

Daria Kucyper, Daniel Kwiatkowski, Wojciech Płóciennik

**Prokonstytucyjne stosowanie prawa karnego
(V Krakowskie Forum Karnistyczne,
9 czerwca 2017 r.)***

Tematem V Krakowskiego Forum Karnistycznego było prokonstytucyjne stosowanie prawa karnego – orzekanie w sprawach karnych w sytuacji wątpliwości co do konstytucyjności podstawy prawnej rozstrzygnięcia. Forum odbyło się 9 czerwca 2017 r. w Krakowie, a zostało zorganizowane we współpracy „Czasopisma Prawa Karnego i Nauk Penalnych”, Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego Fundacja, Okręgowej Rady Adwokackiej w Krakowie, Sądu Okręgowego w Krakowie i Stowarzyszenia Prokuratorów „Lex Super Omnia”.

Celem Forum była odpowiedź na pytanie, na czym powinno polegać prokonstytucyjne stosowanie prawa karnego w sprawach karnych. W toczącej się aktualnie debacie prawniczej bardzo wiele uwagi poświęcono tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa. Jednak nie jest oczywiste, na czym owa kontrola miałaby polegać oraz w czym miałyby się różnić od uwzględniania norm konstytucyjnych przy wydawaniu rozstrzygnięcia indywidualnego w sprawie karnej. Nie ulega wątpliwości, że rozstrzygnięcie procesowe powinno być w jak największym stopniu zgodne z Konstytucją RP¹, zwłaszcza w perspektywie ochrony konstytucyjnych praw i wolności jednostki. W tym kierunku należy także interpretować przepisy ustawowe i podustawowe określające podstawę kompetencyjną do wydania danego rozstrzygnięcia. Co jednak zrobić, gdy *prima facie* brzmienie ustawy wyklucza wydanie indywidualnego rozstrzygnięcia spełniającego standard

* Autorami poszczególnych części sprawozdania są: Daria Kucyper (część 1), Wojciech Płóciennik (część 2), Daniel Kwiatkowski (część 3).

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 IV 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: „Konstytucja RP”, „Konstytucja”.

konstytucyjny? Jakie techniki i strategie wykładnicze należy wówczas zastosować, by standard ten zapewnić? Jakie są uwarunkowania oraz ustrojowe ograniczenia ewentualnej odmowy stosowania niekonstytucyjnego prawa? Czy jest to w ogóle możliwe w aktualnym systemie norm konstytucyjnych?

Wskazane zagadnienia analizowano na przykładach już obowiązujących uregulowań z zakresu prawa karnego materialnego, procesowego i ustrojowego, które budzą szerokie wątpliwości konstytucyjne. Po pierwsze, celem debaty było wskazanie sposobów dochodzenia do wniosku, że ewentualne zastosowanie danej regulacji prowadzić będzie do niekonstytucyjnych skutków (co wydaje się wymagać odmiennych sposobów argumentacji od ustalenia *in abstracto* niekonstytucyjności określonej regulacji prawnej). Po drugie, dyskusja zmierzała do odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób ma postąpić organ procesowy w przypadku stwierdzenia, że istnieje niebezpieczeństwo wydania rozstrzygnięcia, które prowadzić będzie do niekonstytucyjnych skutków. Organizatorzy zakładali, że nieco inaczej problem ten może wyglądać w prawie karnym materialnym, inaczej zaś w perspektywie prawa procesowego, a jeszcze inaczej w sytuacji, gdy wątpliwości będą dotyczyć kwestii ustrojowych funkcjonowania organów procesowych w sprawach karnych.

Poszczególne tematy prezentowane były przez dwóch referentów w formie debaty. Jeden z referentów przedstawiał wątpliwości konstytucyjne oraz możliwości uzyskania prokonstytucyjnego rozstrzygnięcia, drugi zaś przyjmował rolę adwersarza, koncentrując się na przedstawieniu argumentów przeciwnych i ograniczeń w zakresie prokonstytucyjnego stosowania prawa w analizowanym przypadku. Po każdym panelu odbywała się dyskusja z publicznością.

Nagrania video z przebiegu obrad można obejrzeć na kanale czasopisma Karne24.com na YouTube².

1. Wątpliwości co do konstytucyjności regulacji prawa karnego materialnego (obligatoryjny dożywotni zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych)

1.1. Panel poświęcony prawu karnemu materialnemu otworzył Janusz Raglewski³, który zaznaczył, że kwestia obligatoryjnego dożywotniego zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych uregulowana w art. 42

² Zob. < https://www.youtube.com/watch?v=pF_OEu9002c&list=PLY--lyT-PW14fbelE-fAQVpGtZwqDhjSnF&index=2 >.

³ Dr hab. Janusz Raglewski, prof. UJ – Katedra Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, adwokat.

§ 3 i 4 k.k.⁴ jest niezwykle kontrowersyjna, a zarazem praktyczna. Sławomir Szyrmer⁵, jako pierwszy z prelegentów, otrzymał rolę obrońcy zgodności z Konstytucją obligatoryjnego dożywotniego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych, a Andrzej Sakowicz⁶ – rolę przeciwnika konstytucyjności tej regulacji.

1.2. Jako pierwszy głos zabrał dr Szyrmer, który na samym początku swoich rozważań podkreślił, że przepisy art. 42 § 3 i 4 k.k. nie obowiązywały od początku istnienia Kodeksu karnego, lecz zostały wprowadzone z biegiem czasu, a następnie były modyfikowane, w konsekwencji czego nadawano im coraz bardziej represyjną treść. Dzięki zabiegom ustawodawcy polegającym na modyfikacji przepisów można wprost odczytać, jaki cel miało ich wprowadzenie oraz jaki sens ma zdaniem ustawodawcy zaostrzenie tych regulacji. Prelegent przedstawił ewolucję przepisów od momentu wprowadzenia zakazu prowadzenia pojazdów do Kodeksu karnego nowelizacją z dn. 15 lipca 2000 r.⁷ do chwili obecnej. Sędzia wskazał, że w toku kolejnych nowelizacji regulacje wskazane w art. 42 § 3 i 4 k.k. spotkały się z krytyką zarówno środowisk prawniczych, jak i samego rządu.

1.3. Przechodząc do zasadniczych rozważań, dr Szyrmer podjął dyskusję na temat konstytucyjności art. 42 § 3 i 4 k.k., które obecnie są przedmiotem badania przez Trybunał Konstytucyjny na skutek pytania prawnego Sądu Rejonowego w Chojnicach⁸. Sąd, zwracając się do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym, zakwestionował zgodność art. 43 § 3 i 4 k.k.

⁴ Art. 42 § 3 ustawy z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2017, poz. 2204 tekst jedn. ze zm., dalej: „Kodeks karny”, „k.k.”: „Sąd orzeka zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych dożywotnio w razie popełnienia przestępstwa określonego w art. 178a § 4 lub jeżeli sprawca w czasie popełnienia przestępstwa określonego w art. 173, którego następstwem jest śmierć innej osoby lub ciężki uszczerbek na jej zdrowiu, albo w czasie popełnienia przestępstwa określonego w art. 177 § 2 lub w art. 355 § 2 był w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego lub zbiegł z miejsca zdarzenia, chyba że zachodzi wyjątkowy wypadek, uzasadniony szczególnymi okolicznościami”; art. 42 § 4 k.k.: „Sąd orzeka zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych dożywotnio w razie ponownego skazania osoby prowadzącej pojazd mechaniczny w warunkach określonych w § 3”.

⁵ Dr Sławomir Szyrmer – sędzia Sądu Rejonowego dla Krakowa-Krowodrzy w Krakowie.

⁶ Dr hab. Andrzej Sakowicz, prof. UwB – Katedra Postępowania Karnego Uniwersytetu w Białymstoku.

⁷ Dz.U. 2000, nr 48, poz. 548.

⁸ Pytania prawne opatrzone są sygnaturą P 3/17 oraz P 4/17. Sprawy zostały połączone do wspólnego rozpoznania.

z wzorcem kontroli określonym w art. 10 w zw. z art. 175 Konstytucji – zasadą trójpodziału władzy oraz sprawowania wymiaru sprawiedliwości przez sądy; art. 45 ust. 1 Konstytucji – prawem do niezawisłego i niezależnego sądu; oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji – zasadą proporcjonalności. Sędzia Szyrmer, omawiając kwestię pytania prawnego, wskazał, że jego zdaniem najważniejszy w zakresie badania zgodności z Konstytucją przepisów art. 42 § 3 i 4 k.k. jest art. 45 ust. 1 Konstytucji, z uwagi na możliwość istotnego ograniczenia praw oskarżonego poprzez pozbawienie go możliwości prowadzenia pojazdów mechanicznych przez resztę życia. Z drugiej jednak strony sędzia zauważył, że można patrzeć na ten problem zupełnie inaczej, a mianowicie z punktu widzenia potencjalnej ofiary sprawcy przestępstwa z art. 177 k.k. w zw. z art. 178a k.k. – tym samym wydaje się, że dożywotni zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych nie jest już tak wielką dolegliwością dla sprawcy.

1.4. Sławomir Szyrmer stwierdził, że regulacje zawarte w art. 42 § 3 i 4 k.k. nie są przeszkodą do korzystania przez strony postępowania z konstytucyjnego prawa do sądu. Zdaniem prelegenta sąd, mimo takiego ukształtowania przepisów, i tak musi się zająć sprawą poprzez jej rozpoznanie i wydanie stosownego wyroku, od którego stronom przysługuje apelacja. Ponadto przepisy te są tak skonstruowane, że aby sąd zastosował środek karny, wcześniej musi dojść do zaistnienia całego szeregu przesłanek, które nie pozwalają na dowolność interpretacji. Kolejnym argumentem za konstytucyjnością art. 43 § 3 i 4 k.k. jest to, że przepisy te dotyczą środka karnego, a nie kary, co powoduje, że ustawodawca nie obliguje sądu do zastosowania określonej kary, ale określonego elementu wyroku, jakim jest środek karny. Odnosząc się do zgodności regulacji z zasadą proporcjonalności, sędzia wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego należy się odwołać do kryterium przydatności, konieczności i proporcjonalności. Jeśli środek ten ma za zadanie wyeliminować określoną grupę kierowców z ruchu drogowego, to oczywistym jest, że można stwierdzić, że ten środek jest jak najbardziej przydatny. Zdaniem sędziego liczba skazań wymaganych do zastosowania tego środka karnego stanowi dostateczne uzasadnienie dla konieczności zabezpieczenia społeczeństwa przed kolejnym popełnieniem przestępstwa przez nietrzeźwego kierowcę. Środek ten jest stosowany wobec tzw. recydywistów komunikacyjnych, celem jest zaś zapewnienie bezpieczeństwa w komunikacji – i nie dotyczy to sprawców popełniających przestępstwo po raz pierwszy, więc wydaje się, że nie jest to środek zbyt restrykcyjny.

1.5. Kontynuując argumentację zmierzającą do wykazania konstytucyjności regulacji z art. 43 § 3 k.k., dr S. Szyrmer stwierdził, że o zgodności tego

przepisu z ustawą zasadniczą świadczy klauzula szczególnych okoliczności zawarta w tym przepisie, która stanowi o możliwości rezygnacji przez sąd z orzeczenia dożywotniego zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych. Sędzia, przytaczając ten argument, wskazał na statystyki stosowania dyspozycji art. 42 § 3 k.k. w 2011 r. w stosunku do sprawców przestępstwa z art. 178a § 1 k.k. w zw. z art. 177 § 2 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k. Tylko w 25 proc. przypadków sądy zdecydowały się na zastosowanie tego środka, w pozostałych przypadkach powołując się na klauzulę szczególnych okoliczności. Sędzia zaznaczył przy tym, że trzeba mieć na uwadze to, że statystyki te były przeprowadzone w momencie, gdy nie istniał przepis z art. 178a § 4 k.k., co nie zmienia faktu, że praktyka stosowania tego przepisu wskazuje na to, że owa klauzula powinna być stosowana wyjątkowo, a tymczasem sądy powołują się na nią w większości rozpoznawanych przez nie przypadków.

1.6. Kolejnym argumentem przedstawionym przez dr. S. Szyrmera przemawiającym za konstytucyjnością omawianych uregulowań jest to, że środek karny *de facto* nie pozbawia sprawcy uprawnień do kierowania pojazdami mechanicznymi raz na zawsze. Istnieje szereg regulacji prawnych, które pozwalają na skrócenie czasu trwania środka karnego. Po pierwsze, jak wskazał sędzia, w art. 182a § 1 k.k.w.⁹ została przewidziana możliwość zamiany środka karnego w postaci dożywotniego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych na zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych niewyposażonych w blokadę alkoholową, pod warunkiem, że środek ten był wykonywany przez sprawcę przez co najmniej dziesięć lat¹⁰. Po drugie, w art. 84 § 2a k.k. przewidziano możliwość uznania środka karnego za wykonany już po upływie piętnastu lat¹¹. Są to przepisy dodatkowe,

⁹ Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. 2017, poz. 665 tekst jedn. ze zm., dalej: „Kodeks karny wykonawczy”, „k.k.w.”

¹⁰ Art. 182a § 1 k.k.w.: „Jeżeli zakaz prowadzenia pojazdów był wykonywany przez okres co najmniej połowy orzeczonego wymiaru, a w przypadku zakazu prowadzenia pojazdów orzeczonego na podstawie art. 42 § 3 lub 4 Kodeksu karnego przez okres co najmniej 10 lat, sąd może orzec o dalszym wykonywaniu tego środka karnego w postaci zakazu prowadzenia pojazdów niewyposażonych w blokadę alkoholową, o której mowa w art. 2 pkt 84 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2017 r. poz. 128 i 379, ze zm.), jeżeli postawa, właściwości i warunki osobiste sprawcy oraz zachowanie w okresie wykonywania środka karnego uzasadniają przekonanie, że prowadzenie pojazdu przez tę osobę nie zagraża bezpieczeństwu w komunikacji. Przepis art. 182 § 1 stosuje się odpowiednio”.

¹¹ Art. 84 § 2a k.k.: „Jeżeli środek karny orzeczony został dożywotnio, sąd może uznać go za wykonany, jeżeli skazany przestrzegał porządku prawnego i nie zachodzi obawa ponownego popełnienia przestępstwa podobnego do tego, za które orzeczono środek karny, a środek karny był w stosunku do skazanego wykonywany przynajmniej przez 15 lat”.

które motywują sprawcę, aby środek karny na niego nałożony nie miał charakteru środka dożywotniego.

1.7. Następnie głos otrzymał prof. A. Sakowicz, który na początku swojego wystąpienia podniósł, że zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych jest środkiem karnym najczęściej stosowanym, jak i najczęściej nowelizowanym. Według profesora jedną z lepszych nowelizacji jest ta, która miała miejsce w 2015 r.¹², gdzie ustawodawca zdecydował się zmienić zwrot „na zawsze” zawarty w art. 42 § 3 i 4 k.k. na „dożywotnio”. W pozostałym zakresie profesor zdawał się oceniać negatywnie zmiany wprowadzane do przepisów, które według niego prowadzą do dehumanizacji odpowiedzialności karnej w dwojakim ujęciu: po pierwsze poprzez oderwanie przy wymiarze kary ocen indywidualnego sprawcy i traktowanie go jako swoistej jednostki statystycznej; po drugie wymiar sprawiedliwości nabiera swoistych cech automatyzmu, gdzie sędzia przestaje mieć znaczenie przy wymierzaniu kary, z uwagi na sztywne związanie sankcją zawartą w konkretnym przepisie.

1.8. W dalszej części swojego wystąpienia prof. Sakowicz odniósł się do pytań prawnych skierowanych do Trybunału Konstytucyjnego przez Sąd Rejonowy w Chojnicach. Jeśli chodzi o art. 42 § 4 k.k., profesor zgodził się z sądem, że jest to przepis niekonstytucyjny. Jak podkreślił, oczywistym jest, że ustawodawca ma prawo określać zachowania, które stanowią czyny zabronione pod groźbą kary, określać sankcje, które grożą za wypełnienie znamion typu czynu zabronionego, ale przede wszystkim ustawodawca ma przestrzegać zasad w zakresie funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości oraz możliwej ingerencji w prawa i wolności jednostki, które zostały określone w Konstytucji RP. Następnie referent zastanawiał się, czy sankcja określona w § 4 przepisu art. 42 k.k. wskazuje na możliwość realizowania minimum wyłącznej kompetencji sądu w zakresie sprawowania wymiaru sprawiedliwości. Profesor A. Sakowicz w starciu z tym problemem uznał, że tak ukształtowana sankcja nie daje takiej możliwości, ponieważ to ustawodawca z góry zdecydował, że przy ziszczeniu się określonych przesłanek można w stosunku do sprawcy wymierzyć tylko jedną sankcję karną, a mianowicie obligatoryjny dożywotni zakaz prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych. Stanowi to przykład automatyzmu stosowania prawa, a sędzia jest zakładnikiem władzy ustawodawczej. W tym wypadku zaistnienie takiego stanu rzeczy prowadzi do naruszenia nie tylko normy z art. 178,

¹² Ustawa z dn. 20 III 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2015, poz. 541.

ale również z art. 175 ust. 1 Konstytucji. W konsekwencji, jak podkreślił profesor, sądy nie będą mogły w sposób swobodny kształtować sankcji za konkretne przestępstwo oraz dostosowywać kary do konkretnego sprawcy oraz okoliczności, w których popełnił przestępstwo, a także stopnia zawinienia. Referent jednoznacznie wskazał, że z art. 175 Konstytucji wynika, że wymiar sprawiedliwości należy do sądu, gdzie co prawda władza ustawodawcza decyduje o czynie, wprowadzając określone regulacje prawne, jednakże musi pozostawić w tym zakresie minimum wyłącznej kompetencji, na którą składają się według orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego trzy elementy: konstytucyjnie zagwarantowana niezależność sądów i związana z nią niezawisłość sędziowska, ukształtowanie określonej procedury, która te dwie wartości będzie szanowała, oraz trzeci element: faktyczna możliwość sędziego, działającego w granicach obowiązującego prawa, orzekania o winie i karze, stosownie do okoliczności, jak podkreślił profesor, danego czynu *in concreto*, a nie *in abstracto*. Przepis art. 42 § 4 k.k. uniemożliwia sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez sądy i w sposób oczywisty narusza przepis art. 175, jak i art. 10 Konstytucji RP w zakresie równowagi władz. Według prof. A. Sakowicza obligatoryjność nakładanego zakazu prowadzi do tego, że władza ustawodawcza wkracza w kompetencje władzy sądowniczej. Jak podkreślił profesor, zadaniem sądu nie jest tylko ustalenie na podstawie materiału dowodowego, czy zostały wypełnione znamiona typu czynu zabronionego, ale również właściwe dobranie sankcji karnej. Ramy sankcji karnej w tym zakresie powinny być szerokie, aby umożliwiać sądowi indywidualizację sankcji, przy uwzględnieniu stopnia winy. Profesor A. Sakowicz stanął na stanowisku, że przepis art. 42 § 4 k.k. przeczy kodeksowym zasadom wymiaru kary: zasadzie swobodnego uznania, zakazowi przekraczania wymiarem kary stopnia winy oraz zasadzie indywidualizacji.

1.9. Kolejnym problemem, do którego odniósł się prof. A. Sakowicz, jest respektowanie przez ustawodawcę zasady proporcjonalności w ograniczaniu praw i wolności jednostki. Zdaniem prelegenta zarówno art. 42 § 3, jak i art. 42 § 4 k.k. drastycznie ingerują w wolność osobistą jednostki. Profesor podkreślił, że – zgodnie z art. 107 § 6 k.k.¹³ – aby doszło do zatarcia skazania, środek karny musi zostać przez konkretnego sprawcę wykonany (względnie – ten środek ma mu być darowany albo ma nastąpić przedawnienie jego

¹³ Art. 107 § 6 k.k.: „Jeżeli orzeczono środek karny, wypadek lub środek kompensacyjny, zatarcie skazania nie może nastąpić przed jego wykonaniem, darowaniem albo przedawnieniem jego wykonania. Zatarcie skazania nie może nastąpić również przed wykonaniem środka zabezpieczającego”.

wykonania). W rezultacie nałożenie na sprawcę dożywotnio środka karnego powoduje sytuację, w której przez całe życie sprawcy nie dojdzie do zatarcia skazania; skutkiem czego sankcja wymierzana za przestępstwa formalne staje się znacznie bardziej surowa niż ta wymierzana za przestępstwa skutkowe, popełnione chociażby przeciwko zdrowiu. Profesor A. Sakowicz nadmienił również, że przepisy art. 42 § 3 i 4 k.k. naruszają art. 30 Konstytucji. Jak podkreślił, za pomocą sankcji karnej nie możemy traktować sprawcy w sposób przedmiotowy, a do takiej sytuacji dojdzie, gdy ustawodawca pozbawi sąd minimum kompetencji w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Ponadto z konstytucyjnego nakazu poszanowania godności człowieka wynika zakaz wymierzania przez sąd dolegliwości, która przekracza stopień winy. Zasada ta odnosi się również do wymierzania środków karnych. Ustawodawca, konstruując przepis art. 42 § 3 k.k., znacznie ograniczył możliwości sądu w kwestii stosowania się do tej zasady, a w § 4 sąd został całkowicie pozbawiony możliwości jej respektowania.

1.10. Zdaniem prof. A. Sakowicza nie tylko prawem, ale i obowiązkiem sędziów jest postępowanie zgodnie z art. 178 Konstytucji. Co prawda sędziowie są podporządkowani nie tylko Konstytucji, ale i ustawom – lecz wyłącznie tym, które pozostają w zgodności z Konstytucją. Jak podkreślił prelegent, jeżeli sędzia w trakcie postępowania będzie miał wątpliwości co do konstytucyjności danej regulacji, to może skorzystać z instytucji pytania prawnego, ale również bez skorzystania z tego uprawnienia może bezpośrednio odwołać się do wzorca z art. 8 ust. 2, art. 10, 30 i 71 Konstytucji, przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności, i odmówić stosowania normy z art. 42 § 4 k.k. Zdaniem prof. A. Sakowicza w przypadku takiego rozstrzygnięcia nie dojdzie do naruszenia normy kompetencyjnej mówiącej o tym, że Trybunał Konstytucyjny jest władny oceniać konstytucyjność, ponieważ to nie sąd orzeka o zgodności czy niezgodności danej regulacji z Konstytucją, ale sąd w związku z powyższymi wątpliwościami co do jej konstytucyjności jedynie odstępuje od jej stosowania w konkretnym postępowaniu. Sąd ma taką możliwość, ponieważ jest obowiązany do oceny tego stanu prawnego w określonych warunkach normatywnych, przy czym, jak podkreślał profesor, odmowa zastosowania przepisu nie może opierać się tylko i wyłącznie na przypuszczeniach, ale musi być rezultatem starannej wykładni, która powinna zostać przeprowadzona i odzwierciedlona w uzasadnieniu.

1.11. Następnie prowadzący panel oddał głos dr. Szyrmerowi, który odniósł się do tez przedstawionych przez prof. Sakowicza. Sędzia dalej stał na stanowisku, że art. 42 § 3 k.k. ma jednak przymiot przepisu konstytucyjnego,

z uwagi na to, że – jak sam podkreślił w swoim wystąpieniu prof. Sako-wicz – na gruncie tego przepisu istnieje możliwość odstąpienia od jego zastosowania w stosunku do konkretnego sprawcy. Jeżeli chodzi o § 4 tego przepisu, to sąd nie ma możliwości odstąpienia od orzeczenia środka karnego, jednakże trzeba się zastanowić, czy istnieją kategorie spraw, w których ramy tego przepisu mogą zostać ograniczone. Na gruncie tej regulacji, jak wskazał sędzia Szyrmer, nie mamy do czynienia z każdym sprawcą, ale ze szczególną kategorią sprawców, którzy dany czyn popełniają już kolejny raz. Ten szczególny przypadek sprawia, że sankcja określona w przepisie art. 42 § 4 k.k. stosowana jest wąsko. Ponadto – jak ponownie zauważył prelegent – mamy tutaj do czynienia ze środkiem karnym, a nie z karą, a zakaz ten ma być dolegliwością, która ma spotykać sprawców przede wszystkim po to, żeby wyeliminować ich z ruchu drogowego.

1.12. Pytania skierowane do referentów zostały odczytane przez Tomasz Srokę¹⁴. Pierwsze pytanie dotyczyło argumentacji sądów powszechnych na temat potrzeby zastosowania art. 42 § 4 k.k. w konkretnej sprawie. Jak stwierdził autor pytania, większość sądów wskazywała na obligatoryjność zastosowania instytucji, w związku ze spełnieniem przesłanek określonych w przepisie. Wyjątek stanowił Sąd Rejonowy w Zakopanem, który w wyroku z 3 czerwca 2016 r. (II K 190/16)¹⁵ uzasadnił konieczność zastosowania art. 42 § 4 k.k., odwołując się do dyrektyw sądowego wymiaru kary i środków karnych. Dr Sroka zwrócił uwagę, że w związku z tą sprawą pojawia się pytanie: czy art. 53 § 1 k.k. – przepis, który powinien być przez sąd zastosowany obligatoryjnie – nie ogranicza nakładania na sprawcę zakazu prowadzenia pojazdów? Czy art. 53 § 1 k.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 42 § 4 k.k.? Na to pytanie odpowiedział dr S. Szyrmer, który stwierdził, że art. 53 k.k. zawiera pewne ogólne dyrektywy; razem z przepisem art. 42 § 4 k.k. umieszczone zostały w części ogólnej Kodeksu karnego. Jednakże – jak stwierdził referent – mamy tutaj do czynienia z sytuacją szczególną, w której sprawca jest skazany po raz kolejny za podobny czyn w momencie, gdy poprzednie skazania nie uległy zatarciu. W związku z tym art. 42 § 4 k.k. jest przepisem szczególnym, który nakazuje w specjalny sposób traktować ten typ sprawców poprzez stosowanie w stosunku do nich obligatoryjnego zakazu prowadzenia wszelkich pojazdów mechanicznych.

¹⁴ Dr Tomasz Sroka – Katedra Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹⁵ < [http://orzeczenia.zakopane.sr.gov.pl/content/\\$N/152015250001006_II_K_000190_2016_Uz_2016-10-21_001](http://orzeczenia.zakopane.sr.gov.pl/content/$N/152015250001006_II_K_000190_2016_Uz_2016-10-21_001) >.

1.13. Głos w dyskusji zabrał Włodzimierz Wróbel¹⁶, który odnosząc się do argumentacji prof. A. Sakowicza dotyczącej niekonstytucyjności przepisu art. 42 § 4 k.k., wskazał, że skoro istnieje dyrektywa zawarta w art. 53 § 1 k.k. mówiąca o tym, że istnieje zakaz wymierzania kary (w tym środka karnego), która swoją dolegliwością przekracza stopień winy, to niepotrzebne jest stwierdzanie niekonstytucyjności przepisu obligującego sąd do nałożenia na sprawcę obligatoryjnego zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych, skoro w danej sprawie i tak nie będziemy mogli tego przepisu zastosować, właśnie ze względu na art. 53 § 1 k.k. Na wypowiedź W. Wróbla zareagował Stanisław Zabłocki¹⁷, który podkreślił, że limitująca funkcja winy związana jest z dyrektywą sądowego wymiaru kary i nie można przerzucać jej na dyrektywy ustawowego wymiaru kary jako argument za niestosowaniem ustawy w konkretnej sprawie. Sędzia stwierdził, że nie może mieć miejsca sytuacja, w której poprzez art. 53 k.k. będzie można odmówić stosowania przepisu ustawy karnej. Nie można uczynić z tego przepisu przesłanki *sui generis* nadzwyczajnego złagodzenia kary. Ponadto sędzia S. Zabłocki zauważył, że pomiędzy przepisami art. 53 k.k. oraz art. 42 k.k. nie sposób dopatrzeć się relacji *lex specialis / lex generalis*, ponieważ te przepisy traktują o zupełnie innych kwestiach.

1.14. Kolejne pytanie zadał Krzysztof Parchimowicz¹⁸. Zdaniem prok. Parchimowicza jeżeli istnieje orzeczenie superorganu (Trybunał Konstytucyjny, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej), oczywistym jest, że można odmówić stosowania niezgodnej z tym orzeczeniem normy prawnej. Jednakże taka sytuacja jest niedopuszczalna w przypadku orzeczenia sądu powszechnego, gdyż w tej sytuacji następuje wkroczenie sądu w sferę orzekania, zastrzeżoną dla superorganu. Ponadto prokurator, odnosząc się do dyskusji, zwrócił uwagę panelistów na przepis art. 106a k.k.¹⁹, który wyłącza możliwość skorzystania z dobrodziejstwa instytucji zatarcia skazania przez sprawcę skazanego na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, jeżeli pokrzywdzonym był małoletni poniżej lat piętnastu. Zdaniem K. Parchimowicza jest to przepis bardzo drastyczny (być może

¹⁶ Dr hab. Włodzimierz Wróbel, prof. UJ – Katedra Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego (p.o. kierownika), sędzia Sądu Najwyższego, orzekający w Izbie Karnej.

¹⁷ Stanisław Zabłocki – sędzia Sądu Najwyższego, prezes Izby Karnej.

¹⁸ Krzysztof Parchimowicz – prokurator Prokuratury Rejonowej Warszawa-Mokotów.

¹⁹ Art. 106a k.k.: „Nie podlega zatarciu skazanie na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, jeżeli pokrzywdzony był małoletnim poniżej lat 15”.

bardziej niż art. 42 § 4 k.k.), ponieważ wskutek jego zastosowania człowiek przez całe życie może być dotknięty stygmatem pedofila.

1.15. Głos w dyskusji zabrał Piotr Kaczmarek²⁰, który poprosił o zajęcie przez prelegentów stanowiska w kwestii zaniechania ustawodawcy polegającego na braku zmiany pewnych instytucji w sytuacji, gdy w istotny sposób dochodzi do zmiany otoczenia normatywnego, w którym te instytucje funkcjonują. Sędzia Kaczmarek wskazał na studium przypadku art. 310 § 3 k.k.²¹, gdzie do 1 lipca 2015 r. kara skonstruowana na podstawie tego przepisu mogła zostać warunkowo zawieszona, a po 1 lipca 2015 r. jedyną karą, którą można orzec przy zastosowaniu tego przepisu, jest kara roku i ośmiu miesięcy pozbawienia wolności. Jawi się to jako paradoks, ponieważ w stosunku do poważniejszych przestępstw, np. rozboju kwalifikowanego, można orzec karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Zdaniem sędziego ustawodawca zdaje się nie dostrzegać zmian normatywnych, skutkiem czego stare instytucje nie dopasowują się do nowych konstrukcji prawnokarnych. Na zadane przez sędziego pytanie odpowiedział prof. A. Sakowicz, który stwierdził, że nie widzi możliwości zakwestionowania wskazanego przez sędziego Kaczmarka przepisu z punktu widzenia jego zgodności z Konstytucją. Kwestia wyłączenia możliwości warunkowego zawieszenia wykonania kary dotyczy również innych kilkudziesięciu przepisów, gdzie to ustawodawca zdecydował o takim ukształtowaniu polityki karnej.

1.16. Kolejne pytanie w dyskusji zadał Marek Bielski²²: czy paneliści uważają, że treść art. 42 § 2 k.k. w zakresie, w którym przewiduje minimalny okres orzekania zakazu prowadzenia pojazdów na określonej długość, mogłaby zostać zakwestionowana pod względem zgodności z Konstytucją, jeżeli chodzi o wyznaczenie dolnej granicy ustawowego zagrożenia? Na pytanie odpowiedzi udzielił dr S. Szyrmer, który stwierdził, że w tym przypadku kwestia zgodności z Konstytucją nie jest już tak oczywista, jak przy art. 42 § 3 i 4 k.k., ponieważ nie mamy z góry określonego czasu trwania środka

²⁰ Piotr Kaczmarek – sędzia Sądu Okręgowego w Opolu.

²¹ Art. 310 § 1 k.k.: „Kto podrabia albo przerabia polski albo obcy pieniądz, polski albo obcy znak pieniężny, który został ustalony jako prawny środek płatniczy, jednak nie został jeszcze wprowadzony do obiegu, inny środek płatniczy albo dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce lub z pieniędzy, innego środka płatniczego albo z takiego dokumentu usuwa oznakę umorzenia”; art. 310 § 3 k.k.: „W wypadku mniejszej wagi sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary”.

²² Dr Marek Bielski – Katedra Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, adwokat.

karnego, a jedynie jego dolną granicę. Ponadto sędzia podkreślił, że istnieją również możliwości procesowe oraz materialne pozwalające na zmniejszenie wymiaru środka karnego, np. warunkowe umorzenie postępowania karnego.

1.17. Kolejne pytanie skierowane zostało do dr. Szyrmera: czy fakt, że na poziomie wykonania możemy modyfikować karę albo środek karny, gdzie na poziomie ustawowym jest on określony w sposób bezwzględny, nie narusza zakazu stosowania kar bezwzględnie określonych w perspektywie konstytucyjnej? Odpowiadając na zadane pytanie, S. Szyrmer stanął na stanowisku, że jeżeli uznajemy zakaz formułowania w Kodeksie karnym sankcji bezwzględnie oznaczonych i zakazem tym obejmujemy również środki karne, to dekodowanie przepisu art. 42 § 4 k.k. musi prowadzić do wniosku, że jest to sankcja bezwzględnie oznaczona, ponieważ przepis jest precyzyjny – jeżeli zostaną spełnione przesłanki, to można orzec tylko jedną sankcję: bezwzględny zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych. Jednakże – jak podkreślił sędzia – trzeba zwrócić uwagę na to, co może stać się dalej z tym środkiem karnym, gdyż w praktyce jego stosowania może się okazać, że zakaz ten nie będzie trwał dożywotnio – jak już wcześniej zostało wskazane, nawet po upływie dziesięciu lat skazany może odzyskać uprawnienia do kierowania pojazdami mechanicznymi.

1.18. Następnie pytanie usłyszał prof. A. Sakowicz: czy obligatoryjny dożywotni zakaz prowadzenia pojazdów mechanicznych mógłby zostać uznany za niezgodny z jakimś przepisem Konwencji²³, a jeżeli tak, to czy zastosowanie mógłby znaleźć art. 91 ust. 3 Konstytucji, wskazujący na pierwszeństwo stosowania regulacji międzynarodowych w konflikcie z ustawami? W odpowiedzi prof. Sakowicz stwierdził, że jeżeli doszłoby do naruszenia przepisów Konwencji, to mechanizm określony w art. 91 ust. 3 Konstytucji mógłby w tym wypadku zostać zastosowany. Inne jest natomiast praktyczne zastosowanie tej procedury, gdyż – jak wskazał profesor – Trybunał Konstytucyjny niechętnie ocenia politykę karną poszczególnych państw.

1.19. Pytanie otrzymał także S. Zabłocki: czy w prawie karnym istnieje zakaz wymierzania kary powyżej stopnia winy? Czym taki zakaz miałby się różnić od obligatoryjności? W odpowiedzi na pytanie sędzia Zabłocki rozważył, czy w art. 53 k.k. został ustanowiony zakaz wymierzania przez

²³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dn. 4 XI 1950 r., Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm., dalej: „Konwencja o ochronie praw człowieka”, „Konwencja”, „EKPC”.

sędziego kary w zakresie sędziowskiego wymiaru kary powyżej stwierdzonego stopnia winy. Tak odczytuje przepis sędzia S. Zabłocki, który zauważył, że jeżeli zakaz ten byłby odczytany w sposób, który został zadany w pytaniu, to wówczas art. 53 k.k. stałby się samoistną podstawą ustawową do stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w tych przypadkach, gdy przepisy prawa karnego materialnego nie pozwalają na zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary. Sędzia podkreślił, że dopóki ustawowe granice sankcji odgrywają jakąś rolę, to art. 53 k.k. odczytuje się jako zakaz wymierzania kary ponad stwierdzony stopień zawinienia w ramach ustawowego wymiaru kary. W odpowiedzi na stanowisko sędziego S. Zabłockiego głos w dyskusji zabrał prof. Wróbel, który stwierdził, że zakaz wyrażony w art. 53 k.k. dotyczy wyłącznie sfery fakultatywnej, ponieważ tam, gdzie pojawia się obligatoryjny przepis, nie ma zakazu orzekania powyżej stopnia winy. Profesor zaproponował odmienną interpretację tego artykułu oraz zadał pytanie, jak dokonać prokonstytucyjnej wykładni przepisu, żeby uniknąć niekonstytucyjnej konsekwencji. Profesor stwierdził również, że wykładnia prokonstytucyjna przedstawiona przez sędziego S. Zabłockiego będzie prowadziła do niekonstytucyjnego rozstrzygnięcia.

1.20. Co miałyby zrobić sąd, jeżeli Trybunał Konstytucyjny uznałby zgodność art. 42 § 3 i 4 k.k. z Konstytucją w świetle przedstawionych przez Profesora koncepcji? – brzmiało kolejne pytanie. W odpowiedzi prof. Sakowicz stanął na stanowisku, że jeżeli Trybunał Konstytucyjny stwierdzi zgodność z Konstytucją, to należy użyć innego wzorca od tego, który został użyty przez Trybunał w ocenie zgodności regulacji z Konstytucją – i w konsekwencji uznać dane rozwiązanie w konkretnej sprawie za niezgodne z Konstytucją.

1.21. Czy w perspektywie celu i funkcji zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych środka tego nie można byłoby traktować *per analogiam* jako środka zabezpieczającego i poprzez zastosowania regulacji z Kodeksu karnego wykonawczego uchylać stosowanie tego środka po spełnieniu ustawowych przesłanek? – pytano sędziego Szyrmera. W odpowiedzi dr Szyrmer stwierdził, że funkcja zabezpieczająca jest niewątpliwie jednym z atrybutów tego środka karnego, akcentowanym w orzecznictwie. Zbyt daleko idące byłoby jednak traktowanie go jako środka zabezpieczającego. Zdaniem sędziego katalog środków zabezpieczających jest katalogiem zamkniętym, określonym w ustawie, a ponadto możliwe jest orzeczenie środka zabezpieczającego, który jest tożsamy ze środkiem karnym. Dr Szyrmer wyraził obawę, że stosując przepisy Kodeksu karnego wykonawczego, można

doprowadzić do tego, że większość orzekanych wobec sprawców środków karnych można uznać po stosunkowo niedługim czasie za wykonane, a przez to zatracić istotę i cel danego środka karnego.

1.22. Głos w dyskusji zabrał również Tomasz Grebla²⁴, który odniósł się do sporu zaistniałego pomiędzy prof. Wróblem a sędzią Zabłockim. W trakcie wypowiedzi odwołał się do pytania prawnego skierowanego do Trybunału Konstytucyjnego. Pytanie prawne związane było z kwestią, czy sąd może swobodnie kształtować karę, czy też jest bezwzględnie związany ustawą. Jak przypomniał sędzia T. Grebla, Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie stwierdził, że sąd musi mieć swobodę w doborze kary – nie może być bezwzględnie związany ustawą.

1.23. W ramach ostatniej części panelu prelegenci podsumowali swoje wystąpienia. Dr Szyrmer przyznał, że nie można uciec od wniosku, że art. 42 § 4 k.k. jest sankcją bezwzględnie oznaczoną. Jednak pozostając przy obronie konstytucyjności przepisu, sędzia po raz kolejny wskazał na regulacje prawne łagodzące dolegliwość tego środka karnego. Profesor Sakowicz pozostał przy swoim stanowisku. Ponownie podkreślił konieczność bezpośredniego stosowania Konstytucji, do którego sądy nie są przyzwyczajone. Zdaniem profesora sądy mają taką możliwość, a w związku z tym mają prawo oceniać w konkretnej sprawie konkretne regulacje pod względem zgodności z Konstytucją.

2. Wątpliwości co do konstytucyjności regulacji prawa karnego procesowego (wykorzystanie dowodu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego – art. 168a k.p.k.²⁵)

2.1. Panel poświęcony prawu karnemu procesowemu otworzył Stanisław Waltoś²⁶, który zaznaczył, jak istotna w obecnych czasach jest kwestia oceny legalności dowodów wprowadzanych do procesu karnego, co wynika z coraz większych kompetencji przyznawanych organom ścigania, jak również z niesamowicie szybkiego rozwoju technologicznego. Podkreślił on, że nie sposób mówić o nielegalnych dowodach bez uwzględnienia szczególnie

²⁴ Tomasz Grebla – sędzia Sądu Okręgowego w Krakowie.

²⁵ Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2017, poz. 1904 tekst jedn. ze zm., dalej: „Kodeks postępowania karnego”, „k.p.k.”

²⁶ Prof. dr hab. Stanisław Waltoś – Katedra Postępowania Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego (były kierownik).

wyrazistego w naszym kraju kontekstu historycznego, związanego z poprzednim ustrojem, jak też bez odniesienia się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Odwołał się on również do opublikowanego w czasopiśmie „Prokuratura i Prawo” opracowania dotyczącego chińskiej procedury karnej, wskazując, że nawet w kraju komunistycznym, jakim jest Chińska Republika Ludowa, odchodzi się od modelu procesu karnego, w którym dochodzenie do prawdy jest wartością nadrzędną, uzasadniającą wszelkie – w tym nielegalne – działania służb. Mając to na względzie, wskazał, że w perspektywie ogólnoswiatowych tendencji zmiana legislacyjna polegająca na wprowadzeniu art. 168a k.p.k.²⁷ do polskiego Kodeksu postępowania karnego jest pewnym ewenementem. Na zakończenie zachęcił on wszystkich uczestników i słuchaczy do poszukiwania rozwiązań mogących znaleźć zastosowanie w postępowaniach, w których sposób uzyskania dowodów już *prima facie* budzi poważne zastrzeżenia.

2.2. W pierwszej kolejności głos otrzymał Piotr Kardas²⁸, który zaznaczył, że kwestia możliwości wprowadzania do procesu karnego dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania lub w związku z popełnieniem czynu zabronionego nie ogranicza się wyłącznie do regulacji art. 168a k.p.k., ale stanowi dużo bardziej złożony problem. W nawiązaniu do publikacji²⁹ Sławomira Steinborna³⁰ postawił on dwa istotne pytania: czy możliwe jest aksjologiczne uzasadnienie funkcjonowania w procedurze zakazów dowodowych, które ze swej istoty ograniczają możliwość dojścia do prawdy materialnej, oraz co zrobić z dowodami uzyskanymi w sposób nielegalny w sytuacji, kiedy już się w postępowaniu pojawiają. Profesor Kardas przedstawił, za S. Steinbornem, trzy główne argumenty przemawiające za wyłączeniem dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa z procesu karnego. Po pierwsze, dopuszczenie dowodów zdobytych z naruszeniem prawa

²⁷ Art. 168a k.p.k.: „Dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”.

²⁸ Prof. dr hab. Piotr Kardas – Katedra Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, adwokat.

²⁹ Zob. S. Steinborn, *Aksjologiczne uwarunkowania ograniczeń w dochodzeniu do prawdy materialnej w procesie karnym*, w: *Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym*, red. K. Kremens, J. Skorupka, Wrocław 2013, s. 78 i n.

³⁰ Dr hab. Sławomir Steinborn, prof. UG – Katedra Prawa Karnego Procesowego i Kryminalistyki Uniwersytetu Gdańskiego, sędzia Sądu Apelacyjnego w Gdańsku.

stałoby w sprzeczności z istotą wymiaru sprawiedliwości i pozycją sądu. Nie można bowiem zgodzić się na sytuację, w której sąd – mający stać na straży prawa, działać tylko w jego granicach i na jego podstawie – będzie opierał swoje orzeczenia na dowodach uzyskanych wbrew temu prawu. Po drugie, stanowi to istotne ograniczenie zasad *fair play* postępowania karnego, tak istotnych między innymi w Stanach Zjednoczonych. I po trzecie – zakaz posługiwania się dowodami zdobytymi nielegalnie ma również wymiar prewencyjny, wskazuje on bowiem, że nie opłaca się łamać prawa w celu zdobycia dowodów, gdyż i tak nie będą one mogły zostać wykorzystane w procesie. Wreszcie profesor wskazał, że nie jest możliwe postrzeganie przepisu art. 168a k.p.k. jako „samotnej wyspy”, w oderwaniu od regulacji tej samej problematyki zawartej w innych aktach normatywnych, między innymi umowach międzynarodowych czy Konstytucji, ale wymaga prokonstytucyjnej wykładni, której dokonywanie jest obowiązkiem każdego sądu. Równie obowiązkowe jest uwzględnienie w procesie wykładni przepisów prawa międzynarodowego, w szczególności Konwencji o ochronie praw człowieka, jak też regulacji unijnych. Zdaniem profesora warunkiem początkowym stosowania art. 168a k.p.k. jest dokonanie jego prawidłowej, uwzględniającej zarówno normy konstytucyjne, jak i międzynarodowe wykładni, która pozwoli na ustalenie rzeczywistego zakresu normowania tego przepisu.

2.3. W dalszej części swojego wystąpienia prof. Kardas wskazał, że możliwe jest trojkie postrzeganie charakteru art. 168a k.p.k. Jako sprzeczne z Konstytucją wykluczył on twierdzenia, że przepis ten stanowi bezwzględny nakaz ustawowy dopuszczenia dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów prawa, jak również – że stanowi on bezwzględny zakaz dopuszczania dowodów uzyskanych w trzech sytuacjach opisanych pod koniec omawianej regulacji, w pozostałym zakresie stanowi zaś pewną dyrektywę uzupełniającą katalog zakazów dowodowych. Opowiedział się on natomiast za rozumieniem tego przepisu jako normy kompetencyjnej, która upoważnia sąd do oceny, czy dopuszczalne jest wprowadzenie do postępowania dowodu uzyskanego z naruszeniem prawa, z zastrzeżeniem, że jest to niemożliwe w trzech wymienionych pod koniec tego przepisu sytuacjach. Zauważył on ponadto, że *de facto* z przepisu tego wynika uprawnienie sądu do niedopuszczenia takiego dowodu, pod warunkiem, że decyzja ta nie wynika wyłącznie z faktu naruszenia prawa przy jego uzyskaniu. Zdaniem prof. Kardasa omawiany przepis pozostawia sądowi bardzo dużą swobodę zarówno interpretacyjną, jak i decyzyjną w zakresie decyzji o dopuszczeniu dowodu. Sąd nie może bowiem odmówić dopuszczenia dowodu w postępo-

waniu, jeżeli stwierdzi, że jedynym powodem takiej decyzji miałyby być naruszenie prawa. Jednak w przypadku dojścia do wniosku, że wprowadzenie do postępowania dowodu uzyskanego w sposób nielegalny jest niedopuszczalne również z innych względów – np. konieczności zapewnienia rzetelności procesu, do którego każdy ma prawo na podstawie między innymi art. 6 EKPC³¹ – sąd uzyskuje możliwość odmowy dopuszczenia takiego dowodu w procesie. Podsumowując tę część wypowiedzi, P. Kardas stwierdził, że przepis art. 168a k.p.k. nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego (z wyjątkiem trzech enumeratywnie wymienionych wypadków), a ponadto pozostawia sądowi bardzo szerokie możliwości dokonywania wykładni, która wiąże się z badaniem możliwości korzystania z dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego na gruncie regulacji międzynarodowych.

2.4. Następnie omówiony został wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27 kwietnia 2017 r.³², w którym to sąd stwierdził, że nie może dopuścić dowodu uzyskanego dzięki przeprowadzonej przez Centralne Biuro Antykorupcyjne prowokacji, ponieważ został on uzyskany nie tylko z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, ale również z naruszeniem przepisów Konstytucji, wobec czego przepis art. 168a k.p.k. nie będzie miał w tym wypadku zastosowania. Profesor wskazał, że powyższy judykat jest znakomitym przykładem pokazującym, że w rzeczywistości art. 168a k.p.k. nie jest regulacją problematyczną, pod warunkiem dokonania prawidłowej jego wykładni, z uwzględnieniem Konstytucji i norm prawa międzynarodowego. Stwierdził on, że omawiany przepis jest wewnętrznie sprzeczny – wydaje się bowiem nie do pomyślenia sytuacja, w której uzyskanie dowodu za pomocą czynu zabronionego nie stałoby w sprzeczności z normami konstytucyjnymi. Profesor Kardas, odwołując się do uzasadnienia wyżej wymienionego wyroku, wyraził pogląd, że Sąd Apelacyjny doszedł do słusznego – w jego ocenie – wniosku, że normy rekonstruowane

³¹ Art. 6 ust. 1 EKPC: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą przy rozstrzyganiu o jego prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia w wytoczonej przeciwko niemu sprawie karnej. Postępowanie przed sądem jest jawne, jednak prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względów obyczajowych, z uwagi na porządek publiczny lub bezpieczeństwo państwowe w społeczeństwie demokratycznym, gdy wymaga tego dobro małoletnich lub gdy służy to ochronie życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, w granicach uznanych przez sąd za bezwzględnie konieczne, kiedy jawność mogłaby przynieść szkodę interesom wymiaru sprawiedliwości”.

³² II AKa 213/16, LEX nr 2292416.

z art. 168a k.p.k. i art. 6 ust. 1 EKPC są ze sobą nie do pogodzenia, w związku z czym, stosownie do art. 91 ust. 2 Konstytucji³³, prymat przyznał Konwencji i odmówił dopuszczenia dowodu. Sąd wskazał również, że możliwe jest niedopuszczenie dowodu ze względu na sprzeczność art. 168a k.p.k. z przepisami Konstytucji, jednak wymaga to stwierdzenia, że art. 168a k.p.k. stoi w formalnej i bezpośredniej sprzeczności z przepisami Konstytucji, a więc że tworzy on normę wyrażającą dyrektywę przeciwną do tej wypływającej z ustawy zasadniczej. Ponadto konieczne jest stwierdzenie, że skorzystanie z tego przepisu procesowego prowadziłoby do wydania orzeczenia niesprawiedliwego, jak również wskazanie przez sąd innej regulacji, która znalazłaby zastosowanie w miejsce wyłączonego przepisu. Na zakończenie P. Kardas zasygnalizował, że bardzo interesująca wydaje się kwestia konstytucyjnej wykładni omawianego przepisu, w perspektywie możliwości dopuszczenia dowodów uzyskanych nie za pomocą czynu zabronionego, ale wyłącznie z naruszeniem przepisów postępowania.

2.5. Następnie głos zabrał Janusz Śliwa³⁴. Na początku swojego wystąpienia odniósł się on do przypadku przywołanego przez Wiesława Kozielowicza³⁵ w trakcie otwartego seminarium na Katolickim Uniwersytecie Lubelskim Jana Pawła II w Lublinie. Kazus odnosił się do konstrukcji tzw. owoców zatrutego drzewa i dotyczył możliwości wprowadzenia do postępowania dowodów uzyskanych dzięki wyjaśnieniom oskarżonego, które ze względu na zakaz wyrażony w art. 171 § 7 k.p.k.³⁶ nie mogą być wykorzystane w charakterze dowodu. Prokurator Śliwa powiedział, że pierwsza kwestia, którą należy w takiej sytuacji rozważyć, brzmi: kto dopuścił się zachowania powodującego konieczność wyłączenia dowodu? W sytuacji, gdy tą osobą jest funkcjonariusz, pojawia się problem związany z faktem, że w zderzeniu z aparatem państwa poszkodowanym jest strona słabsza, a więc jednostka, która w założeniu powinna być przez prawo chroniona. Bardziej istotne niż

³³ Art. 91 ust. 2 Konstytucji RP: „Umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową”.

³⁴ Janusz Śliwa – prokurator Prokuratury Regionalnej w Krakowie.

³⁵ Wiesław Kozielowicz – sędzia Sądu Najwyższego.

³⁶ Art. 171 § 7 k.p.k.: „Wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w § 5 nie mogą stanowić dowodu”; art. 171 § 5 k.p.k.: „Niedopuszczalne jest: 1) wpływanie na wypowiedzi osoby przesłuchiwanej za pomocą przymusu lub groźby bezprawnej; 2) Stosowanie hipnozy albo środków chemicznych lub technicznych wpływających na procesy psychiczne osoby przesłuchiwanej albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem”.

odpowiedź na pytanie „przez kogo?” jest jednak, w ocenie referenta, ustalenie, w jaki sposób zostały uzyskane wyjaśnienia oskarżonego. W przypadku gdy dojdziemy do wniosku, że wyjaśnienia zostały uzyskane za pomocą tortur, zastosowanie znajdzie zarówno art. 40 Konstytucji RP³⁷, jak i art. 3 EKPC³⁸ oraz Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania³⁹, która w art. 1⁴⁰ definiuje pojęcie tortur. W opinii J. Śliwy sytuacja, w której przesłuchiwany byłby poddany torturom, byłaby tak daleko idącym naruszeniem zasad rzetelnego procesu, że wszelkie dowody uzyskane pośrednio i bezpośrednio należałoby wyłączyć z toczącego się postępowania. W ocenie prelegenta powyższy kazus obrazuje konieczność badania w realiach każdej sprawy, czy dowody przedstawione w celu wykazania winy oskarżonego są wystarczające, jak również – czy zostały uzyskane w sposób prawidłowy.

2.6. Następnie prok. Śliwa zastanawiał się, czy ocena opisanej powyżej sytuacji zmieniłaby się, gdyby osobą torturującą nie był funkcjonariusz, ale np. osoba związana z pokrzywdzonym. Na potrzeby rozważań przytoczył on orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 8 października 2008 r.⁴¹, w którym sąd uznał za dopuszczalny dowód w postaci nagrania wypowiedzi osoby torturowanej sporządzonego przez członków grupy przestępczej. W opinii prelegenta opisany powyżej judykat każe nam zastanowić się nie tylko nad tym, kto i co zrobił, ale również – w jakim celu to zrobił. Niejako na marginesie prok. Śliwa wskazał, że art. 168a k.p.k. w swojej pierwotnej

³⁷ Art. 40 Konstytucji RP: „Nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu i karaniu. Zakazuje się stosowania kar cielesnych”.

³⁸ Art. 3 EKPC: „Nikt nie może być poddany torturom ani niehumanitarnemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu”.

³⁹ Przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dn. 10 XII 1984 r., Dz.U. 1989, nr 63, poz. 378.

⁴⁰ „W rozumieniu niniejszej konwencji określenie «tortury» oznacza każde działanie, którym jakiegokolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą. Określenie to nie obejmuje bólu lub cierpienia wynikających jedynie ze zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie związanych z tymi sankcjami lub wywołanych przez nie przypadkowo”.

⁴¹ II AKA 92/08, Legalis nr 160496.

wersji ustanawiał granicę w uzyskiwaniu dowodów na potrzeby kontryktoryjnego postępowania karnego, wskazując, że nie można w toku procesu posługiwać się dowodami uzyskanymi za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k.⁴² Było to szczególnie istotne, biorąc pod uwagę zmianę pozwalającą na wprowadzanie do postępowania tzw. dowodów prywatnych. Janusz Śliwa wyraził pogląd, przywołując przykład podany przez prof. Romualda Kmiecika⁴³, że ocena możliwości wprowadzenia dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego powinna być dokonywana *a casu ad casum* oraz uwzględniać również typ czynu zabronionego, którego popełnienie ma być takim środkiem dowodowym udowodnione. Zaznaczył on ponadto, że taki model już obecnie funkcjonuje, ponieważ pewne sposoby dowodzenia, ze względu na konstytucyjną zasadę proporcjonalności, zastrzeżone są dla określonego katalogu przestępstw (np. kontrola i utrwalanie rozmów).

2.7. W dalszej części swojego wystąpienia prok. Śliwa postawił tezę przeciwną do wyrażonego wcześniej przez prof. Kardasa poglądu, że brzmienie art. 168a k.p.k. co do zasady nakazuje dopuszczenie w postępowaniu dowodu uzyskanego z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, z wyłączeniem trzech enumeratywnie wymienionych pod koniec tego przepisu przypadków. Co więcej, wskazał on, że wyrażenia „nie można” oraz „chyba że” użyte w przywołanym przepisie nie obligują sądu do oddalenia wniosku dowodowego w trzech wyszczególnionych przypadkach, a jedynie dają mu taką możliwość. Prelegent sformułował również dość śmiałą tezę, że przy ocenie dopuszczalności konkretnego dowodu pod uwagę należałoby wziąć również kierunek, w jakim dowód miałby być przeprowadzony. W jego opinii łatwiej jest zaakceptować pewne drobne naruszenia przepisów w sytuacji, gdy dany dowód miałby działać na korzyść oskarżonego, a w szczególności – świadczyć o jego niewinności. Prokurator Śliwa przychylił się również do wyrażonej przez prof. Kardasa myśli, że najlepszym rozwiązaniem jest postrzeganie art. 168a k.p.k. jako normy kompetencyjnej przyznającej sądowi orzekającemu prawo rozstrzygnięcia w przedmiocie dopuszczenia opisanego w nim dowodu. W opinii J. Śliwy to właśnie sąd, który najlepiej zna realia i materiały sprawy, jest najbardziej kompetentny do oceny, czy taki dowód powinien zostać wykluczony

⁴² Art. 1 § 1 k.k.: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”.

⁴³ Prof. dr hab. Romuald Kmiecik – Katedra Kryminalistyki i Prawa Dowodowego Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.

z postępowania już na etapie wstępnej kontroli jego dopuszczalności, czy też po włączeniu go do materiałów sprawy i dokonaniu jego szczegółowej oceny sąd powinien zdecydować o tym, czy i ewentualnie w oparciu o jaką jego część może formułować swoje rozstrzygnięcie.

2.8. Prokurator Śliwa zaaprobował koncepcję zaprezentowaną we wrocławskim komentarzu do Kodeksu karnego⁴⁴, zgodnie z którą art. 168a k.p.k. miał za zadanie ograniczyć formalizm postępowania dowodowego w ten sposób, że uchybienia w procesie uzyskania dowodu nie mogły już uniemożliwić jego wprowadzenia do postępowania. Jednocześnie J. Śliwa wskazał, że dopuszczenie takiego dowodu w żaden sposób nie uniemożliwia sądowi dokonania jego swobodnej oceny – również z uwzględnieniem standardów rzetelnego procesu, o którym mówi przywoływany już art. 6 EKPC.

2.9. Na zakończenie swojego wystąpienia prokurator Śliwa poruszył również aspekt prawnoporównawczy, przywołując art. 69 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze⁴⁵, zwracając szczególną uwagę na ust. 4 i 7 tego przepisu. Przypomniał on, że Międzynarodowy

⁴⁴ Zob. *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2017.

⁴⁵ Sporządzonego w Rzymie dn. 17 VII 1998 r., Dz.U. 2003, nr 78, poz. 708. Artykuł 69: „Dowody. 1. Przed złożeniem zeznań świadek składa przewidziane w Regułach Procesowych i Dowodowych przyrzeczenie mówienia prawdy. 2. Na rozprawie świadek składa zeznania osobiście, z wyjątkiem sytuacji przewidzianych w artykule 68 lub w Regułach Procesowych i Dowodowych. Trybunał może również zezwolić na składanie *viva voce* (ustnych) lub nagranych zeznań świadka za pomocą techniki video lub aparatury utrwalającej dźwięk, jak również na przedstawienie dokumentów i zapisków, z zastrzeżeniem postanowień niniejszego statutu i zgodnie z Regułami Procesowymi i Dowodowymi. Zastosowane środki nie mogą być niezgodne z prawami oskarżonego ani ich naruszać. 3. Strony mogą przedstawiać dowody mające znaczenie dla sprawy, zgodnie z artykułem 64. Trybunał jest władny domagać się przedstawienia wszystkich dowodów, które uznaje za konieczne dla ustalenia prawdy. 4. Trybunał może orzekać o przydatności i dopuszczalności każdego dowodu, uwzględniając między innymi jego wartość dowodową i negatywny wpływ, jaki dany dowód może wywrzeć na rzetelność rozprawy lub rzetelną ocenę zeznań świadka, stosownie do Reguł Procesowych i Dowodowych. 5. Trybunał respektuje i przestrzega zasad poufności przewidzianych w Regułach Procesowych i Dowodowych. 6. Trybunał nie przeprowadza dowodów co do faktów powszechnie znanych, lecz może zwrócić na nie uwagę stronom. 7. Dowody uzyskane z naruszeniem postanowień niniejszego statutu lub praw człowieka uznanych przez społeczność międzynarodową są niedopuszczalne, jeżeli: (a) naruszenie to rodzi poważne wątpliwości co do wiarygodności uzyskanego dowodu; lub (b) dopuszczenie dowodu byłoby sprzeczne z rzetelnością postępowania lub mogłoby poważnie jej zagrozić. 8. Podejmując decyzję o przydatności i dopuszczalności dowodów zgromadzonych przez państwo, Trybunał nie wypowiada się w kwestii stosowania prawa krajowego tego państwa”.

Trybunał Karny w Hadze może oceniać przydatność i dopuszczalność każdego dowodu w sprawie, jak również fakt, że nawet w tej międzynarodowej instytucji powołanej do ścigania między innymi zbrodni przeciwko ludzkości czy zbrodni ludobójstwa możliwe jest dopuszczenie dowodu uzyskanego sprzecznie z prawem, a nawet z naruszeniem praw człowieka – z dwoma wyjątkami, mówiącymi o poważnych wątpliwościach co do wiarygodności uzyskanego dowodu oraz o zagrożeniu rzetelności procesu.

2.10. Następnie prowadzący panel prof. Waltoś otworzył dyskusję i zachęcił wszystkich zebranych do zabierania głosu. Jako pierwszy skorzystał z tej możliwości Wieńczysław Grzyb⁴⁶, który wskazał, że zmiany dokonywane obecnie w ustawach karnych stanowią wyraz populizmu penalnego, a nie rzeczywistej reformy prawa karnego. Postulował również, aby zmiany w kodeksach były konsultowane ze środowiskami naukowymi oraz praktykami, jak też aby procedura uchwalania owych zmian była bardziej rygorystyczna niż w przypadku zwykłych ustaw.

2.11. Profesor P. Kardas otrzymał pytanie, czy dopuszczenie dowodu uzyskanego sprzecznie z prawem zawsze będzie sprzeczne z Konstytucją, a jeśli tak, to z jakim jej przepisem, oraz czy naruszeniem Konstytucji będzie również dopuszczenie uzyskanego w ten sposób dowodu świadczącego jednoznacznie o niewinności oskarżonego. W odpowiedzi na zadane pytanie P. Kardas stwierdził, że stojące u podstawy pytania założenie, iż dowolne naruszenie prawa w procesie uzyskiwania dowodu stanowi jednocześnie naruszenie Konstytucji, jest zbyt daleko idące. Stwierdził, że w jego opinii art. 168a k.p.k., przynajmniej w części, w której mówi o naruszeniu przepisów postępowania, w zakresie, w jakim odnosi się do nieznacznych i niewielkich uchybień, jest zgodny z obecną ustawą zasadniczą. Konieczne jest bowiem każdorazowe ważenie stopnia naruszenia przepisów procedury w perspektywie zachowania rzetelności toczącego się procesu. Profesor Kardas wskazał również, że podobne mechanizmy wypracowane przez orzecznictwo i doktrynę funkcjonowały już przed wprowadzeniem omawianej instytucji. Pewną zmianą wprowadzoną przez art. 168a k.p.k. jest zobowiązanie sądu nie tylko do ważenia poszczególnych naruszeń, ale również wskazania innych powodów uniemożliwiających dopuszczenie danego dowodu, gdyż po wprowadzeniu tego przepisu samo naruszenie przepisów postępowania – choćby bardzo poważne – nie pozwala sądowi oddalić wniosku dowodowego. Jeżeli chodzi o przepis konstytucyjny, z którym omawiany przepis stoi

⁴⁶ Dr Wieńczysław Grzyb – adwokat.

w sprzeczności, P. Kardas zaznaczył, że można wymienić co najmniej kilka takich przepisów, jednak najłatwiej i najpełniej sprzeczność tę widać na gruncie art. 45 Konstytucji⁴⁷, co nie zmienia faktu, że w ramach prawa do sądu oraz rzetelności procesu są dopuszczalne pewne nieznaczne naruszenia przepisów, które co prawda nie są pożądane, ale mimo wszystko należy je uznać za akceptowalne. Na zakończenie profesor powiedział, że całkowicie nie zgadza się z poglądem J. Śliwy, że można dopuścić w postępowaniu dowód niewinności oskarżonego, nawet jeżeli został on uzyskany na skutek czynu zabronionego. Stanowiłoby to bowiem jawne złamanie standardów konstytucyjnych oraz międzynarodowych. W replice J. Śliwa podkreślił, że uważa, iż nie należy *a limine* eliminować z postępowania wszystkich dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, ale pozwolić sądowi, posiadającemu również możliwość bezpośredniego stosowania Konstytucji, swobodnie ocenić konkretny dowód, ze szczególnym uwzględnieniem ciężaru gatunkowego przestępstwa, którego dotyczy postępowanie (podobnie jak ma to miejsce przy stosowaniu kontroli i utrwalaniu rozmów). Argumentując za możliwością niejako sanowania czynności dokonanych z naruszeniem prawa, prok. Śliwa odwołał się również do wyroku Wielkiej Izby Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dn. 1 czerwca 2010 r. w sprawie Gäfgen przeciwko Niemcom (skarga nr 22978/05). W krótkiej odpowiedzi prof. Kardas ponownie zaznaczył, że w jego opinii należy art. 168a k.p.k. wyłożyć w sposób prokonstytucyjny, niemożliwe jest bowiem przyjęcie, że stanowi on bezwzględny zakaz odmowy dopuszczenia dowodu, gdyż takie jego rozumienie byłoby sprzeczne z zasadą trójpodziału władzy. Sąd byłby bowiem pozbawiony możliwości podejmowania określonych decyzji procesowych, co wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślał również Trybunał Konstytucyjny.

2.12. W dalszej kolejności głos zabrał Dominik Zajac⁴⁸, który najpierw zwrócił się do prof. Kardasa z prośbą o doprecyzowanie, czy w jego opinii czyny zabronione, z których popełnieniem związane jest uzyskanie dowodu, można podzielić na dwie kategorie: te, które ze względu na swój ciężar gatunkowy będą powodowały jego niedopuszczalność, oraz lżejsze, które nie będą powodowały konieczności odmowy dopuszczenia takiego dowodu. Drugą

⁴⁷ Art. 45 ust. 1 Konstytucji RP: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”.

⁴⁸ Dr Dominik Zajac – Katedra Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikant adwokacki.

kwestią podniesioną przez D. Zająca było to, czy z perspektywy Konstytucji dopuszczalne jest różnicowanie przestępstw na te, których popełnienie uzasadnia korzystanie w procesie z dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego, oraz te, które takiego postępowania nie uzasadniają. Odpowiadając na powyższe pytania, P. Kardas wskazał, że różnicowanie ciężaru gatunkowego naruszenia prawa dotyczy jedynie dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania, a nie dowodów uzyskanych za pomocą czynu zabronionego. Na marginesie stwierdził on również, że w jego opinii uzyskanie dowodu za pomocą czynu zabronionego stanowi materialną, a nie formalną przeszkodę dla jego dopuszczenia – nie do pomyślenia jest bowiem sytuacja, w której sąd świadomie opiera swoje rozstrzygnięcie na dowodach uzyskanych za pomocą czynu zabronionego.

2.13. Na zakończenie panelu padło pytanie o wzajemną relację art. 168a i 168b k.p.k.⁴⁹ Zdaniem J. Śliwy decyzja prokuratora w przedmiocie wykorzystania nagrań uzyskanych niezgodnie z przepisami stanowi wyłącznie podstawę do wystąpienia z wnioskiem dowodowym do sądu o przeprowadzenie dowodu z tych nagrań, a w związku z tym regulacja zawarta w art. 168a k.p.k. będzie mogła znaleźć w takiej sytuacji zastosowanie, dzięki czemu to ostatecznie sąd podejmie decyzję w przedmiocie rzeczywistego wykorzystania takich nagrań w postępowaniu.

2.14. Profesor Waltoś podsumował przebieg panelu, wskazując trzy główne tezy, które pojawiały się w wystąpieniach obydwu referentów. Po pierwsze, dla podjęcia prawidłowych decyzji procesowych konieczne jest zdekodowanie, a następnie zastosowanie normy prawnej, a nie wyłącznie przepisu art. 168a k.p.k. Po drugie, dekodowanie to powinno odbyć się z uwzględnieniem całego polskiego porządku prawnego, a w szczególności przepisów Konstytucji oraz wiążącego prawa międzynarodowego. Po trzecie wreszcie – wykładnia omawianego przepisu powinna zostać przeprowadzona w sposób prokonstytucyjny, czego efektem będzie dojście do wniosku o kompetencyjnym charakterze zdekodowanej normy.

⁴⁹ Art. 168b k.p.k.: „Jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzanej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym”.

3. Wątpliwości co do konstytucyjności regulacji ustrojowych z zakresu prawa karnego (udział asesora sądowego w wydaniu wyroku w sprawie karnej)

3.1. Panel poświęcony zagadnieniu instytucji asesora sądowego otworzył Stanisław Zabłocki, który na wstępie nakreślił między innymi kolejność zabierania głosu przez referentów. Dyskusję nad podanym tematem moderator przyrównał do rozprawy sądowej i poprosił o zabranie głosu w pierwszej kolejności Włodzimierza Wróbla, który niczym prokurator miał „oskarżyć” wprowadzone ustawą z dn. 11 maja 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury, ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw⁵⁰ zmiany, polegające na przywróceniu do polskiego porządku prawnego instytucji asesora sądowego⁵¹. W roli obrońcy konstytucyjności wprowadzanych regulacji występował natomiast Dariusz Mazur⁵². Na zakończenie sędzia Zabłocki zaznaczył, że tematem panelu nie jest sama instytucja asesora sądowego, a jej konstrukcja w kształcie nadanym wspomnianą wyżej ustawą z dn. 11 maja 2017 r. Moderator nawiązał również do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 24 października 2007 r.⁵³, który uznawał poprzednio obowiązującą regulację asesury sądowej za niezgodną z Konstytucją RP. W wyroku tym zawarto bowiem istotne, zdaniem sędziego Zabłockiego, wymogi, stanowiące swoiste wskazówki dla ustawodawcy, pozwalające ukształtować instytucję asesora w taki sposób, aby była ona zgodna z Konstytucją RP. Stanisław Zabłocki zaznaczył jednak, że ta konstatacja odnosi się jedynie do sytuacji, gdy tak jak w przypadku wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 24 października 2007 r. wzorcem konstytucyjności wprowadzonych zmian będzie jedynie art. 45 ust. 1 Konstytucji⁵⁴, natomiast nie ma ona zastosowania do innych ewentualnych wzorców.

3.2. Dyskusję rozpoczął W. Wróbel, który zaznaczył, że przedmiotem jego wystąpienia nie będzie wyłącznie regulacja wprowadzona ustawą z dn. 11 maja 2017 r., lecz instytucja asesora sądowego w ogólności. Profesor

⁵⁰ Dz.U. 2017, poz. 1139.

⁵¹ Instytucja asesora sądowego istniała w polskim systemie prawnym od 1928 r. do 2009 r., kiedy to na mocy wyroku TK z 24 X 2007 r., SK 7/06 (OTK 2007, seria A, nr 9, poz. 108) została uznana za niezgodną z Konstytucją RP w obowiązującym wówczas kształcie.

⁵² Dariusz Mazur – sędzia Sądu Okręgowego w Krakowie.

⁵³ Zob. przypis 51.

⁵⁴ Art. 45 ust. 1. Konstytucji: „Każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”.

rozpoczął od analizy art. 2 § 1a p.u.s.p.⁵⁵, określającego podmioty wykonujące zadania z zakresu wymiaru sprawiedliwości w sądach rejonowych. Włodzimierz Wróbel przyrównał instytucję asesora do referendarza sądowego, gdyż jego zdaniem podobny jest sposób ich powoływania (przez Ministra Sprawiedliwości na czas nieoznaczony), natomiast zaznaczył, że asesor został wyposażony przez ustawę w takie same gwarancje, jakie sędziemu nadaje Konstytucja (chodzi między innymi o niezawisłość w sprawowaniu urzędu). Kolejno została omówiona procedura powoływania asesora sądowego, przez profesora określona mianem „ustawowego powierzenia obowiązków sędziego”. Konstrukcja ta wygląda w ten sposób, że Minister Sprawiedliwości może złożyć wniosek do Krajowej Rady Sądownictwa o powierzenie asesorowi obowiązków sędziego na cztery lata, natomiast Rada może złożyć sprzeciw od tego wniosku. Brak jest jednocześnie jakichkolwiek kryteriów zasadności złożenia sprzeciwu, a wyznaczony trzydziestodniowy termin jest niezwykle krótki. Przy braku złożenia sprzeciwu Krajowej Rady Sądownictwa powołanie asesora następuje z mocy ustawy. Nie mamy w tym przypadku do czynienia z powołaniem asesora na mocy decyzji Ministra Sprawiedliwości, jak to było na gruncie poprzednio obowiązującej regulacji.

3.3. Pierwszym poziomem rozważań prof. Wróbla stał się poziom ustawowy. Prelegent postawił tezę, że obecna regulacja instytucji asesora sądowego w prawie karnym niczego nie zmienia. Odwołał się w tym miejscu do Kodeksu postępowania karnego, a zwłaszcza do przepisów określających skład sądu. W związku z tym, że w procedurze karnej członkiem sądu orzekającego jest wyłącznie sędzia zawodowy bądź ławnik (w zależności od danego układu procesowego), profesor zauważył, że wszystkie orzeczenia wydane z udziałem asesora sądowego będą orzeczeniami wydanymi przez niewłaściwie obsadzony sąd i na podstawie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.⁵⁶

⁵⁵ Art. 2 § 1a ustawy z dn. 27 VII 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. 2016, poz. 2062 ze zm., dalej: „Prawo o ustroju sądów powszechnych”, „p.u.s.p.”: „W sądach rejonowych zadania z zakresu wymiaru sprawiedliwości wykonują także asesory sądowi, którym powierzono pełnienie obowiązków sędziego, z wyłączeniem: 1) stosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym wobec zatrzymanego przekazanego do dyspozycji sądu wraz z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania; 2) rozpoznawania zażaleń na postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia, na postanowienia o umorzeniu śledztwa lub dochodzenia i na postanowienia o umorzeniu dochodzenia i wpisaniu sprawy do rejestru przestępstw; 3) rozstrzygania spraw z zakresu prawa rodzinnego i opiekuńczego”.

⁵⁶ Art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k.: „Niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów oraz wpływu uchybienia na treść orzeczenia sąd odwoławczy na posiedzeniu uchyla zaskarżone orzeczenie, jeżeli: [...] 2) sąd był nienależycie obsadzony lub którykolwiek z jego członków nie był obecny na całej rozprawie”.

będą podlegały uchyleniu przez sąd odwoławczy. Nie ma bowiem podstaw do uznania, że asesor sądowy jest desygnatem słowa „sędzia” na gruncie Kodeksu postępowania karnego. Argumentów za tym stanowiskiem dostarcza przede wszystkim rozróżnienie urzędu sędziego i urzędu asesora na gruncie Prawa o ustroju sądów powszechnych. Żaden przepis nie uznaje asesora za sędziego, dlatego też część regulacji opisującej asesora jest duplikatem regulacji dotyczących sędziego. Problem ten według W. Wróbla może zostać rozwiązany na dwa sposoby. Po pierwsze możemy przyjąć taki sposób wykładni, mając na względzie intencje ustawodawcy, że asesor jest sędzią w rozumieniu prawa karnego procesowego i ma prawo do wydawania orzeczeń. Drugie rozwiązanie stanowi jednoznaczne opowiedzenie się za wykładnią językową i nieprzyznanie asesorom takiego prawa. W przypadku przyjęcia drugiego z proponowanych rozwiązań i ewentualnych uchyień orzeczeń wydawanych przez asesorów przez sądy odwoławcze na podstawie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. profesor Wróbel stwierdził, że najprawdopodobniej będziemy mieli do czynienia z kolejną nowelizacją Prawa o ustroju sądów powszechnych lub Kodeksu postępowania karnego, która przyzna asesorowi możliwość orzekania w sprawach karnych, przez co na poziomie ustawowym rozwiązanie tego problemu nie jest nazbyt skomplikowane.

3.4. Drugim poziomem rozważań o instytucji asesora sądowego poruszonym przez W. Wróbla był poziom konstytucyjny. Na wstępie powtórzona została teza, że asesura jest niekonstytucyjna – i zostało to odniesione do samej instytucji asesora sądowego, a nie wyłącznie do asesury ukształtowanej ostatnimi zmianami. Prelegent podkreślił, że sam ustawodawca, wprowadzając instytucję asesora, nie krył, że jest to urząd różny od urzędu sędziego w rozumieniu konstytucyjnym. Według W. Wróbla ustawodawca próbuje rozwiązać dwa problemy: czy osoby niebędące sędziami w rozumieniu konstytucyjnym mogą sprawować wymiar sprawiedliwości oraz czy mogą tworzyć sąd w rozumieniu konstytucyjnym; są to dwie różne kwestie. Odnosząc się do pierwszego z postawionych pytań, prelegent odwołał się do art. 45 ust. 1 Konstytucji, który opisuje sąd i wskazuje jego przymioty, przede wszystkim aspekt niezawisłości, który *nota bene* odnosi się do sędziego (sądy mają przymiot niezależności, a sędziowie niezawisłości), ale według profesora przymiot ten opisuje *de facto* także sąd, w którym zasiadają niezawiśli sędziowie. Samą niezawisłość W. Wróbel opisał jako nieusuwalność i określony sposób powoływania oraz skonstatował jednocześnie, że asesorzy takich przymiotów nie posiadają. Podkreślono również, że niezawisłość nie może polegać na niezależności li tylko od władzy wykonawczej,

ale przede wszystkim od władzy ustawodawczej, i polega na możliwości odwoływania się do Konstytucji oraz na bezpośrednim jej stosowaniu. Gwarancja niezawisłości zapisana jedynie w ustawie niczego nie zmienia, gdyż prawdziwa niezawisłość wynika wyłącznie z Konstytucji. Niezawisłość to także wolność od wewnętrznej struktury sądownictwa w zakresie między innymi orzekania. Wywód ten został podsumowany wnioskiem, że sąd obsadzony przez asesora nie jest sądem w rozumieniu konstytucyjnym. Odnosząc się do drugiego z postawionych problemów, W. Wróbel skonstatawał, że można stworzyć system, gdzie nie tylko sądy (w rozumieniu konstytucyjnym) będą sprawowały wymiar sprawiedliwości, co jego zdaniem miał na myśli Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu cytowanego wyroku z 24 października 2007 r. Prelegent podał przykład referendarza sądowego, który również dzisiaj w pewnym zakresie sprawuje wymiar sprawiedliwości, wydając decyzje procesowe, które mogą być jednak zaskarżane do sądu; natomiast – jak podkreślił profesor – nie odnosi się to do prawa karnego, na przeszkodzie stoi bowiem art. 42 ust. 3 Konstytucji⁵⁷. Mowa tam jest o sądzie (w rozumieniu konstytucyjnym), którego – jak podkreślono powyżej – nie może tworzyć asesor. Prelegent stwierdził, że można dopuszczać asesora sądowego do orzekania nawet w sprawach karnych, ale nigdy w zakresie zastrzeżonym przez Konstytucję wyłącznie dla sądu. Jasno zostało podkreślone, że nie może być „sędziów na próbę”, gdyż to by oznaczało „sądownictwo na próbę”, co jest niedopuszczalne ze względów konstytucyjnych – byłoby bowiem nieuprawnionym ograniczeniem praw i wolności obywatelskich (przede wszystkim prawa do sądu).

3.5. Następnie W. Wróbel opisał nazwane przez siebie zjawisko „dekonstytucjonalizacji”, polegające na próbach zmiany Konstytucji poprzez ustawy. Sprowadza się to do zmiany bądź pozbawienia pewnych cech organów konstytucyjnych, w tym również sędziów, gdyż na gruncie Konstytucji, jak zaznaczył prelegent, sędzia to organ, a nie konkretna osoba. Zjawisko to nie jest jednak w stanie zmienić rzeczywistości konstytucyjnej. Profesor stwierdził natomiast, że wymiar sprawiedliwości nie jest w stanie obronić się przed dekonstytucjonalizacją. Możliwość taka istniała jedynie dzięki funkcjonowaniu Trybunału Konstytucyjnego, który zdaniem W. Wróbla sam uległ już opisanemu zjawisku, w związku z czym będzie ono postępowało. Na zakończenie swojego wystąpienia W. Wróbel podkreślił raz jeszcze, że

⁵⁷ Art. 42 ust. 3 Konstytucji: „Każdego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu”.

nie można ustawą zmienić Konstytucji, natomiast asesorzy, nie posiadając gwarancji, które Konstytucja przyznaje sędziom, nigdy nie będą sędziami.

3.6. Po wystąpieniu profesora Wróbla głos zabrał prowadzący dyskusję S. Zabłocki, który podziękował za poruszenie przez prelegenta kwestii innego wzorca konstytucyjnego, z art. 42 ust. 3 Konstytucji, który nie był brany pod uwagę przez Trybunał Konstytucyjny przy wydawaniu wyroku z 24 października 2007 r., i poprosił D. Mazura, „obrońcę” wprowadzonych regulacji, do odniesienia się do tego argumentu.

3.7. Kolejną część dyskusji stanowiła wypowiedź sędziego D. Mazura, który rozpoczął od uwagi, że argumentację prof. Wróbla można zbić odwołaniem się do art. 4 ust. 1 Konstytucji⁵⁸, co często czyni obecnie władza ustawodawcza, i powiedzieć, że poprzez odformalizowane postępowanie sądowe, w tym także postępowanie karne, oddajemy władzę Narodowi. Argumentu takiego jednakowoż nie użył, gdyż w przekonaniu prelegenta jest on nie do końca trafny. Następnie – rozpoczynając właściwą argumentację – sędzia odwołał się do wspomnianego już wielokrotnie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 24 października 2007 r., w kontekście przede wszystkim niezależności asesora sądowego od instytucji pozasądowej, którą jest Minister Sprawiedliwości. Niezależność ta jest rozpatrywana przede wszystkim, jak zaznaczył Trybunał, w uregulowaniu kwestii powoływania, powierzania pełnienia funkcji sędziowskiej oraz odwoływania asesora. Dodatkowo prelegent, niezależnie od swojej funkcji „obrońcy” w toczonej dyskusji, podniósł, że ostatnio problem niezależności od Ministra Sprawiedliwości się pogłębił, jako że jest on obecnie jednocześnie Prokuratorem Generalnym, przez co na sali sądowej będzie się pojawiał niejako po dwóch stronach – jako zwierzchnik prokuratorów oraz jako osoba uczestnicząca w powoływaniu członków składu orzekającego (asesorów).

3.8. Dariusz Mazur podniósł dwie kwestie zasadnicze przy badaniu konstytucyjności asesury poruszone przez Trybunał Konstytucyjny, mianowicie: czas pełnienia funkcji przez asesora i dopuszczalność jego odwołania. Odnośnie do pierwszego z postawionych problemów przywołano zdanie Trybunału Konstytucyjnego mówiące o tym, że niezawisłość nie musi się wiązać z zatrudnieniem dożywotnim (bądź do osiągnięcia wieku emerytalnego), a ma polegać na zapewnieniu znacznego poziomu stabilizacji w zatrudnieniu,

⁵⁸ Art. 4 ust. 1 Konstytucji: „Władza zwierzchnia w Rzeczypospolitej Polskiej należy do Narodu”.

jak i w wykonywaniu funkcji sędziowskich. Zdanie to zostało poparte przez Trybunał orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁵⁹, gdzie wskazano, że minimalnym okresem dającym poczucie stabilizacji zawodowej jest okres trzech lat. W poprzedniej regulacji funkcji asesora sądowego ustawa nie zawierała natomiast określenia minimalnego czasu zatrudnienia sędziego „na próbę”, przez co Trybunał Konstytucyjny uznał to za niekonstytucyjne (jako niezgodne z zasadą niezawisłości sędziowskiej). Odnosząc się natomiast do drugiego zagadnienia, również powołano się na tezy zawarte we wspomnianym wyroku Trybunału Konstytucyjnego, w których stwierdzono, że niezawisłość urzędu asesora będzie spełniona jedynie w przypadku zapewnienia odwoływania asesorów w takich samych (co najwyżej) przypadkach jak ma to miejsce odnośnie do sędziów. Inne argumenty powołane przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 24 października 2007 r. przemawiające za niekonstytucyjnością poprzedniego uregulowania statusu asesorów sądowych to przede wszystkim:

- 1) brak *explicite* wyrażonej zasady *ultima ratio* możliwości odwołania asesora w ówczesnej ustawie Prawo o ustroju sądów powszechnych,
- 2) brak dokładnego wskazania okoliczności faktycznych uzasadniających odwołanie z funkcji asesora,
- 3) fakt, że o zwolnieniu nie decydował sąd, lecz Minister Sprawiedliwości (brak gwarancji proceduralnych).

3.9. Konkluzją Trybunału Konstytucyjnego było twierdzenie, że niezależnie od kontroli sądowej zwolnienia asesora nie były spełnione warunki niezależności od organów pozasądowych wynikające z art. 180 ust. 1 Konstytucji⁶⁰; uznano, że ustawa nie dawała asesorom „żadnych gwarancji materialnoprawnych i dostatecznych gwarancji proceduralnych, które wskazywałyby, iż wykluczone jest zwolnienie asesora z uwagi na treść wydawanych przez niego orzeczeń”⁶¹. Odnosząc się do powyższych rekomendacji płynących z cytowanego orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, sędzia Mazur stwierdził, że obecna regulacja instytucji asesora spełnia wymagania stabilności zatrudnienia, gdyż minimalny okres wynosi cztery lata (przy trzech latach rekomendowanych). Ponadto odwołanie asesora może nastąpić jedynie

⁵⁹ Wyrok ETPC z 28 VI 1984 r. w sprawie Campbell i Fell p. Zjednoczonemu Królestwu, skargi nr: 7819/77, 7878/77 oraz wyrok ETPC (pełny skład) z 22 X 1984 r. w sprawie Sramek p. Austrii, skarga nr 8790/79.

⁶⁰ Art. 180 ust. 1 Konstytucji: „Sędziowie są nieusuwalni”.

⁶¹ Uzasadnienie wyroku TK z 24 X 2007 r., SK 7/06, OTK 2007, seria A, nr 9, poz. 108, teza 5.7.

„w sytuacjach wyjątkowych”, które zostały określone w art. 106k p.u.s.p.⁶², co również wypełnia zalecenia Trybunału. Dodatkowo prelegent podkreślił, że od orzeczenia asesora możliwe jest odwołanie do sądu odwoławczego, gdzie nie występują „sędziowie na próbę”, przez co również sędzia w rozumieniu konstytucyjnym będzie miał możliwość zapoznania się ze sprawą, a także zauważył, że spod kognicji asesorów wyłączono pewne kategorie spraw, w tym przede wszystkim te dotyczące tymczasowego aresztowania – tutaj D. Mazur odwołał się do sprawy Garlicki przeciwko Polsce⁶³, gdzie Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził brak niezależności asesora wydającego postanowienie o tymczasowym aresztowaniu w rzeczonyj sprawie od Ministra Sprawiedliwości.

3.10. Na zakończenie swojego wystąpienia sędzia Mazur sformułował tezę, że zmianę w zakresie asesury można zaakceptować pod warunkiem przyjęcia jednego dodatkowego założenia dotyczącego zmiany systemu

⁶² Art. 106k p.u.s.p.: „§ 1. Asesor sądowy jest nieusuwalny. § 2. Stosunek służbowy asesora sądowego wygasa w przypadku: 1) zgłoszenia sprzeciwu wobec pełnienia obowiązków sędziego przez asesora sądowego – z dniem uprawomocnienia się uchwały Krajowej Rady Sądownictwa; 2) niezłożenia przez asesora sądowego wniosku o powołanie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziowskim – z upływem okresu, na jaki powierzono asesorowi pełnienie obowiązków sędziego; 3) powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziowskim – z dniem poprzedzającym powołanie na stanowisko sędziowskie; 4) nieprzedstawienia przez Krajową Radę Sądownictwa wniosku o powołanie asesora sądowego do pełnienia urzędu na stanowisku sędziowskim – z dniem uprawomocnienia się uchwały Krajowej Rady Sądownictwa. § 3. Stosunek służbowy asesora sądowego rozwiązuje się z mocy prawa, jeżeli zrzekł się on urzędu. Zrzeczenie się urzędu jest skuteczne po upływie trzech miesięcy od dnia złożenia Ministrowi Sprawiedliwości oświadczenia, chyba że na wniosek asesora sądowego Minister Sprawiedliwości określi inny termin. O zrzeczeniu się urzędu przez asesora sądowego Minister Sprawiedliwości zawiadamia Krajową Radę Sądownictwa. § 3a. Cofnięcie przez asesora sądowego wniosku o powołanie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziowskim jest równoznaczne ze złożeniem oświadczenia o zrzeczeniu się urzędu. § 4. Prawomocne orzeczenie sądu dyscyplinarnego o złożeniu asesora sądowego z urzędu oraz prawomocne orzeczenie sądu skazujące na środek karny pozbawienia praw publicznych lub zakazu zajmowania stanowiska asesora sądowego powoduje, z mocy prawa, utratę urzędu i stanowiska asesora sądowego; stosunek służbowy asesora sądowego wygasa z chwilą uprawomocnienia się orzeczenia. § 5. Stosunek służbowy asesora sądowego wygasa z dniem utraty przez niego obywatelstwa polskiego. § 6. Stosunek służbowy asesora sądowego wygasa, jeżeli z powodu choroby lub utraty sił został uznany za trwale niezdolnego do pełnienia obowiązków asesora sądowego. § 7. Minister Sprawiedliwości zawiadamia asesora sądowego o wygaśnięciu lub rozwiązaniu stosunku służbowego”.

⁶³ Wyrok ETPC z 14 VI 2011 r. (skarga nr 36921/07), dotyczący zarzutów naruszenia art. 3, art. 5 ust. 1 i 3, art. 6 ust. 2 oraz art. 1 Protokołu nr 1 do EKPC.

prawnego. Prelegent stwierdził, że poprzednio pracowaliśmy w systemie *rule of law* (rządów prawa), w którym główną funkcją przepisów prawa było wytyczenie sfery, w jakiej może działać władza i poza którą nie może wychodzić, natomiast obecnie przechodzimy raczej w system *rule by law* (rządy poprzez prawo), gdzie prawo jest narzędziem polityki władzy – służy władzy do określonego działania. W obu tych systemach prawo ma fundamentalne znaczenie dla funkcjonowania państwa, jednak w pierwszym jest tworzone, by ograniczać władzę niejako apriorycznie, w drugim natomiast jest tworzone przez samą władzę. W ostatnich słowach sędziego Mazur stwierdził, że przyjmując zmiany systemu prawnego w Polsce, zmiany w zakresie asesury idą w dobrą stronę i są zadowalające.

3.11. Wystąpienia obu prelegentów podsumował prowadzący dyskusję S. Zabłocki, stwierdzając, że rola sędziego Mazura polegająca na obronie wprowadzonych zmian nie była łatwa, jednak nie odniósł się on do wszystkich wątpliwości i problemów postawionych przez jego adwersarza. Na koniec prowadzący dodał, posługując się odwołaniem do nomenklatury medialnej, że z referowanych zmian w instytucji asesora wynika, iż będziemy mieli „prawie sędziego”, ale „prawie czyni wielką różnicę”. Po tym stwierdzeniu rozpoczęła się dyskusja.

3.12. Moderujący dyskusję prelegentów z internautami Tomasz Sroka odczytał pytanie nadesłane przez uczestnika konferencji skierowane do prof. Wróbla, dotyczące dopuszczalności zasiadania asesorów w składach sędziowskich razem z sędziami zawodowymi, czyli ukształtowania pozycji asesorów na podobieństwo ławników, z jednoczesnym brakiem możliwości przegłosowania sędziów przez asesorów. W odpowiedzi W. Wróbel podkreślił jeszcze raz, że w obecnej ustawie procesowej nie przewidziano udziału asesora w składzie orzeczniczym, więc obecnie takie działanie nie ma podstaw. Z perspektywy konstytucyjnej natomiast profesor stwierdził, że orzeczenia wydane przez takie składy dalej będą niekonstytucyjne, a ich ocenę i moc obowiązującą w sferze prawnej będzie trzeba rozstrzygać w przyszłości. Prelegent podkreślił, że czym innym jest zmiana Konstytucji, a czym innym następcze przywracanie porządku konstytucyjnego. Z perspektywy modelowej W. Wróbel zauważył, że można przyjąć, iż asesor jest ławnikiem, gdyż nie ma podstaw do odrzucenia takiej tezy. Nigdy jednak, jak po raz kolejny podkreślił profesor, asesor nie będzie sędzią w rozumieniu konstytucyjnym.

3.13. Kolejne pytanie od internauty, skierowane do sędziego Mazura, dotyczyło tego, czy istnieje jakikolwiek konstytucyjnie legitymizowany cel

wprowadzania instytucji asesora. Odpowiedź była twierdząca. Sędzia powiedział, że celem takim może być przygotowanie do zawodu sędziego, które z kolei może mieścić się w zasadzie państwa prawnego wyrażonej w art. 2 Konstytucji⁶⁴. Prelegent odwołał się również do nieistniejących już kolegiów do spraw wykroczeń⁶⁵ i wyraził pogląd, że być może powrót do tego rozwiązania i powierzenie asesoram możliwości orzekania w drobnych sprawach karnych byłoby dobrym pomysłem i mieściłoby się we wspomnianej zasadzie państwa prawnego. Sędzia Mazur przywołał przykład ze swojej kariery zawodowej i podkreślił, że najsurowszy wyrok wydany przez sąd pod jego przewodnictwem zapadł właśnie w sądzie rejonowym, toteż nieuprawniony według niego jest wniosek, że najniższy szczebel struktury sądownictwa oznacza wyłącznie proste sprawy. Odnośnie do tego problemu głos zabrał także S. Zabłocki, który podkreślił, że już w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego z 24 października 2007 r. zdyskwalifikowano tzw. cel szkoleniowy, a także zdyskredytowano tzw. cel usprawnienia postępowania, gdyż cele te trzeba osiągnąć za pomocą innych środków. Dodatkowo sędzia zauważył, że widać wyraźnie, iż wyłączenia spraw spod kognicji asesorów, zawarte w art. 2 § 1a p.u.s.p. (szczególnie pkt 1 i 2), zostały sformułowane wprost, by zadośćuczynić wymaganiom zaleceń Trybunału Konstytucyjnego z 2007 r.

3.14. Kolejne pytanie zadała Dorota Czerwińska⁶⁶; dotyczyło ono kwestii bardziej etycznej, mianowicie obecnej sytuacji aplikantów sędziowskich i asesorów – jak powinni oni, zdaniem panelistów, postąpić. Głos zabrał prof. Wróbel, jako krytykujący instytucję asesora. Stwierdził, że nie ma nic nieetycznego w wykonywaniu obecnie funkcji asesora sądowego. Jest on bowiem, zdaniem W. Wróbla, urzędnikiem sądowym podobnym do referendarza, któremu nadano jednocześnie obowiązki sędziego. Asesor musi mieć jednak świadomość, że nie będzie nigdy uznawany za sędziego (w rozumieniu konstytucyjnym). Odnośnie do orzekania w sprawach karnych przez przyszłych asesorów (uwzględniając obecny stan prawny – szczególnie Kodeks postępowania karnego) profesor przedstawił pogląd, że powinni oni w takiej sytuacji odmówić wydania orzeczenia (jako nieuprawnieni na mocy ustawy

⁶⁴ Art. 2 Konstytucji: „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”.

⁶⁵ Organ pozasądowy, który działał od 1951 r. i rozstrzygał w pierwszej instancji sprawy o wykroczenia. Zniesiony wraz z przyjęciem Konstytucji z 1997 r., jednak art. 237 tego aktu przedłużył jego działanie do 2001 r.

⁶⁶ Mgr Dorota Czerwińska – Katedra Postępowania Karnego Uniwersytetu Wrocławskiego (doktorantka).

procesowej) bądź wydać je i podnieść swoje wątpliwości w uzasadnieniu, a kwestię pozostawić do rozstrzygnięcia sądowi odwoławczemu. Na koniec W. Wróbel skonstatował, że praca w wymiarze sprawiedliwości jest obecnie działaniem wymagającym odwagi, ze względu na trudne czasy.

3.15. Następnie głos zabrała Beata Morawiec⁶⁷, podnosząc temat niedostatecznej liczby sędziów i ich asystentów w okręgu krakowskim. Problemem jest bowiem blokowanie stanowisk w sądach dla przyszłych asesorów. Następnie B. Morawiec stwierdziła, że poziom kwalifikacji zawodowych absolwentów Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury jest niewystarczający, co według niej wynika z nieodpowiedniego systemu szkoleń i jest zauważalne w sytuacji, gdy absolwenci ci przegrywali dotychczas niejednokrotnie konkursy sędziowskie z referendarzami i asystentami. Podsumowując, B. Morawiec podkreśliła, że wprowadzanie na siłę instytucji asesora nie jest dobrym rozwiązaniem, gdyż problem szkolenia przyszłych sędziów można rozwiązać inaczej, zgodnie z Konstytucją.

3.16. Tomasz Sroka odczytał kolejno trzy krótkie pytania od internautów skierowane do W. Wróbla. Pierwsze dotyczyło możliwości postępowania sądu odwoławczego od wyroku wydanego przez asesora sądowego. Profesor w odpowiedzi zaznaczył, że uwzględniając obecny stan prawny (brak zmiany składów sądu w procedurze karnej), sąd odwoławczy powinien uchylić zaskarżone orzeczenie na podstawie art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. jako wydane przez nienależycie obsadzony sąd. Natomiast w przypadku odpowiedniej zmiany przepisów znoszącej tę przeszkodę – W. Wróbel stwierdził, że wykorzystałby maksymalnie art. 440 k.p.k.⁶⁸ i użyłby go do skontrolowania orzeczenia niewydanego przez sędziego w rozumieniu konstytucyjnym, jednakże wydanie to byłoby już wtedy zgodne z procedurą karną i zostałyby dokonane przez sąd w perspektywie proceduralnej. Drugie pytanie dotyczyło braku odwołania się od orzeczenia asesora. Profesor przyrównał tę sytuację do przyjęcia mandatu i stwierdził krótko, że prawa do sądu możemy się zrzec między innymi poprzez brak podważania wydanego orzeczenia. Ostatnie pytanie odnosiło się z kolei do możliwości kontrolowania przez asesora działań prokuratora na etapie postępowania przygotowawczego (przy obecnym stanie prawnym). Odpowiadając, W. Wróbel

⁶⁷ Beata Morawiec – prezes Sądu Okręgowego w Krakowie.

⁶⁸ Art. 440 k.p.k.: „Jeżeli utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe, podlega ono niezależnie od granic zaskarżenia i podniesionych zarzutów zmianie na korzyść oskarżonego albo w sytuacji określonej w art. 437 § 2 zdanie drugie uchyleniu”.

odniósł się do art. 2 § 1a p.u.s.p. (szczególnie do pkt 1 i 2); stwierdził, że obecna ustawa ograniczyła możliwości działania asesora w pierwszej fazie postępowania karnego, ale go nie wyłączyła, a więc asesor taką możliwość obecnie posiada. Profesor postawił jednak pytanie o to, czy owe rozstrzygnięcia kontrolne dotyczą praw i wolności obywatelskich; odpowiedział na nie od razu twierdząco. Prelegent odwołał się do poprzedniego kształtu procedury karnej (już w czasie obowiązywania zasady państwa prawnego), gdzie szereg rozstrzygnięć na etapie postępowania przygotowawczego kontrolował prokurator nadrzędny. Według profesora kwestią kluczową jest to, które z rozstrzygnięć podejmowanych w postępowaniu przygotowawczym wymaga kontroli sądowej. Prelegent stwierdził jedynie, że na to pytanie należy odpowiedzieć w oparciu o zasady konstytucyjne.

3.17. Po zakończeniu udzielania odpowiedzi na pytania głos zabrał sędzia Mazur, podkreślając istotność zmian w funkcjonowaniu Krajowej Rady Sądownictwa. W tym celu sędzia posłużył się przykładem Trybunału Konstytucyjnego i opisał trzy fazy zmiany jego pozycji. Pierwsza z nich dotyczyła deprecjonowania jego pozycji w opinii publicznej, po tym nastąpiła krótka faza przejścia tej instytucji, obecnie zaś Trybunał Konstytucyjny, zdaniem prelegenta, stał się elementem nacisku władzy na inne konstytucyjne organy państwowe (sprawy kwestionowania zasadności wyboru między innymi Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego⁶⁹ czy członków obecnej Krajowej Rady Sądownictwa⁷⁰). Sędzia Mazur skonstatował, że taka sama przyszłość czeka Krajową Radę Sądownictwa, która jest obecnie na etapie drugim, tzn. przejmowania przez władzę, a wkrótce instytucja ta będzie służyła wywieraniu nacisków na sędziów, by orzekali oni zgodnie z opisaną wcześniej zasadą *rule by law*, co będzie zgubne dla sądownictwa w Polsce.

3.18. Na zakończenie sędzia S. Zabłocki podziękował za dyskusję i wyraził słowa współczucia w związku z przyszłymi zmianami faktycznymi w sądownictwie, szczególnie wobec prezesów sądów i przewodniczących wydziałów, gdyż – jak podkreślił – staną oni przed bardzo trudnymi wyborami prawno-moralnymi.

⁶⁹ Wyrok TK z 24 X 2017 r., K 3/17, OTK 2017, seria A, poz. 68. Trybunał Konstytucyjny uznał regulamin wyboru Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego za niezgodny z Konstytucją, nie kwestionując jednak samego aktu jego powołania, ze względu na to, że jest to prerogatywa Prezydenta.

⁷⁰ Wyrok TK z 20 VI 2017 r., K 5/17, OTK 2017, seria A, poz. 48. Trybunał Konstytucyjny uznał obecne zasady wyboru sędziów do Krajowej Rady Sądownictwa za niekonstytucyjne, uznając również za niekonstytucyjne indywidualne kadencje członków Rady wybranych spośród sędziów.

**The pro-constitutional application of criminal law
(the Vth Cracow Penal Forum, 9th June, 2017)**

Summary

The study presents issues discussed during the Vth Cracow Penal Forum concerning the interpretation of substantive and procedural criminal law in compliance with the constitutional rules. The deliberations focused on three fundamental issues. First of them concerned problems with obligatory imposition of prohibition of operating vehicles for life. Next one focused on procedural and constitutional issues of using evidence acquired by way of an offence, that is on recently introduced Article 168a of the Polish Code of Criminal Procedure. The last issue concerned regulation of recently restored institution of a judicial assessor and legality of its participation in the course of criminal trial.

Keywords: penal measure, prohibition from operating vehicles, evidence, fruits of poisonous tree, judicial assessor, criminal procedure, judge

Daria Kucyper – mgr, Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego (doktorantka), Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury (aplikant aplikacji prokuratorskiej)

Daniel Kwiatkowski – Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji (student V roku)

Wojciech Płóciennik – mgr, Uniwersytet Jagielloński, Katedra Prawa Karnego (doktorant), Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury (aplikant aplikacji sędziowskiej)