

zwykła elastyczność umysłowa i potężne rezerwy równowagi emocjonalnej – przestrzega Harari. – Trzeba będzie nieustannie rezygnować z kolejnych rzeczy, które świetnie się zna, a przyzwyczajając do tego, co nieznanne. (...) Odporności nie da się nauczyć dzięki przeczytaniu książek ani wysłuchaniu wykładu” (s. 339).

Podobnie, jak historii z cyklu *Black Mirror*, które zmuszają do refleksji na temat wpływu SI i nowoczesnych technologii na nasze życie, ale nie mają szczęśliwego zakończenia, lektura *21 lekcji* nie relaksuje i nie pozostawia czytelnika w stanie bez troski. Warto wszakże po tę książkę jak najprędzej sięgnąć.

Andrzej Tomaszek

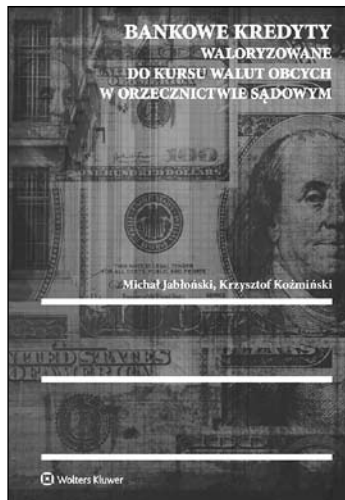
Autor jest adwokatem (ORA w Warszawie).

Recenzje

Marta Śledź

MICHAŁ JABŁOŃSKI I KRZYSZTOF KOŹMIŃSKI *BANKOWE KREDYTY WALORYZOWANE DO KURSU WALUT OBCYCH W ORZECZNICTWIE SĄDOWYM, WARSZAWA 2018*

Kredyty frankowe od kilku lat wzbudzają nieślabnące kontrowersje wśród doniesień medialnych i społecznych w Polsce. Dyskusje rozbudzają kolejne propozycje rozwiązania sprawy tzw. „frankowiczów”. Między innymi w związku z jedną z takich propozycji, która została przedstawiona przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, zrodził się pomysł „przeprowadzenia badań poświęconych prawnej sytuacji konsumentów, którzy zdecydowali się na zawarcie umowy kredytu denominowanego/indeksowanego” (s. 10). Ich efektem jest recenzowana publikacja naukowa, będąca anali-



zą orzecznictwa sądów powszechnych w Polsce. Jak zaznaczają we wstępie Autorzy, celem tej książki jest zaprezentowanie zagadnienia kredytów waloryzowanych do kursu walut obcych z perspektywy wydawanych wyroków, mając na względzie, że medialna relacja jest nierzetelna, sprowadza się do analizy problemu w kontekście irrelevantnych z punktu widzenia przepisów prawa pytań (np. „czy banki miały franki”) oraz wyciągania pochopnych wniosków z wybiórczo cytowanych wypowiedzi orzeczniczych. Dzięki tej publikacji możliwe jest dokładne przyjrzenie się dyskusji wokół sytuacji

prawnej kredytobiorców nie tylko w kontekście zagadnień prawnych, ale również z punktu widzenia etyki czy moralności. Autorzy skupiają się między innymi na pytaniach dotyczących ważności umowy kredytu waloryzowanego do kursu walut obcych oraz obowiązków informacyjnych banku, zastanawiając się przy tym nad „zasadnością przyznawania szczególnej ochrony prawnej osobom, które (licząc na opłacalność takiego rozwiązania) zdecydowały się na zawarcie umowy kredytu określonego w walucie, w której nie zarabiały oraz etyką przedsiębiorców oraz moralnością działania banków (...)” (s. 12).

Na początku warto podkreślić, że książka w nowatorski sposób podchodzi do problemu, poddając analizie bogaty materiał orzeczniczy sądów pierwszej i drugiej instancji. Należy w tym miejscu zgodzić się z Autorami, że oparcie badań w głównej mierze na orzeczeniach sądów niższej instancji sprzyja sformułowaniu generalnych wniosków na temat problemu kredytów waloryzowanych do kursu walut obcych. Orzeczenia Sądu Najwyższego, Trybunału Konstytucyjnego czy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pojawiają się w publikacji o tyle, o ile wzbogacają wyjaśnienia tematu lub wpływają na stanowiska powszechnych sądów krajowych (s. 123).

Książka składa się z 9 rozdziałów poprzedzonych wstępem, w którym Autorzy krótko komentują okoliczności jej powstania i wyjaśniają cel, jaki przyświecał ich pracy. Pierwszy rozdział wprowadza w dyskusję toczącą się w kontekście konfliktu kredytobiorców z bankami, doskonale obrazując tym samym tło problemu. W drugim Autorzy przytaczają najważniejsze regulacje prawne, które mają zastosowanie w omawianym sporze,

opatrując poszczególne przepisy komentarzem. Dzięki temu czytelnik od samego początku wie, w ramach jakich regulacji toczy się dyskusja oraz jakie jest prawne uwarunkowanie omawianej materii. Trzeci rozdział został poświęcony metodologii i przebiegowi badań. O ile niewątpliwie jest to ważna część publikacji, o tyle wydaje się, że zbyt dokładne i szczegółowe skupienie się na tych kwestiach może nie być dla czytelnika aż tak interesujące, nawet gdy weźmiemy pod uwagę, że do tej pory jest to jedyna w swoim rodzaju publikacja o tej tematyce. Niewątpliwie reakcje, z jakimi zetknęli się Autorzy w trakcie zdobywania materiału orzeczniczego, są na tyle zaskakujące, a czasami wręcz oburzające, że warto uświadomić odbiorcę, z jakimi trudnościami musieli się zmierzyć doktorzy, aby rzetelnie przygotować to opracowanie, jednakże nie wydaje się, aby ta materia była na tyle kluczowa, żeby poświęcać jej kilkanaście stron publikacji. W kolejnych rozdziałach Autorzy przechodzą już do głównego tematu, jakim jest zbadanie problemów wynikających z zawieranych umów kredytu, na początku przywołując analizowane orzecznictwo w kontekście argumentów wysuwanych przez osoby, które zaciągnęły kredyt waloryzowany do kursu waluty obcej, aby następnie przejść do dalszej części rozważań skoncentrowanych wokół umów kredytu waloryzowanego do franka szwajcarskiego. Na uwagę zasługuje ciekawy rozdział poświęcony rozważaniom, czy aby na pewno sytuacja frankowiczów jest nadzwyczajna i powinna być kwalifikowana jako kryzys prawny, społeczny czy polityczny. Następnie Autorzy komentują toczącą się dyskusję, odnosząc się jednocześnie do strategii i postulatów formułowanych przez środowisko kredy-

tobiorców. Ostatnie rozdziały są skupione wokół możliwości rozwiązania sporów frankowych. Autorzy posunęli się do próby nakreślenia wskazówek mogących być przydatnymi dla sądu przy rozstrzygnięciu tego typu spraw oraz odnieśli się do propozycji ingerencji legislacyjnej, która, jak zostało wspomniane, stała się inspiracją do zainteresowania się problemem.

Podstawę opracowania stanowi, przeprowadzona w rozdziale 4. pracy, analiza orzecznictwa. Spośród ponad pięciuset orzeczeń w publikacji zostały przedstawione jedynie te, które są zdaniem Autorów reprezentatywne i pokazują stanowisko sądu wobec danego zagadnienia. Rozdział podzielony jest na podrozdziały, w których ogólnie ujęte tezy kredytobiorców są szczegółowo przedstawione i uargumentowane. Pozwoliło to uporządkować badany materiał i nadało tej części wywodu spójny charakter. Warto również zauważyć, że rozdział ten nie jest poświęcony *stricto* kredytom frankowym, a opisuje sytuację szerzej, z punktu widzenia kredytów waloryzowanych kursem waluty obcej, aby później rozważania te zostały wykorzystane do sformułowania uwag w kontekście frankowiczów. Cytowane fragmenty orzeczeń są poprzedzone wstępem, w którym zaprezentowane są dotychczasowe doniesienia medialne, wypowiedzi środowiska kredytobiorców, a tam gdzie temat wymaga szerszego wyjaśnienia, następuje omówienie problemu na gruncie prawnym (s. 87–101). Co jest nader ważne, po części przytoczonych orzeczeń formułowane są połowiczne wnioski, aby na koniec wyprowadzić konkluzję do danego argumentu. Taki sposób ujęcia tematu jest niezwykle atrakcyjny dla czytelnika. Biorąc pod uwagę fakt, że wiele z pojawiających się zarzutów jest ko-

mentowanych w publicystyce, czytelnik ma możliwość skonfrontowania pojawiających się w mediach argumentów z uzasadnieniami sądów do poszczególnych tez orzeczniczych oraz z formułowanymi w doktrynie poglądami na dany temat.

Argumenty wysuwane przez kredytobiorców można podzielić umownie na dwie grupy. Pierwsza z nich dotyczy nadużywania pozycji banków, druga skupia się wokół konstrukcji samej umowy kredytu. Analiza orzecznictwa rozpoczyna się od zarzutu generalnej niezgodności z prawem kredytowych klauzul denominacyjnych i indeksacyjnych. Tezy kredytobiorców o zasadniczej niezgodności z prawem kredytów walutowych nie spotkały się z aprobatą sądów, co zostało uzasadniane tym, że „o legalności bądź nielegalności danej instytucji (...) decyduje stan obiektywny, obowiązujące normy prawne o charakterze generalnym i abstrakcyjnym” (s. 72).

Następnie zostaje omówiona kwestia banku jako instytucji zaufania publicznego. Autorzy nie tylko przytaczają argument kredytobiorców, ale również zarysowują problem szerzej, komentując skutki, jakie niesie przypisanie bankowi takiego statusu, odwołując się w tym celu do poglądów doktryny oraz orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego. Argument ten jest niezwykle doniosły i jako taki stosowany jest nie tylko przeciwko bankom, ale również może służyć jako środek wywarcia presji na władzę publiczną. Tym cenniejsze jest tak dokładne i rzetelne jego omówienie w recenzowanej publikacji.

Jedna z ciekawszych analiz zaprezentowanych w pracy dotyczy zarzutu niedopełnienia obowiązków informacyjnych przez banki. Jak formułują Autorzy,

podnosi się, „jakoby zarządy banków miały świadomość, że kurs franka szwajcarskiego «pójdzie w górę» (lub «może pójść w górę»), czego klienci nie byli świadomi” (s. 153). Wiąże się to pośrednio z bardzo ważnym problemem wyróżniania indywidualnej sytuacji konsumentów. Jak zauważyli Autorzy publikacji, sądy każdorazowo badają w procesie okoliczności ewentualnej nieświadomości kredytobiorców, jednak nie tylko mając na względzie zakwalifikowanie ich do kategorii konsumentów, ale również różnicując ich sytuację ze względu na indywidualne cechy jak stan intelektualny, wykonywany zawód czy wykształcenie. Stan wiedzy kredytobiorcy nie ma oczywiście wpływu na obowiązki informacyjne banku, jednak może mieć znaczenie przy ocenie nieświadomości podejmowanych przez kredytobiorcę działań.

Analiza zarzutów wysuwanych przez kredytobiorców wobec banków jest zakończona rzetelnym podsumowaniem, w którym zostają pokrótce omówione pojawiające się do tej pory wnioski, komentarze z publicystyki czy strategię kredytobiorców. Jedną z czołowych konkluzji jasno stanowi, że nie można mówić o wypracowanej linii orzeczniczej w temacie kredytów waloryzowanych do kursu walut obcych. Brak ugruntowanego stanowiska w orzecznictwie w kwestii frankowiczów pozornie może wydawać się wadą, ale jak czytamy w opracowaniu, okoliczności związane z zawieraniem poszczególnych umów bywają na tyle różne, że nie jest możliwe wypracowanie jednolitego stanowiska sądów w tej materii.

Pojawienie się publikacji na rynku wywołało falę krytyki ze strony środowisk kredytobiorców. Autorom zarzucano między innymi stronniczość na korzyść

banków i brak rzetelności w doborze orzeczeń. Krytyka ta może pozornie zdawać się uzasadniona z racji, że wyniki analizy pokazują, iż niewiele z argumentów przytaczanych przez kredytobiorców znalazło poparcie w orzecznictwie, a co więcej – nie wydaje się, aby zasadne było je uznawać. Nie sprawia to jednak, że publikacji można postawić zarzut braku obiektywizmu. Formułowanie takich oskarżeń może wynikać w głównej mierze z pobieżnej analizy tematu. Jak już zostało wspomniane, Autorzy w swojej publikacji rzetelnie uzasadniali swoje stanowisko, nie ulegając bezkrytycznie uzasadnieniom sporządzanym przez sądy, a to pozwala na obiektywne sformułowanie wniosków co do zasadności poszczególnych argumentów.

Mając na względzie wagę problemu kredytów waloryzowanych do kursu walut obcych, należy się zgodzić, że recenzowana publikacja zajmuje niezwykle istotną pozycję na rynku. Pomimo że słuszna jest teza Autorów co do braku kryzysu prawnego, politycznego czy społecznego w kontekście omawianej materii, to niestety przekazy medialne starają się całą sytuację przedstawić właśnie jako nadzwyczajną. W konsekwencji wywierana jest presja na władze publiczne, jakoby pośrednio odpowiedzialne za położenie, w jakim znaleźli się kredytobiorcy, czego skutki możemy zaobserwować w postaci propozycji zmian legislacyjnych mających stanowić reakcję państwa na problemy frankowe. Ingerencja ustawodawcy w dotychczas obowiązujące umowy jest posunięciem niezwykle ryzykownym ze względu chociażby na zasadę zakazu retroakcji, o czym możemy przeczytać w publikacji. Tym bardziej pozycja ta zajmuje doniosłe miejsce w literaturze dotyczącej kredytów

waloryzowanych. Jej adresatem, zgodnie z założeniem Autorów, jest szerokie grono odbiorców. Z powodzeniem może służyć sędziom przy wydawaniu rozstrzygnięć, jak i stronom sporu, bez względu na to, czy są to profesjonalni pełnomocnicy, czy też nie. Pomimo że podstawowym celem publikacji było przedstawienie aktualnej sytuacji dotyczącej kredytów waloryzowanych do kursu waluty obcej, który to cel z pewnością udało się osiągnąć, to należy docenić, że Autorzy mimo wszystko

poszli krok dalej i odnieśli się do prezentowanych w literaturze możliwości rozwiązań problemu i konsekwencji różnorodnych rozstrzygnięć sądów. To również przyczyniło się do sformułowania tezy, że recenzowana publikacja jest wartościowa i bogata w rozważania, prezentująca zaistniałą sytuację rzetelnie i dająca możliwość skonfrontowania postulatów formułowanych przez kredytobiorców z analizą prawną poszczególnych zagadnień oraz tezami orzecznictwami sądów.

Marta Śledź

Autorka jest studentką V roku prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie. Jej zainteresowania naukowe skupiają się wokół prawa cywilnego i handlowego, ze szczególnym uwzględnieniem prawa konsumenckiego i ochrony danych osobowych.

Szpalty pamięci

Michał M. Palica

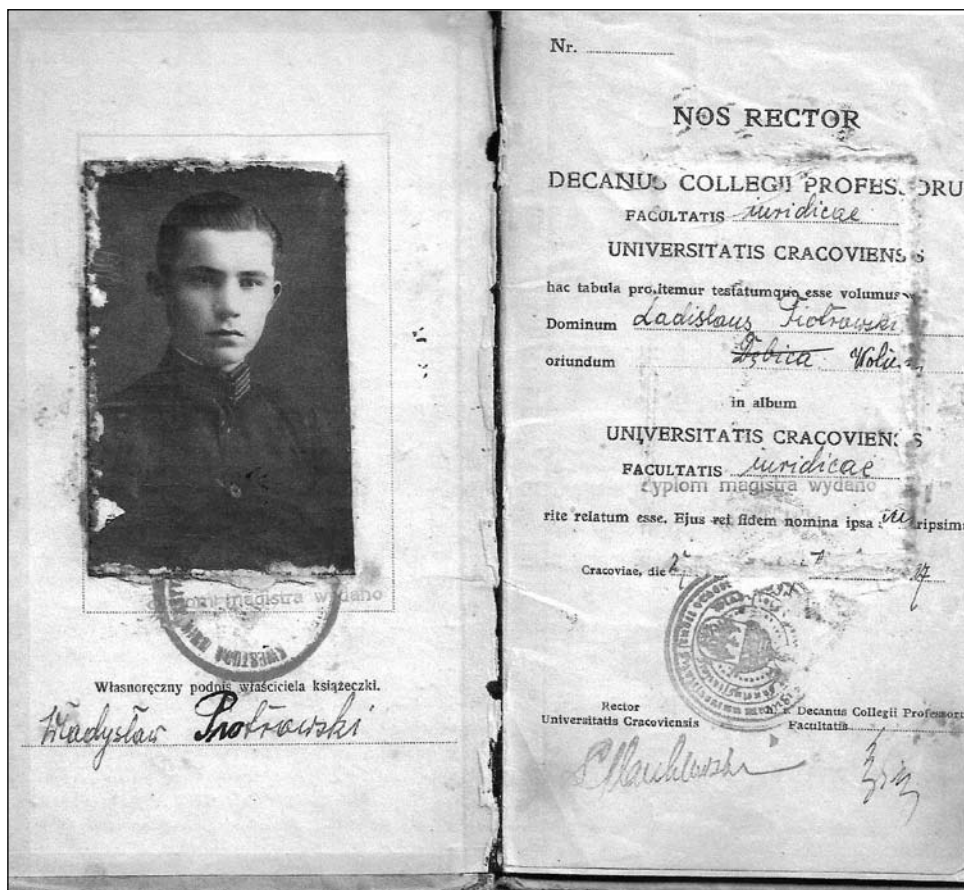
WŁADYSŁAW PIOTROWSKI (1907–1973)

Przyszły rybnicki prawnik urodził się 5.09.1907 r. w Dębicy na tzw. Kępie. Rodzicami byli Bartłomiej i Ludwika z domu Armata. Powiła ona także Bolesława, Helenę, Stanisławę i Kazimierza. Piotrowscy byli rodziną zajmującą się uprawą roli.

Na Śląsku, w Rybniku, pojawili się na początku lat 30. ubiegłego wieku. Władysław ukończył przed wojną studia prawnicze na Uniwersytecie Jagiellońskim. Aplikował u mec. Dombka. Kancelarie prowadził w Rybniku i Katowicach. Jeszcze w 1936 r. obronił na Uniwersytecie Jagiellońskim pracę doktorską z zakresu zagadnień ekonomiczno-prawnych, *Zagadnienia trafnego opodatkowania dochodu osób prawnych*. W gronie promotorów znajdował się rektor krakowskiej Alma Mater oraz dziekan Wydziału Prawa i Administracji. Tego samego roku Władysław Piotrowski pojął za żonę córkę rybnickiego kupca i wytwórcy, Magdalenę. Ślub miał miejsce 22 lipca. Ciekawostkę stanowi fakt, że tuż

po wojnie jego brat, oficer przedwojennego WP, Bolesław, pojął za żonę jej siostrę Rutę. Po ślubie został aresztowany przez UB. Był przetrzymywany na Rakowieckiej w Warszawie. Potem został przewieziony do cieszących się jak najgorszą sławą Wroniek – wybite zęby, odbita wątroba (jej marskość spowodowała przedwczesny zgon). Ruta po odwiedzinach u męża poroniła.

Podczas II wojny światowej Władysław zgłosił swój akces do polskiego patriotycznego podziemia. W 1940 r. wstąpił do ZWZ. W międzyczasie rodzina Piotrowskich została deportowana do Dębicy. Tu Władysław został szefem kontrywywiadu AK na okręg dębicki. Konkretnie chodziło o grupę Kedywu „Deser” (przypuszczalnie 12 osób). Nosił pseudonim Skowron. W lesie w wolnych chwilach uczył się angielskiego. Tymczasem brat Bolesław odbywał karę odosobnienia w niemieckim oflagu. Syn ministra Leszka Piotrowskiego, Janusz, wspominał, że jako student Władysław wdawał



się jeszcze w Dębicy nawet w bójki z Żydami. A jednak w czasie okupacji wspomagał swych bliskich w ukrywaniu w okolicach Dębicy dwóch rodzin żydowskich. Jako że mamy do czynienia z kontrwywiadem AK, nic nie wiadomo (jak na razie) o dalszych poczynaniach i losach Władysława. Wiemy na pewno, że był delegatem Rządu Polskiego na Górny Śląsk.

W 1945 r. zjawił się w Katowicach. Otworzył kancelarię w przestronnym mieszkaniu po konsulu francuskim (po aresztowaniu mieszkanie to zajął jeden z ubeków prowadzących śledztwo). W kancelarii pracowała szwagierka Władysława. W latach 1945–1947 Piotrowski z wielkim oddaniem bronił rybnickich

akowców. Aresztowany i wywieziony do Warszawy. Władysław podpadł nie tylko ową skuteczną obroną. Mógł znać cenne tajemnice z czasu wojny, był przedstawicielem rządu Tomasza Arciszewskiego, a do tego przewodził śląskiej WiN. Jego proces odbywał się w jednym z katowickich kin. Pewnego dnia podczas transportu wykorzystał nie tylko spryt, ale także zwinność. Udał się do ubikacji i w miejscu, gdzie pociąg wyraźnie zwalniał, wyskoczył przez okno. Schronił się prawdopodobnie w Dąbrowie Górniczej u rodziny znanego mu fotografa. Potem u pewnego księdza na Rzeszowszczyźnie. A następnie w różnych klasztorach. W IPN znajduje się jego teczką obrazująca czas inwigilacji UB.

Przez Niemcy dotarł do Londynu (przypuszczalnie droga wiodła przez Tatry i Austrię). Podobno przedstawiciele rządu londyńskiego proponowali mu, aby zastąpił bestialsko zamordowanego rotmistrza Pileckiego. Odmówił. Nie po to uciekał z kraju... priwiślańskiego. Po jakimś czasie pozostał bez środków do życia. Najął się więc jako zwykły marynarz na statku płynącym do Ameryki, gdzie następnie zaczął pracę jako prosty robotnik w jednej z fabryk. Podobnie jak polscy bohaterscy generałowie na Wyspach Brytyjskich. Oczywiście zaczął działalność wśród Polonii. A jako że nigdy nie przyjął obywatelstwa amerykańskiego, nie mógł nostryfikować swych dyplomów. Ergo nie mógł pracować w swym zawodzie adwokata. Niemniej jednak pomagał ludziom, udzielając cennych porad (najczęściej darmowych). Pełnił funkcję radcy prawnego Związku Narodowego Polski w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej. W latach 50. XX w. zajmował się także adopcją polskich dzieci w USA. Na wizytówce (polsko- i angielskojęzycznej) anonsującej *Du Barry Enterprises* dr. Władysława Piotrowskiego widnieje zapis „załatwia wszystkie sprawy prawne w POLSCE. Poniedziałek i czwartek od 14 do 19. 1239 N. Ashland Ave”. Stosunkowo szybko objął fotel redaktora naczelnego

Michał M. Palica

polskiego dziennika związkowego” w Chicago, noszącego nazwę „Dziennik Polski”. Umarł nagle na zawał 1.04.1973 r. Podobno miał tego dnia powiedzieć do znajomej „Jeszcze nigdy nie zrobiłem 1 kwietnia żadnego psikus”. Uwagę zwraca raport coronera, w którym zamiast imienia Władysław wpisano Walter. Władysław z Magdaleną mieli trzech synów – Leszka, Andrzeja i Piotra. Małżeństwo po wyjeździe Władysława nigdy już nie widziało się ze sobą. Pogrzeb Władysława odbył się 4.04.1973 r. w Chicago. Tego samego dnia odprawiono mszę św. w kościele św. Antoniego (obecna bazylika) oraz w kościele parafialnym w Dębicy.

Warto podkreślić, że mimo iż rodzina Piotrowskich nie miała śląskich korzeni, to jednak właśnie tu je zapuściła. Władysław był w poczcie sztandarowym podczas kilkudziesięciotysięcznej manifestacji, jaką stała się w Katowicach ostatnia droga Wojciecha Korfatego w sierpniu 1939 r. Choć sam skłaniał się ku endecji Dmowskiego, to nazywał Korfatego Królem Duchem. Szacunek dla Korfatego, empatia, jaką darzył jego rodzinę po tym, co go spotkało, przy prawości, patriotyzmie i profesjonalizmie Władysława, owocowały z pewnością podczas procesów powojennych, gdy czasem zdawało się, że broni spraw beznadziejnych.

Wskazówki dla Autorów

Do procedury recenzyjnej oraz ewentualnej publikacji dopuszczane będą artykuły naukowe o objętości 11–22 stron znormalizowanego maszynopisu wraz z przypisami (1 strona maszynopisu = 1800 znaków ze spacjami; 1 arkusz = 22 strony maszynopisu). Objętość glos i przeglądów orzecznictwa nie powinna przekraczać 10–12 stron maszynopisu, a sylwetek uznanych adwokatów, felietonów, pytań i odpowiedzi prawnych oraz recenzji książek – 2–3 stron maszynopisu.

Sprawozdania z konferencji, zjazdów oraz środowiskowych imprez integracyjnych (wraz ze zdjęciami, filmami i innymi materiałami audiowizualnymi), teksty informacyjne, kalendaria i zapowiedzi wydarzeń, dłuższe sylwetki oraz inne cenne materiały istotne dla środowiska publikujemy przede wszystkim na stronie internetowej i w portalu „Palestry”.

Teksty proszę przysyłać drogą elektroniczną na e-mail: redakcja@palestra.pl w formacie word, rtf lub odt. Każdy artykuł naukowy, glosa lub przegląd orzecznictwa powinien zawierać:

- tytuł w języku polskim i angielskim,
- abstrakt w języku polskim i angielskim opisujący w jak najprostszy sposób, czego dotyczy analizowany w tekście problem (max. 500 znaków),
- słowa kluczowe w języku polskim i angielskim,
- wyraźny podział tekstu na lead (wprowadzenie w tematykę i przyciągnięcie uwagi czytelników, który może być tożsamy z abstraktem, ale nie musi), śródtytuły (rozdziały i ewentualnie podrozdziały), wnioski lub podsumowanie,
- informację o autorze (autorach) w języku polskim i angielskim, ich tytuły naukowe, status zawodowy i naukowy, informacje o afiliacji, dane adresowe, numery telefonów,
- bibliografię załącznikową wszystkich publikacji autorskich cytowanych w tekście,
- oświadczenie, że tekst nie został przedstawiony żadnej innej redakcji.

Przypisy powinny znajdować się na dole strony i być tworzone według ustalonych przez redakcję standardów. Przypisy wstawiane na dole strony powinny zawierać odniesienia do wszystkich cytowanych ustaw, wyroków, książek i czasopism.

Książki cytujemy według wzorca: Inicjał imienia i Nazwisko, *Pełny tytuł publikacji kursywą*, miejsce i rok wydania, numer strony cytowanego fragmentu.

Przykładowo: gdy jest jeden lub kilku autorów monografii – Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2009; E. Wojnicka, *Autorskie prawa osobiste (w:) System Prawa Prywatnego*, red. Z. Radwański, t. 13, *Prawo autorskie*, red. J. Barta, Warszawa 2007, s. 239.

Artykuły i glosy cytujemy według wzorca: Inicjał imienia i Nazwisko, *Pełny tytuł artykułu lub glosy kursywą*, „Pełny Tytuł Czasopisma” rok/numer, numer strony początkowej artykułu lub glosy lub też numer strony cytowanego fragmentu.

W przypisach powołujemy wszystkie daty i pełne nazwy ustaw powołanych w tekście, podajemy odwołania do tekstów jednolitych publikatorów oraz prezentujemy pełne dane cytowanych orzeczeń i miejsc ich publikacji. Daty zapisujemy cyframi arabskimi, nie stosujemy m.in. zapisów: z dnia, z późn. zm., sygn. akt., tekst jedn. Prawidłowe przykłady to:

- ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2018 r. poz. 1184 ze zm.), dalej p.o.a.
- ustawa z 6.06.1974 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1600 ze zm.), dalej k.k.,
- wyrok TS z 28.11.2013 r. C-280/12 P, *Rada Unii Europejskiej v. Fulmen i Ferydoun Mahmoudian*, ECLI:EU:C:2013:775;
- wyrok SN z 17.09.2003 r. (II CK 10/02), LEX nr 82277.

W przypadku kolejnego przywołania cytowanej wcześniej pozycji stosujemy następujący wzorzec: Inicjał imienia i Nazwisko, *Początek tytułu...*, numer strony początkowej artykułu lub glosy lub też numer strony cytowanego fragmentu.

Przykładowo: Z. Radwański, *Prawo cywilne...*, s. 112; A. Tucholska-Lenart, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, *XX lat...*, s. 43; J. Zajadło, *Czy Cyceron...*, s. 32; A. Szlęzak, *O umownych terminach...*, s. 43.

Nie stosujemy w przypisach zapisów, które nie odsyłają do konkretnego nazwiska autora i jego konkretnej publikacji – np. *idem*, *ibidem*, *tamże*, *tenże*, *op. cit.*

Bardziej szczegółowe informacje, m.in. dotyczące adiacji materiałów, znajdą Państwo na stronie internetowej www.palestra.pl.

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Wojciech Hermeliński, Barbara Nita-Światłowska

- Prohibition of retroactive application of criminal law
– comments in the context of amending of the Criminal Code extending
the presumption of criminal origin of property 5

Marek Derlatka

- The right of the state to punish 20

Martyna Kusak

- Defence lawyer and the European investigation order 29

Małgorzata Banach, Marek Smarzewski

- Advocate's right of defence in criminal proceedings and in advocates
disciplinary proceedings according to legal professional privilege 40

Radosław Krajewski

- Good morals as a subject matter of criminal law protection 55

Dariusz Michta

- Advocate working as a didactic teacher 68

Marek Porzeżyński

- Protection of personal data in the process of analysis of company's
documentation pursuant to the General Data Protection Regulation 79

GLOSSES

Paweł Rafałowicz

- Disinheritance of children who do not fail to perform their family obligations
to the testator's contribution – gloss on the Judgment of the Polish Supreme
Court of 25 March 2018 (I CSK 424/17) 93

Anna Ruchała

- Consequences of the absence of a defence lawyer during first hearing in
preparatory proceedings – a gloss to the judgment of the Supreme Court
of 27 June 2017 (II KK 82/17) 102

RECENT CASE-LAW

Michał Gałęski

- Review of the Supreme Court's judicial decisions in criminal cases
(June–December 2018) 111

LAWYER, BOOK-LOVER'S TALES

Andrzej Tomaszek

„Black Mirror” seriously what means Harari once again 129

REVIEWS

Marta Śledź

Review: Michał Jabłoński, Krzysztof Koźmiński, *Bankowe kredyty waloryzowane do kursu walut obcych w orzecznictwie sądowym*, Wolters Kluwer, Warsaw 2018 . . 134

COLUMNS OF MEMORY

Michał M. Palica

Władysław Piotrowski (1907–1973) 139

Guide for authors 141

W numerze między innymi:

WOJCIECH HERMELIŃSKI, BARBARA NITA-ŚWIATŁOWSKA

Zakaz wstecznego stosowania przepisów prawnych
– uwagi w kontekście nowelizacji Kodeksu karnego
rozszerzającej domniemanie przestępczego pochodzenia mienia

MAREK DERLATKA

Prawo państwa do karania

MARTYNA KUSAK

Obrońca a europejski nakaz dochodzeniowy

RADOSŁAW KRAJEWSKI

Obyczajność
jako przedmiot ochrony prawnej

DARIUSZ MICHTA

Wykonywanie zawodu adwokata
przez pracownika dydaktycznego

MAREK PORZEŻYŃSKI

Ochrona danych osobowych
w procesie badania dokumentacji spółki
zgodnie z ogólnym rozporządzeniem o ochronie danych
