

Nr 3/2020

Czasopismo naukowe

ISSN 2300-4673

**Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego
w Olsztynie**

K

P

P

**Kortowski
Przegląd
Prawniczy**

KOMITET REDAKCYJNY

Redaktor naczelny – dr Magda Dziembowska
Zastępca redaktora naczelnego – dr Adrianna Szczechowicz
Członkowie redakcji – dr Dobrochna Ossowska-Salamonowicz,
mgr Karolina Rzeczkowska

RADA NAUKOWA

prof. zw. dr hab. Jerzy Kasprzak, dr hab. Mariola Lemonnier, prof. UWM,
dr hab. Wiesław Pływaczewski, prof. UWM, dr hab. Maria Szczepaniec, prof. UKSW,
dr Сергій Банах, dr hab. Сергій Гречанюк, dr Оксана Коваль, dr Norbert Malec,
prof. Josef Čentěš, prof. Edward Burda, PhDr. Anna Schneiderová,
JUDr. Kamila Bubelová, Ph.D.

RECENZENCI

Lista recenzentów zostanie zamieszczona w ostatnim numerze danego roku

REDAKCJA WYDAWNICZA

mgr Joanna Daniluk

PROJEKT OKŁADKI

Zespół Komitetu Redakcyjnego

SKŁAD I ŁAMANIE

Marian Rutkiewicz

ADRES REDAKCJI

Wydział Prawa i Administracji UWM
10-725 Olsztyn, ul. Obiży 1, pok. 10

Wersją pierwotną (referencyjną) kwartalnika „Kortowski Przegląd Prawniczy”
jest wersja elektroniczna

ISSN 2300-4673

© Copyright by Wydawnictwo UWM • Olsztyn 2020

Wydawnictwo UWM
ul. Jana Heweliusza 14, 10-718 Olsztyn
tel. 89 523 36 61, fax 89 523 34 38
www.uwm.edu.pl/wydawnictwo/
e-mail: wydawca@uwm.edu.pl

Czasopismo on-line
Ark. wyd. 4,50; ark. druk. 3,75

Spis treści

MONIKA ĆWIKŁA, MAJA ŚCIECHOWICZ	
<i>Obrona konieczna w świetle nowelizacji z 8 grudnia 2017 roku</i>	5
LUIZA KOZANECKA	
<i>Problematyka postępowania przed ośrodkami adopcyjnymi</i>	
<i>– rozważania praktyczno-prawne.....</i>	21
OLGA PLEWKA	
<i>Nienawiść na tle rasowym jako aktualny problem współczesnego świata</i>	
<i>– definicje, skala zjawiska, regulacje prawne.....</i>	33
TOMASZ SMOLIŃSKI	
<i>Ograniczenie prawa do zbadania zasadności postanowień prokuratora</i>	
<i>w oparciu o orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej</i>	47

Monika Ćwikła

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-6898-323X

monika.cwikla@onet.pl

Maja Ściechowicz

Uniwersytet Gdański

ORCID: 0000-0002-2561-9083

prawomaja1997@gmail.com

Obrona konieczna w świetle nowelizacji z 8 grudnia 2017 roku

Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest ukazanie zmian, które ustawa z 8 grudnia 2017 roku o zmianie ustawy — Kodeks karny¹ (dalej k.k.) wprowadza do polskiego systemu prawnego. Zmiana dotyczy głównie art. 25 k.k., który przedstawia kontratyp obrony koniecznej. Nowelizacja wyłącza karalność przekroczenia granic obrony koniecznej przez odpierającego napad, której towarzyszy naruszenie miru domowego². Ponadto, autorki skupią się na przedstawieniu oraz scharakteryzowaniu obrony koniecznej, czyli tzw. kontratypu, inaczej okoliczności, która wyłącza karalność czynu. Skutkiem tego jest brak wpisania do rejestru osób skazanych. Oznacza to, że czyn zabroniony tego kontratypu staje się legalny, co uniemożliwia pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej³. Nie każde działanie w ramach obrony koniecznej będzie zwalniało z odpowiedzialności karnej. Kluczowe jest bowiem zbadanie, czy w danych okolicznościach nie doszło do przekroczenia granic obrony koniecznej, czyli do tzw. ekscesu. Wyróżnia się dwa rodzaje ekscesu: eksces intensywny oraz eksces ekstensywny. Przekroczenie granic obrony koniecznej w pierwszym przypadku polega na zastosowaniu obrony niewspółmiernej do niebezpieczeństwa

¹ Ustawa z 8 grudnia 2017 roku - o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r., poz. 20).

² <http://czasopismo.legeartis.org/2018/01/przekroczenie-granic-obrony-koniecznej-naruszenie-miru-domowego.html> (dostęp: 21.02.2018).

³ P. Daniluk, *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) R. A. Stefański, Warszawa 2015, s. 226.

zamachu (wbrew zasadzie proporcjonalności dóbr). W drugim zaś przypadku, obrona ma charakter przedwczesny (nie nastąpił jeszcze zamach na dobro) albo spóźniony (gdy zamach się już zakończył)⁴. Obrona konieczna, potocznie nazywana „samoobroną”, traktowana jest jako prawo, nie zaś jak obowiązek osoby, która znalazła się w sytuacji, gdzie zachodzą przesłanki tego kontratypu⁵.

Obrona konieczna – zarys historyczny

Współczesny kształt instytucji obrony koniecznej jest wynikiem wielowiekowej ewolucji⁶. Zarys historyczny tej instytucji jest dość obszerny, sięga on nawet prawa dwunastu tablic z V wieku p.n.e. Zezwalało ono np. na bezkarne pozbawienie życia osoby schwytanej na gorącym uczynku kradzieży, jeżeli osoba ta stawiała opór używając broni⁷. Powszechnie przyjmuje się, że pierwsze uzasadnienie prawa do obrony koniecznej dał rzymski prawnik Marek Tuliusz Cyncero w słynnym przemówieniu w obronie Milona, gdzie użył sformułowania *vim vi repellere licet*, co oznacza „siłę wolno odeprzeć siłą”⁸. Teza ta przyjęta w źródłach prawa rzymskiego oraz w dzisiejszych czasach często jest powoływana dla uzasadnienia prawa do stosowania obrony koniecznej. Pełniejszy rozwój obrona konieczna osiągnęła w Rzymie, gdy jej istotę wywiódł Cynceron z przyrodzonego prawa człowieka, czyli z natury człowieka, która nie wymaga żadnych uzasadnień (*lex nata*). Ta istota jest zgodna z instynktem samozachowawczym, który każe człowiekowi podejmować obronę przed zamachem na jego dobro, co prawo powinno honorować zapewniając ekskulpację za szkody wyrządzone napastnikowi przez działającego w obronie koniecznej⁹.

W okresie średniowiecza spotkamy się jednak z mieszaniem instytucji obrony koniecznej z prawem zemsty, zabicia złoczyńcy schwytanego na gorącym uczynku, czy też prywatnego dochodzenia sprawiedliwości¹⁰. Ślady te widoczne są również w polskiej konstytucji z 1496 roku, a dopiero konstytucja z 1659 roku precyzuje obronę konieczną w słowach: „Jeśliby kto napazdnika i gwałtownika w obronie dóbr swoich zabił, tedy o takowe zabójstwo do żądanego sądu i prawa pociągan nie będzie”.

Jak można zauważyć początkowo zakres obrony koniecznej ograniczał się tylko do określonej kategorii przestępstw. Dotyczyć ona mogła w zasadzie odpierania zamachów na życie lub przypadków najazdów na dom, w szczególności

⁴ A. Wróblewska, *Obrona konieczna*, Warszawa 2013.

⁵ A. Zoll, *Kodeks karny*, t. I, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 403.

⁶ A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym, Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 11.

⁷ R. Góral, *Obrona konieczna w praktyce*, Warszawa 2011, s. 12.

⁸ A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979, s. 10; T. Bojarski, [w:] *Prawo karne. Część ogólna*, Lublin 1972, s. 132.

⁹ J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 131.

¹⁰ Zob. J. Makarewicz, *Prawo karne – wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924, s. 172.

zaś rabunku i włamania nocnego. Z czasem jednak pod wpływem doktryny, a także orzecznictwa sądowego i codziennej praktyki zasady te zostały poddane weryfikacji co skutkowało ich modyfikacją, a mianowicie podlegał rozszerzeniu zakres dóbr chronionych w drodze obrony koniecznej¹¹.

Obrona konieczna w polskim prawie karnym pozostawała niezmienna od 1969 roku usytuowana w art. 25 ustawy z 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny¹² uległ nowelizacji: po pierwsze ustawą z 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw¹³, a po drugie ustawą z 26 listopada 2010 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o Policji¹⁴. Najnowsza nowelizacja została wprowadzona ustawą z 8 grudnia 2017 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny. Mimo że obrona konieczna w polskim prawie karnym jest okolicznością występującą od dawna, to wciąż budzi kontrowersje zarówno w aspekcie doktrynalnym, jak i w związku z jej praktycznym zastosowaniem. Zatem istnieje potrzeba naukowego pochylenia się nad tym kontratypem oraz jego zgłębiania, w tym co do aktualnego jego kształtu po nowelizacjach¹⁵.

Istota obrony koniecznej

Obrona konieczna została uregulowana w części ogólnej k.k. w rozdziale III zatytułowanym „Wyłączenie odpowiedzialności karnej”, w którym opisane są różne instytucje przewidujące wyłączenie bezprawności oraz wyłączenie winy. Jej istotę stanowi odpieranie bezpośredniego, bezprawnego zamachu na jakiegokolwiek dobro chronione prawem. Na tę instytucję można powołać się tylko wówczas, gdy spełnione zostaną określone w ustawie warunki. Doktryna uznaje prawo do obrony koniecznej przed bezprawnym zamachem za jedno z podstawowych podmiotów praw człowieka i w niej warunki te określone są jako znamiona, elementy bądź człony. W doktrynie prawa karnego, jak wskazuje Andrzej Marek, określa się je kontratypami, czyli okolicznościami uchylającymi bezprawność czynu¹⁶. Juliusz Markiewicz w komentarzu do k.k.

¹¹ R. Góralski, op. cit., s.12.

¹² Kodeks karny wykonawczy z 6 czerwca 1997 roku (Dz.U. Nr 90, poz. 557) t.j. z 10 marca 2017 roku (Dz.U. z 2017 r., poz. 665).

¹³ Ustawa z 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1589.).

¹⁴ Ustawa z 26 listopada 2010 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o Policji (Dz.U. z 2010 r., Nr 240, poz. 1602).

¹⁵ A. Kilińska-Pękacz, *Nowe ujęcie obrony koniecznej po nowelizacjach kodeksu karnego z lat 2009–2010*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania” 2013, t. 3, s. 83.

¹⁶ A. Marek, *Podstawy prawa karnego i prawa wykroczeń dla studentów administracji*, Toruń 2009, s. 65.

z 1932 roku przyjął tylko dwa uznane w kodeksie warunki dla zaistnienia obrony koniecznej, a mianowicie:

- 1) żeby bezprawie posługiwało się zamachem bezpośrednim, bezprawnym na dobro prawne,
- 2) żeby ochrona była konieczna.

Z kolei Igor Andrejew w krótkim komentarzu do k.k. z 1969 roku¹⁷ nie używa sformułowania „warunki do zaistnienia obrony koniecznej”, a elementy definicji obrony koniecznej. W podobny sposób zostały ujęte również przez Władysława Woltera, który określił je jako słuszne warunki konieczne tejże instytucji¹⁸. Andrejew elementy definicji obrony koniecznej uszeregował w następujący sposób:

- 1) następuje zamach,
- 2) na jakiegokolwiek dobro prawem chronione,
- 3) bezpośredni,
- 4) bezprawny,
- 5) sprawca odpiera ten zamach,
- 6) naruszając jakieś dobro napastnika,
- 7) w granicach konieczności.

Natomiast Adam Kurkowski warunki obrony koniecznej podzielił na:

- a) warunki dopuszczalności obrony koniecznej (zamach, bezprawność zamachu, bezpośredniość zamachu i dobra chronione),
- b) warunki prawności działania w obronie koniecznej, a w nich formy i treść działań obronnych, podmiot i adresat tych działań, pomoc konieczna, konieczność obrony oraz elementy podmiotowe w obronie koniecznej¹⁹.

Wszystkie te warunki oraz elementy tworzą treść dzisiaj obowiązującego artykułu 25 § 1 k.k., mianowicie: „Nie popełnia przestępstwa ten, kto w obronie koniecznej odpiera bezpośredni, bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem”.

Elementy obrony koniecznej

Zamachem w rozumieniu przepisu k.k. jest niebezpieczne zachowanie się człowieka, które narusza lub zmierza do naruszenia cudzych dóbr chronionych prawem. Do stwierdzenia zamachu nie ma znaczenia, czy dobro prawne jest już przez napastnika naruszanie, czy też dopiero zmierza on do jego naruszenia²⁰. Zamach musi być rzeczywisty, tj. musi istnieć obiektywnie, a nie być jedynie wytworem wyobraźni osoby czującej się zaatakowana. W takim bowiem

¹⁷ I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1986, s. 34.

¹⁸ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 164.

¹⁹ A. Krukowski, *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, Warszawa 1965, s. 11.

²⁰ P. Daniluk, op. cit., s. 227.

wypadku może znaleźć zastosowanie najwyżej art. 29 k.k., czyli błąd co do kontraktotypu²¹.

Zamach bezpośredni

Zamach bezpośredni to taki, który jest w toku, trwający lub stwarzający niebezpieczeństwo naruszenia dobra prawem chronionego w danej chwili. Z punktu widzenia prawa niezmiernie ważne jest więc ustalenie momentu początkowego i końcowego zamachu²².

Zamach bezprawny

Bezprawnym nazywamy zamach naruszający dobro chronione obowiązującym systemem prawnym i będący sprzecznym z porządkiem prawnym, przy czym pojęcie sprzeczności z porządkiem prawnym powinno się uwzględniać w szerokim znaczeniu²³.

Dobro chronione prawem

Pojęcie dobra chronionego prawem jest pojemne. Obowiązujący Kodeks karny nie zawiera jakichkolwiek ograniczeń w stosunku do zakresu, rodzaju dóbr prawnych, których wolno bronić w drodze stosowania obrony koniecznej. Ich zakres jest szeroki. Możliwa jest obrona każdego dobra pozostającego pod ochroną prawną²⁴.

Obrona konieczna w świetle orzecznictwa – wybrane tezy

Postanowienie Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2015 roku prezentuje następujące tezy:

1. Obrona konieczna, jak wynika to wprost z treści art. 25 § 1 Kodeksu karnego, ma charakter samoistny. Prawo do skutecznej *obrony* musi jednak mieć swoje granice wynikające z aspektów aksjologicznych i humanistycznych, skoro życie ludzkie jest dobrem najwyższej wartości.

2. Do oceny, że nastąpiło przekroczenie granic obrony koniecznej przez jej nadmierną intensywność, konieczne jest dokonanie ustalenia – opartego na ocenie całokształtu występujących w sprawie okoliczności – że osoba odpierająca zamach obejmowała zarówno swą świadomością, jak i wolą naruszenie (przez zastosowanie niewspółmiernego środka lub sposobu *obrony*) dóbr napastnika w zakresie dalej idącym, niż niebezpieczeństwo zamachu na te dobra,

²¹ M. Berenet, M. Filar, *Kodeks Karny komentarz*, Warszawa 2016, s. 114.

²² P. Stalski, *Prawo do obrony koniecznej*, Wrocław 2013, s. 86.

²³ Ibidem, s. 84.

²⁴ R. Góral, op. cit., s. 52–53.

które stały się jego przedmiotem. Oznacza to ustalenie, że atakowany przewidywał, iż odparcie zamachu następuje w sposób niewspółmierny do jego niebezpieczeństwa i chciał tego lub na to się godził.

3. O tym, czy zachodzi zamach bezpośredni, decyduje zachowanie się osoby atakującej w całym przebiegu zdarzenia, a nie tylko w momencie podjęcia akcji obronnej. Należy zdecydowanie wykluczyć z zakresu pojęcia bezpośredniego zagrożenia zamachem sytuacje charakteryzujące się tylko czysto subiektywnymi przypuszczeniami. Procesy motywacyjne zachodzące w psychice – wyłącznie subiektywne przekonanie o możliwości napaści, nie kreuje przecież sytuacji obrony koniecznej dla osoby spodziewającej się takiego zamachu.

4. Osoba uprawniona może odeprzeć zamach, polegający na bezprawnym wtargnięciu („wdarciu się”) do lokalu, zaś podjęte działanie, będzie wówczas działaniem prawnie chronionym, podjętym w obronie koniecznej – w obronie prawa do prywatności, wszelako granice takiej obrony, oceniane *ex ante*, zależą *in concreto* od sytuacji oraz od sposobu zachowania się tych osób, słowem niepowtarzalnych realiów danego zdarzenia²⁵.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 21 września 2016 roku stwierdza, że niepodleganie karze w wypadku przekroczenia granic obrony koniecznej ma miejsce tylko wtedy, gdy przekroczenie to nastąpiło pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu. Należy więc wykazać, że strach lub wzburzenie było powodem przekroczenia granic obrony koniecznej. Strach lub wzburzenie jedynie towarzyszące ekscesowi nie mogą stanowić podstawy do wyłączenia karalności za czyn zabroniony popełniony w warunkach przekroczenia granic obrony koniecznej²⁶.

Postanowienie Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 2017 roku wskazuje, że prawo do obrony koniecznej przysługuje zaatakowanemu zawsze i niezależnie od tego, czy np. mógł uniknąć niebezpieczeństwa związanego z zamachem przez ucieczkę, ukrywanie się przed napastnikiem, wezwanie pomocy osób trzecich czy też przez poszukiwanie ochrony u znajdującego się w pobliżu przedstawiciela organów porządku publicznego. Należy podkreślić, że *ratio legis* obrony koniecznej to nie tylko wzgląd na ochronę zaatakowanego dobra, ale także respektowanie zasady, że prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem. Osoba napadnięta ma prawo odpierać zamach wszelkimi dostępnymi środkami, które są konieczne do zmuszenia napastnika do odstąpienia od kontynuowania zamachu. Wystarczającym warunkiem uznania, że oskarżony działał w obronie koniecznej jest ustalenie, że świadomy istnienia bezpośredniego i bezprawnego zamachu na jakiegokolwiek dobro chronione prawem zamach ten odpierał, stosując sposób obrony współmierny do niebezpieczeństwa. Nie

²⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z 15 kwietnia 2015 roku, sygn. akt IV KK 409/14, Lex.pl.

²⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 21 września 2016 roku, sygn. akt II AKa 261/16, Lex.pl.

ma przy tym potrzeby wykazywania, że oskarżony faktycznie czuł strach przed napastnikiem²⁷.

Sąd Najwyższy w wyroku z 4 lipca 2018 roku stwierdził, że zgodnie art. 25 § 2 k.k. przyjmuje się, że przekroczenie granic obrony koniecznej, o którym mowa w tym przepisie, przyjmuje dwie postacie: ekscesu intensywnego, polegającego na zastosowaniu sposobu obrony niewspółmiernego do niebezpieczeństwa zamachu oraz ekscesu ekstensywnego, zachodzącego w przypadku braku zgodności czasowej obrony i zamachu. Zatem – stosując do zachowania oskarżonego art. 25 § 2 k.k. – sąd powinien rozważyć, która postać ekscesu uwiódła się w jego zachowaniu i dać temu wyraz w opisie czynu, jednak po przeprowadzeniu postępowania dowodowego²⁸.

Natomiast w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 10 lipca 2019 roku znajduję się następująca teza: Mylne, urojone, wyobrażenie zamachu po stronie sprawcy, które według niego uzasadnia obronę dobra zagrożonego można oceniać w kategoriach art. 29 k.k., w którym unormowano kwestię błędu co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu. Błąd taki wyłącza winę osoby działającej w mylnie wyobrażonej obronie koniecznej, pod warunkiem jednak, że jest usprawiedliwiony. Usprawiedliwiony błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu to zaś taki błąd, z powodu którego nie można uczynić sprawcy zarzutu, że mógł uniknąć jego popełnienia²⁹.

Z kolei wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 10 stycznia 2019 roku przedstawia sformułowanie, że znamię bezpośredniości zamachu jest spełnione także wtedy, gdy po pierwszym ataku i krótkiej przerwie napastnicy zmierzają do powtórzenia ataku, a istnieje wysoki stopień prawdopodobieństwa, że zamiar swój zrealizują natychmiast lub w najbliższej chwili³⁰.

Nowelizacja obrony koniecznej

Prawo do obrony jest w naszym kręgu kulturowym uważane za jedno z ważniejszych praw i jako takie winno być możliwie skutecznie egzekwowane³¹, dlatego polski ustawodawca zdecydował się na znowelizowanie k.k. Nowelizacja jest wprowadzeniem zmian lub uzupełnień do obowiązujących ustaw

²⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 2017 roku, sygn. akt IV KK 116/17, Lex.pl.

²⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 4 lipca 2018 roku, sygn. akt III KK 430/17, Lex.pl.

²⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 10 lipca 2019 roku, sygn. akt II AKa 105/19, Lex.pl.

³⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 10 stycznia 2019 roku, sygn. akt II AKa 222/18, Lex.pl.

³¹ A. Limburska, *Niekaralność przekroczenia granic obrony koniecznej w świetle art. 25 § 2a k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 5, preprint, https://www.czipk.pl/dokumenty/publikacje/2018/A._Limburska-Niekaralnosc_przekroczenia_granic_obrony_koniecznej_w_swietle_art._25_§_2a_kk.pdf, s. 1.

lub zarządzeń³². 29 grudnia 2017 roku Prezydent RP Andrzej Duda podpisał ustawę z 8 grudnia 2017 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny. Podążając za najnowszym wydaniem komentarza do k.k., opisana jest planowana zmiana, która na dzień dzisiejszy stała się już faktem. Za przyjęciem nowych przepisów głosowało 396 posłów, 3 chciało ich odrzucenia, zaś 28 wstrzymało się od głosu³³.

Warto zwrócić uwagę na stanowisko prof. Alicji Grześkowiak na temat zmian w k.k. w trakcie trwania procesu legislacyjnego. Rządowy projekt zmiany art. 25 k.k.³⁴ zakłada dodanie do przepisu art. 25 nowego § 2a, zawierającego jeszcze jedną okoliczność uchylającą karalność za przekroczenie granicy obrony koniecznej. Przypadek ten ma dotyczyć sytuacji odpierania określonego prawem szczególnego zamachu polegającego na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo przylegającego do nich ogrodzonego terenu lub odpierania zamachu poprzedzonego wdarciem się do tych miejsc³⁵. Aktualne brzmienie paragrafu 2a jest następujące: „Nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej, odpierając zamach polegający na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo na przylegający do nich ogrodzony teren lub odpierając zamach poprzedzony wdarciem się do tych miejsc, chyba że przekroczenie granic obrony koniecznej było rażące”.

W uzasadnieniu druku sejmowego nr 1871³⁶ można dowiedzieć się, że zmiana ta polega na dodaniu do tego przepisu nowej jednostki redakcyjnej – § 2a, przewidującego uchylenie karalności czynu ekscentrycznego w sytuacji, gdy przekroczenie granic obrony koniecznej nastąpi przy odpieraniu bezprawnego zamachu, polegającego na wdarciu się do mieszkania, lokalu, domu albo przylegającego do nich ogrodzonego terenu. Instytucja ta nie miałaby natomiast zastosowania do sytuacji, w której przekroczenie granic obrony koniecznej byłoby rażące, np. sposób obrony czy też użyte w tym celu środki byłyby oczywiście niewspółmierne do zagrożenia wynikającego z zachowania napastnika.

Zasadniczym celem przedmiotowego projektu jest zapewnienie pełnej realizacji prawa do obrony koniecznej, szczególnie w przypadku wystąpienia zamachu w warunkach naruszenia tzw. miru domowego³⁷. Ponadto nowa regulacja ma na celu w sposób jasny i niebudzący wątpliwości dać obywatelom możliwość ochrony dóbr prawnych fundamentalnych z punktu widzenia ak-

³² <https://sjp.pwn.pl/slowniki/nowelizacja.html> (dostęp: 21.02.2018).

³³ <http://www.pch24.pl/rozszerzenie-granic-obrony-koniecznej---wszystko-zostaje-po-staremu,56714,i.html#ixzz57w9Fe88c> (dostęp: 21.02.2018).

³⁴ Projekt z 25 września 2017 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk sejmowy nr 1871 (zwany dalej drukiem sejmowym).

³⁵ A. Grześkowiak, *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2018, s. 236.

³⁶ Zob. druk sejmowy nr 1871, Sejm VIII kadencji, s. 3.

³⁷ Szerzej: K. Jankowska, *Przestępstwo zakłócenia miru domowego – wybrane zagadnienia*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2017, nr 3, s. 20–27.

ceptowanego w społeczeństwie porządku aksjologicznego³⁸. Dodatkowo ministerstwo argumentuje, że chodzi o wzmocnienie tej linii orzecznictwa Sądu Najwyższego, która odwołuje się do braku karalności tzw. ekscesu intensywnego, czyli przekroczenia granic obrony koniecznej w sytuacji odpierania wtargnięcia intruza do domostwa, co winno być oceniane nie *a posteriori* (po czyinie), lecz z perspektywy momentu zdarzenia³⁹.

Jedną z przyczyn nowelizacji jest ocena dotychczasowej praktyki stosowania prawa, która wskazuje na zbyt częste występowanie przypadków nieuzasadnionego pomijania przepisu art. 25 § 1–3 k.k. przy dokonywaniu prawnej oceny zachowania osoby, która w związku z odpieraniem bezprawnego zamachu naruszyła lub naraziła na niebezpieczeństwo dobra prawne napastnika. Zasadniczym prawnym ograniczeniem reakcji na atak jest warunek „współmierności sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu”⁴⁰.

Zdaniem dr. Mikołaja Małeckiego z Uniwersytetu Jagiellońskiego wprowadzenie nowelizacji nie oznacza wcale, że broniąc się przed atakiem we własnym domu od razu będzie można więcej. Trzeba zdecydowanie podkreślić, że wbrew temu, w jaki sposób nowe przepisy są reklamowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości, nie ma się do czynienia z rozszerzeniem granic obrony koniecznej. Opinia publiczna jest wprowadzana w błąd, ponieważ przepis mówi wyraźnie, że warunkiem jego stosowania jest przekroczenie granic obrony koniecznej. Zbyt intensywna obrona nie będzie czynem karalnym, ale nadal będzie czynem bezprawnym, który może rodzić np. odpowiedzialność odszkodowawczą. Natomiast dr. Krzysztof Szczucki z Uniwersytetu Warszawskiego podkreśla, że zmieniają się granice karalności, a nie bezprawności i wskazuje, że art. 25 § 1 k.k. pozostaje bez zmian. Przepis ten stanowi, że nie popełnia przestępstwa kto w obronie koniecznej odpiera bezpośredni, bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem. Warto zwrócić uwagę na to, że wymogi co do np. proporcjonalności środków obrony się nie zmieniają. Sędzia Rafał Lisak z Sądu Okręgowego w Krakowie twierdzi, że problemem jest jednak nadmierna kazuistyka tego przepisu. Wydaje się, że ustawodawcy chodziło o wzmocnienie ochrony w związku z naruszeniem miru domowego. Jednak przez enumeratywne wymienienie przypadków, w których można wyłączyć karalność, ograniczono możliwość zastosowania tego przepisu w sytuacjach, gdzie w pewnym sensie również dochodzi do naruszenia miru domowego⁴¹.

³⁸ Ocena skutków regulacji, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12299304/12438777/12438778/dokument293160.pdf>, s. 1.

³⁹ <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1089630,obrona-konieczna-reakcja-bez-kary.html> (dostęp: 21.02.2018).

⁴⁰ Zob. druk sejmowy nr 1871..., s. 3.

⁴¹ <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1098528,obrona-konieczna-po-nowemu.html> (dostęp: 21.02.2018).

W konsekwencji w opinii publicznej utrwała się groźne społecznie przekonanie o uprzywilejowaniu przez prawo dobra napastnika kosztem dobra napadniętego⁴² i nieopłacalności przeciwdziałania aktom bezprawia, wskutek czego poważnego uszczerbku doznaje zaufanie obywateli do państwa, jego organów oraz porządku prawnego. Planowana nowelizacja ma na celu wyeliminować negatywne konsekwencje, a jednocześnie zachęcić obywateli do przeciwdziałania klasycznym aktom agresji ze strony napastników bez strachu przed poniesieniem z tego tytułu odpowiedzialności karnej. Nie bez znaczenia jest również aspekt ogólnoprewencyjny, przejawiający się w wyrażeniu precyzyjnego i jednoznacznego komunikatu skierowanego do potencjalnego zamachowca o prawie każdego obywatela do skutecznego odparcia zamachu. Zadaniem stawianym planowanej nowelizacji jest także ochrona obywateli przed uznaniowymi działaniami organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości przy interpretacji niejasnych i niedookreślonych zwrotów w postaci strachu i wzburzenia, które dodatkowo mają być usprawiedliwione okolicznościami zamachu. Dla realizacji wskazanych celów projektowana zmiana przesuwaa akcent ze sfery emocjonalnej osoby odpierającej zamach na mający charakter zobiektywizowany przedmiot zamachu⁴³.

W Stanach Zjednoczonych Ameryki instytucja obrony koniecznej została ustanowiona w celu uzasadnienia użycia siły przez osobę, względem której dokonano zamachu na jej życie lub mienie. Osoba uprzywilejowana ma prawo do skorzystania z takiej siły, która wydaje się konieczną do obrony przed widocznym zagrożeniem oraz bezprawną, bezpośrednią przemocą innego podmiotu. Istotną przesłanką przemawiającą za uznaniem obrony koniecznej jest fakt, że osoba musi racjonalnie wierzyć, że jej użycie siły było konieczne, aby zapobiec wyrządzeniu nieuchronnej, fizycznej krzywdy. W większości stanów nie uznaje się za konieczność stosowania zasady odwrotu przed użyciem siły, przede wszystkim jeśli chodzi o atak na terenie własności prywatnej. Osoba, która znajduje się w niebezpieczeństwie, ma prawo do podjęcia niezbędnych kroków, które w jej ocenie mogą zapobiec zagrożeniu. Przesłanką, która wyklucza stosowanie obrony koniecznej, jest sytuacja, w której osoba pierwotnie była stroną atakującą. Przy rozpatrywaniu tego typu spraw sąd często odrzuca takie roszczenie, wskazując na brak możliwości stosowania tej instytucji w takim przypadku. Zgodnie z zasadą odwrotu (retreat) obowiązującą w świetle prawa anglosaskiego osoba, która dopuszcza się użycia przemocy w ramach obrony koniecznej, powinna wykazać, że taka możliwość nie mogła zostać urzeczywistniona. Nie ma ona zastosowania do sytuacji, gdzie atak nastąpił na terenie należącym do osoby zaatakowanej. W świetle amerykańskiego orzecz-

⁴² T. Tabaszewski, *Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 12, s. 72.

⁴³ M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, Lex.pl.

nictwa zasada ta nie znajduje zastosowania i często jest pomijana w ramach stosowania instytucji obrony koniecznej. W Stanach Zjednoczonych Ameryki wykształciła się natomiast doktryna nazywana *stand your ground*. Nawiązuje ona do angielskiej maksymy – „mój dom jest moim zamkiem”, gdzie osoba ma prawo do stosowania przemocy wobec intruza, który wtargnął na teren prywatny z zamiarem wyrządzenia szkody, bez konieczności wycofywania się. Zapewnia ona możliwość uniknięcia odpowiedzialności w przypadku, kiedy osoba została zaatakowana we własnym domu lub terenie przynależącym do jego granic. Osoba, która posługuje się bronią palną, powinna posiadać legalną zdolność do posługiwania się nią⁴⁴. Profesor Piotr Kruszyński przedstawił obronę miru domowego USA w krótki i jasny sposób – jeśli intruz wtargnie na teren posesji, to właściciel może go zastrzelić. Podkreśla, że są granice rozsądku – jeśli dziecko wejdzie np. do naszego sadu i ukradnie nam jabłko, a my je zabijemy, to wtedy nie zasługujemy na objęcie prawem obrony koniecznej. Kruszyński zasugerował zmianę przymiotnika w § 2a o „rażącym przekroczeniu granic obrony koniecznej” na sformułowanie „w sposób oczywisty”. Uważa, że mamy prawo bronić siebie, swojej rodziny i dobytku⁴⁵.

Jednak w opiniach o projektowanym art. 25 § 2a k.k. przesłanych przez sądy apelacyjne można odnaleźć (poza stanowiskami aprobującymi jego treść) także stanowiska krytyczne pojedynczych sędziów, podkreślające zbędność takiej regulacji. Wskazuje się w nich na niewłaściwość tworzenia tak kazuistycznego przepisu z nakazem uwolnienia od odpowiedzialności karnej⁴⁶. Dodanie paragrafu 2a nieco skomplikuje pracę sędziów i prokuratorów. Będą oni przecież musieli oceniać, czy dany czyn „nie podlega karze” na podstawie tego czy innego, w gruncie rzeczy tożsamego w treści, przepisu. Każde przekroczenie granic obrony koniecznej jest i nadal będzie bezprawne. Problemem jest to, kiedy sąd nie będzie za nie karał. Co więcej, wyłączenie karalności nie następuje automatycznie, gdy przekroczenie granic obrony miało miejsce w domu czy na terenie posesji. Za każdym razem będzie to zależało od decyzji – najpierw prokuratora, a potem sądu – którzy będą oceniać, czy miało ono charakter rażący, czy też nie⁴⁷. W trakcie prac sejmowych nowelizacja była krytykowana przez różne instytucje i podkreślano wtedy, że zawiera ona sporo wad. Doskonale potwierdza te słowa opinia stworzona przez Prokuraturę Generalną, która nie zostawia na projekcie suchej nitki. Dostrzeżono, że w przepisie znajduje się wiele nieprecyzyjnych określeń, jak np. „wdarcie się” czy „przylegający teren”. Mogą być przez sądy interpretowane w zupełnie inny sposób.

⁴⁴ Ocena skutków regulacji..., s. 2–3.

⁴⁵ <https://www.polskieradio.pl/130/5925/Artykul/1859208,Ustawa-o-obronie-koniecznej-Prawo-nie-moze-ustepowac-przed-bezprawiem> (dostęp: 21.02.2018).

⁴⁶ A. Grześkowiak, op. cit., s. 237.

⁴⁷ <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1098528,obrona-konieczna-po-nowemu.html> (dostęp: 21.02.2018).

W efekcie przepis może okazać się nieskuteczny. Ponadto przepis dotyczy obrony tylko w przypadku „wdarcia się” na posesję. Zatem w praktyce osoba broniąca się przed kradzieżą w domu może to robić skuteczniej niż np. ktoś broniący się przed gwałtem czy próbą zabójstwa na ulicy. Wreszcie przepis jest skonstruowany tak, że zawiera wewnętrzną sprzeczność i – według Prokuraturii Generalnej – „spowoduje skutki przeciwne do zamierzonych”⁴⁸.

Okoliczności wskazane w art. 25 § 2a k.k. mają charakter czysto przedmiotowy i obejmują dwie grupy sytuacji – po pierwsze, są to przypadki, w których odpierany zamach polega na wdarcu się do pomieszczeń określonych kategorii albo do przylegającego do tych pomieszczeń terenu; po drugie, sytuacje występujące dalej w pochodzie działań napastnika, gdy samo wdarcie się już miało miejsce, a odpierany jest inny zamach. Naturalnie takie skonstruowanie okoliczności umożliwia – choć jedynie do pewnego stopnia – odczytanie, jakie dobra prawne ustawodawca chce wziąć pod ochronę. W pierwszym przypadku będzie to przede wszystkim wolność (zwłaszcza wolność osoby uprawnionej do korzystania z nieruchomości), co wynika wprost z tytułu rozdziału, w którym znajduje się przestępstwo zakłócenia miru domowego, do którego analizowany przepis przejawia duże podobieństwo. Można również wskazać dobra niejako akcesoryjne, w szczególności mienie. Natomiast w drugim przypadku ochronę przyznaje się wszystkim dobrom, które po wdarcu się do pomieszczeń mogą być zagrożone lub naruszone przez kolejny zamach – będzie to zatem katalog niezwykle obszerny. Podkreślenia wymaga jednak fakt, że w obu przypadkach szczególne traktowanie nie wynika z kategorii dóbr prawnych *expressis verbis* objętych przez ustawodawcę ochroną, a jedynie dobra te można w sposób pochodny interpretować z sytuacji objętych zakresem zastosowania przepisu⁴⁹.

Zakończenie

Obrona konieczna to odpieranie bezpośredniego, bezprawnego oraz rzeczywistego zamachu na jakiekolwiek dobro chronione prawem. Podmiotem zamachu, o jakim mowa w art. 25 k.k. może być tylko człowiek⁵⁰.

Ustawodawca z całą pewnością poprawnie zidentyfikował ważki problem w postaci licznych trudności w poprawnym funkcjonowaniu instytucji obrony koniecznej. Sytuacja ta skutkowałą znaczącym spadkiem zaufania obywateli do prawa, które winno przecież gwarantować im możliwość skutecznej obrony przed bezprawnymi zamachami. Jednak należy zwrócić uwagę na wyraźne

⁴⁸ <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114884,22840434,jest-podpis-prezydenta-nie-bedzie-kar-za-obrone-konieczna.html> (dostęp: 21.02.2018).

⁴⁹ A. Limburska, op. cit., s. 7–8.

⁵⁰ http://swks.pl/wp-content/uploads/2016/10/obrona_konieczna.pdf (dostęp 21.02.2018).

mankamenty przyjętego rozwiązania. Bez wątpienia jego główną słabością jest posłużenie się – wbrew deklaracjom projektodawców – pojęciami niejasnymi. W szczególności problematyczne wydaje się zastosowanie określenia „rażący” w stosunku do przekroczenia granic kontratypu. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że cel prawodawcy – którym było osiągnięcie klarownej oceny prawnej sytuacji odpierającego bezprawny zamach w przypadku naruszenia miru domowego – został przez taki zabieg chyba skutecznie wyeliminowany⁵¹.

Podsumowując, warto zwrócić uwagę na porównanie stanu sprzed i po wprowadzeniu nowelizacji:

a) dawniej: obrona konieczna jest dozwolona i dana osoba nie podlega karze nawet, jeśli jej obrońca przesadził w doborze metod obronnych – wystarczy ustalenie, że ta osoba działała pod wpływem strachu lub wzburzenia;

b) obecnie: obrona konieczna jest dozwolona (i tu następuje szczegółowe wyliczenie miejsc, gdzie jest to dozwolone) i dana osoba nie podlega karze nawet, jeśli jej obrońca przesadził w doborze metod obronnych – chyba że przesada w tym zakresie była rażąca.

Ze względu na krótki czas obowiązywania nowelizacji nie można mówić o funkcjach i skutkach jej wprowadzenia. Nowe przepisy uważane są za niesprawiedliwe i wadliwe. Należy jednak liczyć na to, że nowelizacja nie spowoduje zbyt wielu szkód. Sędziowie, którzy mają negatywne zdanie na temat wprowadzonej nowelizacji, podkreślają, że dotychczasowe przepisy były wystarczające. Ponadto uważają, że taki przepis może wyzwać nadmierną, nieuzasadnioną i niebezpieczną agresję⁵². Autorki przedstawiły jedynie stanowiska obecne w orzecznictwie, doktrynie oraz środowisku, które przedstawiają wady oraz zalety wprowadzonych zmian. Jednakże nie trudno zauważyć, że głosów negatywnych jest znacznie więcej niż tych pozytywnych. Jedynie czas zweryfikuje poprawność jak i konieczność wprowadzonej nowelizacji.

Bibliografia

Literatura

Andrejew I., *Kodeks karny. Krótki komentarz*, PWN, Warszawa 1986.

Berenet M., Filar M., *Kodeks Karny komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

Bojarski T., [w:] *Prawo karne. Część ogólna*, Lublin 1972.

Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M., Mozgawa M., *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, Lex.pl.

⁵¹ A. Limburska, op. cit., s.10.

⁵² Zob. opinie zawarte w pismach: prezesa SO w Zielonej Górze z 19 czerwca 2017 roku, OA – 015-32/17, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12299357/12439155/12439158/dokument310013.pdf> (21.02.2018), załącznik do pisma prezesa SA w Szczecinie z 19 czerwca 2017 roku, A. 023-19/17, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12299357/12439155/12439158/dokument305911.pdf> (dostęp 21.02.2018).

- Daniluk P., *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) R.A. Stefański, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Góral R., *Obrona konieczna w praktyce*, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, Warszawa 2011.
- Grześkowiak A., *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) A. Grześkowiak, K. Wiak, wyd. 5, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Jankowska K., *Przestępstwo zakłócenia miru domowego – wybrane zagadnienia*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2017, nr 3.
- Kilińska-Pękacz A., *Nowe ujęcie obrony koniecznej po nowelizacjach kodeksu karnego z lat 2009–2010*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania” 2013, t. 3.
- Krukowski A., *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, PWN, Warszawa 1965.
- Limburska A., *Niekaralność przekroczenia granic obrony koniecznej w świetle art. 25 § 2a k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 5, preprint.
- Makarewicz J., *Prawo karne – wykład porównawczy*, Lwów–Warszawa 1924.
- Marek A., *Obrona konieczna w prawie karnym, Teoria i orzecznictwo*, Oficyna, Warszawa 2008.
- Marek A., *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979.
- Marek A., *Podstawy prawa karnego i prawa wykroczeń dla studentów administracji*, Toruń 2009.
- Stalski P., *Prawo do obrony koniecznej*, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii UW, Wrocław 2013.
- Śliwowski J., *Prawo karne*, PWN, Warszawa 1979.
- Tabaszewski T., *Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 12.
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie*, PWN, Warszawa 1973.
- Wróblewska A., *Obrona konieczna*, Kancelaria adwokacka „PRO REO” adwokat Piotr Staniec, Warszawa 2013.
- Zoll A., *Kodeks karny*, t. 1, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.

Akty prawne

- Kodeks karny wykonawczy z 6 czerwca 1997 roku (Dz.U. Nr 90, poz. 557) t.j. z 10 marca 2017 roku (Dz.U. z 2017 r., poz. 665).
- Projekt z 25 września 2017 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk sejmowy nr 1871, Sejm VIII kadencji, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/3D337CF9C-CD8F5E7C12581AA002FFBF5/%24File/1871.pdf>.
- Ustawa z 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1589).
- Ustawa z 26 listopada 2010 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o Policji (Dz.U. z 2010 r., Nr 240, poz. 1602).
- Ustawa z 8 grudnia 2017 roku o zmianie ustawy — Kodeks karny (Dz.U. z 2018 r., poz. 20).

Orzecznictwo

- Postanowienie Sądu Najwyższego z 15 kwietnia 2015 roku, sygn. akt IV KK 409/14, Lex.pl.

Postanowienie Sądu Najwyższego z 27 kwietnia 2017 roku, sygn. akt IV KK 116/17, Lex.pl.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 21 września 2016 roku, sygn. akt II AKa 261/16, Lex.pl.

Wyrok Sądu Najwyższego z 4 lipca 2018 roku, sygn. akt III KK 430/17, Lex.pl.

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 10 lipca 2019 roku, sygn. akt II AKa 105/19, Lex.pl.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 10 stycznia 2019 roku, sygn. akt II AKa 222/18, Lex.pl.

Inne źródła

<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12299304/12438777/12438778/dokument293160.pdf>.

<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12299357/12439155/12439158/dokument305911.pdf>.

<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12299357/12439155/12439158/dokument310013.pdf>.

<http://czasopismo.legeartis.org/2018/01/przekroczenie-granic-obrony-koniecznej-naruszenie-miru-domowego.html>.

<http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1098528,obrona-konieczna-po-nowemu.html>.

<http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1089630,obrona-konieczna-reakcja-bez-kary.html>.

<https://sjp.pwn.pl/slowniki/nowelizacja.html>.

<http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114884,22840434,jest-podpis-prezydenta-nie-bedzie-kar-za-obronie-konieczna.html>.

<http://www.pch24.pl/rozszerzenie-granic-obrony-koniecznej---wszystko-zostaje-po-staremu,56714,i.html#ixzz57w9Fe88c>.

<https://www.polskieradio.pl/130/5925/Artykul/1859208,Ustawa-o-obronie-koniecznej-Prawo-nie-moze-ustepowac-przed-bezprawiem>.

Necessary defense in the light of the amendment 8 December 2017

The authors of this article are intended to show the changes that the Act of 8 December 2017 amending the Act – Penal Code introduces to the Polish legal system. The change mainly concerns article 25 of the Criminal Code, which presents the necessary defense. And also want present want to characterize the justification – of the necessary defense. In addition, the authors leave the initial institution of necessary protection already known in the fifth century B.C.E. in the law of XII Tables, analyzing its history until the amendment of 2017 is taken into account. The exact characteristics of self-defense should be considered, recalling the views used in case-law and doctrine. In addition, they present opinions of the legal environment on the changes introduced.

Keywords: amendment, justification, attempt, infringement of home mir, the Penal Code, article 25 of the Penal Code, defense required.

Luiza Kozanecka

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-8021-7466

luizakozanecka@gmail.com

Problematyka postępowania przed ośrodkami adopcyjnymi – rozważania praktyczno-prawne

Wstęp

Postępowanie adopcyjne stanowi bardzo doniosłą część prawa rodzinnego ze względu na uczestniczące podmioty oraz szereg skutków, które za sobą niesie. W poniższym tekście autorka zajęła się analizą problematyki postępowania adopcyjnego. Najistotniejsza wydaje się procedura kwalifikacji kandydatów na rodziców adopcyjnych prowadzona przez ośrodki adopcyjne, będące w strukturze urzędu marszałkowskiego. Ten etap postępowania adopcyjnego budzi najwięcej wątpliwości w świetle orzecznictwa i w praktyce, a jednocześnie jest wielokrotnie pomijany w literaturze przedmiotu. Tym bardziej wymaga to pogłębionej analizy i sformułowania propozycji *de lege ferenda*, które mogłyby doprowadzić do poprawy funkcjonowania procedur adopcyjnych. Ze sprawozdań i informacji Najwyższej Izby Kontroli, a także z orzecznictwa sądów administracyjnych wynika szereg zastrzeżeń, które wymagają szerszej debaty naukowej i konkretnych rozwiązań prawnych, które mogłyby zostać implementowane do systemu prawa rodzinnego.

Istota postępowania adopcyjnego

Wyjaśnienia wymaga katalog aktów prawnych, które mieszczą się w gałęzi prawa adopcyjnego. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2019 r. poz. 2086) (dalej k.r.o.) poświęca tej materii dział II, normujący szereg zagadnień bezpośrednio związanych z adopcją. Przepisy te określają przesłanki konieczne po stronie przysposabianego jak i przysposabiającego definiując

i określają skutki różnych rodzajów adopcji, oraz regulują kwestie rozwiązania przysposobienia¹. Z kolei postępowanie adopcyjne unormowane jest w art. 154–175a ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. z 2019 r. poz. 1111) (dalej WspRodzU).

Zagadnienia procesowe są także unormowane w Kodeksie postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r., poz. 1460) w art. 7 oraz art. 585–589 „Sprawy o przysposobienie”².

Procedurę przysposabiania małoletniego podzielić można na dwa etapy. Pierwszym z nich jest etap przedsądowy, w którym gospodarzem postępowania, a zarazem organem administracyjnym jest wojewódzki ośrodek adopcyjny z zastosowaniem rygorów postępowania administracyjnego. Drugim etapem jest etap sądowy prowadzony przez sąd opiekuńczy³ z zastosowaniem rygorów określonych w kodeksie postępowania cywilnego. Z przeprowadzonej kwerendy bibliotecznej wynika, że dostępne na rynku publikacje odnoszą się wyłącznie do postępowania sądowego⁴. Autorka skupi się natomiast na pierwszym etapie postępowania, który stwarza wyraźnie więcej problemów natury praktycznej i teoretycznej. Bowiem to na ośrodkach adopcyjnych spoczywa niebagatelny obowiązek, polegający na ocenie kandydatów i podjęciu decyzji czy kwalifikują się do podjęcia przysposobienia małoletniego.

Rola ośrodka adopcyjnego w postępowaniu adopcyjnym

Kandydaci, którzy chcą adoptować dziecko, muszą zwrócić się o pomoc do ośrodka adopcyjnego i to tutaj ma miejsce cała procedura aż do ewentualnego przysposobienia, które dokonuje się przed sądem opiekuńczym. Ośrodki adopcyjne podlegają wcześniej wymienionym ustawom, ale nie jedynie, bowiem na podstawie art. 157 WspRodzU każdy ośrodek ustanawia swój regulamin, który doprecyzowuje procedurę adopcyjną. Regulamin opracowywany jest przez dyrektora ośrodka w porozumieniu z marszałkiem województwa. Rodzi to jednak niepożądane zjawiska takie, jak niespójność pomiędzy ośrodkami,

¹ Zob. art. 114–127 ustawy z 25 lutego 1964 roku – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2019 r., poz. 2086).

² Kodeks postępowania cywilnego normuje tylko postępowanie sądowe, które jest wszczynane na wniosek przysposabiającego. Po złożeniu wniosku sąd zwraca się do wskazanego ośrodka adopcyjnego o świadectwo ukończenia szkolenia dla kandydatów do przysposobienia dziecka oraz o opinię kwalifikacyjną kandydatów. Postępowanie te stanowi finalny etap procedury adopcyjnej.

³ Przez sąd opiekuńczy rozumie się Wydział Rodzinny i Nieletnich właściwego sądu rejonowego.

⁴ *Procedury w sprawach małżeńskich i rodzinnych. Teoria i praktyka*, (red.) J. Krzywkowska, R. Sztymmler, Olsztyn 2016; H. Ciepla, rozdział XI *Przysposobienie*, [w:] *Meritum: prawo rodzinne*, (red.) G. Jędrek, Warszawa 2017, s. 955–1018; T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2016; R. Łukasiewicz, *Dobro dziecka a interesy innych podmiotów w polskiej regulacji prawnej przysposobienia*, Warszawa 2016.

a także wykroczenie poza ustawę. Najwyższa Izba Kontroli (dalej NIK) podczas kontroli przeprowadzonej w latach 2015–2017 wykazała, że wymogi i kryteria różnią się w poszczególnych ośrodkach oraz brak jest jednolitej praktyki ośrodków dla całego kraju. Zauważono również, że ośrodki wprowadzają pozaustawowe wymagania dla kandydatów. Pomimo określonych w art. 161 ust. 2 WspRodzU informacji przetwarzanych przez ośrodek o kandydatach, ośrodkom zdarza się wybiegać poza ustawowy katalog wymagając ujawniania dodatkowych informacji i zaświadczeń. Dla takiej praktyki NIK wyraził dezaprobatę, argumentując to możliwym naruszaniem konstytucyjnych praw obywatelskich⁵.

Ośrodki wypełniają zadania wskazane w art. 156 WspRodzU – jak stanowi ust. 1 pkt 11 tego przepisu – i należy do nich dokonanie wstępnej oceny kandydatów niezbędnej przed skierowaniem ich na szkolenie. Aby dokonać wstępnej oceny, kandydaci składają wspomniane wcześniej informacje i zaświadczenia. Przeprowadzany jest z nimi także wywiad adopcyjny oraz badania psychologiczne. Sąd Najwyższy w nadal aktualnej uchwale⁶ podkreślił, że przysposobienie ze względu na jego trwałe skutki, należy poprzedzić wnikliwym postępowaniem dowodowym i starannym zbadaniem kwalifikacji podmiotowych przysposabiających, ze szczególnym uwzględnieniem ich sylwetki moralnej, zdolności wychowawczych oraz atmosfery domu rodzinnego. Tezę tam określoną należy interpretować w ten sposób, że wskazana przez sąd „wnikliwość postępowania dowodowego” dotyczyć musi postępowania sądowego i – co ważniejsze – postępowania kwalifikacyjnego prowadzonego przez ośrodki adopcyjne. Warto zaznaczyć, że powyższy katalog ma charakter otwarty, na co wskazuje zwrot „ze szczególnym uwzględnieniem”. Daje to możliwości szerokiej wykładni i różnego stosowania⁷.

Procedura kwalifikacji wstępnej kandydatów na rodziców adopcyjnych

Zgodnie z art. 172 ust. 1 WspRodzU kandydaci do przysposobienia dziecka obowiązani są posiadać świadectwo ukończenia szkolenia organizowanego przez ośrodek adopcyjny. Szkolenie ma charakter obligatoryjny, aczkolwiek jego ukończenie nie przesądza o możliwości przysposobienia, gdyż tę kwestię ostatecznie rozstrzyga sąd. Art. 172 ust. 5 WspRodzU stanowi, że przed skierowaniem kandydata do przysposobienia dziecka na szkolenie ośrodek adopcyjny dokonuje jego wstępnej oceny, z uwzględnieniem:

⁵ Informacja o wynikach kontroli „Wykonywanie zadań przez ośrodki adopcyjne”, nr ewidencyjny: P/17/044, s.130, www.nik.gov.pl/kontrola/P/17/044 (dostęp: 12.04.2020).

⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1976 roku, sygn. akt III CZP46/75, OSN-CP1976, Nr 9, poz. 184

⁷ Por. art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka stanowi o obowiązku przeprowadzenia stosownego wywiadu poprzedzającego wydanie decyzji o przysposobieniu.

- 1) kwalifikacji osobistych, o których mowa w art. 114¹ ustawy z 25 lutego 1964 roku – Kodeks rodzinny i opiekuńczy,
- 2) motywacji do podjęcia się wychowywania dziecka,
- 3) wywiadu adopcyjnego.

Powyższy przepis nie ogranicza w żaden sposób ośrodków adopcyjnych przy doborze kryteriów stosowanych przy ocenie kwalifikacyjnej kandydatów. Jak można zauważyć, jest to ocena dotycząca cech personalnych kandydatów, a nie ocena spełniania przez nich wymogów prawnych.

Pojęcie kwalifikacji osobistych jest określane bardzo szeroko zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie. Art. 114¹ k.r.o., do którego odsyła przywołany powyżej przepis, wskazuje jedynie, że kwalifikacje osobiste mają uzasadniać przekonanie, iż kandydat będzie się należycie wywiązywał z obowiązków przysposabiającego. Przepis ten jednoznacznie redaguje jedynie podstawowe wymogi co do przysposabiających, czyli posiadanie pełnej zdolności do czynności prawnych, opinii kwalifikacyjnej oraz świadectwa ukończenia szkolenia. Wymogi te nie budzą wątpliwości, natomiast pojęcie kwalifikacji osobistych ustawodawca pozostawia niezdefiniowane i tym samym przekazuje dowolność interpretacji ośrodkom adopcyjnym. W doktrynie kwalifikacje osobiste opisywane są jako zbiór cech osobistych na płaszczyźnie umysłowej, moralnej, a także zdolności wychowawcze, wymagane od przysposabiających z uwagi na zasadę dobra dziecka. Sprowadzają się do tego, aby przysposabiający mógł wychować przysposabianego na uczciwego człowieka i prawego obywatela. Cechy te mają dawać gwarancję „troszczenia się o fizyczny i duchowy rozwój dziecka i przygotowania go do pracy dla dobra społeczeństwa odpowiednio do jego uzdolnień”, co zostało określone w art. 96 k.r.o.⁸. Z kolei Marta Prucnal-Wójcik podkreśla, że wskazówką do określenia kwalifikacji osobistych może być art. 42 WspRodzU, który określa warunki, jakie muszą spełniać kandydaci na rodziców zastępczych lub prowadzących rodzinne domy dziecka. Warunki te mogą być stosowane *per analogiam* do kandydatów na przysposabiających⁹. Naczelny Sąd Administracyjny odnosząc się do kwalifikacji osobistych kandydatów stwierdził, że „pojęcie kwalifikacji osobistych nie zostało zdefiniowane w przepisach prawa. Kwalifikacje osobiste to także wiarygodność postawy i spójność przekonań kandydatów”¹⁰. Również Sąd Najwyższy wska-

⁸ J. Gajda, *Komentarz do art. 114¹, [w:] Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, (red.) K. Pietrzykowski, Warszawa 2020. Zob. też H. Haak, A. Haak-Trzuskawska, *Pokrewieństwo i powinowactwo (pochodzenie dziecka, stosunki między rodzicami a dziećmi, przysposobienie). Komentarz do art. 61(7)–127 KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC (art. 453–458, 579–589)*, Warszawa 2019; K. Gromek, *Komentarz do art. 114¹, [w:] eadem, Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2018 – autorka w swoich rozważaniach odwołuje się tylko do wyroku NSA I OSK 2016/14.

⁹ M. Prucnal-Wójcik, *Komentarz do art. 114¹, [w:] Komentarze Prawa Prywatnego. Kodeks rodzinny i opiekuńczy*, t. 5, (red.) K. Osajda, Warszawa 2017.

¹⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 maja 2016 roku, sygn. akt I OSK 2016/14.

zał, że kwalifikacje osobiste kandydatów do przysposobienia dziecka, o jakich mowa w art. 114¹ k.r.o. to cechy należytego wypełnienia roli rodzica, dbające o rozwój fizyczny i duchowy dziecka¹¹.

Odmowa skierowania kandydatów na szkolenie przez ośrodek skutkuje brakiem możliwości skorzystania z uprawnienia do przysposobienia, ponieważ nie mogą oni wywiązać się z obowiązku posiadania świadectwa ukończenia szkolenia organizowanego przez ośrodek adopcyjny. Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że „ośrodki adopcyjne nie muszą obligatoryjnie przeprowadzać szkolenia wszystkich zgłaszających się osób, mają bowiem prawo do oceny kwalifikacji kandydatów do przysposobienia, które wynika z art. 172 ust. 5 ustawy o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej. Jedynie pozytywna wstępna ocena ośrodka adopcyjnego jest niezbędna dla przystąpienia do szkolenia”¹². Decyzja o zakwalifikowaniu kandydatów na szkolenie podejmowana jest przez komisję kwalifikacyjną ośrodka, w której skład wchodzi pracownicy ośrodka. Najwyższa Izba Kontroli również i w tym aspekcie zauważyła nieprawidłowość wymagającą poprawy i wyraziła opinię, że przewodniczącym komisji kwalifikacyjnej powinna być każdorazowo osoba spoza ośrodka adopcyjnego – przedstawiciel podmiotu nadzorującego działalność ośrodka¹³. Kwestią sporną pozostaje, czy takie rozwiązanie jest wystarczające do uzyskania obiektywnej oceny kandydatów i ochrony przed mechanizmami korupcyjnymi, na które procedura adopcyjna jest niewątpliwie narażona¹⁴. Warto dodać również, że w praktyce ośrodki adopcyjne nadużywają swoich kompetencji, posługują się nieprecyzyjnymi i zmiennymi kryteriami kwalifikacyjnymi, dowolnie przy tym stosując rygory postępowania. W konsekwencji ciężko jest stronom postępowania kwalifikacyjnego (kandydatom na przysposabiających) spełniać wymogi stawiane przez ośrodki adopcyjne.

Zaskarżalność rozstrzygnięć ośrodków adopcyjnych

Warto podkreślić, że zarówno skierowanie na szkolenie, jak i odmowa skierowania na szkolenie nie odbywają się w drodze decyzji albo postanowienia, lecz w drodze innej czynności z zakresu administracji publicznej. Tym samym brak jest formalnego pouczenia kandydatów o możliwości i sposobie zaskarżenia. Dotychczas jedyną drogą odwoławczą od niekorzystnych dla kandydatów rozstrzygnięć podejmowanych przez ośrodki adopcyjne jest wniesienie

¹¹ Uchwała Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 9 czerwca 1976 roku, sygn. akt III CZP 46/75, OSNCP 1976, Nr 9, poz. 184.

¹² Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 maja 2016 roku...

¹³ Podmiotem nadzorującym ośrodki adopcyjne jest marszałek województwa. Precyzując informację NIK, można dojść do konstatacji, że marszałek mógłby delegować pracownika/pracowników do przewodniczenia komisji oceniającej kandydatów.

¹⁴ Por. informacja o wynikach kontroli..., s. 27–30.

skargi do sądu administracyjnego. Zgodnie z art. 3 § 2 pkt. 4 ustawy – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (dalej p.p.s.a.), sądy administracyjne orzekają w sprawie skarg na akty lub czynności z zakresu administracji publicznej dotyczące uprawnień lub obowiązków wynikających z przepisów prawa. Odnośnie terminu wniesienia skargi, zastosowanie ma tutaj art. 53 § 2 p.p.s.a. stanowiący, że skargę można wnieść w każdym czasie, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej oraz nie przewiduje środków zaskarżenia w sprawie będącej przedmiotem skargi. W omawianej sytuacji ustawa szczególnie nie przewiduje środków zaskarżenia odnośnie do czynności polegającej na odmowie skierowania na szkolenie, w związku z czym kandydaci nie są związani żadnym terminem na wniesienie skargi¹⁵. Problematiczną kwestią jest efektywność skargi do sądu administracyjnego na czynność w przedmiocie odmowy skierowania na szkolenie. Dotychczas niewiele takich skarg trafiło do wojewódzkich sądów administracyjnych – być może z uwagi na przewidywalność negatywnego dla skarżących rozstrzygnięcia. Aktualne orzecznictwo zarówno Naczelnego Sądu Administracyjnego, jak i wojewódzkich sądów administracyjnych z pewnością nie daje zbyt wiele nadziei kandydatom chcącym zaskarżyć odmowę ośrodka¹⁶. Naczelny Sąd Administracyjny powołuje się na ujętą w art. 154 ust 1 WspRodzU wyłączną kompetencję ośrodka adopcyjnego do prowadzenia procedur przysposobienia oraz przygotowania kandydatów do przysposobienia dziecka. Stwierdza, że obowiązek dokonania wstępnej oceny uprawnia ośrodek adopcyjny do władczego rozstrzygnięcia w przedmiocie dopuszczenia i odmowy dopuszczenia kandydatów do odbycia szkolenia. Ośrodki adopcyjne nie muszą obligatoryjnie przeprowadzać szkolenia wszystkich zgłaszających się osób¹⁷. Równocześnie sądy administracyjne podkreślają w orzeczeniach, że nie są kompetentne do merytorycznej oceny zasadności odmowy skierowania na szkolenie, a są uprawnione jedynie do badania zgodności z prawem działań ośrodka¹⁸.

Przy badaniu zaskarżalności efektów działalności ośrodków profesjonalny pełnomocnik ma nie lada dylemat, żeby określić skuteczną drogę odwoławczą. Ośrodki przecież nie wydają negatywnych decyzji, nie ma tym samym uzasadnień i pouczeń o drodze zaskarżalności. Zatem w procedurze weryfikacji rozstrzygnięć ośrodków adopcyjnych niezbędne jest określenie kognicji sądów, bowiem z punktu widzenia formalnego ośrodek adopcyjny działa jako organ

¹⁵ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 27 lutego 2020 roku, sygn. akt II SA/Ol 1125/19.

¹⁶ Z dotychczasowego orzecznictwa ani jedna skarga na odmowę skierowania kandydatów na szkolenie przez ośrodek adopcyjny nie została rozpatrzona pozytywnie dla skarżących kandydatów.

¹⁷ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 maja 2016 roku...

¹⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 27 lutego 2020 roku... Zob. też wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 9 grudnia 2015 r., sygn. akt IV SA/Wa 2416/13 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 maja 2016 roku...

administracyjny, zatem właściwa wydaje się droga sądowej kontroli w postępowaniu sądowo-administracyjnym. Natomiast z punktu widzenia merytorycznego, bezsprzecznie istota sprawy powinna być rozstrzygana przez sąd opiekuńczy, w rygorach postępowania cywilnego. Rozwiązanie takie zatem wskazuje na brak racjonalności naszego prawodawcy. Dodatkowo w orzecznictwie sądy administracyjne podkreślają, że nie posiadają legitymacji do oceny merytorycznej, zatem ograniczają się do badania legalności działania ośrodka adopcyjnego. Nieprecyzyjne przepisy dotyczące adopcji pozwalają na szeroką dyskrecjonalność działania ośrodków i tym samym daleką sięgającą legalność. Szczegóły pozostawiają natomiast wiele do życzenia. Obywatel wyraźnie został pozbawiony prawa do rzetelnego procesu.

Postulaty *de lege ferenda*

Z szeregu orzeczeń sądów administracyjnych wynika konkluzja, że sądy nie mają narzędzi do oceny merytorycznej postępowań adopcyjnych prowadzonych przez wojewódzkie ośrodki. Z domniemanej zasady dwuinstancyjności musi wynikać skutek także w przedmiotowym problemie. Charakterystyka weryfikowalności postępowania adopcyjnego na etapie wojewódzkich ośrodków budzi poważne wątpliwości natury konstytucyjnej, bowiem Konstytucja gwarantuje stronie postępowania dwuinstancyjność, choćby nawet poprzez wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy¹⁹. W tym miejscu należy podkreślić, że w zasadzie praktyka jest niezgodna z Konstytucją, ponieważ skarga administracyjna stanowi substytut drugiej instancji. Z punktu widzenia ustrojowego sądy administracyjne badają legalność działania organów administracyjnych i *de facto* ich wyroki nie mają charakteru reformatoryjnego. Podobne rozważania poczyniła NIK w przytaczanej wielokrotnie na kanwie niniejszego artykułu informacji o wynikach kontroli. Najwyższa Izba Kontroli stwierdziła, że wadą postępowania adopcyjnego jest brak możliwości odwołania od niekorzystnego rozstrzygnięcia²⁰. Zasada dwuinstancyjności nie wymaga pogłębionych rozważań w tym artykule, bowiem jest to oczywisty standard współczesnego systemu prawnego. Tym bardziej niezrozumiałe jest swoiste *faux pas* prawodawcy, który zapomniał o swojej racjonalności. Poprawnie działający system prawa musi nakładać ramy działalności instytucji państwowych i musi przewidywać realne mechanizmy kontroli merytorycznej, a nie tylko formalnej. Zatem swoistym postulatem *de lege ferenda* – ponad to, co zostało już wyżej wyartykułowane – jest stworzenie mechanizmu odwoławczego przed sądami opiekuńczymi ze wszystkimi rygorami postępowania cywilnego. Postulatem

¹⁹ Zob. też art. 15 Kodeksu postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 256): „Postępowanie administracyjne jest dwuinstancyjne, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej”.

²⁰ Informacja o wynikach kontroli..., s. 21

niech będzie ponowne zweryfikowanie kandydatów przez biegłego/biegłych sądowych i ponowna ocena tej omawianej wyżej dalekiej dyskrecjonalności ośrodków adopcyjnych. To właśnie sąd rodzinny i opiekuńczy ma najszerze narzędzia oceny „dobra małoletniego”, chociaż na tym etapie nie ma jeszcze mowy o przysposobionym, ani nawet kandydacie na przysposobionego²¹. Na tym etapie najważniejsze jest zważenie czy kandydaci na przysposabiających będą mogli gwarantować owe „dobro”. Tak zaawansowanego rozważania nie jest w stanie przeprowadzić sąd administracyjny, któremu obca jest specyfika postępowania adopcyjnego. Sądy administracyjne nie mają kompetencji do stosowania prawa rodzinnego i opiekuńczego, bowiem to stanowi domenę sądu powszechnego. Nie wystarczy tu zatem sucha ocena legalności działania ośrodka adopcyjnego i tak czy inaczej wydawanych decyzji, niezbędne jest holistyczne podejście²² do postępowań kwalifikacyjnych i ścisła kontrola działania ośrodków adopcyjnych. Na poparcie powyższych rozważań warto przywołać stwierdzenie Naczelnego Sądu Administracyjnego: „(...) Sądy administracyjne, zgodnie z art. 1 i 2 p.p.s.a., sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej, która to kontrola sprawowana jest pod względem zgodności z prawem. Natomiast nie posiadają wysoko specjalistycznej wiedzy pozwalającej na samodzielna i merytoryczną ocenę przeprowadzonych badań psychologicznych, ani też dokonywania w tym zakresie własnych ustaleń prowadzących do odmiennego opracowania wniosków, na podstawie przeprowadzonych testów psychologicznych”²³.

Kolejnym postulatem przyszłościowym jest zmiana praktyki stosowania przepisów adopcyjnych w tym przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego przez ośrodki adopcyjne. Praktyka ta miałaby polegać na obowiązku wydawania decyzji administracyjnych negatywnych w rygorach postępowania administracyjnego, a więc decyzji zawierających podstawę prawną, rozstrzygnięcie, uzasadnienie i pouczenie. Dotychczasowa praktyka pokazuje, że ośrodki adopcyjne tych zasad nie stosują.

Podkreślić także należy, że specyfika postępowania prowadzonego przez ośrodki adopcyjne opiera się w dużej mierze na daleko zakrojonej uznaniowości na podstawie klauzul generalnych, a konkretnie na pojęciu „kwalifikacji

²¹ Por. E. Holewińska-Lapińska, *Komentarz do art. 114¹*, [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, System Prawa Prywatnego, t. 12, (red.) T. Smyczyński, Warszawa 2011, s. 533–539 (baza Legalis)

²² W ocenie autorki badanie problematyki postępowania adopcyjnego wymaga bardzo szerokiej analizy z ujęciem norm prawnych, a także norm natury społecznej, czyli wykraczających często poza system prawa. Warto wskazać również w tym miejscu, że postępowanie adopcyjne powinno być badane pod kątem formalnym, ale także materialnym, w tym również należy precyzować szereg pojęć prawnych i dokonywać subsumpcji do indywidualnie określonego stanu faktycznego. Orzecznictwo sądów administracyjnych nakreśla tezę, że sądy te badają tylko i wyłącznie legalność działania organów administracyjnych. Nie wchodzi w rozważania na gruncie prawa rodzinnego. Zatem ta swoista kontrola wydaje się niepełna.

²³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 maja 2016 roku...

osobistych” z art. 114¹ k.r.o. To uzasadnia konieczność wprowadzenia kontroli sądowej aktów wydawanych przez ośrodki adopcyjne, nie tylko w sferze ich zgodności z prawem, ale przede wszystkim w warstwie merytorycznej. Specyfika tego postępowania wymaga klauzul generalnych, bowiem organ ocenia kandydatów bardzo szeroko, wykraczając często poza kwestie czysto formalne, zatem ta konstrukcja prawna wydaje się w ocenie autorki prawidłowa, natomiast głębokiego przemyślenia i ewentualnej zmiany wymaga procedura weryfikacji rozstrzygnięć ośrodków adopcyjnych.

W omawianej problematyce nie bez znaczenia są fakty statystyczne, ustalone przez NIK, z których wynika, że ogromnym problemem w procedurach adopcyjnych jest mała liczba dzieci kwalifikowanych do adopcji²⁴. Spośród 4570 dzieci zgłoszonych do ośrodków adopcyjnych tylko 38,7% zostało zakwalifikowanych do przysposobienia. Z analizy NIK wynika, że przyczyną tego stanu rzeczy jest niewystarczające działanie powiatów w zakresie wychodzenia dzieci z pieczy zastępczej²⁵. Z istniejących dokumentów wyłania się teza, że 98% dzieci zakwalifikowanych do adopcji znalazło nowych rodziców. Sugeruje to konkluzję o wysokiej skuteczności działania ośrodków adopcyjnych. Wydaje się to jednak konkluzją błędną, bowiem w głównej mierze wynika z małej liczby kwalifikowanych dzieci. Faktycznie bowiem dzieci mogących skorzystać z adopcji jest więcej, podobnie jak i chętnych na rodziców adopcyjnych²⁶. Zatem słuszny wydaje się następujący wniosek, że ośrodki adopcyjne kwalifikują na szkolenie taką liczbę dorosłych, która odpowiada liczbie dzieci zakwalifikowanych do adopcji. W ocenie autora takie działanie może wynikać z argumentów natury finansowej, bowiem szkolenie kandydatów na rodziców adopcyjnych finansowane jest z budżetu państwa. Toteż ośrodki adopcyjne wydatkują środki publiczne z uwzględnieniem liczby zakwalifikowanych dzieci i nie widzą potrzeby szkolenia wszystkich chętnych do adopcji. Taka polityka w ocenie autorki może być podyktowana partykularnie interpretowaną dyscypliną finansów publicznych, jak również odpowiedzialnością za racjonalne wydatkowanie środków publicznych.

Zakończenie

Poczynione wyżej rozważania ukazują problematyczność postępowania adopcyjnego. Autorka zdaje sobie sprawę, że poruszyła jedynie wycinek zagad-

²⁴ Informacja o wynikach kontroli..., s. 16

²⁵ Ustalenia kontroli NIK pt. „Działania powiatów w zakresie tworzenia i wsparcia rodzin zastępczych”, nr P/16/038.

²⁶ Informacja o wynikach kontroli..., s. 9. Najwyższa Izba Kontroli zauważa, że „jedynie 67% kandydatów spośród 2501 tych, którzy zadeklarowali chęć przysposobienia dziecka, faktycznie dziecko przysposobiło w danym ośrodku”.

nienia. Jednak przedstawione szczegóły dowodzą potrzeby refleksji nad rozwiązaniami prawnymi. W tym zakresie zmiany najlepiej rysuje praktyka z najsilniejszymi głosami NIK i orzecznictwa sądów administracyjnych. Powyższa treść artykułu powinna pobudzić prawodawcę lub chociaż organy uczestniczące w postępowaniach adopcyjnych do odpowiedzialnego działania w kierunku zmiany praktyki. Autorka ukazała szereg fundamentalnych wad działania aparatu państwa, które w zasadzie w XXI wieku nie powinny się zdarzyć racjonalnemu prawodawcy w państwie prawa. Mimo powyższych rozważań formalno-prawnych, warto zwrócić uwagę na sytuację kandydatów na rodziców adopcyjnych, którzy nieczęsto przecież posiadają wiedzę prawniczą, a na pewno zmagają się z bardzo brutalnym i – jak można domniemać – wadliwym aparatem państwowym. Prawodawca stworzył instrumenty do bardzo surowej oceny, podczas której kandydaci mogą zostać całkowicie przekreśleni jako rodzice, a w dodatku pozostawieni bez możliwości zweryfikowania tego osądu. Poza tematem niniejszego artykułu pozostaje rozważanie dotyczące niskiej kwalifikowalności dzieci do adopcji, ten zakres byłby dopełnieniem problematyki postępowania adopcyjnego. Autorka liczy na szerszą analizę środowiska naukowego.

Bibliografia

Literatura

- Ciepla H., *Rozdział XI Przysposobienie*, [w:] *Meritum: prawo rodzinne*, (red.) G. Jędrak, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Gajda J., Pietrzykowski P., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Gromek K., *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Haak H., Haak-Trzuskawska A., *Pokrewieństwo i powinowactwo (pochodzenie dziecka, stosunki między rodzicami a dziećmi, przysposobienie). Komentarz do art. 61(7)–127 KRO oraz związanych z nimi regulacji KPC (art. 453–458, 579–589)*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Holewińska-Łapińska E., *Rozdział IX Przysposobienie*, [w:] *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, System Prawa Prywatnego, t. 12, (red.) T. Smoczyński, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Informacja o wynikach kontroli „Wykonywanie zadań przez ośrodki adopcyjne”, nr ewidencyjny: P/17/044, s.130, www.nik.gov.pl/kontrole/P/17/044.
- Łukasiewicz R., *Dobro dziecka a interesy innych podmiotów w polskiej regulacji prawnej przysposobienia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Procedury w sprawach małżeńskich i rodzinnych. Teoria i praktyka*, (red.) J. Krzywkowska, R. Sztynchmiller, WPiA, Olsztyn 2016.
- Prucnal-Wójcik M., *Komentarz do art. 114¹*, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz. Przepisy wprowadzające KRO*, t. 5, (red.) K. Osajda, C.H. Beck, Warszawa 2017

Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, C.H. Beck, Warszawa 2016.

Ustalenia kontroli NIK pt. „Działania powiatów w zakresie tworzenia i wsparcia rodzin zastępczych”, nr P/16/038.

Akty prawne

Ustawa z 25 lutego 1964 roku – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. z 2019 r., poz. 2086).

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

Ustawa z 30 sierpnia 2002 roku – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2019 r., poz. 2325).

Ustawa z 17 listopada 1964 roku – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r., poz. 1460).

Orzecznictwo

Uchwała Sądu Najwyższego z 9 czerwca 1976 roku, sygn. akt III CZP46/75, OSNCP1976, nr 9, poz. 184.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 25 maja 2016 roku, sygn. akt I OSK 2016/14.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gorzowie Wielkopolskim z 12 września 2018 roku, sygn. akt II SA/Go 397/18.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 2 lipca 2013 roku, sygn. akt II SA/OI 393/13.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z 27 lutego 2020 roku, sygn. akt II SA/OI 1125/19.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z 16 maja 2019 roku, sygn. akt II SA/Po 163/19.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 9 grudnia 2015 roku, sygn. akt IV SA/Wa 1716/15.

Issues related to proceedings in adoption centers – practical and legal considerations

The article refers to adoption proceedings, which in the light of current legislation is divided into two stages. The author describes the procedure taking place in adoption centers, which must be passed by candidates wishing to adopt a minor. This procedure can be accused of several disadvantages, among which the author distinguishes: inconsistency in implementation of the adoption law by adoption centers in the country, wide discretion in assessing the personal qualifications of adoptive candidates, no formal administrative decision in the event of refusal to qualify for training and thus no instruction about appeal, breach of the principle of two instances, including the unclear cognition of administrative courts in dealing with complaints about the verdicts of adoption centers.

The article reviews the entire jurisdiction of administrative courts regarding negative decisions of adoption centers. Based on the aforementioned jurisdiction, taking into account the practice of the application of substantive and procedural law by adoption centers, the author made *de lege ferenda* postulates in the text. As for the detailed description of the postulates, the author redirects to the main text.

Keywords: adoption centre, adoptive parent, adoption, adoptive candidates, minor, training, personal qualifications.

Olga Plewka

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-5762-8873

olga8852@wp.pl

Nienawiść na tle rasowym jako aktualny problem współczesnego świata – definicje, skala zjawiska, regulacje prawne

Zagadnienia wprowadzające

Mowa nienawiści stała się bardzo powszechnym zjawiskiem, które polega na używaniu języka w celu rozbudzenia, rozpowszechnienia czy usprawiedliwienia nienawiści i dyskryminacji, jak również przemocy wobec konkretnych osób czy grup ludzi. Zaakceptowanie mowy nienawiści prowadzi do utrwalania stereotypów, uprzedzeń, braku akceptacji oraz przestępstw, które Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie definiuje jako „przestępstwo natury kryminalnej, wymierzone w ludzi i ich mienie, w wyniku którego ofiara lub inny cel przestępstwa, są dobierane ze względu na ich faktyczne bądź domniemane powiązanie, związek, przynależność, członkostwo lub udzielanie wsparcia grupie wyróżnianej na podstawie cech charakterystycznych wspólnych dla jej członków, takich jak faktyczna lub domniemana rasa, narodowość lub pochodzenie etniczne, język, kolor skóry, religia, płeć, wiek, niepełnosprawność fizyczna lub psychiczna, orientacja seksualna lub inne podobne cechy”¹.

Z pojęciem nienawiści silnie związany jest rasizm rozumiany jako „pogląd, że ktoś może być lepszy od innych z powodu przynależenia do pewnej rasy. Rasiści definiują rasę jako grupę ludzi o wspólnym pochodzeniu. Rozróżniają rasy na podstawie cech fizycznych, takich jak kolor skóry”².

¹ OSCE-ODIHR, *Preventing and responding to hate crimes*, Warszawa 2009, s. 15.

² M. Edelman, J. Reichel *Niebezpieczne słowa. Definicje pojęć najczęściej używanych w działalności antyrasistowskiej*, „Nigdy Więcej” 2003, nr 13.

Dyskryminacja w prawie międzynarodowym

Zgodnie z art. 1 konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej, otwartej w 1966 roku w Nowym Jorku, wyrażenie „dyskryminacja rasowa” oznacza wszelkie zróżnicowanie, wykluczenie, ograniczenie lub uprzywilejowanie z powodu rasy, koloru skóry, urodzenia, pochodzenia narodowego lub etnicznego, które ma na celu lub pociąga za sobą przekreślenie bądź uszczuplenie uznania, wykonywania lub korzystania, na zasadzie równości z praw człowieka i podstawowych wolności w dziedzinie politycznej, gospodarczej, społecznej i kulturalnej lub w jakiejkolwiek innej dziedzinie życia publicznego³. Państwa będące stronami konwencji w myśl art. 4 uznały za przestępstwo podlegające karze, zgodnie z prawem, wszelkie rozpowszechnianie idei opartych na wyższości lub nienawiści rasowej, wszelkie podleganie do dyskryminacji rasowej oraz akty przemocy lub podleganie do tego rodzaju aktów wobec jakiejkolwiek rasy bądź grupy osób o innym kolorze skóry albo innego pochodzenia etnicznego. Czynem zabronionym pod groźbą sankcji jest również udzielanie pomocy w prowadzeniu działalności rasistowskiej, włączając w to finansowanie tej działalności. Dlatego za nielegalne uznaje się organizacje mające na celu popieranie dyskryminacji rasowej i nakłanianie do niej. W zakresie ochrony osób przed zachowaniami przytoczonymi wyżej, mają zastosowanie regulacje krajowe, a ściślej przepisy prawa karnego obowiązujące w danym państwie. Państwa, które ratyfikowały konwencję, mają zagwarantować zakaz dyskryminacji objawiający się w inny sposób poprzez odpowiednie przepisy pozostałych gałęzi prawa, np. prawa cywilnego, administracyjnego czy chociażby prawa pracy. Art. 5 konwencji gwarantuje wszystkim, bez różnicy rasy, koloru skóry, pochodzenia narodowego bądź etnicznego równość wobec prawa, a w szczególności prawo do równego traktowania przed sądami i wszelkimi organami wymiaru sprawiedliwości, osobistego bezpieczeństwa i ochrony przez państwo przed przemocą lub naruszeniem nietykalności cielesnej praw politycznych, w tym praw wyborczych, prawo do swobodnego poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania w obrębie granic państwa, prawo do zawierania małżeństwa i wyboru małżonka, prawo do własności, dziedziczenia, wolności myśli sumienia i wyznania, wolność poglądów i wypowiedania ich oraz prawo dostępu do wszelkich miejsc i urządzeń przeznaczonych do publicznego użytku.

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie w roku 1950 reguluje zakaz dyskryminacji, który został wyrażony w art. 14 konwencji: „Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania

³ Dz.U. z 1969 r., Nr 25, poz. 187.

polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn⁴. Artykuł ten określił granice praw i wolności wymienionych w art. 10 (prawo wolności wyrażania opinii) i art. 11 (prawo do wolności, zgromadzania i stowarzyszania się) konwencji. Tak więc powyższe regulacje prawne muszą uwzględniać ochronę praw i wolności innych osób.

Unia Europejska ustosunkowała się również do szerzącego się zjawiska rasizmu i ksenofobii, wydając 28 listopada 2008 roku decyzję ramową 2008/913/WSiSW w sprawie zwalczania pewnych form i przejawów rasizmu i ksenofobii za pomocą środków prawno-karnych⁵. Decyzja ta odnosi się do zachowań popełnianych z nienawiści, okazywanej ze względu na rasę, kolor skóry, religię, pochodzenie, przynależność narodową lub etniczną. Art. 1 ust. 1 wspomnianej wyżej decyzji zobowiązuje każde państwo członkowskie do zastosowania niezbędnych środków oraz zapewnienia karalności czynów popełnianych umyślnie takich, jak: publiczne nawoływanie do przemocy lub nienawiści skierowanej przeciwko grupie osób definiowanej wobec rasy, koloru skóry, wyznawanej religii, pochodzenia lub przynależności narodowej lub etnicznej czy publiczne rozpowszechnianie i rozprowadzanie tekstów, obrazów lub innych materiałów opisujących powyższe czyny.

Europejska Komisja przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (dalej ECRI), która została powołana w Wiedniu w 1993 roku, jest organem monitoringowym Rady Europy do spraw zwalczania rasizmu, dyskryminacji rasowej, ksenofobii, antysemityzmu i nietolerancji, a w jej skład wchodzi niezależni eksperci ze wszystkich państw członkowskich Rady Europy. Podstawowymi kompetencjami ECRI jest dokonywanie wnikliwej analizy ustawodawstwa państw członkowskich, ich polityki oraz środków skoncentrowanych na rzecz zwalczania rasizmu, a także oceny ich efektywności. Instytucja ta odpowiada również za inicjowanie nowych działań na szczeblu europejskim, krajowym oraz lokalnym.

Dyskryminacja w prawie konstytucyjnym

Władze Rzeczypospolitej Polskiej, przez przynależność do Unii Europejskiej, Rady Europy, Organizacji Narodów Zjednoczonych oraz Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, zobowiązały się do podjęcia działań na rzecz zwalczania rasizmu i ksenofobii, przynajmniej w zakresie wyznaczonym przez regulacje międzynarodowe, a także przeprowadziły analizę zgodności prawa krajowego z protokołem nr 12 do konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 2000 roku. Polskie prawo nie

⁴ Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284.

⁵ Dz. Urz. UE L z 2008 r., Nr 328, poz. 55.

dysponuje odrębną regulacją prawną dotyczącą przestępstw z nienawiści, jednak przepisy oscylujące w tej materii można odnaleźć w różnych częściach Kodeksu karnego (dalej k.k.) między innymi w art. 119 i art. 256 czy też w przepisach Kodeksu pracy. Jednakże podstawowym aktem prawnym jest Konstytucja RP z 1997 roku, która również reguluje dozwolone zachowania bez dyskryminowania jakiejkolwiek grupy.

Art. 32 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowi wprost: „Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny”⁶.

Natomiast art. 30 polskiej ustawy zasadniczej konstytuuje prawo do ochrony godności człowieka jako nienaruszalnego przymiotu jednostki: „Przyrodzona i niezbywalna godność człowieka stanowi źródło wolności i praw człowieka i obywatela. Jest ona nienaruszalna, a jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem władz publicznych”⁷. Wynika stąd obowiązek zapewnienia środków zabezpieczających ochronę godności osób, które ze względu na swoją przynależność etniczną, rasową, narodową, wyznaniową, status społeczny, są zagrożone nienawistnym atakami. Ochrona ta w sposób szczególny ciąży na funkcjonariuszach państwowych takich, jak Policja czy przedstawiciele wymiaru sprawiedliwości.

Art. 35 Konstytucji RP zapewnia obywatelom prawo do zachowania języka i kultury mniejszościom narodowym i etnicznym: „Rzeczpospolita Polska zapewnia obywatelom polskim należącym do mniejszości narodowych i etnicznych wolność zachowania i rozwoju własnego języka, zachowanie obyczajów i tradycji oraz rozwoju własnej kultury (...)”⁸.

Na podstawie przepisów konstytucyjnych trudno jest jednostkom dochodzić obrony swoich praw w sytuacjach zagrożenia przestępstwami z nienawiści. Jednakże regulacje prawne zawarte w przepisach prawa karnego pozwalają „potencjalnym ofiarom” zdecydowanie skuteczniej egzekwować kary dla przestępców i dochodzić przysługującego im prawa.

Przestępstwa z nienawiści w polskim prawie karnym

Ustawa z 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny nie posiada wyodrębnionego rozdziału, w którym opisane byłyby przestępstwa z nienawiści. Natomiast zawiera kilka typów czynów karalnych, gdzie wprost mowa jest o przestępstwach motywowanych uprzedzeniami rasowymi, wyznaniowymi, narodowymi, politycznymi lub ze względu na światopogląd ofiary. Przepisy, które mówią

⁶ Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

o przestępstwach z nienawiści wprost, ujęte zostały w rozdziale XVI k.k. zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne”. Kodeks karny penalizuje przemoc na tle wyznaniowym czy rasowym, natomiast pomija inne jej przyczyny: orientację seksualną, wiek, bezdomność, niepełnosprawność. Przestępstwem o najcięższym wymiarze gatunkowym w polskim k.k., motywowanym nienawiścią do określonych grup ludzi, jest zbrodnia eksterminacji, ułożona w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstw wojennych, opisana w art. 118 § 1 k.k. Przepis ten jest konsekwencją realizacji zobowiązań wynikających z konwencji ONZ z grudnia 1948 roku w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa⁹.

W art. 119 k.k. znajduje się opis czynu zabronionego, polegającego na stosowaniu przemocy lub groźby bezprawnej wobec osób/osoby albo nawoływaniu do popełnienia przestępstwa na szkodę tychże osób/osoby, z konkretnie wymienionych cech ofiar/y. Zaliczają do nich: przynależność narodowa, etniczna, rasowa, polityczna, wyznaniowa lub bezwyznaniowość. „§ 1 Kto stosuje przemoc lub groźbę bezprawną wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2 Tej samej karze podlega, kto publicznie nawołuje do popełnienia przestępstwa określonego w § 1”¹⁰.

Wyżej wymieniona przemoc jest rozumiana jako użycie siły fizycznej i nie musi ona być bezpośrednio skierowana przeciwko osobie bądź grupie ludzi, ale również przeciwko przedmiotom, np. wybicie szyby w aucie czy podpalenie kościoła. Ważny jest motyw takiego działania. Aby zostało popełnione przestępstwo z wyżej wymienionego artykułu, motywem musi być przynależność narodowościowa, etniczna, rasowa, polityczna, wyznaniowa lub bezwyznaniowość.

Z groźbą zetknąć się można w sytuacji, gdy groźący daje wyrażnie do zrozumienia, że popełni przestępstwo przeciwko pokrzywdzonemu lub jednej z najbliższych mu osób. Przykładem zachowań wypełniających znamiona przestępstwa art. 119 k.k. jest przemoc fizyczna, naruszenie nietykalności drugiego człowieka, znęcanie się, groźby, pobicie, popchnięcie, grożenie pobicie, zrobienie innej krzywdy czy zniszczenie mienia. Czyn zabroniony może być popełniony tylko umyślnie i wyłącznie z zamiarem bezpośrednim, ponieważ zamiar sprawcy, który stosuje przemoc lub groźbę, musi być ściśle związany z powodem takiego zachowania wobec pokrzywdzonych, którym jest ich przynależność narodowa, etniczna, rasowa, polityczna czy wyznaniowa. Stosowanie przemocy lub groźby z innych powodów niż wymienione w art. 119 § 1 k.k. nie pozwala na subsumpcję takiego zachowania sprawcy z tego przepisu.

⁹ Dz.U. z 1952 r., Nr 2, poz. 9.

¹⁰ Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553.

Wyżej przytoczone zachowania należy traktować jako przestępstwo oraz zgłosić Policji bądź prokuraturze. Bez względu na to, czy określony czyn jest przestępstwem na gruncie prawa polskiego, zdecydowanie warto zgłosić go do instytucji zajmujących się prawami człowieka. Zgłoszenie sprawy do konkretnej instytucji może w znacznej mierze przyczynić się do uzyskania środka dowodowego.

Przestępstwami bezpośrednio odnoszącymi się do przestępstw popełnionych z nienawiści są przepisy art. 256 § 1 i § 2 oraz art. 257 k.k. umiejscowione w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu.

Pierwszy z wymienionych artykułów opisuje przestępstwo publicznego poniżania i szerzenia faszystowskiego lub innego ustroju totalitarnego albo nawoływania do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych oraz ze względu na bezwyznaniowość, natomiast drugi odnosi się do publicznego znieważania grupy ludności oraz naruszenia nieetykalności cielesnej z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości. Za przykład może tu posłużyć wydarzenie z 2012 roku, które miało miejsce we Wrocławiu. Wynajęty od Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego we Wrocławiu i udekorowany banerami Narodowego Odrodzenia Polski (dalej NOP) oraz nacjonalistycznymi hasłami tramwaj jeździł po mieście, a siedzące w nim osoby wykrzykiwały nienawistne hasła; uczestnicy zgromadzenia zorganizowanego przez NOP nawoływali do nienawiści na tle narodowościowym, propagowali system totalitarny oraz dopuścili się napaści na wrocławskiego rabina. Odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 256 § 1 k.k. powinni podlegać tylko ci sprawcy, którzy dopuścili się publicznego prezentowania z zamiarem aprobaty i przekonania do faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa¹¹.

Kolejnym przykładem może być wystąpienie byłego już księdza Jacka M., podczas obchodów 82 rocznicy powstania Obozu Narodowo-Radykalnego w Białymstoku, które nosiło znamiona przestępstwa publicznego nawoływania do nienawiści, znieważenia osób narodowości żydowskiej lub wyznawców judaizmu. Sprawą zajmowała się najpierw Prokuratura Rejonowa w Białymstoku, a potem Prokuratura Okręgowa w Białymstoku, która umorzyła postępowanie, nie dopatrując się w wypowiedzi księdza znamion czynu zabronionego, ponieważ uznała, że treść kazania odnosiła się do określonych zdarzeń i faktów historycznych.

Użycie sformułowań typu: „Goryle do Afryki” (gdzie słowo goryl oznacza małą zamieszkującą lasy w Afryce), „Jude raus” (będące antysemitycznym hasłem oznaczającym „Żydzi precz”) czy „Ich miejsce jest w kominie” (odwołujące się

¹¹ Uchwała Sądu Najwyższego z 28 marca 2002 roku, sygn. akt IKZP5/02, OSNKW 2002, nr 5–6, poz. 32.

do zagłady Żydów dokonywanej w komorach gazowych podczas II wojny światowej) w myśl art. 257 k.k. noszą znamiona przestępstwa publicznego znieważenia. Chodzi tu o znieważenie osoby wypowiedzią skutkującą naruszeniem czci i godności. Należy brać pod uwagę również lokalne znaczenie poszczególnych zwrotów, które mogą mieć w danej społeczności charakter obraźliwy.

Transparentów gloryfikujących ideologię „czystości rasowej” lub wyższości przedstawicieli białej rasy można było dopatrzeć się podczas Marszu Niepodległości, który miał miejsce w Warszawie w listopadzie w 2017 roku, gdzie oprócz barw narodowych pojawiły się hasła „biała Europa braterskich narodów” czy „Europa będzie biała albo bezludna”. Prokuratura w grudniu 2019 roku umorzyła śledztwo ze względu na niezidentyfikowanie wizerunku uczestników marszu, których twarze zasłaniały maski, oraz brak znamion przestępstwa. Rzecznik Praw Obywatelskich zaskarżył postanowienie prokuratury, powołując się na nieprzeprowadzenie wszystkich czynności zmierzających do identyfikacji sprawców oraz błędną ocenę materiału dowodowego. Według Rzecznika Praw Obywatelskich, Adama Bodnara, prokurator uchybił obowiązkom jakie nakładają na niego ratyfikowane przez Polskę umowy międzynarodowe (np. konwencja w sprawie wszelkich form dyskryminacji rasowej), a skandowane publicznie znieważające okrzyki oraz gesty odwołujące się do ideologii faszystowskiej wypełniają znamiona przestępstwa z artykułów 256 oraz 257 k.k.¹²

Dyskryminacja w prawie cywilnym i prawie pracy

Kolejnym aktem prawnym odnoszącym się do równego traktowania i poszanowania jednostki w kontekście ochrony przed nienawiścią i dyskryminacją jest Kodeks cywilny (dalej k.c.). Zawiera on przepisy dotyczące regulacji ochrony dóbr osobistych, bez względu na motywacje i działania osoby naruszającej te dobra.

Ochronę tę reguluje art. 23 k.c., który wskazuje, że „dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach”¹³.

Należy jednocześnie zaznaczyć, że także w Kodeksie pracy, a precyzyjniej w art. 183a § 1, ustawodawca odniósł się do wyżej omawianych problemów, uznając że „pracownicy powinni być równo traktowani w zakresie nawiązania i rozwiązania stosunku pracy, warunków zatrudnienia, awansowania oraz

¹² <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-chce-ponownego-sledztwa-ws-incidentow-na-marszu-niepodleg%C5%82osci-2017>.

¹³ Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93.

dostępu do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, w szczególności bez względu na płeć, wiek, niepełnosprawność, rasę, religię, narodowość, przekonania polityczne, przynależność związkową, pochodzenie etniczne, wyznanie, orientację seksualną, a także bez względu na zatrudnienie na czas określony lub nieokreślony albo w pełnym lub niepełnym wymiarze czasu pracy”¹⁴.

Zjawisko mowy nienawiści

Mowa nienawiści, zgodnie z rekomendacją nr R 97(20) Komitetu Ministrów Rady Europy, to „wypowiedzi, które szerzą, propagują i usprawiedliwiają nienawiść rasową, ksenofobię, antysemityzm oraz inne formy nietolerancji, podważające bezpieczeństwo demokratyczne, spójność kulturową i pluralizm”¹⁵.

Wyżej wymienione zjawisko występuje najczęściej w Internecie, mediach, w bezpośrednim i bliskim otoczeniu lub w przestrzeni publicznej. Złość silnie powiązana z nienawiścią należy do podstawowych emocji ludzkich, podobnie jak strach, smutek, odraza czy zdziwienie. Znaczna część psychologów i psychoterapeutów uważa, że prawie zawsze złość jest emocją wtórną – człowiek maskuje nią prawdziwe uczucia, nie chce okazywać słabości; to częsta reakcja na ból, cierpienie, wstyd czy lęk. Ludzie bardzo często nie potrafią wyrażać swoich prawdziwych emocji, a zgłębianie swoich problemów często skutkuje wyłącznie gniewem.

Powinno się kontrolować swoje emocje i słabości, pracować nad ułomnościami, jednak kiedy jest się świadkiem lub ofiarą zachowań, które łamały chociaż jeden z wyżej przedstawionych przepisów, ma się wiele możliwości, aby zawiadomić stosowne organy o popełnieniu przestępstwa. Można zrobić to w dwojaki sposób: poprzez zgłoszenie ustne, np. w komisariacie Policji, bądź pisemnie, opisując całe zdarzenie, które należy przesłać do prokuratury. Organy ścigania są zobowiązane do przyjęcia zawiadomienia o popełnieniu czynu zabronionego i zawsze muszą zweryfikować jego okoliczności.

W naszym kraju *de facto* nie istnieje państwowy system monitorowania przestępstw rasistowskich, ksenofobicznych i neofaszystowskich. Rządowe i prawnicze instytucje w sposób bardzo niesystematycznych zbierają takie dane, bez stosowania odpowiednich definicji i kategoryzacji przemocy. Ich monitoring zawęża się zwykle do wybranych przypadków oraz konkretnej grupy ofiar i prowadzony jest w celu zmobilizowania do rzetelnego działania instytucji państwowych. Przykładem jednostki organizacyjnej zajmującej się

¹⁴ Dz.U. z 1974 r., Nr 24, poz. 141.

¹⁵ Rekomendacja nr R 97(20) Komitetu Ministrów Rady Europy w kwestii „wypowiedzi szerzących nienawiść”.

w Polsce sporządzaniem zestawień statystycznych dotyczących m.in. przestępstw dokonywanych na tle rasowym i z nienawiści jest Prokuratura Krajowa.

Rola organizacji pozarządowych w przeciwdziałaniu przestępstwom z nienawiści

Stowarzyszenie „Nigdy Więcej” zajmuje się szczególnym monitoringiem, określanym bardzo często jako *hate crimes* – przestępstwo wobec osób lub grup ze względu na ich realną lub domniemaną przynależność do danej rasy, narodowości, ze względu na pochodzenie etniczne, język, kolor skóry, religię, płeć, orientację seksualną, wiek, umysłową lub fizyczną niesprawność lub z innych powodów¹⁶.

Przykłady incydentów i przestępstw na tle rasistowskim w monitoringu stowarzyszenia „Nigdy Więcej” są nad wyraz widoczne w codziennych sytuacjach. Sprzedawczyni w lubelskim sklepie oskarżyła o kradzież mężczyznę, który miał inny niż biały kolor skóry, kierując się wyłącznie niechęcią wobec klienta, pomawiając go o czyn, którego nie popełnił. Kolejny przypadek miał miejsce w Szczecinie po meczu Pogoni Szczecin z Cracovią, gdzie trener podczas wypowiedzi skierowanej do dziennikarza „Rzeczpospolitej”, powiedział się o swoim piłkarzu: „Takie rzeczy to on sobie może robić u siebie w buszu, a nie w Polsce na boisku”. Trener Bogusław Baniak zasugerował, że pomówiony Brazylijczyk znajduje się na niższym szczeblu rozwoju cywilizacyjnego niż zawodnicy z Polski¹⁷.

Kolejnym przykładem przejawu nienawiści jest incydent z olsztyńskiego bazaru, który miał miejsce w 2002 roku, gdzie nieformalnie powstałe stowarzyszenie polskich handlarzy zażądało pozbycia się z rynku sprzedawców „niepolskich”, chodziło głównie o Ormian. Owa rywalizacja ekonomiczna przekształciła się w działania motywowane ksenofobicznie przez grupę polskich kupców, którzy notorycznie ubliżali sprzedawcom pochodzącym z innego kraju¹⁸.

Grupy ofiar, które stowarzyszenie „Nigdy Więcej” uważa za kluczowe w tematyce związanej z przestępstwami z nienawiści, to przede wszystkim imigranci, uchodźcy, cudzoziemcy odwiedzający Polskę, przedstawiciele mniejszości narodowych. Przeciętny obywatel może zaobserwować takie uprzedzenia chociażby na murawie polskich stadionów, gdzie ofiarami rasistów stają się piłkarze o innym kolorze skóry i narodowości. Obrażliwe okrzyki czy rzucanie bananów na trawę stadionów są najczęstszym przejawem takiej działalności.

¹⁶ OSCE-ODIHR, *Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses. Annual Report for 2006*, Warszawa 2007, s. 9.

¹⁷ M. Kornak, *Brunatna Księga. 1987–2009*. Warszawa 2009, s. 389.

¹⁸ Ibidem, s. 219.

Zdewastowane nekropolie oraz rasistowskie wpisy na budynkach sakralnych i kościołach to przykłady wymierzone w kolejną grupę ofiar, którą stanowią przedstawiciele mniejszości religijnych.

Podczas licznych manifestacji obiektem drwin i szyderstwa stają się osoby homoseksualne, ekolodzy czy feministki. Osób niepełnosprawnych także dotyka problem odrzucenia w wielu instytucjach państwowych czy miejscach publicznych.

Wyżej opisane sytuacje w klarowny sposób przedstawiają, że źródłem przestępstw popełnianych z nienawiści są uprzedzenia i ukształtowane w danym środowisku, danej społeczności stereotypy, które w następnej kolejności prowadzą do szeroko rozumianej dyskryminacji.

Skala zjawiska w oparciu o statystyki Prokuratury Krajowej

Zgodnie ze sprawozdaniem Prokuratury Krajowej za rok 2017, w roku tym zarejestrowano 992 196 spraw karnych, w tym 1449 spraw dotyczyło przestępstw popełnionych z pobudek rasistowskich, antysemickich, ksenofobicznych, co stanowi około 0,1% ogółu zarejestrowanych spraw. Największą liczbę spraw objętych nadzorem odnotowano w regionie lubelskim – 85 spraw, co stanowi 72,6%, regionie krakowskim 80 spraw (57,6%) i regionie szczecińskim 31 spraw (39,2%).

Natomiast najmniejszą liczbę spraw objętych nadzorem odnotowano w regionie katowickim i warszawskim – po 3 sprawy. W 2017 roku na zarejestrowanych 1708 spraw w 185 postępowaniach stosowano środki zapobiegawcze wobec 342 osób. Sądy zastosowały tymczasowe aresztowanie wobec 77 osób. Ponadto prokuratorzy stosowali nieizolacyjne środki zapobiegawcze wobec podejrzanych, w tym:

- 281 dozorów Policji,
- 87 poręczeń majątkowych,
- 84 zakazy opuszczania kraju,
- 43 inne środki zapobiegawcze.

Na łączną liczbę 353 podejrzanych sprawców czynów z art. 119 § 1 k.k. w sumie przedstawiono 430 zarzutów. Wobec 253 sprawców w 121 sprawach zastosowano środki zapobiegawcze, w tym 66 tymczasowych aresztowań, 75 poręczeń majątkowych, 203 dozorów Policji, 70 zakazów opuszczania kraju, 31 innych środków.

Natomiast na łączną liczbę 187 podejrzanych sprawców czynów z art. 257 k.k. w sumie przedstawiono 212 zarzutów. Wobec 63 sprawców w 45 sprawach zastosowano środki zapobiegawcze, w tym 5 tymczasowych aresztowań, 9 po-

ręceń majątkowych, 55 dozorów Policji, 11 zakazów opuszczania kraju, 12 innych środków¹⁹.

Ciekawostką jest, że na 1415 spraw, aż 489 dotyczyło przestępstw popełnionych z wykorzystaniem Internetu, a tylko 5 spraw było związanych z zachowaniem kibiców i sportowców na zawodach sportowych lub w związku z zawodami.

W sprawozdaniu dotyczącym spraw o przestępstwa popełnione z pobudek rasistowskich, antysemickich lub ksenofobicznych prowadzonego w pierwszym półroczu 2017 roku w jednostkach organizacyjnych prokuratury obserwuje się wzrost liczby przestępstw popełnianych z nienawiści w latach ubiegłych. W roku 2015 odnotowano 1548 przestępstw z wyżej wymienionych pobudek, natomiast w 2016 roku popełniono ich 1632, czyli aż o 84 przestępstwa więcej niż w roku poprzednim. Jednakże w roku 2017 zauważono tendencję spadkową, gdyż przestępstw takich odnotowano 1449, a więc o 183 przestępstwa mniej niż w roku 2016. Mimo zauważalnego spadku w statystykach, skala zjawiska pozostaje dalej na bardzo wysokim poziomie²⁰.

Z przedstawionych danych wynika, że mimo tendencji spadkowej, przestępstwa z nienawiści nadal stanowią szkopuł wymiaru sprawiedliwości i trwale wpisują się w problemy współczesnego świata, a internetowy hejt przybiera niewyobrażalne rozmiary, gdyż sprawcy przez swoją anonimowość, czują się bezkarni i odważni w wyrażaniu swoich opinii, często przepelnionych mową nienawiści.

Wnioski

Z przytoczonych danych wynika, że zjawisko nienawiści stanowi poważny problem we współczesnym świecie i ogromne wyzwanie dla wymiaru sprawiedliwości. Sądy orzekające w takich sprawach oraz organy ścigania powinny być szczególnie wyczulone na wszelkie oznaki nienawiści, aby uwydatnić problem i rozważyć wagę przestępstwa oraz ustalić, jakie motywy kierowały sprawcą przestępstwa, a przede wszystkim ustalić, jaką rolę w jego działaniu odgrywały uprzedzenia albo nienawiść do określonej grupy społecznej.

Szczególnie istotne znaczenie ma tutaj sposób oddziaływania na przestępcę oraz zdefiniowanie popełnionego przezeń czynu w postaci wymierzenia mu adekwatnej do przestępstwa kary i reprimendy oraz upublicznienie wyroku,

¹⁹ Sprawozdanie dotyczące spraw o przestępstwa popełnione z pobudek rasistowskich, antysemickich lub ksenofobicznych prowadzonych w 2017 roku w jednostkach organizacyjnych prokuratury, <https://pk.gov.pl/dzialalnosc/sprawozdania-i-statystyki/wyciag-ze-sprawozdania-dot-spraw-o-przestepstwa-popełnione-pobudek-rasistowskich-antysemickich-lub-ksenofobicznych-prowadzonych-polroczu-2017-roku-jednostkach-organizacyjnych-prokuratury/>.

²⁰ <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2017/12/8ffee219b2f4dd56387508008eee13a5.pdf>.

ku przestrodze dla innych. Cesare Beccaria, przedstawiciel włoskiego humanitaryzmu prawniczego, już w XVIII wieku pisał: „Nie surowość, lecz długo-trwałość kary wywiera największe wrażenie na duszę człowieka”.

Kluczowe dla sprawy zapobiegania przestępstwom z nienawiści zdaje się być gromadzenie danych statystycznych wszystkich krajów Unii Europejskiej dotyczących motywów tych przestępstw, co mogłoby stanowić podstawę do szerszej analizy problemu, dając możliwość zapobiegania temu zjawisku, jak również szerszej ochrony osobom, które tych przestęp doświadczyły. Dlatego tak istotny dla sprawy jest rozwój narzędzi internetowych przeciwdziałających mowie nienawiści online. Działania upowszechniające i podnoszące świadomość, wzajemne uczenie się i wymiana tzw. dobrych praktyk, a także budowanie potencjału i działania szkoleniowe na temat unijnych i krajowych ram prawnych zapobiegających mowie nienawiści prowadzone były ze szczególną czujnością i wrażliwością wobec pokrzywdzonych, a same zjawiska propagowania ideologii totalitarnej, przejawy przestępczości motywowanej uprzedzeniami rasistowskimi spotykały się ze stanowczą i niezwłoczną reakcją ze strony państwa. Bowiern to na organach ścigania ciąży szczególna odpowiedzialność, która wymaga, aby sprawy o podłożu dyskryminacyjnym, obejmujące przypadki przemocy psychicznej i fizycznej.

Skutecznie prowadzone śledztwo w znaczny sposób wzmacnia potępienie nienawiści w społeczeństwie oraz pozwala mniejszością na zachowanie zaufania, że państwo potrafi chronić je przed wszelkiego rodzaju przemocą, zwłaszcza tą o podłożu rasistowskim czy ksenofobicznym.

Bibliografia

Literatura

- Edelman M., Reichel J., Skiba K., Warszawski D., *Niebezpieczne słówka. Definicje pojęć najczęściej używanych w działalności antyrasistowskiej*, „Nigdy Więcej” 2003, nr 13.
- Kornak M., *Brunatna Księga. 1987–2009*, Stowarzyszenie „Nigdy Więcej”, Warszawa 2009.
- OSCE-ODIHR, *Hate Crimes in the OSCE Region: Incidents and Responses. Annual Report for 2006*, Warszawa 2007.
- OSCE-ODIHR, *Preventing and responding to hate crimes*, Warszawa 2009.

Akty prawne

- Decyzja ramowa Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE L z 2008 r., Nr 328, poz. 55).
- Kodeks cywilny z 23 kwietnia 1964 roku (Dz.U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93).
- Kodeks karny z 6 czerwca 1997 roku (Dz.U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553).
- Kodeks pracy z 26 czerwca 1974 roku (Dz.U. 1974 r., Nr 24, poz. 141).
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483).

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284).

Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa uchwalona 9 grudnia 1948 roku przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych (Dz.U. z 1952 r., Nr 2, poz. 9).

Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (Dz.U. z 1969 r., Nr 25, poz. 187).

Rekomendacja nr R 97(20) Komitetu Ministrów Rady Europy w kwestii „wypowiedzi szerzących nienawiść”, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_POL.pdf.

Uchwała Sądu Najwyższego z 28 marca 2002 roku, sygn. akt IKZP5/02, OSNKW 2002.

Strony internetowe

http://www.nigdywiecej.org/docstation/com_docstation/63/przestepstwa_popelniane_z_pobudek_rasistowskich_lub_ksenofobicznych.pdf.

<https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-chce-ponownego-sledztwa-ws-incydentow-na-marszu-niepodleg%C5%82osci-2017>.

<https://pk.gov.pl/dzialalnosc/sprawozdania-i-statystyki/wyciag-ze-sprawozdania-dot-spraw-o-przestepstwa-popelnione-pobudek-rasistowskich-antysemickich-lub-ksenofobicznych-prowadzonych-polroczu-2017-roku-jednostkach-organizacyjnych-prokuratury/>.

<https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2017/12/8ffee219b2f4dd56387508008eee13a5.pdf>.

Racial hatred as a current problem in the modern world – definitions, scale of the phenomenon, legal regulations

The article presents the concept of hate in the context of legal regulations, including the problem of racism, xenophobia and social inequalities imposed by sexual, religious or ethnic diversity. The phenomenon of hate is a serious problem in the modern world and a huge challenge for the judiciary. The work contains a detailed description of discrimination in international, constitutional, civil and criminal law, as well as the role of non-governmental organizations in preventing hate crimes. It clearly shows the definition of hate speech, as well as the relationship between hate crimes and broadly understood discrimination. It also presents some activities aimed at specific social, ethnic and national groups.

Tomasz Smoliński

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-3540-3200

tomaszsmol@o2.pl

Ograniczenie prawa do zbadania zasadności postanowień prokuratora w oparciu o orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Wprowadzenie

Instytucja zażalenia w polskim systemie postępowania karnego jest bardzo rozbudowana. W wielu przepisach ustawy regulującej procedurę karną można znaleźć odniesienia do tego środka zaskarżenia.

Aby objąć cały zakres regulacji dotyczących instytucji zażalenia, należałoby dokonać w tym zakresie zestawienia przepisów nie tylko rozsiianych po Kodeksie postępowania karnego (dalej k.p.k.), ale również odnieść się do innych aktów prawnych. Instytucja zażalenia bowiem w niektórych aspektach wskazuje inne odpowiednie regulacje, którymi trzeba się posiłkować roztrząsając zasadność i możliwość użycia takiego środka odwoławczego.

Zażalenie jest instytucją prawa procesowego, stanowiącym środek odwoławczy, służącym do zaskarżania postanowień, zarządzeń i innych czynności, niebędących jednakże decyzjami procesowymi. Zgodnie z art. 459 § 3 k.p.k. zażalenie przysługuje stronom, a także osobie, której postanowienie bezpośrednio dotyczy, chyba że ustawa stanowi inaczej. Zakreślony katalog podmiotów nie został w tej regulacji zawężony ani wskazany wyczerpująco, bowiem zwrot „chyba że ustawa stanowi inaczej” powoduje możliwość poszukiwania tych innych regulacji. Ustawa w tym wypadku dokładnie wskaże podmioty mogące dokonać zaskarżenia danego orzeczenia. Wśród nich może być zarówno oskarżyciel¹, podejrzany czy pokrzywdzony², jak i osoby niebędące stronami, względem których wydane postanowienie lub zarządzenie narusza ich prawa³.

¹ Zob. m.in. art. 337 § 2 ustawy z 6 czerwca 1997 roku – Kodeks postępowania karnego, (Dz.U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555).

² Zob. m.in. art. 323 § 2 ustawy z 6 czerwca 1997 roku...

³ Zob. art. 302 § 1 ustawy z 6 czerwca 1997 roku...

Co więcej, jak wynika z doktryny, zwrot „bezpośrednio dotyczy” odnosi się do podmiotów, które nie będąc stronami, wskazane są w określonych przepisach zakładających zaskarżalność danej decyzji, a także do takich osób, które „swe prawo do zaskarzania określonej decyzji procesowej wywodzą z twierdzenia, że są stroną w sprawie, natomiast w ocenie organu procesowego przymiot taki im nie przysługuje”⁴. Jak słusznie więc zauważył Sąd Najwyższy, „na gruncie art. 459 § 3 k.p.k. przyjąć zatem należy, że osobą, której postanowienie »bezpośrednio dotyczy«, jest tylko taka osoba, niebędąca stroną, do której odnosi się wprost owa decyzja procesowa”⁵. Konkludując tę kwestię, chodzi więc nie o jakiegokolwiek naruszenie praw danego podmiotu czy nawet o przekształcenie przez dane orzeczenie sytuacji tegoż podmiotu, ale o sytuację, w której dana decyzja dotyczy osoby bezpośrednio w kontekście konkretnego postępowania w jakim ją podjęto⁶.

Zażalenie w postępowaniu karnym jako takie zostało zakreślone najszerzej w rozdziale 50 k.p.k. Rozdział ten otwiera podjęty już w rozważaniach w temacie stron, którym przysługuje zażalenie, art. 459 § 1–3 k.p.k. stanowiący, że „zażalenie przysługuje na postanowienie sądu zamykające drogę do wydania wyroku, chyba że ustawa stanowi inaczej. Zażalenie przysługuje także na postanowienie co do środka zabezpieczającego oraz na inne postanowienia w wypadkach przewidzianych w ustawie. Zażalenie przysługuje stronom, a także osobie, której postanowienie bezpośrednio dotyczy, chyba że ustawa stanowi inaczej”⁷. Przepis ten kreuje zasadę, w oparciu o którą zażalenie przysługuje na postanowienie zamykające drogę do wydania wyroku, chyba że co innego wynika z ustawy. Należy zagłębić się więc bardziej w analizę tejże regulacji. Wynika z niej bowiem, że postanowienie tworzy sytuację, w której niewątpliwie nie może zostać wydany wyrok. To, czy konkretne rozstrzygnięcie zamknie drogę do wydania orzeczenia, decydujący wpływ ma treść tejże decyzji oraz wynikające z niej konsekwencje procesowe⁸.

Z uwagi na nieokreślenie o jakie postanowienie zamykające drogę do wydania wyroku chodzi, trzeba przyjąć, że wskazana w przepisie terminologia obejmuje swoim zakresem wszelkiego typu wyroki, bez względu na ich rodzaj czy kategorię postępowania, w jakim zostały wydane. Zamknięcie zaś drogi do wydania wyroku ma oznaczać takie zdarzenie, w którym zajdzie niemożność wydania wyroku. Będą to więc decyzje stwarzające niemożność wydania wyroku przez sąd odwoławczy czy kasacyjny⁹.

⁴ S. Zabłocki, *Postępowanie odwoławcze w nowym kodeksie postępowania karnego. Komentarz praktyczny*, Warszawa 1997, s. 168.

⁵ Szerzej: postanowienie Sądu Najwyższego z 18 lipca 2000 roku, sygn. akt IV KZ 63/00.

⁶ Por. uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z 30 marca 2016 roku, sygn. akt I KZP 21/15.

⁷ Zob. art. 459 ustawy z 6 czerwca 1997 roku...

⁸ *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red.) D. Świecki, Warszawa 2017, s. 360.

⁹ Zob. Z. Doda, *Zażalenie w procesie karnym*, Warszawa 1985, s. 46–47.

Trzeba wskazać, że art. 466 § 1 k.p.k. określa, że „przepisy dotyczące sprzeciwów i zażeń na postanowienia stosuje się odpowiednio do sprzeciwów i zażeń na zarządzenia”¹⁰. W związku z tym przepis art. 459 § 1 k.p.k. dotyczy również zarządzeń zamykających drogę do wydania wyroku. Idąc dalej trzeba podkreślić, że z art. 459 § 2 w zw. z § 1 k.p.k. *in fine* bierze się stwierdzenie, że w przypadku, gdy postanowienie czy zarządzenie nie uniemożliwia wydania wyroku ani też nie stanowi postanowienia co do środka zabezpieczającego, podlega ono zaskarżeniu środkiem odwoławczym w postaci zażenia jedynie wówczas, gdy ustawa przewiduje taki przypadek.

Jak już na wstępie wskazano, w zakresie instytucji zażenia konieczne jest dokonanie zastawienia przepisów z wielu aktów prawnych. Zatem określenie „chyba że ustawa stanowi inaczej” zawarte w art. 459 § 1 k.p.k. otwiera katalog aktów prawnych rangi ustawowej nie zawężając go jedynie do k.p.k. Wśród takich innych przepisów można wskazać chociażby art. 137 ust. 3 prawa o ruchu drogowym¹¹, określające zażalenie na postanowienie o zatrzymaniu prawa jazdy.

W sytuacji więc, gdy decyzja nie mieści się w zakresie wskazanych kategorii, czyli nie uniemożliwia wydania wyroku ani nie jest postanowieniem dotyczącym środka zapobiegawczego oraz brak jest przepisu szczególnego uposażającego w możliwość wniesienia takiego środka, takie rozstrzygnięcie będzie niezaskarżalne.

W polskich regulacjach można wskazać wiele postanowień na które zażalenie nie przysługuje. Są to m.in. postanowienia o oddaleniu wniosku dowodowego¹², postanowienie o odmowie umorzenia postępowania¹³ czy chociażby postanowienie o umorzeniu postępowania i zastosowaniu środka zabezpieczającego¹⁴.

Opisywana sytuacja może budzić wiele sprzeciwów, m.in. co do legalności uniemożliwienia zbadania zasadności zastosowanych środków procesowych przez prokuratora w postępowaniu przygotowawczym. Właśnie na tej płaszczyźnie pojawił się wskazany w tytule artykułu wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Na kanwie tegoż wyroku omówiona zostanie sytuacja, w której w systemie prawa polskiego nie została zawarta możliwość zakwestionowania władczej decyzji prokuratora w przedmiocie ekshumacji zwłok bliskiej zmarłej osoby. Wyrok ten był konsekwencją braku zgody na zaistniałą sytuację, w postaci

¹⁰ Zob. art. 466 ustawy z 6 czerwca 1997 roku...

¹¹ Ustawa z 20 czerwca 1997 roku – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2017 r., poz. 128 ze zm.).

¹² Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z 28 lutego 2006 roku, sygn. akt. WZ 80/05, OSNwSK 2006, poz. 454.

¹³ Zob. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 13 kwietnia 2010 roku, sygn. akt II AKz 127/10, KZS 2010/4, poz. 35.

¹⁴ Zob. uchwałę Sądu Najwyższego z 25 lutego 2005 roku, sygn. akt I KZP 35/04, OSNKW 2005/2, poz. 14.

niemożności wniesienia skutecznego środka odwoławczego od jednego z rodzajów postanowień prokuratora podejmowanych w postępowaniu przygotowawczy.

Sprawa Solska i Rybicka przeciwko Polsce

Przedmiotowa sprawa została wszczęta dwoma skargami przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej wniesionymi 19 kwietnia 2017 roku do Trybunału na podstawie art. 34 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności przez dwie obywatelki polskie, p. Ewę Marię Solską i p. Małgorzatę Ewę Rybicką. Skarżące zarzucały w szczególności, że ekshumacja szczątków ich mężów odbyła się z naruszeniem art. 8 Konwencji.

Sprawa rozgrywała się na kanwie wydarzeń z 10 kwietnia 2010 roku, kiedy to samolot Polskich Sił Powietrznych przewoził polską delegację państwową z Warszawy do Smoleńska w Rosji w celu wzięcia udziału delegatów w uroczystości z okazji 70. rocznicy zbrodni katyńskiej. Samolot rozbił się podczas podejścia do lotniska Smoleńsk, co spowodowało śmierć wszystkich dziewięćdziesięciu sześciu osób znajdujących się na pokładzie.

W toku śledztwa Wojskowa Prokuratura Okręgowa w Warszawie powzięła wątpliwości co do rzetelności rosyjskich ekspertów w zakresie prawidłowości identyfikacji ofiar i odniesionych obrażeń ciała. Od sierpnia 2011 roku Wojskowa Prokuratura Okręgowa w Warszawie przeprowadziła ekshumacje dziewięciu ofiar katastrofy.

Wyniki badań potwierdziły, że rosyjscy eksperci nie zarejestrowali w odpowiedni sposób obrażeń odniesionych przez ofiary, a w przypadku sześciu z dziewięciu ekshumowanych zwłok błędnie zidentyfikowano ofiary. Prokurator stwierdził, że w tych okolicznościach zaistniały również wątpliwości dotyczące innych ofiar katastrofy. Zamierzał również usunąć wątpliwości dotyczące rzekomego wybuchu na pokładzie.

12 października 2016 roku druga skarżąca wystosowała pismo do Ministra Sprawiedliwości–Prokuratora Generalnego, wyrażające jej sprzeciw wobec ekshumacji ciała męża. Zaś 14 października 2016 roku pierwsza skarżąca wystosowała podobne pismo do Prokuratury Krajowej, stwierdzając, że jest przekonana, że jej zmarły mąż został właściwie zidentyfikowany. Była bowiem obecna w moskiewskim instytucie medycyny sądowej, gdzie przeprowadzono identyfikację ofiar i widziała ciało swojego męża. Prokuratura Generalna odpowiedziała negatywnie na oba pisma.

27 października 2016 roku skarżące osobiście i za pośrednictwem swojego adwokata złożyły zażalenie na postanowienie prokuratora z 7 października 2016 roku, sprzeciwiając się ekshumacji zwłok swoich mężów i wnioskując o uchylenie tej części postanowienia.

Co ważne, skarżące twierdziły m.in., że prokurator zastosował art. 209 § 1 i art. 210 k.p.k. nie uwzględniając odpowiednich postanowień Konstytucji oraz że postanowienie prokuratora zostało wydane z naruszeniem art. 2 § 1 ust. 3 k.p.k. stwierdzającego, że postępowanie karne musi uwzględniać prawnie chronione interesy pokrzywdzonego. Zdaniem skarżących postanowienie o ekshumacji naruszyło szacunek należny szczątkom ich zmarłych mężów, a także ich osobiste prawo do kultywowania pamięci zmarłego krewnego.

Skarżące przywołały też artykuły 2, 30, 45 i 47 Konstytucji, powołując się m.in. na to, że prokurator zastosował przepisy k.p.k. z naruszeniem przyrodzonego prawa człowieka do godności. Opierały się ponadto na artykułach 3 i 8 Konwencji, a także na piśmie Rzecznika Praw Obywatelskich z 25 października 2016 roku do Prokuratora Generalnego, przedstawiającym argumenty na rzecz kontroli sądowej zasadności postanowienia prokuratora w sprawie ekshumacji.

23 i 24 listopada oraz 6 grudnia 2016 roku prokurator odmówił przyjęcia zażalenia skarżących, uznając je za niedopuszczalne. Stwierdził, że postanowienie o ekshumacji wydane na podstawie art. 210 k.p.k. nie podlega zaskarżeniu.

Skarżące w toku sprawy składały wiele środków odwoławczych, m.in. zażalenie na postanowienie prokuratora do Sądu Okręgowego w Warszawie. Zdaniem skarżących prawidłowa interpretacja odpowiednich przepisów k.p.k. w świetle Konstytucji i ochrony praw podstawowych powinna zapewnić im możliwość złożenia zażalenia na postanowienie prokuratora z 7 października 2016 roku, ponadto że postanowienie w sprawie ekshumacji stanowiło naruszenie ich interesów prawnych i z tej przyczyny spełniało konstytucyjne przesłanki wymogu udostępnienia środka prawnego mającego na celu weryfikację zasadności postanowienia prokuratora. Sąd Okręgowy w Warszawie¹⁵ postanowił skierować do Trybunału Konstytucyjnego pytanie prawne dotyczące konstytucyjności art. 210 k.p.k. w zakresie, w którym przepis ten nie przewiduje możliwości złożenia zażalenia na postanowienie prokuratora o ekshumacji zwłok. Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził, że postanowienia prokuratury nakazujące wykonanie otwarcia zwłok (art. 209 k.p.k.) lub ekshumacji (art. 210 k.p.k.) nie podlegają kontroli sądowej. Artykuł 210 k.p.k. jest pod tym względem wadliwy w świetle Konstytucji i Konwencji, ponieważ nie przewiduje kontroli sądowej postanowienia prokuratora nakazującego wykonanie ekshumacji¹⁶.

24 maja 2017 roku skarżące ponownie wezwały Prokuraturę Krajową do uchylenia postanowienia w sprawie ekshumacji, na co prokurator odpowiedział negatywnie.

¹⁵ Sprawa o sygn. akt VIII Kp 17/17.

¹⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 maja 2008 roku, sygn. akt P 18/17.

W przedmiotowej sprawie zapadało wiele kolejnych postanowień, na które skarżące konsekwentnie wносиły środki odwoławcze. Warto w tym miejscu wskazać, że polski system prawny przewiduje szereg przepisów, nawet w ustawie szczególnej określających prawa i wolności jednostki¹⁷. Ponadto w odniesieniu do niektórych praw i wolności jednostki ustawodawca wprowadził instytucje mające chronić interesy jednostki, normując je w k.p.k.¹⁸.

Co więcej, również orzecznictwo na tej płaszczyźnie jest bardzo bogate. W sprawie wskazano m.in., że sfera uczuciowa związana z kultem pamięci zmarłej osoby najbliższej może stanowić przedmiot ochrony prawnej na podstawie art. 23 i 24 Kodeksu cywilnego. Treść prawa osobistego związanego z kultem osoby zmarłej wykracza poza uprawnienia urzędu zmarłemu pogrzebu i kultywowania w różny sposób miejsca pochówku zmarłego; obejmuje także sferę uczuciową krewnych oraz ich prawo do okazywania stosownego szacunku dla wspomnień i pamięci o zmarłym¹⁹. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem prawo do pochowania zwłok zmarłego krewnego²⁰ wraz z prawem do ekshumacji²¹ oraz prawo do poszanowania pamięci zmarłego krewnego stanowi prawo osobiste²².

Najistotniejsze kwestie zarzucane przez skarżące dotyczyły tego, że ekshumacja szczątków ich mężów bez zgody najbliższych i przy braku kontroli sądowej postanowienia prokuratora stanowi arbitralną ingerencję w ich prawa wynikające z art. 8 Konwencji²³.

Inną kwestią – bardziej proceduralną i dotyczącą możliwości wniesienia skargi do Trybunału niż niedoskonałości polskiego systemu prawnego na płaszczyźnie możliwości zażaleń arbitralnych postanowień organów publicznych – był fakt podniesienia przez rząd wstępnego zarzutu niewyczerpania krajowych środków odwoławczych. Twierdził on, że złożenie rozpatrywanych skarg było przedwcześnie, ponieważ postępowanie przed sądem krajowym zostało zawieszone w oczekiwaniu na orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego w sprawie pytania prawnego skierowanego do niego przez Sąd Okręgowy w Warszawie

¹⁷ Są to m.in. art. 45 § 1, art. 47, art. 77 ust. 2, art. 79 ust. 1, art. 193 Konstytucji RP.

¹⁸ Są to m. in. art. 236, art. 240, art. 252 § 2, art. 209, art. 210 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku...

¹⁹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z 23 września 2009 roku, sygn. akt I CSK 346/08.

²⁰ Zob. art. 10 § 1 ustawy z 3 stycznia 1959 roku o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz.U. z 1959 r., Nr 11, poz. 62).

²¹ Zob. art. 15 §1 ust. 1 ustawy z 3 stycznia 1959 roku...

²² Zob. szerzej: wyrok Sądu Najwyższego z 10 września 2015 roku, sygn. akt V CSK 201/15.

²³ Art. 8 Konwencji stanowi, że: „1. Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego (...). 2. Niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności osób”.

3 kwietnia 2017 roku²⁴. Jednakże skarżące podkreślały, że ani wyrok Trybunału Konstytucyjnego, ani warszawskiego sądu okręgowego nie był w stanie zawiesić wykonania postanowienia prokuratora.

Skarżące powoływały się ponadto na orzecznictwo Trybunału, zgodnie z którym „w sytuacji, w której dany środek został już wykorzystany, nie ma wymogu składania innego środka realizującego zasadniczo ten sam cel”²⁵. W związku z tym, biorąc pod uwagę, że skarżące skorzystały z możliwości wystąpienia do sądu o ustanowienie zabezpieczenia, nie można od nich zasadnie wymagać zastosowania innych środków prawnych.

Trybunał końcowo stwierdził, iż skarżące wykazały, że środek odwoławczy udostępniony przez rząd był w rzeczywistości niewystarczający i nieskuteczny, biorąc pod uwagę szczególne okoliczności sprawy i że w związku z tym zostały one zwolnione z wymogu oczekiwania na wynik postępowania w sprawie konstytucyjności przepisu.

Ponadto w kwestii dotyczącej ograniczenia możliwości wniesienia zażalenia jedynie co do niektórych postanowień, skarżące podkreśliły, że k.p.k. pozwala na wniesienie odwołania do sądu w związku z niektórymi postanowieniami wydawanymi przez prokuratora w toku postępowania przygotowawczego²⁶. Trudno byłoby uzasadnić, dlaczego tego rodzaju postanowienia prokuratora mogą podlegać kontroli sądowej.

W odniesieniu do wymogu zgodności z prawem rząd podkreślił, że postanowienie było nie tylko oparte na klarownym i powszechnie dostępnym akcie prawnym – mianowicie na k.p.k. – ale jego wydanie było w nim również wyraźnie wymagane. Kodeks zobowiązuje prokuratora do wszczęcia postępowania karnego, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa. Ponadto, zgodnie z art. 209 § 1 k.p.k., istnieje obowiązek otwarcia zwłok, jeżeli zachodzi podejrzenie przestępnego spowodowania śmierci.

Stanowisko rządu w tym zakresie skupiało się wokół nieodpowiedniego aspektu. Zasadniczą kwestią był nie fakt zgodności podjętych decyzji procesowych przez organ w postaci prokuratora, gdyż kodeks bezsprzecznie daje podstawy do wydania przez prokuratora postanowienia w zakresie ekshumacji, a kwestia braku możliwości dokonania kontroli sądowej przez niezawisły, niezależny organ powołany do rozstrzygania spornych zagadnień. Jak dalej wskazywał rząd, w niniejszej sprawie ingerencja nie miała charakteru arbitralnego i służyła ważnym interesom wymiaru sprawiedliwości. I w tym zakresie nie można się zgodzić, bowiem jaki charakter ma ingerencja w postaci postanowienia organu, jak nie arbitralny w sytuacji braku środka zaskarżenia

²⁴ Zob. szerzej: wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 20 września 2018 roku w sprawie Solška i Rybicka przeciwko Polsce, skargi o numerach: 30491/17 oraz 31083/17.

²⁵ Szerzej: Jeličić przeciwko Bośni i Hercegowinie (dec.), sygn. akt 41183/02, ETPC 2005–XII.

²⁶ Dotyczy to m.in. postanowień dotyczących przeszukań i zatrzymań rzeczy, kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych oraz środków zapobiegawczych.

w stosunku do tegoż postanowienia? Zaś co do określenia, że ingerencja służyła interesom wymiaru sprawiedliwości, również trzeba wskazać, że nie jest to kluczowy aspekt. Oczywiście jest, że urząd prokuratorski występujący w imieniu państwa winien postępować w sposób jak najdalej idący celem służenia interesom wymiaru sprawiedliwości, jednakże sposób ten nie może ograniczać prawa pozostałych podmiotów, stron co do możliwości zbadania użytych środków przez niezaangażowany w sprawę organ, w tym wypadku sąd.

Jak wskazała strona rządowa, władze przeprowadziły rozważania na polu rozbieżności interesów śledztwa zgodnie z wymogami proceduralnymi art. 2 Konwencji z interesami życia rodzinnego i prywatnego krewnych ofiar, chronionych na mocy art. 8 §1 Konwencji²⁷ i odpowiednio zważyły sprzeczne interesy. Trzeba jednak podkreślić – nie można uznać za prawidłowe, że strona podejmująca rozstrzygnięcie w zakresie słuszności podjętych środków i wążąca sprzeczne interesy jest tożsama z jedną ze stron spornego stosunku. Taka sytuacja prowadzi do nadużyć, bowiem zawsze w takim przypadku strona mająca możliwość podjęcia decyzji na swoją korzyść z dużym prawdopodobieństwem (jeśli nie pewnością) to uczyni.

Dalej sama strona rządowa wskazuje, że ustawodawca, mając świadomość, że niektóre interesy prywatne mogą być sprzeczne z interesem publicznym chronionym przez prokuratora, wykluczył możliwość wniesienia zażalenia na takie postanowienia prokuratorów. Ciężko przejść obojętnie obok takiego stwierdzenia, gdyż właśnie możliwość wniesienia środka odwoławczego ma być gwarantem nienaruszalności praw jednostki. Argumentacja, skłaniająca się ku zawężaniu kręgu spraw co do których zbadania zasadności podjętych działań uprawniony jest organ sądowniczy, wprowadza niezasadną arbitralność jednej ze stron postępowania i może prowadzić do nadużyć w ramach praw drugiej strony, pozbawionej właśnie skutecznego środka celem zbadania zasadności podjętych czynności procesowych.

Trybunał w swojej ocenie zaznaczył, że niniejsza sprawa rodzi problem stosowalności art. 8 §1 Konwencji do ekshumacji ciała osoby zmarłej wbrew woli członków rodziny w ramach postępowania karnego, zauważywszy w tym kontekście, że korzystanie z chronionego art. 8 prawa do życia rodzinnego i prywatnego dotyczy przede wszystkim relacji między osobami żywymi, jednocześnie podkreślając, iż nie jest wykluczone, że poszanowanie życia rodzinnego i prywatnego rozciąga się na pewne sytuacje po śmierci²⁸. Trybunał dokonał więc konkluzji, że okoliczności niniejszej sprawy wchodzą w zakres prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, będące pod ochroną art. 8 Konwencji.

²⁷ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 roku, Rzym.

²⁸ Zob. szerzej: wyrok z 13 września 2005 roku w sprawie Jones przeciwko Wielkiej Brytanii (dec.), skarga nr 42639/04 oraz wyrok z 12 listopada 2002 roku w sprawie Płoski przeciwko Polsce, skarga nr 26761/95.

Jednakże, co kluczowe dla niniejszego opracowania, Trybunał uznał, że ekshumacja szczątków zmarłych mężów skarżących, przeprowadzona mimo sprzeciwu skarżących, może zostać uznana za zakłócającą ich relacje rodzinne w taki sposób i w takim stopniu, że stanowiła ingerencję w ich prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Co najistotniejsze, to fakt wskazania przez Trybunał, że aby prawo krajowe spełniało te wymogi, musi ono zapewniać odpowiednią ochronę prawną przed arbitralnością, a zatem wskazywać zakres swobody przyznanej kompetentnym organom i sposób w jaki ta swoboda jest realizowana²⁹. Ponadto Trybunał wskazał, że ingerencja w prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego musi zatem opierać się na „prawie” oferującym odpowiednie zabezpieczenia przed arbitralnością. Muszą istnieć gwarancje zapewniające, że swoboda pozostawiona władzy wykonawczej jest realizowana zgodnie z prawem i bez nadużywania kompetencji³⁰. Kolejnym istotnym stanowiskiem Trybunału z perspektywy opisywanej problematyki jest uznanie, iż w szeregu spraw dotyczących skarg składanych na podstawie art. 8 odpowiednie gwarancje ochrony przed arbitralnością wymagałyby zapewnienia sądowej lub innej niezależnej kontroli odpowiednich środków dotyczących osób fizycznych³¹.

Trybunał zauważył również, że skarżące kwestionowały jakość art. 210 k.p.k., który stanowił podstawę prawną postanowienia prokuratora nakazującego ekshumację. W szczególności podnosiły, że nie były w stanie odwołać się do sądu od postanowienia prokuratora dotyczącego tak drażliwej kwestii. Ich zdaniem jedynie kontrola sądowa mogłaby zapewnić właściwe wyważenie przeciwnych interesów.

Ze wskazanym stanowiskiem należy zgodzić się w całej rozciągłości. Prawo do sądu, z uwagi na swój ważki charakter, określone zostało w Konstytucji. Z jednej strony służy ochronie innych praw i wolności jednostki, z drugiej samo podlega ochronie niezależnie od naruszenia innych praw podmiotowych. Rozpatrywane jest więc w dwóch aspektach: po pierwsze – jako zasada prawa konstytucyjnego, po drugie – jako prawo podmiotowe przysługujące jednostce³². Prawo do sądu w pierwszym zakresie, jako gwarancja innych praw i wolności,

²⁹ Szerzej: wyrok z 2 sierpnia 1984 roku w sprawie Malone przeciwko Wielkiej Brytanii, Seria A sygn. akt 82; sprawa Hadri-Vionnet przeciwko Szwajcarii, skarga nr 27798/95; sprawa Rotaru przeciwko Rumunii, skarga nr 28341/95; sprawa S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii, skargi nr 30562/04 i 30566/04.

³⁰ Zob. wyrok z 7 marca 2017 roku w sprawie Polyakova i in. przeciwko Rosji, skarga nr 5090/09 i 3 inne.

³¹ Zob. wyrok z 1 kwietnia 2008 roku w sprawie Varga przeciwko Rumunii, skarga nr 73957/01; wyrok z 15 lutego 2011 roku w sprawie Heino przeciwko Finlandii, skarga nr 56720/09.

³² H. Pietrzykowski, *Prawo do sądu (wybrane zagadnienia)*, „Przegląd Sądowy” 1999, nr 11–12, s. 5; J. Oniszczyk, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI wieku*, Kraków 2004, s. 727; E. Łętowska, [w:] *Orzecznictwo trybunału konstytucyjnego a kodeks postępowania cywilnego. Materiały ogólnopolskiego zjazdu katedr i zakładów postępowania cywilnego*, (red.) T. Ereciński, K. Weitz, Warszawa 2010, s. 249.

stanowi dyrektywę tworzenia prawa oraz dyrektywę interpretacyjną. W stosunku do ustawodawcy określa zakaz stanowienia norm prawnych sprzecznych z nakazem zapewnienia jednostce należytej ochrony sądowej, a także równoczesny nakaz tworzenia norm prawnych odpowiadających tej zasadzie i ją konkretyzujących³³. Dla organów władzy publicznej oznacza konieczność uwzględnienia jej przy stosowaniu prawa. W drugim zakresie, prawo do sądu postrzegane jest jako publiczne prawo podmiotowe, które oznacza możliwość domagania się od państwa rozpatrzenia sprawy przez sąd. Z uprawnieniem tym skorelowany jest spoczywający na państwie obowiązek zapewnienia każdemu możliwości poddania jego sprawy pod osąd bezstronnego, niezależnego i niezawisłego sądu³⁴.

Trybunał istotnie zauważył, że niniejsza sprawa dotyczy zobowiązań państwa wynikających z Konwencji, które mogą wchodzić w kolizję z jednej strony, bowiem art. 2 Konwencji zawiera proceduralny obowiązek przeprowadzenia skutecznego postępowania karnego w sprawie domniemych naruszeń jego części materialnej³⁵; z drugiej strony podkreślił jednak, że przeprowadzając skuteczne postępowanie karne, władze mają obowiązek chronić prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, o którym mowa w art. 8 Konwencji. Co więcej, Trybunał trafnie zaznaczył, że wydając postanowienie, prokurator nie był zobowiązany przez k.p.k. do oceny, czy cele śledztwa mogły zostać osiągnięte za pomocą mniej restrykcyjnych środków ani do oceny możliwego wpływu kwestionowanych środków na życie prywatne i rodzinne skarżących.

Mając na względzie powyższe rozważania, Trybunał dokonał kluczowego stwierdzenia, że polskie prawo nie zapewnia wystarczających zabezpieczeń przed arbitralnością postanowienia prokuratorskiego nakazującego ekshumację. Prawo krajowe nie przewiduje mechanizmu, który umożliwiałby kontrolę proporcjonalności wynikających z postanowienia prokuratora ograniczeń praw osób zainteresowanych, które to prawa są chronione na mocy art. 8.

Podsumowanie

Analizując rozstrzygnięcie Trybunału w podjętej sprawie, trzeba zaznaczyć, że istotna jest konkluzja, iż polskie prawo nie zapewnia wystarczających zabezpieczeń przed arbitralnością postanowienia prokuratorskiego nakazujące-

³³ A. Bator, A. Kozak, *Wykładnia prawa zgodnie z Konstytucją*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, (red.) S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 43 i n.

³⁴ P. Sarnecki, *Komentarz do art. 45 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, (red.) L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 2; K. Markiewicz, *Zasady orzekania w postępowaniu nieprocesowym*, Warszawa 2013, s. 12.

³⁵ Zob. wyrok z 14 kwietnia 2015 roku w sprawie Mustafa Tunç i Fecire Tunç przeciwko Turcji, sygn. akt 24014/05 oraz wyrok z 2016 roku w sprawie Armani Da Silva przeciwko Wielkiej Brytanii, sygn. akt 5878/08.

go ekshumację. Mimo że Trybunał skupia się na kwestii związanej z ekshumacją (na tym polu wszakże rozpatrywał sprawę), trzeba zwrócić uwagę na ogólną myśl wynikającą z rozstrzygnięcia Trybunału. Z jego stwierdzeń wynika konkluzja, że polski system prawny ogranicza kluczowe zasady państwa prawa, poprzez nieustanowienie mechanizmów oceny trafności podjętych przez organ państwowy decyzji procesowych. Należy zadać sobie pytanie, czy stanowisko Trybunału zawarte w opisywanej sprawie nie będzie otwierało możliwości zaskarżania pozostałych postanowień, na które w polskim systemie nie przewidziano instytucji odwoławczej. W ocenie autora warto zastanowić się nad zasadnością wprowadzenia regulacji umożliwiających rozpatrzenia sprawy przez sąd w razie zaistnienia spornych zdań w zakresie słuszności i zasadności prowadzonych działań organów procesowych. Bowiem mimo przychylenia się organu jurydycznego do stanowiska urzędu prokuratorskiego co do wskazanej zasadności użycia danego środka i prawidłowości wydanego postanowienia w oparciu o całokształt okoliczności, druga strona nie zostanie pozbawiona poczucia sprawiedliwości w zakresie rozpoznania jej stanowiska i uszanowania odrębności ukazanego poglądu przez pochylenie się nad nim i dokonanie wyważenia interesów jednostki z interesem społecznym.

Co więcej, można dokonać również konkluzji, że ograniczenia procesowe mogą nie tylko być niesłusznym zawężeniem prawa i wolności jednostki, ale też z punktu widzenia interesów państwa powodować straty i konieczność wypłacania wysokich odszkodowań, właśnie z powodu nieustanowienia ochrony prawnej przed władczymi, jednostronnymi rozstrzygnięciami organu prokuratorskiego w zakresie zasadności podjęcia pewnych kroków procesowych. Należałoby się zastanowić, czy konkretna zasada uposażająca urząd prokuratorski w możliwość władczego wydania decyzji nie spowoduje ponownej odpowiedzialności odszkodowawczej państwa. W polskim systemie prawnym, jak wskazywano na wstępie, istnieje wiele postanowień, co do których nie jest możliwa kontrola sądowa.

Po prześledzeniu powyższej sprawy wylania się więc poważny problem natury prawno-procesowej. Uniemożliwienie zbadania zasadności i legalności podjętych działań prokuratora, skutkuje bowiem naruszeniem podstawowych praw człowieka, wskazanych w regulacjach Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Bibliografia

Literatura

- Bator A., Kozak A., *Wykładnia prawa zgodnie z Konstytucją*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, (red.) S. Wronkowska, Zakamycze, Kraków 2005.
- Doda Z., *Zażalenie w procesie karnym*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1985.

- Łętowska E., [w:] *Orzecznictwo trybunału konstytucyjnego a kodeks postępowania cywilnego. Materiały ogólnopolskiego zjazdu katedr i zakładów postępowania cywilnego*, (red.) T. Ereciński, K. Weitz, LexisNexis, Warszawa 2010.
- Markiewicz K., *Zasady orzekania w postępowaniu nieprocesowym*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Oniszczyk J., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego na początku XXI wieku*, Zakamycze, Kraków 2004.
- Pietrzykowski H., *Prawo do sądu (wybrane zagadnienia)*, „Przegląd Sądowy” 1999, nr 11–12.
- Sarnecki P., *Komentarz do art. 45 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, (red.) L. Garlicki, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2003.
- Świecki D., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Zabłocki S., *Postępowanie odwoławcze w nowym kodeksie postępowania karnego. Komentarz praktyczny*, Wolters Kluwer, Warszawa 1997.

Akty prawne

- Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 roku (Dz.U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483).
- Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 roku, Rzym.
- Ustawa z 20 czerwca 1997 roku – Prawo o ruchu drogowym (Dz.U. z 2017 r., poz. 128 ze zm.).
- Ustawa z 3 stycznia 1959 roku o cmentarzach i chowaniu zmarłych (Dz.U. z 1959 r., Nr 11, poz. 62).
- Ustawa z 6 czerwca 1997 roku – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555).

Orzecznictwo

- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 13 kwietnia 2010 roku, sygn. akt II AKz 127/10 KZS 2010/4, poz. 35.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z 28 lutego 2006 roku, sygn. akt. WZ 80/05, OSNwSK 2006, poz. 454.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z 18 lipca 2000 roku, sygn. akt IV KZ 63/00.
- Uchwała Sądu Najwyższego z 25 lutego 2005 roku, sygn. akt I KZP 35/04, OSNKW 2005/2, poz. 14.
- Uchwała Sądu Najwyższego z 30 marca 2016 roku, sygn. akt I KZP 21/15.
- Wyrok Sądu Najwyższego z 10 września 2015 roku, sygn. akt V CSK 201/15.
- Wyrok Sądu Najwyższego z 23 września 2009 roku, sygn. akt I CSK 346/08.
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 maja 2008 roku, sygn. akt P 18/17.
- Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 20 września 2018 roku w sprawie Solska i Rybicka przeciwko Polsce, skargi o numerach: 30491/17 oraz 31083/17.
- Wyrok z 14 kwietnia 2015 roku w sprawie Mustafa Tunç i Fecire Tunç przeciwko Turcji, sygn. akt 24014/05.
- Wyrok z 2016 roku w sprawie Armani Da Silva przeciwko Wielkiej Brytanii, sygn. akt 5878/08.

Wyrok z 1 kwietnia 2008 roku w sprawie Varga przeciwko Rumunii, skarga nr 73957/01.

Wyrok z 12 listopada 2002 roku w sprawie Płoski przeciwko Polsce, skarga nr 26761/95.

Wyrok z 13 września 2005 roku w sprawie Jones przeciwko Wielkiej Brytanii (dec.), skarga nr 42639/04.

Wyrok z 15 lutego 2011 roku w sprawie Heino przeciwko Finlandii, skarga nr 56720/09.

Wyrok z 2 sierpnia 1984 roku w sprawie Malone przeciwko Wielkiej Brytanii, Seria A sygn. akt 82.

Wyrok z 25 czerwca 1997 roku w sprawie Halford przeciwko Wielkiej Brytanii, sprawozdania z wyroków i decyzji 1997–III.

Wyrok z 7 marca 2017 roku w sprawie Polyakova i in. przeciwko Rosji, skarga nr 5090/09 i 3 inne.

Inne

Sprawa Glass przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 61827/00.

Sprawa Hadri-Vionnet przeciwko Szwajcarii, skarga nr 27798/95.

Sprawa Jeličić przeciwko Bośni i Hercegowinie (dec.), sygn. akt 41183/02, ETPC 2005–XII.

Sprawa o sygn. akt VIII Kp 17/17.

Sprawa Pretty przeciwko Wielkiej Brytanii, skarga nr 2346/02.

Sprawa Rotaru przeciwko Rumunii, skarga nr 28341/95.

Sprawa S. i Marper przeciwko Wielkiej Brytanii, skargi nr 30562/04 i 30566/04.

Limitation of the right to examine the prudence of the prosecutor's decisions based on the judgment of the Court of Justice of the European Union

The issue of complaint in the Polish criminal investigation system is very extensive. In many provisions of the Act regulating the criminal procedure, we can find references to this institution. The aim of this study is to briefly present the institution's complaint in criminal procedural law based on the judgment of the CJEU of 20 September 2018, in *Solska and Rybicka v. Poland* (Complaints with numbers: 30491/17 and 31083/17). The issues of the complexity of the complaint's complaint were also discussed, as well as the problems appearing with the application of specific provisions. The author devoted attention and summed up the deliberations of the Polish Government and the Court of Justice of the European Union based on the sentence. The author also made a final reflection and pointed out possible future problems related to insufficient regulation of the complaint.