

107/7/A/2009

WYROK

z dnia 9 lipca 2009 r.

Sygn. akt K 31/08*

W imieniu Rzeczypospolitej Polskiej

Trybunał Konstytucyjny w składzie:

Zbigniew Cieślak – przewodniczący

Stanisław Biernat

Maria Gintowt-Jankowicz

Ewa Łętowska – sprawozdawca

Mirosław Wyrzykowski,

protokolant: Krzysztof Zalecki,

po rozpoznaniu, z udziałem wnioskodawcy oraz Sejmu, Prezesa Rady Ministrów i Prokuratora Generalnego, na rozprawie w dniu 9 lipca 2009 r., wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności:

- 1) art. 53 ust. 3 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o dyscyplinie wojskowej (Dz. U. z 2002 r. Nr 42, poz. 370, ze zm.) z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej;
- 2) art. 129 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 710) z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;
- 3) § 21 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 2003 r. w sprawie udzielania wyróżnień i przeprowadzania postępowań dyscyplinarnych wobec funkcjonariuszy Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 160, poz. 1557, ze zm.) z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji;
- 4) § 20 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2004 r. w sprawie udzielania wyróżnień i przeprowadzania postępowań dyscyplinarnych wobec funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Dz. U. Nr 272, poz. 2690) z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji,

o r z e k a:

1. Art. 53 ust. 3 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o dyscyplinie wojskowej (Dz. U. z 2002 r. Nr 42, poz. 370 i Nr 240, poz. 2052, z 2003 r. Nr 179, poz. 1750 oraz z 2007 r. Nr 176, poz. 1242) w zakresie, w jakim uniemożliwia żołnierzowi objętemu postępowaniem dyscyplinarnym ustanowienie obrońcy spośród adwokatów lub radców prawnych, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

2. Art. 129 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 710) w zakresie, w jakim umożliwia osobie obwinionej wybór obrońcy w

* Sentencja została ogłoszona dnia 20 lipca 2009 r. w Dz. U. Nr 114, poz. 957.

postępowaniu dyscyplinarnym wyłącznie spośród funkcjonariuszy, jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Ponadto p o s t a n a w i a:

na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, z 2000 r. Nr 48, poz. 552 i Nr 53, poz. 638, z 2001 r. Nr 98, poz. 1070, z 2005 r. Nr 169, poz. 1417 oraz z 2009 r. Nr 56, poz. 459) umorzyć postępowanie w pozostałym zakresie.

UZASADNIENIE

I

1. Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności: 1) art. 53 ust. 3 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o dyscyplinie wojskowej (Dz. U. z 2002 r. Nr 42, poz. 370, ze zm.; dalej: ustawa o dyscyplinie wojskowej) z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, 2) art. 129 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 710; dalej: ustawa o służbie funkcjonariuszy SKW oraz SWW) z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, 3) § 21 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 2003 r. w sprawie udzielania wyróżnień i przeprowadzania postępowań dyscyplinarnych wobec funkcjonariuszy Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 160, poz. 1557, ze zm.; dalej: rozporządzenie Prezesa RM z 20 sierpnia 2003 r.) z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, 4) § 20 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2004 r. w sprawie udzielania wyróżnień i przeprowadzania postępowań dyscyplinarnych wobec funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Dz. U. Nr 272, poz. 2690; dalej: rozporządzenie Prezesa RM z 20 grudnia 2004 r.) z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

1.1. Rzecznik Praw Obywatelskich poinformował, że wpływają do niego skargi zawierające zarzuty dotyczące przepisów ograniczających prawo do obrony w postępowaniach dyscyplinarnych prowadzonych w stosunku do żołnierzy, funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego. Istota tych skarg sprowadza się do tego, że funkcjonariusze wymienionych służb i żołnierze w toku postępowań dyscyplinarnych nie mogą korzystać z pomocy profesjonalnych obrońców. Skarżący powołują się na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 marca 2007 r. (sygn. K 47/05, OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27), w którym Trybunał Konstytucyjny uznał za niezgodne z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji przepisy ograniczające wyłącznie do funkcjonariuszy danej służby krąg podmiotów, spośród których obwiniony funkcjonariusz Policji, Straży Granicznej oraz Służby Celnej może wybrać sobie obrońcę w postępowaniu dyscyplinarnym.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 19 marca 2007 r. został wykonany przez ustawodawcę ustawą z dnia 28 marca 2008 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 86, poz. 521) oraz ustawą z dnia 18 marca 2008 r. o zmianie ustawy o Służbie Celnej (Dz. U. Nr 53, poz. 311) w ten sposób, że od daty wejścia w życie tych ustaw obrońcą w postępowaniu dyscyplinarnym może być oprócz wskazanego przez obwinionego funkcjonariusza także adwokat albo radca prawny. Ustawodawca nie objął jednak zakresem nowej regulacji (odnoszącej się do formalnych aspektów prawa do obrony) wszystkich przepisów dotyczących postępowań dyscyplinarnych wobec

funkcjonariuszy i żołnierzy. Stąd też w obrocie prawnym pozostają zarówno przepisy, które obwinionym funkcjonariuszom gwarantują prawo wyboru obrońcy spośród funkcjonariuszy danej służby lub adwokatów i radców prawnych (art. 135f ust. 1 pkt 4a ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277, ze zm.; dalej: ustawa o Policji; art. 136a ust. 2 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, Dz. U. z 2005 r. Nr 234, poz. 1997, ze zm.; art. 124a ust. 2 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej, Dz. U. z 2006 r. Nr 96, poz. 667, ze zm. – dalej: ustawa o PSP; art. 70 ust. 1a ustawy z dnia 24 lipca 1999 r. o Służbie Celnej, Dz. U. z 2004 r. Nr 156, poz. 1641 ze zm.; art. 123 ust. 4 ustawy z dnia 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu, Dz. U. z 2004 r. Nr 163, poz. 1712, ze zm. – dalej: ustawa o BOR; art. 125 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz. U. Nr 104, poz. 708, ze zm. – dalej: ustawa o CBA; § 15 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie regulaminu dyscyplinarnego funkcjonariuszy Służby Więziennej, Dz. U. Nr 135, poz. 634, ze zm.), jak i przepisy, które nie dają obwinionym prawa wyboru obrońcy spośród adwokatów albo radców prawnych.

1.2. Uzasadnienie wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich zostało oparte na następujących argumentach:

1.2.1. Zgodnie z art. 53 ust. 1 ustawy o dyscyplinie wojskowej żołnierzowi objętemu postępowaniem dyscyplinarnym przysługuje prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy, o czym należy go pouczyć. Obrońcą może być żołnierz, który nie jest przełożonym rzecznika dyscyplinarnego lub przełożonego dyscyplinarnego (art. 53 ust. 3 ustawy o dyscyplinie wojskowej). Natomiast w postępowaniu w sprawach o przewinienia dyscyplinarne przed sądem wojskowym obrońcą może być żołnierz lub adwokat (art. 53 ust. 4 ustawy o dyscyplinie wojskowej).

Z kolei w myśl art. 129 ust. 1 pkt 5 ustawy o służbie funkcjonariuszy SKW oraz SWW w toku postępowania dyscyplinarnego obwiniony ma prawo do ustanowienia obrońcy spośród funkcjonariuszy.

Stosownie do § 21 pkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z 20 sierpnia 2003 r. w toku postępowania dyscyplinarnego obwiniony ma prawo do ustanowienia obrońcy – funkcjonariusza Agencji Wywiadu – jeżeli funkcjonariusz ten wyrazi na to zgodę. Analogiczne rozwiązanie zawiera § 20 pkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z 20 grudnia 2004 r.

W świetle powołanych przepisów obwiniony w toku postępowania dyscyplinarnego ma prawo ustanowić obrońcę. Jednakże obrońcą takim może być odpowiednio wyłącznie żołnierz bądź funkcjonariusz danej służby. Wymienione przepisy ograniczają w związku z tym krąg podmiotów, spośród których obwiniony w postępowaniu dyscyplinarnym ma prawo wybrać sobie obrońcę.

1.2.2. Art. 42 ust. 2 Konstytucji ustanawia gwarancje prawa do obrony w postępowaniu karnym, jednak – czemu dał wyraz Trybunał Konstytucyjny m.in. w wyroku z 8 lipca 2003 r. (sygn. P 10/02, OTK ZU nr 6/A/2003, poz. 62) – konstytucyjne znaczenie pojęcia „odpowiedzialności karnej” nie może być ustalane poprzez odwołanie się do obowiązującego ustawodawstwa, w przeciwnym wypadku analizowany przepis utraciłby swoje znaczenie gwarancyjne. Dlatego należy uznać, że zakres stosowania art. 42 ust. 2 Konstytucji obejmuje nie tylko odpowiedzialność karną w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz także inne formy odpowiedzialności prawnej związane z wymierzaniem kar wobec jednostki. Wymieniony zakres obejmuje w konsekwencji też odpowiedzialność dyscyplinarną (zob. wyrok SN z 9 maja 2003 r., sygn. akt V CK 344/02, OSNC nr 7-8/2004, poz. 119).

Znaczenie art. 42 ust. 2 Konstytucji jako adekwatnego wzorca kontroli konstytucyjności przepisów prawa regulujących formalną stronę prawa do obrony w postępowaniu dyscyplinarnym podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wymienianym już wyroku z 19 marca 2007 r. (sygn. K 47/05) formułując tezę „(...) o obowiązku ustawodawcy takiego ukształtowania przepisów regulujących wszelkiego rodzaju postępowania dyscyplinarne, by, tak jak w postępowaniu karnym, zapewniały odpowiedni poziom prawa do obrony, w wymiarze materialnym i formalnym”. W wyroku z 17 lutego 2004 r. (sygn. SK 39/02, OTK ZU nr 2/A/2004, poz. 7) Trybunał Konstytucyjny wskazał, że „(...) obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu. Obrońca jest pełnomocnikiem oskarżonego, jego procesowym przedstawicielem, a jego głównym zadaniem jest ochrona oskarżonego w taki sposób, by cel procesu karnego osiągnięty został z zagwarantowaniem prawa do obrony. Charakter działań obrońcy determinowany jest interesem prawnym oskarżonego, dla którego ochrony przepisy procedury karnej przewidują szereg koniecznych uprawnień”.

Przyjęte w kwestionowanych przepisach rozwiązania polegające na ograniczeniu wyboru obrońcy do osób wyłącznie wyłonionych spośród funkcjonariuszy danej służby nie odpowiadają standardowi wyboru obrońcy określonego w art. 42 ust. 2 Konstytucji. Krąg podmiotów, spośród których obwiniony może wybrać sobie obrońcę, został bowiem ograniczony wyłącznie do osób, które nie świadczą profesjonalnej pomocy prawnej, a ponadto pozostają w stosunku podległości służbowej wobec przełożonego, a więc podmiotu wszczynającego postępowanie dyscyplinarne.

Z reguły powierzenie obrony funkcjonariuszowi danej służby, nawet wówczas gdy dołoży on należytej staranności, nie gwarantuje takiego poziomu obrony, jaki zapewniają profesjonalni pełnomocnicy. Nie ulega zaś wątpliwości, że stosunek zależności służbowej obrońcy może mieć istotny wpływ na jego aktywność w toku postępowania dyscyplinarnego, a także na efektywność świadczonej na rzecz obwinionego ochrony. Tymczasem prawo do obrony, w tym prawo do korzystania z pomocy obrońcy, powinno być realne, a więc obrona powinna być świadczona na możliwe najwyższym poziomie, a ponadto powinna być wolna od relacji zależności służbowej zachodzącej w tym przypadku pomiędzy obrońcą a przełożonym dyscyplinarnym.

1.2.3. Wszelkie ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnego prawa wyboru obrońcy (art. 42 ust. 2 Konstytucji) muszą odpowiadać wymogom zawartym w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Warunek formalny polegający na wprowadzeniu ograniczenia korzystania z konstytucyjnego prawa wyboru obrońcy w formie ustawowej spełnia art. 53 ust. 3 ustawy o dyscyplinie wojskowej oraz art. 129 ust. 1 pkt 5 ustawy o służbie funkcjonariuszy SKW oraz SWW. Warunku tego w sposób oczywisty nie spełniają natomiast § 21 pkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z 20 sierpnia 2003 r. i § 20 pkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z 20 grudnia 2004 r. W tym zakresie bowiem ograniczenia w wyborze obrońcy zostały wprowadzone aktem podustawowym. Stąd też kwestionowane przepisy wymienionych rozporządzeń pozostają w kolizji z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji przez to, że wprowadzają ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnego prawa wyboru obrońcy z naruszeniem zasady wyłączności ustawy.

Przepisy kwestionowanych ustaw oraz rozporządzeń nie odpowiadają również materialnym przesłankom dopuszczalności ograniczenia konstytucyjnego prawa wyboru obrońcy określonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Nie istnieje bowiem związek pomiędzy wprowadzonym ograniczeniem a koniecznością ochrony takich wartości jak porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, a także wolności i praw innych osób. Konieczność ograniczenia konstytucyjnego prawa nie zaistniała również z uwagi na potrzebę ochrony bezpieczeństwa państwa.

Status służby specjalnej – do której zalicza się ABW, AW, SKW i SWW, ale także CBA – nie stanowił przeszkody, aby umożliwić funkcjonariuszom CBA obronę w postępowaniu dyscyplinarnym poprzez możliwość ustanowienia obrońcą profesjonalnego pełnomocnika (art. 125 ust. 1 pkt 5 ustawy o CBA).

2. Sejm, w piśmie swego Marszałka z 6 marca 2009 r., wniósł o stwierdzenie, że: 1) art. 53 ust. 3 ustawy o dyscyplinie wojskowej jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, 2) art. 129 ust. 1 pkt 5 ustawy o służbie funkcjonariuszy SKW oraz SWW jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Uzasadnienie stanowiska Sejmu zostało oparte na następujących argumentach:

2.1. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wielokrotnie podkreślano, że wszystkie gwarancje ustanowione w rozdziale II Konstytucji znajdują zastosowanie także wówczas, gdy mamy do czynienia z postępowaniem dyscyplinarnym. Gwarancje te odnoszą się bowiem do wszelkich postępowań represyjnych, tzn. postępowań, których celem jest poddanie obywatela jakiejś formie ukarania lub jakiejś sankcji.

Trybunał podkreślał, że prawo do obrony przysługuje na każdym etapie postępowania o charakterze represyjnym. W praktyce oznacza to, że winno ono działać „(...) od chwili przedstawienia zarzutów aż do wydania prawomocnego wyroku i jego wykonania” (wyrok z 3 czerwca 2008 r., sygn. K 42/07, OTK ZU nr 5/A/2008, poz. 77).

Jeszcze dalej wydają się iść najnowsze orzeczenia Sądu Najwyższego, który zaznacza, że: „(...) nie formalne postawienie zarzutu popełnienia przestępstwa, lecz już pierwsza czynność organów procesowych skierowana na ściganie określonej osoby czyni ją podmiotem prawa do obrony” (wyrok SN z 9 lutego 2004 r., sygn. akt V KK 194/03 oraz uchwały SN z 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt I KZP 4/07 i 20 września 2007 r., sygn. akt I KZP 26/07).

Ograniczenia prawa do obrony podlegają ocenie przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji, który formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności.

Na podstawie wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego można skonstatować, że:

1) prawo do obrony jest nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, lecz także elementarnym standardem demokratycznego państwa prawnego;

2) prawo do obrony w swym konstytucyjnym wymiarze odnosi się nie tylko do odpowiedzialności *stricte* karnej, lecz także do wszelkiej odpowiedzialności o charakterze represyjnym, a więc również dyscyplinarnej;

3) prawo do obrony przysługuje na każdym etapie postępowania o charakterze represyjnym;

4) ustawodawca ma obowiązek ukształtowania przepisów regulujących wszelkiego rodzaju postępowania dyscyplinarne tak, by jak w postępowaniu karnym, zapewniały odpowiedni poziom prawa do obrony w wymiarze materialnym i formalnym;

5) prawo do obrony w sensie formalnym musi gwarantować możliwość wyboru pełnomocnika procesowego;

6) prawo do obrony nie jest prawem absolutnym i może podlegać ograniczeniu w trybie art. 31 ust. 3 Konstytucji.

2.2. Zakwestionowane we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich przepisy ustaw przyznają obwinionym w postępowaniu dyscyplinarnym prawo do wyboru obrońcy, ograniczając je jednak do funkcjonariuszy danej służby. Taka regulacja budzi zastrzeżenia co do formalnego wymiaru prawa do obrony.

Podobny problem zawisł już przed Trybunałem Konstytucyjnym (wyrok z 19 marca 2007 r., sygn. K 47/05). W wyroku tym Trybunał zaznaczył, że rozwiązań przyjętych w zaskarżonych przepisach nie można bronić, powołując się na specyfikę tzw. służb mundurowych. W wypadku tych służb, jak i w innych sytuacjach, ograniczenie praw jednostki musi mieć odpowiednie uzasadnienie, innymi słowy musi być proporcjonalne. W tej sprawie oznacza to, że należy wykazać, iż wprowadzone rozwiązanie miało na celu ochronę interesu publicznego czy interesu danej służby. Na gruncie obowiązującego prawa nie jest to wykonalne, bowiem nawet niektóre ustawy pragmatyczne przewidują możliwość ustanawiania pełnomocnikiem adwokata lub radcę prawnego (m.in. ustawy: o BOR, o PSP, o CBA, rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie regulaminu dyscyplinarnego funkcjonariuszy Służby Więziennej; Dz. U. Nr 135, poz. 634, ze zm.), a postępowania dyscyplinarne prowadzone są na podobnych zasadach we wszystkich służbach mundurowych (por. sygn. K 47/05).

W przypadku postępowań dyscyplinarnych prowadzonych na podstawie ustawy o dyscyplinie wojskowej nie wystarczy zapewnienie prawa do wyboru profesjonalnego obrońcy na etapie postępowania przed sądem wojskowym. Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego jednoznacznie wynika, że obwiniony musi mieć możliwość wyznaczenia obrońcy od momentu zainicjowania postępowania dyscyplinarnego (tj. przedstawienia zarzutów) aż do wykonania wyroku.

Zawarte w kwestionowanych przepisach ograniczenia prawa wyboru obrońcy godzą w formalny wymiar prawa do obrony oraz naruszają zasadę proporcjonalności.

2.3. Sejm wskazał, że w toku prac parlamentarnych znajduje się rządowy projekt ustawy o dyscyplinie wojskowej (druk nr 1666), który dotyczy zasad reagowania na naruszenia dyscypliny wojskowej oraz ponoszenia przez żołnierzy odpowiedzialności dyscyplinarnej. Wejście w życie przywołanej nowelizacji ustawy o dyscyplinie wojskowej może stwarzać podstawę prawną do umorzenia postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.; dalej: ustawa o TK).

3. Prokurator Generalny w piśmie z 26 czerwca 2009 r. przedstawił stanowisko, że: 1) art. 53 ust. 3 ustawy o dyscyplinie wojskowej jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; 2) art. 129 ust. 1 pkt 5 ustawy o służbie funkcjonariuszy SKW oraz SWW jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; 3) § 21 pkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z 20 sierpnia 2003 r. jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji; 4) § 20 pkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z 20 grudnia 2004 r. jest niezgodny z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Uzasadnienie stanowiska Prokuratora Generalnego zostało oparte na następujących argumentach:

Podobieństwo zakwestionowanych przepisów czterech aktów prawnych w zakresie, w jakim ograniczają one prawo wyboru obrońcy do przedstawiciela grupy zawodowej, do której należy obwiniony w postępowaniu dyscyplinarnym, uzasadnia łączne ich skonfrontowanie z wzorcami zawartymi w art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego (m.in. wyrok o sygn. K 47/05) pozwala na sformułowanie tezy o obowiązku ustawodawcy takiego ukształtowania przepisów regulujących wszelkiego rodzaju postępowania dyscyplinarne, by zapewniały odpowiedni poziom prawa do obrony w wymiarze materialnym i formalnym, tak jak w postępowaniu karnym. Odnosząc tę tezę do zaskarżonych przepisów, należy stwierdzić, że ów wymagany poziom zachowany został tylko w zakresie materialnego wymiaru prawa do obrony,

odmienna natomiast ocena nasuwa się wobec formalnego wymiaru tego prawa, które ograniczono pod względem swobody wyboru obrońcy. Obrona powierzona funkcjonariuszowi ABW, AW, SKW, SWW czy żołnierzowi nie gwarantuje, nawet przy dołożeniu przez nich najwyższej staranności, osiągnięcia najbardziej korzystnego dla obwinionego i pożądanego przezeń skutku, który z większym prawdopodobieństwem zapewnić może zawodowy prawnik. Czynności związane z obroną funkcjonariusz wykonuje bowiem obok swych podstawowych, wynikających z charakteru służby, obowiązków. Nie przestaje przy tym być funkcjonariuszem usytuowanym w określonej strukturze, w warunkach podległości służbowej, mającym naturalne dla każdego aspiracje zawodowe. Te okoliczności mogą rzutować na jego aktywność w trakcie postępowania dyscyplinarnego, hamowaną przez brak niezależności. Teoretycznie można nawet założyć, że w przypadku, gdy kolejni funkcjonariusze danej służby, kierując się indywidualnymi motywami czy interesami, odmówią podjęcia się roli obrońcy, obwiniony funkcjonariusz nie będzie miał w ogóle możliwości zrealizowania prawa do obrony. Ryzyko takie nie zachodzi w przypadku powierzenia obrony adwokatowi lub radcy prawnemu, którzy świadczą ją na podstawie umowy i bez obawy przed ewentualnymi niekorzystnymi następstwami swej aktywności.

W omawianej sprawie nie ma podstaw do przyjęcia, że kwestionowane przepisy mają na celu ochronę interesu publicznego czy interesu służby. Jest tak już chociażby z tego powodu, że niektóre inne ustawy pragmatyczne przewidują możliwość ustanowienia pełnomocnikiem adwokata lub radcę prawnego (zob. uzasadnienie wyroku TK sygn. K 47/05).

Zaskarżone przepisy rozporządzeń Prezesa RM wprowadzają ograniczenia w korzystaniu z konstytucyjnego prawa wyboru obrońcy z naruszeniem zasady wyłączności ustawy wynikającej wprost z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

4. Prezes Rady Ministrów w piśmie z 7 stycznia 2009 r. przedstawił stanowisko, że zarzuty zawarte we wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich są zasadne. Jednocześnie wskazał, że podjęto działania zmierzające do uchylecia funkcjonujących ograniczeń w kwestionowanym zakresie.

W uzasadnieniu stanowiska Prezesa Rady Ministrów wskazano następujące argumenty i okoliczności:

W świetle tez zawartych w uzasadnieniu wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. K 47/05 nie budzi wątpliwości fakt, że regulacje ograniczające obronę obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym wyłącznie do przedstawicieli danej służby nie znajdują uzasadnienia.

Niezależnie od przewidywanego terminu wejścia w życie nowej ustawy o dyscyplinie wojskowej (projekt ten został skierowany do uzgodnień międzyresortowych 22 października 2008 r.) regulacja polegająca na rozszerzeniu katalogu obrońców obwinionego w postępowaniu przed sądem wojskowym w sprawach dyscyplinarnych o osoby posiadające licencję prawniczą III stopnia została zawarta w art. 69 projektu ustawy o licencjach prawniczych i świadczeniu usług prawniczych (druk nr 680) zmieniającym treść art. 53 ust. 4 ustawy o dyscyplinie wojskowej.

Jeżeli chodzi o wadliwość rozwiązania przyjętego w art. 129 ust. 1 pkt 5 ustawy o służbie funkcjonariuszy SKW oraz SWW, to zostały podjęte działania zmierzające do zainicjowania dokonania odpowiednich zmian, uwzględniających podniesione argumenty, w projekcie ustawy o zmianie tej ustawy.

5. Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, upoważniony do reprezentowania RM w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym, w piśmie z 26

czerwca 2009 r. wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o TK w części dotyczącej uznania za niezgodne z Konstytucją § 21 pkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z 20 sierpnia 2003 r. oraz § 20 pkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z 20 grudnia 2004 r.

Poinformował, że 24 czerwca 2009 r. weszły w życie przepisy zmieniające zaskarżone regulacje, a mianowicie w rozporządzeniach Prezesa Rady Ministrów z 29 maja 2009 r. (Dz. U. Nr 87, poz. 722 i 723) usunięto wadliwość dotychczasowych regulacji. Znowelizowane przepisy w każdym z wymienionych rozporządzeń wprowadzają zasadę, że obwiniony może korzystać z pomocy wskazanego przez siebie obrońcy, którym może być funkcjonariusz właściwej Agencji albo adwokat lub radca prawny. Przepisy te wzorowane są na art. 135f ust. 1 pkt 4a ustawy o Policji, którego brzmienie zostało ustalone ustawą z dnia 28 marca 2008 r. o zmianie ustawy o Policji oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 86, poz. 521) stanowiącą wykonanie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 19 marca 2007 r. (sygn. K 47/05).

II

Podczas rozprawy uczestnicy postępowania podtrzymali co do zasady stanowiska zgłoszone pisemnie z tym, że przedstawiciele Rzecznika Praw Obywatelskich i Prokuratora Generalnego zgłosili wnioski o umorzenie postępowania w zakresie dotyczącym § 21 pkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z 20 sierpnia 2003 r. oraz § 20 pkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z 20 grudnia 2004 r. z uwagi na nowelizacje tych przepisów w kwestiach objętych zaskarżeniem. Nadto przedstawiciel Prokuratora Generalnego sprecyzował stanowisko w kwestii niekonstytucyjności art. 53 ust. 3 ustawy o dyscyplinie wojskowej, ograniczając je do zakresu, w jakim zaskarżony przepis uniemożliwia żołnierzowi objętemu postępowaniem dyscyplinarnym ustanowienie obrońcy spośród adwokatów (radców prawnych).

III

Trybunał Konstytucyjny zważył, co następuje:

1. Przedmiot kontroli.

1.1. Przedmiot wniosku. Rzecznik Praw Obywatelskich zakwestionował konstytucyjność analogicznych regulacji dotyczących reprezentacji obwinionego – żołnierza, funkcjonariusza: Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Agencji Wywiadu oraz Agencji Bezpieczeństwa Wojskowego – w toku postępowania dyscyplinarnego. Regulacje te zawężają krąg podmiotów, spośród których obwiniony w postępowaniu dyscyplinarnym ma prawo wybrać obrońcę, wyłącznie do funkcjonariuszy danej służby, a mianowicie:

– zgodnie z art. 53 ust. 3 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o dyscyplinie wojskowej (Dz. U. z 2002 r. Nr 42, poz. 370, ze zm.; dalej: ustawa o dyscyplinie wojskowej) obrońcą może być żołnierz, który nie jest przełożonym rzecznika dyscyplinarnego lub przełożonego dyscyplinarnego;

– zgodnie z art. 129 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (Dz. U. Nr 104, poz. 710, ze zm.; dalej: ustawa o służbie funkcjonariuszy SKW oraz SWW) obwiniony ma prawo do ustanowienia obrońcy spośród funkcjonariuszy;

– zgodnie z § 21 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 sierpnia 2003 r. w sprawie udzielania wyróżnień i przeprowadzania postępowań dyscyplinarnych wobec funkcjonariuszy Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 160, poz. 1557, ze zm.; dalej: rozporządzenie Prezesa RM z 20 sierpnia 2003 r.) obwiniony ma prawo do ustanowienia obrońcy, funkcjonariusza Agencji Wywiadu, jeżeli funkcjonariusz ten wyrazi na to zgodę;

– zgodnie z § 20 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 grudnia 2004 r. w sprawie udzielania wyróżnień i przeprowadzania postępowań dyscyplinarnych wobec funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Dz. U. Nr 272, poz. 2690; dalej: rozporządzenie prezesa RM z 20 grudnia 2004 r.) obwiniony ma prawo do ustanowienia obrońcy spośród funkcjonariuszy, jeżeli funkcjonariusz ten wyrazi na to zgodę.

Ostatnie dwa wymienione przepisy aktów wykonawczych zostały wydane na podstawie tej samej delegacji ustawowej, tj. art. 152 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. Nr 74, poz. 676, ze zm.; dalej: ustawa o ABW i AW), która upoważnia Prezesa Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzeń, odrębnie dla każdej Agencji szczegółowych zasad i trybu udzielania wyróżnień, przeprowadzania postępowań dyscyplinarnych, wymierzania i wykonywania kar oraz odwoływania się od wymierzonych kar, a także właściwości przełożonych w tych sprawach, z uwzględnieniem: 1) zakresu władzy dyscyplinarnej, 2) przełożonych, którzy posiadają władzę dyscyplinarną, 3) przypadków naruszenia dyscypliny i przypadków, w których postępowania dyscyplinarnego nie wszczyna się, 4) formy i treści rozstrzygnięcia o wszczęciu oraz o zakończeniu postępowania dyscyplinarnego, a także o wymierzeniu kary dyscyplinarnej, 5) czasu trwania postępowania dyscyplinarnego oraz praw obwinionego w toku tego postępowania, 6) sposobu wykonywania oraz warunków i terminów zatarcia poszczególnych kar dyscyplinarnych, a także przesłanek darowania kary dyscyplinarnej, 7) przesłanek wznowienia postępowania dyscyplinarnego i trybu postępowania przy wznowieniu tego postępowania, 8) okoliczności i trybu udzielania wyróżnień przez przełożonych posiadających władzę dyscyplinarną.

Wobec wszystkich zaskarżonych przepisów Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał te same wzorce kontroli: art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji, formułując jednakowy zarzut nieproporcjonalnego ograniczenia (naruszenia) prawa do obrony, przy czym co do kwestionowanych przepisów aktów wykonawczych wskazał dodatkowo na niespełnienie wynikającego z art. 31 ust. 3 warunku formalnego polegającego na wprowadzeniu ograniczenia korzystania z konstytucyjnego prawa w formie ustawowej.

1.2. Zmiany kwestionowanych przepisów aktów wykonawczych w toku postępowania przed Trybunałem. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 29 maja 2009 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie udzielania wyróżnień i przeprowadzania postępowań dyscyplinarnych wobec funkcjonariuszy Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (Agencji Wywiadu); Dz. U. Nr 87, poz. 722 (723), nadały nowe brzmienie kwestionowanym przez RPO przepisom przyznając obwinionemu w postępowaniu dyscyplinarnym funkcjonariuszowi ABW i AW prawo do „ustanowienia obrońcy, którym może być funkcjonariusz, adwokat lub radca prawny”. Rozporządzenia te weszły w życie 24 czerwca 2009 r., przy czym nie zawierają one innych przepisów przejściowych.

Trybunał Konstytucyjny wskazywał już w swym orzecznictwie (zob. np. wyrok z 8 listopada 2006 r., sygn. K 30/06, OTK ZU nr 10/A/2006, poz. 149), że brak przepisów przejściowych nie przesądza sam przez się o luce w zakresie regulacji intertemporalnej. W polskiej kulturze prawnej zostały wykształcone reguły międzyczasowe, które znajdują zastosowanie w procesie stosowania prawa. Jeżeli brakuje wyraźnie wyrażonej woli ustawodawcy, sąd i inne organy stosujące prawo muszą kwestię intertemporalną

rozstrzygnąć na podstawie tych właśnie reguł, mając wybór między zasadą dalszego działania ustawy dawnej i zasadą bezpośredniego skutku ustawy nowej. Milczenie ustawodawcy co do reguły intertemporalnej należy uznać za przejaw jego woli bezpośredniego działania nowego prawa, chyba że przeciw jej zastosowaniu przemawiają ważne racje systemowe lub aksjologiczne. Reguły intertemporalne nie są niesporne, w związku z tym wysoce pożądane jest wyraźne rozstrzygnięcie sytuacji międzyczasowych przez ustawodawcę.

Jednocześnie zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego przepis, którego konstytucyjność została zakwestionowana we wniosku, pytaniu prawnym lub skardze konstytucyjnej, zachowuje moc obowiązującą w rozumieniu art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz. U. Nr 102, poz. 643, ze zm.) dopóty, dopóki na jego podstawie są lub mogą być podejmowane indywidualne akty stosowania prawa, a utrata mocy obowiązującej jako przesłanka umorzenia postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym następuje dopiero wówczas, gdy dany przepis nie może być stosowany do jakiegokolwiek sytuacji faktycznej.

Badając kwestie intertemporalne, nie sposób nie zauważyć poważnej niekonsekwencji w treści przepisów przejściowych i końcowych rozporządzenia Prezesa RM z 20 sierpnia 2003 r. i 20 grudnia 2004 r. Otóż § 54 rozporządzenia Prezesa RM z 20 sierpnia 2003 r. stanowi, że w sprawach nieuregulowanych rozporządzeniem stosuje się odpowiednio przepisu kodeksu postępowania administracyjnego, podczas gdy § 53 rozporządzenia z 20 grudnia 2004 r. stanowi, że w sprawach nieuregulowanych w rozporządzeniu, w zakresie postępowania dyscyplinarnego, stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego, a § 54 zawiera regułę międzyczasową, że przepisy rozporządzenia stosuje się do postępowań dyscyplinarnych wszczętych i niezakończonych do dnia jego wejścia w życie. Takie różnice są niezrozumiałe ze względu na przedmiot regulacji, ale także dlatego, że znajdują się w aktach wydanych na podstawie jednego upoważnienia ustawowego.

W toku rozprawy przed Trybunałem Konstytucyjnym uczestnicy postępowania potwierdzili, że zmienione przepisy rozporządzeń wprowadzają zmianę ze skutkiem dla toczących się jeszcze postępowań (wszczętych pod rządem przepisów uchylonych), a zatem – z punktu widzenia zasad intertemporalnych – nowelizacja rozporządzeń nastąpiła zgodnie z zasadą bezpośredniego działania.

Mając na uwadze powyższe, a także ze względu na to, że dokonana zmian brzmienia kwestionowanych przepisów jest zmianą „na korzyść” obwinionego w postępowaniu dyscyplinarnym, Trybunał Konstytucyjny zajmuje stanowisko, że prawo do ustanowienia obrońcy, którym może być funkcjonariusz, adwokat lub radca prawny obejmuje także postępowania dyscyplinarne wszczęte, a nie zakończone przed wejściem w życie rozporządzeń zmieniających z 29 maja 2009 r. Oznacza to, że § 21 pkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z 20 sierpnia 2003 r. oraz § 20 pkt 3 rozporządzenia Prezesa RM z 20 grudnia 2004 r. utraciły moc obowiązującą także w rozumieniu art. 39 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, co uzasadnia umorzenie postępowania w tym zakresie.

2. Wcześniejsze wyroki Trybunału Konstytucyjnego dotyczące ograniczenia możliwości wyboru obrońcy w postępowaniu dyscyplinarnym.

Analogiczny problem konstytucyjny jak w niniejszej sprawie był już przedmiotem postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawie o sygn. K 47/05 (wyrok z 19 marca 2007 r., OTK ZU nr 3/A/2007, poz. 27). Trybunał Konstytucyjny orzekł wówczas o niezgodności z art. 42 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji zaskarżonych przez Rzecznika Praw Obywatelskich: art. 136a ust. 2 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 2005 r. Nr 234, poz. 1997, ze zm.; dalej: ustawa o Straży

Granicznej), art. 135f ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. z 2007 r. Nr 43 poz. 277, ze zm.; dalej: ustawa o Policji) i art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 24 lipca 1999 r. o Służbie Celnej (Dz. U. z 2004 r. Nr 156, poz. 1641, ze zm.; dalej: ustawa o Służbie Celnej). Podobne zarzuty Rzecznika Praw Obywatelskich, dotyczące art. 89 ust. 5 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (Dz. U. z 2007 r. Nr 231, poz. 1701; dalej: ustawa o NIK), były przedmiotem postępowania w sprawie o sygn. K 33/07 (wyrok TK z 11 grudnia 2008 r., sygn. K 33/07, OTK ZU nr 10/A/2008, poz. 177). Istotna część argumentów zawartych w uzasadnieniach wymienionych wyroków Trybunału pozostaje aktualna także przy ocenie konstytucyjności przepisów zakwestionowanych w niniejszej sprawie, a podstawowe znaczenie mają następujące tezy dotyczące wzorców kontroli:

– konstytucyjne prawo do obrony należy rozumieć szeroko, jest ono bowiem nie tylko fundamentalną zasadą procesu karnego, ale także elementarnym standardem demokratycznego państwa prawnego. Prawo to przysługuje każdemu od chwili wszczęcia przeciwko niemu postępowania karnego (w praktyce od chwili przedstawienia zarzutów) aż do wydania prawomocnego wyroku, obejmuje również etap postępowania wykonawczego. Prawo do obrony w procesie karnym ma wymiar materialny i formalny. Obrona materialna to możliwość bronięcia przez oskarżonego jego interesów osobiście (np. możliwość odmowy składania wyjaśnień, prawo wglądu w akta i składania wniosków dowodowych). Obrona formalna to prawo do korzystania z pomocy obrońcy z wyboru lub z urzędu;

– art. 42-45, a także art. 78 Konstytucji znajdują zastosowanie do oceny nie tylko regulacji o *stricte* karnym charakterze, lecz także odpowiednio do innych regulacji o represyjnym charakterze, w tym do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Ustawodawca ma obowiązek takiego ukształtowania przepisów regulujących wszelkiego rodzaju postępowania dyscyplinarne, by – tak jak w postępowaniu karnym – zapewniały odpowiedni poziom prawa do obrony w wymiarze materialnym i formalnym;

– prawo do obrony nie jest prawem absolutnym i może podlegać ograniczeniu w trybie art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Jeżeli chodzi o test proporcjonalności, to w perspektywie kontroli dokonywanej w niniejszej sprawie trzeba przypomnieć stanowisko Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w uzasadnieniu wyroku o sygn. K 47/05, że w wypadku służb mundurowych (jak i w innych wypadkach) ograniczenie praw jednostki musi mieć odpowiednie uzasadnienie, innymi słowy musi być proporcjonalne. Nie można uznać, że specyfika służb mundurowych jako taka jest wystarczającym uzasadnieniem ograniczenia możliwości wyboru obrońcy w postępowaniu dyscyplinarnym.

3. Ocena konstytucyjności kwestionowanych przepisów.

3.1. Zakres odpowiedzialności dyscyplinarnej i rodzaje kar dyscyplinarnych w kwestionowanych aktach normatywnych.

3.1.1. Zgodnie z ustawą o dyscyplinie wojskowej żołnierz ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną za przewinienie dyscyplinarne (przewinieniem dyscyplinarnym jest naruszenie, w wyniku działania lub zaniechania działania, przepisu prawa dotyczącego służby wojskowej lub innego przepisu prawa przewidującego odpowiedzialność dyscyplinarną na zasadach i w trybie określonym w ustawie albo rozkazu lub decyzji w sprawach służbowych, które nie jest przestępstwem lub wykroczeniem albo przestępstwem lub wykroczeniem skarbowym – art. 3 pkt 6), jeżeli można mu przypisać winę (art. 17), ale także za: 1) czyny, za które, w myśl odrębnych przepisów, właściwe organy są uprawnione do nakładania kar porządkowych lub wymierzania kar pieniężnych, jeżeli właściwy organ

wystąpił do dowódcy jednostki wojskowej z wnioskiem o ukaranie dyscyplinarne, 2) czyny o znamionach przestępstwa ściganego na wniosek dowódcy jednostki wojskowej, jeżeli uprawniony dowódca odstąpił od złożenia wniosku, 3) czyny o znamionach przestępstwa lub wykroczenia albo przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, jeżeli sąd lub prokurator albo inny organ uprawniony do orzekania w tych sprawach wystąpił do dowódcy jednostki wojskowej z wnioskiem o ukaranie dyscyplinarne, w wypadkach przewidzianych w odrębnych przepisach (art. 18 ust. 1).

Należy tu zauważyć, że zgodnie z art. 53 ust. 4 ustawy o dyscyplinie wojskowej w postępowaniu w sprawach o przewinienie dyscyplinarne przed sądem wojskowym obrońcą może być żołnierz, o którym mowa w ust. 3 tego przepisu lub adwokat.

Jeżeli chodzi o zakres sankcji, to art. 22 przewiduje, że karami dyscyplinarnymi są: upomnienie, nagana, kara pieniężna, zakaz opuszczania wyznaczonego miejsca przebywania, areszt koszarowy, areszt izolacyjny [ostatnich trzech wymienionych kar nie wymierza się żołnierzom zawodowym], odwołanie z zajmowanego stanowiska służbowego, ostrzeżenie o niepełnej przydatności do nadterminowej zasadniczej służby wojskowej lub do czynnej służby wojskowej pełnionej w charakterze kandydata na żołnierza zawodowego albo do zawodowej służby wojskowej, usunięcie z nadterminowej zasadniczej służby wojskowej lub z czynnej służby wojskowej pełnionej w charakterze kandydata na żołnierza zawodowego albo z zawodowej służby wojskowej.

3.1.2. Ustawa o służbie funkcjonariuszy SKW oraz SWW stanowi, że funkcjonariusz, niezależnie od odpowiedzialności karnej, ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną za popełnione przestępstwa i wykroczenia (art. 105). Funkcjonariusz podlega także odpowiedzialności dyscyplinarnej za naruszenia dyscypliny służbowej oraz w innych przypadkach określonych w ustawie (art. 106 ust. 1). Naruszeniem dyscypliny służbowej jest w szczególności: 1) odmowa wykonania albo niewykonanie rozkazu lub polecenia służbowego, z wyjątkiem przypadku, gdy wykonanie rozkazu lub polecenia łączyłoby się z popełnieniem przestępstwa oraz gdy odmowa dotyczy wykonania polecenia służbowego, które nie pozostaje w związku z pełnieniem służby; 2) zaniechanie wykonania czynności służbowej albo wykonanie jej w sposób nieprawidłowy; 3) niedopełnienie obowiązków służbowych albo przekroczenie uprawnień określonych w przepisach prawa; 4) wprowadzenie w błąd przełożonego lub innego funkcjonariusza, jeżeli spowodowało to lub mogło spowodować szkodę służbie, funkcjonariuszowi lub innej osobie; 5) postępowanie przełożonego w sposób przyczyniający się do rozluźnienia dyscypliny służbowej w podległej jednostce organizacyjnej lub komórce organizacyjnej; 6) stawienie się do służby w stanie po użyciu alkoholu lub podobnie działającego środka oraz spożywanie alkoholu lub podobnie działającego środka w czasie służby albo w obiektach lub na terenach zajmowanych przez SKW albo SWW; 7) utrata służbowej broni palnej, amunicji lub legitymacji służbowej, a także dokumentu zawierającego informacje stanowiące tajemnicę państwową albo służbową; 8) utrata przedmiotu stanowiącego wyposażenie służbowe, którego wykorzystanie przez osoby nieuprawnione wyrządziło szkodę obywatelowi lub stworzyło zagrożenie dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa powszechnego; 9) nadużycie zajmowanego stanowiska lub służby dla osiągnięcia korzyści majątkowej lub osobistej; 10) samowolne oddalenie się funkcjonariusza z rejonu zakwaterowania, jeżeli pełni służbę w systemie skoszarowanym, a także nieusprawiedliwione opuszczenie lub niestawienie się w miejscu pełnienia służby; 11) porzucenie służby (art. 106 ust. 2). Funkcjonariusz nie popełnia przewinienia dyscyplinarnego, jeżeli nie można mu przypisać winy (art. 107 ust. 1).

Dodatkowo ustawa stanowi, że za czyny, za które w myśl odrębnych przepisów właściwe organy są uprawnione do nakładania kar porządkowych, funkcjonariusze ponoszą wyłącznie odpowiedzialność dyscyplinarną oraz że odpowiedzialności

dyscyplinarnej podlegają funkcjonariusze w przypadkach, gdy właściwe organy są uprawnione do stosowania grzywny, w celu przymuszenia (art. 121).

Karami dyscyplinarnymi – zgodnie z art. 109 ust. 1 – są: upomnienie, nagana, surowa nagana, nagana z ostrzeżeniem, ostrzeżenie o niepełnej przydatności do służby na zajmowanym stanowisku, wyznaczenie na niższe stanowisko służbowe, obniżenie stopnia, pozbawienie stopnia oficerskiego, ostrzeżenie o niepełnej przydatności do służby oraz wydalenie ze służby.

3.1.3. Dokonane wyżej porównanie przepisów dotyczących zakresu odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz kar dyscyplinarnych wskazuje, że nie ma między nimi takich różnic, które mogłyby decydować o konieczności przeprowadzania odrębnej oceny zarzutu ograniczenia prawa do obrony. Co więcej – ów kontekst normatywny jest analogiczny także w ustawie o Policji i ustawie o Straży Granicznej, których przepisy dotyczące prawa do obrony zostały ocenione w sprawie o sygn. K 47/05 (i w mniejszym stopniu w ustawie o Służbie Celnej i ustawie o NIK ocenionej w sprawie o sygn. K 33/07), co dodatkowo uzasadnia odwołanie się w niniejszej sprawie do wcześniejszego stanowiska Trybunału Konstytucyjnego.

Jeżeli chodzi o zakres odpowiedzialności dyscyplinarnej, odmiennością charakteryzuje się tu wprawdzie ustawa o dyscyplinie wojskowej (por. projektowane rozwiązania zawarte w rządowym projekcie zmian w druku nr 1666/VI kadencji), ale prawo do obrony – co do zasady – nie powinno być ograniczane ze względu na charakter czynu czy przewinienia leżącego u podstaw odpowiedzialności. W swym dotychczasowym orzecznictwie Trybunał nie różnicował naruszenia prawa do obrony na takiej płaszczyźnie.

3.2. Zarzut nieproporcjonalnego ograniczenia prawa do obrony w jego wymiarze formalnym.

3.2.1. Zakwestionowane przepisy ustaw przyznają obwinionym w postępowaniu dyscyplinarnym prawo do wyboru obrońcy, jednocześnie jednak ograniczają – o czym była już mowa – możliwość wyboru wyłącznie do funkcjonariuszy danej służby. Przy czym – jeżeli chodzi o postępowanie dyscyplinarne wobec żołnierzy – ograniczenie to nie dotyczy postępowania przed sądem wojskowym (art. 53 ust. 4 ustawy o dyscyplinie wojskowej). Taka regulacja ogranicza formalny wymiar prawa do obrony. Zaznaczyć należy (co podkreślał na rozprawie przedstawiciel Prokuratora Generalnego), że trwale ukształtowała się praktyka ograniczająca wybór obrońcy, mimo iż *verba legis*, wymieniając jako potencjalnych obrońców w postępowaniu dyscyplinarnym funkcjonariuszy danej służby, bynajmniej nie rozstrzygają, czy chodzi tu o to, że „tylko” taki funkcjonariusz może być obrońcą, czy też że może on tę funkcję sprawować „także” (obok cywilnego adwokata). Z kolei po orzeczeniu Trybunału w sprawie o sygn. K 47/05 zarysowała się w praktyce tendencja wykluczająca możliwość wyznaczania obrońcy spośród funkcjonariuszy, mimo że wyrok nie wypowiedział się za takim zakazem, lecz dotyczył rozszerzenia możliwości wyboru na cywilnych obrońców.

Aktualny jest tu argument użyty przez Trybunał Konstytucyjny w sprawie o sygn. K 47/05, że obrona powierzona funkcjonariuszowi nie gwarantuje, nawet przy dołożeniu przez niego najwyższej staranności, należytego poziomu obrony obwinionego, który w większym stopniu zapewnić może zawodowy prawnik. Ponadto czynności związane z obroną funkcjonariusz wykonuje obok swych podstawowych, wynikających z charakteru służby obowiązków, nie przestając być także funkcjonariuszem usytuowanym w określonej strukturze, w warunkach podległości służbowej, mającym naturalne dla każdego aspiracje zawodowe. Na tle niniejszej sprawy należy dodać, że – ze względu na specyfikę struktur służb mundurowych – nie jest tu wystarczającą gwarancją wyłączenie z kręgu obrońców funkcjonariuszy, którzy są przełożonymi rzecznika dyscyplinarnego lub

przełożonego dyscyplinarnego (zob. kwestionowany art. 53 ust. 3 ustawy o dyscyplinie wojskowej). Trzeba także brać pod uwagę, że gwarancja braku podległości służbowej powinna zapewniać nie tylko niezależność organów (podmiotów) orzekających w postępowaniu dyscyplinarnym, lecz także niezależność obrońcy. Z natury rzeczy bardziej niezależny jest obrońca niepowiązany strukturalnie ze służbami mundurowymi. Istotne jest także to, że kwestionowane regulacje w zasadzie nie kreują żadnych dodatkowych wymagań dla funkcjonariuszy mogących pełnić funkcję obrońcy np. co do ich wiedzy i doświadczenia czy ich usytuowania w strukturze służby – choćby ze względu na zakres (specyfikę) obowiązków.

3.2.2. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, kwestionowane przepisy – podobnie jak wcześniej oceniane w sprawie o sygn. K 47/05 – naruszają zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 31 ust. 3 Konstytucji (tu w związku z prawem do obrony z art. 42 ust. 2 Konstytucji). Oceniając konstytucyjność przepisów ograniczających konstytucyjne prawo, należy przeprowadzić test: 1) czy wprowadzone ograniczenie jest w stanie doprowadzić do zamierzonych skutków; 2) czy jest niezbędne do ochrony wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji; 3) czy jest proporcjonalne, tzn. czy jego negatywne konsekwencje dla obywateli pozostają we właściwej proporcji do osiągniętego efektu.

Poza argumentami wskazanymi we wcześniejszych punktach uzasadniania, należy dodać, że brakuje uzasadnienia dla stanowiska, że kwestionowane przepisy mają na celu ochronę interesu publicznego czy interesu służby. Jednym z powodów analizowanego ograniczenia jest założenie poufności (wewnętrznego charakteru) postępowania dyscyplinarnego w służbach mundurowych. Można przypuszczać, że chodzi tu o autorytet służby i jej funkcjonariuszy. Nie wydaje się jednak, by dopuszczenie możliwości skorzystania z pomocy profesjonalnego pełnomocnika w postępowaniu dyscyplinarnym (także przy założeniu, że naruszenia obowiązków służbowych i uchybienia godności stanowiska są jednak zjawiskiem odosobnionym) powodowało niemożność osiągnięcia wskazanych celów. Jak wskazywał Trybunał Konstytucyjny w wyroku o sygn. K 33/07 umożliwienie obwinionym w postępowaniu dyscyplinarnym skorzystania z prawa do ustanowienia profesjonalnego pełnomocnika w żaden sposób nie przyczyniłoby się do upublicznienia postępowania dyscyplinarnego. Zarówno adwokaci, jak i radcowie prawni są bowiem zobowiązani do zachowania tajemnicy zawodowej także po ustaniu stosunku pełnomocnictwa (por. art. 6 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1058, ze zm. oraz art. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, Dz. U. z 2002 r. Nr 123, poz. 1059, ze zm.). Wobec tego, nawet gdyby uznać, że zaskarżone rozwiązanie przyczynia się do realizacji wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, to nie można ocenić go jako ograniczenia „koniecznego w demokratycznym państwie”. Takie same cele są możliwe do osiągnięcia bez ograniczenia prawa do obrony.

Nie bez znaczenia na tej płaszczyźnie oceny są stanowiska uczestników postępowania i wcześniej podjęte kroki ustawodawcze. Zarówno Sejm, jak i Prezes Rady Ministrów podzielają słuszność zarzutów Rzecznika Praw Obywatelskich i wskazują na podjęte działania zmierzające do zmiany obowiązującego stanu prawnego w kwestionowanym zakresie (co znalazło odbicie także w zmianie dokonanej w rozporządzeniach z 29 maja 2009 r.). Wskazuje to także, że organy odpowiedzialne za tworzenie prawa nie dostrzegają takich okoliczności (wartości wymagających ochrony), które przemawiałyby za koniecznością utrzymania ograniczenia prawa do obrony w kwestionowanych przepisach. Dowodem na to są także regulacje zawarte w ustawach: z dnia 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu (Dz. U. z 2004 r. Nr 163, poz. 1712, ze zm. – art. 123 ust. 4), z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (Dz. U. z 2009 r. Nr 12, poz. 68, ze zm. – art. 124a ust. 2), z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze

Antykorupcyjnym (Dz. U. Nr 104, poz. 708, ze zm. – art. 125 ust. 1 pkt 5) oraz w ustawach zmienionych w wyniku wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. K 47/05: o Policji (art. 135f ust. 1 pkt 4a), o Straży Granicznej (art. 136a ust. 2) i o Służbie Celnej (art. 70 ust. 1a), jak również w aktach wykonawczych: rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 14 listopada 1996 r. w sprawie regulaminu dyscyplinarnego funkcjonariuszy Służby Więziennej (Dz. U. Nr 135, poz. 634, ze zm. – § 15 ust. 2).

Na marginesie rozważań Trybunał Konstytucyjny dostrzega, że w analizowanych i wymienionych aktach normatywnych ustawodawca (organ wykonawczy) realizuje różne koncepcje i stosuje różne techniki legislacyjne w formułowaniu przepisów (np. niektóre przepisy mówią o możliwości ustanowienia obrońcą funkcjonariusza lub adwokata, inne – funkcjonariusza, adwokata lub radcę prawnego), jednak racje takich różnic nie są do końca czytelne.

4. Projekty zmian kwestionowanych regulacji.

Niniejszy wyrok Trybunału Konstytucyjnego jest już kolejnym dotyczącym niekonstytucyjności ograniczenia możliwości wyboru obrońcy w postępowaniu dyscyplinarnym. Stanowiska uczestników postępowania dowodzą nie tylko znajomości linii orzecznictwa Trybunału w tym zakresie, lecz także wskazują na konieczność dostosowania obowiązującego stanu prawnego do określonego w niej standardu. Nie doprowadziło to jednak do kompleksowych zmian prawnych, usuwających unormowania analogiczne do uznanych przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodne z Konstytucją. Brak działań ustawodawczych w takiej sytuacji należy ocenić negatywnie z punktu widzenia spójności systemu prawa, także w perspektywie art. 2 Konstytucji.

Na marginesie można wskazać, że zmiany w ustawach kontrolowanych w sprawie o sygn. K 47/05 (wyrok został opublikowany w Dzienniku Ustaw z 2007 r. Nr 57 pod poz. 390 oznaczonym datą 2 kwietnia 2007 r.) nastąpiły ustawą zmieniającą z 28 marca 2008 r. opublikowaną w Dzienniku Ustaw Nr 86 pod poz. 521 oznaczonym datą 20 maja 2008 r. (weszła w życie po upływie 14 dni od tej daty) oraz ustawą zmieniającą z 18 marca 2008 r. opublikowaną w Dzienniku Ustaw Nr 53 pod poz. 311 oznaczonym datą 28 marca 2008 r. (weszła w życie w dniu ogłoszenia).

Jeżeli chodzi o akty prawne kwestionowane w niniejszej sprawie, to w dniu orzekania przez Trybunał Konstytucyjny w Sejmie znajduje się rządowy projekt ustawy o dyscyplinie wojskowej (druk nr 1666, wpłynął 2 lutego 2009 r., I czytanie w komisji odbyło się 5 marca 2009 r.) oraz poselski projekt ustawy o licencjach prawniczych i świadczeniu usług prawniczych (druk nr 680, wpłynął 31 stycznia 2008 r. – I czytanie miało miejsce na posiedzeniu Sejmu nr 20 25 lipca 2008 r., projekt został skierowany do Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka). Są to jednak nadal propozycje zmian dotyczące konkretnych regulacji, a nieobjmujące kompleksu zagadnień, jakie powstają na tle prawa do obrony w postępowaniu dyscyplinarnym. Ponadto projekt ustawy o dyscyplinie wojskowej zawiera analogiczne normy, jak zakwestionowane w niniejszym postępowaniu.

5. Skutki wyroku.

Niniejszy wyrok jest konsekwencją stanowiska zgodnie podzielanego we wcześniejszych orzeczeniach Trybunału (sygn. K 47/05, sygn. K 33/07), zmian, jakich ustawodawca dokonał na skutek tych właśnie orzeczeń, a także stanowiska zajętego w przez uczestników postępowania, którzy podzielili wątpliwości wnioskodawcy co do niekonstytucyjności zakwestionowanych przepisów. Dlatego Trybunał Konstytucyjny uznał za niekonstytucyjne ograniczenie możliwości wyboru obrońcy w postępowaniu dyscyplinarnym dotyczącym kilku służb mundurowych tylko do funkcjonariuszy tych

służb. Z wyroku Trybunału Konstytucyjnego bynajmniej nie wynika zakaz powoływania w postępowaniu dyscyplinarnym wskazanego typu funkcjonariuszy danej służby; nie wynika także konieczność regulacji, która wyborowi osoby obwinionej przyznaje ostateczne słowo. Służby mundurowe charakteryzują się własną specyfiką. Jest ona mało znana osobom z zewnątrz: utrudniać to może z jednej strony efektywne prowadzenie obrony (gdy na obrońcę zostanie wybrany profesjonalny pełnomocnik nie pochodzący ze służb mundurowych), z drugiej zaś strony powstaje delikatny problem dopuszczenia takiego obrońcy do informacji konfidencjonalnych służby. Dlatego, aby pogodzić te tendencje, ustawodawca może stosować zróżnicowane formuły wyboru obrońcy, czemu nie staje na przeszkodzie niniejszy wyrok. Chodzi jednak o to, aby na poziomie ustawowym z góry nie wykluczać możliwości obrony poprzez – formułowane przy użyciu bardzo ogólnego kryterium (brak więzi obrońcy ze służbą) – ograniczenie kategoryczne kręgu potencjalnych obrońców. Można bowiem sobie wyobrazić system dający obwinionemu pełną opcję wyboru obrońcy, jednak z zastrzeżeniem możliwości sprzeciwu wobec dokonanego wyboru – oczywiście zarzut taki musiałby być zasadny, co podlegałoby weryfikacji. Podkreślić jednak należy, że danie obwinionemu możliwości wyboru zakłada, iż – działając we własnym interesie, pod rygorem skuteczności obrony – nie dokona on wyboru osoby, która nie ma np. dostępu do wiadomości niejawnych (jeżeli od posiadania wiedzy w tym zakresie jest uzależniona efektywność obrony). Możliwe jest także zróżnicowanie kryteriów wyboru w ramach jego otwartej opcji. Wybór technicznego sposobu realizacji orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego należy do prawodawcy, który – na tle niniejszego wyroku – dysponuje znaczną swobodą regulacyjną.

Na marginesie należy zaznaczyć, że problematyka obrony w ramach postępowania dyscyplinarnego w służbach mundurowych wskazanych w sprawie o sygn. K 47/05 i w niniejszej sprawie jest regulowana na poziomie ustawowym. Natomiast identyczna problematyka odnosząca się do ABW i AW mieści się w rozporządzeniach (wydanych na podstawie tej samej podstawy ustawowej, lecz odsyłających w kwestiach nieuregulowanych w nich samych do k.p.a. w jednym i do k.p.k. w drugim wypadku). Okoliczność ta potwierdza brak czytelnej koncepcji legislacyjnej i przypadkowość instytucjonalizacji normatywnej postępowania dyscyplinarnego w służbach mundurowych. Toczące się prace nad zmianą ustawy o dyscyplinie wojskowej i seria zmian w tym korpusie przepisów wynikająca z zamiaru wdrożenia wyroków Trybunału, daje okazję do uporządkowania legislacji w tym zakresie.

6. Zważywszy powyższe okoliczności, Trybunał Konstytucyjny orzekł jak w sentencji.