

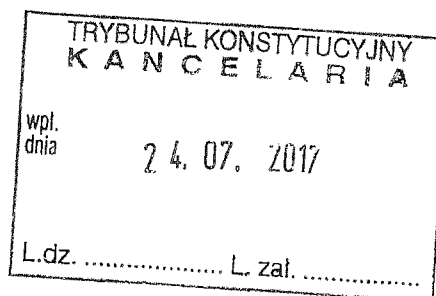


Warszawa, dnia 24 lipca 2017 r.

Rzeczpospolita Polska
PROKURATOR GENERALNY

PK VIII TK 44.2016

K 7/16



TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY

W związku z wnioskiem Rzecznika Praw Obywatelskich „o stwierdzenie niezgodności:

1.

- a) art. 23a ust. 1-3 ustawy z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (Dz. U. z 2015 r. poz. 652),
- b) art. 16 i art. 16a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2015 r. poz. 355 ze zm.),
- c) art. 23 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2014 r. poz. 1402 ze zm.),
- d) art. 11f ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 2015 r. poz. 553 ze zm.),
- e) art. 39 ust. 3-5 ustawy z dnia 13 października 1995 r. - Prawo łowieckie (Dz. U. 2013, poz. 1226 ze zm.),
- f) art. 36 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. z 2014 r. poz. 1099 ze zm.),

- g) art. 14, art. 128 ust. 1 pkt 2 i art. 128 ust. 2 ustawy z dnia 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu (Dz. U. z 2014 r. poz. 170 ze zm.),
- h) art. 57 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2013 r. poz. 1414 ze zm.),
- i) art. 25 i art. 26 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2015 r. poz. 1929 ze zm.),
- j) art. 109 i art. 110 ust. 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz. U. z 2015 r. poz. 1651 ze zm.),
- k) art. 15 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2014 r. poz. 1411 ze zm.),
- l) art. 30 i art. 30a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. z 2014 r. poz. 253 ze zm.)

- w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego oraz broni palnej z art. 78 Konstytucji RP w związku z art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji RP oraz z art. 13 w związku z art. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284).

2.

- a) art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz. U. 2013 r. poz. 611 ze zm.),
- b) art. 95a § 1 i 2 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz. U. z 2014 r. poz. 382 ze zm.)

- w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego z art. 78 Konstytucji RP w związku z art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji RP oraz z art. 13 w związku z art. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności”

- na podstawie art. 42 pkt 7 oraz art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 2072) w związku z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U., poz. 2074) -

przedstawiam następujące stanowisko:

1) przepisy:

a) art. 23a ust. 1-3 ustawy z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 652); art. 16 i art. 16a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1782 ze zm.); art. 23 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1643 ze zm.); art. 39 ust. 3-5 ustawy z dnia 13 października 1995 r. - Prawo łowieckie (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 2168 ze zm.); art. 36 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1432 ze zm.); art. 14, art. 128 ust. 1 pkt 2 i art. 128 ust. 2 ustawy z dnia 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 552 ze zm.); art. 57 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1907 ze zm.); art. 25 i art. 26 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1897 ze zm.); art. 109 i art. 110 ust. 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 2134 ze zm.); art. 15 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1310 ze zm.) oraz art. 30 i art. 30a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o

Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1318 ze zm.) w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, są zgodne z art. 13 w związku z art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z 1995 r. Nr 36, poz. 175, 176 i 177, z 1998 r. Nr 147, poz. 962 oraz z 2003 r. Nr 42, poz. 364);

b) art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 2139 ze zm.) oraz art. 95a § 1 i 2 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1654) w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego, są zgodne z art. 13 w związku z art. 3 Konwencji wymienionej w pkt 1;

2) w pozostałym zakresie postępowanie w niniejszej sprawie podlega umorzeniu:

a) w części dotyczącej kontroli zgodności art. 11f ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 720 ze zm.) w zakresie, w jakim przepis ten nie przewiduje możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, z art. 78 w związku z art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz z art. 13 w związku z art. 3 Konwencji wymienionej w pkt 1 - na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 2072) w związku z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz

ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U., poz. 2074) - wobec utraty przez zakwestionowany przepis mocy obowiązującej przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał;

b) w części dotyczącej kontroli zgodności:

- art. 23a ust. 1-3 ustawy z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 652); art. 16 i art. 16a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1782 ze zm.); art. 23 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1643 ze zm.); art. 39 ust. 3-5 ustawy z dnia 13 października 1995 r. - Prawo łowieckie (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 2168 ze zm.); art. 36 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1432 ze zm.); art. 14, art. 128 ust. 1 pkt 2 i art. 128 ust. 2 ustawy z dnia 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 552 ze zm.); art. 57 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1907 ze zm.); art. 25 i art. 26 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1897 ze zm.); art. 109 i art. 110 ust. 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 2134 ze zm.); art. 15 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1310 ze zm.) oraz art. 30 i art. 30a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1318 ze zm.) w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, z art. 78 w związku z art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej,

- art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 2139 ze zm.) oraz art. 95a § 1 i 2 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1654) w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego, z art. 78 w związku z art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej
- na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w związku z art. 9 ust. 1 ustawy - Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

UZASADNIENIE

Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej również: Wnioskodawca, Rzecznik lub RPO) wniósł do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności:

- art. 23a ust. 1-3 ustawy z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 652) [dalej: ustawa o rybactwie śródlądowym],
- art. 16 i art. 16a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1782 ze zm.) [dalej: ustawa o Policji],
- art. 23 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1643 ze zm.) [dalej: ustawa o Straży Granicznej],
- art. 11f ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 720 ze zm.) [dalej: ustawa o kontroli skarbowej],

- art. 39 ust. 3-5 ustawy z dnia 13 października 1995 r. - Prawo łowieckie (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 2168 ze zm.) [dalej: ustawa - Prawo łowieckie],

- art. 36 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1432 ze zm.) [dalej: ustawa o ochronie osób i mienia],

- art. 14, art. 128 ust. 1 pkt 2 i art. 128 ust. 2 ustawy z dnia 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 552 ze zm.) [dalej: ustawa o BOR],

- art. 57 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1907 ze zm.) [dalej: ustawa o transporcie drogowym],

- art. 25 i art. 26 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1897 ze zm.) [dalej: ustawa o ABW oraz AW],

- art. 109 i art. 110 ust. 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 2134 ze zm.) [dalej: ustawa o ochronie przyrody],

- art. 15 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1310 ze zm.) [dalej: ustawa o CBA],

- art. 30 i art. 30a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1318 ze zm.) [dalej: ustawa o SKW oraz SWW]

w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego oraz broni palnej;

a także:

- art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 2139 ze zm.) [dalej: ustawa o bezpieczeństwie imprez masowych],

- art. 95a § 1 i 2 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1654) [dalej: ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich]

w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego z powołanymi w *petitum* wniosku wzorcami konstytucyjnej kontroli, a także z art. 13 w związku z art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z 1995 r. Nr 36, poz. 175, 176 i 177, z 1998 r. Nr 147, poz. 962 oraz z 2003 r. Nr 42, poz. 364) [dalej: EKPCz lub Konwencja].

Na wstępie należy odnotować, iż w dniu 1 marca 2017 r. ustawa o kontroli skarbowej utraciła moc obowiązującą i, równocześnie (tego samego dnia), weszła w życie ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1947 ze zm., dalej: ustawa o Krajowej Administracji Skarbowej) [*vide* - art. 1 i art. 159 pkt 1 w związku z art. 260 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o Krajowej Administracji Skarbowej, Dz. U. z 2016 r., poz. 1948 ze zm.].

Problematyka utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny była szeroko omawiana w orzecznictwie Trybunału.

W jednym z najnowszych poświęconych tej problematyce orzeczeń - w postanowieniu z dnia 5 kwietnia 2016 r., w sprawie o sygn. akt K 3/15, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „*[u]morzenie postępowania ze względu na utratę*

mocy obowiązującej aktu normatywnego stanowi trwały element kontroli konstytucyjności prawa w Polsce. (...)

Rozwiązanie to odpowiada ogólnym funkcjom Trybunału i założeniom dotyczącym jego kognicji jako organu powołanego do badania hierarchicznej zgodności aktów normatywnych. Wyznacza też zasadę, wedle której kontroli zgodności z Konstytucją podlegają akty zachowujące moc obowiązującą i wyznaczające określonym podmiotom (adresatom tych norm) odpowiednie reguły postępowania w oznaczonych okolicznościach (...). W aspekcie funkcjonalnym <instytucja «umarzania postępowania» odwołuje się do reguł ekonomii działania, [które] można przełożyć na ogólne zalecenie (...), aby za pomocą odpowiedniej organizacji pracy (...) organ uwalniał się od merytorycznego rozpatrywania spraw, których kontynuowanie - z uwagi na okoliczności faktyczne lub prawne - a priori i tak nie doprowadzi do zrealizowania celu postępowania> (P. Radzewicz, Umarzanie postępowania przez Trybunał Konstytucyjny ze względu na utratę mocy obowiązującej przepisu przed wydaniem orzeczenia, <Przegląd Sejmowy> nr 2/2006, s. 9 i n. [...]). [...]

*Analiza orzecznictwa Trybunału pozwala wysnuć wniosek, że **ocena - prowadzącej do umorzenia postępowania - utraty mocy obowiązującej aktu normatywnego dokonuje się nie na podstawie formalnego stwierdzenia wyeliminowania kontrolowanego przepisu z systemu prawa, lecz z perspektywy możliwości wywołania przezeń skutków prawnych** (podkr. wł.). Innymi słowy, <wykładnia zwrotu «akt normatywny utracił moc obowiązującą» (...) powinna zmierzać do oceny, czy zaskarżona norma prawna została usunięta z porządku prawnego nie tylko w sensie formalnoprawnym, lecz także w tym zakresie, czy uchylony przepis nadal wywiera określone skutki dla obywateli i czy może być nadal zastosowany w praktyce> (postanowienie z 13 października 1998 r., sygn. SK 3/98; zob. także postanowienia TK z: 18 listopada 1998 r., sygn. SK 1/98, OTK ZU nr 7/1998, poz. 120; 30 grudnia 1999 r., sygn. SK 16/99, OTK ZU nr 7/1999,*

poz. 173). Trwałości tej linii orzeczniczej nie podważyło ani uchwalenie Konstytucji, ani ustaw o TK.

Przenosząc powyższe spostrzeżenia na grunt rozpoznawanej sprawy, Trybunał uznał za spełnioną ujemną przesłankę procesową wskazaną w art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK z 1997 r. (obecnie przesłanka ta jest określona w art. 59 ust. 1 pkt 4 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym - przyp. wł.). Zaskarżony art. 18 ust. 1 pkt 3 prawa energetycznego (przepis ten stanowił przedmiot zaskarżenia w skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego wniosku Rady Miejskiej w C. - przyp. wł.), wskutek nowelizacji z 2015 r. (chodzi o ustawę z dnia 27 maja 2015 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne, Dz. U. z 2015 r., poz. 942 - przyp. wł.), utracił moc obowiązującą. Mówiąc precyzyjniej, norma prawna, której zgodność z Konstytucją zakwestionowano, została definitywnie usunięta z porządku prawnego i zastąpiona normą o nowej treści (nowym brzmieniu). Przepis w poprzednio obowiązującej wersji nie może być - jako wyłączony z porządku prawnego - przedmiotem oceny Trybunału Konstytucyjnego (...). Oceniając ewentualną możliwość zastosowania zakwestionowanej regulacji do sytuacji z przeszłości, teraźniejszości lub przyszłości, Trybunał przyjął, że nowelizacja z 2015 r. nie przewidywała miarodajnej normy intertemporalnej, która pozwalałaby twierdzić, iż art. 18 ust. 1 pkt 3 prawa energetycznego w poprzednim brzmieniu, zachował moc obowiązującą (podkr. wł.). Nowa regulacja weszła w życie po 30 dniach od ogłoszenia, tj. 3 sierpnia 2015 r., i od tego dnia jest stosowana jako jedyna, z wyłączeniem art. 18 ust. 1 pkt 3 prawa energetycznego w jego dotychczasowym kształcie, stanowiącym przedmiot wniosku” (OTK ZU seria A z 2016 r., poz. 7).

Podobnie jak w rozpoznawanej przez Trybunał Konstytucyjny sprawie zainicjowanej wnioskiem Rady Miejskiej w C. (sygn. akt K 3/15), w sprawie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich brak jest miarodajnej normy intertemporalnej, która pozwalałaby twierdzić, iż przepis art. 11f ustawy o

kontroli skarbowej, w poprzednim brzmieniu, zachował moc obowiązującą. W tej sytuacji należy przyjąć, że nowa regulacja weszła w życie z dniem 1 marca 2017 r. i od tego dnia jest stosowana jako jedyna, z wyłączeniem art. 11f ustawy o kontroli skarbowej, stanowiącego przedmiot wniosku.

Tak więc, wskutek wejścia w życie ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej i równoczesnej utraty mocy obowiązującej ustawy o kontroli skarbowej, przepis art. 11f tego drugiego aktu normatywnego utracił moc obowiązującą (norma prawna, której zgodność z Konstytucją zakwestionowano, została definitywnie usunięta z porządku prawnego i zastąpiona normą o nowej treści [nowym brzmieniu]).

W związku z powyższym postępowanie w przedmiocie kontroli zgodności z Konstytucją oraz Konwencją art. 11f ustawy o kontroli skarbowej, jako przepisu wskazanego w **pkt 1 lit. d *petitum* wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich**, na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz. U., poz. 2072) [dalej: ustawa o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym] w związku z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz. U., poz. 2074) [dalej: ustawa - Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego] podlega umorzeniu - wobec utraty przez zakwestionowany przepis mocy obowiązującej przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał.

Z uzasadnienia wniosku wynika, że problem braku możliwości złożenia środka zaskarżenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej przez podmiot, wobec którego użyto takich

środków lub broni palnej, ujawnił się na tle spraw badanych w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich.

Rzecznik przypomniał, iż „[w] dniu 5 czerwca 2013 r. weszła w życie ustawa z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. z 2013 r. poz. 628 ze zm.; dalej: ustawa o śpb). Ustawa ta w sposób kompleksowy reguluje problematykę związaną z użyciem i wykorzystaniem środków przymusu bezpośredniego, w szczególności: ujednolica katalog (zamknięty) środków przymusu bezpośredniego, wskazuje uprawnione podmioty do użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego, określa przypadki oraz zasady ich użycia lub wykorzystania, zawiera przepisy regulujące postępowanie zarówno przed, jak również po ich użyciu lub wykorzystaniu (w tym sposób dokumentowania użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego i broni palnej)”, zaś uchwalenie tej ustawy „jest konsekwencją orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w zakresie możliwości stanowienia przepisów ingerujących w prawa i wolności jednostki. Zgodnie z poglądem Trybunału wyrażonym w wyroku z dnia 17 maja 2012 r. (sygn. K 10/11, publ. OTK. ZU 51/5/A/2012), użycie środków przymusu bezpośredniego wobec osób fizycznych podlega szczególnym rygorom wynikającym z zasady proporcjonalności uregulowanej w art. 31 ust. 3, jak również z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP” (uzasadnienie wniosku, s. 3-4).

Rzecznik Praw Obywatelskich zwrócił uwagę, iż „[r]ównocześnie ustawodawca przesądził, że na sposób użycia środków przymusu bezpośredniego przez funkcjonariuszy straży ochrony kolei (art. 60 ust. 6 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym - Dz. U. z 2015 r. poz. 1297 ze zm.) [dalej: ustawa o transporcie kolejowym - przyp. wł.]), strażników gminnych (art. 20 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych - Dz. U. z 2013 r. poz. 1383 ze zm.) [dalej: ustawa o strażach gminnych - przyp. wł.], strażników leśnych (art. 47 ust. 3b ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach - Dz. U. z 2015 r. poz. 2100) [dalej: ustawa o lasach - przyp. wł.], żołnierzy wojskowych organów

porządkowych (art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych - Dz. U. z 2013 r. poz. 568 ze zm.) [dalej: ustawa o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych - przyp. wł.] przysługuje zażalenie do prokuratora.

Natomiast przyznając innym (wymienionym w *petitum* wniosku - przyp. wł.) służbom uprawnienia do korzystania ze środków przymusu bezpośredniego lub użycia broni palnej, ustawodawca nie wprowadził jednocześnie regulacji umożliwiających złożenie środka zaskarżenia na użycie i wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego” (uzasadnienie wniosku, s. 5).

Rzecznik podkreślił, że „[s]tosowanie środków przymusu bezpośredniego, jak również broni palnej stanowi istotną ingerencję władzy publicznej w konstytucyjnie zagwarantowane prawa i wolności, w szczególności wolność osobistą, jak również nietykalność osobistą”, oraz przypomniał, iż „[p]odobny pogląd został wyrażony przez Trybunał Konstytucyjny, który stwierdził, że <przymus bezpośredni wobec człowieka jest zawsze wkroczeniem organu władzy publicznej w sferę konstytucyjnie chronionych wolności i nietykalności osobistej> (wyrok TK z dnia 5 marca 2013 r., sygn. U 2/11, OTK Z.U. 24/3/A/2013)” [uzasadnienie wniosku, s. 9].

W dalszej części uzasadnienia wniosku Rzecznik Praw Obywatelskich podniósł, że „[i]ngerencja funkcjonariuszy publicznych poprzez zastosowanie środków przymusu bezpośredniego w sferę wolności osobistej i nietykalności osobistej jednostki może przybrać - jak wskazuje praktyka - niedopuszczalną formę tortury, okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania”, po czym szeroko omówił treść - zakazujących stosowania tortur - art. 40 Konstytucji oraz art. 3 Konwencji, jak również treść definicji „tortur” przyjmowanej na gruncie Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania (Dz. U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378), wypracowanej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (*vide* - uzasadnienie wniosku, s. 9-13).

W następnej kolejności Wnioskodawca, posiłkując się treścią orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego oraz judykataми Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, przeanalizował zaskarżone regulacje z punktu widzenia wymogów art. 78 Konstytucji i doszedł do wniosku, że wzbudzają one wątpliwości w zakresie ich zgodności z tym wzorcem konstytucyjnej kontroli, po czym zwrócił uwagę, iż „[u]stawodawca wykazuje się (...) niekonsekwencją, albowiem na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, w sposób wybiórczy tzn. tylko w kilku ustawach pragmatycznych ustanawia przepisy, będące podstawami do złożenia zażalenia przez osoby, wobec których zastosowano środki przymusu bezpośredniego lub broń palną. Jak już wskazano są to przepisy art. 60 ust. 6 ustawy o transporcie kolejowym, art. 52 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 20 ustawy o strażach gminnych, art. 47 ust. 3b ustawy o lasach. Taki stan prawny wzbudza zastrzeżenia, albowiem przykładowo, na zastosowany środek przymusu bezpośredniego przez funkcjonariusza straży miejskiej zażalenie przysługuje, natomiast przez funkcjonariusza Centralnego Biura Antykorupcyjnego już nie” (uzasadnienie wniosku, s. 13-17).

Rzecznik wyraził przekonanie, iż „w przypadku tak głębokiej ingerencji w prawa i wolności obywatelskie, jednostka powinna mieć zagwarantowane skuteczne środki kontroli zasadności i legalności stosowanych wobec niej środków przymusu bezpośredniego i broni palnej”, i podkreślił, że „w relacji łączącej obywatela i służby (czy podmioty uprawnione do użycia środków przymusu bezpośredniego i broni palnej), to obywatel jest na nieporównywalnie słabszej pozycji. Mając na uwadze zaprezentowane wyżej uwagi, skonkludować należy, że ustawodawca w istocie rzeczy pozostawił jednostkę bez możliwości korzystania ze skutecznych narzędzi, mogących zagwarantować jej ochronę konstytucyjnych praw i wolności. Tym bardziej że, jak to zostało wyżej podkreślone, ustawodawca w sposób wybiórczy przewidział możliwość złożenia zażalenia na zastosowanie środków przymusu bezpośredniego przez wyłącznie

niektóre służby. Taki stan prawny jest niezrozumiały i nieuzasadniony, albowiem zdaniem Rzecznika nie istnieją usprawiedliwione przesłanki, którymi mógł kierować się ustawodawca, różnicując jednostki w zakresie możliwości korzystania z konstytucyjnie chronionych uprawnień. Różnicowanie takie, zdaniem Rzecznika, nie może być uzasadnione ze względu na rodzaj służby, która stosuje środki przymusu bezpośredniego” (uzasadnienie wniosku, s. 17).

Następnie Wnioskodawca wyjaśnił, iż „[z] art. 78 zdanie drugie Konstytucji RP wynika, że ustawa może określać wyjątki od zasady zaskarżalności decyzji, wyjątki te nie mogą jednak - w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich - dotyczyć wolności i praw chronionych na poziomie Konstytucji, nie mogą więc dotyczyć wolności i praw, o których mowa w art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji RP. Dlatego też zakwestionowane przepisy są niezgodne z art. 78 w zw. z art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji RP”, po czym wskazał, iż „[n]aruszające również art. 13 w zw. z art. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. W myśl art. 13 Konwencji każdy, czyje prawa i wolności zawarte w Konwencji zostały naruszone (a więc także prawa i wolności zawarte w art. 3), ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe. Celem art. 13 Konwencji jest ustanowienie na szczeblu krajowym gwarancji efektywnej ochrony praw i wolności chronionych Konwencją. Skuteczny środek odwoławczy jest kierowany bowiem do właściwego organu państwowego. Z perspektywy art. 13 Konwencji oznacza to przede wszystkim, że taki skuteczny środek odwoławczy musi istnieć na poziomie prawa krajowego. Sytuacja, w której państwo nie ustanowiło jakiegokolwiek procedury, w której zainteresowany mógłby zakwestionować zastosowany wobec niego środek, prowadzi wprost do naruszenia art. 13 Konwencji”, zaś w końcowym fragmencie uzasadnienia stanowiska zwrócił uwagę, że „na tle art. 13 Konwencji (<Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności>, t. I, komentarz do art. 1-18 pod red. L. Garlickiego,

s. 727), że <(…) w orzecznictwie przyjmuje się, że krajowy środek odwoławczy spełnia wymaganie skuteczności, o ile odpowiada przesłankom:

- adekwatności: środek ten musi umożliwiać rozpatrzenie przez właściwy organ krajowy «istoty» skargi, tzn. zbadanie i rozstrzygnięcie tych wszystkich elementów, które - w rozumieniu Konwencji - składają się na prawo czy wolność powołane w skardze;
- efektywności: środek ten musi umożliwiać zapewnienie odpowiedniego naprawienia naruszenia (zadośćuczynienia za naruszenie) [*grant appropriate relief*] osobie, której prawa czy wolności zostały dotknięte.>

Powyższych warunków nie spełniają przepisy zakwestionowanych ustaw. Nie przewidują one bowiem na poziomie prawa krajowego procedury umożliwiającej zakwestionowanie stosowanych wobec jednostki zróżnicowanych środków przymusu bezpośredniego jak również zasad i okoliczności stosowania tych środków. Uzasadnia to w ocenie Rzecznika Praw Obywatelskich zarzut, że zaskarżone przepisy są również niezgodne z art. 13 w zw. z art. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności” (uzasadnienie wniosku, s. 17-19).

Rzecznik Praw Obywatelskich podzielił zaskarżone przepisy na dwie grupy i wymienił je, odpowiednio, w pkt 1 i 2 *petitum* wniosku.

W pierwszej grupie znalazły się następujące przepisy:

- art. 23a ust. 1-3 ustawy o rybactwie śródlądowym (**pkt 1 lit. a *petitum* wniosku RPO**), który brzmi następująco:

„Art. 23a. 1. W przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-3 i 8-14 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628, z późn. zm.), strażnik Państwowej Straży Rybackiej może użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1, pkt 2 lit. a, pkt 7, 9, pkt 12 lit. a i pkt 13 tej ustawy, lub wykorzystać te środki.

2. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a i pkt 2 oraz w art. 47 pkt 1, 3, 5 i 6 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, strażnik Państwowej Straży Rybackiej może użyć broni palnej lub ją wykorzystać.

3. Użycie i wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego i broni palnej oraz dokumentowanie tego użycia i wykorzystania odbywa się na zasadach określonych w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej.”;

- art. 16 i art. 16a ustawy o Policji (**pkt 1 lit. b *petitum* wniosku RPO**), które mają następującą treść:

„Art. 16. 1. W przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-6 i 8-14 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628 i 1165, z 2014 r. poz. 24 i 1199 oraz z 2016 r. poz. 904), policjanci mogą użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1-13 i 17-20 tej ustawy, lub wykorzystać te środki.

2. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a-c i e, pkt 2, 3 i pkt 4 lit. a i b oraz w art. 47 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, policjanci mogą użyć broni palnej lub ją wykorzystać.

3. Użycie i wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego i broni palnej oraz dokumentowanie tego użycia i wykorzystania odbywa się na zasadach określonych w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej.

Art. 16a. Wobec nieletniego doprowadzonego do policyjnej izby dziecka, w przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-3, 8 i 10-14 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, policjanci mogą użyć środka przymusu bezpośredniego, o którym mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1, pkt 2 lit. a i b, pkt 3, 4, 6, 7, pkt 12 lit. a i pkt 13 tej ustawy.”;

- art. 23 ustawy o Straży Granicznej (**pkt 1 lit c *petitum* wniosku RPO**) o treści:

„Art. 23. 1. W przypadkach, o których mowa w art. 11 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628 i 1165, z 2014 r. poz. 24 i 1199 oraz z 2016 r. poz. 904), funkcjonariusze mogą użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1-7, pkt 9-11, pkt 12 lit. a, c i d, pkt 13 i 16-20 tej ustawy, lub wykorzystać te środki.
2. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1-3 i pkt 4 lit. a i b oraz w art. 47 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusze mogą użyć broni palnej lub ją wykorzystać.
3. Użycie i wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego i broni palnej oraz dokumentowanie tego użycia i wykorzystania odbywa się na zasadach określonych w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej.”;

- art. 39 ust. 3-5 ustawy - Prawo łowieckie (**pkt 1 lit. e *petitum* wniosku RPO**), który brzmi:

„3. W przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-3, 8 i 10-14 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628, z późn. zm.), strażnik Państwowej Straży Łowieckiej może użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1, pkt 2 lit. a, pkt 7, 9, pkt 12 lit. a i pkt 13 tej ustawy, lub wykorzystać te środki.
4. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a i pkt 2 oraz w art. 47 pkt 1, 3, 5 i 6 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, strażnik Państwowej Straży Łowieckiej może użyć broni palnej lub ją wykorzystać.
5. Użycie i wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego i broni palnej oraz dokumentowanie tego użycia i wykorzystania odbywa się na zasadach określonych w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej.”;

- art. 36 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy o ochronie osób i mienia (**pkt 1 lit. f *petitum* wniosku RPO**), który ma następującą treść:

„Art. 36. 1. Pracownik ochrony przy wykonywaniu zadań ochrony osób i mienia ma prawo do:

(...)

4) użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. a, b i d, pkt 2 lit. a, pkt 7, 9, pkt 12 lit. a i pkt 13 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628 i 1165, z 2014 r. poz. 24 i 1199 oraz z 2016 r. poz. 904):

a) w granicach chronionych obiektów i obszarów - w przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 2, 5, 8, 10 i 13 tej ustawy,

b) poza granicami obiektów i obszarów chronionych - w przypadku, o którym mowa w art. 11 pkt 9 tej ustawy;

5) użycia lub wykorzystania broni palnej:

a) w granicach chronionych obiektów i obszarów - w przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a-c i pkt 2 oraz art. 47 pkt 3, 6 i 7 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, z wyłączeniem przypadków przeciwdziałania czynnościom zmierzającym bezpośrednio do zamachów, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a-c tej ustawy,

b) poza granicami obiektów i obszarów chronionych - w przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. e oraz art. 47 pkt 3 i 6 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej.”;

- art. 14, art. 128 ust. 1 pkt 2 i art. 128 ust. 2 ustawy o BOR (**pkt 1 lit. g *petitum* wniosku RPO**), które brzmią:

„Art. 14. 1. W przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-6 i 9-13 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628, z późn. zm.), funkcjonariusz może użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1, pkt 2 lit. a, pkt 5, 7, 9, 11, pkt 12 lit. a, c i d, pkt 13, 17 i 18 tej ustawy, lub wykorzystać te środki.

2. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a-c i e, pkt 2 i pkt 3 lit. a oraz w art. 47 pkt 1, pkt 2 lit. a, pkt 3 i 5-7 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusz może użyć broni palnej lub ją wykorzystać.

3. Użycie i wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego i broni palnej oraz dokumentowanie tego użycia i wykorzystania odbywa się na zasadach określonych w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej.”,

„Art. 128. 1. Przy wykonywaniu zadań w zakresie ochrony, o której mowa w art. 127, strażnikom Straży Marszałkowskiej:

(...)

2) przysługuje prawo użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1, pkt 2 lit. a, pkt 3-5, 7, pkt 12 lit. a i pkt 13 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, w przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-6 i 8-14 tej ustawy.

2. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a-c i e, pkt 2, pkt 3 lit. a i pkt 4 lit. a oraz w art. 47 pkt 1, pkt 2 lit. a, pkt 3 i 5-7 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, strażnicy Straży Marszałkowskiej mogą użyć broni palnej lub ją wykorzystać.”;

- art. 57 ustawy o transporcie drogowym (**pkt 1 lit. h *petitum* wniosku RPO**), który ma następującą treść:

„Art. 57. 1. W przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-4, 8, 10 i 12-14 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628 i 1165, z 2014 r. poz. 24 i 1199 oraz z 2016 r. poz. 904), inspektor może użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1, pkt 2 lit. a, pkt 7, pkt 12 lit. a i pkt 13 tej ustawy, lub wykorzystać te środki.

2. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a i pkt 2 oraz w art. 47 pkt 1, pkt 2 lit. a, pkt 3, 5 i 6 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, inspektor może użyć broni palnej lub ją wykorzystać.

3. Użycie i wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego i broni palnej oraz dokumentowanie tego użycia i wykorzystania odbywa się na zasadach określonych w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej.”;

- art. 25 i art. 26 ustawy o ABW oraz AW (**pkt 1 lit. i *petitum* wniosku RPO**) o treści:

„Art. 25. 1. W przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-6 i 8-14 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusz ABW może użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1, 2, 5, 7, 9, 11, pkt 12 lit. a i d, pkt 13 i 17-20 tej ustawy, lub wykorzystać te środki.

2. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a-c i e, pkt 2, 3 i pkt 4 lit. a, b i lit. c tiret pierwsze oraz w art. 47 pkt 1, pkt 2 lit. a i pkt 3-7 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusz ABW może użyć broni palnej lub ją wykorzystać.

Art. 26. 1. W przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-3, 5, 6, 8-10, 12 i 13 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusz AW może użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1, pkt 2 lit. a i b, pkt 7, 9, pkt 12 lit. a, pkt 13 i 18 tej ustawy, lub wykorzystać te środki.

2. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a-c i e, pkt 2 i pkt 3 lit. a oraz w art. 47 pkt 1, 6 i 7 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusz AW może użyć broni palnej lub ją wykorzystać.”;

- art. 109 i art. 110 ust. 7 ustawy o ochronie przyrody (**pkt 1 lit. j *petitum* wniosku RPO**), które brzmią:

„Art. 109. W przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-3, 8 i 10-14 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628 i 1165, z 2014 r. poz. 24 i 1199 oraz z 2016 r. poz. 904 i 1948), funkcjonariusz Straży Parku może użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1, pkt 2 lit. a, pkt 7, 9, pkt 12 lit. a i pkt 13 tej ustawy, lub wykorzystać te środki.

Art. 110. 1. Funkcjonariusz Straży Parku może być wyposażony w broń bojową oraz broń myśliwską, a pracownik Służby Parku w broń myśliwską.

(...)

7. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a i pkt 2 oraz w art. 47 pkt 1, 3, 5 i 6 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusz Straży Parku może użyć broni palnej lub ją wykorzystać.”;

- art. 15 ustawy o CBA (**pkt 1 lit. k *petitum* wniosku RPO**) o treści:

„Art. 15. 1. W przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-6 i 8-14 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusz CBA może użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1-5, 7, 11, pkt 12 lit. a i d, pkt 13, 18 i 20 tej ustawy, oraz środków przeznaczonych do pokonywania zamknięć budowlanych i innych przeszkód, z wyłączeniem materiałów wybuchowych, lub wykorzystać te środki.

2. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a-c i e, pkt 2, 3 i 4 lit. a, b i lit. c tiret drugie oraz w art. 47 pkt 1, pkt 2 lit. a, pkt 3 i 5-7 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusz CBA może użyć broni palnej lub ją wykorzystać.

3. Użycie i wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego i broni palnej oraz dokumentowanie tego użycia i wykorzystania odbywa się na zasadach

określonych w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej.”;

- art. 30 i art. 30a ustawy o SKW oraz SWW (**pkt 1 lit. I *petitum* wniosku RPO**), które mają następującą treść:

„Art. 30. 1. W przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-3, 6, 8, 9, 12 i 13 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusz SKW może użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1, 2, 7, 9, 11, pkt 12 lit. a i d, pkt 13 i 18 tej ustawy, lub wykorzystać te środki.

2. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a-c i e, pkt 2 i pkt 4 lit. c tiret trzecie oraz w art. 47 pkt 1, pkt 2 lit. a, pkt 3 i 5-7 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusz SKW może użyć broni palnej lub ją wykorzystać.

Art. 30a. 1. W przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-3, 5, 6, 8-10, 12 i 13 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusz SWW może użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1, pkt 2 lit. a i b, pkt 7, 9, pkt 12 lit. a, pkt 13 i 18 tej ustawy, lub wykorzystać te środki.

2. W przypadkach, o których mowa w art. 45 pkt 1 lit. a-c i e, pkt 2 i pkt 3 lit. a oraz w art. 47 pkt 1, 6 i 7 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, funkcjonariusz SWW może użyć broni palnej lub ją wykorzystać.”.

Wszystkim wskazanym wyżej przepisom (pkt 1 lit. a-c oraz lit. e-I *petitum* wniosku) Rzecznik Praw Obywatelskich zarzucił niekonstytucyjność polegającą na braku uregulowania umożliwiającego złożenie zażalenia na użycie lub wykorzystanie **środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej**.

Z kolei w drugiej grupie znalazły się następujące przepisy:

- art. 20 ust. 2 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych (**pkt 2 lit. a *petitum* wniosku RPO**), który brzmi:

„2. W przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628, z późn. zm.), służby porządkowe mogą użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. a i b, pkt 2 lit. a i pkt 12 lit. a tej ustawy.”;

- art. 95a § 1 i 2 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (**pkt 2 lit. b *petitum* wniosku RPO**) o treści:

„Art. 95a. § 1. W razie bezskuteczności środków oddziaływania psychologiczno-pedagogicznego, w przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-3, 6, 8, 10 i 12-14 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (Dz. U. poz. 628 i 1165, z 2014 r. poz. 24 i 1199 oraz z 2016 r. poz. 904), wobec nieletniego umieszczonego w zakładzie poprawczym, schronisku dla nieletnich lub młodzieżowym ośrodku wychowawczym można użyć środka przymusu bezpośredniego w postaci siły fizycznej.

§ 2. Wobec nieletniego umieszczonego w zakładzie poprawczym lub schronisku dla nieletnich, gdy użycie siły fizycznej jest niewystarczające, w przypadku usiłowania targnięcia się tego nieletniego na życie lub zdrowie własne albo innej osoby, można użyć środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 3, 4 lub 15 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej.”.

Wskazany wyżej przepisom (pkt 2 lit. a i b *petitum* wniosku) Rzecznik Praw Obywatelskich zarzucił niekonstytucyjność polegającą również na braku uregulowania umożliwiającego złożenie zażalenia na użycie lub wykorzystanie **środków przymusu bezpośredniego**.

Zgodnie z cytowanymi wyżej uregulowaniami, do użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej uprawnienia posiadają:

- strażnicy Państwowej Straży Rybackiej,
- funkcjonariusze Policji,

- funkcjonariusze Straży Granicznej,
- strażnicy Państwowej Straży Łowieckiej,
- pracownicy ochrony uprawnieni do użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej na podstawie przepisów ustawy o ochronie osób i mienia (dalej: pracownicy ochrony),

- funkcjonariusze BOR,
- strażnicy Straży Marszałkowskiej,
- inspektorzy Inspekcji Transportu Drogowego,
- funkcjonariusze ABW,
- funkcjonariusze AW,
- funkcjonariusze Straży Parku,
- funkcjonariusze CBA,
- funkcjonariusze i żołnierze SKW,
- funkcjonariusze i żołnierze SWW.

Natomiast do użycia lub wykorzystania wyłącznie środków przymusu bezpośredniego są uprawnieni:

- członkowie służby porządkowej, o których mowa w ustawie o bezpieczeństwie imprez masowych,
- pracownicy zakładów poprawczych, schronisk dla nieletnich lub młodzieżowych ośrodków wychowawczych.

Poszczególne podmioty uprawnione do użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego (dalej: uprawnieni) mogą używać lub wykorzystywać ściśle określone (przypisane im) środki przymusu, wymienione w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (tekst jednolity - Dz. U. z 2017 r., poz. 1120) [dalej: ustawa z dnia 24 maja 2013 r.], i to w ściśle określonych („dedykowanych” tym uprawnionym) sytuacjach (warunkach) [to ostatnie zastrzeżenie dotyczy również użycia lub wykorzystania przez uprawnionych broni palnej].

Przepisy art. 11 i art. 12 ustawy z dnia 24 maja 2013 r., do których wprost odwołują się zaskarżone przez Wnioskodawcę regulacje, mają następującą treść:

„Art. 11. Środków przymusu bezpośredniego można użyć lub wykorzystać je w przypadku konieczności podjęcia co najmniej jednego z następujących działań:

- 1) wyegzekwowania wymaganego prawem zachowania zgodnie z wydanym przez uprawnionego poleceniem;
- 2) odparcia bezpośredniego, bezprawnego zamachu na życie, zdrowie lub wolność uprawnionego lub innej osoby;
- 3) przeciwdziałania czynnościom zmierzającym bezpośrednio do zamachu na życie, zdrowie lub wolność uprawnionego lub innej osoby;
- 4) przeciwdziałania naruszeniu porządku lub bezpieczeństwa publicznego;
- 5) przeciwdziałania bezpośredniemu zamachowi na ochraniane przez uprawnionego obszary, obiekty lub urządzenia;
- 6) ochrony porządku lub bezpieczeństwa na obszarach lub w obiektach chronionych przez uprawnionego;
- 7) przeciwdziałania zamachowi na nienaruszalność granicy państwowej w rozumieniu art. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej;
- 8) przeciwdziałania niszczeniu mienia;
- 9) zapewnienia bezpieczeństwa konwoju lub doprowadzenia;
- 10) ujęcia osoby, udaremnienia jej ucieczki lub pościgu za tą osobą;
- 11) zatrzymania osoby, udaremnienia jej ucieczki lub pościgu za tą osobą;
- 12) pokonania biernego oporu;
- 13) pokonania czynnego oporu;
- 14) przeciwdziałania czynnościom zmierzającym do autoagresji.

Art. 12. 1. Środkami przymusu bezpośredniego są:

- 1) siła fizyczna w postaci technik:
 - a) transportowych,

- b) obrony,
 - c) ataku,
 - d) obezwładnienia;
- 2) kajdanki:
- a) zakładane na ręce,
 - b) zakładane na nogi,
 - c) zespolone;
- 3) kaftan bezpieczeństwa;
- 4) pas obezwładniający;
- 5) siatka obezwładniająca;
- 6) kask zabezpieczający;
- 7) pałka służbowa;
- 8) wodne środki obezwładniające;
- 9) pies służbowy;
- 10) koń służbowy;
- 11) pociski niepenetracyjne;
- 12) chemiczne środki obezwładniające w postaci:
- a) ręcznych miotaczy substancji obezwładniających,
 - b) plecakowych miotaczy substancji obezwładniających,
 - c) granatów łzawiących,
 - d) innych urządzeń przeznaczonych do miotania środków obezwładniających;
- 13) przedmioty przeznaczone do obezwładniania osób za pomocą energii elektrycznej;
- 14) cela zabezpieczająca;
- 15) izba izolacyjna;
- 16) pokój izolacyjny;
- 17) kolczatka drogowa i inne środki służące do zatrzymywania oraz unieruchamiania pojazdów mechanicznych;

- 18) pojazdy służbowe;
 - 19) środki przeznaczone do pokonywania zamknięć budowlanych i innych przeszkód, w tym materiały wybuchowe;
 - 20) środki pirotechniczne o właściwościach ogłuszających lub olśniewających.
2. Środki przymusu bezpośredniego, o których mowa w ust. 1 pkt 1 lit. b-d, pkt 5, 7, 8 i 11-13, można wykorzystać także wobec zwierzęcia, którego zachowanie zagraża bezpośrednio życiu lub zdrowiu uprawnionego lub innej osoby.”.

Powołane wyżej regulacje dopełniają przepisy art. 13-44 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. określające, między innymi, do jakich czynności (w jakim celu) oraz w jakich warunkach i w jaki sposób można używać konkretnych środków przymusu bezpośredniego, podmioty uprawnione do podejmowania decyzji o użyciu lub wykorzystaniu tych środków oraz procedurę postępowania w przypadku, gdy w wyniku użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego nastąpiły określone skutki.

Przykładowo, przepisy art. 14 i 15 ustawy z dnia 24 maja 2013 r., określające warunki oraz sposób użycia środków przymusu bezpośredniego w postaci, odpowiednio, siły fizycznej oraz kajdanek, brzmią następująco:

„Art. 14. 1. Siły fizycznej można użyć lub wykorzystać ją w przypadkach, o których mowa w art. 11.

2. Używając siły fizycznej lub wykorzystując siłę fizyczną, nie zadaje się uderzeń, chyba że uprawniony działa w celu odparcia zamachu na życie lub zdrowie własne lub innych osób albo na mienie lub przeciwdziała ucieczce.

Art. 15. 1. Kajdanek można użyć w przypadkach, o których mowa w art. 11 pkt 1-11, 13 i 14.

2. Kajdanek można użyć także na polecenie sądu lub prokuratora.

3. Kajdanek używa się w celu częściowego unieruchomienia kończyn.

4. Kajdanki zakłada się na ręce trzymane z tyłu.

5. Kajdanek zespolonych lub kajdanek zakładanych na nogi można użyć wyłącznie wobec osób:

- 1) agresywnych;
 - 2) zatrzymanych w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa z użyciem broni palnej, materiałów wybuchowych lub innego niebezpiecznego narzędzia lub przestępstwa, o którym mowa w art. 115 § 20, art. 148 lub art. 258 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.);
 - 3) pozbawionych wolności.
6. W przypadku prewencyjnego użycia kajdanek lub gdy w ocenie uprawnionego prawdopodobieństwo podjęcia próby ucieczki, stawiania czynnego oporu lub wystąpienia zachowania mogącego zagrażać życiu, zdrowiu lub mieniu jest nieznaczące, kajdanki można założyć na ręce trzymane z przodu.
7. Kajdanek zakładanych na nogi używa się równocześnie z kajdankami zakładanymi na ręce.”.

Dodać do tego trzeba, że, zgodnie z art. 13 ustawy z dnia 24 maja 2013 r., środków przymusu bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. a, pkt 2-4 i 6, można użyć także prewencyjnie **w celu zapobieżenia ucieczce osoby** ujętej, doprowadzanej, zatrzymanej, konwojowanej lub umieszczonej w strzeżonym ośrodku, areszcie w celu wydalenia lub osoby pozbawionej wolności, a także **w celu zapobieżenia objawom agresji lub autoagresji tych osób** (ust. 1) oraz że środków przymusu bezpośredniego **prewencyjnie nie mogą użyć pracownicy ochrony i członkowie służby porządkowej** (ust. 2).

Trzeba do tego również dodać ogólne zasady użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego i broni palnej, określone zwłaszcza w art. 5-9 ustawy z dnia 24 maja 2013 r., które brzmią:

„Art. 5. Uprawniony do użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, zwany dalej <uprawnionym>, może użyć środka przymusu bezpośredniego lub broni palnej lub wykorzystać je do celów określonych w niniejszej ustawie **wyłącznie w zakresie realizacji zadań ustawowych podmiotu, w którym pełni służbę albo w którym jest zatrudniony** (podkr. wł.).

Art. 6. 1. Środków przymusu bezpośredniego używa się lub wykorzystuje się je w sposób niezbędny do osiągnięcia celów tego użycia lub wykorzystania, proporcjonalnie do stopnia zagrożenia, wybierając środek o możliwie jak najmniejszej dolegliwości.

2. Broni palnej używa się lub wykorzystuje się ją wyłącznie, jeżeli użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego:

- 1) okazało się niewystarczające do osiągnięcia celów tego użycia lub wykorzystania lub
- 2) nie jest możliwe ze względu na okoliczności zdarzenia.

Art. 7. 1. Środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej używa się lub wykorzystuje się je w sposób wyrządzający możliwie najmniejszą szkodę.

2. Od użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej należy odstąpić, gdy cel ich użycia lub wykorzystania został osiągnięty.

3. Środków przymusu bezpośredniego używa się lub wykorzystuje się je z zachowaniem szczególnej ostrożności, uwzględniając ich właściwości, które mogą stanowić zagrożenie życia lub zdrowia uprawnionego lub innej osoby.

4. Podejmując decyzję o użyciu lub wykorzystaniu broni palnej, należy postępować ze szczególną rozważą i traktować jej użycie jako środek ostateczny.

Art. 8. W przypadku gdy uzasadniają to okoliczności zdarzenia, uprawniony może użyć jednocześnie więcej niż jednego środka przymusu bezpośredniego lub wykorzystać jednocześnie więcej niż jeden taki środek, na zasadach określonych w niniejszej ustawie.

Art. 9. 1. Wobec kobiet o widocznej ciąży, osób, których wygląd wskazuje na wiek do 13 lat, oraz osób o widocznej niepełnosprawności uprawniony może użyć **wyłącznie siły fizycznej w postaci technik obezwładnienia** (podkr. wł.).

2. W przypadku, gdy zachodzi konieczność odparcia bezpośredniego, bezprawnego zamachu na życie lub zdrowie uprawnionego lub innej osoby, a użycie siły fizycznej wobec osoby, o której mowa w ust. 1, jest niewystarczające

lub niemożliwe, uprawniony może użyć innych środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej.

3. Użycie środka przymusu bezpośredniego w przypadku, o którym mowa w ust. 2, następuje z uwzględnieniem jego właściwości oraz stanu osoby, wobec której ma być użyty.”.

Z kolei ogólne zasady użycia lub wykorzystania przez uprawnionych broni palnej określają przepisy art. 45-47 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. (przepisy zaskarżone przez Wnioskodawcę zawierają odwołanie do art. 45 i art. 47 tej ustawy), zaś dopełniają je przepisy art. 48-50 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. (w tym stosowane wprost do postępowania po użyciu lub wykorzystaniu broni palnej przepisy art. 6 ust. 1-4, art. 37 ust. 1 i 2 pkt 2, art. 38 oraz art. 39 tej ustawy, *vide* - art. 49 ustawy z dnia 24 maja 2013 r.).

Przepisy art. 45-47 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. mają następującą treść:

„Art. 45. Broni palnej można użyć, gdy zaistnieje co najmniej jeden z następujących przypadków:

- 1) konieczność odparcia bezpośredniego, bezprawnego zamachu na:
 - a) życie, zdrowie lub wolność uprawnionego lub innej osoby albo konieczność przeciwdziałania czynnościom zmierzającym bezpośrednio do takiego zamachu,
 - b) ważne obiekty, urządzenia lub obszary albo konieczność przeciwdziałania czynnościom zmierzającym bezpośrednio do takiego zamachu,
 - c) mienie, który stwarza jednocześnie bezpośrednie zagrożenie życia, zdrowia lub wolności uprawnionego lub innej osoby, albo konieczność przeciwdziałania czynnościom zmierzającym bezpośrednio do takiego zamachu,
 - d) nienaruszalność granicy państwowej przez osobę, która wymusza przekroczenie granicy państwowej przy użyciu pojazdu, broni palnej lub innego niebezpiecznego przedmiotu,
 - e) bezpieczeństwo konwoju lub doprowadzenia;
- 2) konieczność przeciwstawienia się osobie:

- a) niepodporządkowującej się wezwaniu do natychmiastowego porzucenia broni, materiału wybuchowego lub innego niebezpiecznego przedmiotu, którego użycie może zagrozić życiu, zdrowiu lub wolności uprawnionego lub innej osoby,
- b) która usiłuje bezprawnie odebrać broń palną uprawnionemu lub innej osobie uprawnionej do jej posiadania;
- 3) bezpośredni pościg za osobą, wobec której:
 - a) użycie broni palnej było dopuszczalne w przypadkach określonych w pkt 1 lit. a-d i pkt 2,
 - b) istnieje uzasadnione podejrzenie, że popełniła przestępstwo, o którym mowa w art. 115 § 20, art. 148, art. 156 § 1, art. 163-165, art. 197, art. 252 i art. 280-282 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny;
- 4) konieczność:
 - a) ujęcia osoby:
 - wobec której użycie broni palnej było dopuszczalne w przypadkach określonych w pkt 1 lit. a-d i pkt 2,
 - wobec której istnieje uzasadnione podejrzenie, że popełniła przestępstwo, o którym mowa w art. 115 § 20, art. 148, art. 156 § 1, art. 163-165, art. 197, art. 252 i art. 280-282 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny,
 - dokonującej zamachu, o którym mowa w pkt 1 lit. d lub e,
 - jeżeli schroniła się w miejscu trudno dostępnym, a z okoliczności zdarzenia wynika, że może użyć broni palnej lub innego niebezpiecznego przedmiotu,
 - b) ujęcia lub udaremnienia ucieczki osoby zatrzymanej, tymczasowo aresztowanej lub odbywającej karę pozbawienia wolności, jeżeli:
 - ucieczka tej osoby stwarza zagrożenie życia lub zdrowia uprawnionego lub innej osoby,
 - istnieje uzasadnione podejrzenie, że osoba ta może użyć materiałów wybuchowych, broni palnej lub innego niebezpiecznego przedmiotu,
 - pozbawienie wolności nastąpiło w związku z uzasadnionym podejrzeniem lub stwierdzeniem popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 115 § 20, art. 148,

art. 156 § 1, art. 163-165, art. 197, art. 252 i art. 280-282 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny,

c) ujęcia lub udaremnienia ucieczki osoby zatrzymanej, tymczasowo aresztowanej lub odbywającej karę pozbawienia wolności w związku z uzasadnionym podejrzeniem lub stwierdzeniem popełnienia lub przygotowania do popełnienia przestępstwa, o którym mowa w:

- art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154, z późn. zm.),

- art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. z 2012 r. poz. 621, 627 i 664),

- art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 709, z późn. zm.);

5) konieczność udaremnienia ucieczki osoby pozbawionej wolności z aresztu śledczego lub zakładu karnego oraz osoby konwojowanej lub doprowadzanej, a także pościg za tą osobą.

Art. 46. 1. Broń palna nie może być użyta lub wykorzystana przez pododdział zwarty.

2. W sytuacji zagrażającej życiu lub zdrowiu uprawnionego lub innej osoby uprawniony wchodzący w skład pododdziału zwanego może użyć broni palnej lub wykorzystać ją na zasadach określonych w niniejszej ustawie.

Art. 47. Broń palną można wykorzystać w przypadku konieczności podjęcia co najmniej jednego z następujących działań:

1) zatrzymanie pojazdu, jeżeli jego działanie zagraża życiu lub zdrowiu uprawnionego lub innej osoby lub stwarza zagrożenie dla ważnych obiektów, urządzeń lub obszarów;

2) pokonanie przeszkody:

- a) uniemożliwiającej lub utrudniającej ujęcie osoby albo ratowanie życia lub zdrowia uprawnionego, innej osoby lub ratowanie mienia,
- b) w przypadku naruszenia porządku lub bezpieczeństwa publicznego przez osobę pozbawioną wolności, zatrzymaną lub umieszczoną w strzeżonym ośrodku albo areszcie w celu wydalenia;
- 3) zaalarmowanie lub wezwanie pomocy;
- 4) neutralizacja przedmiotów lub urządzeń mogących stwarzać niebezpieczeństwo wybuchu, powodujących jednocześnie bezpośrednie zagrożenie zdrowia lub życia uprawnionego lub innej osoby;
- 5) unieszkodliwienie zwierzęcia, którego zachowanie zagraża bezpośrednio życiu lub zdrowiu uprawnionego lub innej osoby;
- 6) oddanie strzału ostrzegawczego;
- 7) zniszczenia lub unieruchomienia bezzałogowego statku powietrznego, w przypadkach określonych w ustawie z dnia 3 lipca 2002 r. - Prawo lotnicze (Dz. U. z 2016 r., poz. 605, 904 1361 i 1948 oraz z 2017 r. poz. 60).”.

Na wstępie należy rozważyć kluczową - z punktu widzenia treści zarzutu Wnioskodawcy - kwestię dopuszczalności merytorycznego rozpoznania wniosku przez Trybunał Konstytucyjny.

Zdaniem Rzecznika, art. 23a ust. 1-3 ustawy o rybactwie śródlądowym; art. 16 i art. 16a ustawy o Policji; art. 23 ustawy o Straży Granicznej; art. 39 ust. 3-5 ustawy - Prawo łowieckie; art. 36 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy o ochronie osób i mienia; art. 14, art. 128 ust. 1 pkt 2 i art. 128 ust. 2 ustawy o BOR; art. 57 ustawy o transporcie drogowym; art. 25 i art. 26 ustawy o ABW oraz AW; art. 109 i art. 110 ust. 7 ustawy o ochronie przyrody; art. 15 ustawy o CBA; art. 30 i art. 30a ustawy o SKW oraz SWW **powinny przewidywać** możliwość złożenia środka zaskarżenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, zaś art. 20 ust. 2 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych i art. 95a § 1 i 2 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich **powinny przewidywać**

możliwość złożenia środka zaskarżenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego.

Tak więc rzeczywistym zarzutem Rzecznika Praw Obywatelskich pod adresem wszystkich zaskarżonych przepisów **jest ich niedostatek treściowy**, co oznacza, iż niezgodności z Konstytucją i Konwencją Rzecznik upatruje tutaj **nie w wynikającym z wykładni autentycznej (treści ustawowej) rzeczywistym brzmieniu tych przepisów, ale w treści, której te przepisy nie zawierają, a, w ocenie RPO, zawierać powinny.**

Przed podjęciem rozważań merytorycznych konieczne jest zatem rozstrzygnięcie, czy w omawianym przypadku mamy do czynienia z „pominięciem” czy też z, niepodlegającym kognicji Trybunału Konstytucyjnego, „zaniechaniem” prawodawczym.

W postanowieniu z dnia 2 grudnia 2014 r., w sprawie o sygn. akt SK 7/14, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że *„[w] świetle art. 188 Konstytucji, rolę Trybunału Konstytucyjnego jest przede wszystkim badanie istniejących norm prawnych (<tego, co prawodawca unormował>). Ze względu na założenie o zupełności systemu prawa oraz konieczność zapewnienia skuteczności przepisów konstytucyjnych, dopuszczalne jest także kontrolowanie przez Trybunał Konstytucyjny, czy w badanych aktach prawnych nie brakuje pewnych elementów, koniecznych z punktu widzenia Konstytucji (a więc <tego, czego ustawodawca nie unormował>, choć był do tego zobowiązany przez ustawę zasadniczą - por. orzeczenie z 3 grudnia 1996 r., sygn. K 25/95, OTK ZU nr 6/1996, poz. 52).*

Ze względu na niebezpieczeństwa związane z korzystaniem z tej możliwości (ryzyko wkroczenia przez Trybunał Konstytucyjny w uprawnienia władzy ustawodawczej, wbrew jego ustrojowej roli <negatywnego ustawodawcy> - por. w szczególności wyrok z 19 listopada 2001 r., sygn. K 3/00, OTK ZU nr 8/2001, poz. 251 oraz liczne postanowienia wydane na etapie wstępnej kontroli skarg konstytucyjnych, np. postanowienie z 31 lipca 2014 r., sygn. Ts 240/13, niepubl.), podlega ona szczególnym rygorom. Kognicja

Trybunału Konstytucyjnego ogranicza się wyłącznie do tzw. pominięć prawodawczych, które mogą polegać na brakach proceduralnych (np. niezapewnieniu sądowej ochrony praw konstytucyjnych - por. wyrok z 22 października 2013 r., sygn. SK 14/13, OTK ZU nr 7/A/2013, poz. 100) albo - co w praktyce jest bardziej kontrowersyjne - materialnoprawnych (np. zbyt wąskiego i arbitralnego zakreslenia przesłanek realizacji praw konstytucyjnych - por. wyrok z 16 grudnia 2009 r., sygn. K 49/07, OTK ZU nr 11/A/2009, poz. 169). Nie obejmuje ona natomiast luk innego rodzaju - tzw. zaniechań prawodawczych.

Podział nieistniejących regulacji prawnych na zaniechania i pominięcia prawodawcze pojawił się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego jeszcze przed wejściem w życie obecnej Konstytucji (por. wspomniane orzeczenie o sygn. K 25/95 oraz wyrok z 6 maja 1998 r., sygn. K 37/97, OTK ZU nr 3/1998, poz. 33, podtrzymujący tę linię orzecznictwa po uchwaleniu Konstytucji z 1997 r.). Jest on powszechnie stosowany także w najnowszych judykatach (por. np. obszerne podsumowanie dotychczasowego orzecznictwa w wyrokach z: 13 czerwca 2011 r., sygn. SK 41/09, OTK ZU nr 5/A/2011, poz. 40 i 6 listopada 2012 r., sygn. K 21/11, OTK ZU nr 10/A/2012, poz. 119). Nie zmienia to jednak faktu, że zakwalifikowanie określonych sytuacji do jednej z tych dwóch kategorii w praktyce często bywa trudne (co zresztą przyznaje sam Trybunał Konstytucyjny - por. np. postanowienie z 11 grudnia 2002 r., sygn. SK 17/02, OTK ZU nr 7/A/2002, poz. 98), pomimo prób ustalenia jednoznacznych kryteriów pozwalających na ich odróżnienie.

W świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, punktem wyjścia dla oceny, czy rozwiązanie postulowane przez podmiot inicjujący postępowanie stanowi zaniechanie, czy pominięcie ustawodawcze, powinno być zbadanie, czy materie pozostawione poza zakresem danego przepisu i materie w nim unormowane wykazują <jakościową tożsamość> (albo przynajmniej daleko idące podobieństwo, por. wspomniane orzeczenie o sygn. K 25/95, a z najnowszego orzecznictwa np. wyroki z 15 kwietnia 2014 r., sygn. SK

48/13, OTK ZU nr 4/A/2014, poz. 40 i 3 czerwca 2014 r., sygn. K 19/11, OTK ZU nr 6/A/2014, poz. 60). Na tej podstawie można ustalić zakres bezczynności regulacyjnej ustawodawcy i rodzaj luki prawnej poddanej ocenie Trybunału Konstytucyjnego. *Całkowity brak regulacji danej kwestii (jej jakościowa odmiennosc od materii unormowanych w zaskarżonym przepisie) traktowany jest jako zaniechanie ustawodawcze (w doktrynie zwane także zaniechaniem właściwym albo absolutnym), nie podlegające kontroli Trybunału. Jej uregulowanie w sposób niepełny (niewystarczający, niekompletny, przy założeniu jakościowej tożsamości brakujących elementów z elementami ujętymi w zaskarżonym przepisie) stanowi zaś pominięcie prawodawcze (zwane także zaniechaniem względnym albo częściowym)* [podkr. wł.]. Może ono być badane przez Trybunał - jednak tylko wtedy, gdy na poziomie Konstytucji istnieje <norma o treści odpowiadającej normie pominiętej w ustawie kontrolowanej> (postanowienie z 1 marca 2010 r., sygn. SK 29/08, OTK ZU nr 3/A/2010, poz. 29), czyli w danym obszarze obowiązuje konstytucyjny nakaz uregulowania kwestii pominiętych w określony sposób.

Pomocniczym kryterium stosowanym niekiedy do odróżnienia zaniechania od pominięcia ustawodawczego jest przesłanka celowego i świadomego działania prawodawcy (ustawodawcy): jeżeli dane rozwiązanie zostało w zamierzony sposób pozostawione poza zakresem regulacji, należy je kwalifikować jako zaniechanie ustawodawcze (podkr. wł.) [...]. Wystąpienie pominięć prawodawczych jest natomiast bardziej prawdopodobne w wypadku regulacji sprawiających wrażenie przypadkowych (np. pozostawionych z poprzedniej wersji przepisu), absurdalnych albo oczywiście dysfunkcyjnych (por. np. wyrok z 13 listopada 2007 r., sygn. P 42/06, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 123).

Zastosowanie powyższych reguł podlega jeszcze dalszym obostrzeniom.

Ze względu na wyjątkowy charakter badania przez Trybunał Konstytucyjny pominięć prawodawczych, ewentualne wątpliwości co do

zakwalifikowania konkretnych sytuacji należy zawsze rozstrzygać na korzyść zaniechań ustawodawczych (<co do zasady brak regulacji oznacza, że mamy do czynienia z zaniechaniem ustawodawczym> - por. np. postanowienie z 10 października 2012 r., sygn. Ts 38/12, OTK ZU nr 6/B/2012, poz. 535).

Przy ocenie <jakościowej tożsamości> materii pominiętych i unormowanych w zaskarżonym przepisie konieczna jest daleko posunięta ostrożność: <zbyt pochopne «upodobnienie» materii nieunormowanych z tymi, które znalazły swoją wyraźną podstawę w treści badanego przepisu, grozi bowiem każdorazowo postawieniem zarzutu o wykraczanie przez Trybunał Konstytucyjny poza sferę kontroli prawa i uzurpowanie sobie uprawnień o charakterze prawotwórczym> (powołane postanowienie o sygn. SK 17/02).

Skuteczne zakwestionowanie pominięcia prawodawczego wymaga od podmiotu inicjującego postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym także wyjątkowej staranności i zaangażowania (podkr. wł.). Jak stwierdzono we wspomnianym już wyroku o sygn. K 3/00, <postawione zarzuty muszą być precyzyjne i nie mogą polegać na wskazaniu, że przepis nie zawiera konkretnej regulacji, której istnienie zadowalałoby wnioskodawcę> (podkr. wł.). Gdyby istniała możliwość zaskarżenia przepisu pod zarzutem, iż nie zawiera on regulacji, które w przekonaniu wnioskodawcy winny się w nim znaleźć, każdą ustawę lub dowolny jej przepis można byłoby zaskarżyć w oparciu o tego rodzaju przesłankę negatywną. Gdyby ustawodawca uznał za celowe takie ukształtowanie kompetencji Trybunału Konstytucyjnego, zawarłby stosowną normę w Ustawie Zasadniczej (...)>. Dotyczy to w szczególności autorów skarg konstytucyjnych: <Sformułowanie zarzutu pominięcia prawodawczego [w skardze konstytucyjnej] wymaga (...) wykazania związku zachodzącego między treścią przepisu a sposobem naruszenia konstytucyjnych wolności lub praw. (...) Skarżący nie może domagać się jednak wprowadzenia nowego zakresu normowania, byłaby to bowiem skarga konstytucyjna na zaniechanie prawodawcze. Powinien natomiast podnieść, że przepis, którego zakres normowania wykazuje związek ze stawianym

przez niego zarzutem, ma zbyt wąski zakres zastosowania. Innymi słowy, skarżący powinien określić normę prawną, która nie znajduje do niego zastosowania, wskazać jej usytuowanie w odpowiedniej jednostce redakcyjnej tekstu prawnego oraz wykazać, że niezastosowanie normy jest wynikiem zbyt wąskiego zakresu jej zastosowania, to z kolei jest źródłem naruszenia jego konstytucyjnych praw> (postanowienie z 8 września 2009 r., sygn. Ts 95/08, OTK ZU nr 5/B/2009, poz. 398)” [OTK ZU nr 11/A/2014, poz. 123].

W podsumowaniu wywodów, zawartych w uzasadnieniu postanowienia w sprawie o sygn. akt SK 7/14, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że, aby dopuszczalna była merytoryczna ocena konkretnego zarzutu jako pominięcia prawodawczego, należy w tym celu „co najmniej ustalić występowanie:

- jakościowej tożsamości (a przynajmniej - daleko idącego podobieństwa) materii pominiętej w zaskarżonym przepisie i materii w nim uwzględnionej i (równocześnie)
- konstytucyjnego nakazu uregulowania kwestii pominiętych konkretnie w sposób wskazany przez (autora wniosku, pytania prawnego bądź skargi konstytucyjnej - przyp. wł.) [...], a dodatkowo ewentualnie także
- przypadkowości (bezrefleksyjności) decyzji ustawodawcy co do pominięcia w zaskarżonym przepisie materii wskazanej (...) [ta ostatnia okoliczność nie może jednak samoistnie przesądzać o dopuszczalności wydania wyroku]” (ibidem).

W jednym z ostatnich orzeczeń poświęconych charakterowi kontroli konstytucyjności pominięć prawodawczych - w postanowieniu z dnia 1 marca 2017 r., w sprawie o sygn. akt K 13/14, Trybunał Konstytucyjny przypominał, że „specyfika zarzutów dotyczących pominięcia prawodawczego wiąże się z wyjątkowym charakterem orzekania o pominięciach prawodawczych, a także z trudnościami w wyznaczeniu granicy między pominięciem a zaniechaniem prawodawczym. Zgodnie bowiem z art. 188 Konstytucji w kompetencji Trybunału jest orzekanie o wskazanych w nim przepisach prawa stanowionego, natomiast ocenianie konstytucyjności aktów prawnych pod względem zupełności regulacji

*dopuszcza się zarówno w doktrynie, jak i w samym orzecznictwie TK - na zasadzie wyjątku. Trybunał musi podchodzić z ostrożnością do tego rodzaju zarzutów, aby działalnością orzeczniczą nie wkraczać w sferę tworzenia prawa, zastrzeżoną, co do zasady, dla władzy ustawodawczej. Możliwość oceny konstytucyjności pominięć prawodawczych winna zatem podlegać regule *exceptiones non sunt extendendae*. Charakter kontroli konstytucyjności pominięć legislacyjnych Trybunał określał wielokrotnie. Na szczególną uwagę zasługuje w tym kontekście postanowienie z 18 czerwca 2013 r., sygn. SK 1/12, OTK ZU nr 5/A/2013, poz. 70, w którym wskazano, że: <[o]kreślona regulacja może być uznana za zawierającą unormowanie niepełne w sytuacji, gdy z punktu widzenia zasad konstytucyjnych ma zbyt wąski zakres zastosowania albo pomija treści istotne z punktu widzenia przedmiotu i celu tej regulacji. Ocena, czy ustawodawca dopuścił się pominięcia prawodawczego, wymaga więc a casu ad casum zbadania danego unormowania w kontekście wzorców i wartości konstytucyjnych, które ze względu na naturę tej regulacji muszą zostać poszerzone o daną kategorię podmiotów lub zachowań. To znaczy, że z norm konstytucyjnych da się odtworzyć wzorzec instytucji prawnej kształtowanej w akcie normatywnym, lecz instytucja w akcie tym ukształtowana konstytucyjnemu wzorcowi nie odpowiada (...). Niezbędnym warunkiem tej analizy jest ustalenie, że w określonej sytuacji zachodzi jakościowa tożsamość materii unormowanych w danym przepisie i tych pozostawionych poza jego zakresem, gdyż zbyt pochopne «upodobnienie» materii nieuregulowanych z materiałami, które znalazły swój wyraz w treści kwestionowanego przepisu, może spowodować wykroczenie przez Trybunał poza sferę kontroli prawa>” (OTK ZU seria A z 2017 r., poz. 10).*

W uzasadnieniu zarzutu niekonstytucyjności zaskarżonych przepisów przez to, że nie zawierają treści, którą zawierać powinny (powinny przewidywać możliwość złożenia środka zaskarżenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej albo - w zależności od przedmiotu

normowania - tylko na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego), Rzecznik Praw Obywatelskich bardzo pobieżnie odniósł się do, opisanych wyżej, ugruntowanych w orzecznictwie konstytucyjnym kryteriów rozróżnienia pominięcia od zaniechania prawodawczego. Rzecznik poprzestał bowiem na ogólnym wskazaniu, iż Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie wielokrotnie podkreślał, że ma kompetencję do oceny konstytucyjności aktu normatywnego również z tego punktu widzenia, czy w jego przepisach nie brakuje unormowań, bez których, ze względu na naturę objętej aktem regulacji, może on budzić wątpliwości konstytucyjne (*vide* - uzasadnienie wniosku, s. 6).

Podstawowym argumentem Wnioskodawcy, przesądzającym, w Jego przekonaniu, o prawodawczym pominięciu w przepisach poszczególnych ustaw wskazanej wyżej treści niezbędnej z punktu widzenia wymogów konstytucyjnych, jest zastosowana przez ustawodawcę „technika legislacyjna” polegająca na zamieszczeniu regulacji wprowadzających zażalenie na użycie i wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego w innych ustawach dopuszczających do użycia lub wykorzystania przez niektórych, określonych tamże, uprawnionych środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej (art. 60 ust. 6 ustawy o transporcie kolejowym, art. 52 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, art. 20 ustawy o strażach gminnych oraz art. 47 ust. 3b ustawy o lasach) [*vide* - uzasadnienie wniosku, s. 6-7].

Zaskarżone przez Rzecznika Praw Obywatelskich regulacje wyposażają uprawnionych w kompetencję do użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej.

Jednak sposób określenia owej kompetencji i - w konsekwencji - jej przedmiotowy zakres, co wcześniej już sygnalizowano, nie dla wszystkich uprawnionych okazuje się być jednakowy.

Wynika to z przyjęcia przez ustawodawcę generalnej zasady, że uprawniony może użyć lub wykorzystać środek przymusu bezpośredniego lub broń palną tylko do celów określonych w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. (*vide* - art. 11 tej ustawy) i wyłącznie w zakresie realizacji zadań ustawowych podmiotu, w którym pełni służbę albo w którym jest zatrudniony (art. 5 ustawy z dnia 24 maja 2013 r.).

Ponadto, o czym wcześniej też była mowa, prawo do użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego zostało przez ustawodawcę ograniczone poprzez wyraźne wskazanie środków, których konkretni uprawnieni mogą użyć (*vide* na przykład - art. 23a ustawy o rybactwie śródlądowym, w którym wskazano na możliwość użycia lub wykorzystania przez strażnika Państwowej Straży Rybackiej środków przymusu bezpośredniego, o **których mowa art. 12 ust. 1 pkt 1, pkt 2 lit. a, pkt 7, 9, pkt 12 lit. a i pkt 13** ustawy z dnia 24 maja 2013 r., oraz art. 16 ust. 1 ustawy o Policji, zgodnie z którym policjanci mogą użyć lub wykorzystać środki przymusu bezpośredniego, o **których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1-13 i 17-20** ustawy z dnia 24 maja 2013 r.).

Rozważania w przedmiocie zakwalifikowania braku zawarcia w zaskarżonych przepisach normy umożliwiającej zaskarżenie użycia lub wykorzystania środka przymusu bezpośredniego lub broni palnej przez osobę, wobec której użyto tego środka lub broni palnej, do prawodawczego „zaniechania” bądź prawodawczego „pominięcia” należy rozpocząć od przypomnienia, iż celem ustawy z dnia 24 maja 2013 r. było **zawarcie w niej w sposób kompleksowy** problematyki związanej z używaniem lub wykorzystywaniem środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej i określenie „w akcie rangi ustawowej katalogu, przypadków oraz zasad używania lub wykorzystywania tych środków lub broni palnej”, a także „postępowania przed i po ich użyciu lub wykorzystaniu, jak również dokumentowania tego używania lub wykorzystywania przez uprawnione do tego podmioty”

(uzasadnienie projektu ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej, Sejm VII kadencji, druk numer 1140, s. 4).

Przyjmuje się, że ustawa z dnia 24 maja 2013 r., regulując w jednym akcie prawnym całą materię związaną ze stosowaniem środków przymusu bezpośredniego i broni palnej, **porządkuje i ujednolica ten obszar prawa** (*vide* - *Ocena funkcjonowania przepisów ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej*, Sejm VII kadencji, druk numer 3145).

We wskazanej wyżej „*Ocenie...*” stwierdzono, iż „[n]a podstawie opinii uzyskanych w toku konsultacji, można uznać, że **przepisy ustawy w sposób wyczerpujący i precyzyjny regulują zagadnienia w niej zawarte** (podkr. wł.). Nie wystąpiły także większe problemy związane z ich interpretacją, czy też stosowaniem” (op. cit.).

Na marginesie należy zauważyć, iż w treści powołanej wyżej „*Oceny...*” zawarto informację, że w uwagach zgłoszonych do projektu ustawy z dnia 24 maja 2013 r. Rzecznik Praw Obywatelskich zarzucił, między innymi, brak przepisu stanowiącego podstawę do złożenia zażalenia przez osobę, wobec której uprawniony użył środków przymusu bezpośredniego i broni palnej.

Problem zaskarżalności użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej został poruszony w trakcie prac parlamentarnych nad projektem ustawy z dnia 24 maja 2013 r.

W „*Opinii prawnej na temat projektu ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (druk 1140)*” z dnia 18 marca 2013 r. A. Sakowicz stwierdził, że „[n]ależy rozważyć uregulowanie w przepisach opiniowanej ustawy (np. na końcu rozdziału 2) możliwości wniesienia zażalenia na zastosowanie środków przymusu bezpośredniego do prokuratora rejonowego właściwego dla miejsca zdarzenia. **Istnienie takiego przepisu ujednoliciłoby mechanizm kontrolny stosowania środków przymusu bezpośredniego w stosunku do wszystkich podmiotów uprawnionych, wskazanych w art. 2 ust. 1 projektu ustawy** (podkr. wł.). Należy dodać, że takie regulacje występują w niektórych

ustawach szczegółowych, które przewidują możliwość stosowania środków przymusu bezpośredniego, tj. art. 68 ust. 7 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej (Dz. U. Nr 168, poz. 1323, z póź. zm.); art. 23a ust. 8 ustawy z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (Dz. U. z 2009 r. Nr 189, poz. 1471 z póź. zm.); art. 20 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o strażach gminnych (Dz. U. Nr 123, poz. 779, z póź. zm.); art. 60 ust. 7 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 16, poz. 94, z póź. zm.) oraz art. 52 ust. 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych (Dz. U. 2001 r., Nr 123, poz. 1353 z póź. zm.)” [Sejm VII kadencji, „Opinia prawna...” dołączona do druku nr 1140, s. 6-7].

Z postulatem zamieszczenia przepisu, który „stanowiłby podstawę zażalenia do właściwego miejscowo prokuratora na prawidłowość użycia środków przymusu bezpośredniego i broni palnej przez funkcjonariuszy władzy publicznej”, w trybie zgłaszania uwag do projektu ustawy, wystąpił również Sąd Najwyższy, w piśmie z dnia 21 marca 2013 r., numer BSA II-021-93/13 (*vide* - Sejm VII kadencji, dołączone do druku nr 1140 pismo Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego).

Na posiedzeniu *Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (druk 1140)* w dniu 26 marca 2013 r. ówczesny Sekretarz Stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych P. Stachańczyk, wypowiadając się w kwestii ewentualnego wprowadzenia do rozpatrywanego projektu ustawy zaskarżalności użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, wyjaśnił, że „w odniesieniu do niektórych służb zaskarżalność tego rodzaju działań jest wprowadzona w ustawie” oraz że „w jednej albo w dwóch odnosi się wprost do środków przymusu bezpośredniego. Są to z reguły te służby, które wykonują to bardzo rzadko i raczej tam jest ewenementem użycie tego rodzaju środków”, a następnie stwierdził, iż „nie było w planie rozszerzenie tego typu konstrukcji na

jakieś inne formacje” (Sejm VII kadencji, rejestracja obrazu i dźwięku z posiedzenia *Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (druk 1140)* w dniu 26 marca 2013 r., godz. 15.31 - 15.33, <http://n-13-5.dcs.redcdn.pl/webcache/sejm-embed/Sejm7.nsf/VideoFra...>).

Powyższe wskazuje, że w trakcie prac parlamentarnych nad projektem ustawy z dnia 24 maja 2013 r. wprowadzenie zaskarżalności użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej było brane pod uwagę, **jednak ostatecznie ustawodawca nie zdecydował się na jej wprowadzenie.**

W tej sytuacji decyzji ustawodawcy o niewprowadzeniu do zaskarżonych przepisów normy postulowanej przez Wnioskodawcę **nie można uznać za przypadkową czy bezrefleksyjną.**

Dalej, skoro projektowana ustawa z dnia 24 maja 2013 r. w założeniu miała stanowić kompleksowy akt prawny, regulujący zagadnienia w nim zawarte w sposób wyczerpujący i precyzyjny, to przepis przewidujący ewentualne wprowadzenie postulowanej przez Rzecznika zaskarżalności powinien zostać zamieszczony właśnie w tej ustawie, a nie w poszczególnych ustawach regulujących ustrój i organizację poszczególnych podmiotów uprawnionych do użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej.

Argument Rzecznika, że zaskarżalność użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej została wprowadzona w niektórych innych ustawach (ustawie o transporcie kolejowym, ustawie o strażach gminnych, ustawie o lasach oraz ustawie o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych), nie może być w tej sprawie uznany za odpowiedni, zważywszy na to, że Trybunał Konstytucyjny nie posiada kognicji do „poziomej” kontroli zgodności norm (w tym przypadku - norm ustawowych).

Jednak najważniejszym argumentem przemawiającym za tym, że niewprowadzenie zaskarżalności użycia lub wykorzystania środków przymusu

bezpośredniego lub broni palnej stanowi, pozostające poza kognicją Trybunału Konstytucyjnego, zaniechanie prawodawcze, jest **brak konstytucyjnego nakazu uregulowania tej kwestii w sposób wskazany przez Rzecznika Praw Obywatelskich.**

Jako zasadniczy wzorzec kontroli zaskarżonych regulacji Rzecznik wskazał art. 78 Konstytucji (pozostałe konstytucyjne oraz konwencyjne przepisy RPO powołał jako wzorce związkowe), gdy tymczasem **czynności materialno-techniczne organów władzy publicznej, do których zalicza się użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, pozostają poza zakresem normowania tego przepisu Konstytucji.**

Przepis art. 78 Konstytucji stanowił przedmiot licznych wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego.

Przykładowo, w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 czerwca 2016 r., w sprawie o sygn. akt SK 24/15, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „[a]rt. 78 zdanie pierwsze Konstytucji statuuje prawo strony do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w I instancji. Zgodnie z art. 78 zdanie drugie Konstytucji wyjątki od tej zasady oraz tryb zaskarżania określa ustawa. Zakres podmiotowy art. 78 odniesiony został do stron i powiązany z podmiotami uczestniczącymi w postępowaniu, które doprowadziło do wydania orzeczenia lub decyzji. W Konstytucji pojęcie <strony> ma znaczenie autonomiczne, które nie musi się pokrywać ze sposobem jego rozumienia w przepisach poszczególnych procedur. Art. 78 Konstytucji gwarantuje jednostce, której praw, obowiązków lub statusu prawnego dana sprawa dotyczy, uruchomienie weryfikacji podjętego w I instancji rozstrzygnięcia. W ujęciu przedmiotowym omawiany wzorzec konstytucyjny dotyczy wszelkich rozstrzygnięć indywidualnych, kształtujących lub określających prawa, obowiązki lub status prawny stron postępowania (podkr. wł.)” (OTK ZU seria A z 2016 r., poz. 46; *vide* też - uzasadnienie wyroku

Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 lipca 2009 r. [wydanego w pełnym składzie Trybunału] w sprawie o sygn. akt K 64/07, OTK ZU seria A nr 7/2009, poz. 110).

Przewidziana w art. 78 Konstytucji gwarancja zaskarżalności „orzeczeń i decyzji” była też analizowana w doktrynie prawa konstytucyjnego.

L. Garlicki i K. Wojtyczek wskazują, że „[t]reścią art. 78 jest - w najogólniejszym wymiarze - ustanowienie prawa stron każdego postępowania do uruchamiania procedury weryfikującej prawidłowość wszelkich rozstrzygnięć indywidualnych wydawanych przez organ działający w charakterze pierwszej instancji (...). Zarówno sposób sformułowania art. 78, jak i miejsce tego przepisu w systematyce konstytucyjnej nie pozostawiają wątpliwości, że wyraża on samoistne prawo podmiotowe, podlegające ochronie także w procedurze skargi konstytucyjnej (...).

Zarazem art. 78 wywiera istotny wpływ na ukształtowanie prawa przedmiotowego, bo wyznacza sposób uformowania procedur sądowych i administracyjnych, a przez to - oddziałuje także na sposób organizacji sądownictwa i władz administracyjnych. Wyraża on również generalną zasadę aksjologiczną: drugoinstancyjna kontrola orzeczeń i decyzji jest istotnym elementem ochrony praw jednostki, bo stwarzając możliwość weryfikacji pierwszego rozstrzygnięcia przeciwdziała arbitralności i ułatwia unikanie pomyłek i krzywd (...). W tym sensie stanowi ona komponent demokratycznego państwa prawnego (...).

Tak rozumiany art. 78 wykazuje bliskie związki logiczne z tymi przepisami konstytucyjnymi, które - z jednej strony - formułują <prawo do sądu> (art. 45 ust. 1 i art. 77 ust. 2), a z drugiej - ustanawiają nakaz dwuinstancyjności postępowania sądowego (art. 176 ust. 1).

Niemniej art. 78 nie może być traktowany jako kolejne - po art. 77 ust. 2 - przypomnienie, że każdemu przysługuje prawo do sądu, czy jako element ogólnego prawa do sądu (...). Jest to raczej wskazanie szczególnej gwarancji <sprawiedliwości proceduralnej> (...), odnoszącej się do wszystkich typów

postępowań, więc wykraczającej poza zakres postępowań toczących się przed sądami. W odniesieniu do postępowań sądowych prawo do zaskarżania pierwszoinstancyjnych orzeczeń traktowane jest jako środek wzmacniający prawo do sądu (...) i urealniający jego prawidłowe urzeczywistnianie. Oczywiście prawo zaskarżania pierwszoinstancyjnych rozstrzygnięć rzutuje w sposób zasadniczy na sposób realizacji prawa do sądu, ale to samo można powiedzieć o innych gwarancjach rzetelnego procesu, np. zasadzie jawności czy prawie do obrony.

Nie zawsze, co prawda udaje się dokonać precyzyjnego odróżnienia (bardziej ogólnego) prawa do sądu i (bardziej szczegółowego) prawa do zaskarżania pierwszoinstancyjnych rozstrzygnięć. Nie ułatwiały tego pierwsze wypowiedzi TK (...), zresztą jeżeli przyjmować - jak czyni to konsekwentnie obecne orzecznictwo Trybunału - że na prawo do sądu składa się także <prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej> (...), to prawo zaskarżania pierwszoinstancyjnych orzeczeń staje się koniecznym elementem owego ukształtowania. Wskazuje to jednak tylko na integralne związki dostępu do sądu i gwarancji rzetelnej procedury sądowej, ale nie pozbawia samoistnego znaczenia prawnego art. 78, bo - co raz jeszcze trzeba podkreślić - jego zakres przedmiotowy zasadniczo wykracza poza gwarancję dwuinstancyjności postępowań sądowych.

Jeszcze silniej rysują się związki pomiędzy art. 78 a art. 176 ust. 1. Mówi się nawet o pokrywaniu się ich zakresów (...). Zarazem jednak wydaje się, że można wskazać kilka zasadniczych odrębności treści i ujęcia wspomnianych wyżej przepisów.

Po pierwsze, inna jest ich natura: art. 176 ust. 1 jest przepisem ustrojowym (...), natomiast art. 78 jest przepisem formułującym podmiotowe prawo jednostki. Rzutuje to m.in. na odmiennosć zasad wykładni i zakresu ochrony obu tych przepisów.

Po drugie, inny jest ich zakres przedmiotowy: art. 176 ust. 1 dotyczy tylko postępowania sądowego (i tylko <spraw> w rozumieniu art. 45 konstytucji, rozpoznawanych <od początku do końca> przed sądami - [...]), natomiast art. 78 dotyczy nie tylko postępowania sądowego, ale też wszelkich innych postępowań w sprawach indywidualnych. (...) art. 78 konstytucji wyznacza właściwy standard dla postępowań o tak zwanym charakterze mieszanym, w których sąd dokonuje kontroli aktów innych organów władzy publicznej, czyli wykonuje czynności z zakresu ochrony prawnej (...). <Jest on zatem adekwatnym wzorcem kontroli między innymi w sprawach, w których sąd sprawuje kontrolę nad czynnościami postępowania przygotowawczego> (wyrok TK z 25 marca 2014 r., SK 25/13, pkt III.5) [OTK ZU seria A nr 3/2014, poz. 33 - przyp. wł.]. Należy dodać, że art. 78 jest także adekwatnym wzorcem kontroli w sprawach, w których środek zaskarżenia jest rozpatrywany przez organ administracji publicznej lub inny organ pozasądowy.

Po trzecie, inny jest ich punkt odniesienia: art. 176 ust. 1 odnosi się do <postępowania sądowego> jako pewnej całości i wymaga, by zawsze mogło się ono składać z dwóch odrębnych etapów proceduralnych. Dwuinstancyjność oznacza zatem w szczególności możliwość zaskarżenia i weryfikacji rozstrzygnięcia kończącego postępowania w pierwszej instancji, natomiast art. 78 dotyczy poszczególnych podejmowanych <orzeczeń i decyzji> i wobec każdego z nich ustanawia prawo do zaskarżenia, nie tylko gdy dotyczą one istoty sprawy, ale także (...) kwestii wпадkowych (...).

Po czwarte, inny jest stopień kategoryczności ich ujęcia: art. 176 ust. 1 ma charakter absolutny, bo nie pozwala ustawodawcy zwykłemu na wprowadzanie wyjątków od dwuinstancyjnego przebiegu postępowania sądowego. Natomiast art. 78 zdanie drugie w sposób wyraźny dopuszcza ustanawianie wyjątków od prawa do zaskarżenia (...).

Po piąte, pojęcia instancyjności i zaskarżalności zakładają różny zakres gwarancji proceduralnych. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny,

„instancyjność postępowania i zaskarżalność orzeczeń nie są (...) pojęciami tożsamymi; pojęcie zaskarżalności jest szersze niż pojęcie instancyjności. Trybunał stoi na stanowisku, że wyższego poziomu gwarancji (a więc instancyjności połączonej z dewolutywnością) wymaga orzekanie w sprawie i w tym zakresie Konstytucja wymaga dwuinstancyjnego postępowania” (art. 78 w związku z art. 176 ust. 1 Konstytucji) (wyrok z 12 czerwca 2012 r., SK 21/11) [OTK ZU seria A nr 4/2012, poz. 38 - przyp. wł.]. W tym ujęciu pojęcie zaskarżalności obejmuje także środki prawne o charakterze niedewolutywnym, które prowadzą do ponownego rozpatrzenia sprawy przez ten sam organ (...).

Zakres podmiotowy art. 78 odniesiony został do <stron>, powiązano je więc z podmiotami uczestniczącymi w postępowaniu, które doprowadziło do wydania orzeczenia lub decyzji. Należy podkreślić, że art. 78 został zamieszczony w rozdziale II <Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela> i formułuje prawo podmiotowe jednostki (podmiotów podobnych). Systematyka konstytucji prowadzi do wniosku, że pojęcie <strony> użyte w art. 78 odnosi się do podmiotów wolności praw i obowiązków człowieka i obywatela, a więc do osób fizycznych, osób prawnych prawa prywatnego oraz innych podmiotów prywatnych. Nie obejmuje ono podmiotów, które - z uwagi na swoją naturę - nie mogą być podmiotami konstytucyjnych wolności i praw, a więc w szczególności podmiotów publicznych, nawet gdyby miały one status <strony> w określonych postępowaniach dotyczących ich interesów. Dotyczy to w szczególności sytuacji większości uczestników postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym.

Artykuł 78 nie stoi jednak na przeszkodzie, aby ustawa rozszerzyła prawo do zaskarżania decyzji i inne gwarancje procesowe na podmioty nieobjęte gwarancjami art. 78 konstytucji, o ile nie wykluczają tego inne przepisy konstytucyjne (takie jak art. 190 ust. 1 konstytucji). Pojęciu strony należy przypisywać autonomiczne znaczenie: nie musi ono pokrywać się ze sposobem jego rozumienia w przepisach poszczególnych procedur. Za <stronę> należy więc uznać, po pierwsze, każdego uczestnika postępowania, w którym wydano

orzeczenie lub decyzję, tzn. każdego, kto formalnie został dopuszczony do udziału w tym postępowaniu jako dotyczącym jego praw, obowiązków czy sytuacji prawnej (...), a także; po drugie, każdego, o czyich prawach rozstrzyga dane orzeczenie lub decyzja, nawet gdyby zainteresowany nie został dopuszczony do udziału w postępowaniu w pierwszej instancji (...). Każdej, tak rozumianej, stronie postępowania art. 78 gwarantuje prawo zaskarżania poszczególnych podejmowanych w tym postępowaniu rozstrzygnięć. Zarazem prawo to może przysługiwać tylko stronie, więc (poza sytuacjami szczególnymi) nie może rozciągać się na podmioty, które nie mają interesu prawnego w sprawie (...).

(...)

Zakres przedmiotowy art. 78 obejmuje <orzeczenia i decyzje>, więc - jak już wskazano wyżej - **wszelkie rozstrzygnięcia indywidualne, kształtujące lub określające prawa, obowiązki i status prawny stron postępowania** (podkr. wł.). Szczegółowa nazwa rozstrzygnięcia nie stanowi kryterium poddania go prawu do zaskarżenia (...), bo art. 78 ma charakter uniwersalny.

Poza zakresem art. 78 pozostają natomiast w szczególności czynności materialno-techniczne organów władzy publicznej oraz akty normatywne wywołujące skutki *ex lege* (podkr. wł.) [...].

Prawo do zaskarżenia odnosi się w sposób najpełniejszy do rozstrzygnięć kończących postępowanie (orzekających o istocie sprawy). Odnosi się także do najróżniejszych rozstrzygnięć wpadkowych, które kształtują status jednostki. Tu jednak zakres zastosowania art. 78 przybiera bardziej ograniczony charakter. Jak, podsumowując, stwierdza Trybunał Konstytucyjny, **<wywodzone z art. 78 Konstytucji oraz art. 13 konwencji prawo do skutecznego środka odwoławczego dotyczy tylko tych orzeczeń bądź decyzji, które rozstrzygają merytorycznie o wolnościach i prawach jednostki** (podkr. wł.). Prawo do zaskarżenia nie może być utożsamiane z możliwością kwestionowania każdej czynności podejmowanej przez organ władzy publicznej w ramach toczącego się

postępowania> (wyrok z 18 września 2014 r., K 44/12, pkt III.9.5) [OTK ZU seria A nr 8/2014, poz. 92 - przyp. wł.].

Nie należy więc zacierać różnic między rozstrzygnięciami kończącymi postępowanie a rozstrzygnięciami incydentalnymi. Z jednej strony, nawet uznanie, że dany typ wypadkowych (proceduralnych) rozstrzygnięć jest objęty zakresem art. 78, nie stoi na przeszkodzie poddawania ich wyjątkom, o których mowa w zdaniu drugim tego przepisu (wtedy konieczny jest jednak wyraźny przepis ustawy). Z drugiej - niektórym rozstrzygnięciom wypadkowym (analizowanym w oparciu o kryterium merytorycznego rozstrzygnięcia o prawach i wolnościach jednostki) odmawia się charakteru samoistnego, a tym samym uznaje się, że stworzenie możliwości zakwestionowania rozstrzygnięcia wypadkowego w ramach późniejszego zaskarżenia rozstrzygnięć ogólniejszych, podjętych na dalszych etapach postępowania, czyni zadość wymaganiom art. 78 (...). (...)

Prawo zagwarantowane w art. 78 Konstytucji obejmuje wszelkie rozstrzygnięcia władcze bez względu na charakter podmiotu, który je wydał. Chodzi tu zarówno o organy władzy publicznej, jak i o inne podmioty, w tym również podmioty prywatne wyposażone we władztwo publiczne w określonym zakresie” (*komentarz L. Garlickiego i K. Wojtyczka do art. 78 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. II. Art. 30-86*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, s. 876-882).

Wyrażone w zdaniu pierwszym art. 78 Konstytucji prawo do zaskarżenia rozstrzygnięć wydanych w pierwszej instancji stanowiło też przedmiot rozważań M. Wyrzykowskiego i M. Ziółkowskiego, którzy, na wstępie, zwrócili uwagę, iż prawo to „gwarantuje każdej stronie prawo do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji. Pomimo iż prawo do zaskarżenia stanowi jeden z najważniejszych dla jednostki konstytucyjnych środków ochrony prawnej, którego źródłem jest zasada demokratycznego państwa prawnego, gwarantująca je regulacja konstytucyjna interpretowana jest niejednolicie zarówno w

orzecznictwie konstytucyjnym, jak i doktrynie prawa. Przyczyny tego naszym zdaniem są następujące. Po pierwsze, z zastosowania językowych reguł wykładni do art. 78 zd. 1 Konstytucji RP wynika, że możliwość zaskarżenia rozstrzygnięć wydanych w pierwszej instancji ma charakter prawa podmiotowego, które może zostać jedynie ograniczone w drodze ustawy, zarazem ze zdania drugiego tegoż przepisu wynika, że jest to zasada konstytucyjna, od której mogą istnieć wyjątki. Po drugie, choć na poziomie konstytucyjnym zasada instancyjności dotyczy *expressis verbis* tylko postępowania sądowego, stosuje się ją również do postępowań innych niż sądowe - powołując wówczas art. 78 Konstytucji RP. Przepis ten posługuje się pojęciami <zaskarżenie> i <instancja>, które nie są tożsame na gruncie prawa procesowego, a w orzecznictwie konstytucyjnym traktowane są niekiedy synonimicznie. Po trzecie, z zastosowania językowych i systemowych reguł wykładni do art. 78 Konstytucji RP wynika, że jego interpretacja musi uwzględniać treść konstytucyjnej regulacji prawa do sądu oraz dwuinstancyjności postępowania sądowego, na gruncie których orzecznictwo konstytucyjne charakteryzuje się kazuistyką oraz zmiennością. Po czwarte, art. 78 Konstytucji RP niekiedy traktowany jest tylko jako konstytucyjna gwarancja proceduralna weryfikacji rozstrzygnięć wydanych w pierwszej instancji, niekiedy zaś dostrzega się w nim również gwarancję materialną zasad, na jakich ma się odbywać ta weryfikacja.

Z obecnych w orzecznictwie konstytucyjnym i doktrynie wątpliwości odnośnie do interpretacji art. 78 Konstytucji RP, z perspektywy konstytucyjnego statusu jednostki jako adresata działań organów administracji, kluczowe znaczenie ma odpowiedź na pytania o konstytucyjne uwarunkowanie: 1) zakresu podmiotowego zaskarżenia w postępowaniu administracyjnym (...); 2) **zakresu przedmiotowego zaskarżenia w postępowaniu administracyjnym (podkr. wł.)** [...]; 3) wyjątków od dwuinstancyjnego postępowania administracyjnego” (M. Wyrzykowski i M. Ziółkowski, *Konstytucyjne prawo do zaskarżenia rozstrzygnięć wydanych w pierwszej instancji*, [w:] *System Prawa*

Administracyjnego. Tom 2. Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego i A. Wróbla, Wydawnictwo C. H. BECK oraz Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2012, s. 279-280).

Odnosnie do zakresu przedmiotowego art. 78 Konstytucji, M. Wyrzykowski i M. Ziółkowski zauważyli, iż „[z]ważywszy, że przepis ten został umieszczony w rozdziale II Konstytucji RP wśród środków ochrony oraz odwołuje się do dwóch różnych i obszernych przedmiotowo kategorii indywidualnych aktów stosowania prawa, **przyjmuje się, że prawo do zaskarżenia przysługuje od każdego indywidualnego rozstrzygnięcia o prawach i wolnościach lub obowiązkach jednostki, niezależnie od jego nazwy rodzajowej oraz procedury, w której zostało wydane** (podkr. wł.). Na poziomie konstytucyjnym zagwarantowana została zaskarżalność rozstrzygnięć w postępowaniach o charakterze zarówno sądowym, które polegają na sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w rozumieniu art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, jak i pozasądowym, w których relacje między jednostką a organem rozstrzygającym oparte są na koncepcji władczej ingerencji organu. W orzecznictwie konstytucyjnym oraz piśmiennictwie zgodnie przyjmuje się, że art. 78 zd. 1 Konstytucji RP znajduje zastosowanie do oceny norm regulujących postępowania administracyjne, cywilne, karne, sądowoadministracyjne oraz *quasi-karne*”, po czym stwierdzili, że „[z] **wyznaczonej przez art. 78 zd. 1 Konstytucji RP perspektywy istotne jest, aby rozstrzygnięcie zostało wydane w instancyjnej procedurze przez podmiot wyposażony w imperium, niezależnie czy stanowi on część struktury państwa** (podkr. wł.). Konstytucja nie wymaga bowiem, aby każdy spór o prawo lub obowiązki rozstrzygany był przez organ państwa. (...)”

Użycie przez prawodawcę ogólnego sformułowania, jakim jest <prawo do zaskarżenia>, bez odwołania się do sprecyzowanego <charakteru i właściwości środków prawnych służących urzeczywistnieniu tego prawa. [...] pozwoliło na

objęcie jego zakresem różnych, specyficznych dla danej procedury, środków prawnych, których cechą wspólną jest umożliwienie stronie uruchomienia weryfikacji podjętego w pierwszej instancji orzeczenia bądź decyzji> (wyrok z 16.11.1999 r., SK 11/99, OTK 1999, Nr 7, poz. 157). W orzecznictwie konstytucyjnym i piśmiennictwie zgodnie przyjmuje się, że art. 78 zd. 1 Konstytucji RP odnosi się zatem do wydanych w pierwszej instancji zarówno rozstrzygnięć co do istoty sprawy (tj. rozstrzygnięć merytorycznych), jak i innych rozstrzygnięć, które są wydawane od momentu wszczęcia sprawy do czasu jej rozstrzygnięcia (tj. rozstrzygnięć incydentalnych).

Z wyznaczonej przez art. 78 zd. 1 Konstytucji RP perspektywy istotne jest, aby rozstrzygnięcie miało charakter indywidualnego aktu stosowania prawa określającego prawa lub obowiązki strony postępowania. **Konstytucyjne prawo podmiotowe do zaskarżenia obejmuje każdą władczą konkretyzację, która prowadzi do powstania, zmiany lub zniesienia praw lub obowiązków jednostki w obszarze wynikającym z przepisów prawa zarówno materialnego, jak i procesowego (podkr. wł.).**

Prawo do zaskarżenia nie odnosi się natomiast do form działania organów władzy publicznej, które stanowią pochodną ukształtowanej *ex lege* relacji między jednostką a organami władzy publicznej. Obok władczej konkretyzacji norm prawnych, relacja między jednostką a organami władzy publicznej może stanowić wszakże następstwo obowiązywania norm ustrojowych, które w pośredni sposób mogą prowadzić do powstania, zmiany lub zniesienia praw lub obowiązków jednostki lub norm wywołujących skutki *ex lege*. W kontekście zaskarżalności i stosowania art. 78 zd. 1 Konstytucji RP zagadnienie to poddano analizie na marginesie głównych rozważań Trybunału Konstytucyjnego w wyroku K 1/99. Jako naruszający konstytucyjne prawo do środka zaskarżenia, zaskarżono wówczas przepis wprowadzający wygaśnięcie określonych stosunków pracy z mocy prawa. Orzekając o nieadekwatności konstytucyjnego wzorca Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że <przy wygaśnięciu stosunku pracy

z mocy prawa nie ma miejsca połączona z wyrażeniem woli przez pracodawcę indywidualizacja i konieczna przy indywidualnych rozstrzygnięciach podwójna konkretyzacja normy prawnej, w związku z tym nie mogą do takich stanów odnosić się zasady określone w art. 78 Konstytucji RP. [...] Nie można więc mówić o prawie do zaskarżenia orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji, gdy nie istnieją i nie mogą istnieć, ze względu na naturę powstałych stosunków prawnych, indywidualne rozstrzygnięcia>.

Zakresem przedmiotowym art. 78 zd. 1 Konstytucji RP objęte są zatem akty administracyjne, rozumiane jako: podwójnie konkretne oświadczenia woli organu, które zostały wydane na podstawie przepisów prawa (podkr. wł.). W konsekwencji zakres przedmiotowy konstytucyjnego prawa do zaskarżenia, co do zasady, nie obejmuje zaskarżalności informacji urzędowej i zaświadczeń, które stanowią oświadczenia wiedzy organu i nie kształtują statusu prawnego jednostki. **Poza konstytucyjnym standardem zaskarżalności pozostają też czynności materialno-techniczne organów władzy publicznej. Pomimo iż niekiedy kształtują one sytuację prawną jednostki <przez fakty> i jako takie są przykładem stosowania prawa, nie prowadzą do sformułowania indywidualnej i konkretnej normy, jak ma to miejsce w wypadku aktów administracyjnych (podkr. wł.).** Są realizowane na podstawie albo przepisu prawa, albo aktu administracyjnego, który może wszakże podlegać zaskarżeniu. W drugim wypadku są one zazwyczaj nierozdzielnie związane z aktem administracyjnym. Mając charakter procesowy, podlegają weryfikacji i ocenie wraz z jego zaskarżeniem” (*ibidem*, s. 281-283).

P. Grzegorzczuk i K. Weitz, omawiając charakter prawny, funkcję oraz cel zadekretowanego w art. 78 Konstytucji prawa do zaskarżania orzeczeń i decyzji, zwrócili uwagę, że „[w] systematyce Konstytucji RP gwarancja zaskarżalności orzeczeń i decyzji wydanych w I instancji została ujęta jako środek ochrony konstytucyjnych wolności i praw. W orzecznictwie TK zwraca się w związku z tym uwagę na proceduralny lub niesamoistny charakter uprawnienia

wynikającego z komentowanego przepisu wobec praw i wolności wyrażonych we wcześniejszych postanowieniach rozdz. II Konstytucji RP (...). Nie ulega jednak wątpliwości, że art. 78 Konstytucji RP kreuje konstytucyjne prawo podmiotowe jednostki, którego treścią jest możliwość zaskarżenia wskazanych w tym przepisie orzeczeń lub decyzji, a jako taki może stanowić samodzielną podstawę skargi konstytucyjnej (...). Taki charakter tego przepisu znajduje potwierdzenie w licznych rozstrzygnięciach TK (...). Autonomiczność komentowanej regulacji dotyczy także relacji do art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, mimo silnych powiązań zachodzących między tymi przepisami. Z jednej strony prawo do zaskarżenia wynikające z tego przepisu obejmuje nie tylko postępowania toczące się przed sądem, do których adresowany jest art. 45 ust. 1, z drugiej zaś prawo to nie jest nieodłącznym komponentem prawa do sądu, choć nie pozostaje bez wpływu na skuteczność jego realizacji”, oraz że „[z]godnie z ugruntowanym stanowiskiem TK gwarancja ustanowiona w art. 78 Konstytucji RP służy zapobieganiu pomyłkom i arbitralności w I instancji (...). Formuła ta koresponduje z dorobkiem procesualistyki, w której zauważa się, że mechanizm instancyjny realizuje przede wszystkim funkcję kontrolną (korekcyjną), pozwalającą na korygowanie rozstrzygnięć błędnych przez ich uchylenie lub zmianę (...). W tym sensie art. 78, kreując gwarancję procesową, wzmacnia sądową ochronę materialnych gwarancji konstytucyjnych przez zwiększenie prawdopodobieństwa ich prawidłowej realizacji w postępowaniach przed organami państwa. Sprzyja on także realizacji prawa do sądu przez to, że nakłada na ustawodawcę obowiązek powołania do życia unormowań, które umożliwiają wyeliminowanie uchybień popełnionych przez sąd I instancji. Przyczynia się w ten sposób do podwyższenia standardu rzetelności postępowania przed organami państwa. Aspekt ten jest szeroko akcentowany w judykaturze TK, w której zauważa się, że konstytucyjne prawo do zaskarzania orzeczeń i decyzji stanowi istotny czynnik urzeczywistniania sprawiedliwości proceduralnej (...). Możliwość autokontroli i uchylenia lub zmiany wydanego rozstrzygnięcia z urzędu przez organ, który je wydał, nie jest

w przekonaniu TK wystarczająca dla zapewnienia stronie środka zaskarżenia (...).

Konstytucyjna gwarancja zaskarżalności, przez wymuszenie istnienia systemu kontroli rozstrzygnięć, pośrednio realizuje także inne cele, którym służy tego rodzaju system. Pozwala on stronom postępowania w większym stopniu zinternalizować niekorzystne dla nich rozstrzygnięcie, zwiększa zaufanie do aparatu państwowego oraz oddziałuje prewencyjnie i stymulująco na rozstrzygnięcia organów niższego szczebla. Komentowany przepis, co oczywiste, nie może jednak gwarantować prawidłowości rozstrzygnięcia wydanego w następstwie rozpoznania środka zaskarżenia. Gwarancja taka nie wynika również z art. 45 ust. 1 Konstytucji RP” (*komentarz P. Grzegorzcyka i K. Weitz do art. 78 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz · Art. 1-86, pod red. M. Safjana i L. Boska*, Wydawnictwo C. H. BECK, Warszawa 2016, s. 1787-1788).

Wypowiadając się następnie o przedmiotowym zakresie zastosowania gwarancji z art. 78 Konstytucji, P. Grzegorzcyk i K. Weitz stwierdzili, że „[k]omentowana regulacja odnosi się do <orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji>. **Wyznacznikiem jej przedmiotowego zakresu zastosowania jest tym samym - z jednej strony - pojęcie <orzeczeń i decyzji>** (podkr. wł.), z drugiej zaś - wymaganie, aby rozstrzygnięcia te zostały wydane w I instancji”, po czym wyjaśnili, iż „[p]ojęcie <orzeczeń i decyzji> w art. 78 Konstytucji RP ma charakter autonomiczny i nie powinno być wiązane z żadną konkretną formą rozstrzygnięć zapadających w konkretnym postępowaniu sądowym lub pozasądowym. **Otwarta formuła <orzeczeń i decyzji> ma na celu objęcie konstytucyjną gwarancją szerokiego spektrum rozstrzygnięć, niezależnie od nazwy nadawanej im przez ustawy zwykłe (wyrok, postanowienie, zarządzenie, nakaz zapłaty, mandat karny, uchwała)** [podkr. wł.], oraz ich przedmiotu [...]. Mieszczą się w niej zarówno rozstrzygnięcia o przedmiocie konkretnego postępowania, bez względu na nazwę nadawaną im w

konkretnym postępowaniu, jak również - *lege non distinguente* - o kwestiach ubocznych pojawiających się w toku postępowania.

W postępowaniu cywilnym działaniem art. 78 objęte są nie tylko wyroki (nakazy zapłaty) i odpowiadające im charakterem, postanowienia orzekające co do istoty sprawy w postępowaniu nieprocesowym oraz postanowienia co do uznania i stwierdzenia wykonalności zagranicznego orzeczenia, lecz także postanowienia rozstrzygające o kwestiach procesowych (np. o wyłączeniu sędziego, opozycji wobec interwencji ubocznej, kosztach procesu, zawieszeniu postępowania itp.).

Podobnie sytuacja przedstawia się w postępowaniu karnym i sądownoadministracyjnym, w których gwarancja zaskarżalności dotyczy także orzeczeń zapadających w kwestiach wypadkowych (...).

W postępowaniu administracyjnym objęte są nią zarówno decyzje - jako rozstrzygające sprawę co do istoty lub kończące postępowanie w inny sposób (art. 104 § 2 KPA), jak i postanowienia (...). Oczywiście różnice w charakterze i przedmiocie konkretnego rozstrzygnięcia nie mogą pozostać bez wpływu na kształt środka zaskarżenia i dopuszczalność zastrzeżenia ewentualnych wyjątków od reguły zaskarżalności. Dotyczy to w szczególności rozstrzygnięć w kwestiach wypadkowych, które w postępowaniach sądowych są zaskarżalne tylko wówczas, gdy ustawa na to zezwala (art. 394 § 1 KPC, art. 459 § 1 i 2 KPK i art. 194 § 1 PrPostSAdm; zob. też Nb 69-71). [...]

Jak wynika już z powyższych uwag, zastosowanie art. 78 Konstytucji RP nie jest również ograniczone do konkretnego rodzaju postępowania. W świetle utrwalonego stanowiska przepis ten obejmuje swoim zakresem orzeczenia i decyzje wydawane w szeroko pojmowanych postępowaniach sądowych i podejmowane przez sąd (np. w procesie i w postępowaniu nieprocesowym jako podstawowych trybach postępowania cywilnego, a także w innych postępowaniach cywilnych, jak np. w postępowaniu zabezpieczającym i postępowaniu upadłościowym), jak również w postępowaniach nienależących do

kompetencji sądu i prowadzonych przed innymi organami, takich jak postępowanie administracyjne lub postępowanie przygotowawcze (...). Nie ma znaczenia, czy postępowanie zostało wszczęte z inicjatywy zainteresowanej osoby, czy z urzędu. **Użycie sformułowania <orzeczeń i decyzji>, w powiązaniu z umiejscowieniem art. 78 w systematyce Konstytucji RP, wskazuje jednak, że warunkiem zastosowania komentowanego przepisu jest istnienie indywidualnego aktu stosowania prawa podejmowanego przez podmiot dysponujący władztwem publicznym, choć niekoniecznie funkcjonujący w strukturze aparatu państwa i sprawujący wymiar sprawiedliwości (podkr. wł.) [...].** Spostrzeżenie to wyklucza stosowanie art. 78 Konstytucji RP w postępowaniach służących załatwianiu sporów o prawo w trybie nieadjudykacyjnym oraz do rozstrzygnięć wydawanych w ramach struktur, których kompetencja wywodzi się z woli stron. Dotyczy to w szczególności sądów polubownych, działających na podstawie art. 1154 i n. KPC. (...)

Przepis art. 78 Konstytucji RP nie obejmuje ponadto przypadków, w których zmiana sytuacji prawnej jednostki następuje z mocy przepisu prawa, bez jego władczej konkretyzacji (wyr. TK z 13.3.2000 r., K 1/99, OTK-A 2000, Nr 2, poz. 59)” [*ibidem*, s. 1789-1790].

Przechodząc następnie do zdefiniowania **czynności materialno-technicznych**, należy zauważyć, iż takimi czynnościami nazywana jest jedna z prawnych form działania organów administracji publicznej.

Jak zauważył M. Janik, „[d]oktryna prawa administracyjnego od dawna zajmuje się typologią prawnych form działania administracji publicznej. Wypracowane w doktrynie podziały prawnych form działania administracji odzwierciedlają zmieniającą się rzeczywistość *hoc loco et hoc tempore*. W doktrynie prezentowany jest pogląd, iż formy prawne ulegają ciągłej ewolucji, wskutek czego stworzenie katalogu *numerus clausus* prawnych form działania administracji byłoby nieproduktywne.

W literaturze przedmiotu odnajdujemy wiele propozycji klasyfikacji prawnych form działania administracji. Fundamentalny dla polskiej myśli prawniczej jest podział J. Starościaka. Autor ten jako kryterium podziału przyjął sferę, w jakiej administracja podejmuje swoje działania. Wyróżnił sferę zewnętrzną, w której mieszczą się wszelakie działania organów administracji skierowane do podmiotów niepowiązanych z nimi podległością służbową. Natomiast sferą wewnętrzną powołany autor objął działania w stosunku do takich podmiotów, które są służbowo lub organizacyjnie podległe działającemu organowi.

W ramach sfery zewnętrznej J. Starościak wyróżnił następujące formy: stanowienie ogólnie obowiązujących przepisów, wydawanie aktów administracyjnych, zawieranie porozumień administracyjnych, zawieranie umów, prowadzenie działalności społeczno-organizatorskiej i wykonywanie czynności materialno-technicznych.

(...)

Kolejną istotną koncepcję klasyfikacji zaproponował T. Kuta, dla którego punktem wyjścia była konstatacja, że dotychczasowe typologie prawnych form przeprowadzane były na podstawie kryterium <związania formy działania prawem>. T. Kuta określił to mianem <normatywnego modelu tworzenia form działania administracji>.

Zdaniem cytowanego autora coraz wyraźniej zauważalne jest jednak, że prawo to tylko jeden z wielu wyznaczników działania administracji. Wyłącznie <normatywne> postrzeganie administracji nie może jego zdaniem dać <pełnego obrazu rzeczywistej administracji i jej posłannictwa>. Stąd też autor podzielił formy działania na formy prawne i formy pozaprawne. Pośród form prawnych wyróżnił z kolei prawne formy władcze oraz formy działań pozawładczych. T. Kuta do form prawnych władczych zaliczył akty normatywne i akty indywidualne. Do pozawładczych form działania zaliczył działania organizacyjno-społeczne.

Polemiczną próbę skonstruowania typologii prawnych form działania administracji podjął W. Dawidowicz. Autor ten krytycznie ustosunkował się do poglądów J. Starościaka i T. Kuty, uznając, że problematykę form działania administracji należy analizować nie w kategoriach działania, lecz w kategoriach prawa. Miałoby to zapobiegać niedogodnościom powstającym w sytuacji, gdy obok form reprezentujących pojęcia prawnicze (np. akt normatywny, akt administracyjny, umowy) wprowadza się formy reprezentujące typy rzeczywistego działania (czynności materialno-techniczne). Ponadto W. Dawidowicz kwestionował potrzebę i zasadność wyróżnienia jako odrębnej formy czynności społeczno-organizatorskich w ujęciu J. Starościaka. Ostatecznie autor, opierając się o pojęcia stanowienia i stosowania prawa, wyróżnił formy odnoszące się do stanowienia prawa, stosowania prawa i przestrzegania prawa przez organy administracyjne.

Istotny wkład w rozwój badań nad teorią prawnych form działania administracji wniósł J. Borkowski, przedstawiając oryginalną klasyfikację obejmującą zarówno formy działania stosowane w sferze zewnętrznej, jak też w sferze wewnętrznej działania administracji. Autor, opierając się między innymi na kryteriach charakteru czynności organu z punktu widzenia skutków prawnych, sposobu wskazania kręgu adresatów, podstawy podejmowania działalności, przeprowadził wielostopniową klasyfikację, na którą składają się:

- 1) czynności decydujące;
- 2) czynności indywidualne:
 - a) czynności cywilnoprawne,
 - b) akty administracyjne indywidualne (zewnętrzne i wewnętrzne),
 - c) akty współdziałania (z innymi organizacjami, ze społeczeństwem);
- 3) czynności generalne:
 - a) generalne akty administracyjne zewnętrzne (normatywne i nienormatywne),
 - b) generalne akty administracyjne wewnętrzne (normatywne i nienormatywne);
- 4) czynności i działania pomocnicze:

a) działania faktyczne;

5) czynności materialno-techniczne” (M. Janik, *Pojęcie i typologia prawnych form działania*, [w:] *Policja sanitarna*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1498813014860_623824538).

M. Krawczyk, omawiając problematykę działań faktycznych administracji, przypomniał, że „prawo administracyjne nie tylko zawiera w sobie element władztwa, gdyż umocowuje do jednostronnego ustalania sytuacji indywidualnych w postaci rozstrzygnięć decydujących trwale i obowiązujących wszystkie podmioty prawne w państwie oraz zabezpieczonych przymusem państwowym, w razie gdy treścią rozstrzygnięcia jest nałożenie obowiązku, ale jako całość może zostać uznane za gałąź prawa dokonującą transpozycji władztwa państwowego (publicznego) pomiędzy podmiotami administracji publicznej”, po czym sformułował wniosek „na razie na poziomie zupełnie intuicyjnym, że **władztwo administracyjne może być realizowane również jedynie drogą faktów** (podkr. wł.). I choć obserwacja tego rodzaju nie pojawia się, jak do tej pory, w nauce prawa administracyjnego wprost, to wydaje się, że została już przez doktrynę zaakceptowana. **Czyż nie jest jedynie czynnością faktyczną operowanie przymusem bezpośrednim w postaci użycia legalnej siły fizycznej?** (podkr. wł.)” (M. Krawczyk, *działania faktyczne administracji*, [w:] *Podstawy władztwa administracyjnego*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=14988214348674_2100523635).

Z kolei A. Krawczyk, omawiając typologię prawnych form działania administracji publicznej zaproponowaną przez Z. Duniewską, B. Jaworską-Dębską, R. Michalską-Badziak, E. Olejniczak-Szałowską i M. Stahl (*vide* - Z. Duniewska, B. Jaworska-Dębska, R. Michalska-Badziak, E. Olejniczak-Szałowska i M. Stahl, *Prawo administracyjne. Pojęcia, instytucje, zasady w teorii i orzecznictwie*, Warszawa 2009, s. 438-464), wskazała, że Autorki te „uwzględniając kryterium władczości oraz podziału sfer działania administracji (zewnętrzną i wewnętrzną), (...) **wśród form działania administracji wyróżniły**

(podkr. wł.) formy następujące: akt normatywny, akt generalny stosowania prawa, akt administracyjny, polecenie służbowe, umowy, porozumienia i ugody, przyrzeczenie publiczne, **czynności materialno-techniczne** (podkr. wł.), tworzenie planów, programów i strategii oraz działalność społeczno-organizatorską. Do władczych form działania autorki zaliczyły: akty normatywne, definiowane jako wszelkie akty prawne zawierające treści normatywne, wydawane przez administrację publiczną w oparciu o różnorodnie skonstruowane podstawy prawne, mające zastosowanie zarówno w sferze zewnętrznej, jak i wewnętrznej administracji; akty generalne stosowania prawa, w postaci aktów kierownictwa wewnętrznego, niemających charakteru normatywnego, zawierających wskazówki interpretacyjne, jak rozumieć określone normy prawne (np. wytyczne, polecenia, instrukcje); akt administracyjny, określony jako oparta na obowiązujących przepisach prawa czynność organu wykonującego administrację publiczną, kształtująca w sposób wiążący sytuację adresata aktu, wskazanego w nim w sposób konkretny, w indywidualnej sprawie; polecenie służbowe, zaliczane do najważniejszych wewnętrznych form działania administracji. Natomiast w grupie niewładczych form działania administracji autorki wymieniły: dwustronne formy działania administracji (ugody, porozumienia administracyjne, umowy publicznoprawne, publiczne, administracyjne, umowy cywilne), tworzenie planów, programów i strategii oraz działalność społeczno-organizatorską. Nie wskazano jednoznacznie, jaki charakter należy przypisać przyrzeczeniu publicznemu (administracyjnemu), akcentując jedynie dopuszczalność jego złożenia zarówno w sferze zewnętrznej, jak i wewnętrznej administracji. **Z kolei wśród czynności materialno-technicznych wyróżniono kategorię czynności zewnętrznych, mających charakter władczy (np. przeprowadzenie kontroli, zajęcie rzeczy ruchomej przez poborcę skarbowego, prowadzenie ewidencji, doprowadzenie zwierzęcia do szczepienia)** [podkr. wł.] i wewnętrznych (np. sporządzanie protokołów posiedzeń organów, sprawozdań, analiz, prognoz czy projektów

aktów normatywnych)” oraz że „[p]odobne kryteria podziału prawnych form działania administracji - z zastrzeżeniem ograniczenia prezentowanej typologii do form powszechnie akceptowanych przez doktrynę - przyjęła A. Wiktorowska (vide - A. Wiktorowska, [w:] M. Wierzbowski [red.], Z. Cieślak, J. Jagielski, J. Lang, M. Szubiakowski, A. Wiktorowska, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2011, s. 298-331 - przyp. wł.) wyróżniając: akty normatywne, akty administracyjne, ugody, porozumienia administracyjne, czynności cywilnoprawne i **czynności faktyczne** (podkr. wł.). Typowemu aktowi normatywnemu autorka przypisuje cechy władczego rozstrzygnięcia organu władzy publicznej, zawierającego normy postępowania skierowane do ogólnie określonego adresata w abstrakcyjnie określonej sytuacji, gdzie akt nie ulega skonsumowaniu w wyniku jednorazowego działania, lecz ma zastosowanie zawsze wtedy, gdy zaistnieje określona w nim sytuacja. Akt administracyjny natomiast to oparte na przepisach prawa administracyjnego władcze, jednostronne oświadczenie woli organu administracji publicznej, określające sytuację prawną konkretnie wskazanego adresata w indywidualnie oznaczonej sprawie. Formę działania administracji w postaci ugody autorka utożsamia z ugodą administracyjną uregulowaną w przepisach k.p.a. wskazując, że jest to pisemne porozumienie zawarte między stronami postępowania administracyjnego przed organem I lub II instancji, przed którym toczy się postępowanie administracyjne, zatwierdzone przez ten organ po skontrolowaniu jego prawidłowości. Z kolei inną konsensualną formę działania administracji - porozumienie administracyjne - A. Wiktorowska definiuje jako dwustronną lub wielostronną czynność z zakresu prawa administracyjnego, dokonaną przez podmioty wykonujące administrację publiczną, a dochodzącą do skutku na podstawie zgodnych oświadczeń woli tych podmiotów. Do grupy czynności autorka zalicza czynności cywilnoprawne administracji (czynności, które są podejmowane na podstawie prawa cywilnego), natomiast **do kategorii czynności faktycznych administracji - niejednorodną grupę działań, obejmującą działania**

społeczno-organizacyjne i czynności materialno-techniczne. Te ostatnie, jak podkreśla autorka, będąc czynnościami faktycznymi, oparte są na wyraźnej podstawie prawnej i wywołują konkretne skutki prawne (np. zajęcie rzeczy ruchomej przez poborcę skarbowego, zatrzymanie przez policjanta obywatela popełniającego wykroczenie, sporządzenie protokołu, doręczenie zawiadomienia itp.) [podkr. wł.]” (A. Krawczyk, *Typologia prawnych form działania administracji publicznej*, [w:] *Wykonalność aktu i czynności organu administracji publicznej*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1498813570880_883808746).

Omawiając następnie typologię prawnych form działania administracji publicznej, zaproponowaną przez J. Zimmermanna (*vide* - J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2012, s. 297-345), A. Krawczyk stwierdziła, iż Autor ten uznał, że „z punktu widzenia istoty i celu całego prawa administracyjnego <najważniejsze> są te formy, które służą stosowaniu prawa administracyjnego wobec indywidualnego adresata normy, stojącego poza aparatem administracyjnym. Zdaniem autora, te właśnie formy pozwalają na mówienie o administracyjnym modelu stosowania prawa i te formy mogą być porównywane z instrumentami sądowego modelu stosowania prawa, jakimi są wyroki sądowe. Zbiorną nazwą na oznaczenie tych form jest - jak podkreśla autor - pojęcie aktu administracyjnego. J. Zimmermann uznał jednak za zbędne formułowanie pełnej, zamkniętej definicji tego pojęcia, przedstawił natomiast podstawowe elementy wchodzące w skład różnych definicji aktu administracyjnego. Zaliczył do nich następujące cechy: 1) akt administracyjny to czynność polegająca na zastosowaniu normy prawa administracyjnego; jest to czynność prawna, wywołująca skutki prawne poprzez zawarte w akcie określenie uprawnień lub obowiązków jego adresata, przy czym indywidualna norma prawna, zawarta w akcie administracyjnym, ma tę samą cechę co norma przez nią konkretyzowana – jest bezwzględnie obowiązująca; 2) akt administracyjny jest czynnością podejmowaną przez organ administrujący; 3) akt administracyjnym

jest objawem (oświadczeniem) woli organu; 4) akt administracyjny jest czynnością władczą i jednostronną; 5) akt administracyjny jest czynnością dwustronnie wiążącą; 6) adresatem aktu jest, co do zasady, podmiot zewnętrzny, stojący poza administracją publiczną; 7) akt administracyjny wywołuje skutki w dziedzinie prawa administracyjnego, a czasem również skutki w innych dziedzinach prawa. Wymienione elementy autor zaliczył do cech aktu administracyjnego *sensu stricto*, odróżniając od niego formy zaliczane do aktów administracyjnych *sensu largo*: akty normatywne administracji, akty generalne i akty wewnętrzne. Te ostatnie autor pozostawił poza zakresem rozważań. Za synonim aktu administracyjnego *sensu stricto*, scharakteryzowanego za pomocą czterech przymiotników (jednostronny, zewnętrzny, indywidualny i konkretny) uznał autor używane w języku prawnym i odzwierciedlającej go praktyce funkcjonowania prawa administracyjnego pojęcie decyzji administracyjnej. Podkreślił on jednocześnie, że nie można przy tym tracić z pola widzenia, że <decyzja administracyjna> jest aktem decydowania, czyli czynnością kończącą proces decyzyjny, rozumiany jako ciąg kolejnych czynności zmierzających do wyboru rozstrzygnięcia.

Kolejną, wymienioną przez autora grupę prawnych form działania administracji, stanowią akty i czynności egzekucyjne, wyróżnione przy uwzględnieniu kryterium etapu funkcjonowania prawa administracyjnego. (...)

Trzecia wyróżniona przez J. Zimmermanna kategoria form działania administracji obejmuje - nieuwzględniane w zasadzie w ramach innych typologii - tzw. działania bezpośrednio zobowiązujące, czy też <działania tworzące konkretne sytuacje dla obywateli>. Działaniami bezpośrednio zobowiązującymi autor nazywa działania o charakterze generalnym i konkretnym, do których upoważnienie spotykamy w wielu dziedzinach materialnego prawa administracyjnego, najczęściej w normach prawa o ruchu drogowym. Autor zauważa, że obowiązki uczestników ruchu drogowego mogą wynikać bądź z samej ustawy (nakazy i zakazy ustawowe np. nakaz ruchu prawostronnego), bądź

określają je sygnały świetlne i znaki drogowe, bądź też ich źródło stanowią polecenia i sygnały dawane przez osoby kierujące ruchem lub uprawnione do jego kontroli. Druga z wymienionych kategorii ma charakter generalny i konkretny, gdyż dotyczy zachowania się bliżej nieokreślonych adresatów (każdego), którzy znaleźli się w konkretnym stanie faktycznym i określonym miejscu. Czynnością bezpośrednio zobowiązującą jest zatem pewna całość, na którą składa się zarówno rozstrzygnięcie o obowiązkach (przesądzenie o ustawieniu znaku danej kategorii w konkretnym miejscu), jak i nadanie temu rozstrzygnięciu technicznego wymiaru (ustawienie znaku). **<Bezpośrednie zobowiązanie> omawianych działań polega więc na tym, że w procesie konkretyzacji abstrakcyjnej i generalnej normy prawa administracyjnego zostaje pominięty jeden z typowych etapów, który polega na sformułowaniu aktu administracyjnego indywidualnego i konkretnego (decyzji administracyjnej)** [podkr. wł.]. O ile w tym ostatnim przypadku indywidualne obowiązki powstają po wydaniu takiego aktu, po osiągnięciu przez niego waloru ostateczności, a nawet prawomocności, o tyle w odniesieniu do działań bezpośrednio zobowiązujących ten etap nie jest potrzebny, a indywidualizacja obowiązków wynika ze zdarzeń faktycznych lub sytuacji faktycznej, w jakiej znalazł się adresat. Ponadto działania te, w odróżnieniu od aktu administracyjnego, nie mają charakteru indywidualnego i odnoszą się do każdego adresata, który znajdzie się w konkretnej sytuacji wyznaczonej przez takie działanie (podkr. wł.). Działania te konkretyzują zatem generalną i abstrakcyjną normę prawną jedynie w połowie, są jednak powtarzalne i nie wyczerpują się po jednorazowym ich wykonaniu. Autor zaznacza dalej, że bezpośrednie obowiązywanie dotyczy również obowiązków, które są określane w drodze działań indywidualnych i konkretnych, podejmowanych przez funkcjonariuszy publicznych (znak ręką policjanta, znak <lizakiem>, gwizdek ratownika). W tym wypadku **działanie funkcjonariusza zastępuje typowy akt administracyjny (decyzję administracyjną), gdyż konkretyzuje do końca adresata i jej przedmiot i jest jednorazowo**

(niepowtarzalnie) wykonywanym aktem stosowania prawa (podkr. wł.)” (A. Krawczyk, *Typologia prawnych form działania administracji publicznej*, [w:] *Wykonalność aktu i czynności organu administracji publicznej*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1498813570880_883808746).

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, że, skoro poza przedmiotowym zakresem art. 78 Konstytucji pozostają czynności materialno-techniczne (oraz akty normatywne wywołujące skutki *ex lege*), to **w pierwszej kolejności trzeba rozstrzygnąć, do jakiej kategorii (formy działania uprawnionego) zaliczają się czynności polegające na użyciu lub wykorzystaniu środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej.**

Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 24 maja 2013 r., uprawniony może użyć lub wykorzystać (do celów określonych w tej ustawie) środki przymusu bezpośredniego lub broń palną **wyłącznie w zakresie realizacji zadań ustawowych podmiotu, w którym pełni służbę albo w którym jest zatrudniony.**

Wszak funkcjonariusz Policji nie może użyć środka przymusu bezpośredniego, czyli, przykładowo, zastosować siły fizycznej w postaci technik obezwładnienia, w opozycji do ściśle określonego w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. celu użycia tego środka i bez związku z jedną z, enumeratywnie wymienionych w ustawie o Policji, czynności, do których podjęcia został on uprawniony, a które mieszczą się w granicach zadań Policji.

W tej sytuacji, użycie przez funkcjonariusza Policji wymienionego wyżej środka przymusu bezpośredniego nie może nastąpić w dowolnym celu, lecz tylko w celu, na przykład, wyegzekwowania polecenia okazaniu dokumentu tożsamości („wylegitymowania osoby w celu ustalenia jej tożsamości”), jako jednej z katalogu czynności, do których podjęcia ten funkcjonariusz jest ustawowo uprawniony [*vide* - art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. d w związku z art. 11 pkt 1 ustawy z

dnia 24 maja 2013 r. w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 14 ust. 1 pkt 1 ustawy o Policji].

Inaczej mówiąc, **użycie lub wykorzystanie konkretnego środka przymusu bezpośredniego lub broni palnej przez funkcjonariusza Policji - w tym przypadku siły fizycznej w postaci technik obezwładnienia - nie może nastąpić w związku z jakąkolwiek wykonywaną przez niego czynnością służbową, a tylko z taką czynnością wchodzącą w zakres zadań podmiotu, w którym funkcjonariusz ten pełni służbę (czyli Policji), której podjęcie upoważnia tego funkcjonariusza, oczywiście pod pewnymi warunkami (*vide* - art. 11 ustawy z dnia 24 maja 2013 r.), do użycia lub wykorzystania tego środka przymusu bezpośredniego lub broni palnej.**

W oparciu o przywołane wcześniej poglądy doktryny trzeba przyjąć, że czynności materialno-techniczne, jako jedna z prawnych form działania organów władzy publicznej, to takie czynności, w których władztwo państwa realizowane jest jedynie drogą faktów bez potrzeby wydawania indywidualnego i konkretnego aktu (decyzji). W takim przypadku **akt (decyzja) zostaje zastąpiony, opartym na wyraźnej podstawie prawnej i wywołującym konkretne skutki prawne, działaniem (zachowaniem) faktycznym uprawnionego (podmiotu), które jest jednorazowo (niepowtarzalnie) wykonywanym aktem stosowania prawa.**

Należy przy tym zauważyć, iż w doktrynie do czynności materialno-technicznych **zalicza się na przykład zatrzymanie przez funkcjonariusza Policji obywatela popełniającego wykroczenie** (*vide* - omówiona przez A. Krawczyk typologia prawnych form działania administracji publicznej zaproponowana przez A. Wiktorowską), zatem czynność, o której mowa w art. 15 pkt 2 w związku z art. 14 ust. 1 pkt 1 ustawy o Policji, w ramach której, w przypadkach określonych, między innymi, w art. 11 pkt 10 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. (gdy zachodzi konieczność zatrzymania osoby, udaremnienia jej ucieczki lub pościgu za tą osobą), dopuszczalne jest użycie środków przymusu

bezpośredniego, o których mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1-13 i 17-20 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. (*vide* - art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2013 r.).

Biorąc pod uwagę powyższe oraz to, że czynności użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej **mają wyraźną podstawę prawną** (możliwość dokonania tych czynności wynika wprost z ustawy) i pomimo tego, że dla ich adresatów **wywołują konkretne skutki prawne**, to do ich podjęcia ustawa nie wymaga wydania indywidualnego aktu lub decyzji, należy przyjąć, iż czynności te są **czynnościami materialno-technicznymi**.

Wypada jeszcze raz podkreślić, że czynności materialno-techniczne, mimo iż niekiedy kształtują sytuację prawną jednostki „przez fakty” i jako takie są przykładem stosowania prawa, to jednak, w odróżnieniu od aktów administracyjnych, nie prowadzą do sformułowania indywidualnej i konkretnej normy.

Wszak decyzja piastuna władztwa publicznego - na przykład funkcjonariusza Policji - choćby o użyciu środka przymusu bezpośredniego w celu realizacji czynności wylegitymowania osoby podejrzewanej o dokonanie wykroczenia w celu ustalenia jej tożsamości nie ma charakteru indywidualnego aktu stosowania prawa określającego prawa lub obowiązki strony postępowania (osoba legitymowana nie jest jeszcze i może w ogóle nie być stroną jakiegokolwiek postępowania).

Skoro zatem przedmiotowy zakres art. 78 Konstytucji obejmuje tylko rozstrzygnięcia indywidualne (i konkretne), które kształtują lub określają prawa, obowiązki i status prawny stron postępowania (niezależnie od nazwy nadawanej im przez ustawy zwykłe, takie jak: wyrok, postanowienie, zarządzenie, nakaz zapłaty, mandat karny, uchwała), zaś poza tym zakresem pozostają czynności materialno-techniczne organów władzy publicznej (oraz akty normatywne wywołujące skutki *ex lege*), zaś zastosowanie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej są czynnościami materialno-

technicznymi, to art. 78 Konstytucji nie jest w niniejszej sprawie odpowiednim (adekwatnym) wzorcem kontroli zaskarżonych regulacji.

Nieodpowiedniość (nieadekwatność) wzorca kontroli z art. 78 Konstytucji oznacza jednoczesny brak konstytucyjnego nakazu uregulowania kwestii pominiętej w sposób wskazany przez Rzecznika Praw Obywatelskich, co, w rezultacie, wskazuje na brak w niniejszej sprawie jednej z **koniecznych przesłanek** dopuszczalności merytorycznej oceny zarzutu Rzecznika jako zarzutu pominięcia prawodawczego.

Sformułowany przez Rzecznika zarzut pod adresem zaskarżonych regulacji w istocie więc zmierza do zakwestionowania zaniechania prawodawczego, co do którego kontrola jego zgodności z Konstytucją jest niedopuszczalna (nie podlega ono kognicji Trybunału Konstytucyjnego).

Reasumując tę część rozważań, należy stwierdzić, że postępowanie w sprawie kontroli zgodności art. 23a ust. 1-3 ustawy o rybactwie śródlądowym; art. 16 i art. 16a ustawy o Policji; art. 23 ustawy o Straży Granicznej; art. 39 ust. 3-5 ustawy - Prawo łowieckie; art. 36 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy o ochronie osób i mienia; art. 14, art. 128 ust. 1 pkt 2 i art. 128 ust. 2 ustawy o BOR; art. 57 ustawy o transporcie drogowym; art. 25 i art. 26 ustawy o ABW oraz AW; art. 109 i art. 110 ust. 7 ustawy o ochronie przyrody; art. 15 ustawy o CBA; art. 30 i art. 30a ustawy o SKW oraz SWW w zakresie, w jakim nie przewidują możliwości złożenia środka zaskarżenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, a także art. 20 ust. 2 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych oraz art. 95a § 1 i 2 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich w zakresie, w jakim unormowania te nie przewidują możliwości złożenia środka zaskarżenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego, **z art. 78 Konstytucji** podlega umorzeniu na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 2 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem

Konstytucyjnym w związku z art. 9 ust. 1 ustawy - Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia.

Ponieważ Wnioskodawca jako zasadniczy wzorzec kontroli zaskarżonych regulacji wskazał właśnie art. 78 Konstytucji, zaś pozostałe wzorce konstytucyjne określił jako związkowe, to, w konsekwencji, umorzeniu - wobec niedopuszczalności wydania orzeczenia - podlega także postępowanie w przedmiocie kontroli zgodności zaskarżonych norm z art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji.

W niniejszej sprawie przepisy art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji nie mogą być przy tym rozpatrywane jako samodzielne wzorce kontroli, a to dlatego że, wprawdzie jest oczywiste, iż stosowanie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej *per se* ogranicza gwarantowane w art. 41 ust. 1 Konstytucji prawo do nietykalności osobistej oraz wolności osobistej i - teoretycznie - mogłyby też (jeżeli ustawowe ograniczenia nie byłyby wystarczające) naruszać zakazy określone w art. 40 Konstytucji, to jednak Wnioskodawca zarzucił zaskarżonym regulacjom wyłącznie to, iż **nie gwarantują zaskarżalności opisanych w nich czynności.**

Odnosnie natomiast wzorców kontroli z art. 13 w związku z art. 3 Konwencji na wstępie należy zauważyć, iż intencją (jak się wydaje) Rzecznika Praw Obywatelskich jest, aby przepisy te były wzorcami samodzielnymi, nie zaś związkowymi (jak w przypadku powiązania art. 78 z art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji).

Wszak w uzasadnieniu wniosku RPO odwołuje się do wymogu „skuteczności” krajowego środka odwoławczego, wprost zawartego w treści art. 13 Konwencji, i podkreśla, że „[s]ytuacja, w której państwo nie ustanowiło jakiegokolwiek procedury, w której zainteresowany mógłby zakwestionować

zastosowany wobec niego środek, **prowadzi wprost do naruszenia** (podkr. wł.) art. 13 Konwencji” (uzasadnienie wniosku, s. 18).

Niezależnie od tego w *petitum* wniosku, po wyrazach „z art. 78 Konstytucji RP w związku z art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji RP oraz” Wnioskodawca nie powtórzył wyrażenia „w związku”, co może oznaczać, że nie potraktował On art. 13 Konwencji (w związku z art. 3 Konwencji) jako wzorca kontroli pozostającego w łączności treściowej z wzorcami konstytucyjnymi.

W związku z powyższym zachodzi jednak pytanie o zakres przedmiotowy art. 13 Konwencji, w porównaniu z zakresem przedmiotowym art. 78 Konstytucji, który to przepis, o czym wcześniej była mowa, nie obejmuje czynności materialno-technicznych organów władzy publicznej oraz aktów normatywnych wywołujących skutki *ex lege*.

Ustalenie **identycznych zakresów przedmiotowych** obu tych wzorców kontroli (konstytucyjnego i konwencyjnego) musiałoby bowiem prowadzić do umorzenia postępowania w niniejszej sprawie wobec niedopuszczalności wydania wyroku - także w sprawie kontroli zgodności zaskarżonych regulacji z art. 13 w związku z art. 3 Konwencji.

Przepis art. 13 Konwencji ma następujące brzmienie:

„Każdy, czyje prawa i wolności zawarte w niniejszej konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe.”.

Nie można nie dostrzec, iż w treści art. 13 Konwencji brakuje zawartego w art. 78 Konstytucji ograniczenia prawa do zaskarżenia jako możliwego tylko w przypadku „orzeczeń i decyzji wydanych w pierwszej instancji”.

W doktrynie zwraca się uwagę na bardzo szeroki zakres przedmiotowy art. 13 Konwencji.

M. A. Nowicki, w komentarzu do art. 13 Konwencji, stwierdził, że przepis ten „- podobnie jak art. 35 ust. 1 Konwencji, z którym jest blisko związany

- wyraża w sposób bezpośredni, wynikający z zasady subsydiarności, obowiązek państwa zapisany w art. 1 Konwencji ochrony praw człowieka w pierwszej kolejności w jego własnym systemie prawnym.

Trybunał zauważył, że z tego wynika, iż niepełne stosowanie gwarancji art. 13 Konwencji mogłoby prowadzić do osłabienia subsydiarnego charakteru działania Trybunału w systemie Konwencji i - w kategoriach ogólniejszych - ograniczenia skuteczności na poziomie krajowym i międzynarodowym systemu ochrony praw człowieka istniejącego na jej podstawie. Tak więc każda rezygnacja z pełnej kontroli istnienia i działania środków prawnych krajowych powoduje, że gwarancje art. 13 Konwencji ulegają osłabieniu i stają się iluzoryczne. Zasada subsydiarności nie może więc oznaczać rezygnacji Trybunału z kontroli skuteczności wchodzących w grę krajowych środków prawnych. Trybunał - podkreślając stanowczo pierwszoplanową rolę krajowych środków prawnych w zapewnieniu odpowiedniego funkcjonowania systemu Konwencji - zwrócił również uwagę, że ich potrzeba jest jeszcze większa w przypadku wielkiej liczby spraw powtarzających się, z których każda wymagałaby od Trybunału ustaleń dotyczących podstawowych faktów oraz wyliczeń wysokości odszkodowania finansowego w razie stwierdzenia naruszenia.

Artykuł ten ma zagwarantować dostępność skutecznego środka odwoławczego na poziomie krajowym, pozwalającego postawić zarzut naruszenia praw i wolności zapisanych w Konwencji, niezależnie od formy, w jakiej są one zagwarantowane w wewnętrznym porządku prawnym. Gwarancje art. 13 Konwencji nie mogą być przejawem dobrej woli państwa czy rezultatem znalezienia praktycznego rozwiązania w konkretnej indywidualnej sytuacji, ale muszą być rozumiane jako konsekwencja rządów prawa, jednej z podstawowych zasad społeczeństwa demokratycznego.

Wynika z tego, że każda osoba domagająca się, w sposób dający się uzasadnić, uznania za pokrzywdzoną naruszeniem Konwencji powinna mieć

do dyspozycji środek odwoławczy umożliwiający właściwe rozpatrzenie jej sprawy i w razie potrzeby naprawienie szkody (podkr. wł.). [...]

Zakres obowiązków państwa na podstawie art. 13 Konwencji różni się w zależności od natury stawianego zarzutu. **Wymagany środek prawny musi jednak być skuteczny prawnie i w praktyce. Słowo <skuteczny> oznacza, iż musi on być odpowiedni i dostępny (podkr. wł.).** Państwa korzystają z pewnej swobody wyboru sposobu wypełnienia swoich zobowiązań wynikających z tego przepisu.

Zgodnie z orzecnictwem środek odwoławczy można uznać za skuteczny jedynie, gdy skarżący może sam bezpośrednio wszcząć odpowiednie postępowanie. Musi on poza tym umożliwiać zapobieżenie działaniom sprzecznym z Konwencją o skutkach potencjalnie nieodwracalnych. (...)

Organy, o których mowa w art. 13 Konwencji, nie muszą być sądami, jeśli jednak nimi nie są, posiadane przez nie uprawnienia i gwarancje są istotne dla oceny skuteczności środka odwoławczego. **Pojedynczy środek może nie spełniać całkowicie wymagań art. 13 Konwencji, ale wystarczający może być zespół środków istniejących w prawie krajowym. Konwencja nie określa, jakie to powinny być środki (podkr. wł.).**” [M. A. Nowicki, *Komentarz do art. 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1500449204131_667151347].

Warto dodać, że w innym fragmencie wspomnianego wyżej komentarza, odnoszącym się do relacji pomiędzy art. 13 a art. 3 Konwencji, M. A. Nowicki wskazał, że „[w] odróżnieniu od spraw na tle długości postępowania sądowego albo niewykonywania wyroków, w których Trybunał zasadniczo się zgodził, że mógłby wystarczyć sam środek odszkodowawczy, **skuteczna ochrona jednostki przed traktowaniem zakazanym w art. 3 Konwencji wymaga również istnienia środka o charakterze prewencyjnym (podkr. wł.).** Jeśli władze ograniczają reakcję na naruszenie wyłącznie do odszkodowania, bez podjęcia równocześnie odpowiednich kroków, aby ustalić i ukarać osoby odpowiedzialne,

często umożliwiają w ten sposób faktyczną bezkarność funkcjonariuszy nadużywających władzy w stosunku do osób pozostających pod ich kontrolą. W rezultacie ogólna ochrona przed torturami oraz niehumanicznym i poniżającym traktowaniem - mimo jej fundamentalnego znaczenia - przestaje być w praktyce skuteczna. **Ze względu na szczególne znaczenie art. 3 Konwencji w systemie Konwencji państwo ma obowiązek stworzyć - oprócz i w uzupełnieniu środka odszkodowawczego - skuteczny mechanizm umożliwiający szybkie przerwanie każdego takiego traktowania** (podkr. wł.). Gdyby było inaczej, sama tylko perspektywa przyszłego odszkodowania legitymizowałaby szczególnie dotkliwe cierpienie w wyniku naruszenia tego kluczowego przepisu Konwencji i w sposób niemożliwy do zaakceptowania osłabiałaby obowiązek dostosowania przez państwo standardów pozbawienia wolności do wymagań Konwencji” (*ibidem*).

Z kolei Z. Kmiecik, analizując prawo do odwołania w ujęciu konstytucyjnym, konwencyjnym oraz prawnoporównawczym, podniósł, że „[p]rawo do odwołania się (zaskarżenia rozstrzygnięcia organu władzy publicznej) może być rozpatrywane również na płaszczyźnie unormowań konwencyjnych, jako konstrukcja międzynarodowego porządku prawnego. Przedmiotem szczególnego zainteresowania nauki prawa w Europie od dłuższego już czasu jest zasada ukształtowana przez art. 13 EKPC (**prawo do skutecznego środka odwoławczego** - [...]). Stosownie do niego każdy, czyje prawa i wolności zawarte w konwencji zostały naruszone, <ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego, także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe>. O swoistości tego rozwiązania przesądza fakt, iż określenie środków ochrony praw i wolności wskazanych w EKPC pozostawiono krajowemu ustawodawstwu i praktyce. Wyprowadzana z art. 13 norma może zatem być uznana za blankietową, jednak spostrzeżenie to wymaga przynajmniej zasygnalizowania problemu konwencyjnego standardu udzielanej ochrony. Wyznaczono go, posługując się

pojęciami skuteczności środka odwoławczego oraz jego rozpoznania przez właściwy organ państwowy. W stosunku do ochrony realizowanej na drodze sądowej wartości te zostały uzupełnione o dyrektywy dające się wywieść z art. 6 ust. 1, będącego *lex specialis* wobec art. 13 EKPC. Uwzględniając tę dystynkcję, ETPC w wyroku z dnia 10 lipca 1998 r. w sprawie 20390/92, *Tinelly and Sons Ltd and others and McElduff and others v. the United Kingdom* zaznaczył, iż wymagania dotyczące <skutecznego środka odwoławczego> dla celów oceny zastosowania art. 13 EKPC są mniej surowe niż dla celów badania przestrzegania art. 6 ust. 1 Konwencji. Ustalenia te zostały skonkretyzowane w wyroku Trybunału z dnia 30 października 1998 r. w sprawie 38212/97, *F.E. v. France*. Przyznano w nim, że istnienie w systemie krajowym prawa do skutecznego środka odwoławczego, w zrealizowaniu którego przeszkadza sposób funkcjonowania prawa, nie zawsze jest wystarczające do spełnienia wymagań z art. 6 ust. 1 EKPC. Stopień dostępności środka odwoławczego gwarantowany w ustawodawstwie krajowym musi być wystarczający na tyle, aby zapewnić jednostce <prawo do sądu>, biorąc pod uwagę zasadę praworządności w demokratycznym społeczeństwie. Aby prawo dostępu do środka odwoławczego było skuteczne, jednostka musi mieć - w przekonaniu ETPC - <jasną, praktyczną możliwość zaskarżenia aktu, który narusza jej prawa>. (...)

W myśl ugruntowanej linii orzeczniczej ETPC środek odwoławczy w rozumieniu art. 13 EKPC ma zapewniać **określony poziom (próg) skuteczności**. Ten punkt widzenia zaprezentowano m.in. w decyzji częściowej Trybunału z dnia 23 października 2001 r. w sprawie 51837/99, *Beller v. Poland*. Przyjęto w niej, iż wspomniany środek <nie oznacza środka, co do którego istnieje pewność, że przyniesie rezultat dla skarżącego, ale zwyczajnie każdy dostępny środek odwoławczy do organu państwowego właściwego dla rozpatrzenia meritum skargi>. Rozpatrując ten problem w odniesieniu do art. 35 ust. 1, korespondującego w swej treści z uregulowaniem z art. 13 EKPC, w decyzji z dnia 28 maja 2002 r. w sprawie 33777/96, *Urbańczyk v. Poland*, ETPC stwierdził,

iż istnienie krajowych środków odwoławczych powinno być <wystarczająco pewne>, zarówno w teorii, jak i w praktyce. W przeciwnym wypadku byłyby one - zdaniem Trybunału - obciążone brakiem <wymaganej dostępności i skuteczności>.

Rozwinięciem tych tez są wywody zamieszczone w wyrokach Trybunału z dnia 20 września 2005 r. w sprawie 27309/95, *Dizman v. Turkey* oraz z dnia 23 września 2004 r. w sprawie 47877/99, *Rachevi v. Bulgaria*. W pierwszym z tych orzeczeń ETPC podkreślił, że art. 13 EKPC zapewnia dostępność na szczeblu krajowym środka umożliwiającego wyegzekwowanie istoty praw i wolności zawartych w konwencji, bez względu na formę, w jakiej mogą one być zabezpieczone w krajowym porządku prawnym. Artykuł 13 rodzi zatem wymaganie, aby postanowienia dotyczące krajowego środka odwoławczego zajmowały się istotą <dającej się uzasadnić skargi> na naruszenie konwencji oraz udzielały odpowiedniej pomocy, mimo iż układające się państwa dysponują pewną swobodą co do sposobu, w jaki wywiązują się ze swych zobowiązań konwencyjnych wynikających z tego przepisu. Niemniej jednak środek odwoławczy, o którym stanowi art. 13 EKPC, musi być <skuteczny>, w szczególności w tym sensie, iż jego stosowanie nie może być w sposób nieuzasadniony utrudniane poprzez działania lub zaniechania organów władzy pozwanego państwa. W drugim z orzeczeń ETPC przypomniał, że zasada wyczerpania wszystkich środków odwoławczych dostępnych w prawie krajowym, do której odwołuje się art. 35 ust. 1 EKPC, zobowiązuje osoby zmierzające do wniesienia swej sprawy przeciwko konkretnemu państwu do Trybunału do skorzystania najpierw z tych środków. W konsekwencji państwa są zwolnione z odpowiedzialności za swoje działania w sytuacji, gdy nie jest im dana możliwość usunięcia naruszenia postanowień konwencji w ramach własnego systemu prawnego. Zasada ta oparta jest na założeniu - odzwierciedlonym w art. 13 EKPC, z którym art. 35 ust. 1 ma ścisły związek - iż istnieje skuteczny środek odwoławczy w systemie prawa krajowego pozwalający zakwestionować

zarzucane naruszenie. Istotnym aspektem tej zasady jest - jak podniósł ETPC - fakt, iż mechanizm ochrony zbudowany przez przepisy konwencji pełni rolę subsydiarną w stosunku do systemów krajowych zabezpieczających prawa człowieka. Również w tym wyroku Trybunał przywołał kryterium <wystarczającej pewności> istnienia środków odwoławczych, traktowanej jako wartość praktyczna, a nie wyłącznie deklaracja prawna.

Analiza orzecznictwa ETPC prowadzi do wniosku, że pojęcie skutecznego środka odwoławczego, którym posługuje się art. 13 EKPC, interpretowane jest w sposób szeroki, jako synonim określenia <**środek ochrony**>. Jego sens najlepiej zdaje się oddawać angielskojęzyczny zwrot *an effective remedy*. Ilustracją przedstawionej tezy jest decyzja Trybunału z dnia 17 października 2000 r. w sprawie 41894/98, *Hay v. the United Kingdom*, w której uznano, że **możliwość uzyskania odszkodowania za śmierć osoby będzie zasadniczo, w zwykłych okolicznościach, stanowić odpowiedni i wystarczający środek odwoławczy (art. 13 EKPC)** [podkr. wł.]. Podobnie wypowiedział się Trybunał w wyroku z dnia 30 stycznia 2001 r. w sprawie 29800/96, *Basic v. Austria*, podnosząc, co następuje: rząd twierdzący, iż środki odwoławcze przewidziane w systemie krajowym nie zostały wyczerpane, jest zobowiązany do wykazania skuteczności i osiągalności danego środka zarówno w praktyce, jak i w prawie w odpowiednim czasie, tj. jego dostępności, możliwości naprawienia powstałej szkody oraz istnienia rozsądnych perspektyw powodzenia w zastosowaniu środka” (Z. Kmiecik, *Prawo do odwołania w ujęciu konstytucyjnym, konwencyjnym oraz prawnoporównawczym*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1500381249413_743615290).

Podsumowaniem rozważań w omawianym zakresie może być fragment komentarza L. Garlickiego i K. Wojtyczka do art. 78 Konstytucji, w którym to komentarzu Autorzy ci stwierdzili, że podmiotowe prawo do zaskarżania pierwszoinstancyjnych orzeczeń i decyzji „zostało unormowane w pewnym zakresie w prawie międzynarodowym. Artykuł 2 ust. 3 MPPOiP

(Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167 - przyp. wł.) zagwarantował każdemu prawo do <środka ochrony prawnej> w celu ochrony praw zagwarantowanych w Pakcie. W praktyce ważniejsze są jednak uregulowania zawarte w EKPC. Jej art. 13 gwarantuje prawo do efektywnego środka prawnego (*remedy* - ang.; *recours* - fr.; w polskim tłumaczeniu urzędowym nazwanego nie do końca poprawnie <skutecznym środkiem odwoławczym>) każdemu, czyje prawa i wolności zagwarantowane w konwencji zostały naruszone. **Należy zauważyć, że zakres tego prawa został ujęty odmiennie niż w konstytucji** (podkr. wł.). Z jednej strony zakres przedmiotowy prawa zagwarantowanego w art. 13 Konwencji wyznaczają wyłącznie prawa i wolności zagwarantowane w tym akcie prawnym (razem z protokołami dodatkowymi). Z drugiej - **środek prawny, o którym mowa w tym przepisie, musi być skuteczny nie tylko w odniesieniu do <orzeczeń i decyzji>, ale również wszelkich innych rodzajów działań i zaniechań władz publicznych prowadzących do naruszenia praw konwencyjnych** (podkr. wł.)” [komentarz L. Garlickiego i K. Wojtyczka do art. 78 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. II. Art. 30-86*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, s. 874].

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że przedmiotowy zakres art. 13 Konwencji jest szerszy od przedmiotowego zakresu art. 78 Konstytucji, ponieważ obejmuje nie tylko „orzeczenia i decyzje wydawane w pierwszej instancji”, ale też powodujące (lub mogące spowodować) szkodę **wszelkie inne rodzaje działań (zaniechań) władz publicznych prowadzących do naruszenia praw konwencyjnych**.

Wszak „skuteczny środek odwoławczy” z art. 13 Konwencji **jest interpretowany w sposób szeroki jako synonim określenia „środek ochrony”**.

Na tej podstawie można sformułować tezę, że do zakresu przedmiotowego art. 13 Konwencji zaliczają się również czynności materialno-techniczne, zaś za

takie czynności należy uznać, o czym wcześniej była mowa, użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej.

Wskazany przez Rzecznika „prawem konwencyjnym”, które w przypadku użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej może zostać naruszone, jest prawo określone w art. 3 Konwencji, który to przepis ma następującą treść:

„Nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu.”.

Komentując ten przepis, M. A. Nowicki stwierdził, że zawiera on „jedną z najbardziej podstawowych wartości demokratycznych społeczeństw. Nawet w najtrudniejszych okolicznościach, takich jak zwalczanie terroryzmu i przestępczości zorganizowanej, Konwencja bezwzględnie zakazuje tortur i nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania. Już wiele lat temu Trybunał podkreślił to w wyroku Tomasi przeciwko Francji. Później wielokrotnie powtarzał, że mimo ogromnych trudności, z jakimi w naszych czasach borykają się państwa, starając się chronić ludność przed przemocą terrorystyczną lub przestępczością zorganizowaną, nie można odstąpić od zasady, że ochrona na podstawie art. 3 Konwencji jest absolutna, niezależna od okoliczności oraz natury stawianych aresztowanemu zarzutów albo motywacji władz, nawet <w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu> (art. 15 ust. 2 Konwencji), a tym bardziej jednostki, zwłaszcza gdy chodzi o wydobywanie od niej informacji, niezależnie od powodów, z jakich władze starają się je uzyskać: ratowania zagrożonego życia człowieka albo postępów w toczącym się śledztwie. Nie ma tu miejsca na wagi rozmaitych mogących wchodzić w grę interesów. Wynika to z podstawy filozoficznej absolutnej natury prawa chronionego w art. 3 Konwencji.

Nawet sama groźba traktowania zakazanego w art. 3 Konwencji może być sprzeczna z tym przepisem, pod warunkiem że jest wystarczająco rzeczywista i możliwa do bezpośredniego zrealizowania.

Z obowiązku zapewnienia przez państwa każdej osobie pozostającej w granicach ich jurysdykcji zapisanych w niej praw i wolności (art. 1 Konwencji) wynika także, że muszą one podejmować kroki chroniące ją przed torturami, niehumanicznym lub poniżającym traktowaniem albo karaniem. Brak bezpośredniej odpowiedzialności państwa za przemoc powodującą, że wchodzi w grę art. 3 Konwencji, nie zwalnia go zupełnie z obowiązków na podstawie tego przepisu. Państwa muszą bowiem poza tym podejmować działania mające zapewnić, aby osoby pozostające pod ich jurysdykcją nie były poddane zakazanemu traktowaniu również ze strony innych osób.

Zakres obowiązków państwa może być różny w zależności od tego, czy w traktowanie sprzeczne z art. 3 Konwencji zamieszani byli funkcjonariusze państwa, czy wchodziła w grę wyłącznie przemoc ze strony osób prywatnych.

W przypadku osób pozbawionych wolności zakaz złego traktowania wynikający z art. 3 Konwencji odnosi się tak samo do wszelkich jego form niezależnie od celu danego środka; nie ma znaczenia, czy pozbawienie wolności było związane z postępowaniem karnym, czy z umieszczeniem w specjalnym zakładzie dla ochrony życia lub zdrowia.

Trybunał nie może jednak zastępować władz krajowych i wybierać zamiast nich z szerokiego wachlarza możliwych środków tego, który pozwoliłby zapewnić właściwe wypełnienie przez nie obowiązków na podstawie art. 3 Konwencji.

Środki takie powinny zapewniać ochronę skuteczną, zwłaszcza dzieci i innych osób bezbronnych, np. osób w podeszłym wieku czy nieletnich cudzoziemców przebywających w danym kraju nielegalnie i bez opieki dorosłych, oraz obejmować rozsądne kroki umożliwiające zapobieżenie traktowaniu - fizycznemu lub psychicznemu - sprzecznemu z art. 3 Konwencji, w tym przez osoby prywatne, o którym władze wiedziały lub powinny były wiedzieć.

Krajowy mechanizm prewencyjny można uznać za skuteczny, jeśli umożliwia władzom reakcję wyjątkowo szybką i proporcjonalną do uświadomionego ryzyka. (...)

Obowiązek ochrony ciąży na państwie niezależnie od źródła złego traktowania. (...)

Państwo ma na podstawie art. 3 Konwencji obowiązek stworzyć odpowiedni system instrumentów prawnych umożliwiających zapobieganie złemu traktowaniu i karanie za nie, a po dowiedzeniu się przez władze o bezpośrednim ryzyku takiego traktowania albo kiedy już do niego doszło - stosowanie właściwych przepisów w praktyce. W ten sposób zapewnia ochronę ofiarom i prowadzi do ukarania sprawców. Ma swobodę wyboru konkretnych środków ochrony ofiar (...). Muszą one jednak być skuteczne. (...)

W razie zagrożenia państwo powinno się starać doprowadzić swoimi działaniami do uniknięcia szkody, a przynajmniej do jej ograniczenia. Z tego nie wynikał jednak obowiązek zapobieżenia każdej potencjalnej przemocy lub każdemu przestępstwu ze strony innych osób. Państwo odpowiada bezpośrednio za naruszenie praw skarżącego na podstawie art. 3 Konwencji, jeśli jego funkcjonariusze aktywnie ułatwiali zakazane traktowanie i nie podjęli żadnych działań, jakie mogły okazać się w danych okolicznościach konieczne, aby mu zapobiec.

Do naruszeń art. 3 Konwencji może dojść w związku z działaniami sił porządkowych w trakcie rozpraszania demonstracji. Na tym tle pojawiły się m.in. problemy związane ze stosowaniem gazu łzawiącego, a zwłaszcza granatów gazowych. Użycie gazu łzawiącego w takich sytuacjach generalnie nie rodzi problemu na tle art. 3 Konwencji. Inaczej jest jednak w przypadku granatów gazowych, które mogą być bardzo groźne, jeśli policja niewłaściwie ich użyje. Nie wystarczy, że działania takie są dozwolone, muszą być poza tym wystarczająco obwarowane prawem, z odpowiednimi i skutecznymi gwarancjami przeciwko arbitralności, nadużyciom siły albo możliwym do uniknięcia

wypadkom. Przykładowo nie można uznać za odpowiednie działanie policji strzelania granatami gazowymi za pomocą wyrzutni bezpośrednio w tłum zamiast w górę pod odpowiednio dużym kątem. W rezultacie może dojść do poważnych obrażeń, a nawet śmierci. (...)

Nie każde złe traktowanie rodzi problem na tle art. 3 Konwencji. Aby tak się stało, musi ono osiągnąć pewien minimalny poziom dolegliwości. Ocena zależy od takich okoliczności, jak okres złego traktowania, skutki fizyczne i psychiczne oraz w niektórych wypadkach płeć, wiek, stan zdrowia ofiary itp. Inne czynniki to cel danego traktowania wraz z wiążącym się z nim zamiarem lub przyświecającą mu motywacją, chociaż brak zamiaru upodlenia czy poniżenia ofiary nie może rozstrzygająco wykluczać oceny czynu jako <poniżającego>, a więc zakazanego w art. 3 Konwencji, a także jego kontekst, np. atmosfera podwyższonego napięcia i emocje, oraz fakt, że ofiara znajdowała się w sytuacji bezbronności, co ma miejsce zwykle w przypadku pozbawienia wolności, chociaż sam nieuchronny element cierpienia i poniżenia związany z tego rodzaju środkami jako taki nie prowadzi do naruszenia tego artykułu. W sprawie Bouyid przeciwko Belgii Izba uznała, że izolowany incydent, podczas którego policjant uderzył przesłuchiwanego nieletniego ręką w twarz, nie był na tyle poważny, aby go rozważać na tle art. 3 Konwencji. Wielka Izba była jednak innego zdania. Przyznała, że złe traktowanie objęte art. 3 wiąże się zwykle z obrażeniami cielesnymi lub znacznym cierpieniem fizycznym i psychicznym. Podkreśliła jednak, że nawet przy ich braku traktowanie upokarzające lub upadlające jednostkę w sposób wskazujący na brak szacunku lub zamach na jej godność ludzką albo rodzące u niej poczucie strachu, udręki lub podrzędności, zdolne do złamania jej odporności moralnej i fizycznej – może zostać uznane za poniżające i w rezultacie naruszające art. 3 Konwencji. Wystarczy upokorzenie ofiary w jej własnych oczach, nawet jeśli nie w oczach innych. **Tym bardziej że każde użycie siły fizycznej wobec osoby pozbawionej wolności albo bardziej ogólnie - stykającej się z funkcjonariuszami organów stosowania prawa, które nie**

było ściśle konieczne ze względu na jej zachowanie, stanowi zamach na ludzką godność i co do zasady narusza prawo chronione w art. 3 (podkr. wł.). Wielka Izba podkreśliła w tej sprawie po raz kolejny, że koncepcja „poniżające traktowanie” musi być interpretowana w świetle znaczenia poszanowania godności ludzkiej. W jej ocenie uderzenie przez policjanta w twarz osoby będącej całkowicie pod jego kontrolą stanowiło poważny atak na jej godność. Twarz jest częścią ciała wyrażającą indywidualność, manifestującą tożsamość społeczną i stanowiącą ośrodek zmysłów - widzenia, mowy i słyszenia - używanych do komunikowania się z innymi. Do uznania traktowania za poniżające może więc wystarczyć własne poczucie ofiary, że została upokorzona. Może nim być nawet jedno nierozmyślne uderzenie w twarz bez żadnych poważnych albo długotrwałych skutków, zwłaszcza gdy policjant uderzył osobę pozostającą pod jego kontrolą, a więc w sytuacji podkreślającej wyższość i niższość, z definicji charakteryzujące relacje między sprawcą i ofiarą. Osoby przetrzymywane w areszcie policyjnym albo tylko wezwane na posterunek w celu sprawdzenia tożsamości lub na przesłuchanie oraz szerzej – wszyscy pozostający pod kontrolą policji lub podobnego organu, są bezbronni. Władze muszą więc ich chronić. Nie ma w istocie znaczenia, czy policjant rozdrażniony zachowaniem ofiary uderzył w twarz, działając bezmyślnie, czy lekceważąco lub prowokująco.

Trybunał zwrócił również uwagę, że funkcjonariusze organów stosowania prawa wykonujący obowiązki wobec nieletnich muszą uwzględniać ich bezbronność wynikającą z wieku. Zachowanie policji wobec nieletnich może być uznane za niezgodne z wymaganiami art. 3 Konwencji wyłącznie dlatego, że dotyczy takich osób, nawet jeśli byłoby możliwe do zaakceptowania w przypadku dorosłych. W rezultacie funkcjonariusze muszą wykazywać większą wrażliwość i samokontrolę” (M. A. Nowicki, *Komentarz do art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, http://lex/lex/content.rpc?reqId=1500467507185_1961882475).

W kolejnych fragmentach komentarza do art. 3 Konwencji M. A. Nowicki stwierdził, między innymi, że:

- „[n]ajcięższą postacią naruszenia art. 3 Konwencji są tortury. Przy ustalaniu, czy określoną formę złego traktowania należy uważać za tortury, istotna jest różnica między tym pojęciem oraz niehumanitarnym lub poniżającym traktowaniem. Od pewnego czasu organy Konwencji posługują się w zasadzie definicją tortur z art. 1 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 10 grudnia 1984 r. (Dz. U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378). Wynika z niej, że torturą jest każde działanie, za pomocą którego osobie torturowanej umyślnie zadaje się dotkliwy ból lub cierpienie fizyczne bądź psychiczne, aby uzyskać od niej lub od osoby trzeciej informacje lub wyznania, aby ukarać ją za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo za czyn, o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także aby zastraszyć lub wywrzeć nacisk na nią lub osobę trzecią albo w innym celu wynikającym z dyskryminacji w jakiegokolwiek formie, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub też z ich polecenia albo za ich wyraźną czy milczącą zgodą. Określenie to nie obejmuje bólu lub cierpienia wynikającego wyłącznie ze zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie z nimi związanego lub wywołanego przez nie przypadkowo. Przyjmuje się, że tortury są szczególną formą umyślnego, niehumanitarnego traktowania powodującego bardzo poważne i dotkliwe cierpienie”;

- „[g]roźba tortur, jeśli jest realna i możliwa do bezpośredniego zrealizowania, może być uznana przynajmniej za niehumanitarne traktowanie, a nawet za tortury. Wynika to z faktu, że natura tortur obejmuje zarówno ból fizyczny, jak i cierpienia psychiczne. Wywołanie strachu przed fizycznymi torturami może oznaczać tortury psychiczne”;

- „[t]raktowanie, które nie było torturami, może naruszać art. 3 Konwencji ze względu na to, że jest niehumanitarne lub poniżające. Ocena, czy groźba tortur fizycznych oznacza w konkretnym przypadku tortury psychiczne albo niehumanitarne lub poniżające traktowanie, zależy od okoliczności, w tym w szczególności od stopnia wywieranej presji i intensywności psychicznego cierpienia”;

- „[w] pewnych określonych sytuacjach art. 3 Konwencji nie zakazuje użycia siły, musi ona jednak być niezbędna i nie może być nadmierna. W przypadku policji lub innych funkcjonariuszy państwa wymaga się, aby użyta siła była ściśle proporcjonalna do zachowania danej osoby. Dotyczy to również sytuacji, w których jednostka pozostaje już pod całkowitą kontrolą policji czy innej służby (podkr. wł.). Użycie siły wobec więźnia - jeśli nie jest nieodzowne ze względu na jego zachowanie - uderza w ludzką godność i w zasadzie oznacza naruszenie art. 3 Konwencji”;

- „[t]raktowanie jest poniżające, gdy powoduje poczucie strachu i upokorzenia prowadzące do upodlenia. W rezultacie może dojść do załamania fizycznego i psychicznego będącego skutkiem np. sytuacji, w której funkcjonariusze państwa świadomie straszą swoje ofiary, grożąc pozbawieniem życia albo znęcaniem się; inaczej mówiąc, aktami zakazanymi w art. 2 i 3 Konwencji”;

- [k]ażda tortura jest niehumanitarnym i poniżającym traktowaniem, a niehumanitarne traktowanie jest również poniżające. Jednak poniżające traktowanie lub karanie nie musi być również niehumanitarne. Przy ocenie, czy traktowanie jest poniżające w rozumieniu art. 3 Konwencji, jednym z ważnych czynników jest motyw poniżenia lub upodlenia. Traktowanie jest uważane za <poniżające> m.in. wtedy, gdy upokarza jednostkę, okazując brak poszanowania albo uderzając w ludzką godność, której ochrona należy do istoty i racji bytu Konwencji, albo gdy rodzi poczucie strachu, bólu lub niższości mogące złamać daną osobę moralnie i fizycznie. Sam tylko brak zamiaru poniżenia lub upodlenia nie może w sposób

rozstrzygający wykluczyć naruszenia art. 3 Konwencji. Publiczny charakter traktowania może być czynnikiem istotnym lub wzmacniającym przy ocenie, czy było ono poniżające” (*ibidem*).

M. A. Nowicki wskazał, że „[o]chrona na podstawie art. 3 Konwencji ma również aspekt proceduralny. **W razie dającego się uzasadnić zarzutu poważnego znęcania się przez policję lub inne podobne służby, a także osoby prywatne przepis ten wymaga w sposób dorozumiany przeprowadzenia skutecznego urzędowego śledztwa umożliwiającego zidentyfikowanie i ukaranie sprawców** (podkr. wł.). Trybunał po raz pierwszy potwierdził istnienie takiego obowiązku wprost na podstawie art. 3 Konwencji, a nie - jak dotychczas - wyłącznie na tle art. 13 Konwencji, w 1998 r. w wyroku w sprawie Assenov przeciwko Bułgarii, dotyczącej pobicia przez policjantów chłopca romskiego. Wskazał, że w razie braku takiego obowiązku ogólny zakaz tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, niezależnie od jego fundamentalnego znaczenia, pozostałby w praktyce bez znaczenia. Funkcjonariusze państwa mogliby bowiem całkowicie bezkarnie łamać prawa osób pozostających pod ich kontrolą.

Nawet jeśli zakres obowiązków proceduralnych państwa może się różnić w sprawach dotyczących traktowania sprzecznego z art. 3 Konwencji z udziałem funkcjonariuszy państwa oraz dotyczących przemocy ze strony osób prywatnych, wymagania urzędowego śledztwa są podobne. Śledztwo musi również umożliwiać ustalenie prawdy o tym, co się zdarzyło.

Musi być niezależne, bezstronne i poddane publicznej kontroli, prowadzone z przykładną starannością i szybko. Oznacza to, że władze muszą podejmować wszelkie uzasadnione i dostępne kroki dla zabezpieczenia dowodów dotyczących zdarzenia, w tym m.in. przesłuchać rzekomego pokrzywdzonego i naocznych świadków, zebrać dowody rzeczowe, a w razie potrzeby zażądać dodatkowych opinii lekarskich. Przy podejmowaniu decyzji o zamknięciu

śledztwa lub jakiegokolwiek innej z tym związanej nie mogą opierać się na pospiesznych wnioskach i niewystarczająco uzasadnionych przesłankach. (...)

Warunkiem wstępnym skuteczności śledztwa jest istnienie przepisów prawa karnego uznających za przestępstwo praktyki sprzeczne z art. 3 Konwencji (podkr. wł.). Brak wystarczającego ustawodawstwa karnego w celu zapobiegania czynom sprzecznym z art. 3 Konwencji i skutecznego ścigania ich sprawców może uniemożliwić władzom ściganie zamachów na tę fundamentalną wartość społeczeństw demokratycznych, ocenę ich wagi, orzekanie odpowiednich kar i wykluczenie nadmiernego osłabienia efektu kary, ze szkodą dla realizacji jej celu prewencyjnego i odstraszającego. (...)

Naruszeń art. 3 Konwencji nie da się z pewnością naprawić wyłącznie w drodze zapłaty odszkodowania. Trybunał podkreślił, że w innym przypadku ochrona przed torturami oraz niehumanitarnym i poniżającym traktowaniem, mimo jej fundamentalnego znaczenia, stałaby się w praktyce nieskuteczna. Zapewnienie koniecznej i wystarczającej naprawy naruszenia wymaga bowiem ogólnie dwóch środków: szczegółowego i skutecznego śledztwa pozwalającego doprowadzić do ustalenia i ukarania sprawców oraz przyznania odszkodowania albo przynajmniej stworzenia rzeczywistej możliwości domagania się i uzyskania go. Nie można jednak wykluczyć, że czasami ze względu na okoliczności konieczne mogą się okazać również inne środki. W razie niekorzystnego wpływu zakazanych metod śledztwa na toczący się proces karny naprawa naruszenia może polegać na uniemożliwieniu dalszych szkód, w tym na wykluczeniu dowodów uzyskanych z naruszeniem art. 3 Konwencji (*ibidem*).

Mając na uwadze cytowane wyżej komentarze doktryny, kontrolę zgodności zaskarżonych przez Rzecznika Praw Obywatelskich regulacji z art. 13 w związku z art. 3 Konwencji należy poprzedzić konstatacją, iż o tym, czy rzeczywiście brakuje gwarancji skutecznego środka zaskarżenia użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, nie

rozstrzyga *per se* treść tych przepisów, w których tego rodzaju gwarancja nie została zawarta, ale ich otoczenie normatywne, w tym także regulacje z zakresu prawa karnego i prawa cywilnego, w których instrumenty kontrolne funkcjonują *erga omnes*, zatem mają zastosowanie także do osób, wobec których użyto lub wykorzystano środki przymusu bezpośredniego lub broń palną.

Jednak zanim owe „skuteczne”, w rozumieniu art. 13 Konwencji, instrumenty kontrolne zostaną nazwane, trzeba stwierdzić, że ustawa z dnia 24 maja 2013 r. *per se* gwarantuje, że użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej **będzie niezbędne i nie będzie nadmierne**, przez co spełniony zostaje warunek, aby użycie lub wykorzystanie tych środków lub tej broni było ściśle proporcjonalne do zachowania danej osoby.

W tym miejscu należy **ponownie** odwołać się do treści chociażby art. 6 i art. 7 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. (*vide* też - cytowane we wcześniejszym fragmencie niniejszego stanowiska - art. 9, art. 14 i art. 15 tej samej ustawy).

Przepis art. 6 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. brzmi następująco:

„Art. 6. 1. Środków przymusu bezpośredniego używa się lub wykorzystuje się je w sposób niezbędny do osiągnięcia celów tego użycia lub wykorzystania, proporcjonalnie do stopnia zagrożenia, wybierając środek o możliwie jak najmniejszej dolegliwości.

2. Broni palnej używa się lub wykorzystuje się ją wyłącznie, jeżeli użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego:

- 1) okazało się niewystarczające do osiągnięcia celów tego użycia lub wykorzystania lub
- 2) nie jest możliwe ze względu na okoliczności zdarzenia.”.

Z kolei jej art. 7 ma następującą treść:

„Art. 7. 1. Środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej używa się lub wykorzystuje się je w sposób wyrządzający możliwie najmniejszą szkodę.

2. Od użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej należy odstąpić, gdy cel ich użycia lub wykorzystania został osiągnięty.

3. Środków przymusu bezpośredniego używa się lub wykorzystuje się je z zachowaniem szczególnej ostrożności, uwzględniając ich właściwości, które mogą stanowić zagrożenie życia lub zdrowia uprawnionego lub innej osoby.

4. Podejmując decyzję o użyciu lub wykorzystaniu broni palnej, należy postępować ze szczególną rozważą i traktować jej użycie jako środek ostateczny.”.

Ponadto, po raz kolejny trzeba zauważyć, iż uprawnieni mogą używać lub wykorzystywać ściśle określone (przypisane im) środki przymusu, i to w ściśle określonych („dedykowanych” tym uprawnionym) sytuacjach (warunkach) [o czym szerzej w dalszej części niniejszego stanowiska], oraz że to ostatnie zastrzeżenie dotyczy również użycia lub wykorzystania przez uprawnionych broni palnej.

Mało tego, ustawa z dnia 24 maja 2013 r. zapewnia możliwość kontroli przez prokuratora użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej w przypadku, gdy w wyniku użycia lub wykorzystania tych środków lub tej broni wystąpiły objawy uzasadniające konieczność udzielenia osobie kwalifikowanej pierwszej pomocy lub medycznych czynności ratunkowych albo nastąpiła śmierć tej osoby lub wyrządzona została szkoda w mieniu znacznej wartości.

W takich bowiem przypadkach „właściwy przełożony lub osoba pełniąca służbę dyżurną niezwłocznie:

- 1) zapewnia w razie potrzeby wezwanie kwalifikowanej pierwszej pomocy lub podmiotów świadczących medyczne czynności ratunkowe osobom poszkodowanym;
- 2) zapewnia zabezpieczenie śladów i dowodów użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego;
- 3) informuje o tym zdarzeniu właściwą miejscowo jednostkę organizacyjną Policji, a w przypadku gdy środków przymusu bezpośredniego użył uprawniony

będący żołnierzem właściwą miejscowo jednostkę organizacyjną Żandarmerii Wojskowej.

2. Przełożony uprawnionego, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 1, 5, 9, 14 albo 19, lub osoba pełniąca służbę dyżurną **powiadamia o zdarzeniu, o którym mowa w ust. 1, właściwego miejscowo prokuratora** (podkr. wł.).

3. Niezależnie od obowiązków, o których mowa w ust. 1, przełożony:

- 1) ustala, czy użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego nastąpiło zgodnie z prawem;
- 2) niezwłoczne powiadamia właściwego przełożonego” (art. 39 ustawy z dnia 24 maja 2013 r.; *vide* też - art. 49 ust. 1 tej ustawy odnoszący się do użycia lub wykorzystania broni palnej).

Powiadomienie prokuratora, o którym wyżej mowa, może powodować wszczęcie postępowania karnego z urzędu w kierunku popełnienia przez uprawnionego określonego rodzajowo przestępstwa (odpowiedniego do skutków użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej), w toku którego badaniu będzie podlegała także legalność działań uprawnionego.

Niezależnie od możliwości wszczęcia przez prokuratora postępowania karnego z urzędu, z wnioskiem o wszczęcie tego postępowania może wystąpić sam pokrzywdzony, zaś - w razie jego śmierci - podmioty określone w art. 52 § 1 k.p.k. (szerzej na ten temat w dalszej części niniejszego stanowiska).

W tym kontekście należy więc zauważyć, iż stanowisko Wnioskodawcy, zgodnie z którym na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, o którym mowa w zaskarżonych przepisach, **w każdej sytuacji ich użycia lub wykorzystania** nie przysługuje (skuteczny) środek zaskarżenia, **nie wydaje się trafne.**

Przechodząc do określenia poszczególnych instrumentów kontrolnych funkcjonujących w bezpośrednim otoczeniu normatywnym zaskarżonych regulacji (chodzi o inne przepisy zawarte w macierzystych ustawach oraz o przepisy zawarte w ustawie z dnia 24 maja 2013 r., zwłaszcza że do niektórych z

tych przepisów zaskarżone regulacje wprost się odwołują), na wstępie nie można nie dostrzec, iż użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej przez **niektórych** uprawnionych (**oczywiście pod warunkiem, że nie wystąpiły skutki, o których mowa w art. 39 i art. 49 ustawy z dnia 23 maja 2013 r.**) już obecnie może zostać skontrolowane pod względem jego legalności przez prokuratora, **na wniosek samego zainteresowanego**, a w przypadku środków przymusu bezpośredniego stosowanych przez pracowników zakładów poprawczych, schronisk dla nieletnich lub młodzieżowych ośrodków wychowawczych kontrolę taką może przeprowadzić sędzia rodzinny sprawujący nadzór nad tą placówką, sąd rodzinny wykonujący środek wychowawczy albo środek poprawczy lub organ, do którego dyspozycji pozostaje nieletni umieszczony w schronisku dla nieletnich, zatem - **także z urzędu**.

Również i w tym kontekście **nie wydaje się trafne** stanowisko Wnioskodawcy, zgodnie z którym na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, o którym mowa **we wszystkich zaskarżonych przepisach**, nie przysługuje (skuteczny) środek zaskarżenia.

Użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej przez niektórych uprawnionych, **wprawdzie nie wprost**, podlega bowiem kontroli zażaleniowej.

I tak, **strażnicy Państwowej Straży Rybackiej** (dalej także: strażnicy PSR) są uprawnieni do używania lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego i broni palnej **wyłącznie w zakresie realizacji przez Państwową Straż Rybacką jej zadań ustawowych, do których należy kontrola przestrzegania ustawy o rybactwie śródlądowym oraz przepisów wydanych na jej podstawie** (*vide* - art. 2 ust. 1 pkt 8 i art. 5 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. w związku z art. 22 ust. 2 ustawy o rybactwie śródlądowym). Kontrola ta realizowana jest przez strażników Państwowej Straży Rybackiej, którzy, „w czasie wykonywania czynności służbowych”, są uprawnieni do:

- „1) kontroli dokumentów uprawniających do połowu ryb u osób dokonujących połowu oraz dokumentów stwierdzających pochodzenie ryb u osób przetwarzających lub wprowadzających ryby do obrotu;
- 2) kontroli ilości masy i gatunków odłowionych ryb, przetwarzanych lub wprowadzanych do obrotu oraz przedmiotów służących do ich połowu;
- 3) zabezpieczenia porzuconych ryb i przedmiotów służących do ich połowu w wypadku niemożności ustalenia ich posiadacza;
- 4) żądania wyjaśnień i wykonywania czynności niezbędnych do przeprowadzania kontroli, a w wypadku uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa lub wykroczenia:
- a) legitymowania osób podejrzanych w celu ustalenia ich tożsamości,
 - b) odebrania za pokwitowaniem ryb i przedmiotów służących do ich połowu, z tym że ryby należy przekazać za pokwitowaniem uprawnionemu do rybactwa, a przedmioty zabezpieczyć,
 - c) zatrzymywania za pokwitowaniem dokumentów, o których mowa w pkt 1, z tym że dokumenty te wraz z wnioskiem o ukaranie przekazuje się w terminie 7 dni do sądu,
 - d) kontroli środków transportowych w celu sprawdzenia zawartości ich ładunku w miejscach związanych z połowem ryb,
 - e) przeszukiwania osób i pomieszczeń na zasadach określonych w Kodeksie postępowania karnego w celu znalezienia przedmiotów mogących stanowić dowód w sprawie lub podlegających przepadkowi,
 - f) doprowadzenia do najbliższego komisariatu lub posterunku Policji osób, w stosunku do których zachodzi potrzeba podjęcia dalszych czynności wyjaśniających;
- 5) dokonywania czynności wyjaśniających w postępowaniu w sprawach o wykroczenia, które zostały określone w przepisach ustawy, udziału w tych sprawach w charakterze oskarżyciela publicznego oraz wnoszenia środków zaskarżenia od rozstrzygnięć zapadłych w tych sprawach;

- 6) nakładania grzywien w drodze mandatu karnego za wykroczenia określone w ustawie;
- 7) żądania niezbędnej pomocy od instytucji państwowych, zwracania się o taką pomoc do jednostek gospodarczych, organizacji społecznych, jak również w nagłych przypadkach do każdego obywatela o udzielenie doraźnej pomocy na zasadach określonych w przepisach o Policji, określających szczegółowo zasady żądania takiej pomocy;
- 8) wstępu i wjazdu:
 - a) do pomieszczeń magazynowych i miejsc składowania ryb oraz na tereny obrębów hodowlanych,
 - b) na tereny pozostające w administracji urzędów morskich, na tereny lasów, zakładów przemysłowych, ośrodków turystyczno-wypoczynkowych, gospodarstw rolnych w zakresie niezbędnym do prowadzenia kontroli na wodach przyległych do tych terenów,
 - c) na wały przeciwpowodziowe, śluzy, tamy, na teren elektrowni, młynów i tartaków wodnych, przepompowni oraz innych urządzeń piętrzących wodę, z wyjątkiem terenów i obiektów Sił Zbrojnych, Straży Granicznej i Policji oraz innych, których szczególne przeznaczenie stanowi informacje niejawne o klauzuli tajności <tajne> lub <ściśle tajne>;
- 9) prowadzenia działań kontrolnych w miejscach wymienionych w pkt 8 bez konieczności uzyskania zgody ich właściciela lub użytkownika;
- 10) noszenia broni palnej krótkiej i broni sygnałowej;
- 11) noszenia kajdanek zakładanych na ręce, ręcznych miotaczy substancji obездwładniających, pałki służbowej i przedmiotów przeznaczonych do obездwładniania osób za pomocą energii elektrycznej” (art. 23 ustawy o rybactwie śródlądowym),

Zgodnie z art. 23a ust. 8 ustawy o rybactwie śródlądowym, **na sposób przeprowadzania czynności wymienionych w art. 23 tej ustawy przysługuje zażalenie do prokuratora.**

Przykładowo, jeżeli strażnik Państwowej Straży Rybackiej podczas kontroli dokumentów uprawniających do połowu ryb u osób dokonujących połowu czy też dokumentów stwierdzających pochodzenie ryb u osób przetwarzających lub wprowadzających ryby do obrotu wyda tym osobom polecenie okazania takich dokumentów i polecenie to nie zostanie wykonane, zaś osoby te podejmą czynności zmierzające bezpośrednio do zamachu na życie, zdrowie lub wolność strażnika, wówczas zaatakowany strażnik może użyć środków przymusu bezpośredniego w postaci siły fizycznej, a gdy to nie zapobiegnie zamachowi, użyć innych środków, na przykład kajdanek (strażnicy PSR mają prawo użyć kajdanek zakładanych **wyłącznie** na ręce) [art. 11 pkt 3, art. 12 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 lit. a i art. 15 ust. 6 ustawy z dnia 24 maja 2013 r. w związku z art. 23 pkt 1 i art. 23a ust. 1 ustawy o rybactwie śródlądowym].

Osoby, wobec których wspomniana czynność kontroli dokumentów została przeprowadzona, mogą złożyć zażalenie do prokuratora na sposób przeprowadzenia tej czynności, **zatem również zażalenie na zastosowane podczas trwania tej czynności środki przymusu bezpośredniego.**

Skoro bowiem każdy środek przymusu bezpośredniego lub broń palna mogą zostać użyte lub wykorzystane przez „uprawnionego” dla celów, określonych w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. wyłącznie w zakresie realizacji ustawowych zadań podmiotu, w którym „uprawniony” pełni służbę lub jest zatrudniony, to **ewentualne** użycie lub wykorzystanie środka przymusu bezpośredniego lub broni palnej **mieści się w sposobie przeprowadzenia tej czynności**, tym bardziej że takie działanie **niewątpliwie służy wykonaniu tej czynności** (bez użycia środka przymusu bezpośredniego lub broni palnej wykonanie konkretnej czynności nie byłoby możliwe).

Wszak „sposób” to nie tylko „<<określona metoda, forma wykonania, ujęcia czegoś; maniera, styl>>: Sposób mówienia, czesania się. Sposób bycia. Sposób ubierania się”, ale też „<<to, co umożliwia uzyskanie, osiągnięcie, wykonanie czegoś; środek, możliwość (podkr. wł.)>> (*Słownik języka*

polskiego. Tom Trzeci R-Ż, pod red. M. Szymczaka, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1981, s. 298).

Zatem osobami uprawnionymi do użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej są osoby, w tym wypadku strażnicy PSR, które wykonują czynności podlegające kontroli w trybie zażaleniowym (*vide* - art. 23a ust. 8 ustawy o rybactwie śródlądowym).

W tej sytuacji, gdyby nawet wprowadzić postulowane przez Wnioskodawcę rozwiązanie, polegające na umożliwieniu osobie (osobom), w stosunku do której (których) użyto lub wykorzystano środek (środki) przymusu bezpośredniego (lub broń palną), złożenia do prokuratora zażalenia na ich „użycie lub wykorzystanie”, to i tak przedmiotem badania prokuratora byłaby - w pierwszej kolejności - sama czynność, której ów środek towarzyszył.

W rezultacie, w rozpoznawanym przypadku (uprawnienia strażników Państwowej Straży Rybackiej) postulowane przez Wnioskodawcę zażalenie „jest konsumowane” przez zażalenie, o którym mowa w art. 23a ust. 8 ustawy o rybactwie śródlądowym.

Reasumując należy stwierdzić, że wprowadzenie do obowiązującego porządku prawnego odrębnego środka kontroli użycia lub wykorzystania środka przymusu bezpośredniego lub broni palnej przez strażników Państwowej Straży Rybackiej, w celu zagwarantowania realizacji konwencyjnego prawa jednostki do złożenia skutecznego środka odwoławczego, **jest zbędne**, gdyż obecnie kontrolę taką zapewnia złożenie zażalenia, o którym mowa w art. 23a ust. 8 ustawy o rybactwie śródlądowym.

Podobne wnioski wynikają z analizy zaskarżonych przez RPO regulacji w kontekście przepisów określających ustawowe zadania uprawnionych będących: **funkcjonariuszami Policji** (*vide* - art. 15 ust. 7 w związku z art. 14 i art. 15 ust. 1 ustawy o Policji), **strażnikami Państwowej Straży Łowieckiej** (*vide* - art. 39 ust. 10 w związku z art. 39 ust. 2 ustawy - Prawo łowieckie), **funkcjonariuszami**

ABW (*vide* - art. 23 ust. 7 w związku z art. 23 ust. 1 ustawy o ABW oraz AW), **funkcjonariuszami CBA** (*vide* - art. 14 ust. 7 ustawy o CBA).

Odnosnie do przypadków użycia środków przymusu bezpośredniego wobec nieletniego umieszczonego w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, zakładzie poprawczym albo schronisku dla nieletnich, to, zgodnie z art. 40 ustawy z dnia 24 maja 2013 r., dyrektor odpowiedniej placówki niezwłocznie powiadamia o tym sędziego rodzinnego sprawującego nadzór nad tą placówką, sąd rodzinny wykonujący środek wychowawczy albo środek poprawczy lub organ, do którego dyspozycji pozostaje nieletni umieszczony w schronisku dla nieletnich, co oznacza, że „powiadomieni”, **w tym w szczególności sędzia rodzinny**, mogą użycie tego środka wobec nieletniego poddać kontroli z urzędu, w ramach przyznanych im kompetencji.

Sędzia rodzinny sprawuje bowiem nadzór nad wykonywaniem orzeczeń o skierowaniu nieletniego do ośrodka kuratorskiego, o umieszczeniu w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, domu pomocy społecznej, podmiocie leczniczym niebędącym przedsiębiorcą, schronisku dla nieletnich i zakładzie poprawczym, jak również decyzji o umieszczeniu w policyjnej izbie dziecka, a nadzór sprawowany przez sędziego rodzinnego obejmuje legalność umieszczenia nieletniego oraz prawidłowość wykonywania orzeczenia, zwłaszcza w zakresie stosowanych metod i środków oddziaływania, warunków, w jakich przebywają nieletni, jak również przestrzegania ich praw i obowiązków, i w tym celu sędzia rodzinny ma w każdym czasie prawo wstępu na teren nadzorowanej jednostki oraz do pomieszczeń, w których przebywają nieletni, a także przeglądania dokumentów i żądania wyjaśnień od administracji odpowiednich zakładów, przeprowadzania na osobności rozmów z nieletnimi oraz badania ich próśb i skarg (*vide* - art. 77 § 1 i 2 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich).

Trzeba dodać, że, zgodnie z art. 77 § 3 ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, „[s]ędzia rodzinny sprawuje nadzór w szczególności przez:

- 1) okresowe kontrole jednostek nadzorowanych lub kontrole przeprowadzane doraźnie obejmujące całokształt spraw poddanych nadzorowi albo niektóre zagadnienia w tym zakresie; okresowe kontrole przeprowadza się co najmniej raz w roku;
- 2) wydawanie zaleceń pokontrolnych oraz kontrolowanie prawidłowości i terminowości ich realizacji;
- 3) podejmowanie w miarę potrzeby innych czynności i decyzji zmierzających do usunięcia uchybień i zapobieżenia ich powstawaniu.

§ 4. Przepisy § 1-3 nie naruszają ustawowych uprawnień prokuratora w tym zakresie.”.

Odnosnie do **funkcjonariuszy Straży Granicznej** ustawodawca wprowadził też przewidział możliwość złożenia przez pokrzywdzonego zażalenia na sposób wykonywania przez tych uprawnionych czynności, jednak gwarancję tę ograniczył tylko do niektórych czynności (*vide* - art. 11 ust. 2a w związku z art. 11 ust. 1 pkt 2, 5, 5a i 7 ustawy o Straży Granicznej).

Podobną konstrukcję przyjęto przy czynnościach wykonywanych przez **funkcjonariuszy SKW** (*vide* - art. 29 ust. 2 w związku z art. 29 ust. 1 ustawy o SKW oraz SWW).

Pozostałe przepisy ustaw, które nakładają uprawnienie do użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, nie zawierają przepisu, z którego **można byłoby wprost wywodzić** uprawnienie pokrzywdzonego do złożenia zażalenia na sposób przeprowadzenia czynności, w ramach których środki te lub broń palna mogą być użyte lub wykorzystane, **zaś pośrednio wywodzić** możliwość przeprowadzenia (równocześnie) kontroli użycia lub wykorzystania przy wykonywaniu tej czynności środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej.

Nie oznacza to jednak, że tego rodzaju uprawnienie w ogóle nie istnieje.

Przykładowo, jednym z uprawnień funkcjonariuszy BOR oraz strażników Straży Marszałkowskiej jest zatrzymanie osób stwarzających w sposób oczywisty

bezpośrednie zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego oraz dla mienia, a także osób w sposób rażąco naruszających porządek publiczny (art. 13 ust. 1 pkt 3 i art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy o BOR).

Jednocześnie w art. 13 ust. 2 ustawy o BOR (przepis ten stosowany jest zarówno do funkcjonariuszy BOR, jak i do strażników Straży Marszałkowskiej) wskazano, że osobie na tej podstawie zatrzymanej przysługują uprawnienia przewidziane w Kodeksie postępowania karnego (dalej: k.p.k.).

Zgodnie z art. 246 § 1 k.p.k., zatrzymanemu przysługuje zażalenie do sądu, w którym zatrzymany może się domagać zbadania zasadności, legalności oraz prawidłowości jego zatrzymania.

Jest oczywiste, że z kręgu dociekań sądu rozpoznającego zażalenie na zatrzymanie nie będzie mógł być wyłączony - gdy tylko zostanie użyty - środek przymusu bezpośredniego (lub broń palna).

Podobne regulacje odwołujące się do trybu i przypadków określonych w przepisach Kodeksu postępowania karnego zawierają inne ustawy, w których dopuszczono uprawnionych do użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej (*vide* - art. 15 ust. 1 pkt 3 [zatrzymanie] i art. 15 ust. 1 pkt 4 [czynność przeszukania osób i pomieszczeń, dalej: przeszukanie] ustawy o Policji, art. 11 ust. 1 pkt 5 [zatrzymanie] i pkt 6 [przeszukanie] ustawy o Straży Granicznej, art. 39 ust. 2 pkt 4 [przeszukanie] ustawy - Prawo łowieckie, art. 14 ust. 1 pkt 3 [zatrzymanie] i 4 [przeszukanie] ustawy o CBA, art. 23 ust. 1 pkt 3 [zatrzymanie] i 4 [przeszukanie] ustawy o ABW oraz AW).

Wreszcie należy (ponownie) zwrócić uwagę, że uprawnieni mogą używać lub wykorzystywać środki przymusu bezpośredniego lub broń palną tylko do celów określonych w ustawie z dnia 24 maja 2013 r. **i wyłącznie w zakresie realizacji zadań ustawowych podmiotów, w których uprawnieni pełnią służbę albo w których są zatrudnieni** (art. 5 ustawy z dnia 24 maja 2013 r.).

Tymczasem w ramach tychże zadań uprawnieni wykonują ściśle określone w ustawie czynności i - niezależnie od normy ogólnej, przewidzianej w

art. 7 ustawy z dnia 24 maja 2013 r., zgodnie z którą środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej używa się lub wykorzystuje się je w sposób wyrządzający możliwie najmniejszą szkodę, **odnoszącej się do wszystkich uprawnionych - w odniesieniu do czynności niektórych uprawnionych (dodatkowo) wprost wskazano w ustawach macierzystych, że czynności te** „powinny być wykonywane w sposób możliwie najmniej naruszający dobra osobiste osoby, wobec której zostają podjęte” (art. 15 ust. 6 ustawy o Policji, art. 11 ust. 1b ustawy o Straży Granicznej, art. 13 ust. 5 i art. 128 ust. 1 ustawy o BOR, art. 23 ust. 6 ustawy o ABW oraz AW i art. 14 ust. 6 ustawy o CBA).

Podobną normę dotyczącą „czynności” zawiera art. 20 ust. 4 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych, który brzmi następująco:

„Czynności, o których mowa w ust. 1, powinny być wykonywane w sposób zapewniający poszanowanie godności ludzkiej oraz innych dóbr osobistych osoby, w stosunku do której zostały podjęte.”.

Ingerencja uprawnionych w konstytucyjne prawa osób, wobec których środki przymusu bezpośredniego lub broń palna zostały użyte lub wykorzystane, może też zostać skontrolowana, co wcześniej już sygnalizowano, bezpośrednio z inicjatywy tych osób (pokrzywdzonych), gdyż mają one prawo do złożenia zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa.

Konkretne przepisy Kodeksu karnego zapewniają bowiem skuteczną ochronę jednostki przed nadmierną tego rodzaju ingerencją ze strony wszystkich uprawnionych (*vide* na przykład - art. 155 k.k. penalizujący nieumyślne spowodowanie śmierci czy art. 189 k.k. penalizujący bezprawne pozbawienie wolności).

Dodać do tego trzeba, iż część osób uprawnionych będzie mogła podlegać odpowiedzialności z art. 231 k.k. (możliwy jest zbieg tego przepisu z innymi przepisami Kodeksu karnego z wyjątkiem art. 228, *vide* - art. 231 § 4 k.k.), penalizującego przekroczenie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariusza publicznego, przy czym w przedmiotowej sprawie

funkcjonariuszami publicznymi są nie tylko funkcjonariusze: Policji, ABW, AW, SKW i SWW (*vide* - art. 115 § 13 k.k.), ale też podmioty traktowane przez ustawodawcę jako funkcjonariusze publiczni (*vide* - art. 23a ust. 9 ustawy o rybactwie śródlądowym w odniesieniu do strażników Państwowej Straży Rybackiej, art. 71 ustawy o Straży Granicznej w odniesieniu do funkcjonariuszy Straży Granicznej, art. 39 ust. 11 ustawy - Prawo łowieckie w odniesieniu do strażników Państwowej Straży Łowieckiej, art. 42 ustawy o ochronie osób i mienia w odniesieniu do pracowników ochrony, art. 60 i art. 128 ust. 4 ustawy o BOR w odniesieniu do, odpowiednio, funkcjonariuszy BOR oraz strażników Straży Marszałkowskiej, art. 79 ust. 1 ustawy o transporcie drogowym w odniesieniu do inspektorów transportu drogowego, art. 104 ust. 2 ustawy o ochronie przyrody w odniesieniu do pracowników Służby Parku Narodowego i art. 75 ustawy o CBA w odniesieniu do funkcjonariuszy CBA).

Uzupełniając trzeba dodać, że w art. 58 ust. 3 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych został spenalizowany czyn popełniony przez członka służby porządkowej lub służby informacyjnej, polegający na tym, że, przekraczając swoje uprawnienia lub nie dopełniając obowiązków, spowodował on zagrożenie bezpieczeństwa imprezy masowej.

Przepisem, który również może posłużyć pokrzywdzonemu do ochrony w postępowaniu karnym jego praw naruszonych w wyniku użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, jest art. 247 k.k. penalizujący znęcanie się nad osobą pozbawioną wolności (§ 1 i 2) oraz dopuszczanie przez funkcjonariusza publicznego, wbrew obowiązkowi, do znęcania się nad taką osobą (§ 3).

Z kolei skuteczne dochodzenie w procesie cywilnym roszczeń majątkowych z tytułu szkody poniesionej w wyniku użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej zapewniają pokrzywdzonemu przepisy art. 415, art. 417, art. 430 oraz art. 444-446 k.c., które mają następujące brzmienie:

„Art. 415. Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia.”;

„Art. 417. § 1. Za szkodę wyrządzoną przez **niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa** (podkr. wł.) lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa.

§ 2. Jeżeli wykonywanie zadań z zakresu władzy publicznej zlecono, na podstawie porozumienia, jednostce samorządu terytorialnego albo innej osobie prawnej, solidarną odpowiedzialność za wyrządzoną szkodę ponosi ich wykonawca oraz zlecająca je jednostka samorządu terytorialnego albo Skarb Państwa.”;

„Art. 430. Kto **na własny rachunek powierza wykonanie czynności osobie, która przy wykonywaniu tej czynności podlega jego kierownictwu i ma obowiązek stosować się do jego wskazówek** (podkr. wł.), ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną z winy tej osoby przy wykonywaniu powierzonej jej czynności.”;

„Art. 444. § 1. W razie uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia naprawienie szkody obejmuje wszelkie wynikłe z tego powodu koszty. Na żądanie poszkodowanego zobowiązany do naprawienia szkody powinien wyłożyć z góry sumę potrzebną na koszty leczenia, a jeżeli poszkodowany stał się inwalidą, także sumę potrzebną na koszty przygotowania do innego zawodu.

§ 2. Jeżeli poszkodowany utracił całkowicie lub częściowo zdolność do pracy zarobkowej albo jeżeli zwiększyły się jego potrzeby lub zmniejszyły widoki powodzenia na przyszłość, może on żądać od zobowiązanego do naprawienia szkody odpowiedniej renty.

§ 3. Jeżeli w chwili wydania wyroku szkody nie da się dokładnie ustalić, poszkodowanemu może być przyznana renta tymczasowa.

Art. 445. § 1. W wypadkach przewidzianych w artykule poprzedzającym sąd może przyznać poszkodowanemu odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę.

§ 2. Przepis powyższy stosuje się również w wypadku pozbawienia wolności oraz w wypadku skłonienia za pomocą podstępów, gwałtu lub nadużycia stosunku zależności do poddania się czynowi nierządному.

§ 3. Roszczenie o zadośćuczynienie przechodzi na spadkobierców tylko wtedy, gdy zostało uznane na piśmie albo gdy powództwo zostało wytoczone za życia poszkodowanego.

Art. 446. § 1. Jeżeli wskutek uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia nastąpiła śmierć poszkodowanego, zobowiązany do naprawienia szkody powinien zwrócić koszty leczenia i pogrzebu temu, kto je poniósł.

§ 2. Osoba, względem której ciążył na zmarłym ustawowy obowiązek alimentacyjny, może żądać od zobowiązanego do naprawienia szkody renty obliczonej stosownie do potrzeb poszkodowanego oraz do możliwości zarobkowych i majątkowych zmarłego przez czas prawdopodobnego trwania obowiązku alimentacyjnego. Takiej samej renty mogą żądać inne osoby bliskie, którym zmarły dobrowolnie i stale dostarczał środków utrzymania, jeżeli z okoliczności wynika, że wymagają tego zasady współżycia społecznego.

§ 3. Sąd może ponadto przyznać najbliższym członkom rodziny zmarłego stosowne odszkodowanie, jeżeli wskutek jego śmierci nastąpiło znaczne pogorszenie ich sytuacji życiowej.

§ 4. Sąd może także przyznać najbliższym członkom rodziny zmarłego odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę.”.

Reasumując, należy stwierdzić, że kontroli ingerencji w konwencyjne prawa osoby, wobec której użyto lub wykorzystano środek przymusu bezpośredniego lub broń palną, nie służy tylko taki środek zaskarżenia, którego

wprowadzenie do zaskarżonych regulacji postuluje Rzecznik Praw Obywatelskich.

Do tego rodzaju kontroli mogą bowiem posłużyć inne instrumenty kontrolne przewidziane w obowiązującym prawie karnym i prawie cywilnym, które, rozpatrywane łącznie, zapewniają pokrzywdzonemu pełną realizację jego praw związanych z użyciem lub wykorzystaniem wobec niego środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej. Nie ma zatem potrzeby wprowadzać w tym zakresie jakichkolwiek innych (nowych), szczególnych regulacji.

Skoro zatem przepis art. 13 Konwencji wymaga, aby środek odwoławczy był skuteczny w prawie krajowym rozumianym jako całość (system wzajemnie powiązanych norm), zaś otoczenie normatywne zaskarżonych przez Rzecznika regulacji już dziś zapewnia skuteczność (w rozumieniu Konwencji) żądań osoby, której prawa zostały naruszone na skutek użycia lub wykorzystania środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, to zaskarżone przepisy w zakresie, w jakim nie przewidują możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego oraz broni palnej albo na użycie lub wykorzystanie tylko środków przymusu bezpośredniego, są zgodne z art. 13 Konwencji, a przez to są także zgodne z art. 3 Konwencji.

Gdyby Trybunał Konstytucyjny nie podzielił przedstawionego wcześniej stanowiska, odnoszącego się do zarzutu niezgodności zaskarżonych przepisów - w zakresie, w jakim nie przewidują możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego oraz broni palnej albo na użycie lub wykorzystanie tylko środków przymusu bezpośredniego - z **art. 78 w związku z art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji**, i uznał, iż zarzut ten **dotyczy, podlegającego kognicji Trybunału, pominięcia prawodawczego**, to, w oparciu o przedstawioną wyżej argumentację zmierzającą do wykazania zgodności zaskarżonych regulacji z art. 13 w związku z art. 3 Konwencji, wnoszę o stwierdzenie, że:

1) przepisy:

a) art. 23a ust. 1-3 ustawy z dnia 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 652); art. 16 i art. 16a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1782 ze zm.); art. 23 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1643 ze zm.); art. 39 ust. 3-5 ustawy z dnia 13 października 1995 r. - Prawo łowieckie (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 2168 ze zm.); art. 36 ust. 1 pkt 4 i 5 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1432 ze zm.); art. 14, art. 128 ust. 1 pkt 2 i art. 128 ust. 2 ustawy z dnia 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 552 ze zm.); art. 57 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1907 ze zm.); art. 25 i art. 26 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1897 ze zm.); art. 109 i art. 110 ust. 7 ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 2134 ze zm.); art. 15 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1310 ze zm.) oraz art. 30 i art. 30a ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1318 ze zm.) w zakresie, w jakim przepisy te nie przewidują możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego lub broni palnej, a także

b) art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych (tekst jednolity - Dz. U. z 2015 r., poz. 2139 ze zm.) i art. 95a § 1 i 2 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 1654) w zakresie, w jakim

przepisy te nie przewidują możliwości złożenia zażalenia na użycie lub wykorzystanie środków przymusu bezpośredniego

- są zgodne z art. 78 w związku z art. 40 i art. 41 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz z art. 13 w związku z art. 3 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, z 1995 r. Nr 36, poz. 175, 176 i 177, z 1998 r. Nr 147, poz. 962 oraz z 2003 r. Nr 42, poz. 364);

2) w zakresie odnoszącym się do art. 11f ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tekst jednolity - Dz. U. z 2016 r., poz. 720 ze zm.) postępowanie podlega umorzeniu - na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w związku z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 13 grudnia 2016 r. - Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego - wobec utraty przez zakwestionowany przepis mocy obowiązującej przed wydaniem orzeczenia przez Trybunał.

Trzeba dodać, iż na dostrzeganie przez Trybunał Konstytucyjny w najnowszym orzecznictwie zbieżności regulacji zawartych w art. 13 Konwencji i art. 78 Konstytucji zwrócili uwagę L. Garlicki i K. Wojtyczek. Ich zdaniem, Trybunał Konstytucyjny zaczął interpretować i stosować art. 78 Konstytucji, biorąc pod uwagę orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (*vide* - komentarz L. Garlickiego i K. Wojtyczka do art. 78 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. II. Art. 30-86*, op. cit., s. 875).

Oznaką obrania przez Trybunał Konstytucyjny właśnie tego kierunku interpretacji art. 78 Konstytucji (poprzez treść art. 13 Konwencji) może być

postanowienie Trybunału z dnia 4 grudnia 2012 r., w sprawie o sygn. akt Ts 139/12.

Sprawa ta dotyczyła skargi konstytucyjnej, w której skarżący domagał się kontroli zgodności art. 429 § 1 k.p.k. w związku z art. 2 w związku z art. 7 k.k.w., między innymi, z art. 45 ust. 1 i art. 78 Konstytucji.

Skarżący wywodził, iż zaskarżone przepisy „są niezgodne z powołanymi wzorcami konstytucyjnymi, gdyż pozbawiają osobę, wobec której wydano decyzję o zastosowaniu środków przymusu bezpośredniego, prawa do sądu i prawa do zaskarzania orzeczeń i decyzji. Przepisy te, ustanawiając zamknięty katalog organów, od których decyzji przysługuje w postępowaniu wykonawczym skarga do sądu, nie pozwalają na zaskarżenie podjętej przez funkcjonariuszy służby więziennej decyzji o zastosowaniu siły wobec osób przebywających w zakładzie karnym. W konsekwencji pozostawiają bez kontroli sądowej naruszenia nietykalności cielesnej oraz godności skazanych” (OTK ZU seria B nr 1/2013, poz. 115).

W uzasadnieniu wydanego w tej sprawie postanowienia o odmowie nadania dalszego biegu skardze konstytucyjnej wobec przekroczenia ustawowego terminu do jej wniesienia Trybunał Konstytucyjny „jedynie na marginesie” wskazał, między innymi, że „[n]ieuzasadnione jest (...) twierdzenie skarżącego, że zaskarżone przepisy naruszają art. 45 ust. 1 oraz art. 78 Konstytucji. Opiera się ono bowiem na uznaniu, że przepisy te nie gwarantują możliwości zaskarżenia w trybie art. 7 § 1 k.k.w. decyzji o użyciu środków przymusu bezpośredniego podjętej przez funkcjonariuszy służby więziennej.

Skarżący nie bierze jednak pod uwagę istnienia środków prawnych innych niż skarga na decyzję organów postępowania wykonawczego, z których osoba pozbawiona wolności może skorzystać, gdy chce zakwestionować legalność i prawidłowość działań podejmowanych przez funkcjonariuszy służby więziennej, w szczególności możliwości złożenia skargi w trybie nadzoru penitencjarnego (podkr. wł.). Kontrola legalności i prawidłowości wykonywania

kary pozbawienia wolności, w tym podejmowania wobec osób przebywających w zakładach karnych czynności polegających na użyciu siły fizycznej i środków przymusu bezpośredniego, mieści się bowiem w zakresie nadzoru penitencjarnego sprawowanego na podstawie art. 32 i nast. k.k.w. oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 26 sierpnia 2003 r. w sprawie sposobu, zakresu i trybu sprawowania nadzoru penitencjarnego (Dz. U. Nr 152, poz. 1496, ze zm.). Zgodnie z art. 33 § 2 k.k.w. badanie skarg osób pozbawionych wolności w tym zakresie należy do kompetencji sędziego penitencjarnego. Nie znajduje więc uzasadnienia zarzut skarżącego, że w sytuacji nieprawidłowego - zdaniem osoby pozbawionej wolności - zastosowania przez funkcjonariuszy służby więziennej przymusu bezpośredniego osoba taka nie ma możliwości odwołania się do sądu (podkr. wł.)” [ibidem].

Nie można przy tym nie dostrzec, iż w powołanym wyżej postanowieniu Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się do kwestii zgodności z art. 78 Konstytucji braku zaskarżalności użycia środków przymusu bezpośredniego przez funkcjonariuszy służby więziennej, nie potraktował tego wzorca kontroli jako nieadekwatnego.

Z tych wszystkich względów, wnoszę jak na wstępie.

z upoważnienia
Prokuratora Generalnego

Robert Hernand
Zastępca Prokuratora Generalnego