Do druku nr 451

PIERWSZY PREZES
SĄDU NAJWYŻSZEGO
RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

BSA II-021-183/16

Warszawa, dnia 10 czerwca 2016 r.

Pan
Adam Podgórski
Zastępca Szefa
Kancelarii Sejmu

Szanowny Panie Ministrze,

W odpowiedzi na pismo z dnia 27 kwietnia 2016 r., GMS-WP-173-113/16 uprzejmie przesyłam uwagi Sądu Najwyższego do ***poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw.***

Z poważaniem

Prof. dr hab. Małgorzata Gersdorf

SEKRETARIAT Z-CY SZEFA KS
L. dz. 13-06-2016
Data wpływu

SĄD NAJWYŻSZY
BIURO STUDIÓW i ANALIZ
Pl. Krasińskich 2/4/6, 00-951 Warszawa

BSA II-021-183/16

Warszawa, dnia 10 czerwca 2016 r.

Opinia
do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 451)

I. Instytucja przedstawiciela społecznego

a. Uwagi ogólne

Zgodnie z uzasadnieniem projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 451) celem nowelizacji art. 90 k.p.k. regulującego instytucję przedstawiciela społecznego jest „poszerzenie możliwości działania w procesie czynnika społecznego w postaci przedstawiciela społecznego. Czynnik ten w szczególności umożliwia społeczną kontrolę nad wymiarem sprawiedliwości oraz prezentowanie sądom stanowisk organizacji społecznych, co niewątpliwie stwarza lepsze warunki do wydania trafnego orzeczenia w sprawie. Należy zatem znieść zbędne bariery udziału przedstawiciela społecznego w procesie karnym oraz zapewnić regulacje zapewniające mu najpełniejsze prezentowanie stanowiska organizacji społecznej".

Cel w postaci poszerzenia możliwości udziału czynnika społecznego w procesie karnym, jako taki, zasługuje na aprobatę. Należy jednak podkreślić, że niezbędna profesjonalizacja procesu karnego, a także konieczność zapewnienia sprawności toczących się postępowań sprawiają, że ramy udziału czynnika społecznego powinny uwzględniać także i te dwie ważne kwestie. Ocena proponowanych zmian musi zatem zostać dokonana i z tej perspektywy.

Projekt ustawy nowelizującej treść art. 90 k.p.k. w pierwszej kolejności modyfikuje warunki dopuszczenia organizacji społecznej do udziału w toczącym się postępowaniu karnym. Nadal przesłanką dopuszczenia pozostaje potrzeba ochrony interesu społecznego (art. 90 § 1 k.p.k.). Kolejną przesłanką jest potrzeba ochrony interesu indywidualnego, choć już bez kwantyfikatora, że ma to być interes ważny. Oba te rodzaje interesu muszą być objęte zadaniami statutowymi danej organizacji społecznej. Wskazany w zgłoszeniu organizacji społecznej interes społeczny lub indywidualny musi być także związany z rozpoznawaną sprawą. Nową przesłanką dopuszczenia przedstawiciela społecznego do procesu karnego jest zgoda co najmniej jednej ze stron postępowania (art. 90 § 3 k.p.k.). Przesłanka ta ma jednak charakter względny. Pomimo bowiem braku zgody możliwe jest dopuszczenie przedstawiciela organizacji społecznej do procesu, jeżeli leży to w interesie wymiaru sprawiedliwości.

W uzasadnieniu do projektu ustawy wskazano, że celem nowelizacji jest „zlikwidowanie przejawów arbitralności sądu w dopuszczeniu przedstawiciela organizacji społecznej do udziału w sprawie". W tym kontekście należy w pierwszej kolejności zauważyć, że użycie terminu arbitralność zdaje się zakładać, iż obecne ukształtowanie przepisu art. 90 k.p.k. prowadzi w praktyce do wadliwości polegających na niedopuszczaniu przedstawicieli społecznych w tych sytuacjach, gdy byłoby to zasadne. Tymczasem jednak brak jest danych empirycznych, które pozwoliłyby zweryfikować, czy tak rzeczywiście jest. Zresztą sam Projektodawca takich danych nie przytacza. Należy zatem stwierdzić, że proponuje się zmianę stanu prawnego, która nie została poprzedzona analizą funkcjonowania obecnie obowiązujących unormowań. Oczywiście nie można zanegować, że *de lege lata* przesłanki dopuszczenia przedstawiciela społecznego do procesu oparte są na bardzo ogólnych i podatnych na rozbieżne interpretacje klauzulach generalnych. To jednak nie może prowadzić automatycznie do wniosku, że brak dookreślenia przesłanek dopuszczenia organizacji społecznej skutkuje nadużywaniem przez sąd przyznanej mu władzy dyskrecjonalnej. Ponadto należy pamiętać, że wymagania ustawowe (w tym w szczególności wymóg nieskazitelności charakteru) oraz proces powoływania na stanowisko sędziego zmierzają do powierzenia sprawowania wymiaru sprawiedliwości osobom cechującym się najwyższymi walorami etycznymi i merytorycznymi. W tym zatem świetle sam fakt pozostawienia sędziemu, niekiedy nawet szerokiego luzu decyzyjnego, sam w sobie nie może być oceniany

negatywnie. Konkludując, bez wykazania, że istniejące przepisy w praktyce prowadzą do wadliwości w procesie dopuszczania przedstawicieli organizacji społecznych do udziału w procesie, proponowane zmiany należy ocenić przynajmniej jako przedwczesne.

Proponowane w projekcie ustawy rozwiązania regulujące zasady dopuszczania organizacji społecznej do udziału w postępowaniu budzą również wątpliwości z perspektywy możliwości zrealizowania założonego przez ustawodawcę celu w postaci wyeliminowania arbitralności w decydowaniu o tej kwestii. Należy bowiem odnotować, że proponowane brzmienie art. 90 § 5 k.p.k. obliguje sąd do odmowy dopuszczenia przedstawiciela organizacji społecznej, jeżeli stwierdzi, że wskazany w zgłoszeniu interes społeczny lub indywidualny nie jest objęty zadaniami statutowymi tej organizacji lub nie jest związany z rozpoznawaną sprawą. W kontekście projektu rozwiązanie to należy ocenić jako niezbędne, biorąc pod uwagę, że obok zgody stron przewidziane są inne przesłanki dopuszczenia przedstawiciela organizacji społecznej. Brak regulacji zawartej w art. 90 § 5 k.p.k. prowadziłby bowiem do sytuacji, w której zgoda strony skutkowałaby obowiązkiem dopuszczenia przez sąd przedstawiciela organizacji społecznej nawet w przypadku niespełnienia innych ustawowych warunków. Należy jednak podkreślić, że ocena czy wskazany przez daną organizację interes społeczny lub indywidualny jest związany z rozpoznawaną sprawą pozostawia sądowi dość szeroki margines uznania. Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku, gdy wbrew stronom sąd decyduje, że udział przedstawiciela społecznego leży w interesie wymiaru sprawiedliwości. Wprowadzone przepisy nie likwidują zatem, jak wskazuje się w uzasadnieniu do projektu ustawy, uznaniowości sądu w decydowaniu o dopuszczeniu przedstawiciela społecznego. Można zatem wątpić czy dodanie przesłanki zgody jednej ze stron postępowania będzie stanowić remedium na rzekomą arbitralność ocen sądu w przedmiocie dopuszczenia organizacji społecznej do udziału w procesie karnym, a w konsekwencji czy będzie miało realny wpływ na zakres stosowania omawianej instytucji karnoprocesowej.

Istotną konsekwencją nowelizacji przesłanek dopuszczenia do udziału w procesie karnym organizacji społecznej jest zmiana istoty instytucji przedstawiciela społecznego. Eliminacja przesłanki ważnego interesu indywidualnego sprawia, że zasadne staje się pytanie o to, czy przedstawiciel społeczny nadal powinien być uznawany, jak dotychczas, za rzecznika interesu społecznego. Skoro bowiem jego

rolą może być obrona każdego interesu prywatnego, to w takiej sytuacji trudno twierdzić, że to ostatnie pozostaje w jakiejkolwiek relacji do interesu publicznego, czego jeszcze można byłoby bronić w przypadku istnienia przesłanki ważnego interesu prywatnego (por. K. Marszał wskazuje, że najczęściej interes indywidualny jest także broniony w interesie ogółu, por. K. Marszał, *Przedstawiciel społeczny w procesie karnym*, Problemy Prawa Karnego 2001, nr 24, s. 121). W proponowanym projekcie ustawy przedstawiciel społeczny broniący interesu prywatnego upodabnia się w swoim charakterze do roli pełnomocnika, obrońcy czy przedstawiciela ustawowego (oczywiście bez przynależnych im uprawnień). W doktrynie słusznie krytykuje się takie rozwiązanie, wskazując, że nie przyczyni się to do ożywienia instytucji przedstawiciela społecznego (por. K. Papke-Olszauskas, K. Woźniewski, *Przedstawiciel społeczny w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia*, Gdańskie Studia Prawnicze 2003, t. XI, s.151). Ponadto, biorąc pod uwagę zakres uprawnień przedstawiciela społecznego trudno uznać, że byłby on w stanie skutecznie bronić interesu prywatnego.

b. Uwagi szczegółowe

Na pozytywną ocenę zasługuje uporządkowanie terminologii związanej z udziałem organizacji społecznej w procesie karnym. Słusznie w art. 90 § 1 k.p.k. projektu wskazuje się, że udział w procesie zgłasza organizacja społeczna, a nie przedstawiciel tej organizacji jak w obecnym brzmieniu tego przepisu. Przedstawiciel biorący udział w procesie reprezentuje bowiem tylko tę organizację. Pozytywnie należy ocenić również doprecyzowanie w art. 90 § 2 k.p.k. wymogów odnoszących się do treści zgłoszenia organizacji społecznej.

Nie rodzi uwag krytycznych zniesienie terminu na zgłoszenie udziału organizacji społecznej w postępowaniu karnym. Nawet bowiem uczynienie tego w toku przewodu sądowego nie powoduje negatywnych konsekwencji dla sprawnego przebiegu procesu. Tym samym poszerzono możliwość wzięcia udziału przez organizację społeczną w procesie karnym, ale bez zagrożenia dla rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym terminie (art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.).

Negatywnie należy ocenić brak regulacji precyzującej, kto może być przedstawicielem organizacji społecznej. Warto zauważyć, że w doktrynie formułuje się stanowiska, że sąd nie ma możliwości ingerencji w powyższy wybór. Tymczasem

oczywiste jest, że nie powinien to być np. uczestnik toczącego się postępowania (por. uwagi w: K. Papke-Olszauskas, K. Woźniewski, *Przedstawiciel społeczny...*, s.154-155, 158). Słuszne zatem staranie ustawodawcy o doprecyzowanie przepisów regulujących udział organizacji społecznej w postępowaniu karnym w tym zakresie wymaga uzupełnienia.

Zastrzeżenia budzi brzmienie przepisu art. 90 § 6 k.p.k. O ile sam ten przepis jest w kontekście całokształtu proponowanych rozwiązań normatywnych uzasadniony, o tyle może on rodzić negatywne konsekwencje w postaci przedłużenia czasu trwania postępowania. Jest to realne w sytuacji, w której postępowanie toczy się pod nieobecność oskarżonego (innego uczestnika postępowania). W takim bowiem wypadku sąd musi na piśmie wezwać te osoby do wskazania przedstawicieli organizacji społecznych, którzy będą mogli występować w sprawie. Dodatkowo brak jest ustawowego terminu, w którym osoba uprawniona ma możliwość odpowiedzi na powyższe wezwanie (np. podobnego do tego, który unormowany został w art. 353 § 5 k.p.k.).

Wątpliwości budzi celowość umożliwienia wypowiedzenia się przedstawicielowi organizacji społecznej w każdej sprawie w toku głosów końcowych – art. 406 § 1 k.p.k. (zmiany w art. 1 pkt 6-10 projektu ustawy). Podobnie jak w przypadku przesłanek dopuszczenia organizacji społecznej do procesu karnego ustawodawca nie wskazał na empiryczne dowody wskazujące, że aktualny stan prawny, w którym sąd decyduje o tym „w miarę potrzeby", wymaga korekty. Biorąc pod uwagę, że przedstawiciel społeczny ma nieograniczone prawo wypowiadania się w trakcie postępowania oraz przedstawienia stanowiska na piśmie, refleksji wymaga zasadność wyposażenia go także w prawo do zabrania głosu w toku głosów końcowych. W przypadku postępowań o złożonej podmiotowo strukturze może to oznaczać, że prawo do wypowiedzi będzie miało np. kilku przedstawicieli społecznych, co negatywnie wpłynie na czas trwania postępowania.

II. Podejmowanie korespondencji przez pełnomocnika i obrońcę

Nie budzi zastrzeżeń rozwiązanie przewidziane w projektowanym art. 133 § 2a k.p.k. Może ono przyczynić się do usprawnienia odbioru korespondencji kierowanej do pełnomocników i obrońców, a zarazem nie niesie niebezpieczeństwa,

że korespondencję procesową mogłyby odbierać osoby, których zachowanie naraziłoby na niebezpieczeństwo konfidencjonalność jej treści.

III. Wyłączenie jawności rozprawy

a. Nowelizacja przepisu art. 357 k.p.k.

Zasadnicza krytyka aktualnego brzmienia przepisu art. 357 k.p.k. zasadza się na założeniu ustawodawcy, że przepis ten „uzależnia (...) udzielenie przez sąd zezwolenia na utrwalanie obrazu i dźwięku z przebiegu rozprawy od wystąpienia niedookreślonych treściowo przesłanek, które powodują, że decyzja w tym przedmiocie – przy jej niezaskarżalności – niejednokrotnie podejmowana jest w sposób arbitralny". Podobnie zatem jak w przypadku zmian dotyczących udziału organizacji społecznej w procesie karnym, nowelizacja art. 357 k.p.k. ma zmierzać do eliminacji rzekomej arbitralności decyzji sądu. Projektodawca nie przedstawia jednak żadnych danych, które uzasadniałyby zasadność powyższego stanowiska. Ponadto należy odnotować, że prowadzone przez doktrynę badania empiryczne nad jawnością procesu karnego nie pozwalają na formułowanie stanowiska o niezasadnym uniemożliwianiu przedstawicielom mediów utrwalania przebiegu postępowania karnego (por. Por. K. Nowicki, *Sprawozdanie z badań akt postępowań karnych* [w:] J. Skorupka (red.), *Jawność procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 468). Proponowane zmiany oparte są zatem na założeniach, których zasadności nie zweryfikowano.

Uzasadnienie projektu ustawy dość jednostronnie akcentuje zalety dopuszczenia środków masowego przekazu na salę rozpraw, nie podnosząc potencjalnych zagrożeń, które mogą się z tym wiązać. Tymczasem nie można bagatelizować choćby zagrożenia polegającego na wykorzystywaniu utrwalonego materiału z rozprawy w sposób, który budzi zastrzeżenia odnośnie do rzetelności i standardów etyki dziennikarskiej. Wniosek ten jest tym bardziej uzasadniony jeżeli zważyć, że sędziowie i prokuratorzy będącymi rzecznikami prasowymi jako najważniejsze problemy we współpracy z środkami masowego przekazu wskazują nieznajomość prawa oraz brak rzetelności (por. M. Kuźma, *Sprawozdanie z badań ankietowych przeprowadzonych wśród rzeczników prasowych prokuratur i sądów* w:] J. Skorupka (red.), *Jawność...*, s. 538). Dodatkowo warto zwrócić uwagę na to, że

nieograniczony w zasadzie rozwój internetowych mediów przekazu informacji czyni szeroki krąg osób – niekoniecznie posiadających ugruntowane przygotowanie dziennikarskie (w tym dotyczące etyki dziennikarskiej) – potencjalnym adresatem dopuszczenia do utrwalania przebiegu rozprawy. Trudno zatem uznać, jak stwierdza Projektodawca w uzasadnieniu projektu ustawy, że „w realiach społeczeństwa informacyjnego utrwalanie i transmisja przebiegu rozprawy przez przedstawicieli środków masowego przekazu stanowi element jawności rozprawy" i że za wprowadzenie obowiązku dopuszczenia przedstawiciela środków masowego przekazu przemawia *ex definitione* uzasadniony interes społeczny. Warto również podkreślić, że nie we wszystkich krajach demokratycznych dopuszcza się w ogóle utrwalanie audiowizualne przebiegu rozprawy. Nie można wreszcie zapominać, że nagrywanie przebiegu rozprawy nie jest jedynym sposobem umożliwiającym relacjonowanie jej przebiegu. Przedstawiciele środków masowego przekazu mają nieograniczone możliwości innego utrwalania przebiegu procesu (np. przez udział w rozprawie i sporządzenie notatek pisemnych). Jest prawdą, jak twierdzi Projektodawca, że przekaz medialny „służy informowaniu społeczeństwa o przebiegu procesu, realizując funkcje jawności rozprawy: kontroli rzetelności i prawidłowości procesu, przestrzeganiu gwarancji procesowych jego uczestników oraz kształtowaniu postaw legalistycznych i świadomości prawnej społeczeństwa". Warunkiem jednak powyższego jest rzetelne relacjonowanie rozprawy karnej. W przypadku bowiem braku owej rzetelności przekaz medialny osiągnie dokładnie odwrotne skutki od pożądanych.

W powyższym świetle wprowadzenie zasady, że sąd nie ma możliwości niedopuszczenia do utrwalania przebiegu rozprawy jawi się jako nieproporcjonalne. Biorąc pod uwagę skalę zagrożeń jakie wiążą się z publikowaniem nagrań z sali rozpraw, mechanizm pozwalający sądowi ważyć racje przemawiające za i przeciw utrwalaniu przebiegu rozprawy wydaje się bardziej uzasadniony.

Wątpliwości budzi treść art. 357 § 4 k.p.k. Przepis ten przewiduje, że sąd zarządza opuszczenie sali rozpraw przez przedstawicieli środków masowego przekazu, którzy zakłócają przebieg rozprawy. Tymczasem wzorem art. 48 § 1 u.s.p. lepszym rozwiązaniem byłoby przyjęcie, że sąd upomina przedstawicieli środków masowego przekazu, którzy zakłócają przebieg rozprawy, a dopiero po bezskutecznym upomnieniu zarządza opuszczenie sali rozpraw. W proponowanym kształcie art. 357 § 4 k.p.k. jawi się jako nazbyt restrykcyjny.

Krytycznie należy ocenić treść art. 357 § 5 k.p.k. Nie znajduje bowiem uzasadnienia ograniczenie zakresu zastosowania tego przepisu wyłącznie do świadków. Skoro ustawodawca uznaje, że obecność środków masowego przekazu może oddziaływać krępująco na świadka, a tym samym zagrażać dokonaniu prawdziwych ustaleń faktycznych, to trudno znaleźć racje dlaczego te same powody nie miałyby prowadzić do zagwarantowania identycznej ochrony oskarżonemu. W interesie wymiaru sprawiedliwości jest bowiem także uzyskanie wiarygodnych wyjaśnień oskarżonego. To, że ten uczestnik postępowania nie ma obowiązku złożenia prawdziwych wyjaśnień nie ma z omawianej perspektywy znaczenia. Interes środków masowego przekazu w transmitowaniu czy odtwarzaniu rozprawy nie może przeważyć nad dążeniem do dokonania prawdziwych ustaleń faktycznych. Zresztą zakaz utrwalenia obrazu i dźwięku nie uniemożliwia mediom relacjonowania przebiegu rozprawy (tego bowiem nie trzeba dokonywać audiowizualnie). Należy być również świadomym tego, że przekaz audiowizualny może rodzić negatywne konsekwencje dla oskarżonego, który w toku postępowania korzysta z domniemania niewinności.

b. Nowelizacja przepisu art. 360 k.p.k.

Ustawodawca proponuje dodanie do art. 360 k.p.k. § 1a, który stanowi, że wyłączenie jawności ze względu na ważny interes pokrzywdzonego lub świadka następuje na wniosek tej osoby. Zmiana ta zmierza do upodmiotowienia wskazanych uczestników postępowania. Warto jednak rozważyć, czy w szczególnych okolicznościach, np. ze względu na nieporadność świadka albo pokrzywdzonego albo nieobecność pokrzywdzonego, nie byłoby zasadne zachowanie prawa sądu do podjęcia decyzji o wyłączeniu jawności procesu bez stosownego wniosku. Trudno dopatrzeć się w tym kontekście realnego zagrożenia, że sąd mógłby podjąć niesłuszną lub pochopną decyzję w tej materii.

Niekonsekwencją ustawodawcy jest brak przyjęcia analogicznego jak w art. 360 § 1a k.p.k. rozwiązania w stosunku do oskarżonego. Skoro przepis art. 360 § 1b k.p.k. nie wyklucza możliwości wyłączenia jawności ze względu na ważny interes oskarżonego, to wydaje się, że inicjowanie tej kwestii powinno zostać ukształtowane na takich samych zasadach jak w przypadku pokrzywdzonego czy świadka.

Krytycznie należy ocenić proponowane brzmienie art. 360 § 1b k.p.k. Przepis art. 45 ust. 2 Konstytucji RP stanowi, że wyłączenie jawności rozprawy może nastąpić ze względu na moralność, bezpieczeństwo państwa i porządek publiczny oraz ze względu na ochronę życia prywatnego stron lub inny ważny interes prywatny. Konstytucja RP nie różnicuje zatem przesłanki ochrony życia prywatnego oraz ważnego interesu prywatnego od tego czyj jest to interes. Oczywiście nie oznacza to, że ustawodawca zwykły nie może uwzględniać szczególnej roli procesowej w jakiej znajduje się dana osoba, której życie prywatne lub interes jest rozważany jako racja przemawiająca za wyłączeniem jawności. Należy jednak zauważyć, że ograniczeniem są w tej materii wskazówki płynące z zasady proporcjonalności. Jeżeli zważyć, że art. 360 § 1b k.p.k. uzależnia wyłączenie jawności od zgody oskarżyciela (w tym np. oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego), to trudno takie rozwiązanie uznać za dające szansę na rzetelne wyważenie racji przemawiających za i przeciw wyłączeniu jawności. Dodatkowo należy podkreślić, że to sąd jest organem dysponującym najdalej idącymi gwarancjami niezawisłości i bezstronności i z tego względu jest najlepiej predestynowanym do tego, aby dokonać w tej sprawie rozstrzygnięcia. Nie można również zapominać, że sam fakt postawienia w stan oskarżenia nie powoduje, że oskarżony staje się osobą, której interes czy dobra osobiste nie podlegają ochronie. Korzysta on bowiem z gwarantowanego także konstytucyjnie domniemania niewinności. W tym świetle brak uwzględnienia konieczności ochrony ważnego interesu prywatnego oskarżonego nie znajduje uzasadnienia, a dodatkowo może prowadzić do zbędnej albo krzywdzącej jego stygmatyzacji.

Na krytyczną ocenę zasługuje proponowane brzmienie art. 360 § 4 i 5 k.p.k. Jak zostało to zaznaczone na wstępie brak jest empirycznych dowodów na to, że instytucja wyłączenia jawności postępowania jest nadużywana. To zaś sprawia, że nie sposób wnioskować, iż wprowadzenie zażalenia na postanowienie w przedmiocie wyłączenia jawności rozprawy jest niezbędne dla zabezpieczenia jawności procesu karnego. Należy ponadto wskazać, że proponowane rozwiązanie może przyczynić się do wydłużenia czasu trwania postępowania i być wykorzystywane jako narzędzie obstrukcji procesowej. W trakcie trwania postępowania zażaleniowego dotyczącego zasadności wydanego postanowienia w przedmiocie wyłączenia jawności rozprawy sprawa może bowiem nie być rozpoznawana (por. § 5 zd. 3 projektu). Dodatkowo należy zauważyć, że zażalenie ma przysługiwać na postanowienie w przedmiocie

wyłączenia jawności rozprawy. Chodzić zatem może o każde postanowienie w tej materii, a więc nie tylko o postanowienie o wyłączeniu jawności rozprawy, ale także o odmowie wyłączenia jawności rozprawy. To zaś znacznie rozszerza katalog zaskarżalnych decyzji procesowych. Wadliwość przepisu art. 360 § 5 k.p.k. polega również na tym, że pozwala on zaskarżać rozstrzygnięcia wydane na podstawie art. 360 § 1-3 k.p.k., gdy tymczasem choćby w kontekście art. 360 § 2 k.p.k. jest to rozwiązanie przynajmniej wątpliwe. Ten ostatni przepis opiera się bowiem na bezspornej przesłance złożenia wniosku o ściganie. Tymczasem proponowana nowelizacji art. 360 k.p.k. sprawia, że wydane na podstawie § 2 k.p.k. postanowienie o wyłączeniu jawności rozprawy będzie mogło zostać zaskarżone, tylko po to, aby przedłużyć czas trwania sprawy i pomimo tego, że nie będzie żadnych zobiektywizowanych wątpliwości odnośnie do zasadności podjętej decyzji.

IV. Nowelizacja przepisów w zakresie tajemnicy lekarskiej (art. 180 k.p.k.; 40 ust. 2a, i 3 ustawy z dnia 5 grudnia 1999 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz art. 14 ust. 2 i 4 ustawy z dnia o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta).

Zasadnicze wątpliwości budzą zmiany dotyczące tajemnicy lekarskiej. Wynikają one z niezrozumienia istoty tajemnicy lekarskiej, gwarancji z niej wynikających oraz, jak się wydaje, braku orientacji w zakresie rzeczywistych problemów związanych z procesami dotyczącymi tzw. błędów lekarskich (art. 2 projektowanej ustawy). Wszak bowiem Projektodawcy nie dostrzegają istniejącej palety możliwości prawnych, która pozwala na pozyskanie informacji medycznej po śmierci pacjenta przez jego osoby bliskie i dlatego proponują, by dysponentem tej tajemnicy po śmierci pacjenta była osoba bliska pacjentowi. I to bowiem ona, w myśl projektowanego art. 40 ust. 2a i 3 ustawy z dnia 5 grudnia 1999 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. 2012 r., poz. 159 z póź. zm.), mogłaby wyrazić zgodę na ujawnienie tajemnicy przez lekarza.

Prawo do tajemnicy jest jednym z podstawowych praw pacjenta. Jego przestrzeganie jest istotnym warunkiem pozyskania przez lekarza zaufania ze strony chorego. Ponadto, prawo pacjenta do domagania się od lekarza zachowania w poufności informacji związanych z leczeniem można wywieść bezpośrednio z

Konstytucji RP, której art. 47 przyznaje obywatelowi prawo do ochrony życia prywatnego, art. 49 - prawo do ochrony tajemnicy komunikowania się, a art. 51 ust. 1 - prawo do ochrony przed ujawnieniem informacji dotyczących jego osoby. Konieczność poszanowania tajemnicy lekarskiej nie jest tylko osobistym zobowiązaniem moralnym każdego lekarza z osobna, które dodatkowo podbudowane jest normą deontologiczną zawartą w Kodeksie Etyki Lekarskiej (KEL), lecz także normą prawną w art. 40 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 roku o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. z 2015 r., poz. 464.) oraz w art. 13 ustawie z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz. U. z 2012 r. poz. 159, z późn. zm.), który wskazuje, że „pacjent ma prawo do zachowania w tajemnicy przez osoby wykonujące zawód medyczny, w tym udzielające mu świadczeń zdrowotnych, informacji z nim związanych, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu medycznego".

Analiza powyższych przepisów oraz wypowiedzi doktryny wskazuje, że tajemnica lekarska obejmuje fakty ustalone przez lekarza lub przekazane mu przez innego lekarza oraz fakty ujawnione przez pacjenta i inne osoby na żądanie lekarza. Nie jest poprawny inny podział - ze względu na charakter wiadomości, tj. na fakty zwykłe oraz fakty poufne ze swej natury, wstydliwe - ponieważ sugeruje, że to zawartość informacji podlega ochronie, a nie poufny charakter relacji, w których zostały one uzyskane (zob. M. Safjan, *Problemy prawne tajemnicy lekarskiej*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 1995, nr 1, s. 11 i 15). Tajemnicą lekarską objęte są zarówno wyniki przeprowadzonych badań, jak i diagnoza postawiona na ich podstawie, historia choroby i uprzednie postępowanie terapeutyczne, metody i postępy w leczeniu, wcześniejsze lub współistniejące schorzenia, hospitalizacje, przyjmowane leki (zob. J. Haberko, R. Kocyłowski, *Szczególna postać tajemnicy lekarskiej w przypadku stosowania technik wspomaganego medycznie rozrodu*, Prawo i Medycyna 2006, nr 2, s. 23). Tajemnica rozciąga się także na wszelkie materiały związane z postawieniem diagnozy lub leczeniem, a więc na zaświadczenia, notatki, kartoteki itp., niezależnie od miejsca i sposobu utrwalenia informacji (por. M. Nesterowicz, *Prawo medyczne*, Toruń 2000, s. 151). Zwrócić też należy uwagę, że tajemnicą lekarską objęte są również wiadomości niezwiązane bezpośrednio ze stanem zdrowia pacjenta, z którymi lekarz zapoznał się przy wykonywaniu zawodu. Mogą to być informacje dotyczące np. działalności pacjenta, stopnia jego inteligencji czy też stanu majątkowego. W sferze tajemnicy zawodowej

lekarza mieścić się będą - obok informacji powierzonych przez samego pacjenta - informacje, które wynikają z samodzielnych ustaleń lekarza. Tajemnicą objęte będą zatem także wiadomości uzyskane niezależnie od woli pacjenta (np. od osoby trzeciej) albo wręcz wbrew jego woli, bez względu na to, czy działanie lekarza bez zgody pacjenta zostanie uznane za bezprawne, czy też będzie usprawiedliwione (por. A. Huk, *Tajemnica zawodowa lekarza*, Prok. i Pr. 2001, nr 6, s. 72). Tak więc tajemnicą objęte są informacje uzyskane od innych niż pacjent osób, np. członków rodziny lub personelu medycznego. Ponadto, pomimo braku bezpośredniego wskazania w przepisie, nie ulega wątpliwości, że tajemnicą objęte są informacje dotyczące nie tylko pacjenta, lecz także innych osób, o których pacjent się wypowiadał, uzyskane przez lekarza w związku z wykonywanym zawodem (zob. M. Filar (w:) M. Filar [i in.], *Odpowiedzialność lekarzy i zakładów opieki zdrowotnej,* Warszawa 2004, s. 227; M. Safjan, *Problemy prawne...*, s. 17-18, i B. Kunicka-Michalska, *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 21).

Istotne jest, że tajemnica lekarska nie ma ograniczenia czasowego, gdyż obowiązek jej zachowania istnieje nawet po śmierci pacjenta. Stanowi to bowiem wyraz poszanowania jego praw, jakie miał za życia (por. I. Bernatek-Zaguła, *Pacjent – konsument czy podopieczny?*, Acta Uniwersytetu Wrocławskiego, Przegląd Prawa i Administracji 2004, nr 60, s. 135). To jednostka jest dysponentem informacji objętych tajemnicą lekarską i tylko ona – co do zasady - decyduje o zakresie ich ewentualnego ujawnienia. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie aby pełnoletni, przytomny, działający z rozeznaniem pacjent upoważnił lekarza do udzielania informacji o jego stanie zdrowia innym osobom (w szczególności jego krewnym). Jeżeli pacjent nie chce tej wiedzy przekazać innym osobom, ani tym bardziej upoważnić te osoby do otrzymania informacji o jego stanie zdrowia np. z uwagi na pozostawanie w sporze z osobami bliskimi, nie można tego aktu woli przełamywać, również po śmierci pacjenta. Trzeba bowiem mieć na względzie to, że pacjent, ujawniając lekarzowi niejednokrotnie bardzo intymne informacje ze swego życia, może traktować go jak swojego powiernika. Oczekuje zatem od niego, iż ten wywiąże się ze swych obowiązków i zachowa dyskrecję. Stanowi to bowiem fundament moralnego obowiązku konfidencji, który wynika z umowy zawartej między chorym i pracownikiem medycznym (por. M. Boratyńska, P. Konieczniak, *Prawa pacjenta*, Warszawa 2001, s. 330; R. Kubiak, *Tajemnica medyczna*, Warszawa 2015, s. 1-2).

Tylko w takich warunkach pacjent będzie skłonny ujawnić informacje dotyczące jego stanu zdrowia, skoro „zaufanie jest podstawą każdej relacji zawodowej i pozazawodowej między psychologiem a klientem" (por. M. Stepulak, *Tajemnica zawodowa psychologa w relacjach osobowych,* Lublin 2002, s. 79). Stanowi ono więc podwalinę tajemnicy zawodowej, zaś poszanowanie intymności i tworzenie atmosfery zaufania ma decydujące znaczenie dla skuteczności procesu leczenia, ponieważ daje możliwość zebrania prawidłowego wywiadu na temat stanu zdrowia pacjenta.

Należy również nadmienić, że w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zwraca się uwagę, iż informacje objęte zakresem tajemnicy lekarskiej immanentnie związane są z prywatnością jednostki, rozumianej jako prawo „do życia własnym życiem, układanym według własnej woli z ograniczeniem do niezbędnego minimum wszelkiej ingerencji zewnętrznej". Prawo do prywatności „odnosi się między innymi do życia osobistego (a więc także zdrowia jednostki)" (wyr. TK z 11.10.2011 r. (K 16/10, OTK-A 2011, Nr 8, poz. 80). Bez wątpienia elementem prawa do prywatności jest prawo do odosobnienia, które obejmuje uprawnienie jednostki do takiego ukształtowania sfery swego życia, by była ona niedostępna dla osób trzecich i wolna od ich ingerencji. Prywatność odnosi się także do ochrony informacji o danej osobie, prawo do prywatności gwarantuje zaś m.in. „pewien stan niezależności, w ramach którego jednostka może decydować o zakresie i zasięgu udostępniania i komunikowania innym osobom informacji o swoim życiu" *J. Braciak*, [w:] *B. Banaszak*, *A. Preisner* (red.), *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, Warszawa 2002, s. 337). Niewątpliwie w grupie takich informacji znajdują się dane dotyczące stanu zdrowia, przebytych chorób, ich leczenia, itd. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. W wyr. z 19.5.1998 r. Trybunał uznał bowiem, że „informacja o stanie zdrowia (rodzaju schorzenia), podana w zaświadczeniu lekarskim w postaci numeru statystycznego choroby, należy do sfery życia prywatnego jednostki" (U 5/97, OTK 1998, Nr 4, poz. 4; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2009, s. 104).

Ingerencja w prawa i wolności obywatelskie, w tym prawo do prywatności, może – w myśl art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – nastąpić tylko wówczas, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia takie muszą być jednak określone ustawowo oraz nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Wszelkie dyspensy od

poszanowania dyskrecji medycznej muszą zatem być silnie uzasadnione podanymi powodami. Ustawodawca wprowadzając rozwiązania dozwalające na dostęp do danych dyskretnych (w tym na możliwość udostępniania dokumentacji medycznej), powinien kierować się wspomnianą zasadą. Przez jej pryzmat można także oceniać obowiązujące unormowania oraz rozważyć potrzebę wprowadzenia nowych rozwiązań. Każdorazowo jednak rozważania ustawodawcy powinny koncentrować się na udzielaniu odpowiedzi na trzy pytania: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków: 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (tzw. proporcjonalność, wspomniana już np. w orzeczeniu TK z 26.I.1993, U.10/92, OTK 1993, s. 32).

Na żadne z tych pytań odpowiedź nie została udzielona w uzasadnieniu projektu. Nie jest nią bynajmniej twierdzenie Projektodawcy, że „w obecnym stanie prawnym zakres tajemnicy lekarskiej jest ujęty zbyt szeroko, uniemożliwiając często osobom najbliższym wobec zmarłego pacjenta dochodzenie roszczeń lub odpowiedzialności wobec osób, które mogły przyczynić się do śmierci pacjenta", i to bez odwołania się do badań dogmatycznych oraz empirycznych. O braku diagnozy praktyki wymiaru sprawiedliwości przez Projektodawców świadczy także teza mówiąca, iż „tajemnica lekarska może być w jednostkowych przypadkach wykorzystywana do ukrywania błędów w leczeniu wbrew interesowi pacjenta. Ujawnienie obiektywnych przyczyn śmierci pacjenta może również leżeć w interesie społecznym". Co więcej, nie jest wiadome o jakie interesy społeczne tu chodzi, ponieważ Projektodawcy nie rozwinęli tego wątku w uzasadnieniu projektu. Należy bowiem pamiętać, że pod tym pojęciem kryją się różne interesy państwa, także grup społecznych oraz poszczególnych osób, co wynika z bogatego orzecznictwa sądów administracyjnych wypracowanego na podstawie art. 7 Kodeksu postępowania administracyjnego. Przyjmuje się, że jest to klauzula generalna, zakładająca, iż odesłanie ma za swój przedmiot wartości funkcjonujące w świadomości społecznej, które to wartości organ odczytuje w procesie stosowania przy podejmowaniu decyzji w indywidualnych sprawach (por. B. Kozicka, M. Pszczyński, *Praworządność a interes indywidualny i interes społeczny – dylematy* imperium et libertas (w:) *Między tradycją a przyszłością w nauce prawa administracyjnego,* red. J. Supernat, Wrocław 2009, s. 395-396).

Projektodawcy wychodzą z założenia, że dysponentem tajemnicy po śmierci pacjenta powinny być osoby najbliższe pacjentowi, ponieważ „łączy go z pacjentem węzeł szczególnego zaufania". Nie zawsze jest tak, że relacje między pacjentem a osobami bliskimi mają charakter poprawny. Można przecież wyobrazić układ, gdy pacjent stara się ukrywać fakt choroby przez osobami bliskim, którymi są małżonek, krewny lub powinowaty do drugiego stopnia w linii prostej, przedstawiciel ustawowy, osoba pozostająca we wspólnym pożyciu lub osoba wskazana przez pacjenta. Jak widać krąg osób jest bardzo szeroki i nie sposób każdorazowo przyjąć, że każdą z nich, uprawnionych do zwolnienia lekarza z tajemnicy lekarskiej, łączy z pacjentem „węzeł szczególnego zaufania". Nie każdej z nich powinna zostać stworzona normatywna możliwość poznania całokształtu okoliczności dotyczących stanu zdrowia pacjenta oraz innych informacji objętych dyskrecją medyczną.

Przepisy projektowane w zakresie art. 181 § 1 i § 1a k.p.k. oraz art. 40 ust. 2a, 3 i 3a ustawy z dnia 5 grudnia 1999 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty nie zasługują na akceptację i z tego względu, że budzą wątpliwości co do możliwości skutecznego zwolnienia lekarza z tajemnicy lekarskiej. Nie trudno wyobrazić sytuację, w której osoby bliskie mają odmienny stosunek do kwestii tajemnicy lekarskiej; jedna z nich widzi potrzebę zwolnienia lekarza z tajemnicy lekarskiej i składa oświadczenie w tym zakresie, zaś druga (np. małżonek) stanowczo się sprzeciwia.

Prima facie kolizję w tym zakresie rozstrzyga projektowany art. 40 ust. 3a ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, który wskazuje, że osobom bliskim przysługuje prawo sprzeciwu wobec zwolnienia z tajemnicy, w sytuacji, w której uznają one, że ujawnienie informacji objętych tajemnicą będzie stanowiło nieproporcjonalne i nieuzasadnione naruszenie dóbr osobistych. Wówczas do zachowania tajemnicy lekarskiej wystarczający jest sprzeciw, choćby jednej z osób bliskich z kręgu osób określonych w ustawie, mimo że pozostałe osoby bliskie mogą wyrażać zgodę na ujawnienie informacji. Pytanie tylko w jakim trybie nastąpi ustalenie i poinformowanie osób bliskich o ewentualnym zwolnieniu lekarza z tajemnicy lekarskiej. Nie sposób bowiem przyjąć, że osoby bliskie będą zawsze komunikowały się wzajemnie w kwestii zwolnienia lekarza z tajemnicy lekarskiej. Trudno też bezkrytycznie przyjąć, że obowiązek ustalenia kręgu osób bliskich i poinformowania ich o prawie do wyrażenia sprzeciwu, na podstawie projektowanego art. 40 ust. 3a ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, będzie ciążył na

lekarzu. Nie wynika on z żadnych przepisów powyższej ustawy, jak również ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Z kolei uznanie, że zwolnienie z tajemnicy lekarskiej będzie następowało bez poinformowania pozostałych osób bliskich o takich krokach przez jedną z osób, o których mowa art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, tworzy ze sprzeciwu regulacje iluzoryczną.

Projektowane przepisy nie określają żadnej szczególnej formy wymaganej dla wyrażenia rzeczonego sprzeciwu. Brak jest wprowadzenia rozwiązania normatywnego, zbliżonego do art. 17 ust. 4 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, w którym wskazuje się, że zgoda oraz sprzeciw, o których mowa w art. 17 ust. 1-3 tej ustawy, „mogą być wyrażone ustnie albo poprzez takie zachowanie osób wymienionych w tych przepisach, które w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje na wolę poddania się proponowanym przez lekarza czynnościom albo brak takiej woli".

Wreszcie, brak potrzeby ograniczenia tajemnicy lekarskiej, w zakresie wskazanym w projekcie, wynika również z obowiązujących rozwiązań prawnych. Po pierwsze, zawsze pacjent pełnoletni, który działa z rozeznaniem może upoważnić lekarza do udzielania informacji o jego stanie zdrowia innym osobom (w szczególności jego osobom bliskim). Uprawnienie to wynika z art. 40 ust. 2 pkt 4 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty oraz w art. 14 ust. 2 pkt 3 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta. Ponadto, prawo do ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę lekarską potwierdza § 8 pkt 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z 21 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów i zakresu dokumentacji medycznej oraz sposobów jej przetwarzania (Dz.U. 2014,177 z późn. zm.). Zgodnie z tym przepisem w dokumentacji indywidualnej wewnętrznej zamieszcza się lub dołącza do niej oświadczenie pacjenta o upoważnieniu osoby bliskiej do uzyskiwania informacji o jego stanie zdrowia oraz udzielonych świadczeniach zdrowotnych, ze wskazaniem jej imienia i nazwiska oraz danych umożliwiających kontakt z tą osobą lub oświadczenie o braku takiego upoważnienia. Upoważnienie to może odnosić się również do udostępnienia informacji o jego stanie zdrowia po śmierci pacjenta. Jak bowiem wywiódł NSA w wyroku z dnia 17 września 2013 r. (II OSK 1539/13) z powyższych przepisów wynika, że „pacjent może obecnie sporządzić takie oświadczenie zarówno w ramach jak i poza dokumentacją medyczną i tylko od jego woli zależało będzie jaką treść i jaki zakres upoważnienia obejmie to oświadczenie.

Jeśli oświadczenie to przybiera najszerszą możliwą formę o upoważnieniu określonej osoby do uzyskiwania dokumentacji medycznej pacjenta po jego śmierci, i zostanie załączone do dokumentacji medycznej określonej jednostki chorobowej, w konkretnej jednostce służby zdrowia, to niezależnie od tego który podmiot medyczny będzie później świadczeniodawcą wytwarzającym dokumentację medyczną, ma obowiązek respektowania oświadczenia wskazującego upoważnioną osobę do uzyskiwania dokumentacji po śmierci pacjenta".

Po drugie, zgodnie z art. 31 ust. 6 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentysty, jeżeli pacjent nie ukończył 16 lat lub jest nieprzytomny bądź niezdolny do zrozumienia znaczenia informacji, lekarz udziela informacji osobie bliskiej w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta.

Po trzecie, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, po śmierci pacjenta „prawo wglądu w dokumentację medyczną ma osoba upoważniona przez pacjenta za życia". Upoważnienie, o którym mowa w powyższym przepisie stanowi odrębną instytucję stworzoną na potrzeby tej ustawy. Nie jest to rodzaj pełnomocnictwa w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Zasadniczą odrębnością jest to, że upoważnienie nie wygasa wraz ze śmiercią pacjenta, ale po jego śmierci nadal wywołuje skutki prawne, podczas gdy klasyczne pełnomocnictwo wygasa wraz ze śmiercią mocodawcy (por. wyrok WSA w Rzeszowie z dnia 13 lipca 2010 r., II SAB/Rz 29/10, LEX nr 602398).

Ponadto, z art. 26 ust. 2 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta nie można wyprowadzić wniosku, że potrzebne jest szczególne upoważnienie na wypadek śmierci pacjenta. Przepis ten jednoznacznie stanowi, że osoba, którą upoważniono do wglądu w dokumentację medyczną za życia pacjenta, ma również takie uprawnienie po śmierci pacjenta. Co więcej, ustawodawca w art. 26 ust. 2 tejże ustawy użył terminu „prawo wglądu w dokumentację medyczną" w przypadku osoby upoważnionej przez zmarłego pacjenta. Mimo że wykładnia językowa może nasuwać wątpliwości interpretacyjne tego sformułowania, jednak wykładnia systemowa i funkcjonalna przemawia za szerokim rozumieniem pojęcia udostępnienia dokumentacji medycznej. Zakładając racjonalność ustawodawcy, nie sposób uznać, że jego celem było zawężenie uprawnień do udostępnienia dokumentacji jedynie do sytuacji śmierci pacjenta w konkretnej placówce medycznej, w której złożył stosowne oświadczenie. Takie ograniczenie uprawnień nie wynika bowiem wprost z żadnych przepisów prawa regulujących prawo dostępu do

dokumentacji medycznej. Jak słusznie wskazał NSA w wyroku z dnia 17 września 2013 r. „nie ma zatem racjonalnego powodu, aby traktować oświadczenie pacjenta złożone w tym konkretnym przypadku w poradni lekarza rodzinnego, ale dotyczące dostępu do jego dokumentacji po śmierci, a upoważniające osobę bliską do uzyskania jej dokumentacji, jako sporządzone tylko na użytek świadczeniodawcy, który założył historię choroby, w której oświadczenie takie się znalazło. Zostało ono bowiem sporządzone w sposób ogólny, na wypadek śmierci, a nie w założeniu, iż do zdarzenia powodującego śmierć pacjenta może dojść tylko w tej konkretnej jednostce medycznej" (por. też D. Karkowska, *Komentarz do art. 26 ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta,* Lex 2016).

Po czwarte, zwrócić należy uwagę na jeszcze jeden akt prawny – zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia z dnia 7 grudnia 2001 r. w sprawie wzoru karty zgonu oraz sposobu jej wypełniania, osobie uprawnionej do pochowania zwłok (pozostały małżonek(ka); krewni zstępni; krewni wstępni; krewni boczni do 4 stopnia pokrewieństwa; powinowaci w linii prostej do 1 stopnia) przekazuje się kartę zgonu, na której również widnieje przyczyna zgonu. Jest to jedyne odstępstwo od zasady udostępniania dokumentów zawierających dane medyczne z procesu leczenia zmarłego pacjenta tylko i wyłącznie osobom wskazanym przez niego za życia do dostępu do dokumentów medycznych, a odstępstwo to dotyczy tylko karty zgonu.

Po piąte, wreszcie, projektowane przepisy dotyczące tajemnicy lekarskiej ograniczają rolę sądu, jako organu bezstronnego przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie zwolnienia lekarza z tajemnicy lekarskiej. Przekazanie tego uprawnienia osobie bliskiej pacjentowi nie daje możliwości prawidłowej oceny czy w konkretnej sprawie występuje rzeczywista potrzeba „procesowego" ujawnienia informacji objętych tajemnicą lekarską. Zwrócić należy uwagę, że zgodnie z art. 180 § 2 k.p.k. taka możliwość będzie istniała, gdy sąd ustali istnienie dwóch kryteriów, od których kumulatywnego spełnienia uzależniona jest możliwość zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej, tj.: musi tego wymagać dobro wymiaru sprawiedliwości oraz dana okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Ponadto przepis art. 180 § 2 k.p.k. wymaga, by przesłuchanie osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy lekarskiej było niezbędne dla wskazanych celów.

O ile pojęcie „dobra wymiaru sprawiedliwości" jest ogólne, o tyle drugie z kryteriów wskazanych w art. 180 § 2 k.p.k., tj. brak innych środków dowodowych jest

konkretne, wymierne i sprawdzalne. Ponieważ o zwolnieniu z tajemnicy lekarskiej decyduje sąd, jako organ bezstronny i jednocześnie stojący na straży praworządności w demokratycznym państwie prawa, należy przyjąć, że podjęta decyzja procesowa, zmierzająca do wyjątkowego wzruszenia zakazu dowodowego w imię dobra wymiaru sprawiedliwości, w swej logice uwzględnia istotę praw i wolności obywatelskich zawarowanych w Konstytucji RP. Ochrona tajemnicy lekarskiej jest jedną z gwarancji prawidłowego wykonywania zawodu lekarza, jako zawodu zaufania publicznego - gwarancją, której celem nie jest ochrona „komfortu" lekarza, lecz ochrona zaufania, którym obdarzył go pacjent. Stąd właściwe docenienie rangi tej tajemnicy zawodowej i jej miejsca w organizacji życia społecznego jest nieodłącznym elementem całego systemu ochrony prawnej oraz warunkiem *sine qua non* prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości w demokratycznym państwie prawnym (art. 2 Konstytucji RP), zaś z tego powodu należyte respektowanie tej tajemnicy leży także w dobrze pojętym interesie publicznym. Nie sposób poszanowana takich wartości odnaleźć w projektowanych rozwiązaniach.

V. Wniosek prokuratora o przekazanie sprawy w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia (art. 5 projektu)

Wśród przepisów przejściowych największe kontrowersje wywołuje propozycja normatywna przewidująca przekazanie sprawy przez sąd na wniosek prokuratora w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia w razie ujawnienia w postępowaniu sądowym istotnych okoliczności, konieczności poszukiwania dowodów lub wystąpienia konieczności przeprowadzenia innych czynności mających na celu wyjaśnienie okoliczności sprawy. Zakres normowania projektowanego przepisu art. 5 ustawy dotyczy spraw, w których przed wejściem w życie projektowanych zmian skierowany został do sądu akt oskarżenia, wniosek o wydanie wyroku skazującego, wniosek o warunkowe umorzenie postępowania karnego lub wniosek o umorzenie postępowania i orzeczenie środka zabezpieczającego. Ponadto, dotyczy on trzech stanów prawnych, tj. zarówno postępowań wszczętych przed 1 lipca 2015 r., po tej dacie i po 15 kwietnia 2016 r. aż do momentu wejścia w życie art. 5 projektowanej noweli, a więc postępowań karnych toczących się według różnych reguł postępowania w zakresie dowodów. Nadto, zwrot sprawy w przypadku wystąpienia z wnioskiem ma charakter obligatoryjny, choć ograniczony jest negatywnymi

konsekwencjami w postaci ryzyka, że po upływie 6 miesięcy od przekazania sprawcy, wniosek zostanie uznany za cofnięcie aktu oskarżenia.

Wprowadzenie takiej regulacji, o tak szerokim zakresie stosowania, niezależnie od przyjętego modelu postępowania jurysdykcyjnego, powinno zostać właściwie uzasadnione, ponieważ stanowi kolejny wyjątek w kodeksowej zasadzie skargowości. Rzecz jasna, instytucja przekazania sprawy w celu uzupełnienia postępowania przygotowawczego, której zastosowanie skutkuje cofnięciem procesu karnego do postępowania przygotowawczego i ustaniem zawisłości sprawy przed sądem mimo uprzedniego wniesienia zasadniczej skargi karnej, stanowi także wyłom w zakresie realizacji zasady ciągłości rozprawy oraz prowadzi do unicestwienia dotychczasowego postępowania sądowego, które może znajdować się na etapie końcowym. Tymczasem lektura uzasadnienia projektu nie wskazuje na istnienie przesłanek merytorycznych przemawiających za potrzebą wprowadzenia ekstraordynaryjnej podstawy przekazania sprawy w celu uzupełnienia postępowania przygotowawczego. Nie sposób za takie uzasadnienie uznać wskazanie, że „w wyniku częściowego uchylenia tajemnicy lekarskiej lub interwencji organizacji społecznych może dojść do pojawienia się nowych okoliczności, konieczności poszukiwania nowych dowodów lub choćby uzasadnionego podejrzenia, że zebrany materiał dowodowy zawiera znaczne braki, które wymagają uzupełnienia w postępowaniu przygotowawczym. Jeśli braki te mają charakter ograniczony ich uzupełnienie może nastąpić w trakcie rozprawy. Jeśli natomiast mają one znacznie szerszy charakter brak jest obecnie przepisów pozwalających na ich skuteczne uzupełnienie bez nadmiernego przedłużania postępowania sądowego". Gdyby rzeczywiście wolą Projektodawców było powiązanie przepisu art. 5 projektu ustawy ze zmianami w zakresie tajemnicy lekarskiej, zakres normowania przepisu art. 5 projektu ustawy byłby zasadniczo węższy. Wbrew twierdzeniu Projektodawców obejmuje on wszystkie rodzajowo sprawy karne, a nie tylko te, związane z odpowiedzialnością za tzw. błędy w sztuce lekarskiej. Nie jest to jedyny zarzut wobec projektowanej regulacji.

Innym argumentem przeciwko projektowanemu rozwiązaniu jest to, że w stanie prawnym sprzed 1 lipca 2015 r., jak również po 15 kwietnia 2016 r. istniały (art. 345 i 346 k.p.k.) oraz *de lege lata* istnieją (art. 344a i 344b) na gruncie Kodeksu postępowania karnego rozwiązania normatywne pozwalające na przekazanie sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia, jeżeli akta sprawy

wskazują na istotne braki tego postępowania, zwłaszcza na potrzebę poszukiwania dowodów, zaś dokonanie niezbędnych czynności przez sąd powodowałoby znaczne trudności. Nie ma więc potrzeby wprowadzenia nowego rozwiązania, które będzie stanowiło rozwiązanie konkurencyjne dla obowiązującej instytucji.

De lege lata na podstawie art. 344a k.p.k. zwrot sprawy prokuratorowi w celu usunięcia rzeczonych braków postępowania przygotowawczego ma miejsce, zarówno wówczas, gdy postanowienie o przekazaniu sprawy zapada w wyniku inicjatywy prezesa sądu w ramach wstępnej kontroli aktu oskarżenia, jak i wtedy, gdy braki zostały ujawnione po doręczeniu oskarżonemu aktu oskarżenia i wyznaczeniu rozprawy głównej, ale przed jej rozpoczęciem. Ponadto, w razie uchylenia zapadłego wyroku, przez sąd wyższy w trybie środka odwoławczego i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji, sąd ten - w obu stanach prawnych - może skorzystać przed rozprawą z możliwości zwrotu sprawy prokuratorowi, o ile zachodzą ku temu podstawy. Mimo że organem podejmującym decyzję w tym zakresie jest sąd, który dokonuje oceny czy doszło do kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek: tj. nie doszło do rozpoczęcia rozprawy głównej; stwierdzono istotne braki postępowania przygotowawczego oraz usunięcie przez sąd braków postępowania powodowałoby znaczne trudności, zwłaszcza gdy dotyczą one poszukiwania dowodów, to zawsze ze stosownym wnioskiem może wystąpić prokurator na postawie art. 9 § 2 k.p.k.

Projektowane rozwianie idzie jednak dalej. Pozwala na przekazanie sprawy w celu uzupełnienia postępowania przygotowawczego z każdej fazy postępowania sądowego, w tym także z rozprawy głównej, przez co negatywnie wpłynie na cza trwania postępowania karnego. Każdorazowy zwrot sprawy prokuratorowi z etapu rozprawy głównej będzie stwarzał ryzyko naruszenia prawa do rozstrzygnięcia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki, a tym samym budził wątpliwości natury konstytucyjnej. W tym miejscu warto jedynie podnieść, że prawo to stanowi istotny element konstytucyjnego prawa do sądu (por. postanowienie TK z dnia 30 października 2006 r., S 3/06, OTK-A 2006, nr 9, poz. 146), albowiem skuteczność tego prawa jest ściśle powiązana z brakiem przewlekłości w toku postępowania. Jak podkreśla się w doktrynie, prawo do sądu jest traktowane jako jedno z podstawowych praw człowieka, ponieważ zapewnia skuteczną ochronę i realizację innych podstawowych praw. Wśród najistotniejszych elementów tego prawa mieści się prawo do rzetelnego procesu sądowego, w tym zagwarantowanie każdemu

podmiotowi możliwości rozpatrzenia i rozstrzygnięcia przez sąd przedstawionej przez niego sprawy w „rozsądnym terminie" („bez nieuzasadnionej zwłoki") (por. K. Gonera, *Przewlekłość postępowania w sprawach cywilnych*, Przegląd Sądowy 2005, nr 11–12, s. 3). W konsekwencji na płaszczyźnie proceduralnej podstawowe znaczenie zagwarantowania prawa do sądu ma nakaz rozpatrzenia sprawy przez sąd „bez nieuzasadnionej zwłoki" („w rozsądnym terminie"), albowiem szybkość, sprawność i efektywność są jednymi z podstawowych wartości sądowego stosowania prawa, jak też warunkami skuteczności prawa w ogóle. W sposób oczywisty przyjęcie art. 5 projektu ustawy doprowadzi do wydłużenia postępowania jurysdykcyjnego i to w sposób niezawiniony przez sąd, gdyż zwrot sprawy będzie miał charakter obligatoryjny. Sąd będzie zmuszony przekazać sprawę prokuratorowi, gdy ten wystąpi z wnioskiem jednocześnie uzasadniając go ujawnieniem się istotnych okoliczności, koniecznością poszukiwania dowodów lub wystąpieniem konieczność przeprowadzenia innych czynności mających na celu wyjaśnienie okoliczności sprawy.

Objęcie zakresem projektowanego art. 5 ustawy aktów oskarżenia, które zostały wniesione po 15 kwietnia 2016 r. pozostanie w rozbieżności z treścią art. 396a k.p.k., który został dodany ustawą nowelizującą z 11 marca 2016 r. (Dz. U. 2016 r., poz. 437). Zgodnie z jego treścią, jeżeli w toku rozprawy ujawnią się istotne braki postępowania przygotowawczego, a ich usunięcie przez sąd uniemożliwiałoby wydanie prawidłowego orzeczenia w rozsądnym terminie sąd może przerwać albo odroczyć rozprawę, zakreślając oskarżycielowi publicznemu termin do przedstawienia dowodów, których przeprowadzenie pozwoliłoby na usunięcie dostrzeżonych braków. Oskarżyciel publiczny w celu zebrania dowodów może przedsięwziąć osobiście, a prokurator także zlecić Policji dokonanie niezbędnych czynności dowodowych, zaś w przypadku niemożności dotrzymania zakreślonego terminu oskarżyciel publiczny może zwrócić się do sądu o jego przedłużenie. Analiza przepisu art. 396a k.p.k. prowadzi do wniosku, że cel, który chcą osiągnąć Projektodawcy za pomocą przepisu przejściowego, może zostać zrealizowany za pomocą istniejącego już w Kodeksu postępowania karnego rozwiązania normatywnego. Gdy braki postępowania przygotowawczego nie są istotne, wystarczające byłoby przerwanie lub odroczenie rozprawy głównej na podstawie art. 396 a § 1 k.p.k. Nietrudno zauważyć, że taka czynność procesowa pozwalałaby

zapewniać ciągłość rozprawy, czyniłaby zadość szybkości postępowania oraz nie unicestwiałaby dotychczasowego postępowania sądowego.

Podobnie – jak się zdaje – podejść także należy do oceny projektowanej instytucji w stosunku do skierowanych do sądu aktów oskarżenia, wniosków o wydanie wyroku skazującego, wniosków o warunkowe umorzenie postępowania lub wniosków o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego, w okresie między 1 lipca 2015 r. a 14 kwietnia 2016 r. W tym wypadku zwrot sprawy spowoduje, że postępowanie sądowe nie będzie już kontynuowane w oparciu o regulacje Kodeksu postępowania karnego wrażające zwiększoną kontradyktoryjność postępowania sądowego, zaś sąd będzie zobowiązany ponownie przeprowadzić dowody, które przed zwrotem sprawy ujawniły się w toku rozprawy głównej. Nastąpi to wówczas, gdy prokurator złoży nowy akt oskarżenia, wniosek o wydanie wyroku skazującego, wniosek o warunkowe umorzenie postępowania, wniosek o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego. Tylko w sytuacji podtrzymania poprzedniego aktu oskarżenia lub wniosku, nie później niż w terminie 6 miesięcy od przekazania sprawy, sprawy będą kontynuowane na podstawie przepisów obowiązujących między 1 lipca 2015 r. a 14 kwietnia 2016 r. Jednak w tej sytuacji instytucja zwrotu sprawy pozostaje w sprzeczności z obowiązującym w tych datach modelem postępowania karnego, tj. modelem nastawionym na większą kontradyktoryjności postepowania jurysdykcyjnego, która stwarza najlepsze warunki do wyjaśnienia prawdy materialnej i najlepiej służy poszanowaniu praw uczestników postępowania. W postępowaniu sądowym cechującym się elementami kontradyktoryjnymi traci sens kontrolowanie wniesionego do sądu aktu oskarżenia pod kątem kompletności przedstawionego wraz z aktem oskarżenia materiału dowodowego. Jest to bowiem rzeczą oskarżyciela, a nie sądu.