



październik

10/2022

PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej



RZECZPOSPOLITA

DODATEK NADZWYCZAJNY

WYBÓR PREZYDENTA RZECZYSPOLITEJ POLSKIEJ
Z ARYTMICZNEJ WARDOWEJ.

Wybrany został Prezydentem **GABRIEL NARUTOWICZ** 219 głosami.

PAWEŁ BUDZIWIŁSKI

STANISŁAW

SKARŻYŃSKI

WYBÓR





październik

10/2022

PALESTRA

P i s m o A d w o k a t u r y P o l s k i e j

Rok LXVII nr 779



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor naczelna:

Ewa Stawicka

Sekretarz redakcji:

Klaudiusz Kaleta

Redaktorzy języka angielskiego:

Grzegorz Grątkowski, Anna Setkovicz

Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

Stanisław Balik

Zbigniew Banaszczyk

Jacek Barcik

Wojciech Bergier

Michał Bieniak

Józef Forystek

Piotr Fiedorczyk

Lech Gardocki

Paweł Gieras

Roman Hauser

Joseph Hoffmann

Krzysztof Kostański

Andrzej Kubas

Jan Kuklewicz

Katalin Ligeti

Erik Luna

Frank Meyer

Dariusz Mucha

Marek Antoni Nowicki

Piotr Ochwat

Szymon Pawelec

Krzysztof Piesiewicz

Krzysztof Pietrzykowski

Jerzy Pisuliński

Paweł Podrecki

Janusz Raglewski

Anna Rakowska-Irela

Stanisław Rymar

Marek Safjan

Philippe Sands

Piotr Sendecki

Elżbieta Skowrońska

Tomasz Sójka

Monika Strus-Wołos

Maciej Szpunar

Dobrosława Szumilo-Kulczycka

Dariusz Świecki

Jaromir Tauchen

Stephen C. Thaman

Andrzej Tomaszek

Józef Wójcikiewicz

Maria Zablocka

Stanisław Zabłocki

Jerzy Zajadło

Piotr Zientarski

Jerzy Zięba

Paweł Ziętara

WYDAJE

NACZELNA RADA ADWOKACKA

WARSZAWA

W drugiej połowie XIX wieku elita intelektualna Warszawy skonstatowała brak w mieście tak wyodrębnionego miejsca, jak i specjalnej instytucji, które służyłyby urządzaniu wystaw prac artystów. W 1860 r. powołano Towarzystwo Zachęty Sztuk Pięknych. Z początkiem XX stulecia Towarzystwo uzyskało własny, nowo wzniesiony na ten cel (z niepublicznych środków) budynek zwany dziś Gmachem Zachęty. Wydarzenia artystyczne tam organizowane przez dziesięciolecia miały prestiżowy charakter.

Rok 1922 był naznaczony wielomiesięczną kampanią wyborczą. Wyłonione jesienią Sejm i Senat dokonały wyboru pierwszego w dziejach kraju Prezydenta. Gabriel Narutowicz po raz pierwszy od zaprzysiężenia pokazał się publicznie na otwarciu wystawy w Zachęcie. Podczas zwiedzania pierwszej spośród sal ekspozycji zatrzymał się przed obrazem autorstwa Bronisława Kopczyńskiego. Najprawdopodobniej było to powstałe w 1922 r. dzieło reprodukowane na okładce niniejszego numeru „Palestry”. Malarz ten, rysownik i grafik cieszył się sławą autora cykli widoków ukazujących charakterystyczne miejsca różnych miast. Utrwalał także – najczęściej akwarelą – scenki uliczne. Tworzył z powodzeniem jeszcze po II wojnie światowej, dokumentując m.in. piękno i polskość Ziem Odzyskanych. Jego syn Onufry Kopczyński, muzyk, był związany z endecją; pod hitlerowską okupacją działał w konspiracji, wydając m.in. pismo „Sztuka i Naród”; zginął w obozie koncentracyjnym. Pod widoczkami miejskiego rozgwaru otaczającego Zachętę 16.12.1922 r. dosięgły inżyniera Gabriela Narutowicza – wykładowcę Politechniki Żuryskiej, autora budów hydroelektrowni w kilku miastach zachodniej Europy, pomysłodawcę regulacji Wisły oraz Renu – śmiertelne kule wystrzelone przez Eligiusza Niewiadomskiego: malarza, wykładowcę i krytyka sztuki.

foto na okładce: Bartosz Górka; zasoby zachęta.art.pl, Bronisław Kopczyński, *Pałac sztuki*, Zachęta, 1922; przystanekhistoria.pl; myvimu.com

Przygotowanie okładki do druku: A.P. GRAF

Adres Redakcji:

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

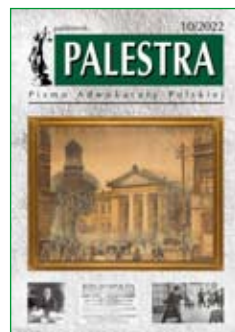
tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35

e-mail: redakcja@palestra.pl

Internet: www.palestra.pl

Ark. wyd.: 10. Nakład: 5000 egz.

ISSN 0031-0344, indeks 36851



Spis treści

Od Redakcji

Ewa Stawicka

Zachęta 5

Artykuły

Konrad Lipiński

Ustawowy test niezawisłości i bezstronności sędziego
w sprawach karnych 8

Konrad Kozub-Ciembroniewicz, Dobrosława Szumiło-Kulczycka

Czy aborcja naprawdę jest sprawą Konstytucji? 33

Łukasz Duśko, Mateusz Szurman

Placówka handlowa w zakładzie prowadzącym działalność
w zakresie kultury, sportu, oświaty, turystyki i wypoczynku
– wykładnia wyjątku od zakazu handlu w niedziele i święta 53

Piotr Fik

Termin w nakazach zapłaty do zaspokojenia roszczenia w całości
albo wniesienia środka zaskarżenia w postępowaniu nakazowym
i upominawczym (art. 480² § 2 k.p.c.) 70

Polemiki

Mikołaj Malecki

Wokół działalności łowców pedofili – polemika 84

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

Europejski Trybunał Praw Człowieka – przegląd orzecznictwa
(lipiec–wrzesień 2022 r.) 104

Głosy

Beata Kozielowicz-Kutrzepa

Zadośćuczynienie za krzywdę wyrządzoną uczestnikowi
eksperymentu medycznego – glosa do wyroku Sądu Najwyższego
z 21.09.2022 r. (I NSNc 75/21) 113

Forum adwokackie

Łukasz Mirocha

Zagadnienia finansowe związane z wyznaczeniem zastępcy
generalnego 124

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

Głosy z przeszłości, czyli o pożytkach z lektury archiwalnych
numerów „Palestry” 137

Table of contents 142

Od Redakcji

Ewa Stawicka

ZACHĘTA

Polska ziemia dopiero zaczyna zablizniać rany doznane w zmaganiach wojennych lat 1914–1918, a potem roku 1920. Mija zaledwie kilkanaście miesięcy od pokoju ryskiego, podpisanego w marcu 1921 r. pomiędzy Rzeczpospolitą a Rosyjską Federacyjną Socjalistyczną Republiką Radziecką i zależną od niej, lecz formalnie jeszcze na tę chwilę posiadającą własną państwowość, Ukraińską Socjalistyczną Republiką Radziecką.

Wiosną 1922 r. Rosja i Niemcy zawierają w Rapallo tajny układ wyłamujący Sowiety z dotychczasowej międzynarodowej izolacji, co zaraz potem spowoduje uznanie komunistycznego państwa najpierw przez Wielką Brytanię, następnie przez Francję, w końcu także przez Stany Zjednoczone Ameryki, a w nieodległej perspektywie doprowadzi do wybuchu nowej wojny światowej. Zwołana równolegle do Genewy międzynarodowa konferencja przynosi ogólnoeuropejski niepokój zamiast spełnienia nadziei na powszechne uznanie niepodważalności wywalczonych granic, jaką w szczególności pokładały w niej Polska i państwa bałtyckie.

II Rzeczpospolita ma już demokratyczną, nowoczesną ustawę zasadniczą uchwaloną w marcu 1921 r. Teraz przyszedł czas na rozpisanie wyborów do organów władzy pierwszej kadencji, jako że kończy się rola jednoizbowej konstytuancy, a także dobiega konstytucyjnie kresu możliwość dalszego sprawowania funkcji przez Naczelnika Państwa. Wciąż jednak odbywają się przepychanki pomiędzy Józefem Piłsudskim a wybranym w 1919 r. Sejmem Ustawodawczym, których przedmiotem jest powoływanie – z trudem – kolejnych składów Rady Ministrów. Ostatni przed wyborami gabinet formuje desygnowany przez Naczelnika Państwa krakowski konserwatysta Julian Nowak. Czołową postacią w składzie tego rządu, z teką ministra spraw zagranicznych, staje się – popierany przez Piłsudskiego – Gabriel Narutowicz (we wcześniejszych rządach pełnił on funkcję ministra do spraw robót publicznych, niezwykle istotną w dobie

masowego bezrobocia i zaistniałej jednocześnie potrzeby szybkiej odbudowy infrastruktury kraju). Narutowicz doprowadzi – po eksperckich debatach – do uchwalenia ustawy przyznającej ówczesnej Małopolsce Wschodniej swoistą autonomię wyrażającą się w samorządności wojewódzkiej, co pozwala oddalić obawy przed tendencjami separatystycznymi działaczy ukraińskich, a tym samym umocnić na międzynarodowym forum przekonanie o należytych podstawach do prawnego utrwalenia granic Polski.

Wiele miesięcy trwają polityczne targi o kształt ordynacji wyborczych. Ordynacje zostają nareszcie uchwalone w końcu lipca 1922 r., a w sierpniu pojawiają się obwieszczenia o rozpisaniu wyborów powszechnych – osobnych do 444-osobowego Sejmu i 111-osobowego Senatu – na 5 i 18 listopada tegoż roku.

Wcześniej, w marcu 1922, przedłużono kadencję funkcjonujących organów samorządowych (wybory do nich rozpisywane były lokalnie i w osobnych terminach dla poszczególnych terenów pozaborczej II Rzeczypospolitej).

Listopadowe wybory powszechne wyłaniają dwuizbowy parlament niezdolny do utworzenia sprawnie rządzącej większości. Partie centrowe tracą samodzielne znaczenie, mocniejszą pozycję uzyskują zarówno prawica, jak lewica. Dzięki zawartemu na chwilę porozumieniu, którego języczkiem u wagi jest centrowe PSL Piast kierowane przez Wincentego Witosa, udaje się wyłonić marszałków: Sejmowi będzie przewodniczyć kojarzony z lewym skrzydłem Maciej Rataj, natomiast na czele Senatu stanie wysunięty przez prawicę Wojciech Trąmpczyński.

Stanowisko Prezydenta Państwa lewica wraz z centrum oferują Józefowi Piłsudskiemu; prawica nie czuje się na siłach, aby przeciwstawić mu własnego kandydata – i ogranicza się do zjadliwej kampanii negatywnej. Naczelnik Państwa publicznie przecina jednak spekulacje, stanowczo oświadczając, że kandydować na najwyższy urząd w państwie nie zamierza. Tłumaczy to następująco: „W warunkach istniejących należy wybrać człowieka, któryby miał cięższy chód, a lżejszą rękę. (...) Z bagien i trzęsawisk trzeba się wydobywać. Człowiek o lekkim chodzie przechodzi je szybko i nie pomaga przez to innym, natomiast lekka ręka potrzebna jest do kompromisu (...) który choć w wielu umysłach łączy się z pojęciem zdrady, (...) to jest ściśle związany z istotą demokratyzmu”. Piłsudski będzie optował za kandydaturą Witosa, w jego postaci upatruje bowiem tych cech, których brak postrzega u siebie.

Jednak osoba Wincentego Witosa jest nie do zaakceptowania przez lewicowe PSL Wyzwolenie, które namawia do kandydowania Gabriela Narutowicza. Piłsudski podsuwa innego kandydata – Stanisława Wojciechowskiego, który jednak kojarzony jest tak mocno z Piastem, że dla Wyzwolenia także jawi się jako niemożliwy do przyjęcia; Socjaliści demonstracyjnie zgłaszają Ignacego Daszyńskiego, mniejszości narodowe zaś – równie manifestacyjnie – promują polskiego językoznawcę Jana Niecisława Baudouina de Courtenay.

Trwają gorączkowe targi prawicy z Witosem – z myślą, że przeniesie on potencjalnie dlań przeznaczone głosy na którąś z kolejno mu prezentowanych

osobistości; padają w tych zakulisowych rozmowach m.in. nazwiska Ignacego Paderewskiego, Maurycego Zamoyskiego, Józefa Hallera. Wójt Wierzchosławic wszystkie je uparcie neguje, w przekonaniu, że skoro bez jego wsparcia nie uda się osiągnąć większości w głosowaniu – w końcu on sam będzie musiał stać się wspólnym kandydatem prawicy i centrum.

W tych wyborach przeliczą się wszyscy. Obrażony Witos sam nie kandyduje. Po odpadnięciu w pierwszych głosowaniach Baudouina de Courtenay oraz Daszyńskiego na placu boju pozostają: Wojciechowski, Zamoyski zgłoszony ostatecznie jako kandydat prawicy oraz Narutowicz, który – niepomny, że Piłsudski mu to stanowczo odradzał – w końcu zgodził się stanąć w wyborcze szranki z poparciem Wyzwolenia. Prawica montuje chwilowe wsparcie dla kandydatury Narutowicza – w takim tylko stopniu, aby wyeliminować z gry Wojciechowskiego i tym samym postawić stronników PSL Piast (zakulisowo zatem i samego Witos) przed wyborem: Zamoyski albo Narutowicz. W rachubach tych założono, że Witos już prędzej poprze ordynata na Zamościu, niżli udzieli wsparcia kandydatowi wysuniętemu przez znienawidzone Wyzwolenie. I ta właśnie spekulacja okazała się mylna. Wojciechowski nieoczekiwanie przedwcześnie odpada z gry w wyniku „buntu” kilkusobowej grupy deputowanych PPS, którzy nie chcą nań zagłosować z tej jednej przyczyny, że postanowili stawać okoniem wobec wszelkich zamysłów Piłsudskiego. W końcowej rozgrywce Piast – rozgoryczony spostonowaniem Wincentego Witos przez zdominowaną przez narodowców prawą stronę politycznej sceny – odżegna się od możliwości wyboru na pierwszy urząd w państwie Maurycego Zamoyskiego, „obszarnika” i „magnata” – i odda swoje głosy na Gabriela Narutowicza.

Lewica i prawica po tym wyborze szaleją – każde na swoim skrzydle.

Polityczny mord dokonany wkrótce po zaprzysiężeniu prezydenta wstrząsa krajem, którego tradycji obce dotąd było królobójstwo. Aby ukrócić tumulty, marszałek Senatu Rataj (pełniący przejściowo, z mocy konstytucyjnych zapisów, niezbędne do funkcjonowania państwa funkcje prezydenckie) powołuje silny rząd, z Władysławem Sikorskim na czele. Ogłasza się stan wyjątkowy – kluczowe punkty stolicy zostają obsadzone wojskiem (co zostaje dokonane w porozumieniu z Józefem Piłsudskim jako szefem Sztabu Generalnego). Piast dochodzi do porozumienia z Wyzwoleniem, w wyniku czego gładko teraz dokonany zostaje wybór na prezydenta Stanisława Wojciechowskiego.

Wiek znów ku nam nadbiegnie. Miara łuk zatoczy.

Myśli stwardnieją w słowa. Otworzą się oczy.

Ewa Stawicka

Redaktor naczelna miesięcznika „Palestra”.

Pojęcia kluczowe: *bezstronność, niezawisłość, prawo do sądu, rzetelny proces, wyłączenie sędziego*

Artykuły

Konrad Lipiński

USTAWOWY TEST NIEZAWISŁOŚCI I BEZSTRONNOŚCI SĘDZIEGO W SPRAWACH KARNYCH

Wprowadzony ustawą z 9.06.2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw tzw. test niezawisłości i bezstronności sędziego stanowić miał remedium na problemy wymiaru sprawiedliwości związane z wadliwościami procedury powoływania sędziów po nowelizacji ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa z grudnia 2017 r. W artykule przeprowadzono analizę „testu” uregulowanego w Prawie o ustroju sądów powszechnych i ustawie o Sądzie Najwyższym. Autor dochodzi do wniosku, że przepisy ustanawiające ów test są wadliwie ukształtowane w stopniu, który podaje w wątpliwość możliwość jego zastosowania. Językowo bowiem rzecz ujmując, w celu zagwarantowania prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu ustawodawca przewidział procedurę, która sama ma moc naruszyć prawo do sądu. Ponadto wiele warunków ograniczających faktyczną możliwość skorzystania z „testu” powoduje, że adekwatniejszym – i w wyższym stopniu zapewniającym konwencyjny standard rzetelnego procesu – instrumentem badania wątpliwości co do bezstronności sędziego w jej aspekcie instytucjonalnym pozostaje wniosek o wyłączenie sędziego składany w trybie art. 41 § 1 Kodeksu postępowania karnego lub następcza kontrola orzeczenia przeprowadzana w trybie art. 439 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania karnego.

Ustawą z 9.06.2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw¹ do aktów prawnych regulujących ustroj sądów powszechnych,

¹ Ustawa z 9.06.2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw

sądów wojskowych, sądów administracyjnych oraz samego Sądu Najwyższego wprowadzono procedurę zwaną „testem niezawisłości i bezstronności” sędziego². W uzasadnieniu prezydenckiego projektu ustawy, który stanowił podstawę uchwalonych rozwiązań, wskazano, że jest to „nowa instytucja procesowa umożliwiająca badanie spełnienia przez sędziego wymogów niezawisłości i bezstronności z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących jego powołaniu oraz postępowaniu sędziego po powołaniu, jeżeli w okolicznościach konkretnej sprawy zostaną podniesione wątpliwości co do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności, mającego wpływ na wynik sprawy”, jej celem jest zaś „zapewnienie uczestnikom postępowania sądowego lub sądowoadministracyjnego gwarancji procesowych, że nie występują jakiekolwiek wątpliwości odnośnie bezstronności i niezawisłości sędziego orzekającego w sprawie”³. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy obowiązująca już procedura spełnia tak zarysowany cel, jak również – do jakiej kategorii spraw znajduje ona zastosowanie. Czy zatem – jak wskazano w uzasadnieniu – przepisy znajdują zastosowanie „do wszystkich sędziów i spraw określonych w projekcie”, a nade wszystko – czy mogą stanowić remedium na wadliwość procedury nominacyjnej tych sędziów, którzy powołani zostali na stanowiska sędziowskie w wyniku rekomendacji zawartej w uchwale Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej nowelizacją z 8.12.2017 r.⁴

(Dz.U. z 2022 r. poz. 1259), dalej ustawa z 9.06.2022 r., ustawa nowelizująca lub ustawa o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym i niektórych innych ustaw.

- ² Określenie to pojawia się nawet w komunikacie umieszczonym na oficjalnej stronie Sądu Najwyższego z 18.07.2022 r. o tytule *Test niezawisłości i bezstronności sędziego*, <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=848-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia> (dostęp: 8.09.2022 r.). Z kolei w komunikacie z 19.08.2022 r. o tytule *Wyjaśnienie w sprawie kolejnej nierzetelności dziennikarskiej w publikacji red. Ewy Ivanovej w „Gazecie Wyborczej”* rzecznik prasowy Sądu Najwyższego sformułował *quasi*-definicję tego pojęcia: „przedmiotem (...) rozstrzygnięcia z 26.07.2022 r. w sprawie zarejestrowanej w Sądzie Najwyższym pod sygn. akt III KK 404/21 było rozpoznanie kasacji skazanego od wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie, a nie przeprowadzenie tzw. «testu niezawisłości i bezstronności». Mianem tym określa się instytucję procesową wprowadzoną przepisami, które zaczęły obowiązywać 15.07.2022 r. na mocy ustawy z 9.06.2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw. Określenie test niezawisłości i bezstronności pojawiło się w przestrzeni publicznej wraz inicjatywą ustawodawczą Prezydenta RP, której rezultatem było uchwalenie powyższej ustawy. Test ten wprowadza konkretną procedurę, która nie została zastosowana w sprawie opisywanej przez red. Ivanovą. Łączenie instytucji testu niezawisłości i bezstronności z niekonstytucyjnym rozwiązaniem normatywnym wyrażonym w uchwale SN z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20) jest rażąco mylące, prowadzi do dezorientacji odbiorców i świadczy o braku obiektywizmu znanego reportera sądowego” – <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=862-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia> (dostęp: 29.09.2022 r.).
- ³ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2011, Sejm IX kadencji.
- ⁴ Ustawa z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 3).

Wadliwość procedury nominacyjnej sędziów sądów powszechnych oraz sędziów Sądu Najwyższego wywołana uczestnictwem w tej procedurze nieprawidłowo powołanej Krajowej Rady Sądownictwa stanowi realny problem procesowy, dotychczas najszerzej przeanalizowany w treści uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 23.01.2020 r.⁵ Posługując się pewnym uproszczeniem, można powiedzieć, że w przypadku osób powołanych w nowej procedurze na stanowisko sędziów Sądu Najwyższego wadliwość ta jest nieusuwalna, w przypadku sędziów sądów powszechnych konieczne jest zaś stwierdzenie, że kontaminacja procesu powoływania w konkretnych okolicznościach prowadzi do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności sędziowskiej⁶. Pozostawiając na uboczu zarówno zasadność różnicowania konsekwencji wadliwości procesu nominacyjnego w stosunku do obu grup sędziów, jak i procesową kategoryzację uchybienia polegającego na wydaniu orzeczenia przez osobę powołaną w tym trybie (tj. art. 439 § 1 pkt 1 lub 2 Kodeksu postępowania karnego⁷)⁸ – bez obawy o popełnienie błędu stwierdzić trzeba, że problem jest realny i aktualny (inaczej analizowana ingerencja ustawodawcza nie byłaby wszak potrzebna). Aktualności nie ujemuje mu w szczególności wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20.04.2020 r. wydany w sprawie U 2/20⁹, w którym organ ten stwierdził, że uchwała połą-

⁵ BSA I-4110-1/20, OSNKW 2020/2, poz. 7, dalej uchwała połączonych (trzech) Izb SN lub uchwała z 23.01.2020 r.

⁶ Warto odnotować spostrzeżenie M. Królikowskiego, zdaniem którego sędzia powołany w wyniku takiej procedury „jest w powinności poddania swojej bezstronności pod ocenę niezawisłego i niezależnego sądu, a zatem w składzie, wobec którego nie zachodzą wątpliwości dotyczące obiektywnych lub subiektywnych zdolności orzeczniczych w kanonach właściwych dla sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Powinien wywołać tę kontrolę przed przystąpieniem do orzekania w referacie w celu rozstrzygnięcia, czy w jego przypadku przedstawienie przez Krajową Radę Sądownictwa danej kandydatury Prezydentowi RP nie nosiło znamion dowolności (...)” – M. Królikowski, *Powinności w czasie kryzysu uznawalności orzeczeń sądów (w:) Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022, s. 18. Podobną myśl znajdziemy również w pkt 53 uchwały 3 Izb SN, gdzie stwierdzono, że „okolicznością świadczącą o dbałości sędziego o zachowanie zasad bezstronności i niezawisłości jest podjęcie starań o wyjaśnienie dotyczących go wątpliwości przed przystąpieniem do rozpoznania sprawy (np. przez sygnalizację z art. 41 k.p.k. oraz art. 49 § 1 k.p.c.)”.

⁷ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1855 ze zm.), dalej k.p.k.

⁸ Co do obu tych kwestii zob. J. Majewski, *Strukturalne uzależnienie obecnej Krajowej Rady Sądownictwa od władzy politycznej i wynikająca z tego wadliwość procedury powołań na urząd sędziego a wymóg niezależności i bezstronności sądu oraz instytucja wyłączenia iudex suspectus w postępowaniu karnym (art. 41 k.p.k.)*. Uwagi wybrane (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, s. 71 i n. Zob. też A. Kappes, J. Skrzydło, *Czy wyroki neo-sędziów są ważne? – rozważania na tle uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20), „Palestra” 2020/5*, s. 120.

⁹ Wyrok TK z 20.04.2020 r. (U 2/20), OTK-A 2020/61. Wolno zresztą sformułować dalej jeszcze idącą wątpliwość co do prawidłowości orzeczenia wiążącą się ze składem orzekającym – ignorującym wyrok TK z 3.12.2015 r. (K 34/15), Dz.U. poz. 2129 i wyrok TK z 9.12.2015 r. (K 35/15), Dz.U. poz. 2147. Zob. W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, *Orzeczenie sądowe wydane z udziałem sędziego powołanego wadliwie a naruszenie prawa do sądu gwarantowanego przez art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie*

czonych Izb SN jest niezgodna z Konstytucją RP¹⁰ – choćby z tego względu, że uchwała Sądu Najwyższego nie jest „przepisem prawa” (art. 188 pkt 3 Konstytucji RP), a tym samym nie może podlegać kontroli dokonywanej przez Trybunał Konstytucyjny. Stanowisko to zostało szeroko uzasadnione w zdaniach odrębnych do wspomnianego orzeczenia¹¹, w dalszej zaś kolejności – zaaprobowane przez Sąd Najwyższy¹². Również Europejski Trybunał Praw Człowieka, wydając orzeczenie w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce*¹³, stwierdził, że sformułowany w wyroku Trybunału Konstytucyjnego pogląd nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy w procesie powoływania sędziów doszło do oczywistego i obiektywnie dostrzegalnego naruszenia prawa, a co więcej – ocena TK musi zostać uznana za arbitralną (§ 261–262).

Choroba tocząca wymiar sprawiedliwości jest zatem jak najbardziej realna, a u jej podstaw leży skażenie procesu nominacyjnego sędziów przez udział w nim organu, który nie jest tożsamy z Krajową Radą Sądownictwa, o której mowa w Konstytucji RP¹⁴. Jeśli zaś „skażony” jest organ opiniujący, to pojawia się również nieakceptowalne niebezpieczeństwo „skażenia” podmiotu opinowanego¹⁵, przy czym w świetle uchwały trzech Izb SN oraz potwierdzającej jej aktualność uchwały składu siedmiu sędziów SN z 2.06.2022 r.¹⁶ przyjąć trzeba – w charakterze wstępnego założenia dla dalszych rozważań – że w przypadku sędziów Sądu Najwyższego mamy do czynienia nie tyle z niebezpieczeństwem skażenia, ile z jego pewnością, w przypadku zaś sędziów sądów powszechnych niebezpieczeństwo to nie musi jednak zmaterializować się w negatywnym

praw człowieka – glosa do wyroku Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1.12.2020 r., 26374/18, Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021/5, s. 45.

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

¹¹ Zob. zdania odrębne sędziów TK L. Kieresa i P. Piszczółkowskiego, jak również uwagi P. Tulei, *Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r.*, „Państwo i Prawo” 2020/10, s. 58. Trzeba zresztą pamiętać, że aktualny Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24.11.2011 r. (K 6/21), OTK-A 2022/9, orzekł, że nie można do niego stosować standardów z art. 6 ust. 1 EKPC, a zatem nie jest on niezawisłym i bezstronnym sądem w rozumieniu tego przepisu – W. Wróbel, *Skutki rozstrzygnięcia w sprawie K 3/21 w perspektywie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021/12, s. 20. Zgodnie wszak z pkt 1 tego wyroku art. 6 ust. 1 EKPC „w zakresie, w jakim pojęciem sądu użytym w tym przepisie obejmuje Trybunał Konstytucyjny” miałby być niezgodny z art. 173 w związku z art. 10 ust. 2, art. 175 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

¹² Postanowienie SN z 16.09.2021 r. (I KZ 29/21), OSNK 2021/10, poz. 41; postanowienie SN z 29.09.2021 r. (V KZ 47/21), LEX nr 3230203; postanowienie SN z 28.10.2021 r. (III KK 237/21), LEX nr 3258749. Zob. też A. Kappes, J. Skrzydło, *Czy wyroki...*, s. 122.

¹³ Wyrok ETPCz z 22.07.2021 r., skarga nr 43447/19 – w szczególności § 261–263.

¹⁴ Zob. pkt 1 uchwały SN z 2.06.2022 r. (I KZP 2/22), OSNK 2022/6, poz. 22.

¹⁵ J. Giezek, *Zarys modelowego ujęcia bezstronności sędziego w aspekcie instytucjonalnym* (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawlocki, s. 23.

¹⁶ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 2.06.2022 r. (I KZP 2/22), OSNK 2022/6, poz. 22.

skutku, jakim jest immanentny brak niezawisłości powołanego w ten sposób sędziego¹⁷.

Diagnostując proces chorobowy¹⁸ (a właściwie – dostrzegając jego skutki i na nich się tylko skupiając), ustawodawca zdecydował się wyłącznie na próbę leczenia jego objawów, pozwalając, aby źródło skażenia funkcjonowało w niezakłócony sposób. Nie zmieniono bowiem ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa, wszelako remedium na wątpliwości co do instytucjonalnej bezstronności sędziego¹⁹ stanowić ma właśnie tzw. test niezawisłości i bezstronności, przewidziany w identycznym niemal kształcie w ustawie o Sądzie Najwyższym²⁰ (art. 29 § 5–25) oraz ustawie – Prawo o ustroju sądów powszechnych²¹ (art. 42a § 3–14). Dla usunięcia wątpliwości terminologicznych nową procedurę określić można testem „ustawowym” – w odróżnieniu od testu przeprowadzanego według kryteriów wskazanych w uchwale trzech Izb SN.

W dotychczasowej rzeczywistości normatywnej weryfikacja prawidłowości składu sądu w postępowaniu karnym w związku z wątpliwościami co do bezstronności sędziego w aspekcie instytucjonalnym odbywać się mogła w dwóch trybach, a mianowicie w ramach kontroli prewencyjnej – poprzez rozpoznanie wniosku o wyłączenie sędziego (na podstawie art. 41 § 1 w zw. z art. 42 § 1 i 4 k.p.k. w zw. z art. 45 Konstytucji RP w zw. z art. 6 EKPC²², art. 47 KPP²³ oraz art. 19 ust. 1 TUE²⁴), lub w ramach kontroli następczej – poprzez rozpoznanie

¹⁷ Warto jednak zauważyć, że w uchwale z 2.06.2022 r. (I KZP 2/22), OSNK 2022/6, Sąd Najwyższy zdaje się wprowadzać domniemanie braku bezstronności o charakterze instytucjonalnym w przypadku sędziów sądów powszechnych. W uchwale mowa jest wszak o tym, że konsekwencją powołania KRS w sposób sprzeczny z Konstytucją RP „jest obalenie funkcjonującego dotąd *in gremio* i *a priori* domniemania niezawisłości i bezstronności tak powołanego sędziego”. Jakkolwiek w kolejnym zdaniu SN stwierdza, że „nie oznacza to samo w sobie ich stronniczości”, to w dalszej części uzasadnienia uchwały wskazuje już, że „obecnie (...) konieczny jest dowód pozytywny bezstronności, gdy uprzednio trzeba było wykazać sytuację przeciwną – brak bezstronności”.

¹⁸ Ciągnąc porównania medyczne jeszcze dalej, można by stwierdzić, że mamy do czynienia z chorobą autoimmunologiczną, skoro została ona wywołana przez ustawodawcę.

¹⁹ Instytucjonalny aspekt bezstronności wiąże się z okolicznościami związanymi z prawidłowością powołania procedury sędziego na stanowisko, analizowanej pod kątem zgodności z minimalnym standardem niezawisłości, niezależności i odrębności od wpływów na proces wyboru, podczas gdy aspekt personalny (indywidualny) wiąże się z okolicznościami odnoszącymi się do stosunku sędziego do stron oraz do przedmiotu sprawy – P. Kardas, *Instytucjonalne aspekty bezstronności sędziego. O proceduralnych podstawach i sposobach rozpoznawania wniosków dotyczących wyłączenia sędziego z uwagi na brak instytucjonalnych gwarancji bezstronności* (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, s. 123.

²⁰ Ustawa z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2021 r. poz. 1904); dalej ustawa o SN.

²¹ Ustawa z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 2072); dalej p.u.s.p.

²² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284).

²³ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 303, s. 1).

²⁴ Traktat o Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/30).

zarzutu nienależytej obsady sądu, wiążącego się z uchybieniem, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. (względnie – analizę możliwości wystąpienia takiego naruszenia dokonywaną z urzędu przez sąd odwoławczy)²⁵. Można sensownie argumentować, że składająca stosowny wniosek lub podnosząca zarzut strona postępowania zwolniona była z obowiązku podawania jakichkolwiek okoliczności przemawiających za brakiem niezawisłości lub bezstronności sędziego poza spostrzeżeniem, że został on powołany do pełnienia funkcji w wadliwej procedurze. Sam ten fakt rodzi bowiem wątpliwości co do bezstronności sędziego w jej aspekcie instytucjonalnym, a wręcz pozwala sformułować domniemanie braku takiej bezstronności (zwane niekiedy domniemaniem stronniczości)²⁶, które mogłoby być obalone poprzez przeprowadzenie przez właściwie obsadzony sąd testu według kryteriów, o których mowa w uchwale trzech Izb SN – stanowiącego swoistą protezę rekomendacji prawidłowo ukształtowanej KRS²⁷. Brak zainicjowania przez stronę kontroli prewencyjnej nie wyklucza zaś kontroli następczej – w tym również wywołanej stosownym zarzutem podniesionym przez stronę²⁸. Wynika z tego ważne dla dalszych rozważań, choć chyba nieszczególnie zaskakujące spostrzeżenie, że prawo do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji nie wygasa, możliwość zbadania tych przymiotów zaś nie może być ograniczona jakimkolwiek, a w szczególności prekluzyjnym terminem²⁹.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka daje solidne podstawy do kwestionowania spełnienia minimalnego standardu niezawisłości i bez-

²⁵ P. Kardas, *Instytucjonalne...*, s. 103.

²⁶ J. Skorupka, *Domniemanie braku bezstronności sędziego sądu powszechnego rozpoznającego sprawę karną ze względu na wadliwość procedury nominowania na urząd sędziego lub objęcia wyższego stanowiska służbowego* (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, s. 54; W. Wróbel, *Weryfikacja standardu niezależności i bezstronności sądu według uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. – wybrane problemy* (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, s. 67–69. Podobnie P. Tuleja wskazuje, że „naruszenia art. 47 KPP dotyczące skrócenia kadencji poprzedniej KRS, sposobu powołania nowej KRS oraz sposobu jej funkcjonowania wskazują raczej na domniemanie braku bezstronności nowo powołanych sędziów niż na domniemanie ich bezstronności” – P. Tuleja, *Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r.*, „Państwo i Prawo” 2020/10, s. 61.

²⁷ Test taki wykonano choćby w postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 14.10.2021 r. (II AKa 154/21), LEX nr 3251903 oraz w noszącym taką samą sygnaturę niepublikowanym postanowieniu Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 14.02.2022 r.

²⁸ D. Świecki, *Postępowanie w przedmiocie wyłączenia sędziego sądu powszechnego orzekającego w sprawach karnych z uwagi na wadliwość powołania na urząd sędziego* (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, s. 172.

²⁹ S. Steinborn przyjmuje, że nawet wniosek o wyłączenie sędziego z uwagi na wątpliwości co do jego bezstronności w aspekcie instytucjonalnym, składany na podstawie analogicznie stosowanego art. 41 § 1 k.p.k., nie powinien być formalnie ograniczony terminem, o którym mowa w art. 41 § 2 k.p.k. [S. Steinborn, *Tryb uprzedniej weryfikacji w procesie karnym wątpliwości dotyczących niezawisłości sędziowskiej wynikających z wadliwości powołania sędziego* (w:) *Bezstronność...*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, s. 205] – mimo że po tym terminie otwarta pozostaje możliwość następczej kontroli prawidłowości składu sądu.

stronności przez sąd³⁰, w skład którego wchodzi sędziowie powołani w procedurze obejmującej rekomendację KRS po jej strukturalnych zmianach:

- 1) do Izby Dyscyplinarnej SN – z uwagi na wyrok zapadły w sprawie *Reczkowicz przeciwko Polsce*³¹ (co znajdzie również zastosowanie w sytuacji, gdy sędziowie powołani do tej izby zostali przeniesieni do innych izb na podstawie art. 10 ustawy z 9.06.2022 r.),
- 2) do Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN – z uwagi na wyrok w sprawie *Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce*³² (co należy odnieść również do sędziów przeniesionych z tej izby do innych izb SN),
- 3) do Izby Cywilnej SN – z uwagi na wyrok w sprawie *Advance Pharma sp. z o.o. przeciwko Polsce*³³ (co może znaleźć zastosowanie również do innych izb, o ile w procedurze nominacyjnej udział brała KRS ukształtowana ustawą z grudnia 2017 r. – zob. w szczególności § 350–353 tego wyroku).

Krótko mówiąc, zarówno orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak i Sądu Najwyższego dają podstawy do formułowania twierdzenia o konieczności wyłączenia od rozpoznania sprawy sędziego Sądu Najwyższego powołanego w nowej procedurze – i to w oderwaniu od okoliczności konkretnej sprawy. Ustawodawca w noweli do ustawy o SN zawarł jednak regulację, która stanowić ma tamę dla tego rodzaju rozstrzygnięć. Do art. 29 ustawy dodano bowiem – oprócz samego ustawowego „testu bezstronności” – § 4, zgodnie z którym „Okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego Sądu Najwyższego nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do podważenia orzeczenia wydanego z udziałem tego sędziego lub kwestionowania jego niezawisłości i bezstronności”. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy w istocie przepis ten uniemożliwia uwzględnienie wniosku strony o wyłączenie sędziego Sądu Najwyższego uzasadnianego wyłącznie wadliwością procedury nominacyjnej (lub podjęcie takiego rozstrzygnięcia z urzędu), a zatem jeśli w danej sprawie nie zostaną podniesione okoliczności wiążące się z konkretną sprawą tudzież stroną postępowania.

Przyglądając się analizowanemu przepisowi nieco bliżej, w pierwszej kolejności warto zauważyć, że wysłowiona w nim norma charakteryzuje się relatywnie szerokim zakresem normowania. Zakazuje bowiem nie tylko kwestionowania niezawisłości i bezstronności sędziego (tu można by wszak twierdzić, że bezstronność w ujęciu instytucjonalnym jest czym innym niż obie z tych kategorii

³⁰ Zasadniczo wymagania, aby sąd był „ustanowiony ustawą” oraz „bezstronny i niezawisły” są materialnie odrębne, lecz służą temu samemu celowi, co ETPCz podkreślił w dalej omawianym orzeczeniu w sprawie *Ástráðsson przeciwko Islandii*. Zob. L. Garlicki, *Trybunał Strasburski a kryzys polskiego sądownictwa. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1.12.2020 r., Ástráðsson przeciwko Islandii*, „Przegląd Sądowy” 2021/4, s. 9.

³¹ Wyrok ETPCz z 22.07.2021 r. w sprawie 43447/19, *Reczkowicz przeciwko Polsce*.

³² Wyrok ETPCz z 8.11.2021 r. w sprawie nr 49868/19 i 57511/19, *Dolińska-Ficek i Ozimek przeciwko Polsce*.

³³ Wyrok ETPCz z 3.02.2022 r. w sprawie nr 1469/20, *Advance Pharma sp. z o.o. przeciwko Polsce*.

ujmowane indywidualnie), ale również „podważania orzeczenia” wydanego z jego udziałem. Celem tego uregulowania jest niewątpliwie uniemożliwienie Sądowi Najwyższemu uchylecia orzeczenia lub wznowienia postępowania w sytuacji, gdy orzeczenie to zostało wydane przez sędziego Sądu Najwyższego powołanego na to stanowisko w wyniku rekomendacji KRS ukształtowanej ustawą z 8.12.2017 r. Problem polega jednak na tym, że zasadniczym argumentem leżącym u podstaw zapadających w tym układzie orzeczeń kasatoryjnych lub wznowiających postępowanie jest stwierdzenie, że nieprawidłowość składu Sądu Najwyższego nie tylko prowadzi do wystąpienia bezwzględnej przyczyny odwoławczej, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k., ale nadto wiąże się z naruszeniem konstytucyjnego i konwencyjnego prawa do sądu³⁴. Jeśliby analizowany przepis interpretować w ten właśnie sposób, to musiałoby to przecież oznaczać, że ustawodawca zwykły zabrania Sądowi Najwyższemu stwierdzenia naruszenia przepisów art. 45 Konstytucji RP, art. 6 ust. 1 EKPC oraz art. 47 KPP, a przynajmniej zakazuje wyprowadzenia konsekwencji prawnych takiego naruszenia, co niechybnie musiałoby oznaczać pozbawienie strony skutecznego środka prawnego przeciwdziałającego naruszeniu prawa do rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą.

Stąd też mogłoby się wydawać, że eliminując mocą art. 29 § 4 ustawy o SN dotychczas wykorzystywane instrumenty wykluczenia od udziału w sprawie sędziego powołanego w nowej procedurze oraz usuwania z obrotu prawnego wydawanych przezeń orzeczeń, ustawodawca przewidział w to właśnie miejsce „test bezstronności” sformalizowany odpowiednio w art. 29 § 5–25 ustawy o SN oraz art. 42a § 3–14 p.u.s.p. *Prima facie* koresponduje on z trzecim kryterium testu określonego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (Wielką Izbę) w sprawie *Ástráðsson przeciwko Islandii*³⁵. W uzasadnieniu tego orzeczenia Trybunał stwierdził bowiem – ujmując rzecz możliwie syntetycznie – że do naruszenia standardu prawa do rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC dochodzi wówczas, gdy: (1) w procedurze nominacyjnej doszło do wyraźnego złamania prawa krajowego, (2) naruszenie prawa krajowego dotyczyło podstawowych elementów procedury powoływania sędziów – a zatem gdy miało ono dostatecznie poważny charakter, (3) zarzuty dotyczące prawa do rozpoznania sprawy przez sąd ustanowiony ustawą nie zostały skutecznie zbadane i rozpoznane (a tym samym – naprawione) przez sądy krajowe. Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym i niektórych innych ustaw dąży do wykreowania u jego odbiorcy przekonania, że to właśnie dzięki nowej procedurze możliwe będzie spełnienie trzeciego kryterium testu, a tym samym – sanowanie uchybień

³⁴ Podobnie rzecz się przedstawia z postanowieniami wyłączającymi sędziów SN powołanych w nowej procedurze lub stwierdzającymi wadliwość wydanych przez nich orzeczeń. Zob. postanowienie SN z 28.10.2021 r. (III KK 237/21), LEX nr 3258749; postanowienie SN z 16.09.2021 r. (I KZ 29/21), OSNK 2021/10, poz. 41.

³⁵ Wyrok ETPCz z 1.12.2020 r. w sprawie nr 26374/18 *Ástráðsson przeciwko Islandii*.

wypunktowanych choćby w orzeczeniu ETPCz w sprawie *Advance Pharma sp. z o.o. przeciwko Polsce*.

Rzecz jednak w tym, że kryteria owego testu – czy to przewidziane w ustawie o Sądzie Najwyższym, czy w prawie o ustroju sądów powszechnych – ukształtowane zostały w taki sposób, że ze względów konstrukcyjnych nie mogą one spełnić stawianego przed nimi zadania. W porównaniu z dotychczasowym stanem prawnym ustawy „test bezstronności” ogranicza, a nie rozszerza możliwości efektywnej kontroli konstytucyjnego i konwencyjnego standardu prawa do sądu³⁶. Nie jest to zatem skuteczny środek prawny, przy czym przyczyny niespełnienia wspomnianych kryteriów przez test przewidziany w obu analizowanych ustawach nieco się różnią – również z uwagi na odmienną pozycję w strukturze sądownictwa sędziów SN i sędziów sądów powszechnych, o której mowa w uchwale trzech Izb SN z 23.01.2020 r.

Interpretator tekstu prawnego odnosi wrażenie, że pierwszym z elementów wspólnych „testu niezawisłości i bezstronności sędziego” wkomponowanych zarówno w ustawę o Sądzie Najwyższym, jak i Prawo o ustroju sądów powszechnych, jest wymóg stwierdzenia, że okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego i jego postępowanie po powołaniu przekonują o tym, iż rozpoznanie sprawy przez sędziego „może doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności mającego wpływ na wynik sprawy z uwzględnieniem okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy” (art. 29 § 5 ustawy o SN, art. 42a § 3 p.u.s.p.). Ustawodawca wprowadza zatem szereg czynników, które należy uwzględnić w ramach obu tożsamo ukształtowanych „testów”, a nadto przewiduje warunek swoiście rozumianej „skutkowości” uchybień procesu nominacyjnego. Dekretuje zarówno przyczyny, jak i skutki, a zarazem wymaga od strony – i czyni z tego formalny wymóg pisma – udowodnienia wszystkich z nich (art. 29 § 9 pkt 2 ustawy o SN, art. 42a § 7 pkt 2 p.u.s.p.). Wydawałoby się zatem, że strona musi przedstawić dowody dotyczące okoliczności towarzyszących powołaniu sędziego oraz jego postępowania po tym powołaniu, a nadto nie tylko udowodnić, że okoliczności te mogą doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności, ale również – że naruszenie tego standardu miałyby wpływ na wynik sprawy, co z kolei ustalać należy „z uwzględnieniem okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy”. Mamy bowiem do czynienia z trzema grupami wyrażen, dotyczącymi odpowiednio:

- 1) przyczyn uruchomienia „testu bezstronności”, dotyczących okoliczności towarzyszących powołaniu sędziego i jego postępowania po powołaniu,

³⁶ Oba ze wspomnianych standardów się bowiem przenikają, w konsekwencji zaś niedochowanie przez przepis ustawowy standardu konwencyjnego wiąże się z naruszeniem art. 45 ust. 1 Konstytucji RP. Zob. W. Hermeliński, B. Nita-Światłowska, *Orzeczenie...*, s. 45. W nieco szerszej perspektywie mamy tu do czynienia z multikonstytucjonalizmem, charakteryzującym się wspólnotą standardów ochrony praw człowieka i zasad ustrojowych w poszczególnych państwach i organizacjach ponadnarodowych (P. Tuleja, *Ustrojowe...*, s. 52).

- 2) naruszanego standardu, który ma dotyczyć niezawisłości lub bezstronności, a nadto móc wpłynąć na wynik sprawy,
- 3) czynników przekonujących o możliwości naruszenia tego standardu, uwzględniających okoliczności dotyczące uprawnionego oraz charakter sprawy.

Mogłoby się wydawać, że w ramach każdej z tych grup mamy do czynienia z koniunkcją, a zatem że strona musi odwołać się zarówno do okoliczności towarzyszących powołaniu sędziego, jak i do jego postępowania po powołaniu; wskazać zarówno naruszany standard, jak i każdorazowo osobno udowodnić możliwość jego wpływu na wynik sprawy; odnosić się nie tylko do okoliczności dotyczących uprawnionego, lecz również enigmatycznie ujętego „charakteru sprawy”. W ramach wszystkich wymienionych wyżej grup koniunkcja jest jednak jedynie pozorna. Nakaz uwzględnienia „okoliczności dotyczących powołania sędziego i jego postępowania po powołaniu” zakreśla bowiem jedynie katalog czynników należących do dwóch grup, które mogłyby przekonać sąd rozpoznający wniosek o naruszeniu standardu niezawisłości i bezstronności. Mówiąc inaczej, przepis wskazuje, jaki krąg czynników sąd orzekający w przedmiocie wniosku ma badać, ale nie nakazuje wnioskodawcy wykazania odrębnego faktu podpadającego pod każdy z nich. Wynikający z tej normy obowiązek sprowadza się zatem do konieczności zbadania przez sąd dwóch grup okoliczności pod kątem możliwości wystąpienia czynnika przekonującego o naruszeniu wspomnianego standardu, wszelako zidentyfikowanie takiego czynnika w choćby jednej z nich będzie już wystarczające. Innymi słowy, analizowany fragment przepisu wysławia nakaz badania (uwzględniania) okoliczności towarzyszących powołaniu sędziego oraz jego zachowania już po powołaniu, ale nie uzależnia uwzględnienia wniosku o stwierdzenie naruszenia standardu (ani – tym bardziej – spełnienia przez pismo wymogów formalnych) od „znalezienia” w obu tych kategoriach faktów podważających niezawisłość i bezstronność sędziego. Stąd też wymaganie od strony – powołującej się na okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego – ponadto wskazania „wątpliwego” zachowania sędziego po powołaniu, nie wydaje się uprawnione³⁷.

Z dokładnie taką samą konstrukcją mamy do czynienia w końcowej części przepisu, gdzie pojawia się nakaz uwzględniania „okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy”. Do stwierdzenia naruszenia standardu nie jest konieczne sięgnięcie do argumentów dotyczących obu tych grup

³⁷ Z tego względu błędne wydaje się zarządzenie SN z 22.08.2022 r. (III KB 3/22), LEX nr 3411330, w którym wniosek o wykonanie „testu” odrzucono, stwierdzając, że wniosek „nie przytacza (...) okoliczności związanych z zachowaniem sędziego po jego powołaniu oraz nie wskazuje, jak w okolicznościach tej sprawy ewentualne naruszenie standardu niezawisłości lub bezstronności mogłoby wpływać na jej wynik”. O ile w istocie w charakterze wymogu formalnego pisma można by potraktować konieczność wykazania potencjalnego skutku naruszenia standardu (niezależnie od tego, jak wymóg ten byśmy oceniali), to niepodobna w tym charakterze ujmować uwzględniania zachowania sędziego po jego powołaniu.

czynników, lecz jedynie pochylenie się w ramach oceny nad dwiema grupami okoliczności – i wyłuskanie wątpliwości choćby w jednej z nich.

Jeśli zaś chodzi o możliwość „naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności mającego wpływ na wynik sprawy”, to zdaje się, że z uwagi na znaczenie, jakie nadaje się tym określeniom, w istocie mamy do czynienia z tautologią. Wszak zawsze naruszenie owego standardu może wpłynąć na wynik sprawy, doprowadzi bowiem do sytuacji, w której nie będzie ona rozpoznana przez „niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą” w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC³⁸. Skoro zaś mówimy o teście prewencyjnym – uruchamianym wszak nie tylko przed zapadnięciem rozstrzygnięcia, ale na 7 dni po poinformowaniu strony o składzie rozpoznającym sprawę – to chodzić tu musi o samą możliwość wpływu na wynik sprawy, wynik bowiem (a zatem spodziewane orzeczenie), jako okoliczność przyszła, z oczywistych względów pozostaje jeszcze nieznaną.

Wymogi stawiane stronie chcącej skorzystać z ustawowego „testu niezawisłości i bezstronności” można by oczywiście z aptekarską dokładnością rozkładać na czynniki pierwsze, doszukując się w nich niejasności możliwych do zinterpretowania w sposób najpełniej realizujący konstytucyjne i konwencyjne prawo do sądu. Przyglądając się analizowanym przepisom nieco bliżej, dostrzeżemy jednak, że być może nie jest to konieczne. Rzecz bowiem w tym, że kluczowy, definicyjny dla „testu bezstronności” przepis został sformułowany wadliwie pod względem językowym w stopniu podającym w wątpliwość możliwość jego stosowania. Stanowi on wszak, że „dopuszczalne jest badanie spełnienia przez sędziego wymogów niezawisłości i bezstronności z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących jego powołaniu i jego postępowania po powołaniu (...) jeżeli w okolicznościach danej sprawy może to doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności”. Występujący w treści przepisu zaimek „to” nie odnosi się przecież do wspomnianych „okoliczności” i „postępowania” sędziego – w takim bowiem przypadku musiałby przyjmować liczbę mnogą (np. „jeżeli w okolicznościach danej sprawy mogą one doprowadzić...”). Z tego samego względu nie może on odnosić się również do występujących w koniunkcji niezawisłości i bezstronności. Zaimek ten nie może w końcu odsyłać do samego sędziego, którego dotyczy badanie – z oczywistych względów słowo „to” byłoby w tym przypadku nieadekwatne. Wobec braku innej możliwości trzeba zatem przyjąć, że określenie „to” odnosi się do samego „badania” spełnienia wymogów niezawisłości i bezstronności. Problem polega jednak na tym, że w takim ujęciu – jedynym wchodzącym w rachubę – przepis staje się wewnętrznie sprzecz-

³⁸ Trzeba bowiem pamiętać, że zgodnie z § 100 wyroku z 12.03.2019 r. w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii* (wydanego w składzie izbowym) co do zasady już samo stwierdzenie naruszenia przepisów prawa krajowego dotyczących ustanowienia sądu daje podstawę do przyjęcia, że doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji, co nie wymaga już dalszego badania, czy *in concreto* postępowanie pozbawione było cechy rzetelności. Zob. L. Garlicki, *Trybunał...*, s. 8.

ny, i to w stopniu uniemożliwiającym jego stosowanie. Okazuje się bowiem, że badanie spełnienia przez sędziego wymogów niezawisłości i bezstronności jest dopuszczalne jedynie wówczas, gdy to właśnie badanie... może doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności. Mamy zatem do czynienia z implikacją, w której poprzednik zaprzecza istocie następnika: jeśli badanie niezawisłości lub bezstronności może doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności, to wówczas dopuszczalne jest przeprowadzenie takiego właśnie badania. Mówiąc inaczej, dopuszczalność badania bezstronności warunkowana jest możliwością niedopuszczalnego naruszenia prawa do bezstronnego sądu przez sam fakt jego przeprowadzenia. Wracając do analogii medycznych, powiedzielibyśmy, że badanie pacjenta pod kątem zakażenia dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy sama procedura diagnostyczna wiąże się z ryzykiem zakażenia diagnozowaną chorobą. Jeśli zaś to samo badanie spełnienia standardu (w celu wyeliminowania wątpliwości) ma go naruszyć, to jaki jest sens jego przeprowadzania? Językowe ujęcie przepisu zawierającego istotę „testu niezawisłości i bezstronności” nie tylko zatem powoduje, że nie może być on użyty do zniwelowania uchybień w procedurze nominacyjnej, lecz rozumiany dosłownie sam musiałby być źródłem naruszenia prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu. Wewnętrzna sprzeczność (kontrtautologiczność) przepisu definiującego „test bezstronności” podaje przeto w wątpliwość możliwość jego zastosowania z uwagi na znaczenie użytych przez ustawodawcę słów³⁹. Już z przyczyn logiczno-językowych nie może on stanowić sposobu sanowania wadliwości procedury nominacyjnej sędziów, a w szczególności – odpowiadać trzeciemu etapowi testu sformułowanego przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku zapadłym w sprawie *Ástráðsson przeciwko Islandii*.

Nawet jednak gdyby przymknąć oczy na tę rudymetarną skądinąd wadliwość przepisu, „test niezawisłości bezstronności” nie mógłby wyprzeć dotychczas funkcjonujących rozwiązań prawnych – z uwagi na to, że ogranicza, a nie rozszerza możliwości, którymi dysponują w tym zakresie strony postępowania karnego. Ograniczenie to następuje na kilku frontach.

Po pierwsze, ustawodawca wyznaczył tygodniowy⁴⁰ termin do zainicjowania procedury „testowej”, po którym to czasie „prawo do złożenia wniosku wygasa”. Mamy zatem do czynienia z terminem prekluzyjnym⁴¹. Takiego stanu rzeczy niepodobna jednak zaakceptować, z uwagi na to, że w istocie przedmiotem badania miałyby być to, czy sprawę rozpoznaje bezstronny i niezawisły sąd

³⁹ Zob. L. Nowak, *Próba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa*, Poznań 1968, s. 33.

⁴⁰ Trudna do zrozumienia niekonsekwencja ustawodawcy przejawia się w tym, że zgodnie z art. 29 § 8 ustawy o SN uprawnionego ogranicza termin tygodnia, a w art. 42a § 5 p.u.s.p. – 7 dni.

⁴¹ W literaturze karnoprocesowej terminami prekluzyjnymi (materialnoprawnymi) nazywa się te nieprzywracalne terminy, po których dokonane czynności procesowe stają się bezskuteczne. Na prekluzyjny charakter terminów, o których mowa w art. 42a § 5 p.u.s.p. oraz art. 29 § 8 ustawy o SN, wskazują zawarte w obu tych przepisach zastrzeżenia, że po upływie 7-dniowego (p.u.s.p.) lub tygodniowego (ustawa o SN) terminu prawo do złożenia wniosku „wygasa” – zob. S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2020, s. 67.

ustanowiony ustawą. Prawo do sądu nie wygasa zaś przecież nieodwracalnie po tygodniu od zawiadomienia o składzie rozpoznającym sprawę⁴².

Po drugie, w obu analizowanych ustawach sformułowano wymóg przytoczenia okoliczności uzasadniających żądanie wraz z dowodami na ich poparcie (art. 29 § 9 pkt 2 ustawy o SN, art. 42a § 7 pkt 2 p.u.s.p.). W kontekście regulacji wymagających od strony odniesienia się do okoliczności towarzyszących powołaniu oraz postępowania sędziego po powołaniu (art 29 § 5 ustawy o SN, art. 42a § 3 p.u.s.p.), oznacza to, że to na wnioskodawcę w całości przerzuca się obowiązek dowodzenia tych okoliczności. Problem polega jednak na tym, że strona nie dysponuje pełną dokumentacją z procesu nominacyjnego i – w przeciwieństwie do sądu – nie ma możliwości jej uzyskać (szczególnie w ramach tygodniowego, prekluzyjnego terminu)⁴³. Stąd też w dotychczasowym orzecznictwie i piśmiennictwie formułowano twierdzenia, że nawet w stosunku do sędziów sądów powszechnych nie jest konieczne powoływanie się na jakiegokolwiek inne okoliczności niż sama wadliwość powołania⁴⁴ oraz że okoliczność ta sama w sobie pozwala sformułować swoiste domniemanie braku bezstronności sędziego, którą to okoliczność weryfikować powinien *in concreto* sąd rozpoznający wniosek o jego wyłączenie⁴⁵. Wymóg badania *in concreto* spełnienia minimalnych warunków niezawisłości i bezstronności w stosunku do sędziów Sądu Najwyższego jest przy tym – jak już wspomniano – sprzeczny nie tylko z uchwałami SN z 23.01.2020 r. i 2.06.2022 r., ale również z zapadłymi przeciwko Polsce wyrokami ETPCz w sprawach *Reczkowicz*, *Dolińska-Ficek i Ozimek* oraz *Advance Pharma*. Pozwala to przyjąć, że istotne ograniczenie stronie prawa do badania spełnienia przez sąd minimalnego standardu niezawisłości i bezstronności sądu stoi w sprzeczności z art. 6 ust. 1 EKPC. Tymczasem to wła-

⁴² W literaturze karnoprocesowej przyjmuje się, że na prawo do sądu składają się: 1) prawo dostępu do sądu, 2) prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, 3) prawo do wyroku sądowego (wiążącego rozstrzygnięcia), 4) prawo do odpowiedniego ukształtowania ustroju i pozycji organów rozpoznających sprawę – prawo do bezstronnego, niezależnego, niezawisłego i właściwego sądu, 5) prawo do rozpoznania sprawy bez zbędnej zwłoki – P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 117. O ile można by zgodzić się, że niekiedy wygasa prawo dostępu do sądu (np. w przypadku upływu miesięcznego terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, o którym mowa w art. 55 § 1 k.p.k.), o tyle trudno byłoby przyjąć, że wygasać może prawo do niezawisłości czy bezstronności sądu rozpoznającego sprawę.

⁴³ Zob. S. Steinborn, *Tryb...*, s. 206 i 212.

⁴⁴ Tak Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w postanowieniu z 14.02.2022 r. (II AKa 154/21), niepubl., gdzie wskazano wprost: „źródłem domniemania braku bezstronności sędziego jest wyłącznie wadliwa procedura konkursowa, przejście której zaowocowało powołaniem na urząd sędziego. Ta okoliczność wywołuje stan wątpliwości co do bezstronności sędziego w danej sprawie. Strona nie ma więc obowiązku uzasadniania swojego wniosku za pomocą innych twierdzeń, niż tylko to, że sędzia został powołany przy rekomendacji upolitycznionej KRS. Niedopuszczalne jest zatem żądanie od wnioskodawcy uzasadniania wniosku przez podanie dalszych argumentów bądź przedstawienia określonych dokumentów dotyczących danego sędziego”. Zob. też J. Skorupka, *Domniemanie...*, s. 57.

⁴⁵ Zob. J. Skorupka, *Domniemanie...*, s. 54.

śnie ten przepis stanowi podstawę kwestionowania rozstrzygnięcia sądowego wydanego przez sąd, w którego składzie zasiada sędzia wybrany w kwestionowanej procedurze – a nie materialne lub proceduralne przepisy prawa krajowego⁴⁶ o randze ustawowej, co rodzi oczywiste konsekwencje w kontekście art. 91 ust. 2 Konstytucji.

Po trzecie, wniosek o przeprowadzenie ustawowego „testu niezawisłości i bezstronności” przysługuje nie w każdej sprawie, lecz jedynie w tych, które zostały wymienione w ustawie (w Prawie o ustroju sądów powszechnych – od strony negatywnej, w ustawie o SN zaś – od strony pozytywnej). W szczególności wnioski o przeprowadzenie rzeczoności testu nie przysługują w stosunku do sędziów, którzy wniosek taki – odnoszony jednak do innego sędziego – rozpoznają. Może zatem się zdarzyć, że wniosek o wyłączenie sędziego wybranego w wadliwej procedurze rozpoznawać będą wyłącznie (lub w większości) sędziowie, którzy sami w procedurze takiej zostali wybrani. W świetle pkt 5 uchwały składu siedmiu sędziów SN z 2.06.2022 r., zgodnie z którym „wniosek o wyłączenie ze składu sądu powszechnego osoby powołanej do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego przez Prezydenta RP na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z dnia 8.12.2017 r., nie może być rozpoznawany przez sąd mający w swoim składzie takiego sędziego; w przeciwnym razie dojdzie do sytuacji objętej zakazem *nemo iudex in causa sua*” – można jednak argumentować, że sędziowie wybrani w nowej procedurze są wyłączeni od udziału w sprawie o przeprowadzenie ustawowego „testu” na podstawie art. 40 § 1 pkt 1 k.p.k.⁴⁷ „Test bezstronności” ma wszak w swym założeniu stanowić proteżę rekomendacji prawidłowo powołanej Krajowej Rady Sądownictwa – nie może go zatem przeprowadzać osoba, która sama rekomendacji takiej nie uzyskała. Nie można doprowadzić do sytuacji, w której „skażenie” podmiotu opiniowanego badać będzie „skażony” wadliwą procedurą sąd opiniujący⁴⁸.

Zaskakujące jest również, że w przypadku sędziów sądów powszechnych wnioski nie może dotyczyć sędziego wyznaczonego do składu sądu dokonującego czynności w toku postępowania przygotowawczego (a zatem np. zastosowania lub przedłużenia tymczasowego aresztowania – art. 42a § 9 p.u.s.p.) ani przyspieszonego (skoro nie może być złożony w sprawach, „w których termin do ich rozpoznania i wydania orzeczenia jest nie dłuższy niż miesiąc od dnia złożenia pisma procesowego wszczynającego postępowanie w sprawie” – art. 42a § 4 p.u.s.p.). Nie mamy zaś chyba wątpliwości, że w obu tych przypadkach, wiążących się wszak – przynajmniej potencjalnie – z pozbawieniem obywatela wolności, konieczne jest zapewnienie stronie prawa do bezstronnego i niezawisłego sądu

⁴⁶ L. Garlicki, *Trybunał...*, s. 13.

⁴⁷ Z drugiej jednak strony można argumentować, że wymóg przytoczenia konkretnych okoliczności dotyczących danego sędziego – a nie tylko wadliwości procesu nominacyjnego – nie pozwala już przyjąć, że sprawa dotyczy sędziego bezpośrednio w rozumieniu tego przepisu.

⁴⁸ Zob. J. Giezek, *Zarys...*, s. 13.

ustanowionego ustawą. Ustawowy „test bezstronności” ze względu na swoją konstrukcję w części spraw wyklucza zatem możliwość skontrolowania, czy sprawę rozpoznaje sąd spełniający konstytucyjne i konwencyjne standardy.

Można by odnieść wrażenie, że ustawodawca zadbał o ograniczenie możliwości zakwestionowania wyniku testu. Otóż w przepisach ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych zawarto specyficznie ukształtowaną niesymetryczną procedurę odwoławczą. Jedynie bowiem w przypadku wyłączenia sędziego od rozpoznania sprawy możliwe jest uruchomienie procedury ponownego rozpoznania sprawy przez Sąd Najwyższy. Rzecz jednak znamienna, że wniosek taki przysługuje tylko wyłączoneму sędziemu – a zatem jedynie wówczas, gdy wynik „testu bezstronności” okaże się negatywny (art. 42a § 13 p.u.s.p.). Rozwiązanie to wydaje się zresztą zgoła absurdalne – wyłączany sędzia nie jest przecież stroną postępowania głównego i nie ma interesu w wywodzeniu środków zaskarżenia, w których dowodziłby własnej bezstronności i niezawisłości – a składając złożenie przezeń takiego środka samo w sobie dowodziłoby, że sędziemu z jakichś przyczyn zależy na rozpoznaniu konkretnej sprawy⁴⁹. Tymczasem gdyby sędzia miał interes w rozpoznaniu sprawy, to sam ten fakt – a w istocie: wywiedzenie przezeń środka odwoławczego – całkiem nieźle uzasadniałby złożenie przez stronę odrębnego wniosku o wyłączenie sędziego z tego właśnie względu w trybie art. 41 § 1 k.p.k.⁵⁰ Jeśliby przyjąć, że stronie nie przysługuje żaden środek prawny pozwalający na zakwestionowanie pozytywnego wyniku „testu”, to asymetria byłaby rażąca – szczególnie w przypadku, gdy składany przez stronę wniosek dotyczył sędziego sądu odwoławczego. Spostrzeżenie to prowadzi do konkluzji, że negatywne rozpoznanie wniosku nie powinno stać na przeszkodzie podniesieniu przez stronę zarzutu wadliwej obsady sądu (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.) – zarówno w zwyczajnym, jak i w nadzwyczajnym środku zaskarżenia.

W przypadku ustawy o Sądzie Najwyższym tego rodzaju asymetria zaskarżalności już nie występuje – od postanowienia wydanego na skutek rozpoznania wniosku odwołanie⁵¹ przysługuje jednako podmiotowi, który złożył wnio-

⁴⁹ Trzeba bowiem pamiętać, że zgodnie z art. 42a § 11 zd. 2 p.u.s.p. „wyłączenie sędziego od udziału w danej sprawie nie może stanowić podstawy do wyłączenia tego sędziego w innych prowadzonych przez niego sprawach”. Dlaczegożby zatem sędziemu miało zależeć na tym, aby orzekać w konkretnej sprawie na tyle, aby kwestionować jego wyłączenie? Warto zaś zaznaczyć, że immanentnym elementem bezstronności sądu jest również bezstronność wobec samej sprawy – W. Jasiński, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009, s. 84–85.

⁵⁰ Z „mrugnięciem oka” przyznać natomiast trzeba, że ustawodawca jest konsekwentny – nie dość bowiem, że możliwość uruchomienia ustawowego „testu niezawisłości i bezstronności” uzależnia od tego, że samo jego przeprowadzenie standard ten może naruszyć, to nadto przyznaje samemu wyłączoneму sędziemu możliwość zaskarżenia orzeczenia wyłączającego go od rozpoznania w konkretnej sprawie, niewiążącego w innych postępowaniach, aby dodatkowo mógł wykazać, że z jakichś względów zależy mu na rozpoznaniu tej właśnie sprawy.

⁵¹ Nie jest jasne, dlaczego analogiczny w swej naturze środek zaskarżenia w Prawie o ustroju sądów powszechnych określany jest mianem wniosku o ponowne rozpoznanie sprawy, w ustawie o Sądzie Najwyższym zaś – odwołaniem.

sek oraz sędziemu, którego dotyczy orzeczenie (art. 29 § 22 ustawy o SN) – choć zastrzeżenie o braku racjonalnych podstaw do przyznawania takiego prawa sędziemu pozostaje aktualne. Wprost zadekretowano jednak, że od prawomocnego postanowienia wydanego na skutek rozpoznania wniosku nie przysługuje wniosek o wznowienie postępowania (art. 29 § 25 ustawy o SN). W tym jednak zakresie trzeba zauważyć, że przewidziane przez art. 29 § 25 ustawy o SN wyłączenie wznowienia postępowania dotyczy „postanowienia wydanego na skutek rozpoznania wniosku” – a nie postępowania „głównego”, związanego choćby z rozpoznaniem kasacji⁵². W konsekwencji przyjąć trzeba, że – tak jak w przypadku regulacji przewidzianej w Prawie o ustroju sądów powszechnych – nawet prawomocne rozpoznanie wniosku nie wyklucza wniesienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia, którym w tym przypadku byłby wniosek o wznowienie postępowania zakończonych orzeczeniem Sądu Najwyższego rozpoznającego kasację. Podstawę prawną wznowienia postępowania stanowiłyby zaś przepisy art. 542 § 3 w zw. z art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Przeszkodą dla takiego rozwiązania nie może być art. 29 § 4 ustawy o SN – z uwagi na sprzeczność z art. 6

⁵² W tym kontekście można by sformułować wątpliwość, czy wyraźne przekreślenie możliwości złożenia wniosku o wznowienie postępowania jest konieczne. W literaturze przyjmuje się bowiem, że „przedmiotem wznowienia postępowania mogą być te prawomocnie zakończone postępowania sądowe, w których rozstrzygnięto o odpowiedzialności karnej oskarżonego lub o przedmiocie procesu karnego, a nie o jakiegokolwiek kwestii incydentalnej, chociażby istotnej dla oskarżonego, rozstrzyganej w toku postępowania karnego” – J. Matras (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020, s. 1257. Z drugiej jednak strony podnosi się, że „orzeczeniami kończącymi postępowanie są nie tylko wyroki i postanowienia rozstrzygające w przedmiocie głównego nurtu postępowania, a więc m.in. wyroki skazujące, uniewinniające lub postanowienia o umorzeniu postępowania, ale także prawomocne orzeczenia wydawane w innych, także pobocznych nurtach procesu, pod warunkiem że definitywnie zamykają rozpoznanie danej kwestii, wywołując trwałe skutki” – J. Matras (w:) *Kodeks...*, s. 1257; zob. postanowienie SN z 25.09.2013 r. (III KK 231/13), OSNKW 2013/12, poz. 103 – co zdawałoby się otwierać możliwość wznowienia postępowania w przedmiocie rozpoznania wniosku o wyłączenie sędziego (odmowa wyłączenia sędziego „utrwała” wszak skład sądu). Stąd też wydaje się, że za reprezentatywne w omawianym zakresie należy uznać postanowienie SN z 18.03.2010 r. (III KO 96/09), LEX nr 578212, gdzie wskazano, że „choć instytucja wznowienia postępowania ma zastosowanie – generalnie rzecz ujmując – do postępowań zakończonych prawomocnym orzeczeniem rozstrzygającym o odpowiedzialności karnej (...), to poza sporem pozostaje, że w sytuacji ujawnienia się powodów przewidujących wznowienie postępowania z urzędu (art. 542 § 3 k.p.k.), instytucja ta ma zastosowanie także i do tych postępowań, które są prowadzone po uprawomocnieniu się orzeczenia rozstrzygającego o fakcie głównym (np. do postępowań wykonawczych). Bez wątplenia więc przepis art. 542 § 3 k.p.k. ma zastosowanie również do postępowania wznowieniowego, które podlega badaniu z urzędu pod kątem wad prawnych wymienionych w art. 439 § 1 k.p.k., w tym – określonej specyficznie dla tego postępowania – w art. 439 § 1 pkt 1 w zw. z art. 40 § 3 k.p.k.”. Stąd przyjąć należy, że w przypadku, o którym mowa w art. 542 § 3 w zw. z art. 439 § 1 k.p.k., możliwe jest również wznowienie postępowania w przedmiocie wniosku, o którym mowa w art. 42a § 3 p.u.s.p., a jedynie w przypadku analogicznej procedury przewidzianej w art. 29 § 5 i n. ustawy o SN jest to wykluczone z uwagi na wyraźne uregulowanie art. 29 § 25 tej ustawy.

ust. 1 EKPC sąd jest bowiem obowiązany do odmowy zastosowania tego przepisu na podstawie art. 91 ust. 2 Konstytucji RP.

Po dość pobieżnej analizie podstawowych regulacji dotyczących tzw. testu niezawisłości i bezstronności sędziego ulokowanych w ustawie o Sądzie Najwyższym oraz ustawie – Prawo o ustroju sądów powszechnych czas powrócić do zasadniczego i najistotniejszego chyba dla praktyki wymiaru sprawiedliwości pytania: jak nowa procedura ma się do dotychczas stosowanych instrumentów, czyli prewencyjnej i następczej kontroli prawidłowości składu sądu orzekającego z udziałem sędziego powołanego w wadliwej procedurze, a w konsekwencji – jaki w istocie jest sens owego „ustawowego testu”? Przypomnijmy, że wewnętrzna sprzeczność przepisów definicyjnych – stanowiących kośćć „testu bezstronności” w obu ustawach – każe zwątpić w samą możliwość ich zastosowania. W skrócie bowiem rzecz ujmując, przesłanką uruchomienia „testu” jest założenie, że stanowiące jego istotę badanie niezawisłości i bezstronności sędziego doprowadzić może właśnie do tego, czemu miało zapobiec; jeśli zaś niebezpieczeństwa takiego nie generuje – to nie można go przeprowadzić. Wewnętrzna sprzeczność przepisu zdaje się zatem powodować jego nieaplikowalność. Jeśliby jednak wbrew wynikom wykładni językowej przepis próbować „uratować”, zakładając, że ustawodawca się po prostu pomylił⁵³, „test bezstronności” zaś możliwy jest do zastosowania, to pamiętać trzeba o szeregu pętających go ograniczeń. Po pierwsze – z uwagi na treść orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wykładających art. 6 ust. 1 EKPC oraz uchwał Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. i 2.06.2022 r. zakaz podważania orzeczeń wydanych przez sędziów Sądu Najwyższego z uwagi na okoliczności towarzyszące jego powołaniu stoi w sprzeczności z konstytucyjnym i konwencyjnym prawem do sądu, co otwiera drogę do odmowy zastosowania art. 29 § 4 ustawy o SN na podstawie art. 91 ust. 2 Konstytucji RP⁵⁴. Po wtóre – kolejne ograniczenia ustawowe

⁵³ Spozstrzeżenie takie stałoby w rażącej sprzeczności z założeniem o racjonalności językowej prawodawcy. Jasne jest jednak, że założenie to ma charakter kontrfaktyczny, a ustawodawca faktyczny rzadko kiedy przystaje do tak kreślonego wzoru – co nie oznacza, że nie powinniśmy tego od niego wymagać. Zob. S. Wronkowska, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego* (w:) *Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990, s. 117; A. Limburska, K. Lipiński, *Problem (nie)racjonalności projektodawcy na przykładzie wybranych uregulowań ustawy nowelizującej kodeks karny z 13.06.2019 roku*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2020/2, s. 153.

⁵⁴ Co do standardu konstytucyjnego zob. szerzej M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 567; M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa*, „Palestra” 2016/4, s. 5; M. Gutowski, P. Kardas, *Spory ustrojowe a kompetencje sądów (granice bezpośredniego stosowania Konstytucji)*, „Palestra” 2017/12, s. 15; P. Kardas, *Rozproszona kontrola konstytucyjności prawa w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jako wyraz sędziowskiego konstytucyjnego posłuszeństwa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019/4, s. 7; S. Tarapata, *Czy sędzia karny jest strażnikiem Konstytucji? O tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności w toku dekodowania normy postępowania karnego* (w:) *Norma postępowania karnego. Sędzia wobec zmian prawa karnego procesowego*, red. J. Skorupka, K.J. Leżak, Kraków 2018, s. 305.

go „testu niezawisłości i bezstronności sędziego” zawarte w obu analizowanych ustawach, a wiążące się z koniecznością odwoływania się do ściśle określonych i skonkretyzowanych okoliczności, dowodzenia ich, ograniczenia temporalnego oraz wyłączeń spod procedury testowej istotnych kategorii rozpoznawanych przez sądy spraw (takich jak stosowanie tymczasowego aresztowania czy wyrokowanie w trybie przyspieszonym) podają w wątpliwość to, czy test ten stanowi skuteczny środek prawny, który mógłby zniwelować uchybienia powstałe w procedurze nominacyjnej sędziów. W konsekwencji nie wydaje się, aby uregulowania zawarte w art. 42a § 3–14 p.u.s.p. oraz art. 29 § 5–25 ustawy o SN spełniały trzecie z kryteriów, o którym mowa w orzeczeniu ETPCz zapadłym w sprawie *Ástráðsson przeciwko Islandii*.

Wszystkich tych ograniczeń i niedomagań pozbawiony jest zaś – postrzegany jako pewna jednolita całość – dotychczas funkcjonujący mechanizm prewencyjnej (inicjowanej poprzez wniosek o wyłączenie sędziego) oraz następczej (wiązanej z bezwzględną przyczyną odwoławczą, o której mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.) kontroli bezstronności sędziego w aspekcie instytucjonalnym. Żaden z nowo uchwalonych przepisów nie wskazuje zaś, aby ustawowy „test niezawisłości i bezstronności” wykluczał dotychczasowe instrumenty oparte na uregulowaniach Kodeksu postępowania karnego. Wręcz przeciwnie – odmiennosc kryteriów testu przeprowadzanego zgodnie z treścią uchwały połączonych Izb SN oraz testu ustawowego, wiązanych z jednej strony z samą procedurą nominacyjną, z drugiej zaś – z konkretnymi okolicznościami danej sprawy oraz zindywidualizowanym zachowaniem ściśle określonego sędziego, zdaje się sugerować, że mamy do czynienia z odrębnymi instytucjami, które ze sobą nie konkurują. Mówiąc inaczej, procedura badania niezawisłości lub bezstronności wprowadzona przez ustawę z 9.06.2022 r. nie zastępuje ani nie wyklucza wniosku o wyłączenie sędziego, lecz co najwyżej stanowi względem niego rozwiązanie alternatywne. Niezgodność systemowa, wiążąca się z naruszeniem norm wywodzonych z aktów prawnych, które w systemie prawa stoją hierarchicznie wyżej niż ustawa, nie może zaś być niwelowana decyzją ustawodawcy zwykłego. Innymi słowy, ustawodawca nie może mocą ustawy wykluczyć stwierdzenia naruszenia przepisów Konstytucji i EKPC – a do takiej konkluzji należałoby przecież dojść, jeśliby stwierdzić, że nowa procedura wyklucza wniosek o wyłączenie sędziego oparty na podstawach konstytucyjnych i konwencyjnych.

Konsekwencją założenia o niezależności obu trybów musi być wniosek, że ani niezłożenie wniosku o przeprowadzenie ustawowego „testu niezawisłości i bezstronności”, ani jego negatywne rozpoznanie zgodnie z procedurą przewidzianą w Prawie o ustroju sądów powszechnych czy ustawie o Sądzie Najwyższym, nie stoi na przeszkodzie złożeniu wniosku o wyłączenie sędziego z uwagi na wątpliwość co do jego bezstronności w aspekcie instytucjonalnym ani podniesieniu zarzutu, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Wprowadzenie ustawowego „testu bezstronności i niezawisłości” nie wyklucza również

badania prawidłowości składu sądu z urzędu w trybie wskazanym w uchwale trzech Izb SN oraz pkt 3 uchwały SN z 2.06.2022 r.

Wniosek o wyłączenie sędziego Sądu Najwyższego oparty na zarzucie braku bezstronności w jej aspekcie instytucjonalnym nie wymaga uzasadnienia dotyczącego okoliczności konkretnej sprawy czy strony uprawnionej do jego złożenia. Jest on odrębny i autonomiczny względem nowej procedury przewidzianej w art. 29 § 5–24 ustawy o Sądzie Najwyższym, stwierdzenie zaś powołania sędziego Sądu Najwyższego w wyniku rekomendacji Krajowej Rady Sądownictwa w kształcie nadanym tej instytucji nowelizacją ustawy z grudnia 2017 r. samoistnie doprowadzić musi – w świetle uchwał SN z 23.01.2020 r. oraz z 2.06.2022 r. – do wyłączenia sędziego od rozpoznania sprawy. Strona zwolniona jest również z konieczności przytaczania skonkretyzowanych okoliczności dotyczących danej sprawy, które uzasadniałyby wniosek o wyłączenie sędziego sądu powszechnego – z uwagi na to, że sama wadliwość procedury nominacyjnej kreuje domniemanie braku bezstronności o charakterze instytucjonalnym. Tym samym adekwatniejszym i dostępniejszym dla strony rozwiązaniem jest wniosek o wyłączenie sędziego składany w trybie art. 41 § 1 k.p.k. Wniosek taki powinien zostać rozpoznany przez sąd, przed którym toczy się postępowanie, zgodnie z art. 42 § 4 k.p.k.⁵⁵ W przypadku gdy wątpliwości co do bezstronności sędziego dotyczą instytucjonalnego aspektu bezstronności, związanego z wadliwością procedury nominacyjnej – „test bezstronności” odbyć się zatem powinien na podstawie kryteriów wskazanych w uchwale połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r., a nie znowelizowanego Prawa o ustroju sądów powszechnych lub ustawy o Sądzie Najwyższym. Rozwiązaniu takiemu nie mogą zaś stać na przeszkodzie uregulowania ustawowe niezgodne z EKPC – z uwagi na art. 91 ust. 2 Konstytucji.

Kiedy zatem zastosowanie znaleźć może nowy, ustawowy „test niezawisłości i bezstronności”? Wydaje się, że będzie on aktualny dla sytuacji, w której strona dostrzega, że w ramach konkretnej sprawy i w stosunku do zindywi-

⁵⁵ Dzieje się tak nie tylko z uwagi na zawieszenie stosowania art. 26 § 2 ustawy o Sądzie Najwyższym mocą postanowienia Wiceprezesa Trybunału Sprawiedliwości UE z 14.07.2021 r. w sprawie C-204/21 R w przedmiocie środków tymczasowych, ale przede wszystkim z tego względu, że wniosek o wyłączenie sędziego zbudowany na wątpliwościach co do bezstronności w jej aspekcie instytucjonalnym nie stanowi zarzutu „braku niezależności sądu lub braku niezawisłości sędziego”, o którym mowa w art. 26 § 2 ustawy o SN (zob. P. Kardas, *Instytucjonalne...*, s. 146). Na marginesie warto zaznaczyć, że sędziowie Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN – nawet jeśli wspomniane postanowienie nie zapadło – powinni podlegać wyłączeniu od orzekania w przedmiocie takiego wniosku z mocy prawa, na podstawie art. 40 § 1 pkt 1 k.p.k., skoro wszyscy zostali powołani w tej samej procedurze, której dotyczy składany wniosek – P. Kardas, *Instytucjonalne...*, s. 150–151; zob. też pkt 5 uchwały SN z 2.06.2022 r. (I KZP 2/22), OSNK 2022/6. Zastosowaniu art. 41 § 1 k.p.k. w odniesieniu do instytucjonalnej bezstronności sędziego nie stoi również na przeszkodzie wyrok TK z 4.03.2020 r. (P 22/19), OTK-A 2020/31. Wniosek składany w tym trybie nie wiąże się bowiem z kwestionowaniem samego aktu powołania, lecz z brakiem zapewnienia instytucjonalnych gwarancji bezstronności (D. Świecki, *Postępowanie w przedmiocie...*, s. 166).

dualizowanego uprawnionego okoliczności towarzyszące powołaniu sędziego oraz jego późniejsze zachowanie mogą doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności. Chodziłoby zatem nie tyle o instytucjonalny, ile o personalny aspekt bezstronności. Wniosek taki mógłby również dotyczyć sędziów powołanych w procedurze obowiązującej jeszcze przed nowelizacją ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa z grudnia 2017 r. W przypadku zaś sędziów powołanych po wejściu w życie tej nowelizacji, jeśli źródłem wątpliwości strony jest sama procedura nominacyjna, właściwszym narzędziem, zarówno z perspektywy teoretyczno-dogmatycznej, jak i prakseologicznej, jest wniosek o wyłączenie sędziego składany w trybie art. 41 § 1 k.p.k. lub zawarty w środku zaskarżenia zarzut, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. Bezstronność sędziego – również postrzegana w aspekcie instytucjonalnym – jest bowiem warunkiem koniecznym rzetelnego procesu karnego⁵⁶, znajdującym konstytucyjne i konwencyjne umocowanie. Warunku tego nie sposób zaś ograniczać mocą ustawy zwykłej⁵⁷. Prokonstytucyjna interpretacja przepisów ustanawiających tzw. test niezawisłości i bezstronności sędziego pozwala zaś przyjąć, że do ograniczenia tego nie doszło, ów nowy tryb nie wypiera bowiem prewencyjnego i następczego badania spełnienia minimalnego standardu prawa do sądu ustanowionego ustawą. W razie zaś niewpisania się przez stronę w ciasny gorset warunków formalnych ustawowego „testu” należy – w granicach przewidzianych przez art. 118 § 1 i 2 k.p.k. – rozważyć możliwość potraktowania go jako wniosek o wyłączenie sędziego, o którym mowa w art. 41 § 1 k.p.k.

W konsekwencji odkodowania relacji między testem ustawowym a tym formułowanym na podstawie kryteriów przewidzianych w uchwale trzech Izb SN przyjąć zarazem trzeba, że mogą one być wykonywane całkowicie niezależnie od siebie, a pozytywny wynik „testu” ustawowego nie wyklucza przeprowadzenia procedury zainicjowanej wnioskiem złożonym w trybie art. 41 § 1 k.p.k. – i uzyskania odmiennego wyniku. Trudno natomiast wyobrazić sobie sytuację odwrotną: skoro bowiem stwierdzimy brak niezawisłości i bezstronności sędziego w konkretnej sprawie, jednak jakoś powiązany z okolicznościami jego powołania w „skażonej” procedurze, to niepodobna byłoby mówić o spełnieniu standardu bezstronności w aspekcie instytucjonalnym. Przeprowadzenie lub nieprzeprowadzenie któregośkolwiek z „testów” w trybie prewencyjnym nie stoi zaś na przeszkodzie następczemu stwierdzeniu naruszenia standardu

⁵⁶ P. Wiliński, *Prawo do bezstronnego sądu jako element rzetelnego procesu karnego w państwie praworządym* (w: *W pogoni za rzetelnym procesem karnym. Księga dedykowana Profesorowi Stanisławowi Waltosowi*, red. D. Szumiło-Kulczycka, Warszawa 2022, s. 246.

⁵⁷ Jak zauważa L. Garlicki, „żaden przepis polskiej ustawy nie może ograniczyć właściwości sądów do rozpoznawania zarzutów naruszenia Konwencji Europejskiej. Wszelkie takie ograniczenia stanowiłyby, same przez się, dodatkowe naruszenie Konwencji, bo nie tylko należałoby uznać, iż ingerują one w prawo do sądu (art. 6), ale także, że nakierowane są na ograniczenie efektywności stosowania Konwencji” – L. Garlicki, *Trybunał...*, s. 20.

rozpoznania sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą w wyniku zaistnienia uchybienia, o którym mowa w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.⁵⁸

Uprawnione wydaje się zatem – ujmując dotychczasowe uwagi w możliwie syntetycznej formie – przyjęcie, że:

- wysłowny w art. 29 § 4 ustawy o SN zakaz kwestionowania orzeczeń wydawanych przez sędziów Sądu Najwyższego wyłonionych w wadliwej procedurze jest niezgodny z art. 6 ust. 1 EKPC, co uprawnia (a wręcz zobowiązuje) do odmowy jego stosowania na podstawie art. 91 ust. 2 Konstytucji RP;
- językowe ujęcie (kontrtautologiczność) „testu niezawisłości i bezstronności” zawartego w ustawie o Sądzie Najwyższym oraz w Prawie o ustroju sądów powszechnych powoduje, że jest on niemożliwy do zastosowania – badanie standardu uzależnia on bowiem od tego, że samo wdrożenie procedury badawczej standard ten może *in concreto* naruszyć;
- ustawowy „test niezawisłości i bezstronności” (choćby nawet przyjąć, że możliwe jest jego zastosowanie) nie wypiera ani nie wyklucza testu wykonywanego zgodnie z kryteriami przewidzianymi w uchwale trzech Izb SN przy zastosowaniu art. 41 § 1 k.p.k. (kontrola prewencyjna) lub art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. (kontrola następcza);
- skoro przyjmiemy, że są to procedury niezależne, to nieprzeprowadzenie testu ustawowego lub jego wynik niezgodny z żądaniem wnioskodawcy nie stoi na przeszkodzie złożeniu wniosku o wyłączenie sędziego na podstawie art. 41 § 1 k.p.k. lub kwestionowaniu wydanego przezeń orzeczenia z powołaniem na art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.;
- zarówno z perspektywy teoretyczno-dogmatycznej, jak i prakseologicznej właściwszym (a w istocie: jedynym prawidłowym) instrumentem badania bezstronności sędziego w aspekcie instytucjonalnym pozostaje dotychczas stosowana procedura kontroli prewencyjnej (wiązanej ze złożeniem wniosku o wyłączenie sędziego) lub następczej (dokonywanej w ramach rozpoznawania środka zaskarżenia);
- niewpisanie się przez stronę w ciasny gorset warunków formalnych „testu” ustawowego może uprawniać – w granicach art. 118 § 1 i 2 k.p.k. – do potraktowania złożonego pisma procesowego jako wniosku o wyłączenie sędziego, o którym mowa w art. 41 § 1 k.p.k.;
- zawarty w art. 29 § 25 ustawy o SN zakaz wznawiania postępowania dotyczy wyłącznie postępowania w przedmiocie ustawowego „testu niezawisłości i bezstronności”, a nie postępowania „głównego”, w ramach którego złożono taki wniosek.

⁵⁸ Zob. D. Świecki, *Postępowanie...*, s. 172. Na marginesie należy też zauważyć, że nawet uznanie przez sąd krajowy, że do omawianego uchybienia nie doszło, nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu naruszenia standardu wynikającego z art. 6 ust. 1 EKPC przez strasburski Trybunał, choć dość istotnie utrudnia takie ustalenie. Zob. L. Garlicki, *Trybunał...*, s. 20.

ABSTRACT

dr Konrad Lipiński

The author is a doctor of laws, an assistant professor at the Department of Substantive Criminal Law at the Faculty of Law, Administration and Economics at the University of Wrocław, an advocate (District Bar Association in Wrocław).

**Statutory test of independence and impartiality
of a judge in criminal cases**

The so-called the test of independence and impartiality of a judge, introduced by the Act of 9 June 2022, was supposed to be a remedy for problems of the judiciary related to flaws in the procedure for appointing judges after the amendments to the Act on the National Council of the Judiciary introduced in December 2017. The article analyses the „test” as regulated in Acts on the System of Common Courts and on the Supreme Court. The author concludes that the provisions introducing this test are flawed to a degree that casts doubt on its applicability. Linguistically speaking, in order to guarantee the right to an independent and impartial tribunal, the legislator provided for a procedure which itself is to be capable of infringing the right to a fair trial. Moreover, the numerous of conditions limiting the actual possibility of using the „test” mean that more adequate instruments for examining doubts as to the impartiality of a judge in its institutional aspect include a motion to recuse a judge submitted pursuant to Art. 41(1) of the Code of Criminal Procedure or subsequent review of the decision carried out pursuant to Art. 439(1)(2) of the Code. Both ensure that the Convention standard of a fair trial is met to a higher degree.

Keywords: *impartiality, independence, right to a fair trial, fair trial, recusal of a judge*

dr Konrad Lipiński

ORCID: 0000-0001-5342-4905; e-mail: konrad.lipinski@adwokatura.pl

Autor jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Karnego Materialnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, adwokatem (Izba Adwokacka we Wrocławiu).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Garlicki Leszek**, *Trybunał Strasburski a kryzys polskiego sądownictwa. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1.12.2020 r., Ástráðsson przeciwko Islandii*, „Przegląd Sądowy” 2021/4
- Giezek Jacek**, *Zarys modelowego ujęcia bezstronności sędziego w aspekcie instytucjonalnym* (w:) *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa*, „Palestra” 2016/4
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *Spory ustrojowe a kompetencje sądów (granice bezpośredniego stosowania Konstytucji)*, „Palestra” 2017/12
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017
- Hermeliński Wojciech, Nita-Światłowska Barbara**, *Orzeczenie sądowe wydane z udziałem sędziego powołanego wadliwie a naruszenie prawa do sądu gwarantowanego przez art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka – glosa do wyroku Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 1.12.2020 r., 26374/18, Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021/5
- Jasiński Wojciech**, *Bezstronność sądu i jej gwarancje w polskim procesie karnym*, Warszawa 2009
- Kappes Aleksander, Skrzydło Jacek**, *Czy wyroki neo-sędziów są ważne? – rozważania na tle uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20)*, „Palestra” 2020/5
- Kardas Piotr**, *Instytucjonalne aspekty bezstronności sędziego. O proceduralnych podstawach i sposobach rozpoznawania wniosków dotyczących wyłączenia sędziego z uwagi na brak instytucjonalnych gwarancji bezstronności* (w:) *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022
- Kardas Piotr**, *Rozproszona kontrola konstytucyjności prawa w orzecznictwie Izby Karnej Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych jako wyraz sędziowskiego konstytucyjnego posłuszeństwa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019/4
- Królikowski Michał**, *Powinności w czasie kryzysu uznawalności orzeczeń sądów* (w:) *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022
- Limburska Alicja, Lipiński Konrad**, *Problem (nie)racjonalności projektodawcy na przykładzie wybranych uregulowań ustawy nowelizującej kodeks*

karny z 13.06.2019 roku, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2020/120, cz. 2

Majewski Jarosław, *Strukturalne uzależnienie obecnej Krajowej Rady Sądownictwa od władzy politycznej i wynikająca z tego wadliwość procedury powołań na urząd sędziego a wymóg niezależności i bezstronności sądu oraz instytucja wyłączenia iudex suspectus w postępowaniu karnym (art. 41 KPK). Uwagi wybrane (w:) Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022

Matras Jarosław (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020

Nowak Leszek, *Próba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa*, Poznań 1968

Skorupka Jerzy, *Domniemanie braku bezstronności sędziego sądu powszechnego rozpoznającego sprawę karną ze względu na wadliwość procedury nominowania na urząd sędziego lub objęcia wyższego stanowiska służbowego (w:) Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022

Steinborn Sławomir, *Tryb uprzedniej weryfikacji w procesie karnym wątpliwości dotyczących niezawisłości sędziowskiej wynikających z wadliwości powołania sędziego (w:) Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022

Świecki Dariusz, *Postępowanie w przedmiocie wyłączenia sędziego sądu powszechnego orzekającego w sprawach karnych z uwagi na wadliwość powołania na urząd sędziego (w:) Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022

Tarapata Szymon, *Czy sędzia karny jest strażnikiem Konstytucji? O tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności w toku dekodowania normy postępowania karnego (w:) Norma postępowania karnego. Sędzia wobec zmian prawa karnego procesowego*, red. J. Skorupka, K.J. Leżak, Kraków 2018

Tuleja Piotr, *Ustrojowe znaczenie uchwały SN z 23.01.2020 r., „Państwo i Prawo” 2020/10*

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

Wiliński Paweł, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011

Wiliński Paweł, *Prawo do bezstronnego sądu jako element rzetelnego procesu karnego w państwie praworządnym (w:) W pogoni za rzetelnym procesem karnym. Księga dedykowana Profesorowi Stanisławowi Waltosowi*, red. D. Szumiło-Kulczycka, Warszawa 2022

Wronkowska Sławomira, *Prawodawca racjonalny jako wzór dla prawodawcy faktycznego (w:)* Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych, red. S. Wronkowska, M. Zieliński, Poznań 1990

Wróbel Włodzimierz, *Skutki rozstrzygnięcia w sprawie K 3/21 w perspektywie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021/12, s. 20

Wróbel Włodzimierz, *Weryfikacja standardu niezależności i bezstronności sądu według uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. – wybrane problemy (w:)* *Bezstronność sędziego w sprawach karnych w świetle zarzutu wadliwości jego powołania*, red. P. Wiliński, R. Zawłocki, Warszawa 2022

Artykuły

Konrad Kozub-Ciembroniewicz, Dobrosława Szumiło-Kulczycka

CZY ABORCJA NAPRAWDĘ JEST SPRAWĄ KONSTYTUCJI?

Artykuł przypomina okoliczności uchwalenia treści art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹. Przedstawia dyskusje, jakie toczyły się w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, podczas samych obrad Zgromadzenia Narodowego i wreszcie podczas kampanii referendalnej poprzedzającej przyjęcie Konstytucji. Autorzy wskazują na niebudzącą wówczas wątpliwości tak wśród projektodawców art. 38 Konstytucji, jak i wśród społeczeństwa kwestię, że przepis ten pomija prawną ochronę okresu prenatalnego. Decyzję tę podjęto świadomie, właśnie dlatego aby nie ograniczać od strony konstytucyjnej możliwości przeprowadzania zabiegów przerywania ciąży. Autorzy podważają argumenty podnoszone przez Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku z 28.05.1997 r., jak też w uzasadnieniu składu wydającego orzeczenie w dniu 22.10.2020 r. Autorzy zwracają też uwagę, że formalnie nie było podstaw prawnych do obwieszczenia wyroku TK z 28.05.1997 r. Te bowiem zostały uchylone wraz z wejściem w życie Konstytucji w dniu 17.10.1997 r. W konsekwencji orzeczenie to nie powinno być traktowane jako źródło prawa.

Niniejsza publikacja motywowana orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r.² jest elementem dyskursu toczącego się z różną intensywnością w Polsce od co najmniej kilkudziesięciu lat. W wielu publikacjach poświęconych omawianemu zagadnieniu dominują te, w których wskazuje się, że aborcja co do

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

² Wyrok TK z 22.10.2020 r. (K 1/20), OTK ZU 2021, poz. 4.

zasady jest zakazana, jako wynik pierwotnej, znajdującej swoje źródło w Konstytucji, ochrony życia, bez względu na jego fazę³. Główną tezą niniejszego artykułu jest natomiast twierdzenie, że Konstytucja z 1997 r. nie reguluje kwestii aborcji, albowiem w ogóle nie odnosi się do ochrony życia w fazie prenatalnej, a pominięcie to było świadomym i celowym zabiegiem⁴. Druga z wyrażonych tez dotyczy natomiast problemu nie(?)skuteczności wyroku TK z 28.05.1997 r.⁵, tzw. pierwszego wyroku aborcyjnego, w związku z wadami jego promulgacji.

Zasadnicza część argumentów dla wykazania tezy o konstytucyjnych źródłach zakazu przerywania ciąży odwołuje się do argumentacji bazującej na tzw. wykładni funkcjonalnej. Taką ścieżką poszedł skład wydający orzeczenie w dniu 22.10.2020 r., jak też Trybunał Konstytucyjny w wyroku wydanym w dniu 28.05.1997 r.

Stopień ogólności rozważań zawartych w uzasadnieniach tych orzeczeń, prowadzących ostatecznie do konkluzji o konstytucyjnym źródle wyinterpretowanego zakazu, nasuwa przekonanie, że mamy w istocie do czynienia nie z dyskursem dogmatycznym – opartym na prawie stanowionym, lecz dyskursem ideologicznym, skoncentrowanym na celu i poszukującym, w braku innych możliwości, uzasadnienia dla wyrażonej w nim tezy w podstawowych, najbardziej ogólnych pojęciach, takich, których treść można elastycznie formować.

W uzasadnieniu wyroku z 22.10.2020 r. warstwa językowa art. 38 Konstytucji, z którego skład wydający orzeczenie wyinterpretował zakaz aborcji, okoliczności jego uchwalenia i zatwierdzenia w referendum konstytucyjnym są obecne szczerkowo. Podobnie charakterystyka Konstytucji jako świadomej wypowiedzi normatywnej skierowanej do odbiorców została tendencyjnie pominięta. Niestety identyczna sytuacja miała miejsce także na gruncie wyroku TK z 28.05.1997 r., wydanego zaledwie trzy dni po przyjęciu w referendum treści aktualnie obowiązującej Konstytucji. Ówczesny skład TK zajmował się rozważaniem dopuszczalności aborcji w kontekście zasady demokratycznego państwa prawa, lakonicznie kwitując w uzasadnieniu przesądzenie zmiany stanu normatywnego zaledwie kilkadziesiąt godzin przed ogłoszeniem wyroku, słowami „Trybu-

³ Zob. w szczególności *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, druk sejmowy nr 993, Wydawnictwo Sejmowe 2007, a tam m.in.: T. Smyczyński, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, s. 16; W. Wróbel, *Konstytucyjne Gwarancje Ochrony Życia a przesłanki dopuszczalności aborcji*, s. 29; L. Bosek, *Opinia prawna odnosząca się do zmian w polskim ustawodawstwie zwykłym, które są niezbędne dla zapewnienia ochrony godności i podstawowych praw istoty ludzkiej okresie prenatalnym w sferze zastosowań biologii i medycyny wyznaczanej przez standardy międzynarodowe*, s. 48; A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP*, s. 102 i inne tam zamieszone publikacje.

⁴ W ten sposób zresztą artykuł ten zupełnie przypadkowo zbiegł się z tożsamą tezą Sądu Najwyższego USA, wyrażoną w wyroku z 24.06.2022 r. w sprawie *Jackson vs Dobbs* na gruncie amerykańskiej konstytucji, https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf (dostęp: 20.07.2022 r.).

⁵ Wyrok TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK ZU 1997/2, poz. 19.

nał Konstytucyjny oparł swoje rozstrzygnięcie na obowiązujących przepisach konstytucyjnych⁶. Uchwalona 2.04.1997 r. Konstytucja RP potwierdza w art. 38 prawną ochronę życia każdego człowieka. Podstawa konstytucyjna, na której oparł swoje orzeczenie Trybunał Konstytucyjny znalazła więc swoje potwierdzenie i wyraźne wyartykułowanie w Konstytucji RP”.

Przyjęcie, że każde szczegółowe zagadnienie jest rozstrzygalne merytorycznie na gruncie konstytucji, w sytuacji poważnych problemów budzących kontrowersje natury etycznej, nieuchronnie angażuje prawników w spory etyczno-polityczne. Zapomina się przy tym, że konstytucja wcale nie musi regulować wszystkiego. Przeciwnie, może, a nawet niekiedy powinna, niektóre kwestie, zwłaszcza te wzbudzające silne kontrowersje społeczne, pozostawiać ustawodawcy zwykłemu, jako bardziej czułemu na zmiany zachodzące w świadomości zbiorowej. Pozostawienie przez ustrojodawcę problemów ustawie zwykłej wynikać może zarówno ze świadomej decyzji, istoty kompromisu, którym zazwyczaj jest Konstytucja, jak również z faktu, że operacyjny model stanowienia konkretnych ustaw w postaci czytań, konsultacji, dyskusji itd. zapewnia lepsze dostosowanie rozwiązań do problemu oraz zmieniającej się rzeczywistości społecznej. Zwracał uwagę na ten aspekt zagadnienia m.in. L. Garlicki, podkreślając, że ustawodawca konstytucyjny niekiedy celowo decyduje się na uregulowanie tylko części zagadnienia, świadomie pozostawiając w nim luki do wypełnienia przez ustawodawcę zwykłego⁷. Treść konstytucji jest wszak „wynikiem politycznego kompromisu, przy czym niektóre jej przepisy nie są niczym innym jak tylko wyrazem faktycznego braku porozumienia. W takich przypadkach zakodowana jest w nich polityczna intencja odłożenia w czasie podjęcia merytorycznych decyzji”⁸.

Poszukiwanie przez orzecznictwo konstytucyjne na siłę odpowiedzi na zagadnienia etyczne wprost w konstytucji nierozstrzygnięte obarczone jest jednak co najmniej trzema poważnymi wadami.

Po pierwsze, naraża władzę trybunalską na zarzut błędu *non sequitur*. Kiedy z tak ogólnej zasady jak państwo prawa lub zasada godności człowieka próbuje się wywieść odpowiedź na pytanie co do poszczególnych konkretnych problemów związanych z omawianą kwestią, tj warunków przerywania ciąży, można mieć wrażenie, że jest to nawet błąd *omnis sequitur*. Na nadużywanie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego refleksji ogólnej zwracał uwagę m.in. L. Morawski, zarzucając, że organ ten „swoiście interpretuje konstytucję

⁶ Tj. na utrzymanych w mocy przepisach Konstytucji z 22.07.1952 r., a dokładniej na treści jej art. 1 w brzmieniu nadanym mu ustawą z 29.12.1989 r. o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1989 r. nr 75 poz. 444), a stanowiącym, że „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawa urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

⁷ L. Garlicki, uzasadnienie zdania odrębnego do wyroku TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK ZU 1997/2, poz. 19; L. Garlicki, *Aksjologiczne podstawy reinterpretacji konstytucji (w:) Dwadzieścia lat transformacji ustrojowej w Polsce*, red. M. Zubik, Warszawa 2010, s. 98.

⁸ A. Jakuszewicz, *Wykładnia Konstytucji jako proces konkretyzacji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014/1, s. 75.

oraz imputuje jej w swoim orzecznictwie własny system wartości”. Szczególnie w tym kontekście niepokoić mogą wyroki, w których TK wydaje się interpretować dość dowolnie normy Konstytucji dotyczące praw jednostki i odchodzi od tendencji występujących w podobnych przypadkach w innych państwach demokratycznych⁹.

Po drugie, działania takie, sprawiające pozór twórczego rozwijania idei państwa prawa, faktycznie prowadzą do jego degeneracji i ostatecznie zaprzeczenia. Konsekwencje tego sięgają więc znacznie dalej niż tylko jednostkowego wydawałoby się orzeczenia. Gwarancje konstytucyjne z natury rzeczy mają bowiem sens o tyle tylko, o ile pozostaje zgoda co do tego, że konstytucja stanowi nieprzekraczalne ramy dla działań jakichkolwiek instytucji państwowych, zarówno reprezentujących sferę władzy wykonawczej, jak też ustawodawczej i sądowniczej¹⁰. Państwo prawa jest nim rzeczywiście, gdy prawo jest oparte na fundamencie o jasnym znaczeniu i zakresie. Sytuacja, w której jeden z podmiotów kreuje swoje prawo do swobodnego, twórczego wyinterpretowywania z klauzul generalnych niewyrażonych w konstytucji treści, niechybnie ten fundament rozsadza. Unieważnia zawarty konsens, otwierając tym samym furtkę i dając argument dla innych form swobodnego traktowania konstytucyjnych norm.

Wreszcie po trzecie, działania takie aktualizują również problem demokratycznej legitymacji stanowienia prawa oraz konstytucyjnego obowiązku zachowania zasady podziału władz. Jak zwracał uwagę Z. Czeszejko-Sochacki w zdaniu odrębnym do wyroku K 26/96, „ogromny odsetek wniosków kierowanych do Trybunału Konstytucyjnego, jak i w ich następstwie wydanych orzeczeń, odwołuje się do zasady demokratycznego państwa prawnego, nadając tej zasadzie swoiste znaczenie lub swoisty kontekst. Z tej zasady zostało w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wyinterpretowanych szereg zasad pochodnych, co w doktrynie budzi refleksje, na czym opiera się przekonanie, że sąd będzie działał w sposób nie arbitralny – zob. *Demokratyczne państwo prawne – model a rzeczywistość*, Instytut Spraw Publicznych, Konwersatorium, Warszawa 1996”¹¹.

Rzeczywiście, niebezpieczeństwo wynikłe z przekraczania granicy pomiędzy sądzeniem a stanowieniem prawa to problem samej istoty trójpodziału władz. Już Monteskiusz przestrzegał, że „Kiedy, w jednej i tej samej osobie lub w jednym i tym samym ciele, władza prawodawcza zespolona jest z wykonawczą, nie ma wolności; ponieważ można się lękać, aby ten sam monarcha albo ten sam senat nie stanowił tyrańskich praw, które będzie tyrańsko wykonywał. Nie ma

⁹ L. Morawski, *Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski*, „Przegląd Sejmowy” 2009/4, s. 77; zob. też L. Morawski, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, „Państwo i Prawo” 1994/4, s. 3; J. Nowacki, *Rządy prawa. Dwa problemy*, Katowice 1995, s. 51.

¹⁰ M. Safjan, *Trybunał Konstytucyjny po 30 latach – doświadczenie i przyszłość*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017/1, s. 11.

¹¹ Z. Czeszejko-Sochacki, uzasadnienie zdania odrębnego do wyroku TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK ZU 1997/2, poz. 19.

również wolności, jeśli władza sędziowska nie jest oddzielona od prawodawczej i wykonawczej. Gdyby była połączona z władzą prawodawczą, władza nad życiem i wolnością obywateli byłaby dowolna; sędzia bowiem byłby prawodawcą¹².

Poruszona tu kwestia granic prawotwórczej działalności sędziów Trybunału Konstytucyjnego jest w pewnym stopniu odzwierciedleniem koncepcji *judicial restraint* (powściągliwości sędziowskiej) i *judicial activism* (aktywizmu sędziowskiego). *Judicial restraint* nakazuje zachować sędziom powściągliwość przy rozpatrywaniu kwestii konstytucyjnych, gdyż opiera się na założeniu konieczności szacunku dla pozostałych władz i tym samym ograniczenia unieważniania ich działań przez sąd konstytucyjny wyłącznie do tych sytuacji, gdy naruszenie reguł konstytucji jest oczywiste. Sędziowie, którzy nie posiadają zwykle demokratycznej legitymacji pochodzącej bezpośrednio od wyborców, nie powinni przywłaszczać sobie roli władzy ustawodawczej ani wykonawczej. Prowadziłoby to do ograniczania pola demokratycznej samorządności, ale też w oczywisty sposób do wikłania sędziów w spory polityczne i ideologiczne¹³. Z kolei aktywizm sędziowski oznacza co do zasady przeciwieństwo powściągliwości, a tym samym gotowość sędziów do narzucania własnych poglądów i przekonań ideologicznych, bez podporządkowywania się ocenom wyrażanym przez inne władze czy przez wcześniejsze orzecznictwo¹⁴. Aktywizm sędziowski z natury rzeczy większe znaczenie odgrywa w systemach *common law*, gdzie rola i znaczenie precedensu jako źródła prawa jest historycznie ugruntowana. I tam jednak zarzuca mu się, że zamienia sędziów w działaczy, którzy orzekają, kierując się własnymi preferencjami politycznymi, a nie wiernej interpretacji prawa, porzucając w ten sposób swoją bezstronną rolę i uprawiając *legislating from the bench*, tj. tzw. prawodawstwo z ławy orzekającej¹⁵.

Warto zauważyć, że przejawu akceptacji dla aktywizmu sędziowskiego w działalności polskiego Trybunału Konstytucyjnego można doszukiwać się w powierzonej temu organowi w 1989 r. kompetencji do dokonywania wiążącej wykładni ustawy¹⁶. Początkowo, w okresie transformacji ustrojowej, w związku

¹² Ch. Montesquieu, *O duchu praw*, w tłumaczeniu T. Boya-Żeleńskiego, wyd. Wolne lektury. Fundacja Nowoczesna Polska, publikacja elektroniczna, s. 82; <https://wolnelektury.pl/media/book/pdf/o-duchu-praw.pdf> (dostęp: 20.09.2022 r.).

¹³ Zob. K. Roosevelt, *Judicial restraint* (w:) *Encyclopedia Britannica* i literatura tam cytowana, <https://www.britannica.com/topic/judicial-restraint> (dostęp: 20.07.2022 r.).

¹⁴ Zob. bliżej na temat aktywizmu sędziowskiego B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012; M. Wieczorkowski, *Problem aktywizmu i prawotwórstwa sędziowskiego w świetle współczesnych teorii interpretacji*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2018/2, s. 169.

¹⁵ Zob. K. Roosevelt, *Judicial activism* (w:) *Encyclopedia Britannica* i literatura tam cytowana, <https://www.britannica.com/topic/judicial-activism> (dostęp: 20.07.2022 r.).

¹⁶ Art. 1 pkt 10 ustawy z 7.04.1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz.U. z 1989 r. nr 19 poz. 101); zob. też art. 13 ustawy z 29.04.1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1998 r. nr 22 poz. 98).

z ograniczonymi przepisami konstytucyjnymi, ale także w związku z przekreśleniem dotychczasowego fundamentu aksjologicznego i potrzebą budowy nowego, powierzenie wypełniania ewentualnych luk Trybunałowi Konstytucyjnemu uznawane było za przejaw konieczności. Temu też służyć miała wprowadzona do tekstu ówczesnie obowiązującej Konstytucji¹⁷ w 1989 r. formuła demokratycznego państwa prawnego¹⁸. Co oczywiste, kompetencja ta dawała spore pole do wypełnienia przestrzeni prawnokonstytucyjnej poglądami członków tego organu, ale tym samym ingerencji w politykę stosowania prawa. Rozwiązanie to, choć budzące wątpliwości co do swojej demokratycznej legitymacji, było w tamtym okresie o tyle łatwiej akceptowalne, że stanowiło kontynuację znanej w czasie PRL instytucji, tyle że przysługującej Radzie Państwa¹⁹. Co oczywiste, w okresie transformacji ustrojowej wyjęcie tego rodzaju uprawnień z rąk organu o charakterze politycznym i przekazanie go sądowi konstytucyjnemu stanowiło paradoksalnie krok w przód w procesie demokratyzacji. Nie znaczy to, że nie dostrzegano wówczas problemów, jakie się wiązały z akceptacją tak wyrażanego aktywizmu sędziów Trybunału Konstytucyjnego²⁰. Przeciwnie, bardzo dobrze zdawano sobie sprawę z ryzyk, jakie się wiązały z tak ukształtowaną „dopełniającą” system spisanych norm konstytucyjnych kompetencją. Traktowano ją więc jako czasową, do momentu uchwalenia nowej konstytucji, kiedy to argument o konieczności wypełniania luk powstałych po 1989 r. straci rację bytu²¹. Rzeczywiście Konstytucja z 1997 r. nie zawierała już takiego

¹⁷ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej uchwalona przez Sejm Ustawodawczy 22.07.1952 r. (Dz.U. z 1976 r. nr 7 poz. 36 ze zm.).

¹⁸ Jak wskazują M. Zubik i W. Sokolewicz, „Pospieszne, niepoprzedzone wcześniejszą refleksją teoretyczną, wprowadzenie do konstytucji nowelą z 29.12.1989 r. charakterystyki państwa polskiego jako demokratycznego, prawnego, a przy tym urzeczywistniającego zasady sprawiedliwości społecznej [zob. T. Chauvin, J. Winczorek, P. Winczorek, *Wprowadzenie klauzuli państwa prawnego do porządku konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej*, (w:) *Zasada demokratycznego państwa prawnego w Konstytucji RP*, red. S. Wronkowska, Warszawa 2006, s. 22], miało akcentować odmiennosć od dotychczasowej definicji ogólnej państwa jako «demokracji ludowej» (1952–1976) bądź państwa «socialistycznego» (od 1976 r.). Przepis ten przede wszystkim jednak przesądzał o kierunku dokonywanych od kwietnia 1989 r. zmian ustrojowych. Miały one prowadzić do zasadniczej transformacji w ustrój innej jakości, oparty na odmiennej, by nie rzec, przeciwstawnej, aksjologii politycznej. Formuła demokratycznego państwa prawnego wyprzedziła zatem przeprowadzone później przemiany demokratyczne, ale w pewien sposób je wymuszała, wskazując konieczny kierunek tych przemian, tkwiąc tymczasem w otoczeniu prawnym niedostosowanym jeszcze, lecz dopiero dostosowywanym do jej treści. O ile w przyjętej w 1989 r. formule jasno wyrażone zostały polityczne intencje ustrojodawcy, o tyle mniej wyraźne było jej znaczenie prawne”, M. Zubik, W. Sokolewicz (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, t. 1, teza 3 do art. 2.

¹⁹ Por. art. 25 ust. 1 pkt 3 Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22.07.1952 r. (Dz.U. z 1952 r. nr 33 poz. 232).

²⁰ Zob. Z. Czeszejko-Sochacki, *O niektórych problemach powszechnie obowiązującej wykładni ustalonej przez Trybunał Konstytucyjny* (w:) *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, red. J. Trzciniński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996, s. 39.

²¹ Zob. bliżej Z. Czeszejko-Sochacki, *Trybunał Konstytucyjny w świetle projektów Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 1995/2, s. 17.

uprawnienia Trybunału Konstytucyjnego. Nie zostało ono także przewidziane w nowej, uchwalonej w 1997 r., ustawie o Trybunale Konstytucyjnym²². A co więcej, w art. 239 ust. 2 Konstytucji z 1997 r. przewidziano, że z dniem jej wejścia w życie podlegają umorzeniu wszystkie wcześniej wszczęte, a niezakończone postępowania w przedmiocie powszechnie obowiązującej wykładni ustawy, jak również tracą moc wszystkie uprzednio wydane uchwały w przedmiocie powszechnie obowiązującej wykładni prawa (art. 239 ust. 3 Konstytucji). Wszystko to było zupełnie logiczne i konsekwentne. Ponieważ uzyskano społeczny konsens wokół treści ustanawiającej kompletny demokratyczny fundament Konstytucji, uzyskano jej akceptację w drodze referendum, nie miało sensu dalsze utrzymywanie prawotwórczej, w aspekcie pozytywnym, kompetencji Trybunału Konstytucyjnego.

Aby więc odpowiedzieć na tytułowe pytanie, warto teraz pochylić się nad genezą treści art. 38 Konstytucji RP oraz przypomnieć, jakie obiektywne znaczenie zawartemu tam sformułowaniu przypisywano podczas trzech etapów działań ustrojodawczych, tj. prac komisji Zgromadzenia Narodowego, głosowania w Zgromadzeniu Narodowym i wreszcie podczas aktu referendum, które miało miejsce zaledwie trzy dni przed ogłoszeniem powołanego wyżej wyroku TK. Z pełnym rozmysłem odwołujemy się do obiektywnych ocen historycznych, a więc zrekonstruowanych z perspektywy adresatów, bo to adresaci – obywatele – ostatecznie podejmowali decyzję o uchwaleniu Konstytucji o określonej treści. Niemniej jednak już tu zaznaczyć należy, że w tej konkretnej sytuacji ustalenia dotyczące woli autorów brzmienia omawianej normy, a zatem czynione z perspektywy subiektywnej, również wskazują na taki sam cel i taką samą intencję, jaka wynika z zobiektywizowanej perspektywy adresata wypowiedzi normatywnej.

W pracach omawiających proces tworzenia Konstytucji podkreśla się, że właśnie tzw. elementy światopoglądowe stanowiły istotną część sporu i debaty publicznej²³. Już na etapie prac w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego nad „projektem jednolitego brzmienia art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (w ujęciu wariantowym)” na posiedzeniu w dniu 27.01.1995 r. odbyło się głosowanie, które dało następujące wyniki:

- za wariantem I (wniosek posła Jerzego Ciemniewskiego) w brzmieniu „1. Każdy ma prawo do ochrony życia. 2. Nikt nie może być karany śmiercią” oddano 7 głosów;
- za wariantem II w brzmieniu „Życie ludzkie jest nienaruszalne” oddano 0 głosów;
- za wariantem III w brzmieniu „1. Rzeczpospolita Polska uznaje przyro-

²² Ustawa z 1.08.1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1997 r. nr 102 poz. 643).

²³ Zob. J. Jaskiernia, *Spoleczna percepcja Konstytucji RP z 1997 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2017/6, s. 76. „Spory konstytucyjne i poszukiwanie kompromisu «zewnątrznego» (z partnerami spoza koalicji konstytucyjnej) dotyczyły głównie problemów o charakterze ideologicznym (m.in. Invocatio Dei, roli prawa naturalnego, zakresu ochrony życia, stosunku państwo – Kościół, roli rodziców w wychowaniu dzieci)”.

- dzono prawo każdej istoty ludzkiej do życia od poczęcia i gwarantuje jego ochronę prawną. – Nikt nie może być karany śmiercią” oddano 0 głosów;
- za wariantem IV w brzmieniu „Chroni się życie ludzkie od poczęcia do naturalnej śmierci. Warunki dopuszczalności przerywania ciąży określa ustawa” oddano 0 głosów;
 - za wariantem V w brzmieniu: „1. Rzeczpospolita Polska uznaje przyrodzone prawo każdej istoty ludzkiej do życia od poczęcia po naturalną śmierć i gwarantuje jego prawną ochronę. 2. Nikt nie może być karany śmiercią” oddano 0 głosów;
 - za wariantem VI (wniosek poseł Krystyny Łybackiej oraz wniosek posłów Lidii Błądek, Mariana Króla, Marii Kurnatowskiej, Mirona Pomirskiego i senatorów: Adama Daraża i Jana Orzechowskiego) w brzmieniu „Każdy człowiek ma prawo do ochrony życia” oddano 30 głosów;
 - za wariantem VII (wniosek senatora Piotra Ł.J. Andrzejewskiego) w brzmieniu „Podstawowym prawem osoby ludzkiej, gwarantowanym przez Rzeczpospolitą Polską, jest prawo do życia. Życie człowieka podlega szczególnej ochronie od poczęcia do naturalnej śmierci” oddano 4 głosy;
 - za wariantem VIII (wniosek posła Tadeusza Mazowieckiego) w brzmieniu „1. Podstawowym prawem osoby ludzkiej, gwarantowanym przez Rzeczpospolitą Polską, jest prawo do życia. Życie człowieka podlega szczególnej ochronie od poczęcia do naturalnej śmierci. 2. Nikt nie może być karany śmiercią” oddano 2 głosy;
- Nikt nie wstrzymał się od głosu²⁴.

Drugim etapem prac były prace Komisji nad poprawkami zgłoszonymi po posiedzeniach w lutym 1997 r. Posiedzenie Komisji odbyło się w dniu 14.03.1997 r. Również i tym razem obie poprawki zawierające przepisy o ochronie życia poczętego zostały odrzucone przez Komisję. Została natomiast przyjęta autopoprawka w brzmieniu, które ostatecznie weszło do art. 38 Konstytucji. Analiza dyskusji z posiedzenia Komisji wskazuje, że jednoznacznym celem przyjętego ostatecznie brzmienia tego przepisu było pozostawienie regulacji dotyczących możliwości przeprowadzenia aborcji ustawodawcy zwykłego i świadome wyłączenie tej sfery spod ewentualnych ocen Trybunału Konstytucyjnego²⁵.

²⁴ Biuletyn 1228/II Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego nr 11/25-01-95/, <https://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/B2?Open> (dostęp: 22.01.2022 r.).

²⁵ Przywołać tu można choćby wypowiedź jednego z posłów – M. Borowskiego. „Według mnie – i nie tylko według mnie – człowiek się staje w łonie matki. Teraz jest kwestia momentu, w którym staje się człowiek. Na ten temat są różne teorie. Jest teoria, że jest to z chwilą poczęcia. Jest też teoria, że jest to z chwilą, gdy pojawiają się tzw. synapsy, czyli moment pofaldowania mózgu. Jest to chyba 16 tygodni. Nie bez przyczyny więc w zdecydowanej większości krajów, w których jest dopuszczalność przerywania ciąży, określony jest okres, w którym przerwanie ciąży jest możliwe. Najczęściej jest to 12–14 tygodni. Jest tak dlatego, że na ogół wychodzi się z założenia, że jednak później ma się już do czynienia z człowiekiem i że już później tylko szczególne okoliczności mogą spowodować zgodę na przerwanie ciąży. Jest to np. ewidentne za-

Autopoprawka została przyjęta w wyniku głosowań w dniu 21.03.1997 r. na posiedzeniu Zgromadzenia Narodowego. Przedmiotem obrad i głosowania było wówczas pięć poprawek i dwa wnioski mniejszości, wśród których ponownie znajdowały się poprawki rozszerzające treść art. 38 o ochronę prawną życia od poczęcia. Zgromadzenie Narodowe przyjęło jednak treść rekomendowaną przez Komisję²⁶.

Nie budzi również wątpliwości, że kwestie zakresu ochrony życia w Konstytucji, w tym w szczególności kwestia konstytucyjnego wprowadzania bądź nie zakazu aborcji, były wówczas także przedmiotem debaty publicznej wśród polskiego społeczeństwa. Brak konstytucyjnych gwarancji ochrony życia poczętego był jednym z elementów kampanii referendalnej zarówno po jednej stronie sporu światopoglądowego, jak i po drugiej²⁷. W szczególności niektórzy zwolennicy wpisania ochrony życia poczętego do Konstytucji namawiali za głosowaniem w referendum przeciwko jej przyjęciu, właśnie m.in. z tej przyczyny, że nie zawiera ona takiego zapisu²⁸.

grożenie życia matki. Tak więc spór ma charakter filozoficzny. Przepis, który zaproponowałem jako autopoprawkę, polega na tym, aby nie miał on charakteru, o którym m.in. Kościół katolicki mówił, iż ma formułę wskazującą na nadawanie sobie prawa do życia. Rezygnuję więc z tej formuły i przyjmuję formułę stanowiącą, że Rzeczpospolita Polska zapewnia prawną ochronę życia. Równocześnie jednak absolutnie nie mogę zgodzić się na to, aby w konstytucji przesądzić lub dać pełne podstawy do tego, aby później każda ustawa, zezwalająca na przerywanie ciąży, była automatycznie blokowana przez Trybunał Konstytucyjny, bez względu na to, kto będzie w składzie Trybunału Konstytucyjnego, a więc zwolennicy czy przeciwnicy przerywania ciąży. Myślę, że jest to wszystko, co można powiedzieć w tej sprawie”, zob. stenogram z posiedzenia Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego z 13.03.1997 r., <http://orka2.sejm.gov.pl/Debata2.nsf>. (dostęp: 22.01.2022 r.); zob. też B. Banaszak (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 38: „Prawna ochrona życia nie oznacza ochrony życia ludzkiego od momentu poczęcia. Postulat ochrony życia ludzkiego od momentu poczęcia pojawił się już w toku prac nad Konstytucją. Budził jednak duże kontrowersje i został w 1995 r. w początkowej fazie prac odrzucony. W efekcie art. 38 Konstytucji ograniczył się tylko do sformułowania o prawnej ochronie życia. Za przyjęciem normy niezawierającej zwrotu o ochronie życia od poczęcia opowiedziało się 30 spośród 43 głosujących członków Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (Biuletyn XII, Warszawa 1995, s. 92)”.

²⁶ T. Kalita, *Proces tworzenia konstytucyjnej formuły określającej zakres ochrony życia człowieka*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2016/36, s. 77; zob. też „Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego” XLV z 1997 r.

²⁷ Ten argument wskazywał m.in. L. Garlicki w zdaniu odrębnym do wyroku TKK 26/96.

²⁸ M. Krzaklewski, *Zniesienie progę frekwencyjnego w referendum konstytucyjnym (1997) to była manipulacja*, 4.05.2017 r., <https://www.tysol.pl/a6937-M-Krzaklewski-zniesienie-progu-frekwencyjnego-w-referendum-konstytucyjnym-1997-to-byla-manipulacja> (dostęp: 22.01.2022 r.), gdzie ówczesny przewodniczący związku NZSS Solidarność tak wspomina: „Wówczas po raz kolejny wystąpiłem w sejmie wskazując, że Solidarność jest gotowa poprzeć projekt ZN tylko wówczas, gdy zostanie w niej zawarte trzynaście punktów, które dotyczyły m.in. odwołania się w preambule w sposób naturalny, a nie sztuczny do Boga, podkreślenia roli Solidarność w procesie odzyskiwania niepodległości, podkreślenia prymatu prawa naturalnego nad stanowionym, zawarcia prawa do ochrony życia od poczęcia aż do śmierci. (...) Zgodnie z uchwałą władz «Solidarności» zaznaczyłem, że w zbliżającym się referendum konstytucyjnym należy obywatelom

Warto przy okazji zwrócić uwagę na inny zabieg, który pojawił się już po uchwaleniu Konstytucji, to jest zabieg redefinicji normatywnego zakresu terminu „człowiek”, a który następował ewidentnie w kontekście problematyki aborcji. Termin ten był używany zarówno w języku prawnym, jak i prawniczym przez dziesiątki lat w odniesieniu do osoby urodzonej lub też w odniesieniu do osoby zdolnej do samodzielnego życia poza organizmem matki od fazy rozpoczęcia porodu²⁹. Ustawodawca konsekwentnie posługiwał się pojęciem „człowiek”, odnosząc je do osoby urodzonej. Dla odmiany obejmując hipotezę normy stan przedurodzeniowy, posługiwał się pojęciami „płód”, „*nasciturus*”, lub z czasem także pojęciem „dziecko poczęte”. Rozróżnienie to szczególnie wyraźne było i jest w prawie karnym, gdzie przeciwstawienie pojęcia „człowiek” pojęciu „dziecko poczęte” służy między innymi różnicowaniu typów czynów zabronionych i zakresu odpowiedzialności karnej³⁰. Nie ma też wątpliwości, że pojęcie „człowiek” używane jest tam wyłącznie w odniesieniu do osoby urodzonej lub też w odniesieniu do osoby zdolnej do samodzielnego życia poza organizmem matki od fazy rozpoczęcia porodu. Nie ma też wątpliwości, że takim znaczeniem wskazanego terminu posługiwali się członkowie Zgromadzenia Narodowego i taki wreszcie sposób rozumienia tego terminu był przedmiotem debaty referendalnej³¹.

Przyjęte zatem w końcowej części uzasadnienia wyroku TK z 28.05.1997 r. twierdzenie, jakoby użyte w art. 38 Konstytucji pojęcie „człowiek” obejmowało także fazę prenatalną, niewątpliwie stanowiło instrumentalną próbę tzw. definicji perswazyjnej, projektującej, niemającej podstawy ani w ówczesnym potocznym rozumieniu tego terminu, ani w języku prawnym, i przy całkowitym pominięciu niebudzącego wątpliwości podczas prac komisji ZN oraz podczas odbywającego się ledwie trzy dni wcześniej referendum konstytucyjnego, faktu, że faza ta właśnie zakresem tego artykułu z rozmysłem została pominięta. Nie ulega wątpliwości, że znaczenie nadawane językowi aktu prawnego, po pierw-

przedstawić w referendum alternatywnym dwa projekty konstytucji: obywatelski i przyjęty przez Zgromadzenie Narodowe, ponieważ opierają się one na odmiennych systemach wartości i różnych koncepcjach systemu społeczno-gospodarczego. Ta propozycja była przez związek artykułowana już w 1995 roku, czyli 2 lata przed referendum konstytucyjnym. Ani postulaty, ani propozycja podania pod referendum dwóch projektów nie zostały przez Zgromadzenie Narodowe zaakceptowane. (...) W takiej sytuacji Komisja Krajowa wezwała członków i sympatyków związku, aby w referendum w dniu 25.05.1997 głosowali za odrzuceniem projektu konstytucji”.

²⁹ Zob. przegląd poglądów zawarty w uzasadnieniu uchwały SN z 26.10.2006 r. (I KZP 18/06), OSNKW 2006/11, poz. 97.

³⁰ T. Sroka, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013, przy czym autor ten zdaje się krytycznie odnosić do tego podziału, postulując interwencję ustawodawcy w celu rozszerzenia odpowiedzialności za pozbawienie życia człowieka na taki etap rozwoju płodu, który pozwoliłby uznać jego zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki.

³¹ Zob. też B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 38.

sze, nie powinno odbiegać od zwykłego jego rozumienia, po drugie, nie może być oderwane od celu i zamysłu ustrojodawcy co do zakresu desygnatów, które ma on obejmować. Zwłaszcza gdy mamy do czynienia z aktem o charakterze konstytucyjnym i gdy w grę wchodziła interpretacja pojęcia budzącego szczególne emocje na etapie jego tworzenia, które zostały przewyciężone zawartym przez projektodawców kompromisem, a potwierdzone akceptacją wyrażoną podczas referendum konstytucyjnego. Podważenie tego kompromisu pozbawiło *de facto* ustrojodawcę prawa do formułowania za pomocą zastanego języka treści przepisów prawnych odpowiadającej jego woli, doprowadziło bowiem do ustalania tej treści nie tylko w oderwaniu od jakiegokolwiek kontekstu językowego, ale przede wszystkim sprzecznie z jego wolą.

W konsekwencji powstała sytuacja w istocie naruszająca demokratyczne reguły formowania porządku konstytucyjnego i naruszająca zasadę trójpodziału władz. Władza trybunalska przypisała sobie, wbrew woli ustrojodawcy, prawo narzucenia całemu społeczeństwu, z pominięciem ustawodawcy, określonej regulacji, czemu w sposób oczywisty na etapie tworzenia Konstytucji chciano zapobiec. Był to ewidentny przykład przekroczenia dopuszczalnych granic aktywizmu sędziowskiego, polegający na wyinterpretowaniu z normy ogólnej, tj. zasady demokratycznego państwa prawnego, treści tak szczegółowej, jak zakaz aborcji ze względów społecznych³². Co więcej, towarzyszyło temu zaprojektowanie takiego sposobu rozumienia, dopiero co przyjętego w referendum konstytucyjnym, lecz jeszcze wówczas nieobowiązującego art. 38 nowej Konstytucji, mimo że ten sposób regulacji odrzucony był tak w toku prac ZN nad treścią tego przepisu, jak też podczas referendum. Niewątpliwie był to jaskrawy przejaw nadużycia w orzecznictwie TK zaufania obywateli, którzy świadomie opowiedzieli się za przyjęciem Konstytucji w określonym brzmieniu i o przewidywanych jego skutkach i zlekceważenia wypracowanego w ten sposób kompromisu. Nie powinno więc dziwić, że dysonans wywołany tamtym orzeczeniem do dziś pozostaje źródłem bardzo emocjonalnych postaw społecznych.

Być może dlatego niektórzy autorzy otwarcie wskazują, że ustrojodawca w ich ocenie w ogóle nie ma kompetencji do określania tych kwestii. Tak m.in. A. Zoll, który wskazuje, że „nie do prawa stanowionego, także do Konstytucji, należy definicja człowieczeństwa i określenie od kiedy mamy do czynienia z człowiekiem”. Autor ten podaje dalej: „Uważam, że konstytucja słusznie zaniechała wprowadzania jakichkolwiek elementów definicyjnych odnoszących się do desygnatu pojęcia «człowiek»”³³. Problem w tym, że tezy te nie uwzględniają rzeczywistych dyskusji i przyczyn takiego jak ostatecznie przyjęto uregulowa-

³² Rozumowanie to starannie pomijało przy tym inny, wynikający z niego nieuchronnie wniosek, że w takim razie wszystkie kraje cywilizacji zachodniej demokratycznymi państwami prawa nie są, jak również że nie chronią w sposób właściwy ani życia, ani godności jednostki ludzkiej, co można uznać za dający do myślenia paradoks.

³³ A. Zoll, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP...*, s. 102.

nia w Konstytucji analizowanego zagadnienia. Kwalifikowana większość ZN wyraźnie opowiedziała się bowiem za wyznaczeniem jedynie granic ochrony życia, nie zaś za definiowaniem pojęcia „człowiek” czy przyznawaniem komukolwiek prawa do życia. Ustalając jedynie granice konstytucyjnej ochrony życia, z premedytacją zrezygnowano z zapisów rozciągających ją na fazę prenatalną. A chodziło dokładnie o zaniechanie konstytucyjnego ingerowania w regulowanie kwestii tak drażliwej, jaką jest przerywanie ciąży. Co oczywiście nie wykluczało regulowania tej kwestii w drodze ustawy. Z uwagi jednak na brak społecznej akceptacji dla lansowanego przez Kościół katolicki zakazu lub co najmniej bardzo poważnego ograniczania przerywania ciąży, jak też na nieuchronnie wywołany takim zakazem problem jego sprzeczności z innymi konstytucyjnymi wartościami, jak: godność kobiety, jej prawo do życia, do zdrowia (także w aspekcie zdrowia psychicznego) czy prawo do prywatności i autonomii decyzji kobiety, z pełną świadomością zdecydowano ograniczyć konstytucyjną ochronę życia człowieka, tak aby pozostawić kwestię przerywania ciąży poza jej zakresem.

Być może jednak w takiej postawie widzieć należy całe *clou* problemu. Prezentowane jest bowiem przekonanie, że w tak bardzo szczegółowej, kontrowersyjnej oraz odmiennie regulowanej w innych krajach sferze istnieje akurat w polskim systemie prawa określone prawo wyższe, przed- lub ponadkonstytucyjne, wobec którego *de facto* tak zamiłł ustrojodawcy, jak i przepis konstytucyjny nie mają znaczenia³⁴. Optyka ta wyraźnie zresztą wybija się na plan pierwszy w uzasadnieniu wyroku z 22.10.2020 r. Przy takim jednak traktowaniu Konstytucji traci ona jakikolwiek sens jako źródło praw i wolności. Wskazany punkt widzenia oznacza, że równie dobrze Konstytucja mogłaby się ograniczać do treści art. 2 formułującego zasadę demokratycznego państwa prawa, z którego odpowiednio zręczny interpretator może wywieść każdą treść. Retorycznym zagadnieniem pozostawałoby wówczas tak pytanie, po co w ogóle uchwalano art. 38 Konstytucji, jak i pytanie o sens prowadzonych sporów zarówno w okresie przygotowywania projektu Konstytucji, jak też w okresie kampanii referendalnej, czy wreszcie w roku 2007, kiedy przystępowano do nieudanej próby zmiany brzmienia art. 38 poprzez dodanie do jego treści słów „od poczęcia”. Przywołane orzeczenie opiera się ostatecznie na założeniu, że ustrojodawca uregulował przedmiot, który faktycznie umyślnie pominął. Pozostaje w tym miejscu odwołać się do powtarzanej w literaturze w ślad za orzecznictwem tezy, że „nie może być mowy o tzw. lukach pozornych oraz lukach w tym sensie, że ktoś uważa, iż dane materie powinny być prawnie uregulowane, a nie są, co należałoby potraktować jedynie jako niezgodności czyjegoś ideału prawnego z prawem obowiązującym. (...) Założenia racjonalnego ustawodawcy nakazują

³⁴ Zob. np. J. Roszkiewicz, *Prawo nasciturusa do życia w prawie konstytucyjnym i prawie międzynarodowym*, „Forum Prawnicze” 2017/4, s. 105, zdaniem którego „źródłem prawa do życia nie jest Konstytucja RP, lecz godność człowieka – zakres podmiotowy tego prawa nie jest więc zależny od woli prawodawcy, nawet konstytucyjnego”.

bowiem uznać nie tylko, że nie mówi on niczego bez potrzeby, lecz także respektować to, czego ustawodawca nie powiedział”³⁵.

Stosowanie interpretacji projektujących, z pominięciem kontekstu powstania normy prawnej oraz zastanęgo znaczenia słów w nim użytych, i odwołanie się do funkcjonalnych dyrektyw wykładni prowadzi do zastąpienia treści umowy społecznej preferowaną treścią interpretatora. Prowadzi to do zupełnej arbitralności tak wyinterpretowywanych tez, wynikającej z „absolutyzowania systemu wartości przyjmowanego przez interpretatora i przypisywaniu tegoż systemu wartości wszelkiemu prawodawcy, którego uznać można by za prawodawcę racjonalnego”³⁶. W uzasadnieniu wyroku z 22.10.2020 r. pada wręcz nieprawdziwe twierdzenie, jakoby nie było żadnych merytorycznych decyzji wyznaczających dobór konkretnych słów, a w związku z tym treść art. 38 daje składowi orzekającemu kompetencję do jej uzupełnienia³⁷.

Sięgając do źródeł ukształtowania treści art. 38 Konstytucji, jak i dokonując jego wykładni językowej, nie można mieć wątpliwości, że nigdy nie obejmował on swoim zakresem fazy prenatalnej i nie wprowadzał ochrony życia od poczęcia. Świadomie podjęto w tym zakresie decyzję negatywną, właśnie z uwagi na kontrowersje społeczne, jakie ona wywoływała, i właśnie dlatego, że nie osiągnięto tu poziomu konsensu społecznego niezbędnego do uczynienia z tej kwestii podstawy ustrojowej. Z proponowanych wersji artykułu 38 Konstytucji aż siedem zawierało bezpośrednio treść wskazującą na objęcie ochroną życia poczętego, lecz wszystkie one zostały odrzucone zarówno w Komisji, jak i w głosowaniu ZN w dniu 23.03.1997 r.

Ustalenia na bazie dyrektyw językowych są spójne z ustaleniami w ramach wykładni celowościowej. Mianowicie ustrojodawca nie przyznał prawa do życia, ponieważ wychodził ze słusznego założenia, że jest to dokument prawny, a nie filozoficzny lub religijny, a więc można w nim decydować nie o życiu, lecz o zakresie jego ochrony prawnej. Po drugie, przez świadome użycie terminu „człowiek” wskazał, że ochrona konstytucyjna na podstawie art. 38 Konstytucji RP dotyczy określonego etapu rozwoju istoty ludzkiej³⁸ określanej na gruncie języka potocznego i zastanym użyciu prawnym pojęciem „człowiek”. Podkreślić przy tym należy, że chodziło o wyznaczenie ochrony konstytucyjnej, a nie ochrony w ogóle. Ustrojodawca nie neguje ani nie wyklucza ochrony fazy prenatalnej w drodze ustawy. Rozstrzygnął jednak, że nie jest ona jednakowo silna

³⁵ Uzasadnienie postanowienia SN z 25.05.2001 r. (WA 15/01), OSNKW 2001/9–10, poz. 81.

³⁶ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 296.

³⁷ „Mając na uwadze wszystkie powyższe wypowiedzi, Trybunał przyjął, że intencją ustrojodawcy było – wobec braku wskazania *expressis verbis* w Konstytucji granic temporalnych życia człowieka i jego prawnej ochrony lub wyłączenia w tym zakresie kognicji Trybunału – pozostawienie do rozstrzygnięcia Trybunałowi kwestii dotyczącej wiążącego ustalenia znaczenia pojęcia «człowiek» na gruncie art. 38 Konstytucji”, zob. wyrok TK z 22.10.2020 r. (K 1/20), OTK ZU 2021, poz. 4.

³⁸ Na marginesie trzeba wskazać, że poprawka zawierająca sformułowanie „istota ludzka” również została w pracach Zgromadzenia Narodowego odrzucona.

jak ochrona osoby już urodzonej, co w pełni odzwierciedlało obawy, jakie właśnie oponenti szerszego zakresu art. 38 wysuwali, wskazując na ryzyko, jakie niosłaby ona dla sfery życia, zdrowia, godności i możliwości samostanowienia dla kobiet.

Na temat mocy obowiązującej i skutków orzeczenia z 22.10.2020 r. napisano już wiele³⁹. Co zaskakujące natomiast, jak dotąd pomijano kwestię znaczenia i skutków wyroku z 28.05.1997 r. Dziwi to tym bardziej, kiedy się uwzględni szczególny kontekst intertemporalny, w jakim wyrok ten został wydany. Omawiany wyrok stwierdzał niezgodność części przepisów ustawy z 30.08.1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw⁴⁰, w zakresie dotyczącym art. 4a ust. 1 pkt 4 ustawy z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży⁴¹, z art. 1 oraz art. 79 ust. 1 przepisów konstytucyjnych pozostawionych w mocy na podstawie art. 77 ustawy konstytucyjnej z 17.10.1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym.

Zgodnie z wówczas obowiązującym prawem wyrok ten nie wywoływał automatycznie skutku derogacyjnego, lecz uruchamiał procedurę reakcji merytorycznej ustawodawcy na decyzję TK. Reakcja ta mogła polegać na usunięciu niezgodności za pomocą działań legislacyjnych. Obowiązujące wówczas uregulowania (art. 33a Konstytucji z 1952 r. w zw. z art. 6 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym z 1985 r.⁴²) przewidywały też przypadek polegający na uznaniu orzeczenia w ciągu 6 miesięcy od dnia jego opublikowania za niezasadne merytorycznie i oddaleniu orzeczenia większością kwalifikowaną. Tyle że usunięcie niezgodności dwóch norm prawnych, tzn. normy kontrolowanej i wzorca kontroli, z istoty rzeczy może również nastąpić poprzez uchylenie przepisu zawierającego wzorzec kontroli lub uchylenie całego aktu prawnego, w którym jest zawarty. Taka sytuacja nastąpiła, ponieważ niecałe pięć miesięcy po wydaniu wyroku weszła w życie nowa Konstytucja i uchylone zostały wszystkie do-

³⁹ Zob. w szczególności „Państwo i Prawo” 2021/8, w całości poświęcony wyrokowi z 22.10.2020 r., a tam artykuły: P. Kardas, J. Giezek, *Kompetencje derogacyjne TK oraz ich prawnokarne konsekwencje (refleksje na marginesie wyroku w sprawie K 1/20)*, s. 40; R. Piotrowski, *Nova regulacja przerywania ciąży w świetle Konstytucji*, s. 62; D. Szumiło-Kulczycka, K. Kozub-Ciembroniewicz, *Konsekwencje uchybień w obszarze TK (uwagi na tle orzeczenia w sprawie K 1/20)*, s. 81; W. Zontek, *Prawnokarne skutki wyroku TK z 22.10.2020 r., K 1/20 (zagadnienia wybrane)*, s. 211; B. Grabowska-Moroz, K. Łakomiec, *(Nie)dopuszczalność aborcji. Glosa do wyroku TK z 22.10.2020 r., K 1/20*, s. 251; A. Rakowska-Trela, *Wyrok czy nie-wyrok. Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r., K 1/20, dotyczącego możliwości przerywania ciąży*, „Przegląd Sądowy” 2021/6, s. 106.

⁴⁰ Ustawa z 30.08.1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1996 r. nr 139 poz. 646).

⁴¹ Ustawa z 7.01.1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r. nr 17 poz. 78 ze zm.).

⁴² Ustawa z 29.04.1985 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1991 r. nr 109 poz. 470 ze zm.).

tymczasowe przepisy konstytucyjne (art. 242). Z formalnego punktu widzenia kończyło to kwestię możliwości uznania, że wskazany wyrok wszedł do sytemu prawa i wywołał skutek prawny. Ewentualne argumenty o rzekomej tożsamości merytorycznej nowych norm z poprzednimi nie znajdują tu uzasadnienia, ponieważ i tak musiałyby być przedmiotem ponownego badania w ramach odrębnego postępowania przed Trybunałem i kontroli merytorycznej zakończonej wyrokiem, co jednak nie nastąpiło. Dodatkowo sytuacja normatywna po wejściu w życie nowej Konstytucji była już inna, choćby przez fakt pojawienia się art. 38. Treść uznana za sprzeczną ze starym porządkiem konstytucyjnym nie może być uznawana automatycznie za sprzeczną także i z nowym porządkiem, który zawiera dużo precyzyjniejsze podstawy do oceny danego zagadnienia. Suweren, decydując o uchwaleniu i przyjęciu nowej Konstytucji, zdefiniował na nowo kryteria oceny, ale też zakres kompetencji sądu konstytucyjnego.

Wyrok ten jednak nie wywołał skutku derogacyjnego wobec zaskarżonych przepisów również z tego powodu, że od października 1997 r. w polskim systemie prawnym nie było już normy, która taki skutek by przewidywała. Nowa Konstytucja nie wprowadziła przepisu intertemporalnego dotyczącego wyroków wydanych w okresie 6 miesięcy poprzedzających wejście jej w życie. Byłoby to zresztą pozbawione sensu, ponieważ uchylenie mocy obowiązującej wzorca kontroli usuwa niezgodność w systemie prawnym. Ustrojodawca uregulował jedynie w art. 239 Konstytucji kwestię orzekania w okresie pierwszych dwóch lat po wejściu w życie nowej Konstytucji o niezgodności z tym aktem ustaw uchwalonych przed dniem jego wejścia w życie⁴³. Ale co ważne, chodziło tu o mechanizm odnoszący się do orzeczeń wydanych po wejściu w życie nowej Konstytucji i dotyczących niezgodności z nową Konstytucją, nie zaś o mechanizm odnoszący się do orzeczeń stwierdzających niezgodność z „przepisami konstytucyjnymi pozostawionymi w mocy na podstawie art. 77 Ustawy Konstytucyjnej z 17.10.1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym”⁴⁴. Warto podkreślić, że ilekroć w Konstytucji mowa jest o tym właśnie akcie prawnym, tylekroć używa się sformułowania „Konstytucja” (por. art. 237, art. 239, art. 241, art. 243), gdy tymczasem dla oznaczenia wcześniej obowiązujących norm konstytucyjnych, czyli tych, w oparciu o które orzekał TK w dniu 28.05.1997 r., mowa jest o „ustawie konstytucyjnej” (por. np. art. 242) lub o „przepisach konstytucyjnych obowiązujących” (por. art. 241 ust. 6). *Lege*

⁴³ M. Laskowska (w:) *Konstytucja RP*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, komentarz do art. 239, nb 3; K. Orzechowska, *Ostateczność orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w regulacjach obowiązujących przed 1997 r. oraz koncepcje ostateczności orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w trakcie prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego i w projektach Konstytucji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” z 2015/1, s. 49 i n.; postanowienie TK z 24.07.2000 r. (SK 26/99), OTK 2000/5, poz. 151; wyrok TK z 20.02.2002 r. (K 39/00), OTK-A 2002/1, poz. 4.

⁴⁴ Ustawa Konstytucyjna z 17.10.1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. z 1992 r. nr 84 poz. 426 ze zm.).

non distinguente art. 239 ust. 1 nie mógł znaleźć zastosowania do sytuacji, w jakiej znalazł się wyrok z 28.05.1997 r. Podobnie rzecz uregulowana została w ustawie o Trybunale Konstytucyjnym, uchwalonej w dniu 1.08.1997 r.⁴⁵, której art. 89 regulował kwestię postępowania z orzeczeniami stwierdzającymi niezgodność ustaw z Konstytucją w okresie pierwszych dwóch lat od dnia jej wejścia w życie, ale nie regulował postępowania z orzeczeniami wydanymi przed wejściem w życie nowej Konstytucji stwierdzającymi niezgodność ustaw z poprzednio obowiązującymi uregulowaniami konstytucyjnymi.

W poprzednim, przypadającym na czas przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r., stanie prawnym wystąpienie skutku derogacyjnego w przypadku bezczynności ustawodawcy nie było przewidziane przepisami, lecz wynikało z normotwórczej wykładni ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, dokonanej przez Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 20.10.1993 r. Stanowiła ona, że w przypadku gdy w ciągu 6 miesięcy od dnia obwieszczenia Sejmowi przez Prezesa Trybunału Konstytucyjnego treści orzeczenia o niezgodności ustawy z Konstytucją Sejm nie podjął żadnego działania, następował skutek derogacyjny⁴⁶. Tyle tylko, że od 17.10.1997 r. w polskim systemie prawnym nie było już tej normy prawnej, albowiem z dniem tym straciły moc wszystkie uchwały Trybunału Konstytucyjnego w sprawie ustalenia wykładni ustaw, a co wynikało *expressis verbis* z art. 239 ust. 3, w tym zatem również ww. uchwała z 20.10.1993 r. W dacie wejścia w życie Konstytucji 6-miesięczny termin, w odniesieniu do orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego z 28.05.1996 r., jeszcze nie upłynął. Upłynąłby on bowiem dopiero z dniem 16.12.1997 r., tj. 6 miesięcy od daty wypłynięcia wyroku do Sejmu II kadencji, co nastąpiło w dniu 16.06.1997 r.⁴⁷ Procedura została więc przerwana w trakcie i nie mogła prowadzić do wywołania skutku prawnego.

Wszystko to oznacza, że obwieszczenie w dniu 18.12.1997 r.⁴⁸ o utracie mocy obowiązującej przez art. 1 pkt 2 ustawy z 30.08.1996 r. zmieniającej m.in. art. 4a ust. 1 pkt 4 ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży odbyło się bez podstawy prawnej. Normy, które poprzednio taki skutek powodowały, nie obowiązywały już bowiem w tej dacie, a nowe przepisy nie uregulowały tej kwestii. Wniosek ten musi zaś z kolei wywoływać pytanie o podstawy prawne byłych i obecnych postępowań karnych toczących się jako pośrednia konsekwencja wyroku TK z 1997 r.

Od czasu przyjęcia w drodze referendum obecnie obowiązującej Konstytucji, ale także od czasu wydania pierwszego wyroku aborcyjnego, formalnie przecież w ogóle nieodnoszącego się do kwestii zgodności norm regulujących dopuszczalność przerywania ciąży ze względów społecznych z jej przepisami, minęło 25 lat. Jak się okazuje, był to dostatecznie długi okres, aby zdążyły ulec zatarciu okoliczności ustalania treści jej art. 38. Tak w każdym razie można wnioskować

⁴⁵ Ustawa z 1.08.1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. z 1997 r. nr 102 poz. 643).

⁴⁶ Uchwała TK z 23.10.1993 r. (W 6/93), OTK 1993/2, poz. 51.

⁴⁷ Druk sejmowy nr 2441.

⁴⁸ Obwieszczenie z 18.12.1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 157 poz. 1040).

z uzasadnienia orzeczenia K 1/20. Uznaliśmy za celowe przywołanie tych rudymenarnych kwestii. Zbiegło się to zresztą w sposób zupełnie przypadkowy z wyrokiem Sądu Najwyższego USA ogłoszonym w dniu 24.06.2022 r. w głośnej sprawie *Jackson vs Dobbs*. Wyrok ten – jak wiadomo – obalał wcześniej wypracowany na gruncie amerykańskiej konstytucji standard, a wyrażony w sprawach *Roe vs Wade*, *Doe vs Bolton* z 1973 r. oraz *Planned Parenthood vs Casey* z 1992 r. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku *Jackson vs Dobbs*, „Konstytucja nie zabrania obywatelom każdego ze Stanów regulowania lub zabrania aborcji. Decyzja w sprawie *Roe and Cassey* uzurpowała tę władczą kompetencję. Dokonujemy więc przełamania powyższych precedensowych decyzji i przywracamy tę władczą kompetencję ludziom i ich wybranym przedstawicielom”⁴⁹. Jak się okazuje, ten sam problem w tym samym czasie w dwóch różnych systemach prawnych został rozstrzygnięty w dwóch różnych kierunkach. Już ten tylko paradoks rodzić powinien refleksję, miejmy nadzieję owocującą dalszą dyskusją nad aktywizmem i wstrzemięźliwością sędziów sądów konstytucyjnych w sferach moralnych.

ABSTRACT

dr hab. Dobrosława Szumiło-Kulczycka

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow), a professor at the Department of Criminal Procedure at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow.

adw. Konrad Kozub-Ciembroniewicz

The author is an advocate (District Bar Association in Krakow).

Is abortion really regulated in the Constitution?

The article presents the circumstances in which Art. 38 of the Constitution was adopted and the discussions that took place in the constitutional committee of the National Assembly, during the sessions of the National Assembly and, finally, during the referendum campaign preceding the adoption of the Constitution. The authors indicate that both among drafters of Art. 38 of the Constitution and among the general public there was no doubt that this provision did not extend legal protection to the prenatal period. This decision was made consciously, precisely in order

⁴⁹ Dośł. *The Constitution does not prohibit the citizens of each State from regulating or prohibiting abortion. Roe and Casey arrogated that authority. We now overrule those decisions and return that authority to the people and their elected representatives.* Zob. uzasadnienie wyroku, s. 79, https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf (dostęp: 20.09.2022 r.).

for the constitution not to limit the possibility of abortion. The authors dispute the arguments raised by the Constitutional Tribunal in the justification of its judgment of 28 May 1997, as well as in the justification provided by the panel that issued the judgment on 22 October 2020. The authors also point out that formally there were no legal grounds for promulgation of the judgment of the Constitutional Tribunal of 28 May 1997. These were revoked upon the entry into force of the Constitution on 17 October 1997. Consequently, this judgment cannot be an effective source of law.

Keywords: Constitution, abortion, legal interpretation, Constitutional Tribunal, Family Planning Act

dr hab. Dobrosława Szumiło-Kulczycka

ORCID: 0000-0002-8891-2041; e-mail: dobrosława.szumiło-kulczycka@uj.edu.pl

Autorka jest adwokatem (Izba Adwokacka w Krakowie), profesorem w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

adw. Konrad Kozub-Ciembroniewicz

ORCID: 0000-0001-5659-8740; e-mail: kozub_ciembroniewicz@me.com

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Krakowie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Banaszak Bogusław, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012; komentarz do art. 38

Banaszak Bogusław, Bernaczyk Michał, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012

Bosek Leszek, *Opinia prawna odnosząca się do zmian w polskim ustawodawstwie zwykłym, które są niezbędne dla zapewnienia ochrony godności i podstawowych praw istoty ludzkiej w okresie prenatalnym w sferze zastosowań biologii i medycyny wyznaczanej przez standardy międzynarodowe* (w:) *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, druk sejmowy nr 993, Warszawa 2007

Czeszejko-Sochacki Zdzisław, *O niektórych problemach powszechnie obowiązującej wykładni ustalonej przez Trybunał Konstytucyjny* (w:) *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, red. J. Trzciński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996

- Czeszejko-Sochacki Zdzisław**, *Trybunał Konstytucyjny w świetle projektów Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 1995/2, s. 17
- Czeszejko-Sochacki Zdzisław**, uzasadnienie zdania odrębnego do wyroku TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK ZU 1997/2, poz. 19
- Garlicki Lech**, *Aksjologiczne podstawy reinterpretacji konstytucji (w:) Dwadzieścia lat transformacji ustrojowej w Polsce*, red. M. Zubik, Warszawa 2010
- Garlicki Lech**, uzasadnienie zdania odrębnego do wyroku TK z 28.05.1997 r. (K 26/96), OTK ZU 1997/2, poz. 19
- Giezek Jacek, Kardas Piotr**, *Kompetencje derogacyjne TK oraz ich prawno-karne konsekwencje (refleksje na marginesie wyroku w sprawie K 1/20)*, „Państwo i Prawo” 2021/8, s. 40
- Grabowska-Moroz Barbara, Łakomicz Katarzyna**, *(Nie)dopuszczalność aborcji. Glosa do wyroku TK z 22.10.2020 r., K 1/20*, „Państwo i Prawo” 2021/8, s. 251
- Jakuszewicz Adam**, *Wykładnia Konstytucji jako proces konkretyzacji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014/1, s. 75
- Jaskiernia Jerzy**, *Spoleczna percepcja Konstytucji RP z 1997 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2017/6, s. 76
- Kalita Tomasz**, *Proces tworzenia konstytucyjnej formuły określającej zakres ochrony życia człowieka*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2016/36, s. 77
- Krzaklewski Marian**, *Zniesienie progu frekwencyjnego w referendum konstytucyjnym (1997) to była manipulacja*, 04.05.2017, <https://www.tysol.pl/a6937-M-Krzaklewski-zniesienie-progu-frekwencyjnego-w-referendum-konstytucyjnym-1997-to-byla-manipulacja> (dostęp: 22.07.2022 r.)
- Laskowska Marzena** (w:) *Konstytucja RP*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, komentarz do art. 239, nb 3
- Montesquieu Charles-Louis**, *O duchu praw*, w tłumaczeniu T. Boya-Żeleńskiego, wyd. Wolne lektury. Fundacja Nowoczesna Polska, publikacja elektroniczna, s. 82. <https://wolnelektury.pl/media/book/pdf/o-duchu-praw.pdf> (dostęp: 20.09.2022 r.)
- Morawski Lech**, *Spór o pojęcie państwa prawnego*, „Państwo i Prawo” 1994/4, s. 3
- Morawski Lech**, *Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski*, „Przegląd Sejmowy” 2009/4, s. 77
- Nowacki Józef**, *Rządy prawa. Dwa problemy*, Katowice 1995
- Orzechowska Katarzyna**, *Ostateczność orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w regulacjach obowiązujących przed 1997 r. oraz koncepcje ostateczności orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w trakcie prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego i w projektach Konstytucji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2015/1, s. 49

- Piotrowski Ryszard**, *Nowa regulacja przerywania ciąży w świetle Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2021/8, s. 62
- Rakowska-Trela Anna**, *Wyrok czy nie-wyrok. Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 22.10.2020 r., K 1/20, dotyczącego możliwości przerywania ciąży*, „Przegląd Sądowy” 2021/6, s. 106
- Roosevelt Kermit**, *Judicial restraint* (w:) *Encyclopedia Britannica* i literatura tam cytowana, <https://www.britannica.com/topic/judicial-restraint> (dostęp: 20.07.2022 r.)
- Roszkiewicz Janusz**, *Prawo nasciturusa do życia w prawie konstytucyjnym i prawie międzynarodowym*, „Forum Prawnicze” 2017/4, s. 105
- Safjan Marek**, *Trybunał Konstytucyjny po 30 latach – doświadczenie i przyszłość*, „Przegląd Konstytucyjny” 2017/1, s. 11
- Smoczyński Tadeusz**, *Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany art. 38 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej* (w:) *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, druk sejmowy nr 993, Warszawa 2007, s. 16
- Sokolewicz Wojciech, Zubik Marek** (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, Warszawa 2016, t. 1, teza 3 do art. 2
- Sroka Tomasz**, *Odpowiedzialność karna za niewłaściwe leczenie. Problematyka obiektywnego przypisania skutku*, Warszawa 2013
- Szumiło-Kulczycka Dobrosława, Kozub-Ciembroniewicz Konrad**, *Konsekwencje uchybień w obsadzie TK (uwagi na tle orzeczenia w sprawie K 1/20)*, „Państwo i Prawo” 2021/8, s. 81
- Wieczorkowski Michał**, *Problem aktywizmu i prawotwórstwa sędziowskiego w świetle współczesnych teorii interpretacji*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2018/2, s. 169
- Wróbel Włodzimierz**, *Konstytucyjne Gwarancje Ochrony Życia a przesłanki dopuszczalności aborcji* (w:) *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, druk sejmowy nr 993, Warszawa 2007, s. 29
- Ziembiński Zygmunt**, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980
- Zoll Andrzej**, *Opinia prawna w sprawie oceny konstrukcji i skutków prawnych projektu zmiany art. 30 i 38 Konstytucji RP* (w:) *Konstytucyjna Formuła Ochrony Życia*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu, druk sejmowy nr 993, Warszawa 2007, s. 102
- Zontek Witold**, *Prawnokarne skutki wyroku TK z 22.10.2020 r., K 1/20 (zagadnienia wybrane)*, „Państwo i Prawo” 2021/8, s. 211

Pojęcia kluczowe: *zakaz handlu, placówka handlowa, zakład prowadzący działalność w zakresie kultury, sportu, oświaty, turystyki i wypoczynku*

Artykuły

Łukasz Duśko, Mateusz Szurman

PLACÓWKA HANDLOWA W ZAKŁADZIE PROWADZĄCYM DZIAŁALNOŚĆ W ZAKRESIE KULTURY, SPORTU, OŚWIATY, TURYSTYKI I WYPOCZYNKU – WYKŁADNIA WYJĄTKU OD ZAKAZU HANDLU W NIEDZIELE I ŚWIĘTA

Zgodnie z przeprowadzoną analizą art. 6 ust. 1 pkt 10 ustawy o ograniczeniu handlu w niedzielę i święta oraz w niektóre inne dni¹, uwzględniając rezultaty wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej, przy zachowaniu wszelkich reguł rządzących wykładnią przepisów karnoprawnych, należy stwierdzić, że po pierwsze, prowadzona na terenie placówki handlowej działalność handlowa ma być funkcjonalnie podporządkowana zakładowi, w tym sensie, że celem prowadzenia placówki handlowej jest zwiększenie użyteczności oraz atrakcyjności zakładu. Zakład pozostaje tutaj jednostką główną i nadrzędną, a działalność handlowa jest uboczna i przybiera marginalne rozmiary. Po drugie, placówka handlowa z punktu widzenia przestrzennego znajdować ma się na terenie zakładu. Oba te warunki muszą być spełnione łącznie, by w sposób legalny przedsiębiorca mógł korzystać z wyłączenia z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. Brak któregośkolwiek z nich w ramach konkretno-indywidualnego stanu faktycznego sprawia, że ewentualne prowadzenie działalności handlowej w niedzielę i święta pozostaje niezgodne z prawem i może stanowić wykroczenie z art. 10 ust. 1 u.o.h.n.ś. bądź przestępstwo z art. 218a pkt 1 Kodeksu karnego².

¹ Ustawa z 10.01.2018 r. o ograniczeniu handlu w niedzielę i święta oraz w niektóre inne dni (Dz.U. z 2018 r. poz. 305 ze zm.), dalej u.o.h.n.ś.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1855 ze zm.), dalej k.k.

Wprowadzony z dniem 1.03.2018 r. ustawą o ograniczeniu handlu w niedziele i święta zakaz prowadzenia działalności handlowej w niedziele i święta nigdy nie przybrał charakteru bezwzględnego (absolutnego). W ustawie przewidziano bowiem aż 32-punktowy katalog wyłączeń, kiedy to prowadzenie takiej działalności pozostaje w pełni zgodne z prawem. W wielu przypadkach katalog ten nosi znamiona przypadkowości, gdyż trudno doszukać się jakiejś ogólnej przyświecającej idei ustanowienia takich, a nie innych wyjątków od zakazu handlu. Jednocześnie technika legislacyjna, a w szczególności kształt językowy wielu z nich, jest – delikatnie rzecz ujmując – niedoskonały. Stąd też liczne próby obchodzenia zakazu, a także wątpliwości w praktyce stosowania tych przepisów.

Najlepszym przykładem niedoskonałości przepisów był wyjątek od zakazu handlu w postaci umożliwienia prowadzenia takiej działalności placówkom pocztowym. Już od wejścia w życie przepisów sieci handlowe, poprzez zawieranie umów z operatorami pocztowymi i firmami kurierskimi, w świetle odnośnych regulacji stawały się placówkami pocztowymi, a w konsekwencji mogły prowadzić działalność w niedziele. Z początkiem bieżącego roku wyjątek ten został uszczelniony, a wprowadzenie wymogu przeważającej działalności pocztowej sprawiło, że urzeczywistniła się pierwotna intencja ustawodawcy.

Nowy stan prawny może powodować – a opierając się na doniesieniach medialnych rzecz należy, że już powoduje – iż małej, średniej oraz dużej wielkości sieci handlowe rozwiązania i furtki prawnej umożliwiającej działanie zgodne z prawem doszukiwać będą się w art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. Zgodnie z tym przepisem w niedziele i święta dozwolona jest działalność handlowa „w placówkach handlowych w zakładach prowadzących działalność w zakresie kultury, sportu, oświaty, turystyki i wypoczynku”. Celem niniejszego artykułu jest wykładnia rzeczzonego wyjątku, w szczególności pod kątem odpowiedzi na pytanie, czy jego brzmienie językowe – zgodnie z którym placówka handlowa mieścić ma się „w” zakładzie – pozwala odtworzyć wolę ustawodawcy co do relacji mającej łączyć oba te obiekty lub prowadzone na ich terenie działalności.

1. „PLACÓWKA HANDLOWA” ORAZ „ZAKŁAD”

Jak wynika z treści art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś., zakaz prowadzenia działalności handlowej w niedziele i święta nie obowiązuje w placówce handlowej. Termin „placówka handlowa” został legalnie zdefiniowany przez ustawodawcę w art. 3 pkt 1 u.o.h.n.ś. Zgodnie z tym przepisem przez placówkę handlową należy rozumieć „obiekt, w którym jest prowadzony handel oraz są wykonywane czynności związane z handlem, w szczególności: sklep, stoisko, stragan, hurtownię, skład węgla, skład materiałów budowlanych, dom towarowy, dom wysyłkowy, biuro zbytu – jeżeli w takiej placówce praca jest wykonywana przez pracowników lub zatrudnionych”.

W doktrynie zaznacza się, że pojęcie to składa się z trzech koniecznych i powiązanych ze sobą składników (elementów). Składnikiem rzeczowym jest obiekt, funkcjonalnym – prowadzenie handlu oraz wykonywanie czynności związanych z handlem, a osobowym – pracownicy lub zatrudnieni³.

Składniki funkcjonalny oraz osobowy zostały legalnie zdefiniowane w art. 3 pkt 2–5 u.o.h.n.s. Z kolei w ramach wykładni terminu określającego składnik rzeczowy – „obiekt” – w doktrynie wskazuje się, że „w języku potocznym pojęcie to można rozumieć jako budynek lub zespół budynków o określonym przeznaczeniu. Takie rozumienie jest jednak niewłaściwe, o czym w szczególności świadczy umieszczenie w art. 3 pkt 1 u.o.h.n.s. w przykładowym wyliczeniu obiektów straganu, który w ogóle nie musi mieć stałego związku z gruntem; obiektem w rozumieniu tej ustawy może być zatem także część budynku, część zespołu budynków, lokal w budynku lub część takiego lokalu”⁴. Interpretację tę, jako zgodną z rezultatami wykładni językowej oraz systemowej, należy w pełni podzielić.

Przepis art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.s. wprost wskazuje, że placówka handlowa, w której nie obowiązuje zakaz prowadzenia działalności handlowej, stanowić ma placówkę w zakładzie. Termin „zakład” nie został jednak na gruncie ustawy zdefiniowany. Próżno jednocześnie szukać innego aktu normatywnego, gdzie zawarto by legalną definicję rzeczowego zwrotu, dającą się równolegle zastosować na gruncie ustawy.

Odwołując się zatem do słownikowego znaczenia terminu „zakład”, wskazać należy, że rozumiany może być dwojako. Po pierwsze, jako „przedsiębiorstwo lub jego część produkująca coś lub świadcząca jakieś usługi”. Po drugie, jako „instytucja naukowa, społeczna, kulturalna, lecznicza itp.; też: jednostka organizacyjna takiej instytucji”⁵. Definiując „przedsiębiorstwo”, skorzystać należy z treści art. 55¹ Kodeksu cywilnego⁶, zgodnie z którym jest to „zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczony do prowadzenia działalności gospodarczej”. Z kolei zgodnie ze słownikową definicją terminu „instytucja” jest to „zakład o charakterze publicznym zajmujący się określonym zakresem spraw”⁷.

Bez ryzyka błędu przyjęć należy, że znaczenia te nie są sobie przeciwstawne. Co więcej, oba powinny znaleźć zastosowanie na gruncie omawianej regulacji. Wszak chociażby intuicyjnie rzecz można, że zakład prowadzący działalność w zakresie kultury, sportu, oświaty, turystyki i wypoczynku może przybrać formę bądź przedsiębiorstwa zorientowanego na generowanie zysku (np. pole golfowe, kino), bądź instytucji publicznej obierającej za cel upowszechnianie

³ K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Wolne niedziele w handlu – podstawowe zagadnienia*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2018/9, s. 30.

⁴ K. Jaśkowski, E. Maniewska, *Wolne niedziele...*, s. 31.

⁵ <https://sjp.pwn.pl/sjp/zaklad;2542648.html> (dostęp: 26.07.2022 r.).

⁶ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 1964 r. nr 16 poz. 93 ze zm.).

⁷ Zob. <https://sjp.pwn.pl/sjp/instytucja;2466463.html> (dostęp: 26.07.2022 r.).

kultury czy popularyzowanie sportu (np. teatr, muzeum, tzw. orliki). Z tego też względu na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. przyjąć należy, że „zakład” może przybrać formę tak przedsiębiorstwa, jak też instytucji publicznej, o ile prowadzi działalność w zakresie kultury, sportu, oświaty, turystyki i wypoczynku.

2. WYKŁADNIA JĘZYKOWA

Aby w sposób właściwy wyłożyć omawiany przepis pod kątem odpowiedzi na pytanie o relację mającą łączyć „placówkę handlową” oraz „zakład”, w pierwszej kolejności należy poddać go ocenie z perspektywy wykładni językowej. To bowiem od tego rodzaju wykładni powinna rozpoczynać się każda interpretacja tekstu prawnego. I tak z punktu widzenia językowego – prócz analizy pojedynczych pojęć konstruujących art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś., co też nastąpiło wyżej – zauważenia wymaga następujące zagadnienie. Uprawnione jest prowadzenie działalności handlowej w niedziele i święta jedynie w ramach placówki handlowej „w” zakładzie („w placówkach handlowych w zakładach”). Stąd też konieczne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, jakie znaczenie ma użycie przez ustawodawcę przyimka „w” – łączącego „placówkę handlową” i „zakład”. Uszczegółowiając, rozważenia wymaga, czy treść art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. pozwala odtworzyć wolę ustawodawcy co do relacji mającej zachodzić pomiędzy „placówką handlową” a „zakładem” lub prowadzonymi na ich terenie działalnościami.

„W” jest najczęściej występującym w języku polskim przyimkiem. Łączy się z miejscownikiem lub biernikiem rzeczowników (a także innych wyrazów w ich funkcjach)⁸. W zależności od kontekstu użycia zakreślać może różnego rodzaju powiązania. Może opisywać relacje przestrzenne (w przestrzeni fizycznej np. „kredki w pudełku”; „stał w drzwiach”, „chłopak w trampkach”, „mleko w proszku”; w przestrzeni temporalnej np. „w styczniu”, „w zeszłym miesiącu”, „w niedziele i święta”⁹), ale także i relacje nieprzestrzenne (np. „Janek jest w partii”, „szli w milczeniu”)¹⁰.

Z punktu widzenia relacji przestrzennych wskazać należy, że najczęściej po przyimku „w” występować będzie wyobraźalny trójwymiarowo obiekt, który umownie można nazwać pojemnikiem. Przykładowo: puszka, pudełko, szklanka, butelka, kosz, plecak itp. Mogą to być również znacznie większe obiekty – pomieszczenia, budynki czy części budynków. Na przykład: pokój, dom, kawiarnia, sklep, teatr, kino, kościół. W przypadku tych drugich wskazuje się, że obiekty te pojmowane są „w relacji do innych części jako funkcjonalnie centralne, główne”¹¹.

⁸ *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, PWN, hasło „w II”, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/w-II;5513602.html> (dostęp: 26.07.2022 r.)

⁹ Zob. R. Przybylska, *Polisemia przyimków polskich w świetle semantyki kognitywnej*, Kraków 2002, s. 231–233.

¹⁰ Zob. R. Przybylska, *Polisemia...*, s. 233–241.

¹¹ R. Przybylska, *Polisemia...*, s. 210.

Już tylko na tej podstawie odczytywać można swego rodzaju podporządkowanie obiektów, gdzie przedmiot występujący przed przyimkiem „w” podporządkowany będzie obiektowi, który w określonym sformułowaniu następuje po przyimku.

Przechodząc do relacji nieprzestrzennych, także wskazać należy, że mogą one przybrać różnoraki charakter. Przyimek „w” może się bowiem odnosić tak do relacji społecznych, jak i funkcjonalnych („Andrzej śpiewa w chórze”, „Ania pracuje w szkole”), organizacyjnych („spółka w holdingu”), określonych sytuacji bądź zdarzeń („szli razem w milczeniu”) czy w końcu uczuć i myśli („w głębi serca był zadowolony”).

Wykładając przyimek „w” użyty w treści art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.s., stwierdzić należy, że na gruncie semantyki języka naturalnego możliwe są rozmaite powiązania, jakie w świetle analizowanego przepisu łączyć mają „placówkę handlową” oraz „zakład”. Przykładowo mogą to być właśnie relacje przestrzenne, wskazujące na konieczność usytuowania obiektu, jakim jest placówka handlowa, na terenie zakładu. Mogą to być jednak także relacje organizacyjne i funkcjonalne, wskazujące na relacje przynależności placówki handlowej i zakładu, w którym to zakład jest jednostką główną i nadrzędną w stosunku do placówki handlowej. Bez wątplenia wymienione nie mają charakteru rozłącznego, a tym samym mogą zachodzić jednocześnie.

Oznacza to, że obecnie przyjęty w art. 6 ust. 1 ust. 10 u.o.h.n.s. kształt językowy analizowanego wyłączenia nie pozwala odtworzyć woli ustawodawcy co do związku mającego łączyć placówkę handlową oraz zakład. Oba opisane wyżej powiązania mieszczą się w zakresie znaczeniowym rysowanym przez treść tego przepisu. Stąd też konieczna na tym polu jest dalsza wykładnia, a ściślej – wykładnia systemowa oraz funkcjonalna.

3. WYKŁADNIA SYSTEMOWA

Wynikające z rezultatów wykładni językowej tezy powinny zostać zweryfikowane oraz ewentualnie doprecyzowane w ramach dalszego procesu wykładni, a to w oparciu o wykładnię systemową oraz funkcjonalną. Rozpoczynając od tej pierwszej, przyjrzeć należy się redakcji językowej pozostałych wyłączeń od generalnego zakazu prowadzenia działalności handlowej w niedziele i święta, pozwalających zauważyć pewne prawidłowości.

Jak już wcześniej wspomniano, art. 6 ust. 1 u.o.h.n.s. statuuje katalog aż 32 wyłączeń, kiedy to prowadzenie działalności handlowej w niedziele i święta pozostaje w pełni legalne. I tak istnieje grupa przepisów, w ramach której ustawodawca wyraźnie zaznaczył, że dopuszczalność prowadzenia działalności handlowej dotyczy wyłącznie określonej kategorii produktów/dóbr. W oparciu o tę grupę przepisów działalność handlowa w niedziele i święta może być prowadzona w placówkach handlowych:

- zajmujących się wyłącznie odbiorem produktów rybnych (pkt 14);

- prowadzących handel wyłącznie maszynami rolniczymi, częściami zamiennymi do tych maszyn, materiałami eksploatacyjnymi do maszyn rolniczych, materiałami używanymi w trakcie bieżącej pracy maszyn rolniczych lub narzędziami do wymiany części zamiennych w maszynach rolniczych (pkt 24);
- w których jest prowadzony wyłącznie skup produktów pochodzenia rolniczego, w szczególności zboża, rzepaku, rzepiku, buraków cukrowych, roślin białkowych, innych upraw polowych, owoców, warzyw, mleka surowego lub runa leśnego (pkt 32).

Kolejna grupa przepisów kreowana jest przez wyłączenia dopuszczające prowadzenie działalności handlowej, wówczas gdy obrót produktami/dobra-
mi określonej kategorii stanowi działalność przeważającą względem obrotu inną kategorią produktów. Stosownie do tej grupy w niedziele i święta mogą być otwarte m.in. te placówki handlowe, w których przeważająca działalność polega na:

- handlu kwiatami (pkt 2);
- handlu pamiątkami lub dewocjonaliami (pkt 5);
- handlu prasą, biletami komunikacji miejskiej, wyrobami tytoniowymi, kuponami gier losowych i zakładów wzajemnych (pkt 6);
- handlu wyrobami piekarniczymi i cukierniczymi (pkt 28).

W końcu wskazać należy te regulacje, gdzie warunkiem jest, aby inny rodzaj działalności był przeważający względem działalności handlowej. Stosownie do tej grupy w niedziele i święta mogą być otwarte m.in. te placówki handlowe, w których przeważająca działalność polega na:

- świadczeniu usług pocztowych (pkt 7);
- działalności gastronomicznej (pkt 29);
- wynajmie i zarządzaniu nieruchomościami na użytek handlu hurtowego artykułami rolno-spożywczymi (pkt 30).

Konfrontując przytoczone wyżej regulacje z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś., wskazać należy, że w ramach tego drugiego ustawodawca ani nie posłużył się zwrotem „wyłącznie”, ani nie posłużył się sformułowaniem „przeważająca działalność”.

W ramach czynionych rozważań warto także słów kilka poświęcić wyjątkowi opisanemu w pkt 11 art. 6 ust. 1 u.o.h.n.ś. Zgodnie z nim działalność handlowa w niedziele i święta może być prowadzona placówkach handlowych organizowanych „wyłącznie na potrzeby” festynów, jarmarków i innych imprez okolicznościowych, tematycznych lub sportowo-rekreacyjnych, także gdy są one zlokalizowane w halach targowych. Uprawniona wydaje się myśl, że w przytoczonym przepisie ustawodawca podkreśla związek funkcjonalny placówki handlowej z festynami, jarmarkami oraz innymi imprezami. Placówka handlo-

wa w tym przypadku organizowana oraz prowadzona jest wyłącznie w celu zwiększenia użyteczności oraz atrakcyjności tych drugich.

Po raz kolejny konfrontując ww. regulację z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś., stanąć należy na stanowisku, że w przypadku tego drugiego ustawodawca nie wyartykułował związku funkcjonalnego pomiędzy placówką handlową oraz zakładem.

W ramach wykładni systemowej warte podkreślenia są również te regulacje, gdzie ustawodawca uwypuklił relację przestrzenną. I tak, stosownie do niektórych wyłączeń prowadzenie działalności handlowej w niedziele i w święta dozwolone jest m.in. w placówkach handlowych:

- w strefach wolnocłowych (pkt 16);
- na terenie jednostek penitencjarnych (pkt 18);
- na terenie jednostek wojskowych (pkt 19).

Odnosząc te uwagi do wyłączenia z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś., po raz kolejny należy wskazać, że tego typu relacja nie została w przypadku tego przepisu zaznaczona.

Wszystkie zarysowane wyżej uwagi prowadzą do relatywnie prostej konkluzji, że nie tylko rezultaty wykładni językowej, ale także wykładni systemowej nie pozwalają odtworzyć zakładanego przez ustawodawcę łącznika pomiędzy placówką handlową a zakładem. W art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś., odmiennie aniżeli ma to miejsce na gruncie innych wyłączeń, ustawodawca nie wskazał wyraźnie, czy „placówkę handlową” z „zakładem” łączyć ma relacja przestrzenna, czy organizacyjna i funkcjonalna. Jednocześnie jednak nie sposób twierdzić, że brak należytego wyartykułowania w treści art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. co najmniej jednego z ww. łączników sprawia, że „placówka handlowa” oraz „zakład” mogą pozostawać wolne od jakichkolwiek relacji. Tego typu rozumowanie podważałoby sens oraz cel analizowanego wyłączenia z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś., gdzie szczególne uprawnienie do prowadzenia działalności handlowej w niedziele i święta oparto właśnie na związku tychże dwóch bytów, tj. „placówki handlowej” oraz „zakładu”. Stąd też dla należytego odczytania intencji ustawodawcy konieczne jest odwołanie się do wykładni funkcjonalnej (celowościowej).

4. WYKŁADNIA FUNKCJONALNA – *RATIO LEGIS* WYŁĄCZENIA Z ART. 6 UST. 1 PKT 10 U.O.H.N.Ś.

Rekonstrukcja *ratio legis* wyłączenia z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. powinna rozpocząć się od kilku uwag natury ogólnej, poświęconych wykładni funkcjonalnej jako takiej. Wykładnia funkcjonalna, podobnie zresztą jak wykładnia systemowa, ma charakter subsydiarny w procesie interpretacji tekstu prawnego. Konieczność jej stosowania zachodzi wówczas, gdy wykładnia językowa doprowadziła do różnych rezultatów interpretacyjnych.

Sprowadza się do wyeliminowania wieloznaczności językowej poprzez zbadanie celu przepisu, jego *ratio legis*. Innymi słowy, ukierunkowana jest ona na ustalenie znaczenia przepisu zgodnie z celem (prawdopodobnym, domniemanym), jaki chciał osiągnąć ustawodawca, stanowiąc ten przepis, gałąź prawa lub cały system prawa¹². Z punktu widzenia tej metody wykładni interpretator powinien zadać sobie pytania, po co dany przepis został wprowadzony, czemu miał zapobiec bądź do jakich zachowań stymulować miał swoich adresatów.

Z uwagi na postawione w ramach niniejszej opinii pytanie o karalność zachowania sprowadzającego się do prowadzenia działalności handlowej w niedziele i święta wbrew wyłączeniu z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. konieczne jest wskazanie, że przeprowadzenie zabiegów precyzujących brzmienie normy prawnej przez pryzmat przyświecających jej celów oraz funkcji pozostaje w pełni zgodne z zasadami prawa karnego. Truizmem jest uwaga, że na gruncie tej gałęzi prawa podstawowe wręcz znaczenie ma zasada *nullum crimen sine lege*. Z zasady tej wyprowadza się m.in. wymóg określoności czynu w znaczeniu zachowania gwarancyjności przy dokonywaniu wykładni (*element scripta et stricta*). Wpływa z niej nakaz skierowany do organów wymiaru sprawiedliwości, aby te stosowały prawo w ustawowo określonych granicach. W szczególności oznacza to zakaz przekraczania wykładni wyznaczonej językowym brzmieniem przepisu¹³. Zakaz ten należy uszczegóławiać S. Żółtek, wskazując, że rozumieć należy go jako „niemożność nadawania wyrazowi takiego znaczenia, które nie jest możliwe do dekodowania za pomocą dyrektyw wykładni językowej (tzn. dyrektyw języka prawnego, prawniczego, specjalistycznego i powszechnego), przy konieczności jego dalszej weryfikacji i uzasadnienia wyboru także w oparciu o pozajęzykowe dyrektywy wykładni”¹⁴.

Tym samym interpretacja tekstu prawnego zawsze powinna rozpoczynać się od wykładni językowej, a jej rezultaty wyznaczają nieprzekraczalną dla interpretatora ramę. W przypadku zaś, gdy tak poprowadzony proces wykładni nie doprowadzi do rezultatów jednoznacznych, uprawnione (a wręcz konieczne) jest odwołanie się do reguł wykładni systemowej oraz funkcjonalnej. Zastrzec jednak należy, że wyniki wykładni systemowej i funkcjonalnej nie mogą przesądzać o przyjęciu jakichkolwiek niekorzystnych dla sprawcy konsekwencji w obrębie jego praw i wolności, jeśli taki wynik interpretacyjny nie mieści się w granicach wykładni językowej¹⁵. Doprecyzowując, interpretator uprawniony jest – opierając się na rezultatach wykładni systemowej

¹² T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2009, s. 242.

¹³ S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2016, s. 363.

¹⁴ S. Żółtek, *Znaczenie...*, s. 365.

¹⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 117 i n. Zob. również S. Żółtek, *Znaczenie...*, s. 360 i n.

oraz funkcjonalnej – przyjmując wykładnię najmniej korzystną dla sprawcy (tj. tę najszerszej wyznaczającą zakres znaczeniowy analizowanego znamienia typu czynu zabronionego), o ile jednak wykładnia ta mieści się w kształcie językowym przepisu.

Obrazując powyższe na przykładzie, można rzec, że jeżeli z perspektywy czysto językowej znamień X wykładane może być w trojaki sposób (tj. jako A, B lub C), konieczne jest odwołanie się do reguł wykładni systemowej oraz funkcjonalnej w celu usunięcia wieloznaczności leksykalnej i opowiedzenia się za jednym zakresem znaczeniowym. Uprawniony jest przy tym zarówno wybór A, jak i B lub C, o ile znajduje on dostateczne uzasadnienie systemowe oraz celowościowe. Co istotne, bez znaczenia w tym przypadku pozostaje, które z tych znaczeń jest najbardziej korzystne dla sprawcy, jako że wszystkie one zgodne są z językowym brzmieniem znamienia X. Niemożliwe – jako że sprzeczne z zasadą *nullum crimen sine lege* – byłoby jedynie opowiedzenie się za znaczeniem D (czy też E, F itd.), jako że te nie mieszczą się w granicach wykładni językowej.

Z uwagi na powyższe uprawnione jest wystąpienie do wykładni celowościowej wyłączenia z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. W tym też kontekście poczynić należy uwagę, że zwrot „w zakładach prowadzących działalność w zakresie kultury, oświaty, turystyki i wypoczynku” pojawił się w polskim porządku prawnym już 1.01.1975 r. w Kodeksie pracy¹⁶ (a więc od samego początku obowiązywania tego aktu prawnego). Co przy tym szczególnie istotne, to to, że figuruje on w przepisie, którego kontekst normatywny jest ściśle powiązany z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś.

Otóż w art. 138 k.p. (w pierwotnej wersji tego przepisu) ustawodawca wprowadził generalną zasadę, że „niedziela oraz święta określone odrębnymi przepisami są dniami wolnymi od pracy”. Jednocześnie w ramach art. 139 § 1 k.p. postanowiono, że „praca w niedziele i święta jest dozwolona w przypadkach określonych w art. 133 § 1 pkt 1, w ruchu ciągłym, w czterobrygadowej lub podobnej organizacji pracy, przy remontach, w transporcie i komunikacji, przy pilnowaniu mienia, w rolnictwie i hodowli oraz dla wykonywania prac koniecznych ze względu na ich użyteczność społeczną, codzienne potrzeby ludności, a w szczególności w gastronomii, w zakładach hotelarskich, w zakładach komunalnych, w zakładach służby zdrowia oraz w zakładach prowadzących działalność w zakresie kultury, oświaty, turystyki i wypoczynku”.

Jak zatem bezpośrednio wynika z przytoczonego przepisu, pomimo generalnego zakazu pracy w niedziele i święta, ta zawsze dozwolona była „w zakładach prowadzących działalność w zakresie kultury, oświaty, turystyki i wypoczynku”. Tak zakreślony wyjątek obowiązuje po dziś dzień, z tym jedynie zastrzeżeniem, że od 1.01.2004 r. ulokowany został w art. 151¹⁰ pkt 9 lit. h k.p.

¹⁶ Ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 1974 r. nr 24 poz. 141 ze zm.), dalej k.p.

Podkreślić w tym miejscu należy, że art. 151⁹–151¹² k.p., regulujące problematykę pracy w niedziele i święta, oraz przepisy ustawy pozostają w nierozdzielnej, normatywnym związku. Przeto te pierwsze w sposób generalny normują zasady pracy w niedziele i święta, niejako w odniesieniu do wszystkich branż w gospodarce. Tymczasem ustawa stanowi akt prawny konkretyzujący owe zasady na potrzeby branży handlowej.

Jednocześnie skonfrontowanie treści art. 151¹⁰ pkt 9 k.p. (a więc przepisu statuującego wyjątki od zakazu pracy jako takiej w niedziele i święta) z katalogiem wyłączeń z art. 6 ust. 1 u.o.h.n.ś. pozwala konstatować, że w pewnej części przepisy te pozostają ze sobą w funkcjonalnym związku, będąc względem siebie komplementarne (przykłady zawiera tabela 1).

Tabela 1. Wyjątki od zakazu pracy jako takiej w niedziele i święta w Kodeksie pracy i w ustawie o ograniczeniu handlu w niedzielę i święta

Wyjątki od zakazu pracy w niedziele i święta – Kodeks pracy	Wyjątki od zakazu prowadzenia działalności handlowej w niedziele i święta – ustawa o ograniczeniu handlu w niedzielę i święta
Gastronomia (art. 151 ¹⁰ pkt 9 lit. c k.p.)	Placówki handlowe, w których przeważającą działalnością jest działalność gastronomiczna (art. 6 ust. 1 pkt 29 u.o.h.n.ś.)
Zakłady hotelarskie (art. 151 ¹⁰ pkt 9 lit. d k.p.)	Placówki handlowe w zakładach hotelarskich (art. 6 ust. 1 pkt 9 u.o.h.n.ś.)
Zakłady opieki zdrowotnej i inne placówki służby zdrowia przeznaczone dla osób, których stan zdrowia wymaga całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych (art. 151 ¹⁰ pkt 9 lit. f k.p.)	Placówki handlowe w zakładach leczniczych podmiotów leczniczych i innych placówkach służby zdrowia przeznaczonych dla osób, których stan zdrowia wymaga całodobowych lub całodziennych świadczeń zdrowotnych (art. 6 ust. 1 pkt 12 u.o.h.n.ś.)
Zakłady prowadzące działalność w zakresie kultury, oświaty, turystyki i wypoczynku (art. 151 ¹⁰ pkt 9 lit. h k.p.)	Placówki handlowe w zakładach prowadzących działalność w zakresie kultury, sportu, oświaty, turystyki i wypoczynku ¹⁷ (art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś.)

Źródło: opracowanie własne.

Uwzględniając zarówno chronologię wprowadzania powyższych przepisów, jak również ich brzmienie, nie sposób zaprzeczyć, że możliwość prowadzenia działalności handlowej każdorazowo podporządkowana została tutaj działal-

¹⁷ Warto odnotowania jest, że w ustawie o ograniczeniu handlu w niedzielę i święta katalog zakładów rozszerzony jest w stosunku do art. 151¹⁰ pkt 9 lit. h k.p. o zakłady prowadzące działalność w zakresie sportu.

ności innego, głównego zakładu. Wpierw bowiem ustawodawca przykładowo zezwolił na działalność zakładów hotelarskich, by następnie ten wyjątek rozszerzyć o możliwość prowadzenia na ich terenie placówek handlowych. Podobnie, działalność zakładów opieki zdrowotnej uzupełniona została o uprawnienie do prowadzenia na ich terenie działalności handlowej.

Dostrzegając te zależności, z łatwością przychodzi odtworzyć *ratio legis* takich zabiegów normatywnych. Decyzja ustawodawcy o umożliwieniu prowadzenia działalności handlowej w tychże miejscach podyktowana była chęcią zwiększenia atrakcyjności i użyteczności rzeczonych zakładów. Odtąd świadczone na ich terenie usługi są pełne i kompleksowe, co wpływa na zwiększenie zainteresowania oraz zadowolenie ich potencjalnych użytkowników.

Odczytując zatem *ratio legis* uprawnienia do prowadzenia działalności handlowej w zakładach prowadzących działalność w zakresie kultury, sportu, oświaty, turystyki i wypoczynku, wpierw odtworzyć należy przyświecające ustawodawcy motywy co do decyzji o możliwości świadczenia usług przez te zakłady w niedziele i święta. Oczywistością na tym polu jest, że ogólny zakaz pracy w niedziele i święta zasada się na tych samych przesłankach aksjologicznych co zakaz prowadzenia działalności handlowej w te dni. Ustawodawca podkreśla w ten sposób znaczenie niedziel i świąt jako dni, które powinny poświęcone zostać rodzinie czy wypoczynkowi i rekreacji. Tak ukształtowany zakaz ma zatem stymulować społeczeństwo do podejmowania innych niż zawodowe aktywności, co przekładać ma się na umocnienie więzi rodzinnych czy poprawę kondycji psychiczno-fizycznej obywateli.

Urzeczywistnienie wszystkich tych celów byłoby jednak niemożliwe, gdyby w niedziele i święta zamknięty był cały sektor gospodarczy. Wszak jakkolwiek obywatele cieszyliby się z dnia wolnego od pracy, pozbawieni zostaliby możliwości spożytkowania czasu wolnego w ramach innych aktywności. Niemożliwe byłoby skorzystanie z usług m.in. kina, teatru czy muzeum, a więc tych miejsc, które pozwalają na realizację wyżej zakreślonych celów. Dlatego też opowiedzieć należy się za poglądem, że wyłączenie z art. 151¹⁰ pkt 9 lit. h k.p. podporządkowane zostało tym ideom.

Takie też *ratio legis* towarzyszy wyłączeniu z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. Wprowadzenie w obręb ustawy analizowanego wyjątku zasadzało się na potrzebie zwiększenia funkcjonalności obiektów użyteczności publicznej w sferze kultury, sportu, oświaty, turystyki i wypoczynku. Ustawodawca pozostawał bowiem świadom, że brak możliwości prowadzenia działalności handlowej w wąskim zakresie może obniżyć zainteresowanie i komfort korzystania z tych obiektów ze strony społeczeństwa. Wszak w przypadku znacznej części ww. zakładów działalność handlowa stanowi ich istotny element (przykładowo sprzedaż popcornu w kinie, napojów i przekąsek w trakcie koncertów czy napojów na terenie kortów tenisowych oraz hal sportowych). Zamknięcie placówek handlowych w tych obiektach negatywnie wpływałoby na jakość spędzonego w nich czasu,

a w konsekwencji mogłoby zniechęcić część odbiorców do korzystania z usług zakładów. Mogłoby to udaremnić urzeczywistnienie idei i wartości, z uwagi na które ustawodawca umożliwił tym zakładom prowadzenie działalności w niedziele i święta.

Naturalną konsekwencją powyższego jest, że działalność placówek handlowych w tych przypadkach stanowić ma działalność drugorzędą czy wręcz marginalną w porównaniu do działalności w zakresie kultury, sportu, oświaty, turystyki i wypoczynku. Przeto działalność zakładów pozwala urzeczywistnić *ratio legis* odnośnych przepisów Kodeksu pracy oraz ustawy, działalność handlowa stanowić ma zaś jedynie dodatek i zwiększać ich użyteczność.

Wszystko to prowadzi do wniosku, że przyimek „w” w art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. wyraża relację funkcjonalną pomiędzy „placówką handlową” a „zakładem”. „Zakład” stanowić ma jednostkę główną i nadrzędną, gdzie „placówka handlowa” prowadzi działalność uboczną, podporządkowaną celom tego pierwszego.

Twierdzenie to uzasadnić można również od strony negatywnej. Przyjmując bowiem, że działalność placówki handlowej oraz działalność zakładu mogą pozostawać wolne od powiązania funkcjonalnego, pozbawia art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. jakiegokolwiek sensu normatywnego. Należałoby wówczas przyjąć, że placówka handlowa oraz zakład uprawnione są prowadzić działalność niejako niezależnie od siebie, nie pozostając w żadnym funkcjonalnym związku (prócz ewentualnego związku w postaci zajmowania jednego lokalu). Oznaczałoby to, że ustawodawca nie chciał umożliwić jedynie prowadzenia działalności handlowej w zakładzie, a wręcz przeciwnie – zezwolił na samoistne prowadzenie takiej działalności w niedziele i święta. Taka wykładnia z punktu widzenia całej ustawy, a w szczególności art. 5, prowadzi do wniosków całkowicie nielogicznych i dlatego musi zostać porzucona.

Istnienie związku o charakterze funkcjonalnym nie sprawia jednocześnie, że pominięciu ulega relacja przestrzenna placówki handlowej i zakładu. Jeżeli bowiem przyjąć pogląd odmienny, zgodnie z którym placówka handlowa mogłaby być usytuowana poza terenem samego zakładu, należałoby wówczas stwierdzić, że prowadzi ona niezależną działalność (przykładowo czerpiąc korzyści z faktu usytuowania niedaleko zakładu). Po raz wtóry pozostawałoby to sprzeczne z *ratio legis* wyłączenia z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś.

5. WNIOSKI

Podjmując próbę syntetycznego podsumowania dotychczasowych rozważań, wskazać należy, że ustawodawca w ramach art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. zakodował warunki, aby prowadzona na terenie placówki handlowej działalność handlowa po pierwsze, była funkcjonalnie podporządkowana zakładowi, w tym sensie, że celem prowadzenia placówki handlowej jest zwiększenie

użyteczności oraz atrakcyjności zakładu. Po drugie, że placówka handlowa z punktu widzenia przestrzennego znajduje się na terenie zakładu. Oba te warunki muszą być spełnione koniunkcyjnie, by w sposób legalny móc korzystać z wyłączenia z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. Brak któregośkolwiek z nich w ramach konkretno-indywidualnego stanu faktycznego sprawia, że ewentualne prowadzenie działalności handlowej w niedziele i święta pozostaje niezgodne z prawem i może podlegać sankcji karnej, o czym szerzej niżej.

W celu wyraźniejszego zobrazowania możliwości stosowania art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. w praktyce posłużyć można się następującym przykładem.

Przedsiębiorca XYZ prowadzi wielkopowierzchniowy sklep spożywczy. Chcąc zachować prawo do prowadzenia działalności handlowej również w niedziele i święta, rozszerzył prowadzoną w tym sklepie działalność o:

WARIANT A – możliwość wypożyczenia sprzętu sportowego. Dokonał stosownej zmiany w CEIDG, na terenie sklepu ustawił zaś mały stojak z raketkami do tenisa stołowego.

WARIANT B – otwarcie na terenie sklepu klubu czytelnika. Dokonał stosownej zmiany w CEIDG, na terenie sklepu ustawił zaś kilka regałów z książkami oraz stoliki i krzeselka dla klientów – czytelników.

W obu przypadkach działalność handlowa, jak i działalność w zakresie sportu (wariant A) oraz kultury (wariant B) obsługiwane są przez tych samych pracowników. Obie wspomniane formy działalności korzystają z jednej kasy fiskalnej. Działalność wypożyczalni sprzętu sportowego oraz czytelnicy przynoszą znikomy zysk.

Oczywiste jest, że działalność handlowa w niedziele i święta w tych przypadkach jest prowadzona niezgodnie z wyłączeniem z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. Jakkolwiek zachodzi tam relacja przestrzenna, to bez wątpienia nie sposób dostrzec relacji funkcjonalnej w podanym wyżej znaczeniu. Prócz wspólnego prowadzenia działalności na terenie jednego lokalu wielkopowierzchniowego przez tego samego przedsiębiorcę „placówka handlowa” oraz „zakład” nie wykazują żadnych funkcjonalnych powiązań. Nie sposób zaobserwować tutaj podporządkowania „placówki handlowej” względem „zakładu”. „Zakład” nie ma charakteru nadrzędnego względem „placówki handlowej”. Wręcz przeciwnie, obie te jednostki prowadzą niejako „obok” siebie niezależną działalność. Możliwość zakupu artykułów spożywczych nie służy poprawie funkcjonalności wypożyczalni sprzętu sportowego czy czytelnicy, nie zwiększa użyteczności czy atrakcyjności tych drugich.

Wszystko to implikuje twierdzenie, że organy kontrolujące prawidłowość prowadzenia działalności handlowej z punktu widzenia wyjątku zakreślonego w art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś. powinny każdorazowo badać [i] zakres przestrzenny „placówki handlowej” i „zakładu”, a nadto [ii] cel, charakter i zakres działalności „placówki handlowej” i „zakładu”, tak by ustalić, który z tych

podmiotów ma charakter nadrzędny i główny, a także czy działalność podmiotu podrzędnego ukierunkowana jest na zwiększenie funkcjonalności tego pierwszego. Niemożliwość wykazania na gruncie konkretno-indywidualnego przypadku relacji nadrzędności–podrzędności (inaczej stwierdzenie występowania dwóch równorzędnych podmiotów, prowadzących działalność niejako „obok” siebie) wyklucza możliwość powoływania się na wyłączenie z art. 6 ust. 1 pkt 10 u.o.h.n.ś.

6. ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA

Zasadniczo naruszenie zakazu handlu stanowi wykroczenie opisane w art. 10 ust. 1 u.o.h.n.ś. Przedsiębiorca, który wbrew ustawie powierza wykonywanie pracy w handlu lub wykonywanie czynności związanych z handlem pracownikowi lub zatrudnionemu, naraża się na karę grzywny w wysokości od 1.000 do 100.000 zł.

Jeżeli jednak powierzenie pracownikowi lub zatrudnionemu wykonywania pracy w handlu lub wykonywania czynności związanych z handlem cechuje się „uporczywością” lub „złośliwością”, przedsiębiorca naraża się na odpowiedzialność karną za przestępstwo określone w art. 218a pkt 1 Kodeksu karnego¹⁸. „Uporczywość” zakłada powtarzalność zachowania, jego kilkukrotne podjęcie. Z kolei „złośliwość” cechuje się „chęcią dokuczenia, okazania lekceważenia poprzez nierespektowanie, mimo obiektywnej możliwości, określonego uprawnienia pracowniczego”¹⁹.

W tym przypadku – w razie odpowiedzialności za przestępstwo – przedsiębiorca naraża się na znacznie poważniejsze sankcje. Sąd karny uprawniony jest do orzeczenia kary grzywny w wysokości nawet miliona złotych. Alternatywą pozostaje kara ograniczenia wolności, trwająca najkrócej miesiąc, najdłużej zaś dwa lata. Przedsiębiorcy grozi również środek karny w postaci zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w handlu orzekany na okres od roku do lat 15.

Sposób redakcji wskazanych przepisów (zarówno wykroczenia z art. 10 ust. 1 u.o.h.n.ś., jak też przestępstwa z art. 218a pkt 1 k.k.) nakazuje twierdzić, że stanowią one tzw. blankietowe przepisy typizujące. Charakterystyczną cechą tego typu konstrukcji jest to, że w treści przepisu typizującego nie zostały określone przez ustawodawcę wszystkie elementy charakteryzujące znamiona przewidzianego w nim typu czynu zabronionego, w odniesieniu do części z nich posłużono się bowiem specyficzną techniką legislacyjną odsyłającą w zakresie pewnych elementów treściowych do regulacji zawartych w innych przepisach tego samego aktu prawnego lub w przepisach zamieszczonych w innych aktach prawnych, regulujących przedmiotowo dany obszar działalności. W procesie interpretacji znamion tych typów konieczne jest przeprowadzenie

¹⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. nr 88 poz. 553 ze zm.), dalej k.k.

¹⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 30.03.2016 r. (II AKa 71/16), LEX nr 2047152.

procesu uadekwatnienia zakresu odpowiedzialności poprzez odwołanie się do pozakarnych przepisów prawa ułożonych w ustawie (bądź ewentualnie innych aktach normatywnych).

Powyższa konstatacja, zarówno w przypadku wykroczenia z art. 10 ust. 1 u.o.h.n.ś., jak i przestępstwa z art. 218a pkt 1 k.k., wprost wynika ze sformułowania „wbrew zakazowi handlu oraz wykonywania czynności związanych z handlem w niedziele lub święta”. W tym też zakresie następuje normatywne odesłanie do art. 5 u.o.h.n.ś., statuującego generalny zakaz prowadzenia działalności handlowej w niedziele i w święta, oraz art. 6 u.o.h.n.ś., zawierającego katalog ustawowych wyłączeń od tak sformułowanego zakazu.

Ze względu na te dwa typy czynów zabronionych konieczna wydaje się konstatacja, że organy państwowe odpowiedzialne za nadzór i kontrolę przestrzegania przepisów ustawy przez przedsiębiorców powinny przeprowadzać kilkukrotne, powtarzające się kontrole. Wykazanie kilku, długotrwałych i powtarzalnych, naruszeń uzasadniać może decyzję o zakwalifikowaniu ich jako jednego czynu zabronionego z art. 218a pkt 1 k.k.

Należy przy tym na koniec wskazać, że podmiotem uprawnionym do prowadzenia postępowania przygotowawczego, a następnie do wniesienia i popierania aktu oskarżenia w sprawie o czyn z art. 218a pkt 1 k.k., jest prokurator (art. 45 § 1 Kodeksu postępowania karnego²⁰). W tym przypadku Państwowa Inspekcja Pracy może „jedynie” wykonywać prawa pokrzywdzonego, jeżeli ujawniła w ramach swojego działania fakt wyrządzenia przestępstwa lub wystąpiła o wszczęcie postępowania (art. 49 § 3a k.p.k.). Mimo że jest to fakultatywne uprawnienie Inspekcji, przy uwzględnieniu treści ustawy o Państwowej Inspekcji Pracy²¹, a ściślej art. 10 ust. 1 pkt 15c tego aktu prawnego, wskazać wypada, że powinno ono nader często być wykorzystywane. Otóż zgodnie z treścią tego przepisu jednym z zadań Inspekcji jest kontrola przestrzegania przepisów u.o.h.n.ś. w zakresie powierzania pracownikowi lub zatrudnionemu wykonywania pracy w handlu lub wykonywania czynności związanych z handlem w placówkach handlowych. Uzasadnia to aktywny udział tego organu również w toku postępowania przed organami ścigania w sprawach o przestępstwo.

Z kolei w przypadku wykroczenia z art. 10 ust. 1 u.o.h.n.ś. oskarżycielem publicznym jest inspektor pracy (art. 17 § 2 ustawy – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia²²). To ten organ Państwowej Inspekcji Pracy zobligowany jest do sporządzenia, wniesienia do sądu oraz popierania wniosku o ukaranie.

²⁰ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r. nr 89 poz. 555 ze zm.), dalej k.p.k.

²¹ Ustawa z 13.04.2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy (Dz.U. z 2007 r. nr 89 poz. 589 ze zm.).

²² Ustawa z 24.08.2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. z 2001 r. nr 106 poz. 1148 ze zm.).

ABSTRACT

Łukasz Duśko

The author is a PhD student at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow, an advocate (District Bar Association in Krakow).

Mateusz Szurman

The author is a PhD student at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Krakow, an advocate (District Bar Association in Krakow).

Retail outlet in a facility operating in the field of culture, sport, education, tourism or leisure. Interpretation of the exception to the prohibition of retail trade on Sundays and public holidays

The authors analyse Article 6(1)(10) of the Act on Restrictions of Retail Trade on Sundays, Public Holidays and Certain Other Days, in the light of linguistic, systemic and functional interpretation of the provisions. The rules of interpretation of criminal law provisions are also taken into account. The results are as follows: firstly, the retail activity carried out on the premises of a retail outlet has to be functionally subordinate to the facility in the sense that the purpose of operating the retail outlet is to increase the utility and attractiveness of the facility. Here the facility remains the main and superordinate entity, while the retail activity is incidental, its scale marginal. Secondly, in terms of space, the retail outlet is to be located on the facility's premises. These two requirements must be met jointly for the entrepreneur to legally benefit from the exemption under Article 6(1)(10) of the Act. Failure to meet even one of the requirements in any individual case leads to the conclusion that retail activity on Sundays and public holidays is illegal and can be considered a petty criminal offence under Art. 10(1) of the Act or an offence under Art. 218a(1) of the Criminal Code.

Keywords: retail trade prohibition, retail outlet, facility operating in the field of culture, sport, education, tourism or leisure

Łukasz Duśko

ORCID: 0000-0001-9841-7346; e-mail: ldusko@szurman.pl

Autor jest doktorantem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, adwokatem (Izba Adwokacka w Krakowie).

Mateusz Szurman

ORCID: 0000-0002-5503-6065; e-mail: mszurman@szurman.pl

Autor jest doktorantem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, adwokatem (Izba Adwokacka w Krakowie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Chauvin Tatiana, Stawecki Tomasz, Winczorek Piotr, *Wstęp do prawnoznawstwa*, Warszawa 2009

Jaśkowski Kazimierz, Maniewska Eliza, *Wolne niedziele w handlu – podstawowe zagadnienia*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2018/9

Przybylska Renata, *Polisemia przyimków polskich w świetle semantyki kognitywnej*, Kraków 2002

Wróbel Włodzimierz, Zoll Andrzej, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013

Żółtek Sławomir, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2016

Pojęcia kluczowe: *postępowanie cywilne, nakaz zapłaty, pozwany*

Artykuły

Piotr Fik

TERMIN W NAKAZACH ZAPŁATY DO ZASPOKOJENIA ROSZCZENIA W CAŁOŚCI ALBO WNIESIENIA ŚRODKA ZASKARŻENIA W POSTĘPOWANIU NAKAZOWYM I UPOMINAWCZYM (ART. 480² § 2 K.P.C.)

Artykuł odnosi się do istotnych kwestii – zarówno z teoretycznego, jak i praktycznego punktu widzenia. Autor omawia charakter nowej regulacji art. 480² § 2 Kodeksu postępowania cywilnego, wskazując wątpliwości i obawy, odmienne poglądy doktryny i orzecznictwa oraz przedstawia własny pogląd w kwestii terminów w nakazach zapłaty do zaspokojenia roszczenia w całości albo wniesienia środka zaskarżenia w postępowaniu nakazowym i upominawczym (art. 480² § 2 k.p.c.). Autor skupia się w szczególności na praktycznym aspekcie omawianej regulacji, omawiając różne poglądy w tym zakresie. W uwagach końcowych niniejszego artykułu autor podejmuje próbę oceny regulacji nie tylko z teoretycznego, ale i praktycznego punktu widzenia.

Postulat szybkości postępowania jest jednym z najczęściej przywoływanych argumentów mających w ocenie autorów kolejnych nowelizacji przemawiać za zasadnością wprowadzenia następujących po sobie zmian w polskim postępowaniu cywilnym, także wpływających na jego realizację, a w konsekwencji zmierzających do osiągnięcia zakładanego skutku w postaci przyspieszenia postępowań sądowych – w tym w sprawach cywilnych. Jednym z systemowych rozwiązań w polskim postępowaniu cywilnym było wprowadzenie do Kodeksu postępowania cywilnego¹

¹ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805 ze zm.), dalej k.p.c.

postępować o charakterze przyspieszonym², tj. m.in. postępowania nakazowego i postępowania upominawczego, w których to postępowaniach, po spełnieniu określonych ustawą wymagań, sąd wydaje nakaz zapłaty, czyli merytoryczne orzeczenie o specyficznym charakterze. Możliwość wydania przez sąd nakazu zapłaty nie jest instytucją nową, bowiem funkcjonowała już ona w okresie międzywojennym w ówczesnym Kodeksie postępowania cywilnego³. Zgodnie z obowiązującą treścią art. 480² § 1 k.p.c. w nakazie zapłaty sąd nakazuje pozwanemu, aby w terminie oznaczonym w nakazie zaspokoił roszczenie w całości wraz z kosztami albo wniósł środek zaskarżenia, właściwe terminy przewiduje zaś art. 480² § 2 k.p.c. Wskazać należy, że na potrzeby niniejszego opracowania posługiwać będziemy się trzema stanami prawnymi, tj. do 7.11.2019 r., następnie stanem prawnym zmienionym w wyniku nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego obowiązującej od 7.11.2019 r.⁴ i aktualną, znowelizowaną treścią art. 480² k.p.c. obowiązującą od 24.09.2021 r.⁵ Ustawodawca nowelizacją z 2019 r. zdecydował się usystematyzować i ujednoczyć przepisy regulujące postępowanie nakazowe i postępowanie upominawcze i tak w rozdziale 1 działu V „Postępowanie nakazowe i upominawcze” umieszczone zostały regulacje wspólne dla obu tych postępowań. Ponadto do dodanych ustawą nowelizującą art. 480¹–480⁴ k.p.c. przeniesiono treść dotychczasowych przepisów (stan prawny sprzed 4.07.2019 r.) normujących analogiczne instytucje odrębnie w odniesieniu do każdego ze wskazanych postępowań. W konsekwencji w rozdziale 2 „Postępowanie nakazowe” oraz w rozdziale 3 „Postępowanie upominawcze” pozostawiono jedynie regulacje charakterystyczne dla każdego ze wskazanych postępowań i definiujące ich odrębności. Kolejną już nowelizacją na mocy ustawy z 11.08.2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw ustawodawca zdecydował się ponownie zmienić omawianą regulację art. 480² § 1 i 2 k.p.c. poprzez zmianę terminów do zaspokojenia roszczenia albo wniesienia właściwego środka zaskarżenia określanych w nakazie zapłaty. Zmiana ta ma znaczenie nie tylko teoretyczne, ale przede wszystkim praktyczne, bowiem nie tylko wpływa na sytuację procesową stron, w tym zasadę równości, lecz również – jak się wydaje – na nowo zdefiniuje nie tylko filozofię postępowań odrębnych – postępowań o charakterze przyspieszonym, tj. w szczególności postępowania upominawczego i postępowania nakazowego (również w kontekście powiązań wewnątrzsystemowych w postępowaniu cywilnym⁶) – ale również da asumpt do

² S. Cieślak, *Postępowania przyspieszone w procesie cywilnym. Zarys postępowania nakazowego, upominawczego i uproszczonego*, Warszawa 2004.

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z mocą ustawy z 29.11.1930 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1930 r. nr 83 poz. 651 ze zm.).

⁴ Ustawa z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1469 ze zm.).

⁵ Omawiane brzmienie przepisu art. 480² k.p.c. zostało znowelizowane na mocy ustawy z 11.08.2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2021 r. poz. 1655).

⁶ S. Cieślak, *Powiązania wewnątrzsystemowe w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013, LEX/el.

poszerzonej debaty nad zasadnością wydłużenia terminów do wniesienia środków zaskarżenia, w szczególności apelacji i zażalenia.

MIEJSCE DORĘCZENIA NAKAZU ZAPŁATY JAKO GŁÓWNA PRZESŁANKA USTALENIA TERMINU DO ZASPOKOJENIA ROSZCZENIA W CAŁOŚCI ALBO WNIESIENIA ŚRODKA ZASKARŻENIA

Jak słusznie wskazywano w literaturze, z perspektywy praktyki wymiaru sprawiedliwości istotną zmianą stanu prawnego było uchylenie art. 492¹ § 1 k.p.c. w postępowaniu nakazowym oraz regulacji funkcjonującej przed 7.11.2019 r. w postępowaniu upominawczym (tj. art. 502¹ § 1 w zw. z art. 499 § 1 pkt 4 k.p.c.)⁷. Regulacja art. 492¹ § 1 k.p.c. stanowiła, że jeżeli doręczenie nakazu zapłaty nie mogło nastąpić dlatego, że miejsce pobytu pozwanego nie było znane, albo gdyby doręczenie mu nakazu nie mogło nastąpić w kraju, sąd z urzędu uchylał nakaz zapłaty i wydawał odpowiednie postanowienie. Nadto z uchylonego art. 502¹ § 1 k.p.c. wynikało, że jeżeli doręczenie nakazu zapłaty nie mogło nastąpić ze względu na przeszkody wskazane w ówczesnym art. 499 § 1 pkt 4 k.p.c. (stan prawny do 7.11.2019 r.), sąd z urzędu uchylał nakaz zapłaty i wydawał odpowiednie postanowienie. Brak możliwości wydawania nakazów zapłaty i ich doręczania poza granice kraju (tak na terenie Unii Europejskiej, jak i poza nią) był szeroko krytykowany i przedmiotowa regulacja została zmieniona ustawą nowelizującą z 4.07.2019 r. Dopuszczając zarówno w postępowaniu nakazowym, jak i w postępowaniu upominawczym wydanie i doręczenie nakazu zapłaty stronie mającej miejsce zamieszkania albo siedzibę za granicą, wprowadzono niezbędne modyfikacje w treści nakazu zapłaty, którego doręczenie następuje za granicą, szczegółowa zaś treść nakazu zapłaty (zarówno wydanego w postępowaniu nakazowym, jak i w postępowaniu upominawczym) została określona w art. 480² § 1 i 2 k.p.c.⁸ Zgodnie z art. 480² § 1 k.p.c. w nakazie zapłaty nakazuje się pozwanemu, żeby w terminie oznaczonym w nakazie zaspokoił roszczenie w całości wraz z kosztami albo wniósł środek zaskarżenia (sprzeciw albo zarzuty). Przepis ten zawiera kompleksową regulację nakazu zapłaty jako orzeczenia sądu kończącego postępowanie nakazowe (w pierwszej fazie) lub postępowanie upominawcze i ma on zastosowanie wprost do obu rodzajów postępowań odrębnych. W nakazie zapłaty sąd nakazuje pozwanemu, aby w terminie oznaczonym w nakazie (określonym zgodnie z art. 480² § 2 k.p.c.) zaspokoił roszczenie w całości wraz z kosztami albo wniósł środek zaskarżenia. Na podstawie zmian dokonanych omawianą nowelizacją z 11.08.2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw wskazany termin do

⁷ M. Kostwiński, *Merytoryczne rozpoznanie sprawy w procesie cywilnym w ramach konstrukcji odwrócenia sporu*, Warszawa 2019, Legalis/el.

⁸ R. Flejszar (w:) *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019 r. w praktyce*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, R. Flejszar, M. Malczyk, Warszawa 2020, Legalis/el., rozdział IX, § 4.

zaspokojenia roszczenia albo wniesienia środka zaskarżenia umiejscowiono w jednej regulacji, tj. w art. 480² § 2 k.p.c.

KWESTIA MIEJSCA DORĘCZENIA NAKAZU ZAPŁĄTY I ZMIANY W TYM ZAKRESIE

Już na etapie nowelizacji z 4.07.2019 r. w uzasadnieniu do zmian wskazano, że takie okoliczności jak nieznajomość miejsca pobytu pozwanego lub niemożność doręczenia pozwanemu odpisu nakazu zapłaty w kraju są okolicznościami, które „komplikują normalny tok postępowania”. Utrudnienia takie nie powinny uzasadniać rezygnacji z istotnej korzyści, jaką jest szybkie i tanie rozstrzygnięcie sporu poprzez wydanie nakazu zapłaty, a więc celowe było przywrócenie w tym zakresie zastosowania instytucji funkcjonujących w zwykłym postępowaniu procesowym i pozwalających zarówno stronom, jak i sądowi przewyciężyć powyższe trudności. Ustawową realizacją tego założenia było wprowadzenie art. 480² § 2 k.p.c. (tzn. terminów dla pozwanego, którego cechował tzw. zagraniczny domicyl). Przedmiotową zmianę należało ocenić pozytywnie, gdyż uzasadniały ją rozwinięta pomoc prawna w sprawach transgranicznych, możliwość doręczania pism sądowych do innych państw członkowskich Unii Europejskiej na zasadach określonych w rozporządzeniu nr 1393/2007⁹, jak również realizacja gwarancji w zakresie możliwości dokonywania czynności procesowych poza granicami kraju wynikających z regulacji art. 165 § 2 k.p.c.¹⁰ Pamiętać również należy, że ustawą z 4.07.2019 r. wprowadzono art. 480² k.p.c., w którym przewidziane zostały trzy różne terminy do wnoszenia środków zaskarżenia w postępowaniach nakazowym i upominawczym, tj. dwutygodniowy, miesięczny i nie krótszy niż trzy miesiące. We wcześniejszym brzmieniu art. 480² k.p.c. (tj. do 24.09.2021 r.) termin do wniesienia środka zaskarżenia uzależniony był od miejsca, gdzie pozwany miał siedzibę lub miejsce zamieszkania, a w przypadku gdy doręczenie miało nastąpić poza terytorium Unii Europejskiej, od miejsca, w którym miał zostać doręczony nakaz zapłaty pozwanemu. W związku z powyższym powstała pewnego rodzaju niespójność polegająca na tym, że w pewnych przypadkach ustawodawca posługiwał się pojęciem siedziby i zamieszkania, a w ostatnim przypadku pojęciem miejsca doręczenia (doręczenie poza terytorium UE). Niespójność ta została wyeliminowana przez aktualne i obowiązujące brzmienie art. 480² § 2 k.p.c., w którym jednolicie posłużono się pojęciem miejsca, gdzie pozwanemu ma zostać doręczony nakaz zapłaty (a więc zrezygnowano z budzących w praktyce – również w innych krajach, w tym kra-

⁹ Rozporządzenie nr 1393/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 13.11.2007 r. dotyczące doręczania w państwach członkowskich dokumentów sądowych i pozasądowych w sprawach cywilnych i handlowych (doręczanie dokumentów) oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1348/2000 z 13.11.2007 r. (Dz.Urz. UE L 324, s. 79).

¹⁰ T. Zembrzuski (w.): *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, *Artykuły 367–505(39)*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021, LEX/el., uwagi do art. 480² k.p.c.

jach członkowskich UE – wątpliwych i niespójnych językowo określeń, jak np. miejsce zameldowania, miejsce zamieszkania czy też miejsce stałego pobytu).

Jak wskazano wcześniej, ustawą z 11.08.2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw zmieniono również brzmienie art. 480² § 2 k.p.c. poprzez wskazanie, że termin, o którym mowa w art. 480² § 1 k.p.c. (tj. do zaspokojenia roszczenia w całości wraz z kosztami albo wniesienia właściwego środka zaskarżenia), wynosi dwa tygodnie od dnia doręczenia nakazu w przypadku nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym, gdy doręczenie nakazu pozwanemu ma mieć miejsce w kraju, ewentualnie miesiąc od dnia doręczenia nakazu w przypadku nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym, gdy doręczenie nakazu pozwanemu ma mieć miejsce poza granicami kraju na terytorium Unii Europejskiej. Nadto termin ten może wynosić również miesiąc od dnia doręczenia nakazu w przypadku nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu nakazowym, gdy doręczenie nakazu pozwanemu ma mieć miejsce na terytorium Unii Europejskiej, albo trzy miesiące od dnia doręczenia nakazu, w przypadku gdy doręczenie nakazu ma mieć miejsce poza terytorium Unii Europejskiej. Istotne z punktu widzenia praktycznego jest, że w zakresie przepisów intertemporalnych wskazano w art. 8 ust. 1 ustawy z 11.08.2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw, że w sprawach wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej, w których przed dniem wejścia w życie nowelizacji został wydany nakaz zapłaty, stosuje się art. 480² § 1 i 2 ustawy zmienianej – a więc momentem decydującym o zastosowaniu właściwych przepisów jest moment wydania nakazu zapłaty.

DYWERSYFIKACJA TERMINÓW OKREŚLANYCH W NAKAZIE ZAPŁATY DO ZASPOKOJENIA ROSZCZENIA ALBO WNIESIENIA ŚRODKA ZASKARŻENIA

Omawiana w niniejszym artykule nowelizacja regulacji art. 480² § 2 k.p.c. wydawać by się mogła nowelizacją mającą charakter jedynie techniczny i porządkujący, lecz ma ona niebagatelne znaczenie praktyczne. Wskazana doniosłość regulacji nie wynika z umiejscowienia (w jednym przepisie) wszystkich terminów określanych w nakazie zapłaty do zaspokojenia roszczenia albo wniesienia środka zaskarżenia, lecz z poczynionej dywersyfikacji, która to następuje nie tylko jak dotychczas ze względu na tzw. domicyl i miejsce doręczenia nakazu zapłaty pozwanemu, lecz przede wszystkim na przełamanie jednolitości dotychczasowego (ugruntowanego już) dwutygodniowego terminu dla wniesienia zarzutów od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym i sprzeciwu od nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym – w sytuacji doręczenia nakazu zapłaty w kraju, tj. na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, co jednocześnie przesądza o doniosłości zmiany i może budzić wątpliwości co do jej celowości i prawidłowości.

Jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej, założono bardziej czytelne sformułowanie art. 480² § 1 i 2 k.p.c., wydłużenie terminu (w sytuacji gdy doręczenie pozwanemu nakazu zapłaty wydane w postępowaniu nakazowym ma nastąpić na terenie RP) do wniesienia zarzutów od nakazu zapłaty do miesiąca (w tym dla pozwanego zobowiązanego z weksla, którym jest konsument). Ponadto nowelizacja wprowadziła sztywny termin trzech miesięcy w art. 480² § 2 pkt 4 k.p.c., w miejsce otwartego wcześniej (tj. w okresie od 7.11.2019 r. do 24.09.2021 r.) terminu określonego przedtem jako „nie krótszy niż trzy miesiące” (które to sformułowanie budziło znaczne wątpliwości w literaturze), na wniesienie środka zaskarżenia od dnia doręczenia nakazu zapłaty, gdy doręczenie ma nastąpić poza terenem Unii Europejskiej. Jak wskazano, w ocenie ustawodawcy termin trzech miesięcy na wniesienie zarzutów od nakazu zapłaty w pełni gwarantuje zabezpieczenie praw pozwanych, mających adres do doręczeń poza terytorium Unii Europejskiej, pozwany zaś, który zamierza wnieść środek zaskarżenia, powinien bez większych trudności dochować wskazanego terminu. Wskazana dywersyfikacja terminów w zasadzie zależy od dwóch zmiennych, tj. miejsca doręczenia nakazu zapłaty pozwanemu oraz rodzaju wydane go nakazu zapłaty (tzn. nakazowego albo upominawczego). Termin dwóch tygodni od dnia doręczenia nakazu w przypadku nakazów zapłaty wydanych w postępowaniu upominawczym, gdy doręczenie nakazu pozwanemu ma mieć miejsce w kraju (a więc na terenie Rzeczypospolitej Polskiej), nie jest rozwiązaniem nowym, jednak termin ten nie dotyczy nakazu zapłaty wydane go w postępowaniu nakazowym, nawet wtedy gdy doręczenie ma nastąpić w kraju. Regulacja art. 480² § 2 pkt 3 k.p.c. wskazuje, że termin wynosi miesiąc od dnia doręczenia nakazu w przypadku nakazu zapłaty wydane go w postępowaniu nakazowym, gdy doręczenie nakazu pozwanemu ma mieć miejsce na terytorium Unii Europejskiej, podczas gdy art. 480² § 2 pkt 2 k.p.c. wskazuje, że termin wynosi miesiąc od dnia doręczenia nakazu w przypadku nakazu zapłaty wydane go w postępowaniu upominawczym, gdy doręczenie nakazu pozwanemu ma mieć miejsce poza granicami kraju na terytorium Unii Europejskiej.

W uzasadnieniu ustawy nowelizującej wskazano, że wydłużenie terminu do wniesienia zarzutów od nakazu zapłaty wydane go w postępowaniu nakazowym dla wszystkich pozwanych może przyczynić się do szybszego rozpoznawania spraw. Ponadto rozwiązanie to ma również w ocenie autorów nowelizacji dać pozwanemu wystarczający czas na dokładną analizę pozwu i załączników (co ma sprawić, że pozwany będzie miał również możliwość zapoznania się z pouczeniami doręczanymi przez sąd wraz z odpisem nakazu zapłaty i w konsekwencji prawidłowego sporządzenia zarzutów od nakazu zapłaty). W ocenie autorów ustawy nowelizującej argumentem za wprowadzeniem omawianej regulacji jest również fakt, że okres miesiąca na zaskarżenie nakazu zapłaty wydane go w postępowaniu nakazowym (zamiast wcześniej obowiązującego terminu dwóch tygodni) umożliwi wszystkim pozwany lepsze przygotowa-

nie zarzutów od nakazu zapłaty pod względem formalnym i merytorycznym, a pozwany będzie miał również czas na zgromadzenie środków na opłatę sądową od zarzutów do nakazu zapłaty. Miesiąc to również czas, gdy w przypadku braku takich środków pozwany będzie mógł zgromadzić dokumenty uzasadniające ewentualny wniosek o zwolnienie go od ponoszenia kosztów sądowych. W konsekwencji w ocenie autorów nowelizacji wydłużenie terminu do miesiąca (na zaspokojenie roszczenia w całości wraz z kosztami albo wniesienie zarzutów) w odniesieniu do nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym nie spowoduje nadmiernego wydłużenia ich rozpoznawania i nie wpłynie istotnie na średnią długość rozpoznawania spraw przez sądy w postępowaniu cywilnym. Zmiana, w ocenie autorów nowelizacji, może przynieść pozytywny skutek i przyczynić się do szybszego rozpoznania spraw, w przypadku gdy pozwany skorzysta z przysługującego mu prawa do wniesienia zarzutów od nakazu zapłaty w terminie miesiąca (z uwagi m.in. na oczekiwaną – w ocenie ustawodawcy – poprawę ich sporządzania pod względem formalnym). Ponadto, w ocenie autorów nowelizacji – jak czytamy w uzasadnieniu – można założyć, że sąd zapozna się z większością argumentów stron już po analizie dwóch pierwszych pism procesowych w sprawie, tj. pozwu oraz zarzutów od nakazu zapłaty, co w ich ocenie ułatwi i przyspieszy procedowanie w dalszym toku sprawy, a więc będzie przyczyniać się do realizacji postulatu szybkości postępowania.

Analiza komentowanej regulacji wskazuje na pewnego rodzaju wątpliwość co do trafności sformułowań i przyjętego sposobu legislacyjnego (również pod kątem językowym). W regulacji art. 480² § 2 k.p.c. ustawodawca uzależnił długość terminu od miejsca doręczenia nakazu zapłaty pozwanemu, definiując je zakresowo w 4 przypadkach: w kraju (a więc na terenie RP), poza granicami kraju na terytorium Unii Europejskiej, na terytorium Unii Europejskiej, poza terytorium Unii Europejskiej. Dla nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym ustawodawca przewidział terminy: dwóch tygodni (doręczenie w kraju – art. 480² § 2 pkt 1 k.p.c.), miesiąca (doręczenie poza granicami kraju na terytorium Unii Europejskiej – art. 480² § 2 pkt 2 k.p.c.) oraz trzech miesięcy (doręczenie poza terytorium Unii Europejskiej – art. 480² § 2 pkt 4 k.p.c.). Dla nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym wskazał dwa terminy: miesiąca (doręczenie na terytorium Unii Europejskiej – art. 480² § 2 pkt 3 k.p.c.) oraz trzech miesięcy (doręczenie poza terytorium Unii Europejskiej – art. 480² § 2 pkt 4 k.p.c.). Z treści uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej dowiadujemy się, że termin miesięczny (doręczenie na terytorium Unii Europejskiej – art. 480² § 2 pkt 3 k.p.c.) dotyczy nakazów zapłaty doręczanych pozwanemu na terenie kraju (a więc na terenie Rzeczypospolitej Polskiej) oraz poza granicami kraju na terytorium UE, jednakże sformułowanie tegoż przepisu jest nietrafione i może wprowadzać w błąd. Wydaje się, że nie znajduje uzasadnienia posłużenie się dla określenia miejsca dla nakazów upominawczych pojęciami „w kraju” i „poza granicami kraju na terenie Unii Europejskiej”, a dla nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym jedynie – „na terenie Unii Europejskiej” (zamiast tego należało zasto-

sować jednolitą nomenklaturę ustawową i posłużyć się sformułowaniem „na terenie kraju oraz poza jego granicami na terenie Unii Europejskiej”).

TERMINY DO ZASPOKOJENIA ROSZCZENIA ALBO WNIESIENIA ŚRODKA ZASKARŻENIA OKREŚLANE W NAKAZIE ZAPŁATY W POSTĘPOWANIU NAKAZOWYM ORAZ W POSTĘPOWANIU UPOMINAWCZYM

Istotniejszym jednak problemem tak z punktu teoretycznego, jak i (a może przede wszystkim) praktycznego jest dywersyfikacja i nieuzasadnione rozróżnienie terminów do zaspokojenia roszczenia albo wniesienia środka zaskarżenia dla nakazów zapłaty wydanych w postępowaniu nakazowym oraz postępowaniu upominawczym. Samo wydłużenie terminu dla nakazów zapłaty w postępowaniu nakazowym (doręczanych na terenie UE, a więc na terenie RP oraz poza jej granicami, czyli na terenie innych państw członkowskich UE) należy ocenić pozytywnie. Wątpliwość budzi jednak pozostawienie przez ustawodawcę terminu dwutygodniowego dla nakazów zapłaty w postępowaniu upominawczym doręczanych na terenie kraju. Argumentacja autorów ustawy nowelizującej przytoczona za zasadnością wydłużenia tegoż terminu dla nakazów zapłaty w postępowaniu nakazowym mogłaby być uznana (wydaje się, że niestety jedynie w części) za słuszną. Wątpliwość budzi całkowite pominięcie w tym zakresie postępowania upominawczego i wydawanych w nim nakazów zapłaty – tj. brak jakiejkolwiek analizy w tym zakresie i oceny potrzeby zmian (bądź jej braku). W pierwszej kolejności wskazać należy na zaburzenie długości terminów do wniesienia środków zaskarżenia. Za nieuzasadnione i nietrafione uznać należy przyjęcie terminu dwóch tygodni dla nakazu upominawczego (brak zmiany w tym zakresie zmierzającej do wydłużenia tego terminu) oraz miesiąca dla nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym – doręczanych pozwanemu w kraju. Za całkowicie błędną należy uznać argumentację, że to nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym zasługuje na dłuższy termin do wniesienia środków zaskarżenia, albowiem pozwany w sposób lepszy i trafniejszy przygotowuje zarzuty. Taka argumentacja prowadzi do nieuzasadnionego przekonania, że stopień skomplikowania spraw, w których wydawany jest nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym, jest znacznie większy niż spraw w postępowaniu upominawczym. Wątpliwości (m.in. z punktu widzenia równości i prawa do rzetelnego procesu) budzi fakt, że strona pozwana w postępowaniu upominawczym ma w zasadzie o połowę mniej czasu (w odniesieniu do pozwanego w postępowaniu nakazowym) na przygotowanie się do obrony, zebranie dowodów i postawienie zarzutów – tj. sformułowanie treści sprzeciwu, który w zasadzie będzie stanowił podstawę obrony pozwanego w procesie. Regulacja art. 480³ § 2 k.p.c. stanowi, że w piśmie zawierającym środek zaskarżenia od nakazu zapłaty (tj. sprzeciw albo zarzuty) pozwany powinien wskazać, czy zaskarża nakaz w całości, czy w części oraz przedstawić zarzuty, które pod rygorem ich

utruty należy zgłosić przed wdaniem się w spór co do istoty sprawy. Ponadto pamiętać należy o możliwości tzw. krzyżowania się (jednoczesnego zastosowania) przepisów regulujących postępowania odrębne, co w przypadku sprawy gospodarczej i wydanego nakazu zapłaty nakłada na pozwanego zgodnie z art. 458⁵ k.p.c. jeszcze większe rygory związane z prekluzją dowodową. Wskazana regulacja art. 480³ § 2 k.p.c. nie różnicuje pozycji procesowej pozwanego (w tym jego obowiązków i sankcji związanych z ich niedopełnieniem) w zależności od stosowanego postępowania odrębnego i wydanego w nim nakazu zapłaty. Z całym przekonaniem stwierdzić można, że pozycję tę różnicuje jednak wskazany art. 480² k.p.c. – dla nakazów zapłaty doręczanych w kraju określając różne terminy w zależności od charakteru nakazu zapłaty (tj. nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym i nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym).

Z takim rozróżnieniem nie można się zgodzić, prowadzi to bowiem do jawnego pokrzywdzenia pozwanych w postępowaniu upominawczym (względem uprzywilejowanej w tym kontekście pozycji pozwanego w postępowaniu nakazowym). Omawiana regulacja jest niezrozumiała w kontekście tzw. stopnia pewności dokumentów, na podstawie których wydawany jest dany nakaz zapłaty. Podstawę wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym może stanowić dokument wskazany we właściwych przepisach Kodeksu postępowania cywilnego – art. 485 k.p.c. (ocena załączonego dowodu nie powinna zaś budzić wątpliwości). Podstawy wydania nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym w odniesieniu do nakazowego są o wiele bardziej uproszczone i złagodzone (art. 499 k.p.c. zawiera właściwie katalog przesłanek negatywnych co do wydania nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym – nie precyzuje, w przeciwieństwie do postępowania nakazowego, dokumentów stanowiących podstawę wydania nakazu zapłaty). Z praktyki stosowania omawianych regulacji wskazać należy, że podstawy wydania nakazów zapłaty nie definiują jednoznacznie stopnia skomplikowania spraw i tak sprawa, w której wydano nakaz zapłaty w postępowaniu upominawczym, niejednokrotnie jest o wiele bardziej skomplikowana niż ta, w której wydano nakaz zapłaty w postępowaniu nakazowym. Nie pomaga również w tym zakresie możliwość równoczesnego stosowania przepisów o postępowaniu nakazowym albo postępowaniu uproszczonym z przepisami o postępowaniu uproszczonym. Pamiętać należy, że w ustawie z 24.05.2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji¹¹ wprowadzono uproszczoną procedurę dochodzenia roszczeń, czyli tzw. postępowanie uproszczone jako jedno z tzw. procesowych postępowania odrębnych w polskim Kodeksie postępowania cywilnego i już w uzasadnieniu ówczesnego rządowego projektu ustawy nowelizującej Kodeks postępowania cywilnego

¹¹ Dz.U. nr 48 poz. 554 ze zm.

wprowadzającej postępowanie uproszczone podkreślano, iż wprowadzenie zmian ma na celu ograniczenie barier dostępu do sądu tudzież usprawnienie oraz uproszczenie postępowania w sprawach o nieskomplikowanym stanie faktycznym i prawnym, a w konsekwencji rozpoznawanie bez zbędnej zwłoki spraw prostych, wręcz bagatelnych. Od wprowadzenia do Kodeksu postępowania cywilnego postępowania odrębnego – postępowania uproszczonego – ustawodawca zdecydował się na szereg nowelizacji ustawy, również dokonując licznych zmian mających na celu realizację postulatu szybkości postępowania. Bez wątpienia wszystkie przeprowadzane zmiany powinny mieć na celu jak najlepszą realizację postulatów szybkości i efektywności postępowania sądowego oraz możliwości dostępu do sądu i dochodzenia roszczeń, lecz z perspektywy czasu skuteczność wprowadzanych regulacji w celu usprawnienia i zapewnienia szybkości postępowania budzi wątpliwości¹².

Wydłużenie terminu do złożenia zarzutów od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym do miesiąca nie budzi wątpliwości nie tylko w kontekście postępowań odrębnych i pozostawienia w odniesieniu do nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym terminu dwutygodniowego, lecz również przy pozostawieniu innych (niejednokrotnie niepozwalających w praktyce na rzetelną obronę) terminów do wniesienia zwykłych środków zaskarżenia, jak np. sprzeciwu od wyroku zaocznego – dwa tygodnie (art. 344 § 1 k.p.c.), apelacji – dwa tygodnie (art. 369 § 1 k.p.c.) albo trzy tygodnie (art. 369 § 11 k.p.c.), zażalenia – tydzień (art. 394 § 2 k.p.c.). Wobec wydłużenia terminu do wniesienia zarzutów od nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym doręczanego na terenie Unii Europejskiej (RP i inne kraje członkowskie UE) do miesiąca (i szerokiej argumentacji autorów nowelizacji przekonanych o słuszności tegoż kierunku) należy postulować wydłużenie terminów do wniesienia środków zaskarżenia co najmniej do miesiąca – nie tylko w przypadku nakazu zapłaty w postępowaniu upominawczym, ale również np. apelacji. Bez wątpienia uznać należy, że wydłużenie terminu do miesiąca dla nakazów zapłaty w postępowaniu nakazowym doręczanych na terenie RP jest w zasadzie legislacyjnym wydłużeniem czasu trwania postępowania i zaburza nieco jedną z cech postępowania nakazowego. Postępowanie nakazowe, które jest zaliczane do postępowań przyspieszonych, cechować miała właśnie szybkość (nie wspominając już o ogólnym postulacie szybkości postępowania).

Wskazując na europejskie tendencje, w których termin do wniesienia środków zaskarżenia jest terminem dłuższym niż dwa tygodnie, stwierdzić należy, że wydłużenie terminu do miesiąca w przypadku nakazów zapłaty w postępowaniu nakazowym jest kierunkiem prawidłowym, przy jednoczesnym nieuzasadnionym utrzymaniu terminu dwutygodniowego dla nakazów zapłaty w postępowaniu upominawczym dorę-

¹² P. Fik, *Postępowanie uproszczone po nowelizacji z 4.7.2019 r.* (w:) *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019 r. w praktyce*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, R. Flejszar, M. Malczyk, Warszawa 2020, Legalis/el., rozdział XVI.

czanych w kraju (nie mówiąc już o zbyt krótkich terminach do wniesienia innych środków zaskarżenia, np. apelacji). Doskonałym przykładem europejskiej regulacji w tym zakresie jest rozporządzenie (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. ustanawiające postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty¹³ i art. 16 ust. 2 tego rozporządzenia stanowiący, że sprzeciw (od nakazu zapłaty wydanego w europejskim postępowaniu nakazowym) musi zostać wysłany w terminie 30 dni od doręczenia nakazu pozwanemu. Regulacja ta znajduje zastosowanie również na terenie Polski jako kraju członkowskiego UE i jest przykładem regulacji, która poprzez właściwe określenie terminu do złożenia środka zaskarżenia nie tylko zapewnia prawo do obrony i rzetelnego procesu, ale nie przyczynia się do wydłużenia postępowania. Pewność i rzetelność postępowania cywilnego, które są realizowane również przez umożliwienie stronie należytego przygotowania środka odwoławczego (i zapewnienie odpowiedniego czasu na jego sporządzenie), uzasadnia wydłużenie tych terminów, z jednoczesnym wskazaniem, że dodatkowe dwa tygodnie w przypadku nakazów zapłaty doręczanych w kraju nie przyczynią się do zmniejszenia szybkości postępowania w sytuacji, gdy znaczącego wpływu na czas trwania postępowania sądowego w RP nie mają błędne czy niewłaściwe regulacje, lecz np. niewystarczająca liczba osób pracujących w sądach do obsługi wzrastającej liczby spraw czy też działania podyktowane kwestiami o charakterze statystycznym.

Ostatnią zmianą w zakresie wskazania w nakazie zapłaty terminu do zaspokojenia roszczenia albo wniesienia właściwego środka zaskarżenia jest termin wynikający ze znowelizowanego art. 480² § 2 pkt 4 k.p.c. wynoszący trzy miesiące od dnia doręczenia nakazu zapłaty (nakazowego oraz upominawczego), w przypadku gdy doręczenie nakazu zapłaty ma mieć miejsce poza terytorium Unii Europejskiej. Jak wskazano w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizującej, wprowadzenie sztywnego terminu trzech miesięcy w art. 480² § 2 pkt 4 k.p.c. w miejsce funkcjonującego wcześniej (przed 24.09.2021 r., tj. przed nowelizacją) otwartego terminu określonego jako „nie krótszy niż trzy miesiące”, na wniesienie środka zaskarżenia od dnia doręczenia nakazu zapłaty, gdy doręczenie ma nastąpić poza terenem Unii Europejskiej, ma w zasadzie na celu uproszczenie stosowania art. 480² § 2 k.p.c. i w konsekwencji powinno prowadzić do ujednoczenia stosowania prawa w skali kraju.

Wprowadzenie przedmiotowej regulacji nie pozostawia organowi procesowemu luzu decyzyjnego wpływającego na rozbieżności w stosowaniu np. poprzez określanie w nakazie terminu 3 miesięcy albo 6 miesięcy (każdy z proponowanych terminów jest nie krótszy niż trzy miesiące i prowadziło to do znacznych rozbieżności w praktyce). Zgodzić należy się z argumentem,

¹³ Rozporządzenie (WE) nr 1896/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.12.2006 r. ustanawiające postępowanie w sprawie europejskiego nakazu zapłaty (Dz.Urz. UE L 399 ze zm.).

że termin trzech miesięcy na wniesienie środka odwoławczego (zarzutów albo sprzeciwu) od nakazu zapłaty w pełni gwarantuje zabezpieczenie praw pozwanych, mających adres do doręczeń poza terytorium Unii Europejskiej, pozwany zaś, który zamierza wnieść środek zaskarżenia, powinien bez większych trudności dochować terminu trzymiesięcznego od daty doręczenia nakazu zapłaty. Nie należy jednak zapominać, że art. 165 § 2 k.p.c. nie zrównuje pozycji procesowej stron mających miejsce doręczenia w kraju i na terenie UE ze stroną, dla której miejsce doręczenia jest poza UE, pozwany zaś, pomimo trzymiesięcznego terminu do wniesienia środka zaskarżenia, powinien do zachowania terminu wniesienia środka zaskarżenia uwzględnić treść art. 165 § 2 k.p.c. Regulacja ta stanowi, że oddanie pisma procesowego w formie przesyłki poleconej w polskiej placówce pocztowej operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe¹⁴ lub w placówce podmiotu zajmującego się doręczaniem korespondencji na terenie Unii Europejskiej jest równoznaczne z wniesieniem go do sądu. Zwrócić należy uwagę, że nie przewidziano tutaj możliwości oddania pisma procesowego w formie przesyłki poleconej poza terenem UE i jednoczesnego zachowania przywileju skutku wniesienia do sądu.

PODSUMOWANIE

Szybki rozwój i postępująca komplikacja stosunków prawnych oraz permanentnie wzrastający wpływ spraw do sądów spowodowały konieczność zreformowania modelu procesu cywilnego. Konieczne stało się przyspieszenie postępowania sądowego oraz wprowadzenie rozwiązań umożliwiających skrócenie czasu oczekiwania na rozstrzygnięcie, jak również ułatwiających stronom dochodzenie swych roszczeń. Wyjątkowe znaczenie w realizacji postulatu szybkości postępowania mają regulacje Kodeksu postępowania cywilnego dotyczące postępowań odrębnych, a w szczególności tzw. postępowań przyspieszonych, jak m.in. postępowanie nakazowe oraz postępowanie upominawcze. W odniesieniu do kwestii treści nakazu zapłaty, tj. znowelizowanego art. 480² § 1 i 2 k.p.c., jawi się wyraźny brak równości stron postępowania w zależności od stosowanych postępowań odrębnych i wydawanych w nich odpowiednio nakazowych nakazów zapłaty oraz upominawczych nakazów zapłaty. Komentując przedmiotową regulację, nie sposób jednoznacznie ocenić wydłużenia terminu do miesiąca dla nakazów zapłaty w postępowaniu nakazowym doręczanych w kraju (i przyjętej za tym rozwiązaniem argumentacji), w sytuacji pozostawienia dwutygodniowego terminu dla nakazów zapłaty w postępowaniu upominawczym doręczanych pozwanym również na terenie RP. Wskazać należy wyraźną potrzebę wydłużenia i ujednoczenia terminów zaspokojenia roszczenia albo wniesienia środka zaskarżenia dla na-

¹⁴ Ustawa z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. z 2012 r. poz. 1529 ze zm.).

kazów zapłaty tak nakazowych, jak i upominawczych doręczanych na terenie kraju. Termin ten powinien wynosić miesiąc (z uwzględnieniem tendencji europejskich – w tym terminu przewidzianego do wniesienia sprzeciwu w europejskim postępowaniu nakazowym), co powinno być sygnałem i impulsem do rozważania wydłużenia terminów do wniesienia innych środków odwoławczych, w tym zażalenia i apelacji. Taka inicjatywa ustawodawcza i zmiana byłyby nie tylko przejawem realizacji tendencji europejskich, ale przede wszystkim wyrównaniem szans stron na realizację zasady rzetelnego procesu, przy jednoczesnym braku zagrożenia jego przewlekłości (która stanowi obecnie kolosalny problem w Polsce).

ABSTRACT

Piotr Fik

The author is an advocate, Vice-Dean of the District Bar Association in Częstochowa, mediator, member of the CM NRA Consulting Council, PhD student at the Civil Procedure Department at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University in Cracow.

The deadline set in payment orders for satisfying the claim in full or for lodging an appeal under the (summary) order for payment procedure (Art. 4802(2) of the Code of Civil Procedure)

This article addresses a relatively important issue – from both a theoretical and practical point of view. The author discusses the new provisions of Art. 4802(2) of the Code of Civil Procedure, indicating a number of doubts and fears, different views of jurisprudence and case law, and presents his own view on this issue. The author focuses particularly on practical interpretation and application of these provisions by indicating various aspects of this regulation. In the concluding remarks, the author attempts to estimate the discussed regulation not only from the theoretical, but also practical, point of view.

Keywords: *civil proceedings, payment order, defendant*

Piotr Fik

ORCID: 0000-0003-2588-1070; e-mail: piotrfik@gmail.com

Autor jest adwokatem, wicedziekanem Okręgowej Rady Adwokackiej w Częstochowie, mediatorem, członkiem Rady Konsultacyjnej Centrum Mediacji przy Naczelnej Radzie Adwokackiej.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Cieślak Sławomir**, *Postępowania przyspieszone w procesie cywilnym. Zarys postępowania nakazowego, upominawczego i uproszczonego*, Warszawa 2004
- Cieślak Sławomir**, *Powiązania wewnątrzsystemowe w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2013, LEX/el.
- Fik Piotr**, *Postępowanie uproszczone po nowelizacji z 4.7.2019 r. (w:) Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019 r. w praktyce*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, R. Flejszar, M. Malczyk, Warszawa 2020, Legalis/el., rozdział XVI
- Flejszar Radosław** (w:) *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 4.07.2019 r. w praktyce*, red. K. Flaga-Gieruszyńska, R. Flejszar, M. Malczyk, Warszawa 2020, Legalis/el., rozdział IX, § 4
- Kostwiński Marcin**, *Merytoryczne rozpoznanie sprawy w procesie cywilnym w ramach konstrukcji odwrócenia sporu*, Warszawa 2019, Legalis/el.
- Zembrzuski Tadeusz** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. 2, Artykuły 367–505(39)*, red. T. Wiśniewski, Warszawa 2021, LEX/el., uwagi do art. 480² k.p.c.

Pojęcia kluczowe: pedofilia, łowcy pedofili, grooming, prowokacja, nieudolne przygotowanie do przestępstwa

Polemiki

Mikołaj Małecki

WOKÓŁ DZIAŁALNOŚCI ŁOWCÓW PEDOFILI – POLEMIKA

Zorganizowana działalność łowców pedofili budzi zastrzeżenia prawne, wynikające przede wszystkim z oceny zachowania osób „złowionych” w efekcie zastawionej na nie pułapki. W niniejszym opracowaniu wskazano, że osoba zmierzająca do spotkania z dorosłym łowcą w błędnym przekonaniu, że ma do czynienia z dzieckiem, nie wypełnia znamion czynu zabronionego pod groźbą kary. Zgodnie z bogatymi analizami prezentowanymi w literaturze karnistycznej Kodeks karny nie przewiduje odpowiedzialności karnej za nieudolne przygotowanie do przestępstwa, nie daje również podstaw do stosowania konstrukcji „usiłowania groomingu”. Nie sposób zatem zgodzić się z poglądami wyrażonymi przez Radosława Krajewskiego w artykule *Prawnokarne wątpliwości dotyczące aktywności łowców pedofili*, opublikowanego na łamach miesięcznika „Palestra”¹, do których szczegółowo odniesiono się w niniejszych rozważaniach.

Aktywność tzw. łowców pedofili jest przedmiotem mojego zainteresowania naukowego praktycznie od początku ich masowej i rozpoznawalnej publicznie działalności w Polsce. Wcześniej zagadnienia prawne groomingu jako przykład ochrony dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia analizowałem w szczególności w związku z przewidzianym w Kodeksie karnym z 1997 r.² modelem

¹ R. Krajewski, *Prawnokarne wątpliwości dotyczące aktywności łowców pedofili*, „Palestra” 2022/7–8, s. 33.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1855 ze zm.), dalej k.k.

penalizacji czynności przygotowawczych do przestępstwa. Ocena prawna sytuacji wykreowanych przez zorganizowane grupy osób polujących w Internecie na potencjalnych sprawców zagrażających dobrom prawnym małoletnich do lat 15, by zwabiać ich w pułapkę i nierzadko publicznie stygmatyzować podczas transmisji na żywo w mediach społecznościowych, nie może abstrahować od zupełnie podstawowych zagadnień dotyczących charakteru prawnego czynów popełnianych przez osoby złowione, a także wysoce skomplikowanej problematyki kryminalizacji czynności przygotowawczych do przestępstwa pedofilskiego w polskim porządku prawnym, wokół których zorganizowana jest cała działalność grup łowców pedofili³.

O specyfice aktywności samowłańczych szeryfów miałem okazję pisać już w 2015 r., kiedy zwracałem uwagę na karnoprawne wątpliwości dotyczące tego rodzaju działań. „W polskim prawie karnym nie jest karalne umawianie się przez internet z dorosłym blogerem, w błędnym przekonaniu, że jest to dziecko. Tego typu sytuacja jest nieudolną próbą złożenia propozycji obcowania płciowego małoletniemu do lat 15 (jest to granica wieku decydująca o pedofilskim charakterze czynu) – żeby odpowiadać karnie za umawianie się przez internet z dzieckiem, celem doprowadzenia go do obcowania płciowego, sprawca musi rzeczywiście umówić się z dzieckiem. Gdy w rolę dziecka wciela się osoba dorosła – prowokator – sprawca nie może wyczerpać znamion przestępstwa, polegającego na składaniu seksualnej propozycji dziecku poniżej lat 15”⁴.

W ramach dyskusji o tym problemie podkreślałem, że polskie prawo karne nie przewiduje konstrukcji nieudolnego przygotowania do przestępstwa. Mylne wyobrażenie sprawcy o składaniu propozycji seksualnej małoletniemu do lat 15, podczas gdy w rzeczywistości jest to osoba dorosła podająca się za dziecko, sprawia, że nie może on wyczerpać znamion groomingu określonego w art. 200a § 2 k.k., nieudolny grooming zaś nie podlega karze. „«Przyznanie się do winy» tej osoby, wobec której stosowano prowokację, jest bezprzedmiotowe, bo to jest przyznanie się jedynie do nieudolnego przygotowania, a (ono – przyp. M.M.) nie podlega karze. Musiałby (istnieć – przyp. M.M.) osobny przepis w Kodeksie karnym, który penalizowałby nieudolne przygotowanie. Trzeba byłoby również zmienić definicję z art. 16 § 1 k.k., bo wg niej przygotowanie musi być udolne”⁵.

Z satysfakcją należy odnotować, że problematyka prawnej ewaluacji zdarzeń z udziałem łowców pedofili nie tylko zainteresowała, ale i skłoniła do wyrażenia swojej opinii w tym przedmiocie kolejnego autora, który w opracowaniu *Prawno-*

³ Zob. *Kogo łowią łowcy pedofilów. Prawne aspekty groomingu*, zebranie naukowe Koła Naukowego Kryminalistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego im. prof. Tadeusza Hanauska z 9.12.2021 r., <https://www.facebook.com/KNKryminalistykiUJ/videos/233591835512636> (dostęp: 29.09.2022 r.), podczas którego aktywność łowców pedofili została poddana gruntownej analizie i dyskusji.

⁴ M. Małecki, *Odpowiedzialność karna pedofila*, „Dogmaty Karnisty” z 7.12.2015 r., <https://www.dogmatykarnisty.pl/2015/12/odpowiedzialnosc-karna-pedofila/> (dostęp: 29.09.2022 r.).

⁵ M. Małecki, *Odpowiedzialność...*, <https://www.dogmatykarnisty.pl/2015/12/odpowiedzialnosc-karna-pedofila/> (dostęp: 29.09.2022 r.), komentarz z 7.12.2015 r. zamieszczony pod artykułem.

karne wątpliwości dotyczące aktywności łowców pedofili⁶ zwrócił uwagę na kilka kwestii obracających się wokół tytułowej problematyki, wyrażając przy tym ufność, że „wywody te przyczynią się do pewnego uporządkowania kwestii ważnych dla aktywności łowców pedofili, przy odniesieniu się do niewielkiego, ale istotnego dorobku doktryny prawa karnego w tym zakresie”⁷. Nie sposób jednak zaakceptować kluczowych poglądów sformułowanych w tym opracowaniu, których omówienie będzie przedmiotem niniejszego artykułu.

KARALNOŚĆ CZYNNOŚCI PRZYGOTOWAWCZYCH

W końcowej części artykułu Radosław Krajewski podejmuje zagadnienie odpowiedzialności karnej za usiłowanie nieudolne groomingu, popełnianego przez osoby złowione w rezultacie zastawienia na nie internetowej pułapki. Formułując swoje stanowisko w tym przedmiocie, autor pisze (dla pełnego obrazu konieczne jest posłużenie się pełnym cytatem), że „zdaniem Roberta Sosika⁸ w analizowanych przypadkach sprawcy w ogóle nie popełniają czynów zabronionych, gdyż nie kontaktują się oraz nie umawiają się z małoletnimi poniżej lat 15, lecz z dorosłymi «wabikami», a umawianie się przez Internet w celach seksualnych z osobami dorosłymi nie jest zabronione. Autor ten uważa, że zachowanie sprawcy jest przygotowaniem nieudolnym do przestępstwa z art. 200 k.k., a ustawodawca przewidział tylko karalność przygotowania udolnego, i to tylko wówczas, gdy ustawa tak stanowi. W konsekwencji Robert Sosik konstatuje, że także stosowanie w takich przypadkach zatrzymania obywatelskiego jest wątpliwe, gdyż nie można zatrzymywać kogoś bez związku z popełnionym przestępstwem, które nie ma tu miejsca. W podobnym duchu wypowiada się Mikołaj Małecki⁹, którego zdaniem umówienie się z dorosłym łowcą pedofili w przekonaniu, że to dziecko, to nieudolne przygotowanie do przestępstwa, za które polski Kodeks karny nie przewiduje kary. Zdaniem tego autora nie jest możliwe usiłowanie przygotowania, którym jest grooming z art. 200a k.k. w relacji do czynu z art. 200 k.k. Wynika to z faktu, że kolejność form stadialnych jest następująca: przygotowanie – usiłowanie – dokonanie. Usiłowanie nie może przeskoczyć przed przygotowanie, tak samo jak nie może się zdublować, a nie ma czegoś takiego jak usiłowanie usiłowania. Z poglądami tymi nie sposób się zgodzić. «Łowieni» pedofile nie popełniają bowiem przestępstwa pedofilii z art. 200 k.k., w tym w formie stadialnej jego usiłowania, lecz dopuszczają się

⁶ R. Krajewski, *Prawonokarne...*, s. 33.

⁷ R. Krajewski, *Prawonokarne...*, s. 37.

⁸ Radosław Krajewski powołuje się na publikację R. Sosika z 2017 r. – zob. R. Sosik, *Problematyka stosowania prowokacji w celu ujawnienia przestępstw o charakterze pedofilskim*, „Studia Iuridica Lublieniensia” 2017/4, s. 136, 140–141.

⁹ Radosław Krajewski powołuje się na jedną z moich prac, opublikowaną w 2021 r. – zob. M. Małecki, *Łowienie pedofilów może być przestępstwem. Analiza odpowiedzialności karnej złowionego i łowcy*, „Dogmaty Karnisty” z 15.05.2021 r., <https://www.dogmatykarnisty.pl/2021/05/lowienie-pedofilow-moze-byc-przestepstwem/> (dostęp: 29.09.2022 r.).

usiłowania nieudolnego groomingu z art. 200a k.k., który to czyn zabroniony jest odrębnym typem, nie zaś jedynie karalną formą przygotowania do pedofilii”¹⁰.

Odnosząc się do opinii Radosława Krajewskiego, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że opiera się ona na nieuzasadnionym twierdzeniu, zgodnie z którym czyn zabroniony stypizowany w art. 200a § 2 k.k. „jest odrębnym typem, nie zaś jedynie karalną formą przygotowania do pedofilii”. Wbrew przytoczonej opinii nie ma żadnej sprzeczności między twierdzeniem, że przestępstwo określone w art. 200a § 2 k.k. jest, jak najbardziej, „odrębnym typem”, a zarazem jest to „karalna forma przygotowania do pedofilii”.

Zagadnienie to było kompleksowo omawiane w literaturze naukowej¹¹, porzucając od ustaleń modelowych, związanych z typizacją przygotowania do przestępstwa w polskim porządku prawnym¹² oraz jej konsekwencjami w sferze dogmatycznej, w szczególności odnośnie do dawnego pojęcia tak zwanych typów przygotowania *sui generis*¹³, przez szczegółową analizę definicji przygotowania do przestępstwa¹⁴, ukazanie znaczenia jej konstytutywnych elementów w kontekście zasady określoności prawa karnego¹⁵ i wykładni znamion usiłowania¹⁶, a także krytyczne odniesienie się do alternatywnych ujęć tej problematyki prezentowanych w literaturze¹⁷, wraz z podkreśleniem zdezaktualizowania się w tym zakresie poglądów formułowanych przed wejściem w życie Kodeksu karnego z 1997 r.¹⁸, aż po szczegółowe ustalenia aplikacyjne, w szczególności określenie charakteru prawnego groomingu z art. 200a k.k.¹⁹, charakterystykę relacji, w jakiej pozostaje grooming względem usiłowania²⁰ oraz ocenę konkretnych rozstrzygnięć procesowo-

¹⁰ R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 43–44.

¹¹ Problematyka groomingu była przedmiotem szerokiej dyskusji również na prowadzonym przeze mnie blogu i portalu „Dogmaty Karnisty” – zob. M. Małecki, *Łowca pedofilów nie łowi przestępców*, „Dogmaty Karnisty” z 11.05.2021 r. na platformie Facebook, <https://www.facebook.com/dogmatykarnisty/posts/333167014821619> (dostęp: 29.09.2022 r.) wraz z dyskusją społeczności.

¹² Zob. M. Małecki, *Przygotowanie do przestępstwa. Analiza dogmatycznoprawna*, Warszawa 2016, s. 69.

¹³ Zob. M. Małecki, *Przygotowanie...*, s. 239.

¹⁴ Zob. M. Małecki, *Funkcje ustawowej definicji przygotowania do przestępstwa. Zarys problematyki*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2013, t. XXX, s. 55 i n.; M. Małecki, *Przygotowanie...*, s. 113.

¹⁵ Zob. M. Małecki, *Niekaralne, lecz karane przygotowania do przestępstwa* (w:) *Nullum crimen sine lege*, red. I. Sepiolo, Warszawa 2013, s. 141.

¹⁶ Zob. M. Małecki, *Obserwacja lokalu jako przygotowanie do rozboju. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 21.03.2017 r. (II AKa 17/17)*, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa” 2017/4, s. 65.

¹⁷ Zob. obszerną analizę krytyczną: M. Małecki, *Przygotowanie...*, s. 246, 296.

¹⁸ Zob. M. Małecki (w:) *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52 (cz. 1)*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, komentarz do art. 16 k.k., teza 41.

¹⁹ Zob. M. Małecki, *Grooming (karalne przygotowanie do przestępstwa pedofilskiego)*, „Państwo i Prawo” 2011/7–8, s. 89.

²⁰ Zob. M. Małecki, *Granice usiłowania przestępstw pedofilskich w świetle art. 200a § 1 i § 2 k.k.*, „Przegląd Sądowy” 2011/6, s. 50.

wych dotyczących rozumienia znamion groomingu²¹ i sposobów argumentowania w konkretnej sprawie dotyczącej rezultatów działania łowców pedofili²².

Rekapitułując w skrócie ustalenia ze reprezentowane między innymi we wskazanych pracach, należy przypomnieć, że wprowadzenie karalności przygotowania do przestępstwa w polskim porządku prawnym następuje w formie odrębnego typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Zgodnie z art. 16 § 2 k.k. przygotowanie jest karalne tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi. Ustawa stanowi zaś, że przygotowanie jest karalne, w konkretnym przepisie typizującym tę formę zachowania się sprawcy. Inaczej być rzecz jasna nie może: ustawa nie może stanowić, że dany typ zachowania podlega karze inaczej jak tylko w przepisie *nomen omen* typizującym zachowanie sprawcze.

Przykładowo, czynienie przygotowań do katastrofy komunikacyjnej jest osobnym typem czynu zabronionego zamieszczonym w art. 175 k.k. Faktycznie rzecz biorąc, tego rodzaju zachowania nie mają jeszcze nic wspólnego ze spowodowaniem katastrofy w rozumieniu art. 173 § 1 k.k., czyli określonego zdarzenia zagrożającego zdrowiu lub życiu ludzi. Podobnie grooming określony w art. 200a § 2 k.k., sprowadzający się do złożenia dziecku propozycji obcowania płciowego i zmierzania do jej realizacji, nie jest tym samym typem zachowania co obcowanie płciowe z dzieckiem, kryminalizowane w art. 200 § 1 k.k. Wszystkie przygotowania do przestępstwa są więc i w sferze prawnej, i w sensie faktycznym osobnymi typami czynu zabronionego pod groźbą kary.

Definicję legalną przygotowania do przestępstwa zawiera art. 16 § 1 k.k. Ta regulacja części ogólnej Kodeksu karnego spełnia zasadniczą funkcję przy wykładni poszczególnych przepisów typizujących stadia przeddokonania określonego przestępstwa rodzajowego. Typ czynu zabronionego pod groźbą kary spełniający wszystkie konstytutywne cechy przygotowania do przestępstwa, określone w art. 16 § 1 k.k. – z uwzględnieniem zestawu znamion przedmiotowych składających się na opis zachowania sprawczego, strony podmiotowej czynu, stopnia zagrożenia dla dobra prawnego czy też z istoty rzeczy stadialnego charakteru czynu podejmowanego przez sprawcę w pochodzie określonego w przepisie przestępstwa docelowego – jest karalnym przygotowaniem do przestępstwa w rozumieniu art. 16 § 1 i 2 k.k.

Decyzją ustawodawcy przygotowanie do przestępstwa może – a niekiedy wręcz powinno – być penalizowane w szerokim zakresie. Wówczas karalne stają się wszelkie możliwe czynności mające stworzyć sprawcy warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do dokonania. Niekiedy zaś ta postać stadialna powinna – czy wręcz musi – być kryminalizowana w wąskim zakresie, gdy to w przepisie typizującym zostają wymienione wybrane czynności przygotowawcze spośród wszystkich scharakteryzowanych w definicji treściowej czy

²¹ Zob. M. Małecki, *Fazy groomingu. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 17.03.2016 r. (IV KK 380/15)*, „Przełęcz Sądowy” 2018/1, s. 107.

²² Zob. M. Małecki, *Nieudolny grooming. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Karne z 23.07.2020 r. (III KK 281/19)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2022/7–8, s. 101.

podanych przykładowo w definicji zakresowej z art. 16 § 1 k.k. Przykładem typu czynu zabronionego przewidującego szeroką/pełną/całkowitą kryminalizację czynności przygotowawczych do katastrofy komunikacyjnej z art. 173 § 1 k.k. jest wspomniany art. 175 k.k., przykładem zaś przepisu typizującego przygotowanie w wąskim/niepełnym/niecałkowitym zakresie może być grooming określony w art. 200a § 2 k.k. Obie wskazane regulacje spełniają konstytutywne cechy przygotowania do przestępstwa, zgodnie z jego definicją legalną zawartą w art. 16 § 1 k.k. W obu wypadkach ustawa stanowi, że przygotowanie do przestępstwa podlega karze, na co wskazuje wykładnia przysłówka „tak” użytego w art. 16 § 2 k.k.

Przygotowawczy charakter groomingu został dostrzeżony w orzecznictwie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych.

W jednej z pierwszych wypowiedzi Sądu Najwyższego poświęconej groomingowi stwierdzono, że „ten nowy typ przestępstwa penalizuje czynności przygotowawcze do wykorzystania małoletniego poniżej lat 15 do przestępstw określonych w art. 197 § 3 pkt 2 k.k. lub art. 200 k.k. oraz produkowania bądź utrwalania treści pornograficznych z udziałem takiego małoletniego”²³. Sąd ten pisał dalej, że „w przedmiotowej sprawie działania skazanego (...) nie zakończyły się jedynie na czynnościach przygotowawczych ujętych w art. 200a § 2 k.k., lecz zmierzając bezpośrednio do realizacji celu w postaci doprowadzenia pokrzywdzonego do poddania się innej czynności seksualnej, osiągnęły formę stadialną w postaci usiłowania”. Jeden z sądów okręgowych, uniewinniając sprawcę od zarzutu dopuszczenia się usiłowania nieudolnego groomingu, podkreślił: „żeby odpowiadać karnie za umawianie się przez Internet z dzieckiem (a więc za występki groomingu – karalnego przygotowania do przestępstwa pedofilskiego), celem doprowadzenia go do obcowania płciowego, sprawca musi rzeczywiście umówić się z dzieckiem, podczas gdy w niniejszej sprawie pod dziecko podszywała się właśnie osoba dorosła”²⁴. Również w postanowieniu Sądu Najwyższego wydanym w 2017 r. odnajdujemy stwierdzenie: „Czyny stypizowane w art. 200a k.k. są przestępstwami *sui generis*, obejmującymi zachowania będące w istocie stadium przygotowania do popełnienia poważniejszego przestępstwa na szkodę osoby małoletniej poniżej lat 15”²⁵.

Konkluzją szerokich rozważań na temat typizacji przygotowania do przestępstwa w polskim prawie karnym – sprawozdanych tu oczywiście jedynie w zarysie – musi być stwierdzenie, że bez wyczerpania wszystkich znamion groomingu określonych w art. 200a § 1 lub 2 k.k. sprawca nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej za czynione przygotowania do przestępstwa. Poza zakresem kryminalizacji pozostają wszelkie czynności przygotowawcze do przestępstwa pedofilskiego, o których karalności *de lege lata* ustawa nie stanowi (art. 16 § 2 k.k.) w określonych przepisach typizujących (art. 200a § 1 i 2 k.k.).

²³ Postanowienie SN z 1.09.2011 r. (V KK 43/11), LEX nr 1099298.

²⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 6.02.2019 r. (IV Ka 1104/18), niepubl.

²⁵ Postanowienie SN z 23.11.2017 r. (V KK 227/17), LEX nr 2418099.

NIEMOŻLIWOŚĆ USIŁOWANIA GROOMINGU

Charakter prawny groomingu, stanowiącego formę przeddokonania jednego z przestępstw pedofilskich, rzutuje na konsekwencje prawne związane z granicami kryminalizacji zachowań podejmowanych na tym wstępnym etapie pochodzenia przestępstwa. W szczególności nie jest możliwe usiłowanie przygotowania, niezależnie od tego, czy zostało ono stypizowane w szerokim, czy wąskim zakresie.

Podstawowe założenia stojące u podstaw kryminalizacji form stadialnych przestępstwa w obowiązującym Kodeksie karnym opisywałem w następujący sposób: „W polskim porządku prawnym nie jest możliwe usiłowanie przygotowania. (...) Poszczególne formy stadialne układają się w klarowną i logiczną sekwencję, w ramach której każdy z etapów w pochodzie przestępstwa jest jednoznacznie przyporządkowany do określonego punktu dojścia (celu). (...) Pochód przestępstwa przedstawia się więc następująco: przygotowanie – usiłowanie – dokonanie. Formy stadialne nie są autozwrotne («usiłowanie usiłowania») ani «odwrotne» (nie można więc odwrócić usiłowania i odnosić go do wcześniejszej formy stadialnej – przyp. M.M.). Skoro nie jest możliwe usiłowanie przygotowania, to nie jest możliwe ani usiłowanie udolne, ani usiłowanie nieudolne przygotowania”²⁶.

Niedopuszczalność posługiwania się konstrukcją usiłowania groomingu wynika wprost z przyjętego w polskim porządku prawnym modelu kryminalizacji przygotowania do przestępstwa, wprowadzanej zawsze w odrębnym przepisie typizującym, który podlega rygorom definicji legalnej umieszczonej w art. 16 § 1 k.k. W rezultacie typ czynu zabronionego pod groźbą kary, spełniający *in abstracto* wszystkie elementy definicji omawianej formy stadialnej, jest typem przygotowawczego czynu zabronionego i mają do niego zastosowanie wszystkie zasady odpowiedzialności za zachowania podjęte w przygotowawczej fazie pochodzenia przestępstwa. Oznacza to, że czynu zabronionego stypizowanego w przepisie o wskazanych właściwościach nie można usiłować²⁷.

Operowanie konstrukcją usiłowania groomingu prowadzi przede wszystkim do naruszenia definicji legalnej przygotowania do przestępstwa z art. 16 § 1 k.k. Zgodnie z tą konstrukcją czynności faktyczne sprowadzające się do czynienia przygotowań do przestępstwa i odpowiadające normatywnej definicji przygotowania uznawane są, wbrew treści obowiązujących przepisów, za usiłowanie, oraz kwalifikowane w oparciu o art. 13 k.k., mimo że definicja legalna z art. 16 § 1 k.k. nakazuje uznać je za przygotowanie do przestępstwa. Tak zwane usiłowanie groomingu, mimo ubrania go w szaty usiłowania, jest pod względem faktycznym i prawnym, zgodnie z Kodeksem karnym, jedynie przygotowaniem; zastosowanie do omawianych przypadków przepisów o usiłowaniu prowadzi do zamętu terminologicznego wypaczającego kodeksową konstrukcję form stadial-

²⁶ M. Małecki, *Odpowiedzialność...*, <https://www.dogmatykarnisty.pl/2015/12/odpowiedzialnosc-karna-pedofila/> (dostęp: 29.09.2022 r.).

²⁷ Zob. M. Małecki (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 16 k.k., teza 4.

nych przestępstwa. W przygotowawczej fazie pochodzenia przestępstwa zachowania sprawcy karalne są jedynie wtedy, gdy ustawa tak stanowi w odrębnym przepisie typizującym. Zwolennicy teoretycznej konstrukcji usiłowania groomingu wprowadzają jednak kryminalizację czynności przygotowawczych, o których karalności nie wypowiada się żaden przepis ustawy karnej.

Argumentację kwestionującą możliwość usiłowania przygotowania rozwijałem w kolejnych publikacjach.

Przykładowo, w 2011 r. analizowałem problematykę granic usiłowania popełnienia przestępstwa pedofilskiego w perspektywie zakresu karalności jego przygotowawczej formy stadialnej, dochodząc do wniosku, że zachowania opisane w art. 200a § 1 i 2 k.k. są z istoty rzeczy czynnościami przygotowawczymi do przestępstwa, co *ex definitione* wyklucza stosowanie do nich przepisu o usiłowaniu²⁸. Na kanwie konkretnej sprawy rozstrzygniętej przez Sąd Najwyższy zwracałem również uwagę, że warunkiem odpowiedzialności karnej za czynienie przygotowań do przestępstwa, zgodnie z definicją legalną tej formy stadialnej oraz jednoznaczną treścią art. 200a § 2 k.k., jest ugodność zachowania sprawcy, które musi sprowadzać rzeczywiste zagrożenie dla dobra prawnego. Nie jest to możliwe w sytuacjach wykreowanych przez łowców pedofili. Zachowania nieudolne w przygotowawczej fazie pochodzenia przestępstwa nie podlegają karze, co wynika – ponownie należy podkreślić – z definicji legalnej zamieszczonej w art. 16 § 1 k.k., zaś „z uwagi na to, że przygotowanie do przestępstwa opisane w art. 200a § 2 k.k. *de lege lata* nie przechodzi przez swoje własne formy stadialne w rozumieniu przepisów rozdziału II Kodeksu karnego, nie jest możliwa odpowiedzialność karna za usiłowanie nieudolne jego popełnienia”²⁹.

Niemożliwość usiłowania groomingu została odnotowana przez Sąd Rejonowy w Puławach, który uniewinnił oskarżonego w sprawie związanej z wątpliwą prawnie działalnością łowców pedofili, a który skonstatował, że „pozostaje wobec tego pytanie czy można usiłować nieudolnie czyny będące przygotowaniem (formą stadialną) innego przestępstwa. W ocenie sądu nie jest to dopuszczalne prawnie, a mimo, że w doktrynie wyrażono rozbieżne poglądy zwrócić trzeba uwagę, że karalność tego rodzaju zachowań oznaczałaby już wręcz odpowiedzialność za same zamiary popełnienia przestępstwa, czego w żaden sposób nie można aprobować. (...) Nie jest karalne przecież umówienie się przez internet w celu obcowania płciowego z dorosłym prowokatorem, a odpowiedzialność za umawianie się z dzieckiem w celu obcowania z nim opiera się na umówieniu się sprawcy rzeczywiście z dzieckiem. Nie przewidziano karalności przygotowania nieudolnego, a jedynie karalne pozostaje (przygotowanie – przyp. M.M.) ugodne i o ile ustawa tak stanowi (art. 16 § 2 k.k.)”³⁰.

Wypowiedzi uznających typy czynu zabronionego z art. 200a k.k. za przygotowanie do przestępstwa, a zarazem kwestionujących możliwość ich usiłowania, jest

²⁸ Zob. M. Małecki, *Granice...*, s. 62.

²⁹ M. Małecki, *Fazy...*, s. 114.

³⁰ Wyrok Sądu Rejonowego w Puławach z 16.07.2020 r. (II K 968/18), LEX nr 3056667.

– rzecz jasna – więcej³¹. Zarysowany jedynie skrótowo w dotychczasowych rozważaniach stan debaty naukowej nad tymi zagadnieniami wskazuje, że zdecydowanie zbyt pochopna i przede wszystkim nieuzasadniona jest opinia Radosława Krajewskiego, który stwierdza, że „z poglądami tymi nie sposób się zgodzić”³².

NIEKARALNOŚĆ NIEUDOLNEGO PRZYGOTOWANIA

Przejdźmy do dalszych argumentów Radosława Krajewskiego. Autor odwołuje się do dwóch publikacji komentarzowych traktujących o art. 200a k.k., w celu wykazania, że nieudolna próba spotkania się z dzieckiem, podjęta w efekcie działalności łowców pedofili, wyczerpuje znamiona czynu zabronionego pod groźbą kary. Co się tyczy uznania przez autora czynu zabronionego z art. 200a § 2 k.k. za „odrębny typ, nie zaś jedynie karalną formę przygotowania do pedofilii”, autor pisze, że „tak widział go Jarosław Warylewski, według którego art. 200a k.k. wprowadza karalność przygotowania *sui generis* do przestępstw określonych w art. 197 § 3 pkt 2 k.k., art. 200 k.k. oraz produkowania bądź utrwalania treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej lat 15. Także zdaniem Marcina Berenta i Mariana Filara art. 200a k.k. stanowi wariant koncepcji kryminalizacji na przedpolu czynu, która polega na typizowaniu w formie wyodrębnionej rodzajowo postaci czynu zabronionego zachowania, które dotychczas penalizowane było w postaci zjawiskowej lub stadialnej istniejącego już przestępstwa rodzajowego. Chodzi tu o taki zabieg w stosunku do form stadialnych stanowiących przygotowanie lub usiłowanie popełnienia przestępstw z art. 197 § 3 pkt k.k. lub art. 200 k.k., a także niektórych postaci rodzajowych przestępstwa z art. 202 k.k.”³³.

Wskazane zapatrywanie Jarosława Warylewskiego potwierdza, że art. 200a § 2 k.k. wprowadza karalność przygotowania do przestępstwa. W istocie rzeczy autor ten stwierdził: „Nowy typ przestępstwa wprowadza karalność przygotowania *sui generis* do przestępstw określonych w art. 197 § 3 pkt 2, art. 200 k.k. oraz produkowania bądź utrwalania treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej 15 lat”³⁴.

Również w komentarzu Marcina Berenta i Mariana Filara odnajdujemy potwierdzenie, że typy czynu zabronionego zgrupowane w ramach art. 200a k.k. stanowią kryminalizację przedpola ochrony dobra prawnego, w tym penalizację przygotowania do przestępstwa. „W aspekcie materialnoprawnym stanowi on wariant koncepcji tzw. kryminalizacji na przedpolu czynu, która polega na typizowaniu w formie wyodrębnionej rodzajowo postaci czynu zabronionego zachowania, które

³¹ Zob. K. Lipiński (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021, komentarz do art. 200a k.k., teza 19; R. Sosik, *Odpowiedzialność karna za usiłowanie nieudolne groomingu a prowokacja obywatelska. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 23.07.2020 r. (III KK 281/19)*, „Przebieg Sądowy” 2022/3, s. 97.

³² R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 44.

³³ R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 44.

³⁴ J. Warylewski (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018, komentarz do art. 200a k.k., nb 6.

dotychczas penalizowane było w formie postaci zjawiskowej (w tym przypadku – stadialnej) istniejącego już przestępstwa rodzajowego. W tym przypadku chodzi o taki zabieg w stosunku do form stadialnych stanowiących przygotowanie lub usiłowanie popełnienia przestępstw z art. 197 § 3 pkt 2 lub art. 200, a także niektórych postaci rodzajowych przestępstwa z art. 202. Jest to technika legislacyjna, co prawda, spotykana w prawie karnym materialnym, niemniej jednak nieciesząca się szczególną popularnością i będąca niekiedy przedmiotem krytyki³⁵.

Abstrahując od poglądu tych ostatnich autorów co do zakresu kryminalizacji przedpoła ochrony dobra prawnego przewidzianego w art. 200a § 1 i 2 k.k., w szczególności twierdzenia, że obejmują one karalność również pewnych form usiłowania popełnienia przestępstw pedofilskich wskazanych w art. 200a k.k., nie zaś jedynie czynności przygotowawczych – które to twierdzenie przede wszystkim ze względu na brzmienie omawianych przepisów wydaje się nieuzasadnione³⁶ – należy podkreślić, że ustalenia te nie wywierają najmniejszego wpływu na dyskusję dotyczącą niemożliwości usiłowania typów czynu zabronionego sprowadzających się do karalności form stadialnych przestępstwa. W szczególności w żadnym zakresie stanowiska te nie wspierają poglądu Radosława Krajewskiego, poddającego krytyce tezę o niemożliwości usiłowania groomingu. Odrębną kwestią jest bowiem ustalenie, czy dany przepis typizujący stanowi kryminalizację „samej w sobie” (*sui generis*), czy też nie samej w sobie formy stadialnej, osobną zaś kwestią jest rozstrzygnięcie, czy zachowanie stypizowane w odrębnym przepisie jako przygotowanie do przestępstwa może być usiłowane w rozumieniu art. 13 k.k.

Teoretycznie rzecz biorąc, wyobrażalne są cztery modelowe – mniej lub bardziej uzasadnione – zapatrywania w tym przedmiocie: można twierdzić, że dany prze-

³⁵ M. Filar, M. Berent (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, komentarz do art. 200a k.k., teza 2.

³⁶ Autorzy piszą: „usiłowanie zgwałcenia pedofilskiego jako forma stadialna tego czynu (usiłowanie) zagrożone jest surowszą karą (nie mniej niż 3 lata – zbrodnia) niż wówczas, gdy przybierze ono formę dokonania *sui generis* przestępstwa rodzajowego z art. 200a § 1 (sprawca będzie podlegał znacznie niższej karze – maksimum do 2 lat)” – M. Filar, M. Berent (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 200a k.k., teza 11. Autorzy zakładają więc, że realizacja znamion groomingu określonego w art. 200a § 1 k.k. pokrywa się w pewnym zakresie z wyczerpaniem znamion usiłowania popełnienia przestępstwa docelowego, co wydaje się twierdzeniem nieuzasadnionym co najmniej z jednego powodu. Otóż realizacja znamion groomingu z art. 200a § 1 k.k. zakłada konieczność spotkania się sprawcy z małoletnim do lat 15, co oznacza, że bez doprowadzenia do spotkania się z dzieckiem sprawca nie będzie w ogóle w stanie zaatakować jego dóbr chronionych prawnie, przykładowo nie będzie w ogóle w stanie podjąć próby obcowania płciowego z dzieckiem. W fazie internetowego kontaktu sprawca nie ma więc jeszcze warunków, by przystąpić do bezpośredniego zmierzania do realizacji znamion przestępstwa pedofilskiego określonego np. w art. 200 § 1 k.k. Świadczy to o jedynie przygotowawczym charakterze czynności podejmowanych w fazie penalizowanej w ramach art. 200a § 1 k.k., nie zaś o wkroczeniu sprawy w stadium usiłowania, zgodnie z definicją legalną przygotowania do przestępstwa, które polega na podjęciu czynności mających sprawcy stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do dokonania przestępstwa (art. 16 § 1 k.k.). Szersze odniesienie się do poglądów cytowanych autorów nie jest możliwe w ramach niniejszego tekstu – zob. M. Małecki, *Granice...*, s. 53; M. Małecki, *Nieudolny...*, s. 103–104.

pis typizujący kryminalizuje formę stadialną i karalne jest dodatkowo jej usiłowanie; można opowiadać się za stwierdzeniem, że takiego typu czynu zabronionego nie da się usiłować; można utrzymywać, że dany przepis nie kryminalizuje formy stadialnej i da się go usiłować; można wreszcie optować za poglądem, w myśl którego określony typ przestępstwa rodzajowego, niemający normatywnego powiązania z konstrukcją stadiów przestępstwa, i tak nie może być usiłowany. Cytowani przez Radosława Krajewskiego autorzy w ogóle nie zajęli stanowiska w odniesieniu do zjawiska łowienia pedofili i kwalifikacji prawnej obejmującej usiłowanie nieudolne groomingu.

Warto zatem przypomnieć, że operowanie doktrynalnym określeniem „przygotowanie *sui generis*” pod rządami aktualnego Kodeksu karnego niczego nie wnosi do dyskusji³⁷, usiłowanie przygotowania jest zaś niemożliwe bez względu na to, w jakim zakresie penalizowane są w danym przepisie typizującym czynności przygotowawcze i jakie konkretnie zachowania podlegają karze. Identycznie niemożliwe jest więc usiłowanie popełnienia czynu zabronionego z art. 175 k.k., jak i groomingu z art. 200a § 2 k.k. Nie trzeba dodawać, że przygotowanie do przestępstwa stanowi – w myśl jednoznacznych przepisów części ogólnej Kodeksu karnego – formę stadialną wcześniejszą od usiłowania. Próba przedstawienia późniejszej formy stadialnej, czyli usiłowania, i umieszczenia go przed stadium je poprzedzającym, a więc przed przygotowaniem, oznaczałaby dezinterpretację obowiązujących przepisów.

Sprzeciwiając się tezie, że nie jest możliwe usiłowanie groomingu, Radosław Krajewski pisze również, że „łowieni pedofile nie popełniają bowiem przestępstwa pedofilii z art. 200 k.k., w tym w formie stadialnej jego usiłowania, lecz dopuszczają się usiłowania nieudolnego groomingu z art. 200a k.k.”³⁸.

Żadne z moich opracowań nie zawiera stwierdzenia, jakoby łowieni pedofile popełniali przestępstwo pedofilii z art. 200 k.k., „w tym w formie stadialnej usiłowania”. To oczywiste, że nie dokonują oni przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. ani nawet nie usiłują go popełnić, lecz jedynie przygotowują się do przestępstwa, i to nawet nie w sposób opisany w art. 200a § 2 k.k., gdyż czynią to nieudolnie. Zatrzymanie ich w tej przygotowawczej fazie przestępstwa jest celem działania łowców pedofili. Wzmianka o niepopełnianiu przez łowionych pedofili przestępstwa z art. 200 k.k. jest więc bezprzedmiotowa.

Jeśli natomiast uwzględnić faktyczny i prawny obraz pochodzenia przestępstwa realizowanego przez osoby złowione w wyniku działalności łowców pedofili, istotnie popełniają oni czyn w fazie przeddokonania przestępstwa określonego w szczególności w art. 200 § 1 k.k.; czyn ten ze względu na swą nieudolność nie realizuje znamion przygotowania określonego w art. 200a § 2 k.k., nie realizuje również znamion usiłowania, gdyż *nomen omen* jest przygotowaniem.

Uznanie, że ustawa karna przewiduje odpowiedzialność karną za przygotowanie do przestępstwa pedofilskiego w ramach groomingu określonego w art. 200a

³⁷ Zob. obszerną analizę tego zagadnienia: M. Małecki, *Przygotowanie...*, s. 239 i n.

³⁸ R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 44.

§ 1 i 2 k.k., z jednej strony potwierdza fakt rozszerzenia odpowiedzialności karnej za etapy przeddokonania przestępstwa na rejonny wysoce abstrakcyjnych, gdyż jedynie przygotowawczych zagrożeń dla dobra prawnego, z drugiej strony zakreśla ściśle granice kryminalizacji czynów podejmowanych na przygotowawczym przedpolu określonego przestępstwa, w myśl art. 16 § 2 k.k. Nie jest to żadna *interpretatio restrictiva*, wykładnia „zawężająca zakres prawnokarnej ochrony małoletnich”, jak ją określa Radosław Krajewski³⁹, lecz interpretacja respektująca przede wszystkim treść obowiązującej ustawy karnej, w tym zawarte w niej definicje legalne, od których nie może być żadnych odstępstw podyktowanych w szczególności bieżącym zapotrzebowaniem polityczno-kryminalnym.

Podjęcie wykluczające konstrukcję usiłowania groomingu traktuje na serio znamiona zachowania zabronionego pod groźbą kary określone w art. 200a § 2 k.k. Odpowiedzialność karna państwa demokratycznego to odpowiedzialność za czyn wyraźnie określony w ustawie: *nullum crimen sine lege certa et stricta*. Pociągnięcia obywatela do odpowiedzialności karnej za czynienie przygotowań do przestępstwa, o których karalności nie stanowi żaden przepis Kodeksu karnego, nie da się pogodzić z konstytucyjnymi zasadami odpowiedzialności represyjnej.

PROWAKACJA DO NIEUDOLNEGO GROOMINGU

Sprzeciwiając się twierdzeniu, że *de lege lata* nie jest możliwe usiłowanie groomingu oraz nie jest karalny nieudolny grooming, Radosław Krajewski w dalszej kolejności odwołuje się do konsekwencji przyjęcia takiego zapatrywania w sferze stosowania prowokacji policyjnej. „Na marginesie dodać trzeba, że gdyby przyjąć za słuszne rozumowanie Roberta Sosika i Mikołaja Małeckiego, to konieczne byłoby też stwierdzenie o niedopuszczalności prowokacji policji odnośnie do czynów z art. 200a k.k., gdyż ta – analogicznie jak aktywność łowców pedofili – zatrzymywałaby się na usiłowaniu po stronie sprawców i w jej ramach także nie dochodziłoby do żadnego zagrożenia czy tym bardziej naruszenia realnego dobra prawnego, a takie rozumowanie nie byłoby jakkolwiek uprawnione. Oznaczałoby bowiem konieczność «wyczekiwania», aż pedofil skrzywdzi małoletniego poniżej lat 15, bez możliwości zapobiegnięcia temu także na drodze legalnej prowokacji, co byłoby – co oczywiste – niedopuszczalne”⁴⁰.

Odnosząc się do przytoczonego wywodu, należy stwierdzić, że napotykamy w nim trudne do zrozumienia stwierdzenie, zgodne z którym prowokacja policji odnośnie do czynów z art. 200a k.k., gdyby przyjąć aprobowane przeze mnie zapatrywanie, „zatrzymywałaby się na usiłowaniu po stronie sprawców i w jej ramach także nie dochodziłoby do żadnego zagrożenia czy tym bardziej naruszenia realnego dobra prawnego”, jak pisze Radosław Krajewski.

Stwierdzenie to jest wysoce niezrozumiałe, gdyż prowokacja policyjna powinna przecież polegać właśnie na tym, że nie dojdzie w jej ramach do żadnego zagrożenia

³⁹ Zob. R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 44.

⁴⁰ R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 44–45.

czy tym bardziej „naruszenia realnego dobra prawnego”. W istocie rzeczy ma być prowokacją do przygotowania lub nieudolnego usiłowania popełnienia przestępstwa pedofilskiego. Trudno spodziewać się, by w ramach policyjnej prowokacji służby użyły rzeczywistego dziecka do lat 15, wystawiając je na realny kontakt z seksualnymi treściami w Internecie (byłoby to tym bardziej karygodne, gdyby taki *modus operandi* przyjęli łowcy pedofili). Nie ma więc niczego nadzwyczajnego w tym, że prowokacja zatrzyma się „na usiłowaniu po stronie sprawców”. Brak więc podstaw dla zarzutu sformułowanego przez Radosława Krajewskiego, jakoby omawiany pogląd prowadził do tej – jego zdaniem nieuprawnionej – konsekwencji, gdyż niezależnie od przyjętego zapatrywania w kwestii charakteru prawnego groomingu prowokacja policyjna i tak nie będzie przecież prowokacją do dokonania przestępstwa pedofilskiego na rzeczywistym dziecku.

Niezależnie od tego argumentacja Radosława Krajewskiego nie koresponduje z referowanym przez niego poglądem. Nie jest prawdą, że przyjęcie prezentowanego przeze mnie stanowiska prowadzi do konsekwencji polegającej na tym, że prowokacja policyjna – analogicznie jak aktywność łowców pedofili – zatrzymałaby się na usiłowaniu po stronie sprawców. Ewentualna prowokacja policyjna, jak i aktywność łowców pedofili nie dotyczy usiłowania po stronie złowionej sprawy. Gdyby tak było, sprawcy odpowiadaliby karnie za usiłowanie popełnienia przestępstwa pedofilskiego polegającego np. na obcowaniu płciowym z małoletnim do lat 15 również na gruncie prezentowanego przeze mnie poglądu (kwalifikacją prawną czynu byłby np. art. 13 § 2 w zw. z przestępstwem docelowym z art. 200 § 1 k.k.).

W rzeczywistości prowokacja przeprowadzana przez łowców pedofili – i analogiczna z nią ewentualna prowokacja policyjna – obraca się wokół groomingu z art. 200a § 2 k.k., a więc zatrzymuje się nie na usiłowaniu, lecz na przygotowaniu do przestępstwa po stronie złowionej osoby, i to na przygotowaniu nieudolnym, a więc na zachowaniu, które nie wypełnia znamion groomingu z art. 200a k.k. i nie stanowi zachowania zabronionego pod groźbą kary. Jak wiemy, ustawa karna w żadnym przepisie nie stanowi, by takie nieudolne czynności przygotowawcze podlegały karze (art. 16 § 2 k.k.).

Argument z prowokacji policyjnej jest bezprzedmiotowy z jeszcze innego powodu. Należy przypomnieć, że w państwie prawa niedopuszczalne jest stosowanie prowokacji policyjnej bez wyraźnej podstawy prawnej; podobnie zresztą, jak niedopuszczalne jest pociąganie obywatela do odpowiedzialności karnej bez podstawy prawnej, choć akceptacja dla odpowiedzialności za nieudolny grooming świadczyć może o problematyczności nawet tej – wydawać by się mogło – ugruntowanej reguły państwa praworządnego pod rządami Konstytucji z 1997 r.⁴¹. W tym kontekście jako wysoce interesujące jawi się pytanie, na jakiej podstawie prawnej Radosław Krajewski dopuszczałby zastosowanie wobec internautów policyjnej prowokacji poprzez podawanie się funkcjonariuszy za dziecko i skłania-

⁴¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.).

nie w ten sposób przypadkowych rozmówców do podjęcia kontaktu seksualnego z rzekomyim dzieckiem. Która ustawa i który jej przepis dawałby podstawę do przeprowadzania tego typu prowokacji policyjnej w aktualnym stanie prawnym⁴² – warto zapytać retorycznie autora omawianego opracowania.

BEZPRAWNOŚĆ DZIAŁAŃ ŁOWCÓW PEDOFILI

Kończąc analizę kwestii kluczowych dla oceny aktywności łowców pedofili, w omawianym opracowaniu ze zdumieniem czytamy, że „przede wszystkim dzięki transmisji łowców pedofili w sieci”⁴³ mogą być spełnione, zdaniem Radosława Krajewskiego, wartościowe cele „prewencji generalnej, gdy o zdemaskowaniu pedofila dowiedzą się inne osoby”⁴⁴. Autor zaznacza dodatkowo, że „nie należy przeceniać jej wartości w tym zakresie”⁴⁵ („jej”, czyli transmisji), co potwierdza, że stygmatyzujące transmisje organizowane przez łowców są zdaniem autora w jakimś zakresie wartościowe. Wcześniej pisze on również, że aktywności łowców pedofili są „społecznie pożyteczne”⁴⁶, i to „niewątpliwie”⁴⁷, gdyż pozwalają „«wychwycić» pedofili, zanim zdążą oni skrzywdzić dzieci, przekazać ich w ręce organów ścigania, a w konsekwencji wymiaru sprawiedliwości”⁴⁸. Podkreśla też, że „ich zatrzymanie przez łowców pedofili, przekazanie w ręce policji, postępowanie przygotowawcze i osądzenie skutkują niedopuszczeniem do skrzywdzenia przez nich dzieci, a także dają szansę zapobiegania temu w przyszłości na zasadzie prewencji indywidualnej”⁴⁹.

Równocześnie jednak Radosław Krajewski zauważa w szczególności, że „co do istoty albo przynajmniej niekiedy rejestrowana interwencja łowców pedofi-

⁴² Zagadnienie to było analizowane w nauce prawa karnego – zob. M. Wiktorek, *Działalność łowców pedofilów a taktyka prowokacji*, referat wygłoszony podczas konferencji: *Taktyka i technika kryminalistyczna w zmieniającym się świecie*, Kraków 9.04.2022 r., <https://www.facebook.com/events/7140577485983859> (dostęp: 29.09.2022 r.); Mateusz Wiktorek wskazuje w tym kontekście, że „obwarowana wymogami ustawowymi prowokacja organów państwa jest znacząco zawężona” – zob. M. Wiktorek (w:) *Taktyka i technika kryminalistyczna w zmieniającym się świecie. Księga streszczeń*, red. D. Wilk, Kraków 2022, s. 29, <https://kryminalistyka.confer.uj.edu.pl/documents/149768048/0/Ksi%20C4%2099ga+streszcze%20C5%2084/a11176de-9256-403c-b4ea-0891209fe057> (dostęp: 29.09.2022 r.). Zob. również P. Karlik, *Wykrywanie przestępstwa pedofilii w Internecie z zastosowaniem instytucji zakupu kontrolowanego, a także innych metod prowokacji policyjnej* (w:) *Taktyka i technika kryminalistyczna – wczoraj, dziś i jutro. Materiały z konferencji*, red. M. Zelek, Poznań–Rzeszów 2009, s. 66–67, zdaniem którego „zachowanie funkcjonariusza Policji polegające na podszywaniu się pod małoletniego wykracza poza ramy czynności operacyjno-rozpoznawczych z art. 19a [ustawy z 6.04.1990 r. o Policji (Dz.U. z 2021 r. poz. 1882)]; autor formułował swój pogląd w 2009 r. – przyp. M.M.), a ponadto działanie tego typu wykracza również, w mojej opinii, poza granice zwykłego «monitorowania» sieci”.

⁴³ R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 45.

⁴⁴ R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 45.

⁴⁵ R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 45.

⁴⁶ R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 36.

⁴⁷ R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 36.

⁴⁸ R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 36–37.

⁴⁹ R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 45.

li transmitowana w sieci przybiera postać znęcania się psychicznego nad osobą zależną, a więc wypełnia znamiona art. 207 § 1 lub § 1a k.k. (...) Niewątpliwie pedofil jest zależny od łowców albo przynajmniej tak to ocenia⁵⁰. Autor wskazuje również na możliwość dopuszczenia się przez łowców karalnego pozbawienia człowieka wolności⁵¹, przestępstwa zniesławienia⁵² czy naruszenia Prawa prasowego⁵³.

Niekonkluzywny charakter rozważań Radosława Krajewskiego nie pozwala jednak ustalić, czy owo znęcanie się psychiczne nad człowiekiem pozbawionym wolności, stygmatyzowanym podczas transmisji w Internecie, autor ten ostatecznie uznałby za proceder wartościowy z punktu widzenia prewencji generalnej lub indywidualnej, czy jednak ze wszech miar szkodliwy, groźny z punktu widzenia standardów państwa prawa. Z perspektywy obowiązujących przepisów nietrudno wyrobić sobie jednoznaczne zdanie w tym przedmiocie.

W istocie rzeczy w medialnym show, do którego dążą niektóre grupy łowców pedofili, nietrudno doszukać się wyczerpania znamion psychicznego znęcania się nad człowiekiem, o czym pisałem w 2021 r. „Zastawienie pułapki wytwarza stosunek zależności między łowcami a osobą zatrzymaną. Szczególnie, gdy zatrzymanie ma charakter grupowy, a łowcy przebrani w paramilitarne stroje otaczają ofiarę. Gdy dochodzi do tego transmitowanie na żywo przebiegu zdarzenia, z ujawnieniem wizerunku osoby, wypytywanie jej, słowne zaczepki, naigrywanie się z niej on-line na oczach widzów, możemy mówić o psychicznym znęcaniu się nad osobą pozostającą w przemijającym stosunku zależności od sprawcy. Jest to czyn z art. 207 § 1 k.k., zagrożony karą pozbawienia wolności do lat 5. Jeśli osoba złowiona ma problemy psychiczne, jest być może w jakimś stopniu upośledzona lub niepoczytalna, efekt psychicznego znęcania się może zostać spotęgowany. Znęcaniem się może być również samo utrzymywanie na prowadzonej przez siebie stronie wcześniej zarejestrowanego nagrania, tak że w dowolnym czasie i miejscu kolejne osoby zapoznają się z wizerunkiem osoby złowionej i przebiegiem całego zdarzenia”⁵⁴.

Prawnokarne kwalifikacje procederu łowienia pedofili okazują się jeszcze bardziej urozmaicone, nie wyłączając odpowiedzialności funkcjonariuszy policji za swoistą pomoc w naruszeniu dóbr prawnych człowieka schwytanego przez łowców⁵⁵, szczególnie gdy biernie przyglądają się oni działaniom łowców na miejscu zastawionej pułapki⁵⁶. Omawiana działalność budzi uzasadnione

⁵⁰ R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 41.

⁵¹ Zob. R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 40–41.

⁵² Zob. R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 42.

⁵³ Zob. R. Krajewski, *Prawnokarne...*, s. 43.

⁵⁴ M. Małecki, *Łowienie...*, <https://www.dogmatykarnisty.pl/2021/05/lowienie-pedofilow-moze-byc-przestepstwem/> (dostęp: 29.09.2022 r.).

⁵⁵ Na temat kwalifikacji zachowań łowców pedofili zob. M. Małecki, *Łowienie...*, <https://www.dogmatykarnisty.pl/2021/05/lowienie-pedofilow-moze-byc-przestepstwem/> (dostęp: 29.09.2022 r.).

⁵⁶ Zob. M. Małecki, *14-letnia pozorantka?*, „Dogmaty Karnisty” z 12.06.2021 r. na platformie Face-

wątpliwości Rzecznika Praw Obywatelskich⁵⁷, choć świadomość prawna w tym zakresie jest coraz większa, na co wskazuje choćby *casus* funkcjonariusza policji, który uświadomił jednej z grup łowców, że osoba zatrzymana nie popełniła przestępstwa⁵⁸.

W praktyce zdarzyło się, że łowcy pedofili narazili na szwank dobra prawne przypadkowej osoby, kierując agresję w stronę podróżnego, który został zmuszony przez zamaskowanych agresorów do wyjścia z pociągu, choć nie miał nic wspólnego z internetową rozmową prowadzoną z rzekomym pedofilem⁵⁹. Jedna z ofiar łowców rzuciła się pod pociąg po usłyszeniu zarzutów w prokuraturze⁶⁰. Stygmatyzacji doświadczały także osoby bliskie dla ofiary schwytej w pułapkę przez łowców, której wizerunek i miejsce zamieszkania ujawnili oni w Internecie⁶¹. Wskazuje to niewątpliwie na społeczną szkodliwość omawianego proceduru⁶².

book, <https://www.facebook.com/dogmatykarnisty/posts/pfbid0w6izBWTtwszwogRXqJdSJ-ruwgXy2dAfhpauxX2u2xt5emyKTL3Ny943s2vH6UN4l> (dostęp: 29.09.2022 r.).

⁵⁷ Zob. *Działalność „łowców pedofilów”*. Rzecznik pytał KGP o stanowisko. Są wątpliwości co do części takich działań, komunikat Rzecznika Praw Obywatelskich z 13.10.2021 r., <https://bip.brpo.gov.pl/pl/node/211160> (dostęp: 29.09.2022 r.); J. Sidorowicz, *RPO domaga się wyjaśnień od policji w sprawie łowców pedofilów. Jest też zawiadomienie do prokuratury dotyczące ich metod działania*, Wyborcza.pl z 29.09.2021 r., <https://krakow.wyborcza.pl/krakow/7,44425,27597998,rpo-domaga-sie-wyjasnien-od-policji-w-sprawie-lowcow-pedofilow.html> (dostęp: 29.09.2022 r.); M. Małecki, *Policja w kłopotach za „współpracę” z łowcami pedofilów*, „Dogmaty Karnisty” z 12.10.2021 r. na platformie Facebook, <https://www.facebook.com/dogmatykarnisty/posts/pfbid026GggeXaAqWBAEhGxaUm3gUCvwdTVKS6rnYa8jgZHvZVkJHyKxGaTRndM7zQUiMtGdl> (dostęp: 29.09.2022 r.).

⁵⁸ Zob. M. Małecki, *Policjant uświadomił łowcom pedofilów, że złowieni nie popełniają przestępstwa*, „Dogmaty Karnisty” z 7.12.2021 r., <https://www.dogmatykarnisty.pl/2021/12/zlowieni-nie-popelniaja-przestepstwa/> (dostęp: 29.09.2022 r.).

⁵⁹ Zob. M. Olszewski, *Przypadkowy podróżny wyciągnięty z pociągu przez łowców pedofilów*. „Byłem przerażony”, Wyborcza.pl z 26.10.2021 r., <https://krakow.wyborcza.pl/krakow/7,44425,27732428,przypadkowy-podrozny-wyciagniete-z-pociagu-przez-lowcow-pedofili.html> (dostęp: 29.09.2022 r.); M. Małecki, *Łowcy pedofilów zaatakowali podróżnego*, „Dogmaty Karnisty” z 27.10.2021 r. na platformie Facebook, <https://www.facebook.com/dogmatykarnisty/posts/pfbid0oeoBT1vQtRH2PYTSJ-z6LTcLvb7tD2KrEsgBYn2YBhpAMPqZ2u9TxCT2KiXg1mPftl> (dostęp: 29.09.2022 r.).

⁶⁰ Zob. A. Chłapińska, *Łowcy pedofilów transmitowali ujęcie 47-latka. Antoni P. po usłyszeniu zarzutów rzucił się pod pociąg*, Gazeta.pl z 8.06.2021 r., <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114883,27176515,lowcy-pedofili-47-letni-antoni-po-uslyszenu-zarzutow-w-prokuraturze.html> (dostęp: 29.09.2022 r.); P. Wojciechowski, *Łowcy pedofilów doprowadzają do linczów. „Groźne medialne show”*, Wyborcza.pl z 10.06.2021 r., <https://trojmiasto.wyborcza.pl/trojmiasto/7,35612,27180903,lowcy-pedofili-do-linczow-dochodzilo-nie-tylko-w-polsce-ekspert.html> (dostęp: 29.09.2022 r.).

⁶¹ Zob. P. Wojciechowski, *Widowisko z pedofilem. Po transmisji na Facebooku Antoni rzucił się pod pociąg*, Wyborcza.pl z 8.06.2021 r., <https://trojmiasto.wyborcza.pl/trojmiasto/7,35612,27172314,widowisko-z-pedofilem.html> (dostęp: 29.09.2022 r.).

⁶² Zob. M. Olszewski, *Łowcy pedofilów w akcji. Karnista: Ich działalność jest społecznie szkodliwa i pozabawiona podstaw prawnych*, Wyborcza.pl z 21.09.2021 r., <https://krakow.wyborcza.pl/krakow/7,44425,27590383,lowcy-pedofilow-w-akcji-karnista-ich-dzialalnosc-jest-spoecznie.html> (dostęp: 29.09.2022 r.).

WNIOSKI

Analiza obowiązujących regulacji prawnych, zarysowana jedynie w skrócie w niniejszym opracowaniu, nie pozostawia wątpliwości, że osoba zmierzająca na spotkanie z rzekomym dzieckiem w ramach nieudolnego groomingu, a więc *de lege lata* nieudolnie przygotowująca się do popełnienia przestępstwa, nie wyczerpuje znamion zachowania zabronionego pod groźbą kary. Przyjęcie jej odpowiedzialności karnej za nieudolne przygotowanie do przestępstwa pod postacią aberracyjnej konstrukcji „usiłowania nieudolnego groomingu” stanowi w każdym przypadku obrazę prawa materialnego.

ABSTRACT

dr hab. Mikołaj Małecki

The author is an assistant professor at the Department of Criminal Law of the Jagiellonian University in Krakow.

Around the activities of paedophile hunters – a polemic

Organized activity of paedophile hunters gives rises to many legal doubts, related to the assessment of the behaviour of persons “caught” as a result of a trap set by hunters. The study indicates that a person trying to meet with an adult hunter, mistakenly believing that they are dealing with a child under the age of 15, does not fulfill the features of a penalized act. According to the extensive analyses presented in the Polish literature, the Polish Criminal Code does not provide for criminal liability for ineffective preparation for a crime, and does not provide grounds for using the concept of “attempted grooming”. Therefore, it is impossible to agree with the views expressed by Radosław Krajewski in the article titled “Criminal law doubts about the activity of paedophile hunters” published in Palestra 2022, vol. 7–8 These views are discussed in detail in the present study.

Keywords: *paedophilia, paedophile hunters, grooming, provocation, preparation for crime*

dr hab. Mikołaj Małecki

ORCID: 0000-0002-2878-2791; e-mail: mikolaj.malecki@uj.edu.pl

Autor jest adiunktem w Katedrze Prawa Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Chłapińska Aleksandra, *Łowcy pedofilów transmitowali ujęcie 47-latka. Antoni P. po usłyszeniu zarzutów rzucił się pod pociąg*, *Gazeta.pl* z 8.06.2021 r., <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114883,27176515,lowcy-pedofili-47-letni-antoni-po-uslyszeniu-zarzutow-w-prokuraturze.html> (dostęp: 29.09.2022 r.)

Działalność „łowców pedofilów”. Rzecznik pytał KGP o stanowisko. Są wątpliwości co do części takich działań, komunikat Rzecznika Praw Obywatelskich z 13.10.2021 r., <https://bip.brpo.gov.pl/pl/node/21160> (dostęp: 29.09.2022 r.)

Filar Marian, Berent Marcin (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016

Karlik Piotr, *Wykrywanie przestępstw pedofilii w Internecie z zastosowaniem instytucji zakupu kontrolowanego, a także innych metod prowokacji policyjnej* (w:) *Taktyka i technika kryminalistyczna – wczoraj, dziś i jutro. Materiały z konferencji*, red. M. Zelek, Poznań–Rzeszów 2009

Kogo łowią łowcy pedofilów. Prawne aspekty groomingu, zebranie naukowe Koła Naukowego Kryminalistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego im. prof. Tadeusza Hanauska z 9.12.2021 r., <https://www.facebook.com/KNKryminalistykiUJ/videos/233591835512636> (dostęp: 29.09.2022 r.)

Krajewski Radosław, *Prawnokarne wątpliwości dotyczące aktywności łowców pedofili*, „Palestra” 2022/7–8

Lipiński Konrad (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021

Małecki Mikołaj, *14-letnia pozorantka?*, „Dogmaty Karnisty” z 12.06.2021 r. na platformie Facebook, <https://www.facebook.com/dogmatykarnisty/posts/pfbid0w6izBWTIwszwogRXqJdSJruwgXyd2AfhRpaukX2u2xt5emyKTL3Ny943s2vH6UN4l> (dostęp: 29.09.2022 r.)

Małecki Mikołaj, *Fazy groomingu. Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 17.03.2016 r. (IV KK 380/15)*, „Przeгляд Sądowy” 2018/1

Małecki Mikołaj, *Funkcje ustawowej definicji przygotowania do przestępstwa. Zarys problematyki*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2013, t. XXX

Małecki Mikołaj, *Granice usiłowania przestępstw pedofilskich w świetle art. 200a § 1 i § 2 k.k.*, „Przeгляд Sądowy” 2011/6

Małecki Mikołaj, *Grooming (karalne przygotowanie do przestępstwa pedofilskiego)*, „Państwo i Prawo” 2011/7–8

Małecki Mikołaj (w:) *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, Komentarz do art. 1–52 (cz. 1)*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016

- Małecki Mikołaj**, *Łowca pedofilów nie łowi przestępców*, „Dogmaty Karnisty” z 11.05.2021 r. na platformie Facebook, <https://www.facebook.com/dogmatykarnisty/posts/333167014821619> (dostęp: 29.09.2022 r.)
- Małecki Mikołaj**, *Łowcy pedofilów zaatakowali podróżnego*, „Dogmaty Karnisty” z 27.10.2021 r. na platformie Facebook, <https://www.facebook.com/dogmatykarnisty/posts/pfbid0oeoBT1vQtRH2PYTSJz6LTc-Lvb7tD2KrEsgBYn2YBhpAMPqZ2u9TxCT2KiXg1mPftl> (dostęp: 29.09.2022 r.)
- Małecki Mikołaj**, *Łowienie pedofilów może być przestępstwem. Analiza odpowiedzialności karnej złowionego i łowcy*, „Dogmaty Karnisty” z 15.05.2021 r., <https://www.dogmatykarnisty.pl/2021/05/lowienie-pedofilow-moze-byc-przestepstwem/> (dostęp: 29.09.2022 r.)
- Małecki Mikołaj**, *Niekaralne, lecz karane przygotowania do przestępstwa* (w:) *Nullum crimen sine lege*, red. I. Sepiolo, Warszawa 2013
- Małecki Mikołaj**, *Nieudolny grooming. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Karna z 23.07.2020 r. (III KK 281/19)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2022/7–8
- Małecki Mikołaj**, *Obserwacja lokalu jako przygotowanie do rozboju. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 21.03.2017 r. (II AKa 17/17)*, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa” 2017/4
- Małecki Mikołaj**, *Odpowiedzialność karna pedofila*, „Dogmaty Karnisty” z 7.12.2015 r., <https://www.dogmatykarnisty.pl/2015/12/odpowiedzialnosc-karna-pedofila/> (dostęp: 29.09.2022 r.)
- Małecki Mikołaj**, *Policjant uświadomił łowcom pedofilów, że złowieni nie popełniają przestępstwa*, „Dogmaty Karnisty” z 7.12.2021 r., <https://www.dogmatykarnisty.pl/2021/12/zlowieni-nie-popelniaja-przestepstwa/> (dostęp: 29.09.2022 r.)
- Małecki Mikołaj**, *Policja w kłopotach za „współpracę” z łowcami pedofilów*, „Dogmaty Karnisty” z 12.10.2021 r. na platformie Facebook, <https://www.facebook.com/dogmatykarnisty/posts/pfbid026Ggge-XaAqWBAEHGxaUm3gUCvwDTvKS6rnYa8jgZHvZVkhYKxGa-TRndM7zQUiMtGdl> (dostęp: 29.09.2022 r.)
- Małecki Mikołaj**, *Przygotowanie do przestępstwa. Analiza dogmatyczno-prawna*, Warszawa 2016
- Olszewski Michał**, *Łowcy pedofilów w akcji. Karnista: Ich działalność jest społecznie szkodliwa i pozbawiona podstaw prawnych*, Wyborcza.pl z 21.09.2021 r., <https://krakow.wyborcza.pl/krakow/7,44425,27590383,lowcy-pedofilow-w-akcji-karnista-ich-dzialalnosc-jest-spoecznie.html> (dostęp: 29.09.2022 r.)
- Olszewski Michał**, *Przypadkowy podróżny wyciągnięty z pociągu przez łowców pedofilów. „Byłem przerażony”*, Wyborcza.pl z 26.10.2021 r.,

<https://krakow.wyborcza.pl/krakow/7,44425,27732428,przypadkowy-podrozny-wyciagniete-z-pociagu-przez-lowcow-pedofili.html> (dostęp: 29.09.2022 r.)

Sidorowicz Jarosław, *RPO domaga się wyjaśnień od policji w sprawie łowców pedofilów. Jest też zawiadomienie do prokuratury dotyczące ich metod działania*, Wyborcza.pl z 29.09.2021 r., <https://krakow.wyborcza.pl/krakow/7,44425,27597998,rpo-domaga-sie-wyjasnien-od-policji-w-sprawie-lowcow-pedofilow.html> (dostęp: 29.09.2022 r.)

Sosik Robert, *Odpowiedzialność karna za usiłowanie nieudolne groomingu a prowokacja obywatelska. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 23.07.2020 r. (III KK 281/19), „Przeгляд Sądowy” 2022/3*

Sosik Robert, *Problematyka stosowania prowokacji w celu ujawnienia przestępstw o charakterze pedofilskim*, „Studia Iuridica Lubliniensia” 2017/4

Warylewski Jarosław (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018

Wiktorek Mateusz, *Działalność łowców pedofilów a taktyka prowokacji*, referat wygłoszony podczas konferencji: *Taktyka i technika kryminalistyczna w zmieniającym się świecie*, Kraków 9.04.2022 r., <https://www.facebook.com/events/7140577485983859> (dostęp: 29.09.2022 r.)

Wiktorek Mateusz (w:) *Taktyka i technika kryminalistyczna w zmieniającym się świecie. Księga streszczeń*, red. D. Wilk, Kraków 2022, s. 29, wydanie elektroniczne: <https://kryminalistyka.confer.uj.edu.pl/documents/149768048/0/Ksi%C4%99ga+streszcze%C5%84/a11176de-9256-403c-b4ea-0891209fe057> (dostęp: 29.09.2022 r.)

Wojciechowski Paweł, *Łowcy pedofilów doprowadzają do linczów. „Groźne medialne show”*, Wyborcza.pl z 10.06.2021 r., <https://trojmiasto.wyborcza.pl/trojmiasto/7,35612,27180903,lowcy-pedofili-do-linczow-dochodzilo-nie-tylko-w-polsce-ekspert.html> (dostęp: 29.09.2022 r.)

Wojciechowski Paweł, *Widowisko z pedofilem. Po transmisji na Facebooku Antoni rzucił się pod pociąg*, Wyborcza.pl z 8.06.2021 r., <https://trojmiasto.wyborcza.pl/trojmiasto/7,35612,27172314,widowisko-z-pedofilem.html> (dostęp: 29.09.2022 r.)

Pojęcia kluczowe:

obowiązek przestrzegania praw człowieka, prawo do życia, zakaz tortur, prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, wolność wypowiedzi, prawo do pokojowego zgromadzania się i stowarzyszania się, zakaz wydalania obywateli, zakaz dyskryminacji

Najnowsze orzecznictwo

Marek Antoni Nowicki

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA – PRZEGLĄD ORZECZNICTWA (LIPIEC–WRZESIEŃ 2022 R.)

Prezentowany przegląd orzecznictwa stanowi omówienie najistotniejszych poglądów wyrażonych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyrokach wydanych w okresie lipiec–wrzesień 2022 r., dotyczących: obowiązku przestrzegania praw człowieka, prawa do życia, zakazu tortur, prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, wolności wypowiedzi, prawa do pokojowego zgromadzania się i stowarzyszania się, zakazu wydalania obywateli, zakazu dyskryminacji.

OBOWIĄZEK PRZESTRZEGANIA PRAW CZŁOWIEKA (ART. 1)

Prawo międzynarodowe – prawo zwyczajowe o ochronie dyplomatycznej i konsularnej czy rezolucje Rady Bezpieczeństwa – nie wymaga od państwa działania w imieniu jego obywateli i ich repatriacji. Poza tym Konwencja nie gwarantuje prawa do ochrony dyplomatycznej lub konsularnej.

Wyrok H.F. i inni v. Francja, 14.09.2022 r., Wielka Izba, skarga nr 24384/19, § 201 – dot. braku ochrony przed arbitralnością decyzji o odmowie repatriacji obywateli przetrzymywanych z małymi dziećmi w obozach kurdyjskich po upadku „Państwa Islamskiego”, do którego się przyłączyli.

PRAWO DO ŻYCIA (ART. 2)

Osoby narażone na ryzyka dla ich zdrowia powinny mieć dostęp do informacji dających możliwość ich oceny. Państwa mają obowiązek przyjąć konieczne

regulacje zapewniające uwzględnianie przez lekarzy przewidywalnego wpływu planowanej procedury medycznej na integralność fizyczną pacjentów oraz informowanie pacjentów o jej konsekwencjach w sposób pozwalający na wyrażenie przez nich zgody w sposób świadomy.

Wyrok Traskunova v. Rosja, 30.08.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 21648/11, § 70 – dot. śmierci uczestniczki klinicznej próby nowej metody leczenia.

W związku z działalnością niebezpieczną istotne znaczenie mają regulacje uwzględniające jej specjalne cechy, zwłaszcza odnoszące się do poziomu potencjalnego ryzyka dla życia ludzkiego. Regulacje te muszą obejmować jej licencjonowanie oraz podejmowanie i prowadzenie, a także ochronę bezpieczeństwa i nadzór nad taką działalnością. Muszą one ponadto zobowiązywać wszystkich jej uczestników do podejmowania działań praktycznych pozwalających zapewnić skuteczną ochronę osób, których życie może być zagrożone z powodu wiążących się z nią ryzyk. W każdym przypadku podejmowania lub organizowania przez państwo działalności niebezpiecznej albo zezwolenia na nią musi ono zapewnić – w drodze systemu regulacji oraz wystarczającej kontroli – zredukowanie ryzyk do poziomu rozsądnego minimum. Naruszenie pozytywnych obowiązków państwa w tym zakresie nastąpi wyłącznie, gdy szkoda nastąpiła w rezultacie niewystarczających regulacji lub nieodpowiedniej kontroli, a nie niedbałego zachowania jednostki lub łańcucha niefortunnnych zdarzeń.

Wyrok Traskunova v. Rosja, 30.08.2022 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 21648/11, § 73.

Artykuł 2 może wchodzić w grę również, gdy nie doszło do utraty życia, zwłaszcza gdy okoliczności sprawy i natura doznanych obrażeń wskazują, że życie skarżącego było poważnie zagrożone. W przypadku gdy ofiara przeżyła, a równocześnie nie jest stawiany zarzut zamiaru zabójstwa, możliwość uznania, że miał zastosowanie art. 2, zależy od dwóch kryteriów – 1) czy skarżący był ofiarą działania podmiotu publicznego albo prywatnego oznaczającego z natury narażenie życia na rzeczywiste i bezpośrednie ryzyko oraz – 2) czy doznał obrażeń zwykle prowadzących do zagrożenia życia. Mogą również o tym zdecydować inne czynniki, takie jak fakt, że skarżący wyłącznie dzięki szczęściu uniknął śmierci albo został zakażony chorobą potencjalnie śmiertelną.

Wyrok P.H. v. Słowacja, 8.09.2022 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 37574/19, § 71 – dot. wypadku, w którym skarżąca odniosła obrażenia na skutek wypadnięcia z drugiego piętra komisariatu policji, w którym była przetrzymywana; brak właściwego dochodzenia w tej sprawie.

ZAKAZ TORTUR (ART. 3)

Ogłędziny ciała jako takie – również jeśli są pełne – nie oznaczają traktowania bezprawnego: często mogą być konieczne dla zapewnienia bezpieczeństwa

w danym zakładzie karnym, w tym samego więźnia, lub ochrony porządku i zapobiegania przestępstwom. Aby jednak uznać je za „konieczne” ze względu na jeden z tych celów, muszą być dokonane „w sposób właściwy”, a więc taki, przy którym stopień cierpienia lub poniżenia więźnia nie przekroczy tego, co niesie za sobą nieuchronnie ta forma uprawnionego traktowania. W innym przypadku dojdzie do naruszenia art. 3 Konwencji. Nie trzeba dodawać, że im bardziej dolegliwa jest ingerencja w intymność więźnia poddanego oględzinom ciała (zwłaszcza gdy obejmują obowiązek rozebrania się przed inną osobą oraz przyjęcia pozycji kłębujących), z tym większą starannością musi być badana i oceniana.

Wyrok Safi i inni v. Grecja, 7.07.2022 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 5418/15, § 192 – dot. oględzin ciała stosowanych wobec uchodźców, którzy przybyli na wyspę grecką po zatonięciu ich łodzi i na polecenie policji musieli równocześnie, w grupie, rozebrać się do naga w obecności kilkunastu osób.

Wyjątkowa bezbronność dziecka ma rozstrzygające znaczenie i przeważa nad innymi względami odnoszącymi się do jego statusu jako nielegalnego imigranta. Dzieci mają specyficzne potrzeby wynikające nie tylko z ich wieku i braku niezależności, ale również statusu osoby ubiegającej się o azyl. Konwencja o prawach dziecka zachęca państwa do podejmowania właściwych działań mających zapewnić, aby dziecko starające się o status uchodźcy korzystało z ochrony i pomocy humanitarnej, niezależnie od tego, czy jest samo, czy znajduje się pod opieką rodziców.

Wyrok Darboe i Camara v. Włochy, 21.07.2022 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 5797/17, § 173 – w części dot. przetrzymywania przez ponad cztery miesiące w ośrodku recepcyjnym dla dorosłych nieletniego ubiegającego się o azyl i poddanego procedurze ustalania jego wieku, która oznaczała naruszenie art. 8.

Na podstawie art. 19 i art. 32 ust. 1 Konwencji Trybunał nie jest właściwy do stosowania przepisów Unii Europejskiej ani badania zarzutu ich naruszeń, z wyjątkiem sytuacji i w zakresie, w jakim mogłyby one oznaczać zamach na prawa i wolności chronione w Konwencji. Ponadto orzekając w trybie prejudycjalnym w kwestii takiej, jak odnosząca się do zachowania statusu uchodźcy mimo formalnego jego odebrania, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w odróżnieniu od sądów krajowych i Trybunału, często musi wypowiadać się w sposób abstrakcyjny o sytuacji w tym zakresie wynikającej z przepisów prawa UE. W kategoriach bardziej ogólnych w pierwszej kolejności do władz krajowych, w szczególności sądów, należy interpretacja i stosowanie prawa krajowego – w razie potrzeby z uwzględnieniem prawa UE – a rola Trybunału ogranicza się do ustalenia, czy w konkretnym przypadku skutki ich rozstrzygnięć są zgodne z Konwencją. Konwencja ani jej Protokoły nie chronią prawa do azylu jako takiego. Oferowana ochrona ogranicza się do zawartych w nich praw, które obejmują w szczególności te zagwarantowane w art. 3 Konwencji. W sprawach

tego rodzaju art. 3 Konwencji obejmuje zakaz odsyłania osób będących uchodźcami w rozumieniu konwencji genewskiej.

Wyrok R v. Francja, 30.08.2022 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 49857/20, § 112 – dot. niewystarczającej analizy przez organy krajowe ryzyk związanych z wydaleniem do Rosji obywateli narodowości czeczeńskiej.

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

Jeśli legalnie zastosowane pozbawienie wolności wyraźnie mieści się w zakresie objętym art. 5 Konwencji, więźniowie nadal korzystają ze wszystkich zagwarantowanych w niej podstawowych praw i wolności poza prawem do wolności osobistej. Wszelkie ograniczenia tych innych praw muszą być uzasadnione np. względami bezpieczeństwa, zwłaszcza w celu zapobiegania przestępstwom i zakłóceniu porządku, nieuchronnie wypływającymi z okoliczności uwięzienia. Nie do pomyślenia jest więc utrata przez więźnia praw Konwencji wyłącznie z powodu jego statusu osoby pozbawionej wolności w rezultacie skazania. Nie ma również miejsca w systemie Konwencji, w którym społeczeństwo demokratyczne cechuje tolerancja i otwartość myślenia, na automatyczne odbieranie prawa wyłącznie dlatego, że określone zachowanie mogłoby urazić opinię publiczną.

Wyrok Chocholáč v. Słowacja, 7.07.2022 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 81292/17, § 52 – dot. ogólnego i bezwzględnie zakazu posiadania przez więźnia materiałów pornograficznych bez możliwości oceny proporcjonalności tego zakazu w konkretnych okolicznościach.

Zakaz posiadania przez więźnia materiałów pornograficznych z powołaniem się na potrzebę zapobiegania zakłócaniu porządku w więzieniu oraz ochronę praw i wolności innych osób wymaga wskazania konkretnych dowodów lub przykładów przemawiających za twierdzeniem, że w przypadku konkretnego więźnia wiązałby się on z rzeczywistym ryzykiem działań z jego strony, którym ten zakaz ma zapobiegać.

Wyrok Chocholáč v. Słowacja, 7.07.2022 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 81292/17, § 72.

Obowiązki państwa mające służyć ochronie prawa do poszanowania życia prywatnego są tym bardziej ważne, gdy wchodzi w grę osobiste relacje nieletniego migranta pozostającego bez opieki – osoby szczególnie bezbronnej – z innymi osobami.

Wyrok Darboe i Camara v. Włochy, 21.07.2022 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 5797/17, § 123 – w części dot. niezapewnienia nieletniemu ubiegającemu się o azyl przetrzymywanemu w ośrodku recepcyjnym dla dorosłych minimalnych gwarancji proceduralnych w procedurze ustalania jego wieku.

Wiek stanowi środek identyfikacji osobistej, a procedura ustalania wieku osoby twierdzącej, że jest nieletnia – w tym jej gwarancje proceduralne – ma istotne znaczenie dla zagwarantowania wszystkich praw wynikających ze statusu osoby nieletniej.

Wyrok Darboe i Camara v. Włochy, 21.07.2022 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 5797/17, § 124.

W kontekście migracyjnym procedura stosowania przepisów krajowych, europejskich i międzynarodowych chroniących prawa dzieci rozpoczyna się od momentu zidentyfikowania danej osoby jako dziecko. Ustalenie, że wchodzi w grę osoba nieletnia, jest więc pierwszym krokiem do uznania jej praw i objęcia jej wszelkimi koniecznymi formami opieki. W razie błędnego uznania nieletniego za osobę dorosłą istnieje ryzyko podjęcia wobec niego daleko idących środków naruszających jej prawa.

Wyrok Darboe i Camara v. Włochy, 21.07.2021 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 5797/17, § 125.

Odpowiedzialność państwa może rodzić zgoda lub ciche przyzwolenie jego władz na działania osób prywatnych naruszających prawa Konwencji przysługujące ogólnie wszystkim. Podobnie, brak interwencji policji i odpowiednich działań mających doprowadzić do zaprzestania naruszeń przez inne osoby prawa do „domu” oznacza odmowę przez władze reakcji, jakiej należy od nich oczekiwać i prowadzi do naruszenia art. 8. Skuteczność śledztwa karnego jest elementem oceny, czy w tym kontekście państwo przestrzegало swoich obowiązków.

Wyrok Jansons v. Łotwa, 8.09.2022 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 1434/14, § 75 – dot. zarzutu odmowy ochrony skarżącego przed nowym właścicielem, który bezprawnie i z użyciem siły wtargnął do jego domu; ingerencja w postaci bezprawnej eksmisji komorniczej.

W pewnych okolicznościach państwo musi udzielić pomocy osobie, która jej się domagała w związku z atakiem osoby prywatnej na jej prawo do poszanowania „domu”. Obowiązek taki rodzi się zwłaszcza w razie wezwania policji do obrony przed osobami usiłującymi usunąć ją siłą bez żadnej podstawy prawnej. Państwa korzystają z szerokiej swobody wyboru środków w tym zakresie. Muszą one jednak umożliwić skuteczną ochronę prawa do poszanowania „domu”.

Wyrok Jansons v. Łotwa, 8.09.2022 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 1434/14, § 76.

Nie można gromadzić danych osobowych odnoszących się do praktyk i orientacji seksualnych wyłącznie na podstawie spekulacji lub domniemań. Cel, jakim jest bezpieczeństwo transfuzji krwi, może być wystarczająco zrealizowany przez odnotowanie odmowy przez daną osobę odpowiedzi na pytania odnoszące się

do jej seksualności, sam ten fakt bowiem w sposób naturalny powinien oznaczać odrzucenie jej kandydatury na dawcę krwi.

Wyrok Drelon v. Francja, 8.09.2022 r., Izba (Sekcja V), skargi nr 3153/16 i 27758/18, § 97 – dot. gromadzenia danych osobowych na temat zachowań seksualnych potencjalnego dawcy krwi w oparciu o spekulacje oraz ich zbyt długotrwałe przechowywanie przez instytucję publiczną.

WOLNOŚĆ WYPOWIEDZI (ART. 10)

Obowiązki pozytywne na podstawie art. 10 oznaczają wymaganie od państwa, aby stworzyło – w drodze skutecznego systemu ochrony dziennikarzy – sprzyjające warunki udziału w debacie publicznej dla wszystkich zainteresowanych, umożliwiając im swobodne wyrażanie swoich opinii i idei, nawet jeśli są sprzeczne z poglądami bronionymi przez oficjalne władze lub znaczną część opinii publicznej, albo gdy ją irytują lub szokują.

Wyrok Tagiyeva v. Azerbejdżan, 7.07.2022 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 72611/14, § 78. – dot. śmierci znanego pisarza i publicyisty, krytyka islamu, w rezultacie pobicia przez nieznane osoby.

W społeczeństwach demokratycznych, w których współistnieje wiele religii, mogą okazać się konieczne ograniczenia wolności uzewnętrzniania swojej religii lub przekonań, aby pogodzić interesy rozmaitych grup i zapewnić poszanowanie przekonań każdej osoby. Harmonijne relacje między osobami i grupami o różnych tożsamościach mają istotne znaczenie dla osiągnięcia spójności społecznej.

Wyrok Rabczewska v. Polska, 15.09.2022 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 8257/13, § 53 – dot. skazania za obrazę uczuć religijnych przez publiczne znieważenie Biblii.

Wypowiedzi, które mogą szokować lub wywoływać niechęć innych osób, ale nie oznaczają podżegania do nienawiści lub nietolerancji religijnej, korzystają z ochrony na podstawie art. 10 Konwencji.

Wyrok Rabczewska v. Polska, 15.09.2022 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 8257/13, § 57.

PRAWO DO POKOJOWEGO ZGROMADZANIA SIĘ I STOWARZYSZANIA SIĘ (ART. 11)

Państwa zachowują swobodę organizowania swoich systemów rokowań zbiorowych i przyznania – tam, gdzie jest to właściwe – specjalnego statusu reprezentatywnym związkom zawodowym. Trybunał uznaje więc za zgodną z wolnością związkową ogólną politykę ograniczania liczby organizacji (formalnie) konsultowanych w procesie rokowań zbiorowych, z którymi powinny być zawierane umowy zbiorowe, do związków większych lub bardziej reprezentatywnych dla całej załogi. Warunkiem jest wysłuchanie w rozmaity sposób

również innych związków. Polityka ta nie narusza prawa członków związku do przyłączenia się lub pozostania członkiem mniejszego lub mniej reprezentatywnego związku zawodowego, chociaż ograniczone możliwości takiego związku mogą prowadzić do zmniejszenia liczby jego członków.

Wyrok Association of Civil Servants and Union for Collective Bargaining i inni v. Niemcy, 5.07.2022 r., Izba (Sekcja III), skargi nr 815/18 i inne, § 60
– dot. przepisów uznających za nieobowiązujące umów zbiorowych zawartych przez mniejszościowe związki zawodowe.

ZAKAZ DYSKRYMINACJI (ART. 14)

Dyskryminacja pośrednia w rozumieniu art. 14 polega na tym, że środek wchodzący w grę ma nieproporcjonalny wpływ na członków określonej grupy, nawet jeśli nie jest konkretnie w nich wymierzony ani nie wskazuje na jakikolwiek dyskryminujący zamiar wobec nich. Osoba, która stawia taki zarzut, musi go udowodnić. Dowód wymagany na uzasadnienie zarzutu dyskryminacji pośredniej określonej grupy musi odnosić się do tej grupy jako takiej, a nie jej pojedynczych członków.

Wyrok P.C. v. Irlandia, 1.09.2022 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 26922/19, § 74
– dot. zarzutu skazanego, któremu na okres pozbawienia wolności ustawowo wstrzymano wypłatę emerytury.

W przypadku zarzutu dyskryminacji pośredniej badanie nie może skupiać się na istotnych podobieństwach między dwiema grupami porównawczymi, ale na tym, czy zarzucony środek wyrządził nieproporcjonalnie większą szkodę danej grupie osób niż jakiegokolwiek innej. Punktem wyjścia zarzutu dyskryminacji pośredniej musi jednak nadal być jedna z podstaw objętych art. 14.

Wyrok P.C. v. Irlandia, 1.09.2022 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 26922/19, § 78.

Posiadanie uprawnienia do świadczenia socjalnego nie stanowi aspektu statusu osobistego w rozumieniu art. 14, w odróżnieniu bowiem od głównych podstaw dyskryminacji wskazanych w art. 14, takich jak „płeć”, „rasa” lub „kolor skóry”, nie jest cechą wrodzoną, a więc istniejącą od urodzenia. Ponadto, w odróżnieniu od „religii”, „przekonań politycznych i innych”, a nawet miejsca zamieszkania, fakt uzyskania tego uprawnienia nie jest pochodną przekonań lub wyborów osoby.

Wyrok P.C. v. Irlandia, 1.09.2022 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 26922/19, § 79.

ZAKAZ WYDALANIA OBYWATELI (ART. 3 PROTOKOŁU NR 4) USTĘP 2

Prawo do wjazdu na terytorium państwa zagwarantowane przez ten przepis odnosi się wyraźnie do jego „obywateli”, a nie cudzoziemców. W tym sensie

różni się od zasady wynikającej z treści art. 1, który przyznaje ochronę na podstawie Konwencji każdemu niezależnie od obywatelstwa.

Wyrok H.F. i inni v. Francja, 14.09.2022 r., Wielka Izba, skarga nr 24384/19, § 205.

Prawo zagwarantowane w tym artykule odnosi się do relacji między państwem i obywatelami znajdującymi się poza jego terytorium albo terytorium, nad którym sprawuje ono skuteczną kontrolę.

Wyrok H.F. i inni v. Francja, 14.09.2022 r., Wielka Izba, skarga nr 24384/19, § 209.

Rosnąca globalizacja stawia państwa przed nowymi wyzwaniami związanymi z prawem do wjazdu na jego terytorium. Od przyjęcia Protokołu nr 4 upłynął długi okres. Bezwzględny zakaz wydalania obywateli i odpowiadające mu prawo wjazdu wynikały z zamiaru wprowadzenia w sposób ostateczny zakazu wygnania, jako sytuacji niezgodnej z nowoczesnymi zasadami demokracji. Ta historyczna podstawa znalazła swój wyraz w ugruntowanym orzecznictwie Europejskiej Komisji Praw Człowieka i Trybunału w związku z zarzutami dotyczącymi kwestii zgodności wypędzenia członków rodzin królewskich z prawem wjazdu na podstawie art. 3 ust. 2 Protokołu nr 4. Od tego czasu mobilność międzynarodowa stała się bardziej powszechna w sytuacji rosnącej liczby wzajemnych powiązań w świecie, z wieloma obywatelami osiedlającymi się lub podróżującymi za granicę. Interpretacja przepisów art. 3 Protokołu nr 4 musi uwzględniać ten kontekst, który stawia państwa przed nowymi wyzwaniami w sferze bezpieczeństwa i obrony w dziedzinie ochrony dyplomatycznej i konsularnej, międzynarodowego prawa humanitarnego oraz współpracy międzynarodowej. Prawo wjazdu do państwa znajduje się w centrum obecnych problemów odnoszących się do walki z terroryzmem i bezpieczeństwa narodowego, czego wyrazem jest ustawodawstwo regulujące kontrolę i powrót na terytorium narodowe osób, które wyjechały za granicę w celu udziału w działalności terrorystycznej.

Wyrok H.F. i inni v. Francja, 14.09.2022 r., Wielka Izba, skarga nr 24384/19, § 210–211.

Nie można wykluczyć, że pewne okoliczności odnoszące się do sytuacji osób chcących wjechać na terytorium państwa, którego są obywatelami, z powołaniem się na prawa wynikające z art. 3 ust. 2 Protokołu nr 4, mogą zrodzić związek jurysdykcyjny z tym państwem dla celów art. 1 Konwencji. Trybunał uważa jednak, że nie może wskazać tych okoliczności w sposób abstrakcyjny, będą one bowiem zależne od specyficznych cech każdego przypadku i mogą znacznie różnić się zależnie od sprawy.

Wyrok H.F. i inni v. Francja, 14.09.2022 r., Wielka Izba, skarga nr 24384/19, § 212.

ABSTRACT

Marek Antoni Nowicki

The author is an advocate, a former member of the European Commission on Human Rights in Strasbourg, former international Ombudsperson in Kosovo.

**Review of the case law of the European Court of Human Rights
(July–September 2022)**

This review of the case law presents the most significant views expressed in judgments issued by the European Court of Human Rights between July and September 2022, concerning: obligation to respect human rights, right to life, prohibition of torture, right to respect for private and family life, freedom of expression, freedom of assembly and association, prohibition of expulsion of nationals, prohibition of discrimination.

Keywords: *obligation to respect human rights, right to life, prohibition of torture, right to respect for private and family life, freedom of expression, freedom of assembly and association, prohibition of expulsion of nationals, prohibition of discrimination*

Marek Antoni Nowicki

e-mail: marek_antoninowicki@yahoo.co.uk

Autor jest adwokatem, byłym członkiem Europejskiej Komisji Praw Człowieka w Strasburgu, byłym międzynarodowym Ombudsperson (rzecznikiem praw obywatelskich) w Kosowie.

Pojęcia kluczowe: *eksperyment medyczny, badania kliniczne, odpowiedzialność placówki medycznej, zadośćuczynienie za krzywdę*

Glosy

Beata Kozielowicz-Kutrzepa

ZADOŚĆUCZYNIENIE ZA KRZYWDĘ WYRĄDZONĄ UCZESTNIKOWI EKSPERYMENTU MEDYCZNEGO – GŁOSA DO WYROKU SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 21.09.2022 R. (I NSNC 75/21)

Przedmiotem niniejszej glosy jest wyrok Sądu Najwyższego dotyczący zadośćuczynienia za krzywdę wyrządzoną prowadzeniem badań klinicznych wbrew przepisom ustawy, bez uzyskania świadomej i dobrowolnej zgody jego uczestników.

Za słuszny należy uznać pogląd, że sam fakt przeprowadzenia eksperymentu medycznego bez spełnienia wszystkich przesłanek jego legalności jest naruszeniem godności i wolności człowieka. W takim przypadku wysokość należnego poszkodowanym zadośćuczynienia nigdy nie może mieć charakteru symbolicznego, a powinna w pełni kompensować poniesioną krzywdę, jaką jest niepokój i cierpienie psychiczne związane z obawą o skutki zdrowotne nielegalnego eksperymentu medycznego.

Nieudowodnienie przez poszkodowanego, że doznał rozstroju zdrowia wskutek przeprowadzenia nielegalnego badania klinicznego nie uzasadnia przyznania symbolicznego zadośćuczynienia. Natomiast udowodnienie rozstroju zdrowia jest silną przesłanką istotnego podwyższenia zadośćuczynienia.

Wyrok Sądu Najwyższego z 21.09.2022 r. (I NSNC 75/21)

Eksperyment prowadzony wbrew przepisom ustawy narusza godność i wolność człowieka. Będzie on zawsze eksperymentem nielegalnym

i potencjalnie niebezpiecznym, a sam fakt jego przeprowadzenia będzie stanowić naruszenie dóbr osobistych i prawa pacjenta do wyrażenia poinformowanej zgody.

Skuteczne wykazanie w procesie cywilnym rozstroju zdrowia powinno w istotnym stopniu zwiększać kwotę należnego pokrzywdzonemu zadośćuczynienia, ale w żadnym razie niewykazanie rozstroju zdrowia nie może być uznane za okoliczność uzasadniającą przyznanie symbolicznego zadośćuczynienia.

W glosowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy po raz pierwszy przedstawił swoje stanowisko w zakresie odpowiedzialności cywilnej za krzywdę wyrządzoną prowadzeniem badań klinicznych wbrew przepisom ustawy, tj. w tym wypadku bez uzyskania świadomej i dobrowolnej zgody jego uczestników. Omawiany wyrok jest ponadto niezwykle istotny ze względu na społeczną wagę i znaczenie prawne problematyki ochrony podstawowych praw uczestników badań klinicznych. Głównym zagrożeniem, które rozstrzygnął Sąd Najwyższy w omawianym wyroku, jest kwestia kryteriów sądowego wymiaru zadośćuczynienia za krzywdę wyrządzoną przeprowadzaniem badań klinicznych.

Sprawa przed Sądem Najwyższym została wszczęta w związku ze skargą nadzwyczajną Prokuratora Generalnego od wyroku sądu okręgowego z 18.09.2019 r. działającego na rzecz poszkodowanych uczestników badania klinicznego przeciwko spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej spółka) prowadzącej badania na zlecenie zagranicznego podmiotu.

Wcześniej wyrokiem z 31.09.2019 r. sąd rejonowy zasądził od pozwanej spółki na rzecz każdego z poszkodowanych po 5.000 zł tytułem zadość-

uczynienia za krzywdę wyrządzoną prowadzeniem badania klinicznego wbrew przepisom ustawy z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne¹ oraz odsetki ustawowe od tej kwoty za opóźnienie. Ponadto sąd rejonowy obciążył pozwaną spółkę kosztami procesu. Sąd pierwszej instancji uznał, że pozwana spółka naruszyła dobra osobiste uczestników badania poprzez zatajanie istotnych dla pacjentów informacji oraz wyzyskanie ich zaufania do placówki ochrony zdrowia.

W dniu 2.01.2007 r. spółka oraz jeden z zatrudnionych przez spółkę badaczy zawarli umowę o przeprowadzenie badania klinicznego, którego rzeczywistym zleceniodawcą był podmiot zagraniczny mający siedzibę w Niemczech. Przedmiotem umowy było przeprowadzenie badania klinicznego III fazy oceniającego immunogenność, bezpieczeństwo stosowania oraz tolerancję dwóch dawek szczepionki przeciwko pandemicznemu wirusowi ptasiej grypy u osób dorosłych oraz w podeszłym wieku. Na podstawie umowy zostało zlecone przeprowadzenie badania zespołowi badawczemu, który miał składać się z osób będących pracow-

¹ Ustawa z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne (Dz.U. z 2022 r. poz. 1344).

nikami pozwanej spółki. Badacz miał nadzorować i koordynować pracę zespołu badawczego i ponosić pełną odpowiedzialność za działania i zaniechania członków zespołu badawczego. Badacz zobowiązał się do przeprowadzenia badania zgodnie z protokołem badania i z zachowaniem należytej staranności oraz do wyczerpującego poinformowania uczestników badania o planowanym badaniu oraz do uzyskania dobrowolnej, świadomej zgody na piśmie przed włączeniem ich do badania. Badanie kliniczne miało być przeprowadzone w ośrodku należącym do pozwanego. Spółka zobowiązała się do pełnej współpracy, a w szczególności do umożliwienia przeprowadzenia badania, udostępnienia pomieszczeń, urządzeń i materiałów oraz zapewnienia opieki pacjentom biorącym udział w badaniu. Spółka zobowiązała się ponadto do zapewnienia badaczowi dostępu do pacjentów, umożliwienia ich rekrutacji oraz realizacji badania. Ponadto zobowiązanie spółki obejmowało wykonywanie umowy z należytą starannością, w tym przede wszystkim zachowanie zasad etyki oraz postępowanie zgodnie z prawem. Według zapisów umowy badanie miało objąć około 230 uczestników. Badanie kliniczne uzyskało zgodę Ministra Zdrowia, a sam projekt badawczy był realizowany od lutego do czerwca 2007 r.

W toku postępowania sądowego ustalono, że jego uczestnicy nie byli należycie poinformowani o przebiegu oraz o celu badania. Przede wszystkim nie byli świadomi podawania im niedopuszczonej do obrotu szczepionki

na ptasią grypę, sądzili, że przyjmują szczepionkę na grypę sezonową. Uczestnicy badania nie mieli również możliwości zapoznania się z formularzami świadomej zgody na udział w badaniu oraz nie otrzymali ich kopii.

Sąd pierwszej instancji uznał, że pozwana spółka ponosi odpowiedzialność cywilną za bezprawne i zwinione naruszenie dóbr osobistych pacjentów. Sąd stwierdził, że doszło do naruszenia dóbr osobistych uczestników badania poprzez naruszenie ich prawa do informacji o stanie zdrowia oraz prawa do świadomego decydowania o poddaniu się zabiegom medycznym i zasądził na rzecz każdego z poszkodowanych zadośćuczynienie w wysokości 5.000 zł.

Ustalenia sądu pierwszej instancji były zgodne z wcześniejszymi ustaleniami sądów karnych pierwszej i drugiej instancji, które prawomocnie uznały pracowników, osoby współpracujące z pozwaną spółką oraz członków zarządu spółki za winnych czynów z art. 286 § 1 Kodeksu karnego² w zw. z art. 294 § 1 k.k., art. 126a ustawy z 6.09.2001 r. – Prawo farmaceutyczne w zw. z art. 11 § 2 k.k. i art. 12 k.k.

Na skutek apelacji pozwanej spółki sąd drugiej instancji co do zasady uznał odpowiedzialność pozwanej, jednakże częściowo zmienił zaskarżony wyrok w zakresie wysokości zasądzanego zadośćuczynienia, obniżając je do kwoty 500 zł.

Wyrok w całości został zaskarżony przez Prokuratora Generalnego, który

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1855 ze zm.), dalej k.k.

złożył skargę nadzwyczajną, zarzucając m.in. naruszenie konstytucyjnych zasad demokratycznego państwa prawnego i zasady sprawiedliwości społecznej polegające na uznaniu przez sąd drugiej instancji zarzutów dotyczących rozmiaru krzywd, a tym samym obniżeniu zadośćuczynienia. Ponadto w swojej skardze nadzwyczajnej Prokurator Generalny wskazał na naruszenie zasad godności i wolności od eksperymentów medycznych (art. 30 i art. 39 Konstytucji RP³) poprzez obniżenie wysokości zadośćuczynienia do „symbolicznej wysokości”. Zdaniem Prokuratora Generalnego sąd odwoławczy dokonał oczywiście sprzecznych ustaleń w zakresie odpowiedniej wysokości zasądzonego zadośćuczynienia, uznając 500 zł za adekwatną kwotę zadośćuczynienia. Wniósł o uchYLENIE zaskarżonego wyroku, wydanie wyroku co do istoty sprawy, tj. oddalenie apelacji pozwanej oraz o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania przed Sądem Najwyższym. Pozwana wniosła o oddalenie skargi nadzwyczajnej oraz o zasądzenie kosztów sądowych według norm przepisanych. W uzasadnieniu pozwana wskazała na prawomocny wyrok skazujący osoby odpowiedzialne za prowadzenie eksperymentu oraz niejednoznaczne kryteria, na podstawie których ustala się wysokość zadośćuczynienia. Zwróciła też uwagę na szeroki zakres swobody orzeczniczej.

Będąc związany granicami zaskarżenia skargi nadzwyczajnej, Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok w części

³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.).

uwzględniającej apelację pozwaną i przekazał sprawę sądowi okręgowemu do ponownego rozpoznania oraz rozstrzygnięcia o kosztach postępowania przed Sądem Najwyższym.

Na marginesie głównych rozważań, rozpoznając skargę, Sąd Najwyższy rozstrzygnął interesujący problem procesowy. Wobec śmierci jednego z pokrzywdzonych, na rzecz którego Prokurator Okręgowy wytoczył powództwo, Sąd Najwyższy stwierdził, że nie jest on stroną postępowania, a zatem nie ma podstaw do zawieszenia postępowania z urzędu na podstawie art. 177 § 1 pkt 1 Kodeksu postępowania cywilnego⁴. Jednocześnie Sąd Najwyższy odroczył rozpoznanie sprawy i zobowiązał skarżącego do wskazania spadkobierców pokrzywdzonego. Po ustaleniu spadkobierców Sąd Najwyższy odnotował tę okoliczność w komparcji orzeczenia i wydał wyrok.

1. KRYTERIA WYMIARU ZADOŚĆUCZYNIENIA ZA KRZYWDĘ

Najistotniejszym zagadnieniem w niniejszej sprawie są sądowe kryteria zasądzania zadośćuczynienia za krzywdę. Zgodnie z przyjętą definicją krzywda, obejmująca cierpienia fizyczne i moralne, jest szkodą o charakterze niemajątkowym, która jest następstwem naruszenia dobra osobistego⁵. Przesłankami odpowiedzialności

⁴ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1967 ze zm.), dalej k.p.c.

⁵ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę w „procesach lekarskich”*, „Państwo i Prawo” 2005/3, s. 5.

ści cywilnej za krzywdę są: naruszenie dobra osobistego powodujące szkodę niemajątkową oraz związek przyczynowy pomiędzy czynem a szkodą niemajątkową⁶.

Pogląd o obejmowaniu przez zadośćuczynienie pełnej krzywdy wyrządzonej poszkodowanemu jest dobrze ugruntowany w literaturze przedmiotu⁷. Zwraca się uwagę, że zasada swobodnego uznania sądu nie może być utożsamiana z dowolnością w zakresie przyznania i wysokości zadośćuczynienia⁸. W procesie ustalania odpowiedniej wysokości zadośćuczynienia sąd powinien uwzględnić wszystkie okoliczności dotyczące rodzaju chronionego dobra, a ponadto rozmiar doznanej krzywdy, następstwa naruszenia oraz ich charakter⁹. W orzecznictwie Sądu Najwyższego utrwalone jest stanowisko, że decyzja sądu w zakresie ustalenia wymiaru krzywdy oraz wysokości zadośćuczynienia „powinna opierać się na całokształcie okoliczności sprawy i odpowiadać funkcji zadośćuczynienia oraz standardowi sprawiedliwości nakazującemu, aby podobne przypadki rozstrzygać w miarę możliwości podobnie”¹⁰. Problematyka oceny wyso-

kości zadośćuczynienia zasądzanego przez sądy niższych instancji była już ponadto wielokrotnie przedmiotem oceny Sądu Najwyższego, co zostało również przywołane w uzasadnieniu analizowanego wyroku¹¹.

W analizowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy potwierdził, że co do zasady zadośćuczynienie, pełniąc funkcję kompensacyjną, powinno realnie wynagradzać krzywdę. Kompensacja krzywdy powinna być pełna bądź zapewniona w jak największym stopniu. Jednakże ani niewykazanie rozstroju zdrowia w procesie, ani czas, jaki upłynął od zdarzenia, nie mogą stanowić usprawiedliwienia dla zasądzenia jedynie symbolicznego zadośćuczynienia. Za zasadny należy również uznać pogląd Sądu Najwyższego, że sam fakt zatwierdzenia procesu badawczego przez Ministra Zdrowia nie jest równoznaczny z jego legalnością, a tym samym nie może wpływać na obniżenie wysokości zadośćuczynienia. Tym samym w uzasadnieniu Sąd Najwyższy potwierdził prezentowany w orzecznictwie pogląd, że niewłaściwe jest zasądzenie zadośćuczynienia o cha-

⁶ J. Gudowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018.

⁷ Zob. A. Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979, s. 187; A. Szpunar, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999.

⁸ M. Nesterowicz, *Zadośćuczynienie...*, s. 6.

⁹ J. Gudowski, G. Bieniek (w:) T. Bielska-Sobkowicz, H. Ciepła, M. Sychowicz, R. Trzaskowski, T. Wiśniewski, C. Żuławska, J. Gudowski, G. Bieniek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2018, komentarz do art. 448.

¹⁰ Wyrok SN z 8.09.2017 r. (II CSK 842/16),

http://www.sn.pl/orzecznictwo/sitespages/baza_orzeczen.aspx.

¹¹ Poza cytowanym orzeczeniem są to m.in. wyrok SN z 26.05.1948 r. (C 859/48); wyrok SN z 15.09.1999 r. (III CKN 339/98); wyrok SN z 30.01.2004 r. (III CK 131/03); wyrok SN z 5.12.2006 r. (I PK 102/06); wyrok SN z 11.11.2012 r. (II CSK 677/11); wyrok SN z 17.04.2015 r. (III CSK 173/14); wyrok SN z 7.02.2019 r. (II CSK 1/18) oraz postanowienie SN z 8.01.2019 r. (IV CSK 245/18); postanowienie SN z 4.07.2019 r. (V CSK 78/19), dostępne na http://www.sn.pl/orzecznictwo/sitespages/baza_orzeczen.aspx.

rakterze jedynie symbolicznym za wyrządzoną krzywdę.

W związku z powyższym należy zgodzić się z argumentacją Sądu Najwyższego przedstawioną w uzasadnieniu glosowanego wyroku. Już pierwsza kwota zadośćuczynienia zasądzona przez sąd pierwszej instancji, tj. 5.000 zł, była bardzo niska, a następnie w dodatku obniżona dziesięciokrotnie przez sąd drugiej instancji. Tak niskie zadośćuczynienie nie spełniało ani według miar obiektywnych, ani subiektywnych funkcji zadośćuczynienia pieniężnego za uszczerbek na – jak wskazał Sąd Najwyższy – najważniejszych dobrach osobistych człowieka, tj. godności i wolności. Należy więc wskazać, że im ważniejsze jest naruszone dobro osobiste, tym wyższa powinna być wysokość zadośćuczynienia za krzywdę. Warto podkreślenia jest ponadto stanowisko Sądu Najwyższego wskazujące, że cierpienie psychiczne o szczególnej intensywności samo w sobie może w szczególnych przypadkach stanowić rozstrój zdrowia.

2. ZADOŚĆUCZYNIENIE A OBOWIĄZEK OCHRONY GODNOŚCI I WOLNOŚCI JEDNOSTKI

Stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w opisywanym wyroku zasługuje na aprobatę, eksponuje bowiem trafnie podstawowe dobra prawne, na które prowadzenie eksperymentu oddziałuje: godność i wolność człowieka. Konstytucyjna wolność nauki, w tym m.in. przeprowadzanie eksperymentów medycznych, nie jest nie-

ograniczona. W art. 39 Konstytucji RP wprowadzono zakaz przeprowadzania eksperymentów medycznych bez uzyskania świadomej i dobrowolnie wyrażonej zgody od jego uczestnika. Aby można było mówić o właściwie wyrażonej zgodzie uczestnika eksperymentu medycznego, musi być ona niewadliwa¹². Dobrowolna i świadoma zgoda jako podstawa przeprowadzania eksperymentów medycznych została wprost wskazana w art. 1 Kodeksu norymberskiego z 1947 r.¹³ Innymi aktami prawnymi na poziomie międzynarodowym są m.in. Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych z 1966 r.¹⁴ czy też Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny (konwencja z Oviedo)¹⁵. Zakres tzw. badań biomedycznych na gruncie konwencji z Oviedo jest rozumiany szerzej, jednak nie znajduje swojego odzwiercie-

¹² M. Nestorowicz, *Eksperyment medyczny w świetle prawa (podstawy prawne, odpowiedzialność, ubezpieczenia)*, „Prawo i Medycyna. Wydanie specjalne” 2004, s. 31.

¹³ Kodeks norymberski z 19.08.1947 r. (w:) Allied Control Council, „Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (Green Series)”: Volume 2, s. 181–182, https://www.loc.gov/item/2011525364_NT_war-criminals_Vol-II/ (dostęp: 22.09.2022 r.).

¹⁴ Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19.12.1966 r., ratyfikowany przez Polskę w 1977 r. (Dz.U. z 1977 r. nr 38 poz. 167).

¹⁵ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny: Konwencja o prawach człowieka i biomedycynie z 4.04.1997 r.

denia w prawie polskim wobec braku jej ratyfikacji¹⁶.

Balansowanie pomiędzy ochroną wolności prowadzenia badań naukowych a koniecznością spełnienia określonych przesłanek w celu zapewnienia legalności eksperymentów medycznemu ma przyczynić się do ochrony praw i wolności człowieka¹⁷. W związku z tym problematyka zadośćuczynienia za krzywdę powinna być analizowana w szerszym kontekście regulacji konstytucyjnych mających na celu ochronę godności i wolności człowieka.

Zagadnienie charakteru prawnego zgody, w kontekście zgody pacjenta, w świetle norm konstytucyjnych było już przedmiotem analiz Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku z 11.10.2011 r.¹⁸ Trybunał wskazał, że autonomia jednostki przejawia się w prawie do decydowania o samym sobie, w czym mieści się np. decyzja o wyborze metody leczenia. Natomiast w wyroku z 10.03.2010 r. Trybunał zwrócił uwagę na wielowymiarowość nietykalności osobistej – mającej wymiar cielesny i duchowy – stwierdzając, że tożsamość istoty ludzkiej jest definiowana zarówno przez ciało, jak i psychikę. Tym samym nietykalność osobista wiąże się

z ideą godności człowieka, wynikającą z art. 30 Konstytucji RP¹⁹.

Kwestia wymiaru zadośćuczynienia była również przedmiotem rozstrzygnięć sądów europejskich. Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z 13.04.2021 r. (*Scripnic v. Mołdawia*) uznał, na kanwie sprawy dotyczącej zadośćuczynienia dla rodziców za śmierć nowo narodzonego dziecka, że zasądzenie zbyt niskiego zadośćuczynienia (3.700 euro) za doznaną krzywdę stanowi naruszenie Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności²⁰ przez państwo-stronę Konwencji²¹. Trybunał wskazał, że nieproporcjonalnie niskie zadośćuczynienie w porównaniu do rozstrzygnięć w podobnych sprawach, z uwagi m.in. na specyfikę danego państwa, może być uznane za niewystarczające i niezgodne z Konwencją²².

Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreśla również, że przyznanie niskiego zadośćuczynienia przez sądy krajowe za naruszenie godności czło-

¹⁶ L. Bosek, *Podstawy i zasady odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną uczestnikowi eksperymentu medycznego – de lege lata i de lege ferenda* (w:) *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego*, red. M. Boratyńska, Warszawa 2016.

¹⁷ B. Iwańska, *Warunki prawne dopuszczalności przeprowadzania eksperymentów medycznych*, „Państwo i Prawo” 2000/2, s. 71–84.

¹⁸ Wyrok TK z 11.10.2011 r. (K 16/10), Dz.U. z 2011 r. nr 240 poz. 1436, <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Szukaj?cid=1> (dostęp: 22.09.2022 r.).

¹⁹ Wyrok TK z 10.03.2010 r. (U 5/07), Dz.U. z 2010 r. nr 45 poz. 274, <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Szukaj?cid=1> (dostęp: 22.09.2022 r.).

²⁰ 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).

²¹ Wyrok ETPCz z 13.04.2021 r. w sprawie nr 63789/13 *Scripnic v. Mołdawia*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22document-collectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>.

²² Wyrok ETPCz z 13.04.2021 r. w sprawie nr 63789/13 *Scripnic v. Mołdawia*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22document-collectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>.

wieka w żadnym przypadku nie uzasadnia wniosku państwa-strony Konwencji o niedopuszczenie do merytorycznego rozpoznania sprawy przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. W wyroku wielkiej izby z 1.06.2010 r. (*Gäfgen v. Niemcy*) Trybunał podkreślił znaczenie wartości godności osoby ludzkiej, wskazując, że naruszenie art. 3 Konwencji (zakaz tortur) nie może być usprawiedliwiane nawet słusznym celem, jakim jest walka z przestępczością, a przyznanie niewielkiego zadośćuczynienia przez sądy krajowe nie uzasadnia stwierdzenia, że poszkodowany nie jest już ofiarą naruszenia w rozumieniu art. 35 Konwencji²³.

3. PODSTAWA PRAWNA I PODMIOTY ODPOWIEDZIALNE ZA SZKODY WYRĄDZONE UCZESTNIKOM BADAŃ KLINICZNYCH

Wyrok Sądu Najwyższego skłania do szerszej refleksji na temat podstawy odpowiedzialności cywilnej za szkodę wyrządzoną prowadzeniem badań klinicznych. Kwestia ta z uwagi na brak zarzutów skargi nie została omówiona w uzasadnieniu wyroku, ma jednak bardzo istotne znaczenie.

Podstawy odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną uczestnikom badań klinicznych mogą być poszukiwane w prawie powszechnym oraz w prawie farmaceutycznym. Zgodnie z art. 37j Prawa farmaceutycznego za szkodę

wyrządzoną prowadzeniem badania klinicznego odpowiadają sponsor i badacz solidarnie. Przepis ten w literaturze, a nawet orzecznictwie sądów powszechnych, jest wskazywany jako samodzielna podstawa odpowiedzialności sponsora i badacza na zasadzie ryzyka, skoro przepis ten nie określa wprost żadnych okoliczności egzoneracyjnych²⁴. Jest on więc skonstruowany analogicznie choćby do art. 481 Kodeksu cywilnego²⁵, który wprowadza bezwzględną odpowiedzialność cywilną za opóźnienie. Dodatkowo przepisy Prawa farmaceutycznego przesądzają (art. 37c), że sam fakt prowadzenia (a więc i formalnego dopuszczenia) badania klinicznego nie powoduje zwolnienia sponsora i badacza od odpowiedzialności karnej lub cywilnej wynikającej z prowadzonego badania klinicznego. Celem tych przepisów jest zapewnienie szerszej ochrony uczestnikom badania poprzez wprowadzenie ostrzejszych zasad odpowiedzialności niż te wynikające z prawa powszechnego²⁶. Jednakże nie mogą one mieć zastosowania do tych eksperymentów medycznych, które nie są badaniami klinicznymi. Przyjmuje się więc z reguły, że odpowiedzialność deliktowa jest właściwym reżimem odpowiedzialności cywilnej w przypadku wyrządzenia szkody uczestnikowi eksperymentu medycznego²⁷.

²³ Wyrok ETPCz z 1.06.2010 r. w sprawie nr 22978/05, *Gäfgen v. Niemcy*, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%7D>.

²⁴ Por. L. Bosek, *Podstawy i zasady odpowiedzialności...*

²⁵ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), dalej k.c.

²⁶ K. Miłowska, P. Zięćnik (w.): *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. W.L. Olszewski, Warszawa 2016.

²⁷ K. Sakowski (w.): *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2022.

Tym samym za słuszne należy uznać podkreślenie w uzasadnieniu omawianego wyroku, że sam fakt przeprowadzenia eksperymentu medycznego wbrew przepisom ustawy prowadzi do niejako automatycznego naruszenia dóbr osobistych jego uczestników i może uzasadniać odpowiedzialność sprawczą za winę własną na podstawie art. 415 lub art. 416 k.c. albo za działania cudze, na podstawie art. 430 k.c. w zw. z art. 448 k.c. Taki pogląd był już wcześniej prezentowany w doktrynie²⁸. W tym kontekście teoretycznie możliwe są również roszczenia poszkodowanego uczestnika eksperymentu medycznego wobec np. członków komisji bioetycznej wcześniej pozytywnie opiniującej projekt badawczy²⁹.

Ponadto odpowiedzialność cywilna za badania kliniczne produktu leczniczego w rozumieniu rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE)

nr 536/2014 z 16.04.2014 r. w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi³⁰ nie została uregulowana w tym rozporządzeniu. Oznacza to, że podstawy odpowiedzialności cywilnej za badania prowadzone w Polsce na podstawie tego rozporządzenia będą w dalszym ciągu kształtowane przez prawo powszechnie i polskie prawo farmaceutyczne. Głosowany wyrok także w tym zakresie będzie istotnym punktem odniesienia.

WNIOSKI

Głosowany wyrok należy ocenić pozytywnie, przede wszystkim wobec szerokiego, gwarancyjnego ujęcia ochrony dóbr osobistych jednostki oraz potwierdzenia ich fundamentalnego znaczenia dla polskiego porządku prawnego.

²⁸ E. Bagińska (w:) *System prawa medycznego*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2021, t. 5.

²⁹ L. Bosek, *Podstawy i zasady odpowiedzialności...*

³⁰ Art. 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 536/2014 z 16.04.2014 r. w sprawie badań klinicznych produktów leczniczych stosowanych u ludzi (Dz.Urz. UE L 158, s. 1).

ABSTRACT

Beata Kozielowicz-Kutrzepa

The author is an attorney at law and a PhD candidate at the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw.

Compensation for harm caused to a participant of a medical experiment. Commentary on Supreme Court judgment of 21 September 2022 (I NSNc 75/21)

The commentary presents a summary as well as an assessment of the Supreme Court judgment of 21 September 2022 concerning the issue of appropriate compen-

sation for harm caused during a medical experiment. According to the commented judgment, even the mere fact of conducting an unlawful medical experiment violates personal rights. This statement should in principle be approved due to the significance of human rights protection. The Court's confirmation of a full compensation for non-financial harm also needs to be assessed positively.

Keywords: *medical experiment, clinical trials, liability of a medical facility, compensation for harm*

Beata Kozielowicz-Kutrzepa

ORCID: 0000-0002-6688-2494; e-mail: b.kozielowicz@uw.edu.pl

Autorka jest radcą prawnym oraz doktorantem w Katedrze Prawa Cywilnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Bagińska Ewa (w:) *System prawa medycznego*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2021, t. 5

Bosek Leszek, *Podstawy i zasady odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną uczestnikowi eksperymentu medycznego – de lege lata i de lege ferenda* (w:) *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego*, red. M. Boratyńska, Warszawa 2016

Gudowski Jacek, Bieniek Gerard (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania. Część ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2018

Iwańska Barbara, *Warunki prawne dopuszczalności przeprowadzania eksperymentów medycznych*, „Państwo i Prawo” 2000/2, s. 71

Kubiak Rafał, *Nowe uwarunkowania prawne przeprowadzania eksperymentów medycznych*, „Przegląd Sądowy” 2021/1, s. 5

Miłowska Krystyna, Zięcik Piotr (w:) *Prawo farmaceutyczne. Komentarz*, red. W.L. Olszewski, Warszawa 2016

Nesterowicz Mirosław, *Eksperyment medyczny w świetle prawa (podstawy prawne, odpowiedzialność, ubezpieczenia)*, „Prawo i Medycyna. Wydanie specjalne” 2004, s. 27

Nesterowicz Mirosław, *Zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę w „procesach lekarskich”*, „Państwo i Prawo” 2005/3, s. 5

Sakowski Krzysztof (w:) *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, red. E. Zielińska, Warszawa 2022

- Stankiewicz Rafał**, *Instytucje rynku farmaceutycznego*, Warszawa 2016
- Szpunar Adam**, *Ochrona dóbr osobistych*, Warszawa 1979
- Szpunar Adam**, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999
- Świdorska Małgorzata, Wnukiewicz-Kozłowska Agata** (w:) *System prawa medycznego*, t. 4, *Prawo farmaceutyczne*, red. J. Haberko, Warszawa 2019
- Świerczyński Marek** (w:) *Prawo farmaceutyczne*, red. M. Krekora, M. Świerczyński, E. Traple, Warszawa 2020

Pojęcia kluczowe: *zastępca generalny, likwidator kancelarii, wynagrodzenie adwokata, umowa zlecenie*

FForum adwokackie

Łukasz Mirocha

ZAGADNIENIA FINANSOWE ZWIĄZANE Z WYZNACZENIEM ZASTĘPCY GENERALNEGO

Artykuł dotyczy problemu relacji finansowych w przypadku wyznaczenia tzw. zastępcy generalnego. Pojęcie „zastępca generalny” jest częścią języka prawniczego, a nie prawnego – w dalszej części artykułu pojęcie to oznacza adwokata wyznaczonego decyzją dziekana do zastępowania adwokata niemającego czasowo lub trwale możliwości wykonywania zawodu, jak również w wypadku skreślenia z listy adwokatów na podstawie art. 37a ust. 2 ustawy z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze¹. Wstępnym założeniem, na którym opiera się praca, jest to, że w relacje finansowe w komentowanej sytuacji, poza zastępcą generalnym, zaangażowane będą następujące podmioty: klienci, adwokat zastępowany (ewentualnie jego spadkobiercy) oraz Skarb Państwa.

W pierwszej części artykułu przybliżony zostaje charakter prawny instytucji zastępcy generalnego, natomiast w zasadniczej części podjęto próbę wskazania, na jakich zasadach i od kogo zastępca generalny może domagać się wynagrodzenia. Omówiono tam także zasady rozliczeń adwokata zastępowanego z klientami oraz Skarbem Państwa. Rozróznilo przypadki zastępowania adwokata w sprawach z wyboru oraz w sprawach z urzędu. Z rozważań wyłączono sytuację przewidzianą w art. 26 ustawy – Prawo o adwokaturze, tj. wyznaczenie zastępcy w ramach zespołu adwokackiego, z uwagi na malejącą popularność wykonywania zawodu w tej formie. Artykuł ma przede wszystkim znaczenie praktyczne, obejmuje analizę relewantnych regulacji prawnych, doktryny i orzecznictwa.

¹ Ustawa z 26.05.1982 r. – Prawo o adwokaturze (Dz.U. z 2020 r. poz. 1651).

UWAGI OGÓLNE NA TEMAT ZASTĘPSTWA GENERALNEGO

Komentowana instytucja została wprowadzona do obecnie obowiązującej ustawy – Prawo o adwokaturze na mocy ustawy z 22.05.1997 r.² i funkcjonuje od 15.09.1997 r. Poprzednio obowiązujące ustawy regulujące urząd adwokatury również przewidywały instytucję zastępstwa generalnego. Ustawa z 4.05.1938 r. – Prawo o ustroju adwokatury³ umieszczała w katalogu kompetencji samorządu adwokackiego „wyznaczenie w razie potrzeby zastępców adwokatów” (art. 2 ust. 2 lit. h). Ustanowienie „zastępcy dla adwokata w przypadku skreślenia go z listy lub zawieszenia w czynnościach zawodowych” oraz w wypadku czasowego braku możliwości wykonywania zawodu należało do kompetencji okręgowej rady adwokackiej, która dokonywała ustanowienia w formie uchwały (art. 76 ust. 1–3). Przepisy cytowanej ustawy przewidywały, że „uchwała rady zastępuje substytucję, udzieloną przez adwokata” (art. 76 ust. 3) oraz – czego nie przewiduje obecne rozwiązanie – nakładały na zastępcę generalnego obowiązek zawiadomienia klientów zastępowanego adwokata o przyjęciu zastępstwa. Kolejne ustawy regulujące urząd adwokatury kontynuowały przyjęty model, z tym zastrzeżeniem, że w okresie PRL wobec preferencji ustawodawcy względem wykonywania zawodu adwokata w ramach zespołu adwokackiego na znaczeniu zyskiwało rozwiązanie, które obecnie opisane jest w art. 26 ustawy Prawo o adwokaturze⁴.

Katalog przesłanek ustanowienia zastępcy generalnego obejmuje obecnie trzy sytuacje:

- 1) czasowy brak możliwości wykonywania zawodu,
- 2) trwały brak możliwości wykonywania zawodu,
- 3) skreślenie z listy adwokatów.

Odmiennością względem rozwiązania zawartego w ustawie z 1938 r. jest brak potraktowania zawieszenia w czynnościach zawodowych jako przesłanki do ustanowienia zastępcy zawodowego. Niemniej zasadne wydaje się przyjęcie, że zawieszenie w wykonywaniu czynności zawodowych może mieścić się w przesłance „czasowego braku możliwości wykonywania zawodu”. Stosownie do art. 4b ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo o adwokaturze „adwokat nie może wykonywać zawodu: (...) w razie orzeczenia kary zawieszenia w czynnościach zawodowych albo tymczasowego zawieszenia w wykonywaniu czynności zawodowych”. Ryzykowna z kolei wydaje się interpretacja, w myśl której – w zależności od decyzji dziekana wydanej na podstawie art. 4d ustawy – Prawo o adwokaturze – zawieszony adwokat będzie mógł samodzielnie udzielić substytucji do

² Ustawa z 22.05.1997 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze, ustawy o radcach prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1997 r. nr 75 poz. 471).

³ Ustawa z 4.05.1938 r. – Prawo o ustroju adwokatury (Dz.U. z 1938 r. nr 33 poz. 289).

⁴ P.R. Graczyk, A. Porębska, *Zastępstwo adwokata – „likwidacja kancelarii adwokackiej” w teorii i w praktyce*, „Prawo w Działaniu” 2020/44, s. 219.

zastępowania go przed sądami i innymi organami. Sytuacja taka mieściłaby się w hipotezie art. 37a ust. 1 ustawy – Prawo o adwokaturze – zawieszenie miałoby charakter „przemijającej przeszkody”.

Przesłankę trwałego braku możliwości wykonywania zawodu należy odczytywać, biorąc pod uwagę treść art. 4c ustawy – Prawo o adwokaturze, który mówi o „trwałej niezdolności do wykonywania zawodu”. Niemniej odróżnić należy pojęcie „możliwość” zawarte w art. 37a ustawy od pojęcia „zdolność” użytego w art. 4c. Pojęcie „trwała niezdolność do wykonywania zawodu” ma wymiar przede wszystkim zdrowotny⁵, o czym świadczy odwołanie się przez ustawę do „opinii lub orzeczeń lekarskich” przy orzekaniu przez okręgową radę adwokacką w tym przedmiocie. Podkreślić warto, że w czasie trwania postępowania dotyczącego orzeczenia o trwałej niezdolności do wykonywania zawodu adwokat może zostać zawieszony tymczasowo w wykonywaniu czynności zawodowych, co aktualizuje komentowaną wyżej przesłankę czasowego braku możliwości wykonywania zawodu. Wracając do rozróżnienia pojęć „zdolność” i „możliwość”, podnieść trzeba, że obydwa terminy mają charakter otwarty, ocenny, ale to ostatnie ma szersze znaczenie i nie musi odnosić się do okoliczności zdrowotnych. Każda sytuacja faktyczna niepozwalająca trwale adwokatowi wykonywać zawodu, a niemieszcząca się w pozostałych przesłankach opisanych w art. 37a ust. 2 ustawy – Prawo o adwokaturze, będzie wpisywała się w komentowaną przesłankę.

Przesłanka skreślenia z listy adwokatów, w przeciwieństwie do analizowanych wcześniej, nie ma charakteru ocenego. Podstawy skreślenia adwokata z listy określa art. 72 ustawy, wskazując na: śmierć adwokata⁶, wystąpienie z adwokatury, przeniesienie siedziby zawodowej do innej izby adwokackiej, objęcie stanowiska w organach wymiaru sprawiedliwości, organach ścigania lub rozpoczęcie wykonywania zawodu notariusza, podjęcie zatrudnienia na stanowisku Prezesa Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej, jej wiceprezesa, radcy lub referendarza, powołanie do wojskowej służby zawodowej, utratę z mocy wyroku sądowego praw publicznych lub prawa wykonywania zawodu, orzeczenie przez sąd dyscyplinarny kary wydalenia z adwokatury. Dodatkowo możliwe jest skreślenie adwokata z listy okręgowej rady adwokackiej w przypadku wykrycia deliktu popełnionego przed wpisem, w wypadku braku uprzedniej wiedzy rady w tym zakresie oraz przy przyjęciu, że czyn stanowiłby przeszkodę do wpisu (art. 74 ustawy).

W kontekście problemu ustanowienia zastępcy generalnego szerszego ko-

⁵ Jacek Trela sugeruje, że „Trwała niezdolność do wykonywania zawodu adwokata może wiązać się przede wszystkim z takimi stanami psychicznymi, które uniemożliwiają lub w znacznym stopniu utrudniają adwokatowi podejmowanie działań w celu należytego wykonywania zawodu” – J. Trela (w:) *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, red. P. Kruszyński, Warszawa 2016, LEX/el.; z orzecznictwa wynika, że może chodzić zarówno o fizyczny, jak i psychiczny wymiar zdrowia, por. wyrok WSA w Warszawie z 2.11.2005 r. (VI SA/Wa 962/05), LEX nr 198995; wyrok WSA w Warszawie z 22.03.2018 r. (VI SA/Wa 2382/17), LEX nr 3100855.

⁶ Por. wyrok SN z 26.11.2004 r. (V CK 284/04), LEX nr 1124119.

mentarza wymaga przesłanka przeniesienia siedziby zawodowej do innej izby adwokackiej. Ustawa z 4.05.1938 r. – Prawo o ustroju adwokatury stanowiła, że w takiej sytuacji „adwokat – przenosząc siedzibę lub wydalając się z niej na czas ponad sześć tygodni – ustanowi innego adwokata swym zastępcą i zawiadomi o tym okręgową radę adwokacką” (art. 75), co wyłączało potrzebę ustanowienia zastępcy generalnego. W obecnym stanie prawnym problemu dotyczy art. 71b ust. 2 ustawy – Prawo o adwokaturze, zgodnie z którym „Zmiana siedziby zawodowej przez adwokata, o której mowa w art. 71 ust. 1 (zmiana siedziby w ramach tej samej izby adwokackiej – przyp. Ł.M.) lub w art. 71a ust. 1 (przeniesienie siedziby do okręgu innej izby – przyp. Ł.M.), nie może stanowić podstawy do wypowiedzenia przez adwokata stosunku pełnomocnictwa oraz zwolnienia adwokata ze świadczenia w danej sprawie pomocy prawnej z urzędu, chyba że zwolni adwokata od udzielania tej pomocy organ, który go wyznaczył”. Przepis ten może sugerować, że adwokat jest zobligowany kontynuować prowadzenie spraw zainicjowanych przed zmianą siedziby, co – na pierwszy rzut oka – stoi w sprzeczności z obowiązkiem wyznaczenia zastępcy generalnego z uwagi na wykreślenie z listy adwokatów. Wydaje się jednak, że art. 37a ustawy mówi o definitywnym skreśleniu z listy adwokatów którejkolwiek okręgowej rady adwokackiej – wówczas wyznaczony jest zastępca generalny, art. 72 ustawy odnosi się zaś do skreślenia z listy adwokatów konkretnej rady okręgowej – w takiej sytuacji adwokat zobligowany jest kontynuować prowadzenie spraw.

Stosownie do zdania drugiego art. 37a ust. 2 ustawy – Prawo o adwokaturze „Decyzja dziekana stanowi upoważnienie adwokata do prowadzenia spraw i powinna mieć formę pisemną”. Na tle tego sformułowania powstały wątpliwości interpretacyjne dotyczące charakteru decyzji dziekana, sprowadzające się do pytania, czy ma ona charakter decyzji administracyjnej. Rodziłoby to konieczność stosowania do decyzji dziekana wymogów Kodeksu postępowania administracyjnego⁷. Wątpliwości te zostały rozstrzygnięte przez orzecznictwo sądowe negujące charakter decyzji dziekana jako decyzji administracyjnej⁸. Wobec powyższego zasadniczym wymogiem formalnym decyzji jest sformułowanie jej na piśmie, co jest oczywiste wobec konieczności posłużenia się nią przez zastępcę generalnego przed sądami czy innymi organami, w celu udokumentowania umocowania w sprawie.

W doktrynie pojawiły się również wątpliwości co do zaskarżalności decyzji. W myśl jednego ze stanowisk decyzja o wyznaczeniu jest zaskarżalna, przy czym organem odwoławczym jest okręgowa rada adwokacka⁹. Pogląd ten nie znajduje uzasadnienia w treści ustawy, która stwierdza, że „inne (względem udzielenia ostrzeżenia adwokatowi lub aplikantowi – przyp. Ł.M.) decyzje dziekana podlegają zaskarżeniu w wypadkach przewidzianych w ustawie” (art. 48 ust. 4 ustawy). Ustawa nie wskazuje, by od decyzji wydanej w trybie art. 37a

⁷ Ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 2000).

⁸ P.R. Graczyk, A. Porębska, *Zastępczość adwokacka...*, s. 221.

⁹ J. Trela (w:) *Prawo o adwokaturze...*

ust. 2 przysługiwało odwołanie, dlatego należy uznać zasadność stanowiska optującego za niezaskarżalnością tej decyzji¹⁰.

W praktyce mogą pojawić się sytuacje uzasadniające zwolnienie przez dziekana zastępcy generalnego z obowiązku pełnienia tej funkcji, co nastąpi w formie zmiany decyzji dziekana. Wniosek zastępcy generalnego o taką zmianę może być motywowany zbyt dużym natężeniem pracy na skutek ewentualnego przejścia spraw zastępowanego adwokata, co odbyłoby się ze szkodą dla klientów czy z konfliktem interesów, gdy zastępca generalny reprezentuje przeciwników procesowych klientów adwokata zastępowanego. Przypomnieć należy, że stosownie do § 63 Kodeksu etyki adwokackiej¹¹ „adwokat obowiązany jest stosować się do obowiązujących uchwał i innych decyzji władz adwokatury”, a władzami adwokatury „są zarówno organy adwokatury, jak i organy izb adwokackich oraz dziekan i rzecznik dyscyplinarny”.

WYNAGRODZENIE ZASTĘPCY GENERALNEGO

Decyzja dziekana o wyznaczeniu zastępcy generalnego przynosi skutki w sferze procesowej – stanowi upoważnienie dla zastępcy generalnego do prowadzenia spraw adwokata zastępowanego, jest równoważna pełnomocnictwu procesowemu czy upoważnieniu do obrony. Decyzja ta nie odnosi się natomiast do stosunku cywilnoprawnego między zastępcą generalnym a osobami, które ma prawo na mocy tej decyzji reprezentować¹²; nie oznacza ona przeniesienia stosunków prawnych łączących adwokata zastępowanego z jego klientami na zastępcę generalnego.

Poszukując wskazówek dotyczących ukształtowania relacji między klientem a zastępcą generalnym oraz adwokatem zastępowanym, należy odwołać się do przepisów powszechnie obowiązujących oraz deontologii zawodowej. W dalszej części rozróżniono zagadnienie zastępstwa w sprawach z wyboru oraz przypadek spraw z urzędu.

SPRAWY Z WYBORU

Stosownie do art. 16 ust. 1 ustawy – Prawo o adwokaturze „opłaty za czynności adwokackie ustala umowa z klientem”. W związku z tym, że zastępca generalny nie wstępuje w stosunki umowne łączące adwokata zastępowanego i jego klientów, konieczne jest zawarcie przez zastępcę generalnego umów z klientami, których może reprezentować na podstawie decyzji dziekana. Relewantne w tym zakresie będą postanowienia Kodeksu cywilnego¹³ dotyczące umowy

¹⁰ Por. PR. Graczyk, A. Porębska, *Zastępstwo adwokata...*, s. 222.

¹¹ Zbiór zasad etyki adwokackiej i godności zawodu (Kodeks etyki adwokackiej) (uchwała NRA nr 2/XVIII/98).

¹² PR. Graczyk, A. Porębska, *Zastępstwo adwokata...*, s. 225.

¹³ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2022 r. poz. 1360).

zlecenia¹⁴. Z uwagi na treść § 6 Regulaminu wykonywania zawodu adwokata w kancelarii indywidualnej lub spółkach¹⁵ zalecane jest, by umowa sporządzona była na piśmie, chociażby w celu wyeliminowania późniejszych wątpliwości co do jej treści, w tym wysokości wynagrodzenia. Sporządzenie umowy na piśmie sugeruje również § 50 Kodeksu etyki adwokackiej, wymagający od adwokata szczególnej skrupulatności w sprawach finansowych. Instytucja zastępcy generalnego służy ochronie interesów klientów, niemniej nie można zapominać, że adwokat generalny jest z perspektywy klienta osobą wyznaczoną arbitralnie, z pominięciem woli klienta w tym zakresie. Okoliczność ta przemawia za zachowaniem najwyższego stopnia klarowności wzajemnych relacji zastępcy generalnego i klienta.

W praktyce na etapie zawierania umowy może pojawić się w pewnym stopniu uzasadniona wątpliwość klienta wynikająca z tego, że uścił już wynagrodzenie za prowadzenie sprawy adwokatowi zastępowanemu. Pojawienie się tego problemu oraz jego zakres uzależnione są od konkretnych okoliczności faktycznych, niemniej nie można wykluczyć sytuacji, w której klient uregulował „z góry” w całości wynagrodzenie za prowadzenie sprawy adwokatowi zastępowanemu, który nie ma możliwości doprowadzić sprawy do końca, a klient podnosi, że nie chce płacić drugi raz za tę samą usługę.

W razie niedojścia klienta oraz zastępcy generalnego do porozumienia w zakresie treści łączącej ich potencjalnie umowy, zwłaszcza wysokości wynagrodzenia, należy odwołać się do § 55 Kodeksu etyki adwokackiej oraz art. 28 ust. 1 ustawy – Prawo o adwokaturze. Obydwa przepisy odnoszą się do obowiązku adwokata w udzielaniu pomocy prawnej. Pierwszy z tych przepisów stanowi, że „adwokatowi nie wolno zaniechać czynności w prowadzonej sprawie z tego powodu, że klient nie wniósł ustalonego honorarium, a w szczególności nie wolno mu z tego powodu uchylić się od stawiennictwa na rozprawie. Natomiast nieuiszczenie przez klienta ustalonego honorarium może stanowić podstawę do wypowiedzenia pełnomocnictwa w trybie i terminie przewidzianym przez prawo”. Problemem interpretacyjnym może okazać się wykładnia pojęcia „ustalone honorarium”, możliwe są bowiem co najmniej dwa warianty jego odczytania. Pierwszy wariant zakłada, że „ustalone” oznacza uzgodnione między adwokatem oraz klientem. Przyjmując tę opcję interpretacyjną, należałoby uznać, że obowiązki wynikające z § 55 Kodeksu etyki adwokackiej nie dotyczą zastępcy generalnego, nie doszło jeszcze bowiem do porozumienia z klientem w przedmiocie wysokości wynagrodzenia. Według drugiego wariantu interpretacyjnego termin „ustalone” może odnosić się do innych niż zgoda adwokata i klienta źródeł wysokości należnego honorarium, np. przepisów stosownego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości, wydanego na podstawie delegacji z art. 16 ustawy – Prawo o adwokaturze. W tym kontekście przypomnieć trzeba, że stosownie do

¹⁴ Por. wyrok SN z 11.08.2011 r. (I CSK 611/10), LEX nr 989121; M. Gawryluk, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Warszawa 2012, LEX/el.

¹⁵ Uchwała nr 54/2009 Naczelnej Rady Adwokackiej z 12.09.2009 r.

cytowanego wyżej wyroku Sądu Najwyższego z 11.08.2011 r. (I CSK 611/10) „jeżeli jednak wysokość opłaty nie zostanie określona, rozwiązania poszukiwać należy w przepisach o umowie zlecenia. Artykuł 735 § 2 k.c. przewiduje, że w przypadku, kiedy nie ma obowiązującej taryfy i strony nie umówiły się na wysokość wynagrodzenia, przyjmującemu zlecenie należy się wynagrodzenie odpowiadające wykonanej pracy”¹⁶. W tym świetle zasadny wydaje się drugi wariant interpretacyjny i przyjęcie, że w razie niedojścia stron potencjalnej umowy do porozumienia zastępca generalny ma obowiązek działania w imieniu klienta, uprawniony jest natomiast do wypowiedzenia mu pełnomocnictwa i w takim przypadku zobowiązany będzie pełnić swe obowiązki przez kolejne dwa tygodnie na zasadzie art. 27 ust. 2 ustawy – Prawo o adwokaturze.

Z powyższych rozważań wynika, że w razie niedojścia przez klienta i zastępcę generalnego do porozumienia w zakresie treści stosunku cywilnoprawnego, który miałby ich łączyć, jednym z rozwiązań jest wypowiedzenie stosunku pełnomocnictwa. Traktując za ewentualną przyczynę tego stanu rzeczy brak woli ze strony klienta płacenia po raz drugi za tę samą usługę, rozważyć warto, czy obowiązujące przepisy dają możliwość „podzielenia” wynagrodzenia uiszczonego na rzecz adwokata zastępowanego między nim a zastępcą generalnym, bądź – szerzej – uregulowania stosunków w ten sposób, że każdy z adwokatów otrzyma wynagrodzenie proporcjonalne względem nakładu pracy poczynionego w prowadzenie sprawy.

W pierwszej kolejności rozważyć warto przypadek śmierci adwokata zastępowanego, tzn. przyjmującego zlecenie. Śmierć adwokata (i wynikające z tego skreślenie z listy adwokatów) jest sytuacją uzasadniającą ustanowienie zastępcy generalnego, sytuacja taka została również wprost przewidziana w przepisach dotyczących umowy zlecenia. Artykuł 748 k.c. stanowi, że „w braku odmiennej umowy zlecenie wygasa wskutek śmierci przyjmującego zlecenie albo wskutek utraty przez niego pełnej zdolności do czynności prawnych”. Obowiązki wynikające z umowy zlecenia nie przechodzą w takiej sytuacji na spadkobierców zmarłego adwokata, w skład masy spadkowej wchodzi natomiast roszczenia dotyczące wynagrodzenia adwokata (o ile nie zostało ono uiszczone za jego życia) lub poczynionych przez niego wydatków¹⁷. Aktualne pozostaje pytanie, czy reprezentowana osoba mogłaby kierować względem spadkobierców adwokata roszczenie o zwrot pobranego przez niego wynagrodzenia z uwagi na niewykonanie lub niepełne wykonanie umowy. Poszukując podstawy do takiego roszczenia, należy sięgnąć do konstrukcji świadczenia nienależnego, a konkretnie przesłanek odpadnięcia podstawy świadczenia oraz nieosiągnięcia zamierzonego celu świadczenia (art. 410 § 2 k.c.)¹⁸.

¹⁶ Art. 735 § 1 przewiduje tzw. względną zasadę odpłatności zlecenia – zlecenie jest odpłatne, chyba że strony umówiły się inaczej; por. M. Gawryluk, *Prawo o adwokaturze...*

¹⁷ P. Drapała (w.): *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, LEX/el.

¹⁸ W doktrynie wyrażono pogląd, że „w przypadku przejęcia praktyki zmarłego adwokata nie

W pozostałych przypadkach adwokat zastępowany powinien rozwiązać umowę zlecenia z klientem i zastosowanie znajdzie w tym zakresie art. 746 k.c. W sytuacji wypowiedzenia umowy przez klienta – dającego zlecenie będzie on zobowiązany do zwrócenia adwokatowi wydatków, które ten poczynił w celu należytego wykonania zlecenia oraz zapłaty przyjmującemu zlecenie części wynagrodzenia odpowiadającej jego dotychczasowym czynnościom¹⁹. Może to oznaczać, że w przypadku uregulowania całego wynagrodzenia za prowadzenie sprawy „z góry” zasadne będzie żądanie przez klienta zwrotu części tego wynagrodzenia z uwagi na niewykonanie przez adwokata umowy w całości. W tym kontekście problematyczne może być wyznaczenie kwoty „odpowiadającej dotychczasowym czynnościom”, z uwagi na trudność w przewidzeniu czynności pozostałych do wykonania w sprawie (liczby i długości rozpraw, liczby pism procesowych itp.)²⁰. Hipotetycznym rozwiązaniem tego problemu może być wstrzymanie się z rozliczeniem do zakończenia sprawy, gdy będzie możliwe porównanie wkładu adwokata zastępowanego oraz zastępcy generalnego do sprawy, co oczywiście wymagałoby zgody zainteresowanych. W pewnych sytuacjach możliwe będzie również odwołanie się do przepisów powszechnie obowiązujących – komentowanych niżej rozporządzeń Ministra Sprawiedliwości.

Dalsza część analizowanego przepisu obciąża klienta – dającego zlecenie obowiązkiem naprawienia szkody wyrządzonej zleceniobiorcy – adwokatowi, w sytuacji gdy wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu. Przepis ten nie powinien mieć zastosowania w omawianym kontekście, zaistnienie bowiem po stronie zleceniobiorcy przesłanek z art. 37a ust. 2 ustawy – Prawo o adwokaturze jest ważnym powodem, i to – wyłączony przyczyny obiektywne, np. zdrowotne – powodem, za który odpowiada zleceniobiorca.

Rozstrzygnięcie, czy zaistnienie przesłanek z art. 37a ust. 2 ustawy – Prawo o adwokaturze jest „ważnym powodem” oraz kto jest odpowiedzialny za jego zaistnienie, jest istotne również w wypadku wypowiedzenia umowy przez przyjmującego zlecenie – adwokata zastępowanego. Zgodnie z art. 746 § 2 k.c. „gdy zlecenie jest odpłatne, a wypowiedzenie nastąpiło bez ważnego powodu,

jest wykluczone uzgodnienie ze spadkobiercami odpowiedniego wynagrodzenia z tego tytułu. W polskich warunkach w praktyce tego typu uzgodnienia te mają miejsce najczęściej w sytuacjach, gdy adwokat był współnikiem spółki osobowej, a umowa spółki nie przewiduje wstąpienia w miejsce zmarłego współnika jego spadkobierców lub gdy spadkobiercy nie posiadają odpowiednich kwalifikacji zawodowych.” – P.R. Graczyk, A. Porębska, *Zastępstwo adwokata...*, s. 227.

¹⁹ Por. P. Nazaruk (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2022, LEX/el.

²⁰ Stosownie do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 3.04.2020 r. (V ACa 432/19), LEX nr 3171109, „wynagrodzenie «odpowiadające dotychczasowym czynnościom», o którym mowa w art. 746 § 1 k.c., to takie, którego stosunkowa wysokość w porównaniu z wynagrodzeniem ustalonym w umowie może być uzależniona od zestawienia zakresu czynności podjętych przez przyjmującego zlecenie z tymi, które miał w ogólności dokonać w ramach wykonania zlecenia oraz odniesiona do zamierzonego przez strony celu umowy”.

przyjmujący zlecenie jest odpowiedzialny za szkodę”. W doktrynie wyrażono pogląd, że „szkoda ta obejmuje rzeczywistą stratę i utracony zysk, w tym np. zwiększone koszty dokończenia zlecenia przez osobę trzecią”²¹. Zaistnienie ważnych powodów po stronie zastępowanego adwokata, jeśli było zawinione, nie powinno zamykać zleceniodawcy drogi do dochodzenia odszkodowania. Należy również zwrócić uwagę, że interpretacja art. 746 § 1 k.c. *a contrario* prowadzi do wniosku, że „w sytuacji gdy zlecenie wypowiedział przyjmujący, to jeśli nie umówiono się inaczej, nie przysługuje mu roszczenie o zwrot wydatków i odpowiednią część wynagrodzenia”²².

Powyższe rozważania dotyczą jedynie rozliczeń klienta z adwokatem zastępowanym. Ukazują one, że klient ma prawne podstawy domagania się zwrotu części wypłaconego wynagrodzenia. Jeśli chodzi o kwestię ustalenia z zastępcą generalnym wynagrodzenia niższego niż za prowadzenie całej sprawy, odwołać należy się do przywołanego wyżej art. 16 ust. 1 ustawy – Prawo o adwokaturze oraz zasady swobody umów.

SPRAWY Z URZĘDU

Cytowani wielokrotnie w niniejszej pracy Piotr R. Graczyk oraz Anna Porębska stoją na stanowisku, że zastosowanie instytucji zastępcy generalnego ogranicza się do spraw z wyboru, zaś w sytuacji wyznaczenia pełnomocnika procesowego z urzędu (ewentualnie obrońcy) sąd prowadzący postępowanie powinien w razie przeszkody w prowadzeniu sprawy przez dotychczasowego adwokata zwrócić się do okręgowej rady adwokackiej o wyznaczenie adwokata do tej konkretnej sprawy (w postępowaniu cywilnym) lub samodzielnie wyznaczyć nowego adwokata (w postępowaniu karnym). Stanowisko to jego autorzy uzasadniają w następujący sposób: „Gestorem umocowania udzielonego pełnomocnikowi jest jednak sąd i to od sądu zależą dalsze czynności dotyczące pełnomocnika z urzędu. Jako że wydane przez sąd postanowienie o ustanowieniu dla strony adwokata z urzędu w dalszym ciągu obowiązuje, konieczne jest podjęcie działań w celu przydzielenia do sprawy kolejnego adwokata. W związku z powyższym przyjmuje się, że udzielone w trybie art. 37a ust. 2 pr. adw. upoważnienie zastępcy do prowadzenia spraw zmarłego adwokata nie obejmuje spraw z urzędu”²³.

²¹ P. Drapała (w:) *Kodeks...*

²² P. Nazaruk (w:) *Kodeks...* W doktrynie prezentowano także odmienny pogląd: „Takie uregulowanie może sugerować, że ustawodawca świadomie pozbawił przyjmującego zlecenie w takim przypadku prawa do wynagrodzenia, co można interpretować jako swoistą «sankcję» za wcześniejsze rozwiązanie umowy. Opowiedzieć się jednak należy za przyznaniem przyjmującemu zlecenie uprawnienia do odpowiedniej części wynagrodzenia, adekwatnej do jego dotychczasowych czynności oraz do zwrotu wydatków poniesionych w celu należytego wykonania zlecenia” – K. Kopaczyńska-Pieczniak (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, LEX/el.

²³ P.R. Graczyk, A. Porębska, *Zastępstwo adwokata...*, s. 233.

Pogląd ten jest dyskusyjny. Prawdziwa jest przesłanka, że to sąd jest gestorem umocowania i to sąd władny jest do uchylecia wyznaczenia pełnomocnika z urzędu²⁴. Nie wydaje się jednak, by z tych założeń wynikał wniosek formułowany przez cytowanych autorów. W sprawach z wyboru „gestorem umocowania” jest klient i ustawa – Prawo o adwokaturze w art. 37a nie przyznaje mu wpływu na wybór osoby zastępcy generalnego ani nie wymaga od niego jakichkolwiek dodatkowych działań w celu ustanowienia zastępcy jego dotychczasowego adwokata. Ostatecznie odwołać się należy do argumentu *lege non distinguente* i podnieść, że z treści art. 37a ustawy nie wynika rozróżnienie na sprawy z wyboru oraz sprawy z urzędu. Ustawa nie odnosi się do źródła umocowania, lecz do stanu, w którym klient pozbawiony jest pełnomocnika lub obrońcy. Z doświadczenia autora niniejszego artykułu wynika, że w wypadku ustanowienia zastępcy generalnego sądy wyrażały raczej wątpliwość, czy jest on umocowany do sprawy z wyboru, uznając za oczywiste, że może on reprezentować klientów adwokata zastępowanego w sprawach, gdzie ten został wyznaczony z urzędu.

Przyjmując, że zastępstwo generalne obejmuje również sprawy z urzędu, aktualne staje się odwołanie do art. 29 ustawy – Prawo o adwokaturze, w myśl którego „koszty nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu ponosi Skarb Państwa albo jednostka samorządu terytorialnego, jeżeli przepis szczególnie tak stanowi”. Zastępcy generalnemu przysługuje wynagrodzenie pełnomocnika lub obrońcy z urzędu i nie ma potrzeby komentowania obowiązujących w tym zakresie zasad²⁵. Warto natomiast zwrócić uwagę na następujące kwestie techniczne.

W przypadku postępowań, w których zasady przyznania kosztów na to zezwalają, zastępca generalny otrzyma wynagrodzenie za czynności, które wykonał samodzielnie, a nie za czynności wykonane uprzednio przez adwokata zastępowanego. Zasada ta została wyrażona np. w postanowieniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 18.03.2013 r.²⁶: „Zasądzenie opłaty na rzecz kolejnego pełnomocnika z urzędu, pełnomocnika wyznaczonego przez organy samorządu adwokackiego w celu realizacji tego samego postanowienia sądu administracyjnego o przyznaniu prawa pomocy, jest aktualne jedynie w zakresie czynności adwokackich jeszcze niewykonanych przez poprzednika”.

²⁴ Co nie jest równoznaczne z wpływem na wybór konkretnego adwokata na pełnomocnika w sprawach cywilnych.

²⁵ W tym zakresie obowiązuje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 3.10.2016 r. w sprawie ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej przez adwokata z urzędu (Dz.U. z 2019 r. poz. 18); warto zaznaczyć, że przed Trybunałem Konstytucyjnym toczy się postępowanie, w którym kwestionowana jest konstytucyjność ww. rozporządzenia w zakresie, w jakim ustala stawki wynagrodzenia obrońcy z urzędu poniżej stawek w przypadku obrony z wyboru, tj. wynikających z rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22.10.2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (SK 76/21).

²⁶ Wyrok WSA w Poznaniu z 18.03.2013 r. (III SA/Po 786/12), LEX nr 1697840.

Z perspektywy adwokata zastępowanego istotne może być jak najszybsze otrzymanie wynagrodzenia w przypadku ustąpienia ze sprawy. W przypadku postępowań cywilnych może to być utrudnione z uwagi na treść art. 108 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego²⁷ przesądzającego o tym, że „sąd rozstrzyga o kosztach w każdym orzeczeniu kończącym sprawę w instancji”. Podkreślić trzeba, że rozstrzygnięcie o kosztach pełnomocnika z urzędu jest integralną częścią wyroku, nie ma w tym przypadku możliwości rozstrzygnięcia wcześniejszym postanowieniem²⁸.

W postępowaniu karnym obowiązuje analogiczne rozwiązanie – stosownie do art. 626 § 1 k.p.k. „W orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie sąd określa, kto, w jakiej części i zakresie ponosi koszty procesu”. *Prima facie*, sformułowanie to również nie pozwala na zasądzenie na rzecz adwokata zastępowanego kosztów obrony wcześniej niż w orzeczeniu kończącym. Stanowisko to wydaje się być dominujące w doktrynie i judykaturze. Sławomir Steinborn przekonuje, że „nie powinno budzić wątpliwości, że w przypadku gdy w toku procesu dochodzi do zmiany obrońcy z urzędu, wynagrodzenie na rzecz ustępującego, jak i nowego obrońcy zasądza się jednocześnie w jednym orzeczeniu”²⁹. Zwrócić należy jednak uwagę, że w przypadku postępowania karnego nie znajduje zastosowania argument wiążący kwestię kosztów zastępstwa procesowego z urzędu z wynikiem postępowania, co jest aktualne w postępowaniu cywilnym. Wynika to z okoliczności, że w rozumieniu art. 618 § 1 k.p.k. koszt wynagrodzenia obrońcy z urzędu jest wydatkiem Skarbu Państwa, który mieści się w pojęciu kosztów sądowych (art. 616 § 2 k.p.k.). Wydatek jest tymczasowo pokrywany ze Skarbu Państwa, co nie oznacza, że Skarb Państwa go docelowo pokrywa. Możliwa jest więc konstrukcja, w której adwokatowi zastępowanemu zostaną przyznane koszty nieopłaconej przez stronę pomocy prawnej udzielonej z urzędu, w orzeczeniu kończącym postępowanie zaś sąd zdecyduje, kogo obciążyć tym wydatkiem. Podkreślić jednak trzeba, że interpretacja ta nie jest zbieżna ze stanowiskiem dominującym w judykaturze i doktrynie.

²⁷ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1967 ze zm.), dalej k.p.c.

²⁸ M. Kuchnio (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz aktualizowany*, red. O.M. Piaskowska, Warszawa 2022, LEX/el.; por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 9.09.2020 r. (III AUa 356/20), LEX nr 3062831, w którym sąd orzekł, że „uchylenie orzeczenia obejmuje również rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów pełnomocnika z urzędu, mimo formalnego nieobjęcia tego punktu apelacją. Orzeczenie o kosztach procesu jest bowiem immanentnie związane z orzeczeniem o przedmiocie sprawy i dlatego może mieć miejsce tylko w orzeczeniach kończących postępowanie (art. 108 § 1 k.p.c.). Orzeczenie o kosztach procesu nie może następować też w oderwaniu od sposobu rozstrzygnięcia co do samej sprawy. Trzeba bowiem zauważyć, iż w sprawie nie jest przesądzone kto ostatecznie poniesie koszty pomocy prawnej udzielonej z urzędu odwołującemu, bowiem w przypadku wygrania przez niego sprawy koszty te ponieść powinna strona przegrywająca, a nie Skarb Państwa”.

²⁹ S. Steinborn (w:) *Komentarz aktualizowany do art. 425-673 Kodeksu postępowania karnego*, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2015, LEX/el.

WNIOSKI

Trafny jest pogląd, że regulacja ustawowa dotycząca instytucji zastępcy generalnego ma „kadłubowy charakter”³⁰. Problemy praktyczne związane z tą instytucją dotyczą również warstwy rozliczeń finansowych między zaangażowanymi podmiotami: klientami, adwokatem zastępowanym, zastępcą generalnym, Skarbem Państwa. Zaproponowane w opracowaniu rozwiązania mają na celu racjonalne – przede wszystkim z perspektywy klienta – uregulowanie tych relacji. Racjonalność ta sprowadza się do dążenia, by klient nie był związany ciężarem wielokrotnego pokrywania kosztów usługi, która z jego perspektywy jest jedną usługą, ale wykonywaną przez kolejne podmioty.

ABSTRACT

dr Łukasz Mirocha

The author is an advocate (District Bar Association in Torun).

Financial issues concerning the so-called general substitute

The article deals with the financial issues in the situation when the so-called general substitute of an advocate is designated by the dean of the bar association when another advocate is temporarily or permanently unable to fulfil their duties. The preliminary assumption underpinning the article is that in the financial relations in such a case it is not only the general substitute that is involved, but also clients, their former representative, and the State Treasury. Firstly, the article comments on general issues connected with general substitutes. Secondly, it attempts to determine the rules which should govern the financial relations between the above-mentioned subjects.

Keywords: *general substitute, law firm liquidator, advocate's remuneration, contract of mandate*

dr Łukasz Mirocha

ORCID: 0000-0002-1498-2960; e-mail: adwokat.mirocha@gmail.com

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Toruniu).

³⁰ P.R. Graczyk, A. Porębska, *Zastępstwo adwokata...*, s. 217.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Drapała Przemysław** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 5, *Zobowiązania. Część szczegółowa*, red. J. Gudowski, Warszawa 2017, LEX/el.
- Gawryluk Marek**, *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, Warszawa 2012, LEX/el.
- Graczyk Piotr R., Porębska Anna**, *Zastępstwo adwokata – „likwidacja kancelarii adwokackiej” w teorii i w praktyce*, „Prawo w Działaniu” 2020/44
- Kopaczyńska-Pieczniak Katarzyna** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 3, *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, Warszawa 2014, LEX/el.
- Kuchnio Magdalena** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz aktualizowany*, red. O.M. Piaskowska, Warszawa 2022, LEX/el.
- Nazaruk Piotr** (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, Warszawa 2022, LEX/el.
- Steinborn Sławomir** (w:) *Komentarz aktualizowany do art. 425–673 Kodeksu postępowania karnego*, red. L.K. Paprzycki, Warszawa 2015, LEX/el.
- Trela Jacek** (w:) *Prawo o adwokaturze. Komentarz*, red. P. Kruszyński, Warszawa 2016, LEX/el.

Gawędy adwokata bibliofila

Andrzej Tomaszek

GŁOSY Z PRZESZŁOŚCI, CZYLI O POŻYTKACH Z LEKTURY ARCHIWALNYCH NUMERÓW „PALESTRY”

Przez kilkadziesiąt lat, zanim rozwinęły się media elektroniczne, „Palestra” spełniała w środowisku prawniczym istotną funkcję informacyjną. Czytelnicy dowiadywali się z jej łamów o ważnych dla adwokatury wydarzeniach, a niejednokrotnie ich przebieg był relacjonowany w całości. I tak cały numer 1 z 1960 r. to „Protokół Zjazdu Adwokatury odbytego w dniach 24 i 25.10.1959 r.” w Warszawie. Warto pamiętać, że był to pierwszy i jedyny „zwyczajny” zjazd adwokatury przed wejściem w życie nadal obowiązującego Prawa o adwokaturze z 26.05.1982 r. Zjazd był możliwy dzięki uchwalonej na fali październikowej odwilży 19.11.1956 r. noweli do ustawy z 27.06.1950 r. – Prawo o ustroju adwokatury. Do zwołania następnego zjazdu władze już nie dopuściły, najpierw przedłużając o rok kadencję wybranych organów adwokatury no-

welą z 21.12.1962 r., a następnie wprowadzając nową, restrykcyjną ustawę o ustroju adwokatury z 19.12.1963 r., która zjazdu adwokatury już nie przewidywała. *Nota bene* Ogólnopolski Zjazd Adwokatów w styczniu 1981 r. wobec braku ustawowej podstawy dla Zjazdu Krajowego został zwołany z inicjatywy społecznej.

W październiku 1959 r. przetrzebiona i zubożała adwokatura polska była jedyną grupą zawodową posiadającą samorządową fasadę. Dyskusja zjazdowa nie dotyczyła polityki, skupiła się na nurtujących środowisko sprawach – opłacalności wykonywania zawodu (pogorszyły się zasady opodatkowania, a w zespołach znaczną część przychodu pochłaniały koszty), dostępu do adwokatury (liczba aplikantów była limitowana, a znaczny przepływ do adwokatury następował z innych zawodów prawniczych) i krytyce ad-

wokatury w prasie (co określano jako dyfamację adwokatury). Otwierając obrady, ustępujący prezes NRA Michał Kulczycki wspominał o krzywdzie wyrządzonej adwokataturze i wyraził nadzieję, że czasy administracyjnego zarządzania nią się już skończyły. „Ludzie na ogół nie zdają sobie sprawy z tego, że samorząd wynika z istoty adwokatury, że nie może być zdrowej adwokatury i że nie mogłaby ona spełniać normalnie swoich zadań, gdyby nie była niezależna w wykonywaniu czynności zawodowych. A tę niezależność gwarantuje jej jedynie samorząd” – stwierdził.

Choć 92% adwokatów było już – jak mówiono – „zespolonych” zgodnie z wolą władz i trudno było liczyć na liberalizację kursu w tej kwestii, nie brakowało głosów wskazujących mankamenty pracy w zespołach adwokackich. Najwięcej polemik wywołało wystąpienie adw. Natana Ceranka, który widział szansę poprawy w tworzeniu 6–7-osobowych zespołów, które – jak można odczytać jego intencje – byłyby *de facto* spółkami adwokackimi. Władysław Pociąg stwierdził: „Ja należę do pokolenia, które już ukształtowało swoją praktykę w zespołach, i twierdzę, że naszą pozycję – tych adwokatów już w średnim wieku, ale jeszcze z małym stażem adwokackim – zawdzięczamy w dużej mierze zespołom, że zespoły nam ułatwiły start. To jest chyba poza sporem i wydaje się, że gdyby zespoły adwokackie niczego innego nie dokonały, to już z tego względu mają one pozytywną wartość”. Z Ceranką nie zgodził się też Roman Łyczywek („Sam należę do małego zespołu

i muszę stwierdzić, że nasze doświadczenia są zdecydowanie pozytywne”). Dziekan izby łódzkiej Zygmunt Albrecht stwierdził, że w zespołach nie dzieje się tak źle, jak podał adw. Ceranka, a przedstawiony przez niego obraz to karykatura. Z Ceranką polemizował też Władysław Sieroszewski, dla którego „na drodze do socjalizmu jest to krok wstecz” i który pozytywów upatrywał m.in. w tym, że zespół adwokacki „odciął go od kontaktu z urzędem skarbowym”.

W dyskusji wiele miejsca poświęcono niezasadnej krytyce adwokatów w mediach i kształceniu aplikantów. Adwokat Józef Stopnicki zreszcie przywoływał XVII-wieczne teksty o obronie przed dyfamacją adwokatury („Co za szczęśliwa profesja, na majątek gębą, nie rękami, zarabiać”), Tadeusz Woner wskazywał na napływ do adwokatury z innych zawodów prawniczych i nie bez racji stwierdził: „My za dzisiejszy skład adwokatury jako korporacja w całości nie odpowiadamy”. W wielowątkowym wystąpieniu wspomniany już adw. Albrecht wyraził opinię, że kryterium dla określania liczebności adwokatury powinno stanowić zapotrzebowanie na pomoc prawną. Jego zdaniem aktualne proporcje liczby adwokatów do liczby mieszkańców są takie same jak przed wojną, ale nastąpiły niekorzystne zmiany jakościowe. „Jakież mamy dziś sprawy cywilne, które rzeczywiście dają sposobność do zarobku większego? – pytał. – Są to sprawy na tle nieszczęśliwych wypadków i rozwodowe. Wszystko inne to drobiazgi, bo przecież spraw hipotecznych, windykacji zadłużeń i kredytów nie prowa-

dzimy, gdyż nowe warunki społeczno-gospodarcze zdezaktualizowały mnóstwo sporów charakterystycznych dla kapitalistycznego ustroju. Jeżeli zatem stosunek adwokatów jest mniej więcej taki sam jak przed wojną, a spraw cywilnych mniej, aniżeli przed wojną, to na czym może opierać się pogląd, że adwokatów jest za mało?”

Stanisław Janczewski i Bohdan Suligowski wskazywali na potrzebę przyjęcia zbioru zasad etyki adwokackiej. Kiedy w toku dyskusji jako przykład nieprawidłowości na egzaminie na aplikację podano pytanie „jakie akty prawne były w języku białoruskim”, adw. Helena Wiewiórska (pierwsza kobieta-adwokat w Polsce) ripostowała: „Młodzi kandydaci do stanu adwokackiego muszą mieć ogólne wykształcenie humanistyczne, a przede wszystkim muszą znać historię w ogóle, a historię Polski w szczególności. Pytanie więc dotyczące Statutu Litewskiego uważam za właściwe”.

Za patetyczne można uznać wystąpienie Zygmunta Kopankiewicza, który wyraził obawę przed napływem do adwokatury byłych sędziów i prokuratorów, określił adwokatów jako „5-tysięczną rzeszę mężów zaufania obywatelskiego, obrońców, doradców, a często spowiedników największych tajemnic ludzkich”, która „nie jest urzędem państwowym i nie powinna być organem administracji państwowej. Zadaniem bowiem adwokatury jest obrona praw człowieka i obywatela, obrona praw człowieka w jego konfliktach międzyludzkich i obrona praw obywatela w jego konfliktach z władzą państwową”. Do użytej przez adw. Kopankiewicza frazy o mężach zaufania

obywatelskiego z powątpiewaniem odniósł się nadzorujący adwokatów, goszczący na zjeździe wiceminister sprawiedliwości Kazimierz Zawadzki. W obszernym wystąpieniu polemizował z większością dyskutantów, ale zapewniał o respektowaniu prawa do obrony i deklarował w typowym dla ówczesnej władzy stylu:

„Nie trzeba więc tu przeciwstawiać wysiłków adwokatury wysiłkom Partii, wysiłkom klasy robotniczej, wysiłkom władzy ludowej o utrwalenie praworządności i zapewnienie rzeczywistego, a nie fikcyjnego prawa do obrony. (...) Słusznie podkreślano tutaj, że rola adwokata jest szczególna, że powinien on cieszyć się zaufaniem obywateli, że musi być tym człowiekiem, któremu śmiało i otwarcie można powiedzieć o sobie wszystko z wiedzą o tym, że w granicach prawa uprawniony jest do obrony człowieka i obywatela, z wiedzą o tym, że tajemnica zawodowa chroni przed nadużyciem tego zaufania, jakie zostało mu powierzone.

Dlatego chyba najbardziej trafną formą dla kierowania adwokatami okazał się samorząd i dlatego władza ludowa uznała, że w przeciwieństwie do całego szeregu innych zawodów, które miały nawet kiedyś samorząd, a dziś go nie mają, adwokatów samorząd powinien być przywrócony. Szereg propozycji idzie w tym kierunku, żeby stworzyć dla samorządu rzeczywiście dobre warunki pracy. Nie trzeba jednak zapominać o tym, że ten samorząd – jak każdy samorząd – jest częścią delegacji władzy państwowej, która jest odpowiedzialna za ogólną politykę państwa i za sposób

jej realizowania w każdej dziedzinie; że adwokatura jest jednym ze współczynników wymiaru sprawiedliwości i dlatego zastrzeżone są ustawowo prawa nadzorcze organów państwowych nad adwokaturą”.

Występujący wkrótce po Zawadzkim Kazimierz Buchała (późniejszy prezes NRA) jak liczni poprzednicy polemizował z adw. Ceranką i wskazał założenia, które miały uzasadniać wykonywanie zawodu w zespole jako wyższej formie. „Ta wyższa forma miała polegać na tym, że w zespołach ma się kształtować wspólna praca od strony materialnej, a nie organizacyjnej. Na czym to polega? Na wzajemnej pomocy, konsultacjach, specjalizacji. Sadzę, że socjalistycznej treści odpowiada taki rozdział sprawy, który by zapewniał najlepszą obronę i umożliwiał adwokatom specjalizację, uwalniał od administracyjnych czynności, przerzucając je na personel zespołu, i wreszcie (bardzo ważna funkcja) chodzi o to, by istniał jakiś sprawiedliwy rozdział pracy zapewniający zlikwidowanie dysproporcji w zarobkach”.

Adwokat MarceLi Lityński z izby bydgoskiej jako „głos prowincji, którą koryfeusze z wielkich miast klepią po ramieniu” apelował „w imię nas, szarych szeregów armii adwokackiej, w imię prawa” o zakończenie wojny podjazdowej z ministerstwem i – także nawiązując do wystąpienia Ceranki – wskazywał pozytywne doświadczenia zespołów adwokackich w ZSRR i Rumunii. „Nawiązując do słów mych poprzedników – powiedział – którzy gloryfikowali dziekana Payena, oraz do przykładów z Molie-

ra i Fryderyka Wielkiego, powiem na to krótko, że pracując w warunkach społeczeństwa socjalistycznego dziekan Payen musiałby przejść przez kurs ideologiczny, aby przekonać się, że adwokatura socjalistyczna służy innym celom i klasom aniżeli adwokatura burżuazyjna!”

Przeciwieństwem wiecowej stylizacji było wystąpienie Stanisława Garkickiego, dziekana izby warszawskiej, który zaznaczył, że nie ma żadnej wojny podjazdowej, tylko wymiana poglądów, podjął również polemikę z adw. Ceranką i wyraził następujące wątpliwości wobec postulatu pracy kolektywnej w zespołach adwokackich:

„A ja osobiście mam wątpliwości, czy ta kolektywność tak bardzo się łączy i pasuje do zawodu adwokackiego. To zależy, jak ten zawód traktować. Ale jeżeli byśmy stosowali najwyższe kryteria nie rzemiosła, lecz sztuki – a mnie się zdaje, że wymiarowi sprawiedliwości bardzo jest potrzebna sztuka obrończa, w której jest pierwiastek nie tylko wiedzy, nie tylko doświadczenia, ale także pierwiastek wrodzonego talentu – to tak jak nikt nie nauczy się pisać poematu czy sztuki dramatycznej, tak samo trzeba powiedzieć, że w tym zawodzie istnieje możliwość osiągnięcia poziomu, który już graniczy ze sztuką, z artystem. I jeżeli mówimy o pewnych nazwiskach, o pewnych postaciach, o zasłużonych osobach, to nie był to taki przeciętny rzemieślnik wykonujący zawód. W tym jest element sztuki. A chyba element sztuki nie bardzo się nadaje do kolektywnego wykonywania. Jeżeli tak, to można powiedzieć, że dla tych sztukmistrzów stwórzmy

indywidualne kancelarie i tam będą kwitnąć”.

Wystąpienie to adw. Daniel Hrehorowicz z izby krakowskiej skwitował refleksją, że „sztukmistrze w adwokaturze nie pójdą na fuzję z partaczami”, ale „będą łączyć się między sobą”, a zabierający głos na koniec dyskusji minister sprawiedliwości Marian Rybicki uznał porównanie pracy adwokata do pracy artysty czy pisarza za przesadzone i niesłuszne. „Tego rodzaju analogie prowadzą do podważania w ogóle możliwości wykonywania przez adwokatów pracy w formach zespołowych i do tworzenia się rozmaitych, niewiele wspólnego mających z rzeczywisto-

ścią mitów na ten temat” – stwierdził minister.

Zjazd wybrał organy adwokatury: Naczelną Radę Adwokacką, Wyższą Komisję Dyscyplinarną i Komisję Rewizyjną. Władze te, jako pochodzące z wyboru (choć wyłonione głównie z kandydatów nie zgłoszonych z sali, ale przez tzw. komisję porozumiewawczą), podobnie jak wybrani z ich składu prezes NRA i przewodniczący obu Komisji, miały silny mandat i poparcie środowiska, nie zdołały zapobiec zaostreniu kursu i „reformie” adwokatury AD 1963. A na kolejny zwyczajny zjazd adwokatury trzeba było czekać do października 1983 r.

Andrzej Tomaszek

Autor jest adwokatem (Izba Adwokacka w Warszawie), członkiem Naczelnej Rady Adwokackiej.

TABLE OF CONTENTS

FROM THE EDITORS

<i>Ewa Stawicka</i> <i>Zachęta</i> gallery	5
---	---

ARTICLES

<i>Konrad Lipiński</i> Statutory test of independence and impartiality of a judge in criminal cases	8
--	---

<i>Konrad Kozub-Ciembroniewicz, Dobrośława Szumiło-Kulczycka</i> Is abortion really regulated in the Constitution?	33
---	----

<i>Eukasz Duško, Mateusz Szurman</i> Retail outlet in a facility operating in the field of culture, sport, education, tourism or leisure. Interpretation of the exception to the prohibition of retail trade on Sundays and public holidays	53
--	----

<i>Piotr Fik</i> The deadline set in payment orders for satisfying the claim in full or for lodging an appeal under the (summary) order for payment procedure (Art. 480 ² (2) of the Code of Civil Procedure)	70
---	----

POLEMICS

<i>Mikołaj Małecki</i> Around the activities of paedophile hunters – a polemic polemic	84
---	----

RECENT CASE LAW

<i>Marek Antoni Nowicki</i> Review of the case law of the European Court of Human Rights (July–September 2022)	104
---	-----

GLOSSES*Beata Kozielowicz-Kutrzepa*

- Compensation for harm caused to a participant of a medical experiment. Commentary on Supreme Court judgment of 21 September 2022 (I NSNc 75/21) 113

ADVOCATES' FORUM*Łukasz Mirocha*

- Financial issues concerning the so-called general substitute 124

BOOK-LOVER LAWYER'S TALES*Andrzej Tomaszek*

- Voices from the past, that is, on the benefits of reading old issues of *Palestra* 137

W numerze między innymi:

KONRAD LIPIŃSKI

Ustawowy test niezawisłości i bezstronności sędziego
w sprawach karnych

**KONRAD KOZUB-CIEMBRONIEWICZ,
DOBROŚŁAWA SZUMIŁO-KULCZYCKA**

Czy aborcja naprawdę jest sprawą Konstytucji?

ŁUKASZ DUŚKO, MATEUSZ SZURMAN

Placówka handlowa w zakładzie prowadzącym działalność
w zakresie kultury, sportu, oświaty, turystyki i wypoczynku
– wykładnia wyjątku od zakazu handlu w niedziele i święta

PIOTR FIK

Termin w nakazach zapłaty do zaspokojenia roszczenia w całości
albo wniesienia środka zaskarżenia w postępowaniu nakazowym
i upominawczym (art. 480² § 2 k.p.c.)

MIKOŁAJ MAŁECKI

Wokół działalności łowców pedofili – polemika

BEATA KOZIELEWICZ-KUTRZEPA

Zadośćuczynienie za krzywdę wyrządzoną
uczestnikowi eksperymentu medycznego – glosa