

Artur Kotowski

Art. 167 znowelizowanego Kodeksu postępowania karnego jako klauzula generalna – próba analizy teoretycznej

STRESZCZENIE

Artykuł stanowi próbę analizy znowelizowanego brzmienia art. 167 Kodeksu postępowania karnego. W tekście dokonano teoretycznego rozróżnienia elementów normatywnego luzu decyzyjnego, w postaci klauzul generalnych oraz zwrotów niedookreślonych. Opracowanie sporządzone jest w nurcie integracji wewnętrznej nauk prawnych w celu adaptacji refleksji teoretycznej do problemu dogmatycznoprawnego.

Słowa kluczowe: klauzule generalne, luz normatywny, prawo karne



Artur Kotowski

**Art. 167 of the amended Polish Code
of Criminal Procedure with a general clause
– an attempt of a theoretical analysis**

ABSTRACT

The article applies the theoretical analysis of general clauses and phrases vague with respect to the amended Article 167 of the Code of Criminal Procedure.

Keywords: general clauses, criminal law



1

WSTĘP I ZAKRES ROZWAŻAŃ

Celem opracowania jest przedstawienie wstępnej analizy od strony teoretycznej, ale w pewnym stopniu także dogmatycznoprawnej, znowelizowanego brzmienia art. 167 Kodeksu postępowania karnego (dalej: k.p.k.), wskutek wchodzącej w życie z dniem 1 lipca 2015 roku tzw. Wielkiej Nowelizacji Prawa Karnego. Pogląd o znaczącej w historii całej polskiej penalistyki zmianie prawa karnego jest niekwestionowany na gruncie pojawiającego się już piśmiennictwa¹. Wzmaga tą ocenę fakt, że prócz ustawy karnoprocesowej, prawodawca nowelizuje także w istotnym stopniu sam Kodeks karny (dalej: k.k.), w wyniku uchwalenia dwóch ustaw nowelizujących, które – dla porządku – należy wymienić. W pierwszej kolejności jest to ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 r., poz. 1247) oraz nowsza, z początku bieżącego roku, dotycząca głównie regulacji materialnoprawnej, ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2015 r., poz. 396). Zakres zmian w Kodeksie postępowania karnego, wprowadzanych tym drugim aktem prawnym (art. 5 ustawy nowelizującej z dnia 20 lutego), jest już mniejszy i dotyczy, w znacznej mierze, harmonizacji regulacji formalnoprawnej z instytucjami wprowadzanymi w Kodeksie karnym².

Wprowadzana nowelizacja jest, niewątpliwie, oceniana słusznie jako wzbudzająca kontrowersje. Nie opowiadając się po stronie jawnych zwolenników lub przeciwników wprowadzanych zmian, wypada jedynie zgodzić się ze stwierdzeniem, że jej zakres jest tak znaczny, iż stopień zmian między k.p.k. sprzed i po nowelizacji jest w istocie większy niż między k.p.k. z roku 1997 a Kodeksem z roku 1969³. Jest tak, gdyż nowelizacja prawa karnego materialnego zdaje się utrzymywać filozofię karania w duchu kody-

¹ Por. T. Gardocka, M. Jakubik (red.), *Szkice o nowym modelu procesu karnego*, Warszawa 2014, passim; J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki (red.), *Wielka nowelizacja procesu karnego*, Warszawa 2014, passim.

² Choć od tej oceny można wyprowadzać liczne wyjątki. Także ustawa nowelizująca z dnia 20 lutego 2015 r. wprowadza nowe, interesujące z punktu widzenia prakseologii postępowania rozwiązania. Por. chociażby art. 5 pkt 34 ustawy: po art. 455 dodaje się art. 455a w brzmieniu: „Art. 455a. Nie można uchylić wyroku z tego powodu, że jego uzasadnienie nie spełnia wymogów określonych w art. 424”.

³ Por. M. Pietrzak, P.W. Osik, M. Mączka-Pacholak, *Nowelizacja procedury karnej i jej praktyczne implikacje z perspektywy obrońcy*, [w:] J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, *Wielka nowelizacja...*, op. cit., s. 51.

fikacji z roku 1997 jedynie poprzez dalsze przesunięcie niektórych jej kardynalnych założeń (przede wszystkim dalszemu wzmocnieniu ulegają zasady: preferencji kar nieizolacyjnych oraz zasady indywidualizacji kary, poprzez stworzenie sądowni szerokiego zakresu instrumentów oddziaływania penalnego na sprawcę czynu zabronionego stanowiącego przestępstwo⁴). Nowelizacja procesu karnego zmienia natomiast całą filozofię procesu. Jest to zatem istotna modyfikacja aksjologii procesu, gdyż wprowadzony zostaje – jak podsumowuje L.K. Paprzycki – „w pełni kontradiktoryjny proces karny na etapie sądowym”⁵. Istotną w zakresie całej noweli-

⁴ Jedynie w celu przykładowego zobrazowania wprowadzanych zmian w k.k. wypada wskazać, że wprowadzona zostaje: 1. możliwość orzekania krótkoterminowej kary pozbawienia wolności zamiast takiej kary przewidzianej w granicach ustawowego zagrożenia karą, por.:

„Art. 37a. Jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, można zamiast tej kary orzec grzywnę albo karę ograniczenia wolności, o której mowa w art. 34 § 1a pkt 1, 2 lub 4”.

2. Nowela przewiduje także możliwość orzekania krótkoterminowej kary pozbawienia wolności połączonej z następczym wykonaniem kary ograniczenia wolności zamiast kary pozbawienia wolności przewidzianej za wszystkie występki w granicach ustawowego zagrożenia karą, por.:

„Art. 37b. W sprawie o występki zagrożony karą pozbawienia wolności, niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn, sąd może orzec jednocześnie karę pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym 3 miesięcy, a jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia wynosi przynajmniej 10 lat – 6 miesięcy, oraz karę ograniczenia wolności do lat 2. W pierwszej kolejności wykonuje się wówczas karę pozbawienia wolności, chyba że ustawa stanowi inaczej”.

Celem zmian jest, niewątpliwie, próba oddziaływania na praktykę orzeczniczą poprzez pewną modyfikację, ale nie zmianę, filozofii karania; zmniejszenie roli środków probacyjnych, ocenionych jako w znacznej mierze nieefektywne (poprzez kryterium powrotności do przestępstwa, rozumianym szerzej niż tylko na gruncie art. 64 k.k.) i zastąpienie, przede wszystkim, częstego stosowania środka probacyjnego w postaci warunkowego zawieszenia wykonania kary orzeczonej na rzecz krótkoterminowej kary pozbawienia wolności.

3. Trzecim elementem, który można dla przykładu wskazać, jest inkorporowanie do k.k. instytucji dozoru elektronicznego (i derogacja z systemu prawnego ustawy w tym zakresie).

4. Jako ostatniego nie wypada natomiast nie wymienić wydużenia wymiaru kary łącznej, co interesujące bez zmiany definicji kary pozbawienia wolności z art. 37 k.k., wypada także uznać, że katalog kar z art. 32 k.k. musi być już uzupełniany o wymiar kary łącznej określony w zmienionym brzmieniu art. 86 k.k., por.:

„Art. 86. § 1. (136) Sąd wymierza karę łączną w granicach od najwyższej z kar wymierzonych za poszczególne przestępstwa do ich sumy, nie przekraczając jednak 810 stawek dziennych grzywny, 2 lat ograniczenia wolności albo 20 lat pozbawienia wolności; karę pozbawienia wolności wymierza się w miesiącach i latach”.

Powyższe zmiany mają zapewne na celu wprowadzenie możliwości długotrwałej (w większym wymiarze niż obecnie) izolacji sprawców poważnych przestępstw kryminalnych, w szczególności takich, którzy nie rokują poprawy. Natomiast sprawcy czynów popełnianych incydentalnie winni być karani, jeżeli już karą pozbawienia wolności, to orzekaną krótkoterminowo.

⁵ Cyt. L.K. Paprzycki, *Prokuratura a kontradiktoryjny model postępowania sądowego. Wyzwania i możliwe zagrożenia*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 1–2, s. 178.

zacji, a z pewnością najistotniejszą z punktu widzenia wzmocnienia zasady sporności, staje się zmiana brzmienia art. 167 k.p.k. poprzez zastąpienie obecnego przepisu:

„Art. 167. Dowody przeprowadza się na wniosek stron, podmiotu określonego w art. 416 albo z urzędu”

treścią następującą:

„Art. 167. § 1. W postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez przewodniczącego lub sąd. W razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu.

§ 2. W innym postępowaniu przed sądem niż wymienione w § 1 oraz w postępowaniu przygotowawczym dowody przeprowadzane są przez organ procesowy prowadzący postępowanie. Nie wyłącza to prawa do zgłoszenia wniosku dowodowego przez stronę”.

Zastosowane przez prawodawcę określenie: „wyjątkowych wypadków, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami” budzi pewne wątpliwości interpretacyjne już na etapie obecnym, czyli refleksji praktyków oraz dogmatyków nad charakterem wprowadzanej regulacji. Dla teoretyka prawa czyni natomiast możliwość wypowiedzenia się co do normatywnego charakteru regulacji, przede wszystkim mając na względzie znane w legisprudencji środki techniki prawodawczej lub – szerzej – instrumenty kształtujące znaczenie normy, w toku dokonywanej interpretacji tekstu prawnego, przede wszystkim w procesach sądowego stosowania prawa.

Taki też jest cel niniejszego opracowania, który związany jest w wąskim zakresie z rozważeniem statusu zastosowanego rozwiązania legislacyjnego przez prawodawcę, przede wszystkim od strony teoretycznej. Opracowanie, w odczuciu autora, powinno więc być odebrane jako znajdujące się w pożądanym – w szczególności w teorii i filozofii prawa, nie tylko zresztą polskiej – nurcie tzw. integracji wewnętrznej nauk prawnych. Chodzi o możliwość zastosowania aparatu pojęciowego teorii prawa oraz koncepcji wyprac-

wanych w ogólnych dyscyplinach prawoznawstwa⁶ do analizy problemowych zagadnień dogmatyczno prawnych, przede wszystkim z zakresu wykładni prawa, a w konsekwencji i procesów stosowania prawa. W tym sensie szersze przedstawienie pozostałych elementów nowelizacji oraz ogólne jej omówienie przestaje być konieczne i zostało ograniczone jedynie do tych treści, które dotyczą omawianej instytucji. Jedyne do czego należy się odnieść, i co zostało poruszone w artykule, to rozważania na poziomie modelowym, poprzez próbę oceny na pewnym metapoziomie wprowadzanych zmian, co, jak sądzę, jest w pewnym stopniu konieczne dla rozstrzygnięcia w przedmiocie spornych kwestii interpretacyjnych na gruncie analizowanego nowego brzmienia art. 167 k.p.k. (choć może i powinno być czynione także na gruncie innych budzących wątpliwości interpretacyjne znowelizowanych przepisów Kodeksu).

W tym stanie rzeczy w artykule omówiono relację między pojęciami: klauzul generalnych i zwrotów niedookreślonych (pkt II) oraz analizę samego zwrotu „wyjątkowych wypadków, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami” od strony zastosowanego środka techniki prawodawczej, przede wszystkim mając na względzie argument z wykładni autentycznej – nieoficjalnej – na bazie uzasadnienia projektu ustawy nowelizującej z września 2013 roku (pkt III). W krótkim podsumowaniu (pkt IV) przedstawiono natomiast refleksję, często zresztą zgłaszaną w literaturze, nad kwestiami związanymi z uwarunkowaniami noweli na tle znanych w kulturze prawa stanowionego modeli procesu.

2

KLAUZULE GENERALNE A ZWROT Y NIEDOOKREŚLONE – RELACJA W ŚWIETLE Z NOWELIZOWANEGO ART. 167 K.P.K.

Jak już zostało wskazane, zmiana brzmienia art. 167 k.p.k. – fundamentalnego przepisu określającego sposób przeprowadzania dowodów w stadium judykacyjnym procesu (Dział V, Dowody, Rozdział XIX, Przepisy ogólne) – jest jednym z najistotniejszych składników wchodzącej z dniem 1 lipca

⁶ Wśród których wymienia się: teorię prawa, filozofię prawa, oraz – niekiedy oddzielnie – metodologię nauk prawnych.

2015 roku nowelizacji procesu karnego. Związane jest to z przeformułowaniem aksjologii procesu. Jest wynikiem odmiennego określenia przez prawodawcę filozofii procesu karnego; dotyczy rezygnacji (w znacznej mierze) z pozostałych w stadium sądowym elementów modelu inkwizycyjnego postępowania na rzecz modelu skargowego (o czym szerzej w pkt III). Co do zasady prawodawca przerzuca więc obowiązek w zakresie prowadzenia postępowania dowodowego z sądu na strony procesu. Regulacja z art. 167 k.p.k. ma także tak znaczącą rolę proceduralną, gdyż określa kompetencję sądu do uzupełnienia przewodu o dowody przeprowadzane z urzędu. Jak bardzo trafnie podnosi A. Herzog, wprowadzona do Kodeksu w takiej treści norma dotycząca przeprowadzania dowodów nie dość, że stanowi redefinicję (i *de facto* odstępstwo od) dotychczasowego rozumienia w dogmatyce procesu karnego zasady sporności, to przede wszystkim wprowadza silniej zasadę sporności niż w tradycyjnie „twardo kontradyktoryjnym” procesie cywilnym, gdzie dowodów nie przeprowadzają strony, ale sąd⁷. W procesie cywilnym bowiem to sąd określa, „[...] jakie fakty mają »zdatność« dowodową, a więc jakie zjawiska świata zewnętrznego, jakie okoliczności oraz stany i stosunki są przedmiotem dowodzenia w procesie cywilnym, a ściślej, w konkretnej sprawie przedstawionej do rozstrzygnięcia⁸. Rozróżnienie jest wynikiem konieczności wprowadzonej dystynkcji, że każda z zasad procesowych może być adaptowana do danej procedury w odmianie tzw. „miękkiej” lub „twardej”.

Rozróżnienie można wywodzić jeszcze na bazie znanego podziału norm prawnych dokonanego przez R. Dworkina na zasady rozumiane jako standardy proceduralne oraz normy działające na zasadzie „wszystko albo nic”. W tym stanie rzeczy R. Dworkin wprowadził pojęcie „jednego, słusznego rozstrzygnięcia” umocowanego aksjologicznie. Odpowiada ono najlepszej argumentacji w świetle kompleksowej egzegezy zasad prawa (*principles*)⁹. Doprecyzowując, te z zasad, które nie przesądzają o charakterze danej procedury (czyniąc rozważania na gruncie formalnoprawnym) i ich charakter wynika przede wszystkim z całokształtu szeregu norm (reguł konkretnych, działających na zasadzie ich spełnienia), funkcjonują w formie „zasady miękkiej”. Natomiast taka zasada, która zwykle w formie pojedynczo zredago-

⁷ Por. A. Herzog, *Czy proces karny będzie bardziej sprawiedliwy?*, [w:] *Wielka nowelizacja...*, op. cit., s. 35, 45.

⁸ Por. teza z wyroku SN z dnia 17 kwietnia 1998 r., II CKN 683/97.

⁹ Por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 56, 176.

wanego przepisu, nie zależy od treści innych zasad procesowych, ale która samodzielnie i można ocenić, suwerennie, kształtuje daną procedurę od strony ontycznej, stanowi przykład zasady adaptowanej do danej procedury w formie „twardej”. Polega ni mniej ni więcej na nieokreśleniu standardu (czyli stopień spełnienia danej zasady ocenia się w istocie *in concreto*, poprzez wypadkową jej relacji z innymi zasadami – tak jest w wypadku odmiany „miękkiej”), ale zasada taka przybiera formę samodzielnej normy postępowania, która również jest spełniana w stopniu może nie binarnym (na zasadzie wszystko albo nic – jak reguła), ale z pewnością przesądza o charakterze danej procedury. Przykładowo pozwala przyjąć bądź odrzucić twierdzenie, że dana procedura adaptuje taki, a nie inny model postępowania. W tym stanie rzeczy przyjąć wypada – i tak przecież wskazuje się w dotychczasowej, jeszcze nielicznej, literaturze – że wprowadzona przez art. 167 k.p.k. zasada sporności przybiera formę zasady twardej, gdyż przesądza o tym, że stadium judykacyjne procesu powinno spełniać wymogi modelu skargowego postępowania, a nie inkwizycyjnego. W tym stanie rzeczy także, tak rozumując, wpływa na sposób rozumienia (wykładni) art. 167 § 1 zd. 2 k.p.k. w brzmieniu po 1 lipca 2015 roku. Podział na zasady adaptowane w formie miękkiej lub twardej (zatem nie jest to podział co do ich istoty, lecz formy w procesach stosowania prawa) jest klarownie zobrazowany na gruncie omawianej zasady sporności. Do tej pory miała ona charakter miękkiej, bowiem subsydiarnie uzupełniała naczelne zasady procedury. Jej treść w dogmatyce rozumiano jako dyrektywę, „zgodnie z którą strony mają prawo do walki o korzystne dla siebie rozstrzygnięcie”¹⁰. Nie przesądzała więc o charakterze stadium judykacyjnego procesu. Wprowadzała jedynie standard, że organ procesowy powinien umożliwić (ale nie przerzucić) walkę procesową o korzystne rozstrzygnięcie przez strony postępowania. Po zmianach zasada kontradiktoryjności staje się natomiast wyznacznikiem charakteru stadium judykacyjnego procesu (przynajmniej na etapie postępowania rozpoznawczego przed sądem pierwszej instancji).

W wyniku nowelizacji brzmienia art. 167 § 1 k.p.k. przeprowadzanie dowodów przerzucone zostało z uprawnienia sądu na strony procesu, zgodnie z założeniami skargowego modelu postępowania. Uprawnienie organu sądowego do przeprowadzenia dowodu (jedynie w granicach tezy dowodowej – art. 167 § 1 zd. 1) określono jedynie w razie: (1) niestawiennictwa

¹⁰ Tak A. Herzon, *Czy proces karny będzie bardziej sprawiedliwy?*, [w:] *Wielka nowelizacja...*, op. cit., s. 35.

strony i po spełnieniu kumulatywnych przesłanek o przeprowadzeniu tego dowodu na wniosek strony oraz jego dopuszczeniu przez przewodniczącego lub sąd¹¹, a także w razie będących przedmiotem niniejszych rozważań (2) wyjątkowych wypadków, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami. Dowód przeprowadza sąd *ex officio*. Kwestią wtórną pozostaje, czy zwrot „w granicach tezy dowodowej” stosowany powinien być w tym wypadku odpowiednio (czyli dowód przeprowadzany jest z urzędu na okoliczność faktu głównego, popełnionego czynu) czy nie i może być przeprowadzany na okoliczność faktów pośrednich. Przyjęcie drugiej możliwości stoi wszakże w sprzeczności z pojęciem wyjątkowych wypadków uzasadniających szczególne okoliczności, chyba że (art. 7 k.p.k.) z całości kształtu okoliczności sprawy wynika, że ustalenie faktu ubocznego pozwoli wnioskować o fakcie głównym. Kwestia ta wymaga z pewnością dalszej, szerszej analizy, już dogmatycznoprawnej. Obecnie stoję jednak na stanowisku, że zwrot „w granicach tezy dowodowej” wynika z rangi znaczenia wyjątkowych wypadków.

Przechodząc do analizy użytego przez prawodawcę zwrotu „wyjątkowych wypadków, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami”, od strony środka techniki prawodawczej można go rozumieć jako:

1. tzw. zwrot niedookreślony,
2. klauzulę generalną.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że oba te środki techniki prawodawczej (gdy są zamierzone) są elementem tzw. luzu interpretacyjnego, który może być wprowadzony w nazwach nieostrych, tzn. takich, które mają dwa pasy nieostrości (mały i duży). Niewątpliwie trafna jest ocena, że takie nazwy uelastyczniają proces stosowania prawa, wprowadzając interpretatorowi większy luz interpretacyjny, a w konsekwencji i pewien luz decyzyjny, gdyż ma to przecież wpływ na treść wydawanej decyzji finalnej w procesie stosowania prawa¹².

Ważna jest uwaga, że w niektórych opracowaniach klauzule generalne traktuje się jako wchodzące w skład znaczenia nazwy „zwroty niedookreślone”. Klauzule definiuje się wówczas jako zwroty niedookreślone – od-

¹¹ *A contrario* w razie braku wniosku strony sąd nie może przeprowadzić dowodu z urzędu, chyba że zachodzą wyjątkowe wypadki uzasadnione szczególnymi okolicznościami.

¹² Por. A. Choduń, A. Gomułowicz, A. Skoczylas, *Klauzule generalne i zwroty niedookreślone w prawie podatkowym i administracyjnym*, Warszawa 2013, s. 20–21.

syłające¹³. W takim ujęciu (choć jednym z możliwych) klauzula generalna jest zatem odesłaniem pozaprawnym, które wprowadza regułę z innego porządku normatywnego do systemu prawa. Ale czyni to poprzez obiektywizowanie kryteriów, które doprecyzowuje w każdym stanie faktycznym interpretator. Tą okoliczność akcentuje w szczególności L. Leszczyński; podaje on, że ich inna nazwa to w istocie „klauzule odsyłające (odesłania)”¹⁴, wskazując na ich różnorodność w tekstach prawnych jako specyficznej konstrukcji normatywnej, „wyraźnie zaznaczonej w tekście aktu prawnego”¹⁵. Możliwość jednak przyjęcia różnozakresowości nazw: „zwroty niedookreślone” i „generalne klauzule odsyłające” wynika z analizy rozważań także tego autora w przedmiocie samego definiowania klauzul. L. Leszczyński, dodatkowo, wskazuje na „odesłanie do jakichś kryteriów pozaprawnych” w przypadku odsyłających klauzul generalnych¹⁶. Tym samym rozróżnienie następuje w ramach nazwy „klauzule generalne”, na te, które odsyłają w ramach dekodowania znaczenia do kryteriów intrajudrydycznych i te (w przypadku klauzul odsyłających) które odsyłają do innych porządków normatywnych (przede wszystkim porządku norm społecznych, ale także normatywnego porządku moralności). Natomiast, niewątpliwie, jak zauważają A. Choduń, A. Gomułowicz i A. Skoczylas, „immanentą cechą klauzul generalnych jest to, że odsyłają pozasystemowo do jakichś ocen”¹⁷.

Kwestia relacji denotacyjnej między nazwami: „klauzula generalna” a „zwrot niedookreślony” może być rozstrzygnięta na podstawie analizy etapu uzyskiwania znaczenia, w kontekście procesu stosowania prawa. Wskazywałem już na taką możliwość w innym opracowaniu¹⁸. Chodzi o to, że niezależnie od tego, czy mówimy o klauzuli generalnej *sensu stricto* (wprowadzającej odesłanie do kryteriów wskazywanych wewnątrz systemu prawa), czy o klauzulach odsyłających, luz interpretacyjny przesunięty zostaje na etap normy *in concreto*, zatem etap finalny procesu stosowania prawa. Hipoteza normy *in abstracto* pozostaje bowiem zawsze niezmieniona;

¹³ Ibidem, s. 26.

¹⁴ Por. L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001, s. 21.

¹⁵ Ibidem, s. 22–23.

¹⁶ Ibidem, s. 28.

¹⁷ Cyt. A. Choduń, A. Gomułowicz, A. Skoczylas, *Klauzule generalne...*, op. cit., s. 30.

¹⁸ Por. A. Kotowski, *Dyskrecjonalność władzy administracyjnej – próba nowego ujęcia*, „Krytyka Prawa”, t. VI, Warszawa 2014, s. 68–69.

na tym poziomie od poprawności decyzji interpretacyjnej w procesie stosowania prawa (faza wykładni prawa – przesłanka większa sylogizmu prawniczego) wymagane jest jedynie poprawne odczytanie przez egzegetę, czy w tekście aktu prawnego mamy do czynienia z klauzulą, czy nie. Natomiast treść hipotezy normy *in concreto* zmieni się w zależności od ustalonego stanu faktycznego (zatem decyzji dowodowej), podjętych ustaleń na określoną okoliczność – np. klauzula dobra dziecka, ocenianego oddmiennie w stosunku do dziecka X i dziecka Y. Jest to niezwykle istotne i pozwala odróżnić klauzulę generalną (w obu przyjmowanych ujęciach jako odesłania, powtórzmy raz jeszcze, intrajurydycznego – klauzula typu podstawowego lub do kryteriów eksternajurydycznych – w przypadku klauzul odsyłających). W istocie więc sens klauzuli generalnej (niezależnie jakiego rodzaju) polega na tym, że jej znaczenie organ stosowania prawa „aktualizuje” dopiero na etapie decyzji finalnej, formułując regułę *in concreto*.

Natomiast „zwrot niedookreślony” to wprowadzona świadomie przez prawodawcę wieloznaczna nazwa do tekstu prawnego, w formie nazwy prostej lub złożonej (wyrażenia), które luz interpretacyjny sytuuje na etapie normy *in abstracto*. Klauzula generalna występuje więc na etapie normy *in abstracto*, ale jej treść wypełniona zostaje poprzez wyprowadzenie w toku procesu stosowania prawa określoną treścią w normie *in concreto*. Zwrot niedookreślony występuje natomiast zawsze i tylko i wyłącznie na etapie normy *in abstracto*. Zawiera, w istocie, upoważnienie prawodawcy wobec władzy aplikacyjnej do dookreślenia reguły na podstawie określonych kryteriów, na podstawie decyzji podjętej przez władzę aplikacyjną.

Prawodawca przekazuje zatem władzy aplikacyjnej określony zakres kompetencji prawotwórczej, ale jedynie w zakresie dookreślenia treści reguły i – co bardzo istotne przy zwrotach niedookreślonych – „wymaga” następnie jednolitego jej stosowania, tzn. przyjmowania jednego znaczenia, które może zmieniać się w zależności od zaistniałych kryteriów społecznych. Klasycznym przykładem pozostaje pojęcie z ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. (Dz.U. z 2012 r., poz. 124 ze zm.) o przeciwdziałaniu narkomanii – „znacznej ilości środka odurzającego”. Prawodawca wprowadził luz interpretacyjny i, w konsekwencji, decyzyjny, polegający na przyjęciu znaczenia reguły *in abstracto* w oparciu np. o specyfikę przestępczości. Wypada zresztą wskazać, że znaczenie reguły *in abstracto*, w tym wypadku, ulegało zmianie i dotyczyło kwestii fundamentalnej – zakresu penalizacji (ostatecznie przyjęto w orzecznictwie kryterium mieszane: ilościowo-jakościowe, które sposób rozumienia nazwy „znaczna ilość” wiąże z możliwością

zaspokojenia potrzeb co najmniej kilkudziesięciu osób uzależnionych, a nie jak we wcześniejszych orzeczeniach – co najmniej kilkudziesięciu tysięcy osób uzależnionych¹⁹). Taka też linia orzecznicza i taki sposób rozumienia całej normy dekodowanej na podstawie przepisów, w których występuje zwrot „znacznej ilości środka odurzającego”, przyjmowany jest obecnie w orzecznictwie.

Odnosząc powyższe do problematyki nowego brzmienia art. 167 k.p.k., można oczywiście przyjąć, że użyta w jego treści nazwa złożona stanowi nieświadomy zwrot niedookreślony. Znaczy to, że prawodawca wprowadził do tekstu prawnego określenie, które w stadium tworzenia prawa uznane było za jasne i precyzyjne, o określonym koncepcyjnie zakresie znaczenia (denotacyjnym) i stosowania. W świetle treści uzasadnienia projektu zmian w k.p.k. trudno jest jednak zgodzić się z taką interpretacją, o czym w dalszej części niniejszej sekcji. Polemizować można ze stwierdzeniem, że niedookreśloność występuje jedynie wówczas, gdy nie jest zamierzona²⁰. Warto zaznaczyć, że to, co dla prawodawcy może być jednoznaczne, może stać się wieloznaczne w wyniku osądu egzegety lub nawet zyskać miano wieloznaczności w wyniku późniejszych interpretacji w toku procesów stosowania prawa. Brak jest obiektywnych kryteriów redukcji wieloznaczności w stopniu całkowitym na etapie procesu legislacyjnego. Można, czy też powinno się, rzecz jasna, traktować redukcję wieloznaczności jako dyrektywę postępowania, ale nie można z góry przesądzać o błędzie legislatora, przy późniejszym stanie polisemii. Należy zaznaczyć, że jest dokładnie na odwrót. Niejednokrotnie, to niedookreśloność – nawet zamierzona – tworzy poważniejsze problemy w zakresie stosowania prawa niż polisemia. Polisemię niejednokrotnie łatwo jest przezwyciężyć poprzez wybór znaczenia spośród jego alternatyw, ale niedookreśloność skutkuje zawsze koniecznością wejścia władzy aplikacyjnej, w pewnym sensie, w rolę władzy prawodawczej, gdyż musi podejmować działania w celu ustalenia zakresu desygnatów. Z pewnością jednak o zwrocie niedookreślonym, jako środku techniki prawodawczej, można mówić jedynie wówczas, gdy jest on wynikiem świadomej decyzji podjętej w toku procesu legislacyjnego. Gdy powstaje stan wieloznaczności, nie mamy do czynienia ze zwrotem niedookreślonym, ale z wyrażeniem wieloznacznym, które nie zostało we

¹⁹ Por. postanowienie SN z dnia 23 września 2009 r., I KZP 10/09, OSNKW 2009, nr 10, poz. 84.

²⁰ Tak. w: A. Choduń, A. Gomułowicz, A. Skoczylas, *Klauzule generalne...*, op. cit., s. 15.

właściwy sposób zakodowane przez prawodawcę, wskutek błędu legislatora. Zwroty niedookreślone to takie wyrażenia, które mają określoną liczbę alternatyw znaczeniowych, w szczególności, gdy zakres denotacji pozostaje otwarty. Są jednak wynikiem decyzji prawodawcy, który – jak już wskazano – wprowadza do stosowania prawa określony luz interpretacyjny, ale w konsekwencji nie luz decyzyjny. To bardzo ważne, gdyż o luzie decyzyjnym mówimy jedynie w wypadku decyzji finalnej procesu stosowania prawa. A taki występuje w ramach posługiwania się klauzulami generalnymi. W wypadku natomiast zwrotów niedookreślonych prawodawca – upraszczając – decyduje się na dookreślenie reguły *in abstracto* przez organy stosowania prawa (przede wszystkim typu sądowego), ale następnie wymaga, by ta dookreślona przez władzę aplikacyjną reguła była jednolicie stosowana, a nie odmiennie, na podstawie indywidualnych kryteriów opartych na ustaleniach faktycznych zapadłych na gruncie danego postępowania dowodowego (jak w wypadku klauzul generalnych). Dlatego luz interpretacyjny wiąże się jedynie z etapem dekodowania normy na poziomie *in abstracto*, natomiast luz decyzyjny z etapem podejmowania decyzji finalnej. Jest to oczywiście wąskie (konkretne) rozumienie pojęcia „luz decyzyjny”, zakładające jego przeciwstawienie terminowi „luz interpretacyjny”. Klasycznym i bardzo dobrym przykładem pozostaje orzeczenie w zakresie wymiaru kary, gdzie nie istnieje żaden luz interpretacyjny, ale właśnie jedynie decyzyjny, poprzez indywidualizację kary na podstawie dyrektyw sądowego wymiaru kary w granicach ustawowej odpowiedzialności za dany typ zabroniony. W sytuacji, gdy w treści przepisu²¹ występuje nazwa, która stanowi odesłanie do okoliczności ocenianych *in concreto*, zawsze mamy do czynienia z klauzulą generalną i luzem normatywnym *in concreto*. Nie jest wymagane doprecyzowanie nazwy *in abstracto*.

W wypadku zwrotu „wyjątkowych wypadków, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami” istotna jest również uwaga, że projekt przedkładała Komisja Kodyfikacyjna, zatem nie można uznać, że ewentualne przyjęcie zwrotu niedookreślonego nastąpiło w wyniku błędu legislacyjnego (jak już ustaliliśmy nie można byłoby wówczas w ogóle mówić o zwrocie niedookreślonym, lecz o wyrażeniu wieloznacznym). Nieświadomy zwrot niedookreślony może być zatem wynikiem świadomego posługiwania się

²¹ Rozumianego oczywiście jako część określonej jednostki redakcyjnej aktu prawnego, w formie zdania, a nie zamiennie z pojęciem normy prawnej.

określoną nazwą, rozumianą jako jasna i precyzyjna, a nie w ogóle z brakiem świadomości legislatora w tym przedmiocie.

Uwagi powyższe mają charakter jedynie porządkujący. Do rozstrzygnięcia pozostaje zatem charakter użytej nazwy złożonej, jako – odpowiednio – zwrotu niedookreślonego (zastosowanego świadomie wyrażenia wieloznacznego mającego być zinterpretowanym i jednolicie stosowanym przez organy stosowania prawa) albo klauzuli generalnej.

3

ZNOWELIZOWANE BRZMIENIE ART. 167 K.P.K. JAKO ZAWIERAJĄCE KLAUZULĘ GENERALNĄ – PRÓBA WSTĘPNEJ REFLEKSJI TEORETYCZNEJ

Rozstrzygając o formie zastosowanego w znowelizowanym art. 167 § 1 k.p.k. środka techniki prawodawczej, pomocny staje się argument z wykładni autentycznej – nieformalnej²², poprzez dokonanie analizy uzasadnienia projektu ustawy nowelizacyjnej z września 2013 roku. Należy w pierwszej kolejności zauważyć, że w projekcie jednoznacznie przyjęto za wadliwy i niepożądany model inkwizycyjnego stadium sądowego procesu karnego (s. 7 uzasadnienia). Z uzasadnienia jednoznacznie wynika, że zamiarem prawodawcy było ograniczenie dowodowej roli sądu do wyjątkowych wypadków i podejmowanie aktywności dowodowej jedynie w szczególnych wypadkach. Przesądza to, przynajmniej w oparciu o argument z wykładni autentycznej, że znaczenia zwrotu z art. 167 § 1 k.p.k. nie można interpretować rozszerzająco²³. Ma to być wyjątkiem w procesie karnym, a nie regułą o charakterze zwykłego uprawnienia sądu. Oznacza to, że uprawnienie to funkcjonować ma w oparciu o nadzwyczajne, szczególne okoliczności i nie

²² Wykładnia autentyczna – nieformalna jest wypowiedzią o znaczeniu prawa dokonywaną przez organ, który ustanowił regułę, ale nie jest w żaden sposób wiążąca (jak wykładnia legalna). Wykładnia oficjalna wynika z jasnej wypowiedzi organu, jak należy zwrot rozumieć i zwykle następuje na etapie następczym w stosunku do uchwalenia aktu prawnego. Wykładnia autentyczna – nieformalna skupia się na aspekcie ratio reguły, celu jej wprowadzenia i unika jednoznacznych wypowiedzi o znaczeniu konkretnych reguł, dekodowanych z treści aktu prawnego.

²³ Na problemy w zakresie możliwej obstrukcji funkcjonalnego aspektu noweli wskazują: M. Pietrzak, P.W. Osik, M. Mączka-Pacholak, *Nowelizacja procedury karnej i jej praktyczne implikacje z perspektywy obrońcy*, [w:] J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, *Wielka nowelizacja...*, op. cit., s. 53.

należy do zwykłych prerogatyw sądu (s. 8²⁴). Istotą kontradiktoryjności „twardej” jest bierność organu sądowego²⁵.

W tym też znaczeniu przyjęto, że wynik procesu, w zakresie ustaleń dowodowych, ma zostać całkowicie przerzucony z sądu na strony. Brak dowodu na okoliczność faktu głównego nie może zatem wprowadzać automatycznego uprawnienia sądu do próby uzupełnienia przewodu w oparciu o taki dowód przeprowadzany z urzędu (s. 9).

Zmiana brzmienia art. 167 k.p.k. określona została wyraźnie jako taka, która odznacza się specjalnym i „centralnym” charakterem (s. 9). W noweli kierowano się tym, że kontradiktoryjność lepiej doprowadza do realizacji w praktyce prawdy materialnej²⁶. Jest to postulat wysunięty jeszcze przez Cyncerona; poprzez dialog można lepiej dotrzeć do prawdy. Postulat jednak, że prawda stron jest zawsze skuteczniejsza w poznaniu prawdy absolutnej, wynika z nieporozumienia, bowiem funkcjonuje on (i w antycznym procesie rzymskim tak przecież było) w pełni skargowym modelu procesu, gdzie organ procesowy nie ma żadnych kompetencji do uzupełniania przewodu sądowego. W tym więc sensie jest to zawsze prawda sądowa, która może, ale nie musi, oznaczać zgodności z prawdą absolutną. Podobnie jest zresztą z zapisaną prawdą materialną, która jest dyrektywą postępowania, że organy powinny dążyć do ustalenia prawdy absolutnej. Różnica między tymi dwiema zasadami polega na tym, że w wypadku zasady prawdy sądowej zwalnia ona organ sądowy z aktywności dowodowej, podczas gdy odmiana materialna zasady prawdy już nie.

W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z dnia 27 września 2013 r. zwrotu „szczególnych okoliczności i wyjątkowych wypadków” nie zdefiniowano. Wprowadzono jednak obostrzenie, że nie może być ona rozumiana jako podstawa kompetencyjna do „poszukiwania dowodów winy oskarżonego w sytuacji, gdy oskarżyciel nie kwapi się, by ich dostarczyć” (s. 10 – cyt.). W tym więc znaczeniu odgrywa szczególną rolę gwarancyjną, że w sytuacji braku aktywności dowodowej stron, ten nie może działać inkwizycyjnie w celu spełnienia nawet wewnętrznego przekonania o odpowiedzialności karnej oskarżonego. Co innego w sytuacji odwrotnej, gdzie

²⁴ Dostępne na dzień 25.04.2015 pod adresem: <http://www.law.uj.edu.pl/~kpk/strona/reforma-kodeksu-karnego/>.

²⁵ Ibidem, s. 55.

²⁶ Por. P. Hofmański, *Nowelizacja Kodeksu postępowania karnego*, [w:] J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, *Wielka nowelizacja...*, op. cit., s. 13.

– właśnie gwarancyjnie – jak się wydaje, możliwość aktywności *ex officio* przewidziano, jak takiej, która odpowiada „szczególnie uzasadnionym wypadkom”, mając na względzie cel procesu określony w art. 2 k.p.k., polegający na tym, by osoba niewinna nie poniosła niesłusznie odpowiedzialności. P. Hofmański akcentuje, że sąd prawdziwie obiektywny powinien być odciążony od obowiązku przeprowadzenia dowodu na okoliczność winy²⁷. Sąd winien być więc w zakresie inicjatywy dowodowej bierny, gdyż jego jedyną i podstawową od czasów starożytnych funkcją jest tylko i aż wydanie rozstrzygnięcia na podstawie materiału dowodowego pozyskanego przez strony. Przy założeniu, oczywiście, kontradiktoryjnego modelu postępowania w postępowaniu skargowym.

Z drugiej strony, do zakresu denotacyjnego omawianego zwrotu należy uprawnienie sądu do podejmowania inicjatywy dowodowej co do tych dowodów, które muszą być przeprowadzone (są więc obligatoryjne). Nie jest to jednak materialna definicja tego określenia, lecz ponownie ujęcie kompetencyjne – sąd dysponuje wówczas uprawnieniem, bo zachodzą szczególne i wyjątkowe okoliczności, ale nie z powodu (ponownie) obligatoryjności przeprowadzenia dowodu, lecz braku (przesłanka negatywna) aktywności dowodowej strony na okoliczność przeprowadzenia dowodu obligatoryjnego.

Bardzo ważna jest uwaga zamieszczona w uzasadnieniu projektu, że szczególny wypadek zachodzi w celu podjęcia przez sąd aktywności wynikającej z ogólnych zasad postępowania. Może to osłabić przyjętą koncepcję, że sąd ma nie przeprowadzać dowodów w zastępstwie pasywności strony w tym zakresie. Osiągnięcie (sprawniejsze) celów procesu uznano za element przesłanki szczególnych okoliczności (s. 10). Przyjęto, że „w takich sytuacjach sąd będzie mógł uznać, że zachodzi wyjątkowy i szczególnie uzasadniony wypadek” (s. 10 – cyt.). Trudno jest wskazać, czy koresponduje to z wcześniejszą uwagą, tj. – ponownie – brakiem możliwości „wyręczenia” oskarżyciela. Można przyjąć, że, co do zasady, sąd nie ma kompetencji do uzupełnienia przewodu w zastępstwie strony (zatem podejmowania działania jak w modelu inkwizycyjnym), za wyjątkiem sytuacji, gdy podejmowane są takie działania w celu „sprawniejszego osiągnięcia celów procesu” (s. 10 – cyt.). Rzecz dotyczy zatem aktywności na okoliczność działań o charakterze ochrony praw oskarżonego, ale – także z drugiej strony – w celu realizacji funkcji sprawiedliwościowej procesu i zrealizowanie funkcji trafnej

²⁷ Por. *ibidem*, s. 15–16.

reakcji karnej, rzecz jasna, według zasad rzetelnego procesu karnego. Należy jednak, co bardzo ważne, ocenić, że w specyfice procesu karnego, gdzie rozstrzyga się przecież o odpowiedzialności karnej, w zasadzie każdy brak aktywności strony, przynajmniej na okoliczność faktu głównego, stanowi przesłankę do uznania, że zachodzą – tak rozumiane, bowiem skorelowane z celami procesu – szczególne i wyjątkowe okoliczności uprawniające do zmiany roli sądu w organ inkwizycyjny. Ale tylko na korzyść oskarżonego.

Na koniec należy podkreślić, że dowody dopuszczone przez sąd z urzędu, w ramach szczególnej i wyjątkowej kompetencji, przeprowadzane są wówczas przez sąd, a nie stronę (s. 11).

Co bardzo interesujące, to to, że dalej, w treści uzasadnienia, odnajdujemy powiązanie art. 167 § 1 k.p.k. nie z dyrektywą uzyskania decyzji o faktach rozumianych zgodnie z zasadą prawdy materialnej (s. 16), ale z wewnętrznym przekonaniem sędziego, czyli rozwiązaniem wzmacniającym ewolucję procedur (obserwowanych w całym kręgu kultury prawnej świata zachodniego) w kierunku wzmocnienia instytucji związanych z tzw. aktywizmem sędziowskim. Szczególnie należy mieć na uwadze to, że sformułowanie ze strony 16 uzasadnienia odwołuje się do wewnętrznego przekonania sędziego, a nie obiektywnych kryteriów, które funkcjonują obecnie (por. związek między wymogami z art. 7 i art. 2 § 2 k.p.k., gdzie decyzję co do faktów uznaje się za podjętą w warunkach swobody i odpowiadającą prawdzie materialnej jedynie wówczas, gdy odpowiada ona, prócz kryteriów z art. 7 k.p.k. także wymogom z art. 5 § 2, art. 410 i art. 424 k.p.k.). Gwoli ścisłości, regulacja z art. 7 k.p.k. nie ulega zmianie. Obecna regulacja z art. 167 odwołuje się zatem do „sumienia” czy przekonania sędziego. Wzmaga więc aktywizm sędziowski, a nie zasadę prawdy materialnej²⁸. W tym więc znaczeniu sędzia może, ale wcale nie musi (nie jest zobowiązany), wypełniać konkretną treścią reguły z art. 167 § 1 k.p.k. w oparciu

²⁸ Por. z uzasadnienia projektu nowelizacji k.p.k., s. 16: „(...) pozostawia się w nowej konstrukcji art. 167 § 1 k.p.k. „furtkę” w postaci możliwości przeprowadzenia jednak przez sąd (w wyjątkowych i szczególnie uzasadnionych wypadkach) dowodu z urzędu, w celu uniknięcia konieczności orzekania wobec głębokiego przekonania, że to, co ustalono w oparciu o dowody przeprowadzone na wniosek stron jednak prawdzie nie odpowiada. »Furtka« ta uznana została po długich debatach za niezbędną, ponieważ na drodze legislacyjnej nie da się zadekretować pożądanego poziomu merytorycznego uczestników postępowania karnego ani oczekiwanego od nich zaangażowania w spór. (...) oskarżony nie zawsze będzie (...) występował przed sądem z obrońcą”. Zatem odwołania do zasady prawdy materialnej nie sposób jest odczytać, posługując się argumentem z wykładni autentycznej.

o dyrektywę z art. 2 § 2. Przecież mogą wystąpić takie konfiguracje, że tworząc wewnętrzną dyrektywę postępowania, będzie ją dekodował:

- ☒ tylko przy udziale art. 2 § 2 k.p.k.,
- ☒ tylko przy udziale art. 2 § 1 k.p.k.,
- ☒ łącznie, na podstawie zapisu z art. 2 § 1 i art. 2 § 2 k.p.k.

Nie jest to obowiązująca norma, lecz wobec stylizacji z art. 167, który pozostawia organowi luz decyzyjny, kiedy sięgać po potrzebę uzupełnienia przewodu z urzędu, reguła budowana jest na potrzeby każdorazowego postępowania, zatem upadają argumenty, że sędzia, który będzie rozumiał ją wąsko (np. tylko w oparciu o art. 2 § 1, bowiem uznał, że wymóg z art. 2 § 2 pozostał w sprawie spełniony), pomija określone zwroty ustawowe. Ma to tym samym ogromne reperkusje procesowe, w zakresie głównie postępowania odwoławczego, tj. w kwestii rozpoznawania zarzutów odwoławczych, przede wszystkim w sytuacji zarzucania przez stronę obrazy zasady z art. 7 k.p.k. (a także, jak się wydaje, w konfiguracji na etapie postępowania kasacyjnego, przy zarzucie naruszenia art. 457 § 3 w zw. z art. 7 k.p.k.).

Jak przedstawiono powyżej, decyzja interpretacyjna w tym zakresie, wsparta określoną argumentacją, nie jest łatwa do podjęcia. Szczególnie, że wyjaśnień co do tej okoliczności nie zawarł ustawodawca. Nic nie stało się przecież na przeszkodzie, by w uzasadnieniu projektu kwestię tak istotną rozstrzygnąć, przynajmniej w oparciu o przekonanie legislatora co do statusu użytego zwrotu jako środka techniki prawodawczej.

Warto wskazać, że decyzja o potraktowaniu zastosowanego w znowelizowanym brzmieniu art. 167 § 1 k.p.k. wyrażenia niesie istotne reperkusje dla całego stadium judykacyjnego procesu. Uznanie „wyjątkowych wypadków, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami” za zwrot niedookreślony (jak widzą to – chociaż tak nie definiują tej kwestii – niektórzy przedstawiciele dogmatyki), który wymaga właśnie interpretacji w oparciu o zasadę prawdy z art. 2 § 2 k.p.k. i winien skutkować jednolitym rozumieniem normy *in abstracto* (i tak samo stosowaną przez sądy) nie wytrzymuje jednak krytyki w oparciu – jednak – o to, jak zamierzał tę instytucję ukształtować prawodawca. Konstruowanie normy *in abstracto* z art. 167 § 1 k.p.k. w oparciu o art. 2 § 2 k.p.k. i wtórnie, uznanie tej instytucji za zwrot niedookreślony podlegający jednolitej interpretacji i doszczegółowieniu przez judykaturę, mógłby także wypaczać sens całej reformy i stanowić podstawę do uznania, że orzecznictwo dokonuje wykładni tego przepisu *preater legem* (bo przecież

nie *contra*... skoro zasadę takiej, a nie innej treści w art. 2 § 2 prawodawca jednak zachował).

W oparciu o argument z wykładni autentycznej – nieoficjalnej, na podstawie uzasadnienia projektu, wyłania się jednak przesunięcie akcentu w kierunku klauzuli generalnej. Należy zauważyć, że prawodawca wyraźnie zwraca uwagę, że wykładnia „wyjątkowych wypadków...” powinna odbywać się na podstawie suwerennie podjętej przez sędziego decyzji, w oparciu o określoną konfigurację procesową i zachowanie aktorów procesu, a nie odgórnie narzuconą przez prawodawcę (jak w przypadku zwrotu niedookreślonego), jednolitą w treści normę postępowania. W przypadku przyjęcia, że jest to klauzula generalna, kwestię możliwości uzupełnienia przewodu sądowego z urzędu ocenia każdorazowo sąd, nie w oparciu o odgórnie „narzucone” odwołanie do art. 2 § 2 k.p.k. (jak w razie przyjęcia, że jest to zwrot niedookreślony²⁹), ale o realia danej sprawy, literalnie, że występują kryteria oceniające w oparciu o art. 2 § 2, które jedynie na korzyść oskarżonego pozwalają przeprowadzić dowód z urzędu. Trzeba bowiem wyraźnie zaznaczyć, że przyjęcie możliwości uzupełnienia przewodu na niekorzyść oskarżonego (poprzez poszukiwanie dowodów jego winy) i to jeszcze uzasadnione o „wyjątkowe wypadki...” stanowiłoby jakiś relik, kompletnie nieprzystający do filozofii demokratycznego państwa prawnego.

Tytułem podsumowania można wskazać, że uznanie znowelizowanego brzmienia za klauzulę generalną może – pomimo wszystko – pogodzić sporne stanowiska, w razie uznania, że nie jest to tzw. klauzula II stopnia (odsyłająca w ustalonym znaczeniu do leżących eksternajurydycznie kryteriów zewnętrznych – np. moralności), ale tzw. klauzula funkcjonalna. Klauzule I lub II typu odsyłają bowiem do kryteriów zewnętrznych; I typu – w oparciu o najszerszy luz decyzyjny, na podstawie ustalonych okoliczności faktycznych, a II stopnia – do ocen ogólnych, na podstawie norm abstrakcyjnych, ale z innych porządków normatywnych. Zasady, np. współżycia społecznego, definiowane są w oparciu o normy *in abstracto* z porządku normatywnego moralności lub norm obyczajowych³⁰. Niewątpliwie jednak

²⁹ Nie widzę innej niż do art. 2 § 2 k.p.k. możliwości odwołania w razie przyjęcia, że wyrażenie jest zwrotem niedookreślonym.

³⁰ Por. Z. Ziemiński, *Stan dyskusji nad problematyką klauzul generalnych*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 3, passim.

klauzule II typu porządkują jednolitość orzecznictwa, gdyż w jakiś sposób obiektywizują kryteria oceny i w pewnym sensie są nawet podobne do – zaproponowanego w niniejszym artykule – rozumienia zwrotu niedookreślonego.

Natomiast omawiane wyrażenie jako klauzula generalna typu funkcjonalnego, aspekt teleologiczny (ocenę wyprowadzaną *in concreto*) wiązałyby z ratio, ale rozumianym nie zewnętrznie (o inne porządki normatywne), ale wewnętrznie, w oparciu o inne reguły procedury karnej, z których – co dla zwolenników podejścia „inkwizycyjnego” mogłoby być atrakcyjne – prym z pewnością wiodłaby zasada z art. 2 § 2 k.p.k., ale przecież także i inne, jak np. z art. 5 § 2, 2 § 1 k.p.k. itp.

W takim ujęciu jak zaproponowane, klauzula generalna typu funkcjonalnego z art. 167 § 1 k.p.k. stanowiłaby przykład rzadko kiedy wyróżnianego, specyficznego przykładu luzu decyzyjnego, w postaci tzw. luzu operatywnego. Jest on definiowany jako taki, który przysługuje organowi „w procesie stosowania prawa w danej sytuacji decyzyjnej”³¹, a decyzja interpretacyjna choć jest podejmowana przez indywidualnie ustalone kryteria, na podstawie okoliczności danej sprawy (przesłanka do zastosowania klauzuli generalnej), to wskaźnikiem³² do wypracowania konkretnego znaczenia jest odesłanie do kryteriów jego konstrukcji (odesłanie do oceny) pochodzące z innej normy generalnej i abstrakcyjnej tego samego aktu prawnego lub gałęzi prawa.

4

PODSUMOWANIE. ZASADA KONTRADYKTORYJNOŚCI A MODEL POSTĘPOWANIA SĄDOWEGO

Ocenę, że nowe brzmienie art. 167 k.p.k. przesądza o zmianie adaptowanego modelu stadium sądowego procesu, wzmagają, a nie osłabiają, zmiany w zakresie postępowania odwoławczego, przyjęte wskutek wejścia w życie noweli. W tym zakresie rozszerzeniu podlega zakres uprawnień sądu

³¹ Cyt. M. Król, *Podstawowe modele luzów decyzyjnych*, [w:] Acta Universitatis Lodzianis, seria I, nr 25, 1979, s. 36.

³² Istotą wskaźnika jest związek między właściwością (cechą) zjawiska z inną właściwością wskazywaną przez wskaźnik. Za: J. Brzeziński, *Metodologia badań psychologicznych*, Warszawa 1999, s. 195–196.

odwoławczego, a całe postępowanie przed sądem drugiej instancji skierowane zostaje do modelu czystej apelacji (choć nie w pełni). Z pewnością jednak zrezygnowano z anachronizmów modelu rewizyjnego. Sąd drugiej instancji będzie uprawniony do uzupełnienia przewodu sądowego o dowód co do istoty sprawy (wykreślono art. 452 § 1 k.p.k.) i będzie zmuszony wydać orzeczenie kasatoryjne jedynie wówczas, gdy przewód należy powtórzyć w całości (a nie, tak jak obecnie, także w znacznej części – art. 437 § 2 k.p.k.). Na podstawie art. 452 § 2 k.p.k. sąd odwoławczy może więc dopuścić dowody na rozprawie (zatem także dowód co do istoty sprawy), chyba że konieczne jest przeprowadzenie przewodu na nowo w całości (art. 452 § 2 k.p.k.). Możliwe jest także dopuszczenie dowodów przed rozprawą (art. 452 § 2 zd. 2 k.p.k.). Na podstawie stosowanego odpowiednio w postępowaniu odwoławczym art. 167 dowód (ale tylko w razie stawienia) przeprowadza strona. W razie niestawiennictwa strony, na wniosek której dowód został dopuszczony, przeprowadza go sąd w granicach tezy dowodowej (art. 167 § 1 w zw. z art. 458 k.p.k.). W tym stanie rzeczy w k.p.k. w dalszym ciągu utrzymano rozdział między funkcją i celami postępowania rozpoznawczego a nadzorczą-kontrolną funkcją postępowania odwoławczego.

Zmiana art. 167 k.p.k. przesuwająca stadium judykacyjne w kierunku w pełni skargowego modelu postępowania, wespół z przedstawioną, jak powyżej, modyfikacją istotnych postanowień względem postępowania odwoławczego. Proces mieszany w odniesieniu do postępowania karnego należy zatem przyjmować już literalnie, odnosząc to do poszczególnych stadiów procesu – inkwizycyjne postępowanie przygotowawcze i jedynie w pełni skargowe – kontradyktoryjne stadium sądowe. Sąd drugiej instancji jedynie przeprowadza dowody (co zapewne miało posłużyć zwiększeniu rangi zasady ekonomiki procesowej, szczególnie wespół z poszerzeniem możliwości wydania orzeczenia reformatoryjnego), ale nie jest uprawniony do zastępowania sądu pierwszej instancji na zasadzie podejmowania działań dowodowych z urzędu, niejako „w zastępstwie” sądu meriti. To bardzo istotne, szczególnie mając na względzie stosowaną odpowiednio klauzulę wyjątkowych wypadków uzasadnionych szczególnymi okolicznościami właśnie do postępowania odwoławczego. Przecież art. 167 znajduje w tym zakresie zastosowanie, tyle że 452 § 2 stanowi *lex specialis* w zakresie odmiennego postanowienia co do podmiotu przeprowadzającego dowód.

Na koniec można tylko ocenić, że wzrost znaczenia instytucji wpisujących się w ideologię aktywizmu sędziowskiego jest faktycznie tym elementem,

który w jakiś sposób koresponduje z postrzeganiem roli tego organu w anglosaskich systemach prawnych, nie wydaje się natomiast zasadne i należyte umotywowane w przepisach noweli k.p.k. Co więcej, kwestia łączenia noweli ze zbieżnościami względem procesu anglosaskiego wydaje się całkowicie nieuprawniona. Rzecz jest bowiem o wiele bardziej skomplikowana. W systemie anglosaskim sędzia funkcjonuje w zupełnie odmiennej rzeczywistości ustrojowo-kulturowej. Powszechnie uważa się, że jest o wiele bardziej upodmiotowiony, gdyż orzeczenie sądu w tej kulturze ma wiążącą moc normatywną, czego nie można w żadnym razie powiedzieć w przypadku orzeczenia w kulturze kontynentalnej (w pewnym stopniu, choć oczywiście nie jako wiążąca norma postępowania, treści normatywne można natomiast wyprowadzać z treści uzasadnień, np. w kwestii preferowanych reguł wykładni i to zarówno w odmianie apragmatycznej, jak i pragmatycznej). Natomiast w anglosaskiej kulturze prawnej nie przyjmuje się przecież, że brak inkwizycyjnych uprawnień sądu w zakresie postępowania dowodowego osłabia sędziowski aktywizm, który budowany jest na podstawie decyzji interpretacyjnych oraz finalnych, a nie dowodowych, za co odpowiadają strony. Przede wszystkim jednak w kulturze anglosaskiej reguły przeprowadzania dowodów (przede wszystkim osobowych) są o wiele bardziej skomplikowane niż w kontynentalnej kulturze prawnej. Słusznie podnosi się przecież, że system przesłuchania krzyżowego (*cross examination*), znany przede wszystkim kulturze anglosaskiej (choć coraz częściej adaptowany w krajach kultury kontynentalnej, jak np. we Włoszech³³), gwarantuje najlepszy sposób na określenie wiarygodności, szczególnie osobowego źródła dowodowego. Jest jednak jedynie instrumentem w realizacji zasady kontradiktoryjności i nie decyduje o promowaniu przez daną procedurę postawy tzw. sędziowskiego aktywizmu lub pasywizmu. Te elementy budowane są bardziej w oparciu o non-konformistyczne decyzje interpretacyjne i takie rozstrzygnięcia, a nie uprawnienia sądu na okoliczność ustaleń dowodowych w procesie. Jednak w tym kontekście należy dodać, że szczególnie prawo procesowe wymaga czasu, ale także – z czym nie można polemizować – pewnej akceptacji środowiska do jego wymiaru aksjologicznego, mając na względzie aspekt legitymizacji prawa. Omawiana regulacja będzie więc podlegać kształtowaniu poprzez praktykę stosowania prawa

³³ Por. <http://law.jrank.org/pages/901/Criminal-Procedure-Comparative-Aspects-Adjudication.html> – z dnia 25.04.2015.

i przyjmowany sposób jego rozumienia (wykładnię), do czego mogą być, choć w niewielkim stopniu, pomocne rozważania teoretyczne, jak te zaprezentowane w niniejszym opracowaniu.

BIBLIOGRAFIA

- Brzeziński J., *Metodologia badań psychologicznych*, Warszawa 1999.
- Choduń A., Gomułowicz A., Skoczylas A., *Klauzule generalne i zwroty niedookreślone w prawie podatkowym i administracyjnym*, Warszawa 2013.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.
- Gardocka T., Jakubik M. (red.), *Szkice o nowym modelu procesu karnego*, Warszawa 2014.
- Godyń J., Hudzik M., Paprzycki L.K. (red.), *Wielka nowelizacja procesu karnego*, Warszawa 2014.
- Herzog A., *Czy proces karny będzie bardziej sprawiedliwy?*, [w:] J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, *Wielka nowelizacja procesu karnego*, Warszawa 2014.
- Hofmański P., *Nowelizacja Kodeksu postępowania karnego*, [w:] J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, *Wielka nowelizacja procesu karnego*, Warszawa 2014.
- Kotowski A., *Dyskrecjonalność władzy administracyjnej – próba nowego ujęcia*, „Krytyka Prawa”, t. VI, Warszawa 2014.
- Król M., *Podstawowe modele luzów decyzyjnych*, [w:] Acta Universitatis Lodziensis, seria I, nr 25, 1979.
- Leszczyński L., *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001.
- Paprzycki L.K., *Prokuratura a kontradyktoryjny model postępowania sądowego. Wyzwania i możliwe zagrożenia*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 1–2.
- Pietrzak M., Osik P.W., Mączka-Pacholak M., *Nowelizacja procedury karnej i jej praktyczne implikacje z perspektywy obrońcy*, [w:] J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, *Wielka nowelizacja procesu karnego*, Warszawa 2014.
- Ziemiński Z., *Stan dyskusji nad problematyką klauzul generalnych*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 3.