

RADCA PRAWNY

Zeszyty Naukowe

nr 4 (21)/2019



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH



RADCA PRAWNY

Zeszyty Naukowe

nr 4 (21)/2019

KOLEGIUM REDAKCYJNE

- » redaktor naczelny, przewodniczący kolegium redakcyjnego – dr hab. Jakub Zięty, radca prawny
- » zastępca przewodniczącego kolegium redakcyjnego – dr hab. Małgorzata Szwejkowska, radca prawny
- » sekretarz redakcji – dr Krzysztof Urbaniak, radca prawny

CZŁONKOWIE KOLEGIUM

- » dr hab. Małgorzata Dumkiewicz, radca prawny
- » dr hab. Aneta Giedrewicz-Niewińska, radca prawny
- » dr Jakub Janeta, radca prawny
- » dr Karol Kulig, radca prawny
- » dr Bartłomiej Latos, radca prawny
- » dr hab. Tomasz Oczkowski, radca prawny
- » dr Marcin Sala-Szczypiński, radca prawny
- » dr Tomasz Scheffler, radca prawny
- » dr Michał Ziemiak, radca prawny

REDAKTOR MERYTORYCZNY TOMU

- » dr hab. prof. UŚ Jarosław Zagrodnik

REDAKTOR JĘZYKOWY

- » Piotr Brodowski

Opinie wyrażane w opublikowanych materiałach są opiniami ich autorów i nie muszą odzwierciedlać stanowiska Krajowej Rady Radców Prawnych.

RADCA PRAWNY

Zeszyty Naukowe

nr 4 (21)/2019



Kwartalnik naukowy

Warszawa 2019

RADA NAUKOWA

- » prof. zw. dr hab. Barbara Adamiak, sędzia NSA – Uniwersytet Wrocławski
- » dr hab. prof. nadzw. Arkadiusz Bereza – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej
- » dr hab. prof. nadzw. Rafał Blicharz – Uniwersytet Śląski
- » dr hab. prof. nadzw. Monika Calkiewicz – Akademia Leona Koźmińskiego
- » prof. Emilio Castorina – Università degli Studi di Catania (Włochy)
- » dr hab. prof. nadzw. Jerzy Ciapała – Uniwersytet Szczeciński
- » dr hab. prof. nadzw. Marcin Dyl – Uniwersytet Warszawski
- » dr hab. prof. nadzw. Kinga Flaga-Gieruszyńska – Uniwersytet Szczeciński
- » prof. zw. dr hab. Józef Frąckowiak, sędzia Sądu Najwyższego – Uniwersytet Wrocławski
- » prof. zw. dr hab. Jan Grabowski, emeryt, sędzia NSA – Uniwersytet Śląski
- » prof. zw. dr hab. Andrzej Jakubecki – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej
- » prof. Jiří Jirásek – Uniwersytet w Ołomuńcu (Czechy)
- » prof. zw. dr hab. Andrzej Kidyba – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej
- » dr hab. prof. nadzw. Eryk Kosiński – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
- » prof. zw. dr hab. Tadeusz Kuczyński – Uniwersytet Wrocławski
- » prof. zw. dr hab. Grzegorz Łaszczycza – Uniwersytet Śląski
- » prof. zw. dr hab. Piotr Machnikowski – Uniwersytet Wrocławski
- » prof. zw. dr hab. Elwira Marszałkowska-Krześ – Uniwersytet Wrocławski
- » prof. Vytautas Nekrošius – Uniwersytet Wileński
- » prof. zw. dr hab. Ewa Nowińska – Uniwersytet Jagielloński
- » prof. zw. dr hab. Włodzimierz Nykiel – Uniwersytet Łódzki
- » dr hab. prof. nadzw. Mirosław Pawełczyk – Uniwersytet Śląski
- » prof. Vasco Pereira da Silva – Universidade de Lisboa (Portugalia)
- » dr hab. prof. nadzw. Tomasz Pietrzykowski – Uniwersytet Śląski
- » prof. zw. dr hab. Stanisław Sołtysiński – Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu
- » dr hab. Rafał Stankiewicz – Uniwersytet Warszawski
- » prof. zw. dr hab. Janusz Strzępka – Uniwersytet Śląski
- » prof. Miruna Mihaela Tudorașcu – Uniwersytet Alba Iulia (Rumunia)
- » prof. María de la Caridad Velarde Queipo de Llano – Universidad de Navarra (Hiszpania)
- » prof. zw. dr hab. Marek Wierzbowski – Uniwersytet Warszawski

SPIS TREŚCI

Od redakcji 7

ARTYKUŁY

Krzysztof Woźniewski

Przymus adwokacki w sprawie, w której stroną jest adwokat albo radca prawny – czy przyjęta nowelizacja rozwiąże problem? 11

Kazimierz Zgryzek

Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym – zagadnienia wybrane 25

Bartosz Nowakowski

Trudności na płaszczyźnie aplikacji przepisów dotyczących granic obrony koniecznej w kontekście prawa do posiadania broni 55

Monika Kotowska

Sytuacja prawna nieletnich matek umieszczonych w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych lub zakładach poprawczych – wybrane problemy 81

Bogusław Sołtys

Działalność prawnicza w świetle ustawy z dnia 6 marca 2018 r. –
Prawo przedsiębiorców 105

Marcin Kazimierczuk

Limitacja konstytucyjnych praw człowieka podczas stanu
wyjątkowego 125

Maksymilian Ślusarczyk, Przemysław Majewski, Jakub Majewski

Kopiowanie dokumentu publicznego w świetle systemu
bezpieczeństwa dokumentów publicznych i ochrony danych
osobowych 147

Paola Sechi

Il riformato ordinamento penitenziario italiano: modifiche
e innovazioni in materia di vita detentiva 163

ORZECZNICTWO**Kacper Milkowski**

Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego 179

OD REDAKCJI

Szanowni Państwo,

mam przyjemność zaprezentować kolejny numer kwartalnika „Radca Prawny. Zeszyty Naukowe”. Zgodnie z zapowiedziami ten numer jest już po części numerem tematycznym, ukierunkowanym na kwestie prawa karnego. Od momentu, gdy radcowie prawni mogą reprezentować oskarżonych i pokrzywdzonych, kwestie karne znajdują się w obszarze naszej zawodowej aktywności. Mam więc nadzieję, że opublikowane artykuły znajdą Państwa zainteresowanie oraz będą pomocne w pracy.

Bieżący, dwudziesty pierwszy numer kwartalnika obejmuje osiem artykułów oraz przegląd orzecznictwa. W publikacji „Przymus adwokacki w sprawie, w której stroną jest adwokat albo radca prawny – czy przyjęta nowelizacja rozwiąże problem?” prof. Krzysztof Woźniewski prezentuje zagadnienie dotyczące przymusu adwokacko-radcowskiego po nowelizacji Kodeksu postępowania karnego. Dostrzeżony problem dotyczy zasadności zniesienia obowiązku korzystania z pomocy pełnomocnika przez osoby, którym taki właśnie status w świetle prawa przysługuje, a same znalazły się w sytuacji stron procesowych. Dokonując wszechstronnej analizy, Autor dochodzi do wniosku, że z formalnego punktu widzenia dopuszczalne jest zniesienie wymogu przymusu adwokackiego w powyższej sytuacji. Jakkolwiek zauważa on również ujemne skutki takiego rozwiązania.

Kolejny artykuł – „Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym – zagadnienia wybrane”, przygotowany przez prof. dra hab. Kazimierza Zgryzka, dotyczy jednej z ważniejszych instytucji procesu karnego, a mianowicie obrony obligatoryjnej. Autor wyjaśnia znaczenie prawa do obrony, przesłanki wyznaczenia obrońcy w procesie karnym, przedstawia także propozycje zmian przepisów.

Granice obrony koniecznej stanowią kanwę artykułu przygotowanego przez prof. Bartosza Nowakowskiego. W opracowaniu „Trudności na płaszczyźnie aplikacji przepisów dotyczących granic obrony koniecznej w kontekście prawa do posiadania broni” Autor analizuje przepisy dotyczące obrony koniecznej z użyciem broni palnej. To zagadnienie nabiera szczególnego znaczenia w obecnej sytuacji międzynarodowej. Pomimo tego, że dostęp do broni palnej jest reglamentowany, to coraz większa liczba osób jest uprawniona do jej posiadania. Wymusza to na ustawodawcy uszczegółowienie zasad przygotowania do uzyskania uprawnień oraz weryfikacji zasad użycia broni. W tym kontekście poruszane zagadnienia dotyczące powiązań między posiadaniem broni w różnych celach a użyciem jej w sytuacji zamachu na własne czy cudze życie, jest zagadnieniem aktualnym i ważnym.

Artykuł dr hab. Moniki Kotowskiej dotyczy zagadnień praw nieletnich. W publikacji „Sytuacja prawna nieletnich matek umieszczonych w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych lub zakładach poprawczych – wybrane problemy” Autorka porusza trudne kwestie życiowe kobiet poniżej 18. roku życia, które zostają matkami. Nowe obowiązki, jakie spadają na osobę nie zawsze przygotowaną do samodzielnego życia, rodzi wiele problemów nie tylko natury faktycznej, ale również prawnej. Autorka wskazuje w artykule rolę państwa w realizacji zadań wychowawczych.

Dr hab. Bogusław Sołtys w artykule pt. „Działalność prawnicza w świetle ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców” podejmuje wyzwanie związane z analizą działalności prawniczej, w tym radców prawnych wykonujących zawód zaufania publicznego, na tle przepisów dotyczących prowadzenia działalności gospodarczej. Autor dostrzega zagrożenia krzyżowania się zakresów wykonywania prawniczej działalności regulowanej i wolnej. Po szczegółowej analizie uznaje, że kwestia ta wymaga interwencji ustawodawcy. Publikacja

dr. hab. Bogusława Sołtysa wpisuje się w szeroką dyskusję o zawodach prawniczych, dając asumpt do dalszych rozważań na temat prezentowanej problematyki.

Z kolei dr Marcin Kazimierzczuk przedstawia zagadnienie dopuszczalnych ograniczeń wolności obywateli w przypadku wprowadzenia stanu wyjątkowego. Publikacja pt. „Limitacja konstytucyjnych praw człowieka podczas stanu wyjątkowego” wprowadza czytelnika w kwestie stanów nadzwyczajnych i związanych z nimi utrudnieniami dnia codziennego. Każda nadzwyczajna sytuacja może bowiem doprowadzić ze swej natury do ograniczenia praw obywatela. Jednak ograniczenie to musi być zgodne z obowiązującymi przepisami oraz Konstytucją. Autor słusznie zauważa, że Polski ustawodawca przewiduje niezwykle restrykcyjny model reżimu stanu wyjątkowego w zakresie korzystania z konstytucyjnie zagwarantowanych wolności i praw człowieka i obywatela. W tym zakresie więc szczególnego znaczenia nabiera określenie granic dopuszczalnego ograniczenia praw obywatelskich w sytuacjach nadzwyczajnych.

W artykule pt. „Kopiowanie dokumentu publicznego w świetle systemu bezpieczeństwa dokumentów publicznych i ochrony danych osobowych” autorstwa dr. Maksymiliana Ślusarczyka, radcy prawnego Przemysława Majewskiego oraz Jakuba Majewskiego, poruszono kwestie przetwarzania danych osobowych. Zagadnienie to jest ciągle aktualne w sytuacji, gdy powiększa się liczba sposobów na korzystanie i naruszenie naszych danych osobowych. Dlatego też konieczne jest, jak słusznie wskazują Autorzy, precyzyjne określenie podstaw prawnych przetwarzania danych osobowych, ale także profesjonalne wytyczenie na podstawie regulacji prawnych i okoliczności faktycznych celów i granic ich przetwarzania.

Artykuł autorstwa prof. Paoli Sechi stanowi kontynuację prezentowanych już w poprzednim numerze zagadnień dotyczących włoskiego prawa penitencjarnego.

Na koniec chciałbym podziękować prof. Jarosławowi Zagrodnikowi za nieoceniony wkład w przygotowanie tego numeru kwartalnika.

Jakub Zięty
przewodniczący kolegium redakcyjnego – redaktor naczelny

Krzysztof Woźniewski¹

Uniwersytet Gdański

ORCID ID: 0000-0001-9502-8521

PRZYMUS ADWOKACKI W SPRAWIE, W KTÓREJ STRONĄ JEST ADWOKAT ALBO RADCA PRAWNY – CZY PRZYJĘTA NOWELIZACJA ROZWIĄŻE PROBLEM?

ABSTRACT

Compulsory representation by a lawyer in a case to which an advocate or an attorney-at-law is a party – will the accepted amendment solve the problem?

The subject of the study is the question of the legitimacy of abolition – through the amendment to the Polish Code of Criminal Procedure, adopted on July 19, 2019 – of the compulsory assistance of an advocate or an attorney-at-law by

1 Doktor habilitowany, profesor Uniwersytetu Gdańskiego. Z Wydziałem Prawa i Administracji związany od 1992 r. Od 2016 r. sprawuje funkcję Kierownika Katedry Prawa Karnego Procesowego i Kryminalistyki. Autor kilku książek i ponad 50 innych publikacji poświęconych zagadnieniom prawa karnego procesowego, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki uczestników procesu, czynności procesowych i zagadnień prawnodowodowych.

persons who are entitled to such a status according to the law and are themselves parties to the case. In such a procedural arrangement, the question arises as to the justification for the use of procedural representatives by persons who may themselves be such representatives in other procedural arrangements. After presenting possible approaches to this issue, the author, considering it formally admissible to abolish the requirement of the compulsory representation by a lawyer in the aforementioned situation, underlines that it is not, nonetheless, an optimal solution in terms of merit.

Keywords: compulsory representation by a lawyer, advocate, attorney-at-law, cassation, party to a case

Słowa kluczowe: przymus adwokacki, adwokat, radca prawny, kasacja, strona procesowa

W dniu 22 lutego 2019 r. wpłynął do Sejmu rządowy Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw – druk nr 3251 (zwany dalej *Projektem*), w którym zaproponowano między innymi uregulowanie kwestii od wielu lat wywołującej dość żywą dyskusję, a dotyczącą jednego z podmiotowych aspektów przymusu adwokacko-radcowskiego, tj. zniesienia powyższego wymogu w odniesieniu do czynności procesowych dokonywanych przez strony procesowe, będące jednocześnie profesjonalnymi radcami prawnymi czy adwokatami². Ustawodawca w konsekwencji nie rezygnuje wszakże z uznanej i nie kwestionowanej w swym zasadniczym zrębie instytucji przymusu adwokackiego, który stanowi ustawowe wprowadzanie obowiązku skorzystania z pomocy obrońcy lub pełnomocnika jako jednego z warunków skutecznego dokonania postulujących procesowych

² Dotyczy to przepisów art. 55 § 2, art. 446 § 1, art. 526 § 2 i art. 545 § 2 k.p.k., w których wymóg przymusu adwokacko-radcowskiego jest aktualnie formułowany poprzez zastosowanie wyrażen „powinien być sporządzony i podpisany przez pełnomocnika (art. 55), obrońcę lub pełnomocnika (art. 446), obrońcę lub pełnomocnika będącego adwokatem albo radcą prawnym (art. 526)” natomiast zostanie on zastąpiony wyrażeniem „sporządzony i podpisany przez adwokata, radcę prawnego albo radcę Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej Polskiej”. Proponowane w Projekcie zmiany ostatecznie zostały uchwalone w dniu 19 lipca 2019 r. i weszły w życie z dniem 5 października 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 1694).

oświadczeń woli uznawanych przez ustawodawcę za szczególnie złożone pod względem prawnym, a mającego na celu zapewnienie wysokiej jakości oświadczeń procesowych nimi objętych. Należy podkreślić, że znaczenia profesjonalnej, kompetentnej, rzeczowej, a przy tym rzetelnej obrony oskarżonego czy reprezentacji interesów pozostałych uczestników procesu realizowanych przez adwokatów i radców prawnych nie sposób przecenić, a przymus adwokacko-radcowski stanowi istotny przejaw dużego uznania tego znaczenia także w oczach ustawodawcy.

Pozostając tylko w kręgu polskich ustaw karnoprosesowych, instytucja przymusu adwokackiego znana była kodeksowi postępowania karnego z 1928 r. obejmującym nim sprzeciw na akt oskarżenia (art. 285 *in fine*), subsydiarny akt oskarżenia, jeśli pochodził od oskarżyciela posiłkowego nie posiadającego kwalifikacji obrońcy w rozumieniu ówczesnych przepisów o obrońcach (art. 283 d. k.p.k.), wniosek o wznowienie postępowania karnego (art. 582 d. k.p.k.) oraz wniosek kasacyjny (art. 489 § 1 d. k.p.k.). Katalog czynności objętych przymusem adwokackim w ciągu dziewięćdziesięciu lat jej funkcjonowania ulegał niewielkim zmianom, a na pewno zauważalna jest wstrzeźliwość kolejnych ustawodawców, niezależnie od ich politycznych proweniencji czy afiliacji w poszerzaniu bądź redukowaniu katalogu czynności procesowych wymagających dla swej procesowej skuteczności dokonania ich przez adwokata lub radcę prawnego.

W obowiązującym kodeksie postępowania karnego z 1997 r. przymus adwokacko-radcowski, jako obowiązek skorzystania przez określonego uczestnika procesu z zastępstwa procesowego w celu skutecznego złożenia określonego oświadczenia procesowego, jest przewidziany dla następujących rodzajów czynności: a) akt oskarżenia wnoszony przez subsydiarnego oskarżyciela posiłkowego sporządzony i podpisany przez pełnomocnika (art. 55 § 2 k.p.k.)³, b) apelacja od wyroku sądu okręgowego nie pochodząca od prokuratora, sporządzona i podpisana przez obrońcę lub pełnomocnika (art. 446 § 1 k.p.k.), c) kasacja powinna być sporządzona i podpisana przez obrońcę lub pełnomocnika będącego

³ Zob. J. Zagrodnik, *Instytucja skargi subsydiarnej w procesie karnym*, Warszawa 2005, s. 299–300; H. Paluszkiwicz, *Przymus radcowski w przepisach kodeksu postępowania karnego o oskarżeniu subsydiarnym*, [w:] *Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, red. S. Stachowiak, Poznań 2002, s. 371.

adwokatem albo radcą prawnym (art. 545 § 2 k.p.k.), d) skarga na wyrok sądu odwoławczego (art. 539f w zw. z art. 526 k.p.k.), e) wniosek o wznowienie postępowania karnego sporządzony i podpisany przez obrońcę albo pełnomocnika (art. 545 § 2 k.p.k.).

Osobną grupę wniosków procesowych objętych przymusem adwokacko-radcowskim, regulowaną wprawdzie przez odpowiednie ustawy szczegółowe, ale ściśle związaną z ustawą karnoprosesową, są wnioski o wyrażenie zgody na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej niektórych osób korzystających z immunitetu formalnego. W tym przypadku przymus adwokacko-radcowski dotyczy następujących czynności procesowych: a) wniosku o wyrażenie zgody na pociągnięcie posła lub senatora do odpowiedzialności karnej w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, przy czym obowiązkowe sporządzenie i podpisanie wniosku przez adwokata lub radcę prawnego nie dotyczy wniosków składanych w swoich sprawach przez sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych, notariuszy oraz profesorów i doktorów habilitowanych nauk prawnych – art. 7b ust. 3 i 4 ustawy z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła lub senatora⁴, b) wniosku o zezwolenie na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej, jeżeli nie pochodzi od prokuratora⁵, c) wniosek o zezwolenie na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej, jeżeli nie pochodzi od prokuratora⁶, d) wniosek o zezwolenie na pociągnięcie sędziego sądu wojskowego do odpowiedzialności karnej, jeżeli nie pochodzi od prokuratora⁷, e) wniosek o wyrażenie zgody na pociągnięcie sędziego Trybunału Konstytucyjnego do odpowiedzialności karnej w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, z wyjątkiem wniosków składanych w swoich sprawach przez sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych, notariuszy oraz profesorów i doktorów habilitowanych

4 Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 1799.

5 Zob. art. 135 § 3 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o prokuraturze (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 740 ze zm.).

6 Zob. art. 80 § 2a ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 52) oraz art. 49 ustawy z dnia 25 lipca 2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 2167).

7 Zob. art. 30 § 3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o ustroju sądów wojskowych (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 1921).

nauk prawnych⁸, f) wniosek oskarżyciela prywatnego o wyrażenie zgody na pociągnięcie Prezesa Instytutu Pamięci do odpowiedzialności karnej w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, z wyjątkiem wniosków składanych w swoich sprawach przez sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych, notariuszy oraz profesorów i doktorów habilitowanych nauk prawnych⁹, g) wniosek oskarżyciela prywatnego o wyrażenie zgody na pociągnięcie Prezesa Najwyższej Izby Kontroli do odpowiedzialności karnej w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, z wyjątkiem wniosków składanych w swoich sprawach przez sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych, notariuszy oraz profesorów i doktorów habilitowanych nauk prawnych¹⁰.

Obowiązek skorzystania z pomocy adwokata lub radcy prawnego w sytuacjach wskazanych wyżej ma, co do zasady, charakter bezwzględny w tym sensie, że bez wyraźnego przepisu zwalniającego uczestnika postępowania karnego samodzielne złożenie oświadczenia woli nie mogło wywołać innego skutku procesowego niż wezwanie zobowiązanego uczestnika do uzupełnienia tego rodzaju braku formalnego. I ma to również związek z przypadkami, w których uprawnienie do dokonania czynności procesowej w konkretnej sprawie dotyczyło adwokata czy radcy prawnego. *De lege lata* niedopuszczalność wnoszenia środków prawnych objętych przymusem adwokackim samodzielnie przez adwokata czy radcę prawnego we własnej sprawie, co oznacza obowiązek ustanowienia przez nich innego profesjonalnego pełnomocnika w celu sporządzenia i autoryzowania własnym podpisem dokonywanych czynności procesowych, była zarówno w orzecznictwie, jak i nauce procesu karnego zgodnie uznawana prawie, że za aksjomat¹¹. Próby jego zmiany dokonał

⁸ Zob. art. 21 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 1422).

⁹ Zob. art. 14b ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucji Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1882).

¹⁰ Art. 18b ust. 3 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 489).

¹¹ Zob. m.in. postanowienie SN z dnia 15 czerwca 2016 r., II KZ 16/16, LEX nr 2054092; postanowienie SN z dnia 10 sierpnia 2011 r., SDI 17/11, Postanowienie SN z dnia 19 marca 2009 r., III KZ 15/09, OSNKKW 2009/8/65; postanowienie SN z dnia 15 marca 2007 r., III KK 65/07, OSNwSK 2007/1/635; postanowienie SN z dnia 18 stycznia

Trybunał Konstytucyjny, uchwalając w dniu 21 czerwca 2016 r. wyrok, w którym uznał art. 526 § 2 k.p.k. – w zakresie, w jakim wyłącza możliwość sporządzenia i podpisania kasacji we własnej sprawie przez adwokata bądź radcę prawnego – za niezgodny z art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Orzeczenie to zapadło w wyniku rozpoznania skargi konstytucyjnej, w której skarżący będący adwokatem podniósł problem zgodności przepisu kodeksu postępowania karnego, nakładającego wymóg formalny w postaci przymusu adwokackiego przy sporządzeniu kasacji (art. 526 § 2 k.p.k.), w sprawie, w której występował jako obwiniony, zarzucając naruszenie prawa skarżącego do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji). Argumentował, że pozbawienie go możliwości osobistego sporządzenia kasacji w sprawie karnej pozbawia go tym samym możliwości realnej i skutecznej ochrony prawnej oraz że posiadanie statusu adwokata oznacza spełnienie wszelkich warunków niezbędnych do profesjonalnego świadczenia pomocy prawnej w tym sobie, co jest równoznaczne z niezgodnością z zasadą zaufania do państwa i stanowionego przez nie prawa (art. 2 Konstytucji)¹². Powyższy wyrok stanowi główny powód wskazanej wyżej nowelizacji brzmienia przepisów art. 55 § 2, art. 446 § 1, art. 526 § 2 i art. 545 § 2 k.p.k., w konsekwencji znosząc omawiany wymóg formalny w odniesieniu do adwokatów i radców prawnych w sprawach, w których występują jako strony¹³. W tym miejscu chciałoby

2007 r., II KZ 29/06, OSNwSK 2007, nr 1/201; postanowienie SN z dnia 20 lipca 2006 r., V KZ 27/06, OSNwSK 2006, nr 1/1470. Odrębny pogląd o dopuszczalności wniesienia kasacji samodzielnie we własnej sprawie przez adwokata wyrażono w postanowieniu SN, II KZ 61/02, OSNKW 2003, nr 5–6/46 z głosami krytycznymi autorstwa J. Kosonogi, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2004, nr 1, s. 166 i n.; M. Zbrojewskiej, „Palestra” 2004, nr 1–2, s. 247 i n.; C.P. Klaka, „Ius et Administratio” 2004, nr 2, s. 257 i n.

- 12 Trybunał uznał za zasadny pierwszy zarzut, a w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 2 Konstytucji postępowanie umorzył.
- 13 Projektodawca ten motyw podaje w *Uzasadnieniu* do Projektu nowelizacji powyższych przepisów, obejmując wszakże zwolnieniem z przymusu adwokackiego nie tylko kasację, o której wprost wypowiedział się TK, ale również pozostałe czynności procesowe objęte omawianym wymogiem formalnym, argumentując jak następuje: „Wykonanie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 czerwca 2016 r., SK 2/15, w odniesieniu wyłącznie do kasacji, czyli ściśle zgodnie z treścią tego wyroku, doprowadziłoby do konsekwencji trudnych do zaakceptowania z punktu widzenia systemowego. W sytuacji, gdy np. oskarżony byłby adwokatem, mógłby on samodzielnie

się rzecz: *tribunal locuta causa finita*. Niewątpliwie tego rodzaju interwencja ustawodawcy rozwiąże formalnie problem mający już swoją bogatą historię, ale czy rozwiązanie to ostatecznie się w przypadku zmiany wiatrów legislacyjnych jako merytorycznie zawsze dobrze uzasadnione? Można chyba mieć co do tego pewne wątpliwości, a kwestia nadal nie wydaje się oczywista.

Należy w tym miejscu bardzo mocno zaznaczyć, że TK nie zakwestionował instytucji przymusu adwokackiego jako pewnego rodzaju wymogu formalnego dopuszczalnego i zgodnego z konstytucyjnym prawem do sądu, lecz jedynie dokonał zwolnienia z tego wymogu pewnej kategorii uczestników procesu, którzy mają status adwokatów lub radców prawnych uzyskanych zgodnie z prawem regulującym te zawody prawnicze.

Kontrolny – ale nie rozpoznawczy charakter postępowania kasacyjnego – uzasadnia, z funkcjonalnego punktu widzenia, wprowadzanie dodatkowych wymogów formalnych i wprowadzenie obowiązku sporządzenia kasacji przez profesjonalnego pełnomocnika, co stanowi – jak wywodzi Trybunał Konstytucyjny – „gwarancję właściwego formalnego i merytorycznego kształtu kasacji [...]” ale nie oznacza to – zdaniem Trybunału – automatycznie możliwości kształtowania tego instrumentu prawnego. Natomiast rozstrzygający argument na rzecz dopuszczalności wyłączenia radców prawnych i adwokatów z przymusu adwokacko-radcowskiego jest wywodzony z *ratio legis* przymusu adwokackiego w postaci potrzeby zapewnienia odpowiedniego poziomu fachowo-merytorycznego skarg kasacyjnych¹⁴. Trybunał Konstytucyjny wychodząc

wnieść kasację, będącą nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia, nie byłby zaś uprawniony do wniesienia zwykłego środka zaskarżenia w postaci apelacji od wyroku sądu okręgowego. Z tego powodu należało, zgodnie z intencją wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego, dokonać zrównania sytuacji procesowej takiej osoby będącej stroną postępowania w odniesieniu do instytucji określonych w art. 55 § 2, art. 446 § 1 i art. 545 § 2 k.p.k.” (s. 68 Projektu). Na istniejącą konieczność w tym względzie, jako jedną z konsekwencji uchwalenia wyroku przez TK w piśmiennictwie, wskazywał K. Janczukowicz, *Przymus adwokacki w sprawie, w której stroną jest adwokat albo radca prawny*, System Informacji Prawnej LEX, 2016, a w orzecznictwie zob. postanowienie SN z dnia 23 listopada 2016 r., III KZ 77/16, LEX nr 2153440; postanowienie z dnia 13 stycznia 2017 r., SDI 70/16, LEX nr 2186585; postanowienie SN z 17 stycznia 2017 r., II KO 27/16, LEX nr 2188424.

¹⁴ Zob. m.in. S. Zabłocki, *Znaczenie ustawy nowelizującej Kodeks postępowania karnego dla korporacji radców prawnych*, „Radca Prawny” 2000, nr 6, s. 123; R.A. Stefański,

z celu omawianej instytucji procesowej oraz kontrolnego, a nie rozpoznawczego charakteru postępowania kasacyjnego, doszedł do wniosku, że w przypadku stron procesu, mogących być z racji swego statusu pełnomocnikami, nie jest konieczne zwracanie się do innego adwokata albo radcy prawnego w celu sporządzenia i podpisania kasacji w ich imieniu. Trybunał wprawdzie tego nie wyraził wprost, ale przyjął milcząco – jak się wydaje – istnienie domniemania faktycznego właściwej kompetencji rzeczowej po stronie adwokatów czy radców prawnych wystarczającej dla realizacji wymogów formalnych i merytorycznych kasacji, co czyni obowiązkowe korzystanie przez nich z pomocy innych przedstawicieli tych zawodów zbędnym¹⁵. Trudno odmówić pewnej racji w tym spostrzeżeniu, bo wszakże niewykluczone są sytuacje, gdy adwokat lub radca prawny znajdują się w konkretnym procesie karnym nie w charakterze przedstawicieli procesowych stron, ale wręcz samych stron. W takim układzie procesowym samo nasuwa się pytanie o zasadność korzystania z przedstawicieli procesowych przez osoby, które same mogą być z kolei takimi przedstawicielami w innych układach procesowych.

Przymus adwokacko-radcowski w procesie karnym, „Ius Novum” 2007, nr 1, s. 84 i n.; K. Woźniwski, *Z problematyki przymusu adwokacko-radcowskiego*, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 11–12, s. 68; Przymus adwokacki nie tylko wspomaga stronę w dochodzeniu jej praw oraz zapewnia wysoki poziom postępowania sądowego (zob. wyrok z 8 kwietnia 2014 r., sygn. SK 22/11, OTK ZU nr 4/A/2014, poz. 37, cz. III, pkt 3.3), ale stanowi wręcz gwarancję właściwej realizacji prawa do sądu. Ponadto, jak wskazywano, może on stanowić barierę dla praktyki wnoszenia kasacji nawet oczywiście bezzasadnych, ale takiemu podejściu do instytucji przymusu adwokacko-radcowskiego zdecydowanie był przeciwny A. Murzynowski, *Przymus adwokacki a obowiązek wykonania przez adwokata czynności procesowej na żądanie oskarżonego*, „Palestra” 1989, nr 5–7, s. 78 i n.

- 15 Ale to – jak każde domniemanie faktyczne – nie ma charakteru zawsze i bezwzględnie niewzruszalnego. Jednym z argumentów społecznej kampanii na rzecz zniesienia przymusu adwokackiego była konstatacja, że nie ma gwarancji zachowania w każdym przypadku należytej jakości pism procesowych sporządzanych przez adwokatów – więcej zob. R.A. Stefański, *Przymus adwokacko-radcowski...*, s. 87. Na marginesie warto zauważyć, że powyższe domniemanie stanowiło – jak można przypuszczać – rację dla zwolnienia z przymusu adwokackiego sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych, notariuszy oraz profesorów i doktorów habilitowanych nauk prawnych w przypadkach wskazanych wyżej w opracowaniu. Por. w nauce prawa procesowego cywilnego – M. Sychowicz, *Przymus adwokacko-radcowski w postępowaniu cywilnym*, „Palestra” 1997, nr 7–8, s. 32.

Jednakże w przekonaniu autora kryterium kompetencji formalnych i merytorycznych, aczkolwiek posiadające swoją niezaprzeczną wagę, musi ustąpić innemu kryterium oceny zasadności wyłączenia spod omawianego obowiązku radców prawnych czy adwokatów, mianowicie kryterium niemożności, a co najmniej trudności w zachowaniu dystansu i obiektywizmu we własnej sprawie. Należy podzielić pogląd wyrażony w uzasadnieniu do wyroku, zgodnie z którym działanie w swoim interesie i na swoją rzecz, we własnym dodatkowo imieniu, w postępowaniu kasacyjnym nie pozbawia adwokata i radcy prawnego statusu profesjonalisty przygotowanego do prawidłowego – w aspekcie formalnym i materialnym – sporządzenia, a potem podpisania kasacji. Ale dotyczy to tylko aspektów formalnego i merytorycznego, niezwykle istotnych z punktu widzenia funkcji omawianego przymusu, ale w analizowanym układzie procesowym jednak nie pierwszorzędnym.

Zdaniem Trybunału emocjonalne nastawienie w sprawie (i do sprawy – dod. K.W.) ma charakter zmienny, a jako takie nie może być uznane za przydatne kryterium oceny przydatności zastosowania przymusu adwokackiego. Jednakże chyba możemy mówić tutaj o domniemaniu faktycznym związanym z faktem sprawy własnej. I prawdą jest, że domniemania faktyczne, nie stanowiące jednocześnie w wyniku działań ustawodawczych domniemań prawnych, można wzruszyć, wykazując brak owej statystycznej prawidłowości kształtującej dane domniemanie, jednakże Trybunał – jak się wydaje – zestawiając ze sobą emocje sprawy własnej z możliwością profesjonalnego działania, łączy ze sobą dwa różne porządki rzeczywistości. Oczywiście, że jest możliwe – przy zachowaniu bardzo dużej dyscypliny myślenia – zapanować nad emocjami związanymi z walką o korzystny dla siebie wynik procesu i posłużyć się posiadanymi umiejętnościami – w tym wypadku – prawniczymi w sposób w miarę obiektywny¹⁶. Ale gwarancji zachowania obiektywizmu, po pierwsze – nie mamy, a po drugie – nawet nie można jej wymagać od strony procesowej. Nie bez powodu zasada obiektywizmu jest adresowana do organów procesowych albowiem, o ile nie budzi żadnych wątpliwości

16 Na trudności w tym zakresie zwracał uwagę również B. Kurzępa w głosie do postanowienia SN z dnia 3 lutego 2003 r., II KZ 61/02, OSNKW 2003, nr 5–6, poz. 46 (*Glosa do postanowienia SN z 3.02.2003 r., II KZ 61/02, OSP 2004, nr 1, poz. 6, s. 27*).

nakaz obiektywizmu skierowany do organów procesowych, o tyle już nie można go tak jednoznacznie przypisać stronom postępowania, działających wszakże w toku postępowania karnego, a w jego ramach sądowego w zakresie własnego interesu¹⁷. I raczej możemy tu mówić o domniemaniu subiektywizmu we własnej sprawie, który wprawdzie może – ale nie musi – mieć wpływ na profesjonalizm dokonywania czynności procesowych. *Nemo iudex in causa sua* – i chociaż to spostrzeżenie poczynione jeszcze w czasach rzymskich dotyczy głównie sędziów, a *mutatis mutandi* także biegłych czy osób przeprowadzających wywiady środowiskowe, to zawiera ono w sobie jednak ryzyko pojawienia się tzw. psychologicznych mechanizmów obronnych, czyli nieświadomych sposobów unikania czy redukcowania zagrożeń lękowych np. przed negatywnym wynikiem jakiegoś działania, przede wszystkim w formie zaprzeczania, gdy niekorzystne procesowo fakty mogą być ignorowane, a rzeczowa interpretacja ciągu i splotu czynności procesowych konkretnej sprawy może podlegać procesowi zastępowania jej interpretacją wprawdzie niezasadną (nietrafną), ale dla strony procesowej bardziej akceptowalną.

Ostatnim argumentem, ale nie mniej istotnym w dyskusji o dopuszczalności wyłączenia z obowiązków związanych z przymusem adwokacko-radcowskim, jest kolizja ról procesowych, w tym wypadku stron procesowych i ich przedstawicieli. Za niedopuszczalną kumulację ról procesowych obrońcy i pełnomocnika z rolą procesową oskarżonego czy oskarżyciela (niezależnie od jego rodzaju) uznają S. Waltoś i P. Hofmański¹⁸.

Uchwalenie w dniu 21 czerwca 2016 r. przez TK wyroku SK 2/15 stanowiło, można rzec, drugi bardzo mocny orzeczniczy krok¹⁹ w kierunku uznania dopuszczalności wyłączenia spod obowiązków związanych z przymusem adwokacko-radcowskim adwokatów i radców prawnych w sytuacji, gdy obowiązek miałby dotyczyć ich osobiście. Za dopełnienie zmiany w tym zakresie należy uznać uchwalenie i wejście w życie przepisów art. 55 § 2, art. 446 § 1, art. 526 § 2 i art. 545 § 2 k.p.k.

17 M. Kurowski, *Art. 4*, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. I: *Komentarz aktualizowany*, System Informacji Prawnej LEX 2019.

18 S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018, s. 123.

19 Za pierwszy krok wypada uznać wspomniane wcześniej postanowienie SN II KZ 61/02.

w proponowanym jeszcze w Projekcie brzmieniu, które uniemożliwi podtrzymywanie odmiennego poglądu chociażby przez SN, tak jak to miało miejsce w jego postanowieniu z dnia 23 listopada 2016 r., III KZ 76/16 (SIPLex nr 2152399), w którym SN podtrzymał orzeczniczą linię prezentowaną przez ten najwyższy organ sądowy już od kilkudziesięciu lat, stwierdzając, że „strona, która sama jest adwokatem lub radcą prawnym, nie może w swojej sprawie wnieść apelacji od wyroku sądu okręgowego, podobnie jak i złożyć kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania”. Jak wynika z daty wydania postanowienia jest ono sprzeczne z omawianym wyrokiem TK, a pomimo tego w żaden sposób się do niego nie odnosi, ani nawet nie wskazuje na istnienie tego orzeczenia. Innymi słowy, uchwalony wyrok Trybunału, a ściślej – jego sens prawny został całkowicie pominięty (jakby w ogóle go nie było) w przywołanym postanowieniu SN. Natomiast w postanowieniu SN z dnia 17 stycznia 2017 r., II KO 27/16, w którym analizowano podobne zagadnienie SN, w uzasadnieniu, przypominając obowiązującą od wielu lat linię orzeczniczą, zgodnie z którą adwokat ani radca prawny nie mogą sami sporządzić i podpisać kasacji we własnej sprawie, przywołał już omawiany wyrok Trybunału, zaznaczając trafnie, że dotychczasowa argumentacja nie straciła swojej mocy argumentacyjnej. Obecnie nie sposób jednak, w rozważaniach co do tej kwestii, pominąć treści wyroku TK w sprawie SK 2/15, co następnie, z uwagi na art. 190 Konstytucji RP, oznacza, że wniesienie kasacji, skargi na wyrok sądu odwoławczego, wniosku o wznowienie postępowania oraz apelacji od wyroku sądu okręgowego, sporządzonych i podpisanych osobiście przez adwokata lub radcę prawnego we własnej sprawie jest skuteczne, o ile odpowiadają one pozostałym wymogom formalnym przewidzianym w ustawie²⁰.

20 OSNKW 2017, z. 2, poz. 11 z glosą aprobującą: M. Flis-Świeczkowska, *O wpływie zmian ustawodawczych na rozumienie wymogu formalnego w postaci tzw. przymusu adwokacko-radcowskiego. Glosa do postanowienia SN z dnia 17 stycznia 2017 r., II KO 27/16*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2017, nr 2, s. 102. Zob. też: D. Świecki, [w:] B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, red. nauk. D. Świecki, Warszawa 2018, s. 558; J. Matras, [w:] M. Janicz, C. Kulesza, J. Matras, H. Paluszkiwicz, B. Skowron, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. nauk. K. Dudka, Warszawa 2018, s. 1028; B. Niża-Swiatłowska, *Przymus adwokacko-radcowski przy wnoszeniu środków zaskarżenia w postępowaniu karnym (cz. 2)*, „Palestra” 2017, nr 3, s. 61.

Ustawodawca, wprowadzając to rozwiązanie realizujące – jak sam podkreśla – przywoływane wielokrotnie orzeczenie Trybunału, w ślad za nim przedkłada większą wagę na rzecz argumentu posiadania formalnych kwalifikacji przez strony procesowe w analizowanych układach procesowych, z którymi wiąże automatycznie kompetencje i fachowość, ale które nie oznaczają z kolei automatycznie zachowania obiektywizmu i pozbawionej emocji analizy sytuacji procesowej, ale które, w moim przekonaniu, również stanowią element kwalifikacji i kompetencji merytorycznych²¹. Odpowiadając wszakże na pytanie postawione w tytule opracowania, wypada stwierdzić, że uchwalenie nowelizacji uczyniło sytuację prawną w tym zakresie formalnie jednoznaczną, ale merytorycznie niedomkniętą, gdyż argumentacja na rzecz poglądu odmiennego, w myśl którego adwokat ani radca prawny nie mogą sami sporządzić i podpisać pism procesowych w sprawach karnych, w których występują jako strony, nie traci swojej zasadności, a ten fakt, zawsze będzie mógł stanowić podstawę do ewentualnego powrotu do poprzednio obowiązującego rozwiązania, albowiem konkluzję Trybunału, iż dotychczasowe regulacje były przejawem tak nadmiernego formalizmu procesowego, że aż naruszającego przepisy ustawy zasadniczej, nie sposób uznać za całkowicie przekonującą²².

²¹ Por. M. Fingas, w krytycznej glosie, *Postępowanie karne – uprawnienie do sporządzenia kasacji we własnej sprawie przez adwokata. Glosa do wyroku TK z dnia 21 czerwca 2016 r., SK 2/15*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2017, s. 95 i 99.

²² Analogicznie zob. *Ibidem*, s. 100.

Bibliografia

- Augustyniak B., Eichstaedt K., Kurowski M., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, red. nauk. D. Świecki, Warszawa 2018.
- Fingas M., *Postępowanie karne – uprawnienie do sporządzenia kasacji we własnej sprawie przez adwokata. Glosa do wyroku TK z dnia 21 czerwca 2016 r., SK 2/15*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2017.
- Flis-Świeczkowska M., *O wpływie zmian ustawodawczych na rozumienie wymogu formalnego w postaci tzw. przymusu adwokacko-radcowskiego. Glosa do postanowienia SN z dnia 17 stycznia 2017 r., II KO 27/16*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2017, nr 2.
- Janczukowicz K., *Przymus adwokacki w sprawie, w której stroną jest adwokat albo radca prawny*, System Informacji Prawnej LEX 2016.
- Janicz M., Kulesza C., Matras J., Paluszkiewicz H., Skowron B., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. nauk. K. Dudka, Warszawa 2018.
- Kłak C.P., *Glosa do postanowienia SN z dnia 3 lutego 2003 r., II KZ 61/02 [dot. adwokata sporządzającego i podpisującego kasację we własnej sprawie]*, „Ius et Administratio” 2004, nr 2.
- Kosonoga J., *Glosa do postanowienia SN z dnia 3 lutego 2003 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2004, nr 1.
- Kurowski M., *Art. 4, [w:] Kodeks postępowania karnego, t. I: Komentarz aktualizowany*, System Informacji Prawnej LEX 2019.
- Kurzępa B., *Glosa do postanowienia SN z dnia 3 lutego 2003 r.*, OSP 2004, nr 1, poz. 6.
- Murzynowski A., *Przymus adwokacki a obowiązek wykonania przez adwokata czynności procesowej na żądanie oskarżonego*, „Palestra” 1989, nr 5–7.
- Nita-Światłowska B., *Przymus adwokacko-radcowski przy wnoszeniu środków w zaskarżeniu w postępowaniu karnym (cz. 2)*, „Palestra” 2017, nr 3.
- Paluszkiewicz H., *Przymus radcowski w przepisach kodeksu postępowania karnego o oskarżeniu subsydiarnym*, [w:] *Współczesny polski proces karny. Księga ofiarowana Profesorowi Tadeuszowi Nowakowi*, red. S. Stachowiak, Poznań 2002.
- Stefański R.A., *Przymus adwokacko-radcowski w procesie karnym*, „Ius Novum” 2007, nr 1.
- Sychowicz M., *Przymus adwokacko-radcowski w postępowaniu cywilnym*, „Palestra” 1997, nr 7–8.

- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018.
- Woźniewski K., *Z problematyki przymusu adwokacko-radcowskiego*, „Prze-
gląd Sądowy” 1994, nr 11–12.
- Zabłocki S., *Znaczenie ustawy nowelizującej Kodeks postępowania karnego
dla korporacji radców prawnych*, „Radca Prawny” 2000, nr 6.
- Zagrodnik J., *Instytucja skargi subsydiarnej w procesie karnym*, Warszawa
2005.
- Zbrojewska M., *Glosa do postanowienia SN z dnia 3 lutego 2003 r.*, „Pale-
stra” 2004, nr 1–2.

Kazimierz Zgryzek¹

Uniwersytet Śląski

ORCID ID: 0000-0002-5315-0796

OBRONA OBLIGATORYJNA W POLSKIM PROCESIE KARNYM – ZAGADNIENIA WYBRANE

ABSTRACT

Obligatory defense in the Polish criminal trial – selected issues

The following article presents one of the most significant institutions in the penal process, namely the obligatory defense. The importance of the right to defense in the criminal trial is explained. The article discusses the prerequisites of appointing a lawyer in a criminal trial as an obligatory defense attorney. All the prerequisites of the obligatory defense, which are specified in Article 79 § 1, subparagraphs 1–4 of the Polish Code of Criminal Procedure, are analyzed. In particular, the maximum age of the perpetrator of the offence, set by the Code, which constitutes a prerequisite for appointing an obligatory defense, is discussed. Physical and mental disabilities are also pointed out, explaining which

¹ Profesor dr hab. nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Karnego Procesowego Uniwersytetu Śląskiego, adwokat, autor ok. 100 publikacji naukowych z zakresu prawa karnego procesowego i z zakresu ustroju organów ochrony prawnej, popularyzujących prawo karne. Współautor podręcznika z zakresu procesu karnego.

ones result in the obligation for the accused to have an obligatory defense. The prerequisite for the use of obligatory defense in the form of interference with the defendant's self-reliance and reasonableness in criminal proceedings is critically evaluated. In conclusion, the author presents suggestions for changes in the normative regulations of obligatory defense, emphasizing the need to keep the provision of Article 79 § 2 of the Polish Code of Criminal Procedure, allowing greater freedom for the court appointing an obligatory defense counsel.

Keywords: defendant, right to defense, defense counsel, obligatory defense

Słowa kluczowe: oskarżony, prawo do obrony, obrońca, obrona obligatoryjna

I.

W polskim procesie karnym każdy oskarżony, niezależnie od etapu, na którym znajduje się prowadzone przeciwko niemu postępowanie, posiada prawo do obrony, zagwarantowane nie tylko przepisami Kodeksu postępowania karnego (zob. art. 77 i nast. k.p.k.²). Źródłem tego prawa są bowiem także, a może nawet przede wszystkim przepisy Konstytucji RP³, w której czytamy, iż każdy, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne, ma prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania. Może on w szczególności wybrać obrońcę lub na zasadach określonych w ustawie korzystać z obrońcy z urzędu (art. 42 ust. 2). Z kolei w art. 6 ust. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁴ wskazano, podobnie, jak czyni to przywołana tu Konstytucja RP, iż każdy oskarżony o popełnienie czynu zabronionego ma prawo do obrony, które konkretyzuje się uprawnieniem do otrzymania szczegółowej informacji w języku dla niego

² Dalej w brzmieniu tekstu jednolitego z 14 września 2018 r. (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1987 ze zm.).

³ Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483 ze zm.). Zob. szerzej: P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 167 i nast.; R.A. Stefański, *Konstytucyjne prawo do obrony a obrona obligatoryjna w świetle noweli z dnia 27 września 2013 r.*, [w:] *Prawo do obrony w postępowaniu postpenalnym. Wybrane aspekty*, Warszawa 2014, s. 17 i nast.

⁴ Zob. szerzej P. Hofmański, A. Wróbel, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, t. I, s. 356, którzy zasadnie wskazują, iż prawo do obrony w procesie karnym jest istotnym elementem prawa do rzetelnego (sprawiedliwego) procesu karnego.

zrozumiałym o istocie i przyczynie oskarżenia, posiadania odpowiedniego czasu do przygotowania obrony, a także bronięcia się osobiście lub przez ustanowionego przez siebie obrońcę, a jeśli nie posiada odpowiednich środków na pokrycie kosztów obrony – do bezpłatnego korzystania z pomocy obrońcy wyznaczonego mu z urzędu. Sama tylko ranga przywołanych wyżej przepisów regulujących prawo oskarżonego do obrony wyraźnie dowodzi, iż mamy tu do czynienia z fundamentalnym uprawnieniem oskarżonego przysługującym mu w procesie karnym, uprawnieniem, które przesądza o określeniu procesu karnego jako rzetelny. Prawo to powszechnie określa się w doktrynie prawa karnego procesowego jako zasadę procesową.

Niestety, mimo wagi i znaczenia prawa do obrony w procesie karnym, w Kodeksie postępowania karnego znaleźć można przepisy, które ograniczając prawo oskarżonego, eksponują potrzebę zwalczania, kosztem prawa do obrony, rosnącej przestępczości. Rzeczywiście, statystyka potwierdza fakt, iż popełnianych jest coraz więcej przestępstw. Trudno jednak zgodzić się z tym, by stosowane były takie środki, które sprzyjają zwalczaniu przestępczości, równocześnie ograniczałyby prawo do obrony oskarżonego. Przykładem takiej tendencji niech będzie niedawno wprowadzony do Kodeksu postępowania karnego przepis art. 378a⁵. Zezwala on sądowi na przeprowadzenie postępowania dowodowego, w tym także na przesłuchanie świadków, mimo niestawiennictwa oskarżonego na rozprawę. Wydaje się być zasadne takie działanie sądu wówczas, gdy oskarżony, prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy na tę rozprawę się nie stawia. Ale przywołany tu przepis stanowi o możliwości przeprowadzenia czynności dowodowych na rozprawie także wówczas, gdy oskarżony swoje niestawiennictwo należyście usprawiedliwi. Mamy tu więc do czynienia z sytuacją, w której sąd uznaje co prawda niestawiennictwo oskarżonego za należyście usprawiedliwione, a mimo to czynność dowodową przeprowadza. A przecież wystarczy wskazać na słownikowe znaczenie słowa „należyty, należyście”⁶, by stwierdzić, że takie prowadzone pod nieobecność oskarżonego czynności zupełnie nie uwzględniają interesu samego oskarżonego, a tym samym powodują, że proces można określić jako nierzetelny. Zachodzi tu bowiem taka sytuacja, że sąd co

⁵ Art. 378a dodany został ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 1694).

⁶ Por. *Słownik Języka Polskiego*, red. nacz. W. Doroszewski, t. IV, Warszawa 1996, s. 1096.

prawda uznaje usprawiedliwienie nieobecności za należyte (a zatem dla sądu przekonywujące, czyli takie, które powoduje, że kontynuacja postępowania pod nieobecność oskarżonego nie powinna mieć miejsca), jednak mimo to postępowanie to prowadzi, zupełnie nie licząc się z okolicznościami. W dodatku może to mieć miejsce także wówczas, gdy oskarżony nie złożył jeszcze wyjaśnień. Nietrudno przecież wyobrazić sobie sytuację, gdy w dniu rozprawy ma odbyć się np. pogrzeb osoby najbliższej dla oskarżonego i z tego powodu oskarżony nie może stawić się na rozprawę albo gdy w dniu rozprawy oskarżony, jadąc do sądu na rozprawę, uczestniczy w wypadku drogowym. Takie przykłady można mnożyć.

II.

Przepis art. 378a k.p.k. co prawda przewiduje możliwość złożenia przez oskarżonego lub jego obrońcę wniosku o uzupełniające przeprowadzenie dowodu przeprowadzonego podczas nieobecności oskarżonego, jednak *de facto* niczego to nie zmienia, bowiem czynność została już wykonana, zwłaszcza gdy okaże się, że złożenie takiego wniosku nie przysługuje, względnie jeżeli okaże się, że nieobecność oskarżonego lub obrońcy na rozprawie nie była usprawiedliwiona (zob. art. 378a § 3 zd. 2 k.p.k.). W takim wypadku nie będzie więc mowy o ewentualnym powtórzeniu czynności dokonanych w czasie nieobecności oskarżonego lub jego obrońcy. Warto zapytać, co w takim wypadku ma wybrać oskarżony – uczestniczył będzie w rozprawie czy też weźmie udział w pogrzebie osoby dla niego bliskiej? Jest oczywiste, że powyższe nie dotyczy przypadku nieobecności oskarżonego na rozprawie, w której nie ma on obowiązku uczestniczyć, postępowanie wówczas może być prowadzone w dalszym ciągu, jednak, gdy oskarżony wnosi o przerwę lub odroczenie rozprawy należycie swoją nieobecność usprawiedliwiając, to prowadzenie w takiej sytuacji postępowania w dalszym ciągu istotnie ogranicza jego prawo do obrony⁷ i można je uznać za niehumanitarne.

⁷ Zob. bliżej P. Hofmański, *Obecność oskarżonego na rozprawie – jego prawo czy obowiązek*, WSS 2011, nr 1, s. 9.

Równie mocno godzącą w prawo do obrony oskarżonego instytucją jest ta określona przepisem art. 170 § 1 pkt 6 k.p.k. Otóż, przepis ten wprowadza do polskiego procesu karnego instytucję prekluzji dowodowej, której istota sprowadza się do wyłączenia dopuszczalności zgłoszenia (uwzględnienia) wniosku dowodowego (wprowadzenia do postępowania karnego określonego dowodu), jeśli upłynął termin wyznaczony stronie (stronom) przez organ procesowy do złożenia takiego wniosku⁸. W dodatku ustawodawca nie precyzuje przesłanek określenia czasu, jaki może upłynąć od momentu zakreslenia stronie terminu do zgłoszenia wniosku dowodowego do chwili wyekspirowania tego terminu. Nie trudno przecież wyobrazić sobie sytuację, gdy organ procesowy wyznacza upływ terminu dowodowego na jeden dzień, przypadający po dacie jego wyznaczenia – od strony formalnej trudno podnosić tu jakiegokolwiek zarzuty, strony wszak uzyskały możliwość zgłoszenia wniosku dowodowego, jednak ujmując rzecz materialnie wyznaczenie stronie terminu do zgłoszenia wniosku dowodowego w taki sposób musi być uznane za szynkanę. Dodajmy tu jeszcze, iż uzasadnienie do projektu⁹ ustawy wprowadzającej wskazaną tu wyżej zmianę stwierdza wprost, iż „strony niejednokrotnie bez związku z rzeczywistym realizowaniem swoich interesów procesowych (złośliwie? – dop. K.Z.) składają wnioski dowodowe na tyle późno, iż ich rozpoznanie, a tym bardziej ich ewentualne uwzględnienie, prowadzi do istotnego i nieuzasadnionego przedłużenia trwania postępowania” i dodaje, że „tego typu postawa nie zawsze może się spotkać z reakcją w postaci zastosowania przepisu art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k.”. Uzasadnienie projektu nie przywołuje jakichkolwiek argumentów wynikających z praktyki stosowania przepisu art. 170 § 1 k.p.k., to zaś oznacza, iż w istotnej mierze tezy uzasadnienia mają charakter tez gołosłownych

⁸ Zob. bliżej M. Jeż-Ludwichowska, *Krytycznie o koncepcji prekluzji dowodowej*, [w:] *Iudicium et Scientia. Księga Jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika*, red. A. Przyborowska-Klimczak, A. Taracha, Warszawa 2011, s. 539 i nast.; K. Zgryzek, „... wyeliminowanie dostrzeżonych usterek i błędów legislacyjnych”. *Wybrane uwagi na tle projektu zmian k.p.k. i innych ustaw z 4 grudnia 2018 r.*, [w:] *Artes serviunt vitae. Sapientia imperat. Proces karny sensu largo. Rzeczywistość i wyzwania. Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Grzegorzczaka z okazji 70. urodzin*, red. R. Olszewski, Warszawa 2019, s. 422.

⁹ Zob. Druk Sejmowy nr 3251 z 22 lutego 2019 r., uzasadnienie, s. 21.

i wspartych na przypuszczeniach. Przysłowiową „kropkę nad i” ujawniającą zamiary ustawodawcy stawia fragment przywołanego tu uzasadnienia, w którym stwierdzono, iż „strony [co prawda – dop. K.Z.] nie są zobowiązane do składania wniosków dowodowych; jest to tylko ich prawo. Jeżeli jednak chcą z tego prawa skorzystać, muszą to uczynić w terminie umożliwiającym rozpoznanie sprawy bez zbędnej zwłoki”¹⁰.

Na tym tle dość powiedzieć, iż instytucja prekluzji dowodowej¹¹ rodzi niezwykle poważne zagrożenia dla realizacji prawa do obrony przez oskarżonego, w dodatku, jak wykazuje doświadczenie, często występującego przed sądem bez obrońcy. Instytucja ta ma jednoznaczny wydźwięk – skoro postawiony został komuś zarzut popełnienia przestępstwa, to widać (nawet wbrew zasadzie domniemania niewinności) nie ma przed czym się bronić, a jeśli chce się bronić, składając stosowne wnioski dowodowe, to powinien uczynić to „bez zbędnej zwłoki”. Nadto, w myśl tego założenia, każda aktywność dowodowa nie sprzyja sprawności postępowania, czyli trzeba tej aktywności dowodowej, tam gdzie się da, postawić tamę lub przynajmniej ją ograniczyć. Biorąc pod uwagę ten kierunek wprowadzanych do procesu karnego zmian, można dojść do wniosku, że oskarżonemu jakakolwiek obrona nie jest potrzebna i lepiej, gdyby nie przeszkadza!

III.

Prawo do obrony, zarówno mające postać obrony obligatoryjnej, jak i postać obrony fakultatywnej, może być realizowane w dwóch formach. Pierwszą z nich określa się w doktrynie mianem obrony materialnej, drugą zaś nazywa się obroną formalną¹². Pierwsza polega na przekazaniu

¹⁰ *Ibidem*, s. 22.

¹¹ Nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem zamieszczonym w uzasadnieniu Druku Sejmowego nr 3251, iż „trudno mówić w realiach polskiego procesu karnego o typowej prekluzji dowodowej, gdyż dominującą zasadą postępowania, zarówno przygotowawczego, jak i sądowego, jest zasada prawdy materialnej”.

¹² Zob. W. Posnow, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018, s. 238; P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie kar-*

oskarżonemu pełnej swobody w zakresie sposobów prowadzenia obrony. Oskarżony samodzielnie decyduje o taktyce obrończej, podejmując czynności, które jego zdaniem przyniosą korzystne dla niego rozstrzygnięcie. Oczywiście pojawia się tu problem czynności, które nie mają cech korzystnych dla podejmującego je oskarżonego. Należy oczekiwać, że w takim wypadku sąd, gdy oskarżony nie posiada swego obrońcy (nie udzielił pełnomocnictwa adwokatowi lub radcy prawnemu), wyjaśni, w myśl zasady lojalności procesowej, skutki procesowe tych czynności¹³. Niewątpliwie taka informacja powinna być skierowana przez sąd do oskarżonego także wówczas, gdy oskarżony jest reprezentowany w postępowaniu przez fachowy podmiot, jakim powinien być adwokat lub radca prawny. Jak się wydaje, wobec faktu, iż w procesie karnym rozstrzyga się o kwestii odpowiedzialności karnej sprawcy czynu zabronionego, a tym samym, że prawo karne procesowe jest gałęzią prawa represyjnego, organy procesowe winny udzielać oskarżonemu pełnej informacji, nie tylko wtedy, gdy wnosi o jej mu przekazanie, ale i wówczas, gdy z takim wnioskiem nie występuje.

Drugą postacią obrony realizowanej w procesie karnym to obrona określana jako formalna; jej „realizatorem” jest ustanowiony lub przydany z urzędu oskarżonemu na jego żądanie obrońca. Każdy z tych podmiotów – oskarżony i obrońca – ma prawo do podejmowania czynności obrończych niezależnie od siebie, teoretycznie – czynności te mogą być wzajemnie konkurencyjne, a nawet sprzeczne. Jednak dopóki żadna ze stron nie wypowie stosunku obrończego, prawo do obrony może być realizowane przez jedną ze „stron” tego konfliktu niezależnie od realizacji tego prawa przez drugą stronę.

Przywołane tu wyżej przepisy nie tylko wskazują na fakt posiadania przez oskarżonego prawa do obrony, ale określają także dwa źródła realizacji tego prawa. Jednym z nich jest udzielenie przez oskarżonego obrońcy – adwokatowi lub radcy prawnemu – pełnomocnictwa (art. 83

nym, Zakamycze 2006, s. 202 wraz z cytowaną tam literaturą; patrz również Z. Gostyński, [w:] J. Bratoszewski i in., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Z. Gostyński, Warszawa 1998, s. 332. Zob. także R.A. Stefański, *Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012, s. 25.

¹³ Zob. szerzej K. Marszał, *Informowanie uczestników procesu karnego o ich obowiązkach i uprawnieniach*, „Problemy Prawa Karnego” 1982, t. 7, Katowice.

§ 1 zd. 1 k.p.k.). Pełnomocnictwo to może zostać udzielone w formie pisemnej względnie – do protokołu czynności – w formie ustnej (art. 83 § 2 k.p.k.). Drugim – ustanowienie oskarżonemu obrońcy przez organ procesowy, gdy oskarżony o to wnosi. W takim przypadku mowa jest o obronie z urzędu, jednak już tu podkreślić wypada, że z punktu widzenia obowiązków procesowych obrońcy i jego uprawnień sposoby realizacji prawa do obrony niczym się od siebie nie różnią. Jedyna różnica sprowadza się do podmiotu (organu) ustanawiającego obrońcę.

IV.

Nie pozostawia żadnych wątpliwości, że postawienie zarzutu popełnienia przestępstwa i obrona przed nim zawsze rodzić będzie niekomfortową sytuację dla osoby, której zarzut postawiono, co oznacza, że osoba ta powinna, najszybciej jak tylko to możliwe, mieć sposobność skorzystania z pomocy obrońcy lub bronić się samodzielnie. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, w której oskarżony jest pozbawiony wolności w tej lub w innej sprawie. W takim przypadku, skoro „zza krat” trudno jest wybrać sobie odpowiedniego obrońcę, do czasu ustanowienia go przez oskarżonego, może go także ustanowić inna osoba, o czym oskarżonego należy niezwłocznie zawiadomić (art. 83 § 1 zd. 2 *in fine* k.p.k.), pozostawiając mu tym samym decyzję, co do akceptacji osoby, która w toku prowadzonego przeciwko niemu postępowania wesprze go swoimi działaniami jako obrońca. Dodajmy tu jeszcze, że oskarżony, którego działania w procesie zostały wsparte przez wyznaczonego mu obrońcę, może w każdej chwili udzielić obrońcy pełnomocnictwo cofnąć i w miejsce dotychczasowego wyznaczyć nowego obrońcę lub po prostu brać udział w toczącym się przeciwko niemu postępowaniu bez korzystania z pomocy obrońcy.

Dodać tu jeszcze należy, że Kodeks nie precyzuje relacji, jaka zachodzić musi pomiędzy osobą ustanawiającą pozbawionemu wolności oskarżonemu obrońcę a samym oskarżonym, nie wskazuje także, czy pozbawienie wolności oskarżonego ma mieć miejsce w tej, czy w innej sprawie. Jedyne, na co tu należałoby zwrócić uwagę, to fakt, iż ustanowienie obrońcy oskarżonemu w trybie określonym w art. 83 § 2 k.p.k., nie

pozbawia oskarżonego uprawnienia do ustanowienia przez siebie obrońcy. Osoba wyznaczająca pozbawionemu wolności oskarżonemu obrońcę może czynić to z różnych powodów – przyjaźni, miłości, filantropii itp. Nie musi także w udzielonym pełnomocnictwie przyczyn tych wskazywać, a organ procesowy nie może badać przyczyn wyznaczenia w tym trybie obrońcy i nie wolno mu także cofnąć pełnomocnictwa wówczas, gdy uzna, że przyczyna ta nie może zostać zaaprobowana. O ustanowieniu w tym trybie obrońcy należy niezwłocznie powiadomić oskarżonego. W praktyce, trafnie wymaga się od oskarżonego, by udzielone bez jego wiedzy adwokatowi lub radcy prawnemu pełnomocnictwo zostało przez niego potwierdzone. Jeśli to nie nastąpi, udzielone pełnomocnictwo ulega cofnięciu.

V.

Oba wymienione tu źródła prawa do obrony (obrona realizowana w następstwie udzielenia pełnomocnictwa oraz obrona z urzędu) mogą przybrać postać obrony fakultatywnej, kiedy oskarżony może, lecz nie musi posiadać obrońcy, a także obrony obligatoryjnej. W przypadku obrony fakultatywnej (a więc nieobligatoryjnej) ustawodawca pozostawia oskarżonemu swobodę wyboru w zakresie konieczności (potrzeby) reprezentowania jego interesów w postępowaniu karnym przez wyspecjalizowany podmiot. To od swobodnej decyzji oskarżonego zależało będzie, czy, a jeśli tak, to kto będzie w prowadzonym przeciwko niemu postępowaniu wspomagał go w realizacji jego prawa do obrony. Od 1 lipca 2015 r., tj. od dnia wejścia w życie noweli wrześniowej, w myśl art. 82 k.p.k. obrońcą w procesie karnym może być nie tylko osoba wpisana na listę adwokatów ale również ta, która wykonuje zawód radcy prawnego. Zauważmy jednak, po pierwsze, że wpis na listę adwokatów lub wpis na listę radców prawnych musi łączyć się z określeniem siedziby wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego, a po drugie, że wybór dokonywany przez oskarżonego nie jest nieograniczony, skoro występując z wnioskiem o przyznanie mu obrońcy, nie może domagać się – z oczywistych względów, nie wymagających chyba uzasadnienia – przyznania

mu konkretnej, wskazanej z imienia i nazwiska osoby, która pełniłaby funkcję jego obrońcy, lecz jedynie może proponować, by funkcję obrońcy wykonywał adwokat lub radca prawny.

VI.

Zanim zostaną poddane analizie sytuacje (okoliczności, przyczyny) przesądzające o konieczności posiadania obrońcy w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, warto podnieść tu jeszcze jedną kwestię. Będzie to co prawda kwestia o charakterze już obecnie historycznym, bowiem zmiana w tym zakresie ostatecznie nie została do Kodeksu postępowania karnego wprowadzona, jednak znaczenie tej niestety odłożonej, jak należy sądzić, *ad acta* regulacji, każe ją tutaj wyraźnie przywołać. Otóż w ostatnim czasie wprowadzone zostało do Kodeksu postępowania karnego rozwiązanie, które istotnie zmieniałoby zakres i formę przydzielenia osobie stojącej pod zarzutem popełnienia przestępstwa obrońcy. Mianowicie nowela wrześniowa istotnie przebudowała instytucję obrony z urzędu. W pierwotnym brzmieniu przepis art. 78 § 1 k.p.k. wskazywał na oskarżonego, jako na osobę, która może żądać, by wyznaczono jej obrońcę z urzędu z powodu jej ubóstwa, to jest z tej przyczyny, że nie jest w stanie, bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania siebie i rodziny, ponieść kosztów obrony. Oskarżony zgłaszał w tym przedmiocie stosowne żądanie, w którym powinien był uprawdopodobnić swoją złą sytuację materialną. Żądanie mógł zgłosić oskarżony *sensu largo*, a więc każdy przeciwko komu prowadzone było postępowanie karne, tak w fazie przygotowawczej, jak i przed sądem. Jest oczywiste, że w praktyce najczęściej zgłoszenie takiego żądania miało miejsce na początkowym etapie postępowania, tj. w chwili przedstawienia oskarżonemu zarzutów w trybie określonym w art. 314 k.p.k. Rozwiązanie wprowadzone nowelą z września 2013 r. uwzględniało jeden podstawowy fakt, mianowicie, że nie każdy oskarżony jest winien popełnienia zarzucanego mu czynu oraz że nie każda osoba, przeciwko której państwo wytoczyło zarzuty, może sobie pozwolić na powierzenie obrony fachowemu pełnomocnikowi (adwokatowi lub radcy prawnemu). Nie dość bowiem, że sytuacja procesowa każdego oskarżonego jest z tego

punktu widzenia identyczna, to w dodatku, skoro państwo sformułowało wobec oskarżonego zarzut popełnienia czynu, którego znamion nie zrealizował, to państwo to powinno również zwolnić tę osobę od wykazywania, że jest biedna i – być może – niezaradna. Pamiętać tu bowiem także należy, iż sąd w wyroku w razie skazania sprawcy przestępstwa może go także obciążyć kosztami procesowymi i opłatami, zatem państwo w tym zakresie jedynie kredytuje takiego oskarżonego, któremu karę wymierzono lub zwalnia go od ponoszenia kosztów, skoro w sprawie przeciwko niemu zapadł wyrok uniewinniający¹⁴.

Cofnięcie tego, jak się wydaje oczywistego rozwiązania nowelą z marca 2016 r. było wyraźnym krokiem wstecz i dowodziło, iż polski proces karny cofnął się w tym zakresie do stanu stworzonego przepisami Kodeksu postępowania karnego z 1969 r. Jest rzeczą oczywistą, że w każdym demokratycznym państwie należy zabezpieczyć, zgodnie z zasadą domniemania niewinności oskarżonego, możliwość korzystania z prawa do obrony temu, komu postawiony został zarzut popełnienia przestępstwa, jednak ten kogo stać na udzielenie pełnomocnictwa adwokatowi lub radcy prawnemu na wsparcie w zakresie obrony przed postawionym zarzutem na taką pomoc liczyć nie może. Wymaganie, by udzielenie pomocy prawnej oskarżonemu, który nie udzielił pełnomocnictwa obrończego i który oczekuje wsparcia ze strony państwa w tym zakresie, uzależnione było od wykazania stanu ubóstwa¹⁵ jest po prostu niehumanitarne. Zmusza bowiem stojącego pod zarzutem obywatela, którego wina nie została przecież jeszcze przesądzona, do ujawniania swojej sytuacji majątkowej i poddania ocenie tej sytuacji dokonanej przez organ procesowy. Państwo, które oskarża obywatela, nie dając mu szansy skorzystania z prawa do obrony w przypadku przekroczenia mitycznej granicy „bez uszczerbku dla niezbędnego utrzymania” jest państwem autorytarnym. Należy oczekiwać, że niebawem nastąpi powrót do regulacji, która przez krótki czas obowiązywała pomiędzy 1 lipca 2015 r. a 16 marca 2016 r.

¹⁴ Zob. szerzej: *System Prawa Karnego Procesowego*, t. XVIII: *Koszty procesu w sprawach karnych*, red. nauk. M. Klejnowska, Warszawa 2018, s. 521 i nast.

¹⁵ Zob. bliżej K. Zgryzek, *Prawo ubogich czy obrona na życzenie – dylematy wokół obrony z urzędu w związku z kolejnymi zmianami w zakresie obrony w polskim procesie karnym*, [w:] *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, red. S. Steinborn, K. Woźniewski, Gdańsk 2018, s. 259.

VII.

Sygnalizowano wyżej, że obrona w procesie karnym może być fakultatywna, względnie obligatoryjna. Jeśli obrona nie jest obligatoryjna, to jest obroną fakultatywną. W tym ostatnim wypadku oskarżony może mieć obrońcę i bronić się przed zarzutem samodzielnie, bez korzystania z pomocy fachowego podmiotu, jakim jest adwokat lub radca prawny. Ustawodawca określił wyłącznie sytuacje, w których obrona ma charakter obligatoryjny.

VIII.

Zanim przedstawiona zostanie analiza przesłanek leżących u podłoża obowiązku posiadania obrońcy w procesie karnym, warto zauważyć, że w przepisie art. 79 § 1 k.p.k. ustawodawca wyliczył sytuacje, które, jeśli nastąpią, rodzą obowiązek przyznania oskarżonemu obrońcy. Chodzi tu o okoliczności obligujące do korzystania w postępowaniu karnym przez oskarżonego z obrońcy z powodu wyliczonych tam ułomności oskarżonego ograniczających swobodę prowadzenia przez niego obrony. Istotną modyfikację wprowadza w tym zakresie przepis art. 79 § 2 k.p.k. Jest w nim mowa o konieczności posiadania przez oskarżonego obrońcy, gdy sąd uzna to za niezbędne ze względu na inne, niż te wskazane w § 1 art. 79 k.p.k., okoliczności utrudniające obronę. Przepis ten zatem pozostawia sądowi swobodę decydowania o tym, czy jest to niezbędne z powodu istnienia innych okoliczności utrudniających obronę. Niektóre z okoliczności wskazanych w § 1 przepisu art. 79 k.p.k. to okoliczności czysto ocenne. Niewątpliwie są takimi okolicznościami te, które wymienione zostały w pkt 3 i 4 wskazanego tu przepisu. Za taką oceną okoliczność może być także traktowana z pewnością ta wskazana w art. 79 § 2 k.p.k., skoro mowa tam wprost o uznaniu sądu, iż zaistniały okoliczności utrudniające obronę i stworzyły nakaz traktowania obrońcy oskarżonego jako obrońcy obligatoryjnego. Jednak decyzja, którą w takiej sytuacji podejmuje sąd, nie ma i nie może mieć charakteru dowolnego – sąd musi wyjaśnić, na jakiej podstawie powziął wątpliwość i – jeśli nie uzna obrony

za obligatoryjną – jakie przesłanki o tym zadecydowały. Kodeks nie wyjaśnia, jakie to okoliczności mieszczą się w tej grupie, nie wskazuje także na podstawie czego sąd taką decyzję może podjąć.

IX.

Dodać tu jeszcze w tym miejscu należy, że aktualne brzmienie przepisów art. 79 § 1 i 2 k.p.k. sprawia wrażenie, że twórcy projektu zatrzymali się w pół drogi – w pewnym zakresie pozwolili sądowi na samodzielną ocenę istnienia utrudniających obronę okoliczności (§ 2), w innym zaś o tym przesądzieli, odbierając sądowi takie prawo (§ 1). Być może uzasadnieniem takiej regulacji była chęć zapewnienia oskarżonemu w szerszym zakresie obrońcy obligatoryjnego i pozostawienia jakiegoś pola swobody decyzji sądowi w tej kwestii, zwłaszcza, gdy realizacja prawa do obrony przez określonego obrońcę nasuwa wątpliwości. To jednak dowodzi, że regulacja obrony obligatoryjnej jest niespójna. Do posiadającego już znaczną tradycję przepisu¹⁶ dodany został przepis § 2, który mógł stworzyć sądowi drogę do pełniejszej oceny okoliczności stwarzających podstawę dla obrony obligatoryjnej, jednak tak się nie stało. Obok *ex lege* występujących przesłanek obligatoryjnej obrony występują także i takie, o potrzebie zastosowania których decyduje sąd.

X.

Katalog przesłanek stwarzających konieczność posiadania obrońcy otwiera ta określona w pkt 1 § 1 art. 79 k.p.k. W stanie prawnym obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r. obrońcę obligatoryjnego winien był posiadać oskarżony nieletni. Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich pojęciem

¹⁶ Przepis art. 79 k.p.k. jest w znacznej mierze odpowiednikiem przepisu art. 70 k.p.k. z 1969 r. Dwa pierwsze punkty § 1 art. 79 k.p.k. są, co do zasady, tożsame, natomiast pkt 3 i 4 w stosunku do pkt 3 art. 70 k.p.k. z 1969 r. istotnie rozbudowano. Sens jednak wprowadzonych do Kodeksu z 1997 r., w interesującym nas zakresie, zmian właściwie nie uległ zmianie.

nioletni określała osobę, która nie ukończyła lat 17¹⁷. Jak się wydaje, była to regulacja w tym zakresie niespójna nie tylko z przepisami ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich¹⁸, ale także Kodeksu karnego z 1997 r., skoro dorosłość karną osiąga nieletni już w chwili ukończenia 17. roku życia. W efekcie, osoba, która popełniła czyn zabroniony pomiędzy 17. a 18. rokiem życia, co do zasady jest już osobą dorosłą, jednak w kwestii obrony przed zarzutem wprowadzonym przeciwko niej postępowaniu karnym jest ciągle jeszcze nieletnią i z tego powodu jej obrona musi być realizowana w formie obrony obligatoryjnej. Trudno więc, w takiej sytuacji, wprowadzone do przepisu art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k. zmiany aprobować.

W myśl przepisu art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k., obrona obligatoryjna dotyczy osób, które nie ukończyły 18 lat. W doktrynie i orzecznictwie trafnie przyjmuje się, że decydujące znaczenie ma moment ukończenia 18. roku życia – obrona obligatoryjna ustaje z dniem ukończenia 18. roku życia¹⁹. Także orzecznictwo wskazuje, iż wykładnia językowa przepisu art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k. prowadzi do wniosku, że ten przypadek obrony obligatoryjnej dotyczy osoby, która w czasie postępowania nie ukończyła 18. roku życia. Ustawodawca wyznaczenia obrońcy z pojęciem osoby nieletniej, ani z wiekiem oskarżonego w czasie popełnienia zarzucanych mu czynów nie łączy, czyni to wyłącznie w odniesieniu do wieku oskarżonego w czasie trwania postępowania²⁰.

XI.

Obrona obligatoryjna pojawia się także wówczas, gdy oskarżony jest głuchy, niemy lub niewidomy. Nie ma jasności w piśmiennictwie i orzecznictwie, czy wymienione tu zmysły mają być całkowicie zniesione, czy

17 Zob. bliżej K.T. Boratyńska, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2015, s. 210.

18 Zob. ustawa z 26 października 1982 r. (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 969 ze zm.).

19 Zob. W. Posnow, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, pod red. J. Skorupki, Warszawa 2018, s. 239 wraz z cytowaną tam literaturą. Zob. też wyr. SN z 16 stycznia 2018 r., V KK 485/17, teza II, „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 3, poz. 3.

20 Post. SN z 2 lutego 2016 r., IV KK 337/15, teza II, Legalis; wyr. SN z 19 lutego 2019 r., III KS 1/19, Legalis.

też tylko tak, że wymienione ułomności utrudniają jedynie wykonywanie działań mieszczących się w zakresie prawa do obrony. W postanowieniu Sądu Najwyższego²¹ czytamy, iż w przepisie art. 79 § 1 pkt 2 k.p.k. chodzi o takie anomalie w funkcjonowaniu u oskarżonego zmysłów słuchu, wzroku bądź zdolności mowy, że korzystanie z nich jest zupełnie zniesione, przez co samodzielne prowadzenie obrony przez oskarżonego nie jest możliwe.

Zgadzać się co do zasady z treścią przytoczonego tu judykatu, wypada podnieść, iż chodzi w nim, jak należy sądzić, o całkowite, zupełne wyłączenie funkcjonowania zmysłów wzroku, słuchu i mowy (oskarżony „nic” nie widzi, nic nie słyszy, ani też nie jest w stanie niczego wypowiedzieć, ergo niemożliwy jest z nim jakikolwiek kontakt). Co do zasady, z takim założeniem można byłoby się zgodzić. Potwierdza to stanowisko doktryny, gdzie wskazuje się, iż za głuchotę uznać należy jedynie głęboką utratę słuchu²², niemową jest osoba, która całkowicie utraciła zdolność mówienia²³, zaś niewidomy to ten, kto całkowicie utracił wzrok albo też ma znaczne upośledzenie widzenia lub utracił wzrok w następstwie zmętnienia układu optycznego, zapalenia, pourazowo bądź w wyniku zanikowego uszkodzenia siatkówki, nerwu wzrokowego lub dróg nerwowych²⁴. Niewątpliwie trudno jest wyznaczyć granicę, po przekroczeniu której określona osoba staje się niema, głucha czy niewidoma. Przyjęcie całkowitego zniesienia funkcjonowania wymienionych zmysłów, może być, jak się wydaje, poczynione bez konieczności odwoływania się do wyników ewentualnych badań lekarskich, drogą samodzielnie dokonanej przez organ procesowy obserwacji. Gorzej, jeśli wymienione tu ułomności ograniczają korzystanie z nich, bowiem wówczas trzeba byłoby zastanowić się nad tym, w jaki sposób te zakłócenia należałoby zmierzyć. A to już z pewnością wymaga sięgnięcia po stanowisko biegłego, by ten w miarę precyzyjnie mógł stwierdzić, czy stan zmysłów oskarżonego wymaga sięgnięcia po obligatoryjnego obrońcę, czy też nie.

21 Post. SN z 9 stycznia 2013 r., III KK 330/12, Legalis.

22 R.A. Stefański, *Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012, s. 110.

23 J. Satko, A. Seremet, *Przesłanki obowiązkowej obrony oskarżonego głuchego, niemego lub niewidomego* (art. 70 § 1 pkt 1 k.p.k.), „Palestra” 1995, nr 9–10, s. 37.

24 W ślad za R.A. Stefański, *Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012, s. 119.

Wyliczone w przepisie art. 79 § 1 pkt 2 k.p.k. zmysły ujęte zostały w formę alternatywy nierozłącznej „lub”, co oznacza, że wystarczy zakłócenie korzystania z jednego z tych zmysłów, choć ułomności mogą dotyczyć kilku lub wszystkich zmysłów łącznie. Przywołane tu orzeczenie Sądu Najwyższego wylicza zmysły, które mogą zostać wyłączone, za pomocą spójnika „bądź”, co także wskazuje na to, iż zdaniem najwyższej instancji sądowej wystarczy wyłączenie jednego z nich. Jak się wydaje, skoro mowa o ustalaniu podstaw stosowania obrony obligatoryjnej, należy przyjąć, że obrona obligatoryjna jest konieczna już wówczas, gdy wyłączenie dotyczy przynajmniej jednego ze zmysłów, o jakich mowa w art. 79 § 1 pkt 2 k.p.k. W medycynie podkreśla się jednak, że w licznych wypadkach, zwłaszcza jeśli zaburzenia słuchu, wzroku i mowy cechują daną osobę od jej urodzenia, inne zmysły mogą zastąpić ten, który jest upośledzony. Tym samym, może się okazać, iż kontakt np. z głuchym jest równie sprawny, jak z niemym, który doskonale czyta z ust mówiącego. Oznacza to także i to, że – jak była o tym mowa wyżej – lepiej jest rozważyć, czy nie zachodzą okoliczności, o jakich mowa w art. 79 § 2 k.p.k. i w wyznaczonym w nim trybie ustalać konieczność posiadania przez oskarżonego obrońcy. Sięgnięcie po przepis art. 79 § 2 k.p.k. może mieć także taki efekt, iż łatwiej będzie przyjąć, że zachodzą okoliczności utrudniające obronę, niż czynić to w trybie przepisu art. 79 § 1 pkt 2, gdzie mowa jest o istotnym zaburzeniu wskazanych w nim zmysłów. Zresztą, takie zaburzenie zmysłów wzroku, słuchu lub mowy winno być potwierdzone wynikami badania przeprowadzonego przez biegłego lekarza wyspecjalizowanego w leczeniu tych zmysłów albo treścią dokumentu potwierdzającego wskazaną tu ułomność²⁵.

XII.

Zakłócenia w funkcjonowaniu oskarżonego, stwarzające podstawę do koniecznego posiadania przez niego w postępowaniu karnym obrońcy, dotyczą nie tylko wadliwości fizycznych oraz jego wieku, lecz także jego

²⁵ Tak trafnie R.A. Stefański, *Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012, s. 109.

zdrowia psychicznego. O takich ułomnościach stanowią dwa kolejne przepisy. I tak w pkt 3 art. 79 § 1 k.p.k. wskazuje się, iż obrona ma charakter obligatoryjny, gdy zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy zdolność oskarżonego rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem nie była w czasie popełnienia tego czynu wyłączona lub w znacznym stopniu ograniczona. W kolejnym natomiast punkcie mowa o obronie obligatoryjnej, jeżeli zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan zdrowia psychicznego oskarżonego pozwala mu na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w samodzielny oraz rozsądny sposób. W punkcie 3 chodzi o stan zdrowia psychicznego oskarżonego *in tempore criminis*, w punkcie drugim zaś o stan zdrowia psychicznego, który stawia w wątpliwość dwie kwestie; pierwsza z nich dotyczy ustalenia stanu zdrowia psychicznego oskarżonego *in tempore procedendi*, druga zaś – związku tego stanu psychicznego z możliwością prowadzenia obrony w sposób samodzielny i rozsądny.

Wypada tu także podkreślić, że w orzecznictwie obie wskazane w przepisie art. 79 § 1 pkt 3 i 4 k.p.k. podstawy wyznaczenia obrońcy obligatoryjnego przywoływane są najczęściej łącznie; jest to o tyle uzasadnione, że w obu wypadkach obrona obligatoryjna ma związek ze stanem zdrowia psychicznego oskarżonego. Sugerować by to mogło, że organ procesowy winien rozważyć wpływ tego stanu zdrowia psychicznego oskarżonego zarówno na jego sytuację w chwili popełnienia zarzucanego mu czynu, jak i w chwili prowadzenia przeciwko niemu postępowania. Jednak pamiętać należy o tym, że skutki te są całkowicie odmienne – o ile w pierwszym przypadku stan zdrowia psychicznego oskarżonego może istotnie wpłynąć na zakres lub zniesienie jego odpowiedzialności (art. 31 k.k.), o tyle w drugim – na możliwość świadomego udziału w postępowaniu, a w nim – na samodzielne i rozsądne prowadzenie obrony²⁶.

²⁶ Tu warto niejako przy okazji podnieść kwestię, która także łączy się z udziałem (lub jego brakiem) w postępowaniu podejrzanego, co do którego ma zostać zastosowany środek zabezpieczający w trybie określonym w art. 354 k.p.k. Przepis ten zezwala na odsunięcie od udziału w sprawie podejrzanego, jeżeli został złożony wniosek o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego, jeżeli z opinii biegłych wynika, że udział tego podejrzanego w postępowaniu nie byłby wskazany. Wspomniany przepis art. 354 k.p.k. nie precyzuje przesłanek, które stwarzałyby

Jak podniesiono, obie wskazane tu podstawy stosowania obrony obligatoryjnej odwołują się do stanu zdrowia psychicznego oskarżonego. W pierwszym przypadku stan ten stwarza uzasadnioną wątpliwość co do zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swym postępowaniem, w drugim zaś odnosi się do stanu zdrowia psychicznego w czasie prowadzenia postępowania, jednak w ściśle określonym zakresie. Po pierwsze, z punktu widzenia możliwości brania udziału w postępowaniu, po drugie zaś – z punktu widzenia możliwości prowadzenia obrony w sposób samodzielny i rozsądny.

Podstawą stosowania obrony obligatoryjnej jest istnienie uzasadnionej wątpliwości co do zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swym postępowaniem. Nie musi to być zatem stwierdzony fakt zniesienia lub ograniczenia zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem. Jak wskazał Sąd Najwyższy²⁷, powstanie uzasadnionych wątpliwości [...] skutkować musi obligatoryjnym i automatycznym wyznaczeniem takiej osobie obrońcy z urzędu. Dopiero wydanie opinii przez biegłych lekarzy psychiatrów i uznanie jej za uzasadnioną w tym przedmiocie, że czyn oskarżonego nie został popełniony w warunkach wyłączenia lub znacznego ograniczenia zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem [...], uprawnia sąd do stwierdzenia, że udział obrońcy nie jest obowiązkowy.

Stwierdzenie istnienia uzasadnionych wątpliwości co do stanu zdrowia psychicznego zobowiązuje organ procesowy do dopuszczenia dowodu z opinii biegłych psychiatrów, a w efekcie, wyznaczenia z urzędu

podstawę do usunięcia z postępowania podejrzanego, a przecież tak w omawianym tu problemie obrony obligatoryjnej, jak i stosowania środka zabezpieczającego chodzić może o prowadzenie przez podejrzanego samodzielnej i rozsądnej obrony, gdy niepoczytalność sprawcy czynu, w chwili jego popełnienia, nie budzi wątpliwości. W obu wypadkach pojawia się założenie, że co prawda oskarżony ma prawo do obrony, ale skoro jego poczytalność *in tempore procedendi* jest wątpliwa i równocześnie – jak w przypadku art. 79 § 1 pkt 4 k.p.k. – organ procesowy nie dowierza, by mógł prowadzić samodzielną i rozsądną obronę, przeto trzeba mu pomóc. Gdyby rzecz dotyczyła tylko okoliczności wskazanych w § 2 art. 79, to wówczas, skoro organ procesowy stwierdził, że zachodzą okoliczności utrudniające, nie wywoływałyby to takich wątpliwości, ale to organ procesowy (na podstawie opinii biegłego, względnie obserwacji oskarżonego) musi samodzielnie stwierdzić, czy prowadzona obrona jest rozsądna.

27 Wyr. SN z 15 stycznia 2019 r., III KK 576/18, Legalis.

obligatoryjnego obrońcy²⁸. Jeśli biegli psychiatrzy w swej opinii stwierdzą, iż czyn nie został popełniony w warunkach ograniczenia lub zniesienia możliwości rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swym postępowaniem, uprawnia to organ procesowy do zwolnienia takiego obrońcy (który, jeśli nie został wyznaczony przez oskarżonego, został mu przydany z urzędu) z wykonywania obowiązków obrońcy obligatoryjnego.

XIII.

W przywołanym wyżej poglądzie Sądu Najwyższego mowa także o opinii biegłych lekarzy psychiatrów dopuszczanej w związku z koniecznością zbadania, czy stan zdrowia psychicznego oskarżonego pozwala mu na udział w postępowaniu i prowadzenie obrony w sposób samodzielny i rozsądny. Kwestia ta stanowiła już przedmiot rozważań w innym miejscu²⁹. Tu jednak wydaje się, właśnie z uwagi na rozważany tu problem obrony obligatoryjnej i powstające wokół niej wątpliwości, że konieczne jest jego bliższe przedstawienie.

Jak się wydaje, największe wątpliwości, co do obrony obligatoryjnej z powodu stanu zdrowia psychicznego oskarżonego pojawiają się na tle przepisu art. 79 § 1 pkt 4 k.p.k. Wskazano w nim, że obrona winna być obligatoryjna także wtedy, jeśli zajdzie uzasadniona wątpliwość, czy stan zdrowia psychicznego oskarżonego pozwala mu na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny. Już tu należy wskazać, iż dla przyjęcia konieczności posiadania przez oskarżonego obrońcy niezbędne jest wystąpienie obu tych przesłanek – obrona

28 Zob. np. uchwała (7) SN z 16 czerwca 1977 r., VII KZP 11/77, OSNKW 1977, nr 7–8, poz. 68, w której podniesiono, iż dopuszczenie dowodu z opinii biegłych psychiatrów o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego jest równoznaczne z istnieniem „uzasadnionej wątpliwości” co do jego poczytalności i powoduje obligatoryjną obronę. Zob. także M. Cieślak, Z. Doda, *Kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (lata 1980–1983)*, „Palestra” 1984, nr 10, s. 2.

29 Por. K. Zgryzek, *Obrona obligatoryjna – czy rzeczywiście konieczna? Uwagi na marginesie art. 79 k.p.k.*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010, s. 633.

samodzielna oraz rozsądna – łącznie³⁰, przesłanki te bowiem są połączone funktorem koniunkcji „oraz”.

W języku potocznym określenie „samodzielny, samodzielnie” znaczy tyle, co „bez niczyjej pomocy, bez niczyjego wpływu, niezależnie, niezawisłe”, a także „odrębnie, samoistnie”³¹. „Rozsądny” natomiast to taki, który jest „nacechowany, odznaczający się rozsądkiem, pełen rozsądku, roztropny, rozważny”³². Przywołane tu określenia charakteryzować mają sytuację, w której znalazł się oskarżony, gdy ten musi mieć obrońcę w prowadzonym przeciwko niemu postępowaniu.

Jest rzeczą oczywistą, że oskarżony posiadający prawo do obrony zastosować może taką taktykę obrończą, jaką uznaje za stosowne. Może składać wyjaśnienia, ale też nie podając powodu, może ich odmówić. Może kłamać, mataczyć, jednak gdy to będzie czynił, a organ procesowy uzna, że w ten sposób utrudnia postępowanie, może wobec niego zastosować środki zapobiegawcze, z aresztem tymczasowym włącznie. Może składać wnioski dowodowe, aktywnie uczestnicząc w tworzeniu podstawy dowodowej rozstrzygnięcia, ale może także całkowicie obojętnie odnieść się do materiału dowodowego przedstawionego mu przez organ procesowy, rezygnując z jakiegokolwiek walki z oskarżycielem i sformułowanymi przez niego тезami oskarżenia. Od niedawna może nawet nie brać udziału w rozprawie, pozwalając by niejako za jego plecami sąd wydał rozstrzygnięcie. Jeszcze raz należy podkreślić – może tak czynić, gdy taką przyjął linię obrony i nikt, co do zasady, nie może mu narzucić innej formy obrony. On sam musi przeanalizować swoją pozycję procesową, przyjmując określoną taktykę obrończą. Jest w tym zakresie w pełni samodzielny i to nawet wtedy, gdy obok niego działa w procesie obrońca, do którego obowiązków ustawowych należy dbałość o interesy procesowe oskarżonego. Trudno w tej sytuacji jednoznacznie zgodzić się z wyrażoną

30 Tak trafnie R.A. Stefański, *Obrona obligatoryjna po 1 lipca 2015 r.*, [w:] *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, red. nauk. P. Wiliński, Warszawa 2015, s. 40; zob. również M. Zimna, *Kształtowanie się instytucji obrony obligatoryjnej w świetle ostatnich zmian kodeksu postępowania karnego*, „Ius Novum” 2015, nr 4, s. 43.

31 Zob. *Słownik Języka Polskiego*, t. VIII, red. nac. W. Doroszewski, Warszawa 1996, s. 35.

32 *Ibidem*, t. VII, s. 1273.

w piśmiennictwie tezą³³, że obrona rozsądna zawsze zmierza do poprawy sytuacji oskarżonego, zarówno w znaczeniu materialno-prawnym, jak i procesowym. Tkwi w niej bowiem założenie, że oskarżony w każdej sytuacji procesowej i niezależnie od zebranego w sprawie materiału dowodowego zawsze będzie zmierzał do rozstrzygnięcia, obiektywnie rzecz biorąc, dla niego korzystnego i jeżeli w tym kierunku nie zmierza, to znaczy, że postępuje nierozsądnie. Z pewnością w praktyce taka sytuacja pojawia się rzadko, ale teoretycznie rzecz biorąc trudno ją *a limine* odrzucić.

Tej, opisanej tu samodzielności oskarżonego wobec wyznaczonego przez niego lub przydanego mu z urzędu obrońcy nie ogranicza w żaden sposób jego fachowy pomocnik – także wtedy, gdy pomocnik ten jest konieczny, tj. gdy oskarżony posiada obrońcę obligatoryjnego. Oskarżony i jego obrońca to dwa niezależne od siebie byty i każdy z nich może czynić to wszystko, co w jego przekonaniu doprowadzi do najlepszego dla oskarżonego końca procesu. Dodajmy, że jeden z nich – oskarżony, ma takie uprawnienie, drugi zaś – obowiązek, którego naruszenie grozić mu może odpowiedzialnością dyscyplinarną. Oczywiście, taki układ obu podmiotów rodzi po stronie obrońcy, ale także organu procesowego dodatkowe obowiązki. Oskarżony winien bowiem zostać poinformowany i pouczony o skutkach takiej przyjętej przez niego taktyki obronczej. Należałoby wskazać, że na organie procesowym ciąży obowiązek poinformowania także wówczas, gdy oskarżony ma obrońcę, a więc gdy można założyć, że został już wystarczająco poinformowany, ale tym bardziej wówczas, gdy go nie ma lub jest to obrońca obligacyjny. To jednak nie zakłóca w żadnej mierze samodzielności oskarżonego; nie musi liczyć się ze zdaniem podmiotu, który został mu wyznaczony do obrony. Oczywiście, taka „samodzielność” oskarżonego wobec jego obrońcy, czy obrońcy wobec oskarżonego ma swoje granice – przepis art. 86 § 1 k.p.k. zobowiązuje obrońcę do przedsięwzięcia czynności procesowych jedynie na korzyść oskarżonego, jeśli zatem organ procesowy lub sam oskarżony uzna, że czynności podejmowane przez obrońcę są czynnościami dla oskarżonego niekorzystnymi, może zwolnić takiego obrońcę i wyznaczyć w jego miejsce innego.

³³ Zob. M. Zimna, *Kształtowanie się instytucji obrony obligatoryjnej w świetle ostatnich zmian kodeksu postępowania karnego*, „Ius Novum” 2015, nr 4, s. 43.

Inaczej kwestia ta wygląda wówczas, gdy dokonana ma być ocena działania oskarżonego, która ma odpowiedzieć na pytanie, czy sposób prowadzenie obrony jest rozsądny. Tu pojawiają się istotne wątpliwości.

Wypada przypomnieć, że człowiek rozsądny to ktoś, kto odznacza się rozsądkiem, rozważny, roztropny. Ponieważ źródłem tej, wskazanej w art. 76 § 1 pkt 4 *in fine*, nieroztropności jest stan psychiczny oskarżonego, to jej ocena powinna zostać pozostawiona biegłemu lub biegłym³⁴. Z pewnością nie będzie mógł oceny tej dokonać sam organ procesowy, skoro niesamodzielność lub brak roztropności ma mieć swoje źródło w stanie psychicznym oskarżonego. Wątpliwości biorą się stąd, że jeśli nieroztropne działanie oskarżonego, odnośnie do którego istnieje uzasadniona wątpliwość co do jego stanu psychicznego, ma być ocenione przez biegłego (biegłych) psychiatrę, to niewątpliwie, po pierwsze biegli ci muszą znać standard roztropnego zachowania osoby, której postawiony został zarzut popełnienia przestępstwa, i po drugie, biegli ci muszą obserwować zachowanie samego oskarżonego, by porównać je ze standardem. I dopiero wówczas, gdy dojdą do wniosku, że zachowanie oskarżonego odbiega od akceptowanego standardu zachowania osoby podejrzanej lub oskarżanej, będą mogli przyjąć, że spełnione zostały przesłanki przyznania oskarżonemu obrońcy obligatoryjnego. Pytanie tylko, skąd ci biegli mają wiedzieć, jaki jest standard zachowania osoby, przeciwko której prowadzone jest postępowanie, i jak długo należy się takiej osobie „przyglądać”, by stwierdzić zgodność tego zachowania ze standardem (wzorcem)? W dodatku, ten wskazany tu standard (wzorzec), w każdej sprawie może być inny – na przykład w sprawie o przestępstwo zabójstwa oskarżony może przyjąć, iż rozsądnie jest współpracować z organem procesowym, wyjawiając okoliczności zarzucanego mu czynu, zaś w sprawie, w której podstawą są dowody z dokumentu, być może standardem będzie pozostawienie postępowania samemu biegłemu. Nie ma identycznych spraw, tak jak nie ma identycznego wzorca,

34 Kodeks co prawda nie wskazuje ani specjalności, ani liczby biegłych, co nie oznacza, że może to być osoba posiadająca wiedzę specjalną z zakresu innego niż psychiatria; należy także przyjąć, że skoro badania psychiatryczne w procesie karnym prowadzone są przez zespół biegłych, także i w tym wypadku należy założyć, że ocena działania oskarżonego pod kątem rozsądku winna być dokonana przez co najmniej dwóch biegłych lekarzy psychiatrów.

który mógłby być realizowany przez oskarżonego niezależnie od tego, o jaką sprawę chodzi. Jeszcze raz przypomnieć należy, że oceniać ten sposób zachowania ma biegły nie posiadający wiedzy prawniczej. A jeśli miałby to robić organ procesowy, to chyba lepiej byłoby zastosować jako podstawę wyznaczenia obrońcy obligatoryjnego przywoływany tu już przepis art. 79 § 2 k.p.k.

Zresztą dodajmy tu jeszcze, że ten „nierozsądny” oskarżony to oskarżony samodzielny, który może podejmować takie działania, które mogą być obiektywnie oceniane jako nieprawidłowe. Jak się wydaje, konieczna jest w zakresie wyznaczonym przepisem art. 79 § 1 pkt 4 *in fine* istotna zmiana polegająca na jego wykreśleniu i pozostawieniu tego przepisu, który pozostawia sądowi uprawnienie do wyznaczenia oskarżonemu obrońcy obligatoryjnego, jeśli zaistnieją okoliczności utrudniające obronę. Jakie to okoliczności, to sąd powinien rozstrzygać *de casu ad casum*.

XIV.

Była już o tym wyżej mowa, że przyczyny określające podstawy wykonywania funkcji obrończych przez obrońcę obligatoryjnego nie zostały ograniczone do przepisu art. 79 § 1 k.p.k., bowiem przesłanki występowania w procesie karnym obrońcy przymusowego wskazane zostały także w § 2 przywołanego tu przepisu. Czytamy w nim, że oskarżony musi mieć obrońcę także wówczas, gdy sąd uzna to za niezbędne ze względu na inne okoliczności utrudniające obronę.

Z tego zapisu, biorąc pod uwagę jego lokalizację, wynika niezbicie, że okolicznościami utrudniającymi obronę są nie tylko te, które zostały wskazane w art. 79 § 1, ale także te wymienione w przepisie art. 79 § 2 k.p.k. W przepisie tym mowa jest o innych jeszcze niż wskazane w § 1 okolicznościach podstawach wyznaczenia oskarżonemu obrońcy obligatoryjnego. Oznacza to, że katalog przyczyn rodzących konieczność występowania obrońcy obligatoryjnego jest katalogiem otwartym, a sąd może, uznając to za niezbędne, przydać oskarżonemu obrońcę obligatoryjnego, jeśli uznaje, że tego rodzaju okoliczności wystąpiły. Taka inna okoliczność może mieć wyłącznie podmiotowy charakter, tj. odnoszący się

do samego oskarżonego, a nadto musi być okolicznością inną niż ta, która wymieniona została w § 1 art. 79 k.p.k. W tej grupie mieszczą się zapewne te okoliczności, które co prawda nie uniemożliwiają, ale znacznie utrudniają prowadzenie przez oskarżonego obrony materialnej³⁵. Wskazuje na to orzecznictwo, które przyjmuje, iż decydujące znaczenie dla przyjęcia istnienia podstawy obrony obligatoryjnej określonej w art. 79 § 2 k.p.k. ma ocena organu procesowego, nie zaś subiektywna ocena sformułowana w środku odwoławczym przez obrońcę, czy stronę postępowania³⁶. W innym judykacie³⁷ wskazano, iż fakt, że sprawa jest skomplikowana pod względem faktycznym lub nawet pod względem prawnym, sama przez się nie może zadecydować o przyjęciu przez organ procesowy istnienia przesłanki obrony obligatoryjnej określonej w art. 79 § 2 k.p.k.

XV.

Na zakończenie powyższych rozważań, warto zwrócić uwagę na jeszcze jedną kwestię, właściwie w doktrynie nie podnoszoną. Otóż, jeżeli ustawodawca, jak w obecnym stanie prawnym, przyjmuje – co nie powinno wywoływać jakichkolwiek wątpliwości – że stan, w jakim znajduje się oskarżony wymaga posiadania przez niego obrońcy z powodu ułomności fizycznych (art. 79 § 1 k.p.k.) lub psychicznych (art. 79 § 2 k.p.k.), to jest także rzeczą niewątpliwą, iż świadczący pomoc obrońca winien czynić to przy wykorzystaniu swej najlepszej wiedzy, sumiennie i rzetelnie. Gdyby miało być inaczej, świadczenie obrony na rzecz takiego oskarżonego nie miałoby sensu. Jednak najlepiej byłoby, gdyby wiedza obrońcy, któremu powierzono wykonywanie czynności obrończych w ramach obrony obligatoryjnej, miała charakter specjalny, tj. by była taką, która pomoże mu nie tylko wykonywać wszystkie niezbędne czynności obrończe, ale nadto, że uczyni to dla dobra i w interesie osoby ułomnej, którą reprezentuje.

³⁵ Zob. postanowienie SN z 1 marca 2016 r., IV KK 4/16, Legalis.

³⁶ Postanowienie SN z 20 grudnia 2018 r., V KK 573/18, Legalis.

³⁷ Zob. wyrok SA w Lublinie z 28 grudnia 2017 r., II AKA 173/17, Legalis; patrz również postanowienie SN z 25 czerwca 2014 r., II KK 124/14, Legalis.

Organ procesowy, wyznaczając oskarżonemu – gdy ten nie ma obrońcy z wyboru – obrońcę, powinien wybrać do dokonywania tych czynności takiego adwokata lub radcę prawnego, o którym wie, że ma odpowiednią wiedzę i doświadczenie w tym zakresie. Niewątpliwie w praktyce niezwykle trudno będzie znaleźć takiego adwokata czy radcę prawnego, który np. posiadał będzie choć w ograniczonym zakresie doświadczenie psychologiczne (art. 79 § 1 pkt 1 k.p.k.) czy psychiatryczne (art. 79 § 2 k.p.k.), jednak zasadnie chyba należy oczekiwać, że wybór w tym zakresie odpowiedniej osoby do pełnienia funkcji obrończych nie będzie miał charakteru automatycznego. Obrońca obligatoryjny ma pełnić pomoc dla dotkniętego określonymi ułomnościami oskarżonego, która będzie miała postać merytoryczną, nie może zaś być jedynie mechanicznym wypełnieniem decyzji sądu i zadań określonych przez ustawodawcę. Zobowiązują go do tego słowa roty, jaką podczas ślubowania przed rozpoczęciem wykonywania czynności zawodowych wypowiada adwokat (art. 5 ustawy Prawo o adwokaturze³⁸) albo radca prawny (art. 27 ust. 1 ustawy o radcach prawnych³⁹). Na tym tle wskazać chyba należy na przepis art. 81 § 4 *in fine* k.p.k., który zobowiązuje do wyznaczenia w poddanym w nim trybie takiego obrońcy, który swoim działaniem zapewni prawidłowy tok postępowania oraz prawidłową realizację prawa do obrony.

Niewątpliwie relacja powstająca pomiędzy organem procesowym a oskarżonym ma całkowicie inny charakter niż ta, która powstaje pomiędzy oskarżonym a obrońcą wyznaczonym mu jako obrońca obligatoryjny. W pierwszym wypadku należy tu chyba przywołać rolę, jaką w każdym procesie karnym ma do wypełnienia obrońca – jest łącznikiem pomiędzy oskarżonym a organem procesowym, który winien dbać o to, by interes oskarżonego był w pełni dochowany. W drugim jednak wypadku jego rola jest chyba inna – porównać by ją można było do roli tłumacza tego wszystkiego, co dzieje się na polu walki pomiędzy tezami oskarżenia a tezami obrony, której to walce przyglądać się powinien organ procesowy, rozstrzygając ją. Niewątpliwie prowadzenie tej kontradyktoryjnej walki jest trudniejsze wtedy, gdy oskarżonego cechują pewne ułomności, ale to właśnie z ich powodu oskarżony ten takiego

38 Ustawa Prawo o adwokaturze z 26 maja 1982 r. (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1513 ze zm.).

39 Ustawa o radcach prawnych z 6 lipca 1982 r. (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 2115 ze zm.).

obrońcę musi posiadać. Poznanie stanowiska oskarżonego odnośnie do zarzucanego mu czynu, odnośnie do dowodów, zarówno tych już zebranych, jak i tych, które stanowią lub będą mogły stanowić podstawę wniosku dowodowego, z pewnością jest czy będzie okolicznością utrudniającą obronę, aczkolwiek nie w znaczeniu, o którym mowa w art. 79 § 2 k.p.k. Jest jednak także rzeczą oczywistą, że rola obrońcy obligatoryjnego różni się od tej, którą wypełnia w procesie karnym obrońca pochodzący z wyboru, właśnie z uwagi na sytuację, w jakiej znalazł się w następstwie wniesienia przeciwko niemu oskarżenia oskarżony.

Tu jednak, tak jak wyżej, także należałoby poddać w wątpliwość oczekiwanie, by wyznaczony⁴⁰ obrońca swymi działaniami zapobiec miał nieprawidłowej realizacji prawa do obrony samego oskarżonego. Zresztą, pojawia się tu pytanie o to, jaka musi być obrona realizowana przez oskarżonego, by określać ją jako nieprawidłową? Czy to ma oznaczać, że to organ procesowy będzie oceniał, czy to, co robi w postępowaniu oskarżony jest realizacją prawidłowej obrony czy też nie? Czy jeśli oskarżony złoży wniosek dowodowy, który organ procesowy na etapie jego składania określi jako wadliwy i niezasadny, to oznaczało będzie, że prowadzi obronę nieprawidłowo? A jeśli odmówi składania wyjaśnień, przyjmując taką linię obrony, to czy będzie można tę jego obronę uznać za prawidłową czy za nieprawidłową? Zresztą, według jakich kryteriów organ procesowy uzna, że oskarżony realizuje nieprawidłową linię obrony i wyznaczycy mu obrońcę z urzędu? Takich sytuacji w praktyce jest z pewnością wiele.

* * *

Uwzględniając powyższe, należy wskazać na pilną potrzebę modyfikacji przepisów normujących obronę obligatoryjną w procesie karnym. Wobec obowiązywania przepisu art. 79 § 2 k.p.k., zmianie powinien

⁴⁰ W przepisie art. 81 k.p.k. jest co prawda mowa o obrońcy z urzędu, jednak nie może być wątpliwości, że odnosi się on także do wyznaczenia obrońcy obligatoryjnego, jeśli w takim układzie procesowym oskarżony obrońcy nie posiada.

podlegać przepis art. 79 § 1 pkt 2 k.p.k. przez jego wykreślenie. Modyfikacja powinna dotyczyć także przepisu art. 79 § 1 pkt 4 *in fine*, poprzez wykreślenie słów lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny. W ten sposób, jak się wydaje, prawo do obrony stanie się bardziej racjonalne i realne, a równocześnie podkreślona zostanie pozycja procesowa oskarżonego, który, jako podmiot postępowania, w znacznej części powinien samodzielnie decydować o tym, jak i w jaki sposób prowadził będzie swoją obronę. Autor ma świadomość tego, że obie propozycje są wielce kontrowersyjne, także z uwagi na tradycję obowiązującego nadal unormowania. Wymagają jednak przynajmniej rozważenia.

Bibliografia

- Boratyńska K.T., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. A. Sakowicz, Warszawa 2015.
- Cieślak M., Doda Z., *Kierunki orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (lata 1980–1983)*, „Palestra” 1984, nr 10.
- Gostyński Z., [w:] Bratoszewski J. i in., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. Z. Gostyński, Warszawa 1998.
- Hofmański P., Wróbel A., [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, red. L. Garlicki, t. I, Warszawa 2010.
- Hofmański P., *Obecność oskarżonego na rozprawie – jego prawo czy obowiązek*, WSS 2011, nr 1.
- Jęz-Ludwichowska M., *Krytycznie o koncepcji prekluzji dowodowej*, [w:] *Iudicium et Scientia. Księga Jubileuszowa Profesora Romualda Kmiecika*, red. A. Przyborowska-Klimczak, A. Taracha, Warszawa 2011.
- Marszał K., *Informowanie uczestników procesu karnego o ich obowiązkach i uprawnieniach*, „Problemy Prawa Karnego” 1982, t. 7, Katowice.
- Posnow W., [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2018.
- Satko J., Seremet A., *Prześlanki obowiązkowej obrony oskarżonego głuche- go, nieme- go lub niewidome- go (art. 70 § 1 pkt 1 k.p.k.)*, „Palestra” 1995, nr 9–10.
- Słownik Języka Polskiego*, red. nac. W. Doroszewski, t. IV, VII, VIII, Warszawa 1996.
- Stefański R.A., *Obrona obligatoryjna po 1 lipca 2015 r.*, [w:] *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, red. nauk. P. Wiliński, Warszawa 2015.
- Stefański R.A., *Obrona obligatoryjna w polskim procesie karnym*, Warszawa 2012.
- System Prawa Karnego Procesowego*, t. XVIII: *Koszty procesu w sprawach karnych*, red. nauk. M. Klejnowska, Warszawa 2018.
- Wiliński P., *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Zakamycze 2006.
- Zgryzek K., „...wylimitowanie dostrzeżonych usterek i błędów legislacyjnych”. *Wybrane uwagi na tle projektu zmian k.p.k. i innych ustaw z 4 grudnia 2018 r.*, [w:] *Artes serviunt vitae. Sapientia imperat. Proces*

karny sensu largo. Rzeczywistość i wyzwania. Księga jubileuszowa Profesora Tomasza Grzegorzcyka z okazji 70. urodzin, red. R. Olszewski, Warszawa 2019.

Zgryzek K., *Obrona obligatoryjna – czy rzeczywiście konieczna? Uwagi na marginesie art. 79 k.p.k.*, [w:] *Węzłowe problemy procesu karnego*, red. P. Hofmański, Warszawa 2010.

Zgryzek K., *Prawo ubogich czy obrona na życzenie – dylematy wokół obrony z urzędu w związku z kolejnymi zmianami w zakresie obrony w polskim procesie karnym*, [w:] *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, red. S. Steinborn i K. Woźniewski, Gdańsk 2018.

Zimna M., *Kształtowanie się instytucji obrony obligatoryjnej w świetle ostatnich zmian kodeksu postępowania karnego*, „Ius Novum” 2015, nr 4.

Bartosz Nowakowski¹

Uniwersytet Przyrodniczo-Humanistyczny w Siedlcach

ORCID ID: 0000-0002-7182-4600

TRUDNOŚCI NA PŁASZCZYŹNIE APLIKACJI PRZEPISÓW DOTYCZĄCYCH GRANIC OBRONY KONIECZNEJ W KONTEKŚCIE PRAWA DO POSIADANIA BRONI

ABSTRACT

Difficulties in the application of provisions on the limits of self-defense in the context of the right to bear arms

On December 28, 2017, the President of the Republic of Poland, Andrzej Duda, signed the Act of December 8, 2017 amending the Polish Penal Code.

¹ Profesor uczelni w Instytucie Nauk o Polityce i Administracji na Wydziale Nauk Społecznych UPH w Siedlcach, dr hab. n. prawnych. Członek Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo z siedzibą w Rzymie oraz Stowarzyszenia Kanonistów Polskich. Autor i współautor 4 monografii naukowych i ponad 30 artykułów w języku polskim i włoskim. W badaniach naukowych zajmuje się komparatystyką prawa państwowego i kanonicznego ze szczególnym uwzględnieniem kanonicznego (materiałnego i procesowego) prawa małżeńskiego oraz państwowego prawa rodzinnego i opiekuńczego. Ze względu na osobiste zainteresowania podejmuje się również badań w zakresie prawnych aspektów związanych z dostępem i posiadaniem broni palnej.

(hereinafter referred to as “k.k.”) through the addition of the § 2a to the pre-existing Article 25 of k.k. As amended, it came into force on January 19, 2018 and took on a new wording. In the context of the current legal situation, the author discusses the subject of exceeding the limits of necessary defense with the use of a weapon. The following issues are raised: shifting the emphasis from subjective to objective, mutual references between § 2a and § 3 of Article 25 of k.k., criminality against the unlawfulness of an act, terminological ambiguity of a “gross” exceeding of limits of necessary defense and the threat of constructing a taxative catalog of possible subjects of an assault. The article is based on the opinions of theoreticians and practitioners of law, as well as the jurisprudence of Polish courts.

Keywords: limits of necessary defense, criminal law, firearm, attack, victim, assault

Słowa kluczowe: granice obrony koniecznej, prawo karne, broń palna, ofiara, zamach

Obrona konieczna z użyciem broni palnej do tej pory nie doczekała się spójnej i jednolitej praktyki orzeczniczej, określającej jej granice i warunki. Co więcej, w samym przygotowaniu kandydatów do zdobycia uprawnień do posiadania broni bardzo mało uwagi poświęca się prawnym i faktycznym zasadom obrony koniecznej, koncentrując się w zasadniczej mierze na bezpieczeństwie posługiwania się bronią przez jej przyszłych użytkowników². O ile akcentowanie tego drugiego aspektu jest jak najbardziej słuszne, o tyle kwestie obrony koniecznej nie powinny być marginalizowane. Tak bowiem jak nieodpowiedzialne (pozbawione zasad bezpieczeństwa) posługiwanie się bronią może okazać się tragiczne w skutkach, tak niewłaściwe jej użycie w sytuacji zamachu z przekroczeniem granic obrony koniecznej, stanowi cienką linię pomiędzy

2 Przykładowy zakres tematyczny zagadnień poruszanych na kursach przygotowujących do uzyskania patentu strzeleckiego PZSS: *Patent strzelecki – pierwszy krok do pozwolenia na broń sportową*, <http://vadimpacajev.com/patent-strzelecki-pierwszy-krok-do- pozwolenia-na-bron-sportowa/>, dostęp: 4 stycznia 2019; *Patent strzelecki PZSS*, <http://zbrojownia.org/index.php/pozwolenie-na-bron/patent-strzelecki-pzss>, dostęp: 4 stycznia 2019; Kurs do egzaminu na patent strzelecki, <http://legionwschodni.pl/kurs-do-egzaminu-na-patent-strzelecki-2019/>, dostęp: 4 stycznia 2019.

bohaterstwem a wieloletnim więzieniem. Rzeczywistość jest bowiem taka, że w obronie koniecznej nie chodzi tylko o nasze przekonanie, że „musieliśmy się bronić”, ale o obronę podwójną – najpierw przed napastnikiem, a potem przed prokuratorem. Od tego, jak zachowamy się względem napastnika, dysponując bronią palną, zależy, czy obronimy się przed zarzutem popełnienia przestępstwa: zabójstwa, usiłowania zabójstwa, ciężkiego uszkodzenia ciała³.

W kontekst poruszanego zagadnienia, a mianowicie powiązań między posiadaniem broni w różnych celach a użyciem jej w sytuacji zamachu na własne czy cudze życie, wpisuje się znowelizowany niedawno art. 25 k.k. W dniu 28 grudnia 2017 r. Prezydent RP Andrzej Duda podpisał bowiem ustawę z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny. Tym samym art. 25 k.k. został znowelizowany w ten sposób, że do już istniejącego dodano § 2a, a cały art. 25 k.k. zaczął obowiązywać od 19 stycznia 2018 r. i nabrał nowego brzmienia. Ze względu na jego fundamentalne znaczenie dla poniższych rozważań, słuszne jest przytoczenie w całości jego treści:

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

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

§ 2a. Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej, odpiesając zamach polegający na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo na przylegający do nich ogrodzony teren lub odpiesając zamach poprzedzony wdarciem się do tych miejsc, chyba że przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące.

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

Wprowadzona nowelizacja – jak podkreślono w jej uzasadnieniu na oficjalnej stronie Prezydenta RP – miała zapewnić poszerzoną ochronę prawną tym osobom, które odpiesając bezpośredni zamach w warunkach

³ Por. K. Kuczyński, *Obrona konieczna z użyciem broni palnej*, Gdańsk 2018, s. 3.

naruszenia „miru domowego”, dopuścili się przekroczenia granic obrony koniecznej⁴. Idea, choć jak najbardziej słuszna, to jednak – po wprowadzeniu nowelizacji – pociągająca jeszcze więcej pytań, wątpliwości i dyskusji, jak zresztą cały art. 25 k.k., szczególnie w kontekście użycia broni palnej. Jego konstrukcja stanowi bowiem sieć licznych otwartych pojęć dających niezliczone możliwości aplikacji do poszczególnych stanów faktycznych. Na taki stan wskazuje m.in. Marek Mozgawa stwierdzając, że dokonana zmiana jest absolutnie zbędna i *de facto* nie wnosi niczego nowego do k.k. (poza zwiększeniem jego kazuistyki) i nie przyznaje działającemu w obronie koniecznej nowych praw. Trudno jest bowiem mówić o jakiegokolwiek rewolucji w zakresie niepodlegania karze przy przekroczeniu granic obrony koniecznej, a jedynie (jak sami przyznają twórcy projektu) o „przesunięciu akcentów”⁵.

1. Przesunięcie akcentów z podmiotowego na przedmiotowy – wzajemne odniesienia § 2a i § 3 art. 25 k.k.

Pierwsze trudności w zrozumieniu intencji prawodawcy we wprowadzeniu wspomnianej nowelizacji rodzą się na płaszczyźnie wzajemnych odniesień dwóch paragrafów wspomnianego art. 25 k.k., a mianowicie obowiązującego § 3 oraz wprowadzonego § 2a. Wkrótce po nowelizacji pojawiły się głosy, że obowiązujący już § 3 obejmuje sytuacje, o których jest mowa we wprowadzonym § 2a, przy czym § 3 jest szerszy i nie wyklucza domu. Co więcej, mówi się w nim o strachu, ale też o wzburzeniu usprawiedliwionym okolicznościami, które przecież powstają zawsze w chwili zamachu. W konsekwencji wprowadzony kontratypan jest

⁴ Por. *Informacja w sprawie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny*, <http://www.prezydent.pl/prawo/ustawy/podpisane/art,29,grudzien-2017-r.html>, dostęp: 27 czerwca 2018.

⁵ Por. M. Mozgawa, *Art. 25. Obrona konieczna*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX 2019, nr 20. Na temat wątpliwości w zakresie celowości i zakresu stosowania zmiany por. także P. Kozłowska-Kalisz, *Naruszenie miru domowego w kontekście obrony koniecznej – uwagi na tle art. 25 § 2a k.k.*, [w:] *Naruszenie miru domowego*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2019.

znacznie węższy niż regulacja, która do tej pory funkcjonowała⁶, a przez to niesie fałszywą obietnicę, bowiem nie zwiększa ochrony, ale wielokrotnie ją zmniejsza. Dotychczas obrona konieczna była przecież dozwolona i nie podlegała karze, nawet jeśli obrońca przesadził w doborze metod obrony. Wystarczyło ustalenie, że działał pod wpływem strachu lub wzburzenia. Po zmianie natomiast obrona jest dozwolona w szczególności w wyliczonych miejscach, obrońca zaś – jeśli jego przesada była rażąca – podlega karze⁷.

Powyższe nieuchronnie prowokuje pytanie, czy nowelizacja rzeczywiście realizuje założony cel. W uzasadnieniu rządowym podkreślono, iż dla „realizacji wskazanych celów projektowana zmiana przesuwa akcent ze sfery emocjonalnej osoby odpierającej zamach na mający charakter zobiektywizowany przedmiot zamachu”⁸. Należy zatem przyjąć, że istotą nie mają być wewnętrzne przeżycia ofiary zamachu przekraczającej granice obrony (jej strach lub wzburzenie), ale uwaga winna być skupiona na przedmiocie, na którym wykonywany jest zamach. Idea ze wszech miar słuszna, gdyż teoretycy i praktycy prawa karnego stale zwracają uwagę, iż stosowanie pojęć „strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu” napotyka na ogromne trudności interpretacyjne⁹. Każdy wszak, kto się broni, jest przestraszony i/lub wzburzony, choć każdy reaguje inaczej na zamach. Jak więc mierzyć ten strach czy wzburzenie? I kiedy ono będzie usprawiedliwieniem? Magdalena Teleszewska słusznie zauważa, iż niezależnie od zobiektywizowanej oceny okoliczności usprawiedliwiających reakcję odpierającego zamach pod wpływem strachu lub wzburzenia, należy opierać się na zindywidualizowanej ocenie jego osobowości i procesów psychicznych, które

⁶ Por. M. Sokołowski, [w:] *Granice obrony koniecznej wciąż wywołują spory – debata „Pod orłem o państwie i prawie”*, red. S. Cydzik, <http://www.rp.pl/Prawo-karne/310269977-Granice-obrony-koniecznej-wciaz-wywołują-spory---debata-Pod-orlem-o-panstwie-i-prawie.html>, dostęp: 27 czerwca 2018.

⁷ Por. M. Płatek, [w:] *Granice obrony koniecznej...*

⁸ Por. uzasadnienie Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1871>, dostęp: 27 czerwca 2018.

⁹ Por. K. Kuczyński, *Obrona konieczna z użyciem broni...*, s. 13; Por. A. Limburska, *Niekaralność przekroczenia granic koniecznej w świetle art. 25 § 2 k.k.*, CPKiNP 2018, nr 5, s. 8–10, <https://www.czpk.pl/preprinty>, dostęp: 8 marca 2019.

sprowadzały taką właśnie reakcję¹⁰. Podobnie konstatuje Agnieszka Legutko-Kasica, zaznaczając, że określenia takie jak: strach, lęk i wzburzenie są przeżyciami niezmiennie charakteryzującymi osobę zagrożoną przez atak ze strony napastnika, a jednocześnie przeżywanie strachu jest czymś indywidualnym. To właśnie osobnicze właściwości, cechy zamachu jako bodźca wywołającego obronę decydują o głębokości wywołanej nim destrukcji. W tej sytuacji mamy do czynienia z impulsem zwykle zaskakującym, a nadto zmuszającym do natychmiastowego bronięcia się przed sprawcą¹¹. Przykładem takich trudności interpretacyjnych może być chociażby wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 listopada 2017 r., w którym skonstatowano, iż to „sąd winien ocenić relacje oskarżonego w kontekście opisanej przez biegłych osobowości, zawodowego przygotowania do reagowania w sytuacji zagrożenia, walki, konfliktu, sprawnego panowania nad emocjami, nacisku na podejmowanie działań i potrzebę efektywności, bez zahamowań lękowych. Ocena tych

10 Por. M. Teleszewska, *Konsekwencje prawne przekroczenia granic obrony koniecznej*, „Przegląd Sądowy” 2014, nr 7–8, s. 168; A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 160. Por. także: P. Gensikowski, *Problematyka karnoprawnych skutków przekroczenia granic obrony koniecznej*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 11–12, s. 137: „Choć strach lub wzburzenie – jako usprawiedliwione okolicznościami zamachu w rozumieniu art. 25 § 3 k.k. – muszą mieć charakter obiektywny, niemniej jednak należy dopuścić również możliwość ich uzupełnienia poprzez uwzględnienie osobowości i właściwości psychicznych sprawcy”; B. Ziajka, *Przekroczenie granic obrony koniecznej jako wynik strachu lub wzburzenia usprawiedliwione okolicznościami zamachu*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2007, nr 21, s. 172: „Wreszcie samo zdarzenie bodźcowe wzbudzające strach lub wzburzenie, a więc zamach i jego okoliczności, muszą jednocześnie usprawiedliwiać stan psychiczny sprawcy, co z kolei oznacza korektę zakresu możliwych sytuacji przez pryzmat ocen etyczno-moralnych”; M. Szczepaniec, *Przekroczenie granic obrony koniecznej motywowane strachem lub wzburzeniem usprawiedliwionym okolicznościami zamachu*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 9, s. 18: „Reakcje emocjonalne osoby broniącej się powinny być rozważane na tle całokształtu okoliczności związanych z zamachem. Jeśli wzburzenie bądź strach ma być reakcją na bodziec zewnętrzny, to należy również uwzględnić zróżnicowanie charakteru i siły działającego bodźca, którym w tym przypadku jest zamach. Poza tym reakcja na określony bodziec może również być bardzo różna. Jej charakter uzależniony będzie nie tylko od elementu zewnętrznego, tj. rodzaju bodźca, ale też od elementów wewnętrznych, a więc stopnia odporności emocjonalnej sprawcy, sposobów emocjonalnego reagowania, struktury jego osobowości itp.”.

11 Por. A. Legutko-Kasica, *Eksces w obronie koniecznej*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 5, s. 87–88.

elementów osobowości ma także znaczenie w rozważaniach nad wiarygodnością tej części ostatnich wyjaśnień, w których twierdził: «byłem wystraszony, przerażony», «byłem w ciężkim stresie»¹².

Mając powyższe na uwadze, trudno nie oprzeć się wrażeniu, iż realizacja owego zamysłu prawodawcy nie rozwiązuje kompleksowo przedmiotowych problemów i to z dwóch powodów. Po pierwsze, prawodawca nadal pozostawił – i to w niezmienionym brzmieniu – § 3 art. 25 k.k. Po drugie, zdaniem Janusza Lechowicza i Daniela Recka, taki zabieg wskazuje, że nie mamy do czynienia z żadną „rewolucją” w zakresie niepodlegania karze w przypadku przekroczenia granic obrony koniecznej, tylko z „przesunięciem akcentów” z podmiotowego na przedmiotowy¹³. Również zdaniem karnisty Andrzeja Marka, okolicznościami uzasadniającymi ustalenie, że ofiara znajdowała się w stanie strachu lub wzburzenia, w których zastosowanie znajdzie art. 25 § 3 k.k., będzie praktycznie każda sytuacja bezprawnego wdarcia się do mieszkania¹⁴. Podobnego zdania jest Magdalena Teleszewska, która nie wyobraża sobie stanu faktycznego, w którym wdzieranie się do mieszkania nie wywoła wzburzenia lub strachu. Są to bowiem stany emocjonalne człowieka zagrożonego zamachem, towarzyszące prawdopodobnie w większym lub mniejszym stopniu każdemu, kto znalazł się w takim stanie¹⁵, tym bardziej, że nie zna on rzeczywistych intencji napastnika¹⁶. Słusznie zauważa również Marek Mozgawa, że niewątpliwie w większości przypadków osoba działająca w ramach obrony koniecznej odczuwa strach, a jeśli nawet nie, to może powołać się na wzburzenie (rzeczywiście istniejące czy być może tylko deklarowane)¹⁷.

12 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 listopada 2017 r., II AKa 231/17, LEX nr 2396873.

13 Por. J. Lechowicz, D. Reck, *Mój dom, moja twierdza. Obrona konieczna po nowemu*, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1085793,zmiany-w-obronie-koniecznej.html>, dostęp: 27 czerwca 2018.

14 Por. A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 161.

15 Por. M. Teleszewska, *Przekroczenie granic obrony koniecznej wynikającej ze strachu lub silnego wzburzenia*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 24, s. 1308.

16 Por. P. Kozłowska-Kalisz, *Naruszenie miru domowego...*

17 M. Mozgawa, *Art. 25...*, nr 22.

Weryfikacja, czy zachowanie osoby przekraczającej granice obrony koniecznej determinowane było strachem, czy nie, powinna uwzględniać stan psychiczny tej osoby, zwłaszcza jej osobowość. Gdy broniący nie przejawia szczególnych właściwości psychicznych, sąd powinien starać się w pierwszej kolejności wywnioskować, jaki stan emocjonalny wywołałyby dane okoliczności zamachu na przeciętnej osobie. Na tym kotwicy się krytyka regulacji art. 25 § 2a, gdyż zamach dokonany na własny dom, z zasady budzi zdecydowanie zwiększony strach, obawę czy wzburzenie¹⁸.

Ze stanowiskiem teoretyków prawa karnego pokrywają się orzeczenia sądów powszechnych zapadające w sprawach, w których badany był problem obrony koniecznej i jej granic, w sytuacji, gdy do zamachu dochodziło poprzez wdzieranie się do mieszkania. W konsekwencji uznawano, że w takich stanach faktycznych granice obrony koniecznej nie zostały w ogóle przekroczone¹⁹.

Mając powyższe na uwadze, słusznie konstatuja Janusz Lechowicz i Daniel Reck, iż sytuacje faktyczne, w których proponowany art. 25 § 2a k.k. znajdzie zastosowanie samoistnie, a nie w wariantcie krzyżowania się z zakresem regulacji art. 25 § 3 k.k., będą niezwykle rzadkie, o ile w ogóle można je sobie wyobrazić. Chyba tylko w teorii można rozważać takie sytuacje, gdzie np. wdarcie się przez sprawcę do mieszkania nie wywoła w mieszkańcu odpierającym zamach żadnych uczuć i w konsekwencji będzie można w stosunku do przedmiotowego faktu aplikować wyłączenie § 2a art. 25 k.k.²⁰

2. Karalność a bezprawność czynu

W kwestii dalszych wątpliwości co do słuszności wprowadzonej nowelizacji art. 25 k.k. należy zwrócić uwagę, że konsekwencją przekroczenia granic obrony koniecznej jest bezprawność zachowania broniącego się,

18 Por. K. Kuczyński, *Obrona konieczna z użyciem broni...*, s. 13.

19 Wyrok Sądu Najwyższego z 9 kwietnia 2002 r., V KKN 266/00, LEX nr 52941; postanowienie Sądu Najwyższego z 9 października 2012 r., III KK 153/12, LEX nr 1226707.

20 Por. J. Lechowicz, D. Reck, *Mój dom, moja twierdza...*

co może implikować jego odpowiedzialność karną²¹. Sąd może jednak zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary lub nawet odstąpić od jej wymierzenia. To jednak oznacza, że dokonana nowelizacja nie rozszerza granic obrony koniecznej (czyli nie powoduje, że czyn ekscententa staje się legalny), ale jedynie uchyla karalność przestępstwa popełnionego w ramach przekroczenia obrony koniecznej (o ile przekroczenie to nie było rażące)²². Innymi słowy, instytucja odstąpienia od wymierzenia kary daje możliwość darowania sprawcy kary, jednak orzeczenie o takim odstąpieniu nadal ma charakter skazujący²³. Dlatego słuszny wydaje się pogląd, zgodnie z którym poważnym mankamentem przeprowadzonej nowelizacji jest to, że prawodawca nie poszedł o krok dalej i nie unormował *explicite*, iż przekraczający granice obrony koniecznej w omawianej sytuacji w ogóle nie jest przestępcą, ponieważ znajduje się w anormalnej sytuacji, która wyklucza możliwość przypisania mu winy²⁴. Niezwykle ostre i trafne jest stwierdzenie Tomasza Kaczmarka, który uważa, że omawiana koncepcja, z punktu widzenia założeń teoretycznych, na których została oparta, ma, oczywiście, jakąś swoją logikę i uzasadnienie, chociaż jej akceptacja demoluje (czy zwyczajnie wypacza) aksjologiczny, społeczny oraz prawny wymiar zachowań podejmowanych w warunkach kontratypu. Sytuując bowiem np. na jednej płaszczyźnie zachowanie napadniętego i napastnika, w ocenie prawnej przyjmuje się w sposób zupełnie niezrozumiały, że ten pierwszy, mimo że realizuje swoje podmiotowe prawo do obrony, działa tak samo bezprawnie jak napastnik. Interpretowanie społecznie doniosłego aktu przeciwstawienia się bezprawiu jako zachowania także społecznie szkodliwego (karygodnego), bo naruszającego dobra prawne napastnika, wydaje się – zdaniem przywołanego autora – „wykładnią chorą samą w sobie”²⁵.

21 Por. M. Mozgawa, *Art. 25...*, nr 17.

22 Por. P. Kozłowska-Kalisz, *Naruszenie miru domowego...* Por. także M. Małecki, *Dogmatyka karnisty*, <https://www.facebook.com/dogmatykarnisty>, dostęp: 27 czerwca 2018.

23 Por. A. Legutko-Kasica, *Eksces w obronie koniecznej*, s. 92.

24 Por. A. Grześkowiak, *Art. 25, [w:] Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2019, s. 249.

25 Por. T. Kaczmarek, *O kontratypach raz jeszcze*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7, s. 93. Odmiennie stanowisko w tej materii przedstawił w 2010 r. Piotr Gensikowski, różnicując pomiędzy odstąpieniem od ukarania a klauzulą niekaralności („sprawca nie

3. Nieprecyzyjność pojęciowa „rażącego” przekroczenia granic obrony koniecznej

Wprowadzając omawianą nowelizację, prawodawca nie rozwiązał nadal kwestii precyzyjnego rozumienia i interpretacji terminu „rażącego” przekroczenia granic obrony koniecznej. Zanim jednak zajmiemy się terminem „rażące”, należy zlokalizować, co prawodawca rozumie pod określeniem „granice obrony koniecznej”. Jak trafnie zauważa Krzysztof Kuczyński, termin „konieczna” wskazuje, iż nasze prawo do obrony ma również swoje granice. Zresztą, jak każde inne prawo, tak również prawo do obrony nie jest bezwzględnie obowiązujące ani bezwarunkowe. Granice obrony koniecznej wyznacza pojęcie „współmierności działania do niebezpieczeństwa zamachu”. Jest ono kluczem do zrozumienia tego, jak dalece wolno posunąć się w sytuacji zagrożenia, w celu uniknięcia odpowiedzialności karnej²⁶.

W doktrynie i orzecznictwie prawa karnego wykształciły się trzy formy przekroczenia granic obrony koniecznej: eksces ekstensywny następczy i uprzedni oraz eksces intensywny²⁷.

Eksces ekstensywny ma związek z czasem, w jakim następuje obrona konieczna. *Defensio subsequens* – eksces ekstensywny następczy, to działanie po ustaniu zamachu. Wydaje się, iż ta forma obrony koniecznej napotyka na najmniejsze trudności interpretacyjne, jest bowiem oczywiste, że zamach nie ma już w tym przypadku cechy bezpośredniości, a działanie osoby broniącej staje się nie obroną, ale wymierzaniem sprawiedliwości czy rewanżem za doznaną krzywdę. Każde działanie po ustaniu zamachu traktowane jest więc z zasady jako przekroczenie granic obrony koniecznej. Zobrazować to można strzałem w plecy

podlega karze”). Zdaniem autora klauzula niekaralności w pełni gwarantuje zniesienie odpowiedzialności karnej sprawcy popełniającego czyn zabroniony w wyniku przekroczenia granic obrony koniecznej, które należy uznać za usprawiedliwione. – Por. P. Gensikowski, *Nowelizacja art. 25 § 3 kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 9, s. 132.

²⁶ Por. K. Kuczyński, *Obrona konieczna z użyciem broni...*, s. 5.

²⁷ Niektórzy autorzy przyjmują również podział na dwie formy przekroczenia: eksces ekstensywny oraz eksces intensywny. – Por. A. Błachnio, *Przekroczenie granic obrony koniecznej z art. 25 § 2a KK*, „Monitor Prawniczy” 6, nr 2018, s. 301; M. Mozgawa, *Art. 25...*, nr 17; Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2018, s. 298–299.

uciekającego napastnika²⁸, co nie jest już działaniem obronnym, ale *stricte* odwetowym, a przez to nie może być uznane za obronę konieczną²⁹. Co więcej – słusznie zauważa Marek Mozgawa – nie można w obronie koniecznej upatrywać sposobu wyłączenia organów państwa w zwalczaniu naruszeń prawa, a niedopuszczalne jest traktowanie tej instytucji jako natychmiastowego karania sprawcy bezprawnego zamachu³⁰.

Więcej trudności budzi natomiast *defensio antecedens*, czyli nieuzasadnione wyprzedzenie zamachu, przez niektórych autorów wcale nie uznawane za eksces³¹. Jego zwolennicy uzasadniają natomiast, że w pewnych okolicznościach napastnik swym zachowaniem może dawać tak wiele sygnałów o zdecydowaniu na atak, iż każdy rozsądny człowiek zacznie się bronić „wyprzedzająco”. W przeciwnym wypadku na rozpoczęcie obrony przed samym zamachem może być już za późno, a niejednokrotnie trudno przewidzieć dokładny zamiar napastnika³². Potwierdza

- 28 Por. A. Błachnio, *Przekroczenie granic obrony koniecznej...*, s. 301; K. Kuczyński, *Obrona konieczna z użyciem broni...*, s. 7. Należy jednocześnie zwrócić uwagę, że „strzał w nogi od tyłu” jest w orzecznictwie rozważany również w kontekście współmierności, o której będzie mowa poniżej i określany jako nieświadczący o przekroczeniu granic obrony koniecznej. – Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 28 września 1999 r., II AKa 101/99, LEX nr 38161.
- 29 Por. J. Majo, *Obrona konieczna – czy będzie łatwiej dla atakowanych?*, „Strzał.pl” 2017, nr 11, s. 74.
- 30 Por. M. Mozgawa, *Obrona konieczna w polskim prawie karnym (zagadnienia podstawowe)*, „Annales UMCS” 2013, nr 60, z. 2, s. 175–176.
- 31 Por. np. A. Błachnio, *Przekroczenie granic obrony koniecznej...*, s. 301, zdaniem którego „obrona przedwczesna nie stanowi przekroczenia granic obrony konieczności, a co najwyżej błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność”. Z kolei A. Grześkowiak wyjaśnia, że choć „obrona przedwczesna nie jest obroną konieczną, ale naruszeniem dobra atakowanego”, to jednak bierze również pod uwagę sytuację, w której „dobru prawnemu już grozi niebezpieczeństwo naruszenia, czyli należy taki przypadek relatywizować do kryterium bezpośredniości zamachu”. – A. Grześkowiak, *Art. 25*, s. 240. Warto wskazać także stanowisko Jerzego Lachowskiego, zdaniem którego, jeśli do przekroczenia granic obrony koniecznej ma dojść podczas zamachu bezpośredniego, to owo przekroczenie może polegać jedynie na niewspółmierności obrony do niebezpieczeństwa zamachu. – Por. J. Lachowski, *Uchylenie karalności czynu sprawcy przekraczającego granice obrony koniecznej w przypadku zamachu na mir domowy (art. 25 § 2a k.k.)*, [w:] *O stabilność kodeksu karnego w świetle realiów. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Hoca*, red. D. Mucha, Opole 2018, s. 306.
- 32 Por. K. Kuczyński, *Obrona konieczna z użyciem broni...*, s. 8; P. Stalski, *Granice obrony koniecznej*, s. 285–288, http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/51-963/13_Patryk_Stalski.pdf, dostęp: 28 czerwca 2018.

to również orzecznictwo Sądu Najwyższego, w którym czytamy, iż „Bezpośredniość zagrożenia wchodzi w grę również wówczas, gdy istnieje wysoki stopień prawdopodobieństwa, że zagrożone atakiem dobro zostanie zaatakowane natychmiast, w najbliższej chwili”³³ oraz że o istnieniu bezpośredniego i bezprawnego zamachu na dobro prawne „decyduje zachowanie się osoby atakującej w całym przebiegu zdarzenia, nie tylko ten fragment, który odnosi się do momentu podjęcia akcji obronnej przez osobę zaatakowaną”³⁴.

Najwięcej dyskusji w literaturze i orzecznictwie³⁵ budzi natomiast kwestia użycia niewspółmiernego narzędzia lub sposobu obrony (eksces intensywny), co ma miejsce w sytuacji, gdy występuje „nadmiar” obrony w stosunku do intensywności zamachu³⁶. Z punktu widzenia posiadaczy broni i ewentualnego jej użycia w obronie własnej lub osób trzecich rodzi ona pytanie o proporcje między intensywnością użytych środków obrony i ataku. W orbicie tego zagadnienia, jako założenie fundamentalne, należy podkreślić, iż wymóg współmierności „siły” obrony do zamachu nie może oznaczać oczekiwania zachowania równowagi pomiędzy działaniem stanowiącym obronę określonego dobra a działaniem będącym zamachem na to dobro. Wręcz przeciwnie, aby przeciwdziałanie zamachowi mogło osiągnąć swój cel – obrona musi być skuteczna. Skuteczność zaś obrony wymaga od strony zaatakowanego przyjęcia takiego sposobu obrony i użycia takich środków, które pozwolą mu na uzyskanie przewagi niezbędnej do odparcia zamachu, gdyż inaczej – przy dopuszczalności jedynie równowagi pomiędzy tymi działaniami – mielibyśmy do czynienia ze społecznie niepożądaną wzajemnością, a nie ze skuteczną obroną. Samo uzyskanie przewagi nad napastnikiem, będąc warunkiem skutecznej obrony danego dobra prawnego, nie może przeto

33 Wyrok Sądu Najwyższego z 11 grudnia 1978 r., II KR 266/78, LEX nr 520113228; Wyrok Sądu Najwyższego z 4 lutego 2002 r., V KKN 507/99, LEX nr 520145981.

34 Wyrok Sądu Najwyższego z 31 marca 1988 r., I KR 60/88, LEX nr 520114004.

35 Por. Ł. Pohl, K. Burdziak, *Obraz i analiza wykładni sądowej przepisów kodeksu karnego z 1997 r. o obronie koniecznej i przekroczeniu jej granic*, Warszawa 2017, s. 78–83; J. Kluza, *Nowe granice obrony koniecznej? Uwagi na tle nowelizacji kodeksu karnego z 8 grudnia 2017 roku*, RPEiS 2018, nr 3, s. 89–90; J. Giezek, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2017, s. 172–173.

36 A. Grześkowiak, *Art. 25...*, s. 241.

stanowić o przekroczeniu prawa do obrony koniecznej³⁷. Oczywiście jest bowiem, że obrona konieczna może mieć sens tylko wtedy, gdy napadnięty będzie miał przewagę nad napastnikiem³⁸.

W podobnym duchu wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 stycznia 1969 r.³⁹, a polskie orzecznictwo sądowe w ostatnich latach również coraz mocniej staje po stronie ofiar zamachów. W wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 28 kwietnia 2017 r. czytamy, że „dla oceny niebezpieczeństwa zamachu podstawowe znaczenie ma motoryczna intensywność zamachu, na którą składają się takie cechy, jak użyte przez sprawcę środki, jego możliwości i kwalifikacje oraz determinacja w zakresie zrobienia zeń użytku, element zaskoczenia. Ponieważ napadnięty ma nie tylko prawo do obrony, ale i prawo do obrony skutecznej, może on użyć wszelkich środków i technik, które stworzą realną szansę na skuteczne odparcie zamachu. W szczególności mogą to być też środki i techniki, których napastnik nie używał, gdyż odpieranie zamachu nie jest »rycerskim pojedynkiem«, gdzie broń i techniki muszą być z góry ustalone. To napastnika obciąża ryzyko szkodliwych dlań następstw swego zamachu, dlatego też oceniając zdarzenie, nie wolno sugerować się rozmiarami tych następstw. Intensywność obrony może być tym większa, im większa jest intensywność zamachu lub im większa jest wartość zaatakowanego dobra. Takie elementy, jak natężenie działań agresywnych, użyte środki zamachu, właściwości napastnika, jego stan odurzenia środkami narkotycznymi, w istotny sposób warunkują rodzaj i sposób stosowania podejmowanych środków zmierzających do odparcia zamachu”⁴⁰.

Ten sam Sąd Apelacyjny we Wrocławiu uzasadnił w innym wyroku z dnia 28 listopada 2013 r., iż „jest oczywiście, że aby odeprzeć zamach, natężenie obrony musi przekraczać natężenie zamachu. Obrona, by była konieczna, powinna ponadto zachować określoną proporcję – czyli współmierność – między niebezpieczeństwem zamachu a zastosowanym

37 Por. T. Kaczmarek, *Z problematyki przekroczenia granic obrony koniecznej (eksponycja problemów spornych)*, [w:] *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesora Zofii Świdy*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 709.

38 Por. J. Majo, *Obrona konieczna...*, s. 76.

39 Wyrok Sądu Najwyższego z 10 stycznia 1969 r., IV KR 234/68, LEX nr 520114489.

40 Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 8 marca 2017 r., II AKa 29/17, LEX nr 2278264.

sposobem obrony. Tak więc można użyć każdego środka służącego do odparcia zamachu, byle tylko był on współmierny do niebezpieczeństwa zamachu⁴¹.

Przenosząc powyższe na sytuację obrony z użyciem broni palnej, aby uzasadniać współmierność jej użycia w danej sytuacji, powinno się wykazać, że zamach wiązał się z realną groźbą utraty życia lub uszczerbku na zdrowiu. W polskim orzecznictwie próżno jednak doszukiwać się akceptacji dla ochrony mienia przy użyciu broni palnej. Powszechnie uznawane było to jako użycie środka niewspółmiernego do niebezpieczeństwa zamachu⁴². Warto jednak zauważyć, iż w przedmiotowej praktyce orzeczniczej zaczynają pojawiać się pierwsze zmiany *in plus*. W jednym z najnowszych postanowień Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2017 r. czytamy, że „prawo do obrony koniecznej przysługuje zaatakowanemu zawsze i niezależnie od tego, czy na przykład mógł uniknąć niebezpieczeństwa związanego z zamachem przez ucieczkę, ukrywanie się przed napastnikiem, wezwanie pomocy osób trzecich czy też poprzez poszukiwanie ochrony u znajdującego się w pobliżu przedstawiciela organów porządku publicznego. Należy podkreślić, iż *ratio legis* obrony koniecznej to nie tylko wzgląd na ochronę zaatakowanego dobra, ale także respektowanie zasady, iż prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem. Osoba napadnięta ma prawo odpierać zamach wszelkimi dostępnymi środkami, które są konieczne do zmuszenia napastnika do odstąpienia od kontynuowania zamachu. Wystarczającym warunkiem uznania, że oskarżony działał w obronie koniecznej, jest ustalenie, że świadomy istnienia bezpośredniego i bezprawnego zamachu na jakiegokolwiek dobro chronione prawem, zamach ten odpierał, stosując sposób obrony współmierny do niebezpieczeństwa. Nie ma przy tym potrzeby wykazywania, że oskarżony faktycznie czuł strach przed napastnikiem⁴³.”

Niezwykle trafnym podsumowaniem tej kwestii może być stanowisko Tomasza Kaczmarka, który stwierdza, że intuicja i zdrowy rozsądek

41 Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 28 listopada 2013 r., II AKa 251/13, LEX nr 1416455. Por. także J. Wawrowski, *Obrona konieczna a zabezpieczenia techniczne*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 9, s. 35.

42 Por. K. Kuczyński, *Obrona konieczna z użyciem broni...*, s. 9.

43 Postanowienie Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 2017 r., IV KK 116/17, LEX nr 5223-77889.

podpowiada, że ustawa zezwalając w ściśle określonych warunkach przykładowo na zabicie czy zranienie napastnika, nie może jednocześnie chcieć chronić jego życia lub zdrowia. Przeciwnie, ustawa w tym wypadku w sposób ewidentny odstępuje, czy używając sformułowania Władysława Woltera – wycofuje się z prawno-karnej ochrony dóbr napastnika, który podejmując bezprawny zamach, poniekąd na własne ryzyko i życzenie, wystawia swoje dobro osobiste na niebezpieczeństwo. Usprawiedliwienie, w przypadku obrony koniecznej, unicestwienia jakiegoś dobra może nastąpić tylko poprzez ustawowe zezwolenie na jego naruszenie, czyli nie inaczej jak właśnie poprzez wycofanie normy chroniącej dobra napastnika. Założenie, że ustawa zezwalając w obronie koniecznej np. na zabicie napastnika, jednocześnie chce je w ten sposób chronić, jest równie prawdziwe, jak twierdzenie, że można dopuścić się cudzołóstwa i zarazem zachować cnotę⁴⁴.

Mając powyższe na uwadze, możemy odnieść się do terminu „rażące” przekroczenie granic obrony koniecznej, które prawodawca wprowadza w nowym § 2a art. 25 k.k., jako kolejne niedookreślone pojęcie prawne. Adam Błachnio wyjaśnia, że zamiarem prawodawcy było tu wyłączenie spod ochrony takiego rodzaju przekroczenia granic obrony koniecznej, w którym osoba odpierająca zamach w sposób oczywisty, niewątpliwy, wręcz „rzucający się w oczy” dopuściła się takiego przekroczenia⁴⁵. Tym niemniej abstrakcyjne i precyzyjne zdefiniowanie tej cechy nie jest możliwe⁴⁶, co stanowi swoistego rodzaju zaproszenie do rozbieżnych ocen⁴⁷ i powoduje, że każdy będzie rozumiał je inaczej. Dlatego rzetelna dyskusja o granicach obrony koniecznej powinna skutkować uchwaleniem ogólnego, sprawiedliwego przepisu obejmującego wszystkie porównywalne

44 Por. T. Kaczmarek, *Z problematyki przekroczenia granic obrony koniecznej...*, s. 705–706. Por. także: T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach „wyluczających” bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10, s. 32; W. Wolter, *Zarys prawa karnego*, Kraków 1933, s. 125.

45 Por. A. Błachnio, *Przekroczenie granic obrony koniecznej...*, s. 302; B. Filek, *Przekroczenie granic obrony koniecznej w warunkach opisanych w art. 25 § 2a k.k. Zagadnienia wybrane*, [w:] *O stabilność kodeksu karnego w świetle realiów. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Hoca*, red. D. Mucha, Opole 2018, s. 120.

46 Por. P. Daniluk, *Art. 25, [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018, s. 261.

47 Por. J. Lachowski, *Uchylenie karalności czynu...*, s. 306.

sytuacje. Zamiast sformułowania o „rażącym przekroczeniu” należało uregulować to zastrzeżenie analogicznie do art. 26 k.k. Wówczas przepis uchylałby karalność przekroczenia granic obrony, chyba że osoba broniąca się poświęciła dobro o wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego. To byłaby klauzula spójniejsza systemowo, nawiązująca do przesłanki, która już jest w k.k. (analogicznie do treści art. 26 § 1 i 2 k.k.). Nie byłoby wątpliwości, że np. w obronie mienia nie wolno umyślnie zabić napastnika⁴⁸. Ale nie byłoby też wątpliwości, że odpieranie zamachu kosztem życia napastników, którzy z całej siły kopią ofiarę, pozostaje pod ochroną prawną bez względu na to czy zdarzenie ma miejsce w domu, czy poza nim⁴⁹. Ma rację Kamil Siwek, stwierdzając, że przekroczenie granic obrony koniecznej w sytuacjach wskazanych w art. 25 § 2a k.k. będzie łączyło się z obligatoryjnym niepodleganiem karze, jeżeli przekroczenie granic obrony nie było „rażące”, to jednak może łączyć się z odpowiedzialnością za czyn niedozwolony – ze wszelkimi tego konsekwencjami. Jeśli np. broniący się z przekroczeniem granic obrony koniecznej uczyni napastnika kaleką, to wtedy może ponosić pełną odpowiedzialność odszkodowawczą za koszty leczenia, rehabilitacji, być zobowiązanym do płacenia renty, zadośćuczynienia za krzywdę. W konkretnych sprawach odpowiedzialność cywilna może być daleko bardziej dotkliwa niż odpowiedzialność karna, związana nawet z kilkuletnią karą pozbawienia wolności, i ekonomicznie wręcz zrujnować odpierającego zamach z przekroczeniem granic obrony koniecznej⁵⁰.

Nie każde zatem przekroczenie granic obrony koniecznej spowoduje *per se* niemożność powołania się na treść art. 25 § 2a k.k., lecz *de facto* tylko takie, które osiągnie „rażący” stopień. Z tego stwierdzenia wynikałoby – przynajmniej *prima facie* – iż zastosowanie regulacji z art. 25 § 2a k.k. zostanie wyłączone w wypadku podjęcia zbyt intensywnej obrony,

48 Por. M. Małecki, *W „naszej twierdzy” agresorowi także będzie wolno więcej*, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1050360,nasza-twierdza-agresor-bedzie-mogli-sie-bronic.html?ref=purchaseCompleted>, dostęp: 27 czerwca 2018.

49 Por. M. Małecki, *MS zwiększa prawa nie ofiar, a napastników*, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1073538,ms-obrona-konieczna-prawa-ofiar-nie-napastnikow.html?ref=purchaseCompleted>, dostęp: 27 czerwca 2018.

50 Por. K. Siwek, *O art. 25 § 2a Kodeksu karnego – krytycznie*, teza nr 2, LEX nr 151335419; M. Mozgawa, *Art. 25...*, nr 25.

a zatem niewspółmiernej w stosunku do niebezpieczeństwa zamachu. Należy przy tym podkreślić, że chodziłoby tutaj o swoiście kwalifikowaną niewspółmierność wymagającą *verba legis* osiągnięcia „rażącej” postaci⁵¹. W tym kontekście pozostaje otwartym pytanie o ocenę owego „rażącego” przekroczenia, gdy broniący używa broni palnej przeciw napastnikowi uzbrojonemu w narzędzie technologicznie mniej zaawansowane.

W swoich rozważaniach jeszcze bardziej radykalny wydaje się być Tomasz Tabaszewski, który uważa, że przy obronie najbardziej istotnych wartości w zasadzie nie jest możliwe rażące naruszenie proporcji dóbr. Z tego powodu obrona konieczna w sytuacji agresji powinna być prawem: samoistnym, nieograniczonym zasadą proporcjonalności dóbr i zostawiającym swobodę wyboru sposobu i środka obrony napadniętemu⁵². Na podobnym stanowisku stoi Jerzy Lachowski, podkreślając, że w razie bezpośredniego zamachu na życie, człowiek napadnięty co do zasady ma prawo bronić się w każdy sposób, aby ocalić to dobro. Może również zabić napastnika⁵³.

Aplikując powyższe do zagadnienia obrony koniecznej z użyciem broni palnej, należy założyć, iż organy ścigania zobligowane będą do liberalniejszego podejścia do użycia broni w niektórych sytuacjach, w których nie można wprost wywnioskować bezpośredniego zamachu na życie lub zdrowie ofiary⁵⁴. W tym wypadku właściciel mienia oddając strzał, w wyniku którego zranił lub nawet spowodował śmierć napastnika, nadużył prawa obrony koniecznej tylko dlatego, że zamach w chwili jego wystąpienia skierowany był bezpośrednio jedynie przeciwko mieniu, nie do końca byłby uprawniony. Nie uwzględniałby wszakże, iż podejmujący obronę stając wobec trzech uzbrojonych włamywaczy, mógł poważnie liczyć się, iż w dalszym przebiegu zamachu

51 Por. A. Kania, „Mój dom moją twierdzą”. Rozważania na tle regulacji art. 25 § 2a k.k., NPKP 2018, nr 48, s. 20; R.A. Stefański, *Immunity from prosecution for exceeding the limits to the right of self-defence*, „Ius Novum” 2018, nr 2, s. 19.

52 Por. T. Tabaszewski, *Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 12, s. 83.

53 Por. J. Lachowski, *Art. 25. Kontratyp obrony koniecznej*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. II, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2018, nr 13.

54 Por. K. Kuczyński, *Obrona konieczna z użyciem broni...*, s. 12.

na niebezpieczeństwo wystawione może być nie tylko mienie, ale również on sam, jego zdrowie lub życie, także i wtedy gdyby sami napastnicy w chwili wyważania drzwi, nie wiedząc jeszcze, iż napotkają opór właściciela, zamachu na jego osobę wcześniej nie planowali, co nie daje przecież żadnej pewności, że w zmieniającym się przebiegu zdarzeń do takiego zamachu by nie doszło⁵⁵. *A contrario* – zdaniem Jarosława Wawrowskiego – nie jest konieczne w celu zrównoważenia intensywności obrony wobec zamachu, aby osoba nosząca broń palną przy sobie na wypadek ewentualnego ataku, gdy taki nastąpi, miała obowiązek informowania napastnika o tym, że ma przy sobie taką broń, a tym bardziej osoba ta nie jest zobligowana do umieszczenia na swoim domu, posesji, ciele lub ubraniu wywieszki informującej o tym, że nosi broń przy sobie⁵⁶. Zdaje się wskazywać na taki stan rzeczy także orzecznictwo. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z 20 czerwca 2007 r. stwierdził, iż „w ramach obrony koniecznej można poświęcić dobro napastnika o wyższej wartości, niż dobro bronione przed zamachem. Nie może być wyłączone posłużenie się w obronie koniecznej nawet bronią palną czy też nożem, jeśli napastnik przystępuje do stosowania bezprawnej przemocy wobec innej osoby. Napadnięty ma prawo do obrony skutecznej i dlatego napastnika obciąża ryzyko szkodliwych dla niego następstw⁵⁷. Za jeszcze bardziej liberalne trzeba uznać uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 28 września 1999 r.: „oddanie strzału z małokalibrowej broni palnej w nogi sprawcy kradzieży z włamaniem, nawet od tyłu, po to aby uniemożliwić mu ostateczne zawładnięcie zabranego mienia, nie traci cech współmierności obrony koniecznej i nie świadczy o przekroczeniu jej granic⁵⁸”.

Odparcie ataku we własnym domu samo w sobie wprowadza co prawda szereg okoliczności przemawiających za zwiększeniem intensywności obrony (najbliżsi, wąska przestrzeń, brak możliwości ucieczki, wyjątkowy stres związany z naruszeniem tej sfery bezpieczeństwa człowieka

55 Por. T. Kaczmarek, *Z problematyki przekroczenia granic obrony koniecznej...*, s. 708.

56 Por. J. Wawrowski, *Obrona konieczna a zabezpieczenia...*, s. 40.

57 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 20 czerwca 2007 r., II AKa 169/07, LEX nr 327547.

58 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 28 września 1999 r., II AKa 101/99, LEX nr 38161.

etc.). Nowego przepisu nie należy jednak traktować jako prawa do użycia broni palnej we własnym domu *in genere*. W świetle tej regulacji nie sposób usprawiedliwić użycia broni palnej w przypadku wejścia kogoś obcego na posesję w biały dzień, ochrony mienia czy też do strzelania w plecy uciekającemu z mieszkania złodziejowi. Należy pamiętać, że nadal trzeba dostosowywać środek obrony do „niebezpieczeństwa zamachu”⁵⁹. Trafnie podsumowuje to Joanna Majo, stwierdzając, że działanie obrońcy nie może oznaczać nadużywania przyznanego mu prawa w takim sensie, że jego czyn będzie w sposób rażący naruszał poczucie sprawiedliwości czy znacząco wykraczał poza ramy obrony jako takiej⁶⁰. Przywołana autorka powołuje się przy tym na wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 października 2001 r., gdzie stwierdzono, że „używanie narzędzia śmiertcionośnego typu nóż czy broń przeciwko sprawcom niegroźnych zaczepek, choćby bezprawnych, nie może korzystać z przywileju obrony koniecznej jako nieproporcjonalne, więc i niekonne”⁶¹.

4. Wątpliwości wynikające z taksatywnego charakteru katalogu zobiektywizowanych przedmiotów zamachu

Próbując ukazać wady taksatywnego katalogu zobiektywizowanych przedmiotów zamachu należy w pierwszej kolejności wskazać, iż w znowelizowanym przepisie nie jest w ogóle sprecyzowane, o jaki zamach chodzi. Wskazane zostało miejsce, w którym ma dojść do zamachu i obrony – choć i tu są również niemałe wątpliwości, o czym poniżej – nie ma określonego dobra prawnego, jakie jest przez ten przepis chronione. A przecież może być tak, że ktoś się wdiera do mieszkania z zamiarem zabójstwa, kradzieży lub znieważenia. W związku z tym na gruncie nowego przepisu znowu stworzy się wiele różnych przypadków, które

59 Por. K. Kuczyński, *Obrona konieczna z użyciem broni...*, s. 12.

60 Por. J. Majo, *Obrona konieczna...*, s. 76.

61 Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 18 października 2001 r., II AKa 18/01, LEX nr 51912.

trzeba będzie inaczej interpretować pod kątem tego, czy odparcie ataku było rażącym naruszeniem prawa, czy nie⁶².

Prawodawca wprowadzając nowy przepis, oparł go na taksatywnym wymienieniu przypadków, stanowiących – jak możemy przeczytać w uzasadnieniu nowelizacji – katalog „zobiektywizowanych przedmiotów zamachu”, tj. „mieszkanie, lokal, dom albo przylegający do nich ogrodzony teren”⁶³. Mimo iż prawodawca uważa, że poprzez § 2a art. 25 k.k. w sposób jasny i niebudzący wątpliwości przyznał obywatelom możliwość ochrony dóbr prawnych o fundamentalnym znaczeniu z punktu widzenia akceptowanego w społeczeństwie, to taka regulacja napotyka na pewne trudności interpretacyjne. Norma prawna (w tym karna) powinna cechować się możliwie dużą ogólnością (granice ogólności wyznacza reguła określoności prawa karnego). Zgodnie z tym postulatem należy unikać tworzenia typów czynów zabronionych w oparciu o nadmierną kazuistykę. Już teraz można usłyszeć głosy dopytujące, czy wprowadzona zmiana obejmuje zakresem regulacji także zamieszkiwane: namiot, camper itp.? Czy dotyczy także lokalu użytkowego stanowiącego własność prywatną (np. sklep osiedlowy) czy wreszcie lokalu stanowiącego własność osoby prawnej, czy instytucji publicznej (np.: urząd gminy)?⁶⁴. Nadto trzeba zauważyć, iż w zamierzeniu autorów nowelizacji, treść proponowanej zmiany ma być skorelowana z obowiązującym przepisem art. 193 k.k., gdzie stypizowano przestępstwo naruszenia miru domowego: „Kto wdziera się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonego terenu, albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszcza”. Z tej normy zaczerpnięto więc szereg zwrotów. Przy tym, jak widać, zakres regulacji w części opisującej przedmiot wykonawczy jest inny w przypadku art. 193 k.k. i inny w przypadku proponowanej zmiany. Z treści § 2a wyłączono „pomieszczenie” oraz ograniczono tereny ogrodzone tylko do takich, które przylegają do „domu, mieszkania, lokalu”; nie znalazło się w nim także dookreślenie, że wszystkie te miejsca mają być „cudze”. Z kolei w art. 193 k.k.

62 Por. M. Małecki, *W „naszej twierdzy” agresorowi także będzie wolno więcej...*

63 *Informacja w sprawie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. ...*

64 Por. A. Limburska, *Niekaralność przekroczenia granic obrony koniecznej...*, s. 3, dostęp: 8 marca 2019; J. Kluza, *Nowe granice obrony koniecznej? Uwagi na tle nowelizacji kodeksu karnego...*, s. 92–93.

„ogrodzony teren” nie musi być przylegający do jakiegokolwiek miejsca wymienionego w treści tego przepisu⁶⁵. W myśl zasady interpretacyjnej, zgodnie z którą ustawodawca jest racjonalny, takie dystynkcje i wyłączenia muszą mieć jakieś znaczenie. Praktycy i przedstawiciele nauki prawa otrzymują więc kolejny problem wymagający rozwiązania⁶⁶. Przykładowo, Kamil Siwek wprost stwierdza, że poza zakresem zastosowania art. 25 § 2a k.k. generalnie znajdzie się odpieranie zamachu polegające na wdarciu się do magazynu, garażu, strychu, na dach budynku, do piwnicy, komórki, na statek wodny, do pojazdu komunikacyjnego, ponieważ wszystkie te miejsca to miejsca użytkowe wchodzące w zakres karnoprawnej nazwy „pomieszczenie”. Tej prawnej nazwy nie przeniesiono *explicite* z art. 193 k.k. do art. 25 § 2a k.k., który „wskazuje” (pozytywnie i wyraźnie) jedynie „mieszkanie, lokal, dom” oraz „przylegający do nich ogrodzony teren”. Należy przyjąć, że jest to wyliczenie pełne⁶⁷.

Analizy wymaga także wspomniane wyżej pominięcie w treści art. 25 § 2a k.k. sformułowania „cudze”. Wprawdzie w literaturze podkreśla się, że mimo tego braku analizowany przepis będzie miał zastosowanie również wówczas, gdy napastnik będzie wdzierał się do własnego mieszkania czy na własną posesję⁶⁸, tym niemniej stanowisko to domaga się doprecyzowania. Mianowicie sprawcą przestępstwa naruszenia miru domowego może być także właściciel domu, mieszkania, lokalu, ogrodzonego terenu, np. wdzierając się do tych miejsc, które zostały przez niego oddane do wyłącznego korzystania najemcy czy dzierżawcy⁶⁹. Dlatego, mimo konstrukcji art. 25 § 2a k.k., oczywiste jest, że przepis ten obejmuje zamachy na miejsca „cudze” w rozumieniu znamion przestępstwa naruszenia miru domowego, bowiem sytuacja wskazana w teżej normie dotyczy

65 Por. P. Kozłowska-Kalisz, *Naruszenie miru domowego...*; M. Mozgawa, *Art. 25...*, nr 20.

66 Por. J. Lechowicz, D. Reck, *Mój dom, moja twierdza...*, dostęp: 27 czerwca 2018. Por. także: A. Limburska, *Niekaralność przekroczenia granic obrony koniecznej...*, s. 3–5.

67 Por. K. Siwek, *O art. 25 § 2a Kodeksu karnego – krytycznie*, teza nr 3, LEX nr 151335419; A. Błachnio, *Przekroczenie granic obrony koniecznej...*, s. 298. Zastrzeżenia na ten temat por. także J. Lachowski, *Art. 25...*, nr 17; *idem*, *Uchylenie karalności czynu...*, s. 300–303.

68 Por. A. Limburska, *Niekaralność przekroczenia granic obrony koniecznej...*, s. 4; R.A. Stefański, *Immunity from prosecution...*, s. 18–19.

69 Por. P. Kozłowska-Kalisz, *Naruszenie miru domowego...*

zamachu, a więc zachowania człowieka noszącego znamiona bezprawności. O zachowaniu bezprawnym możemy zaś mówić wówczas, gdy sprawca wdzierą się do miejsca, którym nie ma prawa wyłącznie dysponować, tj. miejsca, do którego innej osobie przysługuje uprawnienie „większe”, dalej idące – czyli do miejsca, które jest właśnie „cudze” dla zamachowca w takim rozumieniu, jak to przyjmujemy na gruncie przepisu art. 193 k.k.⁷⁰

Zakończenie

Obrona konieczna z użyciem broni palnej zawsze stanowiła w Polsce element społecznie sporny, cechujący się ambiwalentnością stanowisk z przewagą tych skrajnie negatywnych. Widać to nie tylko na przykładzie zróżnicowanego orzecznictwa sądów, ale również w szeroko pojętym dyskursie społecznym. Nie da się w żadnej mierze zaprzeczyć, iż głównym źródłem takiego stanu rzeczy jest zdemonizowana (czyli wyłączająca racjonalne argumenty) świadomość społeczna w zakresie dostępu do broni. Przykłady absurdałnej argumentacji dotyczącej, jakby nie patrzeć, martwego przedmiotu, jakim jest broń, można by mnożyć: „broń zabija”, „broń raz w roku sama strzela”, „masz broń w domu – jesteś niebezpieczny”. Osobną kwestią pozostaje wskazanie źródeł takich procesów – to już praca bardziej dla socjologów niż prawników. Nie można jednak zaprzeczyć, że broń ze swej natury wchodzi w orbitę zainteresowań wielu dziedzin nauki: materiałoznawstwa, budowy maszyn, kryminalistyki, logistyki, balistyki, sportu, nauk o obronności, a wreszcie prawa. W stale zmieniających się przepisach prawa będą dokonywać się zmiany pozycji prawnej osoby posługującej się bronią w obronie koniecznej. Każda ich skrajna interpretacja lub ich spłycona aplikacja do stanu faktycznego będzie kaleczyć system prawa, który ma stać na straży *ars boni et aequi*. Bowiem – jak podkreśla to Tomasz Kaczmarek – o współmierności (niewspółmierności) obrony do zamachu rozstrzyga całokształt okoliczności konkretnego zdarzenia i dynamika jego przebiegu. O stopniu

⁷⁰ *Ibidem*; J. Lachowski, *Uchylenie karalności czynu...*, s. 304.

niebezpieczeństwa zamachu decyduje dobro zaatakowane, siła i środki zamachu, tudzież jego intensywność. Właściwości i cechy atakującego, jego determinacja, wypowiedane groźby, objawiające zamiar wyrządzenia określonej dolegliwości napadniętemu, czas i miejsce zamachu oraz jego przebieg. Podobne elementy o charakterze przedmiotowym i podmiotowym określać będą wymagany sposób obrony, o dopuszczalności której rozstrzygać będzie ponadto rodzaj poświęconego dobra, szkoda wyrządzona napastnikowi, siła obrony i użyte w jej ramach środki, czas i miejsce jej podjęcia, właściwości i cechy broniącego się i odczuwany przez niego stopień zagrożenia⁷¹. Tylko w taki sposób możliwe będzie oddemonizowanie użycia broni w obronie koniecznej, a system prawa wyśle społeczeństwu sygnał, że stoi po stronie ofiary, a nie po stronie bandyty.

71 Por. T. Kaczmarek, *Z problematyki przekroczenia granic obrony koniecznej...*, s. 707.

Bibliografia

- Błachnio A., *Przekroczenie granic obrony koniecznej z art. 25 § 2a KK*, „Monitor Prawniczy” 2018, nr 6.
- Daniluk P., *Art. 25, [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2018.
- Filek B., *Przekroczenie granic obrony koniecznej w warunkach opisanych w art. 25 § 2a k.k. Zagadnienia wybrane, [w:] O stabilność kodeksu karnego w świetle realiów. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Hoca*, red. D. Mucha, Opole 2018.
- Gensikowski P., *Nowelizacja art. 25 § 3 kodeksu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 9.
- Gensikowski P., *Problematyka karnoprawnych skutków przekroczenia granic obrony koniecznej*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 11–12.
- Giezek J., *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2017.
- Grześkowiak A., *Art. 25, [w:] Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 6, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2019.
- Kaczmarek T., *O kontratypach raz jeszcze*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 7.
- Kaczmarek T., *O tzw. okolicznościach „wyłączających” bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10.
- Kaczmarek T., *Z problematyki przekroczenia granic obrony koniecznej (ekspozycja problemów spornych)*, [w:] *Rzetelny proces karny. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009.
- Kania A., *„Mój dom moją twierdzą”. Rozważania na tle regulacji art. 25 § 2a k.k.*, NKPK 2018, nr 48.
- Kluza J., *Nowe granice obrony koniecznej? Uwagi na tle nowelizacji kodeksu karnego z 8 grudnia 2017 roku*, RPEiS 2018, nr 3.
- Kozłowska-Kalisz P., *Naruszenie miru domowego w kontekście obrony koniecznej – uwagi na tle art. 25 § 2a k.k.*, [w:] *Naruszenie miru domowego*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2019.
- Kuczyński K., *Obrona konieczna z użyciem broni palnej*, Gdańsk 2018.
- Kurs do egzaminu na patent strzelecki*, <http://legionwschodni.pl/kurs-do-egzaminu-na-patent-strzelecki-2019/>.
- Lachowski J., *Art. 25. Kontratyp obrony koniecznej, [w:] Kodeks karny. Komentarz*, wyd. II, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2018.

- Lachowski J., *Uchylenie karalności czynu sprawcy przekraczającego granice obrony koniecznej w przypadku zamachu na mir domowy (art. 25 § 2a k.k.)*, [w:] *O stabilność kodeksu karnego w świetle realiów. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Hoca*, red. D. Mucha, Opole 2018.
- Lechowicz J., Reck D., *Mój dom, moja twierdza. Obrona konieczna po nowemu*, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1085793,zmiany-w-obronie-koniecznej.html>.
- Legutko-Kasica A., *Eksces w obronie koniecznej*, „Przeгляд Sądowy” 2011, nr 5.
- Limburska A., *Niekaralność przekroczenia granic obrony koniecznej w świetle art. 25 § 2 k.k.*, CPKiNP 2018, nr 5, s. 8–10, <https://www.czpk.pl/preprinty>.
- Majo J., *Obrona konieczna – czy będzie łatwiej dla atakowanych?*, „Strzał” 2017, nr 11.
- Małecki M., *Dogmaty karnisty*, <https://www.facebook.com/dogmaty-karnisty>.
- Małecki M., *MS zwiększa prawa nie ofiar, a napastników*, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1073538,ms-obrona-konieczna-prawa-ofiar-nie-napastnikow.html?ref=purchaseCompleted>.
- Małecki M., *W „naszej twierdzy” agresorowi także będzie wolno więcej*, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1050360,nasza-twierdza-agresor-bedzie-mogl-sie-bronic.html?ref=purchaseCompleted>.
- Marek A., *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008.
- Mozgawa M., *Art. 25. Obrona konieczna*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX 2019.
- Mozgawa M., *Obrona konieczna w polskim prawie karnym (zagadnienia podstawowe)*, „Annales UMCS” 2013, nr 60, z. 2.
- Patent strzelecki – pierwszy krok do pozwolenia na broń sportową*, <http://vadimpacajev.com/patent-strzelecki-pierwszy-krok-do-ozwolenia-na-bron-sportowa/>.
- Patent strzelecki PZSS*, <http://zbrojownia.org/index.php/pozwolenie-na-bron/patent-strzelecki-pzss>.
- Plątek M., [w:] *Granice obrony koniecznej wciąż wywołują spory – debata „Pod orłem o państwie i prawie”*, red. S. Cydzik, <http://www.rp.pl/Prawo-karne/310269977-Granice-obrony-koniecznej-wciaz-wywo-luja-spory---debata-Pod-orlem-o-panstwie-i-prawie.html>.

- Pohl Ł., Burdziak K., *Obraz i analiza wykładni sądowej przepisów kodeksu karnego z 1997 r. o obronie koniecznej i przekroczeniu jej granic*, Warszawa 2017.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2018.
- Siwek K., *O art. 25 § 2a Kodeksu karnego – krytycznie*, LEX nr 151335419.
- Sokołowski M., [w:] *Granice obrony koniecznej wciąż wywołują spory – debata „Pod orłem o państwie i prawie”*, red. S. Cydzik, <http://www.rp.pl/Prawo-karne/310269977-Granice-obrony-koniecznej-wciaz-wywołują-spory---debata-Pod-orłem-o-panstwie-i-prawie.html>.
- Stalski P., *Granice obrony koniecznej*, http://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/51963/13_Patryk_Stalski.pdf.
- Stefański R.A., *Immunity from prosecution for exceeding the limits to the right of self-defence*, „Ius Novum” 2018, nr 2.
- Szczepaniec M., *Przekroczenie granic obrony koniecznej motywowane strachem lub wzburzeniem usprawiedliwionym okolicznościami zamachu*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 9.
- Szymaniak P., *Małecki: W „naszej twierdzy” agresorowi także będzie wolno więszyć*, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1050360,nasza-twierdza-agresor-bedzie-mogl-sie-bronic.html?ref=purchaseCompleted>.
- Tabaszewski T., *Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 12.
- Teleszewska M., *Konsekwencje prawne przekroczenia granic obrony koniecznej*, „Przegląd Sądowy” 2014, nr 7–8.
- Teleszewska M., *Przekroczenie granic obrony koniecznej wynikającej ze strachu lub silnego wzburzenia*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 24.
- Wawrowski J., *Obrona konieczna a zabezpieczenia techniczne*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 9.
- Wolter W., *Zarys prawa karnego*, Kraków 1933.
- Ziajka B., *Przekroczenie granic obrony koniecznej jako wynik strachu lub wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami zamachu*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2007, nr 21.

Monika Kotowska¹

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID ID: 0000-0002-7757-020X

SYTUACJA PRAWNA NIELETNICH MATEK UMIESZCZONYCH W MŁODZIEŻOWYCH OŚRODKACH WYCHOWAWCZYCH LUB ZAKŁADACH POPRAWCZYCH – WYBRANE PROBLEMY

ABSTRACT

Legal situation of underage mothers placed in youth education centers or correctional facilities – selected issues

Terms “adolescent pregnancy” and “underage mother” refers to young girls, who are pregnant or give birth to their babies before the age of 18. Currently, there is a lack of a comprehensive policy concerning underage mothers that would allow to support them in difficult socio-economic and/or legal problems. The purpose of this article is to discuss the issue of juvenile delinquency when it comes to young women who are already mothers in conditions of the isolation while, at the same time, fulfilling their obligations as mothers. In recent times, the aforementioned issues have been reviewed by justice professionals, sociologists, lawyers,

¹ Radca prawny, doktor habilitowany nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Kryminologii i Polityki Kryminalnej na Wydziale Prawa i Administracji UWM w Olsztynie.

and general public who concluded that they are both social and law problems. In the article, the author presents this problem in the context of the Juvenile Act of October 26, 1982, the Polish Civil Code and criminology, as well as puts forward proposals for changes in the law regarding the subject matter.

Keywords: juvenile delinquency, underage mothers, child, mother

Słowa kluczowe: nieletnie sprawczyńcze czynów karalnych, nieletnie matki, dziecko, matka

Wstęp

Macierzyństwo dla większości kobiet wyznacza punkt radykalnego przejścia w zupełnie inny wymiar dorosłości². Szczególną grupą matek³, która ze względu na niski wiek znajduje się w trudnej sytuacji życiowej, są dziewczęta poniżej 18. roku życia. Przedwczesne macierzyństwo niemal w każdym przypadku skomplikuje ich sytuację rodzinną i materialną⁴. Takiej matce, w porównaniu do bezdzietnych rówieśnic, trudniej jest realizować i kontynuować obowiązek szkolny⁵. Jeszcze bardziej problematyczna wydaje się sytuacja nieletniej matki z perspektywy psychologicznej i społecznej. Trudności wynikające z zaistniałej sytuacji są związane m.in. ze zderzeniem ról i zadań, jakie przed nimi stoją. Jest ona

2 Szerzej: B. Budrowska, *Macierzyństwo jako punkt zwrotny w życiu kobiety*, Wrocław 2000, s. 248.

3 Zgodnie z ustawową definicją zawartą w art. 61 ustawy z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 682) przytaczany dalej jako k.r.o. „matką dziecka jest kobieta, która je urodziła”, choć wskazuje się, że za matkę uważa się również kobietę oczekującą dziecka. Szerzej: A. Urbańska, *Wpływ nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 6.11.2008 r. na sytuację prawną małoletniej matki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Roczniki Prawnicze” 2010, nr 22, s. 164.

4 Szerzej: E. Włodarczyk, *Nastoletnie macierzyństwo jako problem indywidualny i społeczny*, [w:] *Kapitał społeczny a nierówność – kumulacja i redystrybucja*, red. K. Marzec-Holka, Bydgoszcz 2009, s. 454–463.

5 Szerzej perspektywę edukacyjną opisuje R. Szczepanik, *Zapobieganie konsekwencjom przedwczesnego macierzyństwa nieletnich dziewcząt jako wyzwanie dla resocjalizacji*, „Perspektywy Edukacyjno-Społeczne” 2014, nr 1, s. 21–31.

naadal zobowiązana do nauki, zdobywania wiedzy o świecie, chce nawiązywać kontakty z grupą rówieśniczą i prowadzić życie nastolatki. Jednocześnie musi szybko przygotować się do dorosłego życia w związku z wdrażaniem w nowe role i zadania, związane z urodzeniem i wychowaniem dziecka, a przede wszystkim z odpowiedzialnością za nie⁶.

Z antropologicznego punktu widzenia można wskazać, że trudność sytuacji, w jakiej znajduje się małaletnia matka, wynika w dużej mierze z różnicy pomiędzy wiekiem, w którym dziewczyna osiąga dojrzałość biologiczną (co następuje około 16–17. roku życia) a wiekiem, w którym osiąga dojrzałość emocjonalną (a więc około 20. roku życia)⁷. Małaletni rodzice są ponadto stygmatyzowani i piętnowani, co wynika z kolei ze społecznie pożądanego modelu życia, w którym najpierw zdobywa się wykształcenie, następnie kwalifikacje zawodowe i niezależność finansową, a na końcu zakłada rodzinę⁸.

Celem podjętych rozważań jest analiza sytuacji prawnej nieletnich matek, które znajdują się w szczególnej sytuacji życiowej, bowiem weszły w konflikt z prawem bądź zasadami współżycia społecznego, w wyniku czego przebywają w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych, bądź zakładach poprawczych.

Ze statystycznego punktu widzenia nie jest to liczna grupa. Szacuje się, że rocznie w Polsce około 60 wychowanek zakładów poprawczych i młodzieżowych ośrodków wychowawczych zachodzi w ciążę⁹. Pochodzą one najczęściej z dysfunkcyjnych domów dotkniętych poważnymi problemami, takimi jak alkoholizm, bieda, przemoc, pobyty rodziców w zakładach karnych. Do przyczyn przedwczesnych ciąż u takich dziewcząt, oprócz

6 M. Bidzan, *Nastoletnie matki. Psychologiczne aspekty ciąży, porodu i połogu*, Kraków 2007, s. 11.

7 A. Komorowska, *Ciąża i poród*, [w:] *Ginekologia wieku rozwojowego*, red. M. Sikorska, Warszawa 1991, s. 228.

8 A. Skowrońska-Pućka, *Wrażanie małaletnich rodziców do odpowiedzialnego rodzicielstwa – z doświadczeń Domu Matki i Dziecka w Gnieźnie*, [w:] *Institucja rodziny wczoraj i dziś. Perspektywa interdyscyplinarna*, t. 2: *Spółczesność i kultura*, red. J.K. Stępkowska, K.M. Stępkowska, Lublin 2012, s. 25.

9 Podaję za: *Sytuacja prawna, społeczna i wychowawcza nieletnich ciężarnych i nieletnich matek przebywających w placówkach resocjalizacyjnych. Raport z realizacji projektu „Chcę być z Tobą Mamo!”*, red. i oprac. A. Sikora, opieka merytoryczna M. Konopczyński, Warszawa 2013, s. 3.

nieplanowania macierzyństwa, przyczyniają się więc dodatkowo czynniki społeczne, rodzinne, psychologiczne oraz niski poziom edukacji seksualnej. Od 2014 r. w corocznych raportach Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur i Nieludzkiego Traktowania Rzecznik Praw Obywatelskich opisuje sytuację nieletnich matek z placówek resocjalizacyjnych¹⁰.

Regulacje prawne dotyczące macierzyństwa małoletnich w Polsce

Fundamentalne znaczenie dla rozważań dotyczących kwestii macierzyństwa, niezależnie od granic wiekowych rodziców, ma artykuł 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którym macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej. Ustawodawca w przepisie tym podkreślił rolę matki, zwłaszcza w okresie ciąży i bezpośrednio po urodzeniu dziecka. Taki wniosek znajduje oparcie w językowej wykładni art. 18¹¹.

Zgodnie z art. 71. ust. 1 konstytucji¹² państwo w swej polityce społecznej i gospodarczej uwzględnia dobro rodziny. Rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne i niepełne, mają prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych. W art. 71. ust. 2 konstytucji ustawodawca wskazuje, że matka przed i po urodzeniu dziecka ma prawo do szczególnej pomocy władz publicznych, której zakres określa ustawa.

Powyższe przepisy statuują prawny obowiązek władz publicznych w zakresie ochrony macierzyństwa i rodzicielstwa przed zagrożeniami w prawidłowym jego funkcjonowaniu. Bywają jednak sytuacje, kiedy

10 Raport dostępny na stronie: *Wystąpienie generalne z dnia 29.12.2014 r. do Ministra Sprawiedliwości w sprawie nieletnich matek*, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/%2FWystapienie%20generalne%20z%20dnia%2029.12.2014%20r.%20do%20Ministra%20Sprawiedliwosci%20w%20sprawie%20nieletnich%20matek_0.pdf, dostęp: 13 lipca 2019 r.

11 L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, wyd. II, Wyd. Sejmowe 2016, s. 2.

12 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483 ze zm.).

spełnienie tego obowiązku przez władzę publiczną jest utrudnione. Jedną z takich sytuacji jest przedwczesne macierzyństwo.

Zgodnie z art. 96 § 1 k.r.o.¹³ rodzice wychowują dziecko pozostające pod ich władzą rodzicielską¹⁴ i kierują nim. Władza rodzicielska powstaje z chwilą urodzenia dziecka i trwa aż do osiągnięcia pełnoletności (art. 92 k.r.o.). Przysługuje ona obojgu rodzicom, chyba że wystąpią przesłanki do zawieszenia, ograniczenia czy pozbawienia władzy jednego lub obojga rodziców (art. 93 k.r.o.). Zgodnie z regulacją zawartą w art. 94 § 1 k.r.o. rodzicowi, który nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych, nie przysługuje władza rodzicielska.

Macierzyństwo, jak również ojcostwo osób małoletnich¹⁵, niemających pełnej zdolności do czynności prawnych, a zatem niemających zdolności do sprawowania władzy rodzicielskiej nad swoimi dziećmi, ponieważ same jeszcze władzy rodzicielskiej podlegają aż do pełnoletności, to problem, który – jak twierdzi H. Bzdak¹⁶ – jest coraz bardziej zauważalny w naszym kraju.

13 Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 682), dalej przytaczany jako k.r.o.

14 K.r.o. nie zawiera legalnej definicji władzy rodzicielskiej. W doktrynie przyjmuje się, że jest to ogół spoczywających na rodzicach obowiązków i przysługujących im praw wobec dziecka – w celu należytego wykonywania pieczy nad jego osobą i majątkiem, wychowania go i przygotowania do pracy dla dobra społeczeństwa. Szerzej: E. Trybulska-Skoczelaś, *Władza rodzicielska*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014, s. 695 i n.

15 Ustawodawca różnicuje terminy „nieletni” i „małoletni”. Na gruncie prawa cywilnego używa się zazwyczaj pojęcia „małoletniego”. Natomiast nieletnim zgodnie z ustawą o postępowaniu w sprawach nieletnich (ustawa z 18 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich, Dz.U. z 2018 r., poz. 969, przytaczana w dalszej części jako u.p.n.) są:

- a) osoby w wieku do lat 18 wykazujące przejawy demoralizacji (art. 1 § 1 pkt 1 i art. 2 u.p.n.);
- b) osoby, które dopuściły się „czynu karalnego” (w rozumieniu u.p.n.) po ukończeniu 13 lat, a nie ukończyły lat 17 (art. 1 § 1 pkt 2 u.p.n.);
- c) osoby w wieku do 21 lat, wobec których orzeczono środki wychowawcze lub poprawcze (art. 1 § 1 pkt 3 u.p.n.). Takie ujęcie nieletniości oznacza, że jednemu pojęciu podporządkowane zostały trzy wiekowo różne kategorie osób w zależności od ich zachowań bądź postępowania prowadzonego wobec nich. Szerzej patrz: J. Kudrelek, „Nieletni” czy „małoletni” meandry pojęć karnoprocesowych, „Policja” 2002, nr 1, s. 51 i n.

16 H. Bzdak, *Nieletnie matki*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2017, nr 4, s. 36.

W myśl art. 96 § 2 k.r.o. rodzice, którzy nie mają pełnej zdolności do czynności prawnych, uczestniczą w sprawowaniu bieżącej pieczy nad osobą dziecka i w jego wychowaniu, chyba że sąd opiekuńczy ze względu na dobro dziecka postanowi inaczej. Jeśli oboje rodzice nie mogą sprawować władzy rodzicielskiej, nie żyją albo zostali jej pozbawieni, bądź są nieznanymi, ustanawia się dla dziecka opiekę prawną (art. 94 k.r.o.). Przyznanie takim rodzicom prawa uczestnictwa w sprawowaniu bieżącej pieczy nad dzieckiem i jego wychowaniu sprzyja dojrzewaniu psychicznemu małoletnich rodziców, pozwala na nawiązanie bliskiej więzi rodzica z dzieckiem i dziecka z rodzicem. Gdyby dobro dziecka było zagrożone, sąd opiekuńczy wyłączy udział takiego rodzica od sprawowania osobistej pieczy nad dzieckiem¹⁷. Również warte podkreślenia są zapisy art. 113 § 1 k.r.o., który głosi, iż niezależnie od władzy rodzicielskiej rodzice oraz ich dziecko mają prawo i obowiązek utrzymywania ze sobą kontaktów. Natomiast art. 113 § 2 k.r.o. stanowi, że kontakty z dzieckiem obejmują w szczególności przebywanie z dzieckiem (odwiedziny, spotkania, zabieranie dziecka poza miejsce jego stałego pobytu) i bezpośrednie porozumiewanie się, utrzymywanie korespondencji, korzystanie z innych środków porozumiewania się na odległość, w tym ze środków komunikacji elektronicznej. Przepis tej treści wypełnia normę wynikającą z art. 72 i art. 48 Konstytucji RP.

Gdy matka dziecka jest osobą małoletnią, kluczowym problemem staje się kwestia braku pełnej zdolności do czynności prawnych. Zatem małoletnia matka, co do zasady, nie posiada władzy rodzicielskiej nad swoim dzieckiem, zgodnie bowiem z art. 11 Kodeksu cywilnego¹⁸ pełną zdolność do czynności prawnych nabywa się wraz z uzyskaniem pełnoletniości. W myśl art. 10 § 1 k.c. w Polsce pełnoletniość uzyskuje się wraz z ukończeniem 18. roku życia.

Przepis art. 10 k.c. daje co prawda pewną furtkę nieletnim matkom. Zgodnie bowiem z art. 10 § 2 k.c. przez zawarcie małżeństwa małoletni uzyskuje pełnoletniość. Co istotne, nie traci jej w razie unieważnienia małżeństwa. Obecnie granica wieku, zgodnie z którą można zawrzeć związek

17 E. Trybulska-Skoczelas, *Władza rodzicielska*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014, s. 702.

18 Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 459 ze zm.) przytaczany dalej jako k.c.

małżeński, wynosi 18 lat, jednak ustawodawca przewiduje możliwość wcześniejszego zawarcia małżeństwa za zgodą sądu opiekuńczego, która przysługuje obecnie wyłącznie kobietom, które ukończyły 16. rok życia¹⁹. Na marginesie można wspomnieć, że do roku 1998 wiek ten był różny: dla kobiet było nim ukończone 18 lat, dla mężczyzn – 21 lat²⁰. Ta regulacja prawna jako niespójna z regulacjami Kodeksu cywilnego (osiągnięcie pełnej zdolności do czynności prawnych po ukończeniu 18. roku życia), Konstytucji RP oraz prawa międzynarodowego była przedmiotem krytyki²¹. Obecnie słusznie zwraca się uwagę, że przepisy różnicujące sytuację cywilnoprawną nieletnich matek w zależności od ich statusu cywilnego są przejawem dyskryminacji ze względu na płeć. Małoletnia nabywa pełnię praw cywilnych, a wraz z nimi prawa rodzicielskie do dziecka, w zależności od tego, czy ma partnera, ile lat ma partner oraz czy wyrazi on zgodę na zawarcie z nią małżeństwa, na które z kolei musi wyrazić zgodę sąd²².

Z wnioskiem o zezwolenie przez sąd opiekuńczy zgody na zawarcie małżeństwa może wystąpić małoletnia, która zamierza zawrzeć małżeństwo – uprawnienie to wynika bezpośrednio z przepisu art. 561 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego²³. Aby w takiej sytuacji doszło do zawarcia związku małżeńskiego, muszą być spełnione łącznie następujące warunki:

- » małoletnia musi mieć ukończone 16 lat,
- » muszą istnieć ważne powody dla zawarcia małżeństwa i z okoliczności sprawy musi wynikać, że małżeństwo będzie zgodne z dobrem założonej rodziny.

19 Szerzej: A. Zielonacki, *Komentarz do art. 10, [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013, s. 53; W. Borysiak, *Komentarz do art. 10, [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014, s. 106–109.

20 Szerzej: T. Smyczyński, *Przeszkoda wieku zawarcia małżeństwa, [w:] Rodzina w prawie*, red. M. Różański, J. Krzywkowska, Olsztyn 2013, s. 303–312.

21 *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014, s. 104–105; *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 4, red. K. Piasecki, Warszawa 2009, s. 83–86.

22 Zob. A. Sikora, M. Płatek, *Nieletnie macierzyństwo wychowanek ośrodków resocjalizacyjnych – między resocjalizacją a macierzyństwem – aspekty dyskryminacji ze względu na płeć*, Warszawa 2016, s. 17.

23 Ustawa z 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 155 ze zm.).

Na podstawie orzecznictwa sądów można wskazać kilka przypadków uznawanych za „ważne powody”, które uzasadniają wcześniejsze zawarcie małżeństwa, takie jak: dziecko urodzone ze stosunku stron zamierzonego małżeństwa, ciąża wynikła z takiego stosunku, istniejący już między stronami od dłuższego czasu, co najmniej od kilku miesięcy, trwały związek faktyczny, a więc poważne prawdopodobieństwo zajścia kobiety w ciążę, bezpośrednie niebezpieczeństwo śmierci jednej ze stron (co ma bezpośrednie uzasadnienie w art. 9 k.r.o.)²⁴. Nadal aktualne jest stanowisko Sądu Najwyższego, zgodnie z którym, stwierdzenie u małoletniej ciąży nie wystarczy do udzielenia zezwolenia na zawarcie małżeństwa. Konieczne jest bowiem, by zawarcie małżeństwa było zgodne z dobrem założonej rodziny, w tym także z dobrem małoletniej i dobrem przyszłych dzieci²⁵. Niestety badania dowodzą, że trwałość małżeństw zawieranych w niskim wieku i pod presją ciąży jest niewielka²⁶.

Kolejnym problemem, przed którym staje małoletnia matka, jest prawne ustalenie ojcostwa. Jeśli dziecko rodzi małoletnia niebędąca mężatką, wówczas istnieją dwa sposoby ustalenia, że ojcem dziecka jest dany mężczyzna: uznanie przez niego dziecka bądź ustalenie ojcostwa w sądzie. Do uznania ojcostwa w formie dobrowolnej, czyli potwierdzenia faktu ojcostwa przez ojca i matkę dziecka w formie protokołu, potrzebne jest oświadczenie matki i ojca dziecka. Składają je oni przed urzędnikiem stanu cywilnego, potwierdzając tym samym, że dany mężczyzna jest ojcem dziecka²⁷. Osoba małoletnia nie może jednak złożyć samodzielnie oświadczenia dotyczącego ojcostwa. Jeśli rodzice bądź choćby jedno z nich jest małoletnie, to uznanie ojcostwa może nastąpić tylko przed sądem rodzinnym i nieletnich. Osoby pomiędzy 16. a 18. rokiem życia mogą samodzielnie wystąpić do sądu rodzinnego, składając oświadczenie o uznaniu ojcostwa. Zarówno ojciec, jak i matka, jeżeli mają ukończone 16 lat, mogą samodzielnie wystąpić do sądu z pozwem

²⁴ A. Zielonacki, *Komentarz do art. 10*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013, s. 54.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ U. Kempieńska, *Małżeństwa młodocianych. Ciąża, ślub i co dalej...?*, Toruń 2012, s. 157 i n.

²⁷ Szerzej: Ustawa – Prawo o aktach stanu cywilnego z 28 listopada 2014 r., art. 63, Dz.U z 2018 r., poz. 2224, dalej jako p.o.a.s.c.

o ustalenie ojcostwa. W przypadku osób młodszych, poniżej 16. roku życia, powództwo może złożyć wyłącznie przedstawiciel ustawowy.

Zgłoszenia urodzenia dziecka zgodnie z przepisem art. 57 ustawy – Prawo o aktach stanu cywilnego²⁸ dokonują matka lub ojciec dziecka posiadający pełną zdolność do czynności prawnych. Jako wyjątek od art. 57 teje ustawy ustawodawca wprowadził uprawnienie matki lub ojca dziecka, którzy ukończyli 16 lat, do dokonania zgłoszenia urodzenia dziecka, jeżeli posiadają oni ograniczoną zdolność do czynności prawnych.

W pozostałych przypadkach zgłoszenia urodzenia dokonują przedstawiciel ustawowy lub opiekun matki. Zgłoszenia urodzenia można również dokonać przez pełnomocnika. Zgłoszenie urodzenia dokumentuje się w formie protokołu, który jest podpisywany przez osobę zgłaszającą i kierownika urzędu stanu cywilnego. Takimi przedstawicielami ustawowymi są zgodnie z art. 98 § 1 k.r.o. rodzice dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską, a więc dziadkowie dziecka małoletniej matki. Jeżeli dziecko pozostaje pod władzą rodzicielską obojga rodziców, każde z nich może działać samodzielnie jako przedstawiciel ustawowy dziecka²⁹.

W literaturze wskazuje się, że ustawodawca dostrzega zjawisko macierzyństwa małoletnich kobiet i przewiduje pewne środki prawne chroniące matkę i dziecko w takiej sytuacji³⁰. Warto podkreślić, że przedstawione powyżej rozwiązania ustawodawcze są stosunkowo nowe. Normatywne usankcjonowanie udziału małoletniej matki w sprawowaniu bieżącej pieczy nad osobą dziecka i w jego wychowaniu nastąpiło dopiero w 2008 r., a zgłoszeniu urodzenia dziecka – w 2014 r. Można w związku z tym zauważyć zasługującą na pozytywną ocenę ustawodawczą tendencję „dowartościowywania” małoletnich matek.

Pozytywnie należy ocenić również starania ustawodawcy w zakresie pomocy przy realizowaniu obowiązku szkolnego. Ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności

²⁸ *Ibidem*, art. 57.

²⁹ Zob. D. Sorbian, [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem. Przepisy wykonawcze i związane oraz wzory dokumentów*, red. A. Czajkowska, Warszawa 2015, s. 110–111.

³⁰ A. Ogrodnik-Kalita, *Matka, uczennica, dziecko: wybrane aspekty sytuacji prawnej małoletniej matki*, „Społeczeństwo i Rodzina” 2015, nr 45, s. 105.

przerwywania ciąży³¹ nakłada na szkołę pewne obowiązki związane z kontynuowaniem edukacji przez małoletnią ciężarną uczennicę. W myśl art. 2 ust. 3 tego aktu prawnego „szkoła ma obowiązek udzielić uczennicy w ciąży urlopu oraz innej pomocy niezbędnej do ukończenia przez nią edukacji, w miarę możliwości nie powodując opóźnień w zaliczaniu przedmiotów. Jeżeli ciąża, poród lub połóg powoduje niemożliwość zaliczenia w terminie egzaminów ważnych dla ciągłości nauki, szkoła zobowiązana jest do wyznaczenia dodatkowego terminu egzaminu dogodnego dla kobiety, w okresie nie dłuższym niż 6 miesięcy”.

Reasumując, ustawodawca zauważa skomplikowaną sytuację małoletnich matek czy też rodziców i stara się wspomóc ich w pokonywaniu trudów przedwczesnego rodzicielstwa. Jak jednak słusznie wskazuje się w literaturze, najtrudniejsza jest sytuacja prawna nieletnich matek umieszczonych z powodu wejścia w konflikt z prawem i zasadami współżycia społecznego w ośrodkach wychowawczych i zakładach poprawczych³². Warto więc przeanalizować, czy nieletnia, zostając matką w zakładzie poprawczym bądź młodzieżowym ośrodku wychowawczym, może liczyć na pomoc ze strony państwa w zakresie kontynuowania nauki i procesu resocjalizacji, mając jednocześnie możliwość sprawowania osobistej pieczy nad swoim dzieckiem.

Prawne i praktyczne problemy macierzyństwa nieletnich umieszczonych w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych i zakładach poprawczych

Podstawowym celem ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, zawartym w jej preambule, jest przeciwdziałanie demoralizacji i przestępczości nieletnich oraz stwarzanie warunków powrotu do normalnego życia nieletnim, którzy popadli w konflikt z prawem. Jednocześnie ustawa zmierza do realizacji drugiego celu, jakim jest dążenie do umacniania

31 Ustawa z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r., nr 17, poz. 78 ze zm.).

32 H. Bzdak, *Nieletnie matki*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2017, nr 4, s. 37.

funkcji opiekuńczo-wychowawczej rodziny i odpowiedzialności rodziców za wychowanie dzieci.

Środki stosowane wobec nieletnich art. 5 u.p.n. różnicuje na środki wychowawcze i środek poprawczy w postaci umieszczenia w zakładzie poprawczym; kara może być orzeczona w przewidzianych prawem wypadkach, jeżeli inne środki nie są w stanie zapewnić resocjalizacji nieletniego.

Zdaniem P. Góreckiego i V. Konarskiej-Wrzosek³³ ustawowe środki docelowo dzielą się na cztery grypy:

- » środki wychowawcze,
- » środek poprawczy,
- » inne środki zastrzeżone przez ustawę, jakimi są środki leczniczo-wychowawcze wyszczególnione w art. 12 u.p.n., oraz
- » środki przewidziane w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym z określonymi wyłączeniami.

Przywołani autorzy wskazują, że środki sądowe, jakie sąd może stosować wobec nieletnich, można również podzielić – z uwagi na stopień ingerencji w życie i wychowanie nieletniego – na środki niepowodujące zmiany dotychczasowego środowiska wychowawczego nieletniego i środki łączące się ze zmianą środowiska wychowawczego. Niekiedy w doktrynie przy klasyfikacji środków wymienionych w art. 6 u.p.n. akcentuje się nieizolacyjny bądź izolacyjny charakter poszczególnych środków. Do tej ostatniej grupy środków zalicza się umieszczenie w młodzieżowym ośrodku wychowawczym lub zakładzie poprawczym³⁴.

Matki, które weszły w konflikt z prawem, w wyniku czego sąd rodzinny i nieletnich zastosował wobec nich środek wychowawczy o charakterze izolacyjnym w postaci umieszczenia w młodzieżowym ośrodku wychowawczym bądź zakładzie poprawczym, nie mogą przebywać tam wraz z małoletnimi dziećmi. Dziewczęta te są więc w trudniejszej sytuacji niż nieletnie matki przebywające w placówkach opiekuńczo-wychowawczych, bądź wobec których zastosowano środki o charakterze nieizolacyjnym.

³³ P. Górecki, V. Konarska-Wrzosek, *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2019, s. 66.

³⁴ *Ibidem*, s. 67–68.

Jak wskazują R. Szczepanik i P. Dzieduszyński³⁵, fakt zajścia przez podopieczną w ciążę z perspektywy władz placówki, w której nieletnia przebywa, powoduje wiele problemów natury organizacyjnej, które pogłębia brak jednolitych procedur prawnych w zakresie postępowania z ciężarnymi nieletnimi. W porozumieniu z sądem możliwe są trzy strategie działań: praca nad rodziną zastępczą, współpraca z ośrodkami adopcyjnymi oraz umieszczenie nieletniej w innej instytucji. W literaturze wskazuje się, że właściwie od woli i stopnia zaangażowania pracowników ośrodka w dużej mierze zależy, czy w dalszej kolejności losy dziewczyny i jej dziecka są monitorowane, czy też sprawa zostaje uznana za „zamkniętą”³⁶. Rezultaty tak podejmowanych działań (w zależności od istniejących możliwości, wieku wychowanki i jej sytuacji rodzinnej) mogą być następujące: umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej, ulokowanie matki z dzieckiem w domu samotnej matki, „urlopowanie”, zwolnienie lekarskie na czas porodu i powrót do placówki resocjalizacyjnej, skierowanie dziecka do pogotowia opiekuńczego lub domu małego dziecka, zamieszkanie nastoletniej matki z niemowlęciem w domu małego dziecka, „sfinalizowanie” małżeństwa z ojcem dziecka, zmiana środka wychowawczego na nieizolacyjny bądź przeprowadzenie adopcji. R. Szczepanik i P. Dzieduszyński twierdzą, że częstym scenariuszem wydarzeń jest pozostawanie wychowanki w ośrodku resocjalizacyjnym do czasu porodu, później „urlopowanie” jej na czas porodu, a następnie powrót do placówki. W zależności od sytuacji dziecko nieletniej zostaje umieszczone w rodzinie zastępczej lub w placówce opiekuńczej bądź też oddane do adopcji³⁷.

Autorzy raportu dotyczącego prawnej, społecznej i wychowawczej sytuacji nieletnich ciężarnych i nieletnich matek przebywających w placówkach resocjalizacyjnych³⁸ twierdzą, że w praktyce wychowanki placówek resocjalizacyjnych rodzące dzieci jako nastolatki są narażone

35 R. Szczepanik, P. Dzieduszyński, *Przedwczesne macierzyństwo wychowanek placówek resocjalizacyjnych a ryzyko wykluczenia z systemu edukacji*, [w:] *Zapobieganie wykluczeniu z systemu edukacji dzieci i młodzieży nieprzystosowanej społecznie. Perspektywa pedagogiczna*, red. J.E. Kowalska, Łódź 2014, s. 73.

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*, s. 74.

38 *Sytuacja prawna, społeczna i wychowawcza nieletnich ciężarnych i nieletnich matek przebywających w placówkach resocjalizacyjnych. Raport...*, s. 8.

na oddzielenie od dziecka (przynajmniej do czasu osiągnięcia przez nie pełnoletniości), samotne macierzyństwo (bez pomocy i wsparcia), pobyty w domach samotnej matki (nieprzystosowanych do pracy z nieletnimi wymagającymi oddziaływań wychowawczych i resocjalizacyjnych), ograniczony dostęp do edukacji (brak pomocy przy zajęciu się dzieckiem, kiedy matka idzie do szkoły), a w konsekwencji trwałe wykluczenie z życia społecznego, kulturowego oraz rynku pracy.

Ciąża jest najważniejszym, często nawet jedynym argumentem przemawiającym za wyjściem z ośrodka. Jedyną szansą, by dziewczyna mogła zostać ze swoim dzieckiem, jest umieszczenie jej poza placówką. Mniejsze znaczenie ma z tej perspektywy to, czy wychowanka jest gotowa, by funkcjonować w społeczeństwie zgodnie z jego zasadami, kontynuować edukację i czy jest wystarczająco „uspołeczniona”. Nie jest również istotne, na jakim etapie procesu resocjalizacji aktualnie podopieczna się znajduje. Wychowanki najczęściej wracają więc do swojego dysfunkcyjnego środowiska domowego.

Niezwykle problematyczna jest sytuacja, gdy dziewczyna nie może wrócić do domu, a placówka nie może znaleźć dla niej żadnego ośrodka. Nieletnie matki, które decyzją sądu mają być umieszczone w młodzieżowym ośrodku wychowawczym lub zakładzie poprawczym, trafiają więc do placówek bez swoich dzieci. Warto w tym miejscu podkreślić, że negatywne skutki rozdzielenia matki z dzieckiem były wielokrotnie przedmiotem badań, a ich wyniki są zasadniczo zbieżne³⁹. Brak kontaktu z matką w tak niskim wieku dziecka może spowodować u niego chorobę sierocą i zaburzenia w późniejszym funkcjonowaniu społecznym⁴⁰.

W ocenie A. Sikory i M. Płatek⁴¹ nieprawidłowości, jakie mają miejsce w praktyce w sytuacji nieletnich matek przebywających w młodzieżowych

39 Szerzej badania różnych autorów przywołuje i opisuje: R. Sadzuga, *Macierzyństwo czynnikiem wspomagającym resocjalizację kobiet w zakładach karnych*, [w:] *Współczesne wyzwania dla systemów penitencjarnych na świecie*, M. Szwejkowska, K. Ryś (red.), Olsztyn 2016, s. 207–210.

40 Więcej na ten temat: E. Adamska, M. Wawrzyk, D. Owsianka, *Skazana matka w izolacji więziennej*, [w:] *Kobieta w więzieniu. Polski system penitencjarny wobec kobiet w latach 1998–2008*, red. I. Dybalska, Warszawa 2009, s. 244 i n.; J. Górńska, *Pozbawione wolności, ale nie prawa do miłości – problem matek odbywających karę pozbawienia wolności*, [w:] *Współczesne wyzwania...*, s. 216–217.

41 A. Sikora, M. Płatek, *Nieletnie macierzyństwo wychowanek...*, s. 4 i n.

ośrodkach wychowawczych lub zakładach poprawczych, są wynikiem braku dbałości o eliminację dyskryminacyjnych praktyk i przekonań dewaloryzujących młode kobiety oceniane jako zdemoralizowane. Nieletnie matki przebywające w placówkach resocjalizacyjnych są pozbawione możliwości pełnienia bieżącej pieczy nad dzieckiem, jednak problemem jest również w ogóle utrzymywanie kontaktów z dzieckiem. W szczególności wskazuje się tutaj na takie problemy, jak: odległe miejsce pobytu dziecka, brak środków materialnych na częste podróże, konieczność uzyskania przepustki (akceptacja sądu, brak dobrej woli ze strony kadry placówki, niewłaściwe zachowanie nieletniej w placówce itp.). Można zatem stwierdzić, że nieletnie dziewczęta – matki przebywające w placówkach typu resocjalizacyjnego – mają bardzo ograniczoną możliwość pełnienia obowiązków i wykonywania praw rodzicielskich.

W sytuacji nieletnich matek, które weszły w konflikt z prawem, największe szanse na bliski kontakt z córką czy synem będą miały te dziewczęta, których rodzina biologiczna jest w stanie wziąć na siebie trud opieki nad ich dziećmi. Jeżeli jednak wychowanka nie ma bliskich, którzy zaopiekują się jej dzieckiem, w czasie gdy ona będzie poddawana resocjalizacji w ośrodku, wówczas dziecko umieszczane jest w pogotowiu opiekuńczym, domu dziecka lub w zawodowej rodzinie zastępczej. Najbardziej dramatycznie rysuje się sytuacja tych dziewcząt, które nie mają nikogo bliskiego – wychowywały się w rodzinach zastępczych i domach dziecka, ich partner, ojciec dziecka jest nieletni lub nie przyjmuje na siebie odpowiedzialności za to, co się stało. Jeśli wówczas pojawia się skierowanie do placówki resocjalizacyjnej, najczęściej jedynym dopuszczalnym z prawnego punktu widzenia rozwiązaniem jest oddanie dziecka do adopcji⁴².

Wskazuje się, że żadne ze stosowanych rozwiązań nie jest dobre. Powrót wychowanki do środowiska często przekreśla całą dotychczasową pracę resocjalizacyjną. Często okazuje się, że po pewnym czasie nieletnie, które zostały urlopowane, a nawet zwolnione z placówek z powodu ciąży – do tych placówek wracają. Umieszczenie nieletniej wraz z dzieckiem w domu samotnej matki również nie wiąże się z kontynuowaniem oddziaływań resocjalizacyjnych. Placówki te zapewniają dach nad głową

42 *Ibidem*.

i ciepłe posiłki, ale nie zajmują się pracą z nieletnimi wymagającymi resocjalizacji. Są to miejsca nastawione głównie na udzielanie wsparcia dorosłym kobietom, które w wyniku różnych życiowych okoliczności straciły dom. Rozdzielanie nieletnich matek od dzieci, które spowodowane jest brakiem systemowych rozwiązań, jest krzywdzące dla obojwojga, a konsekwencje, jakie powoduje, są nieodwracalne⁴³.

Pozytywną inicjatywą ustawodawcy z perspektywy omawianej problematyki są rozwiązania normatywne wprowadzone nowelizacją ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej⁴⁴, która wprowadziła zasadę nierozdzielania małoletniej matki przebywającej w pieczy zastępczej od dziecka. Wcześniej dziecko było jej odbierane. Warto również zwrócić uwagę na art. 95 ust. 2 tego aktu prawnego, zgodnie z którym umieszczenie dziecka poniżej 10. roku życia w placówce opiekuńczo-wychowawczej typu socjalizacyjnego, interwencyjnego lub specjalistyczno-terapeutycznego jest możliwe w przypadku, gdy w danej placówce opiekuńczo-wychowawczej umieszczona jest matka lub ojciec tego dziecka oraz w innych wyjątkowych przypadkach, szczególnie gdy przemawia za tym stan zdrowia dziecka lub dotyczy to rodzeństwa.

Zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej w sprawie rodzajów i szczegółowych zasad działania placówek publicznych, warunków pobytu dzieci i młodzieży w tych placówkach oraz wysokości i zasad odpłatności wnoszonej przez rodziców za pobyt ich dzieci w tych placówkach⁴⁵ w statucie młodzieżowego ośrodka wychowawczego można wskazać szczególne obszary działalności ośrodka dotyczące rozwiązania określonych problemów wychowawczych wychowanek, w tym wychowanek będących nieletnimi matkami.

Niekorzystne dla małoletnich matek są jednak w dalszym ciągu rozwiązania Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, które nie przyznają im

43 A. Sikora, *Przełom w sprawie nieletnich matek z placówek resocjalizacyjnych*, „Resocjalizacja Polska” 2013, nr 5, s. 264–265.

44 Ustawa z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. z 2019 r., poz. 1111, 924).

45 Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 2 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów i szczegółowych zasad działania placówek publicznych, warunków pobytu dzieci i młodzieży w tych placówkach oraz wysokości i zasad odpłatności wnoszonej przez rodziców za pobyt ich dzieci w tych placówkach (Dz.U. z 2015 r., poz. 1872 ze zm.).

władzy rodzicielskiej, jeżeli nie zawrą związku małżeńskiego (art. 10 k.r.o.). Pełnoletniość, jak już wskazywano, uzyskuje się zgodnie z polskim ustawodawstwem w wieku 18 lat. Granica wiekowa, zgodnie z art. 200 k.k., zezwalająca na podjęcie współżycia wynosi w Polsce 15 lat. Nie jest to jednak wiek, jak zauważają A. Sikora i M. Płatek, wystarczający do tego, by samodzielnie decydować o antykoncepcji, ponieważ zgodnie z ustawą o zawodzie lekarza i lekarza dentysty lekarz nie ma prawa bez zgody opiekunów prawnych wypisać osobie poniżej 18. roku życia recepty na środki antykoncepcyjne⁴⁶.

Należy również zwrócić uwagę na art. 119 k.r.o., który pozwala pominąć zgodę takiej matki, by wbrew jej woli przeprowadzić adopcję dziecka. Intencja przepisu da się obronić – łatwo można sobie wyobrazić zagrożenie, jakie może stworzyć dziecku zdanie jego losu na osoby o ograniczonej zdolności do czynności prawnych, a więc częściowo ubezwłasnowolnione lub małoletnie. Równie łatwo jednak można sobie wyobrazić doprowadzenie do adopcji noworodka urodzonego przez małoletnią matkę, która nie ma oparcia, jest osamotniona czy też uwierzyła w tezę, że jej wartość jako matki przebywającej w zakładzie poprawczym bądź młodzieżowym ośrodku wychowawczym jest nikła, co w praktyce może generować sytuację, w której dojdzie do adopcji dziecka pomimo sprzeciwu matki, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych⁴⁷.

Zakończenie

Podsumowując, można stwierdzić, że w Polsce nadal brak jest rozwiązań systemowych, które wspierałyby nieletnie matki, szczególnie w sytuacji, gdy ze względu na problemy wychowawcze lub konflikt z prawem znajdują się w młodzieżowych ośrodkach wychowawczych lub sąd zastosował wobec nich środki wychowawcze o charakterze izolacyjnym. Celowe jest jednak wspomaganie nieletnich matek w trudnej sytuacji życiowej, ponieważ pozostawienie dziecka przy matce może korzystnie

⁴⁶ A. Sikora, M. Płatek, *Nieletnie macierzyństwo wychowanek...*, s. 4 i n.

⁴⁷ *Ibidem*.

wpłynąć na proces readaptacji społecznej nieletniej. Pozytywne konsekwencje takiej pomocy może odczuć również dziecko, które nie zostaje pozbawione więzi z biologiczną matką.

Warto podkreślić, że ustawodawca podejmuje próby niesienia pomocy finansowej osobom zagrożonym wykluczeniem społecznym, w tym nieletnim matkom, jednak pod warunkiem że w momencie uzyskania pomocy osiągną one już pełnoletniość. Specjalistyczną formą pomocy przysługującą więc nie tyle nieletnim matkom, ile wychowankom opuszczającym placówki resocjalizacyjne (już pełnoletnim) jest wsparcie procesu usamodzielnienia, wynikające z przepisów ustawy, prowadzone przez powiatowe centra pomocy rodzinie. Tak zwane usamodzielnienie przysługiwać będzie wychowankom (obu płci), którzy spędzili w placówce minimum 12 miesięcy i którzy opuszczają ją nie wcześniej niż w chwili ukończenia 18. roku życia. Zgodnie z art. 19 ustawy o pomocy społecznej udziela się pomocy osobom opuszczającym całodobowe placówki opiekuńczo-wychowawcze, rodziny zastępcze oraz zakłady poprawcze. Realizacja tych zadań należy do powiatów. Proces usamodzielnienia należy rozumieć jako reintegrację ze środowiskiem lokalnym (rodzinnym i rówieśniczym) oraz zdolność do podejmowania trafnych decyzji w zakresie podstawowych aspektów funkcjonowania, takich jak praca zawodowa, założenie rodziny, miejsce zamieszkania. Środkami, które mają prawidłowość usamodzielniania się, są przede wszystkim: pomoc finansowa na usamodzielnienie i zagospodarowanie, pomoc finansowa na kontynuację nauki oraz pomoc środowiskowa pracownika socjalnego powiatowego centrum pomocy rodzinie. Jednak w praktyce proces usamodzielniania się jest bardzo trudny. Byłym wychowankom brakuje często motywacji, a osoby, które po długim okresie izolacji wracają do życia w społeczeństwie, mają wysoko ustawioną poprzeczkę, jeśli chodzi o funkcjonowanie w warunkach wolnościowych. Chcąc kontynuować naukę, muszą nauczyć się samokontroli i ukształtować motywację do zdobycia wykształcenia. Szukając pracy, natrafiają na przeszkodę w postaci niechęci potencjalnych pracodawców do zatrudniania osób, które miały konflikty z prawem⁴⁸.

48 R. Kulma, *Współpraca zakładów poprawczych z innymi instytucjami w procesie usamodzielniania wychowanków*, [w:] *Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, red. A. Siemaszko, Warszawa 2011, s. 967 i n.

Warto zwrócić również uwagę na możliwość umieszczenia nieletniej matki z dzieckiem w tzw. domu samotnej matki⁴⁹. Zgodnie z aktualnym stanem prawnym nieletnia wychowanka placówki resocjalizacyjnej w ciąży może być skierowana do takiej placówki za zgodą sądu oraz jej opiekuna prawnego, w przypadku urodzenia dziecka, również za zgodą opiekuna prawnego dziecka. Sygnalizuje się jednak, że w praktyce umieszczenie nieletniej w tego typu placówce nie jest jednak proste. Liczba miejsc jest ograniczona, a ilość jej potrzeb – także w zakresie wsparcia w rolach macierzyńskich – jest duża. Tymczasem w przepisach dotyczących funkcjonowania i oferty tych placówek nie przewidziano oddziaływań, które odpowiadałyby potrzebom grupy, o której mowa⁵⁰.

Analizując sytuację nieletnich matek, należy zaakcentować pozytywną rolę w poprawianiu ich sytuacji prawnej i życiowej fundacji pozarządowych. Szczególną rolę odgrywają tu dwie fundacje. Fundacja „Po Drugie” A. Sikory prowadzi zaawansowane działania mające na celu stworzenie pierwszego w Polsce ośrodka rodzinnego dla nieletnich matek – dziewcząt z placówek resocjalizujących – i ich dzieci. Dzięki środkom uzyskanym z grantu, fundacja zrealizuje pilotażowy program umożliwiający tworzenie miejsca przeznaczonego dla sześciu nieletnich matek, w którym będą mogły funkcjonować, jak w normalnym domu. Będzie to mały ośrodek rodzinny, w którym dziewczęta wraz z dziećmi znajdą schronienie i wsparcie w macierzyństwie, a przede wszystkim nauczą się samodzielności i odpowiedzialności⁵¹. Drugą fundacją jest Fundacja na Rzecz Rozwoju Probacji „PROBARE” pod przewodnictwem A. Martuszevicza, która również podejmuje szereg inicjatyw na rzecz ograniczenia naruszania praw nieletnich w zakresie sprawowania osobistej pieczy nad własnymi dziećmi.

Na koniec warto podkreślić, że kwestia inicjowania i zacieśniania więzi pomiędzy matką a dzieckiem nie umknęła ustawodawcy w przypadku dorosłych matek umieszczanych w zakładach poprawczych bądź

49 Szerzej patrz: rozporządzenie Ministra Polityki Społecznej z 8 marca 2005 r. w sprawie domów dla matek z małoletnimi dziećmi i kobiet w ciąży, Dz.U. z 18 marca 2005 r., nr 43, poz. 418.

50 A. Sikora, M. Płatek, *Nieletnie macierzyństwo wychowanek...*, s. 19.

51 A. Sikora, *Walcząc o nieletnie matki*, <http://podrugie.pl/walczac-o-nieletnie-matki/>, dostęp: 5 lipca 2019.

aresztach śledczych⁵². Pamiętając, że zastosowanie wobec nieletnich, którzy weszli w konflikt z prawem, środków o charakterze izolacyjnym, w tym w postaci umieszczenia w zakładzie poprawczym, nie jest karą ani quasi-karą, warto jednak zwrócić uwagę na korzystne rozwiązania stosowane wobec dorosłych matek pozbawionych wolności.

Podstawą prawną regulującą przebywanie matki z dzieckiem w warunkach izolacji penitencjarnej jest art. 87 k.k.w.⁵³ Zgodnie z art. 87 § 4 k.k.w. „w celu umożliwienia matce pozbawionej wolności sprawowania stałej i bezpośredniej opieki nad dzieckiem organizuje się przy wskazanych zakładach karnych domy dla matki i dziecka, w których dziecko może przebywać na życzenie matki i do ukończenia trzeciego roku życia, chyba że względy wychowawcze lub zdrowotne, potwierdzone opinią lekarza albo psychologa, przemawiają za oddzieleniem dziecka od matki albo za przedłużeniem lub skróceniem tego okresu. Decyzje w tym zakresie wymagają zgody sądu opiekuńczego⁵⁴. Do umieszczenia małoletniego w domu matki i dziecka wymagana jest również zgoda ojca, jeżeli przysługuje mu władza rodzicielska. W przypadku braku takiej zgody lub istnienia przeszkód w drodze do uzyskania o umieszczeniu dziecka wraz z matką, zgodnie z treścią art. 97 § 2 k.r.o., decyduje sąd opiekuńczy. Dziecko, co do zasady, ma opuścić zakład karny do trzeciego roku życia, gdyż do tego wieku człowiek nie zapamiętuje swojej przeszłości⁵⁵. Ustawodawca nie przewidział możliwości udzielenia skazanej przerwy

52 Szerzej ich sytuację opisuje K. Sitnik, *Wykonywanie kary pozbawienia wolności wobec kobiet*, [w:] *Postępowanie z wybranymi grupami skazanych w polskim systemie penitencyjnym. Aspekty prawne*, red. A. Kwieciński, Warszawa 2013, s. 310 i n.

53 Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1997 r., nr 90, poz. 557 ze zm.).

54 Zgodnie z art. 569 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego (ustawa z 17 listopada 1964 r., Dz.U. z 1964 r., nr 43, poz. 296 ze zm.) sądem właściwym do orzekania jest sąd opiekuńczy miejsca zamieszkania osoby, której postępowanie ma dotyczyć, a w przypadku braku miejsca zamieszkania sąd opiekuńczy miejsca jej pobytu. Jeżeli brak jest i tej podstawy, właściwy jest sąd rejonowy dla miasta stołecznego Warszawy. W sytuacjach, które wymagają natychmiastowej reakcji sądu rodzinnego, zastosowanie ma norma art. 569 § 2 k.p.c. statuująca upoważnienie dla sądu opiekuńczego do wydawania w nagłych wypadkach zarządzenia nawet w przypadku do osób, które nie podlegają jego właściwości miejscowej, zawiadamiając o tym sąd opiekuńczy właściwy miejscowo.

55 K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 1, Warszawa 2012, s. 291.

w wykonywaniu kary pozbawienia wolności ze względu na konieczność sprawowania opieki nad małoletnim dzieckiem, jednak zgodnie z art. 153 § 2 k.k.w. ma ona prawo do starania się o udzielenie przerwy w wykonywaniu kary z ważnych powodów rodzinnych i osobistych, do których można zaliczyć również ciężę lub konieczność sprawowania opieki nad małoletnim dzieckiem⁵⁶. Zgodnie z art. 105a § 3 Kodeksu karnego wykonawczego umożliwiała się również matce dodatkowe widzenia z dzieckiem.

W Polsce istnieją dwie jednostki penitencjarne dla skazanych matek i ich dzieci. Są nimi Zakład Karny nr 1 w Grudziądzu⁵⁷ i Zakład Karny w Krzywańcu⁵⁸. Ten pierwszy charakteryzuje się tym, że znajduje się w nim również oddział położniczo-ginekologiczny oraz szkoła umożliwiająca skazanym naukę na poziomie podstawowym i zawodowym (dla 26 kobiet). Natomiast w Domu Matki i Dziecka w Zakładzie Karnym w Krzywańcu jest dostępnych 16 miejsc.

W piśmiennictwie podkreśla się, że zezwolenie na podjęcie opieki przez skazane matki nad swoimi dziećmi w domach matki i dziecka jest słusznym rozwiązaniem prawnym, gdyż często jedyną alternatywą dla dziecka byłoby umieszczenie go w domu dziecka, rodzinie zastępczej bądź przebywanie w środowisku marginesu społecznego⁵⁹. Natomiast warunki panujące w domach matki i dziecka przypominają te, które powinny panować w domach. Taka pomoc osadzonym matkom ma na celu zminimalizowanie negatywnych skutków ich prizonizacji i stworzenie warunków do jak najlepszego rozwoju u dziecka. Większość osadzonych to kobiety samotne, funkcjonujące w problemowych rodzinach, dotkniętych wykluczeniem, bezrobociem, nieudolne życiowo, niewykształcone i bez zawodu⁶⁰. Wiele z tych kobiet nie byłoby w stanie zapewnić swoim dzieciom na wolności takich warunków, jakie gwarantuje im państwo

56 K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 403.

57 Opis jednostki dostępny na stronie: *Zakład Karny Nr 1 w Grudziądzu*, <https://www.sw.gov.pl/jednostka/zaklad-karny-nr-1-w-grudziadzu>, dostęp: 1 maja 2019.

58 Opis jednostki dostępny na stronie: *Opis jednostki*, <https://www.sw.gov.pl/strona/opis-zaklad-karny-w-krzywancu>, dostęp: 1 maja 2019.

59 Patrz: S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2014, s. 289.

60 Szerzej: E. Piotrowski, *Postawy rodzicielskie skazanych matek oraz ich uwarunkowania*, [w:] *Resocjalizacja. Zagadnienia prawne, społeczne i metodyczne*, red. A. Jaworska, Kraków 2009, s. 202–203.

w domach matki i dziecka, pomagając im jednocześnie w zdobyciu wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, a tym samym zwiększając szansę na ich readaptację społeczną po opuszczeniu zakładu karnego.

Opisywane rozwiązanie ustawodawcze ma również swoich przeciwników. W literaturze zwraca się uwagę, że część kobiet traktuje, w sytuacji odbywania kary pozbawienia wolności, macierzyństwo w sposób instrumentalny, decydując się na dziecko tylko z tego względu, że znacznie poprawia ono warunki odbywania kary pozbawienia wolności przez matkę oraz zwiększa szansę na wcześniejsze opuszczenie zakładu karnego⁶¹. Nie można wykluczyć, że takie instrumentalne macierzyństwo miałyby miejsce również w wypadku matek małoletnich.

⁶¹ M. Marczak, K. Mirosław-Nawrocka, *Zakłady penitencjarne dla kobiet*, [w:] *Psychologia penitencjarna*, red. M. Ciosek, B. Pastwa-Wojciechowska, Warszawa 2016, s. 196.

Bibliografia

- Adamska A., Wawrzyk M., Owsianka D., *Skazana matka w izolacji więziennej*, [w:] *Kobieta w więzieniu. Polski system penitencjarny wobec kobiet w latach 1998–2008*, red. I. Dybalska, Warszawa 2009.
- Bidzan M., *Nastoletnie matki. Psychologiczne aspekty ciąży, porodu i położu*, Kraków 2007.
- Borysiak W., *Komentarz do art. 10*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014.
- Budrowska B., *Macierzyństwo jako punkt zwrotny w życiu kobiety*, Wrocław 2000.
- Bzdak H., *Nieletnie matki*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2017, nr 4.
- Dąbkiewicz K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Garlicki L., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. III, wyd. II, Wyd. Sejmowe 2016.
- Górecki P., Konarska-Wrzošek V., *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2019.
- Kempińska U., *Małżeństwa młodocianych. Cięża, ślub i co dalej...?*, Toruń 2012.
- Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014.
- Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 4, red. K. Piasecki, Warszawa 2009.
- Komorowska A., *Ciąża i poród*, [w:] *Ginekologia wieku rozwojowego*, red. M. Sikorska, Warszawa 1991.
- Kudrerek J., „Nieletni” czy „małoletni” meandry pojęć karnoprosesowych, „Policja” 2002, nr 1.
- Kulma R., *Współpraca zakładów poprawczych z innymi instytucjami w procesie usamodzielniania wychowanków*, [w:] *Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, red. A. Siemaszko, Warszawa 2011.
- Lelental S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2014.
- Marczak M., Mirosław-Nawrocka K., *Zakłady penitencjarne dla kobiet*, [w:] *Psychologia penitencjarna*, red. M. Ciosek, B. Pastwa-Wojciechowska, Warszawa 2016.
- Ogrodnik-Kalita A., *Matka, uczennica, dziecko: wybrane aspekty sytuacji prawnej małoletniej matki*, „Społeczeństwo i Rodzina” 2015, nr 45.

- Piotrów E., *Postawy rodzicielskie skazanych matek oraz ich uwarunkowania*, [w:] *Resocjalizacja. Zagadnienia prawne, społeczne i metodyczne*, red. A. Jaworska, Kraków 2009.
- Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2012.
- Sadżuga R., *Macierzyństwo czynnikiem wspomagającym resocjalizację kobiet w zakładach karnych*, [w:] *Współczesne wyzwania dla systemów penitencjarnych na świecie*, red. M. Szwejkowska, K. Ryś, Olsztyn 2016.
- Sikora A., *Przełom w sprawie nieletnich matek z placówek resocjalizacyjnych*, „Resocjalizacja Polska” 2013, nr 5.
- Sikora A., Płatek M., *Nieletnie macierzyństwo wychowanek ośrodków resocjalizacyjnych – między resocjalizacją a macierzyństwem – aspekty dyskryminacji ze względu na płeć*, Warszawa 2016.
- Sitnik K., *Wykonywanie kary pozbawienia wolności wobec kobiet*, [w:] *Postępowanie z wybranymi grupami skazanych w polskim systemie penitencjarnym. Aspekty prawne*, red. A. Kwieciński, Warszawa 2013.
- Skowrońska-Pućka A., *Wdrażanie małoletnich rodziców do odpowiedzialnego rodzicielstwa – z doświadczeń Domu Matki i Dziecka w Gnieźnie*, [w:] *Institucja rodziny wczoraj i dziś. Perspektywa interdyscyplinarna*, t. 2, *Społeczność i kultura*, red. J.K. Stępkowska, K.M. Stępkowska, Lublin 2012.
- Smyczyński T., *Przeszkoda wieku zawarcia małżeństwa*, [w:] *Rodzina w prawie*, red. M. Różański, J. Krzywkowska, Olsztyn 2013.
- Sorbian D., [w:] *Prawo o aktach stanu cywilnego z komentarzem. Przepisy wykonawcze i związkowe oraz wzory dokumentów*, red. A. Czajkowska, Warszawa 2015.
- Szczepanik R., *Zapobieganie konsekwencjom przedwczesnego macierzyństwa nieletnich dziewcząt jako wyzwanie dla resocjalizacji*, „Perspektywy Edukacyjno-Społeczne” 2014, nr 1.
- Szczepanik R., Dzieduszyński P., *Przedwczesne macierzyństwo wychowanek placówek resocjalizacyjnych a ryzyko wykluczenia z systemu edukacji*, [w:] *Zapobieganie wykluczeniu z systemu edukacji dzieci i młodzieży nieprzystosowanej społecznie. Perspektywa pedagogiczna*, red. J.E. Kowalska, Łódź 2014.
- Trybulska-Skoczelas E., *Władza rodzicielska*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. J. Wierciński, Warszawa 2014.
- Urbańska A., *Wpływ nowelizacji Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego z dnia 6.11.2008 r. na sytuację prawną małoletniej matki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Roczniki Prawnicze” 2010, nr 22.

- Włodarczyk E., *Nastoletnie macierzyństwo jako problem indywidualny i społeczny*, [w:] *Kapitał społeczny a nierówności – kumulacja i redystrybucja*, red. K. Marzec-Holka, Bydgoszcz 2009.
- A. Zielonacki, *Komentarz do art. 10*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013.

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z 2 listopada 2015 r. w sprawie rodzajów i szczegółowych zasad działania placówek publicznych, warunków pobytu dzieci i młodzieży w tych placówkach oraz wysokości i zasad odpłatności wnoszonej przez rodziców za pobyt ich dzieci w tych placówkach (Dz.U. z 2015 r., poz. 1872 ze zm.).
- Rozporządzenie Ministra Polityki Społecznej z 8 marca 2005 r. w sprawie domów dla matek z małoletnimi dziećmi i kobiet w ciąży (Dz.U. z 18 marca 2005 r., nr 43, poz. 418).
- Ustawa z 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 682).
- Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 1997 r., nr 90, poz. 557 ze zm.).
- Ustawa z 18 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 969).
- Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 459 ze zm.).
- Ustawa z 17 listopada 1964 – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 1964 r., nr 43, poz. 296 ze zm.).
- Ustawa z 28 listopada 2014 r. – Prawo o aktach stanu cywilnego (Dz.U. z 2018 r., poz. 2224).
- Ustawa z 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r., nr 17, poz. 78 ze zm.).
- Ustawa z 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. z 2019 r., poz. 1111, 924).

Bogusław Sołtys¹

Uniwersytet Wrocławski

ORCID ID: 0000-0002-8359-7732

DZIAŁALNOŚĆ PRAWNICZA W ŚWIECLE USTAWY Z DNIA 6 MARCA 2018 R. – PRAWO PRZEDSIĘBIORCÓW

ABSTRACT

Legal activity in the light of the Business Law Act of March 6, 2018

The current legal state governing the carrying out of legal activities in Poland is unsatisfactory, and the part in which it allows the overlapping of regulated and free legal activities is illegal and requires the intervention of the legislator. It violates a number of constitutional values, such as security of trade, legal assurance, equal treatment, market transparency and protection of market participants against malpractice. The practice of classifying multiple operations

¹ Radca prawny, dr hab. nauk prawnych w Zakładzie Prawa Gospodarczego i Handlowego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, stypendysta Fundacji na rzecz Nauki Polskiej. Prezes Sądu Arbitrażowego przy Dolnośląskiej Izbie Gospodarczej we Wrocławiu. Autor publikacji z zakresu prawa gospodarczego i handlowego, w tym artykułów i monografii poświęconych zagadnieniom przedsiębiorstwa, klienteli, oznaczeń odróżniających, arbitrażu oraz świadczenia usług prawniczych.

carried out merely on the basis of the principle of economic freedom meant as legal activities is also invalid. It is not infrequent because of motives related to an unfair competition as an effect of evoking an erroneous view of a legal activity. In relation to the significant expansion of access to the regulated legal professions and to the increase in prevalence of the regulated legal activity, it is essential either to completely eliminate the legal activity performed solely on the basis of the principle of economic freedom or to systematically separate the scope of free and regulated legal activity.

Keywords: legal economic activity, classification of the legal activity, free legal activity, regulated legal activity, regulation of the legal activity, Business Law Act, distinct law acts regulating legal economic activity

Słowa kluczowe: Prawnicza działalność gospodarcza, klasyfikacja działalności prawniczej, prawnicza działalność wolna, prawnicza działalność regulowana, reglamentacja działalności prawniczej, ustawa – Prawo przedsiębiorców, ustawy odrębne regulujące prawniczą działalność gospodarczą

Nie ulega wątpliwości, że działalność prawnicza, jeśli ma charakter zorganizowany, ciągły i zarobkowy oraz jest podejmowana lub wykonywana we własnym imieniu generalnie może być uznana za działalność gospodarczą w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców². Pomimo że ustawodawca zrezygnował z wyróżnienia poszczególnych typów działalności gospodarczej, tak jak miało to miejsce na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej³, pojęcie działalności gospodarczej zasadniczo nie zmieniło się i nadal obejmuje m.in. działalność usługową oraz zawodową⁴, w których mieści się działalność prawnicza (por. art. 3 *upp* oraz art. 2 *usdg*). Jedyne komornicy, z uwagi na całościowe powierzenie im wykonywania władzy publicznej, zostali wyłączeni z prowadzenia

2 Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1292), zwana dalej *upp*.

3 Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jedn. Dz.U. z 2017 r., poz. 2168), zwana dalej *usdg*.

4 Kwestię tę wyraźnie potwierdza uzasadnienie projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców z dnia 21 listopada 2017 r., druk sejmowy nr 2051, dostępny na www.sejm.gov.pl.

działalności gospodarczej (zob. art. 3 ust. 1 w zw. z art. 33 ust. 1 i 2 uks⁵). Znacznie trudniejsze jest natomiast ustalenie, czy w pozostałej mierze działalność prawnicza jest działalnością regulowaną, czy w jakimś oznaczonym zakresie wymaga zezwolenia, czy też może być prowadzona wyłącznie w oparciu o ustawowo unormowaną gwarancję wolności działalności gospodarczej (zob. art. 2 upp)⁶. Ustalenie to ma pierwszorzędne znaczenie dla prawidłowej regulacji rynku usług prawniczych. Jest też niezwykle istotne dla praktyki stosowania prawa, ponieważ działalność reglamentowana i wolna wykluczają się wzajemnie w tym sensie, że jedna i ta sama aktywność będąca działalnością gospodarczą nie może jednocześnie przynależać do obu tych kategorii pojęciowych. Pomimo bowiem, że co do zasady podejmowanie, wykonywanie, a także zakończenie działalności gospodarczej jest na równych prawach wolne dla każdego, to jednak, jeśli odrębne przepisy stanowią, że dany rodzaj działalności wymaga zezwolenia albo jest działalnością regulowaną, wówczas może ona być wykonywana tylko po wydaniu stosownej decyzji administracyjnej lub jedynie gdy przedsiębiorca spełnia warunki określone tymi przepisami i wyłącznie po uzyskaniu wpisu do właściwego rejestru działalności regulowanej (por. art. 2 oraz art. 41 i 43 ust. 1 upp). Wskazana prawidłowość znajduje uzasadnienie w Konstytucji RP⁷, która z jednej strony co do zasady gwarantuje wolność gospodarczą, z drugiej zaś strony w drodze wyjątku umożliwia jej ustawowe ograniczenie ze względu na ważny interes publiczny (zob. art. 20 i 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP)⁸.

5 Ustawa z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych (Dz.U. z 2018 r., poz. 771), zwana dalej uks.

6 Podobny problem istniał już na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, która wprowadziła do polskiego porządku prawnego pojęcie działalności regulowanej. Zob. np. K. Stoga, *Radca prawny jako przedsiębiorca*, [w:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, red. A. Bereza, Warszawa 2010, s. 92 oraz M. Pawełczyk, *Przedsiębiorca w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Radca Prawny” 2005, nr 6, s. 40.

7 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483), zwana dalej Konstytucją RP.

8 Por. K. Mełgieś, *Działalność regulowana jako forma reglamentacji wolności gospodarczej – uwagi konstrukcyjne*, t. VII, „Studia Gdańskie” 2010, s. 320 i n. oraz E. Przeszło, *Działalność regulowana jako forma reglamentacji działalności gospodarczej*, „Ius et Administratio” 2006, nr 1, s. 161 i n.

Działalność regulowana, a także wymagająca zezwolenia jest więc, obok działalności koncesjonowanej, formą reglamentacji działalności gospodarczej (zob. art. 37, 41 i 43 upp). Zgodnie z regułami logiki dopuszczalne jest kwalifikowanie określonej działalności równocześnie jako wolnej i jako reglamentowanej tylko w odniesieniu do jej typu czy rodzaju, a nie zindywidualizowanej, konkretnie oznaczonej (nazwanej) i zorganizowanej aktywności wykonywanej w celu zarobkowym we własnym imieniu i w sposób ciągły. Poszczególne typy (rodzaje) działalności gospodarczej może być zatem uznawany za formę reglamentacji zarówno w części, jak i w całości⁹. W konsekwencji będące przedmiotem dociekań ustalenie czy i ewentualnie, w jakim zakresie działalność prawnicza jest działalnością regulowaną lub wymagającą zezwolenia albo też jest działalnością wolną stawia konieczność przeanalizowania kilku zagadnień szczegółowych.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z Polską Klasyfikacją Działalności (PKD)¹⁰ działalność prawnicza, niezależnie czy prowadzona jest przez osoby fizyczne, czy osoby prawne lub jednostki organizacyjne wyposażone jedynie w zdolność prawną, przyporządkowana jest do sekcji „M”, dotyczącej działalności profesjonalnej, naukowej i technicznej wymagającej wiedzy specjalistycznej. Grupuje ona kilka z założeń rozłącznych działów, obejmujących między innymi podklasę działalności prawniczej (69.10.Z) oraz podklasę działalności rachunkowo-księgową i doradztwa podatkowego (69.20.Z). Odwołanie się do wymienionej w PKD nomenklatury oraz przypisanych do niej oznaczeń alfanumerycznych wydaje się być uzasadnione, ponieważ ich stosowania wymagają przepisy ustawowe normujące podejmowanie działalności gospodarczej oraz wpis przedsiębiorcy do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym (zob. 17 upp w zw. z art. 40 pkt 1 ukr¹¹)

9 Ustawa z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 283), zwana dalej udp. W całości reglamentacją została objęta działalność gospodarcza np. w zakresie doradztwa podatkowego. Zob. art. 2 ust. 2 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 283), zwanej dalej udp.

10 Zob. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD), Dz.U. z 2007 r., nr 251, poz. 1885, zwana dalej PKD.

11 Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1500).

lub do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (zob. 17 upp w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 8 ucedg¹²). W PKD działalność prawniczą określono za pomocą kryterium podmiotowo-przedmiotowego – oznaczając zarówno przedsiębiorcę, jak i wykonywane przez niego czynności – kryterium podmiotowego tworzącego swoiste domniemanie objęcia zakresem działalności prawniczej wszystkich czynności wykonywanych przez nominalnie wskazanego przedsiębiorcę, a także za pomocą kryterium przedmiotowego, które identyfikuje pewne charakterystyczne dla działalności prawniczej czynności niezależnie od tego, kto ich dokonuje.

Pierwszą metodę klasyfikowania zastosowano jedynie względem adwokatów i radców prawnych, drugą w stosunku do rzeczników patentowych, notariuszy, komorników, sędziów polubownych, mediatorów sądowych, a także radców prawnych, natomiast trzecią wobec każdego przedsiębiorcy świadczącego doradztwo prawne, ogólne konsultacje oraz przygotowywanie dokumentów prawnych, np. statutów, umów, testamentów, pełnomocnictw, a ponadto dokumentów związanych z patentami i prawami autorskimi. W obrębie charakteryzowanego działu kryterium przedmiotowym posłużono się również przy klasyfikowaniu działalności rachunkowo-księgowej oraz doradztwa podatkowego – podklasa (69.20.Z). W odróżnieniu jednak od doradztwa podatkowego podklasa działalności prawniczej (69.10.Z) została objęta reglamentacją tylko w części związanej z czynnościami adwokatów, radców prawnych, rzeczników patentowych, notariuszy i komorników. W przypadku komorników w związku z pozbawieniem ich możliwości prowadzenia działalności gospodarczej reglamentacja ich działalności zawodowej dotyczy wyłącznie wolności wyboru i wykonywania zawodu (zob. 33 ust. 1 uks w zw. z art. 65 ust. 1 i 31 ust. 3 Konstytucji RP). Na gruncie powołanych wyżej przepisów powstaje zatem pytanie, w jakim konkretnie zakresie działalność prawnicza ma charakter wolny i może ją prowadzić każdy przedsiębiorca niezależnie od podmiotowej kwalifikacji. W szczególności, czy zasada wolności gospodarczej rozciąga się tylko na czynności

12 Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1291).

niezastrzeżone do wyłącznej kompetencji wymienionych zawodów czy też zakresowo pokrywa się w jakiejś części z działalnością regulowaną lub wymagającą zezwolenia w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców?

W praktyce obrotu można nierzadko zaobserwować, że jedne i te same czynności będące przedmiotem prawniczej działalności gospodarczej wykonywane są zarówno przez przedsiębiorców korzystających w pełni z wolności gospodarczej, jak i prowadzących działalność reglamentowaną. Okoliczność ta może zaś wskazywać na przecinanie się zakresów działalności prawniczej podlegającej odmiennym i wykluczającym się reżimom prawnym. Taki stan rzeczy zdaje się też potwierdzać PKD, która obie odmiany działalności prawniczej systematyzuje w ramach jednej podklasy (69.10.Z). Problem istnienia części wspólnej pomiędzy działalnością wolną i reglamentowaną dotyczy jedynie czynności wyróżnionych w PKD wyłącznie na podstawie kryterium przedmiotowego. Jeśli chodzi bowiem o działalność gospodarczą sędziów polubownych i mediatorów sądowych, to choć może ona być wykonywana również przez przedsiębiorców prowadzących działalność reglamentowaną, w szczególności przez adwokatów, radców prawnych i rzeczników patentowych, to należy jej przypisać charakter wolny. Działalność ta nie wymaga bowiem zezwolenia ani posiadania ustawowo określonych kwalifikacji zawodowych, spełnienia przesłanek rękojmianych czy też innych szczególnych warunków¹³, co nie wyklucza możliwości formułowania wobec osób ją prowadzących pewnych minimalnych kryteriów wyboru (zob. np. art. 183² § 1–2 i 1170 k.p.c.), a nawet tworzenia przez instytucje prowadzące listy arbitrów i mediatorów sądowych kryteriów podwyższonych o charakterze umownym¹⁴ (por. art. 183² § 3 w zw. z 183⁹ § 1 oraz art. 1173 k.p.c.¹⁵). Działalności sędziów polubownych oraz mediatorów

13 Zob. np. R. Flejszar, *Arbiter – sędzia z wyboru*, „ADR Arbitraż i Mediacja” 2010, nr 4, s. 8 i n.; M. Aslanowicz, *Pozycja prawna arbitra w arbitrażu handlowym*, C.H. Beck 2019, s. 96 i n.; T. Strumiłło, *Skierowanie stron do mediacji przez sąd*, „ADR Arbitraż i Mediacja” 2010, nr 3, s. 134 oraz M. Myślińska, *Mediator w polskim porządku prawnym*, C.H. Beck 2018, s. 71 i n.

14 W odniesieniu do sędziów polubownych zob. np. A. Kąkolecki, *Kwalifikacje i wyłączanie sędziów sądu polubownego (arbitrów)*, „Radca Prawny” 2006, nr 4, s. 82 i n.

15 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1460), zwana dalej k.p.c.

sądowych nie ograniczają jednak żadne przepisy reglamentacyjne, nie ma tu zatem problemu krzyżowania się jej zakresu z inną prawniczą działalnością wolną. Nakładanie się na siebie zakresów poszczególnych działalności może zachodzić jedynie w obrębie danej podklasy PKD, natomiast zjawisko to nie występuje na poziomie sekcji, działów i wchodzących w ich skład różnych podklas. Nie ma więc możliwości uznawania za działalność prawniczą aktywności pokrewnych, które wchodzi w zakres innych jednostek klasyfikacyjnych. Systematyka PKD zakłada bowiem rozdzielną strukturę zbiorów. W efekcie nawet w przypadku częściowej zbieżności uprawnień zawodowych adwokatów i radców prawnych oraz doradców podatkowych (zob. art. 3 w zw. z art. 2 udp) działalności przez nich prowadzone zostały ujęte w oddzielnych podklasach (69.10.Z) i (69.20.Z). Adwokaci i radcowie prawni, pomimo że mają prawo wykonywania niektórych czynności doradztwa podatkowego, nie mogą posługiwać się tytułem zawodowym doradcy podatkowego bez wpisu na listę doradców podatkowych (zob. art. 6 w zw. z art. 9 i art. 20 ust. 2 udp). Wykonując zarobkowo czynności doradztwa podatkowego we własnym imieniu w sposób zorganizowany i ciągły prowadzą oni działalność prawniczą (69.10.Z). Adwokaci i radcowie prawni nie mając wpisu na listę doradców podatkowych, mogą jednak łączyć z działalnością prawniczą działalność w zakresie doradztwa podatkowego (69.20.Z), ponieważ w PKD jest ona klasyfikowana według kryterium przedmiotowego, a nie podmiotowego. W związku z unormowaniami PKD oraz konstytucyjną zasadą równego traktowania istotne zastrzeżenia budzą przepisy art. 4a ust. 2 upa¹⁶ oraz art. 8 ust. 2 urp¹⁷, które w odróżnieniu od indywidualnej działalności gospodarczej adwokatów i radców prawnych zabraniają jednostkom organizacyjnym z ich udziałem prowadzenia innej działalności niż prawnicza¹⁸. Adwokaci, radcowie prawni oraz rzecznicy patentowi,

16 Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1513), zwana dalej upa.

17 Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 2115), zwana dalej urp.

18 Na marginesie należy ponadto wskazać, że wymienione przepisy stanowią istotną przeszkodę rozwojową działalności wielodyscyplinarnej i naruszają również prawo unijne, tj. przede wszystkim dyrektywę 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącą usług na rynku wewnętrznym

a także jednostki organizacyjne będące formą wykonywania tych zawodów mogą jednak łączyć prowadzoną reglamentowaną działalność prawniczą z działalnością prawniczą wolną. Prawnica działalność reglamentowana wymienionych wyżej zawodów nie wyklucza prawniczej działalności wolnej, na podobnej zasadzie jak dozwolone jest stosowanie przepisów ogólnych w zakresie odmiennie nieunormowanym przepisami szczególnymi, natomiast możliwość dodatkowego prowadzenia przez te zawody innego rodzaju działalności wolnej generalnie uzależniona jest od jej zgodności z zasadami wykonywania prawniczej działalności reglamentowanej. Podejmowanie dodatkowej działalności, nie wyłączając działalności prawniczej, zostało ograniczone znacznie bardziej rygorystycznie w przypadku notariuszy i komorników z uwagi na publicznoprawny charakter tych zawodów (zob. art. 19 upn¹⁹ oraz art. 33 i 34 uks). Wskazana możliwość łączenia działalności nie oznacza jednak dopuszczalności prowadzenia prawniczej działalności reglamentowanej przez przedsiębiorców wykonujących działalność wolną. O tym, w jakiej mierze mogą oni korzystać z wolności gospodarczej *de iure* decyduje bowiem zakres reglamentacji działalności prawniczej. Wyznacza on szczególny reżim prawny prowadzenia działalności, który wyłącza stosowanie reżimu ogólnego opartego na zasadzie wolności gospodarczej²⁰.

O działalności gospodarczej wymagającej zezwolenia decydują przepisy odrębnych ustaw (zob. art. 41 upp). Natomiast pojęcie działalności regulowanej zostało normatywnie zdefiniowane w art. 43 ust. 1 upp za pomocą odesłania do odrębnych przepisów stanowiących, że dany rodzaj działalności może być wykonywany przez przedsiębiorcę tylko wówczas, gdy spełnia on warunki określone tymi przepisami i po uzyskaniu wpisu do właściwego rejestru działalności regulowanej. W odróżnieniu od działalności wolnej, którą co do zasady bezwarunkowo może

(Dz.Urz.U.E.L z 2006 r., nr 376, poz. 36), zwaną dyrektywą 2006/123/WE lub dyrektywą usługową. Zob. bliżej na ten temat B. Sołtys, *Bariery rozwoju osobowych spółek wielodyscyplinarnych z udziałem regulowanych zawodów prawniczych*, „Rejent” 2014, numer specjalny, s. 234 i n.

19 Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 540), zwana dalej upn.

20 A. Malarewicz-Jakubów, *Komentarz do art. 43 upp*, [w:] *Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz*, red. G. Kozieł, C.H. Beck 2019.

prować każdy przedsiębiorca, działalność reglamentowana wymaga od przedsiębiorcy spełnienia ustawowo unormowanych przesłanek zarówno merytorycznych, jak i formalnych, a niekiedy również wydania decyzji administracyjnej. Ograniczenie kręgu uprawnionych przedsiębiorców do wykonywania reglamentowanej działalności gospodarczej podyktowane jest realizacją ważnego interesu publicznego skonkretyzowanego w zależności od rodzaju działalności. Najczęściej chodzi o jedną z kategorii interesu publicznego wymienionego wprost w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, niemniej jednak może to być również każda inna postać ważnego interesu publicznego, którą da się zrekonstruować z przepisów Konstytucji RP, np. interes publiczny związany z zapewnieniem odpowiedniego poziomu świadczenia usług²¹ (por. art. 22 Konstytucji RP). W przypadku działalności prawniczej uzasadnieniem reglamentacji oprócz konieczności zagwarantowania należytej jakości usług są również względy dotyczące bezpieczeństwa obrotu (zwłaszcza w odniesieniu do notariuszy) oraz porządku publicznego (zwłaszcza w odniesieniu do komorników). Każda z ustaw regulujących wykonywanie kolejno zawodu adwokata, radcy prawnego, rzecznika patentowego, notariusza oraz komornika określa szczególne warunki, jakie musi spełnić podejmujący działalność prawniczą w zakresie wymienionych zawodów. Tytułem przykładu można wskazać, że od adwokatów i radców prawnych wymaga się nieskazitelnego charakteru i rękopmi prawidłowego wykonywania zawodu²², pełnej zdolności do czynności prawnych oraz pełni praw publicznych, ukończenia wyższych studiów prawnych w Rzeczypospolitej Polskiej i uzyskania tytułu magistra lub zagranicznych studiów prawnych uznanych w Rzeczypospolitej Polskiej, odbycia w Rzeczypospolitej Polskiej aplikacji adwokackiej lub radcowskiej i zdania egzaminu adwokackiego lub radcowskiego w przypadku braku

21 A. Borkowski, *Działalność gospodarcza regulowana (kilka uwag na tle reglamentacyjnej funkcji państwa)*, [w:] *25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej: tendencje rozwojowe*, red. J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska, Katowice 2013, s. 108.

22 Na temat pojęcia tych przesłanek na tle orzecznictwa sądowego zob. W. Bujko, *Zawód radcy prawnego i samorząd zawodowy radców w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, red. A. Bereza, Warszawa 2010, s. 225 i n.

zwolnienia z tego obowiązku, a także złożenia ślubowania i wpisu odpowiednio na listę adwokatów lub radców prawnych prowadzoną przez organy samorządu zawodowego (zob. art. 5 i 65 upa oraz art. 23 i 24 ust. 1 urp). Podobne warunki musi spełniać również rzecznik patentowy z tym, że wymaga się od niego ukończenia magisterskich studiów wyższych na kierunku, który jest przydatny do wykonywania tego zawodu (oprócz studiów prawniczych dotyczy to np. studiów technicznych), odbycia aplikacji rzecznikowskiej oraz zdania egzaminu kwalifikacyjnego (zob. art. 18 ust. 1 i art. 19 urzp²³). W związku ze statusem funkcjonariusza publicznego oraz wykonywaniem władzy publicznej, działalność notariuszy i komorników podlega jeszcze w wyższym stopniu ograniczeniom regulacyjnym niż ma to miejsce w przypadku adwokatów, radców prawnych i rzeczników patentowych i w odróżnieniu od niej wymaga nie tylko spełnienia określonych warunków, ale również uwarunkowana jest wydaniem decyzji administracyjnej (zob. art. 2 § 1 w zw. z art. 10, 11 i 12 upn oraz 2 ust. 1 i art. 3 ust. 1 w zw. z art. 11 i art. 12 uks).

Mimo oczywistej reglamentacji wykonywania zawodów adwokata, radcy prawnego, rzecznika patentowego, notariusza i komornika kwalifikowanie działalności wymienionych zawodów w świetle ustawy – Prawo przedsiębiorców potrzebuje wyjaśnienia oraz uzasadnienia. W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że na gruncie wymienionych przepisów jedynie działalność notariusza wymaga podjęcia decyzji administracyjnej (zob. art. 41 upp w zw. z art. 10 upn). Jeśli chodzi bowiem o komornika, to choć jego działalność zawodowa podlega reglamentacji i wymaga również decyzji administracyjnej, na skutek wyłączenia przewidzianego w art. 33 ust. 1 i 2 uks komornik nie jest przedsiębiorcą i nie może prowadzić działalności gospodarczej. W rezultacie obie wskazane okoliczności, mimo różnych powodów dotyczących notariuszy i komorników, wyłączają ich działalność zawodową z zakresu pojęcia regulowanej działalności gospodarczej w rozumieniu ustawy – Prawo przedsiębiorców. Znacznie bardziej skomplikowany w ocenie jest status działalności zawodowej adwokatów, radców prawnych i rzeczników patentowych. Zarówno przepisy wprowadzające ustawę – Prawo przedsiębiorców do

23 Ustawa z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 1861), zwana dalej urzp.

obowiązującego porządku prawnego²⁴, jak i przepisy wprowadzające poprzedzającą ją ustawę o swobodzie działalności gospodarczej²⁵ nie wymieniają bowiem żadnej prawniczej działalności gospodarczej wśród unormowań działalności regulowanej. Co więcej, nie wskazuje jej również piśmiennictwo²⁶ ani komentatorzy obu ustaw²⁷. Jednocześnie powszechnie uznaje się, że ustawowy katalog działalności regulowanej ma charakter rozproszony i otwarty. Wydaje się więc, że przyczyny pomijania w nim prawniczej działalności gospodarczej należy upatrywać w dyskusyjnym założeniu, że dana działalność gospodarcza może być kwalifikowana jako działalność regulowana wyłącznie w przypadku, gdy odrębne przepisy literalnie ją tak nazywają. Wprawdzie trzeba przyznać, że niektóre przepisy rzeczywiście wprost wskazują, że określony rodzaj działalności gospodarczej jest działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy – Prawo przedsiębiorców (np. prowadzenie kształcenia podyplomowego lekarzy²⁸ oraz pielęgniarek i położnych²⁹),

24 Zob. ustawę z dnia 6 marca 2018 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej (Dz.U. z 2018 r., poz. 650).

25 Zob. ustawę z dnia 2 lipca 2004 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2004 r., poz. 1808).

26 Zob. np. M. Karpiuk, *Zakres regulowanej działalności gospodarczej*, „Orzecznictwo Sądów w Sprawach Gospodarczych” 2009, nr 11, s. 74 i n.; K. Melgiesz, *Działalność regulowana...*, s. 325 i n.; M. Etel, *Regulowana działalność gospodarcza a zasada wolności gospodarczej*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 2, s. 41 i n.; M. Szydło, *Działalność gospodarcza regulowana*, „Prawo Spółek” 2005, nr 1, s. 41 i n. oraz *idem*, *Swoboda działalności gospodarczej*, C.H. Beck 2005, s. 278 i n.

27 Zob. np. G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, *Komentarz do art. 43 upp*, [w:] M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, C.H. Beck 2019; C. Kosikowski, *Komentarz do art. 64 usdg*, [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, LexisNexis 2013; M. Sieradzka, *Komentarz do art. 64 usdg*, [w:] M. Sieradzka, M. Zdyb, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Lex 2013; E. Przeszło, *Komentarz do art. 64 usdg*, [w:] S. Koroluk, M. Pawełczyk, E. Przeszło, K. Trzciniński, E. Wieczorek, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. A. Powałowski, ABC 2007; M. Kohutek, *Komentarz do art. 64 usdg*, [w:] M. Brożyna, M. Chudzik, M. Kohutek, J. Molis, S. Szuster, *Swoboda działalności gospodarczej. Komentarz*, Lex/el 2013.

28 Zob. art. 19a ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 537).

29 Zob. art. 75 ust. 2 ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 576).

jednak ani art. 43 ust. 1 upp, ani wcześniej obowiązujący art. 64 ust. 1 usdg nie formułują takiego wymagania. Przepisy odrębne mają jedynie stanowić dostateczną podstawę uznania danej działalności gospodarczej za działalność regulowaną, a ta może przecież wynikać z całokształtu unormowań dotyczących podejmowania, prowadzenia i zakończenia tej działalności³⁰. Skoro według tych przepisów przedsiębiorca może wykonywać daną działalność tylko, jeśli spełnia warunki w nich określone i po uzyskaniu wpisu do właściwego rejestru działalności regulowanej, to bez znaczenia jest, czy względem tej działalności użyto w przepisach stwierdzenia „działalność regulowana”. Należy zauważyć, że adwokaci, radcowie prawni oraz rzecznicy patentowi są prawniczymi zawodami regulowanymi, mimo że takiego sformułowania również nie używają przepisy normujące wykonywanie tych zawodów. Tą kategorią pojęciową posługuje się natomiast dyrektywa 2005/36/WE w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych³¹, uznając że są to zawody, których podejmowanie lub co najmniej jeden ze sposobów wykonywania

30 Na marginesie należy zauważyć, że podobny problem dotyczy klasyfikowania zawodów zaufania publicznego. Nie każda bowiem ustawa regulująca wykonywanie takiego zawodu zawiera sformułowanie stwierdzające, że jest on zawodem zaufania publicznego. Pojęcie to jest natomiast na ogół związane z tymi wszystkimi zawodami, które mają ustawowo uregulowany samorząd wyposażony w pewien zakres władztwa publicznego niezbędny dla zapewnienia prawidłowego wykonywania zawodu. Do kategorii zawodów zaufania publicznego prowadzących prawniczą działalność gospodarczą zalicza się więc: adwokatów, radców prawnych, rzeczników patentowych, doradców podatkowych, notariuszy i komorników, przy czym w stosunku do rzeczników patentowych taką kwalifikację przesądza wprost art. 1 ust. 2 urzp, natomiast status adwokatów, radców prawnych, doradców podatkowych oraz notariuszy i komorników jako zawodów zaufania publicznego potwierdziło orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego. Zob. zwłaszcza wyroki TK z dnia 26 listopada 2003 r., SK 22/02, ZU OTK 2003/9A/97; z dnia 18 lutego 2004 r., P 21/02, ZU OTK 2004/2A/9; z dnia 22 listopada 2004 r., SK 64/03, ZU OTK 2004/10A/107; z dnia 22 maja 2007 r., K 42/05, ZU OTK 2007/6A/49; z dnia 2 lipca 2007 r., K 41/05, ZU OTK 2007/7A/72; z dnia 1 grudnia 2009 r., K 4/08, ZU OTK 2009/A/11; z dnia 12 lutego 2013 r., K 6/12, ZU OTK 2013/2A/16 oraz wyrok SN z dnia 29 maja 2001 r., I CKN 1217/98, Dz.Urz. UOKiK 2001/2/67 i OSNC 2002/13.

31 Dyrektywa 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz.Urz.UE.L z 2005 r., nr 255, poz. 22 z późn. zm.).

jest bezpośrednio lub pośrednio uzależniony od uzyskania specjalnych kwalifikacji zawodowych i spełnienia innych warunków określonych w odrębnych przepisach o charakterze ustawowym, wykonawczym lub administracyjnym, w szczególności w odniesieniu do posługiwania się zastrzeżonym tytułem zawodowym (zob. art. 3 ust. 1a). Wymieniona dyrektywa, a także wdrażająca ją do polskiego porządku prawnego ustawa o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej³², wprawdzie wyłącza ze swego unormowania notariuszy i komorników jednak nie dlatego, że nie mieszczą się oni w zakresie pojęcia zawodów regulowanych, lecz z uwagi na sformułowany względem nich wymóg polskiego obywatelstwa, który wyklucza możliwość uznawania kwalifikacji zawodowych. W stosunku do notariuszy wymóg polskiego obywatelstwa został zresztą niedawno istotnie złagodzony w związku z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), który konsekwentnie kwestionuje dopuszczalność wyłączenia tego zawodu spod gwarancji traktatowych z powołaniem się na wykonywanie władzy publicznej przez notariuszy³³. Skoro więc na gruncie ustawy – Prawo przedsiębiorców wykonywanie prawniczych zawodów zaufania publicznego oraz prawniczych zawodów regulowanych w ramach działalności gospodarczej stanowi działalność reglamentowaną, to z zastrzeżeniem notariuszy, których działalność wymaga zezwolenia oraz komorników, którzy w ogóle nie prowadzą działalności gospodarczej nie ma innej możliwości klasyfikacji tej działalności niż działalność regulowana. Gospodarcza działalność zawodowa adwokatów, radców prawnych i rzeczników patentowych nie jest bowiem działalnością wolną ani koncesjonowaną lub wymagającą zezwolenia. Próby traktowania jej jako działalności regulowanej jednak w znaczeniu

32 Ustawa z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 2272).

33 Zob. np. wyrok TSUE z dnia 24 maja 2011 r., C-47/08, C-53/08, C-61/08, Lex nr 795062 dotyczący dostępu do zawodu notariuszy belgijskich, austriackich i greckich w oparciu o niedozwolony warunek przynależności państwowej oraz art. 6 pkt 3a ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów (Dz.U. z 2013 r., poz. 829), nowelizujący ustawę – Prawo o notariacie.

innym niż wynikające z ustawy – Prawo przedsiębiorców skazane są na niepowodzenie, ponieważ brak jest obecnie jakichkolwiek podstaw do wyłączenia tej działalności spod reżimu powyższej ustawy³⁴. Co więcej, przepisy odrębnych ustaw normujących wykonywanie zawodu przez adwokatów, radców prawnych i rzeczników patentowych poza określeniem warunków koniecznych do prowadzenia regulowanej działalności gospodarczej i kontroli ich spełniania, precyzują również tryb uzyskania wpisu na listę uprawnionych, tryb wykreślenia z listy oraz gwarantują jawność listy (zob. np. art. 36, 37, 49, 65, 72 upa, art. 22¹, 23, 24, 29, 52 ust. 4 urp oraz art. 19, 24, 25a, 43 ust. 1 pkt 5 urzp). Listy adwokatów, radców prawnych i rzeczników patentowych mają wprawdzie szerszy charakter, gdyż obejmują wszystkich uprawnionych do wykonywania danego zawodu, a nie tylko tych, którzy prowadzą działalność zawodową w formie działalności gospodarczej, niemniej jednak można przyjąć, że zawierają one w sobie rejestr działalności regulowanej. Warto również dodać, że art. 7 ust. 1 pkt 4 upp wymienia m.in. organ samorządu zawodowego jako organ właściwy w sprawach podejmowania, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej. Gdyby prawnicza działalność gospodarcza nie mogła być uznawana za działalność regulowaną przepis ten byłby zbędny, zwłaszcza w sytuacji, w której przepisy wprowadzające ustawę – Prawo przedsiębiorców w tej kategorii nie wymieniają żadnej działalności gospodarczej polegającej na wykonywaniu zawodów zaufania publicznego ani wykonywaniu żadnych innych zawodów regulowanych³⁵. Zawodową działalność gospodarczą adwokatów, radców prawnych, rzeczników patentowych należy zatem zakwalifikować do działalności regulowanej.

Zważywszy na reglamentacyjny charakter działalności zawodowej adwokatów, radców prawnych, rzeczników patentowych, a także notariuszy i komorników prawnicza działalność wolna może być prowadzona tylko w zakresie niekolidującym z nią. Działalność reglamentowana jest bowiem wyjątkiem od zasady wolności gospodarczej i choć nie można

34 Podstawa taka istniała do czasu wejścia w życie ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej w art. 76 i 87 ustawy z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. nr 101, poz. 1178).

35 Por. np. G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichočka, *Komentarz do art. 43 upp...*

interpretować jej zasięgu w sposób rozszerzający, to jednak wyłącza ona możliwość wykonywania wolnej działalności prawniczej w tej części, w jakiej zakresowo pokrywa się ona z działalnością reglamentowaną. Zgodnie z art. 60¹ § 1 kodeksu wykroczeń³⁶ prowadzenie działalności gospodarczej bez wpisu do rejestru działalności regulowanej lub bez wymaganego zezwolenia podlega karze ograniczenia wolności lub grzywny. Choć w praktyce wolna działalność prawnicza (nieregulowana) jest znacznie rozpowszechniona i szeroko ujmowana w różnych kanałach komunikacji z klientami, według PKD obejmuje jedynie działalność wyróżnioną w podklasie (69.10.Z) na podstawie kryterium przedmiotowego i dotyczy doradztwa prawnego, ogólnych konsultacji oraz przygotowywania różnych dokumentów prawnych. Tak określona może kolidować z reglamentowaną działalnością adwokatów, radców prawnych, rzeczników patentowych, a także notariuszy. Kolizja ta jest nieuchronna w przypadku działalności radców prawnych, rzeczników patentowych i notariuszy, ponieważ ich czynności zawodowe zostały wyróżnione w PKD w oparciu o kryterium podmiotowe, które zakłada wyłączność w stosunku do wszystkich czynności zawodowych wymienionych zawodów. *De facto* oznacza to, że wolna działalność prawnicza w całości może być uznana za działalność nielegalną. Nie ma bowiem żadnych powtarzalnych czynności, które mogłyby nie wchodzić w zakres reglamentowanej działalności wymienionych zawodów. Jedynie w przypadku działalności rzeczników patentowych, która została wyróżniona w PKD na podstawie kryterium podmiotowo-przedmiotowego w niektórych sytuacjach teoretycznie można by uniknąć kolizji z prawniczą działalnością wolną, np. w razie doradztwa w sprawach administracyjnych. Dyskutując kwestię rozdzielenia reglamentowanej działalności prawniczej od działalności prawniczej wolnej, należy mieć jednak na względzie, że reglamentacja na gruncie ustawy – Prawo przedsiębiorców ma miejsce tylko w odniesieniu do określonej działalności gospodarczej, a nie jedynie poszczególnych i sporadycznie wykonywanych czynności, które nie stanowią dostatecznego przejawu prowadzenia działalności gospodarczej lub nie są podejmowane w celu zarobkowym. Brak jest zatem dostatecznych podstaw do wyrażania uzasadnionej obawy, że

³⁶ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r., poz. 821), zwana dalej k.w.

reglamentacja prawniczej działalności gospodarczej prowadzi nieuchronnie do monopolizacji usług oraz nieakceptowalnego społecznie ograniczenia ich dostępności. Nie można przy tym również pomijać, że reglamentacja jest pojęciem związanym z ustawowym ograniczeniem konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności, a więc nie tylko dotyczącym wolności gospodarczej. W konsekwencji, w razie, gdy wymaga tego interes publiczny określony w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, różne osoby mogą zostać uprawnione do czynności wchodzących w zakres wykonywania prawniczych zawodów zaufania publicznego, jednak wobec istniejącej podstawy prawnej dokonywania czynności, w takiej sytuacji nie można mówić o naruszeniu prawa. Poza tym wydaje się, że część realnie spotykanej na rynku wolnej działalności prawniczej jest wadliwie klasyfikowana, co prowadzi do wprowadzenia klientów w błąd, nierzadko nawet w efekcie rozmyślnego działania. Tytułem przykładu można wskazać na art. 87 § 1 k.p.c., zgodnie z którym pełnomocnikiem procesowym może być osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony oraz osoba pozostająca ze stroną w stałym stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. Przede wszystkim należy stwierdzić, że dopuszczenie osób niewykonywających zawodów prawniczych czy nieprowadzących prawniczej działalności regulowanej nawet do stałego wykonywania czynności procesowych w imieniu i na rzecz reprezentowanych podmiotów wcale nie musi wiązać się z działalnością prawniczą, lecz np. z działalnością klasyfikowaną w PKD jako pośrednictwo w obrocie nieruchomościami (68.31.Z), zarządzanie nieruchomościami (68.32.Z), doradztwo w zakresie zarządzania lub inne doradztwo (74.90.Z), przygotowywanie dokumentów i pozostała specjalistyczna działalność wspomagająca prowadzenie biura (82.19.Z), pozostała działalność wspomagająca prowadzenie działalności gospodarczej, gdzie indziej niesklasyfikowana, działalność świadczona przez agencje inkasa (89.91.Z) czy działalność organizacji profesjonalnych (94.12.Z).

W przeszłości pewnym istotnym przyzwoleniem na rozwój prawniczej działalności gospodarczej prowadzonej wyłącznie w oparciu o zasadę wolności gospodarczej był wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 listopada 2003 r.³⁷ kwestionujący uchylony art. 59 § 1 k.w., który przewidywał sankcje karne za wykonywanie czynności zawodowych bez wymaganych

³⁷ Wyrok TK z dnia 26 listopada 2003 r., SK 22/02, ZU OTK 2003/9/97.

uprawnień lub z przekroczeniem ich zakresu. W powyższym wyroku Trybunał Konstytucyjny nie dopatrywał się wprawdzie niezgodności powołanego przepisu z gwarancjami wynikającymi z art. 2, 22 i 65 ust. 1 Konstytucji RP, ale stwierdził, że art. 59 § 1 k.w. rozumiany w sposób umożliwiający stosowanie sankcji karnych wobec osób z wyższym wykształceniem prawniczym świadczących usługi pomocy prawnej, lecz niespełniających wymagań przewidzianych dla wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego jest niezgodny z art. 42 Konstytucji RP, ponieważ nie zachowuje on wymaganej precyzji określenia znamion czynu zagrożonego karą. Pomijając kwestię dyskusyjności tego zakresowego rozstrzygnięcia, o której świadczą między innymi rozbieżne opinie uczestników postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, należy wskazać, że oczekiwanie, aby od strony przedmiotowej czynności zawodowe tworzyły zawsze katalog zamknięty jest nadmierne i nieproporcjonalne, w szczególności ze względu na ochronę zasady swobody umów. Z kolei sprowadzenie czynności zawodowych jedynie do ich niewielkiego zakresu objętego tzw. przymusem korzystania z usług nie tylko nie znajduje żadnych podstaw prawnych, ale nie ma też systemowego ani aksjologicznego uzasadnienia. Odpowiedzialność, różne ograniczenia i powinności zawodowe, a także obowiązek ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej adresowane są bowiem do wszystkich, bez wyjątku, czynności wykonywanych w ramach danego zawodu, a nie tylko zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji poszczególnych zawodów. Tolerowanie więc prowadzenia jednakowej działalności prawniczej przez przedsiębiorców podlegających istotnie rozbieżnym reżimom prawnym, prowadzi nie tylko do naruszenia konstytucyjnej zasady równego traktowania, ale również do nieuczciwej konkurencji. Niezależnie jednak od kwestii postrzegania zakresu czynności zawodowych wydaje się, że dezaktualizacji uległ zarzut podniesiony w wyżej powołanym orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego dotyczący braku przepisu, normującego odrębnie od sankcji zakaz wykonywania czynności zawodowych przez podmioty nieuprawnione. Obecnie taki zakaz wynika bowiem z treści art. 43 ust. 1 *u.p.p.*, który *a contrario* stanowi, że przedsiębiorca nie może wykonywać działalności regulowanej bez spełnienia określonych warunków kwalifikacyjnych oraz bez uzyskania wpisu do właściwego rejestru działalności regulowanej. Późniejsze orzecznictwo Trybunału

Konstytucyjnego trafnie zaś podkreśla, że na gruncie wartości konstytucyjnych nie ma istotnych ani racjonalnych argumentów przemawiających za jednoczesnym ustawowym poddaniem tej samej kategorii usług rygorystycznym wymogom zawodów zaufania publicznego i wyłączeniem ich w stosunku do osób nielegitymujących się specjalistycznymi kwalifikacjami, a często nawet niemających wykształcenia prawniczego³⁸.

Podsumowując, należy stwierdzić, że aktualny stan prawny normujący prowadzenie działalności prawniczej jest niezadawalający, a w części, w jakiej dopuszcza krzyżowanie się zakresów prawniczej działalności regulowanej i wolnej jest nielegalny i wymaga interwencji ustawodawcy. Narusza bowiem szereg wartości konstytucyjnych, takich jak np. bezpieczeństwo obrotu, pewność prawa, równe traktowanie, przejrzystość rynku czy ochrona jego uczestników przed nieuczciwymi praktykami. Wadliwe jest też kwalifikowanie wielu rodzajów działalności podejmowanej jedynie w oparciu o zasadę wolności gospodarczej jako działalności prawniczej. Dzieje się tak nierzadko z pobudek związanych z nieuczciwą konkurencją w efekcie wywoływania mylnego wyobrażenia o prowadzeniu działalności prawniczej. W związku ze znacznym rozszerzeniem dostępu do wykonywania prawniczych zawodów regulowanych, a co za tym idzie do zwiększenia powszechności prowadzenia regulowanej działalności gospodarczej, konieczne jest podjęcie działań zmierzających albo do całkowitego wyeliminowania działalności prawniczej prowadzonej wyłącznie w oparciu o zasadę wolności gospodarczej, albo do systemowego rozdzielania zakresów prawniczej działalności wolnej i regulowanej.

38 Zob. wyroki TK z dnia 19 kwietnia 2006 r., K 6/06, ZU OTK 2006/4A/45; z dnia 8 listopada 2006 r., K 30/06, ZU OTK 2006/10A/149; z dnia 26 listopada 2003 r., SK 22/02, ZU OTK 2003/9/97 oraz z dnia 21 maja 2002 r., K 30/1, ZU OTK 2002/3A/32.

Bibliografia

- Aslanowicz M., *Pozycja prawna arbitra w arbitrażu handlowym*, C.H. Beck 2019.
- Borkowski A., *Działalność gospodarcza regulowana (kilka uwag na tle reglamentacyjnej funkcji państwa)*, [w:] *25 lat fundamentów wolności działalności gospodarczej: tendencje rozwojowe*, red. J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska, Katowice 2013.
- Bujko W., *Zawód radcy prawnego i samorząd zawodowy radców w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, red. A. Bereza, Warszawa 2010.
- Etel M., *Regulowana działalność gospodarcza a zasada wolności gospodarczej*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 2.
- Flejszar R., *Arbiter – sędzia z wyboru*, „ADR Arbitraż i Mediacja” 2010, nr 4.
- Karpiuk M., *Zakres regulowanej działalności gospodarczej*, „Orzecznictwo Sądów w Sprawach Gospodarczych” 2009, nr 11.
- Kąkolecki A., *Kwalifikacje i wyłączanie sędziów sądu polubownego (arbitrów)*, „Radca Prawny” 2006, nr 4.
- Kohutek M., *Komentarz do art. 64 usdg*, [w:] M. Brożyna, M. Chudzik, M. Kohutek, J. Molis, S. Szuster, *Swoboda działalności gospodarczej. Komentarz*, Lex/el 2013.
- Kosikowski C., *Komentarz do art. 64 usdg*, [w:] *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, LexisNexis 2013.
- Lubeńczuk G., Wołoszyn-Cichočka A., *Komentarz do art. 43 upp*, [w:] M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichočka, *Prawo przedsiębiorców. Komentarz*, C.H. Beck 2019.
- Melgieś K., *Działalność regulowana jako forma reglamentacji wolności gospodarczej – uwagi konstrukcyjne*, t. VII, „Studia Gdańskie” 2010.
- Malarewicz-Jakubów A., *Komentarz do art. 43 upp*, [w:] *Prawo przedsiębiorców. Przepisy wprowadzające do Konstytucji Biznesu. Komentarz*, red. G. Kozieł, C.H. Beck 2019.
- Myślińska M., *Mediator w polskim porządku prawnym*, C.H. Beck 2018.
- Pawelczyk M., *Przedsiębiorca w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, „Radca Prawny” 2005, nr 6.
- Przeszło E., *Działalność regulowana jako forma reglamentacji działalności gospodarczej*, „Ius et Administratio” 2006, nr 1.

- Przeszło E., *Komentarz do art. 64 usdg*, [w:] S. Koroluk, M. Pawelczyk, E. Przeszło, K. Trzciniński, E. Wieczorek, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, red. A. Powałowski, ABC 2007.
- Sieradzka M., *Komentarz do art. 64 usdg*, [w:] M. Sieradzka, M. Zdyb, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Lex 2013.
- Sołtys B., *Bariery rozwoju osobowych spółek wielodyscyplinarnych z udziałem regulowanych zawodów prawniczych*, „Rejent” 2014, numer specjalny.
- Stoga K., *Radca prawny jako przedsiębiorca*, [w:] *Zawód radcy prawnego. Historia zawodu i zasady jego wykonywania*, red. A. Bereza, Warszawa 2010.
- Strumiłło T., *Skierowanie stron do mediacji przez sąd*, „ADR Arbitraż i Mediacja” 2010, nr 3.
- Szydło M., *Działalność gospodarcza regulowana*, „Prawo Spółek” 2005, nr 1.
- Szydło M., *Swoboda działalności gospodarczej*, C.H. Beck 2005.

Marcin Kazimierczuk¹

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski

ORCID ID: 0000-0002-0295-5113

LIMITACJA KONSTITUCYJNYCH PRAW CZŁOWIEKA PODCZAS STANU WYJĄTKOWEGO

ABSTRACT

Limitation of constitutional human rights during a state of emergency

From a legal point of view, the essence of any extraordinary emergency, including a state of emergency, depends on the fact that it is introduced in a situation of an exceptional emergency when normal, ordinary legal means and institutions of the system prove to be insufficient and civil liberties and rights must be suspended or restricted for a specific period of time, and the competences of the constitutional authorities must be altered by a substantial and extraordinary increase in the powers of the executive. As it can be seen from the analysis of limitations of individual freedoms and rights presented in the article, the legislator provides for an extremely restrictive model of a regime of state of emergency in the exercising of constitutionally guaranteed freedoms and human and civil rights.

¹ Doktor nauk prawnych, nauczyciel akademicki pracujący na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie. Autor kilkunastu publikacji naukowych o tematyce prawniczej i politologicznej.

Keywords: state of emergency, state, freedoms and human rights, restrictions
Słowa kluczowe: stan wyjątkowy, państwo, wolności i prawa człowieka, ograniczenia

Wprowadzenie

Problematyka stanów nadzwyczajnych należy do sfery wewnętrznej działalności państwa, w związku z czym przepisy regulujące kwestie wprowadzania i obowiązywania stanów nadzwyczajnych nie obejmują stanu wojny, należącego do sfery stosunków zewnętrznych². Regulacje konstytucyjne w sprawie stanów nadzwyczajnych mają zatem za cel zapewnienie skutecznego funkcjonowania państwa w warunkach kryzysowych w sferze wewnętrznej i doprowadzenie do jak najszybszej restytucji stanu normalnego³. Z prawnego punktu widzenia, istota każdego stanu nadzwyczajnego, w tym również stanu wyjątkowego, polega na tym, że wprowadza się go w sytuacji szczególnego zagrożenia, kiedy normalne, zwykłe środki prawne i instytucje ustrojowe okażą się niewystarczające i trzeba zawiesić lub ograniczyć na pewien czas wolności i prawa obywatelskie oraz zmienić kompetencje konstytucyjnych organów władzy przez istotne i nadzwyczajne zwiększenie uprawnień władzy wykonawczej (głowy państwa i rządu)⁴. Właśnie tej kwestii autor chce

2 W myśl przyjętych w ustawie zasadniczej rozwiązań stan wojenny ma towarzyszyć, o ile jest to konieczne, stanowi wojny w prawie wewnętrznym, zaś stan wojny ma się odnosić wyłącznie do stosunków międzynarodowych. Taka regulacja jest zgodna z rozumieniem stanu wojny jako zjawiska z dziedziny prawa międzynarodowego i stanu wojennego jako kategorii prawa wewnętrznego. Zob. K. Prokop, *Stan wojny a stan wojenny w Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 3, s. 24; W.J. Wołpiuk, *Państwo wobec szczególnych zagrożeń*, Warszawa 2002, s. 74; J. Stembrowicz, *Z problematyki stanu nadzwyczajnego w prawie konstytucyjnym*, „Więź” 1998, nr 11–12.

3 Zob. S. Gebethner, *Stany szczególnego zagrożenia jako instytucja prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 1982, nr 8.

4 Por. Z. Witkowski, A. Cieszyński, *Instytucje stanów nadzwyczajnych w porządku prawnym Federacji Rosyjskiej (na tle genezy konstytucji z 1993 r. i w świetle ustawodawstwa okresu 2001–2002)*, [w:] L. Garlicki, A. Szmyt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Warszawa 2003, s. 324.

poświęcić swoje rozważania dotyczące instytucji stanu wyjątkowego w polskim prawodawstwie.

Geneza instytucji stanów nadzwyczajnych

Genezy instytucji stanów nadzwyczajnych doszukiwać się należy jeszcze w okresie starożytnego Rzymu, kiedy to powoływano dyktatora na czas szczególnego zagrożenia republiki. Natomiast prekursor, dojrzewającego w XVII wieku, kierunku nazywanego liberalizmem politycznym⁵ John Locke pisał, iż w przypadku zagrożenia państwa obowiązujące prawa mogą okazać się niewystarczające, a nawet szkodliwe dla podjęcia skutecznych działań przeciwdziałających katastrofie. W takiej sytuacji Locke przewidywał specjalne uprawnienia, oparte na prerogatywie Korony do działania według swego uznania dla dobra publicznego, bez konieczności powoływania się na przepis prawa, a nawet wbrew niemu⁶. Pogląd taki wydaje się nie przystawać do ogólnej zasady autora *Dwóch traktatów o rządzie*, iż „rządzi prawo, a nie jednostki”. Locke wyjaśnia to, przywołując argument, według którego prawo jest w istocie swej niezdolne do zrealizowania w pełni dobra ogólnego podczas zaistnienia zagrożenia państwa, a więc musi ustąpić władzy wykonawczej.

Również we Francji doby oświecenia istniały poglądy dostrzegające małą elastyczność prawa, a w konsekwencji trudności w stosowaniu go w sytuacjach kryzysowych. Jan Jakub Rousseau twierdził, że: „Nieugiętość ustaw, nie dająca się naginać do wypadków, może w pewnych razach uczynić je zgubnymi i sprowadzić upadek państwa w chwili krytycznej (...). Jeżeli niebezpieczeństwo jest takie, że aparat ustaw utrudnia uniknięcie go, wówczas mianuje się najwyższego naczelnika, który zmusza wszystkie ustawy do milczenia i zawieszają na chwilę władzę zwierzchnią”⁷.

5 Zob. A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 2002, s. 198–202.

6 J. Locke, *Dwa traktaty o rządzie*, Warszawa 1992, s. 204.

7 J.J. Rousseau, *Umowa społeczna*, Łódź 1948, s. 109.

Doktryna niemiecka, począwszy od pierwszej połowy XIX wieku, próbowała oprzeć się na znanej z innych gałęzi prawa teorii konieczności⁸. Argumentacja takich przedstawicieli niemieckiej teorii konieczności, jak Ihering czy Jellinek, opierała się na trzech założeniach: 1. państwo tworzy prawo; 2. poddaje się jego regułom we własnym interesie; 3. jeżeli interes państwa byłby zagrożony na skutek przestrzegania prawa, podporządkowanie temu prawu nie może mieć miejsca.

Pomimo występujących w doktrynie odmienności w traktowaniu podstaw korzystania z pełnomocnictw nadzwyczajnych, wspólne wydaje się założenie, iż owe pełnomocnictwa powinny przysługiwać organowi wykonawczemu. Opanowanie kryzysu wewnętrznego czy zorganizowanie obrony przed nagłym atakiem może być skuteczne tylko w przypadku podjęcia szybkich, zdecydowanych działań, z zachowaniem scentralizowanego trybu podejmowania decyzji.

W Polsce tradycje regulacji stanów nadzwyczajnych sięgają czasów dwudziestolecia międzywojennego i wydania przez Tymczasowego Naczelnika Państwa w dniu 2 stycznia 1919 r. dekretu o wprowadzeniu stanu wyjątkowego⁹. Konstytucje z 1921 r.¹⁰ i 1935 r.¹¹ regulowały już instytucje stanu wojennego i wyjątkowego podobnie, jak mała konstytucja z 1947 r.¹² Ustawa zasadnicza z 1952 r.¹³ regulowała tylko stan wojenny, jednak w sposób niejako łączący oba te stany, i dopiero nowelą z 1983 r. wprowadzono pojęcie stanu wyjątkowego. Kolejna mała konstytucja z 1992 r.¹⁴ zawierała pojęcia stanów wojennego i wyjątkowego.

⁸ Zob. K. Działocha, *Dekret z mocą ustawy w państwie burżuazyjnym*, Wrocław 1964, s. 94–102.

⁹ L. Mażewski, *Bezpieczeństwo publiczne. Stany nadzwyczajne w Rzeczypospolitej Polskiej oraz Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej 1918–2009*, Toruń 2010, s. 28.

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 marca 1921 r. – Konstytucja Marcowa (Dz.U. z 1921 r., nr 44, poz. 267).

¹¹ Ustawa konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. – Konstytucja Kwietniowa (Dz.U. z 1935 r., nr 30, poz. 227).

¹² Ustawa Konstytucyjna z dnia 19 lutego 1947 r. o ustroju i zakresie działania najwyższych organów Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1947 r., nr 18, poz. 71).

¹³ Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 22 lipca 1952 r. (Dz.U. nr 33, poz. 232 z późn. zm.).

¹⁴ Ustawa konstytucyjna o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym z dnia 17 października 1992 r. (Nr 84, poz. 426, *Mała Konstytucja*).

Zasady ogólne stanów nadzwyczajnych

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku¹⁵ różni trzy postacie stanów nadzwyczajnych. Są to: stan wojenny, stan wyjątkowy oraz stan klęski żywiołowej (art. 228 ust. 1). Każdy z nich został uregulowany w artykułach rozdziału XI. Przedmiotem regulacji tego rozdziału Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku jest w szczególności:

- » określenie warunków stanowiących podstawę wprowadzania poszczególnych stanów nadzwyczajnych i form prawnych ustanawiania i obowiązywania stanu nadzwyczajnego;
- » określenie zakresu szczególnych uprawnień władz publicznych w związku z wprowadzeniem i obowiązywaniem stanu nadzwyczajnego i wskazanie organów korzystających z tych uprawnień;
- » określenie środków (zwłaszcza środków kontroli parlamentarnej) zapewniających zgodność przebiegu stanów nadzwyczajnych z zasadami konstytucyjnymi obowiązującymi w tej sprawie i środków zapobiegających możliwości wykorzystywania stanów nadzwyczajnych do celów niezgodnych z Konstytucją;
- » określenie dopuszczalnych i niezbędnych ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela;
- » ustanowienie zasady wyrównywania strat majątkowych wynikających z ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela w czasie trwania stanów nadzwyczajnych.

Ustęp 1 art. 228 definiuje warunki uzasadniające możliwość wprowadzenia odpowiedniego stanu nadzwyczajnego. Przepis ten stanowi, że w sytuacjach szczególnych zagrożeń, jeżeli zwykłe środki konstytucyjne są niewystarczające, może zostać wprowadzony odpowiedni stan nadzwyczajny, tzn. stan wojenny, stan wyjątkowy, stan klęski żywiołowej. Postanowienie o wprowadzeniu stanu nadzwyczajnego ma zatem charakter fakultatywny zarówno odnośnie do konieczności wprowadzenia takiego stanu, jak i wyboru odpowiedniego stanu. Katalog stanów nadzwyczajnych ma charakter zamknięty, co oznacza, że w Polsce z mocy Konstytucji niedopuszczalne jest wprowadzanie innych stanów nadzwyczajnych niż ustalone w ust. 1 art. 228.

¹⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483).

Litera prawa określa dodatkowo, jaki jest tryb wprowadzania stanów nadzwyczajnych. Stan taki może być wprowadzony tylko na podstawie ustawy, w formie rozporządzenia, które oprócz tego, że jak każdy akt prawny tego rodzaju podlega ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw¹⁶, to jeszcze podlega dodatkowemu podaniu do publicznej wiadomości¹⁷. Nakaz dodatkowego podania do publicznej wiadomości oznacza konieczność ogłoszenia tego rozporządzenia w inny sposób np. w środkach masowego przekazu lub w formie zwyczajowo przyjętej¹⁸.

Ustęp 3 art. 228 ustanawia zasadę wyłączności ustawy jako aktu właściwego w sprawie regulacji podstawowych kwestii stanów nadzwyczajnych. Zgodnie z tą zasadą, tylko ustawą mogą być regulowane podstawy działania organów władzy publicznej oraz ograniczenia w zakresie wolności i praw człowieka i obywatela w czasie trwania poszczególnych stanów nadzwyczajnych. Konstytucja określa ramy, w jakich mogą nastąpić ograniczenia praw i wolności jednostki, ale czyni to odrębnie w stosunku do poszczególnych typów stanu nadzwyczajnego. Straty majątkowe poniesione w czasie obowiązywania stanu nadzwyczajnego, a wynikające z ograniczenia praw i wolności jednostki powinny zostać wyrównane przez państwo. Stosowanie wymienionej zasady ma charakter fakultatywny, gdyż uzależnione jest od uchwalenia odpowiedniej ustawy określającej podstawy, zakres i tryb wyrównywania strat majątkowych, która to ustawa urzeczywistniałaby ów przepis konstytucyjny. Konstytucja nie nakłada na parlament obowiązku uchwalenia ustawy regulującej kwestie wyrównywania strat majątkowych i pozostawia decyzję w tej sprawie woli władzy ustawodawczej¹⁹.

Artykuł 228 w dalszej swojej części ustanawia dwie zasady odnoszące się do działań przewidzianych w wyniku wprowadzenia stanu nadzwyczajnego.

16 Art. 9 ust. 2 pkt 6 Ustawy z 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. nr 62, poz. 718).

17 Konstytucja nie wymienia formy ogłoszenia, która może być zależna od miejscowych warunków i zwyczajów.

18 L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2019, s. 458–459.

19 Uszczegółowieniem zapisów art. 228 ust. 4 Konstytucji RP jest Ustawa z dnia 22 listopada 2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela (Dz.U. z 2002 r., nr 233, poz. 1955). Ustawa określa podstawy, zakres i tryb wyrównywania strat majątkowych, powstałych w następstwie ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu nadzwyczajnego: stanu wojennego, stanu wyjątkowego lub stanu klęski żywiołowej.

Pierwsza z nich zobowiązuje organy państwa do podejmowania działań adekwatnych do stopnia zagrożenia. Druga natomiast wyznacza cel działań, którym jest jak najszybsze przywrócenie normalnego funkcjonowania państwa. Przepis nie zawiera skonkretyzowanej regulacji prawnej, wyznacza natomiast kierunek i określa ramy przyszłych działań organów władzy wykonawczej, które są odpowiedzialne za realizację ustaw o stanach nadzwyczajnych – w czasie ich trwania.

Zasada ochrony podstaw systemu prawnego jest myślą przewodnią ust. 6²⁰. Oznacza ona, że w okresie stanu nadzwyczajnego nie można zmieniać, a tym bardziej uchylać na nowo ustaw regulujących pewne szczególnie delikatne materie, takich jak Konstytucja, ustawy wyborcze (ordynacje wyborcze do Sejmu, Senatu i organów samorządu terytorialnego, ustawa o wyborze Prezydenta RP) oraz ustawy o stanach nadzwyczajnych.

Jedną z ważnych ustrojowych konsekwencji stanu nadzwyczajnego (ust. 7 art. 228) jest zakaz zarządzania skrócenia kadencji Sejmu. Co więcej, kadencja Sejmu i Senatu nie może w tym okresie ulec zakończeniu, czyli podlega wówczas obowiązkowemu przedłużeniu. Wynika to stąd, że w okresie 90 dni od zakończenia stanu nadzwyczajnego nie mogą być przeprowadzane referendum ogólnokrajowe oraz wybory parlamentarne, prezydenckie i samorządowe. Konstytucja dopuszcza organizowanie wyborów samorządowych tylko na obszarach, na których nie był wprowadzony stan nadzwyczajny.

Zasady funkcjonowania państwa podczas stanu wyjątkowego

Jedną z postaci stanów nadzwyczajnych, jaką przewidział ustrojodawca w Konstytucji RP z 1997 roku jest stan wyjątkowy (art. 230). Związany jest on z zagrożeniami:

- » konstytucyjnego ustroju państwa,
- » bezpieczeństwa obywateli,
- » porządku publicznego.

²⁰ Zob. A. Cieszyński, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji z 1997 r.*, [w:] *Wejście w życie nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Witkowski, Toruń 1998.

Do przesłanek stanu wyjątkowego należy z reguły fakt zbiorowego zakłócenia porządku publicznego zagrażającego zdrowiu i życiu obywateli oraz porządkowi konstytucyjnemu państwa. Wprowadzenie stanu wyjątkowego może wystąpić jedynie w przypadku rzeczywistego zaistnienia, a nie spodziewanego wystąpienia wymienionych wyżej zagrożeń. Konstytucja nie uznaje konieczności jednoczesnego wystąpienia tych zagrożeń jako warunku uzasadniającego wprowadzenie stanu wyjątkowego. Wymienienie w sposób fakultatywny trzech rodzajów zagrożeń na początku ust. 1 art. 230 Konstytucji RP wskazuje, że wprowadzenie stanu wyjątkowego może wystąpić zarówno w przypadku zbiegu trzech wymienionych zagrożeń, jak również wystąpienia dwóch albo jednego z nich²¹.

Stan wyjątkowy uprzednio łączono ze stanem klęski żywiołowej, ze względu na charakter zagrożonych dóbr. Różni je jednak przyczyna powstałego zagrożenia. W pierwszym wypadku zagrożenie pochodzi ze strony określonych grup obywateli, w drugim zaś przyczyna tkwi poza człowiekiem i związana jest najczęściej z siłami przyrody, kataklizmami czy katastrofami, przy braku jakiegokolwiek wroga zewnętrznego czy wewnętrznego. Przesłankę stanu klęski żywiołowej stanowi:

- » zapobieganie skutkom katastrof naturalnych i likwidacji ich następstw,
- » zapobieganie skutkom awarii technicznych, noszących znamiona klęsk żywiołowych²².

Do wprowadzenia stanu wyjątkowego uprawniony jest Prezydent RP, działający na wniosek Rady Ministrów. Podstawą decyzji o wprowadzeniu stanu wyjątkowego jest zatem zgodne stwierdzenie, powzięte przez Prezydenta RP i Radę Ministrów, istnienia zagrożenia wewnętrznego państwa. Może być on wprowadzony na całym terytorium państwa lub na jego części i na czas oznaczony, nie dłuższy niż 90 dni (art. 230 ust. 1). Przedłużenie stanu wyjątkowego może nastąpić tylko raz, za zgodą Sejmu i na czas nie dłuższy niż 60 dni (art. 230 ust. 2 Konstytucji RP). Działania organów upoważnionych do wprowadzenia stanu wyjątkowego (Rada Ministrów, która występuje z wnioskiem czy Prezydent, który zarządza,

²¹ Zob. L. Garlicki, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1997.

²² P. Winczorek, *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 348; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2003, s. 435.

wydając rozporządzenie) znajdują się pod kontrolą Sejmu i to od początku jego obowiązywania. Konstytucja RP zobowiązuje Prezydenta do przedłożenia Sejmowi w ciągu 48 godzin od podpisania aktu prawnego, rozporządzenia o wprowadzeniu stanu wyjątkowego. Rozporządzenie to Sejm jest zobowiązany rozpatrzyć niezwłocznie. Izba niższa parlamentu może tylko zaakceptować rozporządzenie albo je uchylić. Konstytucja RP nie przewiduje innego trybu kończącego rozpatrywania rozporządzenia. Akceptacja wiąże się z przyjęciem treści aktu wykonawczego do wiadomości i nie wymaga podjęcia w tej sprawie decyzji, wyrażonej w skonkretyzowanej formie. Sejm może również uchylić rozporządzenie, do czego potrzebne jest uzyskanie bezwzględnej większości głosów podczas obecności, co najmniej połowy ustawowej liczby posłów²³. W artyku 231 nie została przewidziana konkretna forma decyzji, właściwa w sprawie uchylenia rozporządzenia Prezydenta RP. Również Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (Uchwała Sejmu RP z dnia 30 lipca 1992 r. z późn. zm.) nie określa rodzaju aktu Sejmu służącego do uchylenia wymienionego rozporządzenia. Skutkiem uchylenia takiego aktu jest zniesienie ograniczeń w zakresie wolności i praw człowieka i obywatela oraz powrót do normalnych zasad funkcjonowania władz publicznych (art. 231)²⁴.

Uściślenie przepisów konstytucyjnych w zakresie funkcjonowania aparatu państwowego i sytuacji prawnej obywatela nastąpiło w ustawie z dnia 21 czerwca 2002 roku o stanie wyjątkowym²⁵. W razie zagrożenia konstytucyjnego ustroju państwa, bezpieczeństwa obywateli lub porządku publicznego, spowodowanego np. działaniami terrorystycznymi, Rada Ministrów może podjąć uchwałę o skierowaniu do Prezydenta RP wniosku o wprowadzenie stanu wyjątkowego – stanowi ustawa z 21 czerwca 2002 roku o stanie wyjątkowym. Wymaga przy tym, by zagrożenie było „szczególne”, a usunięcie go było niemożliwe przy użyciu zwykłych środków.

Prezydent RP niezwłocznie rozpatruje wniosek, a następnie wydaje rozporządzenie o wprowadzeniu stanu wyjątkowego na czas oznaczony lub odmawia jego wydania. Jeśli wyrazi zgodę – rozporządzenie

23 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1098–1099.

24 W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 305–306.

25 Dz.U. z 2002 r., nr 113, poz. 985.

przedstawia Sejmowi w ciągu 48 godzin od jego podpisania. Ustawa nakazuje, by w rozporządzeniu Prezydent RP określił przyczyny wprowadzenia stanu wyjątkowego, czas trwania i obszar, jakiego dotyczy, oraz wymienił przewidywane ograniczenia wolności i praw człowieka i obywatela.

Przywrócenie konstytucyjnego ustroju państwa, bezpieczeństwa obywateli lub porządku publicznego należy do kompetencji Prezesa Rady Ministrów wtedy, gdy stan wyjątkowy wprowadzony został na obszarze większym niż jedno województwo. Natomiast wtedy, gdy objął on województwo lub jego część, właściwym w tym względzie organem administracji publicznej jest wojewoda. Ich rola polega też na koordynacji i kontroli funkcjonowania administracji rządowej i samorządowej.

Prezes Rady Ministrów, na wniosek właściwego wojewody, może zawiesić działalność organów samorządu terytorialnego „niewykazujących dostatecznej skuteczności w wykonywaniu zadań publicznych lub w realizacji działań wynikających z przepisów o wprowadzeniu stanu wyjątkowego”. Ich obowiązki przejmuje wówczas komisarz rządowy, powoływany i odwoływany na wniosek wojewody przez Prezesa Rady Ministrów.

W celu przywrócenia normalnego funkcjonowania państwa mogą być użyte oddziały i pododdziały Sił Zbrojnych. Ustawa stawia tu jednak warunek: najpierw trzeba wyczerpać wszystkie inne siły i środki. Decyzję o użyciu Sił Zbrojnych wydaje Prezydent RP na wniosek Prezesa Rady Ministrów, wtedy tylko, gdy nie koliduje to z wypełnieniem konstytucyjnych zadań Sił Zbrojnych. Żołnierzom wyznaczonym do tych oddziałów i pododdziałów przysługują wówczas, w zakresie niezbędnym do wykonywania ich zadań, uprawnienia policjantów określone w art. 15–17 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji²⁶.

Ograniczenia wolności i praw człowieka

W kwestii ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw człowieka można wyróżnić dwa rodzaje rozwiązań o różnym stopniu intensywności. Po pierwsze, rozwiązania z art. 31 ust. 3 Konstytucji,

²⁶ Ustawa o Policji z dnia 21 czerwca 1990 r. (tekst jednolity: Dz.U. z 2007 r., nr 43, poz. 277 z późn. zm.).

właściwe dla sytuacji, w której dla bezpieczeństwa państwa, porządku publicznego oraz ochrony środowiska, zdrowia, moralności publicznej albo wolności i praw innych osób konieczne jest wprowadzenie ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych wolności i praw²⁷; po drugie – stany nadzwyczajne²⁸. W pierwszym przypadku przyjęte rozwiązanie wydaje się być zaadresowane do zwykłych instytucji i regulacji ustawowych ograniczających konstytucyjne wolności i prawa np. instytucje reagowania kryzysowego²⁹. W drugim przypadku, zgodnie z treścią art. 228 ust. 1 Konstytucji, stany nadzwyczajne, w tym stan wyjątkowy, zostały przewidziane na wypadek szczególnych zagrożeń, w których zwykle środki konstytucyjne są niewystarczające. Właśnie ograniczeniom praw człowieka podczas stanu wyjątkowego poświęcone będą dalsze rozważania³⁰.

Z konstytucyjnej zasady legalizmu wynika, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, że aktywność organów państwowych i innych związków publiczno-prawnych, którym państwo przekazało część swojej władzy jest zdeterminowana prawnie. Inaczej mówiąc, podejmują one tylko takie działania, do których dyspozycja normy prawnej je upoważnia; *a contrario* obywatelom i innym podmiotom prawa wolno czynić wszystko, czego prawo nie zakazuje. Sfera wolnych zachowań ludzi nie ma jednak charakteru bezwarunkowego. Nierzadko ustrojodawca musi rozstrzygać o sprzecznościach interesów jednostek, ich praw oraz o konfliktach różnych wartości. Tym samym wyznaczyć musi granice korzystania z prawnie uznanych przez siebie wolności³¹. Granice korzystania z praw i wolności, nie mających

27 Zob. L. Garlicki, *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 10; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2004, s. 468.

28 M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007, s. 166.

29 *Ibidem*, s. 167.

30 S. Steinborn, A. Sakowicz, *Stany nadzwyczajne*, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz do art. 87–243*, t. 2, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1040.

31 Istnieją jednak prawa i wolności, które nie mogą być w żaden sposób ograniczone tj. wolności i prawa absolutne np. prawo do życia, wolność od tortur, wolność od nie-ludzkiego traktowania lub karania. Zob. art. 38–40 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku.

charakteru absolutnego, wyznaczone zostały w Konstytucji RP. Mają one postać klauzul limitacyjnych oraz klauzuli derogacyjnej³².

Jednym z zasadniczych skutków wprowadzenia stanu nadzwyczajnego jest zawsze ograniczenie sfery wolności i praw jednostki. Z uwagi na jej znaczenie dla każdego człowieka i obywatela, Konstytucja RP w art. 233 nie pozostawia organom władz publicznych swobody w określaniu, jakie prawa i wolności mogą podlegać ograniczeniom³³. Odsyłając do szczegółowych określeń w ustawach dotyczących poszczególnych stanów nadzwyczajnych, ustrojodawca enumeratywnie wyliczył te z nich, które nie mogą być derogowane przez ustawę o stanie wyjątkowym. Należą do nich: godność człowieka (art. 30), ochrona życia (art. 38), humanitarne traktowanie (art. 39, 40 i 41 ust. 4), ponoszenie odpowiedzialności karnej (art. 42), dostęp do sądu (art. 45), dobra osobiste (art. 47), sumienie i religia (art. 53), petycje (art. 63) oraz rodzina i dziecko (art. 48 i 72). Zakaz ustanawiania ograniczeń obejmuje katalog 14 artykułów konstytucji dotyczących podstawowych wolności i praw z ochroną życia na czele³⁴. Ponadto istnieje dodatkowy zakaz dyskryminacji jednostki z powodu rasy, płci, języka, wyznania, pochodzenia społecznego, urodzenia i majątku. Przewidziana została także zasada wyrównywania strat majątkowych wynikających z ograniczenia wolności i praw jednostki w czasie obowiązywania stanu nadzwyczajnego (art. 228 ust. 4)³⁵.

32 Zob. T. Jasudowicz, *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1996, s. 31–33; *idem*, *Studium substancjalnych przesłanek dopuszczalności środków derogacyjnych*, [w:] *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych*, red. T. Jasudowicz, Toruń 1997, s. 45 i in.; K. Wojtyśzek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.

33 Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku stanowi: „ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”. Zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2003, s. 434; L. Wiśniewski, *Stany nadzwyczajne w projekcie nowej Konstytucji RP*, [w:] *Prawa...*, red. T. Jasudowicz, s. 156–157.

34 Zob. W.J. Wołpiuk, *Państwo wobec szczególnych zagrożeń*, Warszawa 2002, s. 102–105.

35 Zob. Ustawa z dnia 22 listopada 2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela (Dz.U. z 2002 r., nr 233, poz. 1955).

Istota wszystkich stanów nadzwyczajnych, w tym także i stanu wyjątkowego, polega nie tylko na odmiennym funkcjonowaniu państwa, lecz także na ograniczeniu wolności i praw człowieka i obywatela³⁶. Ustala to rozporządzenie wprowadzające stan wyjątkowy. Ustawa o stanie wyjątkowym precyzuje natomiast, jakie ograniczenia są dopuszczalne. Zgodnie z art. 15 ustawy o stanie wyjątkowym na obszarze, na którym został wprowadzony stan wyjątkowy, ograniczeniom wolności i praw człowieka i obywatela podlegają wszystkie osoby fizyczne zamieszkałe lub przebywające tam chociażby czasowo. Ograniczenia te stosuje się odpowiednio wobec osób prawnych i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, mających siedzibę lub prowadzących działalność na obszarze objętym stanem wyjątkowym³⁷.

Ustawodawca przewiduje podczas obowiązywania stanu wyjątkowego możliwość ograniczenia wolności poruszania się po terytorium RP przez ustanowienie nakazu lub zakazu przebywania lub opuszczania w ustalonym czasie oznaczonych miejsc, obiektów i obszarów, konieczność uzyskania zezwolenia organów administracji publicznej na zmianę miejsca pobytu stałego i czasowego oraz zgłoszenia w ustalonym terminie organom ewidencji ludności lub Policji przybycia do określonej miejscowości. Można wprowadzić ograniczenia w organizowaniu transportu drogowego, kolejowego i lotniczego oraz w ruchu jednostek pływających na morskich wodach wewnętrznych i na morzu terytorialnym, a także na śródlądowych drogach wodnych. Ponadto na obszarze obowiązywania stanu wyjątkowego na osobę, która ukończyła 18 lat, przebywającą w miejscu publicznym może być nałożony obowiązek posiadania przy sobie dowodu osobistego lub innego dokumentu stwierdzającego tożsamość, a na osobę uczącą się, która nie ukończyła 18 lat – legitymacji szkolnej³⁸.

36 K. Prokop, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Białystok 2005, s. 123.

37 Rodzaje ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela powinny odpowiadać charakterowi oraz intensywności zagrożeń stanowiących przyczynę wprowadzenia stanu wyjątkowego, a także zapewniać skuteczne przywrócenie normalnego funkcjonowania państwa.

38 Zob. K. Prokop, *Stan wyjątkowy*, [w:] M. Czuryk, K. Dunaj, M. Karpiuk, K. Prokop, *Bezpieczeństwo państwa. Zagadnienia prawne i administracyjne*, red. K. Prokop, Olsztyn 2016, s. 209.

Ważne znaczenie w czasie trwania stanu wyjątkowego ma ograniczenie nietykalności (wolności) osobistej. Polega ono przede wszystkim na ustanowieniu, w art. 17 ustawy o stanie wyjątkowym, instytucji odosobnienia³⁹. Jej istota sprowadza się do czasowego pozbawienia wolności nie na mocy prawomocnego orzeczenia sądowego, lecz decyzji organu administracji publicznej. Odosobnieniu podlega osoba mająca ukończone 18 lat, w stosunku do której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że pozostając na wolności będzie prowadziła działalność zagrażającą konstytucyjnemu ustrojowi państwa, bezpieczeństwu obywateli lub porządkowi publicznemu albo, gdy odosobnienie jest niezbędne dla zapobieżenia popełnienia czynu karalnego lub uniemożliwienia ucieczki po jego popełnieniu⁴⁰. Odosobniona może być również osoba, która ukończyła 17 lat, jeżeli przeprowadzona uprzednio z nią rozmowa ostrzegawcza okazała się nieskuteczna. Odosobnienie następuje na podstawie decyzji wojewody właściwego ze względu na miejsce pobytu stałego lub czasowego osoby odosobnionej i jest wykonywane przez właściwego komendanta wojewódzkiego Policji, w drodze zatrzymania tej osoby i przymusowego doprowadzenia do ośrodka odosobnienia podległego Ministrowi Sprawiedliwości. Wojewoda wszczyna postępowanie w sprawach odosobnienia na wniosek właściwych organów prokuratury, Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej lub Służby Kontrwywiadu Wojskowego. Decyzję w sprawie odosobnienia doręcza się osobie odosobnionej niezwłocznie, nie później niż w ciągu 48 godzin od chwili jej wydania. Decyzję tę uchyla się niezwłocznie, jeżeli ustaną przyczyny uzasadniające odosobnienie.

W czasie odosobnienia nie może być rozwiązany stosunek pracy, chyba że przed odosobnieniem zaistniały, z winy osoby poddanej tej instytucji, okoliczności uzasadniające rozwiązanie stosunku pracy bez wypowiedzenia. Termin do wniesienia środków prawnych przeciwko rozwiązaniu stosunku pracy liczy się w tych przypadkach od dnia zakończenia odosobnienia. Do pobytu osób w ośrodkach odosobnienia

39 T. Bryk, *Przegląd regulacji stanów nadzwyczajnych w przepisach Konstytucji RP*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, nr 1, s. 230.

40 R. Giętkowski, *Odosobnienie w czasie stanu wyjątkowego*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 12, s. 39.

stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu karnego wykonawczego dotyczące praw i obowiązków tymczasowo aresztowanych, wykonywania tymczasowego aresztowania oraz nadzoru penitencjarnego.

W czasie stanu wyjątkowego może zostać ustanowiona cenzura prewencyjna środków społecznego przekazu, obejmująca materiały prasowe w rozumieniu ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe⁴¹. Cenzura prewencyjna nie obejmuje należących do kościołów i innych związków wyznaniowych środków społecznego przekazu, stanowiących źródła informacji na temat religii i służących wypełnianiu funkcji religijnych.

Przedmiotem kontroli, stanowiącym jednocześnie ograniczenie tajemnicy korespondencji, może stać się sprawdzanie zawartości przesyłek, listów, paczek i przekazów przekazywanych w ramach usług pocztowych o charakterze powszechnym lub usług kurierskich⁴². Ponadto kontrola może objąć treści korespondencji telekomunikacyjnej i rozmów telefonicznych lub sygnałów przesyłanych w sieciach telekomunikacyjnych. Funkcję organów cenzury i kontroli pełnią właściwi wojewodowie, którzy mogą nakazać organom administracji publicznej działającym na obszarze województwa wykonywanie czynności technicznych, niezbędnych do prowadzenia cenzury lub kontroli. Decyzje organów cenzury i kontroli są ostateczne i mogą być zaskarżone bezpośrednio do sądu administracyjnego. Organy cenzury i kontroli są uprawnione do zatrzymywania w całości lub w części publikacji, przesyłek pocztowych i kurierskich oraz korespondencji telekomunikacyjnej, a także do przerywania rozmów telefonicznych i transmisji sygnałów przesyłanych w sieciach telekomunikacyjnych, jeżeli ich zawartość lub treść może zwiększyć zagrożenie konstytucyjnego ustroju państwa, bezpieczeństwa obywateli lub porządku publicznego.

Podczas stanu wyjątkowego na wezwanie organów prokuratury, Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej lub Służby Kontrwywiadu Wojskowego osoba mająca ukończone 17 lat jest obowiązana do udziału, we wskazanym miejscu, w rozmowie ostrzegawczej. Rozmowa ta polega na udzieleniu pouczenia

41 Dz.U. z 1984 r., nr 5, poz. 24 z późn. zm.

42 A. Surówka, *Ograniczenia wolności słowa w stanach nadzwyczajnych*, [w:] *Wolność wypowiedzi i jej granice. Analiza wybranych zagadnień*, red. A. Biłgorajski, Katowice 2014.

o prawnych i osobistych skutkach nieprzestrzegania porządku prawnego oraz niestosowania się do ustalonych na czas stanu wyjątkowego ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela. Osoby obecne przy rozmowie potwierdzają jej przebieg poprzez podpisy na protokole. Do udziału w rozmowie ostrzegawczej można wezwać tylko taką osobę, co do której zachodzi uzasadnione podejrzenie, że nie będzie przestrzegać porządku prawnego. Jeżeli osoba wezwana na rozmowę ostrzegawczą nie zgłosi się dobrowolnie na wskazane miejsce, a fakt otrzymania wezwania nie budzi wątpliwości, może być przymusowo doprowadzona przez organ wzywający⁴³.

Rozdział trzeci, przedmiotowej ustawy o stanie wyjątkowym, dotyczący zakresu ograniczeń wolności i praw jednostki, przewiduje możliwość zawieszenia organizowania i przeprowadzania wszelkiego rodzaju zgromadzeń, imprez masowych, strajków pracowniczych i innych form protestu, akcji protestacyjnych oraz zrzeszania się.

W czasie stanu nadzwyczajnego zawieszeniu może ulec wolność zgromadzeń łącznie z organizowaniem i przeprowadzaniem imprez masowych oraz prowadzonych w ramach działalności kulturalnej imprez artystycznych i rozrywkowych, niebędących imprezami masowymi (art. 16 ust. 1 pkt 1–2 u.s.wyj.). Powyższy zakaz nie dotyczy zgromadzeń organizowanych przez kościoły i inne związki wyznaniowe oraz organizacje religijne działające w obrębie świątyń, budynków kościelnych, w innych pomieszczeniach służących organizowaniu i publicznemu sprawowaniu kultu, a także zgromadzeń organizowanych przez organy państwa lub organy samorządu terytorialnego. Pozwolenia na zbiórki publiczne na obszarze, na którym wprowadzono stan wyjątkowy, mogą być udzielane tylko wówczas, gdy w ocenie organu właściwego do udzielenia pozwolenia przeprowadzenie zbiórki nie utrudni realizacji celów wprowadzenia stanu wyjątkowego.

Przepisy ustawy o stanie wyjątkowym w kwestii ograniczenia wolności i praw politycznych przewidują możliwość zawieszenia wolności

43 W przypadku osoby niemającej ukończonych 17 lat, wezwanie przekazuje się i przeprowadza rozmowę ostrzegawczą z rodzicami lub rodzicem albo opiekunem prawnym tej osoby. Rozmowa ostrzegawcza, w tym przypadku, odbywa się w obecności osoby, której podejrzenie dotyczy, jeżeli takie jest życzenie rodzica lub opiekuna prawnego tej osoby.

zrzeszania się (art. 16 ust. 1 pkt 6 u.s.wyj.) poprzez ustanowienie zakazu tworzenia i rejestracji nowych stowarzyszeń, partii politycznych, związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, organizacji pracodawców, ruchów obywatelskich oraz innych dobrowolnych zrzeszeń i fundacji, bądź też nakazanie okresowego zaniechania działalności zarejestrowanych stowarzyszeń, partii politycznych, związków zawodowych, organizacji społeczno-zawodowych rolników, organizacji pracodawców, ruchów obywatelskich oraz innych dobrowolnych zrzeszeń i fundacji, których działalność może zwiększyć zagrożenie konstytucyjnego ustroju państwa, bezpieczeństwa obywateli lub porządku publicznego⁴⁴. Ponadto można zawiesić prawo do strajków pracowniczych i innych form protestu w odniesieniu do określonych kategorii pracowników lub w określonych dziedzinach; strajków i innych niż strajki form akcji protestacyjnych rolników oraz akcji protestacyjnych studentów organizowanych przez studenckie samorządy, stowarzyszenia lub organizacje.

Postanowienia rozdziału trzeciego u.s.wyj. wskazują na możliwość ograniczeń w dostępie do towarów konsumpcyjnych, w zakresie działalności gospodarczej, edukacyjnej, a także w przedmiocie obrotu krajowymi środkami płatniczymi. W okresie stanu wyjątkowego ustawa przewiduje również możliwość ograniczenia w kwestii prawa do posiadania broni palnej, amunicji i materiałów wybuchowych. Odpowiednią formą aktu prawnego do wprowadzenia wymienionych ograniczeń jest rozporządzenie właściwego ministra⁴⁵.

Podczas stanu nadzwyczajnego zawieszeniu może ulec wolność zgromadzeń łącznie z organizowaniem i przeprowadzaniem imprez masowych oraz prowadzonych w ramach działalności kulturalnej imprez artystycznych i rozrywkowych, niebędących imprezami masowymi (art. 16 ust. 1 pkt 1–2 u.s.wyj.). Powyższy zakaz nie dotyczy zgromadzeń organizowanych przez kościoły i inne związki wyznaniowe oraz organizacje religijne działające w obrębie świątyń, budynków kościelnych, w innych pomieszczeniach służących organizowaniu i publicznemu sprawowaniu

44 K. Prokop, *Stan wyjątkowy...*, s. 211.

45 R. Socha, T. Sokólska, *Prawne uwarunkowania stanów nadzwyczajnych*, Bielsko-Biała 2010, s. 70.

kultu, a także zgromadzeń organizowanych przez organy państwa lub organy samorządu terytorialnego. Pozwolenia na zbiórki publiczne na obszarze, na którym wprowadzono stan wyjątkowy, mogą być udzielane tylko wówczas, gdy w ocenie organu właściwego do udzielenia pozwolenia przeprowadzenie zbiórki nie utrudni realizacji celów wprowadzenia stanu wyjątkowego.

Zakończenie

Regulacje rangi konstytucyjnej i ustawowej w sprawie stanu wyjątkowego mają za cel zapewnienie skutecznego funkcjonowania państwa w warunkach kryzysowych w sferze wewnętrznej i doprowadzenie do jak najszybszej restytucji stanu normalnego. Prawa człowieka mogą pozostawać w kolizji z innymi szczególnie istotnymi wartościami, którym niekiedy należy nawet przyznać pierwszeństwo. W takich okolicznościach zasadne wydaje się dokładne unormowanie problematyki rozwiązywania tego typu konfliktów. Precyzyjne uregulowanie, na jakich zasadach dopuszczalne jest zawieszanie praw i wolności w sytuacjach nadzwyczajnych, sprzyja ochronie tychże praw i wolności, ponieważ – przynajmniej w założeniach – chroni je przed arbitralnym i mogącym rodzić poważne nadużycia uchYLENIEM podejmowanym w imię stanu wyższej konieczności. Jak wynika z przedstawionej analizy ograniczeń wolności i praw jednostki, ustawodawca przewiduje niezwykle restrykcyjny model reżimu stanu wyjątkowego w zakresie korzystania z konstytucyjnie zagwarantowanych wolności i praw człowieka i obywatela.

Bibliografia

Źródła prawa

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78, poz. 483).
- Ustawa konstytucyjna o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą RP oraz o samorządzie terytorialnym z dnia 17 października 1992 r. (Nr 84, poz. 426, *Mała Konstytucja*).
- Ustawa Konstytucyjna z dnia 19 lutego 1947 r. o ustroju i zakresie działania najwyższych organów Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 1947 r., nr 18, poz. 71).
- Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z dnia 22 lipca 1952 r. (Dz.U. nr 33, poz. 232 z późn. zm.).
- Ustawa konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r. – *Konstytucja Kwietniowa* (Dz.U. z 1935 r., nr 30, poz. 227).
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 marca 1921 r. – *Konstytucja Marcowa* (Dz.U. z 1921 r., nr 44, poz. 267).
- Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U. nr 62, poz. 718).
- Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. nr 30, poz. 179 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz.U. z 1984 r., nr 5, poz. 24 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz.U. z 2002 r., nr 113, poz. 985).
- Ustawa z dnia 22 listopada 2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela (Dz.U. z 2002 r., nr 233, poz. 1955).
- Uchwała Sejmu RP z 30 lipca 1992 r. Regulamin Sejmu RP (M.P. z 2002 r., nr 23, poz. 398).

Literatura

- Banaszak B., *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2004.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012.

- Bryk T., *Przegląd regulacji stanów nadzwyczajnych w przepisach Konstytucji RP*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, nr 1.
- Brzeziński M., *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007.
- Cieszyński A., *Stany nadzwyczajne w Konstytucji z 1997 r.*, [w:] *Wejście w życie nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. Z. Witkowski, Toruń 1998.
- Działocha K., *Dekret z mocą ustawy w państwie burżuazyjnym*, Wrocław 1964.
- Garlicki L., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 1997.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2003.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2019.
- Garlicki L., *Przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, nr 10.
- Gebethner S., *Stany szczególnego zagrożenia jako instytucja prawa konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 1982, nr 8.
- Giętkowski R., *Odosobnienie w czasie stanu wyjątkowego*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 12.
- Jasudowicz T., *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1996.
- Jasudowicz T., *Studium substancjalnych przesłanek dopuszczalności środków derogacyjnych*, [w:] *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych*, red. T. Jasudowicz, Toruń 1997.
- Locke J., *Dwa traktaty o rządzie*, Warszawa 1992.
- Mażewski L., *Bezpieczeństwo publiczne. Stany nadzwyczajne w Rzeczypospolitej Polskiej oraz Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej 1918–2009*, Toruń 2010.
- Prokop K., *Stan wyjątkowy*, [w:] M. Czuryk, K. Dunaj, M. Karpiuk, K. Prokop, *Bezpieczeństwo państwa. Zagadnienia prawne i administracyjne*, red. K. Prokop, Olsztyn 2016.
- Prokop K., *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Białystok 2005.
- Prokop K., *Stan wojny a stan wojenny w Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 3.
- Rousseau J.J., *Umowa społeczna*, Łódź 1948.

- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2002.
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013.
- Socha R., Sokólska T., *Prawne uwarunkowania stanów nadzwyczajnych*, Bielsko-Biała 2010.
- Stembrowicz J., *Z problematyki stanu nadzwyczajnego w prawie konstytucyjnym*, „Więź” 1998, nr 11–12.
- Steinborn S., Sakowicz A., *Stany nadzwyczajne*, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz do art. 87–243*, t. 2, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016.
- Surówka A., *Ograniczenia wolności słowa w stanach nadzwyczajnych*, [w:] *Wolność wypowiedzi i jej granice. Analiza wybranych zagadnień*, red. A. Biłgorajski, Katowice 2014.
- Sylwestrzak A., *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 2002.
- Winczorek P., *Prawo konstytucyjne Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003.
- Wiśniewski L., *Stany nadzwyczajne w projekcie nowej Konstytucji RP*, [w:] *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych*, red. T. Jasudowicz, Toruń 1997.
- Witkowski Z., Cieszyński A., *Instytucje stanów nadzwyczajnych w porządku prawnym Federacji Rosyjskiej (na tle genezy konstytucji z 1993 r. i w świetle ustawodawstwa okresu 2001–2002)*, [w:] *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, red. L. Garlicki, A. Szmyt, Warszawa 2003.
- Wołpiuk W.J., *Państwo wobec szczególnych zagrożeń*, Warszawa 2002.
- Wojtyszek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999.

Maksymilian Ślusarczyk¹

Wyższa Szkoła Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych im. prof. E. Lipińskiego w Kielcach

Przemysław Majewski²

Jakub Majewski³

KOPIOWANIE DOKUMENTU PUBLICZNEGO W ŚWIETLE SYSTEMU BEZPIECZEŃSTWA DOKUMENTÓW PUBLICZNYCH I OCHRONY DANYCH OSOBOWYCH

ABSTRACT

Copying a public document in the context of the security systems of public documents and personal data protection

The protection of personal data is currently one of the key elements of the security of natural persons. The awareness of the above has led the legislator to

- 1 Radca prawny, prowadzi indywidualną kancelarię radcy prawnego, doktor nauk prawnych, autor i współautor publikacji nt. prawa cywilnego, procedury cywilnej i publicznego prawa gospodarczego, w tym prawa bankowego i prawa zamówień publicznych. Prowadzi wykłady dla studentów prawa i administracji oraz uczestników studiów podyplomowych w Wyższej Szkole Ekonomii, Prawa i Nauk Medycznych im. prof. Edwarda Lipińskiego w Kielcach oraz wykłady dla studentów Społecznej Akademii Nauk – filie w: Kielcach, Skarżysku-Kamiennej, Tarnobrzegu.
- 2 Radca prawny, prowadzi indywidualną kancelarię radcy prawnego.
- 3 Student na kierunku prawo Uniwersytetu Warszawskiego.

introduce, on July 12, 2019, new provisions on the copying of personal data contained in public documents, e.g. identity cards and passports. The new legal regulations are a part of a broader set of provisions that can be defined as personal data protection regulations. This means that the existing EU and national legislation should always be taken into account when applying new regulations. The subject of this article is the analysis of the problem of admissibility and the principle of replicating public documents as personal data carriers, with particular emphasis on the rights of banks in the scope of the subject matter.

Keywords: personal data, copying, replication, public document, bank

Słowa kluczowe: dane osobowe, kopiowanie, replika, dokument publiczny, bank

I. Wstęp

12 lipca 2019 r. weszła w życie ustawa z 22 listopada 2018 r. o dokumentach publicznych⁴, zwana dalej „u.d.p.”. Ustawa ta wprowadza system bezpieczeństwa dokumentów publicznych, który zgodnie z art. 1 ust. 2 u.d.p. obejmuje projektowanie, wytwarzanie, przechowywanie oraz weryfikację autentyczności dokumentów publicznych, a także inicjowanie zmian zabezpieczeń dokumentów publicznych przed fałszerstwem w oparciu o analizę przypadków fałszerstw tych dokumentów, podnoszenie poziomu edukacji w zakresie wiedzy o bezpieczeństwie dokumentów publicznych oraz współpracę z międzynarodowymi instytucjami i organizacjami zajmującymi się bezpieczeństwem dokumentów publicznych. Ustawa określa także zasady funkcjonowania tego systemu, w tym wprowadza szereg definicji ustawowych, dokonuje podziału dokumentów publicznych na trzy kategorie uzależnione od kryterium znaczenia dokumentu publicznego dla bezpieczeństwa państwa, reguluje wytwarzanie blankietów dokumentów publicznych oraz kontrolę ich wytwórców. Kształtowanie polityki bezpieczeństwa dokumentów publicznych oraz zapewnienie funkcjonowania systemu bezpieczeństwa dokumentów publicznych u.d.p. powierza ministrowi właściwemu do spraw wewnętrznych. Niewątpliwie *ratio legis* u.d.p. jest zwiększenie ochrony zarówno

⁴ Dz.U. z 2019 r., poz. 53.

dokumentów publicznych, jak i danych osobowych, których są one nośnikami, dzięki czemu ustawa ta doskonale wpisuje się we wprowadzony w zeszłym roku zarówno w Polsce, jak i w całej Unii Europejskiej system ochrony danych osobowych. Warto zatem przyrzeć się bliżej rozwiązaniom funkcjonującym w ramach u.d.p. i przeanalizować ich znaczenie dla ochrony danych osobowych.

II. Kopiowanie danych osobowych zawartych w dokumentach publicznych

Artykuł 2 ust. 1 u.d.p. zawiera wiele definicji ustawowych stanowiących podstawę dalszych rozwiązań legislacyjnych wprowadzonych w ustawie. Na szczególną uwagę w ramach niniejszego opracowania z racji jego ram przedmiotowych zasługują pojęcia: dokument publiczny i replika dokumentu publicznego.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 2 u.d.p. dokumentem publicznym jest dokument, który służy do identyfikacji osób, rzeczy lub potwierdza stan prawny lub prawa osób posługujących się takim dokumentem, zabezpieczony przed fałszerstwem: a) wytwarzany według wzoru określonego w przepisach prawa powszechnie obowiązującego albo b) którego wzór graficzny i forma zostały zatwierdzone przez podmiot realizujący zadania publiczne, uprawniony na podstawie odrębnych przepisów, i który jest zgodny z wymogami dla blankietu tego dokumentu określonymi w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Jak wynika z powyższej definicji, pojęciu dokumentu publicznego ustawodawca nadał bardzo szerokie ramy przedmiotowe, wskazując, że dokument ten może służyć do identyfikacji osób, rzeczy lub potwierdzenia stanu prawnego lub prawa osób posługujących się takim dokumentem. Rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie, gdyż pozwala ono objąć systemem bezpieczeństwa dokumentów publicznych szerokie spektrum tych dokumentów. Doprecyzowanie przytoczonej definicji zostało ujęte w art. 5 ust. 2–4 u.d.p., gdzie zawarto opis każdej z trzech kategorii dokumentów publicznych, które ustawodawca podzielił w oparciu o kryterium, jak wspomniano powyżej, znaczenia dla bezpieczeństwa państwa.

W oparciu o art. 5 ust. 2 u.d.p. jako przykłady dokumentów publicznych można wskazać m.in. dowód osobisty, dokumenty paszportowe, prawo jazdy, a także tytuły wykonawcze wydawane przez sądy lub referendary sądowych, odpisy prawomocnych orzeczeń sądów, z których wynika nabycie, istnienie lub wygaśnięcie prawa – albo które odnoszą się do stanu cywilnego – odpisy orzeczeń lub zaświadczenia stwierdzające uprawnienie do: reprezentacji danej osoby, dokonania czynności prawnej bądź zarządu określonym majątkiem, wydawane przez sądy. Na marginesie warto odnotować, że dokumenty potwierdzające kwalifikacje zawodowe, w tym do wykonywania zawodu radcy prawnego, zostały zgodnie z art. 5 ust. 4 u.d.p. zakwalifikowane do kategorii trzeciej dokumentów publicznych. Wyjątek w omawianym zakresie stanowią: prawo wykonywania zawodu lekarza, prawo wykonywania zawodu lekarza dentystry oraz legitymacje służbowe, o których mowa w art. 5 ust. 2 pkt 32 u.d.p., które to dokumenty należą do pierwszej kategorii. Warto odnotować, że choć art. 5 ust. 4 u.d.p. nie posługuje się pojęciem legitymacji (np. radcy prawnego), wydaje się, że wyniki wykładni celowościowej tego przepisu pozwalają uznać, że w zakresie, w jakim przepis ten dotyczy dokumentów potwierdzających kwalifikacje zawodowe, obejmuje on także dokument w postaci legitymacji zawodowej.

Z kolei art. 2 ust. 1 pkt 6 u.d.p. wskazuje, że repliką dokumentu publicznego jest odwzorowanie lub kopia wielkości od 75% do 120% oryginału o cechach autentyczności dokumentu publicznego lub blankietu dokumentu publicznego, z wyłączeniem kserokopii lub wydruku komputerowego dokumentu publicznego wykonanych do celów urzędowych, służbowych lub zawodowych określonych na podstawie odrębnych przepisów lub na użytek osoby, dla której dokument publiczny został wydany. Przepis ten bezpośrednio swoją dyspozycją nawiązuje do materii ochrony danych osobowych, określając sytuację, kiedy dopuszczalne jest wykonanie repliki dokumentu publicznego, jego kserokopii lub wydruku komputerowego. Ustawodawca zawęził pojęcie repliki dokumentu publicznego, wyłączając z jego zakresu kserokopie i wydruki komputerowe dokumentu publicznego pod warunkiem łącznego spełnienia dwóch przesłanek:

- a) kserokopie lub wydruki zostały wykonane w celu urzędowym, służbowym, zawodowym lub na użytek osoby, dla której dokument publiczny został wydany,

- b) cele wskazane w pkt a, poza użytkiem osoby, dla której dokument publiczny został wydany, zostały określone na podstawie odrębnych przepisów.

Rozróżnienie repliki dokumentu publicznego i jego kserokopii lub wydruku komputerowego jest istotne, gdyż zgodnie z art. 58 u.d.p. kto wytwarza, oferuje, zbywa lub przechowuje w celu zbycia replikę dokumentu publicznego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat dwóch. Wykonanie kserokopii dokumentu publicznego, co jest sytuacją nierzadko występującą w praktyce, w szczególności odnośnie do dowodów osobistych, może zatem stanowić przestępstwo. Trzeba jednak zwrócić uwagę, że wykonana kopia, aby stanowić replikę dokumentu publicznego w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 6 u.d.p., a zatem, aby być objęta dyspozycją art. 58 u.d.p., musi mieć cechy autentyczności dokumentu publicznego lub blankietu dokumentu publicznego. Ustawodawca, regulując przedmiotową materię, powinien był doprecyzować tę kwestię, gdyż obecne rozwiązania prawne zawarte w u.d.p. prowadzą do wniosku, że możliwe jest niestety zaistnienie sytuacji, w której wykonanie kserokopii dokumentu publicznego, pomimo niespełnienia ww. przesłanek ustawowych, nie będzie podlegać penalizacji z uwagi na wykazanie przez sprawcę braku cech autentyczności kserokopii. Problem ten został odnotowany przez Urząd Ochrony Danych Osobowych, zwany dalej „UODO”, czego efektem było zwrócenie się przez UODO w kwietniu 2019 r. na piśmie do Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z uwagami dotyczącymi wprowadzenia szerszej regulacji odnośnie do kopiowania dokumentów publicznych. W odpowiedzi MSWiA oświadczyło, że nie wyklucza ewentualności nowelizacji przepisów u.d.p., jednak na razie będzie obserwować skutki nowych przepisów i praktykę ich stosowania⁵.

Jak wspomniano powyżej, cele wykonania kserokopii lub wydruku komputerowego muszą mieć charakter urzędowy, służbowy lub zawodowy i muszą być określone na podstawie odrębnych przepisów prawa. Konieczne zatem przy wykonywaniu kserokopii dokumentu publicznego

⁵ A. Sanocki, *Zakaz wykonywania replik dokumentów publicznych ograniczy kradzież tożsamości*, artykuł z 11 lipca 2019 r., <https://uodo.gov.pl/pl/138/1097>, dostęp: 11 lipca 2019.

jest przeprowadzenie analizy w celu ustalenia, czy podmiot wykonujący kserokopię dokumentu ma do tego uprawnienie na podstawie przepisu prawa powszechnie obowiązującego. Jednak pozytywny wynik tej analizy nie jest wystarczający, aby w pełni zrealizować cele regulacji prawnych dotyczących ochrony danych osobowych. Konieczne bowiem jest dokonanie oceny, w jakim celu, a w konsekwencji w jakim zakresie, tj. odnośnie do jakich danych, podmiot kopiujący dokument publiczny może to robić. Wymaga to przeanalizowania danego stanu faktycznego w świetle zasad: ograniczenia celu i minimalizacji danych uregulowanych odpowiednio w art. 5 ust. 1 lit. b i c rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)⁶, zwane dalej „RODO”.

Zgodnie z zasadą ograniczenia celu dane muszą być zbierane w konkretnych, wyraźnych i prawnie uzasadnionych celach i nieprzetwarzane dalej w sposób niezgodny z tymi celami. Dalsze przetwarzanie do celów archiwalnych w interesie publicznym, do celów badań naukowych lub historycznych, lub do celów statystycznych nie jest uznawane w myśl art. 89 ust. 1 za niezgodne z pierwotnymi celami. Natomiast w myśl zasady minimalizacji danych dane muszą być adekwatne, stosowne oraz ograniczone do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane. W kontekście obu przytoczonych zasad ochrony danych osobowych warto przywołać treść motywu 39 RODO, gdzie unijny prawodawca wyraził następujące stanowisko: „osobom fizycznym należy uświadomić ryzyka, zasady, zabezpieczenia i prawa związane z przetwarzaniem danych osobowych oraz sposoby wykonywania praw przysługujących im w związku z takim przetwarzaniem. W szczególności konkretne cele przetwarzania danych osobowych powinny być wyraźne, uzasadnione i określone w momencie ich zbierania. Dane osobowe powinny być adekwatne, stosowne i ograniczone do tego, co niezbędne do celów, dla których są one przetwarzane. Wymaga to w szczególności zapewnienia ograniczenia okresu przechowywania danych do ścisłego minimum.

⁶ Dz.Urz.U.E.L nr 119, s. 1.

Dane osobowe powinny być przetwarzane tylko w przypadkach, gdy celu przetwarzania nie można w rozsądny sposób osiągnąć innymi sposobami”.

Co do zasady, o celach, dla których następuje zbieranie danych osobowych, decyduje administrator. Trzeba pamiętać, że elementem składowym definicji administratora jest bowiem między innymi decydowanie o celach przetwarzania danych. W doktrynie prawa⁷ zaznacza się jednak, że w sytuacji, gdy administrator danych jest podmiotem publicznym, wówczas cele przetwarzania danych osobowych wyznaczone są każdorazowo przepisami przyznającymi kompetencje do przetwarzania danych. Obowiązek administratora sformułowania jednoznacznego i określonego celu zostaje spełniony wówczas, gdy zostanie on określony w jakimkolwiek stopniu⁸, jednak na tyle precyzyjnym, że pozwala uniknąć uznania go za nieograniczony lub niejasny⁹.

Problematycznym zagadnieniem jest ustalenie stopnia szczegółowości określenia celu, zwłaszcza wyznaczenie pewnego standardu minimalnego, którego spełnienie czyniłoby zadość wymaganiom prawa. Czynnikiem, który decyduje o niezbędnym poziomie określenia celu, jest kontekst gromadzenia danych osobowych przez administratora. Z tego powodu stworzenie minimalnego standardu określenia celu przetwarzania danych osobowych jest trudnym zadaniem. Trzeba mieć bowiem na uwadze to, że dane osobowe mogą być gromadzone zarówno w jednym, jak i wielu celach. W konsekwencji tego na sposób określenia celu będzie wpływało ustalenie, czy cele są zbieżne lub choćby ze sobą powiązane.

W przypadku celów powiązanych wydaje się, że możliwe byłoby wskazanie celu głównego obejmującego wszystkie poszczególne cele.

7 P. Litwiński, *Komentarz do art. 5 RODO*, [w:] *Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, red. P. Litwiński, Warszawa 2018, wyd. 1, Legalis.

8 M. Sakowska-Baryła, *Komentarz do art. 5 RODO*, [w:] *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. M. Sakowska-Baryła, Warszawa 2018, Legalis. Por. także Opinię Grupy Roboczej Art. 29 3/2013 w sprawie ograniczenia celu (WP 203), przyjęta 2 kwietnia 2013 r., <http://www.giodo.gov.pl/pl/1520167/6565>, dostęp: 11 lipca 2019.

9 M. Krzysztofek, *Komentarz do art. 5 RODO*, [w:] *idem, Ochrona danych osobowych w Unii Europejskiej po reformie. Komentarz do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679*, Warszawa 2016, Legalis.

Nie może to jednak skutkować przetwarzaniem danych w zupełnie innych celach, które nie pozostają w związku z celem pierwotnym. Konieczne zatem jest zachowanie w tym zakresie daleko idącej ostrożności i rozwagi.

Zasada ograniczenia celu wskazuje, że dane nie mogą być przetwarzane dalej w sposób niezgodny z celami, dla których zostały zebrane¹⁰. Do tej kwestii odnosi się motyw 50 RODO, gdzie unijny prawodawca wyjaśnił, że przetwarzanie danych osobowych do celów innych niż cele, w których dane te zostały pierwotnie zebrane, powinno być dozwolone wyłącznie w przypadkach, gdy jest zgodne z celami, w których dane osobowe zostały pierwotnie zebrane. W takim przypadku nie jest wymagana odrębna podstawa prawna inna niż podstawa prawna, która umożliwiła zbieranie danych osobowych. Jeżeli przetwarzanie jest niezbędne do wykonania zadania realizowanego w interesie publicznym lub w ramach sprawowania władzy publicznej powierzonej administratorowi, prawo UE lub prawo państwa członkowskiego mogą określać i precyzować zadania i cele, w których dalsze przetwarzanie powinno być uznawane za zgodne z prawem i z pierwotnymi celami. Dalej w tym samym motywie wskazano, że aby ustalić, czy cel dalszego przetwarzania danych osobowych jest zgodny z celem, w którym dane te zostały pierwotnie zebrane, administrator – po spełnieniu wszystkich wymogów warunkujących zgodność pierwotnego przetwarzania z prawem – powinien uwzględnić między innymi:

- » wszelkie powiązania pomiędzy tymi celami a celami zamierzonego dalszego przetwarzania,
- » kontekst, w którym dane osobowe zostały zebrane, w szczególności rozsądne przesłanki pozwalające osobom, których dane dotyczą, oczekiwać dalszego wykorzystania danych, oparte na rodzaju ich powiązania z administratorem,
- » charakter danych osobowych; konsekwencje zamierzonego dalszego przetwarzania dla osób, których dane dotyczą,
- » istnienie odpowiednich zabezpieczeń zarówno podczas pierwotnej, jak i zamierzonej operacji dalszego przetwarzania.

10 M. Sakowska-Baryła, *Komentarz do art. 5 RODO...* Por. także Opinia Grupy Roboczej Art. 29 3/2013 w sprawie ograniczenia celu (WP 203), przyjęta 2 kwietnia 2013 r., <http://www.giodo.gov.pl/pl/1520167/6565>, dostęp: 11 lipca 2019.

Naturalną, a zarazem prawną konsekwencją doboru celów przetwarzania danych osobowych, jest określenie odpowiedniego, tj. zminimalizowanego zakresu ich przetwarzania, a zatem ilości i rodzaju adekwatnych do celów, jakie administrator określił i ma zamiar realizować¹¹. Dobór celów przez administratora nie może jednak przybrać charakteru dowolnego, gdyż art. 5 ust. 1 lit. b RODO wyraźnie stanowi, że muszą one mieć charakter prawnie uzasadniony. Łatwo zauważyć, że art. 2 ust. 1 pkt 6 u.d.p. niewątpliwie odwołuje się w swej treści do zasady ograniczenia celu przetwarzania danych, wskazując wprost, że wykonanie kserokopii lub wydruku komputerowego dokumentu publicznego może nastąpić do celów urzędowych, służbowych lub zawodowych określonych na podstawie odrębnych przepisów, a więc przetwarzanie to ma charakter prawnie uzasadniony. Tego rodzaju umiejętne połączenie przez krajowego ustawodawcę zakazu wykonywania replik dokumentów publicznych z ograniczeniem tego zakazu we wskazanym powyżej zakresie z jednoczesnym prawidłowym uwzględnieniem kluczowych zasad przetwarzania danych osobowych zasługuje na aprobatę.

Konieczne w tym miejscu jest zwrócenie uwagi na art. 5 ust. 1 lit. c RODO statuujący zasadę minimalizacji danych, która kreuje kryteria limitacyjne zmierzające do ograniczenia zbierania i dalszego przetwarzania danych osobowych, co prowadzi do ograniczenia zakresu przetwarzania danych opartego na kryterium niezbędności. Tym samym przetwarzać wolno tylko takie dane osobowe, bez których nie jest możliwe osiągnięcie przyjętego celu przetwarzania. Przetwarzanie danych osobowych może być dokonywane tylko w takim zakresie, który jest niezbędny dla osiągnięcia celu ich gromadzenia. Tym samym przetwarzanie danych w zakresie przekraczającym przyjęty cel będzie oznaczało naruszenie przepisów RODO. Zasadę minimalizacji danych należy odczytywać i analizować w powiązaniu z pozostałymi zasadami przetwarzania danych, w szczególności z ww. zasadą ograniczenia celu. Realizacja proporcjonalności przetwarzania danych jest zależna od prawidłowości określenia celu przetwarzania, który wyznacza zakres zbieranych danych niezbędnych dla osiągnięcia tego celu. Proporcjonalne przetwarzanie danych oznacza, że administrator jest zobligowany,

¹¹ Por. P. Litwiński, *Komentarz do art. 5 RODO...*

aby zgromadzone przez niego dane osobowe były odpowiednie do celów, jakie wyznaczył¹².

Z powyższych uwag wypływa konkluzja, że – jak już wspomniano – dla zgodnego z prawem przetwarzania danych osobowych zawartych w dokumentach publicznych, polegającego na sporządzaniu wydruków komputerowych lub kserokopii posiadających cechy autentyczności, konieczne jest zarówno spełnienie przesłanek ustawowych w postaci celu, jakim jest realizacja zadań urzędowych, służbowych lub zawodowych, wyrażonych w odrębnych przepisach, a także pozyskiwanie ich i przetwarzanie w sposób zgodny z RODO, a w szczególności z zasadami ograniczonego przetwarzania i minimalizacji danych. Należy podkreślić, że w świetle art. 2 ust. 1 pkt 6 u.d.p. bez znaczenia jest okoliczność, czy administrator wykonujący wydruk komputerowy lub kserokopię ma charakter podmiotu prywatnego lub publicznego, gdyż w obu przypadkach przepis ten wymaga obowiązywania odrębnego przepisu zezwalającego na ich wykonanie.

III. Zakres uprawnienia banku do kopiowania dokumentów publicznych

Przykładem przepisu, który uprawnia niektóre podmioty do wykonywania kserokopii dokumentu tożsamości, jest art. 34 ust. 4 ustawy z 1 marca 2018 r.¹³ o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, zwana dalej u.p.p.p.f.t. Zgodnie z tym przepisem instytucje obowiązane na potrzeby stosowania środków bezpieczeństwa finansowego mogą przetwarzać informacje zawarte w dokumentach tożsamości klienta i osoby upoważnionej do działania w jego imieniu oraz sporządzać ich kopie. Wykładnia literalna tego przepisu nie pozostawia wątpliwości co do przysługiwania prawa podmiotom określonym w tym przepisie do przetwarzania, w tym kopiowania dokumentów tożsamości. Trzeba jednak wyraźnie zaznaczyć, że cel, w jakim mogą to czynić,

¹² M. Sakowska-Baryła, *Komentarz do art. 5 RODO...*

¹³ Dz.U. z 2019 r., poz. 1115.

został przez ustawodawcę ograniczony do potrzeb stosowania środków bezpieczeństwa finansowego.

Niezgodne z prawem jest zatem wykonywanie replik dokumentów publicznych zarówno w sytuacji zupełnego braku podstawy prawnej, jak również w sytuacji, gdy cele, do jakich replika jest wykonywana, wykraczają poza zakres celów określonych w istniejącej podstawie prawnej, jaką jest np. art. 34 ust. 4 u.p.p.p.f.t. Powszechnie spotykaną praktyką, na co zwrócił uwagę UODO¹⁴, jest częste wykonywanie replik dokumentów publicznych, a w szczególności dowodów tożsamości, przez banki poza zakresem wynikającym z dyspozycji art. 34 ust. 4 u.p.p.p.f.t. Za podstawę prawną takiego przetwarzania danych osobowych swoich klientów banki, świadcząc usługi finansowe, np. w postaci udzielania pożyczek lub kredytów, zawierania umów o prowadzenie rachunku bankowego, przyjmują art. 112b ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe¹⁵, zwanej dalej „pr. bank.”. Jak zauważył UODO, przepis ten uprawnia wprawdzie banki do przetwarzania danych zawartych w dokumentach tożsamości, ale nie stanowi on o uprawnieniu do sporządzania kopii tych dokumentów¹⁶.

Przed wszystkim należy zauważyć, że przepis ten należy odczytywać w związku z art. 5 ust. 1 lit. b i c RODO wskazującym na ograniczenie celu i zakresu przetwarzania oraz art. 2 ust. 1 pkt 6 u.d.p., który wymienia cele, w jakich wolno wykonywać repliki dokumentu publicznego. O ile z dyspozycji art. 112b pr. bank. można wywieść istnienie celu zawodowego, o tyle taka interpretacja jest nazbyt ogólna i nie realizuje *ratio legis* u.d.p. Należy zatem dokonać bardziej szczegółowej analizy art. 112b pr. bank., z którego treści interpretowanej za pomocą stosowanych metod wykładni, na czele z wykładnią literalną, lecz także systemową i celowościową, nie sposób w świetle art. 5 ust. 1 lit. b i c RODO wywieść, że przewiduje on uprawnienie dla banku do wykonywania repliki dokumentu publicznego, i to niekiedy wielokrotnie, a w konsekwencji jej przechowywania. Granicami przetwarzania danych osobowych na mocy art. 112b pr. bank. jest cel, jaki ma zostać osiągnięty na skutek tego

14 A. Sanocki, *Zakaz wykonywania replik...*

15 Dz.U. z 2018 r., poz. 2187.

16 *Ibidem*.

działania, a jest nim realizacja usługi finansowej w postaci określonych ustawowo czynności bankowych na rzecz klienta¹⁷, które to usługi nie wymagają i nie uzasadniają wykonywania repliki dokumentu publicznego przez bank.

Warto zaznaczyć, że treść art. 112b pr. bank. jest nazbyt ogólna i wymaga doprecyzowania przez ustawodawcę w celu uniknięcia w przyszłości występujących aktualnie na jego tle rozbieżności interpretacyjnych. Na kwestię tę, w szczególności w kontekście ochrony prawa do prywatności osób fizycznych, zwrócił w doktrynie uwagę Z. Ofiarski, który stwierdził, że: „z postanowień art. 112b pr. bank. wynika, że banki mogą przetwarzać dane osób fizycznych zawarte we wszelkich dokumentach tożsamości i mogą to być wszelkie dane, o ile ich przetwarzanie jest związane z celami działalności bankowej. W ten sposób ustawodawca określił uprawnienia banków bardzo szeroko, co w praktyce może być źródłem różnych wątpliwości interpretacyjnych. Poszczególne kategorie dokumentów tożsamości zawierają różne informacje, w tym także dane o szczególnym stopniu wrażliwości, np. dotyczące stanu zdrowia posiadacza określonego dokumentu czy posiadanych kwalifikacji zawodowych. Informacje takie mogą być przydatne w działalności bankowej, np. przy dokonywaniu oceny wypłacalności osoby fizycznej ubiegającej się o kredyt lub pożyczkę pieniężną, ale jednocześnie zakres dopuszczalnej ingerencji banku w sferę prywatności danej osoby fizycznej powinien być precyzyjnie wyznaczony w drodze ustawy”¹⁸. Dodatkowym argumentem przemawiającym za wykluczeniem dopuszczalności wykonywania replik dokumentów publicznych przez banki na podstawie art. 112b pr. bank. jest wprowadzenie przez prawodawcę art. 34 ust. 4 u.p.p.p.f.t., w którego treści wprost zawarto uprawnienie do wykonywania przez określone w nim podmioty i we wskazanym zakresie replik dokumentów publicznych.

17 Por. uwagi w komentarzu do art. 112b pr. bank. [w:] B. Smykla, *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2011, Legalis. Autor wskazuje, że celami, w jakich na podstawie art. 112b pr. bank. banki mają prawo przetwarzać dane osobowe, są czynności bankowe wskazane w art. 5 ust. 1 i 2 oraz art. 6 ust. 1 pr. bank.

18 Z. Ofiarski, *Komentarz do art. 112b pr. bank.*, [w:] *Prawo bankowe. Komentarz*, red. Z. Ofiarski, LEX 2013.

Gdyby w ocenie ustawodawcy banki mogły wykonywać repliki tych dokumentów na podstawie art. 112b pr. bank., wprowadzenie w stosunku do banków art. 34 ust. 4 u.p.p.p.f.t. byłoby zabiegiem zbędnym i wprowadzającym w tym zakresie przepis o charakterze *superfluum*. Ustawodawca zdecydował jednak o potrzebie objęcia tym przepisem procesu przetwarzania danych osobowych przez banki polegającego na wykonywaniu replik dokumentów publicznych, co wskazuje, że jego zamiarem nie było nadanie bankom tego rodzaju uprawnienia na podstawie art. 112b pr. bank. Powyższe okoliczności przemawiają za uznaniem stanowiska UODO w omawianym zakresie za w pełni trafne. Analogiczne stanowisko kwestionujące zasadność kopiowania przez banki dokumentów publicznych zajął L. Kępa, stwierdzając, że: „przepisy zezwalają na przetwarzanie danych z dokumentów tożsamości, nie oznacza to jednak, że te dokumenty można kopiować i przechowywać. W świetle RODO przepis ten należałoby interpretować tak, że banki mogą przetwarzać dla celów ich działalności te informacje z dokumentów tożsamości, które są do tego celu potrzebne”¹⁹. Autor ten podziela cytowany pogląd P. Litwińskiego, który stwierdził, że: „dowód osobisty służy identyfikacji osoby, jest okazywany przy czynności wykonywanej osobiście. Wtedy dane z dowodu, w tym zdjęcie, są weryfikowane z rzeczywistością. Ale nie ma żadnych podstaw, żeby to samo zdjęcie było przechowywane w systemie banku, nie mówiąc już o danych ze starszych dowodów, które pozostają w obrocie, gdzie mieliśmy np. podany wzrost”²⁰. Ponadto L. Kępa trafnie stwierdził, że: „Zatem wydaje się, że kopiowanie czy skanowanie dowodów osobistych w celu świadczenia usług bankowych, mimo że zgodne jest z przepisami, to jest sprzeczne z zasadą minimalizacji danych”²¹.

19 L. Kępa, *Ochrona danych osobowych. Praktyczny przewodnik dla przedsiębiorców*, Warszawa 2018, Legalis, s. 5.

20 P. Pieńkosz, *RODO kontra prawo bankowe: co dalej z kserowaniem i skanowaniem dokumentów tożsamości przy zakładaniu kont*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 28 sierpnia 2018 r., <https://edgp.gazetaprawna.pl/e-wydanie/55612,28-sierpnia-2018/65-367,Firma-i-Prawo/670977,RODO-kontra-prawo-bankowe:-co-dalej-z-kserowaniem-i-skanowaniem-dokumen-tow-tozsamosci-przy-zakladaniu-kont.html>; cyt. za L. Kępa, *Ochrona danych osobowych...*, s. 5.

21 L. Kępa, *Ochrona danych osobowych...*, s. 5.

Zakończenie

Przetwarzanie danych osobowych wymaga nie tylko precyzyjnego określenia podstaw prawnych tego działania i ich interpretacji, ale także profesjonalnego wytyczenia na podstawie regulacji prawnych i okoliczności faktycznych celów i granic przetwarzania. Wprowadzenie do polskiego porządku prawnego u.d.p., jak wskazuje choćby zarysowany powyżej problem wykonywania przez banki replik dokumentów publicznych dla celów związanych z ich aktywnością komercyjną, jest dobrym krokiem ustawodawcy w celu zwiększenia poziomu ochrony danych osobowych. Nie oznacza to jednak, że u.d.p. eliminuje wszelkie problemy w przedmiotowym zakresie, o czym świadczą choćby wskazane powyżej wątpliwości występujące na tle tej ustawy. Należy oczekiwać, że konieczne będzie wprowadzenie przez ustawodawcę kolejnych regulacji chroniących dane osobowe. Nieoceniona i zarazem konieczna w tym zakresie będzie dalsza aktywność UODO, a także samych osób fizycznych, których dane podlegają ochronie prawnej.

Bibliografia

- Kępa L., *Ochrona danych osobowych. Praktyczny przewodnik dla przedsiębiorców*, Warszawa 2018, Legalis.
- Krzysztofek M., *Ochrona danych osobowych w Unii Europejskiej po reformie. Komentarz do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679*, Warszawa 2016, Legalis.
- Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Komentarz*, red. M. Sakowska-Baryła, Warszawa 2018, Legalis.
- Pieńkosz P., *RODO kontra prawo bankowe: co dalej z kserowaniem i skanowaniem dokumentów tożsamości przy zakładaniu kont*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 28 sierpnia 2018 r., <https://edgp.gazetaprawna.pl/e-wydanie/55612,28-sierp-nia-2018/65367,Firma-i-Prawo/67097-7,RODO-kontra-prawo-bankowe:-co-dalej-z-kserowaniem-i-skanowaniem-dokumen-tow-tozsamosci-przy-zakladaniu-kont.html>.
- Prawo bankowe. Komentarz*, red. Z. Ofiarski, LEX 2013.
- Rozporządzenie UE w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i swobodnym przepływem takich danych. Komentarz*, red. P. Litwiński, Warszawa 2018, Legalis.
- Sanocki A., *Zakaz wykonywania replik dokumentów publicznych ograniczy kradzieże tożsamości*, artykuł z 11 lipca 2019 r., <https://uodo.gov.pl/pl/138/1097>.
- Smykla B., *Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2011, Legalis.

Paola Sechi¹

Università di Sassari

ORCID ID: 0000-0002-7978-9117

IL RIFORMATO ORDINAMENTO PENITENZIARIO ITALIANO: MODIFICHE E INNOVAZIONI IN MATERIA DI VITA DETENTIVA

ABSTRACT

Reform of the Italian penitentiary system: innovations in a prison life

The article details the changes introduced into the Italian penitentiary law by legislative decrees of October 2, nos. 123 and 124, with an emphasis on the rights of detainees. The author highlights the positive and negative aspects of the reform, which, on the one hand, introduces some improvements regarding a life inside the prison, but on the other hand, fails to intervene in matter of measures alternative to detention and in overcoming the legislative automatism and restrictions pertaining to the access to penitentiary benefits, depending on the type of a committed crime.

¹ Professore aggregato Università di Sassari [Profesor nadzwyczajny Uniwersytetu w Sassari].

Keywords: particularly difficult reform, healthcare innovation, legal loophole
Słowa kluczowe: szczególnie trudna reforma, innowacje w opiece zdrowotnej, luki prawne

1. Il nuovo art. 1 o.p.

Il legislatore italiano, attraverso i d.lgs. 2 ottobre 2018, nn. 123 e 124, ha recentemente apportato diverse modifiche e innovazioni riguardo al sistema penitenziario contenuto nella legge 26 luglio 1975, n. 354 (o.p.), al fine di assicurare condizioni detentive conformi ai parametri costituzionali e alle fonti sovranazionali, nonché allo scopo di valorizzare uno degli elementi principali del trattamento risocializzante, vale a dire il lavoro penitenziario. Le nuove disposizioni costituiscono attuazione della delega contenuta nella l. 23 giugno 2017, n. 103.

Nelle intenzioni originarie del legislatore, si sarebbe dovuto trattare di una riforma articolata mirante ad attuare compiutamente il disposto dell'art. 27 comma 3 Cost., secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e debbono tendere alla rieducazione del condannato².

Soffermarsi preliminarmente su questa previsione può essere utile per fornire una chiave di lettura e di valutazione delle modifiche introdotte dalla riforma in discorso.

Innanzitutto il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità si interseca con quanto dispone l'art. 3 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) che vieta la tortura e i trattamenti inumani e degradanti.

Può affermarsi che l'art. 3 CEDU fornisce una ulteriore protezione al diritto a trattamenti non contrari al senso di umanità, in armonia con quanto dispone l'art. 27 comma 3 Cost.

Occorre ricordare, al riguardo, che nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo il divieto di cui all'art. 3 CEDU configura un obbligo

² Il d.d.l. n. 2798/C presentato il 23 dicembre 2014 finalizzava le modifiche all'ordinamento penitenziario alla «effettività rieducativa della pena»: v., al riguardo, P. Bronzo, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, www.lalegislazionepenale.eu, 18 gennaio 2018, p. 1.

positivo per lo Stato e non è soggetto ad alcuna forma di bilanciamento con esigenze antagoniste. Secondo i giudici europei anche nelle circostanze più difficili, come la lotta al terrorismo e al crimine organizzato, la Convenzione vieta in termini assoluti la tortura e le pene o trattamenti inumani e degradanti³.

La Corte sottolinea che l'art. 15 par. 2 CEDU non ammette alcuna deroga al proposito, anche in caso di pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione. Il divieto della tortura e dei trattamenti inumani o degradanti è, secondo la Corte, assoluto, quali che siano i comportamenti della vittima⁴, ed è altresì irrilevante, a tal proposito, la natura del reato ascritto al ricorrente.

La seconda parte dell'art. 27 comma 3 Cost. ha ad oggetto la finalità rieducativa della pena. Dal principio secondo cui le pene devono tendere alla rieducazione del condannato deriva il carattere preminente della finalità rieducativa nell'ambito della dimensione polifunzionale della pena per cui, come ha recentemente affermato la Corte di cassazione, se la finalizzazione della pena venisse orientata verso i caratteri della reintegrazione, dell'intimidazione e della difesa sociale anziché verso il principio rieducativo, si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini di politica criminale o di privilegiare i bisogni collettivi di stabilità e sicurezza, «sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione»⁵.

In questa cornice si inserisce la riforma dell'ordinamento penitenziario posta in essere, per quanto riguarda i condannati adulti, tramite i d.lgs. nn. 123 e 124 del 2018 che, per la verità, contengono un'attuazione minimale dell'originario disegno riformatore approntato dalla l. n. 103 del 2017.

Il capo IV del d.lgs. n. 123 del 2018 si occupa delle disposizioni in tema di vita penitenziaria e riprende in gran parte il testo predisposto in sede di prima attuazione della delega da parte delle Commissioni ministeriale presieduta dal Prof. Glauco Giostra⁶.

³ Cfr. Corte EDU, 6 aprile 2000, Labita c. Italia, par. 119.

⁴ V. Corte EDU, 15 novembre 1996, Chabal c. regno Unito, par. 79.

⁵ V. Cass. 23 novembre 2017, Montenero, n. 13382.

⁶ V. *Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso*, costituita con d.m. 19 luglio 2017.

Viene innanzitutto sostituito l'art. 1 o.p. Al riguardo è da segnalare subito che il comma 3 riconosce esplicitamente che ad ogni persona privata della libertà personale sono garantiti i diritti fondamentali. Si tratta di una importante previsione di principio, che segna il traguardo simbolico di un percorso, iniziato negli Stati Uniti nella seconda metà degli anni '60, volto a ribaltare la regola secondo cui il condannato, una volta entrato in carcere per scontare la pena, perdeva tutti i diritti costituzionali e legali. In quest'ottica, pur permanendo nell'art. 1 comma 5 o.p. la norma secondo cui non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con l'esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina, nel comma 4 della suddetta norma si specifica che l'ordine e la disciplina sono mantenuti nel rispetto dei diritti delle persone private della libertà.

Importante è anche la trasposizione nell'art. 1 o.p. del principio costituzionale contenuto nell'art. 27 comma 4 Cost., secondo cui è vietata ogni violenza fisica e morale in danno della persona privata della libertà personale. Certo, l'inserimento anche nell'ordinamento penitenziario di siffatto principio accentua il paradosso della permanenza nello stesso ordinamento della disposizione contenuta nell'art. 4-bis comma 1 o.p., ai sensi del quale i condannati per i reati ivi elencati non possono accedere ai benefici penitenziari là dove, avendone la possibilità, non collaborino utilmente con la giustizia. La pretesa della collaborazione con la giustizia può dar luogo, invero, a una violazione della libertà morale della persona, posta di fronte all'alternativa di collaborare con la giustizia, ottenendo di poter uscire dal carcere, ovvero di non collaborare, rimanendo in carcere, eventualmente per sempre se condannata all'ergastolo.

Tornando all'art. 1 o.p., viene rafforzato, con riferimento al trattamento penitenziario, il divieto di discriminazione, esteso a sesso, identità di genere, orientamento sessuale e nazionalità. Funzionale a rendere effettivo il divieto di discriminazione appare anche il nuovo comma 5 dell'art. 14 o.p., volto a tutelare i detenuti esposti a minaccia o a soprusi in ragione della propria identità di genere o del proprio orientamento sessuale, tramite l'assegnazione, per categorie omogenee, in apposite sezioni degli istituti penitenziari, distribuite in modo uniforme sul territorio nazionale. L'assegnazione potrà essere effettuata però soltanto previo consenso dell'interessato e, al fine di evitare forme di ghettizzazione, dovrà comunque essere garantita la partecipazione ad attività trattamentali

eventualmente insieme agli altri detenuti. Il rischio da evitare, al proposito, è lo stigma discriminatorio di tali sezioni e, pertanto, tutte le attività quotidiane dovrebbero essere svolte il più possibile congiuntamente, a prescindere in particolare dall'orientamento sessuale, mentre dovrebbe essere assicurata una situazione protetta per le ore notturne⁷.

Nell'art. 1 o.p. si specifica, infine, che il trattamento penitenziario deve conformarsi a modelli che favoriscono l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione.

Con riferimento alla norma in discorso, dopo aver menzionato le modifiche introdotte può essere interessante verificare ciò che manca rispetto alla versione dello schema di decreto legislativo presentata nella precedente legislatura.

Manca, innanzitutto, il riferimento alla sorveglianza dinamica, oggetto di espressa menzione nella delega (art. 1 comma 85 lett. r l. n. 103 del 2017). La sorveglianza dinamica è un modello di vigilanza in forza del quale «il perimetro della detenzione non è quello della cella, che viene riservata al solo pernottamento, ma quello della sezione»⁸. Tale modello implica «la sostituzione del controllo fisico sul detenuto da parte della polizia penitenziaria con un controllo fondato sull'osservazione e sulla conoscenza della persona», valorizzando, da un lato, il ruolo della polizia penitenziaria e, correlativamente, la responsabilizzazione del detenuto⁹. L'omessa previsione legislativa della sorveglianza dinamica non significa, peraltro, che essa non sia più consentita. Significa che l'adozione di tale modello di vigilanza sarà rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria, essendo stata la vigilanza dinamica introdotta nell'ordinamento a seguito di circolari del

7 Cfr. Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Parere del Garante Nazionale sul decreto legislativo recante "Riforma dell'ordinamento penitenziario" (Legge delega n. 103 del 2017) ai sensi dell'articolo 19 lettera c del Protocollo Opzionale alla Convenzione ONU contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti (OPCAT)*, www.garantenazionaleprivatiliberta.it, p. 6; Id., *Relazione al Parlamento 2018*, p. 177.

8 V., sul punto, A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2018.

9 In questi termini A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit. Cfr., in argomento, R. De Vito, *Introduzione. La fine era nota: storia di una riforma minima*, in «Quest. Giust.» 2018, 3, pp. 116–117.

DAP, a partire dalla circ. n. 3594 del 2011. Per quanto riguarda la possibilità del detenuto di trascorrere del tempo fuori dalla cella, occorre comunque evidenziare la modifica dell'art. 10 o.p., che aumenta da due a quattro il numero minimo di ore da trascorrere fuori dalla cella, con possibilità di riduzione a un minimo di due ore, per giustificati motivi, da parte del direttore dell'istituto, il quale deve darne comunicazione al provveditore regionale dell'amministrazione penitenziaria e al magistrato di sorveglianza.

Nel nuovo testo dell'art. 1 o.p. è assente anche il riferimento alle regole penitenziarie europee (EPR)¹⁰, presente invece nel testo originario dello schema di decreto presentato nella precedente legislatura e nelle proposte della Commissione Giostra. Il richiamo delle suddette regole sarebbe stato particolarmente importante, posto che esse spesso fissano standard più avanzati rispetto al nostro ordinamento. Si può pensare, ad esempio, alla disciplina delle perquisizioni personali, non innovata dal d.lgs. n. 123 del 2018, in relazione alle quali le EPR stabiliscono che l'esame delle cavità corporee non può mai essere compiuto dal personale penitenziario ma deve essere effettuato da un medico (r. 54 co. 6 e 7). Viene in rilievo, altresì, il procedimento disciplinare, all'interno del quale ai sensi della r. 59 deve essere riservato al detenuto un termine per preparare la difesa e gli deve essere riconosciuta, se del caso, la possibilità di avvalersi gratuitamente di un interprete¹¹.

2. Innovazioni in tema di osservazione scientifica della personalità

Importanti modifiche ha subito l'art. 13 o.p. dedicato all'osservazione scientifica della personalità, che si pone come strumento per così dire diagnostico rispetto alla elaborazione del programma di trattamento. Innanzitutto la norma è stata "modernizzata", nel senso che si prevede che l'osservazione

¹⁰ Allegate alla Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee.

¹¹ L'art. 38 comma 2 o.p. si limita, al riguardo, a prevedere che «nessuna sanzione può essere inflitta se non con provvedimento motivato dopo la contestazione dell'addebito all'interessato, il quale è ammesso ad esporre le proprie discolpe».

della personalità deve essere volta a rilevare le carenze psicofisiche o le altre cause che hanno condotto al reato al fine di proporre un idoneo programma di reinserimento. È stato, dunque, eliminato il riferimento al disadattamento sociale, sulla base dell'acquisita consapevolezza che non sempre il reato è frutto di disadattamento sociale, esistendo molteplici forme di criminalità (ad es. la criminalità economica o la criminalità politica) in relazioni alle quali non è formulabile un siffatto giudizio¹². Per il resto, nella norma è stato trasposto in parte il contenuto dell'art. 27 d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (reg.es.), offrendosi all'interessato l'opportunità di "una riflessione sul fatto criminoso commesso, sulle motivazioni e sulle conseguenze prodotte, in particolare per la vittima, nonché sulle possibili azioni di riparazione". Si è in presenza di una previsione importante, se il tutto non verrà ridotto a un mero adempimento burocratico, posto che si apre la via ad attività di giustizia riparativa. Si tratta, invero, di un primo approccio a quanto previsto dalla delega nella lett. f dell'art. 1 co. 85 l. n. 103 del 2017, che richiedeva "la previsione di attività di giustizia riparativa e delle relative procedure, quali momenti qualificanti del percorso di recupero sociale sia in ambito intramurario sia nell'esecuzione delle misure alternative". Da segnalare, inoltre, che la prima formulazione del programma di trattamento deve essere redatta entro 6 mesi dall'inizio dell'esecuzione, anziché entro 9 mesi come previsto dall'art. 27 reg. es. Infine, tra gli elementi del trattamento risocializzante compaiono adesso nell'art. 15 o.p. anche la formazione professionale e la partecipazione a progetti di pubblica utilità.

3. La tutela dell'affettività in carcere

Nel passare ad esaminare la tematica della tutela dell'affettività dei detenuti, si può affermare che la specifica direttiva della delega in materia ha ricevuto da parte del legislatore delegato un'attuazione solo parziale¹³.

¹² V., sul punto, M. Bortolato, *Luci e ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2018*, in «Quest. Giust.» 2018, 3, p. 125.

¹³ V art. 1 comma 85 lett. n l. n. 103 del 2017 richiedente il riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate, nonché la disciplina delle condizioni di esercizio del suddetto diritto.

Nell'ottica della tutela dei rapporti con la famiglia può menzionarsi la valorizzazione del criterio di prossimità alla dimora stabile della famiglia con riferimento alle assegnazioni e ai trasferimenti (artt. 14 comma 1 e 42 comma 2 o.p.). In particolare, con riferimento ai trasferimenti, l'amministrazione penitenziaria deve dar conto dei motivi che giustificano la mancata destinazione agli istituti più vicini alla dimora del detenuto o a quella della sua famiglia ovvero al suo centro di riferimento sociale, da individuarsi tenuto conto delle ragioni di studio, di formazione, di lavoro o salute. È da rilevare che quando il trasferimento è chiesto dal detenuto, l'amministrazione deve rispondere con atto motivato entro 60 giorni (art. 42 comma 3 o.p.). Questa disposizione dovrebbe permettere al detenuto di proporre reclamo *ex art. 35-bis* o.p. non solo in caso di rigetto della richiesta, ma anche in caso di assenza di decisione sulla stessa.

Al fine di agevolare i rapporti con i familiari risponde anche la modifica apportata all'art. 18 co. 2 o.p., in forza della quale i locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto. Particolare cura è riservata ai colloqui con i minori di 14 anni. Non sono stati introdotti i c.d. colloqui "intimi", sottratti al controllo visivo del personale penitenziario, pur valorizzandosi la riservatezza dell'esercizio del diritto all'affettività, il che, come è stato osservato, potrebbe aprire «scenari imprevedibili implicando una possibile sottrazione, seppur limitata, al controllo permanentemente visivo dei colloqui familiari»¹⁴. Del pari, non è stata recepita la proposta della Commissione Giostra volta a consentire ai detenuti di avvalersi nei colloqui, fatte salve le cautele previste dal regolamento, di strumenti di comunicazione a distanza "mediante programmi informatici di comunicazione viva, sonora e di messaggistica istantanea attraverso la rete internet". Al riguardo, può essere comunque utile segnalare che la circ. DAP 2015 sulla possibilità di accesso ad Internet da parte dei detenuti ha invitato tutte le strutture in cui sono ospitati detenuti comuni ad implementare l'utilizzo di Skype o della piattaforma Microsoft Lync al fine di favorire le

¹⁴ V., in questi termini, M. Bortolato, *Luci e ombre di una riforma a metà*, cit., p. 126.

relazioni familiari¹⁵. Successivamente, la circolare DAP 29 gennaio 2019 ha espressamente previsto l'utilizzo della piattaforma *Skype for business* per l'effettuazione di videochiamate da parte dei detenuti ed internati appartenenti al circuito media sicurezza con i familiari e/o conviventi¹⁶. La disciplina delle videochiamate, da equipararsi ai colloqui, è quella rinvenibile negli artt. 18 o.p. e 37 reg. esec.

Sempre con riferimento ai colloqui, è stato previsto espressamente nel nuovo co. 2 dell'art. 18 o.p. che i detenuti hanno diritto di conferire con il difensore sin dall'inizio della custodia cautelare, nei limiti di quanto previsto dall'art. 104 c.p.p., se si tratta di imputati, e sin dall'inizio dell'esecuzione della pena, in attuazione della sent. Corte cost. n. 212 del 1997, se si tratta di condannati. Dunque, in quest'ultimo caso, a prescindere da quelle situazioni di fatto che non consentono l'esecuzione del colloquio, non vi è spazio per negare il diritto in esame. In particolare, il colloquio con il difensore non potrà essere negato neppure facendo leva sulla sottoposizione del detenuto a misure restrittive di carattere penitenziario: ci si riferisce al soggetto in isolamento continuo, in quanto colpito dalla sanzione dell'esclusione dalle attività in comune (art. 39 co. 1 n. 5 o.p.) e al condannato destinatario di un provvedimento di sottoposizione al regime di sorveglianza particolare (art. 14-*bis* o.p.). Del pari, il diritto al colloquio con il difensore deve essere garantito, sulla base della sent. Corte cost. n. 143 del 2013, anche ai detenuti sottoposti al regime *ex art. 41-bis* co. 2 o.p. Viene, infine, previsto il diritto di avere colloqui e corrispondenza anche con i garanti dei diritti dei detenuti, ad ogni livello, nazionale e locale. Occorrerebbe, peraltro, al riguardo, parallelamente modificare l'art. 37 reg. esec., stabilendo espressamente che i colloqui e le telefonate con il difensore e i garanti non incidono in alcun modo sul numero dei colloqui consentiti mensilmente, né delle telefonate permesse settimanalmente o mensilmente¹⁷.

¹⁵ Cfr. Circolare DAP 2 novembre 2015 – *Possibilità di accesso ad Internet da parte dei detenuti*, www.giustizia.it.

¹⁶ V. Circolare DAP 29 gennaio 2019 – *Utilizzo della piattaforma "Skype for business" per l'effettuazione di videochiamate da parte dei detenuti ed internati con i familiari e/o conviventi*.

¹⁷ V., sul punto, M. Bortolato, *Luci e ombre di una riforma a metà*, cit., p. 126.

4. Donne e stranieri

Specifica attenzione viene dedicata dalla riforma alle donne e agli stranieri.

Per quanto concerne le donne, si è previsto nell'art. 14 co. 5 o.p. che le sezioni femminili siano di dimensioni tali da non compromettere le attività trattamentali. Con riferimento alle condannate madri, che possono tenere con sé i figli fino all'età di tre anni, criticabile appare la scelta di continuare a contemplare gli asili nido interni, consolidando, come affermato dal Garante Nazionale, una prassi negativa riscontrata negli istituti penitenziari¹⁸. Sarebbe stato, in realtà, preferibile potenziare l'organizzazione del servizio di trasferimento dei bambini ad asili nido esterni.

Nell'art. 19 o.p. si afferma inoltre il principio della parità di accesso delle donne alla formazione culturale e professionale; nel nuovo art. 31 o.p. si dispone, infine, che negli istituti penitenziari ospitanti sezioni femminili le commissioni che prevedono la rappresentanza dei detenuti debbano comprendere anche una donna¹⁹.

Con riferimento agli stranieri, in ottemperanza alla lett. o del co. 85 dell'art. 1 l. n. 103 del 2017, richiedente la previsione di norme che favoriscano l'integrazione delle persone detenute straniere, nell'art. 19 o.p. si legge che speciale attenzione è dedicata all'integrazione dei detenuti stranieri anche attraverso l'insegnamento della lingua italiana e la conoscenza dei principi costituzionali. Particolarmente significativo è l'inserimento dei mediatori culturali, insieme agli interpreti, nel novero degli esperti di cui all'art. 80 comma 4 o.p., esperti che vengono in rilievo, fra l'altro, ai fini dello svolgimento delle attività di osservazione e trattamento. La figura del mediatore culturale, già prevista dall'art. 35 reg. es., può essere particolarmente utile per consentire di superare le barriere linguistiche e culturali. Va, dunque, salutata con favore anche la disposizione che stabilisce l'ingresso di un mediatore culturale nella commissione che organizza le attività culturali ricreative e sportive (art. 27 o.p.). Può essere utile segnalare, incidentalmente, che la presenza di condannati stranieri in Italia può essere destinata a salire, posto che il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 conv. in l. 1° dicembre 2018, n. 132

¹⁸ Cfr. Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Parere del Garante Nazionale*, cit., p. 6.

¹⁹ Vengono in rilievo le commissioni per il controllo del cibo, la gestione della biblioteca, il lavoro e l'organizzazione di attività culturali e ricreative.

ha introdotto nell'art. 19 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 una nuova ipotesi ostaciva all'espulsione, riguardante gli stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità, tali da determinare un rilevante pregiudizio alla salute degli stessi in caso di rientro nel Paese di origine o di provenienza.

5. Novità in tema di diritto allo studio

In ordine al diritto allo studio, nel comma 4 dell'art. 19 o.p. viene agevolata la frequenza e il compimento degli studi universitari e tecnici superiori, anche attraverso convenzioni e protocolli d'intesa con istituzioni universitarie e con istituti di formazione tecnica superiore, nonché l'ammissione di detenuti e internati ai tirocini di cui alla l. 28 giugno 2012, n. 92.

È da evidenziare, in relazione allo studio universitario, l'importanza di aver inserito nella legge il richiamo a convenzioni e protocolli con le istituzioni universitarie, richiamo che può rafforzare la prassi già esistente che vede attualmente, secondo i dati forniti dalla Conferenza nazionale dei Delegati dei Rettori per i Poli Universitari penitenziari, 24 Atenei coinvolti, con attività didattiche e formative in poco meno di 50 Istituti penitenziari e circa 600 studenti iscritti²⁰. Funzionale al diritto allo studio sembrerebbe anche la previsione, inserita dal d.lgs n. 124 del 2018 nell'art. 5 o.p., secondo cui gli edifici penitenziari devono essere dotati di locali per lo svolgimento di attività formative.

6. Regime disciplinare e disposizioni finali del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123

Poche le modifiche in tema di regime disciplinare. Si è intervenuti sulla disciplina dell'isolamento *ex art.* 33 o.p. prevedendosi, in linea con le

²⁰ Indice della crescente attenzione verso la tematica da parte delle Università è la recente formalizzazione, presso la Conferenza dei Rettori delle Università Italiane (CRUI), del Coordinamento dei responsabili di attività di formazione universitaria in carcere tramite la Conferenza nazionale dei Delegati dei Rettori per i Poli Universitari penitenziari (CNUPP): cfr. www.cruai.it/cnupp.html.

proposte della Commissione Giostra, il rinvio alle disposizioni del regolamento di esecuzione per quanto riguarda le modalità di attuazione dell'isolamento. Modalità di attuazione che dovranno comunque garantire le normali condizioni di vita del detenuto – ad eccezione di quelle funzionali alle ragioni (sanitarie, disciplinari o cautelari) alla base della misura in discorso – e la possibilità di colloqui visivi con i soggetti autorizzati. Inoltre, con riferimento all'isolamento giudiziario, si dispone che il relativo provvedimento giudiziale debba indicare la durata e le ragioni dell'isolamento.

In relazione al procedimento disciplinare, oltre a specificarsi che nell'applicazione della sanzione disciplinare si deve tener conto del programma di trattamento in corso, si modifica la composizione del consiglio di disciplina, eliminando, in attuazione della delega, il sanitario e inserendo al suo posto uno degli esperti *ex art.* 80 comma 4 o.p.

Manca invece, come accennato, la specificazione della disciplina delle perquisizioni.

Il d.lgs. n. 123 del 2018 si conclude con due norme che potranno avere effetti pratici di rilievo. Da un lato viene modificato l'art. 43 o.p. stabilendosi, nell'ottica di agevolare il reinserimento sociale, che i detenuti e gli internati debbano essere dimessi con documenti d'identità validi. D'altro canto, al fine di consentire la programmazione degli interventi e delle risorse da parte dei servizi sociali, nell'art. 45 o.p. si prevede l'iscrizione dei reclusi privi di residenza anagrafica nei registri della popolazione residente nel comune dove è situato il carcere, mentre gli altri possono comunque spostare in tale comune l'originaria residenza. La disposizione può avere importanza anche ai fini dell'erogazione di prestazioni socio-sanitarie il cui presupposto è costituito dal requisito della residenza dichiarata²¹.

7. Le modifiche in materia di strutture detentive contenute nel d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124

Nell'analizzare le principali novità in tema di vita detentiva contenute nel d.lgs. n. 124 del 2018, occorre premettere che esso è suddiviso in due

²¹ V. L. Cesaris, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, «Giurisprudenza Penale Web» 2018, 12, pp. 7–8.

capi: il primo riguarda ancora le disposizioni in tema di vita penitenziaria; il secondo capo ha ad oggetto, invece, il lavoro penitenziario²². Come affermato dalla Relazione illustrativa allo schema di decreto inviato dal Governo alle Camere, numerose sono le norme ispirate alle proposte della Commissione Giostra e alle indicazioni conclusive degli Stati Generali dell'esecuzione penale²³.

Il capo I interviene sulle strutture penitenziarie: si stabilisce all'art. 5 o.p. come accennato, che gli edifici penitenziari debbano essere dotati di spazi per lo svolgimento delle attività lavorative, formative e, ove

22 L'obiettivo della riforma è stato quello di incentivare il lavoro che, pur essendo uno degli elementi principali del trattamento, «soffre nella prassi di una gravissima carenza di effettività» (v. A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit.). Fra le novità più significative, può citarsi, innanzitutto, l'eliminazione dell'obbligatorietà del lavoro penitenziario, che si poneva in contrasto con la connotazione del lavoro come elemento del trattamento risocializzante, che ha viceversa carattere volontario. La modifica ha, tuttavia, carattere meramente simbolico, dal momento che, non essendosi intervenuti sugli artt. 22, 23 e 25 c.p., il lavoro penitenziario continua ad essere una componente necessaria della punizione e il rifiuto di dedicarsi a una attività lavorativa continua ad avere come conseguenza l'applicazione di una sanzione disciplinare ai sensi dell'art. 77 reg. es., il quale prevede come infrazione disciplinare il volontario inadempimento di obblighi lavorativi.

Rilevanti modifiche hanno interessato la composizione e il funzionamento della commissione preposta alla formazione delle graduatorie di avvio al lavoro; l'introduzione della produzione di beni da destinare all'autoconsumo; la previsione secondo cui gli introiti delle lavorazioni penitenziarie debbono essere accantonati per finanziare lo sviluppo della formazione professionale e del lavoro dei detenuti. Deve essere inoltre garantito, da parte dell'amministrazione penitenziaria, un servizio di assistenza per l'accesso alle prestazioni previdenziali e assistenziali, nonché per l'erogazione di servizi e politica attiva del lavoro.

Importanti innovazioni anche in tema di lavoro di pubblica utilità, definito come elemento autonomo del trattamento tramite il riferimento alla partecipazione a progetti di pubblica utilità: ciò ha consentito di rendere indipendente tale istituto dal lavoro all'esterno. La conseguenza è stata un ampliamento dell'ambito di operatività del lavoro di pubblica utilità che può svolgersi anche all'interno degli istituti penitenziari, coinvolgendo pure detenuti e internati che non hanno i requisiti per essere ammessi al lavoro all'esterno ex art. 21 o.p. In termini critici sul risalto attribuito al lavoro di pubblica utilità cfr., tuttavia, R. De Vito, *Introduzione. La fine era nota: storia di una riforma minima*, cit., 117, secondo cui sembra essersi in presenza del «tributo a una retorica del lavoro gratuito del detenuto come passaporto per ritrovare riconoscimento sociale e liberarsi dallo stigma della colpevolezza».

23 Cfr. Stati Generali dell'esecuzione penale, *Documento finale*, www.giustizia.it.

possibile, culturali, sportive e religiose. La disposizione è stata, per la verità criticata, nella parte in cui gli spazi per le attività culturali, sportive e religiose saranno fruibili solo ove concretamente possibile in relazione alle specifiche condizioni del singolo carcere²⁴.

Ai sensi dell'art. 6 o.p. le aree residenziali debbono essere dotate di spazi comuni al fine di consentire una gestione cooperativa della vita quotidiana nella sfera domestica. Si tratta di una norma che, facendo riferimento alla gestione comune della vita quotidiana nelle Sezioni, sembra presupporre l'adozione del modello della sorveglianza dinamica, peraltro, come già osservato, non preso in considerazione dai decreti.

Nell'art. 8 o.p. si prevede, in via obbligatoria, che sia assicurato ai detenuti e internati l'uso di docce fornite di acqua calda, nonché la collocazione in spazi riservati dei servizi igienici. Disposizione quest'ultima assolutamente positiva, se si pensa che «ancora oggi sono più di mille i detenuti ristretti in celle con i servizi igienici “a vista”»²⁵. Purtroppo però se ne differisce l'entrata in vigore a partire dal 21 dicembre 2021, dunque tra tre anni. Lo stesso dicasi per la previsione dell'art. 6 o.p.

Infine, il diritto dell'ergastolano di vivere in camere ad un posto (art. 6 comma 5 o.p.) viene ridotto a una semplice indicazione di preferenza che l'interessato può liberamente esprimere. La norma stride con quanto continua a disporre l'art. 22 c.p., il quale prevede l'isolamento notturno quale modalità esecutiva della pena dell'ergastolo.

8. Conclusioni

In sintesi, può affermarsi che complessivamente la riforma penitenziaria presenta aspetti positivi e negativi. Il difetto più eclatante riguarda il mancato intervento sulle misure alternative, non solo in chiave di facilitazione del ricorso alle stesse, ma anche in un'ottica di razionalizzazione della disciplina della materia che, anche a causa delle stratificazioni normative, si presenta a tratti poco lineare e a tratti lacunosa. D'altro canto,

²⁴ M. Bortolato, *Luci e ombre di una riforma a metà*, cit., p. 127.

²⁵ V. A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit.

la popolazione penitenziaria continua a crescere. Se era di 54.653 detenuti al 31 dicembre 2016, ha superato i 60.000 detenuti lo scorso marzo²⁶. Dunque, come ha sottolineato anche il Garante nazionale dei diritti dei detenuti, se non si prendono provvedimenti si rischia di fare un brutto tuffo nel passato.

L'altra lacuna, in materia di superamento di automatismi legislativi e preclusioni legate alla tipologia del reato oggetto di condanna è altrettanto grave, in quanto sottrae alla magistratura di sorveglianza la possibilità di valutare il percorso rieducativo del singolo condannato. Sul punto però siamo assistendo a progressive aperture da parte della Corte costituzionale. Al riguardo, si può concludere con un'affermazione della Corte contenuta nella sentenza n. 149 del 2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater* o.p., nella parte in cui prevede che i condannati all'ergastolo per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, nonché a scopo di terrorismo o di eversione, che abbiano cagionato la morte del sequestrato, non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p. se non abbiano espiato effettivamente almeno 26 anni di pena. Orbene, nella motivazione della sentenza si legge che «la personalità del condannato non resta segnata in modo irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento»²⁷.

²⁶ A fronte di una disponibilità in 190 istituti penitenziari italiani di 50.514 posti (Dati Ministero della Giustizia).

²⁷ V. Corte cost., sent. n. 149 del 2018.

Bibliografia

- M. Bortolato, *Luci e ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2018*, «Quest. Giust.» 2018, 3.
- P. Bronzo, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, www.lalegislazionepenale.eu, 18 gennaio 2018.
- L. Cesaris, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, «Giurisprudenza Penale Web» 2018, 12.
- A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, www.pena-lecontemporaneo.it, 7 novembre 2018.
- R. De Vito, *Introduzione. La fine era nota: storia di una riforma minima*, «Quest. Giust.» 2018, 3.
- Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Parere del Garante Nazionale sul decreto legislativo recante "Riforma dell'ordinamento penitenziario" (Legge delega n. 103 del 2017) ai sensi dell'articolo 19 lettera c del Protocollo Opzionale alla Convenzione ONU contro la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti (OPCAT)*, www.garantenazionaleprivatiliberta.it.
- Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2018*.
- Stati Generali dell'esecuzione penale, *Documento finale*, www.giustizia.it.

Kacper Milkowski¹

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski

ORCID ID: 0000-0003-4367-0365

PRZEGLĄD ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO

ABSTRACT

Overview of the decisions of the Polish Supreme Court

The resolution of seven judges of the Polish Supreme Court passed on September 2, 2019 (court case file no. III CZP 99/18) has a certain significance to performing legal practice and activities. The resolution regards the ambiguity and interpretation differences in the subject of expenses incurred by victims or transferees (entrepreneurs professionally involved in obtaining compensation claims from victims) for the preparation of a private expert opinion during post-accident settlement process (pre-trial proceedings). The Supreme Court assumes that the victims and the transferees have a claim to reimburse expenses incurred for the preparation of a private opinion of an expert (an expertise) from the civil liability insurance company if its preparation was necessary for the effective recovery of damages. It is also worth noting that the resolution of

¹ Doktorant w Katedrze Prawa Międzynarodowego na Wydziale Prawa i Administracji na Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie.

seven judges of the Polish Supreme Court passed on November 20, 2019 (court case file no. III CZP 3/19), in which it indicated that it is not allowed to impose a contractual penalty in the situation of withdrawal from the contract due to non-performance of a pecuniary obligation.

Keywords: Supreme Court, expert, private expert opinion, expertise, contractual penalty, pecuniary obligation

Słowa kluczowe: Sąd Najwyższy, biegły, prywatna opinia biegłego, ekspertyza, kara umowna, zobowiązanie pieniężne

Sprawy z zakresu prawa cywilnego i gospodarczego

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 2 września 2019 r.,
III CZP 99/18

Poszkodowanemu oraz cesjonariuszowi roszczeń odszkodowawczych z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych przysługuje od ubezpieczyciela odpowiedzialności cywilnej zwrot kosztów tzw. prywatnej opinii (ekspertyzy) rzeczoznawcy, jeżeli jej sporządzenie było niezbędne do efektywnego dochodzenia odszkodowania.

Sąd Najwyższy podjął powyższą uchwałę po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu niejawnym dnia 2 września 2019 roku zagadnienia prawnego przedstawionego przez Rzecznika Finansowego we wniosku z dnia 16 listopada 2018 roku: „I. Czy w świetle art. 34 ust. 1 w zw. z art. 36 ustawy z dnia 9 lutego 2018 r. (Dz.U. z 2018 r., poz. 473) o ubezpieczeniach obowiązkowych, Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych (Dz.U. z 2018 r., poz. 473) oraz art. 361 § 1 i § 2 ustawy z dnia 10 maja 2018 r. kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r., poz. 1025), koszt prywatnej ekspertyzy rzeczoznawcy poniesiony przez poszkodowanego w celu ustalenia wysokości szkody bądź odpowiedzialności ubezpieczyciela w toku postępowania likwidacyjnego (przedsądowego) podlega kompensacie w ramach odpowiedzialności gwarancyjnej ubezpieczyciela z tytułu umowy obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych? II. Czy analogicznej kompensacie

w powyższym zakresie podlega również koszt prywatnej ekspertyzy rzeczoznawcy poniesiony przez cesjonariusza, który nabył od poszkodowanego wierzytelność odszkodowawczą?”.

Rzecznik Finansowy podniósł, że z analizy orzecznictwa sądów powszechnych w sprawach odszkodowawczych z obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych wynikają niejednoznaczności i rozbieżności interpretacyjne w zakresie zasądzenia wydatków poniesionych przez poszkodowanych lub cesjonariuszy (przedsiębiorców zajmujących się zawodowo pozyskiwaniem roszczeń odszkodowawczych od poszkodowanych) na sporządzenie tzw. prywatnej ekspertyzy rzeczoznawcy w toku postępowania likwidacyjnego (przesądowego). Prezentowane są dwa stanowiska. Według przeważającego poglądu, odpowiedzialnością odszkodowawczą z umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych objęte są koszty prywatnej opinii rzeczoznawcy, jeżeli były uzasadnione i niezbędne. Według przeciwnego poglądu, koszty te nie wchodzą w zakres szkody lub nie pozostają w adekwatnym związku przyczynowo-skutkowym ze szkodą. Rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych występują także wtedy, gdy w drodze cesji dochodzi do nabycia wierzytelności odszkodowawczej obejmującej koszty prywatnej opinii rzeczoznawcy. Sądy najczęściej przyjmują, że uzasadnione i konieczne koszty prywatnej ekspertyzy poniesione przez poszkodowanego przechodzą na podmiot, który nabył od poszkodowanego wierzytelność odszkodowawczą. Rozbieżności w orzecznictwie odnoszą się również do kompensacji przez ubezpieczyciela kosztów ekspertyzy poniesionych przez cesjonariusza wierzytelności odszkodowawczej.

Analizując orzecznictwo Sądu Najwyższego, Rzecznik Finansowy uwzględnił uchwałę składu siedmiu sędziów z dnia 13 marca 2012 r., III CZP 75/11 (OSNC 2012, nr 7–8, poz. 81), w której przyjęto, że „uzasadnione i konieczne koszty pomocy świadczonej przez osobę mającą niezbędne kwalifikacje zawodowe, poniesione przez poszkodowanego w postępowaniu przedsądowym prowadzonym przez ubezpieczyciela, mogą w okolicznościach konkretnej sprawy stanowić szkodę majątkową podlegającą naprawieniu w ramach obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych (art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o ubezpieczeniach obowiązkowych,

Ubezpieczeniowym Funduszu Gwarancyjnym i Polskim Biurze Ubezpieczycieli Komunikacyjnych, Dz.U. nr 124, poz. 1152 z późn. zm.). Zdaniem Rzecznika Finansowego, uchwała ta nie rozstrzyga w pełni problematyki opisanej we wniosku, np. w zakresie uprawnień cesjonariuszy, a rozbieżności w orzecznictwie sądów powszechnych i podążającej za nimi praktyce likwidacji szkód występują nadal.

Odnosząc się tylko do kosztów sporządzenia tzw. prywatnej opinii rzeczoznawcy poniesionych przez poszkodowanego, Rzecznik Finansowy stanął na stanowisku, że koszty te, jeżeli były uzasadnione i konieczne, mieszczą się w granicach wyznaczonych przez art. 361 § 1 k.c. Uznał też, że skoro wraz z wiarytelnością nabytą na podstawie art. 509 k.c. przechodzą na cesjonariusza na podstawie art. 509 § 2 k.c. wszelkie związane z nią prawa, to w ich skład, co do zasady, wchodzi także prawo do żądania od ubezpieczyciela w ramach odszkodowania zwrotu kosztów opinii rzeczoznawcy.

Sąd Najwyższy w omawianym judykacie wskazał, że w prawie cywilnym obowiązuje zasada pełnego odszkodowania (art. 361 § 2 k.c.), a ubezpieczyciel, który odpowiada z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jak ubezpieczony, również – co do zasady – odpowiada za całą szkodę w granicach związku przyczynowego w ujęciu art. 361 § 1 k.c. Pełne odszkodowanie obejmuje wszystkie szkodliwe skutki zdarzenia stanowiącego czyn niedozwolony, z którym ustawa łączy odpowiedzialność odszkodowawczą – zarówno powstałe wraz z tym zdarzeniem, jak i powstałe później – jeżeli tylko pozostają z tym zdarzeniem w adekwatnym związku przyczynowym, tj. stanowią jego normalne następstwo.

W swoich rozważaniach Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na fakt, że na gruncie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej konieczne jest wskazanie zdarzenia, z którym osoba dochodząca odszkodowania wiąże powstanie szkody, oraz określenie szkody, a następnie ustalenie, czy wskazane zdarzenie jest przyczyną tej szkody, a więc, czy było ono koniecznym warunkiem jej wystąpienia, przy czym normalny związek przyczynowy zachodzi wtedy, gdy w zestawie wszystkich przyczyn i skutków określone przyczyny wywołują normalnie, w zwykłej kolejności rzeczy albo z wysokim stopniem prawdopodobieństwa lub zazwyczaj, tego rodzaju skutki. O tym, czy określone zdarzenia pozostają

w normalnym związku przyczynowym, decyduje wiedza dostępna o tych zdarzeniach w chwili orzekania i zobiektywizowane kryteria wynikające m.in. z doświadczenia życiowego (zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 2012 r., I CSK 665/11, „Izba Cywilna” 2013, nr 12, s. 37). W uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 29 maja 2019 r., III CZP 68/18 Sąd Najwyższy wskazał, że w sytuacjach granicznych rozstrzygające znaczenie przypada – ze względu na niedookreśloność zwrotu „normalne następstwa” – poczuciu prawnemu sędziego. Sąd Najwyższy podkreślił, że celem przedstawionego ujęcia przyczynowości adekwatnej jest wyznaczenie odpowiadającej słuszności granicy między tymi skutkami, które można przypisać pozwanemu o naprawienie szkody, a tymi, których przypisać mu nie można (zob. np. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2003 r., III CZP 6/03, OSNC 2004, nr 1, poz. 4 oraz wyroki Sądu Najwyższego z dnia 18 września 1964 r., II PR 507/64, OSNCP 1965, nr 7–8, poz. 125, z dnia 6 listopada 2008 r., III CSK 130/08, nie publ.).

Zdaniem Sądu Najwyższego w świetle powyższych rozważań uzasadniony jest wniosek, że zlecenie przez poszkodowanego osobie trzeciej ekspertyzy na potrzeby dochodzenia odszkodowania od ubezpieczyciela pozostaje w normalnym związku przyczynowym w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. z wypadkiem komunikacyjnym, a jej koszt wchodzi w określony w art. 361 § 2 k.c. zakres szkody objętej należnym odszkodowaniem od ubezpieczonego i tym samym od ubezpieczyciela, jeżeli w stanie faktycznym sprawy, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności, zlecenie ekspertyzy, jak i jej koszt były celowe, niezbędne, konieczne, racjonalne oraz wystarczająco uzasadnione z punktu widzenia efektywnej realizacji roszczenia odszkodowawczego. Z punktu widzenia konieczności i racjonalności poniesionych wydatków niezbędne jest też uwzględnienie, czy poszkodowany prowadzi działalność gospodarczą i dysponuje wiedzą lub kadrami i sprzętem, które pozwalają bez pomocy osób trzecich ocenić rozmiar uszkodzeń pojazdów. Wymagania te powinny spełniać wydatki na ekspertyzę dotyczącą rozmiaru szkody powypadkowej, jak również na ekspertyzę zleconą w celu wykazania odpowiedzialności ubezpieczyciela, w szczególności gdy sprawca szkody lub ubezpieczyciel negują swoją odpowiedzialność, a same okoliczności wypadku komunikacyjnego wymagają profesjonalnej analizy.

Uznanie, zgodnie z zasadą pełnego odszkodowania wyrażoną w art. 361 § 2 k.c., że koszty sporządzenia ekspertyzy zleconej przez poszkodowanego stanowią w określonych okolicznościach składnik szkody, ma istotne znaczenie z punktu widzenia nabywcy wierzytelności odszkodowawczej. Jeżeli sporządzenie ekspertyzy zostało zlecone przez poszkodowanego, który pokrył związane z tym koszty przed dokonaniem cesji, żądanie zwrotu tych kosztów zostaje przeniesione na cesjonariusza jako integralna część roszczenia o naprawienie szkody. W takiej sytuacji nabywca wierzytelności (roszczenia) poszkodowanego wobec ubezpieczyciela z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wstępuje w pozycję prawną cedenta (poszkodowanego). Należy przy tym podkreślić, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego nie budziło dotychczas wątpliwości, że przedmiotem cesji może być wierzytelność odszkodowawcza (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2009 r., III CZP 18/09, OSNC 2010, nr 1, poz. 11, wyroki Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2018 r., I CSK 197/17, nie publ., z dnia 25 maja 2016 r., V CSK 579/15, OSNC-ZD/2017, nr D, poz. 61, z dnia 22 stycznia 2015 r., I CSK 694/13, nie publ., z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. akt I CSK 296/12, nie publ., z dnia 12 maja 1980 r., I CR 110/80 nie publ. oraz postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt III CZP 61/16, OSNC 2018, nr 11, poz. 108).

Sąd Najwyższy dodaje, że stosownie do art. 509 § 1 k.c., wierzyciel może bez zgody dłużnika, przenieść wierzytelność na osobę trzecią, chyba że sprzeciwiałoby się to ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania. Poza wynikającym z art. 449 k.c. ograniczeniem zbywania roszczeń o odszkodowanie z tytułu majątkowych i niemajątkowych szkód na osobie nie ma innych ustawowych ograniczeń możliwości przelewu roszczeń odszkodowawczych, w szczególności przelewu przez poszkodowanego roszczeń wobec ubezpieczyciela z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej za wyrządzone w wypadkach komunikacyjnych osobom trzecim szkody w mieniu, w tym także za zniszczenie lub uszkodzenie pojazdu. Zbywalności tych roszczeń nie sprzeciwia się też właściwość zobowiązania (zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 2018 r., III CZP 114/17, OSNC 2019, nr 3, poz. 26), przy czym do każdej umowy przelewu wierzytelności mają zastosowanie ogólne reguły prawa cywilnego, w tym dotyczące

ważności czynności prawnych (art. 58 k.c.) oraz wykładni oświadczenia woli (art. 65 k.c.), np. odnośnie do zakresu przelanej wiarytelności.

Wobec tego, w razie zlecenia ekspertyzy przez cesjonariusza wiarytelności odszkodowawczej, okoliczności miarodajne do ustalenia istnienia związku przyczynowego odnoszą się do cesjonariusza. Roszczenie o zwrot kosztów ekspertyzy stanowi własne roszczenie, które ma oparcie w nabytym roszczeniu i w jego dynamice (tak Sąd Najwyższy w wymienionej uchwale z dnia 29 maja 2019 r.). Podobnie jak w odniesieniu do poszkodowanego, który zlecił opinię, wymagane jest uwzględnienie, z punktu widzenia konieczności i racjonalności poniesionych wydatków, w szczególności tego, czy cesjonariusz prowadzi działalność gospodarczą obejmującą nabywanie i dochodzenie roszczeń odszkodowawczych. Zwrot kosztów będzie uzasadniony wówczas, gdy opinia służy bezpośrednio dochodzeniu roszczenia o odszkodowanie wcześniej przez poszkodowanego, a następnie przez cesjonariusza, nie jest zaś powiązana wyłącznie z umową cesji, np. w celu oceny ryzyka, jakie wiąże się z nabywaną wiarytelnością.

Co więcej, w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 29 maja 2019 r. III CZP 68/18 Sąd Najwyższy podkreślił, że chociaż prowadzenie przez cesjonariusza działalności gospodarczej obejmującej nabywanie i dochodzenie roszczeń odszkodowawczych nie wyłącza *a limine* możliwości dochodzenia przez niego od ubezpieczyciela równowartości kosztów zleconej ekspertyzy, to jednak w sposób istotny wpływa na ocenę przysługiwania mu takiej możliwości. Wskazał przy tym, że nie mogą być uznane za pozostające w adekwatnym związku przyczynowym z wypadkiem komunikacyjnym i nie mogą wejść w zakres odszkodowania ubezpieczeniowego wydatki na ekspertyzy zlecone przez cesjonariusza osobie trzeciej, które służą ocenie opłacalności cesji, nawet gdyby były poniesione już po nabyciu wiarytelności od poszkodowanego.

Powyższe rozważania ostatecznie skłoniły Sąd Najwyższy do przyjęcia w uchwale z dnia 2 września 2019 r. (III CZP 99/18), że poszkodowanemu oraz cesjonariuszowi roszczeń odszkodowawczych z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych przysługuje od ubezpieczyciela odpowiedzialności cywilnej zwrot kosztów tzw. prywatnej opinii (ekspertyzy) rzeczoznawcy, jeżeli jej sporządzenie było niezbędne do efektywnego dochodzenia odszkodowania.

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2019 r., III CZP 3/19

Nie jest dopuszczalne zastrzeżenie kary umownej na wypadek odstąpienia od umowy z powodu niewykonania zobowiązania o charakterze pieniężnym.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 36/19

Małżonek dłużnika osobistego jest – na podstawie art. 41 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego – dłużnikiem ponoszącym wobec wierzyciela odpowiedzialność ograniczoną do składników majątku wspólnego małżonków.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 32/19

Zasądzenie odszkodowania za szkodę określoną w art. 129 ust. 2 w zw. z art. 136 ust. 3 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (jedn. tekst: Dz.U. z 2019 r., poz. 1396 ze zm.) według cen z dnia jego ustalenia nie wyłącza przyznania odsetek za opóźnienie od dnia powstania stanu opóźnienia.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 29/19

Artykuł 91 ust. 2 ustawy z dnia 27 października 2017 r. o finansowaniu zadań oświatowych (jedn. tekst: Dz.U. z 2017 r., poz. 2203) nie wyłącza drogi sądowej do dochodzenia po dniu 1 stycznia 2018 r. w postępowaniu przed sądem powszechnym roszczeń dotyczących dotacji przyznawanych niepublicznym przedszkolom w okresie przed dniem 1 stycznia 2017 r. na podstawie ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (jedn. tekst: Dz.U. z 2017 r., poz. 2198 ze zm.).

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 28/19

Roszczenie przewidziane w art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 1234 ze zm.) przysługuje osobie będącej właścicielem lokalu w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 tej ustawy w okresie, którego dotyczy żądanie pozwu.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 27/19

Wykładnia umowy, na podstawie której powód dochodził wynagrodzenia za świadczenie usług, nie jest objęta mocą wiążącą wyroku (art. 365

§ 1 k.p.c.) w sprawie o inną część przewidzianego tą umową wynagrodzenia za świadczenie usług.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 26/19

Dokument z podpisem uznanym przez notariusza za własnoręczny (art. 88 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, jedn. tekst: Dz.U. z 2019 r., poz. 540 ze zm.) jest dokumentem prywatnym z podpisem urzędowo poświadczonym w rozumieniu art. 788 § 1 k.p.c.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 24/19

Udzielenie przez sąd zezwolenia na zbycie nieruchomości położonej w Polsce przez osobę pełnoletnią, pozbawioną zdolności do czynności prawnych, nie stanowi „rozstrzygnięcia dotyczącego praw rzeczowych na nieruchomości położonej w Rzeczypospolitej Polskiej” w rozumieniu art. 1110 [2] k.p.c.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 22/19

Przepis art. 130 § 1 zdanie drugie k.p.c. nie ma zastosowania w razie wniesienia przez zawodowego pełnomocnika zażalenia na postanowienie wydane przez referendarza sądowego, skierowanego do sądu drugiej instancji za pośrednictwem sądu pierwszej instancji, z wnioskiem o zmianę tego postanowienia lub o jego uchylenie i przekazanie do ponownego rozpoznania.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2019 r., IV CSK 309/18

W razie sporu o ważność umowy kredytu bankowego denominowanego do obcej waluty, w której treści znajduje się niedozwolona klauzula konsumentka dotycząca sposobu tej denominacji, rozważyć należy dwie możliwości rozstrzygnięcia. Pierwsza, to ustalenie, czy po wyeliminowaniu klauzuli niedozwolonej, zgodnie z przepisami krajowymi, umowa kredytu bankowego może obowiązywać w pozostałym zakresie jako ta właśnie umowa, mająca strony, przedmiot oraz prawa i obowiązki stron. Druga możliwość rozstrzygnięcia, to uznanie umowy za nieważną lub w zależności od spełnionych przesłanek – unieważnienie zawartej umowy, która bez klauzuli niedozwolonej nie może dalej funkcjonować w obrocie prawnym, zwłaszcza ze względu na brak (odpadnięcie) któregoś

z koniecznych składników (*essentialia negotii*) umowy nazwanej kredytu bankowego. Po ustaleniu okoliczności rozpoznawanej konkretnie sprawy konsument winien oświadczyć, które rozwiązanie wybiera jako dla niego korzystniejsze.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2019 r., III CZP 23/19

Dalszy zstępny spadkodawcy nie jest uprawniony do zachowku po nim, jeśli – w razie dziedziczenia testamentowego – zstępny spadkodawcy złożył oświadczenie o odrzuceniu spadku z ustawy.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2019 r., I CSK 211/19

W systemie oświaty szkoła nie ma podmiotowości prawnej, a ma ją tylko organ ją prowadzący. W konsekwencji świadczenie zawsze uzyskuje organ prowadzący, a nie szkoła – istota dotacji z art. 90 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1457 ze zm.) dotyczy jedynie tego, że ma być przeznaczona na prowadzenie szkoły. W razie dochodzenia zapłaty zaległej dotacji jest jasne, że nie jest to świadczenie o zapłatę dotacji, ponieważ minął czas, w jakim mogła zostać wykorzystana, jest to zaś dochodzenie refundacji prywatnych środków podmiotu prowadzącego szkołę, które musiał wykorzystać na działalność szkoły wobec niezyskania dotacji we właściwej wysokości. Odmienna interpretacja byłaby nieakceptowalna, ponieważ w istocie uniemożliwiłaby żądanie należnych środków po upływie czasu, w którym dotacja miałaby zostać wydatkowana. W konsekwencji zatem po upływie czasu, w jakim dotacja miała być wydatkowana, nie ma znaczenia, czy organ prowadzący szkołę dalej ją prowadzi, żąda on bowiem zwrotu własnych środków, których sposób wydatkowania nie podlega już żadnej kontroli.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2019 r., II CSK 796/18

Niedopuszczalny jest wniosek o nabycie przez zasiedzenie fizycznego fragmentu nieruchomości. Możliwe jest bowiem, zasiedzenie ułamka (idealnego udziału) w prawie własności przysługującego innym osobom. Oczywiście jest, że to rzeczony udział podlega procesowi zasiadania, a nie fizyczny fragment nieruchomości, do którego zasiadającemu przysługuje prawo własności. W rezultacie stwierdzić należy, że istnieje

możliwość zasiedzenia idealnego udziału we współwłasności nieruchomości między współwłaścicielami, przy spełnieniu jednak ściśle określonych warunków. Do takiej zmiany charakteru władztwa konieczne jest wyraźne zmanifestowanie woli władania *cum animo rem sibi habendi*, w sposób widoczny dla współwłaścicieli i dla otoczenia. Surowe wymagania wobec współwłaściciela zmieniającego zakres posiadania samoistnego uzasadnione jest bezpieczeństwem stosunków prawnych i ochroną własności, która narażona byłaby na uszczerbek, gdyby współwłaściciel, uprawniony do współposiadania całości, mógł łatwo doprowadzić do utraty praw pozostałych współwłaścicieli, powołując się na zmianę swojej woli, a więc elementu subiektywnego.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2019 r., III CSK 232/17

Przedawnienie roszczenia uzupełniającego rozpoczyna się z chwilą wymagalności (art. 120 zd. 1 k.c.) i ulega przedawnieniu według terminów określonych w art. 118 k.c., chyba że w czasie jego biegu nastąpi zwrot rzeczy właścicielowi. W takim przypadku terminy określone w art. 118 k.c. ulegają, zgodnie z art. 229 k.c., odpowiedniemu skróceniu do jednego roku, liczonego właśnie od dnia zwrotu rzeczy właścicielowi przez posiadacza. Z chwilą wydania, jeśli do tego momentu nie upłynęły terminy ogólne przedawnienia z art. 118 k.c., przestają one biec dalej i rozpoczyna się bieg terminu określonego w art. 229 k.c.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2019 r., III CSK 230/17

Uchwały zebrań grup członkowskich spółdzielni mogą być zaskarżane do sądu na podstawie art. 42 ustawy z 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1285) z pominięciem określonego w statucie trybu wewnątrzspółdzielczego – odwołania do zebrania przedstawicieli.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2019 r., III CSK 217/17

Zarzucenie przez pracodawcę byłemu pracownikowi, że w okresie wskazanym w umowie o pracę naruszył tajemnicę jego przedsiębiorstwa, o ile przedsiębiorca wykazuje, że określone informacje podpadają pod definicję zawartą w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, skutkuje przerzuceniem na byłego pracownika ciężaru dowodu, że

ujawnione informacje nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k., względnie że utworzone przez byłego pracownika przedsiębiorstwo zostało zorganizowane na zasadach, które są powszechnie znane i stosowane przez inne podmioty, prowadzące tego typu działalność gospodarczą albo zostało zorganizowane na nowych zasadach – w stosunku do zasad stosowanych przez przedsiębiorcę domagającego się ochrony – wypracowanych w wyniku wiedzy i doświadczenia zawodowego tego pracownika.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2019 r., III CSK 189/17

Nie ma uzasadnienia dla rozszerzającej wykładni skutków pełnomocnictwa procesowego wyznaczonych zakresem określonym w art. 91 k.p.c., zwłaszcza gdy pozew i treść pełnomocnictwa są redagowane przez zawodowego pełnomocnika. Od zawodowego pełnomocnika trzeba wymagać profesjonalizmu w formułowaniu pozwu i pełnomocnictwa w tych przypadkach, gdy pozew, który jest kwalifikowanym pismem procesowym, a jego wniesienie czynnością procesową, ma obejmować także czynność prawną o charakterze materialnym. Wówczas w pozwie należy wyraźnie wyodrębnić elementy wskazujące także na odwołanie darowizny i okoliczności faktyczne, na których jest ono oparte. Natomiast dokument pełnomocnictwa powinien zawierać jednoznaczne umocowanie do dokonania także i tej czynności o skutku materialnoprawnym.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2019 r., III CSK 161/17

Wydanie wyroku na korzyść jednego z dłużników solidarnych w następstwie uwzględnienia zarzutu wspólnego dla wszystkich dłużników uzasadnia uwzględnienie powództwa przeciwegzekucyjnego drugiego z dłużników.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2019 r., II CSK 410/18

Jeżeli instalacja elektryczna została wykonana przed zawarciem umowy najmu, to okoliczność ta nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia zakresu świadczenia wynajmującego. Bez względu bowiem na to, kto wykonywał wcześniej remont, kto dokonywał poszczególnych instalacji w budynku, z punktu widzenia obowiązków pozwanego, jako strony umowy najmu, istotne jest to, czy wydał on powodowi lokal mieszkalny

w stanie przydatnym do umówionego użytku. Rzecz powinna być wydana najemcy w stanie przydatnym do używania jej w zakresie i w sposób określony w umowie najmu. Natomiast, jeżeli w umowie nie ma stosownego postanowienia w tym zakresie, rzecz powinna być wydana najemcy w stanie nadającym się do użytku zgodnego z właściwością i przeznaczeniem rzeczy. W przypadku z kolei lokali mieszkalnych, muszą one nadto spełniać wymogi wynikające z ustawy o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego, a wcześniej z ustawy o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych.

Na podstawie art. 659 § 1 k.c. w zw. z art. 662 § 1 k.c., można zrekonstruować normę prawną określającą treść zobowiązania wynajmującego. Otóż, powinien on świadczyć poprzez wydanie najemcy do używania rzeczy w stanie przydatnym do umówionego użytku i utrzymywać ją w takim stanie przez czas trwania najmu. Zatem, z normy tej wynika obowiązek wynajmującego, polegający na wydaniu rzeczy w odpowiednim stanie oraz drugi obowiązek obejmujący dbałość o wynajętą rzecz w trakcie trwania stosunku najmu.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2019 r., IV CSK 297/18

Dobra osobiste osób prawnych to wartości niemajątkowe, dzięki którym osoba prawna może funkcjonować zgodnie ze swym zakresem działań, takie jak dobre imię (dobra sława, reputacja, autorytet), nazwa (firma) lub tajemnica korespondencji. Dobre imię osoby prawnej naruszają takie zarzuty, które – obiektywnie oceniając – przypisują jej niewłaściwe postępowanie mogące spowodować utratę zaufania do niej, potrzebnego do realizacji zamierzonych przez nią celów w ramach prowadzonej działalności. Za tego rodzaju naruszenia uważa się formułowanie nieprawdziwych zarzutów dotyczących przykładowo niskiej jakości wytwarzanych produktów lub świadczonych usług, nierzetelnego wypełniania przez daną osobę prawną zobowiązań publicznoprawnych i prywatnoprawnych (nieuiszczanie podatków, składek na ubezpieczenie społeczne, niespłacanie kredytów bankowych lub innych długów), niewłaściwego traktowania pracowników (mobbing, zaleganie z wypłacaniem wynagrodzeń), niewłaściwego podejścia do klientów (niekulturalne traktowanie klientów, nierzetelne załatwianie skarg i reklamacji).

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2019 r., IV CSK 292/18

Oceniając odpowiedzialność cywilną za szkody powstałe w związku z ruchem pojazdu, należy każdorazowo ustalać, czy istnieje powiązanie szkody z funkcją komunikacyjną pojazdu. Nie bez znaczenia jest określenie normalnej funkcji pojazdu, a więc, czy chodzi o pojazd, którego zasadniczą funkcją jest komunikacja (służy głównie do transportu), czy o pojazd specjalistyczny, który służy do wykonywania określonych prac, z tym jednak zastrzeżeniem, że ostatecznie decydujące jest konkretne przeznaczenie pojazdu w chwili zdarzenia.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2019 r., V CSK 283/18

Chociaż poręczyciel odpowiada jak współdłużnik solidarny, to jednak w razie spełnienia przez niego świadczenia zastosowanie ma art. 518 § 1 pkt 1 k.c., a nie art. 376 § 1 k.c.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2019 r., V CSK 267/18

Wierzyciel hipoteczny może domagać się zapłaty z tytułu zaspokojenia swojej wierzytelności od dłużnika osobistego lub od właściciela przedmiotu hipoteki, a więc od dłużnika rzeczowego, co oznacza, że obowiązek tegoż dłużnika polega na zapłacie, a nie na znoszeniu egzekucji kierowanej do tego przedmiotu.

Wpis hipoteki zwykłej stanowi dla wierzyciela hipotecznego wystarczającą legitymację do dochodzenia roszczenia oraz do dowiedzenia istnienia wierzytelności. Obalenie domniemania należy do dłużnika.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2019 r., IV CSK 277/19

Istnienie zabezpieczenia hipotecznego na nieruchomości będącej przedmiotem darowizny nie wyłącza możliwości pokrzywdzenia wierzyciela w drodze wyzbycia się danego składnika majątku, gdyż do pokrzywdzenia dochodzi również wskutek takiego stanu faktycznego majątku dłużnika, który powoduje niemożność, utrudnienie lub odwleczenie zaspokojenia wierzyciela.

Sąd II instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, natomiast wiążą go zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego. Związanie zarzutami procesowymi w swym pozytywnym wymiarze wyraża się w obowiązku zbadania tych zarzutów.

Sprawy z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2019 r., III UZP 5/19

Przepis art. 25 ust. 1b ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (jednolity tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 1270 ze zm.) ma zastosowanie do urodzonej w 1952 r. ubezpieczonej, która od 2008 r. pobierała wcześniejszą emeryturę, warunki uprawniające do przyznania emerytury z powszechnego wieku emerytalnego spełniła w 2012 r., a wniosek o przyznanie jej prawa do emerytury z powszechnego wieku emerytalnego złożyła w 2016 r.

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2019 r., III PZP 5/19

Sprawę o odszkodowanie w przypadku nieuzasadnionego lub naruszającego przepisy wypowiedzenia oraz rozwiązania stosunku pracy dochodzone przez pracownika od pracodawcy na podstawie art. 415 k.c. w związku z art. 300 k.p. rozpoznaje sąd w składzie jednego sędziego jako przewodniczącego i dwóch ławników (art. 47 § 2 pkt 1 lit. a k.p.c.).

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2019 r., III UZP 9/19

W sprawach z zakresu ubezpieczeń społecznych o należności z tytułu składek i wysokość zadłużenia stawkę wynagrodzenia radcy prawnego ustala się na podstawie § 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (jednolity tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 265).

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2019 r., III UK 252/18

Jeśli umowa wykazuje cechy wspólne dla co najmniej dwóch różnych rodzajów (typów) umów (np. umowy rezultatu i umowy starannego działania), to w celu dokonania jej właściwej kwalifikacji prawnej należy posłużyć się metodą typologiczną, której istota sprowadza się do poczynienia ustaleń w kierunku, jakie cechy przeważają (dominują) w umowie. W razie wątpliwości, czy dana umowa jest umową o dzieło czy umową zlecenia, należy ustalić, czy w treści i sposobie jej wykonywania przeważają cechy jednej z tych umów. Dopiero wówczas, gdy umowa

poddawana analizie (w swej treści, a zwłaszcza w sposobie wykonywania) wykazuje z ich jednakowym nasileniem cechy wspólne dla co najmniej dwóch różnych wzorców umownych, o jej typie (rodzaju) decyduje zgodny zamiar stron i cel umowy, który może (ale wcale nie musi) wyrażać się także w nazwie umowy. Istotne (pomocne) przy kwalifikacji takiej umowy jest też uwzględnienie okoliczności towarzyszących jej zawarciu. Nazwa umowy z eksponowaniem terminologii służącej podkreśleniu charakteru umowy jako umowy zlecenia lub umowy o dzieło, nie jest elementem decydującym samodzielnie o rodzaju zobowiązania, w oderwaniu od oceny rzeczywistego przedmiotu tej umowy i sposobu oraz okoliczności jej zawarcia i wykonania.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2019 r., III PK 126/18

Odejście od wykładni językowej, mimo jednoznaczności brzmienia przepisu, jest możliwe, jeśli dosłowne jego brzmienie prowadzi do niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji, a przemawiają za tym szczególnie ważne racje prawne, społeczne lub moralne.

Zwrot „naruszenie przepisów niniejszego oddziału” z art. 67 kodeksu pracy, przez rozszerzenie zawarte w art. 63 kodeksu pracy odnosi się do wygaśnięcia stosunku pracy wskazanego w Kodeksie pracy, a także zawartego w przepisach szczególnych. Oznacza to, że „naruszenie przepisów” statuujące prawo pracownika do roszczeń rozciągnięte zostało także na przepisy szczególne (pozakodeksowe).

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2019 r., III UZP 6/19

Osobie, która osiągnęła 25 lat życia, będąc na ostatnim roku studiów podyplomowych, przedłuża się prawo do renty rodzinnej do zakończenia tego roku studiów (art. 68 ust. 2 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych; jednolity tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 1270 ze zm.).

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2019 r., III PZP 4/19

Wychowawcy placówek opiekuńczo-wychowawczych typu socjalizacyjnego zatrudnieni przed dniem 1 stycznia 2004 r. nie zachowali na mocy

art. 237 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (aktualnie jednolity tekst: Dz.U. z 2019 r., poz. 1111 ze zm.) prawa do wynagrodzenia za godziny, o których mowa w art. 35 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 26 stycznia 1982 r. – Karta Nauczyciela (aktualnie jednolity tekst: Dz.U. z 2018 r., poz. 967 ze zm.).

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 września 2019 r., II PK 172/18

Pracownik powinien udowodnić lub wykazać z wysokim prawdopodobieństwem, że we wskazanych dniach pracy lub dniach wolnych od pracy pracował w interesie i co najmniej za dorozumianą akceptacją pracodawcy w konkretnej i weryfikowalnej liczbie godzin nadliczbowych, co pracodawca może kontestować przeciwdowodami, że taka potrzeba nie wystąpiła, ponieważ zadania te pracownik mógł i powinien był wykonać w granicach normalnego czasu pracy.

Sprawy z zakresu prawa karnego

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2019 r., V KK 178/19

W realiach spraw dotyczących urządzania gier na automatach bez posiadania koncesji, co do zasady, nie może być mowy o tym, by sprawca wykorzystywał sprzyjającą okazję. W realizacji takich zachowań nie ma przecież żadnego elementu już istniejącego, albo takiego, który pojawia się na początkowym etapie realizacji czynu przestępczego i jest później wykorzystany. Sprawca niczego więc nie wykorzystuje dla realizacji znamion czynu zabronionego.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2019 r., IV KK 365/18

Wypowiedzi stanowiące realizację uprawnień lub wykonywania obowiązków, nie mogą, jako mające charakter działań prawnych, być traktowane jako zniesławienie. Do takich wypowiedzi zalicza się, między innymi, oświadczenia składane w uzasadnieniu lub w obronie praw (np. skargi sądowe, odpowiedzi na zarzuty procesowe, zażalenia, doniesienia pokrzywdzonych o przestępstwie), a także oświadczenia składane w wykonaniu obowiązku nałożonego przez prawo publiczne (np. oświadczenia prokuratorów

i sędziów, raporty policji, opinie z akt osobowych, itp.). Warunkiem natomiast pozbawienia omawianego oświadczenia cech bezprawności jest to, aby działanie w każdej z tych sytuacji nie wykraczało poza wyznaczone granice kompetencji (uprawnienia, upoważnienia, obowiązki), w tym nie było działaniem pozornym, podyktowanym zamiarem zniesławienia.

Ośrodek pomocy społecznej ma obowiązek wystąpić do wydziału rodzinnego i nieletnich właściwego sądu rejonowego, gdy istnieje podejrzenie zaniedbań względem dzieci, zagrożenia bezpieczeństwa lub życia nieletnich, zaniedbań rodzicielskich, stosowania przemocy, braku umiejętności opiekuńczo-wychowawczych, które mają destrukcyjny wpływ na rozwój dzieci lub osób niepełnosprawnych zamieszkujących w rodzinie oraz w przypadku każdej niepokojącej sytuacji, która może wpływać na bezpieczeństwo osób wchodzących w skład rodziny. Uzasadnienie takiego wystąpienia powinno zawierać informację o znanych urzędowi wszelkiego rodzaju niepokojących zdarzeniach wskazujących na potrzebę podjęcia przewidzianych prawem działań przez sąd rodzinny i nieletnich. Ewentualne oceny zawarte w pisemnym wystąpieniu muszą opierać się na znanych faktach i nie mogą wykraczać poza rzeczową potrzebę uzasadnienia tego pisma.

Dla przyjęcia, iż funkcjonariusz publiczny działał w granicach uprawnień i obowiązków służbowych, to taki funkcjonariusz musi być rzeczowo i miejscowo uprawniony do ingerencji w chronione prawem dobra należące do obywatela, muszą też zachodzić zarówno formalne, jak i merytoryczne warunki uzasadniające zainicjowanie i realizację ingerencji, a jej przebieg musi być zgodny z przepisaną prawną procedurą jej wykonania.

Sprawy z zakresu prawa publicznego

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2019 r., I NSW 130/19
Nie jest wykluczone ustalenie tożsamości wyborcy przebywającego w areszcie śledczym na podstawie wewnętrznej karty identyfikacyjnej. Taka weryfikacja odbywa się nie tylko na podstawie zamieszczonej na niej fotografii, ale również danych osobowych (imię, nazwisko, data urodzenia), porównywanych z informacjami zawartymi w wykazie

wyborców przebywających w areszcie śledczym, w którym utworzono obwód głosowania (dane te określa rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 29 grudnia 2014 r. w sprawie spisu wyborców, Dz.U. z 2015 r., poz. 5). Nie jest do tego konieczne porównanie serii i numeru dowodu osobistego czy numeru PESEL.

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2019 r., I NSNZP 2/19

Osobie bliskiej poszkodowanego, który na skutek czynu niedozwolonego doznał ciężkiego i trwałego rozstroju zdrowia, nie przysługuje za doświadczenie pieniężne na podstawie art. 448 Kodeksu cywilnego.

Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2019 r., I NSNZP 1/19

Oddalenie przez Sąd Najwyższy kasacji wniesionej od orzeczenia sądu powszechnego jest orzeczeniem wydanym w „toku postępowania” w rozumieniu art. 94 § 2 ustawy o Sądzie Najwyższym. W konsekwencji Sąd Najwyższy rozpoznaje skargę nadzwyczajną wniesioną w takiej sytuacji procesowej w składzie: 5 sędziów Sądu Najwyższego orzekających w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych oraz 2 ławników Sądu Najwyższego.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2019 r., I NSK 59/18

Wobec braku przepisu analogicznego do art. 11 k.p.c. (związanie sądu cywilnego skazującym wyrokiem karnym) brak jest podstaw do stwierdzenia, że sąd, rozpoznając sprawę w postępowaniu cywilnym, ma obowiązek uwzględnić stan faktyczny ustalony przez organ administracyjny i przyjęty za podstawę wydanej przez niego decyzji.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2019 r., I NSP 100/19
Suma pieniężna, o której mowa w art. 12 ust. 4 ustawy z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 75 ze zm.), nie stanowi odszkodowania za poniesione straty i utracone korzyści (art. 361 § 2 k.c.). Nie jest również

zadośćuczynieniem pieniężnym za doznaną krzywdę w rozumieniu art. 445 k.c. Suma ta pełni z jednej strony funkcję sankcji za wadliwe zorganizowanie wymiaru sprawiedliwości przez państwo, z drugiej zaś – funkcję rekompensaty dla strony za doznaną szkodę niematerialną, będącą wynikiem przewlekłości.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2019 r., I NSK 56/18

Wpis postanowienia do rejestru, o którym mowa w art. 479⁴⁵ § 2 k.p.c., działa wyłącznie na niekorzyść przedsiębiorcy pozwanego w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolony, nie działa natomiast na niekorzyść innych przedsiębiorców, nawet wówczas, gdy stosują oni we wzorcach postanowienia identyczne (tożsame) z tymi, które zostały wpisane do rejestru. To zaś oznacza, że stosowanie przez przedsiębiorcę postanowienia identycznego (tożsamego) z postanowieniem wpisanym do rejestru postanowień wzorców umowy uznanych za niedozwolone, który nie uczestniczył w postępowaniu zakończonym wpisem do rejestru, nie jest zachowaniem bezprawnym.

Bibliografia

- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2019 r., I NSW 130/19.
Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2019 r., I CSK 211/19.
Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2019 r., II CSK 796/18.
Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 września 2019 r., INSP 100/19.
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 36/19.
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 32/19.
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 29/19.
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 28/19.
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 27/19.
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 26/19.
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 24/19.
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2019 r., III CZP 22/19.
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 października 2019 r., III CZP 23/19.
Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2019 r., III UZP 9/19.
Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2019 r., III UZP 5/19.
Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2019 r., III CZP 3/19.
Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2019 r., I NSNZP 2/19.
Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2019 r., III PZP 5/19.
Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2019 r., I NSNZP 1/19.
Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2019 r., III UZP 6/19.
Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2019 r., III PZP 4/19.
Uchwała składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 2 września 2019 r., III CZP 99/18.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 października 2019 r., IV CSK 309/18.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2019 r., V KK 178/19.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2019 r., I NSK 59/18.

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2019 r., III PK 126/18.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 września 2019 r., III UK 252/18.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2019 r., III CSK 232/17.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2019 r., III CSK 230/17.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2019 r., III CSK 217/17.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2019 r., III CSK 189/17.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 września 2019 r., III CSK 161/17.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2019 r., II CSK 410/18.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 września 2019 r., I NSK 56/18.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2019 r., IV CSK 297/18.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2019 r., IV CSK 292/18.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2019 r., V CSK 283/18.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2019 r., V CSK 267/18.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2019 r., IV CSK 277/19.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 września 2019 r., IV KK 365/18.
Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 września 2019 r., II PK 172/18.

LISTA RECENZENTÓW (w porządku alfabetycznym)

- » dr Michał Araszkiwicz r. pr.
- » dr hab. Małgorzata Balwicka-Szczyrba r. pr.
- » dr hab. Jacek Barcik
- » dr Mateusz Błachucki
- » dr hab. prof. nadzw. UW r. Łukasz Błaszczak r. pr.
- » dr Joanna Bodio r. pr.
- » dr hab. prof. UŁ Monika Bogucka-Felczak
- » dr Teodor Bulenda
- » dr hab. Piotr Chlebowicz
- » prof. dr hab. Marek Chmaj r. pr.
- » prof. dr hab. Janina Ciechanowicz-McLean
- » dr Ziemowit Cieślik r. pr.
- » dr Katarzyna Dadańska r. pr.
- » dr hab. prof. UWM Jarosław Dobkowski
- » dr Michał Domagała
- » dr hab. Izabela Gil r. pr.
- » dr Marcin Górski r. pr.
- » dr hab. prof. nadzw. UEK Filip Grzegorzcyk
- » prof. dr hab. Stanisław Hoc
- » dr Marlena Jankowska
- » dr Tomasz Jaroszyński r. pr.
- » dr Przemysław Kledzik r. pr.
- » dr Michał Kobylarz r. pr.
- » dr hab. prof. nadzw. UŚ Radosław Koper
- » dr Patrycja Kozłowska-Kalisz r. pr.
- » dr Małgorzata Krasnodębska-Tomkiel r. pr.
- » dr hab. prof. UŁ Monika A. Król
- » dr Michał Krzykowski r. pr.
- » dr hab. prof. nadzw. UŁ Jerzy Leszczyński r. pr.
- » dr Piotr Lissoń
- » prof. dr hab. Agnieszka Malarewicz-Jakubów
- » dr Michał Mariański
- » dr hab. Krystian Markiewicz
- » dr Przemysław Mijał r. pr.

- » dr Zdzisław Muras r. pr.
- » dr hab. prof. nadzw. UR Jan Olszewski
- » dr hab. Bogumił Pahl
- » prof. Ferdinando Parente
- » dr hab. prof. nadzw. UŚ Piotr Pinior
- » dr hab. Ryszard Piotrowski
- » dr hab. prof. nadzw. UG Andrzej Powałowski
- » dr hab. Piotr Prusinowski
- » dr hab. Maciej Rzewuski
- » dr hab. prof. nadzw. UW r Janusz Sawicki
- » dr hab. prof. nadzw. USWPS we Wrocławiu Iwona Sierpowska
- » dr hab. prof. UAM Jędrzej Skrzypczak r. pr.
- » prof. dr hab. Jacek Sobczak
- » prof. dr hab. Kazimierz Strzyczkowski
- » dr Dariusz Szafrąński
- » dr hab. prof. UR Renata Świrgoń-Skok
- » prof. dr hab. Elżbieta Ura
- » dr hab. Monika Urbaniak
- » dr hab. Michał Wojewoda r. pr.
- » dr Magdalena Wróbel r. pr.
- » dr Krzysztof Wygoda
- » prof. dr hab. Robert Zawłocki
- » dr Krystyna Ziółkowska
- » dr hab. Łukasz Żarnowiec

Radca Prawny. Zeszyty Naukowe
Kwartalnik naukowy

<http://www.kirp.pl/wydawnictwa/>

Wydawca

Krajowa Rada Radców Prawnych

Al. Ujazdowskie 18 lok. 4

00-478 Warszawa

e-mail: radca.prawny@kirp.pl

Abstrakty i słowa kluczowe w języku angielskim

Piotr Brodowski

Projekt okładki

Aleksandra Snitsaruk

Korekta

Anna Śleszyńska –

Pracownia edytorska POST/SCRIPTUM

DTP i layout

Aleksandra Snitsaruk

Druk

Wiedza i Praktyka

© Copyright by Krajowa Rada Radców Prawnych
Warszawa 2019

ISSN 2392–1943



ISSN 2392-1943



KRAJOWA IZBA
RADCÓW PRAWNYCH