

Sygn. akt I KZP 9/14

## **POSTANOWIENIE**

### **składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego**

Dnia 26 czerwca 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Stanisław Zabłocki (przewodniczący)

SSN Henryk Gradzik (sprawozdawca)

SSN Kazimierz Klugiewicz

SSN Wiesław Koziulewicz

SSN Andrzej Siuchniński

SSN Dariusz Świecki

SSN Włodzimierz Wróbel

Protokolant Łukasz Majewski

przy udziale prokuratora Prokuratury Generalnej Beaty Mik i przedstawiciela

Rzecznika Praw Obywatelskich Marcina Warchoła

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na posiedzeniu w dniu 26 czerwca 2014r., przedstawionego przez Rzecznika Praw Obywatelskich, na podstawie art. 16 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 15 lipca 1987r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (t.j. Dz. U. z 2001r. Nr 14, poz. 147 ze zm.) oraz art. 60 § 2 ustawy z dnia 23 listopada 2002r. o Sądzie Najwyższym (t.j. Dz. U. 2013, poz. 499 ze zm.), w związku z ujawnionymi rozbieżnościami w wykładni prawa w orzecznictwie sądowym, zagadnienia prawnego:

„Czy sąd stosujący tymczasowe aresztowanie w ramach procedury wykonywania Europejskiego Nakazu Aresztowania jest uprawniony do badania, czy zachodzi przesłanka ogólna stosowania środka zapobiegawczego, o której mowa w art. 249 § 1 k.p.k., czy też samo wydanie ENA należy uznać za wystarczające uprawdopodobnienie zarzutu popełnienia przestępstwa (art. 249 § 1 k.p.k.) rodzące po

stronie organu sądowego państwa wykonania ENA obowiązek zastosowania tymczasowego aresztowania z wyłączeniem stosowania art. 249 § 1 k.p.k.?”

**p o s t a n o w i ł:**  
**odmówić podjęcia uchwały.**

#### UZASADNIENIE

We wniosku o rozstrzygnięcie przytoczonego na wstępie zagadnienia prawnego Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej RPO lub Rzecznik) twierdził, że w orzecznictwie sądowym ujawniły się zasadnicze rozbieżności co do tego, czy sąd stosujący tymczasowe aresztowanie w ramach procedury orzekania w przedmiocie przekazania osoby ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania (dalej ENA) jest uprawniony do badania czy zachodzi przesłanka ogólna stosowania środka zapobiegawczego, o której mowa w art. 249 § 1 k.p.k. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu środki zapobiegawcze można stosować tylko wtedy (pomijając cele stosowania), gdy zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo.

RPO powołał się na obserwację praktyki orzeczniczej i wskazał na dwa kierunki procedowania przez sądy przy rozstrzyganiu wniosków prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania osoby ściganej w trybie ENA. Charakteryzując pierwszy nurt postępowań dotyczących tego przedmiotu orzekania wnioskodawca utrzymywał, że sądy stosują tymczasowe aresztowanie osoby ściganej bez badania przesłanki określonej w art. 249 § 1 k.p.k., przyjmując, że już samo wydanie ENA stanowi wystarczające uprawdopodobnienie zarzutu popełnienia przestępstwa. Przedstawiając drugi kierunek orzekania i wyraźnie angażując się po jego stronie, wnioskodawca akcentował, że sądy korzystają z uprawnienia do badania, czy została spełniona ogólna przesłanka stosowania środka zapobiegawczego wymieniona w art. 249 § 1 k.p.k. Co więcej, z wywodu zamieszczonego w końcowej części wystąpienia wynika, że Rzecznik postrzega to uprawnienie jako w gruncie rzeczy obowiązek sądu, aby wykazać „ściganemu oskarżonemu, iż zachodzi wysokie prawdopodobieństwo popełnienia przez niego zarzucanego mu czynu i przedstawić dowody na to wskazujące”. Stąd też rezultat

badania, czy spełniona jest przesłanka określona w tym przepisie powinien mieć fundamentalne znaczenie przy rozstrzygnięciu w przedmiocie zastosowania aresztu wobec osoby ściganej. Nie można bowiem, wywodzi wnioskodawca, nakładać na osobę ściganą ciężaru udowodnienia, że nie zachodzą okoliczności uzasadniające postawienie jej zarzutu popełnienia przestępstwa. Jak widać, w odbiorze wnioskodawcy, kwestia kontroli przez sąd podstawy dowodowej ENA w każdym z obu kierunków orzekania o tymczasowym aresztowaniu osoby ściganej, jawi się przeciwstawnie.

Należy odnotować, że przedstawiając zagadnienie dotyczące stosowania tymczasowego aresztowania wobec osoby ściganej w trybie ENA, Rzecznik w ogóle nie odwołał się w formule pytania prawnego do art. 607k § 3 k.p.k., a więc do przepisu, w którym ustawodawca unormował podstawę stosowania tego środka zapobiegawczego, związanego bezpośrednio i najściślej z przedmiotem pytania. Mimo, iż ten kluczowy przepis został pominięty, to jest oczywiste, że musi stanowić on punkt wyjścia zarówno w określeniu istoty zagadnienia, jak i w dalszych rozważaniach. Wskazując na rozbieżności w orzecznictwie, wnioskodawca zdaje się oczekiwać odpowiedzi na pytanie, czy niezależnie od brzmienia art. 607k § 3 k.p.k., warunkiem zastosowania tymczasowego aresztowania wobec osoby ściganej jest stwierdzenie przez sąd, że przed wystąpieniem o jej przekazanie na podstawie ENA organ sądowy obcego państwa dysponował dowodami wskazującymi na duże prawdopodobieństwo popełnienia przez nią przestępstwa.

Jako podstawa prawna złożenia wniosku powołany został art. 16 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 15 lipca 1987r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich oraz art. 60 § 2 ustawy o Sądzie Najwyższym. Pierwszy z tych przepisów, formalnie wciąż obowiązujący, uprawnia Rzecznika do występowania do Sądu Najwyższego z wnioskiem o podjęcie uchwały mającej na celu wyjaśnienie przepisów prawnych budzących wątpliwości w praktyce, lub stosowanie których wywołało rozbieżności w orzecznictwie. Jest on zbieżny w treści z art. 13 pkt 3 uchylonej ustawy z dnia 20 września 1984r. o Sądzie Najwyższym. W aktualnie obowiązującej ustawie z dnia 23 listopada 2002r. o Sądzie Najwyższym (dalej u.s.n.) podstawa wystąpienia przez Rzecznika Praw Obywatelskich z tzw. pytaniem abstrakcyjnym została zawężona. Może on podobnie jak pozostałe wymienione w art. 60 § 1 i 2 u.s.n. uprawnione

podmioty, przedstawić zagadnienie prawne tylko wtedy, gdy w orzecznictwie sądów powszechnych, sądów wojskowych lub Sądu Najwyższego ujawnią się rozbieżności w wykładni prawa. Skoro zatem kognicja Sądu Najwyższego obejmuje obecnie tylko rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa ujawnionych w orzecznictwie sądowym, to oczywistym jest, że rozpoznanie pytania prawnego może dotyczyć tego wyłącznie zakresu, a więc wykazanych przez podmiot przedstawiający zagadnienie prawne rozbieżności w interpretowaniu przez sądy znaczenia treści normatywnej konkretnych przepisów prawa (post. SN z 23 marca 2011r., I KZP 1/11, OSNKW 2011/5/21, S. Trociuk, Komentarz do art. 16 ustawy z dnia 15 lipca 1987r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich, teza V, LEX/el 2007). W tym wypadku istotne znaczenie miałyby rozbieżności w wykładni art. 607k § 3 k.p.k. i ewentualnie innych przepisów mających zastosowanie przy orzekaniu przez sąd w przedmiocie tymczasowego aresztowania osoby ściganej nakazem europejskim. O tym czy ustawowa przesłanka rozpoznania wniosku została tu spełniona będzie można wypowiedzieć się po bliższym przytoczeniu argumentacji Rzecznika, a zwłaszcza po analizie przedstawionych orzeczeń, w których, w jego przekonaniu, miały ujawnić się rozbieżności w wykładni wymienionych przepisów.

Nieodzowne jest poczynienie uwagi, że rozstrzygnięcie rozbieżności w orzecznictwie sądowym w trybie art. 61 u.s.n. powinno odnosić się tylko do orzeczeń wydanych na podstawie aktualnie obowiązujących przepisów prawa, ewentualnie tych, które stosuje się na zasadzie dalszego działania ustawy poprzedniej (art. 4 § 1 k.k. lub określone przepisy przejściowe w ustawach procesowych). Jeśli natomiast wskazywane różnice w wykładni prawa miałyby ujawniać się w orzeczeniach wydanych na podstawie nieobowiązującego już stanu prawnego, to rozstrzygnięcie ich byłoby bezprzedmiotowe, gdy przepisy nowe unormowały odmiennie sporny obszar prawny, bądź go doprecyzowały w sposób usuwający przyczynę różnego interpretowania. Ustaje bowiem wtedy potrzeba zapewnienia przez Sąd Najwyższy prawidłowej wykładni prawa, stanowiącej jeden z instrumentów sprawowania nadzoru nad działalnością sądów w zakresie orzekania (art.183 ust. 1 Konstytucji RP). W niniejszym wypadku ma to o tyle istotne znaczenie, że treść przepisu normującego podstawę zastosowania tymczasowego aresztowania wobec osoby ściganej w trybie ENA, tj. art. 607k § 3

k.p.k., uległa zmianie w okresie, w którym, zdaniem wnioskodawcy, sądy wypowiadały się rozbieżnie co do potrzeby badania w tym incydentalnym postępowaniu przesłanki określonej w art. 249 § 1 k.p.k. O ile w pierwotnej wersji obowiązującej od 1 maja 2004r. art. 607k §3 k.p.k. stanowił, że nakaz europejski może być połączony z wnioskiem o zastosowania tymczasowego aresztowania lub innego środka zapobiegawczego, to po zmianie ustawą z dnia 5 listopada 2009r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy Kodeks postępowania karnego... (Dz. U. Nr 206, poz. 1589) treść przepisu została rozbudowana. Jego brzmienie obowiązujące od 8 czerwca 2010r. jest następujące: „Na wniosek prokuratora sąd okręgowy może zastosować tymczasowe aresztowanie, oznaczając jego termin na czas niezbędny do przekazania osoby ściganej. Łączny okres stosowania tymczasowego aresztowania nie może przekroczyć 100 dni. Samoistną podstawą zastosowania tymczasowego aresztowania jest istnienie wydanego w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej prawomocnego wyroku skazującego lub innej decyzji stanowiącej podstawę pozbawienia wolności osoby ściganej”. Szczególną wagę w kontekście przedstawionego zagadnienia ma zdanie trzecie cytowanego przepisu, określające jednoznacznie podstawę stosowania tymczasowego aresztowania wobec osoby ściganej. Po dniu wejścia w życie cytowanego przepisu poprzedni stan prawny, w którym brakowało precyzacji podstawy stosowania aresztu, przestał definitywnie obowiązywać, co oznacza, że sądy nie miały już możliwości ani dokonywania jego wykładni, ani też stosowania go przy rozstrzygnięciu wniosków prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Tak więc, wobec zmiany stanu prawnego wystąpienie RPO o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni przepisów normujących stosowanie tymczasowego aresztowania ma praktyczne znaczenie w takim tylko zakresie, w jakim odnosi się do orzeczeń wydanych po 8 czerwca 2010r. Sąd Najwyższy nie ma powinności wyjaśniania zagadnień prawnych i rozstrzygania rozbieżności w wykładni prawa w trybie art. 61 u.s.n. w odniesieniu do orzeczeń wydanych w nieobowiązującym już stanie prawnym, który z dniem utraty mocy nie mógł być dłużej stosowany (postanowienie SN z 19 stycznia 2012r., I KZP 21/11, OSNKW 2012, nr 1, poz. 5). Stąd też, przystępując do rozpoznawania wniosku Rzecznika, należało pominąć jako wydane w nieaktualnym stanie prawnym te ze wskazanych

w uzasadnieniu orzeczeń, które sądy powszechne wydały przed zmianą treści art. 607k § 3 k.p.k.

Po tych wstępnych uwagach poczynionych w celu odkodowania normatywnej treści pytania prawnego i oznaczenia zakresu, w jakim może być ono przedmiotem rozpoznawania w trybie art. 61 u.s.n., celowe staje się przedstawienie powołanych przez Rzecznika orzeczeń sądów powszechnych, w których, w jego przekonaniu, wyłoniły się rozbieżności co do tego, czy przy orzekaniu o tymczasowym aresztowaniu w ramach procedury wykonywania ENA, sąd jest uprawniony do badania przesłanki ogólnej stosowania środka zapobiegawczego sprecyzowanej w art. 249 § 1 k.p.k.

Rzecznik Praw Obywatelskich wskazał w pierwszej kolejności na postanowienia sądów apelacyjnych i okręgowych, w których przyjmowano, że sam fakt wydania ENA oznacza, iż nie ma potrzeby weryfikowania podstawy dowodowej nakazu przy rozstrzyganiu wniosku o zastosowanie aresztu. Uogólniając, sądy odwoływały się w tych orzeczeniach do istoty europejskiego nakazu aresztowania, jako instytucji prawnej wprowadzonej w państwach członkowskich Unii Europejskiej, której stosowanie opiera się na wysokim stopniu zaufania między nimi, a w konsekwencji na wzajemnym uznawaniu rozstrzygnięć organów wymiaru sprawiedliwości, w tym także orzeczeń o aresztowaniu (postanowienia: SA w Katowicach z 14. 12. 2011, II AKz 811/11, LEX nr 1129791, Prok. I Pr. wkł. 2012/10/34, oraz niepublikowane: SO w Gdańsku z 31. 01. 2013, XIV Kop 7/13, SO w Elblągu z 10. 02. 2012, II Kop 5/12, SO we Wrocławiu z 4. 03. 2013, III Kop 32/13, SA we Wrocławiu z 19. 01. 2012, II AKz 26/12, SA w Warszawie z 1. 03. 2011, II AKz 92/11, SA w Warszawie z 7. 06. 2011, II AKz 345/11, SA w Warszawie z 13.10. 2011, II AKz 687/11, SA w Warszawie z 19. 07. 2011, II AKz 442/11, SO w Gorzowie Wlkp. z 12. 12. 2012, II Kop 190/12, SO w Gorzowie Wlkp. z 12. 10. 2012, II Kop 161/12, SA w Rzeszowie z 1.09. 2011, II AKz 148/11, SA w Białymstoku z 7.06.2013, II AKz 182/13, SO w Słupsku z 9. 02. 2012, II Kop 25/12, SO w Gdańsku z 29. 05. 2013, XIV Kop 41/13, SO w Legnicy z 27. 04. 2012, III Kop 64/12, SO w Legnicy z 25. 06. 2012, III Kop 107/12, SO w Rzeszowie z 19. 05. 2011, II Kop 27/11, SA w Rzeszowie z 31. 05. 2011, II AKz 88/11, SA w Szczecinie z 8. 01. 2013, II AKz 519/12).

Orzeczeniom tym wnioskodawca przeciwstawił inne, w których, jego zdaniem, sądy zdecydowanie dopuszczają możliwość weryfikowania przesłanki ogólnej z art. 249 § 1 k.p.k. przed rozstrzygnięciem w przedmiocie tymczasowego aresztowania osoby ściganej, bądź wypowiadały się w tej kwestii niejednoznacznie, nie wykluczając takiej możliwości. Niezbędne jest tu przytoczenie istotnej argumentacji dostrzeganej przez wnioskodawcę w uzasadnieniach konkretnych postanowień (niepublikowanych), która miałyby, w jego przekonaniu, potwierdzać praktykę przeciwną prezentowanej w pierwszej grupie orzeczeń.

1. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 22 lutego 2011r., II AKz 133/11, w którym stwierdzono, że: „Sąd orzekający w przedmiocie wykonania ENA jedynie wyjątkowo może badać fakt istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa przez osobę ściganą (art. 607 k.p.k.)”, a nadto, że obcy organ sądowy, który wydał ENA może w wyjątkowych wypadkach na wezwanie sądu wykonującego ENA, w trybie art. 607z k.p.k. dostarczyć mu materiały dowodowe potwierdzające istnienie podejrzenia popełnienia przestępstwa, w związku z którym wydano nakaz;

2. postanowienie Sądu Okręgowego w Krakowie z 21 stycznia 2011r., III Kop 153/10, w którym zamieszczono wywód: „podzielając stanowisko Trybunału Konstytucyjnego Sąd przyjął, że możliwość odmowy wykonania ENA istnieje w sytuacji, gdy dla sądu orzekającego w przedmiocie jego wykonania oczywistym jest, że osoba ścigana nie dopuściła się czynu, w związku z którym ENA został wydany. Stanowisko Trybunału Konstytucyjnego (wyrok TK z 5 października 2010r., SK 26/08, OTK-A 2010/8/73 – uwaga SN) pozwala zatem na weryfikację materiału dowodowego, nie pozwalając na bezkrytyczne i automatyczne wykonywanie nakazów w sytuacji, gdy istnieją poważne wątpliwości odnośnie sprawstwa.”;

3. postanowienie Sądu Okręgowego w Ostrołęce z 22 czerwca 2010r., II Kop 21/10, w którym odmówiono wykonania ENA wobec ustalenia, że osoba ścigana nigdy nie przebywała na terenie państwa wydania nakazu, a rzeczywisty sprawca popełnionego tam przestępstwa posługiwał się dowodem tożsamości utraconym przez tę osobę. W postępowaniu tym Sąd Okręgowy nie stosował aresztu, ani nie wypowiadał się w przedmiocie podstaw stosowania;

4. postanowienie Sądu Okręgowego w Szczecinie z 31 sierpnia 2012r., III Kop 149/12, w którym odmówiono wykonania ENA po stwierdzeniu, że osoba, której dane personalne figurowały w nakazie nie mogła być sprawcą przestępstwa objętego tym wnioskiem. W postępowaniu przed tym sądem dowiedziono wiarygodności wyjaśnień osoby ściganej wskazujących na to, że nie przebywała nigdy w państwie wydania nakazu, a porównanie przesłanych stamtąd linii papilarnych jako należących do sprawcy przestępstwa z liniami papilarnymi zbadanymi w kraju u osoby ściganej, wykluczyło jej sprawstwo; w postępowaniu tym także nie stosowano ani nie wypowiedano się co do podstawy prawnej stosowania tymczasowego aresztowania.

5. postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 4 kwietnia 2012r., II AKz 154/12, w którym utrzymano w mocy postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania wobec osoby ściganej; przy czym w uzasadnieniu stwierdzono, że „sam fakt wydania ENA oznacza, że nie ma potrzeby weryfikowania dowodowej podstawy postanowienia o aresztowaniu” ale zarazem poczyniono uwagi wskazujące na potrzebę dokonania oceny, czy niezbędne jest zastosowanie tego środka dla zagwarantowania prawidłowego toku postępowania w przedmiocie wykonania ENA, także przy uwzględnieniu celów stosowania aresztu określonych w art. 249 § 1 i 258 § 2 k.p.k.;

6. postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 20 listopada 2012r., II AKz 558/12, w którym wyrażono pogląd, że art. 607k § 3 zd. 3 k.p.k. stanowi samoistną podstawę stosowania tymczasowego aresztowania, co jednak nie zwalnia sądu z obowiązku badania czy w stosunku do ściganego wystarczające będzie zastosowanie, przed rozstrzygnięciem w przedmiocie ENA, innych niż izolacyjne, środków zapobiegawczych;

7. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 22 sierpnia 2012r., II AKz 332/12, którego uzasadnienie, zdaniem wnioskodawcy, jest niejednoznaczne, gdyż wprawdzie zastrzega się w nim, „że sam fakt wydania ENA oznacza, iż nie ma potrzeby weryfikowania dowodowej podstawy postanowienia o aresztowaniu” ale zarazem nawiązuje się do art. 258 k.p.k. jako przepisu, który uzasadnia stosowanie aresztu po to, by osoba ścigana nie utrudniała postępowania związanego z realizacją europejskiego nakazu.



W dalszym wywodzie RPO nawiązał do wymienionego wyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 5 października 2010r. w sprawie SK 26/08, w którym organ ten badał zgodność z Konstytucją przepisów art. 607k, art. 607l, art. 607m oraz art. 607p k.p.k. i orzekł, między innymi, że art. 607p § 1 pkt 5 k.p.k. w zakresie, w jakim zawiera podstawę odmowy wykonania ENA wydanego wobec obywatela polskiego w celu przeprowadzenia postępowania karnego w wypadku, gdy dla sądu orzekającego w przedmiocie jego wykonania oczywistym jest, że osoba ścigana nie dopuściła się czynu, w związku z którym nakaz europejski został wydany, jest zgodny z art. 45 ust. 1 i art. 42 ust. 2 w zw. z art. 55 ust. 4 Konstytucji RP. Specjalne znaczenie przywiązywał wnioskodawca do tego fragmentu uzasadnienia wyroku, w którym Trybunał Konstytucyjny wyraził pogląd, że „z perspektywy konstytucyjnej niemożliwa do zaakceptowania byłaby sytuacja, w której sąd orzekający w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania wobec osoby, której dotyczy wnioski o przekazanie w celu przeprowadzenia postępowania, po ustaleniu, że zastosowanie tego środka zapobiegawczego jest wykluczone ze względu na niespełnienie ogólnej podstawy tymczasowego aresztowania przez to, że osoba ścigana nie dopuściła się zarzucanego jej czynu, nadal byłby zobligowany do przekazania takiej osoby”. W cytowanym zdaniu wnioskodawca upatrywał takiej interpretacji przepisów regulujących stosowanie aresztu w omawianym postępowaniu, która uzasadnia potrzebę badania dowodów, na których oparto wydanie ENA.

W końcowej części wniosku RPO wyraził pogląd, że stosowanie tymczasowego aresztowania w postępowaniu o wykonanie ENA powinno następować po zbadaniu przesłanki ogólnej z art. 249 § 1 k.p.k. i stwierdzeniu, że zebrane dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, iż osoba ścigana popełniła przestępstwo. Zdaniem wnioskodawcy art. 607k § 3 k.p.k. zd. 3 nie jest przepisem szczególnym względem art. 249 § 1 k.p.k., ani też nie zwalnia z powinności powołania konkretnej przesłanki zastosowania aresztu spośród określonych w art. 258 k.p.k. Wywodził, że przy założeniu przeciwnym należałoby traktować wydanie ENA jako w zasadzie automatyczną podstawę stosowania aresztu wobec osoby ściganej. Wtedy prawo do obrony wykonywane byłoby przez tę osobę z pozycji podmiotu, na który, wbrew pryncypiom postępowania karnego,

nałożono ciężar udowodnienia, że nie zachodzi duże prawdopodobieństwo popełnienia przez niego przestępstwa. Byłoby to również wysoce utrudnione, gdyż organ sądowy państwa obcego nie ma obowiązku dołączenia do ENA zebranego materiału dowodowego. Ponadto, zdaniem wnioskodawcy, zastosowanie aresztu bez zbadania podstawy dowodowej zarzutu naruszałoby zasadę domniemania niewinności. Z tych względów uznał on, że podobnie jak w postępowaniu ekstradycyjnym (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. III, Warszawa 2012, s. 722, teza 3 do art. 605), tak i w postępowaniu dotyczącym wykonania ENA, ciąży na sądzie obowiązek wykazania osobie ściganej, że zachodzi wysokie prawdopodobieństwo popełnienia zarzucanego mu czynu - przez przedstawienie wskazujących na to dowodów.

W konkluzji RPO postulował, by w związku z rozbieżnościami w orzecznictwie sądów powszechnych, Sąd Najwyższy rozstrzygnął je „w kierunku stwierdzenia, że sąd stosujący tymczasowe aresztowanie w ramach procedury wykonywania ENA jest uprawniony do badania, czy zachodzi przesłanka ogólna stosowania środka zapobiegawczego, o której mowa w art. 249 § 1 k.p.k., zaś samo wydanie ENA nie stanowi wystarczającego uprawdopodobnienia zarzutu popełnienia przestępstwa (art. 249 § 1 k.p.k.) rodzącego po stronie organu sądowego państwa wykonania ENA obowiązek zastosowania tymczasowego aresztowania z wyłączeniem stosowania art. 249 § 1 k.p.k.”.

Prokurator Prokuratury Generalnej złożył wnioski o odmówienie podjęcia uchwały. Uzasadniając to stanowisko uznał, że wniosek RPO nie spełnia warunków wymaganych w art. 60 § 1 u.s.n. Utrzymał, że w żadnym z powołanych przez wnioskodawcę judykatów sądy nie dokonywały wykładni konkretnego, obowiązującego przepisu prawa, a ich treść nie pozwala na wnioskowanie, że w orzecznictwie sądów powszechnych wystąpiły rozbieżności co do tego, czy sąd okręgowy, do którego prokurator złożył wniosek o tymczasowe aresztowanie osoby ściganej europejskim nakazem, dysponuje uprawnieniem do badania tzw. przesłanki ogólnej stosowania tego środka zapobiegawczego przewidzianej w art. 249 § 1 k.p.k. Prezentował pogląd, że norma zawarta w art. 607k § 3 zd. 3 k.p.k. jest jednoznaczna i nie zawiera wymogu badania dowodów zebranych przeciwko osobie ściganej.

Sąd Najwyższy w składzie powiększonym zważył:

Zgodnie z art. 61 § 1 u.s.n. skład Sądu Najwyższego podejmuje uchwałę jeżeli uzna, że przedstawione zagadnienie wymaga wyjaśnienia, a rozbieżności rozstrzygnięcia. Podjęcie uchwały następuje w rezultacie merytorycznego rozpoznania wniosku uprawnionego podmiotu, spełniającego warunek wykazania, że w orzecznictwie sądów rzeczywiście ujawniły się rozbieżności w wykładni prawa.

Przed przystąpieniem do rozpoznania wniosku należało więc rozważyć, czy RPO wykazał, że w orzecznictwie sądów powszechnych zarysowały się rozbieżności w wykładni art. 607k § 3 k.p.k. w brzmieniu nadanym mu ustawą z 5 listopada 2009r., a ściślej w interpretacji normy zawartej w trzecim zdaniu tej jednostki redakcyjnej, określającej podstawę zastosowania tymczasowego aresztowania wobec osoby ściganej. Po zapoznaniu się z treścią postanowień, na które RPO wskazał, Sąd Najwyższy uznał zasadność stanowiska prokuratora Prokuratury Generalnej co do tego, że nie ma w nich takich rozbieżności. Pierwszej, wymienionej wyżej grupie orzeczeń, w których sądy jednolicie przyjmowały, że przy rozstrzyganiu wniosku prokuratora o tymczasowe aresztowanie, nie podlega badaniu podstawa dowodowa ENA, Rzecznik, wbrew temu co podaje, nie przeciwstawił choćby jednego postanowienia, w którym sądy wykladałyby art. 607k § 3 zd. 3 k.p.k. przeciwnie, czy choćby odmiennie. Wśród siedmiu przytoczonych wyżej postanowień nie ma żadnego, w którym sąd utrzymywałby, że materiał dowodowy, który zebrano w innym kraju członkowskim UE przed postawieniem osobie ściganej zarzutu popełnienia przestępstwa, podlega wartościowaniu w celu stwierdzenia czy wypełniona została przesłanka stosowania środka zapobiegawczego określona w art. 249 § 1 k.p.k. Nie można nie zauważyć, że w postanowieniach wymienionych w pkt 1 do 4 w ogóle nie orzekano w kwestii tymczasowego aresztowania. Sądy rozstrzygały w tych sprawach *in merito*, w trzech z nich odmawiając wykonania ENA po ustaleniu, że zachodzą ku temu ustawowe przeszkody, a w czwartej, w której postanowiono o wykonaniu nakazu, sąd drugiej instancji przypomniał o możliwości wzywania w trybie art. 607z k.p.k. państwa wydania nakazu do usunięcia braków w przekazanych informacjach. Dopiero w postanowieniach wymienionych w pkt 5 do 7 sądy odnosiły się do kwestii tymczasowego aresztowania, jednak w żadnym z nich nie wypowiedziały poglądu,

jakoby przy rozpoznaniu wniosku o zastosowanie tego środka należało badać podstawę dowodową wydania ENA wobec osoby ściganej. Przeciwnie, w każdym z nich sądy podkreślały, że nie istnieje taka potrzeba, natomiast rozważania koncentrowały tylko na tym, czy dla zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania w przedmiocie wykonania ENA celowe jest zastosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego. To prawda, że w dwóch postanowieniach, wymienionych w pkt 3 i 4, sądy zdecydowały o odmowie wykonania ENA po ustaleniu, że osoba ścigana nie mogła być tą, która miała popełnić przestępstwo opisane w nakazie. Rozstrzygnęły tak jednak nie w rezultacie oceny materiału dowodowego uzyskanego przez obcy organ sądowy, który wydał ENA, gdyż nim nie dysponowały, lecz w następstwie przeprowadzenia w kraju nowych dowodów, którymi wykazano ewidentną pomyłkę w ustaleniu tożsamości sprawcy przestępstwa wymienionego w nakazie.

Rację miał zatem prokurator Prokuratury Generalnej, gdy zauważył, że warunek wystąpienia z wnioskiem w trybie art. 60 § 1 u.s.n. nie został spełniony. RPO nie powołał konkretnego orzeczenia sądowego, w którym przepis art. 607 k § 3 zd. 3 k.p.k. zostałby poddany wykładni stwierdzającej uprawnienie, a tym bardziej obowiązek badania podstawy dowodowej ENA w związku ze złożeniem przez prokuratora wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania wobec osoby ściganej. Nie ma zatem we wskazanych przez Rzecznika orzeczeniach rozbieżności w wykładni prawa, które uzasadniałyby potrzebę ich rozstrzygania. W tym stanie rzeczy Sąd Najwyższy uznał, że wydanie uchwały w trybie art. 61 § 1 u.s.n. nie jest dopuszczalne i na podstawie tegoż przepisu postanowił odmówić jej wydania. Ta forma zakończenia postępowania wszczętego złożeniem wniosku na podstawie art. 60 § 1 u.s.n. kontynuuje ukształtowaną linię orzecznictwa w sprawach, w których uprawniony podmiot nie dowiódł rozbieżnej wykładni prawa w orzecznictwie (postanowienia SN: z 23 marca 2011r., I KZP 1/11, OSNKW 2011, nr 5, poz. 38, z 12 stycznia 2006r., III CZP 76/05, LEX nr 175463, z 24 lutego 2006r., III CZP 91/05, LEX nr 180669).

Treść wniosku, zwłaszcza jego uzasadnienia, inspiruje jednak do przedstawienia pewnych generalnych uwag odnoszących się do podstaw stosowania tymczasowego aresztowania w procedurze wykonania ENA. Będą one

nawiązywać do sytuacji prawnej analizowanej we wniosku RPO, w której państwo członkowskie UE wystąpiło o przekazanie osoby ściganej w celu przeprowadzenia postępowania karnego w związku z zarzucanym jej przestępstwem. Zdaniem wnioskodawcy, stosowanie wówczas tymczasowego aresztowania bez zbadania podstawy dowodowej zarzutu popełnienia przestępstwa, narusza zasadę domniemania niewinności tej osoby. Nietrudno zauważyć, że argument ten jest rażąco nietrafny. Wszak domniemanie niewinności, z samej swojej istoty, nie przestaje obowiązywać dopóki wina oskarżonego nie zostanie stwierdzona prawomocnym wyrokiem (art. 5 § 1 k.p.k.). Stosowanie natomiast środków zapobiegawczych przed wydaniem prawomocnego wyroku w żadnym stopniu nie koliduje z zasadą domniemania niewinności już z tego względu, że ich celem jest wyłącznie zabezpieczenie prawidłowego toku postępowania karnego (art. 249 § 1 *in principio* k.p.k.).

Autor wniosku, wychodząc z założenia, że samo wydanie ENA zanim zapadł prawomocny wyrok skazujący, nie wystarcza do zastosowania aresztu bez zbadania dowodów obciążających osobę ściganą, nie tylko przechodzi do porządku nad odmienną w tym względzie treścią art. 607k § 3 zd. 3 k.p.k., ale w całości zamieszczonego w uzasadnieniu wniosku zdaje się nie dostrzegać natury ENA, także rodowodu i aksjologii, na której opiera się ta instytucja prawna.

Nieodzowne jest więc przypomnienie, że przepisy rozdziału 65b k.p.k., regulujące procedurę przekazania osoby ściganej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania, zostały wprowadzone ustawą z dnia 18 marca 2004r. o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy Kodeks postępowania karnego oraz ustawy Kodeks wykroczeń (Dz. U. nr 69, poz. 626) i weszły w życie 1 maja 2004r., tj. w dniu przystąpienia Polski do Unii Europejskiej. Ta zmiana ustawy karnej procesowej nastąpiła w wykonaniu obowiązku implementacji do polskiego systemu prawnego Decyzji ramowej Rady UE nr 2002/584/WSiSW z 13 czerwca 2002r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi (Dz. Urz. WE L 190 z 18.07.2002r). Konieczność wprowadzenia ENA do ustawodawstw wewnętrznych państw członkowskich UE wyłaniała się w miarę stopniowego znoszenia kontroli na wspólnych granicach i swobodnego przepływu osób na terytorium państw unijnych i innych, które

przystąpiły do Układu z Schengen. W nowej rzeczywistości, w jakiej znalazły się państwa UE, narastały trudności w efektywnym ściganiu tych sprawców przestępstw, którzy unikali odpowiedzialności karnej, przemieszczając się na terytorium innego państwa niż to, w którym został popełniony czyn. Umowy międzynarodowe dotyczące ekstradycji osób ściganych, chroniące jednak „własnych” obywateli, okazały się już niefunkcjonalne, wręcz anachroniczne z punktu widzenia skuteczności w pociąganiu sprawców przestępstw do odpowiedzialności karnej. Stąd też na szczycie w Tampere w 1999r. Rada Unii Europejskiej wytyczyła jako cel współpracę sądową państw członkowskich w sprawach karnych, opierającą się na zasadzie wzajemnego uznawania orzeczeń. Jednym z pierwszych istotnych kroków w tym kierunku było przyjęcie wymienionej wyżej Decyzji ramowej, obligującej państwa członkowskie do recypowania instytucji ENA do ich systemów prawnych. W preambule Decyzji (pkt 6 i 10) stwierdzono, że ENA stanowi konkretny środek wprowadzający zasadę wzajemnego uznawania, którą Rada Europejska określa jako „kamień węgielny” współpracy sądowej, a także, że mechanizm ENA opiera się na wysokim stopniu zaufania w stosunkach między państwami członkowskimi. Za prawną bazę obu tych fundamentalnych zasad współpracy państw przyjęto standardy ochrony praw człowieka ustanowione w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z dnia 4 listopada 1950r. (Dz. U. 1993, Nr 61, poz. 284 ze zm.), obowiązującej we wszystkich państwach członkowskich.

Europejski nakaz aresztowania spełnia funkcję *sui generis* listu gończego w sytuacji, gdy osoba ścigana została prawomocnie skazana w państwie jego wydania lub też skierowano przeciwko niej postępowanie karne i wydano decyzję stanowiącą podstawę pozbawienia wolności, a więc praktycznie orzeczenie o aresztowaniu. Podanie w ENA danych określających tożsamość osoby ściganej oraz informacji charakteryzujących najważniejsze elementy orzeczeń, w związku z którymi nakaz został wydany, wymienione w art. 607c k.p.k. (podobnie jak w art. 8 Decyzji ramowej), w zasadzie spełnia wymogi jego wykonania, chyba że zachodzą ustawowe przyczyny odmowy wykonania. Przewidziano jednak w ustawie możliwość wezwania państwa wydania nakazu do uzupełnienia informacji, jeżeli dotychczasowe nie są wystarczające do podjęcia decyzji w przedmiocie przekazania osoby ściganej (art. 607z k.p.k.). Podkreślić natomiast trzeba, że do

ENA nie załącza się akt sprawy, a więc także znajdującego się w nich materiału dowodowego. Wynika to stąd właśnie, że zgodnie z przyjętymi założeniami państwa członkowskie, wykonując ENA w oparciu o zasadę wzajemnego zaufania, nie przeprowadzają kontroli podstawy dowodowej nakazu także wtedy, gdy nakaz został wydany w celu przeprowadzenia dopiero postępowania karnego przeciwko osobie ściganej.

Wracając do rozważań dotyczących podstawy stosowania tymczasowego aresztowania w omawianym postępowaniu, należy zaakcentować, że została ona określona *verba legis* jako samoistna. „Samoistny” w języku polskim oznacza „istniejący niezależnie od czegoś innego, samodzielny, niewchodzący w skład czegoś, tworzący odrębną całość” (Uniwersalny słownik języka polskiego pod red. S. Dubisza, Warszawa 2003r., t. IV, s. 276). Tak więc istnienie dokumentów wymienionych w art. 607k § 3 zd. 3 k.p.k., jeśli choćby jeden z nich został powołany i załączony do ENA, stanowi podstawę samą w sobie, wystarczającą do zastosowania tymczasowego aresztowania. Przepis ten nie uzależnia zastosowania aresztu od zbadania, czy zebrane przez organ sądowy państwa wydania ENA dowody wskazują na duże prawdopodobieństwo, że osoba ścigana popełniła zarzucone przestępstwo. Państwa UE współdziałają we wzajemnym uznawaniu ENA, kierując się, jak to ujęto w Decyzji ramowej Rady, wysokim stopniem zaufania, które obejmuje także istnienie podstawy dowodowej zarzutu popełnienia przestępstwa przez osobę ściganą. Idzie ono jeszcze dalej w sytuacji normowanej w art. 607k § 3a k.p.k. Zgodnie z jego treścią przed wpływieniem nakazu europejskiego sąd może zastosować wobec osoby ściganej tymczasowe aresztowanie na czas nie dłuższy niż 7 dni, jeżeli zwraca się o to właściwy organ sądowy, który wydał nakaz europejski, zapewniając, że wobec osoby ściganej zapadł prawomocny wyrok skazujący lub wydano inną decyzję będącą podstawą pozbawienia wolności.

W postępowaniu o wydanie osoby ściganej w trybie ENA sąd stosuje tymczasowe aresztowanie tylko na wniosek prokuratora. Nie chodzi tu oczywiście o aresztowanie, które miałyby bezpośrednio realizować wykonanie ENA, czyli zatrzymanie osoby ściganej w celu jej przekazania, lecz o zastosowanie tego środka, aby zapewnić prawidłowy tok postępowania w tym przedmiocie. O ile tak

postrzegany cel stosowania środka zapobiegawczego jest werbalnie zbieżny z tym, który sformułowano w art. 249 § 1 *in principio* k.p.k., to już podstawa zastosowania została w art. 607k § 3 k.p.k. określona inaczej. Zgodnie zatem z art. 251 § 1 k.p.k., w uzasadnieniu postanowienia o zastosowaniu aresztu wobec osoby ściganej powinno być wykazane spełnienie warunku określonego w zd. 3 art. 607k § 3 k.p.k., a nie w art. 249 § 1 *in fine* i w art. 258 k.p.k., co nie oznacza, że w innych kwestiach nie mają zastosowania przepisy rozdziału 28 k.p.k., regulującego ogólnie stosowanie środków zapobiegawczych.

*Ratio legis* przepisu normującego stosowanie tymczasowego aresztowania wobec osoby ściganej sprowadza się do tego tylko, by zapobiec utrudnieniu przez nią postępowania o jej wydanie, a w szczególności uniemożliwić ucieczkę (tak art. 12 Decyzji ramowej Rady). Zastosowanie aresztu nie przesądza, co oczywiście, kierunku rozstrzygnięcia kończącego postępowanie w przedmiocie wykonania ENA. Zarówno wnioskowanie przez prokuratora o zastosowanie aresztu, jak i stosowanie go przez sąd ma charakter fakultatywny, co wynika wprost z treści art. 607k § 3 k.p.k. Nie ma więc żadnych podstaw do przyjęcia, jak ujmuje się to w pytaniu Rzecznika, że w jednym z alternatywnych nurtów orzekania sądy obowiązkowo orzekają o aresztowaniu osoby ściganej, „z wyłączeniem stosowania art. 249 § 1 k.p.k.”, za to z założeniem, że wydanie ENA wystarczająco uprawdopodobnia zarzut popełnienia przez nią przestępstwa. Skoro stosowanie tymczasowego aresztowania jako obligatoryjnego w ogóle nie jest tu przewidziane, to tak jak w zwyczajnym postępowaniu karnym powinno być ono orzekane, zgodnie z zasadą *ultima ratio* wyrażoną w art. 257 § 1 k.p.k. Stąd też przy wnioskowaniu przez prokuratora, jak i rozstrzyganiu wniosku przez sąd, podlega rozważeniu to, czy stosowanie aresztu jest *in concreto* konieczne, zwłaszcza po to, by uniemożliwić osobie ściganej ucieczkę przed zatrzymaniem i przekazaniem państwu wydania ENA.

Założenie poczynione przez Rzecznika, że sąd powinien badać przy rozstrzyganiu wniosku prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania, czy organ, który wydał ENA, zebrał dowody wskazujące na duże prawdopodobieństwo, iż osoba ścigana popełniła przestępstwo, jest nie do przyjęcia już z tego właśnie powodu, że do nakazu nie dołącza się materiału



dowodowego. Nie byłoby więc możliwości weryfikowania jego wartości. Trafne są zatem poglądy doktryny uznające przepis art. 607k § 3 zd. 3 k.p.k. za *lex specialis* względem przepisów normujących podstawy stosowania aresztu w postępowaniu karnym, tj. art. 249 § 1 i art. 258 k.p.k. (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks..., s. 768, B. Augustyniak [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz pod red. D. Świeckiego, t.II, Warszawa 2013, s. 1161). Prezentowanie przez Rzecznika odmiennego stanowiska w tym względzie, upatrującego nie tylko uprawnienia, ale i wręcz obowiązku sądu w zakresie badania podstawy dowodowej nakazu, jest równoznaczne z odrzuceniem nie tylko wykładni językowej przywołanego przepisu, wszystkich systemowych i funkcjonalnych racji, które zdecydowały o ustanowieniu instytucji ENA, ale także z niedostrzeżeniem konsensu państw członkowskich UE, obejmującego wzajemne uznawanie orzeczeń wydanych w postępowaniach karnych. Pogląd wnioskodawcy nie znajduje wsparcia w żadnej z metod wykładni przepisów prawa.

Przekazanie ENA przez państwo członkowskie UE nie przesądza jeszcze o jego wykonaniu. Przepisy art. 607p i 607r k.p.k. nakazują bądź uprawniają sąd do wydania postanowienia o odmowie wykonania ENA w razie wystąpienia określonych w nim przeszkód prawnych. Dlatego też nie bez znaczenia przy orzekaniu w przedmiocie wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania osoby ściganej byłoby pojawienie się w sprawie ustawowych przesłanek odmowy wykonania ENA, obligatoryjnych (art. 607p k.p.k.) lub fakultatywnych (art. 607r k.p.k.). Realnie rysująca się perspektywa wydania postanowienia odmawiającego przekazania osoby ściganej, zależnie od rodzaju wyłaniającej się ujemnej przesłanki, stawiałaby pod znakiem zapytania, czy wręcz sprzeciwiałaby się zasadności stosowania wobec niej izolacyjnego środka zapobiegawczego. Przy rozstrzygnięciu w przedmiocie tymczasowego aresztowania osoby ściganej szczególne znaczenie może mieć prawdopodobieństwo zaistnienia w konkretnej sprawie przesłanki odmowy wykonania nakazu, określonej w pkt 5 art. 607p § 1 k.p.k., dodanym ustawą z 27 października 2006r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 226, poz. 1647). Zgodnie z tym przepisem odmawia się wykonania nakazu europejskiego, jeżeli naruszałoby to wolności i prawa człowieka i obywatela. Normę tę wprowadzono do Kodeksu po nowelizacji

art. 55 Konstytucji, który w zmienionym brzmieniu, w ust. 4 zakazuje ekstradycji, jeżeli jej dokonanie będzie naruszać wolności i prawa człowieka i obywatela (art. 1 ustawy z 8 września 2006r. o zmianie Konstytucji RP, Dz. U. Nr 200, poz. 1471). Zmiana art. 607p § 1 k.p.k. przez dodanie pkt 5 była następstwem orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny, że przekazanie osoby ściganej w trybie ENA jest ekstradycją w rozumieniu konstytucyjnym (wyrok TK z 27 kwietnia 2005r., sygn. P 1/05, Z.U. 2005/4A/42). Dodając pkt 5 do art. 607p § 1 k.p.k. ustawodawca doprowadził do zgodności przepisów procedury karnej dotyczących wykonania ENA z art. 55 ust. 4 Konstytucji. W doktrynie przyjmuje się, że pojęcie „wolności i praw człowieka i obywatela” jest szerokie i obejmuje zarówno te z nich, które chroni Konstytucja, jak i te, które są zapisane w wiążących Polskę aktach prawa międzynarodowego (wyrok TK z 5 października 2010r., sygn., SK 26/08, OTK-A 2010/8/73, B. Nita, Ograniczenie ekstradycji po zmianie art. 55 Konstytucji RP a europejski nakaz aresztowania, Przegląd Sejmowy nr 2/2008). Do wolności i praw człowieka i obywatela należą gwarantowane przez art. 45 ust. 1 i art. 42 ust. 2 Konstytucji prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd oraz związane z tym prawo do obrony we wszystkich stadiach postępowania, służące każdemu, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne lub inne mające charakter represyjny względem osoby, której dotyczy (uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 28 listopada 2007r., sygn. K 39/07, OTK ZU nr 10/A/2007, poz. 129). Postępowanie o wydanie osoby ściganej w trybie ENA jest, co oczywiste, sprawą w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji (tak w wyroku TK w sprawie SK 26/08), ma charakter karny i toczy się przeciwko określonej osobie.

Osoba ścigana korzysta z wymienionych gwarancji, zgodnie zresztą z pkt 12 preambuły Decyzji ramowej Rady, w którym przewidziano stosowanie przez państwa członkowskie własnych norm konstytucyjnych odnoszących się do sprawiedliwego procesu. Osoba ta zachowuje formalne i materialne prawo do obrony, z tym jednak zastrzeżeniem, że nie może ono wychodzić poza ustawowe ramy tego postępowania. Przepisy rozdziału 65a k.p.k. konkretyzują tok czynności procesowych, przy których prawo do obrony może być realizowane. I tak w myśl art. 607k § 2 k.p.k., w razie otrzymania nakazu europejskiego osoba, której nakaz

dotyczy składu wyjaśnienia przed prokuratorem po poinformowaniu jej o treści nakazu, a zgodnie z treścią § 5 art. 607k k.p.k., jeżeli jednocześnie z wydaniem nakazu europejskiego państwo członkowskie Unii Europejskiej zwróciło się o dokonanie przesłuchania osoby ściganej, należy ją przesłuchać także w postępowaniu sądowym przed rozpoznaniem nakazu. Z kolei, w myśl art. 607l § 1 k.p.k., w przedmiocie przekazania ale również tymczasowego aresztowania, sąd orzeka na posiedzeniu, w którym ma prawo wziąć udział prokurator i obrońca, przy czym, znajdujący tu zastosowanie art. 249 § 3 k.p.k. zobowiązuje sąd do przesłuchania oskarżonego przed zastosowaniem tymczasowego aresztowania (T. Grzegorzczak, Procedowanie w sprawie europejskiego nakazu aresztowania, Prok. I Pr. 2005 nr 4, P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks... s. 774). Osoba ścigana ma więc możliwość przedstawić argumenty na swoją obronę, aczkolwiek, jak zaznaczono, nie wychodzące poza granice przedmiotu postępowania. Może więc dowodzić istnienia okoliczności ustawowych obligujących lub uprawniających sąd do odmowy wydania ENA. W tym celu może również domagać się przeprowadzenia nowych dowodów dostępnych w kraju (post. SA w Katowicach z 23 sierpnia 2006r., II AKz 518/06, OSA 2006 nr 4, poz. 23, B. Nita – Światłowska, Podstawy stosowania tymczasowego aresztowania w związku z ENA, EPS 2012 nr 7). Gdyby one wykazały ponad wszelką wątpliwość, że osoba ścigana nie mogła dopuścić się czynu, w związku z którym nakaz został wydany, to wydanie orzeczenia o wykonaniu ENA jawiłoby się jako naruszające prawo osoby ściganej do obrony, ale także prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, a więc prawa człowieka i obywatela mieszczące się w formule przesłanki odmowy wykonania nakazu określonej w art. 607p § 1 pkt 5 k.p.k. Przekazanie tej osoby w celu przeprowadzenia przeciwko niej postępowania karnego na terytorium innego państwa członkowskiego UE, naruszałoby wtedy zakaz wyrażony w tym przepisie. Potwierdzeniem wyrażonej tu oceny jest treść przytoczonego już wyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie SK 26/08, w którym orzeczono, że art. 607p § 1 pkt 5 k.p.k., w zakresie, w jakim zawiera podstawę odmowy wykonania ENA w celu przeprowadzenia postępowania karnego w wypadku, gdy dla sądu orzekającego w przedmiocie jego wykonania oczywistym jest, że osoba ścigana nie

dopuszcza się czynu, w związku z którym nakaz europejski został wydany, jest zgodny z art. 45 ust. 1 i art. 42 ust. 2 w związku z art. 55 ust. 4 Konstytucji RP.

Przepisy art. 45 ust. 1 i art. 42 ust. 2 Konstytucji ustanawiają wzorce kontroli konstytucyjnej merytorycznego orzekania w przedmiocie ENA. Nie są więc one adekwatne dla oceny konstytucyjności przepisu art. 607k § 3 k.p.k. normującego przesłanki stosowania tymczasowego aresztowania. Tych poszukiwać trzeba w art. 41 ust. 1 Konstytucji, a także w art. 5 ust. 1 lit. f Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Zgodnie z pierwszym z tych przepisów każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Dopuszcza się jednak pozbawienie wolności, również w postaci tymczasowego aresztowania, jeśli następuje to na zasadach i w trybie określonych w ustawie. Drugi z przywołanych przepisów, deklarując, że nikt nie może być pozbawiony wolności, przewiduje jako jeden z wyjątków, zgodne z prawem zatrzymanie lub aresztowanie osoby, przeciwko której toczy się postępowanie o wydalenie lub ekstradycję. To, że za osobą ściganą wydano ENA wypełnia warunek zaistnienia wyjątku od zakazu pozbawienia wolności przez tymczasowe aresztowanie określony w każdym z tych przepisów. Wydanie ENA, do którego załączono dokument, o którym mowa w art. 607k § 3 k.p.k., stanowi prawną podstawę aresztowania osoby ściganej. Jej samoistność wynika także z brzmienia przytoczonego przepisu EKPCz. W żadnym z tych przepisów nie wymaga się potwierdzenia podstawy prawnej tymczasowego aresztowania przez ustalenie dalszych jeszcze przesłanek, w szczególności przez pozytywne zweryfikowanie podstawy faktycznej wydania nakazu. Jak jednak podkreśla się w doktrynie stosowanie izolacyjnego środka zapobiegawczego w każdym postępowaniu ekstradycyjnym, a więc również prowadzonym w trybie ENA, powinno być kontrolowane w aspekcie zachowania proporcjonalności w stosowaniu ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw (P. Hofmański [w:] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz pod red. L. Garlickiego, t. I, Warszawa 2010, s. 194). Wszystko to prowadzi do konkluzji, że także z pozycji standardów konstytucyjnych tymczasowe aresztowanie osoby ściganej powinno być stosowane tylko w granicach konieczności, jak to zresztą przewiduje ustawa zwykła w art. 257 § 1 k.p.k.

Z pozycji art. 41 ust. 3 interpretowanego w więzi z art. 30 ust. 3 Konstytucji zastosowanie tymczasowego aresztowania osoby ściganej w trybie ENA, mogłoby naruszać standard zachowania proporcjonalności w sytuacji, w której wystąpiła przesłanka odmowy wykonania nakazu określona w art. 607p § 1 pkt 5 k.p.k. Właśnie z powodu zaistnienia wskazanej w tym przepisie przeszkody polskie sądy odmówiły wykonania nakazu w dwóch sprawach wymienionych przez wnioskodawcę (II Kop 21/10 SO w Ostrołęce i III Kop 149/12 SO w Szczecinie). W jednej z nich osoba ścigana podjęła skuteczną obronę, dowodząc, że nigdy nie przebywała w państwie wydania nakazu, a dowód tożsamości, którym posługiwał się rzeczywisty sprawca przestępstwa został jej skradziony, w związku z czym toczyło się postępowanie karne w kraju. W drugim wypadku osoba ścigana zdołała wykazać, że zidentyfikowanie sprawcy na podstawie badania linii papilarnych pozostawionych w miejscu popełnienia przestępstwa w państwie wydania ENA nie wskazuje na nią, czego dowiodło badanie jej linii papilarnych przeprowadzone przez sąd krajowy. W żadnej z tych spraw nie stosowano tymczasowego aresztowania, lecz sprawdzano dowodami dostępnymi w kraju obronę osoby ściganej ukierunkowaną na wykazanie pomyłki w ustaleniu tożsamości sprawcy przestępstwa popełnionego w państwie wydania ENA. Po stwierdzeniu ewidentnie błędnego ustalenia tożsamości sprawcy wykonanie nakazu przez przekazanie osoby ściganej państwu wydania ENA naruszałoby jej konstytucyjne prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy i do obrony, a w rezultacie także prawo do wolności osobistej.

Uwagi powyższe w żadnym stopniu nie uzasadniają przyjęcia założenia, że przy rozstrzygnięciu wniosku prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania osoby ściganej w trybie ENA sąd krajowy jest uprawniony, a tym bardziej zobowiązany, do weryfikacji materiału dowodowego, w oparciu o który organ sądowy państwa obcego wydał nakaz. Jak już podkreślano, byłoby to niewykonalne, gdyż przesyłając ENA do wykonania, organ ten nie przedstawia dowodów wskazujących na popełnienie przestępstwa przez osobę, której nakaz dotyczy.

Podsumowując powyższe rozważania należy stwierdzić, że **przy rozstrzygnięciu wniosku prokuratora o zastosowanie na podstawie art. 607k § 3**

k.p.k. tymczasowego aresztowania wobec osoby ściganej w trybie ENA w celu przeprowadzenia przeciwko niej na terenie innego państwa członkowskiego UE postępowania karnego, sąd nie bada podstawy dowodowej nakazu. Samoistna podstawa stosowania tymczasowego aresztowania w tym postępowaniu została określona w wymienionym przepisie, stanowiącym *lex specialis* względem art. 249 § 1 k.p.k. *in fine*. Na rozstrzygnięcie w przedmiocie wniosku o orzeczenie tymczasowego aresztowania wobec osoby ściganej może jednak mieć wpływ wystąpienie w konkretnej sprawie ustawowych przesłanek odmowy wykonania nakazu, w tym określonej w art. 607p § 1 pkt 5 k.p.k., zakazującej jego wykonania, jeżeli naruszałoby to prawa i wolności człowieka i obywatela.